



that Article 35(2), according to which the enforcement of competition rules may be entrusted to both national administrative and judicial authorities, empowers the Member States to allocate different powers and functions to the *Auditorat* and the Competition Council.¹²

Following the above mentioned considerations, what will therefore be the practical implications of the Court's ruling for the atypical Belgian *NCA's two-tier structure*?

The VEBIC ruling might trigger a legislative change in Belgium or simply prompt the referring court to open proceedings to the Belgian Competition Council. Nevertheless, unless the LPCE is amended, it remains *unclear which body* of the Belgian competition authority would be competent to take on the task of participating as a respondent to proceedings brought against decisions that it has taken. As the author of the contested decision, the Competition Council would be a likely candidate, but acting as respondent against its own decisions may be difficult to reconcile with its function as an administrative tribunal. The role of respondent may be more in line with the function of the *Auditorat* which brings the case before the Council. The prosecutor would, however, then have to defend a decision which may be very different from what was alleged in its report (statement of objections), without having the right to appeal the decision taken by the Council.

* Gian Marco Galletti, LL.M., is junior associate at Bonelli Erede Pappalardo.

¹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [OJ 2003, L 1/1–2].

² Article 11 of the LPCE reads: «A Competition Council is hereby established. The Council shall be an administrative court with the decision-making powers and other powers conferred on it by this Law».

³ Judgment, para. 57.

⁴ Judgment, para. 58.

⁵ Judgment, para. 60.

⁶ Judgment, paras. 62–63.

⁷ In this regard, see G. M. Galletti, Effectiveness of EU competition law vs. national procedural autonomy (VEBIC *vs.* Raad voor de Mededinging Minister van Economie, Opinion of Advocate General Mengozzi of 25 March 2010, C-439/08), ELR [2010] 202–206.

⁸ Advocate General Mengozzi was also concerned about the fact that the absence of the NCA from review proceedings would prevent the Competition Council from lodging an appeal on points of law before the *Cour de Cassation*. See no. 76 of the Advocate General's Opinion.

⁹ In this respect, see M.J. Freese, Decentralised Enforcement of EU Competition Law and the Institutional Autonomy of the Member States: a Case Commentary, 48 Common Market Law Review [2011].

¹⁰ Judgment, para. 63.

¹¹ ECHR, *Société Bouygues v. France*, No 2324/08, 20 December 2007.

¹² However, as it is noted by some commentators, enforcement by such bodies may conflict with the principle of separation of powers, especially in a context of ever increasing fines that tends to confirm the criminal nature, within the meaning of the European Charter of Human Rights, of competition enforcement proceedings. See Ed. M. Merola and Denis Waelbroeck, Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe – Time for a review of Regulation 1/2003?, GCLC Annual Conference, 11–12 June 2009, Bruylant 2010, p. 294, where the authors recommend amending Article 35(2) of the Regulation in order to guarantee that effective application of competition law does not come at the expense of due process.

II.2

Michael Hofmann und Alexander Göbel, St.Gallen*

Das hohe Gut der Integrität kartellrechtlicher Ermittlungen – der E.ON Siegelbruchfall

(E.ON Energie AG *vs.* Europäische Kommission, EuG (Achte Kammer), Urteil vom 15. Dezember 2010, T-141/08)

Der E.ON Energie AG Siegelbruchfall ist die erste eigenständige Verurteilung eines Unternehmens für ein verfahrensrechtliches Vergehen im Bereich des europäischen Kartellrechts. Wurden solche Vergehen früher im Regelfall noch im Rahmen des Verfahrens für den eigentlichen materiell-rechtlichen Verstoß berücksichtigt, so handelt es sich bei dem vorliegenden Fall um die erste eigenständige bussgeldbewährte verfahrensrechtliche Verurteilung basierend auf der Verordnung Nr. 1/2003.

Der Fall betrifft dabei nicht nur auf diesem Gebiet Neuland, sondern gibt auch in Bezug auf einige spezifische verfahrensrechtliche Fragestellungen Aufschluss über die aktuelle Gerichtspraxis.

(1) Sachverhalt und Gang des Verfahrens

Am 29. Mai 2006 führte die EU-Kommission eine *Durchsuchung* in den Geschäftsräumen der E.ON Energie AG (Klägerin) in München durch. Die Durchsuchung fand im Rahmen einer unan-





gemeldeten Nachprüfung statt, da der Verdacht bestanden hatte, dass sich die Klägerin an wettbewerbswidrigen Absprachen auf dem deutschen Strommarkt beteiligt hatte. Da aufgrund des Umfangs der Untersuchungen die Nachprüfung nicht bereits am ersten Tag abgeschlossen werden konnte, wurden die gesammelten Unterlagen in den von der Klägerin zur Verfügung gestellten Raum G.505 verbracht, dessen Tür im Anschluss durch den Leiter des Nachprüfungsteams mit einem **amtlichen Plastiksiegel** der Firma 3M Europe S.A./N.V (3M) versiegelt wurde; zusätzlich wurde der Raum verschlossen. Nach Abschluss der Versiegelung wurde ein **Versiegelungsprotokoll** angefertigt, welches sowohl vom Leiter des Nachprüfungsteams, einem Mitarbeiter des Bundeskartellamts, als auch von einem Vertreter der Klägerin unterzeichnet wurde. Der Unternehmensvertreter wurde dabei auch über die Bedeutung des Siegels sowie über die möglichen Konsequenzen eines Siegelbruchs belehrt.

