SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN ELEANOR SHARPSTON vom 10. Februar 2011 [1]

1. Gemeinsam mit anderen Unternehmen beteiligten sich drei verbundene Unternehmen unter Verstoß gegen Art. 81 EG (jetzt Art. 101 AEUV) an Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen über die Festsetzung der Preise sowie die Aufteilung der Kunden auf dem Markt für Kupferindustrierohre und wurden von der Kommission mit Geldbußen belegt.

2. Bei der Festsetzung der Geldbußen berücksichtigte die Kommission die in ihren eigenen einschlägigen Leitlinien aufgeführten Kriterien sowie verschiedene erschwerende und mildernde Umstände.

3. Die drei in Rede stehenden Unternehmen beantragten daraufhin beim Gericht [2] eine erhebliche Herabsetzung der ihnen auferlegten Geldbußen und rügten fünf spezifische Fehler bei der Festsetzung der Beträge.

4. Ihre Klage wurde in vollem Umfang abgewiesen [3]; sie haben jetzt Rechtsmittel beim Gerichtshof eingelegt und führen fünf Rechtsmittelgründe an, von denen die ersten vier den von ihnen im ersten Rechtszug geltend gemachten ersten vier Klagegründen entsprechen. Der fünfte Rechtsmittelgrund betrifft jedoch die allgemeine Frage des Umfangs und der Art der Überprüfung, die das Gericht bei der Wahrnehmung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung von Entscheidungen über Geldbußen vorzunehmen hat.

Rechtlicher Rahmen

Menschen- und Grundrechte

5. Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (im Folgenden: EMRK) bestimmt insbesondere:

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Damals — vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon — hieß das Gericht (engl. General Court) noch „Gericht erster Instanz“ (engl. „Court of First Instance“). Da die Änderung rein formaler Art ist, werde ich in den vorliegenden Schlussanträgen der Einfachheit halber durchweg die jetzige Bezeichnung verwenden.

3 — Urteil des Gerichts vom 6. Mai 2009, KME Germany u. a./Kommission (T-127/04, Slg. 2009, II-1167, im Folgenden: angefochtenes Urteil). Die anderen an dem Kartell Beteiligten, gegen die mit derselben Entscheidung eine Geldbuße verhängt worden war, hatten diese Entscheidung ebenfalls angefochten; auch ihre Klagen wurden am selben Tag zurückgewiesen: vgl. Urteile des Gerichts Wieland-Werke/Kommission (T-116/04, Slg. 2009, II-1087) und Outokumpu Oyj und Luvata Oy/Kommission (T-122/04, Slg. 2009, II-1135).

„Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. …“

6. Art. 6 Abs. 2 und 3 enthält konkrete zusätzliche Garantien für Personen, „die einer Straftat angeklagt sind“, darunter die Unschuldsvermutung und die Verfügbarkeit verschiedener Mittel zur Gewährleistung ihrer Verteidigung.

7. Art. 47 („Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht“) der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [4] (im Folgenden: Charta) bestimmt insbesondere:

„Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. …“

8. In der Erläuterung zu diesem Artikel heißt es u. a., dass Abs. 2 Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht, jedoch mit folgendem Vorbehalt:

„Im Unionsrecht gilt das Recht auf ein Gerichtsverfahren nicht nur für Streitigkeiten im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen. Dies ist eine der Folgen der Tatsache, dass die Union eine Rechtsgemeinschaft ist, wie der Gerichtshof in der Rechtssache 294/83, ‚Les Verts‘ gegen Europäisches Parlament (Urteil vom 23. April 1986, Slg. 1986, S. 1339) festgestellt hat. Mit Ausnahme ihres Anwendungsbereichs gelten die Garantien der EMRK jedoch in der Union entsprechend.“

9. Art. 49 der Charta trägt die Überschrift „Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen“. Art. 49 Abs. 3 bestimmt in Bezug auf Strafen: „Das Strafmaß darf zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein.“ In der Erläuterung heißt es, dass damit „der allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Straftat und Strafmaß aufgenommen [wurde], der durch die gemeinsamen verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten und die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften festgeschrieben worden ist“.

4 — Proklamiert in Nizza am 7. Dezember 2000 (ABl. C 364, S. 1). Das Europäische Parlament hat nach Streichung der Bezugnahmen auf die Europäische Verfassung am 29. November 2007 eine aktualisierte Fassung gebilligt (ABl. C 303, S. 1); die jüngste — nach Lissabon — konsolidierte Fassung wurde im ABl. 2010, C 83, S. 389, veröffentlicht.

10. Art. 51 der Charta definiert deren Anwendungsbereich. Art. 51 Abs. 1 sieht Folgendes vor:

„Diese Charta gilt für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung gemäß ihren jeweiligen Zuständigkeiten.“ [5]

Vertragsbestimmungen

11. Art. 81 Abs. 1 EG (nach geringfügiger Änderung jetzt Art. 101 Abs. 1 AEUV) sieht vor:

„Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind 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, insbesondere

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

…

c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;

…“

12. Art. 229 EG (nach geringfügiger Änderung jetzt Art. 261 AEUV) bestimmt:

„Aufgrund dieses Vertrags vom Europäischen Parlament und vom Rat gemeinsam sowie vom Rat erlassene Verordnungen können hinsichtlich der darin vorgesehenen Zwangsmaßnahmen dem Gerichtshof eine Zuständigkeit übertragen, welche die Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung und zur Änderung oder Verhängung solcher Maßnahmen umfasst.“

13. Allgemeiner weist Art. 230 EG (nach Änderung jetzt Art. 263 AEUV) dem Gerichtshof die Zuständigkeit für die Überwachung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe, u. a. der Kommission, „wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung dieses Vertrags oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauchs“ zu.

5 — Ursprüngliche Fassung (2000). Satz 2 lautet jetzt: „Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung entsprechend ihren jeweiligen Zuständigkeiten und unter Achtung der Grenzen der Zuständigkeiten, die der Union in den Verträgen übertragen werden.“

14. Nach Art. 225 Abs. 1 EG (nach Änderung jetzt Art. 256 Abs. 1 AEUV) ist das Gericht grundsätzlich für Entscheidungen im ersten Rechtszug zuständig, gegen die beim Gerichtshof ein auf Rechtsfragen beschränktes Rechtsmittel eingelegt werden kann.

Durchsetzung des Wettbewerbsrechts

15. Art. 15 der Verordnung Nr. 17 des Rates [6], die zum maßgebenden Zeitpunkt galt, sah insbesondere Folgendes vor:

„2. Die Kommission kann gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen in Höhe von eintausend bis einer Million Rechnungseinheiten[[7]] 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, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig:

a) gegen Artikel [81 Abs. 1 EG / 101 Abs. 1 AEUV] verstoßen,

...

Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist neben der Schwere des Verstoßes auch die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen.

...

4. Die Entscheidungen nach [Absatz 2] sind nicht strafrechtlicher Art." [8]

16. Art. 17 der Verordnung Nr. 17 bestimmte:

„Bei Klagen gegen Entscheidungen der Kommission, in denen eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld festgesetzt ist, hat der Gerichtshof die Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung der Entscheidung im Sinne von Artikel [229 EG / 261 AEUV]; er kann die festgesetzte Geldbuße oder das festgesetzte Zwangsgeld aufheben, herabsetzen oder erhöhen." [9]

6 — Vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81] und [82] des Vertrages (ABl. Nr. 13, S. 204). Mit Wirkung vom 1. Mai 2004 wurde die Verordnung Nr. 17 aufgehoben und ersetzt 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), mit der die Zuständigkeit für die Durchführung des Wettbewerbsrechts der Union größtenteils auf die Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten verlagert wurde.

7 — Die Rechnungseinheit ist der Vorläufer des Euro.

8 — Im Wesentlichen gleiche Bestimmungen finden sich jetzt in Art. 23 Abs. 2, 3 und 5 der Verordnung Nr. 1/2003.

9 — Eine im Wesentlichen gleiche Bestimmung findet sich jetzt in Art. 31 der Verordnung Nr. 1/2003.

17. Zur maßgebenden Zeit galten auch die von der Kommission 1998 veröffentlichten Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen (im Folgenden: Leitlinien).[10] In ihrer Präambel heißt es u. a.:

„Die in diesen Leitlinien dargelegten Grundsätze sollen dazu beitragen, die Transparenz und Objektivität der Entscheidungen der Kommission sowohl gegenüber den Unternehmen als auch gegenüber dem Gerichtshof zu erhöhen, sowie den Ermessensspielraum bekräftigen, der vom Gesetzgeber der Kommission bei der Festsetzung der Geldbußen innerhalb der Obergrenze von 10 % des Gesamtumsatzes der Unternehmen eingeräumt wurde. Dieser Ermessensspielraum muss jedoch nach zusammenhängenden, nicht diskriminierenden Leitlinien ausgefüllt werden, die im Einklang mit den bei der Ahndung der Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln verfolgten Zielen stehen.

Das neue Verfahren für die Festsetzung des Betrags der Geldbuße beruht auf folgendem Schema, dem die Errechnung eines Grundbetrags zugrunde liegt, wobei Aufschläge zur Berücksichtigung erschwerender und Abzüge zur Berücksichtigung mildernder[11] Umstände berechnet werden können."

18. Nach Nr. 1 der Leitlinien war der Grundbetrag nach Maßgabe der Schwere und Dauer des Verstoßes als den einzigen Kriterien von Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 zu errechnen.

19. Zur Ermittlung der Schwere waren nach Nr. 1 Abschnitt A die Art des Verstoßes, „die konkreten Auswirkungen auf den Markt, sofern diese messbar sind", sowie der Umfang des betreffenden räumlichen Marktes zu berücksichtigen. Es gab drei Gruppen, nämlich minder schwere, schwere und besonders schwere Verstöße, wobei die letztgenannte Gruppe horizontale Beschränkungen wie z. B. Preiskartelle und Marktaufteilungsquoten umfasste, für die „voraussichtliche Beträge" oberhalb von 20 Millionen Euro vorgesehen waren. Außerdem sollte „eine Differenzierung gemäß der Art des begangenen Verstoßes" ermöglicht werden, und es wurde auch für nötig erachtet, „die tatsächliche wirtschaftliche Fähigkeit der Urheber der Verstöße, Wettbewerber und den

10 — 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). Die Leitlinien von 1998 wurden ab 1. September 2006 ersetzt durch die Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (ABl. 2006, C 210, S. 2). Die Leitlinien von 2006 sehen einen ganz anderen Ansatz vor: Im Wesentlichen wird von einem Grundbetrag ausgegangen, der sich in der Regel auf 30 % des Jahresumsatzes beläuft, auf den sich die Zuwiderhandlung bezieht (gegebenenfalls mit Anpassungen nach Berücksichtigung sämtlicher einschlägiger Umstände), der mit der Anzahl der Jahre der Beteiligung an der Zuwiderhandlung multipliziert und dann noch einmal unter Berücksichtigung erschwerender Umstände, mildernder Umstände und eines Elements zur Gewährleistung einer abschreckenden Wirkung angepasst wird; insgesamt gilt eine rechtliche Obergrenze in Höhe von 10 % des Jahresumsatzes sowie ein Vorbehalt hinsichtlich Bestimmungen über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen (siehe unten, Nr. 22 und Fn. 13) mit der Möglichkeit, unter außergewöhnlichen Umständen eine Geldbuße zu ermäßigen, wenn andernfalls die Überlebensfähigkeit des Unternehmens gefährdet wäre.

11 — In der englischen Sprachfassung werden die Begriffe ‚attenuating' und ‚mitigating' verwendet.

Verbraucher wirtschaftlich in erheblichem Umfang zu schädigen, zu berücksichtigen und die Geldbuße auf einen Betrag festzusetzen, der eine hinreichend abschreckende Wirkung entfaltet."

20. Bei der Berücksichtigung der Dauer war nach Nr. 1 Abschnitt B wie folgt zu unterscheiden: Verstoß von kurzer Dauer (in der Regel weniger als ein Jahr) — in diesem Fall war kein Aufschlag auf den für die Schwere des Verstoßes ermittelten Betrag vorgesehen; Verstoß von mittlerer Dauer (in der Regel zwischen einem und fünf Jahren) mit einem Aufschlag bis zu 50 % dieses Betrags; Verstoß von langer Dauer (in der Regel mehr als fünf Jahre) mit einem Aufschlag „für jedes Jahr des Verstoßes bis zu 10 %". [12] Der für die Schwere des Verstoßes ermittelte Betrag plus der für die Dauer ermittelte Betrag ergaben in der Summe den Grundbetrag der festgesetzten Geldbuße.

21. Nach Nr. 2 erfolgte eine Erhöhung des Grundbetrags bei erschwerenden Umständen wie z. B. einem erneuten, gleichartigen Verstoß des/derselben Unternehmen(s).

22. Nach Nr. 3 erfolgte eine Verringerung des Grundbetrags bei bestimmten mildernden Umständen wie z. B. tatsächliche Nichtanwendung der Vereinbarungen über Verstöße (zweiter Gedankenstrich), Beendigung der Verstöße nach dem ersten Eingreifen der Kommission (insbesondere Nachprüfungen) (dritter Gedankenstrich) und aktive Mitwirkung des Unternehmens an dem Verfahren außerhalb des Anwendungsbereichs der 1996 von der Kommission herausgegebenen „Mitteilung über Zusammenarbeit" [13] (sechster Gedankenstrich).

23. In der Mitteilung über Zusammenarbeit sind Voraussetzungen aufgeführt, unter denen Geldbußen für Unternehmen, die während der Untersuchung eines Kartellfalls mit der Kommission zusammenarbeiten, entweder nicht oder niedriger festgesetzt werden können.

24. Abschnitt A Nr. 4 der Mitteilung über Zusammenarbeit lautete: „Die Kommission ist der Auffassung, dass die Gemeinschaft ein Interesse daran hat, Unternehmen, die unter den nachstehenden Voraussetzungen mit ihr zusammenarbeiten, Rechtsvorteile zu gewähren. Das Interesse der Verbraucher und Bürger, dass die vorerwähnten Praktiken

12 — Im Kontext des dritten und des vierten Rechtsmittelgrundes wird noch deutlich werden, dass dies (und diese Auslegung ist meines Wissens noch nie angezweifelt worden) zu einer Erhöhung des Gesamtbetrags um einen Prozentsatz führt, der sich nach der Formel (≤10 x n) % berechnet, wobei die Größe „n" die Anzahl der Jahre der Dauer des Verstoßes angibt. Vgl. auch die nachstehend in Nr. 26 wiedergegebene Randnr. 19 des angefochtenen Urteils sowie Fn. 16.

13 — Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. 1996, C 207, S. 4), die zum maßgebenden Zeitpunkt galt. Diese Mitteilung wurde ab 14. Februar 2002 durch die Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. 2002, C 45, S. 3) ersetzt, an deren Stelle im Jahr 2006 wiederum die Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen (ABl. 2006, C 298, S. 17) trat.

festgestellt und untersagt werden, überwiegt das Interesse an der Auferlegung von Geldbußen gegenüber Unternehmen, die mit der Kommission zusammenarbeiten und es ihr auf diese Weise ermöglichen oder ihr dabei helfen, ein Kartell aufzudecken und zu untersagen." In den Abschnitten B, C und D sind im Einzelnen die Verhaltensweisen beschrieben, die es ermöglichen, einem Unternehmen trotz seiner Beteiligung an wettbewerbswidrigen Handlungen Rechtsvorteile zu gewähren. Diese Abschnitte hatten folgenden Wortlaut:

„B. NICHTFESTSETZUNG ODER WESENTLICH NIEDRIGERE FESTSETZUNG EINER GELDBUSSE

Gegenüber einem Unternehmen, das

a) der Kommission die geheime Absprache anzeigt, bevor diese aufgrund einer Entscheidung bei den am Kartell beteiligten Unternehmen eine Nachprüfung vorgenommen hat und bereits über ausreichende Informationen verfügt, um das Bestehen des angezeigten Kartells zu beweisen,

b) als Erstes Angaben macht, die für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung sind,

c) seine Teilnahme an der rechtswidrigen Handlung spätestens zu dem Zeitpunkt eingestellt hat, zu dem es das Kartell anzeigt,

d) der Kommission alle sachdienlichen Informationen sowie verfügbaren Unterlagen und Beweismittel über das Kartell bereitstellt und während der gesamten Dauer der Untersuchung zu einer ununterbrochenen und uneingeschränkten Zusammenarbeit bereit ist,

e) kein anderes Unternehmen zur Teilnahme am Kartell gezwungen noch zu der rechtswidrigen Handlung angestiftet oder bei ihrer Durchführung eine entscheidende Rolle gespielt hat,

wird die Höhe der ohne diese Mitarbeit festzusetzenden Geldbuße um mindestens 75 % niedriger festgesetzt und kann auf die Festsetzung der Geldbuße ganz verzichtet werden.

C. ERHEBLICH NIEDRIGERE FESTSETZUNG DER GELDBUSSE

Gegenüber einem Unternehmen, das die unter Abschnitt B Buchstaben b) bis e) genannten Voraussetzungen erfüllt und die geheime Absprache anzeigt, nachdem die Kommission aufgrund einer Entscheidung bei den am Kartell beteiligten Unternehmen eine Nachprüfung vorgenommen hat, die keine ausreichenden Gründe für die Eröffnung eines Verfahrens im Hinblick auf den Erlass einer Entscheidung geliefert hat, wird die Geldbuße um 50 bis 75 % niedriger festgesetzt.

D. SPÜRBAR NIEDRIGERE FESTSETZUNG DER GELDBUSSE

1. Arbeitet ein Unternehmen mit der Kommission zusammen, ohne dass es alle 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."

Verhängung und Festsetzung der Geldbußen im vorliegenden Fall

25. Am 16. Dezember 2003 erließ die Kommission nach Durchführung verschiedener Ermittlungen eine Entscheidung [14], mit der sie feststellte, dass sechs Unternehmen — die Wieland Werke AG (im Folgenden: Wieland), die Outokumpu Oyj, die Outokumpu Copper Products OY (zusammen im Folgenden: Outokumpu), die KM Europa Metal AG (im Folgenden: KME Germany), die Europa Metalli SpA (im Folgenden: KME Italy) und die Tréfimétaux SA (im Folgenden: KME France) — durch ihre Beteiligung, im Zeitraum vom 3. Mai 1988 bis 22. März 2001, an einer Reihe von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in Form von Preisabsprachen und Marktaufteilung in der Industrierohrbranche gegen Art. 81 Abs. 1 EG und — ab 1. Januar 1994 — gegen Art. 53 Abs. 1 EWR-Abkommen verstoßen hätten. KME Germany, KME France und KME Italy (die seit 1995 zur KME-Gruppe gehören, zusammen im Folgenden: KME) waren die Klägerinnen im ersten Rechtszug und sind die Rechtsmittelführerinnen im vorliegenden Verfahren.

26. Gegen KME wurden Geldbußen in Höhe von insgesamt 39,81 Millionen Euro verhängt. [15] Das Vorgehen der Kommission bei

14 — K(2003) 4820 endg. (Sache C.38.240 — Industrierohre; im Folgenden: angefochtene Entscheidung oder streitige Entscheidung). Eine Zusammenfassung ist im ABl. 2004, L 125, S. 50, veröffentlicht.

15 — Dieser Gesamtbetrag setzt sich zusammen aus 10,41 Millionen Euro für KME Germany, 10,41 Millionen Euro für KME France und KME Italy als Gesamtschuldner — beide Summen bezüglich des Zeitraums vom 3. Mai 1988 bis 19. Juni 1995 und 18,99 Millionen Euro für alle drei Unternehmen als Gesamtschuldner bezüglich des Zeitraums vom 20. Juni 1995 bis 22. März 2001.

der Festsetzung der betreffenden Beträge ist in den Randnrn. 11 bis 22 des angefochtenen Urteils wie folgt zusammengefasst:

„11 In einem ersten Schritt stufte die Kommission zur Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße die Zuwiderhandlung, die hauptsächlich in der Festsetzung von Preisen und der Aufteilung von Märkten bestanden habe, als eine ihrem Wesen nach besonders schwere Zuwiderhandlung ein (Randnr. 294 der angefochtenen Entscheidung).

12 Bei der Feststellung der Schwere der Zuwiderhandlung berücksichtigte die Kommission auch, dass das Kartell das gesamte Gebiet des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) betreffe (Randnr. 316 der angefochtenen Entscheidung). Sie untersuchte ferner die tatsächlichen Auswirkungen der Zuwiderhandlung und stellte fest, die Vereinbarung habe ‚unter dem Strich Marktwirkungen gezeitigt' (Randnr. 314 der angefochtenen Entscheidung).

13 Für diese letzte Feststellung stützte sie sich insbesondere auf folgende Gesichtspunkte: Erstens berücksichtigte sie in Bezug auf die Umsetzung der Vereinbarung, dass sich die Teilnehmer gegenseitig über Absatzzahlen und Preisniveaus unterrichtet hätten (Randnr. 300 der angefochtenen Entscheidung). Zweitens fänden sich in der Akte Hinweise darauf, dass die Preise in Zeiträumen einer schwächeren Umsetzung der Vereinbarungen gefallen und in anderen Zeiträumen stark gestiegen seien (Randnr. 310 der angefochtenen Entscheidung). Drittens nahm die Kommission auf den von den Mitgliedern der Vereinbarungen gemeinsam gehaltenen Marktanteil von 75 % bis 85 % Bezug (Randnr. 310 der angefochtenen Entscheidung). Viertens stellte die Kommission fest, dass die jeweiligen Marktanteile der Teilnehmer der Vereinbarung — trotz der Kundenfluktuation zwischen ihnen — während der gesamten Dauer der Zuwiderhandlung relativ stabil geblieben seien (Randnr. 312 der angefochtenen Entscheidung).

14 Schließlich berücksichtigte die Kommission im Rahmen der Feststellung der Schwere der Zuwiderhandlung noch, dass die Branche der Kupfer-Industrierohre einen wichtigen Industriezweig darstelle, dessen Marktwert bezogen auf den EWR mit 288 Millionen Euro veranschlagt werde (Randnr. 318 der angefochtenen Entscheidung).

15 Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände stellte die Kommission fest, dass die in Rede stehende Zuwiderhandlung besonders schwer sei (Randnr. 320 der angefochtenen Entscheidung).

16 In einem zweiten Schritt nahm die Kommission eine differenzierte Behandlung

der betreffenden Unternehmen entsprechend ihrer Möglichkeit vor, den Wettbewerb aufgrund ihrer tatsächlichen Wirtschaftskraft erheblich zu schädigen. In dieser Hinsicht stellte die Kommission einen Unterschied zwischen den Anteilen am Kupferrohrmarkt im EWR fest, die die KME-Gruppe, Marktführerin im EWR mit [vertraulich] Marktanteil, einerseits und Outokumpu und Wieland mit [vertraulich] bzw. 13,4 % Marktanteil andererseits halten. In Anbetracht dieses Unterschieds wurde der Ausgangsbetrag der Geldbuße für Outokumpu und für Wieland auf 33 % der Geldbuße für die KME-Gruppe festgesetzt, also auf 11,55 Millionen Euro für Outokumpu und für Wieland und 35 Millionen Euro für die KME-Gruppe (Randnrn. 327 und 328 der angefochtenen Entscheidung).

