

Europäischer Gerichtshof, Schlussanträge des Generalanwalts vom 26.03.2009 – C-125/07

Generalanwalt Inhaltsverzeichnis

ECLI:EU:C:2009:192

Keine Entscheidung des Gerichtshofs. Dieses Dokument ist ein unabhängiger Entscheidungsvorschlag an den Gerichtshof. Der Gerichtshof ist daran nicht gebunden und kann anders entscheiden.

Ergebnis: Vorschlag an den Gerichtshof

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich daher dem Gerichtshof folgende Entscheidung vor:

1. Das Urteil des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 14. Dezember 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich u. a./Kommission (T?259/02 bis T?264/02 und T?271/02), wird insoweit aufgehoben, als es – mit einem Rechtsfehler behaftet ist, da das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften befunden hat, dass die Kommission der Europäischen Gemeinschaften für die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und die Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße aus der bloßen Umsetzung des Kartells auf das Vorliegen konkreter Auswirkungen auf den Markt habe schließen dürfen, sowie – einen Rechtsfehler und eine widersprüchliche Begründung aufweist, da das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften befunden hat, dass die Kommission der Europäischen Gemeinschaften für die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und die Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße der Ersten Bank der oesterreichischen Sparkassen AG, der Raiffeisen Zentralbank Österreich AG und der Österreichische Volksbanken AG die Marktanteile der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren habe zurechnen dürfen, obwohl sie ihnen deren Zuwiderhandlung nicht zugerechnet habe. 2. Im Übrigen werden die Rechtsmittel zurückgewiesen. 3. Den beim Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften erhobenen Nichtigkeitsklagen auf Nichtigerklärung der Entscheidung 2004/138/EG der Kommission vom 11. Juni 2002 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag in der Sache COMP/36.571/D-1 – Österreichische Banken („Lombard-Club“) wird insoweit stattgegeben, als – die Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG, die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, die Bank Austria Creditanstalt AG und die Österreichische Volksbanken AG beantragen, Art. 3 der Entscheidung 2004/138 für nichtig zu erklären, da die Kommission der Europäischen Gemeinschaften für die Zwecke der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung keine konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt nachgewiesen und die Höhe der entsprechenden Geldbuße falsch bemessen habe, und insoweit, als – die Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG, die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG und die Österreichische Volksbanken AG beantragen, Art. 3 der Entscheidung 2004/138 für nichtig zu erklären, da die Kommission der Europäischen Gemeinschaften ihnen für die Zwecke der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und die Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße den Marktanteil der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren zugerechnet habe. 4. Die Höhe der in Art. 3 der Entscheidung 2004/138 festgesetzten Geldbußen wird wie folgt geändert: – In der Rechtssache C?125/07 P wird die gegen die Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG festgesetzte Geldbuße auf 18 000 000 Euro herabgesetzt; – in der Rechtssache C?133/07 P wird die gegen die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG festgesetzte Geldbuße auf 3 037 000 Euro herabgesetzt; – in der Rechtssache C?135/07 P wird die gegen die Bank Austria Creditanstalt AG festgesetzte Geldbuße auf 24 300 000 Euro herabgesetzt, und – in der Rechtssache C?137/07 P wird die gegen die Österreichische Volksbanken AG festgesetzte Geldbuße auf 3 037 000 Euro herabgesetzt. 5. In den Rechtssachen C?125/07 P, C?133/07 P und C?137/07 P tragen die Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG, die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG und die Österreichische Volksbanken AG jeweils ihre eigenen Kosten sowie 70 % der Kosten, die der Kommission der Europäischen Gemeinschaften entstanden sind. Diese trägt ihre eigenen Kosten zu 30 % selbst. 6. In der Rechtssache C?135/07 P trägt die Bank Austria Creditanstalt AG ihre eigenen Kosten sowie 80 % der Kosten, die der Kommission der Europäischen Gemeinschaften

entstanden sind. Diese trägt ihre eigenen Kosten zu 20 % selbst. (1) . (2) – Im Folgenden: Erste Bank. (3) – Im Folgenden: RZB. (4) – Im Folgenden: BA?CA. Die BA-CA ist ein Kreditinstitut, das aus der im September 1998 durchgeführten Fusion der Bank Austria AG (BA) mit der Creditanstalt AG (CA) hervorgegangen ist. Die Firma wurde am 13. August 2002 geändert. (5) – Im Folgenden: ÖVAG. (6) – T?259/02 bis T?264/02 und T?271/02 (Slg. 2006, I?5169, im Folgenden: angefochtenes Urteil). (7) – Entscheidung vom 11. Juni 2002 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag in der Sache COMP/36.571/D-1 – Österreichische Banken („Lombard-Club“) (ABl. 2004, L 56, S. 1, im Folgenden: streitige Entscheidung). (8) – Verordnung vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81] und [82] des Vertrages (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204), in ihrer durch die Verordnung (EG) Nr. 1216/1999 des Rates vom 10. Juni 1999 (ABl. L 148, S. 5) geänderten Fassung (im Folgenden: Verordnung Nr. 17). Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Verordnung durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1) ersetzt wurde. (9) – Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden (ABl. 1998, C 9, S. 3, im Folgenden: Leitlinien). (10) – ABl. C 207, S. 4, im Folgenden: Mitteilung über Zusammenarbeit. (11) – BGBl. 1993/3903. (12) – Wie das Gericht in Randnr. 6 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, wird in Österreich zwischen Banken mit einstufiger Struktur und Bankengruppen mit mehrstufiger, auch als „dezentralisiert“ bezeichneter Struktur unterschieden. (13) – Urteil vom 28. Mai 1998, Deere/Kommission (C?7/95 P, Slg. 1998, I?3111, Randnr. 19 und die dort angeführte Rechtsprechung). (14) – Urteil vom 21. September 2006, JCB Service/Kommission (C?167/04 P, Slg. 2006, I?8935, Randnr. 114 und die dort angeführte Rechtsprechung). (15) – Vgl. u. a. Urteil vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u. a./Kommission (C?204/00 P, C?205/00 P, C?211/00 P, C?213/00 P, C?217/00 P und C?219/00 P, Slg. 2004, I?123, Randnr. 51 und die dort angeführte Rechtsprechung). (16) – Urteil vom 18. Januar 2007, PKK und KNK/Rat (C?229/05 P, Slg. 2007, I?439, Randnr. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung). (17) – Urteile JCB Service/Kommission (Randnr. 107 und die dort angeführte Rechtsprechung) und vom 10. Mai 2007, SGL Carbon/Kommission (C?328/05 P, Slg. 2007, I?3921, Randnr. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung). (18) – Vgl. u. a. Urteile JCB Service/Kommission (Randnr. 106 und die dort angeführte Rechtsprechung) und SGL Carbon/Kommission (Randnr. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung). (19) – Vgl. Urteile vom 17. Dezember 1998, Baustahlgewebe/Kommission (C?185/95 P, Slg. 1998, I?8417, Randnr. 128), vom 29. April 2004, British Sugar/Kommission (C?359/01 P, Slg. 2004, I?4933, Randnr. 47), vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission (C?189/02 P, C?202/02 P, C?205/02 P bis C?208/02 P und C?213/02 P, Slg. 2005, I?5425, Randnr. 244), und vom 8. Februar 2007, Groupe Danone/Kommission (C?3/06 P, Slg. 2007, I?1331, Randnr. 69). (20) – Vgl. u. a. Urteile Baustahlgewebe/Kommission (Randnr. 129), British Sugar/Kommission (Randnr. 48) und Dansk Rørindustri u. a./Kommission (Randnr. 245). (21) – Vgl. Urteil PKK und KNK/Rat (Randnr. 35). (22) – Vgl. u. a. Urteile JCB Service/Kommission (Randnr. 108 und die dort angeführte Rechtsprechung) sowie PKK und KNK/Rat (Randnr. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung). (23) – Ich verweise hierzu auf die Ausführungen in den Randnrn. 53 ff. des Urteils Aalborg Portland u. a./Kommission. (24) – Vgl. hierzu Entscheidung Nr. 2000-D-28 des Conseil de la concurrence (Wettbewerbsrat) vom 19. September 2000 zur Wettbewerbssituation im Sektor für Immobiliendarlehen (BOCCRF Nr. 13 vom 5. Dezember 2000) und das Urteil der Cour d'appel de Paris vom 27. November 2001 über die von der SA Caisse nationale du crédit agricole, der SA Société générale, der SA BNP Paribas, der SA Crédit lyonnais, der Confédération nationale du crédit mutuel, der Fédération du crédit mutuel océan, der Caisse régionale du Crédit agricole de la Loire?Atlantique, der SA Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP) und der Caisse d'épargne des Alpes gegen die Entscheidung Nr. 2000-D-28 des Conseil de la concurrence vom 19. September 2001 zur Wettbewerbssituation im Sektor für Immobiliendarlehen eingelegte Beschwerde (BOCCRF Nr. 2 vom 31. Januar 2002). (25) – Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 28. März 1984, Compagnie royale asturienne des mines und Rheinzink/Kommission (29/83 und 30/83, Slg.

1984, 1679, Randnr. 9). (26) – Urteil vom 2. Oktober 2003, ARBED/Kommission (C?176/99 P, Slg. 2003, I?10687, Randnr. 21). (27) – Vgl. Urteil vom 18. Oktober 1989, Orkem/Kommission (374/87, Slg. 1989, 3283, Randnr. 27). (28) – Urteil vom 21. September 1989, Hoechst/Kommission (46/87 und 227/88, Slg. 1989, 2859, Randnr. 15). (29) – Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 28. März 2000, Krombach (C?7/98, Slg. 2000, I?1935, Randnrn. 25 und 26), und vom 6. März 2001, Connolly/Kommission (C?274/99 P, Slg. 2001, I?1611, Randnrn. 37 und 38). (30) – Vgl. Urteil Orkem/Kommission (Randnr. 35). (31) – Vgl. Urteile vom 7. Juni 1983, Musique Diffusion française u. a./Kommission (100/80 bis 103/80, Slg. 1983, 1825, Randnr. 10), und vom 6. April 1995, BPB Industries und British Gypsum/Kommission (C?310/93 P, Slg. 1995, I?865, Randnr. 21). (32) – Vgl. Urteil Musique Diffusion française u. a./Kommission (Randnr. 14). (33) – Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. November 1987, British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission (142/84 und 156/84, Slg. 1987, 4487, Randnr. 70). (34) – Vgl. Urteil Musique Diffusion française u. a./Kommission (Randnr. 14). (35) – Diese zweite Voraussetzung besteht darin, dass eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstößt, wenn sie „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweck[t] oder bewirk[t]“. Danach ist erstens zu prüfen, ob die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise einen wettbewerbswidrigen Zweck hat. Ist dies wie in den vorliegenden Rechtssachen der Fall, so gilt das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG unabhängig von jeglicher Wirkung (Randnrn. 426 bis 429 der streitigen Entscheidung). Bezweckt sie keine Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, ist zu prüfen, ob sie solches bewirkt (vgl. u. a. Urteile des Gerichtshofs vom 28. Februar 1991, Delimitis, C?234/89, Slg. 1991, I?935, Randnr. 13), und des Gerichts vom 13. Dezember 2001, Krupp Thyssen Stainless und Acciai speciali Terni/Kommission (T?45/98 und T?47/98, Slg. 2001, II?3757, Randnr. 152). (36) – Urteil vom 23. November 2006, Asnef-Equifax und Administración del Estado (C?238/05, Slg. 2006, I?11125, Randnr. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung). (37) – Urteile vom 28. April 1998, Javico (C?306/96, Slg. 1998, I?1983, Randnr. 16), und Asnef-Equifax und Administración del Estado (Randnr. 34). Vgl. auch Urteile vom 29. Oktober 1980, Van Landewyck u. a./Kommission (209/78 bis 215/78 und 218/78, Slg. 1980, 3125, Randnr. 170), und vom 17. Juli 1997, Ferriere Nord/Kommission (C?219/95 P, Slg. 1997, I?4411, Randnr. 20). (38) – Ebd. (39) – Urteil Asnef-Equifax und Administración del Estado (Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung). (40) – Urteile vom 1. Februar 1978, Miller/Kommission (19/77, Slg. 1978, 131, Randnr. 15), und Ferriere Nord/Kommission (Randnr. 19). Vgl. auch Urteil vom 21. Januar 1999, Bagnasco u. a. (C?215/96 und C?216/96, Slg. 1999, I?135, Randnr. 48). (41) – Vgl. Urteil vom 9. Juli 1969, Völk (5/69, Slg. 1969, 295, Randnr. 5), und Urteile Miller/Kommission (Randnr. 15) sowie Asnef-Equifax und Administración del Estado (Randnr. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung). (42) – Urteil Javico (Randnr. 17 und die dort angeführte Rechtsprechung). (43) – Hervorhebung nur hier. (44) – Urteile vom 26. November 1975, Fabricants de papiers peints/Kommission (73/74, Slg. 1975, 1491, Randnr. 25), sowie Asnef-Equifax und Administración del Estado (Randnr. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung). (45) – Urteile Fabricants de papiers peints/Kommission (Randnr. 26), vom 11. Juli 1985, Remia u. a./Kommission (42/84, Slg. 1985, 2545, Randnr. 22), vom 18. Juni 1998, Kommission/Italien (C?35/96, Slg. 1998, I?3851, Randnr. 48), vom 19. Februar 2002, Wouters u. a. (C?309/99, Slg. 2002, I?1577, Randnr. 95), sowie Asnef-Equifax und Administración del Estado (Randnr. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung). (46) – Randnr. 6. (47) – Vgl. Randnr. 160 des angefochtenen Urteils. (48) – Vgl. insbesondere die Schilderungen in Randnr. 431 der streitigen Entscheidung. (49) – Es ist insoweit daran zu erinnern, dass die Zweite Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG (ABl. L 386, S. 1) in der durch die Richtlinie 95/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 1995 (ABl. L 168, S. 7) geänderten Fassung den Zugang der europäischen Banken zu den Bankenmärkten der anderen Mitgliedstaaten als des Herkunftsstaats durch die Harmonisierung der Bedingungen für die Ausübung der Banktätigkeit, die Festlegung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung der von den

Mitgliedstaaten den Kreditinstituten erteilten Genehmigungen für die Ausübung der Banktätigkeit und die Einrichtung ihrer Kontrolle allein durch den Herkunftsmitgliedstaat erleichtert hat. (50) – Nach Art. 43 EG gelangen die Kreditinstitute wie alle Wirtschaftsteilnehmer in den Genuss der Niederlassungsfreiheit. (51) – Nach Art. 49 EG kommt auch dem Bankensektor die Dienstleistungsfreiheit mit der Möglichkeit zugute, derartige Dienstleistungen ohne jede Diskriminierung für in anderen Mitgliedstaaten wohnende Personen zu erbringen. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass gemäß Art. 51 Abs. 2 EG die Liberalisierung der mit dem Kapitalverkehr verbundenen Dienstleistungen der Banken und Versicherungen im Einklang mit der Liberalisierung des Kapitalverkehrs durchgeführt wird. (52) – Vgl. hierzu Urteile *Baustahlgewebe/Kommission* (Randnr. 58) und vom 8. Juli 1999, *Kommission/Anic Partecipazioni* (C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, Randnr. 86). Vgl. auch Art. 2 der Verordnung Nr. 1/2003, wonach in allen einzelstaatlichen und gemeinschaftlichen Verfahren zur Anwendung des Art. 81 EG die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG der Partei oder der Behörde obliegt, die diesen Vorwurf erhebt. (53) – Urteil des Gerichts vom 14. Mai 1997 (T-77/94, Slg. 1997, II-759). (54) – T-29/92 (Slg. 1995, II-289). (55) – Urteil vom 15. Dezember 1994, *DLG* (C-250/92, Slg. 1994, I-5641, Randnr. 54), sowie Urteile *Van Landewyck/Kommission* (Randnr. 170) und *Remia u. a./Kommission* (Randnr. 22), *Ferriere Nord/Kommission* (Randnr. 20), *Javico* (Randnr. 16), *Bagnasco u. a.* (Randnr. 47) und *British Sugar/Kommission* (Randnr. 27). (56) – Vgl. u. a. Urteile vom 25. November 1971, *Béguelin* (22/71, Slg. 1971, 949, Randnr. 18), und *Javico* (Randnr. 17). (57) – Urteil *VGB u. a./Kommission* (Randnr. 140). (58) – Urteil vom 25. Februar 1986 (193/83, Slg. 1986, 611). (59) – Randnr. 96. (60) – Urteile des Gerichts 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, Slg. 2000, II-491, Randnr. 833), vom 6. Juli 2000, *Volkswagen/Kommission* (T-62/98, Slg. 2000, II-2707, Randnr. 230), und vom 11. Dezember 2003, *Adriatica di Navigazione/Kommission* (T-61/99, Slg. 2003, II-5349, Randnr. 27). (61) – ABl. 1990, L 257, S. 13. (62) – Urteil des Gerichts vom 10. März 1992, *SIV u. a./Kommission* (T-68/89, T-77/89 und T-78/89, Slg. 1992, II-1403, Randnr. 159). (63) – Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. 1997, C 372, S. 5, im Folgenden: Bekanntmachung über die Marktdefinition). (64) – Randnrn. 10 und 25 der Bekanntmachung über die Marktdefinition. (65) – Urteil *SPO u. a./Kommission*. (66) – Bekanntlich kann nämlich ein wettbewerbswidriges Verhalten auch allein aufgrund seines Zwecks unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen. Vgl. zur Veranschaulichung Urteile *Cimenteries CBR u. a./Kommission* (Randnr. 1094) und des Gerichts vom 25. Oktober 2005, *Groupe Danone/Kommission* (T-38/02, Slg. 2005, II-4407, Randnr. 99). (67) – Diese Rechtsprechung scheint mir unter dem Gesichtspunkt der Rechte und der Rechtssicherheit der Unternehmen angreifbar zu sein. Erlässt die Kommission eine Entscheidung, wie sie sie in den vorliegenden Rechtssachen erlassen hat, in der sie die Beteiligung von Unternehmen an einer komplexen, kollektiven und ununterbrochenen Zuwiderhandlung feststellt, muss sie meiner Meinung nach berücksichtigen, dass diese Entscheidung zur persönlichen Verantwortlichkeit jedes ihrer Adressaten im Hinblick auf seine Beteiligung an der Zuwiderhandlung führen kann, die klar umrissen sein muss. Da diese Entscheidung zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen kann, hat die Kommission den relevanten Markt in der Entscheidung genau zu bestimmen. (68) – Beschluss vom 16. Februar 2006, *Adriatica di Navigazione/Kommission* (C-111/04 P, Randnr. 31). (69) – Vgl. u. a. Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (ABl. L 304, S. 7). (70) – Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (*de minimis*) (ABl. 2001, C 368, S. 13). (71) – Vgl. u. a. Urteil *Cimenteries CBR u. a./Kommission* (Randnr. 834 und die dort angeführte Rechtsprechung). (72) – Die Kommission räumt in Nr. 22 der Bekanntmachung über die Marktdefinition im Übrigen ein, dass sie in bestimmten Sektoren, wie der Papierbranche, in der nach Ansicht der Verbraucher die unterschiedlichen Qualitäten nicht

austauschbar sind, nicht für Papier unterschiedlicher Beschaffenheit und unterschiedlichen Verwendungszwecks jeweils einen gesonderten Markt abgrenze. In einem solchen Fall gehörten die verschiedenen Papierqualitäten alle zu ein und demselben Markt, und die entsprechenden Umsatzzahlen gingen in die Schätzung der Gesamtbedeutung des Marktes ein. (73) – Urteil Asnef-Equifax und Administración del Estado (Randnr. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung). (74) – Hervorhebung nur hier. (75) – Randnr. 15 dieses Urteils. (76) – Vgl. Nr. 96 dieser Schlussanträge. (77) – Vgl. Urteil Asnef-Equifax und Administración del Estado (Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung). (78) – Vgl. Urteile Ferriere Nord/Kommission (Randnr. 19) und Bagnasco u. a. (Randnr. 48). (79) – Vgl. u. a. Urteil vom 11. Dezember 2007, ETI u. a. (C?280/06, Slg. 2007, I?10893, Randnr. 38 und die dort angeführte Rechtsprechung). (80) – Vgl. u. a. Urteil Kommission/Anic Partecipazioni (Randnr. 78). (81) – Vgl. Urteile vom 16. November 2000, KNP BT/Kommission (C?248/98 P, Slg. 2000, I-9641, Randnr. 71), Cascades/Kommission (C?279/98 P, Slg. 2000, I?9693, Randnr. 78), Stora Kopparbergs Bergslags/Kommission (C?286/98 P, Slg. 2000, I?9925, Randnr. 37), SCA Holding/Kommission (C?297/98 P, Slg. 2000, I?10101, Randnr. 25) und ETI u. a. (Randnr. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung). (82) – Vgl. u. a. Urteil SCA Holding/Kommission (Randnr. 25). (83) – Vgl. u. a. Urteil Kommission/Anic Partecipazioni (Randnr. 145). (84) – Nach Auffassung des Gerichtshofs wird in einer solchen Situation nämlich das Ziel, gegen die Wettbewerbsregeln verstoßende Verhaltensweisen zu ahnden und ihrer Wiederholung durch abschreckende Sanktionen vorzubeugen, beeinträchtigt (vgl. Urteil ETI u. a., Randnr. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung). (85) – Urteil des Gerichts vom 20. April 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission (T?305/94 bis T?307/94, T?313/94 bis T?316/94, T?318/94, T?325/94, T?328/94, T?329/94 und T?335/94, Slg. 1999, II?931, Randnr. 953). (86) – Vgl. u. a. Urteile vom 16. November 2000, Metsä-Serla u. a./Kommission (C?294/98 P, Slg. 2000, I?10065, Randnr. 27), und vom 2. Oktober 2003, Aristrain/Kommission (C?196/99 P, Slg. 2003, I?11005, Randnr. 96). (87) – Den Feststellungen des Gerichts in Randnr. 7 des angefochtenen Urteils ist zu entnehmen, dass sich die Aktien der GiroCredit mehrheitlich im Besitz der Bank-Austria-Gruppe befanden. (88) – Das Gericht hat diese Rechtsprechung in den Randnrn. 323 bis 326 und 330 bis 333 des angefochtenen Urteils klar dargelegt. (89) – Die fraglichen Verhaltensweisen fielen vom 1. Januar 1995 an unter Art. 81 Abs. 1 EG. Die Erste Bank erwarb die GiroCredit im Mai 1997. Die beiden Einheiten schlossen sich im Oktober 1997 zusammen. (90) – Diese Methode wird in den Nrn. 9 bis 13 dieser Schlussanträge geschildert. (91) – Vgl. entsprechend Urteil vom 29. Juni 2006, SGL Carbon/Kommission (C?308/04 P, Slg. 2006, I?5977, Randnr. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung). (92) – Hierzu ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, dass die Schwere der Zuwiderhandlungen anhand einer Vielzahl von Gesichtspunkten zu ermitteln sei, ohne dass es eine zwingende oder abschließende Liste von Kriterien gäbe, die auf jeden Fall berücksichtigt werden müssten (Urteile Ferriere Nord/Kommission, Randnr. 33, und Dansk Rørindustri u. a./Kommission, Randnrn. 240 und 241). (93) – Vgl. Urteile vom 15. Juli 1970, ACF Chemiefarma/Kommission (41/69, Slg. 1970, 661, Randnr. 176), und vom 16. Dezember 1975, Suiker Unie u. a./Kommission (40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Slg. 1975, 1663, Randnr. 612), sowie Urteile Ferriere Nord/Kommission (Randnr. 38), Aalborg Portland u. a./Kommission (Randnrn. 90 und 91 sowie die dort angeführte Rechtsprechung) und Dansk Rørindustri u. a./Kommission (Randnrn. 241 und 242 und die dort angeführte Rechtsprechung). (94) – In den Randnrn. 209 bis 213 des Urteils Dansk Rørindustri u. a./Kommission hat der Gerichtshof daran erinnert, dass die Leitlinien die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen schafften und ihnen ermöglichten, die von der Kommission bei der Anwendung von Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 verwendeten Berechnungsmethoden in Erfahrung zu bringen. (95) – Vgl. u. a. Urteile des Gerichtshofs vom 2. Oktober 2003, Thyssen Stahl/Kommission (C?194/99 P, Slg. 2003, I?10821, Randnr. 118), des Gerichts vom 12. Juli 2001, Tate & Lyle u. a./Kommission (T?202/98, T?204/98 und T?207/98, Slg. 2001, II?2035, Randnr. 103), und vom 19. März 2003, CMA CGM u. a./Kommission (T?213/00, Slg. 2003, II?913, Randnr. 262). (96) – T?203/01 (Slg. 2003, II?4071). (97) – Randnrn. 258 und 259. (98) – Urteil Thyssen Stahl/Kommission (Randnr. 118). (99) – Vgl. auch

Urteil des Gerichts vom 26. April 2007, Bolloré u. a./Kommission, (T?109/02, T?118/02, T?122/02, T?125/02, T?126/02, T?128/02, T?129/02, T?132/02 und T?136/02, Slg. 2007, II?947, Randnr. 447). Dieses Urteil ist Gegenstand von derzeit beim Gerichtshof anhängigen Rechtsmitteln (C?322/07 P, C?327/07 P und C?338/07 P). Diese Rechtsmittel betreffen jedoch nicht diesen Punkt. (100) – Randnrn. 53 und 62. (101) – Vgl. Urteile Suiker Unie u. a./Kommission (Randnrn. 619 und 620) und des Gerichts vom 8. Oktober 2008, Carbone?Lorraine/Kommission (T?73/04, Slg. 2008, II?0000, Randnr. 83 und die dort angeführte Rechtsprechung). (102) – Urteil Thyssen Stahl/Kommission (Randnr. 118). (103) – Vgl. auch Urteil Bolloré u. a./Kommission (Randnr. 447) und das angefochtene Urteil (Randnr. 240). (104) – Urteile des Gerichts vom 27. September 2006, Roquette Frères/Kommission (T?322/01, Slg. 2006, II?3137, Randnrn. 71 bis 80, speziell Randnr. 75, sowie Randnrn. 133 bis 144), Jungbunzlauer/Kommission (T?43/02, Slg. 2006, II?3435, Randnrn. 151 bis 163, speziell Randnr. 155), Archer Daniels Midland/Kommission (T?59/02, Slg. 2006, II?3627, im Folgenden Urteil Archer Daniels Midland II, Randnrn. 157 bis 168, speziell Randnr. 161), vom 8. Juli 2008, Knauf Gips/Kommission (T?52/03, Slg. 2008, II?0000, Randnrn. 388 bis 415, speziell Randnr. 392), BPB/Kommission (T?53/03, Slg. 2008, II?0000, Randnrn. 297 bis 322, speziell Randnr. 301) und Lafarge/Kommission (T?54/03, Slg. 2008, II?0000, Randnrn. 575 bis 604, speziell Randnr. 583). (105) – Urteil des Gerichts vom 5. April 2006, Degussa/Kommission (T?279/02, Slg. 2006, II?897, Randnr. 231). (106) – Ebd. (107) – Im Rahmen des gegen dieses Urteil eingelegten Rechtsmittels wurde der Gerichtshof mit diesem Punkt nicht befasst. (108) – Urteil des Gerichts vom 27. Juli 2005 (T?49/02 bis T?51/02, Slg. 2005, II?3033). (109) – Urteile Groupe Danone/Kommission (Randnr. 150) und Brasserie nationale/Kommission (Randnrn. 178 und 179) sowie das angefochtene Urteil (Randnr. 240). (110) – Angefochtenes Urteil (Randnr. 285). (111) – Ebd. (Randnr. 286 und die dort angeführte Rechtsprechung). (112) – Ebd. (Randnr. 287 und die dort angeführte Rechtsprechung). (113) – T?410/03 (Slg. 2008, II?0000, Randnrn. 345 und 348). (114) – Randnrn. 84 bis 87. (115) – T?30/05. Dieses Urteil ist derzeit Gegenstand eines beim Gerichtshof eingelegten Rechtsmittels (C?534/07 P). (116) – Randnr. 110. (117) – T?329/01 (Slg. 2006, II?3255, im Folgenden: Urteil Archer Daniels Midland I). (118) – Randnr. 77 bzw. 180. (119) – Randnr. 78 bzw. 181. (120) – Randnrn. 76 bis 78 bzw. 179 bis 181. (121) – Randnrn. 156 bis 159 bzw. 162 bis 166. (122) – Randnrn. 393 und 394 bzw. 302 und 303 sowie 585 und 586. (123) – Urteile Roquette Frères/Kommission (Randnr. 79) und Archer Daniels Midland I (Randnr. 182). (124) – Urteil Degussa/Kommission (Randnr. 232). (125) – Urteile Jungbunzlauer/Kommission (Randnr. 159) und Archer Daniels Midland II (Randnrn. 165 und 166). Vgl. auch Urteile Knauf Gips/Kommission (Randnrn. 395 und 403), BPB/Kommission (Randnrn. 304 und 312) und Lafarge/Kommission (Randnrn. 587 und 594). (126) – Urteile Jungbunzlauer/Kommission (Randnrn. 177 bis 190, speziell Randnr. 179) und Archer Daniels Midland II (Randnrn. 180 bis 192, speziell Randnr. 182). Vgl. auch den Ansatz des Gerichts im Urteil Degussa/Kommission (Randnr. 224). (127) – Randnr. 185 und die dort angeführte Rechtsprechung. (128) – Urteil Lafarge/Kommission (Randnrn. 587 bis 593). Vgl. auch Urteile Knauf Gips/Kommission (Randnrn. 396 bis 402) und BPB/Kommission (Randnrn. 307 bis 311). (129) – Randnr. 240 und die dort angeführte Rechtsprechung. (130) – Vgl. Fn. 118. (131) – Vgl. Randnr. 286 des angefochtenen Urteils. (132) – Urteil JCB Service/Kommission (Randnr. 205). Vgl. auch Urteil des Gerichts vom 18. Juli 2005, Scandinavian Airlines System/Kommission (T?241/01, Slg. 2005, II?2917, Randnr. 87 und die dort angeführte Rechtsprechung). (133) – Vgl. Urteil JCB Service/Kommission (Randnr. 201). (134) – Ich erinnere daran, dass nach ständiger Rechtsprechung die Frage, ob das Gericht auf das Vorbringen der Parteien eingegangen ist und sein Urteil ordnungsgemäß begründet hat, eine Rechtsfrage darstellt, die als solche im Rahmen eines Rechtsmittels aufgeworfen werden kann (vgl. u. a. Urteil vom 7. Mai 1998, Somaco/Kommission, C?401/96 P, Slg. 1998, I?2587, Randnr. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung). (135) – Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. Mai 1998, Rat/de Nil und Impens (C?225/96 P, Slg. 1998, I?2915, Randnrn. 32 bis 34), und vom 17. Mai 2001, IECC/Kommission (C?449/98 P, Slg. 2001, I?3875, Randnr. 70), sowie Beschlüsse des Präsidenten des Gerichtshofs vom 19. Juli 1995, Kommission/Atlantic Container Line u. a. (C?149/95 P[R], Slg. 1995, I?2165, Randnr. 58),

vom 14. Oktober 1996, SCK und FNK/Kommission (C?268/96 P[R], Slg. 1996, I?4971, Randnr. 52), und vom 25. Juni 1998, Niederländische Antillen/Rat (C?159/98 P[R], Slg. 1998, I?4147, Randnr. 70). (136) – Vgl. die in Fn. 19 dieser Schlussanträge zitierte Rechtsprechung. (137) – Urteil vom 6. März 2001 (C?274/99 P, Slg. 2001, I?1611). (138) – Randnr. 120. (139) – Randnr. 121. Vgl. auch Urteil vom 11. September 2003, Belgien/Kommission (C?197/99 P, Slg. 2003, I?8461, Randnr. 81). (140) – Randnr. 470 der streitigen Entscheidung. (141) – Nrn. 245 bis 251 dieser Schlussanträge. (142) – Diese Zurechnung zur GiroCredit sei für die Zeit von 1995 bis Oktober 1997 erfolgt, als die GiroCredit das Zentralinstitut des Sektors gewesen sei, und zur Ersten Bank für den Zeitraum von Oktober 1997 bis Juni 1998, nachdem diese aufgrund der Übernahme der GiroCredit selbst das Spitzeninstitut des Sektors geworden sei. (143) – Hervorhebung nur hier. (144) – Randnrn. 261 und 504 bis 506 des angefochtenen Urteils. (145) – Die Rechtsmittelführerin verweist auf die Kommissionsentscheidungen 77/327/EWG vom 19. April 1977 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/28.841 – A.B.G. gegen in den Niederlanden tätige Mineralölgesellschaften) (ABl. L 117, S. 1), 92/204/EWG vom 5. Februar 1992 in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/31.572 und 32.571 – Niederländische Bauwirtschaft) (ABl. L 92, S. 1) (vgl. Randnr. 141 der Entscheidung) und 1999/271/EG vom 9. Dezember 1998 in einem Verfahren nach Artikel 85 EG-Vertrag (IV/34.466 – Griechische Fährschiffe) (ABl. L 109, S. 24) sowie auf das Urteil Jungbunzlauer/Kommission (Randnr. 88). (146) – C?198/01 (Slg. 2003, I?8055, Randnr. 57). (147) – Vgl. u. a. Urteile des Gerichts vom 14. Mai 1998, BPB de Eendracht/Kommission (T?311/94, Slg. 1998, II?1129, Randnr. 309), und Archer Daniels Midland I (Randnr. 107). (148) – Vgl. hierzu Urteil Jungbunzlauer/Kommission (Randnr. 238). (149) – Randnr. 205. Vgl. auch Urteil Scandinavian Airlines System/Kommission (Randnr. 87 und die dort angeführte Rechtsprechung). (150) – Urteil JCB Service/Kommission (Randnr. 201). (151) – Randnr. 506 des angefochtenen Urteils. (152) – Randnrn. 558 und 559 der streitigen Entscheidung. (153) – Randnrn. 545 und 546 der streitigen Entscheidung. (154) – Randnrn. 547 bis 557 der streitigen Entscheidung. (155) – Randnr. 456. (156) – Randnrn. 393 und 394. (157) – Die BA?CA nimmt in ihrer Rechtsmittelschrift auf den Begriff der „hilfreichen“ Kooperation des Unternehmens Bezug. Dieser Begriff findet sich im angefochtenen Urteil nicht. (158) – Vgl. Urteil Groupe Danone/Kommission (Randnr. 453). (159) – Vgl. hierzu Urteil Jungbunzlauer/Kommission (Randnr. 238). (160) – Randnr. 454. (161) – Randnrn. 32 ff. (162) – Randnr. 34. (163) – Ebd. (164) – Randnr. 27. (165) – Vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 9. November 1983, Michelin/Kommission (322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 7), Hoechst/Kommission (Randnr. 15) und Orkem/Kommission (Randnrn. 32 und 33). (166) – Randnr. 33. (167) – Hervorhebung nur hier. (168) – Vgl. auch Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission (Randnrn. 61 bis 65). (169) – Urteil Orkem/Kommission (Randnr. 37). (170) – Vgl. die in Randnr. 540 des angefochtenen Urteils angeführte Rechtsprechung und insbesondere das Urteil des Gerichts vom 20. Februar 2001, Mannesmannröhren?Werke/Kommission (T?112/98, Slg. 2001, II?729, Randnrn. 71 bis 73 und die dort angeführte Rechtsprechung). (171) – Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. 2006, C 298, S. 17). (172) – Randnr. 276. (173) – Vgl. hierzu meine Ausführungen in Nr. 128 dieser Schlussanträge. (174) – Vgl. u. a. Beschluss vom 12. Dezember 2006, Autosalone Ispra/Kommission (C?129/06 P, Randnr. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung). (175) – Neben den Rechtsmittelführerinnen hatten auch die Bank für Arbeit und Wirtschaft AG (im Folgenden: BAWAG), die PSK, die Niederösterreichische Landesbank?Hypothenkenbank AG (im Folgenden: NÖ?Hypo) und die Raiffeisenlandesbank Niederösterreich?Wien AG (im Folgenden: RLB) eine Klage erhoben. Die RLB wurde 1997 mit der Raiffeisenbank Wien AG (im Folgenden: RBW) verschmolzen. (176) – Randnr. 426 der streitigen Entscheidung. (177) – Nr. 1 Teil A Abs. 1 und 4 der Leitlinien. (178) – Der Orientierungswert für die Kategorien II bis IV ist jeweils halb so hoch wie der Wert der nächsthöheren Kategorie; das Gleiche gilt für den jeweiligen Ausgangsbetrag (vgl. Randnr. 424 des angefochtenen Urteils). (179) – Ich verweise auf die Darstellung des Parteivorbringens in den Randnrn. 339 bis 354 des angefochtenen Urteils. (180) – Hervorhebungen nur hier. (181) – Randnr. 9 Buchst. c der streitigen Entscheidung, angeführt in der vorstehenden Nummer dieser Schlussanträge. (182) – Vgl.

Randnrn. 58 bis 62, 358 bis 361 und 516 bis 518 der streitigen Entscheidung. (183) – Vgl. Entscheidungen der Kommission vom 7. November 2000, COMP/M.2140, BAWAG/PSK (Randnr. 9), vom 14. November 2000, COMP/M.2125, HypoVereinsbank/Bank Austria (Randnr. 21), und vom 2. Juli 2001, COMP/M.2402, Creditanstalt/RZB/JV (Randnr. 15). Alle diese Entscheidungen sind auf der Internetseite <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases> veröffentlicht. (184) – Auch diese Entscheidung ist auf der Internetseite <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases> zugänglich. (185) – Die Höhe der Geldbußen ist in Mio. Euro angegeben. (186) – Randnrn. 521 und 522 der streitigen Entscheidung. (187) – Randnrn. 525 bis 542 der streitigen Entscheidung. (188) – Randnrn. 543 bis 559 der streitigen Entscheidung.

Schlußanträge des Generalanwalts

Schlußanträge des Generalanwalts

Inhaltsverzeichnis

I – Rechtlicher Rahmen

II – Sachverhalt

III – Klage vor dem Gericht und angefochtenes Urteil

IV – Verfahren vor dem Gerichtshof und Anträge der Parteien

V – Rechtsmittelgründe

A – Von der Ersten Bank angeführte Rechtsmittelgründe (C?125/07 P)

B – Von der RZB angeführte Rechtsmittelgründe (C?133/07 P)

C – Von der BA-CA angeführte Rechtsmittelgründe (C?135/07 P)

D – Von der ÖVAG angeführte Rechtsmittelgründe (C?137/07 P)

VI – Die Verbindung der Rechtsmittel und ihre Behandlung im Rahmen der vorliegenden Schlussanträge

VII – Vorbemerkungen

A – Zum Umfang der vom Gerichtshof im Rahmen der vorliegenden Rechtsmittel ausgeübten Kontrolle

B – Der rechtliche und tatsächliche Kontext der Kontrolle wettbewerbswidriger Verhaltensweisen und Vereinbarungen

VIII – Zu den Rechtsmittelgründen betreffend einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG

A – Zum ersten Rechtsmittelgrund: fehlerhafte Beurteilung der Voraussetzung der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

1 Zum ersten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Beurteilung der Eignung eines sich auf das gesamte Inland erstreckenden Kartells, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

b) Würdigung

2 Zum zweiten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Würdigung durch das Gericht aufgrund einer Gesamtprüfung der grenzüberschreitenden Wirkung des Kartells

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

b) Würdigung

i) Zur ersten Rüge: fehlerhafte Anwendung und Auslegung der Gemeinschaftsrechtsprechung

– Zum Urteil VGB u. a./Kommission

– Zum Urteil Bagnasco u. a.

ii) Zur unzutreffenden, unzureichenden und widersprüchlichen Beurteilung des Gerichts hinsichtlich der Definition des relevanten Marktes

– Zur Art und Weise, in der das Gericht die Rügen einer fehlerhaften Definition des relevanten Marktes beurteilt hat

– Zur Rüge einer unzureichenden und widersprüchlichen Begründung

– Zur verfehlten Bezugnahme auf das Urteil SPO u. a./Kommission

3 Zum dritten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlender Nachweis einer spürbaren Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels durch das Kartell

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

b) Würdigung

4 Zum vierten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlende Prüfung der konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

b) Würdigung

B – Zum zweiten Rechtsmittelgrund: fehlerhafte Zurechnung der Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

2. Würdigung

IX – Zu den Rechtsmittelgründen betreffend einen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 insoweit, als die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung sowie des Grundbetrags der Geldbuße Rechtsfehler und Begründungsmängel aufweise und das rechtliche Gehör verletze

A – Zum ersten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler bei der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung

1. Zum ersten Teil des Rechtsmittelgrundes: mit den Leitlinien nicht übereinstimmende Beurteilung

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

b) Würdigung

2. Zum zweiten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Würdigung des „eigentlichen Wesens“ der Zuwiderhandlung

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

b) Würdigung

3. Zum dritten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Würdigung in Bezug auf die „konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt“

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

b) Würdigung

i) Der Ansatz des Gemeinschaftsrichters

ii) Meine Auffassung

4. Zum vierten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Beurteilung in Bezug auf den „Umfang des betreffenden räumlichen Marktes“

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

b) Würdigung

5 Zum fünften Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Beurteilung der Frage durch das Gericht, welchen Einfluss es hatte, dass die Verfolgungsmaßnahmen selektiv getroffen wurden, und Verletzung der Begründungspflicht

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

b) Würdigung

6 Zum sechsten Teil des Rechtsmittelgrundes: Fehlen einer Gesamtbewertung der Schwere der Zuwiderhandlung

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

b) Würdigung

7 Zum siebten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Beurteilung in Bezug auf die Einteilung der Rechtsmittelführerinnen in Kategorien

a) Die von den Rechtsmittelführerinnen erhobenen Rügen

i) Zur ersten Rüge: Rechtswidrigkeit der Zurechnung der Marktanteile der Banken der dezentralisierten Sektoren zu den Zentralinstituten

– Zum Grundsatz der Zurechnung und den hierfür verwendeten Beurteilungskriterien

– Zum Verstoß gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 sowie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Sanktion, den Grundsatz der persönlichen Verantwortung für Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht und gegen den Gleichheitsgrundsatz

ii) Zur zweiten Rüge: Verletzung der Verteidigungsrechte

iii) Zur dritten Rüge: unzutreffende Würdigung der Rolle und Aufgaben der Zentralinstitute innerhalb der Bankengruppen

iv) Zur vierten Rüge: unzutreffende Ermittlung der Marktanteile der Ersten Bank und der Sparkassengruppe

v) Zur fünften Rüge: Verfälschung von Tatsachen und Beweisen

b) Würdigung

i) Zur ersten Rüge: Rechtswidrigkeit der Zurechnung der Marktanteile der Banken der dezentralisierten Sektoren zu den Zentralinstituten

B – Zum zweiten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler, Begründungsmangel und Verfälschung von Beweismitteln in Bezug auf das Vorliegen mildernder Umstände

a) Zum ersten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Würdigung des passiven Verhaltens der ÖVAG

i) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

– Zur ersten Rüge: fehlerhafte Ausübung seiner richterlichen Befugnis durch das Gericht

– Zur zweiten Rüge: Anwendung eines falschen Beurteilungsmaßstabs

– Zur dritten Rüge: Verfälschung der dem Gericht vorgelegten Beweismittel

– Zur vierten Rüge: widersprüchliche Begründung

ii) Würdigung

b) Zum zweiten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Würdigung der Beteiligung öffentlicher Stellen an den Bankenrundendurch das Gericht

i) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

ii) Würdigung

c) Zum dritten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Würdigung der Kenntnis der Öffentlichkeit von den Gesprächsrunden durch das Gericht

i) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

ii) Würdigung

C – Zum dritten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler, Verletzung der Grundsätze der Gleichbehandlung, des Vertrauensschutzes und der Verteidigungsrechte sowie unzureichende und widersprüchliche Begründung hinsichtlich der Anwendung von Abschnitt D der Mitteilung über Zusammenarbeit

1. Zum ersten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Beurteilung des Gerichts in Bezug auf das Ermessen der Kommission und in Bezug auf seine eigene Kontrollfunktion

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

b) Würdigung

2. Zum zweiten Teil des Rechtsmittelgrundes: Rechtsfehler bei der Anwendung der Mitteilung über Zusammenarbeit

a) Zur ersten Rüge: Verwendung eines falschen Beurteilungsmaßstabs und Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung

i) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

ii) Würdigung

b) Zur zweiten Rüge: Rechtsfehler im Rahmen der Prüfung des Umfangs der Zusammenarbeit der Unternehmen, Verletzung der Grundsätze der Gleichbehandlung, des Vertrauensschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte sowie unzureichende und widersprüchliche Begründung

i) Zum ersten Argument der RZB: Fehlbeurteilung der Freiwilligkeit der Antworten auf die Auskunftsverlangen und Verletzung der Verteidigungsrechte

– Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

– Würdigung

ii) Zum zweiten Argument: Rechtsfehler bei der Würdigung der gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung

– Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

– Würdigung

iii) Zum dritten Argument: fehlerhafte Beurteilung des Eingeständnisses des wettbewerbswidrigen Zwecks der Zuwiderhandlung durch die RZB und Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

– Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

– Würdigung

iv) Zum vierten Argument: Beweislastumkehr hinsichtlich des Wertes der Zusammenarbeit der RZB und Verletzung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes

– Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

– Würdigung

v) Zum fünften Argument: Rechtsfehler und widersprüchliche Begründung im Rahmen der Würdigung des Wertes der von der BA?CA übermittelten zusätzlichen Dokumente durch das Gericht

– Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

– Würdigung

vi) Zum sechsten Argument: fehlende Berücksichtigung der Erwiderung der BA?CA auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte

– Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

– Würdigung

3. Zum dritten Teil: Verletzung der Verteidigungsrechte, soweit sie den Anspruch auf rechtliches Gehör umfassen

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

b) Würdigung

D – Zum vierten Rechtsmittelgrund: Verletzung der Verteidigungsrechte, soweit sie den Anspruch auf rechtliches Gehör umfassen, sowie der Verpflichtung des Gerichts, seine Schlussfolgerungen zu den Anträgen auf Herabsetzung der Geldbußen zu begründen

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

2. Würdigung

X – Zu den Folgen der Aufhebung des angefochtenen Urteils

A – Zum ersten Klagegrund: fehlerhafte Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und des Grundbetrags der Geldbuße unter Berücksichtigung des fehlenden Nachweises konkreter Auswirkungen des Kartells auf den Markt

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

2. Würdigung

B – Zum zweiten Klagegrund: fehlerhafte Beurteilung hinsichtlich der Einstufung der Ersten Bank, der RZB und der ÖVAG für die Zwecke der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und der Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße

1. Zur streitigen Entscheidung

2. Zusammenfassung des Parteivorbringens

3. Würdigung

XI – Kosten

XII – Ergebnis

1. Gegenstand der vorliegenden Rechtssache sind die Rechtsmittel, die vier österreichische Banken, nämlich die Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG(2) (C?125/07 P), die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG(3) (C?133/07 P), die Bank Austria Creditanstalt AG(4) (C?135/07 P) und die Österreichische Volksbanken AG(5) (C?137/07 P) gegen das Urteil des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 14. Dezember 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich u. a./Kommission(6), eingelegt haben.

2. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht die Entscheidung 2004/138/EG der Kommission(7), mit der die Teilnahme dieser Unternehmen an einer Reihe von gegen Art. 81 EG verstoßenden Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen auf dem Markt der Bankprodukte und -dienstleistungen in Österreich festgestellt wurde, im Wesentlichen bestätigt. Gleichwohl modifizierte das Gericht anhand seiner Prüfung der Feststellungen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur Dauer der Zuwiderhandlung und zur Zusammenarbeit der Banken mit der Kommission die gegen die Österreichische Postsparkasse AG (im Folgenden: PSK) verhängte Sanktion.

3. Mit den vorliegenden Rechtsmitteln beanstanden die Rechtsmittelführerinnen die Auffassung des Gerichts hinsichtlich der Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG, insbesondere

hinsichtlich der Voraussetzung der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten. Sie machen dem Gericht darüber hinaus zum Vorwurf, dadurch gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates(8) verstoßen zu haben, dass es u. a. die Schwere der Zuwiderhandlung für die Zwecke der Festsetzung der Geldbuße falsch bewertet habe. Schließlich erheben die Rechtsmittelführerinnen mehrere Rügen gegen die Beurteilung des Gerichts in Bezug auf das Vorliegen mildernder Umstände und den Umfang ihrer Zusammenarbeit im Verfahren.

4. In diesen Schlussanträgen werde ich dem Gerichtshof vorschlagen, das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als dem Gericht im Rahmen seiner Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlungen für die Zwecke der Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße zwei Rechtsfehler unterlaufen sind.

5. Ein erster Rechtsfehler ist dem Gericht meiner Meinung nach dadurch unterlaufen, dass es entschieden hat, die Kommission habe aus der Umsetzung des Kartells auf das Vorliegen konkreter Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt schließen dürfen. Darüber hinaus hat es einen zweiten Rechtsfehler begangen und das angefochtene Urteil widersprüchlich begründet, indem es entschieden hat, die Kommission habe für die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und die Bemessung des Grundbetrags der Geldbuße der Ersten Bank, der RZB und der ÖVAG als Zentralinstituten die Marktanteile der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren zurechnen dürfen, obwohl sie ihnen deren Zuwiderhandlung nicht zugerechnet habe.

6. Da der Rechtsstreit meiner Ansicht nach zur Entscheidung reif ist, werde ich dem Gerichtshof vorschlagen, gemäß Art. 61 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs über diese beiden vor dem Gericht geltend gemachten Nichtigkeitsgründe selbst endgültig zu entscheiden, und zwar Art. 3 der streitigen Entscheidung aufzuheben und in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung die gegen die einzelnen betroffenen Unternehmen zu verhängenden Geldbußen festzusetzen.

I – Rechtlicher Rahmen

7. Art. 81 EG verbietet „alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken“.

8 Im Fall einer Zuwiderhandlung gegen diese Bestimmung kann die Kommission gemäß Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 „gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Geldbußen in Höhe von [1 000] bis [1] Million [Euro] oder über diesen Betrag hinaus bis zu zehn vom Hundert des von dem einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festsetzen“.

9 Um die Transparenz und Objektivität ihrer Entscheidungen sowohl gegenüber den Unternehmen als auch gegenüber dem Gemeinschaftsrichter zu erhöhen, veröffentlichte die Kommission im Jahr 1998 Leitlinien, in denen sie das Verfahren zur Festsetzung der Geldbußen darlegt, die nach Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 festgesetzt werden(9) .

10 In Nr. 1 der Leitlinien heißt es zur Festsetzung der Geldbußen, dass der Grundbetrag nach Maßgabe der Kriterien von Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17, d. h. der Schwere und Dauer des Verstoßes, errechnet wird.

11 Erstens sind bei der Ermittlung der Schwere eines Verstoßes seine Art und die konkreten Auswirkungen auf den Markt, sofern diese messbar sind, sowie der Umfang des betreffenden räumlichen Marktes zu berücksichtigen (Nr. 1 Teil A Abs. 1 der Leitlinien). Dabei werden die Verstöße in drei Gruppen unterteilt: „minder schwere Verstöße“, bei denen Geldbußen zwischen 1 000 und 1 Mio. Euro in Betracht kommen, „schwere Verstöße“, bei denen die Geldbußen zwischen 1 Mio. und 20 Mio. Euro liegen können, und „besonders schwere Verstöße“, für die Geldbußen oberhalb von 20 Mio. Euro vorgesehen sind (Nr. 1 Teil A Abs. 2 erster bis dritter Gedankenstrich der Leitlinien).

12 Zweitens wird die Schwere der Zuwiderhandlung anhand der Merkmale der einzelnen betroffenen Unternehmen geprüft. Innerhalb dieser einzelnen Kategorien ermöglicht die Skala der festzusetzenden Geldbußen eine Differenzierung gemäß der Art des begangenen Verstoßes. Sodann berücksichtigt die Kommission die tatsächliche wirtschaftliche Fähigkeit der betroffenen Unternehmen, einen wirtschaftlichen Schaden hervorzurufen und setzt die Geldbuße auf einen Betrag fest, der eine hinreichend abschreckende Wirkung entfalten soll (Nr. 1 Teil A Abs. 4 der Leitlinien). In diesem Stadium kann die Kommission die Unternehmen in verschiedene Kategorien einstufen und den Ausgangsbetrag der Geldbuße für die einzelnen Unternehmen gewichten.

13 Drittens berücksichtigt die Kommission die Dauer des Verstoßes.

14 Gemäß den Nrn. 2 und 3 der Leitlinien kann die Kommission ferner bestimmte erschwerende oder mildernde Umstände berücksichtigen, um den Grundbetrag zu erhöhen oder zu verringern.

15 Außerdem kann die Kommission nach Nr. 4 dieser Leitlinien ihre Mitteilung vom 18. Juli 1996 über die Nichtfestsetzung oder niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen⁽¹⁰⁾ anwenden. Sie enthält die Voraussetzungen, unter denen Geldbußen für Unternehmen, die während der Untersuchung eines Kartellfalls mit der Kommission zusammenarbeiten, entweder nicht oder niedriger festgesetzt werden können.

16 Abschnitt D der Mitteilung über Zusammenarbeit lautet wie folgt:

„Spürbar niedrigere Festsetzung der Geldbuße

1. Arbeitet ein Unternehmen mit der Kommission zusammen, ohne dass es alle [in den Abschnitten B und C genannten] Voraussetzungen erfüllt, so wird die Höhe der Geldbuße, die ohne seine Mitarbeit festgesetzt worden wäre, um 10 bis 50 % niedriger festgesetzt.

2. Dies gilt insbesondere, wenn

– ein Unternehmen der Kommission vor der Mitteilung der Beschwerdepunkte Informationen, Unterlagen oder andere Beweismittel liefert, die zur Feststellung des Vorliegens eines Verstoßes beitragen;

– ein Unternehmen der Kommission nach Erhalt der Mitteilung der Beschwerdepunkte mitteilt, dass es den Sachverhalt, auf den die Kommission ihre Einwände stützt, nicht bestreitet.“

17 Unter „Allgemeines“ heißt es in Nr. 5 Buchst. a Abs. 1 der Leitlinien, dass gemäß Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 der Endbetrag der Geldbuße in keinem Fall 10 % des Gesamtumsatzes der betroffenen Unternehmen übersteigen darf.

II – Sachverhalt

18 Der Sachverhalt, wie er sich aus dem angefochtenen Urteil ergibt, lässt sich wie folgt zusammenfassen.

19 Am 30. Juni 1997 reichte die Freiheitliche Partei Österreichs eine Beschwerde gegen acht österreichische Kreditinstitute wegen des Verdachts der Teilnahme an gegen Art. 81 EG verstoßenden Absprachen und/oder abgestimmten Verhaltensweisen ein. Im Juni 1998 nahm die Kommission unangekündigt Nachprüfungen in den Geschäftsräumen dieser Unternehmen vor und richtete im September 1998 Auskunftsverlangen an sie. Die größten betroffenen Banken boten der Kommission ihre „Zusammenarbeit“ bei der Ermittlung des Sachverhalts an.

20 Am 13. September 1999 übermittelte die Kommission acht Banken die Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 11. September 1999. Diese erhielten Akteneinsicht und reichten schriftliche Stellungnahmen ein. Darüber hinaus fand eine Anhörung statt. Im Anschluss daran übermittelte die Kommission am 22. November 2000 eine Mitteilung ergänzender Beschwerdepunkte, zu der die betroffenen Unternehmen schriftlich und mündlich Stellung nehmen konnten. Die Kommission warf diesen Unternehmen im Wesentlichen vor, ein von ihr als „Lombard-Netzwerk“ bezeichnetes Geflecht

regelmäßiger Treffen geschaffen zu haben, in deren Rahmen sie regelmäßig ihr Verhalten hinsichtlich der wesentlichen Wettbewerbsparameter auf dem Markt der Bankprodukte und -dienstleistungen in Österreich koordiniert hätten.

21 Am 11. Juni 2002 erließ die Kommission die streitige Entscheidung.

22 Die Kommission stufte den festgestellten Sachverhalt als komplexen Verstoß von erheblicher Dauer ein. Die Unternehmen, an die die streitige Entscheidung gerichtet war, wurden anhand der Häufigkeit ihrer Teilnahme an den wichtigsten Gesprächsrunden ausgewählt sowie deshalb, weil sie aufgrund ihrer Größe auf dem österreichischen Bankenmarkt eine bedeutende Rolle spielten.

23 In der streitigen Entscheidung heißt es, dass Absprachen unter den österreichischen Banken – vor allem über Konditionen und Gebühren – in Österreich eine lange Tradition gehabt und zum Teil auf nationalen Rechtsvorschriften beruht hätten. Diese seien jedoch spätestens am 1. Januar 1994, dem Zeitpunkt des Beitritts der Republik Österreich zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und des Inkrafttretens des Bundesgesetzes über das Bankwesen⁽¹¹⁾, weggefallen. Die Kommission führte aus, dass die Kreditinstitute gleichwohl im Rahmen eines institutionalisierten sowie eng miteinander verknüpften Netzwerks von Gesprächsrunden der Banken weiterhin Vereinbarungen getroffen hätten.

24 In der streitigen Entscheidung wird dargelegt, wie die der Form nach ebenso vielfältige wie der Sache nach umfassende Gesamtheit von Treffen den beteiligten Instituten eine regelmäßige Abstimmung ihres Marktverhaltens insbesondere in Bezug auf Konditionen und Bankgebühren ermöglicht habe.

25 Die übergeordnete Instanz sei der aus leitenden Vertretern der größten österreichischen Banken bestehende „Lombardclub“ gewesen. Eine Ebene tiefer seien die produktbezogenen Fachgesprächsrunden (Kredite, Einlagen) angesiedelt gewesen oder Spezialrunden u. a. für das Firmenkundengeschäft (z. B. „Großkundenbetreuerrunde“), das Privatkundengeschäft (z. B. „Freiberuflerrunde“) oder zu wettbewerbsrelevanten Themen (z. B. der „Exportclub“). Auch hätten in allen österreichischen Bundesländern regionale Runden stattgefunden. Die Kommission hebt die besondere Rolle der Zentralinstitute, die gewöhnlich als Spitzeninstitute bezeichnet würden, als Koordinatoren und Vertreter ihrer dezentralisierten Sektoren, nämlich der Ersten Bank für den Sparkassensektor, der RZB für den RZB-Sektor und der ÖVAG für den Volksbankensektor, hervor⁽¹²⁾.

26 In Art. 1 der streitigen Entscheidung führte die Kommission aus, dass die acht Banken, an die diese Entscheidung gerichtet sei, gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen hätten, indem sie an Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen über Preise, Gebühren und Werbemaßnahmen beteiligt gewesen seien, die im Zeitraum vom 1. Januar 1995 bis 24. Juni 1998 den Zweck verfolgt hätten, den Wettbewerb auf dem Markt für Bankprodukte und Bankdienstleistungen in Österreich einzuschränken.

27 Nach Art. 2 dieser Entscheidung müssen die genannten Unternehmen die Zuwiderhandlung unverzüglich einstellen.

28 In Art. 3 der streitigen Entscheidung verhängte die Kommission gegen jedes dieser Unternehmen eine Geldbuße, u. a. gegen die Erste Bank in Höhe von 37,69 Mio. Euro, gegen die RZB in Höhe von 30,38 Mio. Euro, gegen die Bank Austria AG in Höhe von 30,38 Mio. Euro und gegen die ÖVAG in Höhe von 7,59 Mio. Euro.

29 Diese Geldbußen wurden auf der Grundlage der Leitlinien sowie der Mitteilung über Zusammenarbeit berechnet.

30 In Bezug auf die Schwere der Zuwiderhandlung stufte die Kommission die Bankentrunden als besonders schweren Verstoß gegen Art. 81 EG ein, ohne dass die vergleichsweise geringe Größe des betroffenen räumlichen Marktes an dieser Bewertung etwas änderte. Sodann teilte sie die Kartellunternehmen anhand ihrer jeweiligen Marktanteile in fünf Kategorien ein. Dabei rechnete sie den Spitzeninstituten die Marktanteile der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren zu.

31 Hinsichtlich der Dauer der Zuwiderhandlung legte die Kommission die Zeit vom 1. Januar 1995 bis Juni 1998 zugrunde. Im Hinblick auf diese Dauer erhöhte sie den Ausgangsbetrag der Geldbuße um 35 %.

32 Die Kommission billigte keiner Bank mildernde Umstände zu. Hingegen setzte sie bei den Adressaten der streitigen Entscheidung in Anwendung der Mitteilung über Zusammenarbeit wegen Nichtbestreitens des Sachverhalts die Geldbuße um 10 % herab.

III – Klage vor dem Gericht und angefochtenes Urteil

33 Mit am 30. August 2002 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangener Klageschrift hat die RZB und sodann mit am 2. September 2002 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschriften haben die Erste Bank, die BA-CA und die ÖVAG sowie weitere Banken, an die die streitige Entscheidung gerichtet war, Nichtigkeitsklagen gegen diese Entscheidung erhoben.

34 Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht die Klagen der Rechtsmittelführerinnen abgewiesen und ihnen die Kosten auferlegt.

IV – Verfahren vor dem Gerichtshof und Anträge der Parteien

35 Mit Rechtsmittelschrift, die am 2. März 2007 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen ist, hat die Erste Bank und mit am 6. März 2007 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangenen Rechtsmittelschriften haben die RZB, die BA-CA und die ÖVAG gemäß Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs Rechtsmittel gegen das angefochtene Urteil eingelegt.

36 Die Erste Bank, die RZB, die BA-CA und die ÖVAG beantragen,

- das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als damit die von den Rechtsmittelführerinnen erhobene Nichtigkeitsklage abgewiesen wird, und die streitige Entscheidung für nichtig zu erklären;
- hilfsweise, die in Art. 3 dieser Entscheidung gegen sie festgesetzte Geldbuße herabzusetzen;
- in jedem Fall der Kommission die Kosten aufzuerlegen und,
- äußerst hilfsweise, auf weiteres Ersuchen der Ersten Bank und der ÖVAG das angefochtene Urteil aufzuheben und die Rechtssache an das Gericht zurückzuverweisen.

37 Die Kommission beantragt in allen Rechtssachen,

- die Rechtsmittel der Rechtsmittelführerinnen in vollem Umfang zurückzuweisen;
- das angefochtene Urteil zu bestätigen und
- den Rechtsmittelführerinnen die Kosten des vorliegenden Rechtszugs aufzuerlegen.

V – Rechtsmittelgründe

A – Von der Ersten Bank angeführte Rechtsmittelgründe (C-125/07 P)

38 Die Erste Bank führt drei Rechtsmittelgründe an, mit denen sie entweder die Nichtigkeitserklärung der gesamten streitigen Entscheidung oder eine Herabsetzung der gegen sie festgesetzten Geldbuße erwirken möchte.

39 Mit dem ersten Rechtsmittelgrund rügt sie einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG. Dieser Rechtsmittelgrund gliedert sich in zwei Teile:

- Der erste Teil betrifft eine fehlerhafte Beurteilung hinsichtlich der Voraussetzung der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten.
- Der zweite Teil betrifft einen Rechtsfehler hinsichtlich der Zurechenbarkeit der Zuwiderhandlung.

40 Im Rahmen des zweiten Rechtsmittelgrundes macht die Erste Bank geltend, aufgrund einer Fehlbeurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und einer fehlerhaften Bemessung des

Ausgangsbetrags der Geldbuße liege ein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 vor. Zur Stützung dieses Rechtsmittelgrundes beanstandet sie die von der Kommission für die Zwecke der Festsetzung der Geldbuße vorgenommene Einstufung in Kategorien. Dieser Rechtsmittelgrund besteht insoweit aus zwei Teilen:

- Der erste Teil betrifft Rechtsfehler dadurch, dass der Ersten Bank Marktanteile des dezentralisierten Sparkassensektors zugerechnet worden seien.
- Der zweite Teil betrifft eine fehlerhafte Ermittlung der Marktanteile der Ersten Bank und des dezentralisierten Sparkassensektors.

41 Mit dem dritten Rechtsmittelgrund macht die Erste Bank schließlich eine Verletzung der Verteidigungsrechte dadurch geltend, dass in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht die Absicht der Kommission erwähnt worden sei, ihr die Marktanteile des dezentralisierten Sparkassensektors zuzurechnen.

B – Von der RZB angeführte Rechtsmittelgründe (C-133/07 P)

42 Die RZB führt gleichfalls drei Rechtsmittelgründe an, die im Wesentlichen darauf gerichtet sind, entweder die Nichtigerklärung der gesamten streitigen Entscheidung oder eine Herabsetzung der gegen sie festgesetzten Geldbuße zu erwirken.

43 Mit dem ersten Rechtsmittelgrund rügt die RZB einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG aufgrund einer fehlerhaften Beurteilung hinsichtlich der Voraussetzung der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten.

44 Den zweiten Rechtsmittelgrund stützt sie darauf, dass ein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 insoweit vorliege, als die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung unzutreffend und mit Rechtsfehlern behaftet sei. Dieser Rechtsmittelgrund gliedert sich in sechs Teile:

- Im Rahmen der ersten drei Teile trägt die RZB vor, das Gericht habe das Wesen der Zuwiderhandlung, deren konkrete Auswirkungen auf den Markt und ihren räumlichen Umfang falsch beurteilt.
- Sie stützt den vierten Teil darauf, dass dem Gericht ein Rechtsfehler unterlaufen sei, indem es außer Acht gelassen habe, dass die Verfolgungsmaßnahmen selektiv getroffen worden seien.
- Im Rahmen des fünften Teils wirft die RZB dem Gericht vor, es habe keine Gesamtbewertung der Schwere der Zuwiderhandlung vorgenommen.
- Den sechsten Teil stützt sie auf eine Kritik an der Einstufung in Kategorien, die die Kommission für die Zwecke der Festsetzung der Geldbuße vorgenommen habe. Sie beanstandet, dass ihr die Marktanteile ihres dezentralisierten Sektors zugerechnet worden seien, und erhebt insoweit fünf Rügen. Erstens fehle einer solchen Zurechnung die Rechtsgrundlage. Sie verstoße zweitens gegen den Grundsatz einer der Schwere der Tat angemessenen Sanktion, drittens gegen den Grundsatz der persönlichen Natur der Verantwortung für Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht und viertens gegen den Gleichheitsgrundsatz. Schließlich sei die Begründung des angefochtenen Urteils in diesem Punkt widersprüchlich.

45 Den dritten Rechtsmittelgrund stützt die RZB auf Rechtsfehler bei der Anwendung von Abschnitt D der Mitteilung über Zusammenarbeit. Dieser Rechtsmittelgrund gliedert sich in zwei Teile:

- Der erste Teil betrifft die Verwendung eines falschen Beurteilungsmaßstabs. Die RZB rügt insoweit zweierlei: erstens einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot und zweitens einen Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes.
- Der zweite Teil betrifft eine fehlerhafte Würdigung der Tragweite der Zusammenarbeit der RZB im Verfahren und gliedert sich in vier Rügen:

- Die ersten drei Rügen betreffen erstens eine Fehlbeurteilung der Freiwilligkeit der Antworten auf die Auskunftsverlangen, zweitens einen Rechtsfehler bei der Würdigung der gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung und drittens eine fehlerhafte Beurteilung des Eingeständnisses des wettbewerbswidrigen Zwecks der Zuwiderhandlung durch die RZB;
- mit der vierten Rüge wirft sie dem Gericht vor, es habe hinsichtlich des Wertes ihrer Zusammenarbeit eine Beweislastumkehr vorgenommen und dadurch gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes verstoßen.

C – Von der BA-CA angeführte Rechtsmittelgründe (C-135/07 P)

46 Die BA-CA führt vier Rechtsmittelgründe an, die alle darauf gerichtet sind, eine Herabsetzung der in Art. 3 der streitigen Entscheidung gegen sie festgesetzten Geldbuße zu erwirken.

47 Im Rahmen des ersten Rechtsmittelgrundes macht die BA-CA einen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 insoweit geltend, als die Schwere der Zuwiderhandlung und insbesondere deren konkrete Auswirkungen auf den Markt falsch beurteilt worden seien. Dieser Rechtsmittelgrund setzt sich aus zwei Teilen zusammen:

- Der erste Teil betrifft die irrige Annahme wirtschaftlicher Auswirkungen der Bankenrunden.
- Der zweite Teil betrifft einen Verstoß gegen die Grundsätze des Beweisverfahrens.

48 Den zweiten Rechtsmittelgrund stützt die BA-CA auf eine unzutreffende Würdigung mildernder Umstände. Er gliedert sich in zwei Teile:

- Im ersten Teil wirft die BA-CA dem Gericht vor, die Beteiligung bestimmter öffentlicher Stellen an den Treffen nicht berücksichtigt zu haben.
- Den zweiten Teil stützt die Rechtsmittelführerin auf verschiedene Rechtsfehler, die dem Gericht dadurch unterlaufen seien, dass es die Kenntnis der Öffentlichkeit von den Gesprächsrunden nicht berücksichtigt habe.

49 Im Rahmen des dritten Rechtsmittelgrundes rügt die BA-CA verschiedene Rechtsfehler sowie eine Verletzung fundamentaler Grundsätze bei der Anwendung von Abschnitt D der Mitteilung über Zusammenarbeit. Dieser Rechtsmittelgrund besteht aus drei Teilen:

- Mit dem ersten Teil beanstandet die BA-CA die Auffassung des Gerichts in Bezug auf das Ermessen der Kommission und in Bezug auf seine eigene Kontrollfunktion.
- Der zweite Teil betrifft die Verwendung eines falschen Beurteilungsmaßstabs sowie die Verletzung der Grundsätze der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes.
- Der dritte Teil betrifft eine fehlerhafte Würdigung der Tragweite der Zusammenarbeit der BA-CA. Er gliedert sich in vier Rügen:
 - Die ersten beiden Rügen betreffen eine fehlerhafte Würdigung erstens des Wertes der gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung und zweitens des Wertes der Übermittlung zusätzlicher Dokumente durch die Rechtsmittelführerin;
 - mit der dritten Rüge macht die BA-CA dem Gericht zum Vorwurf, es habe ihre Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht berücksichtigt, und
 - die vierte Rüge ist auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gerichtet.

50 Den vierten Rechtsmittelgrund stützt die BA-CA darauf, dass das Gericht im Rahmen seiner Schlussfolgerungen zu den Anträgen auf Herabsetzung der Geldbußen ihre Verteidigungsrechte insoweit verletzt habe, als sie den Anspruch auf rechtliches Gehör umfassten.

D – Von der ÖVAG angeführte Rechtsmittelgründe (C-137/07 P)

51 Wie die Erste Bank und die RZB führt auch die ÖVAG drei Rechtsmittelgründe an, mit denen sie im Wesentlichen entweder die Nichtigerklärung der gesamten streitigen Entscheidung oder eine Herabsetzung der von der Kommission gegen sie festgesetzten Geldbuße erwirken möchte.

52 Im Rahmen des ersten Rechtsmittelgrundes rügt die ÖVAG einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG aufgrund fehlerhafter Beurteilung hinsichtlich der Voraussetzung der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten. Dieser Rechtsmittelgrund gliedert sich in drei Teile:

- Der erste Teil betrifft Rechtsfehler und Begründungsmängel in Bezug auf die Eignung eines rein nationalen Kartells zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels.
- Der zweite Teil betrifft Rechtsfehler, die dem Gericht dadurch unterlaufen seien, dass es eine Gesamtprüfung der grenzüberschreitenden Auswirkungen des Kartells vorgenommen habe. Die Rechtsmittelführerin erhebt insoweit zwei Rügen, und zwar erstens die einer fehlerhaften Würdigung der Gemeinschaftsrechtsprechung und zweitens die einer unzutreffenden, unzureichenden und widersprüchlichen Beurteilung hinsichtlich der Definition des relevanten Marktes.
- Mit dem dritten Teil wird gerügt, dass im angefochtenen Urteil konkrete Auswirkungen des Kartells auf den Markt nicht dargetan worden seien.

53 Im Rahmen des zweiten Rechtsmittelgrundes macht die Rechtsmittelführerin einen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 insoweit geltend, als die Bewertung der Schwere der Zuwiderhandlung und insbesondere die von der Kommission für die Zwecke der Festsetzung der Geldbuße vorgenommene Einstufung in Kategorien fehlerhaft seien.

54 Im Rahmen des dritten Rechtsmittelgrundes beruft sich die ÖVAG auf Rechtsfehler, einen Begründungsmangel und eine Verfälschung von Tatsachen bei der Würdigung mildernder Umstände.

VI – Die Verbindung der Rechtsmittel und ihre Behandlung im Rahmen der vorliegenden Schlussanträge

55 Da die vorliegenden Rechtssachen miteinander in Zusammenhang stehen, sind sie gemäß Art. 43 der Verfahrensordnung zu gemeinsamer Entscheidung verbunden worden. Soweit einige von den Rechtsmittelführerinnen angeführte Rechtsmittelgründe übereinstimmen, werde ich sie aus Gründen der Klarheit gemeinsam behandeln.

56 In meiner Erörterung werde ich zunächst die Rechtsmittelgründe prüfen, mit denen die Rechtmäßigkeit der gesamten streitigen Entscheidung in Frage gestellt werden soll. Hierzu werde ich die Rechtsmittelgründe prüfen, die darauf gerichtet sind, das Vorliegen der in Art. 1 der streitigen Entscheidung genannten Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG zu bestreiten.

57 Sodann werde ich die Rechtsmittelgründe prüfen, die darauf gerichtet sind, eine Herabsetzung der von der Kommission in Art. 3 dieser Entscheidung festgesetzten Geldbuße zu erwirken. Hierzu werde ich die Rechtsmittelgründe prüfen, die eine Fehlbeurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und der Einstufung der Rechtsmittelführerinnen in Kategorien betreffen. Danach werde ich die Rechtsmittelgründe prüfen, die der Würdigung mildernder Umstände und der Zusammenarbeit der Unternehmen im Verfahren gelten. Schließlich werde ich mich mit dem letzten von der BA?CA angeführten Rechtsmittelgrund befassen, der einen Verstoß gegen die Verteidigungsrechte und gegen die Begründungspflicht betrifft.

58 Vor Eintritt in die Erörterung möchte ich zur Klärung des rechtlichen Rahmens, in dem der Gerichtshof die vorliegenden Rechtsmittel prüfen wird, einige Vorbemerkungen machen.

VII – Vorbemerkungen

59 Diese Bemerkungen betreffen zum einen die gerichtliche Kontrolle durch den Gerichtshof im Rechtsmittelverfahren und zum anderen den rechtlichen und tatsächlichen Kontext der Ermittlung und Ahndung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen.

A – Zum Umfang der vom Gerichtshof im Rahmen der vorliegenden Rechtsmittel ausgeübten Kontrolle

60 Die Aufgabe des Gerichtshofs beschränkt sich im Rahmen eines Rechtsmittels darauf, zu prüfen, ob das Gericht bei der Ausübung seiner Kontrollbefugnis einen Rechtsfehler begangen hat.

61 Gemäß Art. 225 EG Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs ist das Rechtsmittel auf Rechtsfragen zu beschränken und muss auf die Unzuständigkeit des Gerichts, auf Verfahrensfehler oder auf eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch das Gericht gestützt werden. Außerdem muss die Rechtsmittelschrift nach Art. 112 § 1 Abs. 1 Buchst. c der Verfahrensordnung die Rechtsmittelgründe anführen.

62 Auf der Grundlage dieser Bestimmungen hat der Gerichtshof die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Rechtsmittel gegen Urteile des Gerichts formuliert.

63 Erstens muss ein Rechtsmittel – so der Gerichtshof – die beanstandeten Teile des Urteils, dessen Aufhebung beantragt wird, sowie die rechtlichen Argumente, die diesen Antrag speziell stützen, genau bezeichnen⁽¹³⁾.

64 Zweitens kann nach Auffassung des Gerichtshofs ein Rechtsmittelführer vor dem Gerichtshof nicht erstmals ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel und Argumente vorbringen, die er vor dem Gericht nicht vorgebracht hat. Dadurch könnte eine Partei nämlich den Gerichtshof, obwohl dessen Befugnisse im Rechtsmittelverfahren beschränkt sind, letztlich mit einem weiter reichenden Rechtsstreit befassen, als ihn das Gericht zu entscheiden hatte⁽¹⁴⁾.

65 Drittens hat der Gerichtshof entschieden, dass ein Rechtsmittel unzulässig ist, wenn sich der Rechtsmittelführer darauf beschränkt, die bereits vor dem Gericht dargelegten Klagegründe und Argumente zu wiederholen oder wörtlich wiederzugeben, und er den Rechtsfehler, mit dem das Urteil des Gerichts behaftet sein soll, weder erläutert noch bezeichnet. In diesem Fall zielt das Rechtsmittel nämlich in Wirklichkeit nur darauf ab, dem Rechtsmittelführer zu ermöglichen, eine erneute Prüfung der beim Gericht eingereichten Klage zu erwirken, was nicht in die Zuständigkeit des Gerichtshofs fällt⁽¹⁵⁾. Jedoch können im ersten Rechtszug geprüfte Rechtsfragen im Rechtsmittelverfahren erneut aufgeworfen werden, wenn der Rechtsmittelführer die Auslegung oder Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch das Gericht beanstandet. Könnte nämlich ein Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel nicht in dieser Weise auf bereits vor dem Gericht geltend gemachte Klagegründe und Argumente stützen, würde dies dem Rechtsmittelverfahren einen Teil seiner Bedeutung nehmen⁽¹⁶⁾.

66 Aus den genannten Bestimmungen geht weiter hervor, dass ein Rechtsmittel nur auf Gründe gestützt werden kann, die die Verletzung von Rechtsvorschriften betreffen. Die Tatsachenbeurteilung betreffende Gründe werden mit Ausnahme zweier in der Rechtsprechung ausdrücklich bezeichneter Fälle als unzulässig angesehen.

67 Grundsätzlich ist allein das Gericht zuständig für die Feststellung und Würdigung der Tatsachen. Auch kann allein das Gericht den Beweiswert der ihm vorgelegten Beweismittel beurteilen, sofern die Beweise, auf die es seine Feststellungen gestützt hat, ordnungsgemäß erhoben und die allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie die Vorschriften über die Beweislast und das Beweisverfahren eingehalten worden sind⁽¹⁷⁾.

68 In diesem Fall ist der Gerichtshof gemäß Art. 225 EG nur zur Kontrolle der rechtlichen Qualifizierung dieser Tatsachen und der Rechtsfolgen, die das Gericht aus ihnen gezogen hat, befugt⁽¹⁸⁾.

69 Somit hat die Kontrolle durch den Gerichtshof im Rahmen insbesondere der Durchführung der Art. 81 EG und 15 der Verordnung Nr. 17 einen zweifachen Gegenstand. Zum einen hat der Gerichtshof zu prüfen, inwieweit das Gericht rechtlich korrekt alle Faktoren berücksichtigt hat, die für die Beurteilung der Schwere des Verhaltens des Unternehmens anhand der Art. 81 EG und 15 der Verordnung Nr. 17 von Bedeutung sind. Zum anderen muss er prüfen, ob das Gericht auf alle vom Rechtsmittelführer vorgebrachten Argumente für eine Aufhebung oder Herabsetzung der Geldbuße rechtlich hinreichend

eingegangen ist⁽¹⁹⁾. Dagegen ist es nicht Sache des Gerichtshofs, die Beurteilung des Gerichts, das in Ausübung seiner unbeschränkten Nachprüfungsbefugnis über den Betrag der gegen Unternehmen festgesetzten Geldbußen entscheidet, aus Gründen der Billigkeit durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen⁽²⁰⁾.

70 Wie erwähnt gibt es zwei Fälle, in denen die Feststellung und die Würdigung von Tatsachen vor dem Gerichtshof gerügt werden können⁽²¹⁾.

71 Der erste Fall ist gegeben, wenn der Rechtsmittelführer geltend macht, dass das Gericht Feststellungen getroffen habe, deren Unrichtigkeit sich aus den Akten ergebe.

72 Der zweite Fall ist gegeben, wenn der Rechtsmittelführer geltend macht, dass das Gericht die ihm vorgelegten Beweise verfälscht habe. In diesem Fall kann der Gerichtshof, der grundsätzlich nicht dafür zuständig ist, die Beweise zu prüfen, die das Gericht als Beleg für die Tatsachen berücksichtigt hat, eine gerichtliche Kontrolle vornehmen. Der Rechtsmittelführer muss dann genau angeben, welche Beweise das Gericht verfälscht haben soll und welche Beurteilungsfehler seiner Auffassung nach das Gericht zu dieser Verfälschung veranlasst haben. Nach ständiger Rechtsprechung muss sich diese Verfälschung aus den Akten offensichtlich ergeben, ohne dass eine neue Tatsachen- und Beweiswürdigung vorgenommen sowie neue Beweise erhoben werden müssen⁽²²⁾.

73 Auf der Grundlage dieser Erwägungen werde ich die Zulässigkeit der von den Rechtsmittelführerinnen in den vorliegenden Rechtsmittelverfahren vorbrachten Gründe und Argumente prüfen.

B – Der rechtliche und tatsächliche Kontext der Kontrolle wettbewerbswidriger Verhaltensweisen und Vereinbarungen (23)

74 Die Teilnahme eines Unternehmens an wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen und Vereinbarungen stellt ein Wirtschaftsdelikt dar, das darauf abzielt, die Gewinne des Unternehmens durch, in der Regel, eine freiwillige Angebotsbeschränkung, eine künstliche Marktaufteilung und eine künstliche Preisanhebung zu maximieren. Die Wirkung solcher Vereinbarungen oder Verhaltensweisen besteht darin, den freien Wettbewerb einzuschränken und die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes insbesondere durch eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels zu verhindern. Da ein derartiges horizontales Kartell die Zinssätze berührt, d. h. letztlich die von den Endverbrauchern gezahlten Preise, stellt es eine der schwerwiegendsten wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen dar⁽²⁴⁾. Die Vereinbarungen über Aktiv- und Passivzinssätze, wie sie in den vorliegenden Rechtssachen in Rede stehen, sind eines der Mittel, über die die Kreditinstitute verfügen, um dadurch miteinander in Wettbewerb zu treten, dass sie als Entgelt für bestimmte Sparkonten höhere Sätze oder als Gegenleistung für gewährte Darlehen niedrigere Sätze anbieten. Bestehen zwischen diesen Kreditinstituten aber Kartelle zur Festlegung dieser Zinssätze, wird der Wettbewerb ausgeschaltet, was sich unmittelbar auf die Verbraucher auswirkt, da diesen ihr Handlungsspielraum genommen wird und sie nicht mehr in den Genuss dieser Vergünstigungen gelangen können.

75 Die Kommission soll mit den ihr in der Verordnung Nr. 17 eingeräumten Befugnissen in die Lage versetzt werden, die ihr durch Art. 81 EG übertragene Aufgabe zu erfüllen, für die Einhaltung der Wettbewerbsregeln im Gemeinsamen Markt zu sorgen. Wie sich aus der vorstehenden Randnummer ergibt, liegt es im Allgemeininteresse, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen und Vereinbarungen zu verhindern, aufzudecken und zu ahnden.

76 Da die Geldbußen, die den Unternehmen auferlegt werden können, bekannt sind, ist es üblich, dass die Tätigkeiten, mit denen die wettbewerbswidrigen Vereinbarungen verbunden sind, geheim ablaufen, dass die Zusammenkünfte heimlich stattfinden, meist in einem Drittland, und dass die Unterlagen darüber auf ein Minimum reduziert werden.

77 Selbst wenn die Kommission Schriftstücke findet, die – wie z. B. die Protokolle einer Zusammenkunft – eine unzulässige Kontaktaufnahme zwischen Wirtschaftsteilnehmern explizit bestätigen, handelt es sich

normalerweise nur um lückenhafte und vereinzelte Belege, so dass es häufig erforderlich ist, bestimmte Einzelheiten durch Schlussfolgerungen zu rekonstruieren.

78 In den meisten Fällen muss das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise oder Vereinbarung aus einer Reihe von Koinzidenzen und Indizien abgeleitet werden, die bei einer Gesamtbetrachtung mangels einer anderen schlüssigen Erklärung den Beweis für eine Verletzung der Wettbewerbsregeln darstellen können.

79 Zudem kann die Kommission – wie in den vorliegenden Rechtssachen – auf Schwierigkeiten stoßen, die mit der komplexen Struktur bestimmter Wirtschaftsteilnehmer, mit Umstrukturierungen und mit Änderungen der Rechtspersönlichkeit der Unternehmen zusammenhängen.

80 In diesem Kontext ist darauf hinzuweisen, dass Art. 81 EG die Tätigkeit von Unternehmen betrifft. Im Rahmen der Anwendung dieser Bestimmung hat die Änderung der Rechtsform und des Namens eines Unternehmens nicht zwingend zur Folge, dass ein neues, von der Haftung für wettbewerbswidrige Handlungen seines Vorgängers befreites Unternehmen entsteht, sofern die beiden Unternehmen wirtschaftlich gesehen identisch sind(25) .

81 In einer Mitteilung der Beschwerdepunkte muss jedoch eindeutig angegeben werden, gegen welche juristische Person Geldbußen festgesetzt werden könnten, und sie muss an diese gerichtet werden(26) .

82 Um die praktische Wirksamkeit der ihr durch Art. 11 Abs. 1 und 5 der Verordnung Nr. 17 verliehenen Untersuchungsbefugnis zu sichern, darf die Kommission ein Unternehmen, gegebenenfalls durch eine Entscheidung, verpflichten, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und ihr erforderlichenfalls die einschlägigen in seinem Besitz befindlichen Schriftstücke zu übermitteln, selbst wenn diese dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen.

83 Die Verordnung Nr. 17 verpflichtet ein Unternehmen, auf das sich eine Untersuchungsmaßnahme bezieht, zur aktiven Mitwirkung; dies bedeutet, dass es alle den Gegenstand der Untersuchung betreffenden Informationen für die Kommission bereithalten muss(27) .

84 Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben muss die Kommission aber darüber wachen, dass die Verteidigungsrechte in Voruntersuchungsverfahren nicht beeinträchtigt werden, da diese Verfahren für die Erbringung von Beweisen für rechtswidrige Verhaltensweisen von Unternehmen, die geeignet sind, deren Haftung auszulösen, von entscheidender Bedeutung sein können(28) .

85 Die Verteidigungsrechte gehören als Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat, wobei er sich von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten lässt, die völkerrechtliche Verträge wie die am 4. November 1950 in Rom unterzeichnete Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind(29) .

86 Daher darf die Kommission einem Unternehmen bei einem Auskunftsverlangen nicht die Verpflichtung auferlegen, Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat(30) .

87 Die Wahrung der Verteidigungsrechte erfordert es ferner, dem betroffenen Unternehmen im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zu geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der von der Kommission angeführten Tatsachen und Umstände sowie zu den Schriftstücken, auf die sie den Vorwurf einer Zuwiderhandlung gegen den EG-Vertrag stützt, sachgerecht Stellung zu nehmen(31) .

88 In diesem Sinne sieht die Verordnung Nr. 17 vor, dass den Beteiligten eine Mitteilung der Beschwerdepunkte übersandt wird, in der alle wesentlichen Tatsachen, auf die sich die Kommission in diesem Verfahrensstadium stützt, klar angegeben werden müssen. Diese Darstellung kann jedoch in

gedrängter Form erfolgen, und die Entscheidung braucht nicht notwendig ein Abbild der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu sein⁽³²⁾, da es sich bei dieser um ein vorbereitendes Schriftstück handelt, dessen tatsächliche und rechtliche Wertungen lediglich vorläufiger Natur sind⁽³³⁾. Aus diesem Grund kann die Kommission die Ergebnisse des Verwaltungsverfahrens berücksichtigen – und muss dies sogar –, etwa um Beschwerdepunkte fallen zu lassen, die sich als nicht ausreichend begründet erwiesen haben⁽³⁴⁾.

89 Im Licht dieser Erwägungen sind nun die einzelnen von den Rechtsmittelführerinnen in den vorliegenden Rechtsmittelverfahren vorgebrachten Gründe zu prüfen.

VIII – Zu den Rechtsmittelgründen betreffend einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG

90 Die Rechtsmittelführerinnen haben im Wesentlichen zwei Rechtsmittelgründe angeführt, nämlich erstens den einer fehlerhaften Beurteilung hinsichtlich der Voraussetzung der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG und zweitens den einer rechtsfehlerhaften Zurechnung der Verantwortung für die Zuwiderhandlung.

A – Zum ersten Rechtsmittelgrund: fehlerhafte Beurteilung der Voraussetzung der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

91 Nach Art. 81 Abs. 1 EG sind „[m]it dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ... alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken“.

92 Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 EG sind somit erstens die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten und zweitens die Einschränkung des Wettbewerbs⁽³⁵⁾.

93 Das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten ermöglicht es, den Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaften von dem des Rechts der Mitgliedstaaten abzugrenzen⁽³⁶⁾.

94 Der Gerichtshof hat sich in zahlreichen Fällen zu den Grundsätzen für die Beurteilung dieses Kriteriums geäußert.

95 Vereinbarungen oder Verhaltensweisen können nach einer gefestigten Formel des Gerichtshofs den Handel zwischen Mitgliedstaaten nur beeinträchtigen, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell den Handel zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen können, die die Verwirklichung eines einheitlichen Marktes der Mitgliedstaaten hemmen könnte⁽³⁷⁾. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Absprache den Inlandsmarkt abschottet, die Handelsströme in andere Richtungen lenkt oder die Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt verändert⁽³⁸⁾.

96 Damit ergibt sich nach Auffassung des Gerichtshofs eine Auswirkung auf den innergemeinschaftlichen Handel daraus, dass mehrere Voraussetzungen erfüllt sind, die für sich allein genommen nicht unbedingt entscheidend sind⁽³⁹⁾.

97 Insoweit ist es nicht erforderlich, eine tatsächliche Beeinträchtigung des Handels zu belegen, sondern es genügt der Nachweis einer potenziellen Beeinträchtigung⁽⁴⁰⁾.

98 Dagegen muss diese Beeinträchtigung spürbar sein⁽⁴¹⁾. Dies muss die Kommission unter Berücksichtigung insbesondere der Stellung und Bedeutung der Parteien auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse beurteilen. So wird eine Vereinbarung selbst bei absolutem Gebietsschutz von der Verbotsvorschrift des Art. 81 EG nicht erfasst, wenn sie den Markt angesichts der schwachen Stellung der Beteiligten auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse nur geringfügig beeinträchtigt⁽⁴²⁾.

99 Außerdem spielt es, wie das Gericht in Randnr. 164 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, keine Rolle, ob der Einfluss eines Kartells auf den Handelsverkehr ungünstig, neutral oder günstig ist.

100 Anhand dieser Grundsätze ist nun zu prüfen, ob die von den Rechtsmittelführerinnen angeführten Argumente stichhaltig sind.

101 Im Rahmen ihres jeweils ersten Rechtsmittelgrundes tragen die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG vor, dem Gericht seien verschiedene Rechtsfehler unterlaufen, indem es angenommen habe, die Vereinbarungen des „Lombardclubs“ seien geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 81 EG zu beeinträchtigen. Abgesehen von einigen Besonderheiten im Zusammenhang mit ihrer jeweiligen Lage geht ihr Vorbringen im Kern dahin, die Kriterien in Frage zu stellen, auf die das Gericht bei seiner Prüfung abgestellt hat.

102 Ich habe die einzelnen von den Rechtsmittelführerinnen erhobenen Rügen in vier Teile gegliedert.

103 Den ersten Teil stützen die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG darauf, dass dem Gericht dadurch ein Rechtsfehler unterlaufen sei, dass es entschieden habe, ein Kartell, das sich auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstrecke, sei geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen. Den zweiten Teil begründet die ÖVAG mit dem Vorwurf, das Gericht habe eine Gesamtprüfung der grenzüberschreitenden Wirkung des Kartells vorgenommen. Im Rahmen des dritten Teils trägt die Erste Bank sodann vor, das Gericht habe nicht nachgewiesen, dass dieses Kartell geeignet sei, den innergemeinschaftlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen. Mit dem vierten Teil schließlich wirft die ÖVAG dem Gericht vor, keine Prüfung der konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt vorgenommen zu haben.

1. Zum ersten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Beurteilung der Eignung eines sich auf das gesamte Inland erstreckenden Kartells, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

104 Die RZB und die ÖVAG tragen vor, dem Gericht sei ein Rechtsfehler unterlaufen, indem es in Randnr. 181 des angefochtenen Urteils angenommen habe, dass „eine starke Vermutung (43) dafür [besteht], dass eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise, die im gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats angewandt wird, geeignet ist, zur Abschottung der Märkte beizutragen und den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr zu beeinträchtigen“.

105 Nach Ansicht der RZB hat das Gericht die Zwischenstaatlichkeitsklausel insoweit verkürzt ausgelegt, als es die Bedeutung des Kriteriums der marktabschottenden Wirkung relativiert habe. Die ÖVAG macht geltend, das Gericht habe Art. 81 Abs. 1 EG weit ausgelegt.