Am darauf folgenden Tag stellte das Nachprüfungsteam in Gegenwart von Unternehmensvertretern und externen Rechtsanwälten fest, dass auf dem Siegel der Schriftzug «Void» erkennbar war und am unteren und rechten Rand Klebespuren sichtbar waren. Aufgrund dieser **Veränderung des Siegels** fertigte der Leiter des Nachprüfungsteams ein entsprechendes **Siegelbruchprotokoll** an, welches von je einem Vertreter der Kommission und des Bundeskartellamts unterzeichnet wurde. Auf Grundlage der angefertigten Protokolle richtete sich die Kommission am 9. August 2006 mit einem Auskunftersuchen an die Klägerin. Weitere Auskunftersuchen gingen zur Klärung einzelner Sachverhaltsfragen an die in den Büroräumen tätige Reinigungsgesellschaft, den Hersteller des Siegels 3M, die zuständige Sicherheitsfirma sowie in Form eines Fragebogens an die Beamten des Nachprüfungsteams. Zur Belegung der getätigten Aussagen beauftragten beide Seiten im Anschluss an eine Anhörung der Klägerin ferner auch mehrere Gutachten. So wurden von der Klägerin insgesamt drei Gutachten u.a. hinsichtlich der Reaktion des Siegels auf externe Belastungen bzw. in Bezug auf die Einwirkung des verwendeten Reinigungsmittels in Auftrag gegeben. Die zwei Sachverständigengutachten der Kommission hatten hingegen die Funktionsfähigkeit und Handhabung des Siegels sowie eine Beurteilung der durch die Klägerin vorgebrachten Einwände zum Inhalt. Nach Berücksichtigung aller Umstände beschloss die Kommission am 30. Januar 2008, der Klägerin eine **Geldbusse in Höhe von 38 Millionen Euro** aufzuerlegen, da diese

die zumindest fahrlässige Erbrechung des Siegels als erwiesen ansah. Die daraufhin am 24. April 2008 von der Klägerin eingereichte Nichtigkeitsklage wurde mit dem hier vorliegenden Urteil am 15. Dezember 2010 für die Klägerin negativ entschieden.

(2) Urteil

Die Klägerin trug mit ihrer Nichtigkeitsklage gem. Art. 230 Abs. 4 EG¹ insgesamt neun Klagegründe vor. Das Gericht wies jedoch alle Klagegründe zurück, so dass die Klage im Gesamten abgewiesen und die seitens der Kommission verhängte Geldbusse in Höhe von 38 Millionen Euro aufrechterhalten wurde.

(a) Verkenning der Beweislast

Mit dem ersten Klagegrund machte die Klägerin eine Verkenning der Beweislast geltend.² Insbesondere sei der **Anscheinsbeweis** der EU-Kommission für den Tatbestand des Siegelbruchs mit dem Grundsatz *in dubio pro reo* unvereinbar und stelle somit kein zulässiges Beweismittel dar. Jedenfalls sei der **Gegenbeweis** geführt, da nachgewiesen sei, dass bestimmte Umstände wie Überalterung des Siegels, Luftfeuchtigkeit, auftretende Vibrationen sowie die Einwirkung des Reinigungsmittels «Synto» das aufgetretene «Schadensbild» ebenso hätten hervorrufen können.³

Das Gericht führte dazu aus, dass nach Art. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 sowie ständiger Rechtsprechung die Beweislast im Rahmen der Anwendung der Art. 81 EG und Art. 82 EG⁴ grundsätzlich bei der Kommission liege. Dem Richter verbleibende Zweifel würden sich demnach zugunsten der Klägerin auswirken. Im vorliegenden Fall, in dem sich die Kommission auf **direkte Beweise** stütze, müsse die Klägerin aber nicht nur eine plausible Alternative des Sachverhalts dartzun, sondern auch aufzeigen, dass die von der Kommission herangezogenen Beweise nicht genügen. Eine derartige **Umkehr der Beweislast** verstosse nicht gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung.⁵ Die von der Klägerin vorgetragenen theoretischen Hinweise auf einen alternativen Geschehensablauf reichten für einen Nachweis dagegen nicht aus.