17 Wegen der Gründung der KME-Gruppe im Jahr 1995 teilte die Kommission den Ausgangsbetrag von 35 Millionen Euro der gegen die Gruppe verhängten Geldbuße in zwei Teile auf. Der erste Teil bezieht sich auf den Zeitraum von 1988 bis 1995 (wobei zwischen KME Germany, KME France und KME Italy unterschieden wird), der zweite auf den Zeitraum von 1995 bis 2001 (wobei die drei Gesellschaften als Gruppe betrachtet werden). Dieser Ausgangsbetrag wurde daher wie folgt aufgeteilt: 8,75 Millionen Euro für KME Germany (1988 bis 1995); 8,75 Millionen Euro für KME Italy und KME France als Gesamtschuldner (1988 bis 1995) und 17,50 Millionen Euro für die KME-Gruppe, d. h. für KME Germany, KME France und KME Italy als Gesamtschuldner (1995 bis 2001) (Randnr. 329 der angefochtenen Entscheidung).

18 In einem dritten Schritt erhöhte die Kommission, um der Notwendigkeit Rechnung zu tragen, die Geldbuße in einer Höhe festzusetzen, die ihre abschreckende Wirkung sicherstellt, den Ausgangsbetrag der gegen Outokumpu verhängten Geldbuße um 50 % auf 17,33 Millionen Euro, da der weltweite Gesamtumsatz von Outokumpu von über 5 Milliarden Euro auf eine diese Erhöhung rechtfertigende Größe und Wirtschaftskraft hindeute (Randnr. 334 der angefochtenen Entscheidung).

19 In einem vierten Schritt bewertete die Kommission die Zuwiderhandlung, die sich über einen Zeitraum vom 3. Mai 1988 bis 22. März 2001 erstreckte, im Hinblick auf ihre Dauer als ‚lang'. Unter Berücksichtigung der Dauer der Zuwiderhandlung hielt sie es für angemessen, den Ausgangsbetrag der gegen die betreffenden Unternehmen verhängten Geldbußen für jedes Jahr der Teilnahme am Kartell um 10 % zu erhöhen. Daher erhöhte die Kommission den Ausgangsbetrag der für den Zeitraum von 1995 bis 2001 gegen die KME-Gruppe verhängten Geldbuße um 55 % und den Ausgangsbetrag der für den Zeitraum von 1988 bis 1995 gegen KME Germany einerseits und gegen KME Italy und KME France andererseits verhängten Geldbußen um 70 %. Der Grundbetrag der Geldbußen wurde folglich für die

KME-Gruppe insgesamt auf 56,88 Millionen Euro festgesetzt (Randnrn. 338, 342 und 347 der angefochtenen Entscheidung).[16]

20 In einem fünften Schritt wurde der Grundbetrag der gegen Outokumpu verhängten Geldbuße im Hinblick auf den erschwerenden Umstand um 50 % erhöht, dass sie als Adressatin der Entscheidung 90/417/EGKS der Kommission vom 18. Juli 1990 in einem Verfahren nach Artikel 65 [KS] betreffend eine Vereinbarung und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von europäischen Herstellern von kaltgewalzten, nichtrostenden, flachen Stahlerzeugnissen (ABl. L 220, S. 28) Wiederholungstäterin sei (Randnr. 354 der angefochtenen Entscheidung).

21 In einem sechsten Schritt berücksichtigte die Kommission als mildernden Umstand, dass sie ohne die Zusammenarbeit von Outokumpu das rechtswidrige Verhalten nur für einen Zeitraum von vier Jahren hätte beweisen können, und reduzierte daher den Grundbetrag ihrer Geldbuße um 22,22 Millionen Euro, so dass der Grundbetrag der Geldbuße entspricht, die für einen solchen Zeitraum gegen sie verhängt worden wäre (Randnr. 386 der angefochtenen Entscheidung).

22 In einem siebten Schritt schließlich ermäßigte die Kommission gemäß Abschnitt D der Mitteilung von 1996 über Zusammenarbeit den Betrag der Geldbußen für Outokumpu um 50 %, für Wieland um 20 % und für die KME-Gruppe um 30 % (Randnrn. 402, 408 und 423 der angefochtenen Entscheidung)."

Zusammenfassung des angefochtenen Urteils

27. Im ersten Rechtszug erhob KME „Klage gemäß den Art. 225 und 230 EG". Sie beantragte,

— die Geldbuße erheblich herabzusetzen;

— die Kommission zur Zahlung der Kosten und Auslagen von KME sowie der Kosten zu verurteilen, die KME durch die Stellung einer Bankbürgschaft für die Zahlung der Geldbuße bis zum Urteil entstanden sind;

16 — In der streitigen Entscheidung wurde — wenngleich dies im angefochtenen Urteil nicht erwähnt wird — der Ausgangsbetrag sowohl für Outokumpu als auch für Wieland um 125 % von 17,33 Millionen Euro auf 38,98 Millionen Euro bzw. von 11,55 Millionen Euro auf 25,99 Millionen Euro erhöht (Randnrn. 328, 334 und 347 der streitigen Entscheidung).

— alle sonstigen Maßnahmen zu erlassen, die dem Gericht angemessen erscheinen.

28. KME stützte ihre Klage auf fünf Klagegründe, die sich alle auf die Festsetzung der gegen sie verhängten Geldbuße beziehen: a) nicht angemessene Berücksichtigung der konkreten Auswirkungen des Kartells bei der Berechnung des Ausgangsbetrags der Geldbuße, b) unzutreffende Beurteilung der Größe des relevanten Marktes, c) fehlerhafte Erhöhung der Geldbuße aufgrund der Dauer der Zuwiderhandlung, d) Nichtberücksichtigung mildernder Umstände und e) fehlerhafte Anwendung der Mitteilung über Zusammenarbeit. Unter Zurückweisung aller fünf Klagegründe hat das Gericht die Klage insgesamt abgewiesen.

29. Zum ersten Klagegrund (nicht angemessene Berücksichtigung der konkreten Auswirkungen des Kartells) hat das Gericht festgestellt, dass die Kommission zu einer differenzierten Behandlung der Beteiligten nach Maßgabe der Anteile am betreffenden Markt berechtigt sei und dass Kartelle, insbesondere die Festsetzung der Preise und die Aufteilung der Kunden, aufgrund ihres Wesens als so schwer einzustufen seien, dass sie die schwersten Geldbußen verdienten, ohne dass es auf die Auswirkungen auf den Markt ankomme; ferner hat das Gericht „vorsorglich" darauf hingewiesen, dass die Kommission eine konkrete Auswirkung des Kartells auf den betreffenden Markt rechtlich hinreichend nachgewiesen habe.

30. Mit dem zweiten Klagegrund machte KME geltend, dass die Kommission die Größe des Markts für die Kupferrohrherstellung fälschlich anhand des Umsatzes einschließlich der Kosten für den Rohstoff (Kupfer) bewerte, während diese Kosten vom Käufer bestimmt und mitunter unmittelbar getragen würden; bei einer korrekten Bewertung hätte die Wertschöpfung des Herstellers zugrunde gelegt werden müssen. Das Gericht hat festgestellt, dass es keinen stichhaltigen Grund dafür gebe, dass bei der Berechnung des Umsatzes eines Marktes bestimmte Produktionskosten außer Betracht gelassen werden müssten, und dass der Umsatz trotz seines Näherungscharakters sowohl vom Gesetzgeber als auch vom Gerichtshof als angemessenes Kriterium angesehen werde, um die Größe und Wirtschaftskraft der betreffenden Unternehmen zu beurteilen.

31. Zum dritten Klagegrund (fehlerhafte Erhöhung der Geldbuße — 10 % pro Jahr — aufgrund der Dauer der Zuwiderhandlung) hat das Gericht festgestellt, dass die Kommission — ohne Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung zu vermengen — von dem ihr zustehenden Ermessen in den Grenzen der Regeln Gebrauch gemacht habe, die sie sich in den Leitlinien selbst gesetzt habe, und dass die Erhöhung um 125 % wegen einer Dauer von zwölf Jahren und zehn Monaten nicht unverhältnismäßig sei.

32. Im Rahmen des vierten Klagegrundes trug KME vor, dass die Kommission unter Verstoß gegen ihre eigenen Leitlinien bestimmte geltend gemachte mildernde Umstände nicht berücksichtigt habe: i) den Umstand, dass KME zwar nicht systematisch von der Umsetzung der Vereinbarungen abgesehen, diese jedoch nur in begrenztem

Umfang umgesetzt habe, ii) die Tatsache, dass KME die Zuwiderhandlung nach den von der Kommission durchgeführten Nachprüfungen umgehend und freiwillig beendet habe, iii) die schwierige wirtschaftliche Situation der Industrierohrbranche und iv) den Umstand, dass KME der Kommission entscheidende Informationen oder Informationen, die der Kommission bereits vorliegende Beweise ergänzten, geliefert habe. Hierzu hat das Gericht jeweils festgestellt, dass i) KME sich nicht wettbewerbskonform verhalten habe und dass eine begrenzte Umsetzung kein hinreichender mildernder Umstand sei, ii) eine Herabsetzung der Geldbuße wegen der Beendigung einer — insbesondere — vorsätzlichen Zuwiderhandlung nach dem ersten Eingreifen der Kommission von einer Bewertung der Umstände des Einzelfalls durch die Kommission im Rahmen ihres Ermessens abhänge, iii) die Kommission nicht verpflichtet sei, die schlechte Finanzlage einer Branche als mildernden Umstand zu berücksichtigen, und iv) die Kommission hinsichtlich der Berücksichtigung von mildernden Umständen über ein Ermessen verfüge und dieses nicht fehlerhaft ausgeübt habe, als sie zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die wichtigen Informationen nicht von KME, sondern von Outokumpu geliefert worden seien.

33. Zum fünften Klagegrund (unzureichende Herabsetzung der Geldbuße gemäß der Mitteilung über Zusammenarbeit) führte KME an, dass i) Dritte in früheren Rechtssachen eine günstigere Behandlung erfahren hätten, ii) die von ihr gelieferten Informationen zu einem Abschlag von mehr als 30 % hätten führen müssen und iii) die Kommission gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen habe, indem sie Outokumpu einen Abschlag von 50 % gewährt habe. Hierzu hat das Gericht jeweils festgestellt, dass i) die Tatsache, dass die Kommission in der Vergangenheit bei einem bestimmten Verhalten die Geldbuße in bestimmtem Umfang herabgesetzt habe, keine Verpflichtung der Kommission begründe, für ein ähnliches Verhalten im Rahmen eines späteren Verfahrens dieselbe Herabsetzung vorzunehmen, ii) nur ein offensichtlicher Beurteilungsfehler beanstandet werden könne, da die Kommission bei der Beurteilung der Qualität und der Nützlichkeit des Kooperationsbeitrags eines Unternehmens, insbesondere im Vergleich zu den Beiträgen anderer Unternehmen, über einen weiten Beurteilungsspielraum verfüge und dass im vorliegenden Fall kein solcher Fehler vorliege und iii) dass keine Benachteiligung erfolgt sei, da sich KME und Outokumpu nicht in einer vergleichbaren Situation befunden hätten.

Rechtsmittelgründe

34. KME stützt ihr Rechtsmittel auf fünf Gründe, die sich wie folgt zusammenfassen lassen.

35. Erstens habe das Gericht mit seiner Annahme, dass die Kommission rechtlich hinreichend nachgewiesen habe, dass sich das Kartell auf den betreffenden Markt ausgewirkt habe und dieser Faktor beim Ausgangsbetrag der gegen KME verhängten Geldbuße hätte berücksichtigt werden

müssen, gegen Unionsrecht verstoßen und eine unlogische und unzureichende Begründung für die Zurückweisung des ersten Klagegrundes gegeben. Darüber hinaus habe das Gericht die Tatsachen und Beweise, die ihm vorgelegt worden seien, verfälscht, als es sich der Schlussfolgerung der Kommission angeschlossen habe, dass die von KME vorgelegten wirtschaftlichen Daten nicht belegten, dass die Zuwiderhandlung insgesamt keine Auswirkungen auf den Markt gehabt habe.

36. Zweitens habe das Gericht durch Billigung des Vorgehens der Kommission, zur Bestimmung der Größe des vom Kartell betroffenen Marktes (Industrierohre) Umsätze auf einem getrennten, vorgelagerten Markt (Kupfer) einzubeziehen, obwohl die Mitglieder des Kartells in den betreffenden vorgelagerten Markt nicht vertikal integriert gewesen seien, gegen Unionsrecht verstoßen und eine unzureichende Begründung für die Zurückweisung des zweiten Klagegrundes von KME gegeben.

37. Drittens habe das Gericht gegen Unionsrecht verstoßen und eine unklare, unlogische und unzureichende Begründung gegeben, insofern es den betreffenden Abschnitt der streitigen Entscheidung bestätigt und den dritten Klagegrund von KME zurückgewiesen habe, dem zufolge die Kommission die Leitlinien fehlerhaft angewandt und gegen die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung verstoßen habe, als es den Ausgangsbetrag der gegen KME verhängten Geldbuße wegen der Dauer um den maximalen Prozentsatz erhöht habe.

38. Viertens habe das Gericht dadurch gegen Unionsrecht verstoßen, dass es den vierten Teil des vierten Klagegrundes von KME zurückgewiesen und den betreffenden Abschnitt der Entscheidung bestätigt habe, in dem es die Kommission abgelehnt habe, KME wegen ihrer Mitwirkung außerhalb des Anwendungsbereichs der Mitteilung über Zusammenarbeit eine Herabsetzung der Geldbuße zu gewähren, was sowohl gegen die Leitlinien als auch gegen die Grundsätze der Billigkeit und der Gleichbehandlung verstoße.

39. Fünftens habe das Gericht das Unionsrecht und das Grundrecht auf eine vollständige und wirksame gerichtliche Überprüfung verletzt, da es das Vorbringen von KME nicht gründlich und genau geprüft und einseitig die Wertungen der Kommission übernommen habe.

40. Meines Erachtens muss von diesen Rechtsmittelgründen der fünfte und letzte an erster Stelle untersucht werden, da die Haltung, die der Gerichtshof in der allgemeinen Frage des Umfangs, des Grads und der Art der vom Gericht in derartigen Fällen vorzunehmenden Überprüfung einnimmt, Einfluss auf die Herangehensweise an die ersten vier Rechtsmittelgründe haben dürfte, mit denen jeweils verschiedene konkrete Schritte dieser Überprüfung gerügt werden.

Fünfter Rechtsmittelgrund: wirksame gerichtliche Kontrolle

Einschlägige Passagen des angefochtenen Urteils

41. Zur Begründung ihrer Auffassung, dass das „Gericht die Wertungen der Kommission im Übermaß und unvernünftig übernommen" habe, führt KME die nachstehenden Passagen des angefochtenen Urteils an:

„92 … [D]ie Schwere der Zuwiderhandlung [ist] unter Heranziehung zahlreicher Faktoren zu ermitteln …, in Bezug auf die die Kommission über ein Ermessen verfügt …"

„103 … Es obliegt nämlich der Kommission, den Erhöhungssatz, den sie wegen der Dauer der Zuwiderhandlung anwenden will, im Rahmen ihres Ermessens … zu bestimmen."

„115 Der Erlass der Leitlinien hat nämlich keine Auswirkungen auf die frühere Rechtsprechung, nach der die Kommission über ein Ermessen verfügt, das es ihr erlaubt, bei der Bemessung der von ihr zu verhängenden Geldbußen insbesondere nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls bestimmte Gesichtspunkte zu berücksichtigen oder nicht. Da sich aus den Leitlinien kein zwingender Anhaltspunkt dafür ergibt, welche mildernden Umstände berücksichtigt werden können, ist davon auszugehen, dass der Kommission ein gewisser Spielraum verblieben ist, um im Weg einer Gesamtwürdigung über den Umfang einer etwaigen Herabsetzung der Geldbußen wegen mildernder Umstände zu entscheiden."

„129 … [D]ie Kommission [verfügt] hinsichtlich der Berücksichtigung von mildernden Umständen über ein Ermessen …"

42. Diese Passagen sind vor dem Hintergrund der Bemerkungen zu lesen, die das Gericht in den Randnrn. 32 bis 37 des angefochtenen Urteils „einleitend" macht, obwohl sich KME nicht ausdrücklich auf diese Stellen bezieht:

„32 … [Z]um einen [ist] daran zu erinnern, dass aus den Randnrn. 290 bis 387 der angefochtenen Entscheidung hervorgeht, dass die von der Kommission wegen der Zuwiderhandlung festgesetzten Geldbußen gemäß Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 verhängt wurden, und zum anderen daran, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung zwar nicht ausdrücklich auf die [Leitlinien] Bezug nimmt, es aber unstreitig ist, dass sie den Betrag der

Geldbußen unter Anwendung der dort dargelegten Methode bestimmt hat.

33 Die Leitlinien können zwar nicht als Rechtsnorm qualifiziert werden, stellen aber eine Verhaltensnorm dar, die einen Hinweis auf die zu befolgende Praxis enthält und von der die Kommission im Einzelfall nur unter Angabe von mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu vereinbarenden Gründen abweichen kann (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 18. Mai 2006, Archer Daniels Midland und Archer Daniels Midland Ingredients/Kommission, C-397/03 P, Slg. 2006, I-4429, Randnr. 91 und die dort angeführte Rechtsprechung).

34 Es ist somit Sache des Gerichts, im Rahmen der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der mit der angefochtenen Entscheidung verhängten Geldbußen zu prüfen, ob die Kommission ihr Ermessen gemäß der in den Leitlinien dargelegten Methode ausgeübt hat, und, soweit es feststellt, dass sie davon abgewichen ist, ob diese Abweichung gerechtfertigt und rechtlich hinreichend begründet ist. Hierzu ist festzustellen, dass der Gerichtshof die Gültigkeit zum einen des Prinzips der Leitlinien selbst und zum anderen der darin angegebenen Methode bestätigt hat (Urteil des Gerichtshofs vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg. 2005, I-5425, Randnrn. 252 bis 255, 266 bis 267, 312 und 313).

35 Die aus dem Erlass der Leitlinien resultierende Selbstbeschränkung des Ermessens der Kommission ist nämlich nicht unvereinbar mit dem Fortbestand eines erheblichen Wertungsspielraums der Kommission. Die Leitlinien enthalten verschiedene Spielräume, die es der Kommission ermöglichen, ihr Ermessen im Einklang mit den Vorschriften der Verordnung Nr. 17 in ihrer Auslegung durch den Gerichtshof auszuüben (Urteil Dansk Rørindustri u. a./Kommission, oben in Randnr. 34 angeführt, Randnr. 267).

36 Daher ist in den Bereichen, in denen die Kommission über einen Ermessensspielraum verfügt, z. B. in Bezug auf den Erhöhungssatz nach Maßgabe der Dauer, die Rechtmäßigkeitskontrolle dieser Wertungen auf die Prüfung beschränkt, dass kein offensichtlicher Beurteilungsfehler vorliegt (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 18. Juli 2005, Scandinavian Airlines System/Kommission, T-241/01, Slg. 2005, II-2917, Randnrn. 64 und 79).

37 Im Übrigen greifen der Wertungsspielraum der Kommission und die diesem von ihr selbst gezogenen Grenzen grundsätzlich nicht der Ausübung der dem Gemeinschaftsrichter zustehenden Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung vor (Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2004, JFE Engineering u. a./Kommission, T-67/00, T-68/00, T-71/00 und T-78/00, Slg. 2004, II-2501, Randnr. 538), die ihn ermächtigt, die von der Kommission verhängte Geldbuße für nichtig zu erklären, zu ermäßigen oder zu erhöhen (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 8. Februar 2007, Groupe Danone/Kommission,

C-3/06 P, Slg. 2007, I-1331, Randnrn. 60 bis 62; Urteil des Gerichts vom 21. Oktober 2003, General Motors Nederland und Opel Nederland/Kommission, T-368/00, Slg. 2003, II-4491, Randnr. 181)."

Zusammenfassung des Vorbringens

Rechtsmittel von KME

43. KME rügt, dass das Gericht bei der Bestätigung einer unverhältnismäßigen Geldbuße das Vorbringen von KME im ersten Rechtszug nicht gründlich und genau geprüft sowie die Wertungen der Kommission „im Übermaß übernommen" habe. Damit sei das Grundrecht auf eine vollständige, wirksame und faire Überprüfung der streitigen Entscheidung durch ein unparteiisches und unabhängiges Gericht verletzt.

44. Das Wettbewerbsrecht der Union sei geprägt durch ein Zusammenspiel zwischen der Kommission als Ermittlerin, Anklägerin und Entscheiderin einerseits und der Judikative als externer Kontrollinstanz andererseits. In der Rechtsprechung seien jedoch Bedeutung, Umfang und Zweck des der Kommission zustehenden Ermessensspielraums im Hinblick auf das Gleichgewicht zwischen diesen beiden Seiten nie genau definiert worden.

45. Das Funktionieren dieses Zusammenspiels werde beeinflusst von der Rolle, die der Kommission bei der Durchführung der Wettbewerbspolitik zukomme und die sich seit Erlass der Verordnung Nr. 17 verändert habe. 1962 habe die EWG aus sechs Mitgliedstaaten bestanden, und es habe kaum Erfahrungen oder Erkenntnisse im Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts gegeben. Mitteilungen seien ein nützliches Informationsinstrument gewesen, das der Kommission eine Vorabkontrolle und die Gestaltung ihrer Durchsetzungspolitik ermöglicht habe; die Aufgabe der Kommission habe in erster Linie darin bestanden, durch förmliche Befreiungsentscheidungen, Verwaltungsschreiben und Genehmigungen Aufklärung zu leisten und Rechtssicherheit zu schaffen. Auch wenn die Kommission damals bereits Ermittlungs-, Anklage- und Entscheidungsbefugnisse auf sich vereinigt habe, sei es verhältnismäßig selten zu Ermittlungs- und Verfolgungsverfahren gekommen und die Geldbußen seien in der Regel niedrig ausgefallen. In diesem Kontext sei es vernünftig, logisch und fair gewesen, dass der Gerichtshof im Urteil Consten und Grundig [17] entschieden habe, dass, da die Kommission bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu schwierigen Wertungen wirtschaftlicher Sachverhalte gezwungen sei, die gerichtliche Nachprüfung dieser Wertungen dem Rechnung tragen und sich deshalb auf die Richtigkeit der ihnen zugrunde liegenden Tatsachen und deren Subsumtion unter die Begriffe des geltenden Rechts beschränken müsse. Zudem sei aufgrund der Selbstbeschränkung der Kommission das Anliegen,

17 — Urteil vom 13. Juli 1966, Consten und Grundig/Kommission (56/64 und 58/64, Slg. 1966, 322, 395).

klare Grenzen für die Befugnis der Kommission zur Verhängung von Geldbußen festzulegen, weniger dringlich gewesen.

46. Es sei jedoch willkürlich, gefährlich und unfair, die gleiche „richterliche Wertungsübernahme“ auch gegenüber dem Ermessen der Kommission bei der heutigen Regelung für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Union zu praktizieren, einer Regelung, die dadurch gekennzeichnet sei, dass zunehmend höhere Geldbußen zwangsläufig zu wirtschaftlichen und finanziellen Folgen für Unternehmen, Aktionäre und Arbeitnehmer führten und dem Wettbewerbsrecht *de facto* einen „strafrechtlichen Charakter“ verliehen. Bei den Wettbewerbsregeln der Union handele es sich um unmittelbar anwendbare Bestimmungen, die keinen Raum für ein politisches Ermessen bei ihrer Auslegung und Anwendung zuließen, so dass die Gerichte bei der Nachprüfung ihrer Anwendung durch die Kommission auf einen konkreten Fall nur in sehr begrenztem Umfang Wertungen übernehmen dürften.