106 Die RZB trägt weiter vor, dass die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten nicht nur eine Flächendeckung voraussetze, sondern auch den Nachweis einer marktabschottenden Wirkung. Dieser Nachweis sei unabdingbar. Das Gericht habe daher die Gemeinschaftsrechtsprechung und insbesondere in den Randnrn. 182 bis 184 des angefochtenen Urteils die Reichweite des Urteils Bagnasco u. a. verkannt, indem es ausgeführt habe, dass die bloße Erstreckung der Bankenrunden auf das gesamte österreichische Hoheitsgebiet ausreiche, um die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu bejahen. Die Rechtsmittelführerin trägt vor, die von den Bankenrunden betroffenen Dienstleistungen seien praktisch ausnahmslos lokal erbracht worden, und ausländische Banken seien an den Bankenrunden nicht beteiligt gewesen. Zudem sei das Gericht in Bezug auf die Beweislast davon ausgegangen, dass die Kommission bei einem das Gebiet eines Mitgliedstaats umfassenden Kartell eine marktabschottende Wirkung nicht dartun müsse. Damit sei dem Gericht in den Randnrn. 181 und 186 des angefochtenen Urteils mit einer Beweislastumkehr zulasten der Unternehmen ein Rechtsfehler unterlaufen.

107 Die ÖVAG ergänzt, die Unternehmen verfügten gar nicht über die für eine solche Darlegung erforderlichen Mittel. Außerdem sei der Umstand, dass sich das Kartell auf das gesamte Inland erstrecken könne, kein ausreichendes Kriterium, und das Gericht hätte noch andere Kriterien, wie die für den Bankensektor geltenden Besonderheiten, berücksichtigen müssen.

108 Zudem sei die Begründung des Gerichts widersprüchlich und unzureichend. In Randnr. 164 des angefochtenen Urteils habe es nämlich angenommen, dass die marktabstottende Wirkung kein starkes Indiz sei, um auf eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu schließen, während es in Randnr. 181 dieses Urteils einen engen Zusammenhang zwischen der marktabstottenden Wirkung eines Kartells und der Eignung zur Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handelsverkehrs gesehen habe.

b) Würdigung

109 Meines Erachtens sind die einzelnen von den Rechtsmittelführerinnen erhobenen Rügen zurückzuweisen.

110 Ein Kartell wie das in Rede stehende, das von den führenden österreichischen Banken auf nationaler Ebene organisiert wird und Absprachen über Preise und Bankgebühren zum Gegenstand hat, ist nämlich schon seinem Wesen nach geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG zu beeinträchtigen.

111 Was erstens die in Randnr. 181 des angefochtenen Urteils wiedergegebene Auffassung des Gerichts betrifft, wonach eine Vermutung dafür bestehe, dass eine Vereinbarung, die im gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats angewandt werde, geeignet sei, zur Abschottung der Märkte beizutragen und den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr zu beeinträchtigen, halte ich diese Erwägungen für zutreffend, wenngleich der Begriff „Vermutung“ meines Erachtens unangemessen ist.

112 Der Gerichtshof hat nämlich die Auffassung vertreten, dass der Umstand, dass eine Vereinbarung von Unternehmen mit Sitz in einem einzigen Mitgliedstaat getroffen werde und nur in diesem Staat in den Verkehr gebrachte Waren oder Dienstleistungen betreffe, insoweit nicht bedeute, dass der Handel im Binnenmarkt nicht beeinträchtigt sein könne⁽⁴⁴⁾. Eine solche Vereinbarung habe vielmehr schon ihrem Wesen nach die Wirkung, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen und die inländische Produktion zu schützen, was die vom EG-Vertrag gewollte wirtschaftliche Verflechtung hindere und erst recht den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtige⁽⁴⁵⁾.

113 Die Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs durch ein nationales Kartell ergibt sich daher aus dem Wesen der Zuwiderhandlung selbst und nicht aus einer vom Gerichtshof angestellten „Vermutung“.

114 Daher bin ich der Meinung, dass trotz der Verwendung dieses Begriffs die in Randnr. 181 des angefochtenen Urteils dargelegten Erwägungen des Gerichts entgegen dem Vorbringen der RZB und der ÖVAG keinen Rechtsfehler aufweisen.

115 Demnach teile ich auch nicht die Auffassung, dass das Gericht damit Art. 81 Abs. 1 EG weit oder die Zwischenstaatlichkeitsklausel verkürzt ausgelegt hätte.

116 Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, die von der RZB und der ÖVAG hierzu vorgetragenen Argumente zurückzuweisen.

117 Darüber hinaus scheinen mir entgegen dem Vorbringen der ÖVAG diese Erwägungen nicht in Widerspruch zu den Ausführungen des Gerichts in Randnr. 164 des angefochtenen Urteils zu stehen. Das Gericht hat in dieser Randnummer nämlich lediglich ausgeführt, dass die marktabstottenden Wirkungen nicht die einzigen Wirkungen seien, die die Kommission berücksichtigen könne, um auf die Eignung eines Kartells zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten zu schließen.

118 Was zweitens das Vorliegen einer den Inlandsmarkt abschottenden Wirkung angeht, bin ich entgegen dem Vorbringen der RZB und der ÖVAG der Meinung, dass das Gericht rechtlich hinreichend und unter Berücksichtigung der für den Bankensektor geltenden Besonderheiten nachgewiesen hat, dass durch das Kartell über seine bloße räumliche Erstreckung hinaus die Gefahr einer Abschottung des österreichischen Marktes bestand.

119 In Randnr. 179 des angefochtenen Urteils hat es nämlich zunächst ausgeführt, dass sich das von der Kommission festgestellte Kartell auf das gesamte österreichische Hoheitsgebiet erstreckt habe, und in Randnr. 183 dieses Urteils sodann darauf hingewiesen, dass die Abstimmungen innerhalb des „Lombard-Netzwerks“ sich auf alle Kreditinstitute in Österreich sowie auf ein breites Spektrum von Bankprodukten und -dienstleistungen erstreckt hätten, so dass „sie geeignet [waren], die Wettbewerbsbedingungen in ganz Österreich zu verändern“. In den Randnrn. 184 und 185 dieses Urteils hat es zudem ausgeführt, dass nicht auf das Fehlen einer grenzüberschreitenden Wirkung des Kartells habe geschlossen werden können, da das Netzwerk zur Beibehaltung der Strukturen des österreichischen Bankenmarkts und folglich zum Fortbestand der Marktzutrittsschranken habe beitragen können. Diese Feststellungen sind auch im Licht der Ausführungen des Gerichts in den Randnrn. 111 bis 121 des angefochtenen Urteils zu würdigen, in denen es, gestützt auf Unterlagen, deren Prüfung von den Rechtsmittelführerinnen nicht in Zweifel gezogen wird, das Ziel der einzelnen Gesprächsrunden schildert.

120 Der vom Gericht angeführte Fortbestand der Marktzutrittsschranken reicht meines Erachtens für den Nachweis aus, dass die Gefahr einer Abschottung des österreichischen Marktes bestanden hat.

121 Erstens haben die Rechtsmittelführerinnen über die strukturellen Schranken hinaus, die insbesondere auf die Wirkungen des durch das Kartell geschaffenen Netzwerks zurückzuführen waren, strategische Schranken errichtet und verstärkt, indem sie im Bankensektor eine Abstimmung sowohl auf nationaler als auch in einigen Regionen auf lokaler Ebene organisiert haben, an der die ausländischen Banken nicht beteiligt waren, wie die RZB in ihrer Rechtsmittelschrift im Übrigen einräumt(46) .

122 Zweitens wird durch die Art und die Tiefe der zwischen den Banken ausgetauschten Informationen, die das Gericht in den Randnrn. 111 bis 121 des angefochtenen Urteils beleuchtet, in einem bereits hochgradig konzentrierten Markt eine strukturelle Transparenz hergestellt, die jeden versteckten Wettbewerb verhindert und die Marktzutrittsschranken für nicht teilnehmende Unternehmen erhöht(47) .

123 Drittens betreffen die fraglichen Bankdienstleistungen Wirtschaftstätigkeiten, die einen erheblichen Einfluss auf den Handelsverkehr zwischen Mitgliedstaaten haben können, und die Erbringung derartiger Dienstleistungen ist meines Erachtens für Banken aus anderen Mitgliedstaaten ein entscheidender Faktor für den Zutritt zum Finanzmarkt eines Mitgliedstaats. Mit der Festlegung besonders niedriger Passivzinssätze, der Senkung der Darlehenszinsen oder der Festlegung besonders hoher Sparzinsen haben es die Rechtsmittelführerinnen durch abgestimmte Preissenkungen und -erhöhungen erreicht, die Kunden abzuwerben, und konnten so ausländische Banken, die nicht in der Lage waren, sich solchen Zinssätzen anzupassen, vom Zutritt zum österreichischen Markt abschrecken oder haben in jedem Fall für sie die Durchdringung des Inlandsmarkts erschwert oder verzögert(48) .

124 Viertens halte ich das Vorbringen der RZB hinsichtlich der rein innerstaatlichen Natur bestimmter Bankdienstleistungen, auf die sich die Abstimmung erstreckt habe, für unerheblich.

125 Die weltweite Ausdehnung der Banktätigkeiten, die Nutzung neuer Technologien bei der Erbringung der finanziellen Dienstleistungen und die Einführung des einheitlichen Bankenmarkts haben die Vornahme von Bankgeschäften zwischen den Mitgliedstaaten erleichtert(49) . So ist es vorstellbar, dass ein deutscher Kunde sich für den Abschluss eines Kontokorrentkreditvertrags an eine Bank mit Sitz in Österreich wendet, wenn die von dieser angebotenen Bedingungen für ihn günstiger sind als diejenigen, die die in Deutschland niedergelassenen Banken anwenden. Desgleichen kann eine Bank aus einem anderen Mitgliedstaat daran interessiert sein, in Österreich Bankdienstleistungen von ihrem Herkunftsstaat aus oder mittels der Eröffnung von Tochterunternehmen oder Zweigstellen in Österreich

zu erbringen. Die volle Einführung des Binnenmarkts durch die Niederlassungsfreiheit(50), den freien Dienstleistungsverkehr, den freien Kapitalverkehr(51) und im Rahmen der Wirtschafts- und Währungspolitik begünstigt meines Erachtens die „Vergemeinschaftlichung“ aller Finanzdienstleistungen. In einem solchen Kontext lässt sich daher kaum annehmen, dass sich auf Bankdienstleistungen rein innerstaatlicher Natur erstreckende Absprachen den Handelsverkehr zwischen Mitgliedstaaten nicht hätten beeinträchtigen können.

126 Daher bin ich der Meinung, dass dem Gericht kein Rechtsfehler unterlaufen ist, als es in Randnr. 186 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, die in Rede stehende Vereinbarung habe marktabschottende Wirkungen haben und den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen können.

127 Darüber hinaus ist auch nicht zu beanstanden, dass das Gericht in derselben Randnummer befunden hat, dass die Rechtsmittelführerinnen nicht die „Vermutung“ widerlegt hätten, das Kartell habe derartige Wirkungen haben können.

128 Entgegen dem Vorbringen der RZB hat das Gericht die Beweislast nicht zulasten der Rechtsmittelführerinnen umgekehrt. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass für den Nachweis eines Verstoßes gegen Art. 81 Abs. 1 EG die Kommission die von ihr festgestellten Zuwiderhandlungen zu beweisen und die Beweise beizubringen hat, durch die das Vorliegen der eine Zuwiderhandlung darstellenden Tatsachen rechtlich hinreichend belegt wird(52) . Hingegen ist es Sache des von der Kommission verfolgten Unternehmens, sich im Rahmen des kontradiktorischen Verfahrens zu verteidigen und darzutun, dass die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 EG nicht erfüllt sind. Wie das Gericht aber in Randnr. 154 des angefochtenen Urteils ausführt, hat die Kommission die Eignung des „Lombard-Netzwerks“ zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten geprüft und u. a. angenommen, dass das Kartell in ganz Österreich die Wettbewerbsbedingungen verändert habe und geeignet gewesen sei, die Markteintrittsentscheidungen ausländischer Banken zu beeinflussen. Das Gericht hat also lediglich konstatiert, dass es den Rechtsmittelführerinnen nicht gelungen sei, den Nachweis zu führen, dass die Feststellung, zu der die Kommission gelangt war, falsch sei.

129 Da das Gericht meines Erachtens die Beweislast nicht umgekehrt hat, halte ich das Vorbringen der ÖVAG, die Rechtsmittelführerinnen verfügten nicht über die Mittel für den Nachweis, dass keine Marktabschottung gegeben sei, für unerheblich.

130 Nach alledem bin ich der Meinung, dass das Gericht die Eignung des in Rede stehenden Kartells zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs zutreffend beurteilt und seine Ausführungen hierzu hinreichend begründet hat.

131 Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, den ersten Teil dieses ersten Rechtsmittelgrundes als unbegründet zurückzuweisen.

2. Zum zweiten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Würdigung durch das Gericht aufgrund einer Gesamtprüfung der grenzüberschreitenden Wirkung des Kartells

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

132 Die ÖVAG trägt vor, dem Gericht sei ein Rechtsfehler unterlaufen, indem es befunden habe, dass die Kommission eine Gesamtprüfung der grenzüberschreitenden Wirkung der verschiedenen Bankenrunden habe vornehmen dürfen. Nach Auffassung der ÖVAG hätte die Eignung der verschiedenen Gesprächsrunden zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten für jede von ihnen gesondert beurteilt werden müssen.

133 Diese Auffassung stützt sie auf zwei Rügen.

134 Die erste Rüge betrifft eine fehlerhafte Anwendung und Würdigung der Gemeinschaftsrechtsprechung.

135 Zum einen habe das Gericht dadurch einen Rechtsfehler begangen, dass es nicht nach Maßgabe des Urteils VGB u. a./Kommission(53) die Auswirkungen der eine gesonderte Tätigkeit betreffenden Gesprächsrunden auf den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr getrennt geprüft habe. Außerdem könne für den Fall, dass die verschiedenen Gesprächsrunden eine einzige Zuwiderhandlung bildeten, entgegen den Feststellungen des Gerichts in Randnr. 170 des angefochtenen Urteils nicht auf das Bestehen eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen den im Rahmen dieser Gesprächsrunden getroffenen Vereinbarungen geschlossen werden.

136 Zum anderen habe das Gericht in Randnr. 171 des angefochtenen Urteils das Urteil des Gerichtshofs Bagnasco u. a. fehlerhaft gewürdigt. In dieser Rechtssache habe der Gerichtshof für zwei gesonderte Bankgeschäfte geltende Klauseln getrennt geprüft, obwohl sie in einheitlichen Bankbedingungen enthalten gewesen seien und im Zusammenhang mit derselben Bankdienstleistung gestanden hätten.

137 Die zweite Rüge betrifft eine fehlerhafte Definition des relevanten Produktmarkts.

138 Die ÖVAG beanstandet zum einen die in Randnr. 172 des angefochtenen Urteils enthaltene Aussage des Gerichts, dass „die Definition des relevanten Marktes für die Anwendung von Art. 81 EG nicht dieselbe Rolle spielt wie für die Anwendung von Art. 82 EG“. Diese Aussage werde nicht begründet und sei überdies irrig. Im einen wie im anderen Verfahren sei nämlich die Abgrenzung des relevanten Marktes nach denselben Kriterien vorzunehmen. Außerdem habe die gegen die Definition des relevanten Marktes durch die Kommission gerichtete Rüge gegenüber den die Beeinträchtigung des Handelsverkehrs zwischen Mitgliedstaaten betreffenden Rügen im Rahmen der Anwendung des Art. 81 EG rechtlich eigenständige Bedeutung. Mit diesem Vorbringen möchte die ÖVAG dartun, dass die Kommission und das Gericht die Auswirkungen der im Rahmen der verschiedenen Gesprächsrunden getroffenen Vereinbarungen auf den Handelsverkehr auf der Grundlage einer engeren Definition der betroffenen Märkte hätten prüfen müssen.

139 Zum anderen sieht die ÖVAG einen Widerspruch zwischen Randnr. 174 des angefochtenen Urteils, in der das Gericht anerkenne, dass „die verschiedenen Bankdienstleistungen, auf die sich die Vereinbarungen beziehen, nicht untereinander austauschbar [sind]“, und Randnr. 175 desselben Urteils, in der es ausführe, dass „die Kommission nicht verpflichtet [war], ... die Märkte der verschiedenen von den Gesprächsrunden erfassten Bankprodukte getrennt zu prüfen“.

140 Schließlich bestreitet die ÖVAG die Berechtigung der vom Gericht in Randnr. 175 des angefochtenen Urteils angenommenen Analogie zu seinem Urteil vom 21. Februar 1995, SPO u. a./Kommission(54), da in jenem Urteil die Klägerin die von der Kommission übernommene Definition des relevanten Marktes gegeben habe.

b) Würdigung

i) Zur ersten Rüge: fehlerhafte Anwendung und Auslegung der Gemeinschaftsrechtsprechung

– Zum Urteil VGB u. a./Kommission

141 Die Rechtsmittelführerinnen werfen dem Gericht im Wesentlichen vor, dass es nicht nach Maßgabe des Urteils VGB u. a./Kommission die Auswirkungen der eine gesonderte Tätigkeit betreffenden Gesprächsrunden auf den innergemeinschaftlichen Handel getrennt geprüft habe.

142 Ich halte diese Rüge für unbegründet.

143 Nach ständiger Rechtsprechung ist die Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände zu prüfen, die für sich allein genommen nicht unbedingt entscheidend sind(55). Der Gerichtshof berücksichtigt die Besonderheiten der Vereinbarung, also ihre Art, die von ihr betroffenen Erzeugnisse und die Stellung und Bedeutung der Beteiligten an dieser Vereinbarung auf dem Markt(56). Er trägt auch dem wirtschaftlichen und

rechtlichen Gesamtzusammenhang Rechnung, in dem diese Vereinbarung steht, sowie der Frage, ob sie zusammen mit anderen zu einer kumulativen Auswirkung auf den Wettbewerb führen kann(57) .

144 Im Urteil *Windsurfing International/Kommission*(58) hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass Art. 81 Abs. 1 EG nicht voraussetzt, dass alle Klauseln einer Vereinbarung für sich gesehen den gemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen können. Das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft gilt für Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Erst wenn festgestellt ist, dass die Vereinbarung insgesamt den Handel beeinträchtigen kann, ist zu prüfen, welche Klauseln der Vereinbarung im Einzelnen eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken(59) .

145 Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung hat das Gericht das Urteil in der Rechtssache *VGB u. a./Kommission* erlassen. In dieser Rechtssache hatte das Gericht darüber zu befinden, ob zwei Typen von Vereinbarungen über das Angebot an Waren des Blumenhandels, die von einer Genossenschaft getroffen worden waren, in der niederländische Blumengroßhändler zusammengeschlossen sind, mit Art. 81 Abs. 1 EG vereinbar waren.

146 Der erste Typ von Vereinbarungen betraf zwischen der Genossenschaft und auf ihrem Gelände niedergelassenen Händlern geschlossene Handelsverträge über die Ausfuhr von Waren des niederländischen Blumenhandels. Diese Verträge wurden auf der Grundlage einer von der Genossenschaft erstellten Regelung geschlossen und legten Rechte und Pflichten des Mieters hinsichtlich des Angebots und des Verkaufs von Schnittblumen im Gebäude der Genossenschaft fest. Diese Verträge sahen u. a. die Entrichtung von Gebühren vor und setzten Bezugsverpflichtungen fest. In der angefochtenen Entscheidung ging die Kommission davon aus, dass die Verträge zu einem Komplex von gleichartigen Beschlüssen und Vereinbarungen bezüglich des Angebots von Waren des Blumenhandels gehörten, die zusammen unter Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG den Wettbewerb beschränkten. Diese Verträge erschwerten nämlich die Durchdringung des nationalen niederländischen Marktes durch Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten. Im Urteil *VGB u. a./Kommission* bestätigte das Gericht den Ansatz der Kommission und entschied auf der Grundlage des Urteils *Windsurfing International/Kommission*, dass es, da die Handelsverträge Teil der von der Genossenschaft aufgestellten Regelung gewesen seien, nicht darauf angekommen sei, ob sie für sich gesehen den Handel zwischen Mitgliedstaaten in ausreichendem Maße beeinträchtigt hätten.

147 Der zweite Typ von Vereinbarungen, die „Cultra-Verträge“, betraf fünf individuelle Alleinbezugsverträge zwischen der Genossenschaft und fünf auf ihrem Gelände niedergelassenen niederländischen Großhändlern. Diese verpflichteten sich, Erzeugnisse niederländischen Ursprungs, die zum Weiterverkauf an Einzelhändler bestimmt waren, Verkäufe im Wege der Versteigerung ausgenommen, in Form des „cash and carry“ ausschließlich von der Genossenschaft zu beziehen. Nach Auffassung des Gerichts standen diese Verträge nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit den anderen Aspekten der Regelung der Genossenschaft. Sie stellten nämlich keinen wesentlichen Bestandteil dieser Regelung bezüglich der Versteigerungen oder der unmittelbaren Belieferung der Händler, insbesondere der Belieferung zum Zwecke der Ausfuhr der betreffenden Erzeugnisse, dar, sondern gehörten zu einer zusätzlichen, gesonderten Tätigkeit, nämlich dem Weiterverkauf der Erzeugnisse der Genossenschaft an Einzelhändler nach der „Cash-and-carry“-Methode. In diesem Zusammenhang und unter Berücksichtigung der Besonderheit dieser Verträge hat das Gericht entschieden, dass ihr Einfluss auf den innergemeinschaftlichen Handel getrennt und nicht im Rahmen der von der Genossenschaft erlassenen Regelung insgesamt zu beurteilen sei.

148 In Anbetracht dieser Gesichtspunkte konnte das Gericht in Randnr. 168 des angefochtenen Urteils zu Recht feststellen, „dass Vereinbarungen, zwischen denen ein unmittelbarer Zusammenhang besteht und die Teil eines Ganzen sind, in ihren Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten zusammen zu prüfen sind, während Vereinbarungen, zwischen denen kein unmittelbarer Zusammenhang

besteht und die gesonderte Tätigkeiten betreffen, Gegenstand einer getrennten Prüfung sein müssen“. Dieses Ergebnis steht voll und ganz im Einklang mit der vorgenannten Rechtsprechung.

149 Somit stellt sich die Frage, ob das Gericht wie bei den „Cultra-Verträgen“ verpflichtet war, die Auswirkungen der in den Spezialrunden des „Lombard-Netzwerks“ vorgenommenen Abstimmungen auf den Handelsverkehr zu prüfen.

150 Meines Erachtens war es dazu nicht verpflichtet.

151 Bei den in den Fachgesprächs- oder Spezialrunden des „Lombard-Netzwerks“ vorgenommenen Abstimmungen ging es tatsächlich um spezielle Bankprodukte und -geschäfte. Gleichwohl und im Gegensatz zu den im Urteil VGB u. a./Kommission angesprochenen „Cultra-Verträgen“ gehörten diese Gesprächsrunden zu einer Gesamtvereinbarung, in die fast alle österreichischen Kreditinstitute eingebunden waren und die sich über mehrere Jahre erstreckte und die gesamte Palette der in Österreich angebotenen Bankprodukte und ?dienstleistungen abdeckte. Wie das Gericht in den Randnrn. 111 bis 125 des angefochtenen Urteils erkannt hat, waren diese Abstimmungen Teil einer einzigen Zuwiderhandlung, was meines Erachtens ausschlaggebend ist. Diese Vereinbarungen fügten sich in einen Gesamtplan, das „Lombard-Netzwerk“ ein, der durch eine Reihe von Bemühungen mit der gleichen wirtschaftlichen Zielsetzung, nämlich Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Sektor der Bankdienstleistungen, gekennzeichnet war. Die ÖVAG bestreitet dies nicht. Die Gesprächsrunden waren sowohl inhaltlich als auch organisatorisch sehr eng miteinander verwoben, und es war der „Lombardclub“, der die von diesen Gesprächsrunden vorbereiteten grundlegenden Entscheidungen traf und die Disziplinprobleme bei der Einhaltung der Vereinbarungen regelte.

152 In einem solchen Fall, in dem das Kartell als eine einzige Zuwiderhandlung eingestuft wurde, erschiene es mir völlig gekünstelt und inkohärent, dieses Kartell für die Zwecke der Beurteilung, welche Auswirkungen es auf den innergemeinschaftlichen Handel nach sich ziehen kann, anhand des spezifischen Gegenstands der jeweiligen Gesprächsrunde aufzuteilen. Bei dieser Konstellation ist meines Erachtens eine Gesamtbeurteilung aller in den Gesprächsrunden vorgenommenen Abstimmungen vorzunehmen.

153 Unter diesen Umständen kann ich die in Randnr. 170 des angefochtenen Urteils enthaltene Feststellung des Gerichts nur teilen, dass zwischen Vereinbarungen, die zu einer einzigen Zuwiderhandlung gehören, ein Zusammenhang besteht, der eine gemeinsame Prüfung der Eignung zur Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels rechtfertigt und erforderlich macht.

154 Die Einwände der ÖVAG hiergegen sind daher meines Erachtens zurückzuweisen.

155 Demnach bin ich der Meinung, dass dem Gericht bei der Auslegung des Urteils VGB u. a./Kommission kein Rechtsfehler unterlaufen ist.

– Zum Urteil Bagnasco u. a.

156 Die ÖVAG trägt vor, das Gericht habe in Randnr. 171 des angefochtenen Urteils das Urteil Bagnasco u. a. unzutreffend angewandt und ausgelegt.

157 In dieser Rechtssache hatte der Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung darüber zu befinden, ob bestimmte einheitliche Bankbedingungen, die die Associazione Bancaria Italiana ihren Mitgliedern für den Abschluss von Verträgen über die Gewährung eines Kontokorrentkredits und über die Generalbürgschaft vorschrieb, mit Art. 81 Abs. 1 EG vereinbar waren. Die erste Klausel gestattete es den Banken, in den Verträgen über die Gewährung eines Kontokorrentkredits vorzusehen, dass der Zinssatz jederzeit aufgrund der Entwicklung auf dem Geldmarkt geändert werden konnte, wobei die Änderung durch Aushang in den Geschäftsräumen der Niederlassungen der Bank bekannt zu machen war. Die zweite Klausel betraf die Modalitäten der Generalbürgschaft zur Sicherung der Gewährung eines Kontokorrentkredits. Der Gerichtshof hat diese beiden Klauseln getrennt geprüft.

158 Die ÖVAG trägt in ihrer Rechtsmittelschrift vor, die vom Gericht dafür angeführte Begründung, dass diesem Urteil nicht zu folgen sei, sei irrig. Das Gericht hat insoweit ausgeführt, dass sich im Urteil Bagnasco u. a. die Frage einer Gesamtprüfung der grenzüberschreitenden Wirkungen der Bankbedingungen nicht gestellt habe, da bei der ersten Klausel die einheitlichen Bankbedingungen keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt hätten, während die zweite Klausel nicht zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten geeignet gewesen sei.

159 Ich halte die Gründe, die das Gericht dafür angeführt hat, dem Urteil Bagnasco u. a. nicht zu folgen, für völlig gerechtfertigt.

160 Wie ich in Nr. 92 dieser Schlussanträge ausgeführt habe, ist das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten nämlich eine Tatbestandsvoraussetzung des Art. 81 EG und ein wesentlicher Bestandteil der in dieser Bestimmung behandelten Zuwiderhandlung.

161 Wird daher festgestellt, dass eine der beiden Klauseln nicht geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen, fällt sie somit nicht in den Anwendungsbereich des Art. 81 EG, so dass sich die Frage einer Gesamtprüfung der grenzüberschreitenden Wirkungen der Bankbedingungen nicht stellt.

162 Unter diesen Umständen bin ich der Meinung, dass dem Gericht bei der Auslegung des Urteils Bagnasco u. a. kein Rechtsfehler unterlaufen ist, und ich schlage dem Gerichtshof dementsprechend vor, diese Rüge zurückzuweisen.

ii) Zur unzutreffenden, unzureichenden und widersprüchlichen Beurteilung des Gerichts hinsichtlich der Definition des relevanten Marktes

– Zur Art und Weise, in der das Gericht die Rügen einer fehlerhaften Definition des relevanten Marktes beurteilt hat

163 In ihrer Rechtsmittelschrift wendet sich die ÖVAG gegen die Art und Weise, in der der Gemeinschaftsrichter die Rügen beurteilt hat, die sie gegen die Definition des relevanten Marktes für die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EG durch die Kommission erhoben hatte.

164 Die ÖVAG zielt insbesondere auf Randnr. 172 des angefochtenen Urteils ab. Sie beanstandet zunächst die Argumentation des Gerichts, dass „die Definition des relevanten Marktes für die Anwendung von Artikel 81 EG nicht dieselbe Rolle spielt wie für die Anwendung von Artikel 82 EG“. Sie rügt ferner die Beurteilung des Gerichts, wonach „den Rügen, die gegen die Definition des Marktes durch die Kommission erhoben werden, keine eigenständige Bedeutung gegenüber den die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und des Wettbewerbs betreffenden Rügen zukommen [kann]“. Für diese Ausführungen würden keine Gründe angeführt, und sie seien rechtsirrig.

165 Obwohl ich mich der von der ÖVAG vorgebrachten Kritik zum Teil anschließen würde, scheint mir diese Rüge ins Leere zu gehen, da sie nicht zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Urteils führen kann.

166 In Randnr. 172 des angefochtenen Urteils hat das Gericht nämlich nur einleitend auf die Gemeinschaftsrechtsprechung hingewiesen, die die Rechtsmittelführerin zu Recht in Zweifel gezogen hat. Der Hinweis auf diese Rechtsprechung hatte jedoch keine Konsequenzen für die weiteren Ausführungen des Gerichts, da dieses in den Randnrn. 173 bis 175 des angefochtenen Urteils die Beanstandung der ÖVAG hinsichtlich der von der Kommission zugrunde gelegten Definition des Marktes sehr wohl geprüft hat.

167 Gleichwohl möchte ich einige Anmerkungen zu den Ausführungen des Gerichts in Randnr. 172 des angefochtenen Urteils machen, da ich mich den Vorbehalten der Rechtsmittelführerin zum Teil anschließe.

168 Auch wenn nämlich die Argumentation des Gerichts auf seine ständige Rechtsprechung gestützt ist(60), spielt die Definition des relevanten Marktes für die Anwendung von Art. 81 EG, der

wettbewerbswidrige Absprachen verbietet, im Gegenteil dieselbe Rolle wie für die Anwendung von Art. 82 EG, der den Missbrauch einer beherrschenden Stellung verbietet, oder auch der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen(61) . Was sich ändert sind allein das Wesen des von der Kommission geprüften Verhaltens und die Zweckmäßigkeit einer Marktabgrenzung.

169 Die Definition des relevanten Marktes in diesen drei Verfahren dient zum besseren Verständnis der Funktionsweise des Marktes und der genauen Abgrenzung des Gebiets, auf dem Unternehmen miteinander in Wettbewerb stehen. Mit dieser Abgrenzung des relevanten Marktes in der sachlichen wie in der räumlichen Dimension soll ermittelt werden, welche auf diesem Markt konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen oder sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen.

170 Eine angemessene Festlegung des relevanten Marktes hat daher notwendig der Beurteilung eines vermeintlich wettbewerbswidrigen Verhaltens, sei es im Rahmen der Art. 81 EG oder 82 EG oder im Rahmen der Verordnung Nr. 4064/89, vorauszugehen(62) . Die Kommission hat im Übrigen die Grundsätze und Beurteilungsgesichtspunkte, auf die sie bei der Definition des relevanten Marktes abstellt, in einer am 9. Dezember 1997 angenommenen Bekanntmachung veröffentlicht(63) . In dieser Bekanntmachung legt sie eine grundlegende Methode und Beurteilungsgesichtspunkte fest, die unterschiedslos für die drei Verfahrensarten gelten.

171 Wie dieser Bekanntmachung über die Marktdefinition zu entnehmen ist, kann die Kommission diese Kriterien aber flexibel und pragmatisch anwenden und nach Maßgabe der Art des in Rede stehenden wettbewerbslichen Problems, der Merkmale der betroffenen Erzeugnisse und der mit ihr verfolgten Ziele gewichten(64) . So wird, wie die Kommission in Randnr. 25 der Bekanntmachung über die Marktdefinition ausführt, die Entscheidung auf der Grundlage einer Reihe unterschiedlicher Kriterien und Beurteilungsgesichtspunkte getroffen, wobei in bestimmten Fällen Gesichtspunkte bestimmter Art nach Maßgabe der Besonderheiten des Sektors oder der betroffenen Dienstleistungen ausschlaggebend sind, während sie in anderen Fällen möglicherweise nicht von Interesse sind.

172 Wie die Kommission den Markt definiert, wird daher von der Art des in Rede stehenden wettbewerbslichen Problems und der Besonderheit bestimmter Märkte abhängen. In diesem Sinne ist die Definition des Marktes ein Instrument, das es der Kommission ermöglicht, ihre Überwachungsfunktion nach Maßgabe des Zwecks von Art. 81 EG oder von Art. 82 EG auszuüben.

173 Im Rahmen von Art. 82 EG ist nach Auffassung des Gemeinschaftsrichters die Definition des relevanten Marktes eine unerlässliche Voraussetzung für die Beurteilung, ob eine beherrschende Stellung des Unternehmens vorliegt(65), die gegeben sein muss, bevor das Vorliegen eines Missbrauchs geprüft werden kann.

174 Im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG hingegen hält er eine vorherige Definition des relevanten Marktes nicht für geboten, wenn die streitige Vereinbarung als solche ein wettbewerbswidriges Ziel verfolgt, d. h., wenn die Kommission ohne vorherige Marktabgrenzung zutreffend zu dem Ergebnis gelangen konnte, dass die fragliche Vereinbarung den Wettbewerb verfälschte und geeignet war, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen(66) . Der Gemeinschaftsrichter hat dabei die schwerwiegendsten, in Art. 81 Abs. 1 Buchst. a bis e EG ausdrücklich verbotenen Vereinbarungen im Auge. In diesem, in Randnr. 172 des angefochtenen Urteils angesprochenen Fall vertritt der Gemeinschaftsrichter die Auffassung, dass die eine unzutreffende Marktdefinition betreffenden Rügen nicht durchgreifen, und hier liegt meines Erachtens der Unterschied zu dem im Rahmen von Art. 82 EG angewandten Verfahren(67) .

175 Abgesehen von einem solchen Fall ist nach Auffassung des Gemeinschaftsrichters die Definition des relevanten Marktes vielmehr eine notwendige Voraussetzung dafür, dass die Kommission feststellen kann, ob die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt und geeignet ist, den

Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen(68) .

176 Durch die Marktabgrenzung lässt sich nämlich u. a. Aufschluss über die Art des in Rede stehenden Erzeugnisses gewinnen und der Marktanteil der betroffenen Unternehmen feststellen. Dadurch lässt sich untersuchen, welche Auswirkungen eine Vereinbarung auf den Wettbewerb hat. Somit kann die Kommission erkennen, ob der Wettbewerb spürbar beschränkt wird oder ob die Vereinbarung vielmehr nach Art. 81 Abs. 3 Buchst. b EG oder nach einer Gruppenfreistellungsverordnung(69) freigestellt werden kann oder ob es sich um eine Vereinbarung von geringer Bedeutung handelt(70) . Außerdem lässt sich dadurch Aufschluss über die Fähigkeit eines Unternehmens gewinnen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

177 Insoweit ist, wie aus Randnr. 172 des angefochtenen Urteils hervorgeht, der Gemeinschaftsrichter der Auffassung, dass den gegen eine unzutreffende Marktabgrenzung gerichteten Rügen keine „eigenständige Bedeutung“ gegenüber den Rügen betreffend die Beeinträchtigung des Wettbewerbs und die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten zukomme(71) . Mit anderen Worten, das Vorbringen, der Kommission sei bei der Definition des Marktes ein Beurteilungsfehler unterlaufen, wird im Rahmen der Prüfung der Argumente betreffend die Beeinträchtigung des Wettbewerbs und die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten berücksichtigt.

– Zur Rüge einer unzureichenden und widersprüchlichen Begründung

178 Die ÖVAG trägt vor, das angefochtene Urteil, insbesondere seine Randnrn. 174 und 175, sei unzureichend und widersprüchlich begründet.

179 Während das Gericht in Randnr. 174 des angefochtenen Urteils nämlich anerkenne, dass die verschiedenen von den Vereinbarungen erfassten Bankdienstleistungen nicht untereinander austauschbar seien, räume es in Randnr. 175 dieses Urteils ein, dass die Kommission nicht verpflichtet gewesen sei, die Märkte dieser verschiedenen Bankprodukte getrennt zu prüfen.

180 Ich halte diese Rüge für unbegründet.

181 Das Gericht hat nämlich zutreffend erläutert, aus welchen Gründen keine enge, nur auf die Substituierbarkeit der in Rede stehenden Erzeugnisse gestützte Definition des Marktes zugrunde gelegt werden konnte. Wie es zu Recht ausgeführt hat, wäre eine solche Definition in diesem Tätigkeitsbereich gekünstelt gewesen, da zum einen die meisten Kunden bei ihrer Bank ein Paket von Bankdienstleistungen in Anspruch nehmen und zum anderen ein Wettbewerb zwischen den Banken alle diese Dienstleistungen betreffen kann. Es ist richtig, dass, wie die ÖVAG in ihrer Rechtsmittelschrift ausführt, sich eine Reihe von Kunden möglicherweise an eine andere Bank wendet, um eine spezielle Leistung, z. B. ein Darlehen, in Anspruch zu nehmen. Gleichwohl verfügt in den meisten Fällen ein jeder über ein Konto bei einer Bank, über das zahlreiche Leistungen, wie die Bereitstellung von Zahlungsmitteln (Bankkarten, Abbuchungen, Überweisungen), angeboten werden, die dem Kunden nach den von der Bank angewandten Zinsen und Gebühren die Durchführung von Geschäften über sein Konto ermöglichen (Haben oder Soll). Es liegt daher auf der Hand, dass sich, wie das Gericht ausführt, anhand einer getrennten Prüfung die Auswirkungen der in Rede stehenden Vereinbarung nicht in vollem Umfang erfassen ließen.

182 Wie ich in Nr. 171 dieser Schlussanträge ausgeführt habe, kann die Kommission die in der Bekanntmachung über die Marktdefinition festgelegten Kriterien, zu denen die Substituierbarkeit der Erzeugnisse zählt, aber flexibel und pragmatisch anwenden und sie nach Maßgabe der Art des in Rede stehenden wettbewerblichen Problems, der Merkmale der betroffenen Leistungen und der mit ihr verfolgten Ziele gewichten(72) .

183 In den vorliegenden Rechtssachen ist unter Berücksichtigung der Art und Weise, wie diese Vereinbarung umgesetzt wurde, meines Erachtens aber klar, dass es bei einer getrennten Prüfung der Märkte für die einzelnen Bankprodukte nicht möglich gewesen wäre, die Bedeutung dieser Vereinbarung

zu erkennen, und eine solche Prüfung der tatsächlichen Lage offensichtlich nicht Rechnung getragen hätte.

184 Im Übrigen ist es angesichts des Umfangs der vom „Lombard-Netzwerk“ abgedeckten Palette von Bankprodukten und -dienstleistungen, wie das Gericht ausgeführt hat, nicht ausgeschlossen, dass die Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels indirekt sein kann und der Markt, auf dem sie auftreten kann, nicht unbedingt mit dem Markt der Bankprodukte oder -dienstleistungen identisch ist, hinsichtlich deren sich die Beteiligten abgestimmt haben. Beispielsweise wird der effektive Jahreszins, den jede Bank beim Angebot eines Darlehens festlegen muss, auf der Grundlage nicht nur des Schuldzinssatzes berechnet, sondern auch der Nebenkosten wie der Gebühren im Zusammenhang mit der Behandlung des Vorgangs, der Versicherungskosten und der Gebühren im Zusammenhang mit der Ausstellung einer Zahlungskarte.

185 Unter diesen Umständen bin ich der Meinung, dass das Gericht rechtlich hinreichend dargelegt hat, aus welchen Gründen es der Auffassung war, dass die Kommission nicht verpflichtet gewesen sei, die Märkte der verschiedenen von den Gesprächsrunden erfassten Bankprodukte trotz der fehlenden Substituierbarkeit der in Rede stehenden Produkte getrennt zu prüfen. Demnach ist die in den Randnrn. 174 und 175 des angefochtenen Urteils dargelegte Begründung des Gerichts aus meiner Sicht nicht zu beanstanden.

– Zur verfehlten Bezugnahme auf das Urteil SPO u. a./Kommission

186 Die ÖVAG bestreitet die Berechtigung der vom Gericht in Randnr. 175 des angefochtenen Urteils angenommenen Analogie zum Urteil SPO u. a./Kommission im Hinblick darauf, dass die Kommission in dieser Rechtssache die von der Klägerin vorgeschlagene Definition des relevanten Marktes zugrunde gelegt habe.

187 Diese Rüge kann meiner Auffassung nach keinesfalls durchgreifen, und ich schlage dementsprechend dem Gerichtshof vor, sie zurückzuweisen.

188 Nach alledem bin ich der Meinung, dass dem Gericht, indem es befunden hat, dass die Kommission eine Gesamtprüfung der grenzüberschreitenden Wirkung der Bankenrunden habe vornehmen dürfen, kein Rechtsfehler unterlaufen ist und dass es seine Argumentation hinreichend und widerspruchsfrei begründet hat.

189 Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, den zweiten Teil dieses ersten Rechtsmittelgrundes als nicht stichhaltig zurückzuweisen.

3. Zum dritten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlender Nachweis einer spürbaren Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels durch das Kartell

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

190 Im Rahmen ihres ersten Rechtsmittelgrundes betreffend einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG erinnert die Erste Bank daran, dass für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht ausreiche. Wie das Gericht in Randnr. 167 des angefochtenen Urteils ausgeführt habe, sei darüber hinaus der Nachweis erforderlich, dass die potenzielle Auswirkung des Kartells auf den Handel spürbar sei. Selbst wenn man unterstelle, dass das Gericht zutreffend die potenzielle Eignung des „Lombard-Netzwerks“ zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten angenommen hätte, habe es nicht dargetan, dass diese Beeinträchtigung spürbar sein könne. Die zwischen den Banken getroffene Vereinbarung habe – wenn überhaupt – nur äußerst geringfügige grenzüberschreitende Auswirkungen gehabt.

b) Würdigung

191 Das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten bezieht ein quantitatives Element ein, das die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts auf die Vereinbarungen beschränkt, die

spürbare Auswirkungen haben können. Beeinträchtigen diese Vereinbarungen den Handelsverkehr nur unerheblich, fallen sie nicht unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG.

192 Die Erste Bank wirft dem Gericht in ihrer Rechtsmittelschrift vor, nicht dargetan zu haben, dass das „Lombard-Netzwerk“ geeignet gewesen sei, den innergemeinschaftlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen.

193 Auch wenn tatsächlich zu bedauern ist, dass das Gericht nicht ausdrücklich angegeben hat, dass es sich um eine spürbare Beeinträchtigung handelte, ergibt sich dies nach meinem Eindruck gleichwohl sehr klar aus dem Wesen der in Rede stehenden Vereinbarung und den Feststellungen des Gerichts in den Randnrn. 111 bis 121, 179 und 183 bis 185 des angefochtenen Urteils.

194 Wie sich aus der ständigen Rechtsprechung sowie aus Nr. 97 dieser Schlussanträge ergibt, setzt Art. 81 Abs. 1 EG nicht voraus, dass die Kartelle, auf die er sich bezieht, den innergemeinschaftlichen Handel tatsächlich spürbar beeinträchtigen (nach Auffassung des Gerichtshofs wäre dieser Nachweis nämlich nur schwer zu erbringen), sondern lässt den Nachweis genügen, dass sie hierzu geeignet sind⁽⁷³⁾. So hat der Gerichtshof in der erwähnten Rechtssache Miller/Kommission den Umstand für ausreichend erachtet, dass die Kommission aufgrund bestimmter Tatsachen nachgewiesen hatte, dass die Gefahr⁽⁷⁴⁾ einer spürbaren Beeinträchtigung bestand⁽⁷⁵⁾.

195 Außerdem kann sich, wie ich ausgeführt habe, die Auswirkung auf den innergemeinschaftlichen Handel daraus ergeben, dass mehrere Voraussetzungen erfüllt sind⁽⁷⁶⁾. Die Prüfung ihrer Spürbarkeit hängt von den Umständen jedes Einzelfalls ab und muss verschiedene Gesichtspunkte wie den wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang des Kartells⁽⁷⁷⁾, dessen Wesen, die Eigenschaften der betroffenen Produkte und schließlich die Stellung und Bedeutung der Parteien auf dem fraglichen Markt berücksichtigen.

196 Im angefochtenen Urteil hat das Gericht aber mehrfach darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung nicht nur fast alle österreichischen Kreditinstitute (darunter die größten Banken) umfasst, sondern auch eine sehr breite Palette von Bankprodukten und ?dienstleistungen, insbesondere die Einlagen und die Kredite, abgedeckt und das gesamte Hoheitsgebiet Österreichs umspannt und damit die Gefahr heraufbeschworen habe, in dem gesamten Mitgliedstaat die Wettbewerbsbedingungen zu verändern. Über meine bisherigen Ausführungen in den Nrn. 118 bis 126 dieser Schlussanträge hinaus und insbesondere in Anbetracht des Wesens dieser Vereinbarung bin ich der Meinung, dass diese Feststellungen für den Nachweis ausreichen, dass die besagte Vereinbarung geeignet war, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen.

197 Daher halte ich die von der Ersten Bank vorgebrachten Einwände für unerheblich und schlage dem Gerichtshof vor, diesen dritten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen.