(b) Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz

Mit dem zweiten Klagegrund berief sich die Klägerin auf einen Verstoss gegen den «Untersuchungsgrundsatz».⁶ Dieser Grundsatz sei dadurch verletzt worden, dass die Kommission «offensichtlichen Unklarheiten» hinsichtlich der Zusammensetzung des Reinigungsmittels «Synto» nicht nachgegangen sei und auch die Möglichkeit der Raumbetretung durch Dritte nicht ausreichend ermittelt





habe. Das Gericht erklärte in diesem Zusammenhang jedoch, dass die Kommission gemäss des Untersuchungsgrundsatzes «sorgfältig und unparteiisch **alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls** zu untersuchen» habe.⁷ Da im vorliegenden Fall aber das Reinigungsmittel untersucht worden sei, das tatsächlich in den Räumen der Klägerin verwendet wurde und dieses Mittel keinen Einfluss auf die Funktionsweise des Siegels gehabt habe, sei eine **weitere Untersuchung** seitens der Kommission laut Aussage dieser **nicht mehr geboten** gewesen. Auch die Behauptung der Klägerin, dass Dritte Personen sich Zugang zum Raum G.505 verschafft haben könnten, bzw. der Raum auf andere Weise betreten worden sein könnte, überzeuge nicht. Entscheidend sei ferner gem. Art. 23 Abs. 1 Buchst. e) der Verordnung Nr. 1/2003 lediglich der Siegelbruch an sich, so dass sich keine weitere Untersuchungspflicht der Kommission ergebe.

(c) Unzutreffende Annahme ordnungsgemässer Siegelanbringung

Mit dem dritten Klagegrund bestritt die Klägerin, dass das Siegel ordnungsgemäss am Raum G.505 angebracht wurde, da dieses auf dem Untergrund nicht fest gehaftet haben soll.⁸ Auch eine Vorschädigung des Siegels durch Falschbehandlung könne nicht ausgeschlossen werden. Das Gericht stellte hingegen klar, dass mit dem **Versiegelungsprotokoll** hinreichend nachgewiesen sei, dass das Siegel ordnungsgemäss angebracht wurde.⁹ Nur eine ordnungsgemässe Versiegelung stelle eine Versiegelung i.S.d. Art. 20 Abs. 2 Buchst. d) der Verordnung Nr. 1/2003 dar. Ein Vertreter der Klägerin sei über die Siegelbruchbestimmungen belehrt und auf etwaige Geldbussen hingewiesen worden, so dass dieser bei eventuellen Ungeheimtheiten entsprechend reagiert hätte. Überdies sei die ordnungsgemässe Anbringung des Siegels durch sechs bei der Versiegelung anwesende Inspektoren bestätigt worden.

(d) Unzutreffende Annahme eines «auffälligen Zustands» des streitigen Siegel

Mit ihrem vierten Klagegrund rügte die Klägerin, dass der «VOID»-Schriftzug am Tag der Nachprüfung nicht über die gesamte Fläche des Siegels zu sehen gewesen sei. Vielmehr sei dieser lediglich ganz schwach und nicht durchgängig erkennbar gewesen.¹⁰ Das Gericht führte indes aus, dass gemäss des **Siegelbruchprotokolls** der Schriftzug «VOID» auf der gesamten Siegelfläche deutlich erkennbar war und Klebespuren am unteren und rechten Rand des Siegels sichtbar waren, die nur mit einem Siegelbruch begründet werden können.¹¹ Dieses Ergebnis werde durch die Aussa-

gen der acht bei der Feststellung des Siegelbruchs anwesenden Inspektoren bestätigt.

(e) Unzutreffende Annahme der Eignung der Sicherheitsfolie

Als fünften Klagegrund trug die Klägerin vor, dass die Sicherheitsfolie nicht für die amtliche Versiegelung in einem Ermittlungsverfahren geeignet sei.¹² Durch die verwendete Sicherheitsfolie werde das **Risiko einer «positiven Fehlreaktion»** hingenommen. Auch hier stellte das Gericht jedoch klar, dass die Klägerin nicht den Nachweis erbracht habe, dass solche Sicherheitsfolien für den Einsatz im Ermittlungsverfahren ungeeignet seien. Hätte die Klägerin tatsächlich Zweifel an der Eignung der Sicherheitsfolie gehabt, hätte sie diese Einwände auch schon bei der Anbringung des streitigen Siegels erhoben.¹³

(f) Verkenntung «alternativer Geschehensabläufe»