47. Im Rahmen der durch die Verordnung Nr. 1/2003 eingeführten aktuellen Regelung werde Art. 101 AEUV insgesamt nicht nur von der Kommission, sondern auch von den nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten angewandt. Dabei sei noch nie die Auffassung vertreten worden, dass ein nationales Gericht bei der Anwendung von Art. 101 AEUV auf einen Einzelfall über einen weiten Spielraum für Wertungen verfüge, die ein höherinstanzliches Rechtsmittelgericht zu übernehmen habe.

48. Die Sachkunde der Kommission bei der Bewertung komplizierter Sachverhalte und/oder wirtschaftlicher Fragen könne es nicht rechtfertigen, ihr bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union einen weiten Ermessensspielraum zuzubilligen. Eine verstärkte Nachprüfung komplizierter Fälle gehöre vielmehr zur Aufgabe des Gerichts, das als Reaktion auf die Kritik eingerichtet worden sei, der zufolge die damalige richterliche Kontrolle nicht mehr intensiv genug gewesen sei für eine rechtliche Regelung, die dazu übergegangen sei, durch rigorose Durchsetzung der Wettbewerbsregeln erheblich in die Individualrechte einzugreifen. Im Übrigen hätten sowohl das Gericht als auch der Gerichtshof häufig in befriedigender Weise eine besonders intensive richterliche Kontrolle in komplizierten Fällen vorgenommen. Die Intensität der Nachprüfung durch das Gericht nehme mit der Komplexität des streitigen Sachverhalts keineswegs ab, sondern hänge davon ab, welche Art der Nachprüfung das Gericht nach den Umständen des Einzelfalls für geboten und angemessen halte.

49. Im Übrigen besitze das Gericht die Befugnis zur unbeschränkten Nachprüfung von Entscheidungen über Geldbußen in Wettbewerbsfällen. Bei der Wahrnehmung dieser Befugnis dürfe es der Kommission keinerlei Ermessensspielraum hinsichtlich der Eignung und Verhältnismäßigkeit einer Geldbuße oder der zu ihrer Berechnung verwendeten Methode zubilligen — dies gelte erst recht angesichts des *de facto* bestehenden strafrechtlichen Charakters solcher Geldbußen

sowie angesichts des sich aus der EMRK ergebenden Gebots, wonach Verwaltungsentscheidungen, mit denen eine Geldstrafe verhängt werde, einer wirksamen richterlichen Nachprüfung unterlägen. Das Gericht habe daher zu prüfen, in welcher Weise die Kommission die Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung im Einzelfall würdige, und dürfe diese Würdigung durch seine eigene Bewertung ersetzen, indem es die Geldbuße aufhebe, herabsetze oder erhöhe. Die umfassende Wahrnehmung dieser unbeschränkten Nachprüfungsbefugnis beinhalte die Kontrolle nicht nur der formalen Rechtmäßigkeit der Geldbuße, sondern auch die Kontrolle ihrer Angemessenheit im Wege einer eigenständigen Bewertung der Schwere des zu ahndenden Verhaltens und der Billigkeit der Sanktion insgesamt unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.

50. Der Umfang eines der Kommission (gegebenenfalls) zustehenden Ermessens müsse in Fällen wie dem vorliegenden eng gefasst werden, und der Umfang einer (gegebenenfalls) erfolgenden Übernahme dieser Ermessensentscheidungen durch den Richter sei entsprechend zu begrenzen. Der technische Charakter eines Falles dürfe nicht dazu führen, dass sich das Gericht seiner Pflicht entziehe, die Beachtung des Rechts zu gewährleisten.

51. Darüber hinaus sei fraglich, ob die im justiziellen System der Union vorgesehene Nachprüfung weit und intensiv genug sei, um das nach Art. 6 Abs. 1 EMRK gebotene Schutzniveau zu gewährleisten. Die Diskussion hierüber sei dringlicher geworden nicht nur angesichts des Umstands, dass die Kommission Ermittlungs-, Anklage- und Entscheidungsbefugnisse auf sich vereinige, sondern auch angesichts der anhaltenden Entwicklung des Wettbewerbsrechts der Union in Richtung einer „Verstrafrechtlichung". Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR) gehe seit Langem davon aus, dass die Durchsetzung des Verwaltungsrechts, einschließlich der Verhängung von Geldbußen, mit Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht unvereinbar sei. Auch wenn eine solche Durchsetzung nicht in vollem Umfang „justiziabel" sein müsse, um den Anforderungen der genannten Vorschrift zu genügen, so seien doch hinreichend wirksame Verfahrensgarantien und eine wirksame richterliche Kontrolle im Rahmen einer umfassenden Rechtsprechungsbefugnis zur Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen erforderlich. Es sei noch nicht vollständig geklärt, welche Anforderungen an ein System der richterlichen Kontrolle zu stellen seien, um Art. 6 Abs. 1 EMRK Genüge zu tun, es sei jedoch ungewiss, ob das aktuelle System zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Union, einschließlich der richterlichen Nachprüfung, diesen Anforderungen entspreche.

52. Das Recht, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen, sei auch in Art. 47 der Charta verankert. Nach der Rechtsprechung stehe den Adressaten von Entscheidungen, mit denen die Kommission in Wettbewerbsfällen eine Geldbuße verhängt, ein Recht auf ein faires Verfahren zu und werde ihr Recht auf ein unparteiisches Gericht verletzt, wenn kein Rechtsmittel zu einem Gericht mit umfassender Rechtsprechungsbefugnis im Sinne der EMRK gegeben sei.

Rechtsmittelbeantwortung der Kommission

53. Die Kommission macht erstens geltend, dass der Rechtsmittelgrund zu allgemein und ungenau sei, um dem Gerichtshof eine Würdigung zu erlauben (also nicht den Erfordernissen von Art. 112 § 1 Buchst. c der Verfahrensordnung entspreche), und daher unzulässig sei; zweitens beruhe das Urteil des Gerichts auf dessen eigenen positiven Feststellungen, so dass der Rechtsmittelgrund der Sache nach nicht durchgreife.

54. Was die mangelnde Genauigkeit betreffe, trage KME zwar eine Reihe von Argumenten für eine intensive Nachprüfung von Kommissionsentscheidungen durch das Gericht vor, räume aber ein, dass ein System zur Durchsetzung des Verwaltungsrechts in Verbindung mit einer richterlichen Kontrolle im Rahmen einer umfassenden Rechtsprechungsbefugnis mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar sei. KME stelle außerdem nicht in Frage, dass das Gericht und der Gerichtshof grundsätzlich in der Lage seien, eine Nachprüfung angemessen vorzunehmen, und dies auch praktizierten. KME wende sich daher nicht gegen die Grundstruktur der richterlichen Nachprüfung von Kommissionsentscheidungen.

55. Dementsprechend hätte KME a) die Teile des Urteils bezeichnen müssen, in denen das Gericht nicht ordnungsgemäß auf ihr Vorbringen eingegangen sein solle, b) angeben müssen, nach welchem Maßstab die Qualität der vom Gericht vorgenommenen Nachprüfung zu beurteilen sei, und c) nachweisen müssen, inwiefern bei Zugrundelegung dieses Maßstabs das Gericht nicht ordnungsgemäß auf ihr Vorbringen eingegangen sein solle. Stattdessen führe KME vier Passagen des Urteils an, in denen vom Ermessen der Kommission die Rede sei, ohne jedoch darzulegen, weshalb sich daraus ein Versäumnis des Gerichts ergebe, die Entscheidung der Kommission unter Berücksichtigung des Vorbringens von KME angemessen nachzuprüfen.

56. Der aufgrund von Art. 6 Abs. 1 EMRK anzulegende Maßstab, anhand dessen die Nachprüfung des Gerichts zu beurteilen sei, sei nämlich unklar, selbst wenn man der Auffassung von KME folge, dass die Geldbußen im Rahmen des Wettbewerbsrechts insoweit „strafrechtlicher Art“ seien. KME gehe einer Erörterung, welche Konsequenzen sich daraus im Hinblick auf einen geeigneten Nachprüfungsmaßstab ergeben, aus dem Weg.

57. Nach der Rechtsprechung des EGMR seien die sich aus dem Tatbestandsmerkmal „strafrechtliche Anklage“ nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ergebenden Anforderungen nicht in allen Fällen gleich. Da das Unionsrecht wettbewerbsrechtliche Geldbußen ausdrücklich als nicht strafrechtlich bezeichne, fielen sie nicht in den vom EGMR definierten „harten Kern“ des Strafrechts, so dass die für Strafverfahren geltenden Garantien nicht unbedingt in aller Strenge Anwendung fänden.

58. Jedenfalls besitze das Gericht eindeutig „umfassende Rechtsprechungsbefugnis“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK (nicht zu verwechseln mit dem unionsrechtlichen Begriff der Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung von Entscheidungen über Geldbußen). Der EGMR habe einen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Verwaltungsakte, bei dem die Nachprüfung auf Rechtsfehler beschränkt sei und der daher dem Gericht keine Korrektur von fehlerhaften Tatsachenfeststellungen erlaube, als unzureichend beanstandet. Allerdings sei, auch wenn das Gericht gegebenenfalls die Verhältnismäßigkeit zu prüfen habe, eine nur begrenzte Kontrolle bestimmter Aspekte an sich noch nicht mit dem Begriff der „umfassenden Rechtsprechungsbefugnis“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbar.

59. Zum zweiten Einwand, nämlich dass das Urteil des Gerichts auf dessen eigenen bestätigenden Feststellungen beruhe, führt die Kommission aus, dass das Gericht ungeachtet der Hinweise auf das Ermessen der Kommission eine gründliche und wirksame Nachprüfung der Berechnung der Geldbuße vorgenommen und eigenständig zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die von KME angeführten Klagegründe 2 bis 4 nicht durchgriffen. [18] Insoweit habe das Gericht die Argumente von KME in der Sache geprüft und zurückgewiesen; es habe die Meinung der Kommission geteilt und bestätigt und dabei keineswegs deren „Wertungen übernommen“. Welcher Nachprüfungsstandard auch immer sich aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ergebe — das Gericht habe diesem Standard entsprochen.

18 — Die Kommission bezieht sich hier offenbar nur auf die Klagegründe 2 bis 4, da die von KME angeführten Passagen des Urteils (vgl. vorstehend Nr. 41) lediglich diese Klagegründe betreffen.

Würdigung

60. KME argumentiert im Wesentlichen, dass das Gericht mit seiner Annahme, die verschiedenen Wertungen der Kommission bei der Festsetzung der Geldbußen fielen in deren Ermessen, und mit seiner damit begründeten Weigerung, eine eigene Wertung vorzunehmen, die streitige Entscheidung nicht der Kontrolle unterzogen habe, die nach der EMRK und der Charta geboten sei.

61. Es ist daher zu untersuchen, welche Art von Kontrolle nach diesen Instrumenten vorgeschrieben ist; die sachdienlichsten Hinweise hierzu finden sich in der Rechtsprechung des EGMR.

62. KME macht geltend, dass ein Verfahren zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts wie das hier in Rede stehende, in dessen Rahmen eine verbotene Handlung eines Unternehmens festgestellt und eine Geldbuße für dieses Verhalten verhängt werde, eindeutig

strafrechtlichen Charakter im Sinne der EMRK habe. Die Kommission merkt an, dass Entscheidungen der hier streitigen Art ausdrücklich *nicht* als „strafrechtlich" bezeichnet würden, räumt aber ein, dass es nach der Rechtsprechung des EGMR nicht entscheidend auf die Bezeichnung ankomme; sollten sie im Sinne dieser Rechtsprechung als strafrechtlich einzustufen sein, gehörten sie jedenfalls nicht zum „harten Kern" des Strafrechts, auf den der EGMR abgestellt habe. Diese Frage ist insofern bedeutsam, als der EGMR für strafrechtliche Verfahren strengere Verfahrensgarantien und schärfere Kontrollmaßstäbe als für zivilrechtliche Verfahren und im Bereich des Strafrechts wiederum bei den „harten Kern" betreffenden Verfahren strengere Garantien und schärfere Kontrollmaßstäbe als bei anderen Verfahren verlangt.

63. Zur Beurteilung, ob Zuwiderhandlungen betreffende Verfahren als „strafrechtlich" einzustufen sind, zieht der EGMR die drei „Engel-Kriterien" heran, die ihren Namen dem Urteil verdanken, in dem sie erstmals formuliert wurden. [19] Zunächst erfolgt eine formale Einordnung innerhalb des betreffenden Rechtssystems, wobei es sich allerdings ausdrücklich „nur um einen Ausgangspunkt" handelt. Im Urteil Engel u. a./Niederlande und in nachfolgenden Urteilen hat der EGMR erheblich größeres Gewicht — bis hin zur Außerachtlassung der Einstufung nach nationalem Recht — seinem zweiten und seinem dritten Kriterium beigemessen, nämlich der Art der Zuwiderhandlung und dem Schweregrad der Sanktion, die dem Betroffenen droht. Er hält es insoweit für relevant, ob die Sanktion nach Maßgabe einer allgemeinen Vorschrift verhängt wird, die an alle Bürger und nicht nur an eine Gruppe mit Sonderstatus gerichtet ist, und ob die Sanktion im Wesentlichen eine Bestrafung und abschreckende Wirkung und nicht einen Vermögensschadensersatz bezweckt. [20]

64. Anhand dieser Kriterien komme ich ohne Weiteres zu dem Ergebnis, dass das Verfahren, mit dem eine Geldbuße wegen Verstoßes gegen das in Art. 81 Abs. 1 EG normierte Preisfestsetzungs- und Marktaufteilungsverbot verhängt wird, unter den Begriff des „Strafrechtlichen" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK fällt, wie ihn der EGMR in seiner Rechtsprechung entwickelt hat. [21] Das Verbot und die Möglichkeit zur Verhängung einer Geldbuße sind in allgemein geltenden Vorschriften des Primär- und des abgeleiteten Rechts verankert, die Zuwiderhandlung besteht in einem Verhalten, das allgemein als unlauter und gemeinschädigend angesehen wird — ein Merkmal, das es mit strafbaren Handlungen gemeinsam hat und das mit

19 — Urteil des EGMR vom 8. Juni 1976, Engel u. a./Niederlande, Serie A, Nr. 22, Ziff. 82.

20 — Vgl. z. B. Urteil des EGMR vom 23. November 2006, Jussila/Finnland (Beschwerde Nr. 73053/01, 2006-XIII).

21 — Vgl. auch die Ausführungen von Generalanwalt Bot in seinen Schlussanträgen vom 26. Oktober 2010 in der Rechtssache ThyssenKrupp Nirosta/Kommission (C-352/09 P, anhängig beim Gericht, Nrn. 48 bis 52 und die dort angeführte Rechtsprechung), denen ich mich in vollem Umfang anschließe.

einem deutlichen Stigma verbunden ist [22] —, eine Geldbuße in einer Höhe von bis zu [23] 10 % des Jahresumsatzes ist zweifellos eine schwere Sanktion und kann ein Unternehmen sogar zur Einstellung seiner geschäftlichen Tätigkeit zwingen, und bezweckt wird ausdrücklich eine Ahndung und Abschreckung [24], ohne dass ein Schadensersatzelement vorhanden wäre.

65. Wie die Kommission hervorhebt, hat der EGMR in der Entscheidung OOO Neste St. Petersburg [25] bestimmte Elemente der Durchsetzung des russischen Kartellrechts als nicht in den Bereich des „Strafrechtlichen" fallend eingestuft. Die vom EGMR dabei berücksichtigten Faktoren scheinen mir jedoch deutlich von denjenigen abzuweichen, die in dem hier vorliegenden Fall anzutreffen sind. Er hat betont, dass die einschlägigen Regeln zur Bekämpfung von Monopolen lediglich auf Verhältnisse, die den Wettbewerb auf Gütermärkten beeinflussten, und deshalb nur begrenzt anwendbar seien, dass die Regeln den Schutz und die Wiederherstellung des Wettbewerbs bezweckten und dass es sich bei den Maßnahmen, die getroffen werden könnten, nicht um „Sanktionen als solche" handele, sondern um Unterlassungsverfügungen in Verbindung mit einer Abschöpfung rechtswidrig erzielter Gewinne zu dem Zweck, eine finanzielle Entschädigung für den entstandenen Schaden bereitzustellen, nicht jedoch zum Zweck einer Bestrafung und abschreckenden Wirkung.

66. Zugegebenermaßen hat der EGMR in der genannten Entscheidung auch ausgeführt, dass nach den russischen Vorschriften bestimmte Arten monopolistischen Verhaltens zulässig seien, wenn sie nachweislich dem Allgemeinwohl dienten (eine Möglichkeit, die auch nach Art. 81 Abs. 3 EG zumindest theoretisch selbst im Fall verbotener Preisfestsetzungs- und Marktaufteilungsvereinbarungen besteht), wohingegen ein wirklich kriminelles Verhalten in der Regel nicht auf diese utilitaristische Weise gerechtfertigt werden könne, und dass die Freiheit des Wettbewerbs auf dem Markt ein relativer, situationsabhängiger Wert sei, dessen Beeinträchtigung nicht von vornherein rechtswidrig sei. Zu der ersten dieser beiden Erwägungen möchte ich jedoch — bei allem dem EGMR geschuldeten Respekt — darauf hinweisen, dass es durchaus Verhaltensweisen gibt, die unbestreitbar kriminell sind, gleichwohl aber unter Umständen zulässig sein können. Der Besitz von Feuerwaffen kann generell strafbar, in bestimmten Situationen zum Schutz der Öffentlichkeit jedoch zulässig sein, der Verkauf bestimmter Betäubungsmittel kann generell strafbar, für anerkannte medizinische

22 — Es kann dahinstehen, ob — wie in der mündlichen Verhandlung geäußert wurde — dieses Stigma größer ist als das Stigma, das einer Steuerhinterziehung anhaftet, obwohl allein schon die Tatsache, dass diese Frage aufgeworfen wurde, ein wenig schmeichelhaftes Bild der wahrgenommenen Geschäftsmoral zeichnet.

23 — Meines Erachtens erübrigt es sich, auf die Ausführungen von KME betreffend den in den letzten Jahren zu verzeichnenden erheblichen Anstieg in der Höhe der von der Kommission auferlegten Geldbußen einzugehen; zur Qualifizierung der Zuwiderhandlung kommt es nicht auf den Schweregrad der *tatsächlich* verhängten Sanktion an, sondern auf den Rahmen der Sanktionen, die verhängt werden *können*.

24 — In den Leitlinien ist die Rede von „den bei der Ahndung der Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln verfolgten Ziele[n]" sowie von der Festsetzung der Geldbuße auf „einen Betrag …, der eine hinreichend abschreckende Wirkung entfaltet".

25 — Entscheidung der Dritten Kammer vom 3. Juni 2004, OOO Neste St. Petersburg u. a./Russland, zur Zulässigkeit der Beschwerden Nrn. 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01 und 69058/01.

Verwendungszwecke jedoch zulässig sein usw. Was sodann die zweite Erwägung betrifft, ziehen die Festlegung der Preise und die Aufteilung der Märkte Konsequenzen für die Verbraucher und damit für die Allgemeinheit nach sich, die weit über eine sich auf die Wirtschaftskreise auswirkende „Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit" hinausgehen.

67. Auch wenn das Verfahren zur Verhängung von Geldbußen im vorliegenden Fall daher in den strafrechtlichen Bereich im Sinne der EMRK (und der Charta) fällt, meine ich dennoch, um eine Formulierung aus dem Urteil Jussila/Finnland [26] zu entlehnen, dass es „sich vom harten Kern des Strafrechts abhebt; die strafrechtlichen Garantien finden nicht unbedingt in aller Strenge Anwendung". Daraus ergibt sich insbesondere, dass es mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar sein kann, wenn strafrechtliche Sanktionen in erster Instanz nicht von einem „unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht", sondern von einem administrativen oder nichtrichterlichen Organ verhängt werden, das selbst nicht den Anforderungen der genannten Vorschrift genügt, sofern die Entscheidung dieses Organs der weiteren Kontrolle durch ein ordentliches Gericht mit umfassender Rechtsprechungsbefugnis unterliegt, das seinerseits diese Anforderungen erfüllt. [27] Um es anders zu formulieren: Es muss gewährleistet sein, dass die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel die festgestellten Unzulänglichkeiten der ersten Instanz zu heilen in der Lage sind. [28]

68. Die dreifache Rolle der Kommission als Ermittlerin, Anklägerin und Entscheiderin in Verfahren zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ist ausgiebig kritisiert worden, und KME hat in ihrer Rechtsmittelschrift einige dieser Kritiker angeführt. [29] Aber auch wenn es gute Gründe für die Auffassung geben mag, dass die Kommission insoweit kein „unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht" ist, meine ich, dass solche Erwägungen mit dem vorliegenden Rechtsmittelverfahren eigentlich nichts zu tun haben. Die Argumentation von KME bezieht sich nämlich nicht auf die Unzulänglichkeit des Verfahrens vor der Kommission, sondern auf die ihrer Ansicht nach unzulängliche Nachprüfung des Ergebnisses dieses Verfahrens durch das Gericht. Dass es sich bei der Kommission um ein Verwaltungsorgan handelt und dass sie möglicherweise nicht in der Lage ist, ihre drei Funktionen im Rahmen des Verfahrens vollkommen zu trennen [30], liegt im Kontext des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens auf der Hand. Fraglich ist indessen, ob das Gericht „umfassende Rechtsprechungsbefugnis" im Sinne der

26 — In Fn. 20 angeführt, Ziff. 43 des Urteils mit Verweis auf das Urteil des EGMR vom 27. Februar 1992, Société Stenuit/Frankreich, Serie A, Nr. 232-A, unter besonderer Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts.

27 — Vgl. auch Urteil des EGMR vom 10. Februar 1983, Albert und Le Compte/Belgien, Serie A, Nr. 58, Ziff. 29.

28 — Vgl. Urteil des EGMR vom 29. April 1988, Belilos/Schweiz, Serie A, Nr. 132, Ziff. 68.

29 — KME führt z. B. an Slater, D., u. a., Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?, *GCLC Working Paper 04/08*, sowie Wisking, S., Does the European Commission Provide Parties with a Proper Opportunity to be Heard on the Level of Fines?, *GCP — The Online Magazine for Global Competition Policy* (Ausgabe Juni 2009[2]).

30 — Allerdings ist anzuerkennen, dass zu verschiedenen Zeitpunkten Schritte zu einer stärkeren Aufgabentrennung unternommen worden sind, von denen das wohl bekannteste Beispiel die Entscheidung ist, den Vorsitz bei der Anhörung einem unabhängigen Anhörungsbeauftragten zu übertragen anstatt dem Leiter der die Ermittlungen durchführenden Generaldirektion, wie dies früher der Fall war (vgl. *XI. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik*, 1981, Nr. 26).