4. Zum vierten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlende Prüfung der konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

198 Die ÖVAG macht dem Gericht zum Vorwurf, es habe keine Prüfung der konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt vorgenommen, obwohl es sich um eine „nachträgliche Beurteilung einer beendeten Zuwiderhandlung“ gehandelt habe. Die vom Gericht in Randnr. 166 des angefochtenen Urteils herangezogene Rechtsprechung, wonach die potenziellen Auswirkungen eines Kartells auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten ausreichen, um es in den Anwendungsbereich von Art. 81 EG fallen zu lassen, sei auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Daher sei dem Gericht ein Rechtsfehler unterlaufen, indem es angenommen habe, dass der Nachweis einer potenziellen Auswirkung des Kartells in den vorliegenden Rechtssachen genügt habe, obwohl es ohne Weiteres möglich gewesen wäre, das Vorliegen der behaupteten Auswirkungen zu untersuchen. Hätte das Gericht diese Prüfung vorgenommen, hätte es festgestellt, dass die Vereinbarungen keinerlei Einfluss auf den

grenzüberschreitenden Handel gehabt hätten.

b) Würdigung

199 Diese Rüge ist meiner Meinung nach zurückzuweisen.

200 Nach der vom Gericht in Randnr. 166 des angefochtenen Urteils erwähnten Rechtsprechung fordert Art. 81 Abs. 1 EG nämlich nicht, dass die fraglichen Wettbewerbsbeschränkungen den zwischenstaatlichen Handel tatsächlich beeinträchtigt haben, sondern verlangt nur den Nachweis ihrer Eignung, eine derartige Wirkung zu entfalten(78) .

201 In diesen Urteilen wird nicht danach unterschieden, ob es sich um die Prüfung der Vereinbarkeit einer Vereinbarung im Rahmen einer nachträglichen Kontrolle handelt, bei der es um eine bereits getroffene und umgesetzte Vereinbarung geht, oder im Rahmen einer vorherigen Kontrolle, wenn nämlich diese Vereinbarung der Kommission im Hinblick auf die Gewährung einer Freistellung vorab notifiziert wurde.

202 Würde man der Ansicht der ÖVAG folgen, liefe dies darauf hinaus, eine unterschiedliche Vorgehensweise und Kontrolle einzuführen, je nachdem, ob es sich um die vorherige oder die nachträglich Beurteilung einer Vereinbarung handelt. Eine solche Vorgehensweise ist in der Rechtsprechung aber nicht vorgesehen.

203 Demnach ist dem Gericht kein Rechtsfehler vorzuwerfen.

204 Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass das Gericht meiner Meinung nach die Eignung des „Lombard-Netzwerks“ zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten korrekt beurteilt und sein Ergebnis zutreffend begründet hat.

205 Somit konnten das Gericht und auch die Kommission in Art. 1 der streitigen Entscheidung die zwischen den Rechtsmittelführerinnen getroffenen Vereinbarungen zu Recht als eine gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßende Zuwiderhandlung ansehen.

206 Daher schlage ich dem Gerichtshof vor, diesen ersten Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

B – Zum zweiten Rechtsmittelgrund: fehlerhafte Zurechnung der Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung

207 Mit diesem Rechtsmittelgrund soll die Bestimmung der in ihrem Art. 1 genannten Adressaten der streitigen Entscheidung in Frage gestellt werden.

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

208 Die Erste Bank trägt vor, dem Gericht seien verschiedene Rechts- und Beurteilungsfehler unterlaufen, indem es in den Randnrn. 327 ff. des angefochtenen Urteils entschieden habe, sie müsse für die von der GiroCredit Bank der österreichischen Sparkassen AG (im Folgenden: GiroCredit) begangene Zuwiderhandlung für die Zeit vor der Übernahme einstehen.

209 Erstens habe das Gericht die zwischen der GiroCredit und der Bank-Austria-Gruppe bestehenden rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen unzutreffend gewürdigt. Die Erste Bank weist insoweit darauf hin, dass die GiroCredit bis zur Übernahme der Mehrheit ihrer Geschäftsanteile am 20. Mai 1997 im Mehrheitseigentum der Bank-Austria-Gruppe gestanden habe, die ihrerseits an den Absprachen des „Lombardclubs“ beteiligt gewesen sei. Diese Gruppe habe die GiroCredit nicht nur über eine mehrheitliche Beteiligung an deren Anteilen kontrolliert, sondern auch durch die Nominierung von Aufsichtsrats- und Vorstandsmitgliedern sowie durch die Besetzung der höchsten Management-Ebene der GiroCredit mit Mitarbeitern aus den Reihen der Bank Austria AG. Demnach hätte das Verhalten der GiroCredit für diese Zeit der BA-CA zugerechnet werden müssen. Auch die Feststellung des Gerichts, die GiroCredit sei die für die Bankgeschäfte verantwortliche juristische Person gewesen, sei rechtsfehlerhaft,

da auch die letztgenannte Gesellschaft von der Bank-Austria-Gruppe geleitet und kontrolliert worden sei.

210 Zweitens habe das Gericht auch dadurch einen Rechtsfehler begangen, dass es in den Randnrn. 328 bis 336 des angefochtenen Urteils befunden habe, die Kommission habe die Wahl gehabt, die Sanktion entweder der an der Zuwiderhandlung beteiligten Tochtergesellschaft oder der Muttergesellschaft aufzuerlegen, die sie im fraglichen Zeitraum kontrolliert habe, und zwar auch im Fall einer wirtschaftlichen Nachfolge.

211 Die Kommission betont, es sei klar zu unterscheiden zwischen der Frage der Bestimmung der juristischen Person, die für das Unternehmen, das an einer Zuwiderhandlung teilgenommen habe, verantwortlich sei, und der Frage, unter welchen Voraussetzungen das Verhalten einer Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit der Muttergesellschaft zugerechnet werden könne. Ihr Vorgehen führe nicht zu Unbilligkeiten, da die Erste Bank selbst am Kartell teilgenommen habe.

2. Würdigung

212 Mit diesem Rechtsmittelgrund macht die Erste Bank geltend, dass dem Gericht ein Rechtsfehler unterlaufen sei, indem es befunden habe, die Kommission sei berechtigt gewesen, ihr die Verantwortung für die von der GiroCredit vor der Übernahme begangene Zuwiderhandlung zuzurechnen, obwohl die GiroCredit zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlung zur Bank-Austria-Gruppe gehört habe.

213 Der Gerichtshof wird insbesondere ersucht, zu prüfen, ob der Umstand, dass die GiroCredit zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlung von einer anderen Muttergesellschaft kontrolliert wurde, der Kommission die Möglichkeit verwehrte, der Ersten Bank, der neuen Muttergesellschaft, das rechtswidrige Verhalten dieser Tochtergesellschaft zuzurechnen.

214 Meines Erachtens war ihr dies nicht verwehrt.

215 Zunächst ist es zweckmäßig, die Grundsätze ins Gedächtnis zu rufen, die der Gerichtshof auf dem Gebiet der Zurechenbarkeit von Zuwiderhandlungen im Fall der Unternehmensnachfolge und innerhalb eines Konzerns aufgestellt hat.

216 Nach ständiger Rechtsprechung betrifft das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft die Tätigkeit von „Unternehmen“; der Begriff des Unternehmens umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung (79) .

217 Der Gerichtshof hat weiter festgestellt, dass die Verantwortlichkeit für die Begehung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG nicht nur wegen deren Art, sondern auch wegen der Art und der Schwere der ihr deswegen verhängten Sanktionen von persönlicher Natur ist(80) .

218 Dementsprechend hat er entschieden, dass die natürliche oder juristische Person, die das Unternehmen leitete, als die Zuwiderhandlung begangen wurde, für diese einstehen muss, auch wenn zu dem Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung ergeht, mit der die Zuwiderhandlung festgestellt wird, eine andere Person für den Betrieb des Unternehmens verantwortlich ist(81) . Solange die juristische Person, die das Unternehmen zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung leitete, besteht, haftet ihr die Verantwortung für das rechtswidrige Verhalten des Unternehmens an, selbst wenn die materiellen und personellen Faktoren, die an der Begehung der Zuwiderhandlung beteiligt waren, später von einem Dritten übernommen wurden(82) .

219 Besteht hingegen die Einrichtung, die die Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln begangen hat, nach der Begehung der Zuwiderhandlung rechtlich oder wirtschaftlich nicht mehr, wendet der Gerichtshof das Kriterium „der wirtschaftlichen Kontinuität“ an(83) .

220 Durch die Anwendung dieses Kriteriums lässt sich vermeiden, dass Unternehmen von der Kommission verhängten Sanktionen einfach dadurch entgehen können, dass durch Umstrukturierungen, Übertragungen oder sonstige Änderungen rechtlicher oder organisatorischer Art ihre Identität geändert wird, und somit die wirksame Durchführung der Wettbewerbsregeln gewährleisten(84) .

221 Hat zwischen dem Zeitpunkt der Zuwiderhandlung und dem Zeitpunkt, zu dem das betreffende Unternehmen zur Rechenschaft gezogen werden soll, die für den Betrieb dieses Unternehmens verantwortliche Person aufgehört, rechtlich zu existieren, ist demnach nach Auffassung des Gerichtshofs zunächst die Gesamtheit der materiellen und personellen Faktoren festzustellen, die an der Begehung der Zuwiderhandlung beteiligt waren, um sodann zu ermitteln, wem die Verantwortung für den Betrieb dieser Gesamtheit übertragen worden ist(85) .

222 Was speziell die Zurechenbarkeit von Zuwiderhandlungen innerhalb eines Konzerns angeht, reicht – so der Gerichtshof – der Umstand, dass eine Tochtergesellschaft eine eigene Rechtspersönlichkeit haben kann, nicht aus, um die Möglichkeit auszuschließen, dass ihr Verhalten der Muttergesellschaft insbesondere dann zugerechnet wird, wenn die Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten nicht selbständig bestimmt, sondern im Wesentlichen deren Weisungen befolgt(86) .

223 Nach diesen Hinweisen ist nun zu prüfen, ob die von der Rechtsmittelführerin erhobenen Rügen zulässig und begründet sind.

224 Zur Stützung ihrer ersten Rüge stellt sie im Wesentlichen die Würdigung von Tatsachen durch das Gericht in Frage. Sie beanstandet die Feststellungen in Randnr. 327 des angefochtenen Urteils, wonach zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlung die GiroCredit die für die Bankgeschäfte verantwortliche juristische Person gewesen sei. Sie führt insoweit eine Reihe von Gesichtspunkten an, um darzutun, dass die Voraussetzungen, unter denen die Verantwortlichkeit für das Verhalten einer Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zugerechnet werden könne, hinsichtlich der Bank Austria AG und der GiroCredit erfüllt gewesen seien.

225 Nach den Grundsätzen, die ich in den Nrn. 65 bis 72 dieser Schlussanträge dargelegt habe, halte ich dieses Vorbringen für unzulässig. Was die Feststellungen des Gerichts in Randnr. 327 des angefochtenen Urteils betrifft, handelt es sich um Tatsachenwürdigungen, die im Rahmen eines Rechtsmittels nicht erörtert werden können. Weiter handelt es sich bei den Angaben, die die Rechtsmittelführerin macht, um ihre Beweisführung zu untermauern, lediglich um die wörtliche Wiedergabe bereits vor dem Gericht dargelegten Vorbringens. Mit dieser ersten Rüge zielt die Rechtsmittelführerin in Wirklichkeit darauf ab, eine erneute Prüfung der beim Gericht eingereichten Klage und eine neue Tatsachenwürdigung zu erwirken, was nicht in die Zuständigkeit des Gerichtshofs im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens fällt.

226 Ihre zweite Rüge stützt die Rechtsmittelführerin im Wesentlichen darauf, dass dem Gericht ein Rechtsfehler unterlaufen sei, indem es entschieden habe, dass die Verantwortlichkeit für das Verhalten der GiroCredit vor der Übernahme der neuen Muttergesellschaft, also der Ersten Bank, nicht aber der ehemaligen Muttergesellschaft, d. h. der Bank Austria AG, zuzurechnen sei.

227 Diese Rüge greift meines Erachtens aus folgenden Gründen nicht durch.

228 In Anbetracht der vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätze war die GiroCredit für die von ihr eigenständig auf dem Markt begangenen Zuwiderhandlungen verantwortlich. Aus Randnr. 479 der streitigen Entscheidung geht nämlich hervor, dass, obwohl die Bank-Austria-Gruppe die Mehrheitsbeteiligung hielt(87), keine Einflussnahme auf die – oder gar eine Fremdbestimmung der – Geschäftspolitik dieser Tochtergesellschaft durch ihre Muttergesellschaft vorlag. Dieser Randnr. 479 ist weiter zu entnehmen, dass die GiroCredit selbständig, eigenverantwortlich und weisungsfrei ihre eigenen Interessen vertreten hat. In Anbetracht der angeführten Rechtsprechung brauchte die ehemalige Muttergesellschaft somit nicht für das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft einzustehen.

229 Aufgrund des Erwerbs durch die Erste Bank hörte die für den Betrieb der GiroCredit verantwortliche juristische Person auf, rechtlich zu existieren; in Anwendung des Kriteriums der wirtschaftlichen Kontinuität wurde die Erste Bank die für die Gesamtheit der materiellen und personellen Faktoren dieses Unternehmens verantwortliche juristische Person, und zwar auch derjenigen, die an der Begehung der

Zu widerhandlung beteiligt waren. Der Erwerb dieses Unternehmens führte daher zum Übergang aller Aktiva und Passiva des Unternehmens einschließlich der Verantwortung für Zu widerhandlungen gegen das Gemeinschaftsrecht auf die Erste Bank(88) .

230 Folglich durfte aufgrund des Umstands, dass die GiroCredit zum Zeitpunkt der eigenständigen Begehung der Zu widerhandlung von einer anderen Muttergesellschaft kontrolliert wurde, nicht ausgeschlossen werden, dass die Erste Bank, die neue Muttergesellschaft, für das Verhalten dieser Tochtergesellschaft vor dem Erwerb verantwortlich gemacht wurde. Mit der gegenteiligen Auffassung würde letztlich die dieser Tochtergesellschaft zuerkannte Eigenständigkeit in Frage gestellt.

231 Demnach konnte das Gericht meines Erachtens zu Recht davon ausgehen, dass nicht allein deshalb, weil die GiroCredit zum Zeitpunkt der Begehung der Zu widerhandlung von einer anderen Muttergesellschaft kontrolliert wurde, ausgeschlossen werden konnte, der Ersten Bank die Verantwortlichkeit für die von der GiroCredit begangene Zu widerhandlung zuzurechnen.

232 Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der Ersten Bank das wettbewerbswidrige Verhalten der GiroCredit zum Zeitpunkt des Erwerbs nicht unbekannt sein konnte, da beide seit fast drei Jahren an der von der streitigen Entscheidung erfassten Zu widerhandlung beteiligt waren(89) . Die Rechtsmittelführerin hat dieses Unternehmen daher in Kenntnis der Sachlage erworben.

233 In Anbetracht dessen bin ich der Auffassung, dass der von der Ersten Bank angeführte Rechtsmittelgrund einer fehlerhaften Zurechnung der Verantwortlichkeit für die Zu widerhandlung als zum Teil unzulässig und zum Teil unbegründet zurückgewiesen werden kann, ohne dass die übrigen Rügen geprüft zu werden brauchen.

234 Nach alledem sind die Rechtsmittelgründe, auf die die Rechtsmittelführerinnen ihren Antrag auf Nichtigerklärung von Art. 1 der streitigen Entscheidung stützen, meines Erachtens insgesamt zurückzuweisen.

IX – Zu den Rechtsmittelgründen betreffend einen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 insoweit, als die Beurteilung der Schwere der Zu widerhandlung sowie des Grundbetrags der Geldbuße Rechtsfehler und Begründungsmängel aufweise und das rechtliche Gehör verletze

235 Mit diesen Rechtsmittelgründen soll eine Herabsetzung der in Art. 3 der streitigen Entscheidung gegen die Rechtsmittelführerinnen festgesetzten Geldbuße erwirkt werden. Sie sind darauf gerichtet, die Feststellungen des Gerichts erstens zur Schwere der Zu widerhandlung, zweitens zum Vorliegen mildernder Umstände und drittens zur Zusammenarbeit der Rechtsmittelführerinnen im Verfahren in Frage zu stellen.

A – Zum ersten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler bei der Beurteilung der Schwere der Zu widerhandlung

236 Die BA?CA im Rahmen ihres ersten Rechtsmittelgrundes sowie die Erste Bank und die RZB im Rahmen ihres zweiten Rechtsmittelgrundes bestreiten die Stichhaltigkeit der Erwägungen des Gerichts in Bezug auf die Schwere der Zu widerhandlung.

237 Nach der in Nr. 1 der Leitlinien dargelegten Methode erfolgt die Festsetzung von Geldbußen nach Maßgabe der beiden in Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 genannten Kriterien, d. h. der Schwere des Verstoßes und seiner Dauer(90) .

238 Nr. 1 Teil A Abs. 1 und 2 der Leitlinien lautet wie folgt:

„Bei der Ermittlung der Schwere eines Verstoßes sind seine Art und die konkreten Auswirkungen auf den Markt, sofern diese messbar sind, sowie der Umfang des betreffenden räumlichen Marktes zu berücksichtigen.

Die Verstöße werden in folgende drei Gruppen unterteilt: minder schwere, schwere und besonders schwere Verstöße:

– minder schwere Verstöße:

Hierbei handelt es sich um in den häufigsten Fällen vertikale Beschränkungen des Handels mit begrenzten Auswirkungen auf den Markt, die zwar einen wesentlichen, jedoch relativ engen Teil des Gemeinschaftsmarkts betreffen.

Voraussichtliche Beträge: von 1 000 bis 1 Mio. [Euro].

– schwere Verstöße:

Es handelt sich in den meisten Fällen um horizontale oder vertikale Beschränkungen der gleichen Art wie in dem vorangehenden Fall, die jedoch entschlossener angewandt werden, deren Auswirkungen auf den Markt umfassender sind und die in einem größeren Teil des Gemeinsamen Marktes zum Tragen kommen können. ...

Voraussichtliche Beträge: von 1 Mio. bis 20 Mio. [Euro].

– besonders schwere Verstöße:

Es handelt sich im Wesentlichen um horizontale Beschränkungen wie z. B. Preiskartelle, Marktaufteilungsquoten und sonstige Beschränkungen der Funktionsweise des Binnenmarktes ...

Voraussichtliche Beträge: oberhalb von 20 Mio. Euro.“

239 Sodann wird die Schwere der Zuwiderhandlung anhand der Merkmale der einzelnen betroffenen Unternehmen geprüft. Innerhalb dieser einzelnen Kategorien ermöglicht die Skala der festzusetzenden Geldbußen eine Differenzierung gemäß der Art des begangenen Verstoßes. Die Kommission berücksichtigt dabei die tatsächliche wirtschaftliche Fähigkeit der betroffenen Unternehmen, einen wirtschaftlichen Schaden hervorzurufen und setzt die Geldbuße auf einen Betrag fest, der eine hinreichend abschreckende Wirkung entfalten soll. In diesem Stadium kann die Kommission die Unternehmen in verschiedene Kategorien einstufen und den Ausgangsbetrag der Geldbuße für die einzelnen Unternehmen gewichten.

240 Nach dem Hinweis auf diese Anhaltspunkte sind nun sämtliche von der Ersten Bank, der RZB und der BA-CA erhobenen Rügen betreffend eine Fehlbeurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung zu prüfen.

241 Wie ich in Nr. 69 dieser Schlussanträge ausgeführt habe, hat die Kontrolle durch den Gerichtshof die Prüfung zum Gegenstand, inwieweit das Gericht korrekt die Faktoren berücksichtigt hat, die die Beurteilung der Schwere des Verhaltens des Unternehmens anhand der Art. 81 EG und 15 der Verordnung Nr. 17 ermöglichen.

1. Zum ersten Teil des Rechtsmittelgrundes: mit den Leitlinien nicht übereinstimmende Beurteilung

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

242 Die RZB beruft sich auf einen Widerspruch in den Gründen des angefochtenen Urteils. Während das Gericht nämlich in Randnr. 226 des angefochtenen Urteils ausführe, dass die Kommission nicht von der von ihr in den Leitlinien beschriebenen Methode abweichen könne, habe es in Randnr. 237 dieses Urteils festgestellt, dass die Kommission dadurch, dass sie ihre Vorgehensweise bei der Bewertung der Schwere eines Verstoßes präzisiert habe, nicht daran gehindert sei, die Schwere anhand von Gesichtspunkten zu beurteilen, die in den Leitlinien nicht ausdrücklich erwähnt seien. Die Rechtsmittelführerin wirft dem Gericht vor, für die Zwecke der Prüfung der Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung von der in den Leitlinien beschriebenen Methodologie abgewichen zu sein. So habe das Gericht zu Unrecht befunden, dass bei dieser Beurteilung Kriterien Berücksichtigung finden könnten, die in den Leitlinien nicht ausdrücklich erwähnt seien, obwohl durch diese berechnete Erwartungen bei den Unternehmen geweckt würden.

243 Die Kommission verweist darauf, dass sie zwar tatsächlich durch die von ihr festgelegten Leitlinien eingeschränkt sei, nicht aber das Gericht im Rahmen seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung. Im Übrigen sei aus der Rechtsprechung ersichtlich, dass durch die Leitlinien nur ein „Mindestprogramm“ festgelegt werde, ohne dass eine abschließende Aufzählung der berücksichtigungsfähigen Gesichtspunkte erfolgt wäre. Selbst von diesem Programm könne unter begründeten Umständen abgewichen werden.

b) Würdigung

244 Ich halte diese Rüge für unbegründet.

245 Mit der Annahme, dass die von der Kommission in den Leitlinien beschriebene Methode der Berücksichtigung von in diesen Leitlinien nicht ausdrücklich erwähnten Gesichtspunkten nicht entgegenstehe, ist dem Gericht nämlich meines Erachtens kein Beurteilungsfehler unterlaufen.

246 Die Leitlinien enthalten Spielräume, die es der Kommission erlauben, bei der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung in den durch Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 gezogenen Grenzen zahlreiche Gesichtspunkte zu berücksichtigen(91) .

247 Zu diesen in Nr. 1 Teil A der Leitlinien angesprochenen Gesichtspunkten zählen nicht nur diejenigen, die mit der Art der Zuwiderhandlung, ihren Auswirkungen und dem Umfang des betreffenden räumlichen Marktes in Zusammenhang stehen, sondern auch diejenigen, die mit den Merkmalen der Unternehmen selbst und dem Erfordernis zusammenhängen, ein Vorgehen mit Abschreckungswirkung sicherzustellen. Die Kommission hat unter Bewertung jedes einzelnen dieser Gesichtspunkte zwangsläufig Faktoren zu berücksichtigen, die der Situation der Zuwiderhandlung Rechnung tragen und die die Leitlinien nicht abschließend aufzählen können(92) .

248 Die Kommission kann insoweit auf die zahlreichen vom Gerichtshof selbst in seinen Urteilen identifizierten Gesichtspunkte abstellen(93) .

249 Sie kann zunächst die Schwere der Zuwiderhandlung anhand der besonderen Umstände der Sache bewerten und den normativen und wirtschaftlichen Zusammenhang berücksichtigen, in den sich die beanstandete Verhaltensweise einfügt. Bei der Prüfung der Art der Wettbewerbsbeschränkungen kann die Kommission dem Inhalt, der Dauer, der Zahl, der Intensität und dem räumlichen Umfang der Absprachen sowie dem Wert der von ihnen betroffenen Waren Rechnung tragen. Sie kann ferner die Zahl der Parteien einer Vereinbarung und ihre relative Bedeutung auf dem Markt einbeziehen, indem sie u. a. ihren Marktanteil, ihre Größe, ihr Verhalten und ihre Rolle beim Zustandekommen der Vereinbarung prüft. Die Kommission kann darüber hinaus die Marktlage zur Zeit der Begehung der Zuwiderhandlung prüfen und der Schädigung der öffentlichen Wirtschaftsordnung Rechnung tragen. Schließlich kann sie die Gefährdung berücksichtigen, die die fragliche Vereinbarung für die Ziele der Europäischen Gemeinschaft darstellt.

250 Insofern bin ich nicht der Meinung, dass die Kommission von der von ihr in den Leitlinien festgelegten Methode abgewichen ist und die Rechtssicherheit der betroffenen Unternehmen verletzt hat(94) .

251 Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte bin ich der Ansicht, dass die Prüfung dieses Punktes durch das Gericht keinen Rechtsfehler aufweist und nicht an einer widersprüchlichen Begründung leidet.

252 Daher ist dieser erste Teil meines Erachtens zurückzuweisen.

2. Zum zweiten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Würdigung des „eigentlichen Wesens“ der Zuwiderhandlung

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

253 Die RZB stützt den zweiten Teil auf vier Rügen.

254 Die RZB trägt erstens vor, dass das Gericht einen Rechtsfehler begangen habe, indem es in Randnr. 240 des angefochtenen Urteils befunden habe, dass das Wesen der Zuwiderhandlung bei der Einstufung der Zuwiderhandlungen als besonders schwer eine vorrangige Rolle spiele, während die übrigen Kriterien, nämlich die konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung und der räumliche Umfang des betreffenden Marktes, weniger schwer wögen.

255 Zweitens habe das Gericht auch dadurch einen Rechtsfehler begangen, dass es seine Beurteilung auf Gesichtspunkte gestützt habe, die in den Leitlinien nicht erwähnt seien, nämlich die Bedeutung des Bankensektors für die Wirtschaft, das breite Spektrum der vom Kartell erfassten Bankprodukte und die Teilnahme der ganz überwiegenden Mehrzahl der österreichischen Banken an den Treffen.

256 Die Rechtsmittelführerin wirft dem Gericht drittens vor, nicht die Politik der Regierung berücksichtigt zu haben, die darauf gerichtet sei, den Bankensektor vor dem freien Spiel der Marktkräfte zu bewahren. Außerdem habe es zu Unrecht angenommen, dass die Mitwirkung staatlicher Stellen bei unter Art. 81 EG fallenden Sachverhalten hinsichtlich der Geldbuße als erschwerender Umstand anzusehen sei.

257 Das Gericht habe viertens bei der Prüfung der eigentlichen Schwere der Zuwiderhandlung nicht die Abschreckungswirkung berücksichtigt, obwohl es eine Gesamtabwägung fordere.

b) Würdigung

258 Was die erste Rüge betrifft, bin ich der Ansicht, dass das Gericht zu Recht befunden hat, dass das Wesen der Zuwiderhandlung bei der Einstufung der Zuwiderhandlungen als besonders schwer tatsächlich eine vorrangige Rolle spielt.

259 Der ständigen Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass horizontale Preisabsprachen stets zu den schwersten Zuwiderhandlungen gegen das Gemeinschaftsrecht gezählt worden sind, da sie einen unmittelbaren Eingriff in die wesentlichen Wettbewerbsparameter bedeuten⁽⁹⁵⁾. Im vorliegenden Fall liegt für mich auf der Hand, dass ein Preiskartell wie das „Lombard-Netzwerk“ von einer solchen Reichweite, wie sie von der Kommission festgestellt worden ist, das einen so bedeutenden Wirtschaftssektor wie den Bankensektor betrifft, nur als besonders schwere Zuwiderhandlung eingestuft werden kann.

260 Außerdem hat das Gericht im Urteil vom 30. September 2003, Michelin/Kommission⁽⁹⁶⁾, entschieden, dass die Schwere der Zuwiderhandlung anhand der Art und des Zwecks der missbräuchlichen Verhaltensweisen festgestellt werden könne und dass Gesichtspunkte, die den Gegenstand eines Verhaltens betreffen, für die Festsetzung der Geldbuße größere Bedeutung haben könnten als Gesichtspunkte, die die Wirkungen des Verhaltens betreffen⁽⁹⁷⁾. Der Gerichtshof hat diesen Ansatz bestätigt und die Auffassung vertreten, dass die Auswirkung einer wettbewerbswidrigen Praxis bei der Beurteilung der angemessenen Höhe der Geldbuße kein ausschlaggebendes Kriterium sei⁽⁹⁸⁾.

261 Schließlich ergibt sich, wie das Gericht in Randnr. 240 des angefochtenen Urteils zu Recht ausgeführt hat, aus den Leitlinien, und insbesondere aus der Beschreibung der besonders schweren Verstöße, dass sich Preisabsprachen bereits aufgrund ihres Wesens als besonders schwer einstufen lassen, ohne dass die Kommission verpflichtet wäre, konkrete Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt nachzuweisen oder den Umfang des betroffenen räumlichen Marktes zu ermessen⁽⁹⁹⁾. Somit kann eine Vereinbarung dieser Art unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen auf den Markt und ihrem räumlichen Umfang aufgrund ihres Wesens eine besonders schwere Zuwiderhandlung darstellen.

262 Daher ist nicht zu beanstanden, dass das Gericht entschieden hat, dass den drei in Nr. 1 Teil A der Leitlinien genannten Kriterien bei der Beurteilung der Schwere einer Zuwiderhandlung nicht das gleiche Gewicht zukomme.

263 In Bezug auf die zweite Rüge habe ich bereits in den Nrn. 245 bis 251 dieser Schlussanträge ausgeführt, dass das Gericht bei der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung zu Recht andere als die in den Leitlinien ausdrücklich erwähnten Gesichtspunkte berücksichtigt hat. Daher schlage ich dem

Gerichtshof vor, diese Rüge als unbegründet zurückzuweisen.

264 Mit der dritten und der vierten Rüge beanstandet die Rechtsmittelführerin im Wesentlichen die Gewichtung der Kriterien, die die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung ermöglicht haben. In Anbetracht der Rolle, die dem Gerichtshof im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens zukommt, ist es meines Erachtens nicht seine Sache, eine solche Prüfung vorzunehmen. Dementsprechend schlage ich vor, diese Rügen für unzulässig zu erklären.

265 Unter Berücksichtigung aller dieser Gesichtspunkte bin ich der Ansicht, dass der zweite Teil dieses Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen ist.

3. Zum dritten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Würdigung in Bezug auf die „konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt“

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

266 Die RZB trägt vor, dem Gericht sei ein Rechtsfehler unterlaufen, indem es der Kommission gestattet habe, von der bloßen „Umsetzung“ des Kartells auf die Existenz einer konkreten Auswirkung der Zuwiderhandlung auf den Markt zu schließen. Diese Auffassung widerspreche dem Wortlaut der Leitlinien und verdeutliche, dass das Gericht eine für die Erfüllung des Tatbestands des Art. 81 EG relevante „Umsetzung“ der Absprachen mit dem notwendig strengerem Kriterium der „konkreten Auswirkungen auf den Markt“ für die Begründung einer besonderen Schwere des Verstoßes verwechselt habe. Das Urteil Cascades/Kommission spreche gegen die Ausführungen des Gerichts(100). Außerdem zeige das von den Rechtsmittelführerinnen vorgelegte wirtschaftswissenschaftliche Gutachten, dass die Absprachen für die von ihnen erfassten Kernprodukte keinerlei Auswirkungen auf die tatsächlich angewandten Konditionen gehabt hätten.

267 Nach Ansicht der BA?CA sind die konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt fehlerhaft bewertet worden. Das von den Rechtsmittelführerinnen vorgelegte wirtschaftswissenschaftliche Gutachten zeige nämlich, dass derartige Auswirkungen der Treffen auf die österreichischen Märkte nicht vorhanden gewesen seien.

268 Außerdem habe das Gericht bei der Auseinandersetzung mit dem wirtschaftswissenschaftlichen Gutachten die Grundsätze des Beweisverfahrens verletzt. Mit der Forderung, dass sich ein solches Gutachten auf „alle potenziellen Auswirkungen der Vereinbarungen auf den Markt“ erstrecke, überspanne das Gericht nämlich inhaltlich die Anforderungen, die an ein wirtschaftswissenschaftliches Gutachten zum Nachweis der fehlenden Umsetzung und der Kausalität der Bankenrunden auf den Wettbewerb auf dem Markt gestellt werden könnten.

269 Die Kommission weist darauf hin, dass das von den Banken vorgelegte Gutachten nur zwei Bankprodukte, nicht aber die möglichen Auswirkungen der Vereinbarung auf den Markt behandle. Jedenfalls genüge auch die teilweise Umsetzung einer wettbewerbswidrigen Zwecken dienenden Vereinbarung, um auszuschließen, dass diese Vereinbarung sich nicht auf den Markt ausgewirkt habe.

b) Würdigung

270 Die von den Rechtsmittelführerinnen erhobene Rüge betrifft meines Erachtens einen der heikelsten Punkte dieses Verfahrens.

271 Weder die Leitlinien noch die Gemeinschaftsrechtsprechung schaffen nämlich besondere Klarheit in Bezug auf die Notwendigkeit und die Art und Weise der Berücksichtigung des Kriteriums der konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt.

272 Der Gerichtshof hat entschieden, dass sich die Kommission bei der Beurteilung der Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt auf den Wettbewerb beziehen müsse, der normalerweise ohne die Zuwiderhandlung geherrscht hätte(101). Gehe es ferner um dem Wesen nach schwere Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht, sei dies bei der Beurteilung der angemessenen Höhe

der Geldbuße kein ausschlaggebender Gesichtspunkt(102) .

273 Außerdem kann die Kommission nach Nr. 1 Teil A der Leitlinien die konkreten Auswirkungen auf den Markt nur dann berücksichtigen, wenn sie diese messen kann. Ich verstehe dies mit anderen Worten so, dass die Kommission diese Auswirkungen, sind sie nicht messbar, bei der Festsetzung der Geldbuße nicht berücksichtigen darf.

274 Was hingegen horizontale Preisabsprachen oder Absprachen zur Marktaufteilung betrifft, ergibt sich aus den Leitlinien, insbesondere aus der Beschreibung der besonders schweren Verstöße, dass sich diese Vereinbarungen bereits aufgrund ihres Wesens als besonders schwer einstufen lassen, ohne dass die Kommission zum Nachweis konkreter Auswirkungen auf den Markt oder zur Bemessung des Umfangs des betroffenen räumlichen Marktes verpflichtet wäre(103) . In diesem Fall sind die konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung ein Gesichtspunkt unter anderen, der, sofern sie messbar sind, es der Kommission ermöglichen kann, den Betrag der Geldbuße über den Schwellenwert von 20 Mio. Euro hinaus anzuheben.

275 Zwar hat sich anhand der Leitlinien klären lassen, wie die Kommission die Schwere der Zuwiderhandlung beurteilt, jedoch besteht noch große Ungewissheit darüber, was der Begriff „messbar“ umfasst. Inwieweit muss die Kommission in der Lage sein, die konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt zu messen, um sie bei der Festsetzung der Geldbuße berücksichtigen zu können? Reicht es aus, dass die Kommission für die Zwecke der Festsetzung der Geldbuße nachweist, dass die Vereinbarungen umgesetzt wurden, um daraus konkrete Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt abzuleiten, wie das Gericht im angefochtenen Urteil entschieden hat, oder muss sie weitere Indizien vorlegen?

276 Die Antwort des Gemeinschaftsrichters hierauf scheint mir nicht eindeutig zu sein, da noch keine Gewissheit darüber besteht, welche Gesichtspunkte die Kommission berücksichtigen muss.

i) Der Ansatz des Gemeinschaftsrichters

277 Das Gericht vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die Kommission nicht verpflichtet sei, die konkreten Auswirkungen einer Zuwiderhandlung auf den Markt genau zu quantifizieren oder eine bezifferte Beurteilung vorzulegen(104) . Das Gericht verweist nämlich auf die Schwierigkeiten, auf die die Kommission stoßen könne, da seiner Auffassung nach „der Nachweis konkreter Auswirkungen einer Zuwiderhandlung ... den Vergleich der aus dieser Zuwiderhandlung resultierenden Situation mit der Situation erfordert, die ohne die Zuwiderhandlung entstanden wäre und die zwangsläufig hypothetischer Art ist“(105) .

278 Unter diesen Umständen sind nach Auffassung des Gerichts die konkreten Auswirkungen eines Kartells auf den betreffenden Markt als hinreichend nachgewiesen anzusehen, wenn die Kommission in der Lage ist, konkrete und glaubhafte Indizien dafür vorzulegen, dass das Kartell mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Auswirkungen auf diesen Markt hatte(106) .

279 Ausgehend von dieser Feststellung haben sich in der Rechtsprechung sodann zwei Strömungen herausgebildet.

280 Im Rahmen der ersten Strömung vertritt das Gericht die Auffassung, dass die Kommission berechtigt sei, aus der Umsetzung des Kartells auf das Vorliegen einer Auswirkung auf den Markt zu schließen.

281 Dieser Strömung folgt das Gericht im angefochtenen Urteil auf der Linie der Urteile in den Rechtssachen *Groupe Danone/Kommission*(107) und *Brasserie nationale/Kommission*(108) .

282 Damit wird die Bedeutung des Kriteriums der konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt und die Anforderungen im Zusammenhang mit deren Nachweis relativiert, da die Kommission sie bei Preisabsprachen oder Absprachen zur Marktaufteilung im Sinne der Leitlinien nicht zu berücksichtigen brauche, um diese Zuwiderhandlung als besonders schwer einzustufen(109) .

283 Im Fall eines Preiskartells wie des „Lombard-Netzwerks“ darf die Kommission nach Auffassung des Gerichts annehmen, dass die Zuwiderhandlung Auswirkungen auf den Markt hatte, wenn die Kartellmitglieder Maßnahmen zur Anwendung der vereinbarten Preise trafen(110) . Jedenfalls, so das Gericht, könne, wenn die Umsetzung des Kartells erwiesen sei, die Kommission nicht verpflichtet sein, systematisch darzulegen, dass die Vereinbarungen es den betroffenen Unternehmen tatsächlich ermöglichten, ein höheres Niveau der Transaktionspreise als ohne Kartell zu erzielen, und zwar wegen der beträchtlichen Ressourcen und des Rückgriffs auf hypothetische Berechnungen, die dies erfordern würde(111) .

284 Darüber hinaus misst das Gericht entscheidende Bedeutung dem Willen der Parteien bei, ihren Vereinbarungen konkrete Auswirkungen zu verleihen. Es führt weiter aus, „[w]as dann auf der Ebene der tatsächlich erzielten Marktpreise geschah, konnte durch andere, von den Kartellmitgliedern nicht kontrollierbare Faktoren beeinflusst werden“, und stellt fest, dass die Kartellmitglieder externe Faktoren, die ihre Bemühungen durchkreuzt hätten, nicht zu ihren Gunsten anführen könnten(112) .

285 Diese Rechtsprechung hat das Gericht in einer Reihe neuerer Urteile, u. a. in den Urteilen vom 18. Juni 2008, Hoechst/Kommission(113) und Carbone/Lorraine/Kommission(114) fortgeführt.

286 In der zweiten Strömung der Rechtsprechung verlangt das Gericht für die Bestätigung, dass sich das Kartell tatsächlich auf den Markt ausgewirkt hat, von der Kommission mehr als nur den einfachen Nachweis seiner Umsetzung.

287 Im Urteil vom 12. September 2007, Prym und Prym Consumer/Kommission(115), hat das Gericht ausgeführt, dass „[d]ie Durchführung einer Vereinbarung ... nicht zwangsläufig mit realen Auswirkungen [auf den Markt] verbunden [ist]“(116) . In dieser Rechtssache hat das Gericht entschieden, dass die Kommission bei der Festsetzung der Geldbuße nicht ausschließlich auf einen Kausalzusammenhang habe abstellen und sich nicht darauf beschränken dürfen, auf die Umsetzung der Vereinbarung hinzuweisen, um zu schließen, dass sie konkrete Auswirkungen auf den Markt hatte.

288 Ferner hat das Gericht in den Urteilen Roquette Frères/Kommission und vom 27. September 2006, Archer Daniels Midland/Kommission(117), betreffend ein Kartell auf dem Markt für Natriumglukonat ausgeführt, dass „die tatsächliche Durchführung eines Kartells als Voraussetzung dafür, dass es konkrete Auswirkungen hat, für derartige Auswirkungen ein Anfangsindiz bildet“(118) . Sie könne ein starkes Indiz darstellen, falls sich die Kommission nicht auf diese Annahme beschränke(119) .

289 So hatte die Kommission in den beiden genannten Rechtssachen nicht nur eine „sorgfältige“ Durchführung der Vereinbarungen festgestellt, sondern auch eine Übereinstimmung zwischen den vom Kartell festgesetzten Preisen und den von den betreffenden Unternehmen tatsächlich auf dem Markt praktizierten Preisen. Die Kommission hatte auch die Bedeutung des von den Unternehmen auf dem fraglichen Markt gehaltenen Marktanteils sowie die Anstrengungen hervorgehoben, die sie für die Organisation, Beobachtung und Überwachung der Vereinbarungen unternommen hätten(120) .

290 Im Übrigen hat das Gericht in den Urteilen vom 27. September 2006, Jungbunzlauer/Kommission und Archer Daniels Midland II, zum Kartell auf dem Zitronensäuremarkt festgestellt, dass die Kommission die konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt zutreffend beurteilt habe, indem sie dargetan habe, dass die Abmachungen „sorgfältig“ umgesetzt worden seien und eine Übereinstimmung der vom Kartell festgesetzten Preise mit den von den betreffenden Unternehmen tatsächlich praktizierten Preisen bestanden habe, und indem sie die Bedeutung der von diesen Unternehmen auf dem fraglichen Markt gehaltenen Marktanteile sowie die Dauer des Kartells hervorgehoben habe(121) .

291 Schließlich hat das Gericht in den Urteilen vom 8. Juli 2008, Knauf Gips/Kommission, BPB/Kommission und Lafarge/Kommission, zum Kartell auf dem Markt für Gipsplatten festgestellt, dass die Kommission, abgesehen von der Stabilität der Marktanteile, die Auswirkungen der Zuwiderhandlung hinreichend belegt habe, indem sie dargetan habe, dass die Kartellteilnehmer über die Mehrheit der

entsprechenden Marktanteile verfügten, dass die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen umgesetzt worden und darauf gerichtet gewesen seien, die Preise über das Niveau anzuheben, auf dem sie sich sonst eingependelt hätten. Nach Auffassung des Gerichts deuteten alle diese Anhaltspunkte darauf hin, dass die Zuwiderhandlung erhebliche wettbewerbswidrige Wirkungen haben konnte(122) .

292 Diese Urteile dienen nur einer Veranschaulichung der Rechtsprechung des Gerichts, das von der Kommission stärkere Nachweise verlangt als den der einfachen Umsetzung des Kartells. In diesen Urteilen hat das Gericht präzisiert, welche Bedeutung jedem einzelnen dieser Indizien beizumessen ist.

293 Zum Indiz der Umsetzung des Kartells vertritt das Gericht die Auffassung, dass es während der Dauer der Vereinbarung an Bedeutung gewinnen könne. Das reibungslose Funktionieren eines komplexen Kartells, das die Preisfestsetzung, die Aufteilung der Märkte und den Austausch von Informationen betreffe, führe nämlich zu hohen Verwaltungs- und Geschäftsführungskosten. Daher erschien ihm die Annahme gerechtfertigt, dass, wenn die Unternehmen die Zuwiderhandlung über einen so langen Zeitraum fortgesetzt und die effektive Verwaltung sichergestellt hätten, obwohl mit einer derartigen rechtswidrigen Aktivität Risiken verbunden gewesen seien, die Kartellmitglieder einen Vorteil von dieser Vereinbarung gehabt hätten und damit auch, dass diese konkrete Auswirkungen auf den betreffenden Markt gehabt habe(123) .

294 Zum Indiz der Bedeutung und der Stabilität der Marktanteile der Unternehmen hat das Gericht ausgeführt, dass dieser Faktor allein nicht genüge, um das Vorliegen konkreter Auswirkungen zu begründen. Die Tatsache, dass die Kartellteilnehmer über die Mehrheit der Marktanteile verfügten, betreffe nämlich den Gegenstand und nicht die Auswirkungen des Kartells. Es handele sich daher um einen Anhaltspunkt dafür, dass die Zuwiderhandlung erhebliche wettbewerbswidrige Wirkungen hätte haben können, und nicht dafür, dass dies tatsächlich der Fall gewesen sei(124) . Die Kommission müsse daher diesen Faktor unter Berücksichtigung der Angaben über die Lage auf dem betreffenden Markt vor dem Kartell würdigen. Zudem gewinne dieses Indiz während der Dauer der Vereinbarung an Bedeutung(125) .

295 Hinsichtlich der aus einer koordinierten Preisentwicklung abgeleiteten Indizien ist das Gericht zwei Ansätzen gefolgt.

296 In den Urteilen Jungbunzlauer/Kommission und Archer Daniels Midland II hat es ausgeführt, dass, um festzustellen, ob die Kommission die konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt richtig beurteilt hat, „vor allem zu prüfen [ist], wie sie die Auswirkungen der Preisabsprache beurteilt hat“. Die Kommission müsse daher mit einem hinreichenden Grad an Wahrscheinlichkeit feststellen, dass die fraglichen Absprachen den Beteiligten tatsächlich erlaubt hätten, ein höheres Preisniveau als ohne das Kartell zu erzielen. Dabei müsse sie unter Berücksichtigung des vorhandenen wirtschaftlichen und gegebenenfalls normativen Rahmens alle objektiven Bedingungen auf dem betreffenden Markt in ihre Beurteilung einbeziehen und dartun, dass sich das Preisniveau bei freiem Wettbewerb nicht ebenso entwickelt hätte wie die tatsächlich praktizierten Preise(126) .

297 In dem erwähnten Urteil Jungbunzlauer/Kommission hat das Gericht die Auffassung vertreten, durch das Vorliegen einer dauerhaften Parallele zwischen den von den Kartellteilnehmern vereinbarten Preisen und den von den Kunden tatsächlich verlangten Preisen „sei rechtlich hinreichend nachgewiesen, dass das Kartell konkrete Auswirkungen auf den Markt gehabt habe, die mittels des Vergleichs des hypothetischen Preises ohne Kartell und des nach der Kartellbildung praktizierten Preises im Sinne der Leitlinien ‚messbar‘ seien“(127) .

298 In dem kürzlich erlassenen Urteil Lafarge/Kommission hat das Gericht hingegen die Auffassung vertreten, dass die Kommission, wenn die Umsetzung eines Kartells erwiesen sei, nicht verpflichtet sei, systematisch darzulegen, dass die Vereinbarungen es den betroffenen Unternehmen tatsächlich ermöglicht hätten, ein höheres Niveau der Transaktionspreise als ohne Kartell zu erzielen. Eine solche Darlegung würde beträchtliche Ressourcen in Anspruch nehmen und den Rückgriff auf hypothetische

Berechnungen anhand wirtschaftlicher Modelle erfordern, deren Genauigkeit nur schwer gerichtlich nachprüfbar sei. In dieser Rechtssache hat das Gericht entschieden, dass die Kommission in rechtlich hinreichender Weise konkrete Auswirkungen des Kartells auf die Preise dargetan und dabei auf die Bekanntmachung von Preislisten und auf die Festsetzung von Preisen abgestellt habe, die, sogar mit Hinweischarakter, den Wettbewerb beeinträchtigten⁽¹²⁸⁾.

299 Im Urteil Degussa/Kommission hat das Gericht ausgeführt, dass diese Gesichtspunkte darüber hinaus auf objektiven wirtschaftlichen Faktoren beruhen müssten und keine reinen Mutmaßungen darstellen dürften⁽¹²⁹⁾.