Mit dem sechsten Klagegrund machte die Klägerin die Verkenntung «alternativer Geschehensabläufe» geltend. Insbesondere sei die maximale Lagerdauer des streitigen Siegels überschritten gewesen, so dass die **Empfindlichkeit für «äussere Einflüsse»** zugenommen habe.¹⁴ Als «äussere Einflüsse» werden dabei die Einwirkung des Reinigungsmittels Synto, Luftfeuchtigkeit und Vibrationen infolge der Nutzung der Nachbarräume geltend gemacht. Auch hier führte das Gericht aus, dass die Klägerin den Beweiswert hätte erschüttern müssen und rechtlich hinreichend hätte nachweisen müssen, dass ein anderer Umstand gegeben sei. Ein derartiger Beweis sei in diesem Fall aber nicht erbracht worden. Zum einen fehle hinsichtlich der «äusseren Einflüsse» der erforderliche Nachweis über den Kausalzusammenhang zwischen einer etwaigen Überalterung und dem Auftreten der «VOID»-Schriftzüge auf der Oberfläche des Siegels. Zum anderen fehle auch der Nachweis, dass hohe Luftfeuchtigkeit oder die Verwendung von Synto zu einer «positiven Fehlreaktion» führen können. Hinsichtlich der Vibrationen sei ausserdem nicht nachgewiesen, dass im benachbarten Raum G.506 ein «reges Kommen und Gehen» geherrscht habe.¹⁵ Zudem stellte das Gericht klar, dass es im Verantwortungsbereich der Klägerin liege, die Reinigungsfirma bzw. die Belegschaft über die Bedeutung des Siegels zu informieren und sicherzustellen, dass ein derartiges Siegel nicht erbrochen werde.¹⁶

(g) Verstoss gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung

Mit dem siebten Klagegrund machte die Klägerin einen Verstoss gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung geltend, da der dem Gutachter





übersandte *Fragebogen «suggestiven Charakter»* habe und somit ernsthafte Zweifel an der Neutralität der Kommission bestünden.¹⁷ Das Gericht hingegen sah bei den Formulierungen im Fragebogen seitens der Kommission keinen Verstoss gegen die Unschuldsvermutung. Zum einen ergeben sich die Formulierungen aus dem Kontext, da der Gutachter bereits mündlich Bemerkungen abgegeben habe. Zum anderen habe der Gutachter diese Fragen auch als ergebnisoffen verstanden.¹⁸

(h) Verstoss gegen Art. 23 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003

Mit dem achten Klagegrund trug die Klägerin vor, dass die Kommission nicht deutlich gemacht habe, worin die fahrlässige Handlung der Klägerin gelegen habe.¹⁹ Die Kommission habe zu Unrecht angenommen, dass der *Klägerin Handlungen Dritter zurechenbar* seien. Ausserdem sei auch der Zweck des Siegels, nämlich die Sicherung des Aktenmaterials, nicht gefährdet worden, da kein Mitarbeiter oder Beauftragter der Klägerin die Tür des Raums G.505 geöffnet habe, was sich aus deren eidesstattlichen Versicherungen ergebe. Das Gericht bestätigte hierbei jedoch erneut, dass das Nicht-Öffnen der Tür unerheblich sei. Ferner stellte das Gericht fest, dass dem Unternehmen alle Handlungen von Mitarbeitern und Beauftragten zurechenbar sind; zu berücksichtigen sind dabei alle Personen, die unter der Leitung des Unternehmens Arbeiten verrichten. Somit sei es Sache der Klägerin, durch entsprechende Massnahmen sicherzustellen, dass auf das Siegel nicht eingewirkt werde.²⁰

(i) Verstoss gegen Art. 253 EG und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz

Mit dem neunten und letzten Klagegrund machte die Klägerin einen Verstoss gegen das Begründungsgebot in Art. 253 EG²¹ und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz geltend. Sie rügte insbesondere, dass nicht deutlich gemacht wurde, nach welchen Kriterien die verhängte Geldbusse bemessen worden sei.²² Ausserdem trafen die angeführten erschwerenden Gründe tatsächlich nicht zu; vielmehr seien mildernde Umstände nicht hinreichend berücksichtigt worden. Die *Höhe der Geldbusse stehe* ausserdem *ausser Verhältnis zum Tatvorwurf*. Das Gericht führte hingegen aus, dass zwar grundsätzlich ein Begründungserfordernis bestehe; jedoch brauchen nicht alle tatsächlich oder rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden. Im vorliegenden Fall sei auch davon auszugehen, dass der *Siegelbruch grundsätzlich als schwerwiegend einzustufen* sei und die Geldbusse eine *abschreckende Wirkung* haben müsse.²³

Erschwerende Umstände zulasten der Klägerin seien von der Kommission nicht berücksichtigt worden. Somit könne die Geldbusse von 38 Millionen Euro, was etwa *0,14% des Umsatzes der Klägerin* entspreche, aufgrund dieser Schwere der Zuwiderhandlung und des Erfordernisses der Abschreckungswirkung nicht als unverhältnismässig angesehen werden.