Rechtsprechung des EGMR wahrgenommen hat. [31]

69. Zur „umfassenden Rechtsprechungsbefugnis“ in diesem Sinne gehört nach der Beschreibung des EGMR u. a. „die Befugnis, die Entscheidung der Vorinstanz in Tatsachen- und Rechtsfragen in jeder Beziehung aufzuheben“. Ein mit der Nachprüfung befasstes Gericht „muss insbesondere über die Befugnis verfügen, alle für die bei ihm anhängige Streitigkeit relevanten Tatsachen- und Rechtsfragen zu prüfen“ [32]. Der EGMR hat ferner entschieden, dass zur Beurteilung, ob das zweitinstanzliche Gericht „umfassende Rechtsprechungsbefugnis“ besitzt bzw. eine „hinreichende Nachprüfung“ vornehmen kann, um eine mangelnde Unabhängigkeit der ersten Instanz zu heilen, auf Faktoren abzustellen ist wie „Gegenstand der mit einem Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung, Modalitäten der Entscheidungsfindung und Gegenstand der Streitigkeit, einschließlich des Rechtsmittelbegehrens und der Rechtsmittelgründe“ [33].

70. Meines Erachtens kann kaum zweifelhaft sein, dass die dem Gericht durch Art. 229 EG und Art. 17 der Verordnung Nr. 17 verliehene „Befugnis zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung“ diesen Anforderungen im Hinblick auf Rechtsmittel genügt, die sich gegen die Höhe der verhängten Geldbuße richten, selbst wenn sich dieser Begriff — wie die Kommission vorträgt — von dem vom EGMR entwickelten Kriterium der „umfassenden Rechtsprechungsbefugnis“ unterscheidet, das dahin zu verstehen ist, dass es auch Rechtsmittel erfasst, die sich z. B. gegen die eigentliche Feststellung des Vorliegens einer Zuwiderhandlung richten (die vom Gericht — wenngleich in beschränktem Maße — ebenfalls geprüft werden können und auch geprüft werden, sofern die bei ihm anhängige Rechtssache darauf beruht). Hier haben wir es jedoch ausschließlich mit einem gegen die Höhe einer Geldbuße gerichteten Rechtsmittel zu tun, so dass ich meine Würdigung insoweit nicht weiter vertiefen will. In diesem Rahmen muss eine unbeschränkte Befugnis zur Aufhebung, Herabsetzung oder Erhöhung des Betrags, ohne dass die Ausübung der Befugnis je nach Art der geltend gemachten (Tatsachen oder Rechtsfragen betreffenden) Gründe eingeschränkt wäre, meines Erachtens zwangsläufig die von Art. 6 EMRK verlangte Garantie bieten — zumindest theoretisch.

71. Gleichwohl kann fraglich sein, ob das Gericht im Einzelfall tatsächlich von dieser Befugnis angemessen Gebrauch gemacht hat, und eben diese Frage stellt KME im vorliegenden Fall.

72. Die Frage ist durchaus legitim, ihre Prüfung muss meiner Ansicht nach jedoch mit mehreren allgemeinen und fallbezogenen Vorbehalten versehen und die Problematik muss unter Berücksichtigung einiger der von der Kommission erhobenen Einwände untersucht werden.

31 — Dies gilt selbst dann, wenn es sich bei dem betreffenden Verfahren um eine rein „zivilrechtliche“ Streitigkeit handelt (vgl. z. B. Urteil des EGMR vom 28. Juni 1990, Obermeier/Österreich, Serie A, Nr. 179, Ziff. 67 und 70), wozu auch verwaltungsrechtliche Streitigkeiten zählen.

32 — Vgl. Entscheidung des EGMR vom 21. März 2006, Valico/Italien, Beschwerde Nr. 70074/01, ECHR 2006-III, S. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung.

33 — Vgl. Urteil des EGMR vom 27. Oktober 2009, Crompton/Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 42509/05, Ziff. 71 und die dort angeführte Rechtsprechung.

73. Meines Erachtens kommt es insoweit in erster Linie darauf an, wie das Gericht bei seiner Nachprüfung tatsächlich vorgegangen ist, während die Art und Weise, wie es diese Nachprüfung beschreibt, weniger bedeutsam ist. Aus den Verweisen auf die Ermessens-, Wertungs- und Handlungsspielräume, über die die Kommission verfüge, lässt sich daher nicht unbedingt folgern, dass das Gericht seine Pflicht versäumt hat, sich mit dem Vorbringen von KME auseinanderzusetzen und die Art und Weise der Festsetzung der Geldbuße zu beurteilen. Umgekehrt kann aus der Formulierung „in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung" auch nicht geschlossen werden, dass das Gericht seine Beurteilungsbefugnisse auch tatsächlich angemessen ausgeübt hat. Es muss daher untersucht werden, wie das Gericht bei jedem einzelnen Prüfungsschritt der Sache nach vorgegangen ist.

74. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass das Verfahren vor dem Gericht — ungeachtet des Befugnisumfangs — streitig geführt wird. Weder Art. 6 EMRK noch die Rechtsprechung des EGMR verlangt, dass das „unabhängige und unparteiische Gericht" von Amts wegen Fragen nachgeht, die im Verfahren nicht angesprochen werden. Selbstverständlich müssen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs bestimmte Gesichtspunkte zwingenden Rechts (die im Wesentlichen verfahrensrechtliche Garantien betreffen) von Amts wegen geprüft werden, von solchen Fällen abgesehen muss jedoch die Ausübung der Befugnis zur unbeschränkten Ermessensnachprüfung anhand des Inhalts des Vorbringens gemessen werden, zu dem das Gericht um eine Entscheidung ersucht wird.

75. Dessen ungeachtet stelle ich fest, dass das Gericht die Kommission zur Vorlage einer Reihe von Unterlagen aus ihrer Verwaltungsakte aufgefordert und dass die Kommission daraufhin weit über 500 Seiten eingereicht hat. Dies deutet zumindest auf eine *Gründlichkeit* der Nachprüfung hin, die den Anforderungen der EMRK und der Charta genügt. Allerdings bleibt anhand des eigentlichen Urteils zu prüfen, ob es sich um eine Nachprüfung der *erforderlichen Art* handelt. Mit anderen Worten: Beschränkte sich die Nachprüfung darauf, zu untersuchen, ob die Kommission sich in den Grenzen ihres Ermessens gehalten hat, oder hat das Gericht (auf Antrag von KME) auch die innerhalb dieser Grenzen vorgenommene Wertung nachgeprüft?

76. Ich komme jetzt zu zwei speziellen Einwänden, die die Kommission gegen die Argumentation von KME erhebt.

77. Ein formaler Einwand, den die Kommission erst in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, betrifft den Umstand, dass KME ihre Klage im ersten Rechtszug ausdrücklich auf Art. 230 EG und nicht auf Art. 229 EG gestützt habe. Anscheinend soll damit angedeutet werden, dass KME das Gericht erst gar nicht um eine Ausübung seiner Befugnis zur unbeschränkten Ermessensnachprüfung ersucht habe und daher jetzt auch nicht eine entsprechende Nichtausübung rügen könne.

78. Das scheint mir als solches kein ernst zu nehmendes Argument zu sein. Die Bezugnahme auf Art. 230 EG findet sich nur in der Überschrift der Klageschrift. Schon die bloße

Tatsache, dass KME eine Herabsetzung ihrer Geldbuße beantragt hat, macht hinreichend deutlich, dass sich KME gerade auf die Befugnis des Gerichts zur unbeschränkten Ermessensnachprüfung und zur Änderung von Zwangsmaßnahmen und nicht allein auf die Befugnis zur Nachprüfung der Rechtmäßigkeit berufen wollte. Die Nachprüfung im letzteren Sinne kann, sofern sie zugunsten der Klägerin ausfällt, allein zu einer Aufhebung der Geldbuße führen, und es wäre dann Sache der Kommission, erneut eine Geldbuße im Einklang mit der Urteilsbegründung zu verhängen. Mit der Klageschrift wird indessen durchweg die Herabsetzung der Geldbuße begehrt, über die das Gericht aber nur auf der Grundlage von Art. 229 EG und Art. 17 der Verordnung Nr. 17 entscheiden kann.

79. Andererseits ist zu beachten, dass KME beim Gericht nicht ausdrücklich eine Neufestsetzung der Geldbuße beantragt hat, sondern deren Anpassung wegen gerügter Mängel der streitigen Entscheidung.

80. Der zweite Einwand der Kommission dürfte schwerer wiegen. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass KME — wie überzeugend auch immer sie allgemeine Argumente für eine gewissenhafte Ausübung der Befugnis zur unbeschränkten Ermessensnachprüfung durch das Gericht in Fällen wie hier vorgebracht haben möge — weder den konkret anzulegenden Nachprüfungsmaßstab aufgezeigt noch die Passagen des angefochtenen Urteils bezeichnet habe, in denen dieser Maßstab nicht beachtet worden sein soll.

81. In diesem Punkt stimme ich der Kommission zu. Der fünfte Rechtsmittelgrund von KME erscheint viel eher als eine allgemeine Kritik am System zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Union und der Rolle des Gerichts innerhalb dieses Systems denn als die Darlegung spezifischer Versäumnisse des Gerichts im angefochtenen Urteil. Nach ständiger Rechtsprechung hingegen muss ein Rechtsmittel die beanstandeten Teile des Urteils, dessen Aufhebung beantragt wird, sowie die rechtlichen Argumente, die diesen Antrag speziell stützen, genau bezeichnen. [34]

82. Normalerweise würde die Feststellung eines solchen Mangels bei einem Rechtsmittelgrund schlichtweg zu dessen Unzulässigkeit führen. Im vorliegenden Fall scheint mir eine solche Sichtweise jedoch nicht ganz angemessen. Der von KME angeführte fünfte Rechtsmittelgrund enthält zwar für sich allein genommen keine hinreichend genauen Angaben, um dem Gerichtshof die Entscheidung zu ermöglichen, ob und inwieweit das Gericht im Speziellen eine angemessene Nachprüfung versäumt hat. Gleichwohl handelt es sich um einen Gedanken, der als weiterer Maßstab für die Beurteilung der anderen Rechtsmittelgründe dienen kann — in diesem Sinne hat ihn die Kommission übrigens auch in ihrer Rechtsmittelbeantwortung in ihrer Auseinandersetzung mit den Rechtsmittelgründen 2 bis 4 aufgefasst.

83. Ich schlage daher vor, den fünften Rechtsmittelgrund nicht als eigenständige

34 — Als Beispiel aus jüngerer Zeit vgl. Urteil vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission (C-280/08 P, Slg. 2010, I-9555, Randnr. 24).

Argumentation zu betrachten, sondern die hierzu geäußerten Gedanken im Rahmen der Untersuchung der ersten vier Rechtsmittelgründe zu berücksichtigen. Ich werde mich dabei allerdings — wie vorstehend dargelegt — auf das Vorgehen des Gerichts bei der Prüfung der ihm vorgetragenen Klagegründe beschränken, wobei die Formulierungen, die es zur Beschreibung dieses Prüfvorgangs gewählt hat, nur als Anhaltspunkt dienen.

Erster Rechtsmittelgrund: konkrete Auswirkungen auf den Markt

Einschlägige Passagen des angefochtenen Urteils

84. Bei seiner Beurteilung des ersten von KME angeführten Klagegrundes (keine angemessene Berücksichtigung der konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt) hat das Gericht zunächst drei von KME vorgelegte ökonometrische Berichte zum Beweis zugelassen und sodann Folgendes ausgeführt:

„60 … [D]ie Klägerinnen [rügen] … sowohl die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung (siehe oben, Randnrn. 12 und 13) durch die Kommission als auch die von ihr vorgenommene differenzierte Behandlung auf der Grundlage der Marktanteile der betroffenen Unternehmen (siehe oben, Randnr. 16) …

61 Was zunächst die differenzierte Behandlung der in Rede stehenden Unternehmen angeht, bringt die hierzu von der Kommission in der angefochtenen Entscheidung ausgeführte Begründung u. a. das Bestreben zum Ausdruck, ‚das Gewicht jedes einzelnen Unternehmens und damit die tatsächliche Auswirkung des individuellen rechtswidrigen Verhaltens auf den Wettbewerb' zu berücksichtigen (Randnr. 322 der angefochtenen Entscheidung). Allerdings ist zu betonen, dass die Kommission selbst dann, wenn es an einem Nachweis für konkrete Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt fehlt, zu einer differenzierten Behandlung nach Maßgabe der Anteile am betreffenden Markt berechtigt ist, wie sie in den Randnrn. 326 bis 329 der angefochtenen Entscheidung vorgenommen wird.

62 Nach der Rechtsprechung stellt nämlich der Anteil jedes der betreffenden Unternehmen an dem Markt, der Gegenstand einer beschränkenden Verhaltensweise war, ein objektives Kriterium dar, das zutreffend die Verantwortung jedes der Unternehmen an der Schädlichkeit dieser Verhaltensweise auf den normalen Wettbewerb angibt (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 29. April 2004, Tokai Carbon u. a./Kommission, T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01 und T-252/01, Slg. 2004, II-1181, Randnr. 197).

63 In gleicher Weise ist auch in Bezug auf die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung festzustellen, dass es keinen Einfluss auf die Qualifizierung der Zuwiderhandlung als ‚besonders schwer' und

damit auf den Betrag der Geldbuße gehabt hätte, wenn die Kommission nicht nachgewiesen hätte, dass das Kartell konkrete Auswirkungen auf den Markt hatte.

64 Aus dem gemeinschaftsrechtlichen Sanktionssystem für Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln, wie es mit der Verordnung Nr. 17 geschaffen wurde und von der Rechtsprechung ausgelegt wird, ergibt sich, dass Kartelle aufgrund ihres Wesens die schwersten Geldbußen verdienen. Die Frage nach ihren möglichen konkreten Auswirkungen auf den Markt, insbesondere die Frage, inwieweit die Wettbewerbsbeschränkung zu einem höheren Marktpreis geführt hat als dem, der ohne Kartell zu erzielen gewesen wäre, ist für die Bestimmung der Höhe der Geldbußen kein entscheidendes Kriterium (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofs vom 7. Juni 1983, Musique diffusion française u. a./Kommission, 100/80 bis 103/80, Slg. 1983, 1825, Randnrn. 120 und 129, vom 17. Juli 1997, Ferriere Nord/Kommission, C-219/95 P, Slg. 1997, I-4411, Randnr. 33, vom 16. November 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Kommission, C-286/98 P, Slg. 2000, I-9925, Randnrn. 68 bis 77, und vom 25. Januar 2007, Dalmine/Kommission, C-407/04 P, Slg. 2007, I-829, Randnrn. 129 und 130; Urteil Tokai Carbon u. a./Kommission, oben in Randnr. 62 angeführt, Randnr. 225; vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Mischo in der Rechtssache C-283/98 P, Urteil des Gerichtshofs vom 16. November 2000, Mo och Domsjö/Kommission, Slg. 2000, I-9855, I-9858, Nrn. 95 bis 101).

65 Zudem ergibt sich aus den Leitlinien, dass Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die — wie im vorliegenden Fall — insbesondere auf die Festsetzung der Preise und die Aufteilung der Kunden abzielen, bereits aufgrund ihres Wesens als ‚besonders schwer' eingestuft werden können, ohne dass es erforderlich wäre, dass solche Verhaltensweisen durch eine Auswirkung oder einen besonderen räumlichen Umfang gekennzeichnet sind. Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass zwar in der Beschreibung der ‚schweren' Verstöße ausdrücklich erwähnt wird, dass sie Auswirkungen auf den Markt haben und in einem größeren Teil des Gemeinsamen Marktes zum Tragen kommen, die Beschreibung der ‚besonders schweren' Verstöße aber kein Erfordernis konkreter Auswirkungen auf den Markt oder auf ein besonderes geografisches Gebiet enthält (Urteil des Gerichts vom 25. Oktober 2005, Groupe Danone/Kommission, T-38/02, Slg. 2005, II-4407, Randnr. 150).

66 Vorsorglich weist das Gericht darauf hin, dass nach seiner Auffassung die Kommission eine konkrete Auswirkung des Kartells auf den betreffenden Markt rechtlich hinreichend nachgewiesen hat.

67 In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die Prämisse der Klägerinnen, wonach die Kommission, sofern sie sich bei der Festsetzung der Geldbuße auf eine konkrete Auswirkung des Kartells berufe, verpflichtet sei, das Vorliegen einer greifbaren wirtschaftlichen Auswirkung auf den Markt und einen Kausalzusammenhang zwischen der Auswirkung und der Zuwiderhandlung wissenschaftlich nachzuweisen, von

der Rechtsprechung zurückgewiesen worden ist.

68 Das Gericht hat nämlich mehrfach entschieden, dass die konkreten Auswirkungen eines Kartells auf den Markt als hinreichend nachgewiesen anzusehen sind, wenn die Kommission in der Lage ist, konkrete und glaubhafte Indizien dafür vorzulegen, dass das Kartell mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Auswirkungen auf den Markt hatte (vgl. u. a. Urteile des Gerichts Scandinavian Airlines System/Kommission, oben in Randnr. 36 angeführt, Randnr. 122, vom 27. September 2006, Archer Daniels Midland/Kommission, T-59/02, Slg. 2006, II-3627, Randnrn. 159 bis 161, Jungbunzlauer/Kommission, T-43/02, Slg. 2006, II-3435, Randnrn. 153 bis 155, Archer Daniels Midland/Kommission, T-329/01, Slg. 2006, II-3255, Randnrn. 176 bis 178, Roquette Frères/Kommission, T-322/01, Slg. 2006, II-3137, Randnrn. 73 bis 75).

69 In dieser Hinsicht ist festzustellen, dass die Klägerinnen die oben in Randnr. 13 dargelegten Tatsachen nicht bestritten haben, auf die sich die Kommission für ihre Annahme des Vorliegens konkreter Auswirkungen des Kartells auf den Markt gestützt hat, dass nämlich die Preise in Zeiträumen einer schwächeren Umsetzung der Vereinbarungen gefallen und in anderen Zeiträumen stark gestiegen sind, dass ein System für den Austausch von Daten über Verkaufsvolumen und Preisniveaus geschaffen wurde, dass die Kartellmitglieder insgesamt über einen großen Marktanteil verfügten und dass die jeweiligen Marktanteile der Kartellteilnehmer während der Dauer der Zuwiderhandlung relativ stabil geblieben sind. Die Klägerinnen haben nur geltend gemacht, diese Tatsachen seien nicht als Nachweis dafür geeignet, dass die in Rede stehende Zuwiderhandlung konkrete Auswirkungen auf den Markt gehabt habe.

70 Aus der Rechtsprechung geht jedoch hervor, dass die Kommission auf der Grundlage der in der vorstehenden Randnummer genannten Indizien annehmen darf, dass die Zuwiderhandlung konkrete Auswirkungen auf den Markt hatte (vgl. in diesem Sinne Urteile Jungbunzlauer/Kommission, oben in Randnr. 68 angeführt, Randnr. 159, Roquette Frères/Kommission, oben in Randnr. 68 angeführt, Randnr. 78, vom 27. September 2006, Archer Daniels Midland/Kommission, T-59/02, oben in Randnr. 68 angeführt, Randnr. 165, Archer Daniels Midland/Kommission, T-329/01, oben in Randnr. 68 angeführt, Randnr. 181; Urteil des Gerichts vom 14. Dezember 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich u. a./Kommission, T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02, Slg. 2006, II-5169, Randnrn. 285 bis 287).

71 Soweit die Klägerinnen geltend machen, dass die Akte Beispiele für die Nichteinhaltung der Kartellvereinbarungen enthalte, ist dem entgegenzuhalten, dass die Tatsache, dass sich die Kartellmitglieder nicht immer an die Vereinbarungen hielten, nicht ausreicht, um eine Auswirkung auf den Markt auszuschließen (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts Groupe

Danone/Kommission, oben in Randnr. 65 angeführt, Randnr. 148).

72 Auch dem auf ihr eigenes Verhalten gestützten Vorbringen der Klägerinnen kann nicht gefolgt werden. Das von einem Unternehmen behauptete tatsächliche Verhalten ist nämlich bei der Bewertung der Auswirkungen eines Kartells auf den Markt nicht von Bedeutung; zu berücksichtigen sind lediglich die Wirkungen der Zuwiderhandlung in ihrer Gesamtheit (Urteil des Gerichts vom 9. Juli 2003, Archer Daniels Midland und Archer Daniels Midland Ingredients/Kommission, T-224/00, Slg. 2003, II-2597, Randnr. 167). Ebenso wenig kann beanstandet werden, dass die Kommission in Randnr. 303 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, dass der ursprüngliche Bericht es nicht erlaube, ihre Feststellungen in Bezug auf die tatsächlichen Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt zu widerlegen. Die in ihm enthaltene ökonometrische Untersuchung verarbeitet nämlich nur Zahlen, die sich auf die Klägerinnen beziehen.

73 In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen ist der vorliegende Klagegrund somit als unbegründet zurückzuweisen.

74 Das Gericht ist ferner im Rahmen seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung und im Licht der vorstehenden Erwägungen der Auffassung, dass die von der Kommission vorgenommene Beurteilung des nach Maßgabe der Schwere festgesetzten Ausgangsbetrags der Geldbuße nicht in Frage zu stellen ist."

Zusammenfassung des Vorbringens

Rechtsmittel von KME

85. KME wendet sich gegen die Auffassung des Gerichts, dass die Kommission rechtlich hinreichend nachgewiesen habe, dass sich das Kartell auf den Markt ausgewirkt habe, und diese Auswirkung daher bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße habe berücksichtigen dürfen. Nach Maßgabe der Leitlinien habe die Kommission drei Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen, u. a. „die konkreten Auswirkungen auf den Markt, sofern diese messbar sind". Deshalb dürfe die Kommission solche konkreten Auswirkungen nur berücksichtigen, falls und soweit sie diese Auswirkungen dartun und quantifizieren könne. Der Kommission hätte nicht erlaubt werden dürfen, sich auf das im Urteil Roquette Frères/Kommission [35] entwickelte Konzept der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit" zurückzuziehen und Annahmen zugrunde zu legen, die ihr die Berücksichtigung von Marktauswirkungen selbst dann gestatteten, wenn sie deren Bestehen oder Umfang nicht

35 — Urteil vom 27. September 2006 (T-322/01, in Randnr. 68 des angefochtenen Urteils angeführt, Randnr. 73).

gemäß den Leitlinien nachweisen könne. Wenn man solche Annahmen zulasse, werde jede Möglichkeit einer Differenzierung von Zuwiderhandlungen anhand des Kriteriums der Marktwirkungen ausgeschlossen. Die in den Randnrn. 68 und 70 des angefochtenen Urteils angeführte Rechtsprechung sei offenkundig falsch.

86. Zudem sei die Kommission, wenn ein Kartellmitglied ökonometrische Beweise dafür vorlege, dass das Kartell insgesamt keinerlei Auswirkungen auf die Marktpreise gehabt habe, und andere Beteiligte Ähnliches äußerten, nicht berechtigt, diese Beweise außer Acht zu lassen und allein auf der Grundlage von mittelbaren Beweisen wie den in Randnr. 69 des angefochtenen Urteils angesprochenen festzustellen, dass die Zuwiderhandlung sehr wohl solche Auswirkungen gehabt habe, und diese Feststellung wiederum bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße gemäß den Leitlinien zu berücksichtigen. In einem solchen Fall müsse die Kommission vielmehr unmittelbare Beweise dafür beibringen, dass das Kartell tatsächlich Auswirkungen auf den Markt hatte.