300 Anhand dieser Anhaltspunkte ist nun zu prüfen, ob die von der RZB erhobene Rüge begründet ist.

ii) Meine Auffassung

301 Wie ich dargelegt habe, wirft die Rechtsmittelführerin dem Gericht vor, der Kommission für die Zwecke der Festsetzung der Geldbuße gestattet zu haben, aus der bloßen Umsetzung des Kartells auf das Vorliegen konkreter Auswirkungen auf den Markt zu schließen.

302 Diese Rüge halte ich für begründet.

303 Ich halte es nämlich für wichtig, die Beweisanforderungen gegenüber der Kommission auf einem hohen Niveau zu halten, wenn diese für die Zwecke der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und der Festsetzung der Höhe der Geldbuße behauptet, ein Kartell habe Auswirkungen auf den Markt gehabt.

304 Zwar ist die Kommission nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs und den Leitlinien nicht verpflichtet, die Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt zu berücksichtigen, wenn es sich um eine besonders schwere Zuwiderhandlung wie die in Rede stehende Vereinbarung handelt.

305 Gleichwohl ist es der Kommission, wenn sie sich auf das Vorliegen konkreter Auswirkungen der Zuwiderhandlung beruft, dadurch möglich, ihr einen höheren Schweregrad beizumessen und den Grundbetrag der Geldbuße über den in den Leitlinien festgelegten Schwellenwert hinaus anzuheben.

306 Die Geldbußen nach Art. 15 der Verordnung Nr. 17 scheinen mir aber aufgrund ihres Wesens und ihrer Bedeutung einer strafrechtlichen Sanktion gleichgestellt werden zu können, obwohl sie im engen Wortsinn den Charakter einer verwaltungsrechtlichen Sanktion haben. Daher muss die Kommission bei ihrem in erster Linie repressiven Vorgehen sowohl die verfahrensrechtlichen als auch die materiellrechtlichen Grundsätze des Strafrechts beachten und somit die Merkmale nachweisen, auf die sie bei der Festsetzung der Höhe der Sanktion abstellt.

307 Dies gewinnt im Fall einer sehr schweren Zuwiderhandlung umso größere Bedeutung, als die Kommission nur an die in Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 festgelegte Obergrenze gebunden ist. Anders als bei als minder schwer oder schwer eingestuften Zuwiderhandlungen kann die Kommission nämlich über den in Nr. 1 Teil A dritter Gedankenstrich der Leitlinien genannten Schwellenwert von 20 Mio. Euro hinausgehen, was ihr ein weites Ermessen einräumt.

308 Entschließt sich die Kommission, bei der Ermittlung der Schwere der Zuwiderhandlung und der Festsetzung der Geldbuße in entsprechender Höhe die konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt zu berücksichtigen, muss sie in diesem Zusammenhang daher in der Lage sein, konkrete, glaubhafte und hinreichende Indizien anzugeben, die das Vorliegen realer Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt und einen Kausalzusammenhang zwischen der wettbewerbswidrigen Vereinbarung und der Änderung des Wettbewerbs auf dem Markt anzeigen.

309 Diesen Ansatz hat das Gericht im angefochtenen Urteil aber nicht gewählt.

310 Auch wenn es nämlich in Randnr. 288 des angefochtenen Urteils zutreffend davon ausgehen konnte, dass „[d]ie Kommission ... berechtigt [war], aus der Umsetzung des Kartells“ Schlüsse zu ziehen, hat es meiner Meinung nach einen Rechtsfehler begangen, indem es ein solches Ergebnis für ausreichend

befunden hat, um auf das Vorliegen einer Auswirkung auf den Markt zu schließen.

311 Zum einen scheint mir, wie das Gericht in dem erwähnten Urteil Prym und Prym Consumer/Kommission ausgeführt hat, die Durchführung einer Vereinbarung nicht zwangsläufig mit realen Auswirkungen auf den Markt verbunden zu sein. Noch weniger sind diese Auswirkungen im Sinne von Nr. 1 Teil A der Leitlinien „messbar“. Die Durchführung einer Vereinbarung ist daher ein starkes Indiz, da sie eine Voraussetzung für konkrete Auswirkungen auf den Markt darstellt, doch bildet sie meines Erachtens nur ein Anfangsindiz(130) .

312 Außerdem muss die Kommission Indizien hinsichtlich der Entwicklung der Preise oder der Marktanteile von Unternehmen zusammentragen können, ohne dass dies zum Einsatz beträchtlicher Ressourcen führt. Bei einer Preisabsprache wie dem „Lombard-Netzwerk“ beispielsweise halte ich es für entscheidend und zur Erbringung des von der Kommission zu führenden Nachweises geradezu geboten, dass diese unter Berücksichtigung der objektiven Bedingungen auf dem betreffenden Markt die Auswirkungen der Vereinbarung auf die Preise prüft. Durch eine solche Untersuchung lässt sich möglicherweise ein Steigen oder Fallen der Preise infolge der Durchführung von Vereinbarungen oder das Bestehen einer Übereinstimmung der vom Kartell festgesetzten Preise mit den tatsächlich praktizierten Preisen feststellen. Im Rahmen dieser Prüfung muss sich die Kommission, wie das Gericht in Randnr. 284 des angefochtenen Urteils auch selbst ausgeführt hat, wenn sie die konkrete Auswirkung einer Zuwiderhandlung auf den Markt beurteilt, auf den Wettbewerb beziehen, der normalerweise ohne die Zuwiderhandlung geherrscht hätte. Auch wenn von der Kommission kaum verlangt werden kann, bezifferte Beurteilungen vorzulegen, kann sie meines Erachtens doch auf der Grundlage eines Vergleichs der Situation auf dem Markt vor der Begehung der Zuwiderhandlung und danach bestimmte Tendenzen nachweisen.

313 Daher schließe ich mich auch nicht den Ausführungen des Gerichts in Randnr. 287 des angefochtenen Urteils an, wonach es nicht erforderlich sei, die Ebene der tatsächlich erzielten Marktpreise zu berücksichtigen, da diese durch andere, von den Kartellmitgliedern nicht kontrollierbare Faktoren habe beeinflusst werden können. Wie erinnerlich ist es nämlich Gegenstand der Kontrolle durch die Kommission, die konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt, insbesondere auf die Preise abzuschätzen, und zwar, wie der Gerichtshof entschieden hat, unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs.

314 Schließlich möchte ich nur noch darauf hinweisen, dass, auch wenn ich die Bedenken des Gerichts hinsichtlich der Schwierigkeiten teile, auf die die Kommission beim Nachweis konkreter Auswirkungen des Kartells stoßen kann(131), dies im vorliegenden Fall den unzureichenden Nachweis durch die Kommission meiner Ansicht nach vor allem dann nicht rechtfertigen kann, wenn diese ihre Beurteilung auf ein einziges Indiz, die Durchführung der Vereinbarung, stützt.

315 Nach alledem ist dem Gericht meines Erachtens ein Rechtsfehler unterlaufen, indem es befunden hat, dass die Kommission für die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und die Festsetzung der Geldbuße auf die Umsetzung des Kartells habe abstellen dürfen, um auf das Vorliegen konkreter Auswirkungen auf den Markt zu schließen.

316 Daher schlage ich dem Gerichtshof vor, diesen dritten Teil des Rechtsmittelgrundes für begründet zu erklären.

4. Zum vierten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Beurteilung in Bezug auf den „Umfang des betreffenden räumlichen Marktes“

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

317 Die RZB rügt, das Gericht habe in den Randnrn. 308 bis 313 des angefochtenen Urteils nicht das Argument geprüft, dass die offenkundig und unstreitig geringe Größe des Staatsgebiets der Republik Österreich gegen die Einstufung des festgestellten Verstoßes als besonders schwer spreche. Außerdem

stehe eine solche Gedankenführung im Widerspruch zum Wortlaut der Leitlinien und zur Entscheidungspraxis der Kommission.

b) Würdigung

318 Meiner Meinung nach ist dieser Teil unbegründet.

319 Zum einen hat das Gericht entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin in den Randnrn. 308 bis 313 des angefochtenen Urteils eindeutig und hinlänglich begründet dargelegt, aus welchen Gründen der geringe Umfang des betreffenden räumlichen Marktes seiner Auffassung nach nicht gegen die Einstufung des festgestellten Verstoßes als besonders schwer sprach.

320 Wie es in Randnr. 240 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt hat und wie ich in Nr. 261 dieser Schlussanträge dargelegt habe, können Preisabsprachen wie die hier in Rede stehenden unabhängig von ihren Auswirkungen auf den Markt und vom Umfang des betroffenen räumlichen Marktes aufgrund ihres Wesens einen besonders schweren Verstoß darstellen.

321 Darüber hinaus erinnere ich daran, dass die Entscheidungspraxis der Kommission nicht den rechtlichen Rahmen für Geldbußen in Wettbewerbsachen bilden kann⁽¹³²⁾. Nach ständiger Rechtsprechung haben nämlich die Erkenntnisse aus dieser Praxis nur richtungsweisenden Charakter, da die tatsächlichen Gegebenheiten in den Wettbewerbsachen wie die Märkte, die Erzeugnisse, die Länder, die Unternehmen und die betroffenen Zeiträume nicht die gleichen sind⁽¹³³⁾. Demnach kann sich die Rechtsmittelführerin nicht auf Entscheidungen berufen, die die Kommission früher erlassen hat.

322 Ergänzend möchte ich schließlich darauf hinweisen, dass weder nach dem EG-Vertrag noch nach der Verordnung Nr. 17, den Leitlinien oder der Rechtsprechung davon ausgegangen werden kann, dass nur umfangreiche Märkte betreffende Beschränkungen als besonders schwerwiegende Verstöße eingestuft werden können. Wie das Gericht in Randnr. 312 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt hat, kann nach Auffassung des Gerichtshofs das Hoheitsgebiet nur eines Mitgliedstaats oder sogar ein kleinerer Teil hiervon einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen. Außerdem berührt, wie wir gesehen haben, die im vorliegenden Fall festgestellte Zuwiderhandlung nicht nur die Republik Österreich, sondern ist auch geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

323 Daher bin ich der Ansicht, dass der vierte Teil dieses Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen ist.

5. Zum fünften Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Beurteilung der Frage durch das Gericht, welchen Einfluss es hatte, dass die Verfolgungsmaßnahmen selektiv getroffen wurden, und Verletzung der Begründungspflicht

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

324 Die RZB stützt den fünften Teil auf zwei Rügen.

325 Sie wirft dem Gericht in erster Linie vor, ihr Argument zurückgewiesen zu haben, wonach die Entscheidung der Kommission, lediglich einige der Unternehmen herauszugreifen, die an der Zuwiderhandlung beteiligt gewesen seien, der Annahme eines besonders schweren Verstoßes entgegenstehe.

326 Die RZB trägt weiter vor, das Gericht habe seine Begründungspflicht dadurch verletzt, dass es nicht auf die Argumente eingegangen sei, wonach das hohe Niveau der Geldbuße zum einen dem Symbolcharakter eines letztlich gegen die gesamte österreichische Bankenbranche gerichteten Verfahrens widerspreche und zum anderen zu Wettbewerbsverzerrungen führe, da lediglich gegen 10 % der Banken eine Geldbuße verhängt worden sei. Schließlich sei die Annahme eines besonders schweren Verstoßes mit dem damit verbundenen „unternehmensindividuellen Unrechtsvorwurf“ unvereinbar.

b) Würdigung

327 In Bezug auf die erste Rüge bin ich mit der Kommission der Meinung, dass sie lediglich einen bereits vor dem Gericht dargelegten Klagegrund wörtlich wiedergibt, aber keinen Rechtsfehler bezeichnet. Gemäß den in Nr. 65 dieser Schlussanträge genannten Grundsätzen schlage ich dem Gerichtshof vor, sie als unzulässig zurückzuweisen.

328 Der zweiten Rüge betreffend einen Begründungsmangel des angefochtenen Urteils ist meines Erachtens nicht stattzugeben(134) .

329 Ich verweise zunächst darauf, dass nach Art. 36 der Satzung des Gerichtshofs, der gemäß Art. 53 dieser Satzung auf das Gericht anzuwenden ist, die Urteile „mit Gründen zu versehen [sind]“.

330 Die Begründung eines Urteils muss nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Argumentation des Gerichts klar und eindeutig erkennen lassen, damit die Betroffenen die Gründe für die getroffene Entscheidung erkennen können und der Gerichtshof sie überprüfen kann(135) . Bei einer auf Art. 230 EG gestützten Klage bedeutet das Erfordernis der Begründung naturgemäß, dass das Gericht die vom Kläger geltend gemachten Anfechtungsgründe untersucht und die Gründe darlegt, die entweder zur Zurückweisung des Klagegrundes oder zur Nichtigerklärung des angefochtenen Aktes führen. Im Rahmen insbesondere der Durchführung von Art. 81 EG und Art. 15 der Verordnung Nr. 17 geht der Gerichtshof davon aus, dass er zu prüfen hat, ob das Gericht rechtlich hinreichend auf das gesamte Vorbringen des Klägers zur Aufhebung oder Herabsetzung der Geldbuße eingegangen ist(136) .

331 Der Gerichtshof hat indessen diese Pflicht, auf die geltend gemachten Klagegründe einzugehen, im Urteil Connolly/Kommission(137) eingeschränkt. Er hat festgestellt, dass die Begründung eines Urteils in Anbetracht der Umstände des vorliegenden Falles beurteilt werden müsse(138) und dass nicht verlangt werden könne, dass das Gericht „sich detailliert mit jedem vom Rechtsmittelführer vorgebrachten Argument ... befassen [muss], insbesondere dann, wenn es nicht hinreichend klar und bestimmt [ist] und sich nicht auf geeignete Beweismittel [stützt]“(139) .

332 In Anbetracht dieser Gesichtspunkte bin ich der Meinung, dass das Gericht nicht verpflichtet war, auf das fragliche Vorbringen der Rechtsmittelführerin einzugehen.

333 In Randnr. 315 des angefochtenen Urteils hat das Gericht nämlich festgestellt, dass die Annahme der Rechtsmittelführerin, die Kommission habe die Unternehmen selektiv und symbolisch verfolgt, falsch gewesen sei. In Wirklichkeit habe sie die Adressaten der Entscheidung auf der Grundlage der Häufigkeit ihrer Teilnahme an den wichtigsten Gesprächsrunden herangezogen(140) . Demnach scheint mir das Gericht nicht zu einer weiteren Prüfung des übrigen auf diese Annahme gestützten Vorbringens der Rechtsmittelführerin verpflichtet gewesen zu sein.

334 Daher schlage ich dem Gerichtshof vor, diesen fünften Teil für unzulässig und unbegründet zu erklären.

6. Zum sechsten Teil des Rechtsmittelgrundes: Fehlen einer Gesamtbewertung der Schwere der Zuwiderhandlung

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

335 Die RZB beanstandet, das Gericht habe keine Gesamtbewertung der Schwere der Zuwiderhandlung unter Berücksichtigung aller in den Leitlinien genannten Aspekte (Wesen der Zuwiderhandlung, konkrete Auswirkungen der Zuwiderhandlung und Umfang des betroffenen räumlichen Marktes) sowie exogener Gesichtspunkte, also der wirtschaftlichen Bedeutung des österreichischen Bankensektors, der fehlenden Notwendigkeit einer Abschreckungswirkung und der Tatsache, dass die Verfolgungsmaßnahmen selektiv getroffen worden seien, vorgenommen. Hätte das Gericht eine solche Analyse durchgeführt, hätte es festgestellt, dass die fragliche Zuwiderhandlung nicht als besonders schwer habe eingestuft werden können.

b) Würdigung

336 Ich halte dieses Vorbringen für unbegründet. Bei der Prüfung des ersten Teils dieses Rechtsmittelgrundes habe ich nämlich die Meinung vertreten, dass dem Gericht kein Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als es befunden hat, dass die Kommission bei der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung auch andere als die in den Leitlinien ausdrücklich erwähnten Gesichtspunkte, namentlich „exogene“ Gesichtspunkte, berücksichtigen dürfe⁽¹⁴¹⁾. In Wirklichkeit macht die Rechtsmittelführerin mit diesem Teil etwas geltend, was meines Erachtens zu ihrem Vorbringen im Rahmen des ersten Teils dieses Klagegrundes schlicht im Widerspruch steht.

337 Folglich ist dieser sechste Teil als unbegründet zurückzuweisen.

7. Zum siebten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Beurteilung in Bezug auf die Einteilung der Rechtsmittelführerinnen in Kategorien

338 Der streitigen Entscheidung ist zu entnehmen, dass der österreichische Bankenmarkt durch das Bestehen von Bankengruppen mit mehrstufiger, als „dezentralisiert“ bezeichneter Struktur gekennzeichnet ist.

339 Einen zweistufigen Aufbau haben Sparkassen und Volksbanken, einen dreistufigen die Raiffeisenbanken. Innerhalb jeder dieser mehrstufigen Strukturen (im Folgenden: Sparkassensektor, Raiffeisensektor und Volksbankensektor sowie gemeinsam dezentralisierte Sektoren) nimmt ein Zentralinstitut, das gewöhnlich als „Spitzeninstitut“ bezeichnet wird, für die Banken des Sektors Unterstützungs- und Dienstleistungsfunktionen wahr. Die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG sind die jeweiligen Zentralinstitute des Sparkassensektors, des Raiffeisensektors und des Volksbankensektors.

340 Nach Nr. 1 Teil A der Leitlinien kann die Kommission bei besonders schweren Verstößen den Grundbetrag der Geldbuße nach Maßgabe der tatsächlichen wirtschaftlichen Fähigkeit der Urheber der Verstöße, den Wettbewerb zu verfälschen, anpassen.

341 In den vorliegenden Rechtssachen ist die Kommission in Randnr. 515 der streitigen Entscheidung davon ausgegangen, dass ein solches differenziertes Vorgehen angezeigt gewesen sei, da ein erhebliches Ungleichgewicht in der Größe der am „Lombard-Netzwerk“ beteiligten Unternehmen und Bankengruppen bestanden habe.

342 Die Kommission hat daher die Adressaten der streitigen Entscheidung anhand der ihr vorliegenden Angaben über deren Marktanteile in fünf Kategorien eingeteilt. Bei der Ersten Bank, der RZB und der ÖVAG war sie der Auffassung, dass ihnen als Spitzeninstituten des jeweiligen dezentralisierten Sektors der Sparkassen, der Raiffeisenbanken und der Volksbanken die Marktanteile ihrer entsprechenden Sektoren zuzurechnen seien, um ihrer Wirtschaftskraft auf dem Markt besser Rechnung zu tragen. Die Erste Bank und die RZB wurden daher in die erste Kategorie eingestuft, während die ÖVAG in die dritte Kategorie eingeteilt wurde.

a) Die von den Rechtsmittelführerinnen erhobenen Rügen

343 Die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG ziehen erstens, vorbehaltlich einiger Besonderheiten im Zusammenhang mit ihrer jeweiligen Situation, den Grundsatz einer solchen Zurechnung in Zweifel. Sie sind der Ansicht, dass das Gericht die rechtlichen Voraussetzungen verkannt habe, unter denen die Kommission ihnen als Zentralinstituten der dezentralisierten Sektoren für die Zwecke der Einstufung in Kategorien die Marktanteile ihrer entsprechenden Sektoren habe zurechnen dürfen. Diese Zurechnung verstoße insoweit gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 sowie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Sanktion, den Grundsatz der persönlichen Verantwortung für Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht und gegen den Gleichheitsgrundsatz.

344 Die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG sind zweitens der Ansicht, dass das Gericht ihre Verteidigungsrechte verletzt habe.

345 Sie tragen drittens vor, das Gericht habe ihre Rolle und Aufgaben innerhalb der Bankengruppen nicht zutreffend gewürdigt.

346 Die Erste Bank macht viertens geltend, dass die Feststellungen des Gerichts zum Marktanteil der Sparkassengruppe fehlerhaft seien.

347 Die ÖVAG trägt fünftens vor, das Gericht habe die ihm unterbreiteten Tatsachen und Beweise verfälscht.

i) Zur ersten Rüge: Rechtswidrigkeit der Zurechnung der Marktanteile der Banken der dezentralisierten Sektoren zu den Zentralinstituten

348 Die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG stützen diese Rüge auf mehrere Argumente.

– Zum Grundsatz der Zurechnung und den hierfür verwendeten Beurteilungskriterien

349 Nach Ansicht der Ersten Bank, der RZB und der ÖVAG ist dem Gericht ein Rechtsfehler unterlaufen, indem es in den Randnrn. 356 und 373 des angefochtenen Urteils befunden hat, dass die Kommission, indem sie ihnen für die Zwecke der Festsetzung der Geldbuße die Marktanteile der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren zugerechnet habe, ihnen nicht die Zuwiderhandlungen dieser letztgenannten Banken zugerechnet habe, sondern dass sie nur „wegen ihres eigenen Verhaltens“ mit einer Sanktion belegt worden seien.

350 Eine solche Zurechnung laufe in Wirklichkeit darauf hinaus, ihnen die Verantwortlichkeit für Zuwiderhandlungen der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren zuzurechnen, da die Marktstellung dieser Banken in vollem Umfang bei der Festsetzung der Geldbuße einbezogen werde. Die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG sind daher der Meinung, dass diese Zurechnung im Hinblick auf die Kriterien hätte beurteilt werden müssen, die der Gerichtshof für die Zurechenbarkeit von Zuwiderhandlungen innerhalb eines Konzerns aufgestellt habe, nämlich die Möglichkeit, das Unternehmen zu kontrollieren und das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit.

351 Indem die Kommission und das Gericht auf das Bestehen fester Beziehungen innerhalb der Bankengruppen und auf die von den Zentralinstituten wahrgenommenen Unterstützungs- und Dienstleistungsfunktionen abgestellt hätten, hätten sie die strengen Anforderungen der Rechtsprechung umgangen.

352 Die Kommission macht geltend, das für die Einteilung in Kategorien ausschlaggebende Kriterium sei der Vergleich der tatsächlichen Marktmacht, die auf feste Beziehungen der dezentralisierten Banken zu ihren Spitzeninstituten gegründet sei.

– Zum Verstoß gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 sowie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Sanktion, den Grundsatz der persönlichen Verantwortung für Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht und gegen den Gleichheitsgrundsatz

353 Die Erste Bank trägt vor, die Zurechnung der Marktanteile von rund 70 österreichischen Sparkassen zu den Spitzeninstituten (GiroCredit bzw. Erste Bank(142)) verstoße gegen Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 in Verbindung mit Nr. 1 Teil A Abs. 6 der Leitlinien. Diese Bestimmung lasse nämlich nicht zu, einem Unternehmen den Marktanteil dritter Unternehmen aus demselben Tätigkeitssektor zuzurechnen.

354 Die Erste Bank und die RZB tragen weiter vor, dass eine solche Zurechnung gegen den Grundsatz der persönlichen Verantwortung für Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht und gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Sanktion verstoße.

355 Die RZB und die ÖVAG behaupten schließlich, das Gericht habe auch den Gleichheitsgrundsatz verletzt. Die RZB wirft dem Gericht insoweit vor, die Zentralinstitute der dezentralisierten Sektoren für die Zwecke der Einstufung in Kategorien mit den zentralisierten Großbanken gleichgesetzt zu haben. Das Gericht hätte erwägen müssen, ob es nicht angemessen gewesen wäre, nur einen Teil der Marktanteile

der jeweiligen Sektoren in Ansatz zu bringen, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass sich ein Zentralinstitut wie die RZB bei der Teilnahme an den Bankenrunden auf die Informationsweitergabe beschränke, da es nicht für die Banken des Sektors sprechen und sie nicht anweisen könne, allfällige Absprachen umzusetzen.

356 Die Kommission weist darauf hin, dass die Zurechnung der Marktanteile in der streitigen Entscheidung nicht auf konkreten Feststellungen zur tatsächlichen Beteiligung der dezentralisierten Banken an der Zuwiderhandlung, sondern vielmehr allein darauf beruhe, dass die Kommission die Spitzeninstitute wegen ihres eigenen Verhaltens zur Rechenschaft gezogen habe. Hier sei gerade keine Zurechnung fremden Verhaltens erfolgt.

357 Zum Vorbringen der RZB erklärt die Kommission zunächst, dass die gegen die Spitzeninstitute verhängten Geldbußen die Obergrenze von 10 % bezogen auf den Umsatz des Unternehmens gemäß Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 nicht überstiegen. Dies unterscheide sich von der Situation, in der auf den Gesamtumsatz der Gruppe abzustellen gewesen wäre, wenn das Spitzeninstitut und die dezentralisierten Banken als eine wirtschaftliche Einheit angesehen worden wären. Außerdem erläutere die Rechtsmittelführerin nicht, inwieweit unterschiedliche Sachverhalte ohne angemessenen Grund gleichbehandelt worden seien.

358 Schließlich beruft sich die Kommission auf die Unzulässigkeit des auf eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Geldbuße gerichteten Vorbringens, denn der Gerichtshof könne die Beurteilung des Gerichts nicht aus Gründen der Billigkeit durch seine eigene Beurteilung ersetzen.

ii) Zur zweiten Rüge: Verletzung der Verteidigungsrechte

359 Vor dem Gericht hatten die Erste Bank und die ÖVAG beanstandet, die Kommission habe in der Mitteilung der Beschwerdepunkte ihre Absicht unerwähnt gelassen, für die Zwecke der Festsetzung der Geldbuße den Zentralinstituten die Marktanteile ihrer jeweiligen Gruppen zuzurechnen.

360 In ihrer jeweiligen Rechtsmittelschrift tragen die Erste Bank und die ÖVAG vor, das Gericht habe ihre Verteidigungsrechte dadurch verletzt, dass es in Randnr. 369 des angefochtenen Urteils befunden habe, dass die Angabe in der Mitteilung der Beschwerdepunkte, sie seien die Spitzeninstitute des Sparkassen- und des Volksbankensektors gewesen, ausreichend gewesen sei.

361 Nach Ansicht der Ersten Bank und der ÖVAG hätte sich die Kommission nicht mit einer allgemeinen Aussage begnügen dürfen und den Unternehmen mitteilen müssen, welche Schlussfolgerungen sie aus allen tatsächlichen die Zuwiderhandlung betreffenden Umständen zu ziehen gedenke.

iii) Zur dritten Rüge: unzutreffende Würdigung der Rolle und Aufgaben der Zentralinstitute innerhalb der Bankengruppen

362 Die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG rügen, das Gericht habe ihre Rolle und ihre Aufgaben innerhalb der Bankengruppen nicht zutreffend gewürdigt.

363 Die Erste Bank beanstandet die in Randnr. 401 des angefochtenen Urteils dargelegte Einschätzung des Gerichts, es habe zu ihren Aufgaben gehört, den Sparkassensektor in den Bankenrunden „zu vertreten“.

364 Die ÖVAG trägt vor, entgegen den Feststellungen des Gerichts habe sie keine Verpflichtungsmöglichkeit hinsichtlich der selbständigen Volksbanken und bilde mit diesen keine wirtschaftliche Einheit.

365 Die RZB macht ihrerseits geltend, dass sie entgegen den Ausführungen in Randnr. 405 des angefochtenen Urteils nicht „über größeren Sachverstand und bessere Informationen“ verfügt habe als die Banken ihres dezentralisierten Sektors. Auf jeden Fall würden die Feststellungen des Gerichts zu den Beziehungen, die sie zu den Banken des dezentralisierten Sektors unterhalte, eine vollständige Zurechnung der Marktanteile dieses Sektors verbieten. Schließlich habe sie weder die mit den

hierarchisch organisierten Großbanken vergleichbare Fähigkeit, Einzelne zu schädigen, noch habe sie mangels signifikanten Eigenmarktanteils oder Beteiligung an den Gewinnen der Sektorbanken von den fraglichen Verhaltensweisen profitieren können.

iv) Zur vierten Rüge: unzutreffende Ermittlung der Marktanteile der Ersten Bank und der Sparkassengruppe

366 Nach Ansicht der Ersten Bank hat das Gericht zu Unrecht nicht festgestellt, dass die Kommission bei der Einteilung in Kategorien von einer Einschätzung zu hoher Marktanteile ausgegangen sei. Sowohl vor als auch nach dem Zusammenschluss der Rechtsmittelführerin mit der GiroCredit sei ihr Marktanteil nämlich deutlich niedriger gewesen als von der Kommission angenommen und vom Gericht in den Randnrn. 455 und 458 des angefochtenen Urteils bestätigt.

367 Dem Gericht sei daher in Randnr. 457 des angefochtenen Urteils ein Rechtsfehler unterlaufen, indem es entschieden habe, dass es bei der Einstufung der Ersten Bank in die erste Kategorie bleibe und dass die Rüge, selbst wenn sie begründet wäre, den verfügenden Teil der streitigen Entscheidung nicht in Frage stellen könnte. Das Gericht habe insoweit gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit verstoßen, indem es hinsichtlich der Einteilung in Kategorien nicht zwischen einem Marktanteil in Höhe von 30 % und einem solchen in Höhe von 17 % unterschieden habe.

368 Die Kommission ist der Meinung, es habe, unabhängig davon, welcher Marktanteil tatsächlich richtig gewesen sei, in ihrem Ermessen gestanden, die Erste Bank nach der Fusion mit der GiroCredit in die erste Kategorie einzustufen. Das Vorbringen, sie habe die Marktanteile und das Verhalten der Erste Österreichische Spar-Casse-Bank AG (nämlich die Erste Bank vor der Fusion mit der GiroCredit, im Folgenden: EÖ) doppelt berücksichtigt, hält die Kommission aus dem Grund für unzulässig, weil die Erste Bank in Wirklichkeit nur eine erneute Prüfung des Sachverhalts erreichen wolle, für die der Gerichtshof nicht zuständig sei.

v) Zur fünften Rüge: Verfälschung von Tatsachen und Beweisen

369 Nach Ansicht der ÖVAG hat das Gericht aktenkundige Beweise verfälscht. Der Informationsaustausch und die Tätigkeit der ÖVAG als vermeintliche Koordinatorin und Vertreterin der dezentralisierten Volksbanken seien in keiner Weise nachgewiesen worden (Randnrn. 401 bis 406 des angefochtenen Urteils). Zudem habe das Gericht zu Unrecht ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs (Österreich) vom 23. Juni 1993 herangezogen, um die Zurechnung von Marktanteilen der Sektorbanken zu rechtfertigen (Randnrn. 392 bis 401 des angefochtenen Urteils). Die ÖVAG sei nämlich an diesem Verfahren nicht beteiligt gewesen, und es habe nur Aspekte der sogenannten „Liquiditätsreserve“ betroffen. Dem Gericht sei somit ein Sachverhaltsirrtum und ein Rechtsfehler unterlaufen, und es habe darüber hinaus seinen Beurteilungsspielraum überschritten. Schließlich erklärt die Rechtsmittelführerin, das Gericht habe ihre Situation, anders als sie es bei der Ersten Bank und der RZB sowie den Banken ihrer jeweiligen Sektoren getan habe, nicht ausdrücklich geprüft.

370 Die Kommission trägt vor, die Rechtsmittelführerin erläutere ihre Rüge nicht, und beantragt, diese zurückzuweisen. Was den dem Gericht vorgeworfenen Fehler betreffe, das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs herangezogen zu haben, liege darin keinerlei Verfälschung. Das österreichische Gericht habe sich nämlich grundsätzlich und allgemein zu den Beziehungen zwischen den „Zentralinstituten“ und ihren „Primärbanken“ geäußert, und die Volksbanken würden in diesem Erkenntnis ausdrücklich angesprochen. Die ÖVAG behaupte nicht, dass sich ihre Rolle als Spitzeninstitut von der der Spitzeninstitute der anderen Sektoren unterscheide.

b) Würdigung

i) Zur ersten Rüge: Rechtswidrigkeit der Zurechnung der Marktanteile der Banken der dezentralisierten Sektoren zu den Zentralinstituten

371 Mit dieser Rüge wird meines Erachtens ein weiterer heikler Punkt dieser Sache angesprochen. Es geht darum, wie die Kommission in Anbetracht der Verantwortung, die der Urheber der Zuwiderhandlung bei deren Begehung zu übernehmen hat, die Höhe der Sanktion festsetzen muss.

372 In den vorliegenden Rechtssachen hat die Kommission die Höhe der Geldbuße, die sie gegen die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG als Spitzeninstitute festzusetzen beabsichtigte, in der Weise berechnet, dass sie ihnen die Marktanteile der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren zurechnete. Dies ermöglichte ihr, im Sinne von Nr. 1 Teil A Abs. 4 der Leitlinien deren Wirtschaftskraft zu würdigen.

373 In den Randnrn. 356 und 373 des angefochtenen Urteils hat das Gericht befunden, dass die Kommission ihnen damit nicht die Zuwiderhandlungen der Banken ihrer Sektoren zugerechnet habe, sondern dass sie „wegen ihres eigenen Verhaltens mit einer Sanktion belegt“ worden seien.

374 Damit hat das Gericht meiner Meinung nach insoweit einen Rechtsfehler begangen und das angefochtene Urteil widersprüchlich begründet.

375 Mit diesen Ausführungen bestätigt das Gericht nämlich, dass das Spitzeninstitut nicht die Verantwortung für Zuwiderhandlungen der Banken seines dezentralen Sektors trage, ihm aber für die Zwecke der Festsetzung der Geldbuße gleichwohl die Marktanteile der gesamten Gruppe zuzurechnen seien.

376 Das ist unlogisch. Entweder kann die Kommission dem Spitzeninstitut die Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung zurechnen, wenn dieses mit dem dezentralisierten Sektor eine wirtschaftliche Einheit bildet, und in diesem Fall bei der Festsetzung der Geldbuße die tatsächliche Wirtschaftskraft dieses gesamten Sektors berücksichtigen, oder sie verfolgt das Spitzeninstitut wegen seiner eigenen Beteiligung an der Zuwiderhandlung und darf bei der Festsetzung der Geldbuße, unabhängig von den von seinem dezentralisierten Sektor erzielten Marktanteilen, nur dessen Marktanteile berücksichtigen.

377 Der Auffassung des Gerichts fehlt es daher an Kohärenz. Es liegt auf der Hand, dass die Festsetzung der Höhe der Sanktion auf der Grundlage der von den Banken der dezentralisierten Sektoren erzielten Marktanteile darauf hinausläuft, die Spitzeninstitute für die Zuwiderhandlungen dieser Banken zu „bestrafen“.

378 Ich meine aber, dass die Kommission bei der Festsetzung einer Sanktion und, im vorliegenden Fall, einer Geldbuße, nur die tatsächliche wirtschaftliche Fähigkeit der Unternehmen berücksichtigen darf, deren Verantwortlichkeit für die auf dem Markt begangene Zuwiderhandlung sie festgestellt hat. Dies geht eindeutig aus Nr. 1 Teil A Abs. 4 der Leitlinien hervor, der ausdrücklich „die tatsächliche wirtschaftliche Fähigkeit der Urheber der Verstöße“ (143) anspricht. In der streitigen Entscheidung wurde jedoch die Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung nur hinsichtlich der Spitzeninstitute festgestellt. Das Gericht verweist in Randnr. 356 des angefochtenen Urteils selbst hierauf, wenn es ausführt, dass „[i]n der [streitigen] Entscheidung ... die Zurechnung der Marktanteile ... nicht auf konkreten Feststellungen zur tatsächlichen Beteiligung der dezentralisierten Banken an der Zuwiderhandlung [beruht]“ und dass „die Kommission die Spitzeninstitute wegen ihres eigenen Verhaltens zur Rechenschaft gezogen“ habe.

379 In diesem Stadium meiner Untersuchung bin ich der Ansicht, dass die erste Rüge betreffend die Rechtswidrigkeit der Zurechnung der Marktanteile der Banken der dezentralisierten Sektoren zu den Zentralinstituten begründet ist, ohne dass die übrigen von den Rechtsmittelführerinnen erhobenen Rügen geprüft zu werden brauchen, und dass dem siebten Teil dieses ersten Rechtsmittelgrundes stattzugeben ist.

380 Demnach halte ich den dritten und den siebten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes für begründet. Folglich schlage ich dem Gerichtshof vor, diesen Rechtsmittelgrund betreffend Rechtsfehler bei der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung für begründet zu erklären und das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als es

– mit einem Rechtsfehler behaftet ist, da das Gericht befunden hat, die Kommission habe für die Zwecke der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und der Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße von der bloßen Umsetzung des Kartells auf die Existenz einer konkreten Auswirkung der Zuwiderhandlung auf den Markt schließen dürfen, und

– einen Rechtsfehler und eine widersprüchliche Begründung aufweist, da das Gericht befunden hat, die Kommission habe für die Zwecke der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und der Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße der Ersten Bank, der RZB und der ÖVAG die Marktanteile der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren zurechnen dürfen, obwohl sie ihnen deren Zuwiderhandlungen nicht zugerechnet habe.

381 Gleichwohl schlage ich dem Gerichtshof vor, auch die übrigen von den Rechtsmittelführerinnen vorgebrachten Rechtsmittelgründe zu prüfen, da auch sie darauf gerichtet sind, eine Herabsetzung der von der Kommission festgesetzten Geldbußen zu erwirken.

B – Zum zweiten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler, Begründungsmangel und Verfälschung von Beweismitteln in Bezug auf das Vorliegen mildernder Umstände

382 Gemäß Nr. 3 der Leitlinien können

- die ausschließlich passive Mitwirkung oder reines Mitläufertum eines Unternehmens,
- die tatsächliche Nichtanwendung der Vereinbarungen durch das Unternehmen,
- die Beendigung der Verstöße nach dem ersten Eingreifen der Kommission,
- der Nachweis berechtigter Zweifel des Unternehmens an der Rechtswidrigkeit seines wettbewerbswidrigen Verhaltens,
- fahrlässig begangene Verstöße und
- die aktive Mitwirkung des Unternehmens an dem Verfahren, sofern sie außerhalb des Anwendungsbereichs der Mitteilung über Zusammenarbeit erfolgt,

wenn sie nachgewiesen sind, mildernde Umstände darstellen.

383 Weder die Kommission in der streitigen Entscheidung (Randnrn. 525 bis 542) noch das Gericht im angefochtenen Urteil (Randnrn. 469 bis 511) haben mildernde Umstände zugunsten der Rechtsmittelführerinnen angenommen.

384 In den vorliegenden Rechtsmittelverfahren macht die ÖVAG dem Gericht zum Vorwurf, ihr passives Verhalten während der Zuwiderhandlung nicht als mildernden Umstand anerkannt zu haben. Die BA?CA trägt vor, dem Gericht seien auch dadurch Rechtsfehler unterlaufen, dass es weder die Beteiligung öffentlicher Stellen an den Bankentrunden noch die Kenntnis der Öffentlichkeit von den Gesprächsrunden als mildernden Umstand anerkannt habe.

a) Zum ersten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Würdigung des passiven Verhaltens der ÖVAG

i) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

385 Die ÖVAG rügt im Wesentlichen die Art und Weise, in der das Gericht ihr Verhalten während der Zuwiderhandlung bei der Prüfung mildernder Umstände gewürdigt habe. Sie erhebt insoweit mehrere Rügen.

– Zur ersten Rüge: fehlerhafte Ausübung seiner richterlichen Befugnis durch das Gericht

386 Die Rechtsmittelführerin beanstandet, das Gericht habe sich damit begnügt, den Wortlaut der Leitlinien wörtlich wiederzugeben, ohne die im vorliegenden Fall gegebenen Umstände, insbesondere die besondere Rolle der ÖVAG innerhalb des „Lombard-Netzwerks“, zu prüfen.

– Zur zweiten Rüge: Anwendung eines falschen Beurteilungsmaßstabs

387 Nach Ansicht der Rechtsmittelführerin ist dem Gericht in Randnr. 483 des angefochtenen Urteils ein Rechtsfehler unterlaufen, indem es seine Beurteilung auf das Kriterium der Teilnahme der Banken an den Gesprächsrunden gestützt habe, das auch im Rahmen der Einteilung der Banken in Kategorien Verwendung gefunden habe. Damit verknüpfe es die Frage der Einteilung der Banken nach ihrer Marktmacht mit der Frage, ob ein mildernder Umstand zuzubilligen sei. Die Anerkennung eines mildernden Umstands könne aber nicht davon abhängen, ob ein Unternehmen nur „sporadisch“ an den Treffen teilgenommen habe. Die Leitlinien ließen nämlich eine differenzierende Betrachtung der Rollen durch die Kommission zu, nicht nur eine Schwarzweißdarstellung des „Alles oder Nichts“.

– Zur dritten Rüge: Verfälschung der dem Gericht vorgelegten Beweismittel

388 Die Rechtsmittelführerin trägt vor, das Gericht habe ihren Vortrag sowie die aktenkundigen Tatsachen über ihre Beteiligung am Kartell verfälscht. Sie habe nämlich zu keiner Zeit vorgetragen, sich vom Kartell distanziert zu haben, sondern immer ihre bescheidene Rolle betont.

– Zur vierten Rüge: widersprüchliche Begründung

389 Nach Ansicht der ÖVAG ist die Auffassung des Gerichts insoweit widersprüchlich, als sie als „große Bank“ und „Sektorenvertreterin“ eingestuft werde, obwohl die Kommission bei ihr keine Nachprüfung vorgenommen habe, die Rechtsmittelführerin nicht zu dem „engeren Kreis der Banken“ gehört habe und sie nur an einer begrenzten Zahl von Treffen teilgenommen habe.

390 Nach Ansicht der Kommission sind diese Rügen schon deshalb nicht von Bedeutung, weil es nicht Sache des Gerichtshofs sei, die Beurteilung des Gerichts aus Gründen der Billigkeit durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen.

ii) Würdigung

391 Meines Erachtens ist dieser erste Teil in vollem Umfang zurückzuweisen.

392 Hinsichtlich der ersten Rüge sehe ich in der Art und Weise, in der das Gericht seine Prüfung vorgenommen hat, keinerlei Grund zur Beanstandung. Ich erinnere nämlich daran, dass das Gericht im Rahmen der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung eine eingeschränkte gerichtliche Nachprüfung durchführt, bei der dem Ermessen Rechnung zu tragen ist, über das die Kommission bei der Festsetzung von Geldbußen verfügt. Bei der Prüfung der von der ÖVAG erhobenen Rügen war die Kontrolle durch das Gericht daher darauf beschränkt, zu prüfen, ob die Verfahrens- und Begründungsvorschriften beachtet wurden, ob die Tatsachen inhaltlich richtig waren und ob kein Rechtsfehler, offensichtlicher Beurteilungsfehler oder Ermessensmissbrauch vorlag. Hierzu hat das Gericht in den Randnrn. 484 bis 487 des angefochtenen Urteils ausgeführt, dass die Rechtsmittelführerin nicht dargetan habe, dass die Kommission Fehler im Tatsächlichen oder einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen habe oder auch, dass sie im Rahmen ihrer Beurteilung einen Ermessensmissbrauch begangen habe.

393 Entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin hat sich das Gericht nicht auf eine bloße Wiedergabe der Leitlinien beschränkt, sondern in den Randnrn. 482 und 486 des angefochtenen Urteils klar auf die anwendbare Rechtsprechung hingewiesen und anschließend in den Randnrn. 483 bis 489 des Urteils geprüft, wie die Kommission dem Verhalten der einzelnen Unternehmen, insbesondere dem der ÖVAG, bei den Bankenrunden Rechnung getragen hat.

394 Daher – so meine ich – lässt sich diese Rüge ohne Weiteres als unbegründet zurückweisen.

395 Auch die zweite Rüge ist zurückzuweisen. Zum einen steht der vom Gericht bei seiner Wertung angelegte Beurteilungsmaßstab, nämlich die Beteiligung an den Treffen der Kartellmitglieder, im Einklang mit der in Randnr. 482 des angefochtenen Urteils ausdrücklich angeführten ständigen Rechtsprechung. Anhand dieses Maßstabs lässt sich das besondere Verhalten eines Unternehmens während des Kartells berücksichtigen. Zum anderen unterscheidet sich entgegen dem Vorbringen der ÖVAG dieser Maßstab

von dem allein auf die Wirtschaftskraft der Unternehmen gestützten Maßstab, den die Kommission für die Zwecke der Einteilung der Rechtsmittelführerinnen in Kategorien angelegt hat.

396 Die dritte Rüge halte ich für unzulässig, da das Vorbringen der ÖVAG keinen ernst zu nehmenden Gesichtspunkt enthält, der belegen könnte, dass das Gericht ihren Vortrag oder den ihre Beteiligung am Kartell betreffenden Akteninhalt verfälscht hätte. Es liegt jedenfalls auf der Hand, dass die Rechtsmittelführerin durch die Betonung ihrer bescheidenen Rolle innerhalb der Bankenrunden ihre Distanzierung von den übrigen Kartellmitgliedern dartun wollte.

397 Ich schlage dem Gerichtshof schließlich vor, die vierte Rüge ohne Weiteres als unbegründet zurückzuweisen, da der Umstand, dass die Kommission keine unangekündigte Nachprüfung in den Geschäftsräumen der Rechtsmittelführerin vorgenommen hat, keineswegs im Widerspruch dazu steht, diese als „große Bank“ und „Vertreterin des Volksbankensektors“ einstufen zu können.

398 Nach alledem bin ich der Ansicht, dass der erste Teil dieses Rechtsmittelgrundes als zum Teil unzulässig und zum Teil unbegründet zurückzuweisen ist.

b) Zum zweiten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Würdigung der Beteiligung öffentlicher Stellen an den Bankenrunden durch das Gericht(144)

i) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

399 Die BA?CA wirft dem Gericht im Wesentlichen vor, die Beteiligung bestimmter öffentlicher Stellen an den Zusammenkünften nicht als mildernden Umstand anerkannt zu haben. Dadurch habe es den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, da die BA-CA anders behandelt worden sei als andere, von früheren Entscheidungen der Kommission betroffene Unternehmen.