(3) Kommentar

Während Verfahrensverstösse bereits in der Vergangenheit zu einer Erhöhung der Geldbusse im Rahmen materiell-rechtlicher Verfahren geführt haben,²⁴ handelt es sich vorliegend um den ersten Anwendungsfall, in dem eine eigenständige Geldbusse wegen eines Siegelbruchs verhängt wurde. Die Notwendigkeit für die Anbringung eines Siegels ergibt sich überhaupt erst aus der Tatsache, dass die Kommission zwar Kopien anfertigen darf bzw. ein Einsichtsrecht²⁵ hat, dieses jedoch *nicht das Recht zur Beschlagnahme* beinhaltet.²⁶ Ein anderer Weg wurde z.B. im deutschen Kartellverfahren gewählt, wonach gem. § 58 GWB auch eine Beschlagnahme von Gegenständen zulässig ist, diese jedoch bei Einwänden des Betroffenen eine richterliche Bestätigung erforderlich macht. Aufgrund des verfahrensrechtlichen Schwerpunktes des Urteils soll im Folgenden insbesondere auf (a) die Problematik der Beweislast, (b) die Unschuldsvermutung, (c) die Fahrlässigkeit beim Siegelbruch sowie (d) die Verhältnismässigkeit des Bussgeldes eingegangen werden.

(a) (Umkehr der) Beweislast

Gemäss den Ausführungen des Gerichts liegt die Darlegungs- und Beweislast nach Art. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 sowie nach ständiger Rechtsprechung des Gerichts²⁷ bei der Kommission; d. h. sie muss das Vorliegen einer Tatsache, die eine Zuwiderhandlung darstellt, rechtlich hinreichend belegen. Eine wörtliche Anwendung von Art. 2 der Verordnung Nr. 1/2003, wie die Ausführungen des Gerichts vermuten lassen, scheidet jedoch aus, da vorliegend nicht ein materiell-rechtlicher Kartellrechtsverstoss Prüfungsgegenstand ist, sondern ein Verfahrensverstoss. Im Ergebnis ist dem Gericht aber beizupflichten, dass auch bei verfahrensrechtlichen Verstössen die Beweislast bei der Kommission liegt. Begründen lässt sich dies mit dem Rechtsgedanken aus Art. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 bzw. mit einer *analogen Anwendung* dieser Vorschrift für verfahrensrechtliche Verstösse.

Ungenauigkeiten ergeben sich auch in Bezug auf die Terminologie der Beweislastregeln. Die beweissbelastete Kommission führte vorliegend für den





Nachweis des Siegelbruchs *direkte Beweise* an. Das Gericht war durch den dadurch geführten *Hauptbeweis* von der Wahrheit der Tatsachen überzeugt; Zweifel seitens des Gerichts sind nicht ersichtlich. Ein solcher Hauptbeweis kann grundsätzlich durch einen *Gegenbeweis* erschüttert werden, indem konkrete Tatsachen behauptet und gegebenenfalls bewiesen werden. Das Gericht bezeichnet eine derartige Situation jedoch als *Umkehr der Beweislast*.²⁸ Hierbei ist aber anzumerken, dass eine «klassische Beweislastumkehr», wie sie z.B. im deutschen Prozessrecht verstanden wird, vorliegend nicht gegeben ist. Eine solche Beweislastumkehr stellt nämlich eine *Ausnahme zur gesetzlichen Beweislastverteilung* dar (hier: Ausnahme von Art. 2 der Verordnung 1/2003).²⁹ Danach läge die Beweislast von Beginn an – und nicht erst im Prozessverlauf – beim Gegner der an sich beweispflichtigen Partei, vorliegend also bei der Klägerin. Wie eben dargestellt, musste im aktuellen Fall zunächst aber die Kommission den Hauptbeweis erbringen, so dass gerade *keine Beweislastumkehr «im klassischen Sinne»* vorlag. Auch der Verweis des Gerichts auf das Urteil *Montecatini v. Kommission*³⁰ trägt nicht zur Klärung bei. Vielmehr wird im relevanten Absatz des zitierten Urteils ausgeführt, dass das Gericht «weder unzulässigerweise die Beweislast umgekehrt noch gegen die Unschuldsvermutung verstossen» hat. Trotz – diesbezüglich – überzeugenden Ergebnisses wäre daher eine noch präzisere Darstellung der Beweislastregeln bzw. deren Terminologie für das Verständnis hilfreich gewesen.

(b) Unschuldsvermutung

Die Unschuldsvermutung ergibt sich, wie vom Gericht dargestellt, aus Art. 6 Abs. 2 EMRK, der gem. Art. 6 Abs. 2 EU³¹ sowie nach gängiger Rechtsprechung³² als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts angesehen werden kann. Sie gewährt dem Beschuldigten das subjektive Recht, dass jegliche Massnahme, die seine Schuld voraussetzt, bis zu deren Nachweis in einem ordnungsgemässen Verfahren in der dafür vorgeschriebenen Form unterbleibt.³³ Auch wenn man diesen Grundsatz auf das gerichtliche Verfahren begrenzt, ist jedenfalls Vorwirkung zuzuerkennen, so dass sich bereits im Vorverfahren *willkürliche und einseitige Ermittlungsmassnahmen* verbieten.³⁴ Somit ist auch die Kommission als Ermittlungsbehörde und «Richterin» zur Neutralität verpflichtet. Aufgrund der vorliegenden Formulierungen der Kommission im Rahmen der Vorbereitung ihres Gutachtens wie «Erläutern Sie [...] warum [...] nicht in Frage stellen»³⁵ oder auch «Bitte bestätigen Sie, dass [...]