87. Basis der von KME eingereichten ökonometrischen Beweise seien umfassende Daten aus mehr als zehn Jahren, die aus allen ihren verfügbaren Rechnungen und Kundenangaben gewonnen worden seien und die belegten, dass i) sich das Kartell nicht statistisch signifikant auf die von KME verlangten Preise ausgewirkt habe und ii) diese Aussage auch für das Kartell insgesamt gelte. Zudem werde das Fehlen von Auswirkungen auch durch die aktenkundige Nichteinhaltung der Vereinbarungen seitens mehrerer Beteiligter belegt. Dass den Endnutzern kein Schaden entstanden sei, ergebe sich schließlich auch aus der Tatsache, dass auf die fraglichen Rohre lediglich ungefähr 2 % des Einzelhandelspreises der die Rohre enthaltenden Endprodukte entfallen seien.

88. Nach Ansicht von KME hätte die Kommission von Rechts wegen unmittelbare Gegenbeweise, die auf objektiven ökonomischen Faktoren auf dem betreffenden Markt im wirtschaftlichen Kontext beruhen, vorlegen sowie Bestehen und Umfang der angenommenen Marktauswirkungen substantiieren müssen; sie habe ihre Feststellung, dass das Kartell sich auf den Markt ausgewirkt habe, nicht allein auf die in der streitigen Entscheidung angeführten mittelbaren Beweise stützen dürfen.

89. Das angefochtene Urteil leide auch an einer unlogischen und unzureichenden Begründung. Bei der Würdigung des Vorbringens von KME, dass die von ihr vorgelegten ökonometrischen Beweise das Fehlen von Marktauswirkungen belegten, habe das Gericht i) ausschließlich auf den ursprünglichen Bericht Bezug genommen, dem zufolge das Kartell keine Auswirkungen auf die Preise von KME gehabt habe, daher ii) nicht die beiden späteren Berichte berücksichtigt, die zu dem Ergebnis gekommen seien, dass das Kartell insgesamt keine Marktauswirkungen gehabt habe, und iii) den Vortrag von KME letztlich mit der Begründung zurückgewiesen, die ökonometrischen Beweise ließen nicht erkennen, dass das Kartell insgesamt keine Auswirkungen auf den Markt gehabt habe. Mit anderen Worten: Das Gericht habe zwar einerseits Beweise zugelassen, aus denen sich ein Fehlen von Marktauswirkungen

ergebe, andererseits aber das Vorbringen von KME mit der Begründung zurückgewiesen, sie habe diese Beweise nicht vorgelegt — das Gericht habe damit die Tatsachen und Beweise, die ihm vorgelegt worden seien, verfälscht.

90. Somit habe das Gericht dadurch, dass es die von der Kommission begangenen Rechtsfehler nicht erkannt habe, gegen Unionsrecht verstoßen. KME ist daher der Ansicht, dass der Gerichtshof den Ausgangsbetrag der Geldbuße neu festsetzen müsse, indem er den Faktor der Marktauswirkungen aus der Berechnung herausnehme.

relevant halte, jeweils unabhängig davon vorlägen, ob solche Auswirkungen nachweisbar seien oder nicht. Es habe zu der differenzierten Behandlung der beteiligten Unternehmen ausgeführt, dass die Kommission selbst dann, wenn es an einem Nachweis für konkrete Auswirkungen der Zuwiderhandlung auf den Markt fehle, zu einer Differenzierung nach Maßgabe der Marktanteile berechtigt sei, und zur Schwere der Zuwiderhandlung, dass es keinen Einfluss auf die Qualifizierung der Zuwiderhandlung als „besonders schwer" und damit auf den Betrag der Geldbuße gehabt hätte, wenn die Kommission nicht nachgewiesen hätte, dass das Kartell konkrete Auswirkungen auf den Markt hatte. Diese beiden entscheidenden grundsätzlichen Feststellungen, die als solche nicht Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens sein könnten, würden von KME noch nicht einmal erwähnt. Die von KME vorgetragene Rüge gegen eine ergänzende vorsorgliche Feststellung könne nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

Rechtsmittelbeantwortung der Kommission

91. Die Kommission macht erstens geltend, dass der Rechtsmittelgrund ins Leere gehe, weil er sich gegen *obiter dicta* richte.

93. Zweitens trägt die Kommission vor, dass der Rechtsmittelgrund unzulässig sei, weil mit ihm eine Tatsachenwürdigung angegriffen werde.

92. Die Feststellung, dass die Kommission eine konkrete Auswirkung des Kartells auf den Markt rechtlich hinreichend nachgewiesen habe, sei ausdrücklich rein vorsorglich erfolgt. Nach ständiger Rechtsprechung könne ein Urteil nicht aufgrund einer Rüge aufgehoben werden, die sich ausschließlich gegen Feststellungen solcher Art richte. Das Gericht habe entschieden, dass beide Elemente der streitigen Entscheidung, für die KME die konkreten Auswirkungen auf den Markt für

94. KME mache lediglich geltend, dass das Gericht i) zu Unrecht festgestellt habe, dass die Kommission zur Herleitung konkreter Auswirkungen auf den Markt aus den in Randnr. 69 des Urteils aufgezählten Indizien berechtigt sei, ii) in Randnr. 71 den Beweisen größeres Gewicht hätte beimessen müssen, aus denen sich nach Ansicht von KME ein Fehlen von Auswirkungen und eine Nichteinhaltung der Vereinbarungen seitens der

Kartellmitglieder ergäben, iii) in Randnr. 72 den ökonometrischen Studien größeres Gewicht hätte beimessen müssen, aus denen sich nach Ansicht von KME das Fehlen statistisch signifikanter Auswirkungen ergebe, und iv) hätte „unmittelbare Beweise" für das Bestehen und den Umfang etwaiger Auswirkungen verlangen müssen.

95. Der Gerichtshof sei aber weder für die Feststellung der Tatsachen zuständig noch grundsätzlich befugt, die Beweise zu prüfen, auf die sich das Gericht gestützt habe. Seien diese Beweise ordnungsgemäß erhoben und die einschlägigen Vorschriften und Grundsätze eingehalten worden, sei es nämlich allein Sache des Gerichts, den Wert der Beweise zu beurteilen. Sofern die Beweise nicht verfälscht würden, unterliege diese Beurteilung nicht der Kontrolle des Gerichtshofs.

96. Die Beweise für die konkreten Auswirkungen, auf denen die streitige Entscheidung basiere, und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen seien vor dem Gericht eingehend erörtert worden; das Gericht fasse die Beweise in Randnr. 69 seines Urteils zusammen, komme in Randnr. 70 zu dem Ergebnis, dass die Kommission zu der Annahme berechtigt gewesen sei, dass das Kartell konkrete Auswirkungen gehabt habe, und weise sodann in den Randnrn. 71 f. das Vorbringen von KME zurück, dass andere Gesichtspunkte diesem Ergebnis entgegenstünden.

97. Abgesehen davon, dass KME in ihrer Argumentation allein auf ihr eigenes Verhalten abstelle, würden die von ihr vorgelegten Studien auch grundsätzlich durch mehrere Mängel entwertet, die vor dem Gericht umfassend diskutiert worden seien. Das Gericht habe eine Entscheidung hierzu dahinstehen lassen können, da es das Vorbringen von KME ohnehin zurückgewiesen habe; die Kommission fasst diese Mängel jedoch wie folgt zusammen.

98. In den Studien gehe es darum, durch einen Vergleich zwischen eingestandenermaßen abgesprochenen Preisen und Preisen in „wettbewerbsorientierten" Zeiträumen und/oder Ländern Aufschluss über die Auswirkungen des Kartells zu erhalten. Es seien aber zahlreiche Gebiete einbezogen worden, für die unmittelbare Beweise für ein abgestimmtes Verhalten vorgelegen hätten. Eine der Preisvereinbarungen habe bestimmte Erhöhungen in namentlich genannten Ländern sowie Erhöhungen um 8 % in „allen anderen nicht erwähnten" beinhaltet, woraus zu schließen sei, dass der gesamte Absatz von KME vom Kartell erfasst gewesen sei und dass keine „wettbewerbsorientierten Länder" zu Vergleichszwecken zur Verfügung gestanden hätten.

99. Jedenfalls ergebe sich bei einer Untersuchung der statistischen Berechnungen, dass man zu den angeführten Ergebnissen auch im Fall einer Erhöhung der Preise durch das Kartell kommen könne. Das Modell von KME schließe eine durchschnittliche Erhöhung um 10,5 % pro Jahr nicht aus und zeige, dass die Preise von KME Germany im gesamten Kartell durchschnittlich um 29,9 % jährlich gestiegen seien. In anderen Bereichen hätten

die Studien zu ungewöhnlichen Ergebnissen geführt, für die KME keine Erklärung habe geben können.

100. Das Gericht habe daher die Beweise, auf die sich die streitige Entscheidung zur Feststellung konkreter Auswirkungen stütze, sowie alle von KME gegen diese Feststellung vorgetragenen Argumente ordnungsgemäß geprüft. Aufgrund spezifischer, glaubhafter und hinreichender Beweise, die weit über die bloße Tatsache der Durchführung von Preisvereinbarungen hinausgingen, sei das Gericht zu dem Ergebnis gekommen, dass konkrete Auswirkungen dargetan worden seien.

101. Drittens ist die Kommission der Ansicht, dass das Gericht seine Entscheidung hinreichend begründet habe.

102. Das Vorbringen von KME — die Begründung des Gerichts sei unlogisch und unzureichend, weil es entschieden habe, dass die von KME vorgelegten ökonometrischen Daten nicht belegten, dass sich die Zuwiderhandlung insgesamt nicht auf den Markt ausgewirkt habe, und dabei auf den ursprünglichen, nur die Preise von KME betreffenden Bericht verwiesen habe, ohne die das gesamte Kartell betreffenden beiden weiteren Berichte zu erwähnen — beruhe auf einem Missverständnis der Randnr. 72 des Urteils.

103. Vor dem Gericht habe KME geltend gemacht, dass den Studien über ihre eigenen Preise zufolge das Kartell keine konkreten Auswirkungen auf den Markt gehabt habe. Sowohl die (von der Kommission in der streitigen Entscheidung geprüfte) ursprüngliche Studie als auch die (dem Gericht vorgelegten) beiden weiteren Studien bezögen sich jedoch allein auf den von KME erzielten Absatz. In Randnr. 72 seines Urteils weise das Gericht die Argumentation von KME in seiner souveränen Tatsachen- und Beweiswürdigung zurück und stelle klar, dass das Verhalten eines einzelnen Unternehmens für die Beurteilung der Auswirkungen des Kartells als Ganzes unerheblich sei. Diese Gedankenführung weise keine Brüche auf.

104. Im vorliegenden Fall komme es offensichtlich auf die Folgen des gesamten Kartells an. Im ersten Rechtszug habe die Kommission dargelegt, dass das Kartell auch eine Aufteilung der Kunden vorgenommen und vereinbart habe, dass die Beteiligten vor einem Kundenbesuch beim Marktführer des betreffenden Landes hätten anfragen müssen, welche Menge zu welchem Preis verkauft werden könne. Die Daten zu den Preisen von KME ließen daher keine Rückschlüsse auf die Preise anderer Kartellmitglieder zu — z. B. in Fällen, in denen sich KME aufgrund der Aufteilungsvereinbarung gar nicht um einen Verkauf an Kunden bemüht habe. KME behaupte zwar, sich nicht an die Vereinbarungen gehalten zu haben, wenn jedoch die ökonometrischen Studien in dieser Hinsicht aussagekräftig sein sollten, müsse KME eine Nichteinhaltung in Bezug auf jeden einem anderen Kartellmitglied zugeteilten Kunden

nachweisen. Weder gegenüber der Kommission noch gegenüber dem Gericht habe KME auch nur den Versuch unternommen, diesen Nachweis zu erbringen.

105. Der letzte Satz der Randnr. 72 des angefochtenen Urteils verweise deshalb allein auf den ursprünglichen Bericht, weil KME geltend gemacht habe, dass in der streitigen Entscheidung zu Unrecht die Relevanz eben dieses Berichts verkannt worden sei. Zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Entscheidung hätten die weiteren Berichte noch nicht existiert, so dass deren Berücksichtigung nicht möglich gewesen sei. Im Rahmen seiner Ausführungen zu den auf einer Preisanalyse beruhenden Argumenten von KME habe das Gericht offenkundig alle drei ökonometrischen Studien geprüft. Die Argumente seien aus dem für alle drei Studien geltenden Grund zurückgewiesen worden, dass sich die Berichte allein auf die Preise von KME bezögen.

Würdigung

106. Der erste Problemkreis betrifft die Frage, ob die Annahme des Gerichts, dass sowohl die von der Kommission vorgenommene Einstufung der Zuwiderhandlung als „besonders schwer" als auch die darauf beruhende Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße Bestand haben müssten, unabhängig von einem Beweis für konkrete Marktauswirkungen allein mit der Art der Zuwiderhandlung (Preisfestsetzungs- und Marktaufteilungskartell) gerechtfertigt werden kann.

107. In der streitigen Entscheidung setzte die Kommission den Ausgangsbetrag aufgrund ihrer Feststellungen fest, a) dass es sich um eine „besonders schwere" Zuwiderhandlung gehandelt habe, und zwar aufgrund i) ihres Wesens, ii) ihrer Auswirkungen auf den Markt und iii) der räumlichen Ausdehnung dieses Marktes, sowie b) dass der Marktanteil von KME ungefähr das Dreifache des Marktanteils von Outokumpu bzw. von Wieland betrage. Die Kommission setzte den Ausgangsbetrag auf insgesamt 58,1 Millionen Euro fest, 35 Millionen Euro für KME und je 11,55 Millionen Euro für die anderen.

108. Im ersten Rechtszug trug KME vor, die Kommission habe sowohl bei der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung als auch bei der Aufteilung des Grundbetrags der Geldbuße auf die Kartellmitglieder die tatsächliche Marktauswirkung außer Betracht gelassen; die Kommission habe einfach erklärt, dass das Bestehen von Marktwirkungen feststehe, diese aber nicht quantifiziert werden könnten, und dass eine Aufteilung des Ausgangsbetrags entsprechend den Marktanteilen zulässig sei. KME machte im Wesentlichen geltend, dass die Kommission rechtlich verpflichtet sei, die konkreten Auswirkungen auf den Markt zu berücksichtigen, sofern diese messbar seien, dass die Auswirkungen im vorliegenden Fall in der Tat messbar seien und dass die von KME vorgelegte ökonometrische Studie belege, dass die Auswirkungen statistisch nicht signifikant seien; nach Ansicht von KME hätte der Gesamtausgangsbetrag daher am unteren Ende der einschlägigen Skala (beginnend mit 20 Millionen Euro

für „besonders schwere“ Verstöße) liegen müssen.

109. In Randnr. 63 seines Urteils vertritt das Gericht die Auffassung, dass „es keinen Einfluss auf die Qualifizierung der Zuwiderhandlung als ‚besonders schwer‘ und damit auf den Betrag der Geldbuße gehabt hätte, wenn die Kommission nicht nachgewiesen hätte, dass das Kartell konkrete Auswirkungen auf den Markt hatte“, und fügt in den Randnrn. 64 f. weitere Ausführungen in diesem Sinne hinzu.

110. Vor dem Gerichtshof richtet sich der Vortrag von KME in erster Linie gegen die anschließenden Ausführungen in den Randnrn. 66 bis 72 des angefochtenen Urteils, in denen das Gericht „[v]orsorglich“ darauf hinweist, dass die Kommission eine konkrete Auswirkung des Kartells auf den Markt hinreichend nachgewiesen habe.

111. Die Kommission macht daher geltend, dass der Rechtsmittelgrund ins Leere gehe, da sich KME nicht gegen die entscheidende Feststellung in Randnr. 63 wende; selbst wenn man dem Vorbringen von KME zu den konkreten Auswirkungen auf den Markt folge, bliebe die Feststellung bezüglich des „besonders schweren“ Charakters des Kartells bestehen und könnte das Urteil nicht wegen Zurückweisung des ersten Klagegrundes aufgehoben werden.

112. Ich vermag keinen Fehler in dieser Gedankenführung zu entdecken, meine aber, dass die Prämisse, KME wende sich nicht gegen die entscheidende Feststellung in Randnr. 63, nicht unbedingt akzeptiert werden kann.

113. Gewiss ist richtig, dass KME nicht die Feststellung rügt, die Kommission dürfe die Zuwiderhandlung bereits allein aufgrund ihres Wesens als „besonders schwer“ einstufen. Tatsächlich weist KME (wenn auch nur in einer Fußnote) darauf hin, dass sie dies im ersten Rechtszug nicht bestritten habe; sie habe vielmehr argumentiert, dass der Gesamtausgangsbetrag der Geldbuße angesichts der begrenzten Auswirkungen des Kartells auf den Markt am unteren Ende der Skala für „besonders schwere“ Verstöße — gemäß den Leitlinien bei 20 Millionen Euro — anstatt bei 58,1 Millionen Euro liegen müsse. Bei Berücksichtigung dieses Kontexts muss der erste Rechtsmittelgrund von KME meines Erachtens dahin verstanden werden, dass damit zwangsläufig (wenn auch zugegebenermaßen nicht so explizit, wie dies wünschenswert wäre) auch die Feststellung des Gerichts in Frage gestellt wird, wonach die tatsächliche Marktwirkung wegen ihrer fehlenden Relevanz für die Einstufung des Verstoßes als „besonders schwer“ auch für die Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße irrelevant sei.

114. Ich schließe mich jedoch der Auffassung an, dass im Fall einer Bestätigung der Feststellungen in den Randnrn. 63 bis 65 des angefochtenen Urteils mit einer Rüge der weiteren Feststellungen in den Randnrn. 66 bis 72, selbst wenn sie erfolgreich wäre, nichts gewonnen wäre. Die einleitende Wendung in Randnr. 66 [36] lässt eindeutig erkennen, dass die anschließenden Ausführungen über das hinausgehen, was das Gericht zur

36 — Die, selbst wenn man bei der englischen Formulierung „[i]n any event, and for the sake of completeness“ gewisse Bedenken haben mag, jedenfalls der insoweit eindeutigen Wendung „[à] titre surabondant“ im Französischen entspricht, in dem das Gericht sein Urteil abgefasst hat.

Begründung als hinreichend erachtet. Wenn zudem „Kartelle aufgrund ihres Wesens die schwersten Geldbußen verdienen", und zwar unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen auf die Marktpreise, und wenn die Kommission bei der Festlegung des Ausgangsbetrags der Geldbuße auf das Bestehen dieser Auswirkung und nicht auf deren genaues Ausmaß abstellt, dann kann dieser Betrag logischerweise nicht durch den Nachweis in Frage gestellt werden, dass die Auswirkung sich in Grenzen gehalten habe.

115. Die Kommission macht weiterhin geltend, dass dieser Rechtsmittelgrund unzulässig sei, da er nur Tatsachenfeststellungen des Gerichts betreffe.

116. Auch insoweit bin ich nicht ganz überzeugt. Mehrere Aspekte des Vorbringens von KME — insbesondere der in den Nrn. 18 bis 20 und 22 der Rechtsmittelschrift enthaltene sowie der vorstehend in den Nrn. 87 und 89 referierte Vortrag — scheinen die Tatsachenwürdigung zu betreffen, andere bestehen jedoch in Rechtsausführungen, die sich gegen gerügte Unzulänglichkeiten des angefochtenen Urteils richten (wenngleich auch hier sachdienlichere Formulierungen möglich gewesen wären). KME macht im Wesentlichen geltend, dass das Gericht angesichts der unterschiedlichen Meinungen über die aus den verfügbaren Beweisen zu ziehenden Schlussfolgerungen der Kommission nicht einfach hätte erlauben dürfen, von Annahmen gestützt auf „konkrete und glaubhafte Indizien dafür …, dass das Kartell mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Auswirkungen auf den Markt hatte", auszugehen, sondern dass es von der Kommission zumindest hätte verlangen müssen, die Gegenbeweise von KME überzeugend zu widerlegen. Dieses Argument ist, wie ich vorstehend in Nr. 113 dargelegt habe, im Kontext der Rüge zu sehen, die sich nicht gegen die Feststellung des Gerichts richtet, dass die tatsächliche Marktwirkung für die Einstufung des Verstoßes als „besonders schwer" irrelevant sei, sondern gegen die Feststellung, dass die tatsächliche Marktwirkung auch für die Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße bedeutungslos sei.

117. Ich würde daher den ersten Rechtsmittelgrund nicht als ins Leere gehend und auch nicht als eine ausschließlich gegen Tatsachenfeststellungen gerichtete Rüge als unzulässig zurückweisen.

118. Soweit dieser Rechtsmittelgrund Rechtsfragen betrifft, schlage ich allerdings auch nicht vor, ihn durchgreifen zu lassen. Die Aussage des Gerichts in Nr. 64 seines Urteils, dass die Frage nach den möglichen konkreten Auswirkungen eines Kartells auf den Markt für die Bestimmung der Höhe der Geldbußen kein entscheidendes Kriterium sei, wird durch die vom Gericht angeführte Rechtsprechung umfassend gestützt.[37] Diese Auswirkungen sind nur eins von vielen zu berücksichtigenden Kriterien, die im Übrigen nicht nur auf die drei in den Leitlinien aufgezählten Gesichtspunkte beschränkt sind. Soweit die Kommission in der streitigen Entscheidung

37 — Ich verweise insbesondere auf die Zusammenfassungen in den Schlussanträgen von Generalanwalt Mischo in der Rechtssache Mo och Domsjö/Kommission, Nrn. 95 f., und im Urteil Dalmine/Kommission, Randnrn. 129 f., die beide in der vorstehend in Nr. 84 wiedergegebenen Randnr. 64 des angefochtenen Urteils angeführt sind.

festgestellt hat, dass es einige Auswirkungen gegeben habe (was KME nicht bestreitet), durfte sie diese Feststellung als eins der Kriterien bei der Berechnung des Ausgangsbetrags der Geldbuße heranziehen. Da die Kommission dabei nicht einen bestimmten Grad der Auswirkungen angenommen hat — sie ist im Gegenteil ausdrücklich davon ausgegangen, dass die Auswirkungen nicht genau quantifiziert werden könnten [38] —, kann ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie diesen Grad nicht genau angegeben hat, und kann gerügt werden, dass das Gericht den Ansatz der Kommission akzeptiert hat.

119. Ich möchte hinzufügen, dass die Kommission, sofern Unternehmen ökonometrische Studien zur Begründung ihres Vorbringens einreichen, selbstverständlich verpflichtet ist, diese Beweise bei ihrer Gesamtbeurteilung gebührend zu berücksichtigen. Hält sie diese Beweise nicht in vollem Umfang für stichhaltig, ist sie jedoch nicht verpflichtet, ihrerseits eine ökonometrische Studie zum Beweis des Gegenteils vorzulegen.

120. Zu prüfen ist noch, wie ich vorstehend in Nr. 83 angedeutet habe, ob das Gericht bei seiner Auseinandersetzung mit dem Klagegrund möglicherweise den von der EMRK und der Charta verlangten Standard verfehlt hat.

38 — Vgl. insbesondere Nrn. 299 bis 301 und 314 der streitigen Entscheidung.