400 Der Entscheidungspraxis der Kommission und der Rechtsprechung des Gerichtshofs lasse sich entnehmen, dass die Tolerierung eines Verhaltens durch den nationalen Gesetzgeber sowie die Beteiligung öffentlicher Stellen an Zusammenkünften ein mildernder Umstand seien und unabhängig von der Größe der betroffenen Unternehmen die Herabsetzung der Geldbuße rechtfertigten(145). Die BA?CA rügt insbesondere die Feststellung des Gerichts in Randnr. 505 des angefochtenen Urteils, dass die Tolerierung der Zuwiderhandlung durch die öffentlichen Behörden „insbesondere angesichts der Mittel, über die die Banken verfügen, um sich genaue und korrekte Rechtsauskünfte zu verschaffen“, nicht berücksichtigt werden könne. Zum einen stehe diese Bedingung nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, u. a. dem Urteil vom 9. September 2003, CIF(146). Zum anderen führe eine solche Bedingung zu einer Diskriminierung zum Nachteil bestimmter Unternehmen nach Maßgabe des Gegenstands des Unternehmens.

ii) Würdigung

401 Ich halte die Vorwürfe der BA-CA für unbegründet.

402 Erstens hat das Gericht in Randnr. 505 des angefochtenen Urteils ausgeführt, dass die von den Rechtsmittelführerinnen vorgetragenen Gesichtspunkte, was die Teilnahme bestimmter staatlicher Stellen an den Treffen angehe, nicht ausgereicht hätten, um vernünftige Zweifel an der Vereinbarkeit der Gesprächsrunden mit dem Gemeinschaftsrecht zu begründen. Ich sehe darin eine Wertung, die der Gerichtshof nach den von mir in den Nrn. 66 bis 68 dieser Schlussanträge dargelegten Grundsätzen im Rechtsmittelverfahren nicht nachzuprüfen hat.

403 Zweitens verstößt die Tatsache, dass das Gericht festgestellt hat, dass die Billigung oder Tolerierung der Zuwiderhandlung durch die österreichischen Behörden nicht als mildernder Umstand berücksichtigt werden könne, nicht gegen die Gemeinschaftsrechtsprechung und verletzt meines Erachtens nicht den Gleichbehandlungsgrundsatz.

404 Zum einen kann sich die Rechtsmittelführerin nicht auf das Urteil CIF berufen. In dieser Rechtssache wurde das Kartell nämlich durch ein nationales Gesetz erleichtert. Unter diesen Umständen hat der

Gemeinschaftsrichter in Randnr. 57 dieses Urteils ausgeführt, dass „das Verhalten der betroffenen Unternehmen bei der Bemessung der Sanktion im Licht des mildernden Umstands zu beurteilen [ist], den der nationale rechtliche Rahmen bildet“. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor, da das betreffende österreichische Gesetz, das den Bankinstituten erlaubte, sich abzustimmen, spätestens am 1. Januar 1994, also ein Jahr vor dem von der streitigen Entscheidung erfassten Zeitraum der Zuwiderhandlung, weggefallen war.

405 Zum anderen kann die BA?CA nicht als Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz rügen, dass sie anders behandelt worden sei als andere, von früheren Entscheidungen der Kommission betroffene Unternehmen.

406 Ich erinnere daran, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung einen von der Kommission im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 81 EG einzuhaltenden allgemeinen Rechtsgrundsatz bildet. Nach ständiger Rechtsprechung verbietet er es, vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte gleich zu behandeln, es sei denn, eine solche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt⁽¹⁴⁷⁾. Im Rahmen der Berechnung der nach Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 verhängten Geldbußen hat der Gemeinschaftsrichter anerkannt, dass eine gewisse Ungleichbehandlung der von einer Kommissionsentscheidung betroffenen Unternehmen der Anwendung der in den Leitlinien gewählten Methode inhärent sei⁽¹⁴⁸⁾. Diese ermöglichen der Kommission nämlich, die Sanktion entsprechend den für die betroffenen Unternehmen kennzeichnenden Verhaltensweisen und Eigenschaften individuell festzulegen, um die Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft sicherzustellen.

407 Außerdem geht aus der ständigen Rechtsprechung, die der Gerichtshof im Urteil JCB Service/Kommission in Erinnerung gerufen hat, hervor, dass „die frühere Entscheidungspraxis der Kommission nicht den rechtlichen Rahmen für Geldbußen in Wettbewerbssachen bildet und Entscheidungen in anderen Fällen Hinweischarakter in Bezug auf das Vorliegen von Diskriminierungen haben“⁽¹⁴⁹⁾. Die Erkenntnisse aus dieser Praxis könnten nämlich nur richtungsweisenden Charakter haben, da die tatsächlichen Gegebenheiten in den Wettbewerbssachen wie die Märkte, die Erzeugnisse, die Länder, die Unternehmen und die betroffenen Zeiträume nicht die gleichen seien⁽¹⁵⁰⁾.

408 Unter diesen Umständen können die etwaigen Erkenntnisse, die sich aus früheren Entscheidungen der Kommission gewinnen lassen, im Rahmen der vorliegenden Rechtssachen meines Erachtens nicht herangezogen werden.

409 Nach alledem bin ich der Ansicht, dass der zweite Teil dieses Rechtsmittelgrundes als unbegründet zurückzuweisen ist.

c) Zum dritten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Würdigung der Kenntnis der Öffentlichkeit von den Gesprächsrunden durch das Gericht⁽¹⁵¹⁾

i) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

410 Die BA?CA trägt vor, das Gericht habe verschiedene Rechtsfehler begangen, indem es trotz der nachgewiesenen Kenntnis der Öffentlichkeit von den Bankensitzungen keine Herabsetzung der Geldbuße vorgenommen habe. Erstens habe das Gericht zu Unrecht festgestellt, das Kartell sei nicht in seinem ganzen Ausmaß öffentlich bekannt gewesen, obwohl die zahlreichen in der Klageschrift gegebenen Beispiele, insbesondere die Presseberichte, die Kenntnis der Öffentlichkeit über die Themen der Gespräche und den unmittelbaren Zusammenhang zwischen den Bankensitzungen und der allgemeinen Zinsentwicklung belegten. Das Gericht habe daher gegen die Grundsätze der Beweiswürdigung verstoßen, da es sich nicht inhaltlich mit den von der Rechtsmittelführerin vorgelegten Dokumenten auseinandergesetzt habe. Zweitens überspanne das Gericht die möglichen Anforderungen, indem es annehme, die Öffentlichkeit müsse genaue Kenntnis des Inhalts der Gespräche haben, bevor eine Herabsetzung der Geldbuße möglich sei. Drittens habe das Gericht den Vortrag der Rechtsmittelführerin

falsch wiedergegeben, da diese gerade nicht die Auffassung vertreten habe, die Kenntnis der Öffentlichkeit von den Gesprächsrunden führe zu deren Rechtmäßigkeit.

411 Die Kommission weist dieses Vorbringen zurück. Es gebe keine Rechtsprechung, wonach Kartellmitglieder deshalb davon ausgehen könnten, dass ihre Verhaltensweisen zulässig seien, weil gewisse Verhaltensweisen der Öffentlichkeit bekannt seien. Wäre dies der Fall, würde es ausreichen, bestimmte Verhaltensweisen an die Öffentlichkeit zu bringen, um vor Geldbußen geschützt zu sein. Das Gericht macht insoweit deutlich, dass die öffentliche Bekanntheit nicht entscheidungserheblich sei.

ii) Würdigung

412 Ich schlage dem Gerichtshof vor, diesen Teil ohne Weiteres als unzulässig zurückzuweisen.

413 Die BA?CA zielt nämlich im Wesentlichen darauf ab, eine Reihe von Tatsachenwürdigungen des Gerichts in Randnr. 506 des angefochtenen Urteils in Frage zu stellen. Die Rechtsmittelführerin beschränkt sich darauf, die Schlussfolgerungen des Gerichts zu beanstanden, ohne die Fehler darzutun, die zu einer Verfälschung der Beweismittel geführt haben sollen. Ihre Kritik stellt daher nur einen Versuch dar, ihre Darstellung der Geschehnisse an die Stelle der Bewertung des Gerichts zu setzen.

414 Demnach ist der dritte Teil des Rechtsmittelgrundes meiner Meinung nach als unzulässig anzusehen.

415 Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, den zweiten Rechtsmittelgrund betreffend die Beurteilung des Gerichts hinsichtlich des Vorliegens mildernder Umstände für zum Teil unzulässig und zum Teil unbegründet zu erklären und ihn zurückzuweisen.

C – Zum dritten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler, Verletzung der Grundsätze der Gleichbehandlung, des Vertrauensschutzes und der Verteidigungsrechte sowie unzureichende und widersprüchliche Begründung hinsichtlich der Anwendung von Abschnitt D der Mitteilung über Zusammenarbeit

416 In ihrer Mitteilung über Zusammenarbeit hat die Kommission die Voraussetzungen festgelegt, unter denen Unternehmen, die während der Untersuchung eines Kartellfalls mit ihr zusammenarbeiten, entweder von der Geldbuße befreit werden können oder ihnen eine Herabsetzung der Buße gewährt werden kann, die sie sonst hätten entrichten müssen (Abschnitt A Nr. 3).

417 Was die Anwendung der Mitteilung über Zusammenarbeit auf die Mitarbeit der Rechtsmittelführerinnen betrifft, ist unbestritten, dass deren Verhalten anhand von Abschnitt D dieser Mitteilung („Spürbar niedrigere Festsetzung der Geldbuße“) zu würdigen ist.

418 Abschnitt D Nr. 1 dieser Mitteilung lautet: „Arbeitet ein Unternehmen mit der Kommission zusammen, ohne dass es alle [in den Abschnitten B und C genannten] Voraussetzungen erfüllt, so wird die Höhe der Geldbuße, die ohne seine Mitarbeit festgesetzt worden wäre, um 10 bis 50 % niedriger festgesetzt.“

419 Abschnitt D Nr. 2 der Mitteilung über Zusammenarbeit bestimmt:

„Dies gilt insbesondere, wenn

- ein Unternehmen der Kommission vor der Mitteilung der Beschwerdepunkte Informationen, Unterlagen oder andere Beweismittel liefert, die zur Feststellung des Vorliegens eines Verstoßes beitragen;
- ein Unternehmen der Kommission nach Erhalt der Mitteilung der Beschwerdepunkte mitteilt, dass es den Sachverhalt, auf den die Kommission ihre Einwände stützt, nicht bestreitet.“

420 Wie das Gericht in Randnr. 530 des angefochtenen Urteils in Erinnerung gerufen hat, ist nach ständiger Rechtsprechung eine Herabsetzung der Geldbuße aufgrund einer Zusammenarbeit während des Verwaltungsverfahrens nur dann gerechtfertigt, wenn das Verhalten des betreffenden Unternehmens der Kommission die Wahrnehmung ihrer Aufgabe erleichtert und ihr ermöglicht hat, das Vorliegen einer Zuwiderhandlung einfacher festzustellen und sie gegebenenfalls zu beenden.

421 Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass die Kommission nach Art. 11 Abs. 1 der Verordnung Nr. 17 zur Erfüllung der ihr in Art. 81 EG übertragenen Aufgaben von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen alle erforderlichen Auskünfte einholen kann; diese sind nach Art. 81 Abs. 4 zur Erteilung der Auskunft verpflichtet. Wird eine von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen verlangte Auskunft innerhalb einer von der Kommission festgesetzten Frist nicht oder nicht vollständig erteilt, so kann die Kommission die Auskunft nach Art. 11 Abs. 5 der Verordnung Nr. 17 durch Entscheidung anfordern; den Unternehmen und Unternehmensvereinigungen drohen damit bei hartnäckiger Weigerung, die entsprechenden Auskünfte zu erteilen, eine Geldbuße oder Zwangsgelder.

422 Insoweit verleiht, wie das Gericht in Randnr. 529 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt hat, die Mitwirkung eines Unternehmens an der Untersuchung somit nur dann ein Recht auf eine Herabsetzung der Geldbuße, wenn sie über das hinausgeht, wozu das Unternehmen nach Art. 11 Abs. 4 und 5 der Verordnung Nr. 17 verpflichtet ist. Liefert ein Unternehmen als Antwort auf ein Auskunftsverlangen nach Art. 11 der Verordnung Nr. 17 Informationen, die weit über das hinausgehen, was die Kommission gemäß diesem Artikel verlangen kann, so kann die Geldbuße dieses Unternehmens herabgesetzt werden.

423 Im Licht dieser Grundsätze ist zu prüfen, ob die Auffassung des Gerichts in Bezug auf die Herabsetzung der Geldbuße, die die Kommission den Rechtsmittelführerinnen gemäß Abschnitt D Nr. 2 erster Gedankenstrich der Mitteilung über Zusammenarbeit gewährt hat, auf einer fehlerhaften Würdigung beruht.

424 Die Kommission hat in der streitigen Entscheidung die Zusammenarbeit der Banken anhand von Abschnitt D der Mitteilung über Zusammenarbeit bewertet. Sie hat diesen Banken gemäß Abschnitt D Nr. 2 zweiter Gedankenstrich dieser Mitteilung deshalb eine Herabsetzung ihrer Geldbuße um 10 % gewährt, weil sie den in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargestellten Sachverhalt nicht bestritten hatten⁽¹⁵²⁾. Eine Herabsetzung der Geldbuße gemäß Abschnitt D Nr. 2 erster Gedankenstrich dieser Mitteilung, wonach eine Geldbuße herabgesetzt werden kann, wenn „ein Unternehmen der Kommission vor der Mitteilung der Beschwerdepunkte Informationen, Unterlagen oder andere Beweismittel liefert, die zur Feststellung des Vorliegens eines Verstoßes beitragen“, hat sie ihnen hingegen verwehrt.

425 In Bezug auf die Beantwortung der Auskunftsverlangen ging die Kommission davon aus, dass die Bekanntgabe von Besprechungsdaten bzw. -teilnehmern und die Übermittlung von Schriftstücken zu den Gesprächsrunden nicht freiwillig erfolgt seien. Folglich hätten diese Übermittlungen nicht als „Zusammenarbeit“ eingestuft werden können⁽¹⁵³⁾.

426 Zu der von den Banken vorgelegten gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung vertrat die Kommission die Ansicht, dass diese keinen über den Umfang des rechtlich Geschuldeten hinausgehenden Mehrwert erbracht habe. Sie erkannte an, dass die Darstellung über den Umfang der abgefragten Information hinausgegangen sei, da der historische Kontext des „Lombard-Netzwerks“ ausführlich beschrieben und der Inhalt der einzelnen Gesprächsrunden zusammengefasst worden sei. Diese Darstellung habe allerdings nicht der Sachverhaltsaufklärung, sondern vielmehr der Verteidigung der Banken gedient.

427 Zu den zusammen mit der gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung übermittelten Unterlagen führte die Kommission aus, dass die Banken nicht in der Lage gewesen seien, auf ihre Anfrage hin die Dokumente zu identifizieren, die neue Tatsachen gegenüber denen enthalten hätten, die sich aus den bei den Nachprüfungen sichergestellten Unterlagen oder denen ergeben hätten, die auf die Auskunftsersuchen hin hätten vorgelegt werden müssen, und gelangte zu dem Ergebnis, dass diese Unterlagen keinen Mehrwert erbracht hätten⁽¹⁵⁴⁾.

428 Das Gericht hat im angefochtenen Urteil das gesamte Vorbringen zum Verstoß gegen die Mitteilung über Zusammenarbeit zurückgewiesen. In Anbetracht der Schwere der Zuwiderhandlung hat es darüber hinaus befunden, dass die Mitarbeit der Rechtsmittelführerinnen keine weitere Herabsetzung der gegen sie festgesetzten Geldbuße rechtfertige.

429 In ihrer jeweiligen Rechtsmittelschrift werfen die Rechtsmittelführerinnen dem Gericht vor, den Umfang ihrer Zusammenarbeit im Hinblick auf die Mitteilung über Zusammenarbeit nicht zutreffend gewürdigt und insoweit gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes verstoßen zu haben. In Anwendung von Abschnitt D der Mitteilung über Zusammenarbeit hätte die gegen sie festgesetzte Geldbuße stärker herabgesetzt werden müssen.

1. Zum ersten Teil des Rechtsmittelgrundes: fehlerhafte Beurteilung des Gerichts in Bezug auf das Ermessen der Kommission und in Bezug auf seine eigene Kontrollfunktion

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

430 Die BA?CA trägt vor, das Gericht habe das der Kommission im Rahmen der Anwendung der Mitteilung über Zusammenarbeit zustehende Ermessen sowie die Grenzen seiner gerichtlichen Kontrolle nicht korrekt beurteilt. Abschnitt D der Mitteilung über Zusammenarbeit verleihe der Kommission nämlich keinerlei Ermessen hinsichtlich der Frage, ob die von dem Unternehmen erteilten Informationen ihr die Aufgabe erleichtert hätten und ob dem Unternehmen, das mitgearbeitet habe, eine Herabsetzung der Geldbuße zu gewähren sei. Auch der Hinweis auf das Urteil Dansk Rørindustri u. a./Kommission sei nicht geeignet, ein unbeschränktes Ermessen der Kommission zu begründen. Außerdem unterliege die Beurteilung der Zusammenarbeit eines Unternehmens entgegen den Ausführungen in Randnr. 532 des angefochtenen Urteils der unbeschränkten Nachprüfung durch das Gericht. Die Rechtsmittelführerin verweist hierzu auf das Urteil Groupe Danone/Kommission, in dem das Gericht bereit gewesen sei, zu prüfen, ob die Herabsetzung der Geldbuße, die die Kommission dem Unternehmen nach Abschnitt D Nr. 2 erster Gedankenstrich der Mitteilung über Zusammenarbeit gewährt hatte, insbesondere im Hinblick auf die Entscheidungspraxis der Kommission auf einer fehlerhaften Beurteilung des Umfangs der Mitarbeit des Unternehmens beruht habe(155) .

b) Würdigung

431 Ich teile den Standpunkt der Rechtsmittelführerin hinsichtlich des der Kommission bei der Anwendung der Mitteilung über Zusammenarbeit zustehenden Ermessens nicht.

432 Wie erwähnt, verfügt die Kommission bei der Bemessung der Geldbuße nach ständiger Rechtsprechung nämlich über ein weites Ermessen. Sie kann in diesem Zusammenhang zahlreiche Gesichtspunkte berücksichtigen, sofern sie sich innerhalb der in Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 genannten Grenzen bewegt. In Bezug auf die Berücksichtigung der Mitarbeit eines Unternehmens im Verfahren hat der Gerichtshof im Urteil Dansk Rørindustri u. a./Kommission ausdrücklich anerkannt, dass „[d]ie Kommission ... insoweit über ein Ermessen [verfügt], wie sich insbesondere aus dem Wortlaut [von Abschnitt D Nr. 2 der Mitteilung über Zusammenarbeit] und speziell den einleitenden Worten ‚Dies gilt insbesondere ...‘ ergibt“. Der Gerichtshof hat in diesem Urteil entschieden, dass die Kommission innerhalb der durch diese Mitteilung vorgegebenen Grenzen über ein Ermessen verfüge bei der Beurteilung der Frage, ob Auskünfte oder Schriftstücke, die die Unternehmen freiwillig geliefert hätten, ihre Aufgabe erleichtert hätten und ob einem Unternehmen ein Nachlass gemäß dieser Mitteilung zu gewähren sei(156) .

433 Demnach unterliegt, wie das Gericht in Randnr. 532 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, die Beurteilung durch die Kommission nur einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle.

434 Schließlich möchte ich unterstreichen, dass das Gericht im Urteil Groupe Danone/Kommission sehr wohl geprüft hat, ob die Herabsetzung der Geldbuße, die die Kommission dem betreffenden Unternehmen nach Abschnitt D Nr. 2 erster Gedankenstrich der Mitteilung über Zusammenarbeit gewährt hatte, auf einer fehlerhaften Beurteilung des Umfangs der Mitarbeit dieses Unternehmens beruht und den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt habe. Gleichwohl ist die Rechtsmittelführerin darauf hinzuweisen, dass das Gericht in Randnr. 458 dieses Urteils die Berücksichtigung der früheren Entscheidungspraxis der Kommission mit der Erwägung abgelehnt hat, „dass allein aus der Tatsache,

dass [diese] in früheren Entscheidungen bei einem bestimmten Verhalten die Geldbuße in bestimmtem Umfang herabgesetzt hat, nicht abgeleitet werden kann, dass sie verpflichtet wäre, bei der Beurteilung eines ähnlichen Verhaltens im Rahmen eines späteren Verwaltungsverfahrens eine entsprechende Herabsetzung vorzunehmen“.

435 Nach allem schlage ich dem Gerichtshof daher vor, diesen ersten Teil als unbegründet zurückzuweisen.

2. Zum zweiten Teil des Rechtsmittelgrundes: Rechtsfehler bei der Anwendung der Mitteilung über Zusammenarbeit

436 Die RZB und die BA?CA stützen diesen Teil auf zwei Rügen.

a) Zur ersten Rüge: Verwendung eines falschen Beurteilungsmaßstabs und Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung

i) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

437 Die RZB und die BA?CA vertreten die Meinung, dass dem Gericht dadurch ein Rechtsfehler unterlaufen sei, dass es befunden habe, die Kommission dürfe eine Herabsetzung der Geldbuße davon abhängig machen, dass die Mitarbeit einen „Mehrwert“ erbringe(157) .

438 Nach Ansicht der BA?CA hat das Gericht mit der Verwendung dieses Kriteriums auch gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen. Zum einen hätte das Gericht ihre Geldbuße stärker herabsetzen müssen, da ihre Mitarbeit gegenüber derjenigen der anderen Unternehmen unstreitig umfangreicher und qualitativ hochwertiger gewesen sei. Außerdem habe das Gericht in Randnr. 534 des angefochtenen Urteils zu Unrecht befunden, dass aus der Tatsache, dass die Kommission in ihrer früheren Entscheidungspraxis bei einem bestimmten Verhalten die Geldbuße in bestimmtem Umfang herabgesetzt habe, nicht abgeleitet werden könne, dass sie verpflichtet wäre, bei der Beurteilung eines ähnlichen Verhaltens im Rahmen eines späteren Verwaltungsverfahrens eine entsprechende Herabsetzung vorzunehmen.

ii) Würdigung

439 Was das Vorbringen der RZB und der BA?CA zur Verwendung eines falschen Beurteilungsmaßstabs betrifft, schlage ich dem Gerichtshof vor, dieses Vorbringen gemäß den in Nr. 65 dieser Schlussanträge genannten Grundsätzen ohne Weiteres als unzulässig zurückzuweisen. Der Akte ist nämlich zu entnehmen, dass die RZB und die BA?CA sich darauf beschränken, die bereits vor dem Gericht dargelegten Argumente zu wiederholen.

440 Das Vorbringen der BA?CA zur Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung halte ich für unbegründet.

441 Wie ich dargelegt habe, darf die Kommission nach ständiger Rechtsprechung bei der Beurteilung der Mitarbeit eines Unternehmens nicht den Grundsatz der Gleichbehandlung außer Acht lassen(158) . Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, der nach gefestigter Rechtsprechung verletzt ist, wenn gleiche Sachverhalte unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte gleichbehandelt werden und eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist.

442 Gleichwohl hat der Gemeinschaftsrichter im Rahmen der Berechnung der nach Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 verhängten Geldbußen anerkannt, dass eine gewisse Ungleichbehandlung der von einer Kommissionsentscheidung betroffenen Unternehmen der Anwendung der in den Leitlinien gewählten Methode inhärent sei(159) . So hat das Gericht in Bezug auf die Mitarbeit eines Unternehmens im Verfahren im Urteil Groupe Danone/Kommission entschieden, dass eine unterschiedliche Behandlung der betreffenden Unternehmen auf einem ungleichen Kooperationsumfang beruhen könne, der sich insbesondere ergebe, wenn unterschiedliche Aufschlüsse gegeben oder die Informationen in unterschiedlichen Stadien des Verwaltungsverfahrens oder unter einander nicht entsprechenden

Umständen erteilt würden(160) .

443 Die Rechtsmittelführerin stützt ihre Rüge auf den Vorwurf gegenüber dem Gericht, ihr keine stärkere Ermäßigung nach Abschnitt D der Mitteilung über Zusammenarbeit gewährt zu haben, da ihre Mitarbeit im Verfahren umfangreicher gewesen sei als die der übrigen betroffenen Banken. Ich bin der Ansicht, dass dieses Argument im Rechtsmittelverfahren nicht Gegenstand der gerichtlichen Nachprüfung durch den Gerichtshof sein kann, da dieser sonst die Beurteilung des Gerichts durch seine eigene ersetzen müsste.

444 Auf jeden Fall und auch dann, wenn der Gerichtshof dieses Argument für zulässig halten sollte, meine ich, dass das Gericht in Anbetracht des der Kommission zustehenden Ermessens zu Recht und ohne einen Rechtsfehler, der im Stadium des Rechtsmittels beanstandet werden könnte, festgestellt hat, dass die Mitarbeit der Rechtsmittelführerin, die grundsätzlich zu den Fallgestaltungen habe gezählt werden können, die eine Herabsetzung der Geldbuße nach Abschnitt D der Mitteilung über Zusammenarbeit zuließen, die Kommission nicht zwangsläufig habe veranlassen müssen, ihr eine stärkere Herabsetzung der Geldbuße zuzubilligen.

445 Schließlich hat das Gericht entgegen dem Vorbringen der BA?CA nicht dadurch ein Rechtsfehler begangen, dass es in Randnr. 534 des angefochtenen Urteils befunden hat, dass die Kommission durch ihre frühere Entscheidungspraxis nicht gebunden sei. Wie ich nämlich in Nr. 407 dieser Schlussanträge bereits ausgeführt habe, geht aus der ständigen Rechtsprechung hervor, dass die frühere Entscheidungspraxis der Kommission nicht den rechtlichen Rahmen für Geldbußen in Wettbewerbssachen bildet und Entscheidungen in anderen Fällen Hinweischarakter in Bezug auf das Vorliegen von Diskriminierungen haben. Unter diesen Umständen bin ich der Meinung, dass die BA?CA eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung nicht darauf stützen kann, dass sie anders behandelt worden sei als andere, von früheren Entscheidungen der Kommission betroffene Unternehmen.

446 Angesichts dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, diese erste Rüge für zum Teil unzulässig und zum Teil unbegründet zu erklären.

b) Zur zweiten Rüge: Rechtsfehler im Rahmen der Prüfung des Umfangs der Zusammenarbeit der Unternehmen, Verletzung der Grundsätze der Gleichbehandlung, des Vertrauensschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte sowie unzureichende und widersprüchliche Begründung

447 Diese Rüge wird von der RZB und der BA?CA erhoben.

448 Abgesehen von einigen Besonderheiten im Zusammenhang mit ihrer jeweiligen Lage tragen sie im Kern vor, dem Gericht seien Rechtsfehler bei der Würdigung ihrer Zusammenarbeit mit der Kommission während der verschiedenen Abschnitte des Verfahrens unterlaufen. Es habe Art. 11 der Verordnung Nr. 17 nicht korrekt angewandt und die frühere Entscheidungspraxis der Kommission nicht einbezogen. Außerdem habe es die Grundsätze der Gleichbehandlung, des Vertrauensschutzes sowie der Verteidigungsrechte der Rechtsmittelführerinnen verletzt. Schließlich habe das Gericht das angefochtene Urteil unzureichend und widersprüchlich begründet.

i) Zum ersten Argument der RZB: Fehlbeurteilung der Freiwilligkeit der Antworten auf die Auskunftsverlangen und Verletzung der Verteidigungsrechte

– Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

449 Die RZB beanstandet, dass das Gericht die Antworten, die sie auf das Auskunftsverlangen der Kommission hin gegeben habe, nicht als „freiwillig“ angesehen habe, was nach Ansicht der Rechtsmittelführerin zu einer Herabsetzung der Geldbuße nach der Mitteilung über Zusammenarbeit hätte führen müssen. Damit erlaube das Gericht der Kommission, bei Vorliegen eines Anfangsverdachts in Bezug auf Wettbewerbertreffen Auskunftsverlangen mit unbestimmtem Wortlaut zu versenden, die Folgen für die Unternehmen nach sich zögen, die diese nicht beantworteten. Damit werde der

Kommission erlaubt, mit einer bloßen Standardfrage geradezu unwiderstehlichen Zwang auf die Unternehmen auszuüben, sich selbst zu belasten. Eine solche Argumentation verletze die Verteidigungsrechte dieser Unternehmen, wie sie im Urteil Orkem/Kommission(161) festgestellt worden seien.

450 Nach Ansicht der Kommission verkennt die RZB, dass die Kommission als „freiwillige“ Zusammenarbeit geltende Informationen nur dann im Sinne der Mitteilung über Zusammenarbeit berücksichtigen könne, wenn sie der Kommission die Wahrnehmung ihrer Aufgabe erleichterten, die Zuwiderhandlung festzustellen und zu verfolgen, und wenn sie ein Zeichen echter Zusammenarbeit darstellten. Die von der Rechtsmittelführerin gelieferten Informationen seien jedoch nur eine Beschreibung des historischen Kontexts des „Lombard-Netzwerks“ sowie des Inhalts von Kartellbesprechungen gewesen, die der Kommission bereits vorgelegen hätten. Damit fehle ihnen der Mehrwert. Im Übrigen habe sie zu dem Zeitpunkt, zu dem sie die Rechtsmittelführerinnen befragt habe, bereits gewusst, dass alle Bankprodukte in einer Vielzahl von Gesprächsrunden behandelt worden seien und diese im Sinne eines Netzwerks zusammengehangen hätten, so dass der Rahmen der Zuwiderhandlung und damit der Gegenstand der Untersuchung klar abgesteckt gewesen seien, nämlich bezüglich der beteiligten Unternehmen, der Art der Zuwiderhandlung und des Gegenstands der Absprachen. Schließlich erklärt die Kommission, dass sich die Fragen auf alle regelmäßig stattfindenden Gesprächsrunden bezogen hätten, so dass die Unternehmen nicht hätten auswählen und bewerten müssen, welche Treffen potenziell Verstöße gegen Art. 81 EG hätten darstellen können.

– Würdigung

451 Am 21. September 1998 richtete die Kommission an zahlreiche im Verdacht der Teilnahme an wettbewerbswidrigen Absprachen oder Verhaltensweisen stehende Bankinstitute Auskunftsverlangen gemäß Art. 11 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 17.

452 Der Umfang der von der Kommission an die verschiedenen Banken gerichteten Auskunftsverlangen schwankte zwischen 30 Fragen (BA-CA) und drei Fragen (ÖVAG und Bank der Österreichischen Postsparkasse AG, im Folgenden: PSK?B). Die von den Banken beantworteten Fragen in den detailliertesten Auskunftsverlangen betrafen u. a. die Angabe der Teilnehmer an den Gesprächsrunden (Namen, Unternehmen, Funktion), die Vorlage aller sie betreffenden internen Schriftstücke und die Beschreibung des Inhalts der Gespräche. Die Auskunftsverlangen enthielten außerdem Ersuchen der folgenden Art:

„Bitte legen Sie alle Protokolle, Aktenvermerke, Korrespondenz oder sonstigen Schriftstücke vor, die sich auf Zusammenkünfte, auf Gespräche oder auf andere Kontakte Ihres Unternehmens mit anderen österreichischen Kreditinstituten im Rahmen der unten angeführten Gesprächsrunden oder auf allfällige weitere regelmäßig stattfindende Gesprächsrunden beziehen (seien sie vor, während oder nach solchen Kontakten angefertigt worden). Nennen Sie bitte die Kalenderdaten (einschließlich des Datums des jeweils ersten und letzten Zusammentreffens) und die Teilnehmer (jeweils Namen, Unternehmen, Funktion)“ (es folgte eine Liste bestimmter Gesprächsrunden).

453 Ich halte diese Beanstandungen für unbegründet.

454 Mir scheint nämlich, dass die Rechtsmittelführerin die Verpflichtungen, die ihr im Rahmen eines Auskunftersuchens der Kommission gemäß Art. 11 der Verordnung Nr. 17 auferlegt sind, mit den sich ihr bietenden Vergünstigungen im Rahmen der Mitteilung über Zusammenarbeit vermengt.

455 Die von der Rechtsmittelführerin auf die Auskunftersuchen der Kommission gegebenen Antworten erfolgten im Rahmen der dieser Behörde übertragenen Untersuchungsbefugnisse.

456 Nach Art. 11 Abs. 1 bis 5 der Verordnung Nr. 17 und wie sich aus dem Urteil Orkem/Kommission ergibt, ist die Kommission berechtigt, ein Unternehmen gegebenenfalls im Wege einer Entscheidung zu verpflichten, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und ihr

erforderlichenfalls die in seinem Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln⁽¹⁶²⁾. Dies gilt in den durch die Wahrung der Verteidigungsrechte des Unternehmens gezogenen Grenzen auch, wenn diese Schriftstücke dazu verwendet werden können, „den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen“⁽¹⁶³⁾. Wie der Gerichtshof ausgeführt hat, erlegt die Verordnung Nr. 17 dem Unternehmen eine Verpflichtung zur aktiven Mitwirkung auf, aufgrund deren es alle den Gegenstand der Untersuchung betreffenden Informationsquellen für die Kommission bereithalten muss⁽¹⁶⁴⁾. In der vorliegenden Rechtssache bewegte sich die Rechtsmittelführerin daher nicht im Rahmen einer „freiwilligen“ Zusammenarbeit im Verfahren, die man zu den von der Mitteilung über Zusammenarbeit angesprochenen Situationen hätte zählen können.

457 Bei einer solchen Konstellation konnte es das Gericht nach meinem Eindruck zu Recht ablehnen, den Beitrag der Rechtsmittelführerin als rein „freiwillig“ zu qualifizieren und ihr nach der Mitteilung über Zusammenarbeit eine Herabsetzung ihrer Geldbuße zu gewähren.

458 Ferner bin ich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Meinung, dass das Gericht die Verteidigungsrechte der Rechtsmittelführerin nicht verletzt hat.

459 Ich weiß, dass das Erfordernis der Wahrung der Rechte der Verteidigung einen fundamentalen Grundsatz der Gemeinschaftsrechtsordnung darstellt, der in Verwaltungsverfahren, die zu Sanktionen führen können, beachtet werden muss⁽¹⁶⁵⁾. Wie der Gerichtshof im Urteil Orkem/Kommission ausgeführt hat, sind diese Rechte bereits im Stadium des Voruntersuchungsverfahrens zu beachten, da dieses von entscheidender Bedeutung für die Erbringung von Beweisen für rechtswidrige Verhaltensweisen von Unternehmen sein kann⁽¹⁶⁶⁾.

460 Der Gerichtshof versucht, die Anforderungen bezüglich der Feststellung und Verfolgung wettbewerbswidriger Kartelle mit den Erfordernissen betreffend die notwendige Wahrung der Verteidigungsrechte der von einer Untersuchung der Kommission betroffenen Unternehmen zum Ausgleich zu bringen.

461 Zu diesem Ausgleich zu gelangen, halte ich für äußerst schwierig, wie die vom Gerichtshof in Randnr. 34 des Urteils Orkem/Kommission verwendete Formulierung zeigt, wonach „die Kommission zwar um der Erhaltung der praktischen Wirksamkeit des Art. 11 Abs. 2 und 5 der Verordnung Nr. 17 willen berechtigt [ist], das Unternehmen zu verpflichten, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und ihr erforderlichenfalls die in seinem Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln, selbst wenn sie dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen. Jedoch darf die Kommission durch eine Entscheidung, mit der Auskünfte angefordert werden, nicht die Verteidigungsrechte des Unternehmens beeinträchtigen“⁽¹⁶⁷⁾. Dies bedeutet, wie der Gerichtshof in Randnr. 35 dieses Urteils ausführt, dass „die Kommission dem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegen [darf], Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat“⁽¹⁶⁸⁾.

462 Diese Rechtsprechung, die mir in gewisser Hinsicht widersprüchlich zu sein scheint, lässt die Schwierigkeiten erkennen, auf die der Gemeinschaftsrichter stoßen kann, wenn er nachprüft, ob die Verteidigungsrechte der Unternehmen in derartigen Verfahren gewahrt sind.

463 Bei dieser Nachprüfung handelt es sich zwangsläufig um eine Einzelfallkontrolle. Es stellt sich insbesondere die Frage, welche Informationen geeignet sein können, das wettbewerbswidrige Verhalten eines Unternehmens auf dem Markt aufzudecken.

464 In den vorliegenden Rechtssachen stellen sich in dieser Hinsicht wohl keine echten Probleme.

465 Der Gerichtshof hat nämlich bereits entschieden, dass Fragen zu Zusammenkünften von Unternehmen, die nur auf die Erlangung von Informationen über die Abhaltung dieser Zusammenkünfte

und über die Stellung der Teilnehmer sowie auf die Übermittlung sich darauf beziehender Schriftstücke abzielen, nicht zu beanstanden sind(169) .

466 Demgegenüber hat das Gericht aber auch entschieden, dass Informationen über Gegenstand und Ablauf von Treffen, an denen die Unternehmen teilgenommen haben, sowie deren Ergebnisse oder Schlussfolgerungen mit den Verteidigungsrechten unvereinbar seien, weil sie das Unternehmen zwingen könnten, seine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung zuzugeben(170) .

467 In den vorliegenden Rechtssachen hat das Gericht festgestellt, dass die Auskunftsverlangen der Kommission darauf abzielten, Auskünfte lediglich tatsächlicher Art über sämtliche Gesprächsrunden zu erlangen, eine Feststellung, die, ich erinnere daran, nicht Gegenstand der Kontrolle durch den Gerichtshof im Rechtsmittelverfahren sein kann.

468 Folglich bin ich in Anbetracht der angeführten Rechtsprechung der Ansicht, dass das Gericht in den Randnrn. 541 und 544 des angefochtenen Urteils zu Recht zu dem Ergebnis gelangen konnte, dass die von der Kommission gestellten Fragen nicht geeignet waren, die Verteidigungsrechte der Rechtsmittelführerin zu verletzen.

469 Nach alledem ist das erste Argument der RZB betreffend eine Fehlbeurteilung der Freiwilligkeit der Antworten auf die Auskunftsverlangen meines Erachtens als nicht stichhaltig zurückzuweisen.

ii) Zum zweiten Argument: Rechtsfehler bei der Würdigung der gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung – Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

470 Dieses zweite Argument wird von der RZB und der BA?CA vorgebracht.

471 Diese beiden Unternehmen tragen erstens vor, dem Gericht sei ein Rechtsfehler unterlaufen, indem es in Randnr. 556 des angefochtenen Urteils festgestellt habe, dass eine kontextuelle Darstellung wettbewerbsrechtswidriger Verhaltensweisen keine Kooperation im Verfahren im Sinne der Mitteilung über Zusammenarbeit sein könne, da sie für die Unternehmen ein Verteidigungsmittel darstellen könne. Nach Ansicht der BA?CA gibt es keinen Rechtssatz, wonach ein Dokument, das die Parteien zu ihrer Verteidigung verwendeten, nicht zugleich der Kommission hilfreiche und inhaltlich wertvolle Informationen geben könne, die zur Feststellung eines Verstoßes beitragen.

472 Die RZB macht zweitens geltend, die Auffassung des Gerichts sei unzutreffend, weil die Argumentation der Kommission gegen deren eigene Entscheidungspraxis verstoße. Die Rechtsmittelführerin verweist hierzu auf Abschnitt II Teil A Randnr. 9 Buchst. a und Abschnitt IV der Mitteilung über Zusammenarbeit von 2006(171) .

473 Drittens trägt die BA?CA vor, dem Gericht sei dadurch ein Rechtsfehler unterlaufen, dass es befunden habe, die Kommission habe bei der Beurteilung des Nutzens der freiwilligen Zusammenarbeit der Banken berücksichtigen dürfen, dass diese ihr mit der gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung „nicht alle Unterlagen über die Gesprächsrunden“ vorgelegt hätten. Eine solche Regel gebe es nicht. Außerdem habe die Rechtsmittelführerin in Anbetracht des Umfangs der Zuwiderhandlung diese Dokumente nur sukzessiv vorlegen können.

474 Viertens macht die BA?CA geltend, das angefochtene Urteil sei mit einem Widerspruch behaftet. Obwohl nämlich die gemeinsame Sachverhaltsdarstellung zur Feststellung der Zuwiderhandlung beigetragen habe, habe das Gericht keine Herabsetzung der Geldbuße zugunsten der Rechtsmittelführerin vorgenommen.

– Würdigung

475 Die RZB und die BA?CA werfen dem Gericht im Kern vor, die Beurteilung der Kommission nicht beanstandet zu haben, wonach die Banken die gemeinsame Sachverhaltsdarstellung als Verteidigungsmittel verwendet hätten. Ich schlage dem Gerichtshof vor, dieses Argument ohne Weiteres als nicht stichhaltig zurückzuweisen, da es allein Sache der Kommission ist, zu beurteilen, inwieweit die

Unternehmen durch die Vorlage einer gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung zum Verfahren beitragen konnten, und das Gericht lediglich das der Kommission auf diesem Gebiet zustehende Ermessen gewahrt hat.

476 Ich schlage dem Gerichtshof weiter vor, auch dem zweiten Argument der RZB nicht zu folgen. Wie ich bereits ausgeführt habe, ist die Kommission durch ihre frühere Entscheidungspraxis nicht gebunden. Außerdem kann sich die RZB nicht auf den Wortlaut der Mitteilung über Zusammenarbeit berufen, die im Jahr 2006, also vier Jahre nach dem Erlass der streitigen Entscheidung, von der Kommission angenommen wurde.

477 Auch das dritte, von der BA-CA vorgebrachte Argument ist zurückzuweisen. Das Gericht konnte zu Recht auf das der Kommission auf diesem Gebiet zustehende Ermessen abstellen und befinden, diese habe bei der Beurteilung des Nutzens der Mitarbeit des Unternehmens berücksichtigen dürfen, dass die Anlagen zur gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung unvollständig gewesen seien.

478 Im Hinblick auf diese Gesichtspunkte bin ich der Meinung, dass die Würdigung der von den Rechtsmittelführerinnen vorgelegten gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung durch das Gericht weder mit einem Rechtsfehler behaftet ist noch an einem Widerspruch leidet.

479 Daher schlage ich dem Gerichtshof vor, sämtliche von der RZB und der BA-CA hierzu vorgetragenen Rügen zurückzuweisen.

iii) Zum dritten Argument: fehlerhafte Beurteilung des Eingeständnisses des wettbewerbswidrigen Zwecks der Zuwiderhandlung durch die RZB und Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

– Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

480 Die RZB rügt, das Gericht habe in Randnr. 559 des angefochtenen Urteils den besonderen Wert ihres Eingeständnisses verkannt, obwohl sich die Kommission im Rahmen ihrer Analyse ausdrücklich auf dieses Eingeständnis berufen habe. Die Argumentation des Gerichts stehe im Widerspruch zu seiner Rechtsprechung, da es im Urteil Krupp Thyssen Stainless und Acciai speciali Terni/Kommission anerkannt habe, dass die Einräumung einer unzulässigen Absprache durch ein Unternehmen die Arbeit der Kommission erleichtere. Außerdem verstoße diese Beurteilung gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da die RZB trotz ihres Eingeständnisses in gleicher Weise behandelt worden sei wie die anderen Banken. Die RZB beantragt daher, die gegen sie festgesetzte Geldbuße um mindestens 10 % herabzusetzen.

481 Nach Ansicht der Kommission war die Bedingung dafür, die Geldbuße um mehr als 10 % herabzusetzen, nicht erfüllt, da ihr die für die Feststellung der wesentlichen Tatsachen erforderlichen Dokumente bereits vorgelegen hätten. Die Mitteilung über Zusammenarbeit sei ein Ermittlungsinstrument mit entsprechenden finanziellen Anreizen, nicht aber eine Gratifikationsmaßnahme im Interesse von Unternehmen, die sich zur Kooperation mit der Kommission bereit erklärten; im Hinblick auf die Frage, ob eine Information zur Feststellung des Vorliegens eines Verstoßes beitrage, verfüge die Kommission über einen Bewertungsspielraum.

– Würdigung

482 Nach meiner Meinung ist auch dieses Argument zurückzuweisen.

483 Das Gericht hat zwar im Urteil Krupp Thyssen Stainless und Acciai speciali Terni/Kommission anerkannt, dass „[d]ie Einräumung einer Absprache ... die Ermittlungsarbeit der Kommission mehr [erleichtert] als die bloße Einräumung des Sachverhalts“(172) . Es handelt sich dabei um eine Grundsatzformulierung, die jedoch auf jeden Einzelfall anzuwenden ist, was das Gericht in Randnr. 559 des angefochtenen Urteils ausdrücklich anerkannt hat. Das Gericht hat dem Bewertungsspielraum Rechnung getragen, der der Kommission bei der Würdigung der Zusammenarbeit der Unternehmen im Verfahren eingeräumt ist. Daher hat es meines Erachtens zu Recht und ohne Rechtsfehler, der im

Rechtsmittelverfahren gerügt werden könnte, annehmen können, es sei Sache der Kommission, in jedem Einzelfall zu beurteilen, ob ein solches Eingeständnis ihre Arbeit tatsächlich erleichtert habe.

484 Auch dem Argument der RZB betreffend eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dadurch, dass sie trotz ihres Eingeständnisses ebenso behandelt worden sei wie die anderen Banken, kann meines Erachtens nicht gefolgt werden.

485 Dem angefochtenen Urteil ist nämlich zu entnehmen, dass eine Erleichterung der Arbeit der Kommission, ein Kriterium, auf dessen Grundlage eine Ermäßigung der Geldbuße vorgenommen werden kann, durch das Eingeständnis der Rechtsmittelführerin nicht gegeben war. Daher meine ich, dass das Gericht davon ausgehen konnte, dass die Kommission keineswegs verpflichtet war, dieses Unternehmen von den anderen dadurch zu unterscheiden, dass es ihm insoweit eine weitere Herabsetzung seiner Geldbuße gewährte.

iv) Zum vierten Argument: Beweislastumkehr hinsichtlich des Wertes der Zusammenarbeit der RZB und Verletzung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes

– Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

486 Die RZB wirft dem Gericht vor, die Beweislast umgekehrt zu haben, indem es in den Randnrn. 546 bis 551 des angefochtenen Urteils angenommen habe, dass die Rechtsmittelführerin für eine über 10 % hinausgehende Ermäßigung der Geldbuße den Nachweis hätte führen müssen, dass die Kommission ohne die vorgelegten Beweismittel nicht in der Lage gewesen wäre, die Zuwiderhandlung nachzuweisen. Zum einen stehe diese Auffassung im Widerspruch zu Abschnitt D Nr. 2 zweiter Gedankenstrich der Mitteilung über Zusammenarbeit und verstoße daher gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Zum anderen sei diese Auffassung unvereinbar mit der Verpflichtung der Kommission, im Verwaltungsverfahren sowohl be- als auch entlastende Sachverhaltsumstände zu ermitteln.

– Würdigung

487 Ich schlage dem Gericht vor, dieses Argument zurückzuweisen. Die RZB scheint nämlich erneut das Verfahren gemäß Art. 11 der Verordnung Nr. 17 betreffend die Auskunftsverlangen, die die Kommission im Rahmen ihrer Ermittlungen ergehen lassen kann, mit den Fällen zu verwechseln, in denen sie nach der Mitteilung über Zusammenarbeit in den Genuss einer Herabsetzung der Geldbuße gelangen kann.