nicht [...] führen kann»³⁶ erscheint die Einhaltung der hier gebotenen Neutralität zumindest fraglich. Das Gericht rechtfertigt dies dadurch, dass sich die Neutralität der Formulierungen aus ihrem Kontext ergebe und der Gutachter die Fragen als ergebnisoffen verstanden habe und stellt somit auf den *objektiven Empfängerhorizont* ab. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es bei der Unschuldsvermutung nicht darauf ankommen kann, wie die fragliche Äusserung verstanden wurde, sondern darauf, ob sich durch die getätigte Äusserung eine gewisse Voreingenommenheit der Kommission ergibt. Für eine solche *Voreingenommenheit der Kommission* spricht auch, dass der Empfänger, hier der Sachverständige, die Fragen erst umformulieren musste, um diese neutral beantworten zu können.

(c) Fahrlässigkeit des Siegelbruchs

Entscheidend für die *Tatbestandserfüllung* gem. Art. 23 Abs. 1 Buchst. e) der Verordnung Nr. 1/2003 ist *allein das Erbrechen des Siegels*. Unerheblich ist dabei, – entgegen den Ausführungen der Klägerin – ob der Raum betreten wurde, bzw. ob Unterlagen entwendet wurden. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des Tatbestandes als auch aus dem Schutzzut des Siegels, nämlich der dadurch manifestierten hoheitlichen Autorität der Kommission. Des Weiteren ist im europäischen Kartellverfahren schon der fahrlässige Siegelbruch tatbestandserfüllend, während z. B. der Siegelbruch im deutschen Recht Vorsatz erfordert.³⁷ Die Ausweitung auf fahrlässiges Handeln kann zum einen damit begründet werden, dass es sich beim europäischen Kartellverfahren um ein Verwaltungsverfahren³⁸ und nicht um ein Strafverfahren handelt. Zum anderen spielen praktische Erwägungen eine grosse Rolle, da ein vorsätzlicher Siegelbruch deutlich schwerer nachzuweisen wäre als ein fahrlässiger. *Zurechenbar* ist dabei jede rechtswidrige Handlung eines Mitarbeiters oder Beauftragten des Unternehmens. Ein solcher Mitarbeiter und Beauftragter des Unternehmens ist aber nicht nur der jeweilige Schlüsselinhaber, sondern *jede Person, die unter der Leitung des entsprechenden Unternehmens Arbeiten verrichtet*.³⁹ Auch hinsichtlich des Fahrlässigkeitsvorwurfs vertritt das Gericht eine weite Auffassung. Um einem Fahrlässigkeitsvorwurf zu entgehen ist es für das betroffene Unternehmen erforderlich, sowohl die gesamte Belegschaft von der Bedeutung des Siegels zu unterrichten, als auch entsprechende Sicherungsvorkehrungen zum Schutz des Siegels vorzunehmen. Mit einer derartigen *besonderen Schutzpflicht* wälzt das Gericht beinahe jegliches Risiko eines Siegel-





bruchs auf das betroffene Unternehmen ab und schafft somit eine Art «Beschützergarantenstellung».⁴⁰ Für die Praxis bedeutet dies, dass das betroffene Unternehmen zukünftig alles erforderliche und zumutbare unternehmen muss, um ein Erbrechen des Siegels zu verhindern (z.B. Überwachung des Siegels durch einen Mitarbeiter).

(d) Verhältnismässigkeitsgrundsatz

Da die Klägerin die Aufhebung bzw. hilfsweise die Herabsetzung der Busse beantragt hatte, sollte schlussendlich noch einmal auf die Höhe und die Berechnung der Busse eingegangen werden. Die Höhe der Busse hat mit 38 Millionen Euro eine nicht unerhebliche Dimension erreicht, wobei es bisher noch keine Vergleichswerte gibt, da es sich, wie bereits dargestellt, um die erste eigenständige Verurteilung wegen eines Siegelbruchs handelt. Bislang wurden formelle Verstöße im Regelfall nicht separat betrachtet, sondern im Rahmen der materiellen Prüfung als erschwerender Umstand gewertet.⁴¹ Da jedoch die im vorliegenden Fall zugrunde liegenden materiell-rechtlichen Verfahren im November 2008 aufgrund einer Verpflichtungszusage gem. Artikel 9 der Verordnung Nr. 1/2003 eingestellt wurden, war ein eigenständiges Verfahren erforderlich, um ein Bussgeld verhängen zu können.⁴²