121. Hierzu stelle ich fest, dass KME offenbar keine solche Verfehlung rügt. Keine der im Rahmen des fünften Rechtsmittelgrundes angeführten Passagen stammt aus dem insoweit relevanten Teil des Urteils des Gerichts. In jenem Teil des Urteils finden sich auch keine Formulierungen der Art, die KME vor allem beanstandet, nämlich die Hinweise auf das Ermessen der Kommission.

122. Im Übrigen meine ich, dass das Gericht sich mit dem ersten Klagegrund auch in einer dem Vortrag von KME entsprechenden Weise auseinandergesetzt hat.

123. Die Argumentation von KME beruhte im Wesentlichen auf der These, dass die Kommission aufgrund ihrer eigenen Leitlinien gehalten sei, entweder die konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt zu messen und dann dieses Messergebnis zu verwenden oder aber auf eine Heranziehung der Marktwirkungen ganz zu verzichten. Das Gericht geht auf diese Argumentation ein, untersucht — obwohl es dies für überflüssig hält — sowohl die der Kommission zur Verfügung stehenden Beweise als auch die anschließend von KME vorgelegten ökonometrischen Berichte und gelangt zu dem Ergebnis, dass die Bezugnahme der Kommission auf die Marktwirkungen und deren Berücksichtigung bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße nicht zu beanstanden seien. Obwohl andere Zweifel hätten angemeldet werden können — z. B. ein etwaiger Erklärungsbedarf, weshalb der Gesamtausgangsbetrag gerade auf 58,1 Millionen Euro und nicht etwa auf 20 Millionen Euro oder 100 Millionen Euro festgesetzt wurde —, ist dies jedenfalls

unterblieben, und das Gericht hat sich mit genau den Fragen auseinandergesetzt, die aufgeworfen wurden, was keineswegs darauf hindeutet, dass es nicht seine umfassende Rechtsprechungsbefugnis ausgeübt hat, wie dies die EMRK verlangt.

Zweiter Rechtsmittelgrund: Größe des Marktes

Einschlägige Passagen des angefochtenen Urteils

124. In der streitigen Entscheidung bezog die Kommission zur Berechnung der Größe des betroffenen Marktes die Kosten des zur Herstellung der Rohre verwendeten Kupfers ein. Im ersten Rechtszug machte KME geltend, mit einer solchen Berechnung werde die wirtschaftliche Realität des Marktes verkannt. Der Preis des zu verwendenden Kupfers, der ungefähr zwei Drittel des Endpreises der Rohre ausmache, werde nämlich von den Käufern selbst bestimmt und dann lediglich an sie weitergegeben. Das tatsächliche wirtschaftliche Gewicht des betroffenen Marktes sei daher auf die Bearbeitungsspanne beschränkt gewesen, d. h. auf ungefähr ein Drittel des in der streitigen Entscheidung angesetzten Betrags von 288 Millionen Euro.

125. In den Randnrn. 86 bis 89 seines Urteils stellt das Gericht fest, dass die Kommission berechtigt, aber nicht verpflichtet sei, bei der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung zum Zweck der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße auf die Größe des betroffenen Marktes abzustellen, dass die Kommission die Größe — wenn auch nur als einen unter mehreren Gesichtspunkten — herangezogen habe, und dass daher zu prüfen sei, ob die Kommission insoweit zu Unrecht den Kupferpreis berücksichtigt habe. In den Randnrn. 91 bis 94 kommt das Gericht zu folgendem Ergebnis:

„91 Es gibt … keinen stichhaltigen Grund dafür, dass bei der Berechnung des Umsatzes eines Marktes bestimmte Produktionskosten außer Betracht gelassen werden müssten. Wie die Kommission zu Recht festgestellt hat, gibt es in allen Industriezweigen Kosten des Endprodukts, die der Hersteller nicht beherrschen kann, die aber gleichwohl einen wesentlichen Bestandteil seiner gesamten Tätigkeit bilden und daher im Rahmen der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße nicht von seinem Umsatz ausgenommen werden dürfen (vgl. in diesem Sinne Urteil 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, Randnrn. 5030 und 5031). Der Umstand, dass der Kupferpreis einen bedeutenden Teil des Endpreises der Industrierohre darstellt oder dass die Preisschwankungen beim Kupfer sehr viel

höher sind als bei anderen Rohstoffen, steht diesem Ergebnis nicht entgegen.

92 Die verschiedenen Rügen der Klägerinnen schließlich, die darauf abzielen, dass es, statt auf das Kriterium des Umsatzes des relevanten Marktes abzustellen, im Hinblick auf den Abschreckungszweck der Geldbußen und den Grundsatz der Gleichbehandlung zweckmäßiger sei, den Betrag der Geldbußen nach Maßgabe der Rentabilität der betreffenden Branche oder der entsprechenden Wertschöpfung festzusetzen, sind unerheblich. In dieser Hinsicht ist zunächst festzustellen, dass die Schwere der Zuwiderhandlung unter Heranziehung zahlreicher Faktoren zu ermitteln ist, in Bezug auf die die Kommission über ein Ermessen verfügt (Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 2007, BASF/Kommission, T-101/05 und T-111/05, Slg. 2007, II-4949, Randnr. 65), ohne dass es eine zwingende oder abschließende Liste von Kriterien gäbe, die auf jeden Fall berücksichtigt werden müssten (Urteil Dalmine/Kommission, oben in Randnr. 64 angeführt, Randnr. 129); es ist daher nicht Sache des Gemeinschaftsrichters, sondern der Kommission, im Rahmen ihres Ermessensspielraums und innerhalb der sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Verordnung Nr. 17 ergebenden Grenzen die Kriterien und die Zahlen auszuwählen, die sie berücksichtigen will, um eine Politik umzusetzen, die die Einhaltung der in Art. 81 EG genannten Verbote sicherstellt.

93 Sodann ist es unbestreitbar, dass der Umsatz eines Unternehmens oder eines Marktes als Beurteilungskriterium für die Schwere der Zuwiderhandlung zwangsläufig vage und unvollkommen ist. Damit wird nicht zwischen Branchen mit hoher und solchen mit geringer Wertschöpfung oder zwischen profitablen und weniger profitablen Unternehmen unterschieden. Gleichwohl wird der Umsatz trotz seines Näherungscharakters gegenwärtig sowohl vom Gemeinschaftsgesetzgeber als auch vom Gerichtshof als angemessenes Kriterium angesehen, um im Rahmen des Wettbewerbsrechts die Größe und Wirtschaftskraft der betreffenden Unternehmen zu beurteilen (vgl. insbesondere Urteil Musique diffusion française u. a./Kommission, oben in Randnr. 64 angeführt, Randnr. 121, Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17, zehnter Erwägungsgrund und Art. 14 und 15 der Verordnung [EG] Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [ABl. L 24, S. 1]).

94 Nach alledem ist festzustellen, dass die Kommission zu Recht den Kupferpreis bei der Bestimmung der Größe des betreffenden Marktes berücksichtigt hat."

Zusammenfassung des Vorbringens

Rechtsmittel von KME

126. KME macht geltend, dass ihre Darlegung der Merkmale des betroffenen Marktes im Rechtsmittelverfahren als feststehende Tatsache anzusehen sei, da sie im angefochtenen Urteil nicht in Frage gestellt worden sei. Das Gericht habe jedoch einen Rechtsfehler begangen und eine unzureichende Begründung gegeben, denn es habe verkannt, dass die Kommission berechtigt sei, bei der Berechnung des Marktwerts den Begriff „Umsatz" im Sinne von Nettoumsatz auszulegen.

127. Erstens ergebe sich aus der Rechtsprechung und der von der Kommission geübten Praxis, dass die Kommission bei der Berechnung des Ausgangsbetrags der Geldbuße die spezifischen Merkmale des betreffenden Marktes oder Unternehmens zu berücksichtigen habe. Die Gerichte hätten entschieden, dass die Kommission von ihrer allgemeinen Praxis, bei ihren Berechnungen auf den Umsatz des letzten vollständigen Jahrs der Zuwiderhandlung abzustellen, abweichen dürfe, wenn dieses Jahr für die wirkliche Größe und die Wirtschaftskraft des Unternehmens sowie für das Ausmaß der Zuwiderhandlung nicht repräsentativ sei. Zur Berechnung der Höchstgeldbuße habe der Gerichtshof entschieden, dass die Kommission in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung sowohl des Kontexts als auch der Zielsetzung der Geldbußenregelung die bezweckte Wirkung auf das betreffende Unternehmen einzuschätzen und dabei insbesondere auf einen Umsatz abzustellen habe, der die wirkliche wirtschaftliche Lage des Unternehmens im Zeitraum der Zuwiderhandlung widerspiegele. In letzter Zeit habe die Kommission in ihrer Praxis häufig von der in den Leitlinien vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, von der Regel der Heranziehung der Absatzzahlen des letzten vollen Wirtschaftsjahrs der Beteiligung an der Zuwiderhandlung abzuweichen, wenn diese Abweichung aufgrund der spezifischen Umstände des Einzelfalls oder aufgrund sonstiger externer Faktoren gerechtfertigt sei. Nach der Rechtsprechung des Gerichts dürfe die Kommission ihre Beurteilung der tatsächlichen wirtschaftlichen Fähigkeit zur Verursachung eines erheblichen Schadens auf Daten über den Umsatz und den Marktanteil stützen, sofern nicht besondere Umstände, wie etwa die Merkmale des betroffenen Marktes, die Aussagekraft dieser Daten erheblich einschränkten und die Berücksichtigung anderer Faktoren erforderlich machten.

128. Zweitens weise die Kupferrohrbranche aufgrund des Umstands, dass der Kupferpreis allein von der Entscheidung des Kunden abhänge, an einem bestimmten Tag zu kaufen, Besonderheiten auf und eigne sich nicht für einen Vergleich mit anderen Branchen, wie auch Kupfer nicht mit anderen Produktionsfaktoren — wie etwa Energie, Wasser und Ausrüstung — verglichen werden könne, deren Preise zwischen dem Hersteller und dem entsprechenden Anbieter vertraglich festgelegt würden. Trotzdem sei das Gericht fälschlicherweise zu dem Ergebnis gelangt, es gebe keinen stichhaltigen Grund dafür, bei der Ermittlung der Größe des von einem Kartell betroffenen Marktes zum Zweck der Geldbußenberechnung den Kupferpreis

außer Betracht zu lassen. Insoweit habe das Gericht auch gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung — wonach unterschiedliche Sachverhalte unterschiedlich zu behandeln seien — und gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. In Bezug auf den letztgenannten Gesichtspunkt trägt KME vor, dass die gegen sie verhängte Geldbuße ungefähr 2 % ihres weltweiten Gesamtumsatzes im Jahr 2002, 40 % ihres im EWR erzielten Umsatzes auf dem Industrierohrmarkt auf Basis des vollen Preises einschließlich Kupfer, 80 % ihres Verarbeitungsumsatzes auf jenem Markt, 42 % ihres konsolidierten Bruttobetriebsgewinns im Jahr 2003 und 16 % ihres konsolidierten Nettovermögens im Juni 2003 ausmache.

129. Drittens wäre, hätte die Kommission gegen KME eine Geldbuße wegen eines Kartells auf demselben Markt verhängt, das 2007 beendet worden wäre, und hätte sie den Marktwert anhand des gesamten Umsatzes jenes Jahrs berechnet, der Ausgangsbetrag der Geldbuße einfach nur aufgrund des enormen Anstiegs der Kupferpreise zwischen 2003 und 2007 wesentlich höher ausgefallen.

130. Viertens stütze sich das Gericht zu Unrecht auf das Urteil Cimenteries CBR u. a./Kommission [39]: In jenem Fall seien die Produktionsfaktorkosten, wie etwa Transportkosten und Kosten für die Lieferung der Säcke, von den Kartellmitgliedern kontrollierbar gewesen, während hier der Kupferpreis nicht vom Rohrhersteller beherrscht werde. Das Gericht ziehe außerdem auch zu Unrecht die Rechtsprechung heran, die der Kommission ein Ermessensspielraum bei der Auswahl der Kriterien zubillige, auf die sie zur Feststellung der Schwere einer Zuwiderhandlung abstellen wolle, u. a. in der Regel das Kriterium des Umsatzes, da auf dem Industrierohrmarkt der an den vollen Preisen gemessene Umsatz keine Aussagekraft für die Schwere einer Zuwiderhandlung besitze. Das Ermessen der Kommission bei der Auswahl dieser Kriterien könne nicht so weit gehen, dass sie auf Gesichtspunkte abstelle, die in Anbetracht der Besonderheiten des wirtschaftlichen Umfelds für die Schwere der Zuwiderhandlung ohne Bedeutung seien. Das Gericht versäume es in seinem Urteil, die von der Kommission herangezogenen Kriterien auf ihre Relevanz und Angemessenheit zu überprüfen.

Rechtsmittelbeantwortung der Kommission

131. Nach Auffassung der Kommission handelt es sich bei den Ausführungen von KME zum Zustandekommen der Kupferpreise und zu den Modalitäten des Industrierohrabsatzes nicht um Tatsachenfeststellungen für die Zwecke des Rechtsmittelverfahrens. Das Gericht habe eine Entscheidung über diese Einzelheiten dahinstehen lassen können. Die Feststellungen sprächen nicht für die von KME geltend gemachte Bezeichnung der Kartellmitglieder als Vertreter der Metalleinkäufer, und die Kommission habe im ersten Rechtszug ausdrücklich vorgetragen, dass aus den letztlich auch im angefochtenen Urteil angeführten Gründen der Hinweis von KME, sie handele häufig als Vertreterin ihrer Kunden, unerheblich sei. Wie die Kommission seinerzeit dargetan habe, werde der Metallpreis in Fällen, in denen der Kunde das Kupfer tatsächlich erwerbe und KME mit der

39 — In Randnr. 91 des angefochtenen Urteils angeführt.

Verarbeitung beauftrage, nicht in den von KME erzielten Umsatz einbezogen. Jedenfalls seien die vom Gericht getroffenen Feststellungen zur Größe des Industrierohrmarkts nicht mit der These in Einklang zu bringen, dass die Industrierohrhersteller gleichzeitig Absätze auf einem wettbewerbsoffenen Kupfermarkt und auf einem Kartellvereinbarungen unterliegenden Verarbeitungsmarkt erzielten; es gebe nur einen einzigen Markt, nämlich den für Industrierohre.

132. Das Gericht habe das Vorbringen von KME, wonach der Industrierohrmarkt wegen der mangelnden Beherrschbarkeit der Beschaffungspreise ein Sonderfall sei, zurückgewiesen, ohne dass es irgendwelcher Feststellungen zu den von KME geltend gemachten Einzelheiten bedurft habe. In Randnr. 91 seines Urteils führe das Gericht aus, dass es keinen stichhaltigen Grund dafür gebe, dass bei der Berechnung des Umsatzes eines Marktes bestimmte Produktionskosten außer Betracht gelassen werden müssten, und treffe die Tatsachenfeststellung, dass es in allen Industriezweigen Kosten des Endprodukts gebe, die der Hersteller nicht beherrschen könne, die aber gleichwohl einen wesentlichen Bestandteil seiner gesamten Tätigkeit bildeten. Diese Kosten dürften im Rahmen der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße nicht vom Umsatz ausgenommen werden. Der Umstand, dass der Kupferpreis einen bedeutenden Teil des Endpreises der Industrierohre darstelle oder dass die Preisschwankungen beim Kupfer höher seien als bei anderen Rohstoffen, stehe diesem Ergebnis nicht entgegen.

133. Mit diesem Rechtsmittelgrund werde der Gerichtshof lediglich um eine Neubeurteilung der Frage ersucht, ob die Industrierohrbranche ein Sonderfall sei. KME wiederhole ihr Vorbringen aus dem ersten Rechtszug zu den den Kupferpreis betreffenden vertraglichen Rechten der Kunden, zum Anteil des Kupferpreises am Gesamtpreis der Rohre und zur Volatilität des Kupferpreises. Dieser Vortrag sei nicht nur unzulässig, sondern die Industrierohrhersteller unterschieden sich auch in nichts von anderen Herstellern, die Rohstoffe oder Ausrüstung anschafften bzw. Leistungen der Versorgungsunternehmen in Anspruch nähmen. Kein Unternehmen, sofern es sich nicht in einer beherrschenden Stellung befinde, könne die Preise der als Produktionsfaktoren eingesetzten Erzeugnisse bestimmen. Alle Verträge kämen aufgrund der eigenen Entscheidung der Hersteller zustande — hier verbunden mit dem Vorteil, das Risiko der Kupferpreisschwankungen auf den Kunden abwälzen zu können.

134. In Randnr. 93 erkenne das Gericht an, dass der Umsatz eines Unternehmens oder eines Marktes als Beurteilungskriterium für die Schwere der Zuwiderhandlung zwangsläufig vage und unvollkommen sei. Es gehe davon aus, dass zwischen Branchen mit hoher und solchen mit geringer Wertschöpfung oder zwischen profitablen und weniger profitablen Unternehmen nicht unterschieden werde.

Gleichwohl gelange es zu der Einschätzung, dass der Umsatz ein angemessenes Kriterium sei, um im Rahmen des Wettbewerbsrechts die Größe und Wirtschaftskraft der betreffenden Unternehmen zu beurteilen. Mit ihrem Vorbringen wolle KME hingegen lediglich eine von dieser Einschätzung des Gerichts abweichende Einschätzung des Gerichtshofs erreichen. Das Gericht sei zu seiner Einschätzung nach ausführlichen Erörterungen in den Schriftsätzen sowie in der mündlichen Verhandlung gelangt, und es ziehe die Objektivität des Kriteriums „Umsatz" der potenziell endlosen Kontroverse, der Subjektivität und der Ungewissheit vor, die mit dem Vorschlag von KME verbunden sei, die von den Kartellmitgliedern nicht beherrschbaren Kosten außer Betracht zu lassen.

135. Die Einschätzung des Gerichts sei zutreffend. Insbesondere dürfe der Gerichtshof nicht dem Vorbringen von KME folgen, er habe die Geldbuße auf der Grundlage der 2002 bzw. 2003 betreffenden Daten neu festzusetzen. Eine solche Argumentation sei ausschließlich vor dem Gericht zulässig.

auf den Ermessensspielraum der Kommission verweise. In Randnr. 91 stelle das Gericht bestätigend fest, dass es „keinen stichhaltigen Grund dafür [gibt], dass bei der Berechnung des Umsatzes eines Marktes bestimmte Produktionskosten außer Betracht gelassen werden müssten", dass es „in allen Industriezweigen Kosten des Endprodukts [gibt], die der Hersteller nicht beherrschen kann, die aber gleichwohl einen wesentlichen Bestandteil seiner gesamten Tätigkeit bilden und daher im Rahmen der Festsetzung des Ausgangsbetrags der Geldbuße nicht von seinem Umsatz ausgenommen werden dürfen", und dass „[d]er Umstand, dass der Kupferpreis einen bedeutenden Teil des Endpreises der Industrierohre darstellt oder dass die Preisschwankungen beim Kupfer sehr viel höher sind als bei anderen Rohstoffen, … diesem Ergebnis nicht entgegen[steht]". In Randnr. 93 gelange das Gericht bestätigend zu dem Ergebnis, dass „der Umsatz trotz seines Näherungscharakters gegenwärtig sowohl vom Gemeinschaftsgesetzgeber als auch vom Gerichtshof als angemessenes Kriterium angesehen [wird], um im Rahmen des Wettbewerbsrechts die Größe und Wirtschaftskraft der betreffenden Unternehmen zu beurteilen". Schließlich heiße es in Randnr. 94: „Nach alledem ist festzustellen, dass die Kommission zu Recht …".

Würdigung

136. Zur Angemessenheit der vom Gericht vorgenommenen Prüfung merkt die Kommission an, dass KME (im Rahmen ihres fünften Rechtsmittelgrundes, jedoch mit Blick auf die Behandlung ihres zweiten Klagegrundes im ersten Rechtszug) Randnr. 92 des angefochtenen Urteils anführe, in der das Gericht

137. Hier geht es um die grundlegende Frage, ob die Kommission, wenn sie als eines der Kriterien für die Beurteilung der Schwere einer Zuwiderhandlung die Marktgröße (d. h. das Absatzvolumen, nicht die räumliche Ausdehnung) heranzieht, in jedem Fall

auf den vollen Preis abstellen muss oder ob es zulässig sei, dass sie nur auf den Teil des Preises abstelle, den die Zuwiderhandelnden beeinflussen könnten.

138. KME trägt nicht vor, dass die Marktgröße nie zu berücksichtigen sei oder dass es stets unzulässig sei, auf den vollen Preis abzustellen, sondern vielmehr, dass der Kupferrohrmarkt Besonderheiten aufweise, aufgrund deren dies im vorliegenden Fall unzulässig sei. Sie rügt daher, dass das Gericht durch seine Feststellung, dass der Bruttoumsatz ein gültiger Maßstab für die Marktgröße sei, einen Rechtsfehler begangen und eine unzureichende Begründung gegeben habe.

139. Meines Erachtens wendet die Kommission zu Recht ein, dass KME weitgehend eine Tatsachenfeststellung des Gerichtshofs über die Merkmale des Marktes erreichen will, wofür dieser in einem Rechtsmittelverfahren nicht zuständig ist. Als Tatsachen hat das Gericht lediglich festgestellt, dass „der Kupferpreis einen bedeutenden Teil des Endpreises der Industrierohre darstellt" und dass „die Preisschwankungen beim Kupfer sehr viel höher sind als bei anderen Rohstoffen". KME macht nicht geltend, dass das Gericht dabei Beweise verfälscht habe. Ausgehend von diesen Tatsachen ist also zu beurteilen, ob das Gericht einen Rechtsfehler begangen oder eine unzureichende Begründung gegeben hat.

140. Das Gericht stützt seine rechtlichen Wertungen im Wesentlichen auf vier Feststellungen: Die anhand des Absatzvolumens gemessene Größe jedweden Marktes werde stets einige Kostenelemente umfassen, die die Hersteller nicht beherrschen könnten; der Markt für Industriekupferrohre weise insoweit keine Besonderheiten auf; die Kommission könne die Faktoren, die sie berücksichtige, in gewissem Umfang frei wählen; der Bruttoumsatz sei ein anerkannter, wenn auch unvollkommener Anhaltspunkt für die Größe und Wirtschaftskraft der Unternehmen.

141. Ich vermag keine Unzulänglichkeiten in dieser Begründung zu entdecken. Es stimmt zwar, dass es in der Rechtssache Cimenteries CBR u. a./Kommission, auf die das Gericht verweist, um Nebenkosten ging, die zweifellos weniger bedeutsam waren als der Kupferpreis im vorliegenden Fall, aber dieser graduelle Unterschied steht einer Weiterentwicklung der Rechtsprechung dahin, dass auch bedeutsamere Kosten erfasst werden, nicht entgegen. Außerdem dürfte der auf die Rohstoffe entfallende Anteil des Umsatzes zwangsläufig von Sektor zu Sektor erheblich schwanken. Wollte man zulassen, dass in einigen Fällen auf den Bruttoumsatz abgestellt werden darf, in anderen hingegen nicht, müsste ein Schwellenwert, vermutlich in Form einer Verhältniszahl zwischen Netto- und Bruttoumsatz, festgelegt werden, bei dessen Überschreitung die Ungleichbehandlung erfolgt. Allerdings wäre ein solcher Schwellenwert nur sehr schwer anwendbar und gäbe Anlass zu endlosem und unlösbarem Streit, einschließlich des Vorwurfs der

Ungleichbehandlung. Außerdem ist zu beachten, dass die streitige Entscheidung keine direkte mathematische Beziehung zwischen der Größe des Marktes und dem Gesamtausgangsbetrag der Geldbuße erkennen lässt und dass das Gericht selbst feststellt, dass die Marktgröße nur eines der von der Kommission herangezogenen Kriterien sei. Unter diesen Umständen erscheint die Annahme, dass die Kommission einen „Näherungscharakter" aufweisenden — aber ohne Weiteres verfügbaren — Maßstab für die Marktgröße in Kombination mit anderen Kriterien bei der Beurteilung der Schwere einer Zuwiderhandlung verwenden darf, nicht unbillig. Jedenfalls hat KME nicht hinreichend dargetan, weshalb das Gericht mit seiner Einschätzung, dass die Kommission hierzu berechtigt sei, einen *Rechtsfehler* begangen haben soll.