488 Die RZB beanstandet die Argumentation des Gerichts in Randnr. 551 des angefochtenen Urteils. Diese Ausführungen betreffen die Beantwortung der Auskunftsverlangen der Kommission nach der Verordnung Nr. 17. Die Rechtsmittelführerin kann sich daher nicht auf einen Verstoß gegen den Wortlaut der Mitteilung über Zusammenarbeit und erst recht nicht gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen.

489 Die RZB kann ferner nicht geltend machen, die Analyse des Gerichts verstoße gegen die Vorschriften über die Beweislast und das Beweisverfahren.

490 Die Mitteilung über Zusammenarbeit ist ein Ermittlungsinstrument, das es der Kommission ermöglicht, Auskünfte über eine mutmaßliche Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht zu erlangen, indem sie den Unternehmen einen finanziellen Anreiz zur Zusammenarbeit im Verfahren bietet. Wie ich in den Nrn. 420 und 422 dieser Schlussanträge ausgeführt habe, kann ein Unternehmen, wenn seine Zusammenarbeit im Rahmen eines Auskunftsverlangens nach Art. 11 der Verordnung Nr. 17 erfolgt, nur dann in den Genuss einer Herabsetzung der Geldbuße gelangen, wenn die Informationen, die es der Kommission liefert, weit über das hinausgehen, was die Kommission gemäß dieser Bestimmung verlangen kann. Das Verhalten dieses Unternehmens muss der Kommission die Wahrnehmung ihrer Aufgabe erleichtern und ihr ermöglichen, das Vorliegen einer Zuwiderhandlung einfacher festzustellen.

491 Demnach ist es, auch wenn tatsächlich die Kommission den Beweis für einen von ihr festgestellten Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG beizubringen hat(173), vielmehr Sache des Unternehmens, das eine

Herabsetzung seiner Geldbuße begehrt, darzutun, dass seine Mitarbeit die Kommission bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe unterstützt hat.

492 Mit der Feststellung in Randnr. 551 des angefochtenen Urteils, dass „[d]ie Klägerinnen ... nicht nachgewiesen [haben], dass die in Beantwortung der Auskunftsverlangen vorgelegten Schriftstücke erforderlich waren, um der Kommission die Ermittlung aller wesentlichen Gesprächsrunden zu ermöglichen, oder dass ohne sie die bei den Nachprüfungen erlangten Schriftstücke nicht ausgereicht hätten, um die Zuwiderhandlung im Wesentlichen nachzuweisen und eine Bußgeldentscheidung zu erlassen“, hat das Gericht somit keineswegs die Beweislast auf die Unternehmen abgewälzt.

493 Das vierte, von der RZB vorgebrachte Argument scheint mir daher nicht stichhaltig zu sein.

v) Zum fünften Argument: Rechtsfehler und widersprüchliche Begründung im Rahmen der Würdigung des Wertes der von der BA?CA übermittelten zusätzlichen Dokumente durch das Gericht

– Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

494 Die BA?CA beanstandet im Wesentlichen die Würdigung des Wertes der 33 Aktenordner, die sie der Kommission übersandt habe und die über 10 000 Seiten an Dokumenten enthalten hätten, durch das Gericht.

495 Die BA?CA trägt erstens vor, das Gericht habe die Bedeutung ihrer Mitarbeit heruntergespielt, indem es die Anforderungen an die für eine Herabsetzung der Geldbuße erforderliche Zusammenarbeit ständig verschärft habe. Die Rechtsmittelführerin beanstandet insbesondere den vom Gericht vorgenommenen Vergleich zwischen dem Wert, der diesen Unterlagen, und dem Wert, der der gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung beizumessen sei.

496 Die Rechtsmittelführerin macht zweitens geltend, dass die Argumentation des Gerichts widersprüchlich sei, weil es eine Herabsetzung der Geldbuße aufgrund der Gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung mangels „neuer“ Dokumente verweigere, während sie im Rahmen ihrer weiteren freiwilligen Dokumentenvorlage nachweislich 10 000 Seiten an neuen Dokumenten übermittelt habe, die ebenfalls unstreitig zum Teil für die streitige Entscheidung verwendet worden seien.

497 Die Kommission beruft sich auf die Unzulässigkeit dieses Vorbringens, da es eine reine Wiederholung des Vortrags vor dem Gericht darstelle. Außerdem führe allein die Tatsache, dass Dokumente neu, d. h. noch nicht vorgelegt worden seien, nicht dazu, dass sie einen nützlichen Kooperationsbeitrag darstellten.

– Würdigung

498 Das Gericht hat in Randnr. 560 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Vorlage zusätzlicher Unterlagen durch eine der Banken eine weitere Herabsetzung ihrer individuellen Geldbuße nur rechtfertigen könne, wenn diese Zusammenarbeit im Verhältnis zu den von allen Unternehmen im Rahmen der gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung gemachten Angaben tatsächlich neue und nützliche Elemente erbracht habe.

499 Zum einen halte ich diese Auffassung für absolut folgerichtig und schlüssig, da der Wert einer freiwilligen Zusammenarbeit vor allem von der Relevanz der vorgelegten Dokumente und ihrem Nutzen für die Feststellung der Zuwiderhandlung abhängt.

500 Zum anderen scheint sie mir auch nicht widersprüchlich zu sein. Entgegen dem Vorbringen der BA?CA hat das Gericht nämlich eine Herabsetzung der Geldbuße der Rechtsmittelführerinnen nicht deshalb verweigert, weil die gemeinsame Sachverhaltsdarstellung kein neues Element enthalten hätte. Wie aus den Randnrn. 552 bis 558 des angefochtenen Urteils hervorgeht, hat es lediglich festgestellt, dass der Kommission kein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen sei, indem sie eine weitere Herabsetzung deshalb nicht gewährt habe, weil diese Darstellung ihre Arbeit nicht erleichtert habe.

501 Das Gericht hat, sei es im Rahmen seiner Würdigung der gemeinsamen Sachverhaltsdarstellung, sei es im Rahmen seiner Prüfung des Wertes der von der BA?CA vorgelegten zusätzlichen Dokumente, völlig schlüssig argumentiert und dabei auf ein einziges Kriterium, nämlich den Nutzen für die Arbeit der Kommission und die Relevanz der von den Rechtsmittelführerinnen übermittelten Informationen, abgestellt.

502 Unter diesen Umständen bin ich der Meinung, dass die Auffassung des Gerichts von der Rechtsmittelführerin nicht beanstandet werden kann, und schlage dem Gerichtshof vor, dieses fünfte Argument als nicht stichhaltig zurückzuweisen.

vi) Zum sechsten Argument: fehlende Berücksichtigung der Erwiderung der BA?CA auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte

– Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

503 Die BA?CA beanstandet die in Randnr. 564 des angefochtenen Urteils dargelegte Beurteilung des Gerichts, die Kommission habe ihre Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht als Zusammenarbeit berücksichtigen müssen. Die Rechtsmittelführerin habe nämlich auf diesem Weg den Beweis für den Informationsfluss innerhalb der dezentralen Sektoren erbracht, was der Kommission die Feststellung der Zuwiderhandlung ermöglicht habe. Außerdem spreche nichts für den Ausschluss der Zusammenarbeit eines Unternehmens nach Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte.

– Würdigung

504 Ich halte dieses Argument für unzulässig, da sich die BA?CA darauf beschränkt, bereits vor dem Gericht dargelegtes Vorbringen wörtlich wiederzugeben. In Anbetracht der von mir in Nr. 65 dieser Schlussanträge dargelegten Grundsätze kann dieses Vorbringen daher vom Gerichtshof in diesem Rechtsmittelverfahren nicht nachgeprüft werden.

505 Nach alledem bin ich der Ansicht, dass der zweite Teil betreffend Rechtsfehler bei der Anwendung der Mitteilung über Zusammenarbeit als zum Teil unzulässig und zum Teil unbegründet zurückzuweisen ist.

3. Zum dritten Teil: Verletzung der Verteidigungsrechte, soweit sie den Anspruch auf rechtliches Gehör umfassen

a) Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

506 Die BA?CA trägt vor, das Gericht habe die Tragweite ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör verkannt, indem es die Vernehmung eines Zeugen, hier eines Kommissionsbeamten, abgelehnt habe, die es dem Gemeinschaftsrichter ermöglicht hätte, die Zusammenarbeit der Rechtsmittelführerin im Verfahren durch die von ihr übermittelten Unterlagen besser zu würdigen.

b) Würdigung

507 Meiner Meinung nach ist dieser Teil zurückzuweisen.

508 In Randnr. 563 des angefochtenen Urteils hat das Gericht dem Beweisantrag deshalb nicht stattgegeben, weil „dieses Beweisangebot für die Bewertung des Nutzens der genannten Dokumente nicht unmittelbar relevant“ war. Das Gericht hat zuvor darauf hingewiesen, dass die Verwendung von Dokumenten für sich genommen nicht belege, dass ihre Vorlage die Arbeit der Kommission substanziell erleichtert hätte.

509 Nach ständiger Rechtsprechung ist es allein Sache des Gerichts, zu entscheiden, ob das ihm in einer Rechtssache vorliegende Beweismaterial der Ergänzung bedarf. Die Frage, ob Verfahrensunterlagen beweiskräftig sind, unterliegt seiner freien Würdigung des Sachverhalts. Diese entzieht sich, so der Gerichtshof, daher der Überprüfung durch ihn in der Rechtsmittelinstanz, es sei denn, die Verfahrensbeteiligten machen eine Verfälschung dem Gericht vorgelegter Beweismittel geltend

oder die Unrichtigkeit der Tatsachenfeststellungen des Gerichts ergibt sich aus den Akten(174) .

510 In der von der BA?CA eingereichten Rechtsmittelschrift gibt es keinen Hinweis, aus dem ich schließen könnte, dass dies in der vorliegenden Rechtssache der Fall wäre. Demnach kann meines Erachtens nicht beanstandet werden, dass das Gericht dem Beweisantrag der Rechtsmittelführerin nicht stattgegeben hat.

511 Daher bin ich der Ansicht, dass der dritte Teil des dritten Rechtsmittelgrundes unbegründet und zurückzuweisen ist.

512 Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, den dritten Rechtsmittelgrund betreffend die Würdigung der Zusammenarbeit der Unternehmen im Verfahren durch das Gericht für zum Teil unzulässig und zum Teil unbegründet zu erklären und ihn zurückzuweisen.

D – Zum vierten Rechtsmittelgrund: Verletzung der Verteidigungsrechte, soweit sie den Anspruch auf rechtliches Gehör umfassen, sowie der Verpflichtung des Gerichts, seine Schlussfolgerungen zu den Anträgen auf Herabsetzung der Geldbußen zu begründen

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

513 Die BA?CA rügt in ihrer Rechtsmittelschrift die allgemeinen Schlussfolgerungen des Gerichts zu den Anträgen auf Herabsetzung der Geldbuße insgesamt. Soweit das Gericht eigene Erwägungen zur Höhe der festzusetzenden Geldbußen angestellt habe, hätte sie gehört werden müssen.

514 Nach Ansicht der Kommission handelt es sich bei den Ausführungen in Randnr. 566 des angefochtenen Urteils nur um eine ergänzende abschließende Erwägung, in der das Gericht seine Auffassung darlege.

2. Würdigung

515 Das Gericht hat in Randnr. 566 des angefochtenen Urteils ausgeführt, dass es „angesichts der Schwere der Zuwiderhandlung, die das von der Kommission festgelegte Bußgeldniveau niedrig erscheinen lässt, im Rahmen der Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung der Ansicht [ist], dass die Zusammenarbeit der Klägerinnen im vorliegenden Fall keine zusätzliche Herabsetzung ihrer Geldbußen rechtfertigt“.

516 Darüber hinaus hat das Gericht in Randnr. 570 dieses Urteils festgestellt, dass die Klagegründe, die auf eine Herabsetzung der Geldbußen im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle abzielten, zu verwerfen seien und dass aus seiner Sicht kein Anlass bestanden habe, die Geldbußen in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung aus anderen Gründen herabzusetzen.

517 Ich denke nicht, dass das Gericht verpflichtet war, vor der Darlegung seiner Schlussfolgerungen die BA?CA zur Stellungnahme aufzufordern. Die Rechtsmittelführerin konnte nämlich ihren Standpunkt zur Festsetzung der Höhe der Geldbuße sachgerecht vortragen.

518 Dies ergibt sich erstens aus dem Vorbringen der BA-CA vor dem Gericht, zweitens aus den von diesem gestellten Fragen und drittens aus den im angefochtenen Urteil enthaltenen Erwägungen.

519 Ich weise erstens darauf hin, dass vier der sechs von der Rechtsmittelführerin vor dem Gericht vorgebrachten Klagegründe auf eine Herabsetzung der festgesetzten Geldbuße abzielten. Diese Klagegründe bezogen sich insbesondere darauf, wie die Kommission die Einstufung der Zuwiderhandlung, das Vorliegen mildernder Umstände und die Zusammenarbeit der Rechtsmittelführerin im Verfahren beurteilt hatte.

520 Ich stelle zweitens fest, dass das Gericht an die Rechtsmittelführerin zahlreiche Fragen zum Vorliegen mildernder Umstände und zu ihrer Zusammenarbeit im Verfahren zur schriftlichen Beantwortung gerichtet hatte.

521 Drittens hat das Gericht im angefochtenen Urteil die für die Festsetzung der Geldbuße maßgeblichen Gesichtspunkte unter Berücksichtigung des gesamten Parteivorbringens im Einzelnen geprüft.

522 So hat es in den Randnrn. 216 bis 571 des angefochtenen Urteils sämtliche Anträge auf Herabsetzung der verhängten Geldbußen geprüft. Das Gericht hat zunächst in den Randnrn. 217 ff. dieses Urteils die Anwendbarkeit der Leitlinien und der Mitteilung über Zusammenarbeit festgestellt. Sodann hat es in Randnr. 315 dieses Urteils bestätigt, dass die von den Rechtsmittelführerinnen begangene Zuwiderhandlung besonders schwer gewesen sei. Auf dieser Grundlage hat sich das Gericht in Randnr. 463 des angefochtenen Urteils zu der von der Kommission durchgeführten Einteilung in Kategorien und in Randnr. 468 dieses Urteils zu der von ihr wegen der Dauer der Zuwiderhandlung vorgenommenen Erhöhung der Geldbußen geäußert. Anschließend hat es in Randnr. 511 dieses Urteils sämtliche Rügen der Rechtsmittelführerinnen in Bezug auf die Beurteilung mildernder Umstände durch die Kommission und in Randnr. 565 des angefochtenen Urteils alle auf einen Verstoß gegen die Mitteilung über Zusammenarbeit gestützten Klagegründe zurückgewiesen.

523 Unter diesen Umständen meine ich, dass die BA?CA zu allen für die Festsetzung der Geldbuße maßgeblichen Gesichtspunkten in geeigneter Weise hat Stellung nehmen können.

524 Daher schlage ich dem Gerichtshof vor, diesen vierten Rechtsmittelgrund zurückzuweisen, da er unbegründet ist.

X – Zu den Folgen der Aufhebung des angefochtenen Urteils

525 Wie erwähnt, schlage ich dem Gerichtshof vor, das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als dem Gericht im Rahmen seiner Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung für die Zwecke der Festsetzung des Grundbetrags der Geldbußen zwei Rechtsfehler unterlaufen sind.

526 Ein erster Rechtsfehler ist dem Gericht meiner Meinung nach nämlich dadurch unterlaufen, dass es befunden hat, die Kommission habe aus der Umsetzung des Kartells auf das Vorliegen konkreter Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt schließen dürfen. Darüber hinaus hat es einen zweiten Rechtsfehler begangen und das angefochtene Urteil widersprüchlich begründet, indem es befunden hat, die Kommission habe die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG, indem sie ihnen die Marktanteile der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren zugerechnet habe, nur wegen ihres eigenen Verhaltens mit einer Sanktion belegt.

527 Da der Rechtsstreit meiner Meinung nach zur Entscheidung reif ist, schlage ich dem Gerichtshof vor, nach Art. 61 Abs. 1 seiner Satzung über diese beiden vor dem Gericht geltend gemachten Anfechtungsgründe selbst endgültig zu entscheiden.

A – Zum ersten Klagegrund: fehlerhafte Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und des Grundbetrags der Geldbuße unter Berücksichtigung des fehlenden Nachweises konkreter Auswirkungen des Kartells auf den Markt

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

528 In ihrer vor dem Gericht erhobenen Nichtigkeitsklage haben alle betroffenen Banken die Art und Weise gerügt, in der die Kommission den Grundbetrag der Geldbußen festgesetzt hat(175) . Sie machten geltend, dass die Zuwiderhandlung zu Unrecht als besonders schwer eingestuft worden sei. Sie werfen der Kommission insbesondere vor, unter Verstoß gegen die Leitlinien die konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf die betroffenen Märkte nicht geprüft und sich damit begnügt zu haben, auf der Grundlage der bloßen Behauptung der Umsetzung des Kartells festzustellen, dass dieses Auswirkungen auf den Markt gehabt habe, ohne deren Bedeutung zu prüfen. Dementsprechend sei die Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße fehlerhaft.

2. Würdigung

529 Meiner Meinung nach greift dieser Klagegrund durch, und zwar aus folgenden Gründen.

530 In der streitigen Entscheidung ergibt sich die Einstufung der Zuwiderhandlung als besonders schwer aus der Berücksichtigung des Wesens der Zuwiderhandlung, ihrem räumlichen Umfang und dem Vorliegen einer Auswirkung des Kartells auf den Markt. Dieser Gesichtspunkt hat bei der Einstufung der Zuwiderhandlung und somit bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße Berücksichtigung gefunden. Diese Feststellung wird schon durch den Wortlaut der streitigen Entscheidung bestätigt.

531 In Randnr. 430 der streitigen Entscheidung hält die Kommission fest, dass sich im vorliegenden Fall die Durchführung der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen in der Tat am Bankenmarkt ausgewirkt hätte, obwohl sie in Randnr. 436 dieser Entscheidung feststellt, es sei nicht möglich, diese Auswirkungen exakt zu quantifizieren, d. h. jene Konditionen und Gebühren zu bestimmen, die die Banken ohne Vereinbarung angewandt hätten. Die konkreten Auswirkungen des Kartells, die bei der Festsetzung der Geldbuße Berücksichtigung gefunden haben, sind in den Randnrn. 508 bis 510 dieser Entscheidung genannt. Dort wird auf die Randnrn. 410 und 430 bis 436 der streitigen Entscheidung verwiesen, in denen lediglich für die Zwecke der Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG beschrieben wird, wie die Banken die in Rede stehenden Vereinbarungen angewandt haben.

532 In Randnr. 431 der streitigen Entscheidung wird auf konkrete Beispiele für die Umsetzung von Kartellbeschlüssen wie die Senkung von Kreditzinsen oder die Veränderung von Sparzinsen hingewiesen. In Randnr. 432 dieser Entscheidung wird erläutert, dass sich die Banken der in den Gesprächsrunden erlangten Erkenntnisse bedient hätten, und in Randnr. 433 dieser Entscheidung heißt es, dass die Banken selbst die konkrete Umsetzung ihrer Absprachen beurteilt hätten. In Randnr. 434 der streitigen Entscheidung führt die Kommission aus, dass die Banken einander nicht regelmäßig und derart oft getroffen hätten, wenn die Zusammenkünfte völlig wirkungslos gewesen wären. Schließlich weist die Kommission in Randnr. 435 dieser Entscheidung darauf hin, dass die durch den Informationsaustausch hinsichtlich Kalkulationsmethoden und -parametern hervorgerufene wettbewerbsbeschränkende Wirkung als umso bedeutender einzuschätzen sei, als die Zinsmargen der Banken gering seien.

533 Der streitigen Entscheidung ist nicht zu entnehmen, dass die Kommission versucht hätte, so weit wie möglich die Umsetzung des Kartells und dessen konkrete Auswirkungen auf den Markt getrennt zu prüfen. Mir scheint, dass die Kommission in ihrer Analyse keinen objektiven wirtschaftlichen Faktor erwähnt, anhand dessen es möglich wäre, die tatsächlichen Auswirkungen der Vereinbarung auf den österreichischen Markt für Bankprodukte und -dienstleistungen im eigentlichen Sinne des Wortes zu messen. Es ist nämlich an keiner Stelle die Rede von der Situation auf dem Markt und von den vor der Zuwiderhandlung sowie den nach ihrer Begehung praktizierten Preisen und Bankgebühren. Unter diesen Umständen fällt der Nachweis tatsächlich schwer, inwieweit die Durchführung der Vereinbarungen konkreten Einfluss auf die Marktstruktur oder das Preisniveau haben können, die das in Rede stehende Kartell gerade habe kontrollieren sollen⁽¹⁷⁶⁾. Außerdem handelt es sich bei dem in Randnr. 434 der streitigen Entscheidung dargestellten Indiz der regelmäßigen Treffen der Banken meines Erachtens um eine reine Mutmaßung.

534 In Anbetracht dieser Gesichtspunkte bin ich der Meinung, dass die Kommission nicht rechtlich hinreichend und für die Zwecke der Festsetzung der Geldbuße die tatsächlichen Auswirkungen des Kartells auf den Markt für Bankprodukte und -dienstleistungen im Zeitraum von Januar 1995 bis Juni 1998 nachgewiesen hat.

535 Nunmehr ist zu prüfen, welche Bedeutung dieses Ergebnis für die Einstufung der Zuwiderhandlung und für den von der Kommission angenommenen Grundbetrag hat.

536 Ich bin erstens der Meinung, dass sich der Beurteilungsfehler, der der Kommission unterlaufen ist, nicht auf die Einstufung der Zuwiderhandlung als besonders schwer auswirkt.

537 Aus den von mir bereits in den Nrn. 259 bis 261 dieser Schlussanträge dargelegten Gründen können Preisabsprachen wie die in Rede stehenden nämlich unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen auf den Markt und vom räumlichen Umfang des betreffenden Marktes aufgrund ihres Wesens eine

besonders schwere Zuwiderhandlung darstellen. Insoweit ist daran zu erinnern, dass diese Vereinbarungen in Art. 81 Abs. 1 Buchst. a EG unter den Beispielen für Absprachen genannt sind, die ausdrücklich für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt werden. Außer der schweren Störung des Wettbewerbs, die diese Absprachen mit sich bringen, errichten sie, da sie die Parteien zur Einhaltung von Preisen verpflichten, Marktzutrittsschranken und konterkarieren so das Hauptziel des EG-Vertrags, die Integration des Gemeinschaftsmarkts.

538 Außerdem habe ich den Eindruck, dass die Kommission dem Kriterium der tatsächlichen Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße keine vorrangige Bedeutung beigemessen hat. Sie hat ihre Beurteilung nämlich auch auf andere Gesichtspunkte gestützt, nämlich die Feststellung, dass die Zuwiderhandlung ihrer Natur nach als besonders schwer einzustufen sei (Randnrn. 506 und 507 der streitigen Entscheidung), und das Ausmaß, in dem die betroffenen Unternehmen aufgrund ihrer Wirtschaftskraft den Wettbewerb verfälschen konnten (Randnrn. 515 bis 519 dieser Entscheidung).

539 Ich bin daher der Meinung, dass die Kommission die Zuwiderhandlung zu Recht als besonders schwer einstufen konnte.

540 Dagegen stellt der Umstand, dass die Kommission die angeblichen Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt nicht nachgewiesen hat, meines Erachtens die Beurteilung des anhand der Schwere der Geldbuße festgesetzten Ausgangsbetrags in Frage. Wie ich vorstehend dargelegt habe, setzte die Kommission den Grundbetrag der Geldbuße nämlich anhand der Schwere der Zuwiderhandlung unter Berücksichtigung des Umstands fest, dass diese Zuwiderhandlung ihrer Ansicht nach Auswirkungen auf den Markt hatte, obwohl derartige Auswirkungen während der Dauer des Kartells nicht nachgewiesen wurden.

541 Demnach schlage ich dem Gerichtshof vor, diesem Rechtsmittelgrund stattzugeben und in Ausübung seiner Befugnis zur unbeschränkten Nachprüfung den Ausgangsbetrag der Geldbußen, den die Kommission für die Rechtsmittelführerinnen in Randnr. 520 der streitigen Entscheidung festgesetzt hat, zu ändern.

542 Hierzu bedarf es eines Hinweises auf die Methode, nach der die Kommission die Höhe dieser Geldbußen berechnet hat.

543 Den Randnrn. 515 bis 519 der streitigen Entscheidung ist zu entnehmen, dass die Kommission den in den Leitlinien für besonders schwere Zuwiderhandlungen festgesetzten Betrag der Geldbuße von 20 Mio. Euro gewichtet hat, um zum einen den konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt und zum anderen der tatsächlichen Wirtschaftskraft der einzelnen Unternehmen Rechnung zu tragen sowie die Abschreckungswirkung der Geldbuße zu gewährleisten⁽¹⁷⁷⁾.

544 Aus Randnr. 519 der streitigen Entscheidung geht insoweit hervor, dass die Kommission die Unternehmen aufgrund verfügbarer Angaben über ihre Marktanteile in fünf Kategorien eingeteilt hat. Wie sie in Randnr. 143 ihrer Klagebeantwortung vorträgt, hat die Kommission darüber hinaus für jede Kategorie von Unternehmen Orientierungswerte festgelegt, um die sich die Marktanteile der betreffenden Unternehmen bewegen. Laut Randnr. 520 der streitigen Entscheidung hat sie ferner für jede Kategorie von Unternehmen einen festen Betrag der Geldbuße festgesetzt.

545 Das Gericht hat festgestellt, dass gemäß der Rechtsprechung die Abstände zwischen diesen Orientierungswerten in Bezug auf die erste bis vierte Kategorie schlüssig und objektiv gerechtfertigt seien⁽¹⁷⁸⁾. In Bezug auf die fünfte Kategorie hat das Gericht in den Randnrn. 424 bis 427 des angefochtenen Urteils ausgeführt, dass die Kommission ihr Ermessen nicht überschritten habe, als sie alle Unternehmen mit einem Marktanteil von unter 1 % trotz der relativen Größenunterschiede, die zwischen ihnen bestehen könnten, in diese Kategorie eingestuft habe.

546 Die Kommission hat folgende Berechnungsgrundlage gewählt:

>lt>1

547 Ich weiß nicht, in welchem Umfang die Kommission das Kriterium der konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt bei der Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße berücksichtigt hat. Ich weiß auch nicht, welchen Anteil dieses Kriterium im Verhältnis zu den beiden anderen Kriterien, nämlich dem wirtschaftlichen Gewicht des Unternehmens und der Abschreckungswirkung der Geldbuße, hatte. Daher gehe ich davon aus, dass die von der Kommission vorgenommene Erhöhung ein unteilbares Ganzes bildet.

548 Hinsichtlich der Unternehmen der ersten Kategorie, nämlich der GiroCredit/Erste Bank (nach ihrer Fusion) und der RZB, stelle ich fest, dass der für besonders schwere Zuwiderhandlungen auf 20 Mio. Euro festgelegte Grundbetrag um 5 Mio. Euro erhöht wurde, um diesen drei Kriterien Rechnung zu tragen. Um die Wirkungen zu beseitigen, die mit der Erhöhung der Geldbuße in Zusammenhang stehen, die die fehlerhafte Berücksichtigung des Kriteriums der konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung nach sich gezogen hat, und unter Berücksichtigung meiner vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, diesen Betrag auf 20 Mio. Euro, also den Betrag herabzusetzen, der für eine besonders schwere Zuwiderhandlung in Betracht kommt.

549 Hinsichtlich der Unternehmen der übrigen Kategorien, darunter die BA?CA und die ÖVAG, stelle ich fest, dass dieser Schwellenwert aufgrund des geringen wirtschaftlichen Gewichts dieser Unternehmen erheblich gesenkt wurde. Ich schlage dem Gerichtshof vor, auf sie einen Ermäßigungssatz anzuwenden, der dem entspricht, dessen Anwendung ich für die Unternehmen der ersten Kategorie vorschlage, also eine Herabsetzung des Grundbetrags der Geldbuße um ein Fünftel.

550 Daher schlage ich dem Gerichtshof vor, unter Berücksichtigung dessen, dass es an konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt fehlt, die Grundbeträge der Geldbußen, die die Kommission gegen die Erste Bank, die RZB, die BA?CA und die ÖVAG wegen der Schwere der Zuwiderhandlung festgesetzt hat, folgendermaßen zu ändern:

>lt>2

B – Zum zweiten Klagegrund: fehlerhafte Beurteilung hinsichtlich der Einstufung der Ersten Bank, der RZB und der ÖVAG für die Zwecke der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und der Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße

551 In ihren beim Gericht erhobenen Nichtigkeitsklagen haben die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG die Ansicht vertreten, dass ihre Kategorieeinteilung rechtswidrig sei, weil die Kommission ihnen als Spitzeninstituten der dezentralisierten Sektoren der Sparkassen, der Raiffeisenbank en und der Volksbanken die gesamten Marktanteile ihres jeweiligen Sektors zugerechnet habe.

1. Zur streitigen Entscheidung

552 In der streitigen Entscheidung wird mit folgenden Erwägungen gerechtfertigt, dass den Zentralinstituten die Marktanteile ihrer jeweiligen dezentralisierten Sektoren zugerechnet wurden:

„(515) Innerhalb der hier als besonders schwer eingestuften Zuwiderhandlungen ermöglicht die Skala der festzusetzenden Geldbußen eine Differenzierung nach [der] tatsächlichen wirtschaftlichen Fähigkeit der betroffenen Unternehmen, den Wettbewerb in erheblichen Umfang zu schädigen. Die Skala macht es auch möglich, die Geldbuße auf eine Höhe festzusetzen, die eine hinreichend abschreckende Wirkung gewährleistet. Ein solches differenziertes Vorgehen ist im vorliegenden Fall besonders angezeigt, da ein erhebliches Ungleichgewicht in der Größe der an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen bzw. Gruppen besteht.

(516) Im vorliegenden Fall sind die Besonderheiten des österreichischen Bankenmarktes zu berücksichtigen. Es wäre in der Tat realitätsfern, die Bedeutung von Erste [Bank], RZB und ÖVAG im Rahmen des Netzwerks sowie deren tatsächliche Fähigkeit, den Wettbewerb zulasten der Verbraucher

zu beschränken, auf ihre jeweils eigene geschäftliche Tätigkeit als Geschäftsbank zu reduzieren.

(517) Aus der Ermittlungsakte ergibt sich vielmehr eindrucksvoll, dass diese Unternehmen – ihrer Rolle als Spitzeninstitut der jeweiligen Gruppe entsprechend – im Wege intensiver gruppeninterner Informationsflüsse wesentlich zur Wirksamkeit des Netzwerks in ganz Österreich beitrugen. Diese Institute vertraten nicht bloß ihre eigenen Interessen, sondern auch jene ihrer jeweiligen Gruppe und wurden in diesem Sinne von den anderen Kartellteilnehmern als Vertreter der jeweiligen Gruppe wahrgenommen. Die Absprachen fanden daher nicht bloß zwischen den einzelnen Instituten selbst, sondern auch zwischen den Gruppen statt.

(518) Die hinter den Spitzeninstituten stehenden Gruppen – Sparkassengruppe, Raiffeisengruppe und Volksbankengruppe – zu ignorieren, würde daher zu einer unsachgemäßen und von der wirtschaftlichen Realität abgekoppelten Bemessung der Geldbuße – ohne Abschreckungswirkung – führen. In der Tat ist eine ausreichende Abschreckungswirkung nur dann gegeben, wenn die betroffenen Spitzeninstitute in Zukunft nicht mehr als Vertreter ihrer jeweiligen Gruppe an Kartellverhaltensweisen teilnehmen.“

553 In Randnr. 519 der streitigen Entscheidung hat die Kommission daher die GiroCredit/Erste Bank und die RZB in die erste Kategorie und die ÖVAG in die dritte Kategorie eingestuft und den Grundbetrag ihrer Geldbuße dementsprechend festgesetzt.

2. Zusammenfassung des Parteivorbringens(179)

554 Die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG tragen erstens vor, die Kommission habe in rechtlicher Hinsicht die Voraussetzungen falsch beurteilt, unter denen es zulässig sei, bei der Bemessung der Geldbuße einem Unternehmen die Marktanteile eines anderen Unternehmens zuzurechnen. Sie führen aus, wenn den Zentralinstituten die Marktanteile der Banken ihres jeweiligen dezentralisierten Sektors zugerechnet würden, liefe dies darauf hinaus, ihnen das Verhalten all dieser Banken zuzurechnen. Diese Zurechnung entbehre der Rechtsgrundlage und stehe im Widerspruch zur persönlichen Natur der Verantwortung für Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht, weil die Sektoren nicht als wirtschaftliche Einheiten angesehen werden könnten.

555 Die Erste Bank und die ÖVAG machen zweitens geltend, die Kommission habe ihre Verteidigungsrechte und die Begründungspflicht verletzt. Die Erste Bank wirft der Kommission vor, ihre Verteidigungsrechte verletzt zu haben, weil in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht angekündigt worden sei, dass die Kommission den Zentralinstituten die Marktanteile ihrer Gruppe zurechnen wolle. Ferner machen die Erste Bank und die ÖVAG geltend, dass weder die angebliche Informationsweiterleitung an die dezentralisierten Banken noch deren angebliche Vertretung durch die Spitzeninstitute in der Mitteilung der Beschwerdepunkte erwähnt werde.

556 Drittens wenden sich die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG gegen die tatsächlichen Feststellungen, auf die sich die Kommission zur Rechtfertigung der Zurechnung der Marktanteile gestützt hat, und gegen die Würdigung dieses Sachverhalts. Sie werfen der Kommission im Wesentlichen vor, die rechtliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit der dezentralisierten Banken außer Acht gelassen zu haben, wobei sie betonen, dass sie den Instituten ihres Sektors keine Weisungen erteilen könnten.

557 Hinsichtlich des Informationsaustauschs zwischen den Spitzeninstituten und den dezentralisierten Banken räumt die RZB ein, dass ein solcher Austausch in ihrem Sektor stattgefunden habe, bestreitet aber, dass interne Informations- und Vertretungsmechanismen speziell zur Umsetzung der Absprachen eingerichtet worden seien.

558 Ferner wenden sich die Erste Bank und die RZB gegen die insbesondere in den Randnrn. 61 und 517 der streitigen Entscheidung getroffenen Feststellungen, wonach sie „Vertreter“ ihres dezentralisierten Sektors gewesen und/oder von den anderen Banken als solcher angesehen worden seien. Schließlich macht die Erste Bank geltend, die Kommission könne die streitige Zurechnung nicht mit dem angeblichen Einfluss der Wiener Gesprächsrunden auf die Gesprächsrunden auf regionaler Ebene rechtfertigen.

559 Die Kommission macht vor allem geltend, es sei zu unterscheiden zwischen der Tatsache, dass einem Unternehmen die Zuwiderhandlung eines anderen Unternehmens zugerechnet werde, und der Einteilung der Unternehmen in Kategorien zur Ermittlung des Ausgangsbetrags der Geldbuße. Sie habe jedes Spitzeninstitut nur wegen seines eigenen Verhaltens mit einer Sanktion belegt, und zwar wegen seines Beitrags zum Gelingen des Kartells im gesamten österreichischen Hoheitsgebiet durch Übermittlung von Informationen, die für die Institute seines dezentralisierten Sektors bestimmt gewesen seien oder von diesen gestammt hätten. Die Argumente, die sich auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Einheit und die für Unternehmensvereinigungen geltenden Regeln stützten, seien daher irrelevant. Die Berücksichtigung der Marktanteile sei angesichts der Leitlinien aufgrund des Erfordernisses gerechtfertigt, der tatsächlichen Fähigkeit der Spitzeninstitute zur Schädigung des Wettbewerbs Rechnung zu tragen. Schließlich bildeten die Spitzeninstitute mit ihren Gruppen Einheiten, die ähnlich den wirtschaftlichen Einheiten eine gemeinsame wirtschaftliche Tätigkeit ausübten.

3. Würdigung

560 Ich halte die erste Rüge, die die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG erhoben haben, für begründet.

561 Meines Erachtens durfte nämlich die Kommission die Höhe der Sanktion, die sie gegen diese Unternehmen als Zentralinstitute zu verhängen beabsichtigte, nicht danach bemessen, dass sie ihnen die Marktanteile der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren zurechnete, obwohl sie ihnen deren Zuwiderhandlung nicht zugerechnet hat.

562 Nach Nr. 1 Teil A Abs. 4 der Leitlinien kann die Kommission bei der Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße nur der „tatsächlichen wirtschaftlichen Fähigkeit der Urheber der Verstöße“ Rechnung tragen.

563 Der streitigen Entscheidung ist jedoch zu entnehmen, dass die Kommission mit Ausnahme der RLB, einer der acht Banken des Raiffeisen-Sektors, die Banken der dezentralisierten Sektoren nicht nach Art. 81 Abs. 1 EG verfolgt hat.

564 Aus dieser Entscheidung geht weiter hervor, dass die Kommission auch nicht die Absicht hatte, die Verantwortlichkeit für Zuwiderhandlungen, die die Banken der dezentralisierten Sektoren hätten begehen können, den Spitzeninstituten zuzurechnen.

565 Diese Entscheidung ist nämlich an die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG nur als Zentralinstitute gerichtet, erfasst diese jedoch nicht als im Namen und für Rechnung der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren handelnde Vertreterinnen.

566 Dies wird schon durch den Wortlaut von Randnr. 9 der streitigen Entscheidung belegt, in der die Kreditinstitute genannt sind, an die diese Entscheidung gerichtet ist:

„b) [Erste Bank]

Die Erste [Bank] ist – seit dem Zusammenschluss mit der GiroCredit Bank Aktiengesellschaft der Sparkassen mit Wirkung vom 4. Oktober 1997 – das Spitzeninstitut der aus insgesamt etwa 70 Sparkassen bestehenden Sparkassengruppe [Innerhalb der Sparkassengruppe bestehen besondere Bindungen, die ihr konzernähnliche Struktur verleihen. In ihrer Eigenschaft als Spitzeninstitut ist [die] Erste [Bank] zu verschiedenen Leistungen gegenüber den ihr angeschlossenen Sparkassen und zur Erfüllung ihrer Aufgaben unter Wahrung der Interessen der Sparkassen verpflichtet, woraus sich ein dichtes Netz gegenseitiger Rechte und Pflichten ergibt] ... Der Marktanteil der Sparkassengruppe samt Erste [Bank] beträgt etwa 30 %. [Der Marktanteil der Ersten Bank für sich allein genommen beträgt etwa 7 %] ...

c) [RZB]

RZB ist das Spitzeninstitut der österreichischen Raiffeisen-Bankengruppe . Diese ist dreistufig aufgebaut [Die erste Stufe umfasst etwa 615 rechtlich selbständige lokale Raiffeisenbanken. Als zweite Stufe

fungieren auf der Ebene der österreichischen Bundesländer acht regionale Raiffeisen-Landesbanken. Die dritte Ebene bildet die RZB, deren Anteile zu mehr als 80 % von den RLB gehalten werden. Die Raiffeisenbanken sind rechtlich selbständige Einheiten, die keinen Weisungen der RLB und/oder RZB unterliegen]. Die Raiffeisen-Bankengruppe hat einen Marktanteil von etwa 22 % ... Neben ihrer Funktion als Repräsentant der Raiffeisen-Bankengruppe betreibt die RZB auch selbst Bankgeschäfte mit dem Schwerpunkt Auslandsaktivitäten und Großkundenbetreuung [Der Marktanteil der RZB für sich allein genommen beträgt etwa 2 %].

...

f) [ÖVAG]

Die ÖVAG ist das Spitzeninstitut der zweistufigen Volksbanken-Gruppe , die sich aus etwa 60 selbständigen Volksbanken auf der Primärstufe zusammensetzt. Die Volksbanken arbeiten in wichtigen Bereichen ... eng zusammen und sind ihrerseits Mehrheitseigentümer der ÖVAG. Der Marktanteil der Volksbanken-Gruppe beläuft sich auf etwa 7 % [Der Marktanteil der ÖVAG für sich allein genommen beträgt weniger als 1 %]. ...

...

h) [RLB]

Im Jahr 1997 wurde die [RBW] im Wege der verschmelzenden Umwandlung auf ihren Hauptgesellschafter RLB verschmolzen [Davor hatte die RLB lediglich in sehr beschränktem Ausmaß Eigengeschäft betrieben]. Der Tätigkeitsbereich der RLB/RBW ist auf die Bundeshauptstadt Wien beschränkt, wo sie über einen Marktanteil von etwa 5 % verfügt.“(180)

567 Diese Darstellung liefert uns Hinweise darauf, welche Institute die Kommission gemäß Art. 81 Abs. 1 EG verfolgen wollte. Sie ermöglicht ein besseres Verständnis der Struktur der Bankengruppen und zeigt ganz klar, dass bestimmte Banken der dezentralisierten Sektoren, hier die Raiffeisenbanken, „rechtlich selbständige Einheiten [sind], welche keinen Weisungen der RLB und/oder RZB unterliegen“(181) .

568 Weder dieser Darstellung noch den im weiteren Verlauf der Untersuchung der Kommission gemachten Angaben ist zu entnehmen, dass die Spitzeninstitute mit den Banken ihrer dezentralisierten Sektoren eine wirtschaftliche Einheit gebildet hätten und, in Anbetracht ihrer Rolle innerhalb der Bankengruppen, diese hätten verpflichten können(182) .

569 Dies geht noch deutlicher daraus hervor, dass die Kommission die RLB, eine der Regionalbanken des Raiffeisensektors, wegen deren Beteiligung am „Lombard-Netzwerk“ individuell verfolgt und eine aufgrund des eigenen Marktanteils des Unternehmens berechnete Geldbuße gegen sie festgesetzt hat. In Bezug auf den Raiffeisensektor hat die Kommission also eine auf der regionalen Ebene tätige Bank der zweiten Stufe, nämlich die RLB, und eine auf zentraler Ebene tätige Bank der dritten Stufe, nämlich die RZB, speziell verfolgt.

570 Demnach war es der Kommission meines Erachtens nicht möglich, die tatsächliche Wirtschaftskraft der Banken der dezentralisierten Sektoren zu berücksichtigen, und erst recht nicht, den wegen ihres eigenen Verhaltens beurteilten Spitzeninstituten diese Wirtschaftskraft zuzurechnen.

571 Der von der Kommission in Randnr. 517 der streitigen Entscheidung angeführte Umstand, dass die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG als Spitzeninstitute im Wege intensiver gruppeninterner Informationsflüsse wesentlich zur Wirksamkeit des Netzwerks beigetragen hätten, war kein hinreichender Grund, ja nicht einmal ein Kriterium, das es der Kommission erlaubt hätte, ihnen die Marktanteile dieser gesamten Gruppe zuzurechnen.

572 Zwischen der Zurechnung der Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung und der Bemessung der entsprechenden Sanktion muss nämlich ein logischer und schlüssiger Zusammenhang bestehen. Entgegen dem Vorbringen der Kommission geht es nicht um zwei unterschiedliche Verfahren, die auf der

Grundlage unterschiedlicher Kriterien durchzuführen wären. Das eine setzt das andere voraus, und die Höhe der Sanktion lässt sich nur aufgrund der zulasten des Urhebers der Zuwiderhandlung festgestellten Anhaltspunkte festsetzen, wie sie im vorliegenden Fall in Art. 1 der streitigen Entscheidung angegeben sind. In den vorliegenden Rechtssachen hat die Kommission die Informationsflüsse, die zwischen den Spitzeninstituten und den Banken ihrer dezentralisierten Sektoren stattgefunden haben können, aber weder nachgewiesen noch auch nur unter dem Blickwinkel von Art. 81 Abs. 1 EG festgestellt. Indem die Kommission diese Informationsflüsse im Stadium der Festsetzung der Geldbuße berücksichtigt hat, hat sie nicht nur die Art der den Rechtsmittelführerinnen zur Last gelegten Zuwiderhandlung verändert, sondern auch deren Lage verschlechtert.

573 Einer solchen Argumentation fehlt es offensichtlich an der rechtlichen Grundlage.

574 Darüber hinaus ist sie widersprüchlich. Ich erinnere nämlich daran, dass die Kommission die RLB, die nichts anderes ist als eine der Regionalbanken des Raiffeisensektors, individuell verfolgt hat. Wie Randnr. 519 der streitigen Entscheidung zu entnehmen ist, wurde die RLB unter Berücksichtigung ihres Marktanteils in die fünfte Kategorie eingestuft. Somit hat die Kommission die Marktanteile dieses Unternehmens zweimal berücksichtigt, ein erstes Mal, als sie der RZB die Marktanteile sämtlicher Banken des Raiffeisen-Sektors zuordnete, und ein zweites Mal im Rahmen der Einstufung der RLB in eine Kategorie.

575 Angesichts dieser Gesichtspunkte bin ich der Meinung, dass die Kommission somit der Ersten Bank, der RZB und der ÖVAG für die Zwecke ihrer Einstufung in Kategorien nicht die Marktanteile der Banken der dezentralisierten Sektoren zurechnen durfte. Die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG dürfen daher nur im Hinblick auf ihre Beteiligung als Geschäftsbanken, nicht aber als Spitzeninstitute ihrer dezentralisierten Sektoren am Kartell mit einer Sanktion belegt werden.

576 Dementsprechend halte ich die Einstufung der Ersten Bank und der RZB in die erste Kategorie sowie die Einstufung der ÖVAG in die dritte Kategorie für fehlerhaft und die Geldbußen, die die Kommission gegen sie festgesetzt hat, somit der Höhe nach für unrichtig.

577 Unter diesen Umständen schlage ich dem Gerichtshof vor, den von diesen drei Unternehmen im ersten Rechtszug geltend gemachten Klagegründen betreffend eine fehlerhafte Beurteilung bei ihrer Einstufung in Kategorien für die Zwecke der Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße stattzugeben. Ich schlage ferner vor, Art. 3 der streitigen Entscheidung insoweit aufzuheben, als die Kommission die gegen die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG festgesetzten Geldbußen auf der Grundlage eines falschen Beurteilungskriteriums errechnet hat.

578 Es ist nun Sache des Gerichtshofs, zu beurteilen, zu welcher Kategorie jedes einzelne dieser drei Unternehmen gehört, und gegebenenfalls in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung den Grundbetrag der gegen sie festgesetzten Geldbußen zu ändern.

579 Dazu ist diese Berechnung auf die von der Kommission angewandte Analysemethode zu stützen und die Korrektur zu berücksichtigen, die ich im Hinblick darauf vorgeschlagen habe, dass es am Nachweis konkreter Auswirkungen des Kartells auf den Markt fehlt.