Zur **Berechnung des Bussgeldes** ist anzumerken, dass es, anders als bei Verstößen gegen materiell-rechtliche Vorschriften,⁴³ (noch) **keine Leitlinien** zur Bussgeldberechnung bei Verfahrensverstößen gibt. Die Verordnung Nr. 1/2003 nennt in Artikel 23 Abs. 3 lediglich die Notwendigkeit die Dauer und Schwere der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen. Basierend auf diesen beiden Kriterien scheint es jedoch schwierig, der Bussgeldberechnung der Kommission zu folgen. Insbesondere geht bei einem Siegelbruch das Kriterium der Dauer der Zuwiderhandlung praktisch ins Leere. Zwar führt das Gericht hinsichtlich der Schwere aus, dass ein Siegelbruch *per se* eine besonders schwere Zuwiderhandlung ist; dennoch erscheint die daraus resultierende **Höhe des Bussgeldes** von 38 Millionen Euro (0,14% des Umsatzes (bei maximal 1%)) **willkürlich**. Der Rechtsicherheit wegen käme auch hier eine **analoge Anwendung der Leitlinien für die Berechnung von materiell-rechtlichen Verstößen** in Betracht. So könnte z.B. basierend auf dem Umsatz des handelnden Unternehmens eine Basisstrafe berechnet werden, die im Anschluss entsprechend der gegebenen Umstände erhöht (z.B. bei Vorsatz) oder verringert (z.B. bei getätigten Sicherheitsmassnahmen) wird. Dass eine solche Verfahrensweise darüber hinaus auch praktikabel wäre, zeigt

die Kommission in dem Urteil bereits selbst, da sie in Bezug auf einige Kriterien (z.B. Abschreckungswirkung) bereits auf Bestandteile der Leitlinie zurückgreift. Bezüglich der besonderen Schwere des Siegelbruchs⁴⁴ ist überdies darauf hinzuweisen, dass das Gericht diesen Umstand für die Bemessung der Geldbusse als strafscharfend gewertet hat. Dadurch wurde dieses Tatbestandsmerkmal erneut bei der «Strafzumessung» berücksichtigt, so dass der Umstand eigentlich doppelt verwertet wurde.⁴⁵ Im deutschen Recht würde eine solche Vorgehensweise gegen das **Verbot der Doppelverwertung** in § 46 Abs. 3 StGB verstossen.

Wie aus dem Urteil ersichtlich wird, haben sich Unternehmen nun auch bei kartellrechtlichen Verfahrensverstößen auf Millionenstrafen einzustellen. Durch eine derart abschreckende Wirkung und den dem Unternehmen auferlegten Beweis- und Schutzpflichten sichert das Gericht einen reibungslosen Ablauf der kartellrechtlichen Ermittlungen und somit die Integrität des Verfahrens. In Anbetracht der hohen Geldbussen bei materiell-rechtlichen Kartellverstößen erscheint dies nur konsequent. Letztendlich ist das letzte Wort aber wohl noch nicht gesprochen, da die Klägerin Rechtsmittel gegen das Urteil eingelegt hat.⁴⁶

* Ass. iur. Michael Hofmann, LL.M. und Dipl. iur. oec. univ. Alexander Göbel, MBA sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht der Universität St.Gallen.

¹ Jetzt: Art. 263 AEUV.

² Urteil, Rn. 38.

³ Urteil, Rn. 45.

⁴ Jetzt: Art. 101 und 102 AEUV.

⁵ Urteil, Rn. 55.

⁶ Urteil, Rn. 65.

⁷ Urteil, Rn. 76.

⁸ Urteil, Rn. 91 f.

⁹ Urteil, Rn. 104.

¹⁰ Urteil, Rn. 126.

¹¹ Urteil, Rn. 138.

¹² Urteil, Rn. 157.

¹³ Urteil, Rn. 169.

¹⁴ Urteil, Rn. 174.

¹⁵ Urteil, Rn. 214.

¹⁶ Urteil, Rn. 208 und 216.

¹⁷ Urteil, Rn. 235.

¹⁸ Urteil, Rn. 245.

¹⁹ Urteil, Rn. 248.

²⁰ Urteil, Rn. 260.

²¹ Jetzt: Art. 296 AEUV.

²² Urteil, Rn. 265.

²³ Urteil, Rn. 279.

²⁴ So z.B. in der Entscheidung der Kommission vom 20. November 2007 in der Sache COMP/38.432 — *Video-Magnetbänder für den Fachbedarf*, Rn. 221.

²⁵ Art. 20 Abs. 2 Buchst. b) und c) der Verordnung Nr. 1/2003.

²⁶ Miersch, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, 40. Auflage (2010), Art. 20 Nachprüfungsbefugnisse der Kommission, Rn. 8.