142. Ich wende mich jetzt der Frage zu, ob sich das Gericht mit dem zweiten Klagegrund in Anbetracht der Rechtsprechung des EGMR angemessen auseinandergesetzt hat.

143. Zunächst ist festzuhalten, dass das Gericht in seiner Begründung in der Tat erklärt, dass „die Schwere der Zuwiderhandlung unter Heranziehung zahlreicher Faktoren zu ermitteln ist, in Bezug auf die die Kommission über ein Ermessen verfügt", und dass es „nicht Sache des Gemeinschaftsrichters, sondern der Kommission [ist], im Rahmen ihres Ermessensspielraums … die Kriterien und die Zahlen auszuwählen, die sie berücksichtigen will". KME beruft sich im Rahmen ihres fünften Rechtsmittelgrundes zur Begründung ihrer Rüge, das Gericht habe die Wertungen der Kommission „im Übermaß übernommen", zumindest auf die erste dieser Passagen.

144. Der zweite Rechtsmittelgrund, mit dem KME geltend macht, dass „das Ermessen der Kommission bei der Auswahl der Kriterien zur Beurteilung der Schwere eines Kartells nicht so weit gehen kann, dass sie auf Gesichtspunkte abstellt, die in Anbetracht der Besonderheiten des wirtschaftlichen Umfelds für die Schwere der Zuwiderhandlung ohne Bedeutung sind", zeigt jedoch, dass auch KME von dem Bestehen eines solchen Ermessensspielraums ausgeht und lediglich hinsichtlich des Umfangs dieses Spielraums anderer Meinung als das Gericht ist. Das kann meines Erachtens keine geeignete Grundlage für die Rüge darstellen, das Gericht habe bei der Nachprüfung der streitigen Entscheidung nicht seine umfassende Rechtsprechungsbefugnis ausgeübt.

145. Es ist auch zuzugeben, dass die hierzu getroffenen Feststellungen des Gerichts in den Randnrn. 91 bis 93 seines Urteils kurz sind. Dies ist jedoch nicht unbedingt Ausdruck einer unsorgfältigen Prüfung des Vorbringens. Im Gegenteil, aus der ausführlichen Darstellung der von KME vorgebrachten Argumente (Randnrn. 75 bis 82) und aus der Zurückweisung (in Randnr. 88) des von der Kommission angeführten Arguments, dass die Größe des betreffenden Marktes für die Höhe der Geldbuße ohne Belang sei, ergibt

sich, dass der zweite Klagegrund sorgfältig geprüft wurde. Die Feststellungen des Gerichts stehen völlig in Einklang mit dem Ergebnis, dass sich das Gericht eine eigene Meinung darüber gebildet hat, ob es angemessen ist, bei der Ermittlung der Marktgröße zur Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung die Kupferpreise einzubeziehen, und KME hat meines Erachtens keine überzeugenden Argumente vorgetragen, um dieses Ergebnis in Frage zu stellen.

Dritter Rechtsmittelgrund: prozentuale Erhöhung nach Maßgabe der Dauer

Einschlägige Passagen des angefochtenen Urteils

146. Im ersten Rechtszug hatte KME mit ihrem dritten Klagegrund geltend gemacht, dass die Kommission, da die Leitlinien eine Erhöhung *bis zu* 10 % pro Jahr (also zwischen 0 % und 10 %) aufgrund der Dauer der Zuwiderhandlung zuließen, diese Erhöhung entsprechend der unterschiedlichen Intensität des Kartells während der Dauer der Zuwiderhandlung und der fehlenden Auswirkungen auf die Preise hätte anpassen müssen, anstatt eine pauschale Erhöhung des Maximalprozentsatzes von „10 % für jedes Jahr der Dauer, d. h. um insgesamt 125 %“ vorzunehmen. Das Gericht hat diesen Klagegrund als unbegründet zurückgewiesen. In den Randnrn. 100 bis 104 des angefochtenen Urteils stellt es fest, dass

„100 … eine Erhöhung der Geldbuße nach Maßgabe der Dauer nicht auf den Fall beschränkt ist, dass zwischen der Dauer und einer erhöhten[40] Schädigung der mit den Wettbewerbsregeln verfolgten Ziele der Gemeinschaft ein unmittelbarer Zusammenhang besteht (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 30. September 2003, Michelin/Kommission, T-203/01, Slg. 2003, II-4071, Randnr. 278 und die dort angeführte Rechtsprechung).

101 Aus den Leitlinien geht zudem hervor, dass die Kommission weder eine Überschneidung noch eine Wechselwirkung zwischen der Beurteilung der Schwere und der Beurteilung der Dauer der Zuwiderhandlung vorgesehen hat.

102 Im Gegenteil ergibt sich, erstens, aus dem Aufbau der Leitlinien, dass sie die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung als solcher vorsehen, um einen allgemeinen Ausgangsbetrag der Geldbuße zu bestimmen. Zweitens wird die Schwere der Zuwiderhandlung anhand der Merkmale des betreffenden Unternehmens, insbesondere seiner Größe und seiner Stellung auf dem relevanten Markt, geprüft; dies kann zu einer Gewichtung des Ausgangsbetrags, zur Einteilung der Unternehmen in Kategorien und zur

40 — Betrifft nur das englische Original.

Festsetzung eines spezifischen Ausgangsbetrags führen. Drittens wird die Dauer des Verstoßes bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags berücksichtigt, und viertens sehen die Leitlinien die Berücksichtigung erschwerender und mildernder Umstände vor, die es ermöglichen, die Geldbuße insbesondere nach Maßgabe der aktiven oder passiven Rolle der betreffenden Unternehmen bei der Durchführung der Zuwiderhandlung anzupassen.

103 Hieraus folgt, dass die bloße Tatsache, dass sich die Kommission bei Zuwiderhandlungen von langer Dauer die Möglichkeit einer Erhöhung des für die Schwere der Zuwiderhandlung angesetzten Betrags um bis zu 10 % pro Jahr der Zuwiderhandlung vorbehalten hat, sie nicht dazu verpflichtet, diesen Erhöhungssatz nach Maßgabe der Intensität der Aktivitäten des Kartells oder seiner Wirkungen oder auch der Schwere der Zuwiderhandlung festzusetzen. Es obliegt nämlich der Kommission, den Erhöhungssatz, den sie wegen der Dauer der Zuwiderhandlung anwenden will, im Rahmen ihres Ermessens (siehe oben, Randnr. 36) zu bestimmen.

104 Im vorliegenden Fall hat die Kommission insbesondere in den Randnrn. 335 und 340 der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass die KME-Gruppe während eines Zeitraums von zwölf Jahren und zehn Monaten, also eines langen Zeitraums im Sinne der Leitlinien, an der Zuwiderhandlung beteiligt war, und daher die Geldbuße um 125 % erhöht. Damit ist die Kommission nicht von den Regeln abgewichen, die sie sich in den Leitlinien selbst gesetzt hat. Im Übrigen ist das Gericht der Auffassung, dass diese Erhöhung um 125 % im vorliegenden Fall nicht offensichtlich unverhältnismäßig ist."

Zusammenfassung des Vorbringens

Rechtsmittel von KME

147. Nach Ansicht von KME ist die Begründung des Gerichts unklar, unlogisch und unzureichend, da sich ihr keine eindeutige Regel entnehmen lasse.

148. Auslegung und Anwendung der Nr. 1 Abschnitt B der Leitlinien seien in der Rechtsprechung schon häufig erörtert worden, ohne dass dort aber die Kriterien genannt würden, nach deren Maßgabe die Kommission bei mehr als fünf Jahre andauernden Zuwiderhandlungen den Ausgangsbetrag der Geldbuße um zwischen 0 % und 10 % für jedes Jahr des Verstoßes anpassen könne. Die Rechtsprechung besage anscheinend nur, dass eine Erhöhung der Geldbuße nach Maßgabe der Dauer nicht auf den Fall beschränkt sei, dass zwischen der Dauer und einer erhöhten

Schädigung der mit den Wettbewerbsregeln verfolgten Ziele der Gemeinschaft ein unmittelbarer Zusammenhang bestehe — mit anderen Worten, der Grundbetrag könne nach Maßgabe der Dauer auch dann erhöht werden, wenn die Schädigung der mit den Wettbewerbsregeln verfolgten Ziele als unmittelbare Folge der Dauer nicht erhöht sei oder gar nicht eintrete. Diese Sichtweise müsse falsch sein.

149. Erstens stehe dem der eindeutige Wortlaut von Nr. 1 Abschnitt B entgegen, in dem von einer wirksamen Ahndung der Wettbewerbsbeschränkungen die Rede sei, „die sich auf die Verbraucher dauerhaft schädlich ausgewirkt haben". Damit habe die Kommission selbst das Erfordernis eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen Dauer und Schädigung aufgestellt, und dieses Erfordernis sei seit Langem in der Rechtsprechung anerkannt. Das Gericht habe entschieden, dass in Fällen, in denen die Kommission bei der Ermittlung des Ausgangsbetrags anhand der Schwere der Zuwiderhandlung die konkreten Auswirkungen auf den Markt berücksichtige, diese Auswirkungen „für die gesamte Dauer des Kartells in vollem Umfang nachgewiesen werden" müssten, andernfalls sei der Ausgangsbetrag herabzusetzen. [41]

150. Zweitens übernehme das Gericht mit seiner Aussage, dass die Kommission in den Leitlinien weder eine Überschneidung noch eine Wechselwirkung zwischen der Beurteilung der Schwere und der Beurteilung der Dauer der Zuwiderhandlung vorgesehen habe, das Argument der Kommission, dass der Umfang der Erhöhung nach Maßgabe der Dauer lediglich von der Dauer und nicht von der Schwere des Verstoßes abhänge, so dass alle relevanten Gesichtspunkte, die die Intensität der Zuwiderhandlung beträfen, bereits im Rahmen der Beurteilung der Schwere berücksichtigt würden. Das Gericht habe aber nicht untersucht, ob die Kommission bei der Beurteilung der Schwere dem Umstand, dass im Laufe der Zeit Veränderungen in der Intensität und Wirksamkeit des Kartells eingetreten seien und dass es Zeiten mit Spannungen und Abweichungen gegeben habe, gebührendes Gewicht beigemessen hat. Anstatt die Erklärung der Kommission zu akzeptieren, sie habe verhindern wollen, dass ein und derselbe Gesichtspunkt zweimal zugunsten der Kartellmitglieder berücksichtigt werde, hätte das Gericht prüfen müssen, ob dies bei der streitigen Entscheidung tatsächlich der Fall war. Die Kommission habe es nämlich zweimal unterlassen, die Veränderungen in der Intensität des Kartells, einschließlich zweier Unterbrechungen, zu berücksichtigen: einmal bei der Ermittlung des Ausgangsbetrags nach Maßgabe der Schwere und ein weiteres Mal bei der Ermittlung der Erhöhung nach Maßgabe der Dauer.

151. Drittens verstoße das Gericht gegen die Logik, wenn es entscheide, dass eine Erhöhung um 10 % pro Jahr mit den in den Leitlinien formulierten Grundsätzen schon deshalb vereinbar sei, weil in den Leitlinien eine Erhöhung bis zu 10 % pro Jahr vorgesehen sei. Diese Aussage könne nur dann richtig sein, wenn eine Erhöhung *von* (anstatt *bis zu*) 10 % vorgesehen wäre. Da jedoch das Ermessen der Kommission, Sanktionen zwischen einem

41 — Urteil des Gerichts vom 5. April 2006, Degussa/Kommission (T-279/02, Slg. 2006, II-897, Randnrn. 247 und 254).

Höchstbetrag und einem Mindestbetrag festzusetzen, nicht uneingeschränkt gelte, sei sie verpflichtet, ihre jeweilige Entscheidung für einen bestimmten Erhöhungssatz anhand der Umstände des Einzelfalls zu begründen, und diese Entscheidung unterliege der gerichtlichen Kontrolle. Das Gericht habe die Anwendung des maximalen Erhöhungssatzes ohne eine vorherige Nachprüfung der Ermessensausübung durch die Kommission nicht billigen dürfen.

152. Schließlich habe das Gericht auch zu Unrecht festgestellt, dass die Erhöhung des Ausgangsbetrags um 125 % nicht offensichtlich unverhältnismäßig sei. Die Kommission räume in der streitigen Entscheidung ein, dass sich die Intensität und Wirksamkeit des Kartells verändert und dass es längere Zeiten mit Spannungen und Abweichungen gegeben habe, wende jedoch gleichwohl den maximalen Erhöhungssatz nach Maßgabe der Dauer an. KME hätte demnach die gleiche Behandlung erfahren, selbst wenn das Kartell während der gesamten Zeit mit voller Intensität und Wirksamkeit bestanden hätte. Durch Verkennung und Nichtberücksichtigung dieses Umstands und durch Unterlassung einer Berichtigung der von der Kommission vorgenommenen Bestimmung des Erhöhungssatzes habe das Gericht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen.

153. KME ist daher der Ansicht, dass das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben sei und dass der Gerichtshof in Ausübung seiner unbeschränkten Befugnis zur Festsetzung eines angemessen niedrigeren Erhöhungssatzes nach Maßgabe der Dauer den Ausgangsbetrag neu festzusetzen und damit den Gesamtbetrag der Geldbuße herabzusetzen habe.

Rechtsmittelbeantwortung der Kommission

154. Die Kommission verweist auf die Entscheidung des Gerichts, dass sie nicht verpflichtet sei, den die Dauer betreffenden Erhöhungssatz nach Maßgabe der Intensität oder der Wirkungen des Kartells oder auch der Schwere der Zuwiderhandlung festzusetzen. Mit ihrem Rechtsmittelgrund widerspreche KME einfach nur dieser Würdigung und verlange, dass der Gerichtshof sie durch seine eigene ersetze; der Rechtsmittelgrund sei daher unzulässig.

155. Das Gericht habe eine klare und logische Begründung für seine Würdigung gegeben, in deren Rahmen es auf alle Rechtsausführungen von KME eingegangen sei. Das Gericht habe entschieden, dass eine Erhöhung nach Maßgabe der Dauer nicht auf den Fall beschränkt sei, dass zwischen der Dauer und einer erhöhten Schädigung der mit den Wettbewerbsregeln verfolgten Ziele der Gemeinschaft ein unmittelbarer Zusammenhang bestehe. Sodann führe es aus, dass die Leitlinien weder eine Überschneidung noch eine Wechselwirkung zwischen der Beurteilung der Schwere und der Beurteilung der Dauer vorsähen. Vielmehr seien vier

getrennte Schritte vorgesehen. Die Kommission müsse

a) die Schwere der Zuwiderhandlung als solche beurteilen, um den Ausgangsbetrag zu bestimmen,

b) die Schwere der Zuwiderhandlung anhand der Merkmale des einzelnen Unternehmens prüfen; dies könne zu einer Gewichtung des Ausgangsbetrags führen,

c) die Dauer des Verstoßes bei der Festsetzung des Ausgangsbetrags berücksichtigen und

d) erschwerende und mildernde Umstände berücksichtigen, die es ermöglichten, die Geldbuße anzupassen.

156. Die Schwere der Zuwiderhandlung oder die Intensität oder Wirkungen des Kartells seien daher nicht unbedingt bei der Bestimmung des Erhöhungssatzes nach Maßgabe der Dauer im Rahmen des dritten Schrittes zu berücksichtigen. Da das Vorbringen von KME, dass der Erhöhungssatz niedriger als 10 % pro Jahr hätte festgesetzt werden müssen, ausschließlich auf diese Gesichtspunkte abstelle, sei es unbegründet. Gleichwohl habe das Gericht entschieden, dass die Erhöhung um letztlich 125 % nicht offensichtlich unverhältnismäßig sei.

157. KME mache nunmehr geltend, dass diese Einschätzung unbillig und vom Gerichtshof durch dessen eigene Würdigung zu ersetzen sei. Doch „[i]m Rechtsmittelverfahren richtet sich die Kontrolle durch den Gerichtshof zum einen darauf, inwieweit das Gericht rechtlich korrekt alle Faktoren berücksichtigt hat, die für die Beurteilung der Schwere eines bestimmten Verhaltens … von Bedeutung sind, und zum anderen auf die Frage, ob das Gericht auf alle von der Rechtsmittelführerin vorgebrachten Argumente für eine Aufhebung oder Herabsetzung der Geldbuße rechtlich hinreichend eingegangen ist … [Es ist] nicht Sache des Gerichtshofs, bei der Entscheidung über Rechtsfragen im Rahmen eines Rechtsmittels die Beurteilung des Gerichts, das in Ausübung seiner unbeschränkten Nachprüfungsbefugnis über den Betrag der gegen Unternehmen wegen eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht festsetzten Geldbußen entscheidet, aus Gründen der Billigkeit durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen“ [42].

158. Der von KME angeführte dritte Rechtsmittelgrund sei also unzulässig. Aus den vom Gericht genannten Gründen sei er auch unbegründet.

42 — Urteil vom 29. April 2004, British Sugar/Kommission (C-359/01 P, Slg. 2004, I-4933, Randnrn. 47 f.).

159. Zur Angemessenheit der vom Gericht vorgenommenen Prüfung merkt die Kommission an, dass KME (im Rahmen ihres fünften Rechtsmittelgrundes, jedoch mit Blick auf die Behandlung ihres dritten Klagegrundes im ersten Rechtszug) Randnr. 103 des angefochtenen Urteils anführe, in der das Gericht mit Bezug auf die Leitlinien auf das Ermessen der Kommission betreffend den anzuwendenden Erhöhungssatz nach Maßgabe der Dauer einer Zuwiderhandlung verweise. In Randnr. 100 habe das Gericht jedoch zuvor bestätigend festgestellt, dass „eine Erhöhung der Geldbuße nach Maßgabe der Dauer nicht auf den Fall beschränkt ist, dass zwischen der Dauer und einer erhöhten[43] Schädigung der mit den Wettbewerbsregeln verfolgten Ziele der Gemeinschaft ein unmittelbarer Zusammenhang besteht". Auf das von KME vorgetragene Argument hin, dass sich die Kommission durch den Erlass der Leitlinien eine Selbstbeschränkung auferlegt habe, erläutere das Gericht dann in Randnr. 102 die in diesen Leitlinien vorgesehene Regelung und gelange in Randnr. 103 bestätigend zu dem Ergebnis, dass „[h]ieraus folgt, dass die bloße Tatsache, dass sich die Kommission bei Zuwiderhandlungen von langer Dauer die Möglichkeit einer Erhöhung des für die Schwere der Zuwiderhandlung angesetzten Betrags um bis zu 10 % pro Jahr der Zuwiderhandlung vorbehalten hat, sie nicht dazu verpflichtet, diesen Erhöhungssatz nach Maßgabe der Intensität der Aktivitäten des Kartells oder seiner Wirkungen oder auch der Schwere der Zuwiderhandlung festzusetzen. Es obliegt nämlich der Kommission, den Erhöhungssatz, den sie wegen der Dauer der Zuwiderhandlung anwenden will, im Rahmen ihres Ermessens … zu bestimmen." Das Gericht habe sich also mit dem von KME vorgebrachten Argument, dass sich die Kommission durch den Erlass der Leitlinien in einer bestimmten Weise gebunden habe, auseinandergesetzt und sei bestätigend zu dem Ergebnis gelangt, dass dies nicht der Fall sei.

Würdigung

160. Das Überraschende bei diesem Rechtsmittelgrund (und dem entsprechenden Klagegrund im ersten Rechtszug sowie selbst dem maßgebenden Teil der streitigen Entscheidung) ist, dass die gesamte Problematik allein auf einem elementaren Rechenfehler beruht, der im angefochtenen Urteil erkennbar ist, jedoch allen Beteiligten entgangen zu sein scheint.

161. Von Beginn an hat KME gerügt, dass ihre Geldbuße nach Maßgabe der Dauer der Zuwiderhandlung um 125 % erhöht worden sei, und damit um einen Prozentsatz, den KME als übermäßig erachtet. Die Kommission hat diese Prämisse in keiner Weise in Frage gestellt (was zweifellos der Grund dafür war, dass das Gericht sie ohne Weiteres übernommen hat) und ist offenbar selbst von der Vorstellung ausgegangen, die Geldbuße für KME in der streitigen Entscheidung um 125 % erhöht zu haben. Das hat sie aber keineswegs getan.

162. Dass der Erhöhungssatz erheblich niedriger ist, ist auch ohne komplizierte Berechnungen klar ersichtlich. Wird ein Betrag um 100 % erhöht, so verdoppelt er sich; wird er also um 125 % erhöht, wird er mehr als verdoppelt. Bei einem Vergleich der Gesamtzahlen,

43 — Betrifft nur das englische Original.

die in den Randnrn. 17 und 19 des angefochtenen Urteils für die gesamte KME-Gruppe angegeben sind (35 Millionen Euro bzw. 56,88 Millionen Euro) [44], ergibt sich jedoch, dass die in Randnr. 19 dargestellte Erhöhung hinter einer Verdoppelung des Grundbetrags zurückbleibt. Die Erhöhung beträgt in Wirklichkeit nur 62,5 % [45], also knapp die Hälfte des Satzes, der während des gesamten Verfahrens behauptet, angenommen oder als richtig betrachtet wurde. Die Kommission hat das Verhalten von KME praktisch als Beteiligung an zwei getrennten Zuwiderhandlungen — eine von siebenjähriger und eine von fünfeinhalbjähriger Dauer — behandelt, was dazu geführt hat, dass die Erhöhung nach Maßgabe der Dauer insgesamt niedriger ausgefallen ist als im Fall von Outokumpu und Wieland, obwohl die Dauer des Verstoßes bei allen Beteiligten mindestens zwölf Jahre und zehn Monate betrug. [46]

163. Es ist beunruhigend, dass eine solche Diskrepanz von fast 22 Millionen Euro [47] unbemerkt bleiben konnte. Vielleicht hat die Buchhaltung von KME die Berechnungen in der streitigen Entscheidung nicht kontrolliert oder hat keinen Anlass gesehen, auf den Fehler hinzuweisen, und die Rechtsanwälte von KME verfügten möglicherweise nicht über die erforderlichen mathematischen Fähigkeiten oder mögen es unterlassen haben, die Größenordnungen in der von mir in der vorstehenden Nummer beschriebenen Weise zu überprüfen. Möglich ist auch, dass die Kommission die Zahlen nie — sei es zum Zeitpunkt der Berechnung der Geldbuße, sei es während des Verfahrens vor dem Gericht — überprüft hat. Sollte tatsächlich (was unwahrscheinlich sein dürfte) die Absicht bestanden haben, insgesamt einen Erhöhungssatz von 62,5 % anzuwenden, hat es zumindest den Anschein, dass es innerhalb der Kommission keine Kommunikation zwischen denjenigen gab, die für die Festsetzung der Geldbuße, und denjenigen, die für die Verteidigung gegen die von KME erhobene Klage zuständig sind.