580 Hinsichtlich der von der Kommission angewandten Analysemethode erinnere ich daran, dass die Kommission die betroffenen Banken und Bankengruppen anhand der ihr vorliegenden Angaben über deren Marktanteile in fünf Kategorien eingeteilt hat. Wie der von mir in Nr. 546 dieser Schlussanträge wiedergegebenen Tabelle zu entnehmen ist, hat die Kommission darüber hinaus für jede Kategorie von Unternehmen Orientierungswerte, um die sich die Marktanteile der betreffenden Unternehmen bewegen, sowie einen Festbetrag der Geldbuße festgelegt.

581 Die meisten Marktanteile der betroffenen Unternehmen sind in Fn. 17 der streitigen Entscheidung angegeben. Die Zahlen beziehen sich auf das Privat- und Firmenkundengeschäft (Aktiv- und Passivseite) und stammen aus Entscheidungen der Kommission auf dem Gebiet der Zusammenschlüsse von

Banken(183), Geschäftsberichten, Publikationen und anderen öffentlich zugänglichen Quellen. Aus Randnr. 190 der Klagebeantwortung der Kommission geht hervor, dass diese Angaben die Jahre 1997 bis 1999 betreffen.

582 In der streitigen Entscheidung sind hingegen weder der Marktanteil der Sparkassengruppe vor deren Übernahme durch die Erste Bank noch der eigene Marktanteil der GiroCredit vor diesem Vorgang angegeben. Randnr. 145 der Klagebeantwortung der Kommission ist jedoch zu entnehmen, dass diese den erstgenannten Marktanteil mit 23 % angesetzt hat. Die Beantwortung von Frage 12 Buchst. b des Gerichts durch die Kommission zeigt darüber hinaus, dass der individuelle Marktanteil der GiroCredit auf der Grundlage der Angaben in der Entscheidung IV/M.873 der Kommission vom 11. März 1997, Bank Austria/Creditanstalt(184), mit 4,8 % angesetzt wurde.

583 In diesem Stadium der Untersuchung liegen mir folgende Angaben vor(185) :

>lt>3

584 Nun ist eine Neueinteilung der Rechtsmittelführerinnen in Kategorien unter Berücksichtigung ihrer eigenen Marktanteile vorzunehmen (Korrektur Nr. 2).

585 In Bezug auf die Erste Bank/GiroCredit bin ich der Meinung, dass die Verantwortung für die Zuwiderhandlung, die die GiroCredit als Geschäftsbank, nicht aber als Spitzeninstitut des Sparkassensektors seit dem 1. Januar 1995 begangen hatte, nach der Übernahme der GiroCredit im Oktober 1997 durch die Erste Bank auf diese übergegangen ist. Daher sind die eigenen Marktanteile der Ersten Bank und der GiroCredit zu berücksichtigen, die sich zusammen auf 11,8 % belaufen.

586 Dementsprechend zählt die Erste Bank/GiroCredit nach der Fusion meines Erachtens nunmehr zur zweiten Kategorie. Für diese Kategorie hat die Kommission eine Geldbuße mit einem Grundbetrag von 12,5 Mio. Euro festgelegt, den ich inzwischen auf 10 Mio. Euro berichtigt und herabgesetzt habe.

587 Die Marktanteile der RZB und der ÖVAG belaufen sich auf 2 % bzw. auf 1 %. Diese beiden Unternehmen sind meines Erachtens in die vierte Kategorie einzustufen. Für diese Kategorie hat die Kommission eine Geldbuße mit einem Grundbetrag von 3,13 Mio. Euro festgesetzt, den ich inzwischen wegen fehlenden Nachweises konkreter Auswirkungen des Kartells auf den Markt auf 2,5 Mio. Euro berichtigt und herabgesetzt habe.

588 Ich gebe hier die neue Einstufung der Ersten Bank, der RZB und der ÖVAG in Kategorien sowie den Grundbetrag der meines Erachtens gegen sie nach Maßgabe der Schwere der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldbuße wieder:

>lt>4

589 Nun ist die endgültige Höhe der gegen sämtliche Rechtsmittelführerinnen festgesetzten Geldbuße unter Berücksichtigung erstens der von der Kommission wegen der Dauer der Zuwiderhandlung vorgenommenen Erhöhung zu bestimmen.

590 Die aufgrund der Schwere der Zuwiderhandlung ermittelten Ausgangsbeträge wurden mit Ausnahme des Grundbetrags für die Erste Bank vor ihrer Fusion mit der GiroCredit (EÖ) alle um 35 % erhöht. Bei diesem Unternehmen nahm die Kommission nur eine Erhöhung um 30 % vor, da die Dauer seiner Beteiligung als Geschäftsbank an der Zuwiderhandlung nur drei Jahre betrug(186) .

591 Es ist zweitens zu berücksichtigen, dass die Kommission keine mildernden oder erschwerenden Umstände anerkannt hat(187), gleichwohl aber den Unternehmen, an die die streitige Entscheidung gerichtet war, in Anwendung der Mitteilung über Zusammenarbeit eine Ermäßigung um 10 % zubilligte(188) .

>lt>5

592 Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, den Endbetrag der gegen die BA?CA, die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG jeweils verhängten Geldbuße wie folgt festzusetzen:

- BA?CA: 24 300 000 Euro,
- Erste Bank: 18 000 000 Euro,
- RZB: 3 037 000 Euro,
- ÖVAG: 3 037 000 Euro.

XI – Kosten

593 Nach Art. 122 Abs. 1 seiner Verfahrensordnung entscheidet der Gerichtshof über die Kosten, wenn das Rechtsmittel begründet ist und er selbst den Rechtsstreit endgültig entscheidet.

594 Nach Art. 69 § 2 Abs. 1 der Verfahrensordnung, der gemäß Art. 118 der Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren anwendbar ist, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

595 Nach Art. 69 § 3 Abs. 1 der Verfahrensordnung kann der Gerichtshof jedoch die Kosten teilen oder beschließen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt und teils unterliegt oder wenn ein außergewöhnlicher Grund gegeben ist.

596 In den vorliegenden Rechtssachen ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsmittelführerinnen hinsichtlich der Mehrzahl ihrer Anträge unterlegen sind.

597 Die Nichtigkeitsgründe, die die Rechtsmittelführerinnen vorgebracht haben, um eine Nichtigerklärung der gesamten streitigen Entscheidung zu erwirken, sind meines Erachtens nämlich zurückzuweisen. Nach meiner Meinung haben die Rechtsmittelführerinnen eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG, wie sie die Kommission in Art. 1 der Entscheidung festgestellt hat, tatsächlich begangen. Die Anfechtungsgründe, die die Rechtsmittelführerinnen vorgebracht haben, um eine Herabsetzung des Grundbetrags der von der Kommission in Art. 3 der streitigen Entscheidung festgesetzten Geldbuße zu erwirken, führen meines Erachtens zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Nichtigerklärung von Art. 3 der streitigen Entscheidung. Der Grundbetrag der Geldbuße wurde jedoch nur im Hinblick auf zwei Beurteilungskriterien geändert.

598 In Anbetracht des fehlenden Nachweises konkreter Auswirkungen des Kartells auf den Markt wurde die Höhe der Geldbuße für die vier Rechtsmittelführerinnen geändert. Darüber hinaus kamen die Erste Bank, die RZB und die ÖVAG unter Berücksichtigung von Rechtsfehlern, die der Kommission im Rahmen ihrer Einstufung in Kategorien für die Zwecke der Würdigung der Schwere der Zuwiderhandlung unterlaufen sind, in den Genuss einer weiteren Herabsetzung ihrer Geldbuße.

599 Demnach schlage ich dem Gerichtshof vor, der BA?CA ihre eigenen Kosten sowie 80 % der Kosten aufzuerlegen, die der Kommission entstanden sind.

600 Hinsichtlich der Ersten Bank, der RZB und der ÖVAG schlage ich dem Gerichtshof vor, ihnen ihre eigenen Kosten sowie 70 % der Kosten aufzuerlegen, die der Kommission entstanden sind.

XII – Ergebnis

601 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich daher dem Gerichtshof folgende Entscheidung vor:

1. Das Urteil des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 14. Dezember 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich u. a./Kommission (T?259/02 bis T?264/02 und T?271/02), wird insoweit aufgehoben, als es

– mit einem Rechtsfehler behaftet ist, da das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften befunden hat, dass die Kommission der Europäischen Gemeinschaften für die Beurteilung der Schwere

der Zuwiderhandlung und die Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße aus der bloßen Umsetzung des Kartells auf das Vorliegen konkreter Auswirkungen auf den Markt habe schließen dürfen, sowie

– einen Rechtsfehler und eine widersprüchliche Begründung aufweist, da das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften befunden hat, dass die Kommission der Europäischen Gemeinschaften für die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und die Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße der Ersten Bank der oesterreichischen Sparkassen AG, der Raiffeisen Zentralbank Österreich AG und der Österreichische Volksbanken AG die Marktanteile der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren habe zurechnen dürfen, obwohl sie ihnen deren Zuwiderhandlung nicht zugerechnet habe.

2. Im Übrigen werden die Rechtsmittel zurückgewiesen.

3. Den beim Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften erhobenen Nichtigkeitsklagen auf Nichtigerklärung der Entscheidung 2004/138/EG der Kommission vom 11. Juni 2002 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag in der Sache COMP/36.571/D-1 – Österreichische Banken („Lombard-Club“) wird insoweit stattgegeben, als

– die Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG, die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, die Bank Austria Creditanstalt AG und die Österreichische Volksbanken AG beantragen, Art. 3 der Entscheidung 2004/138 für nichtig zu erklären, da die Kommission der Europäischen Gemeinschaften für die Zwecke der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung keine konkreten Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt nachgewiesen und die Höhe der entsprechenden Geldbuße falsch bemessen habe, und insoweit, als

– die Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG, die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG und die Österreichische Volksbanken AG beantragen, Art. 3 der Entscheidung 2004/138 für nichtig zu erklären, da die Kommission der Europäischen Gemeinschaften ihnen für die Zwecke der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung und die Festsetzung des Grundbetrags der Geldbuße den Marktanteil der Banken ihrer dezentralisierten Sektoren zugerechnet habe.

4. Die Höhe der in Art. 3 der Entscheidung 2004/138 festgesetzten Geldbußen wird wie folgt geändert:

– In der Rechtssache C-125/07 P wird die gegen die Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG festgesetzte Geldbuße auf 18 000 000 Euro herabgesetzt;

– in der Rechtssache C-133/07 P wird die gegen die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG festgesetzte Geldbuße auf 3 037 000 Euro herabgesetzt;

– in der Rechtssache C-135/07 P wird die gegen die Bank Austria Creditanstalt AG festgesetzte Geldbuße auf 24 300 000 Euro herabgesetzt, und

– in der Rechtssache C-137/07 P wird die gegen die Österreichische Volksbanken AG festgesetzte Geldbuße auf 3 037 000 Euro herabgesetzt.

5. In den Rechtssachen C-125/07 P, C-133/07 P und C-137/07 P tragen die Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG, die Raiffeisen Zentralbank Österreich AG und die Österreichische Volksbanken AG jeweils ihre eigenen Kosten sowie 70 % der Kosten, die der Kommission der Europäischen Gemeinschaften entstanden sind. Diese trägt ihre eigenen Kosten zu 30 % selbst.

6. In der Rechtssache C-135/07 P trägt die Bank Austria Creditanstalt AG ihre eigenen Kosten sowie 80 % der Kosten, die der Kommission der Europäischen Gemeinschaften entstanden sind. Diese trägt ihre eigenen Kosten zu 20 % selbst.

(1) .

(2) – Im Folgenden: Erste Bank.

(3) – Im Folgenden: RZB.

(4) – Im Folgenden: BA?CA. Die BA-CA ist ein Kreditinstitut, das aus der im September 1998 durchgeführten Fusion der Bank Austria AG (BA) mit der Creditanstalt AG (CA) hervorgegangen ist. Die Firma wurde am 13. August 2002 geändert.

(5) – Im Folgenden: ÖVAG.

(6) – T?259/02 bis T?264/02 und T?271/02 (Slg. 2006, II?5169, im Folgenden: angefochtenes Urteil).

(7) – Entscheidung vom 11. Juni 2002 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag in der Sache COMP/36.571/D-1 – Österreichische Banken („Lombard-Club“) (ABl. 2004, L 56, S. 1, im Folgenden: streitige Entscheidung).

(8) – Verordnung vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81] und [82] des Vertrages (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204), in ihrer durch die Verordnung (EG) Nr. 1216/1999 des Rates vom 10. Juni 1999 (ABl. L 148, S. 5) geänderten Fassung (im Folgenden: Verordnung Nr. 17). Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Verordnung durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1) ersetzt wurde.

(9) – Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden (ABl. 1998, C 9, S. 3, im Folgenden: Leitlinien).

(10) – ABl. C 207, S. 4, im Folgenden: Mitteilung über Zusammenarbeit.

(11) – BGBl. 1993/3903.

(12) – Wie das Gericht in Randnr. 6 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, wird in Österreich zwischen Banken mit einstufiger Struktur und Bankengruppen mit mehrstufiger, auch als „dezentralisiert“ bezeichneter Struktur unterschieden.

(13) – Urteil vom 28. Mai 1998, Deere/Kommission (C?7/95 P, Slg. 1998, I?3111, Randnr. 19 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(14) – Urteil vom 21. September 2006, JCB Service/Kommission (C?167/04 P, Slg. 2006, I?8935, Randnr. 114 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(15) – Vgl. u. a. Urteil vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u. a./Kommission (C?204/00 P, C?205/00 P, C?211/00 P, C?213/00 P, C?217/00 P und C?219/00 P, Slg. 2004, I?123, Randnr. 51 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(16) – Urteil vom 18. Januar 2007, PKK und KNK/Rat (C?229/05 P, Slg. 2007, I?439, Randnr. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(17) – Urteile JCB Service/Kommission (Randnr. 107 und die dort angeführte Rechtsprechung) und vom 10. Mai 2007, SGL Carbon/Kommission (C?328/05 P, Slg. 2007, I?3921, Randnr. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(18) – Vgl. u. a. Urteile JCB Service/Kommission (Randnr. 106 und die dort angeführte Rechtsprechung) und SGL Carbon/Kommission (Randnr. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(19) – Vgl. Urteile vom 17. Dezember 1998, Baustahlgewebe/Kommission (C?185/95 P, Slg. 1998, I?8417, Randnr. 128), vom 29. April 2004, British Sugar/Kommission (C?359/01 P, Slg. 2004, I?4933, Randnr. 47), vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission (C?189/02 P, C?202/02 P, C?205/02 P bis C?208/02 P und C?213/02 P, Slg. 2005, I?5425, Randnr. 244), und vom 8. Februar 2007, Groupe Danone/Kommission (C?3/06 P, Slg. 2007, I?1331, Randnr. 69).

(20) – Vgl. u. a. Urteile Baustahlgewebe/Kommission (Randnr. 129), British Sugar/Kommission (Randnr. 48) und Dansk Rørindustri u. a./Kommission (Randnr. 245).

(21) – Vgl. Urteil PKK und KNK/Rat (Randnr. 35).

(22) – Vgl. u. a. Urteile JCB Service/Kommission (Randnr. 108 und die dort angeführte Rechtsprechung) sowie PKK und KNK/Rat (Randnr. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(23) – Ich verweise hierzu auf die Ausführungen in den Randnrn. 53 ff. des Urteils Aalborg Portland u. a./Kommission.

(24) – Vgl. hierzu Entscheidung Nr. 2000-D-28 des Conseil de la concurrence (Wettbewerbsrat) vom 19. September 2000 zur Wettbewerbssituation im Sektor für Immobiliendarlehen (BOCCRF Nr. 13 vom 5. Dezember 2000) und das Urteil der Cour d'appel de Paris vom 27. November 2001 über die von der SA Caisse nationale du crédit agricole, der SA Société générale, der SA BNP Paribas, der SA Crédit lyonnais, der Confédération nationale du crédit mutuel, der Fédération du crédit mutuel océan, der Caisse régionale du Crédit agricole de la Loire-Atlantique, der SA Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP) und der Caisse d'épargne des Alpes gegen die Entscheidung Nr. 2000-D-28 des Conseil de la concurrence vom 19. September 2001 zur Wettbewerbssituation im Sektor für Immobiliendarlehen eingelegte Beschwerde (BOCCRF Nr. 2 vom 31. Januar 2002).

(25) – Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 28. März 1984, Compagnie royale asturienne des mines und Rheinzink/Kommission (29/83 und 30/83, Slg. 1984, 1679, Randnr. 9).

(26) – Urteil vom 2. Oktober 2003, ARBED/Kommission (C-176/99 P, Slg. 2003, I-10687, Randnr. 21).

(27) – Vgl. Urteil vom 18. Oktober 1989, Orkem/Kommission (374/87, Slg. 1989, 3283, Randnr. 27).

(28) – Urteil vom 21. September 1989, Hoechst/Kommission (46/87 und 227/88, Slg. 1989, 2859, Randnr. 15).

(29) – Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 28. März 2000, Krombach (C-77/98, Slg. 2000, I-1935, Randnrn. 25 und 26), und vom 6. März 2001, Connolly/Kommission (C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611, Randnrn. 37 und 38).

(30) – Vgl. Urteil Orkem/Kommission (Randnr. 35).

(31) – Vgl. Urteile vom 7. Juni 1983, Musique Diffusion française u. a./Kommission (100/80 bis 103/80, Slg. 1983, 1825, Randnr. 10), und vom 6. April 1995, BPB Industries und British Gypsum/Kommission (C-310/93 P, Slg. 1995, I-865, Randnr. 21).

(32) – Vgl. Urteil Musique Diffusion française u. a./Kommission (Randnr. 14).

(33) – Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. November 1987, British American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission (142/84 und 156/84, Slg. 1987, 4487, Randnr. 70).

(34) – Vgl. Urteil Musique Diffusion française u. a./Kommission (Randnr. 14).

(35) – Diese zweite Voraussetzung besteht darin, dass eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstößt, wenn sie „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweck[t] oder bewirk[t]“. Danach ist erstens zu prüfen, ob die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise einen wettbewerbswidrigen Zweck hat. Ist dies wie in den vorliegenden Rechtssachen der Fall, so gilt das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG unabhängig von jeglicher Wirkung (Randnrn. 426 bis 429 der streitigen Entscheidung). Bezweckt sie keine Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, ist zu prüfen, ob sie solches bewirkt (vgl. u. a. Urteile des Gerichtshofs vom 28. Februar 1991, Delimitis, C-234/89, Slg. 1991, I-935, Randnr. 13), und des Gerichts vom 13. Dezember 2001, Krupp Thyssen Stainless und Acciai speciali Terni/Kommission (T-45/98 und T-47/98, Slg. 2001, II-3757, Randnr. 152).

(36) – Urteil vom 23. November 2006, Asnef-Equifax und Administración del Estado (C-238/05, Slg. 2006, I-11125, Randnr. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(37) – Urteile vom 28. April 1998, Javico (C?306/96, Slg. 1998, I?1983, Randnr. 16), und Asnef-Equifax und Administración del Estado (Randnr. 34). Vgl. auch Urteile vom 29. Oktober 1980, Van Landewyck u. a./Kommission (209/78 bis 215/78 und 218/78, Slg. 1980, 3125, Randnr. 170), und vom 17. Juli 1997, Ferriere Nord/Kommission (C?219/95 P, Slg. 1997, I?4411, Randnr. 20).

(38) – Ebd.

(39) – Urteil Asnef-Equifax und Administración del Estado (Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(40) – Urteile vom 1. Februar 1978, Miller/Kommission (19/77, Slg. 1978, 131, Randnr. 15), und Ferriere Nord/Kommission (Randnr. 19). Vgl. auch Urteil vom 21. Januar 1999, Bagnasco u. a. (C?215/96 und C?216/96, Slg. 1999, I?135, Randnr. 48).

(41) – Vgl. Urteil vom 9. Juli 1969, Völk (5/69, Slg. 1969, 295, Randnr. 5), und Urteile Miller/Kommission (Randnr. 15) sowie Asnef-Equifax und Administración del Estado (Randnr. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(42) – Urteil Javico (Randnr. 17 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(43) – Hervorhebung nur hier.

(44) – Urteile vom 26. November 1975, Fabricants de papiers peints/Kommission (73/74, Slg. 1975, 1491, Randnr. 25), sowie Asnef-Equifax und Administración del Estado (Randnr. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(45) – Urteile Fabricants de papiers peints/Kommission (Randnr. 26), vom 11. Juli 1985, Remia u. a./Kommission (42/84, Slg. 1985, 2545, Randnr. 22), vom 18. Juni 1998, Kommission/Italien (C?35/96, Slg. 1998, I?3851, Randnr. 48), vom 19. Februar 2002, Wouters u. a. (C?309/99, Slg. 2002, I?1577, Randnr. 95), sowie Asnef-Equifax und Administración del Estado (Randnr. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(46) – Randnr. 6.

(47) – Vgl. Randnr. 160 des angefochtenen Urteils.

(48) – Vgl. insbesondere die Schilderungen in Randnr. 431 der streitigen Entscheidung.

(49) – Es ist insoweit daran zu erinnern, dass die Zweite Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG (ABl. L 386, S. 1) in der durch die Richtlinie 95/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 1995 (ABl. L 168, S. 7) geänderten Fassung den Zugang der europäischen Banken zu den Bankenmärkten der anderen Mitgliedstaaten als des Herkunftsstaats durch die Harmonisierung der Bedingungen für die Ausübung der Banktätigkeit, die Festlegung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung der von den Mitgliedstaaten den Kreditinstituten erteilten Genehmigungen für die Ausübung der Banktätigkeit und die Einrichtung ihrer Kontrolle allein durch den Herkunftsmitgliedstaat erleichtert hat.

(50) – Nach Art. 43 EG gelangen die Kreditinstitute wie alle Wirtschaftsteilnehmer in den Genuss der Niederlassungsfreiheit.

(51) – Nach Art. 49 EG kommt auch dem Bankensektor die Dienstleistungsfreiheit mit der Möglichkeit zugute, derartige Dienstleistungen ohne jede Diskriminierung für in anderen Mitgliedstaaten wohnende Personen zu erbringen. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass gemäß Art. 51 Abs. 2 EG die Liberalisierung der mit dem Kapitalverkehr verbundenen Dienstleistungen der Banken und Versicherungen im Einklang mit der Liberalisierung des Kapitalverkehrs durchgeführt wird.

(52) – Vgl. hierzu Urteile Baustahlgewebe/Kommission (Randnr. 58) und vom 8. Juli 1999, Kommission/Anic Partecipazioni (C?49/92 P, Slg. 1999, I?4125, Randnr. 86). Vgl. auch Art. 2 der

Verordnung Nr. 1/2003, wonach in allen einzelstaatlichen und gemeinschaftlichen Verfahren zur Anwendung des Art. 81 EG die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 Abs. 1 EG der Partei oder der Behörde obliegt, die diesen Vorwurf erhebt.

(53) – Urteil des Gerichts vom 14. Mai 1997 (T²77/94, Slg. 1997, II²759).

(54) – T²29/92 (Slg. 1995, II²289).

(55) – Urteil vom 15. Dezember 1994, DLG (C²250/92, Slg. 1994, I²5641, Randnr. 54), sowie Urteile Van Landewyck/Kommission (Randnr. 170) und Remia u. a./Kommission (Randnr. 22), Ferriere Nord/Kommission (Randnr. 20), Javico (Randnr. 16), Bagnasco u. a. (Randnr. 47) und British Sugar/Kommission (Randnr. 27).

(56) – Vgl. u. a. Urteile vom 25. November 1971, Béguelin (22/71, Slg. 1971, 949, Randnr. 18), und Javico (Randnr. 17).

(57) – Urteil VGB u. a./Kommission (Randnr. 140).

(58) – Urteil vom 25. Februar 1986 (193/83, Slg. 1986, 611).

(59) – Randnr. 96.

(60) – Urteile des Gerichts vom 15. März 2000, Cimenteries CBR u. a./Kommission, T²25/95, T²26/95, T²30/95 bis T²32/95, T²34/95 bis T²39/95, T²42/95 bis T²46/95, T²48/95, T²50/95 bis T²65/95, T²68/95 bis T²71/95, T²87/95, T²88/95, T²103/95 und T²104/95, Slg. 2000, II²491, Randnr. 833), vom 6. Juli 2000, Volkswagen/Kommission (T²62/98, Slg. 2000, II²2707, Randnr. 230), und vom 11. Dezember 2003, Adriatica di Navigazione/Kommission (T²61/99, Slg. 2003, II²5349, Randnr. 27).

(61) – ABl. 1990, L 257, S. 13.

(62) – Urteil des Gerichts vom 10. März 1992, SIV u. a./Kommission (T²68/89, T²77/89 und T²78/89, Slg. 1992, II²1403, Randnr. 159).

(63) – Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. 1997, C 372, S. 5, im Folgenden: Bekanntmachung über die Marktdefinition).

(64) – Randnrn. 10 und 25 der Bekanntmachung über die Marktdefinition.

(65) – Urteil SPO u. a./Kommission.

(66) – Bekanntlich kann nämlich ein wettbewerbswidriges Verhalten auch allein aufgrund seines Zwecks unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen. Vgl. zur Veranschaulichung Urteile Cimenteries CBR u. a./Kommission (Randnr. 1094) und des Gerichts vom 25. Oktober 2005, Groupe Danone/Kommission (T²38/02, Slg. 2005, II²4407, Randnr. 99).

(67) – Diese Rechtsprechung scheint mir unter dem Gesichtspunkt der Rechte und der Rechtssicherheit der Unternehmen angreifbar zu sein. Erlässt die Kommission eine Entscheidung, wie sie sie in den vorliegenden Rechtssachen erlassen hat, in der sie die Beteiligung von Unternehmen an einer komplexen, kollektiven und ununterbrochenen Zuwiderhandlung feststellt, muss sie meiner Meinung nach berücksichtigen, dass diese Entscheidung zur persönlichen Verantwortlichkeit jedes ihrer Adressaten im Hinblick auf seine Beteiligung an der Zuwiderhandlung führen kann, die klar umrissen sein muss. Da diese Entscheidung zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen kann, hat die Kommission den relevanten Markt in der Entscheidung genau zu bestimmen.

(68) – Beschluss vom 16. Februar 2006, Adriatica di Navigazione/Kommission (C²111/04 P, Randnr. 31).

(69) – Vgl. u. a. Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (ABl. L 304, S. 7).

(70) – Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (*de minimis*) (ABl. 2001, C 368, S. 13).

(71) – Vgl. u. a. Urteil *Cimenteries CBR u. a./Kommission* (Randnr. 834 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(72) – Die Kommission räumt in Nr. 22 der Bekanntmachung über die Marktdefinition im Übrigen ein, dass sie in bestimmten Sektoren, wie der Papierbranche, in der nach Ansicht der Verbraucher die unterschiedlichen Qualitäten nicht austauschbar sind, nicht für Papier unterschiedlicher Beschaffenheit und unterschiedlichen Verwendungszwecks jeweils einen gesonderten Markt abgrenze. In einem solchen Fall gehörten die verschiedenen Papierqualitäten alle zu ein und demselben Markt, und die entsprechenden Umsatzzahlen gingen in die Schätzung der Gesamtbedeutung des Marktes ein.

(73) – Urteil *Asnef-Equifax und Administración del Estado* (Randnr. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(74) – Hervorhebung nur hier.

(75) – Randnr. 15 dieses Urteils.

(76) – Vgl. Nr. 96 dieser Schlussanträge.

(77) – Vgl. Urteil *Asnef-Equifax und Administración del Estado* (Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(78) – Vgl. Urteile *Ferriere Nord/Kommission* (Randnr. 19) und *Bagnasco u. a.* (Randnr. 48).

(79) – Vgl. u. a. Urteil vom 11. Dezember 2007, *ETI u. a.* (C?280/06, Slg. 2007, I?10893, Randnr. 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(80) – Vgl. u. a. Urteil *Kommission/Anic Partecipazioni* (Randnr. 78).

(81) – Vgl. Urteile vom 16. November 2000, *KNP BT/Kommission* (C?248/98 P, Slg. 2000, I-9641, Randnr. 71), *Cascades/Kommission* (C?279/98 P, Slg. 2000, I?9693, Randnr. 78), *Stora Kopparbergs Bergslags/Kommission* (C?286/98 P, Slg. 2000, I?9925, Randnr. 37), *SCA Holding/Kommission* (C?297/98 P, Slg. 2000, I?10101, Randnr. 25) und *ETI u. a.* (Randnr. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(82) – Vgl. u. a. Urteil *SCA Holding/Kommission* (Randnr. 25).

(83) – Vgl. u. a. Urteil *Kommission/Anic Partecipazioni* (Randnr. 145).

(84) – Nach Auffassung des Gerichtshofs wird in einer solchen Situation nämlich das Ziel, gegen die Wettbewerbsregeln verstoßende Verhaltensweisen zu ahnden und ihrer Wiederholung durch abschreckende Sanktionen vorzubeugen, beeinträchtigt (vgl. Urteil *ETI u. a.*, Randnr. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(85) – Urteil des Gerichts vom 20. April 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission* (T?305/94 bis T?307/94, T?313/94 bis T?316/94, T?318/94, T?325/94, T?328/94, T?329/94 und T?335/94, Slg. 1999, II?931, Randnr. 953).

(86) – Vgl. u. a. Urteile vom 16. November 2000, *Metsä-Serla u. a./Kommission* (C?294/98 P, Slg. 2000, I?10065, Randnr. 27), und vom 2. Oktober 2003, *Aristrain/Kommission* (C?196/99 P, Slg. 2003, I?11005, Randnr. 96).

(87) – Den Feststellungen des Gerichts in Randnr. 7 des angefochtenen Urteils ist zu entnehmen, dass sich die Aktien der GiroCredit mehrheitlich im Besitz der Bank-Austria-Gruppe befanden.

(88) – Das Gericht hat diese Rechtsprechung in den Randnrn. 323 bis 326 und 330 bis 333 des angefochtenen Urteils klar dargelegt.

(89) – Die fraglichen Verhaltensweisen fielen vom 1. Januar 1995 an unter Art. 81 Abs. 1 EG. Die Erste Bank erwarb die GiroCredit im Mai 1997. Die beiden Einheiten schlossen sich im Oktober 1997 zusammen.

(90) – Diese Methode wird in den Nrn. 9 bis 13 dieser Schlussanträge geschildert.

(91) – Vgl. entsprechend Urteil vom 29. Juni 2006, SGL Carbon/Kommission (C-308/04 P, Slg. 2006, I-5977, Randnr. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(92) – Hierzu ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, dass die Schwere der Zuwiderhandlungen anhand einer Vielzahl von Gesichtspunkten zu ermitteln sei, ohne dass es eine zwingende oder abschließende Liste von Kriterien gäbe, die auf jeden Fall berücksichtigt werden müssten (Urteile Ferriere Nord/Kommission, Randnr. 33, und Dansk Rørindustri u. a./Kommission, Randnrn. 240 und 241).

(93) – Vgl. Urteile vom 15. Juli 1970, ACF Chemiefarma/Kommission (41/69, Slg. 1970, 661, Randnr. 176), und vom 16. Dezember 1975, Suiker Unie u. a./Kommission (40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Slg. 1975, 1663, Randnr. 612), sowie Urteile Ferriere Nord/Kommission (Randnr. 38), Aalborg Portland u. a./Kommission (Randnrn. 90 und 91 sowie die dort angeführte Rechtsprechung) und Dansk Rørindustri u. a./Kommission (Randnrn. 241 und 242 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(94) – In den Randnrn. 209 bis 213 des Urteils Dansk Rørindustri u. a./Kommission hat der Gerichtshof daran erinnert, dass die Leitlinien die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen schafften und ihnen ermöglichten, die von der Kommission bei der Anwendung von Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 verwendeten Berechnungsmethoden in Erfahrung zu bringen.

(95) – Vgl. u. a. Urteile des Gerichtshofs vom 2. Oktober 2003, Thyssen Stahl/Kommission (C-194/99 P, Slg. 2003, I-10821, Randnr. 118), des Gerichts vom 12. Juli 2001, Tate & Lyle u. a./Kommission (T-202/98, T-204/98 und T-207/98, Slg. 2001, II-2035, Randnr. 103), und vom 19. März 2003, CMA CGM u. a./Kommission (T-213/00, Slg. 2003, II-913, Randnr. 262).

(96) – T-203/01 (Slg. 2003, II-4071).

(97) – Randnrn. 258 und 259.

(98) – Urteil Thyssen Stahl/Kommission (Randnr. 118).

(99) – Vgl. auch Urteil des Gerichts vom 26. April 2007, Bolloré u. a./Kommission, (T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 und T-136/02, Slg. 2007, II-947, Randnr. 447). Dieses Urteil ist Gegenstand von derzeit beim Gerichtshof anhängigen Rechtsmitteln (C-322/07 P, C-327/07 P und C-338/07 P). Diese Rechtsmittel betreffen jedoch nicht diesen Punkt.

(100) – Randnrn. 53 und 62.

(101) – Vgl. Urteile Suiker Unie u. a./Kommission (Randnrn. 619 und 620) und des Gerichts vom 8. Oktober 2008, Carbone Lorraine/Kommission (T-73/04, Slg. 2008, II-0000, Randnr. 83 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(102) – Urteil Thyssen Stahl/Kommission (Randnr. 118).

(103) – Vgl. auch Urteil Bolloré u. a./Kommission (Randnr. 447) und das angefochtene Urteil (Randnr. 240).

(104) – Urteile des Gerichts vom 27. September 2006, Roquette Frères/Kommission (T-322/01, Slg. 2006, II-3137, Randnrn. 71 bis 80, speziell Randnr. 75, sowie Randnrn. 133 bis 144), Jungbunzlauer/Kommission (T-43/02, Slg. 2006, II-3435, Randnrn. 151 bis 163, speziell Randnr. 155), Archer Daniels Midland/Kommission (T-59/02, Slg. 2006, II-3627, im Folgenden Urteil Archer Daniels Midland II, Randnrn. 157 bis 168, speziell Randnr. 161), vom 8. Juli 2008, Knauf Gips/Kommission

(T⁵²/03, Slg. 2008, II⁰⁰⁰⁰, Randnrn. 388 bis 415, speziell Randnr. 392), BPB/Kommission (T⁵³/03, Slg. 2008, II⁰⁰⁰⁰, Randnrn. 297 bis 322, speziell Randnr. 301) und Lafarge/Kommission (T⁵⁴/03, Slg. 2008, II⁰⁰⁰⁰, Randnrn. 575 bis 604, speziell Randnr. 583).

(105) – Urteil des Gerichts vom 5. April 2006, Degussa/Kommission (T²⁷⁹/02, Slg. 2006, II⁸⁹⁷, Randnr. 231).

(106) – Ebd.

(107) – Im Rahmen des gegen dieses Urteil eingelegten Rechtsmittels wurde der Gerichtshof mit diesem Punkt nicht befasst.

(108) – Urteil des Gerichts vom 27. Juli 2005 (T⁴⁹/02 bis T⁵¹/02, Slg. 2005, II³⁰³³).

(109) – Urteile Groupe Danone/Kommission (Randnr. 150) und Brasserie nationale/Kommission (Randnrn. 178 und 179) sowie das angefochtene Urteil (Randnr. 240).

(110) – Angefochtenes Urteil (Randnr. 285).

(111) – Ebd. (Randnr. 286 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(112) – Ebd. (Randnr. 287 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(113) – T⁴¹⁰/03 (Slg. 2008, II⁰⁰⁰⁰, Randnrn. 345 und 348).

(114) – Randnrn. 84 bis 87.

(115) – T³⁰/05. Dieses Urteil ist derzeit Gegenstand eines beim Gerichtshof eingelegten Rechtsmittels (C⁵³⁴/07 P).

(116) – Randnr. 110.

(117) – T³²⁹/01 (Slg. 2006, II³²⁵⁵, im Folgenden: Urteil Archer Daniels Midland I).

(118) – Randnr. 77 bzw. 180.

(119) – Randnr. 78 bzw. 181.

(120) – Randnrn. 76 bis 78 bzw. 179 bis 181.

(121) – Randnrn. 156 bis 159 bzw. 162 bis 166.

(122) – Randnrn. 393 und 394 bzw. 302 und 303 sowie 585 und 586.

(123) – Urteile Roquette Frères/Kommission (Randnr. 79) und Archer Daniels Midland I (Randnr. 182).

(124) – Urteil Degussa/Kommission (Randnr. 232).

(125) – Urteile Jungbunzlauer/Kommission (Randnr. 159) und Archer Daniels Midland II (Randnrn. 165 und 166). Vgl. auch Urteile Knauf Gips/Kommission (Randnrn. 395 und 403), BPB/Kommission (Randnrn. 304 und 312) und Lafarge/Kommission (Randnrn. 587 und 594).

(126) – Urteile Jungbunzlauer/Kommission (Randnrn. 177 bis 190, speziell Randnr. 179) und Archer Daniels Midland II (Randnrn. 180 bis 192, speziell Randnr. 182). Vgl. auch den Ansatz des Gerichts im Urteil Degussa/Kommission (Randnr. 224).

(127) – Randnr. 185 und die dort angeführte Rechtsprechung.

(128) – Urteil Lafarge/Kommission (Randnrn. 587 bis 593). Vgl. auch Urteile Knauf Gips/Kommission (Randnrn. 396 bis 402) und BPB/Kommission (Randnrn. 307 bis 311).

(129) – Randnr. 240 und die dort angeführte Rechtsprechung.

(130) – Vgl. Fn. 118.

(131) – Vgl. Randnr. 286 des angefochtenen Urteils.

(132) – Urteil JCB Service/Kommission (Randnr. 205). Vgl. auch Urteil des Gerichts vom 18. Juli 2005, Scandinavian Airlines System/Kommission (T?241/01, Slg. 2005, II?2917, Randnr. 87 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(133) – Vgl. Urteil JCB Service/Kommission (Randnr. 201).

(134) – Ich erinnere daran, dass nach ständiger Rechtsprechung die Frage, ob das Gericht auf das Vorbringen der Parteien eingegangen ist und sein Urteil ordnungsgemäß begründet hat, eine Rechtsfrage darstellt, die als solche im Rahmen eines Rechtsmittels aufgeworfen werden kann (vgl. u. a. Urteil vom 7. Mai 1998, Somaco/Kommission, C?401/96 P, Slg. 1998, I?2587, Randnr. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(135) – Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. Mai 1998, Rat/de Nil und Impens (C?259/96 P, Slg. 1998, I?2915, Randnrn. 32 bis 34), und vom 17. Mai 2001, IECC/Kommission (C?449/98 P, Slg. 2001, I?3875, Randnr. 70), sowie Beschlüsse des Präsidenten des Gerichtshofs vom 19. Juli 1995, Kommission/Atlantic Container Line u. a. (C?149/95 P[R], Slg. 1995, I?2165, Randnr. 58), vom 14. Oktober 1996, SCK und FNK/Kommission (C?268/96 P[R], Slg. 1996, I?4971, Randnr. 52), und vom 25. Juni 1998, Niederländische Antillen/Rat (C?159/98 P[R], Slg. 1998, I?4147, Randnr. 70).

(136) – Vgl. die in Fn. 19 dieser Schlussanträge zitierte Rechtsprechung.

(137) – Urteil vom 6. März 2001 (C?274/99 P, Slg. 2001, I?1611).

(138) – Randnr. 120.

(139) – Randnr. 121. Vgl. auch Urteil vom 11. September 2003, Belgien/Kommission (C?197/99 P, Slg. 2003, I?8461, Randnr. 81).

(140) – Randnr. 470 der streitigen Entscheidung.

(141) – Nrn. 245 bis 251 dieser Schlussanträge.

(142) – Diese Zurechnung zur GiroCredit sei für die Zeit von 1995 bis Oktober 1997 erfolgt, als die GiroCredit das Zentralinstitut des Sektors gewesen sei, und zur Ersten Bank für den Zeitraum von Oktober 1997 bis Juni 1998, nachdem diese aufgrund der Übernahme der GiroCredit selbst das Spitzeninstitut des Sektors geworden sei.

(143) – Hervorhebung nur hier.

(144) – Randnrn. 261 und 504 bis 506 des angefochtenen Urteils.

(145) – Die Rechtsmittelführerin verweist auf die Kommissionsentscheidungen 77/327/EWG vom 19. April 1977 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/28.841 – A.B.G. gegen in den Niederlanden tätige Mineralölgesellschaften) (ABl. L 117, S. 1), 92/204/EWG vom 5. Februar 1992 in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/31.572 und 32.571 – Niederländische Bauwirtschaft) (ABl. L 92, S. 1) (vgl. Randnr. 141 der Entscheidung) und 1999/271/EG vom 9. Dezember 1998 in einem Verfahren nach Artikel 85 EG-Vertrag (IV/34.466 – Griechische Fährschiffe) (ABl. L 109, S. 24) sowie auf das Urteil Jungbunzlauer/Kommission (Randnr. 88).

(146) – C?198/01 (Slg. 2003, I?8055, Randnr. 57).

(147) – Vgl. u. a. Urteile des Gerichts vom 14. Mai 1998, BPB de Eendracht/Kommission (T?311/94, Slg. 1998, II?1129, Randnr. 309), und Archer Daniels Midland I (Randnr. 107).

(148) – Vgl. hierzu Urteil Jungbunzlauer/Kommission (Randnr. 238).

(149) – Randnr. 205. Vgl. auch Urteil Scandinavian Airlines System/Kommission (Randnr. 87 und die dort angeführte Rechtsprechung).

(150) – Urteil JCB Service/Kommission (Randnr. 201).

(151) – Randnr. 506 des angefochtenen Urteils.

- (152) – Randnrn. 558 und 559 der streitigen Entscheidung.
- (153) – Randnrn. 545 und 546 der streitigen Entscheidung.
- (154) – Randnrn. 547 bis 557 der streitigen Entscheidung.
- (155) – Randnr. 456.
- (156) – Randnrn. 393 und 394.
- (157) – Die BA?CA nimmt in ihrer Rechtsmittelschrift auf den Begriff der „hilfreichen“ Kooperation des Unternehmens Bezug. Dieser Begriff findet sich im angefochtenen Urteil nicht.
- (158) – Vgl. Urteil Groupe Danone/Kommission (Randnr. 453).
- (159) – Vgl. hierzu Urteil Jungbunzlauer/Kommission (Randnr. 238).
- (160) – Randnr. 454.
- (161) – Randnrn. 32 ff.
- (162) – Randnr. 34.
- (163) – Ebd.
- (164) – Randnr. 27.
- (165) – Vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 9. November 1983, Michelin/Kommission (322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 7), Hoechst/Kommission (Randnr. 15) und Orkem/Kommission (Randnrn. 32 und 33).
- (166) – Randnr. 33.
- (167) – Hervorhebung nur hier.
- (168) – Vgl. auch Urteil Aalborg Portland u. a./Kommission (Randnrn. 61 bis 65).
- (169) – Urteil Orkem/Kommission (Randnr. 37).
- (170) – Vgl. die in Randnr. 540 des angefochtenen Urteils angeführte Rechtsprechung und insbesondere das Urteil des Gerichts vom 20. Februar 2001, Mannesmannröhren?Werke/Kommission (T?112/98, Slg. 2001, II?729, Randnrn. 71 bis 73 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- (171) – Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. 2006, C 298, S. 17).
- (172) – Randnr. 276.
- (173) – Vgl. hierzu meine Ausführungen in Nr. 128 dieser Schlussanträge.
- (174) – Vgl. u. a. Beschluss vom 12. Dezember 2006, Autosalone Ispra/Kommission (C?129/06 P, Randnr. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- (175) – Neben den Rechtsmittelführerinnen hatten auch die Bank für Arbeit und Wirtschaft AG (im Folgenden: BAWAG), die PSK, die Niederösterreichische Landesbank?Hypothekenbank AG (im Folgenden: NÖ?Hypo) und die Raiffeisenlandesbank Niederösterreich?Wien AG (im Folgenden: RLB) eine Klage erhoben. Die RLB wurde 1997 mit der Raiffeisenbank Wien AG (im Folgenden: RBW) verschmolzen.
- (176) – Randnr. 426 der streitigen Entscheidung.
- (177) – Nr. 1 Teil A Abs. 1 und 4 der Leitlinien.
- (178) – Der Orientierungswert für die Kategorien II bis IV ist jeweils halb so hoch wie der Wert der nächsthöheren Kategorie; das Gleiche gilt für den jeweiligen Ausgangsbetrag (vgl. Randnr. 424 des angefochtenen Urteils).

(179) – Ich verweise auf die Darstellung des Parteivorbringens in den Randnrn. 339 bis 354 des angefochtenen Urteils.

(180) – Hervorhebungen nur hier.

(181) – Randnr. 9 Buchst. c der streitigen Entscheidung, angeführt in der vorstehenden Nummer dieser Schlussanträge.

(182) – Vgl. Randnrn. 58 bis 62, 358 bis 361 und 516 bis 518 der streitigen Entscheidung.

(183) – Vgl. Entscheidungen der Kommission vom 7. November 2000, COMP/M.2140, BAWAG/PSK (Randnr. 9), vom 14. November 2000, COMP/M.2125, HypoVereinsbank/Bank Austria (Randnr. 21), und vom 2. Juli 2001, COMP/M.2402, Creditanstalt/RZB/JV (Randnr. 15). Alle diese Entscheidungen sind auf der Internetseite <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases> veröffentlicht.

(184) – Auch diese Entscheidung ist auf der Internetseite <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases> zugänglich.

(185) – Die Höhe der Geldbußen ist in Mio. Euro angegeben.

(186) – Randnrn. 521 und 522 der streitigen Entscheidung.

(187) – Randnrn. 525 bis 542 der streitigen Entscheidung.

(188) – Randnrn. 543 bis 559 der streitigen Entscheidung.

Zitiervorschlag: Europäischer Gerichtshof, Schlussanträge des Generalanwalts vom 26.03.2009 – C-125/07, ECLI:EU:C:2009:192

Quelle: curia.europa.eu, abgerufen 28.07.2026

Nicht-amtliche Fassung — maßgeblich ist die Fassung in der Originalsprache (CURIA: <https://curia.europa.eu>)

Provided by nu:legal (<https://recht.nulegal.eu>), the leading open legal database: AI-first, expanding daily, German and European law and case law in full text, free, with an open API for AI agents. Text and data mining expressly permitted.

Herausgeber: Nulegal GmbH, Potsdam.

Dieses Dokument: <https://recht.nulegal.eu/rechtsprechung/eugh/2009-03-26/c-125-07>