²⁷ EuG Slg. 2007, II-3601 *Microsoft* *vs.* *Kommission*, Rn. 688; EuGH Slg. 1998, I-8417 *Baustahlgewerbe* *vs.* *Kommission*, Rn. 58.

²⁸ Urteil, Rn. 55.

²⁹ Foerste, in: *Musielak*, ZPO, 8. Auflage (2011), § 286, Rn. 37; Prütting, in: Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Auflage (2008), § 286, Rn. 123; anerkannt ist eine solche Beweislastumkehr z.B. im Bereich der Arzt- und der Produkthaftung.

³⁰ EuGH Slg. 1999, I-4539 *Montecatini* *vs.* *Kommission*, Rn. 181.

³¹ Der Grundsatz der Unschuldsvermutung ergibt sich jetzt aus: Art. 6 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 6 Abs. 2 EMRK als auch aus Art. 6 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 48 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

³² EuG Slg. 2006, II-897 *Degussa* *vs.* *Kommission*, Rn. 115; vgl. auch Klees, *Europäisches Kartellverfahrensrecht*, 2005, § 5, Rn. 22 f.

³³ Meyer-Ladewig, *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention*, 3. Auflage (2011), Rn. 212.

³⁴ Weiß, *Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren*, 1996, S. 388.

³⁵ Urteil, Rn. 241.

³⁶ Ibid.

³⁷ vgl. § 136 Abs. 2 StGB.

³⁸ Jung, in: *Grabitz/Hilf*, *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Auflage (2009), EG Art. 82 Missbrauch einer Marktherrschenden Stellung, Rn. 272 ff.

³⁹ Urteil, Rn. 258.

⁴⁰ Vgl. im deutschen Strafrecht: *Tröndle/Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57. Auflage, § 13, Rn. 5a.

⁴¹ Siehe Rn. 24.

⁴² Entscheidung der Kommission vom 26. November 2008 in Sachen COMP/39.388 und COMP/39.389.

⁴³ Europäische Kommission, *Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Art. 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, ABl. 2006 C 210/2.

⁴⁴ Urteil, Rn. 279 und 288.

⁴⁵ So auch *Softész*, *EuZW* 2011, 230 (235).

⁴⁶ Rechtssache C-89/11 *P.E.ON Energie* *vs.* *Kommission* vom 25. Februar 2011.

III.

David Rüger / Arthur Stadler, Wien*

Scarlet Extended: Vereinbarkeit von Internet-Blockiersystemen zum Urheberrechtsschutz mit europäischen Grundrechten

(Scarlet Extended SA *vs.* Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam), Schlussanträge Generalanwalt Cruz Villalón vom 14. April 2011, C-70/10)

Der EuGH wird voraussichtlich noch dieses Jahr über die Frage entscheiden, ob nationales Urheberrecht Gerichten die Befugnis einräumen darf, Anbietern von Internetzugangsdiensten im Wege einer Unterlassungsverfügung zu verpflichten, durch den Einsatz einer Filter- und Blockiersoftware den Austausch von urheberrechtlich geschützten Musik- und Filmdateien durch seine Nutzer zu unterbinden. Der Generalanwalt plädiert dafür, dass eine solche neuartige und weitreichende Pflicht jedenfalls nicht auf der Grundlage einer blossen Generalklausel verhängt werden darf.¹

(1) Sachverhalt und Verfahren

Die belgische Gesellschaft zur Verwertung von Urheberrechten in der Musikindustrie, die Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs («Sabam»), nimmt den belgischen Internet Service Provider (ISP) Scarlet Extended SA («Scarlet») auf *Unterlassung von Urheberrechtsverletzungen* in Anspruch, die nach Behauptung von Sabam durch Dritte auf der von Scarlet zur Verfügung gestellten Plattform begangen wer-

den, insbes. durch Datenaustausch unter Nutzung von **«peer to peer»-Software**. Sabam erwirkte im Jahr 2004 vor dem Brüsseler Gericht erster Instanz zunächst ein Feststellungsurteil über die behaupteten Urheberrechtsverletzungen. Vor Erlass der ebenfalls begehrten einstweiligen Unterlassungsverfügung holte das Gericht ein **Sachverständigengutachten** zu der Frage ein, ob und wie die von Sabam verlangte Verhinderung des urheberrechtswidrigen Datenaustauschs technisch machbar sei. Der Sachverständige kam zu dem Ergebnis, dass die allermeisten **Filtersysteme zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen** mittels «peer to peer»-Software **ungeeignet** seien, weil sie den Datenverkehr unabhängig vom Inhalt blockierten und ausserdem mittels Verschlüsselung umgangen werden könnten. Die einzige taugliche Software, so der Sachverständige, sei dem Datenvolumen eines ISP nicht gewachsen; **einzig erfolversprechend** sei eine mehr oder weniger **manuelle Kontrolle der getauschten Inhalte**.²

Auf der Grundlage dieses Gutachtens verurteilte das Eingangsgericht im Jahr 2007 Scarlet unter