44 — Vgl. oben, Nr. 26.

45 — Genauer gesagt geringfügig mehr als 62,5 %, da die Kommission nach Durchführung ihrer Berechnungen das Ergebnis von 56,875 Millionen Euro auf 56,88 Millionen Euro aufrundet, dann jedoch bei der Anwendung einer Herabsetzung um 30 % eine entgegenwirkende Abrundung vornimmt. Die Beträge, mit denen die Kommission in der streitigen Entscheidung arbeitet, scheinen alle auf die nächsten 10 000 Euro gerundet zu sein.

46 — Da die KME-Gruppe als solche erst im Jahr 1995 gegründet worden war (wenngleich die einzelnen Gruppenmitglieder während der gesamten Dauer an dem Kartell beteiligt waren), teilte die Kommission den Gesamtbetrag der Geldbuße in zwei gleiche Teile auf: einen für den Zeitraum von 1988 bis 1995, der dann zwischen den verschiedenen Gruppenmitgliedern weiter aufgeteilt wurde, und einen für den Zeitraum von 1995 bis 2001 für die Gruppe als Ganze. Den ersten Teil erhöhte die Kommission um 70 %, den zweiten um 55 % — offenbar in dem Glauben, damit eine Erhöhung um insgesamt 125 % vorgenommen zu haben, denn dies ist der Satz, um den sie den Ausgangsbetrag für Outokumpu und Wieland erhöhte (vgl. oben, Fn. 16). Wenn jedoch die erste Hälfte eines Betrags um einen bestimmten Prozentsatz erhöht wird und die zweite Hälfte um einen anderen Prozentsatz, dann erhöht sich der Gesamtbetrag nicht um die Summe, sondern um das arithmetische Mittel der beiden Prozentsätze. Deutlicher zutage tritt dies, wenn man sich eine Erhöhung beider Hälften um jeweils denselben Prozentsatz — z. B. 55 % — vorstellt; auch der Gesamtbetrag erhöht sich dann natürlich nur um 55 % und nicht etwa um 110 %.

47 — Bei einer Erhöhung des Ausgangsbetrags von 35 Millionen Euro um 125 % hätte sich ein Betrag von 78,75 Millionen Euro ergeben, d. h. ein um 21,87 Millionen Euro höherer Betrag als der tatsächliche Gesamtbetrag von 56,88 Millionen Euro.

164. Jedenfalls ergibt sich wohl unter dem Strich, dass in der Berechnungsphase die Geldbußen für Outokumpu und Wieland in der Tat um 125 % erhöht wurden (Summe der Erhöhungen um knapp unter 10 % für jedes Jahr der Zuwiderhandlung), die Geldbußen für KME hingegen nur um 62,5 % (knapp unter 5 % pro Jahr), obwohl sie sich entweder als Gruppe oder in Form einzelner Unternehmen über dieselbe Zeitspanne hinweg an dem Kartell beteiligt hatte.[48] Dies zeigt einen augenscheinlichen Mangel der streitigen Entscheidung, der, wenn er bemerkt worden wäre, von Outokumpu oder Wieland hätte gerügt werden können oder der das Gericht zu einer Erhöhung der gegen KME verhängten Geldbuße hätte veranlassen können.

165. Es stellt sich allerdings die Frage, wie sich dies auf den hier zu behandelnden Rechtsmittelgrund auswirkt.

166. Meines Erachtens führt es dazu, dass der Rechtsmittelgrund ins Leere geht. Außerdem ergibt sich wohl, dass der ursprüngliche Klagegrund im ersten Rechtszug ins Leere geht und dass das Vorbringen der Kommission sowie die Feststellungen des Gerichts unerheblich sind. KME trägt vor, dass die Kommission nicht den maximalen Erhöhungssatz von 10 % für jedes Jahr der Zuwiderhandlung nach Maßgabe der angenommenen Dauer von (eigentlich mehr als) zwölfeinhalb Jahren mit dem Resultat einer Erhöhung um insgesamt 125 % hätte anwenden dürfen. Das hat die Kommission auch nicht getan, und damit sollte die Angelegenheit erledigt sein.

167. Zwar wäre es theoretisch möglich, unabhängig davon der Frage nachzugehen, ob die Kommission den maximalen Erhöhungssatz von 10 % pro Jahr wie geschehen mit dem Ergebnis einer Gesamterhöhung um 62,5 % anwenden durfte. Sowohl die Begründung des Gerichts als auch die Argumentation von KME im Rechtsmittelverfahren fußen jedoch auf der Annahme, dass die Erhöhung insgesamt 125 % beträgt. Eine Behandlung dieser Frage auf der Grundlage des Inhalts, den diese Begründung und diese Argumentation mutmaßlich gehabt hätten, wenn der wirkliche Erhöhungssatz erörtert worden wäre, bliebe reine Spekulation.

168. Man könnte argumentieren, der Umstand, dass das Gericht die Diskrepanz nicht bemerkt hat, spreche für die Auffassung von KME, dass das Niveau der gerichtlichen Nachprüfung unzureichend gewesen sei. Das Gericht hat jedoch sein Urteil lediglich auf eine Prämisse gegründet, von der beide Parteien ausgegangen sind. Falls übrigens das Gericht festgestellt hätte, dass diese Prämisse falsch war, hätte dies nicht zu einem für KME

48 — Wenn die Geldbuße von KME in derselben Weise erhöht worden wäre, hätte sich nach meiner Berechnung bei Berücksichtigung der anschließenden Herabsetzung um 30 % eine Geldbuße in Höhe von insgesamt 55,125 Millionen Euro (35 Millionen + 125 % = 78,75 Millionen; 78,75 Millionen – 30 % = 55,125 Millionen) anstatt 39,81 Millionen Euro ergeben. Dieser Gesamtbetrag hätte dann, soweit erforderlich, im Verhältnis 7 : 5,5 entsprechend den beiden Zeiträumen 1988 bis 1995 und 1995 bis 2001 aufgeteilt werden können.

günstigen Ergebnis führen können, so dass diese auch nicht rügen kann, dass ihre Rechte in irgendeiner Weise beeinträchtigt worden seien.

Vierter Rechtsmittelgrund: Herabsetzung der Geldbuße wegen Mitwirkung

Einschlägige Passagen des angefochtenen Urteils

169. In der streitigen Entscheidung ermäßigte die Kommission die gegen Outokumpu verhängte Geldbuße, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Unternehmen Belege zur Verfügung gestellt habe, aufgrund deren es möglich geworden sei, eine Dauer des Verstoßes für einen Zeitraum von zwölf Jahren und zehn Monaten statt lediglich vier Jahren nachzuweisen. Durch den Abschlag wurde Outokumpu so gestellt, als ob die Erhöhung nach Maßgabe der Dauer nur 40 % statt 125 % betragen hätte.

170. Mit dem vierten Teil des vierten Klagegrundes im ersten Rechtszug machte KME geltend, die Kommission habe unter Verstoß gegen die Leitlinien sowie die Grundsätze der Billigkeit und der Gleichbehandlung ihren Beitrag zum Nachweis der Gesamtdauer der Zuwiderhandlung nicht angemessen berücksichtigt. Da sie das erste Unternehmen gewesen sei, das der Kommission entscheidende Beweise (im Gegensatz zu bloßen Informationen) für zwei Zuwiderhandlungszeiträume (Mai 1988 bis November 1992 und Mai 1998 bis Ende 1999) vorgelegt habe, hätte ihr für diese Zeiträume eine Ermäßigung der gegen sie verhängten Geldbuße in der gleichen Weise gewährt werden müssen, wie die gegen Outokumpu festgesetzte Geldbuße herabgesetzt worden sei.

171. Das Gericht weist diese Argumentation in den Randnrn. 123 bis 133 seines Urteils zurück:

„123 … [Z]unächst [ist] festzustellen, dass nach der Mitteilung von 1996 über Zusammenarbeit weder Outokumpu noch die Klägerinnen eine Herabsetzung von mehr als 50 % des Endbetrags der ihnen auferlegten Geldbußen erhalten konnten, da sie die Zuwiderhandlung der Kommission nicht angezeigt hatten, bevor diese selbst Nachprüfungen durchführte, die ihr ausreichende Gründe lieferten, um das Zuwiderhandlungsverfahren einzuleiten, das zu der angefochtenen Entscheidung geführt hat.

124 Es steht ebenfalls fest, dass die Kommission erstmals durch ein Schreiben von Outokumpu vom 30. Mai 2001 über die gesamte Dauer des Kartells unterrichtet wurde. Auf der Grundlage der zuvor von der Gesellschaft Mueller Industries gelieferten Informationen konnte die Kommission nämlich nur eine Zuwiderhandlung von Mai 1994 bis Mai 1998 beweisen.

Die Klägerinnen behaupten jedoch, dass die Kommission das Bestehen des Kartells für die Zeiträume von Mai 1988 bis November 1992 und von Mai 1998 bis Ende 1999 endgültig dank der Informationen habe beweisen können, die sie ihr im Oktober 2002 mitgeteilt hätten.

125 Durch den Nachweis der zusätzlichen Dauer der Zuwiderhandlung war die Kommission in der Lage, die Ausgangsbeträge der gegen die Zuwiderhandelnden verhängten Geldbußen gemäß Nr. 1 B der Leitlinien um 125 % statt um 40 % zu erhöhen. Damit gingen die Unternehmen, die der Kommission die Information über die zusätzliche Dauer der Zuwiderhandlung lieferten, das Risiko ein, dass der Ausgangsbetrag ihrer Geldbußen um zusätzliche 85 Prozentpunkte erhöht wird.

126 Es handelt sich hierbei insofern um einen inneren Widerspruch der Mitteilung von 1996 über Zusammenarbeit, als ein Unternehmen, das unter Abschnitt D der Mitteilung fällt und der Kommission neue Informationen liefert, Gefahr läuft, mit einer schwereren Sanktion belegt zu werden, als wenn es diese Informationen der Kommission nicht übermittelt hätte. Diesem Widerspruch kann durch Nr. 3 sechster Gedankenstrich der Leitlinien abgeholfen werden, wonach eine ‚aktive Mitwirkung des Unternehmens an dem Verfahren außerhalb des Anwendungsbereichs der [Mitteilung von 1996 über Zusammenarbeit]' einen mildernden Umstand darstellen kann.

127 Indem die Kommission hier, ohne die Bestimmung zu erwähnen, Nr. 3 sechster Gedankenstrich der Leitlinien angewandt hat, hat sie Outokumpu faktisch einen Erlass der Geldbuße hinsichtlich der zusätzlichen Dauer des Kartells gewährt, von der sie vor dem Zugang des Schreibens vom 30. Mai 2001 keine Kenntnis hatte (Randnr. 386 der angefochtenen Entscheidung).

128 Daher ist zu prüfen, ob die Kommission nach Nr. 3 sechster Gedankenstrich der Leitlinien oder gemäß dem Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet war, auch den Klägerinnen für die Informationen, die diese der Kommission, mehr als sechzehn Monate nach Outokumpu, in Bezug auf die Zeiträume von 1988 bis 1992 und von 1998 bis 1999 geliefert haben, einen Abschlag zu gewähren.

129 Insoweit ist vorab daran zu erinnern, dass die Kommission hinsichtlich der Berücksichtigung von mildernden Umständen über ein Ermessen verfügt (Urteil des Gerichts vom 8. Juli 2004, Mannesmannröhren-Werke/Kommission, T-44/00, Slg. 2004, II-2223, Randnr. 307).

130 Sodann ist hervorzuheben, dass es in der Logik des Erlasses von Geldbußen liegt, dass ein solcher nur einem der Mitglieder eines Kartells zugutekommen kann, da die Wirkung erzielt werden soll, ein Klima der Unsicherheit innerhalb von Kartellen zu schaffen, indem zu ihrer Anzeige bei der Kommission ermutigt wird. Diese Unsicherheit ergibt sich aber gerade aus der Tatsache, dass die Kartellteilnehmer wissen, dass nur einer von ihnen einen Erlass der Geldbuße erhalten kann, indem er die anderen Teilnehmer an der Zuwiderhandlung anzeigt und sie somit der Gefahr aussetzt, dass ihnen gegenüber höhere Geldbußen verhängt werden.

131 In einer Situation wie der hier vorliegenden, in der die Kommission von der Existenz eines Kartells weiß, aber nicht über bestimmte wesentliche Beweise verfügt, die die gesamte Dauer dieser Zuwiderhandlung belegen können, ist es besonders wünschenswert, auf einen solchen Mechanismus zurückzugreifen, um insbesondere zu vermeiden, dass sich die Zuwiderhandelnden über die Verschleierung dieser Beweise verständigen.

132 Eine solche Situation unterscheidet sich von der, in der die Kommission bereits Kenntnis von Beweismitteln hat, die sie aber ergänzen möchte. In diesem letzten Fall ist es gerechtfertigt, den Zuwiderhandelnden einen Abschlag von der Geldbuße zu gewähren, statt einem einzigen Unternehmen die Geldbuße zu erlassen, weil das Ziel nicht mehr darin besteht, einen Umstand offenzulegen, der zu einer Erhöhung der verhängten Geldbuße führen kann, sondern darin, so viele Beweise wie möglich zu sammeln, um die Fähigkeit der Kommission zu erhöhen, die fraglichen Tatsachen zu beweisen.

133 Was die angebliche Ungleichbehandlung von Outokumpu und den Klägerinnen betrifft, ist festzustellen, dass diese sich nicht in einer vergleichbaren Situation befanden, da Outokumpu der Kommission mehr als ein Jahr vor den Klägerinnen die Informationen über die zusätzliche Dauer des Kartells von achteinhalb Jahren geliefert hatte."

Zusammenfassung des Vorbringens

Rechtsmittel von KME

172. KME merkt an, dass der mildernde Umstand der „Mitwirkung außerhalb des Anwendungsbereichs der Mitteilung über Zusammenarbeit" eine — 2002 behobene — Lücke in der Mitteilung von 1996 über Zusammenarbeit schließe, indem sichergestellt werde, dass einem Unternehmen, das der Kommission Beweise für ihr bis dahin unbekannte Tatsachen betreffend die Schwere und/oder Dauer des Verstoßes liefere, keine höhere Geldbuße

auferlegt werde, als wenn es dies nicht getan hätte. Einem solchen Unternehmen könne ein Teilerlass im Hinblick auf die Aspekte der Zuwiderhandlung gewährt werden, die der Kommission bis dahin nicht bekannt gewesen seien und deren Nachweis das Unternehmen der Kommission ermögliche. Naturgemäß könne nur ein Unternehmen begünstigt werden. Da KME diesen Grundsatz nicht in Frage gestellt habe, habe das Gericht ihr Vorbringen falsch verstanden und aufgrund dieser Falschauslegung geprüft, ob die Kommission verpflichtet gewesen sei, „auch den Klägerinnen für die Informationen, die diese der Kommission, mehr als sechzehn Monate nach Outokumpu, in Bezug auf die Zeiträume von 1988 bis 1992 und von 1998 bis 1999 geliefert haben, einen Abschlag zu gewähren".

173. Nach Auffassung von KME sind zwei alternative Voraussetzungen für die Heranziehung dieses mildernden Umstands denkbar: Er gelte für das erste Unternehmen, das der Kommission a) *Informationen* oder b) *Beweise* vorlege, von denen die Kommission bis dahin keine Kenntnis gehabt habe und die für die Feststellung der Schwere oder der Dauer der Zuwiderhandlung von Bedeutung seien. Richtigerweise sei auf die zweite Voraussetzung abzustellen, während das Gericht bei der Beurteilung, welches der beiden kooperationsbereiten Kartellmitglieder — KME oder Outokumpu — Anspruch auf den Rechtsvorteil habe, zu Unrecht die erste Voraussetzung geprüft habe. KME begründet ihre Ansicht wie folgt:

i) Aus den entsprechenden Bestimmungen der Mitteilungen von 2002 und 2006 über Zusammenarbeit[49] gehe eindeutig hervor, dass ein Teilerlass nur einem Unternehmen gewährt werden könne, das der Kommission Beweise (und nicht nur Informationen) liefere.

ii) Die Kommission habe im Zuge der Mitteilungen von 2002 und 2006 über Zusammenarbeit bei der Verhängung von Geldbußen keine neue Politik verfolgt und dürfe daher den Begriff „Mitwirkung außerhalb des Anwendungsbereichs der Mitteilung von 1996 über Zusammenarbeit" nicht in einer Weise auslegen, die mit der Mitteilung von 2006 unvereinbar sei.

iii) Gemäß den Mitteilungen von 2002 und 2006 über Zusammenarbeit schließe der Umstand, dass die Kommission gegebenenfalls in gewissem Umfang Kenntnis von den Kartellaktivitäten habe, nicht die Möglichkeit aus, dem Kronzeugen die Geldbuße ganz zu erlassen, selbst wenn die Kenntnis umfassend genug gewesen sei, um Vor-Ort-Prüfungen durchzuführen (nicht aber um eine Zuwiderhandlung nachzuweisen); ähnlich dürfe der Umstand, dass die Kommission gegebenenfalls in gewissem Umfang Kenntnis von einem wettbewerbswidrigen Verhalten in einem gewissen Zeitraum habe — auch aufgrund unsubstantiierter *Informationen* eines Kartellbeteiligten —, nicht die Möglichkeit ausschließen, dem Kronzeugen einen Teilerlass

49 — Siehe oben, Fn. 13.

zu gewähren, wenn er in der Folgezeit geeignete *Beweise* für dieses Verhalten vorlege, die der Kommission den Nachweis des Bestehens des Kartells in diesem Zeitraum ermöglichten.

iv) Schließlich wären nach Ansicht von KME Unternehmen sehr viel weniger zu einer Zusammenarbeit mit der Kommission geneigt, wenn sie befürchten müssten, für Zeiträume mit Geldbußen belegt zu werden, für die allein sie die benötigten Beweise lieferten; ohne die Mitwirkung von KME wäre die Kommission nicht in der Lage gewesen, eine ununterbrochene Zuwiderhandlung von 1988 bis 2001 nachzuweisen; der Grund für die Berücksichtigung dieses mildernden Umstands zugunsten von Outokumpu für die Zeiträume 1988 bis 1993 und 1999 bis 2001 gelte gleichermaßen auch für KME für die genannten Zeiträume; es sei daher unbillig, KME, nachdem diese der Kommission bis dahin nicht bekannte Beweise sowohl zur Dauer als auch zur Schwere der Zuwiderhandlung geliefert habe, für einen längeren Zeitraum mit Sanktionen zu belegen, den die Kommission nur aufgrund der Mitwirkung von KME habe feststellen (und nicht nur vermuten) können.

174. KME beantragt daher beim Gerichtshof, das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit das Gericht es unterlassen hat, festzustellen, dass der nach Maßgabe der Dauer auf den Ausgangsbetrag angewandte Erhöhungssatz für die Zeiträume Mai 1988 bis November 1992 und Mai 1998 bis Ende 1999 für KME zu ermäßigen ist, ferner den betreffenden Teil der streitigen Entscheidung für nichtig zu erklären und die Geldbuße in Ausübung seiner Befugnis zur unbeschränkten Ermessensnachprüfung neu zu berechnen.

Rechtsmittelbeantwortung der Kommission

175. Die Kommission macht geltend, das Gericht habe seine Würdigung der Voraussetzungen für einen teilweisen Erlass — im Gegensatz zu einer niedrigeren Festsetzung der Geldbuße wegen Mitwirkung — klar und logisch begründet und sei dabei auf alle Rechtsausführungen von KME eingegangen. In den Randnrn. 123 bis 127 seines Urteils erläutere das Gericht, dass Outokumpu durch Anzeige der gesamten Dauer des Kartells bei der Kommission diese in die Lage versetzt habe, den Ausgangsbetrag ihrer Geldbuße um 85 % zu erhöhen, während eine Ermäßigung der Geldbuße wegen Mitwirkung maximal 50 % betragen könne. Die Kommission habe diesem inneren Widerspruch dadurch abgeholfen, dass sie Outokumpu für die von ihr angezeigte zusätzliche Dauer einen Abschlag auf die Geldbuße gewährt habe, der einem teilweisen Erlass gleichkomme. In den Randnrn. 131 f. lege das Gericht dar, inwiefern sich eine solche Situation von der unterscheide, in der ein Unternehmen lediglich Beweise hinsichtlich eines Kartellzeitraums

liefere, von dem die Kommission bereits Kenntnis habe.

176. KME ersuche den Gerichtshof, die vom Gericht vorgenommene Würdigung durch eine eigene Würdigung zu ersetzen, in deren Rahmen die von KME bevorzugte Voraussetzung zugrunde zu legen sei. Dies sei nicht nur unzulässig, sondern die Würdigung des Gerichts sei auch offensichtlich richtig und KME habe offensichtlich Unrecht. Als Outokumpu Informationen geliefert habe, die der Kommission nicht bekannt gewesen seien, habe sie die gesamte Dauer des Kartells angezeigt, so dass die Kommission erstmals in die Lage versetzt worden sei, Ermittlungen durchzuführen und nach Beweisen für die gesamte Dauer zu suchen. Ohne diese Anzeige hätte — so die Kommission — keine Möglichkeit bestanden, eine Entscheidung zur Ahndung der Zuwiderhandlung für die unbekannten Jahre zu erlassen. KME habe lediglich Beweise geliefert, die sich als solche zwar noch nicht im Besitz der Kommission befunden, die jedoch Teile der Zuwiderhandlung betroffen hätten, die bereits bekannt gewesen seien (und in den von Outokumpu bereits angezeigten Zeitraum fielen) und die sich daher nicht gleichermaßen entscheidend auf die Ermittlungen ausgewirkt hätten. Die Ermittlungen und die Suche nach Beweisen für die Dauer des Kartells seien bereits in Gang gewesen, und die Kommission hätte die Beweise möglicherweise auch ohne die Hilfe von KME gefunden. KME habe der Kommission die Aufgabe erleichtert, mehr aber auch nicht.

177. Auf die von KME getroffene Unterscheidung zwischen Informationen und Beweisen komme es nicht an. In Wirklichkeit habe es sich bei den von Outokumpu gelieferten „Informationen“ auch um Beweise gehandelt. Das in Randnr. 124 des angefochtenen Urteils erwähnte Schreiben von Outokumpu vom 30. Mai 2001 sei in der streitigen Entscheidung als Beweismittel verwendet worden. Umgekehrt hätten die von KME gelieferten „Beweise“ der Kommission eindeutig auch Informationen über bestimmte Einzelheiten des Kartells vermittelt. Entscheidend sei, ob eine „Information“ oder ein „Beweis“ erstmals für die Schwere oder Dauer erhebliche Aspekte eines Kartells aufdecke, deren Untersuchung ohne die Mitwirkung des betreffenden Unternehmens unmöglich gewesen wäre.

178. Im Übrigen wäre nach Ansicht der Kommission KME kein Teilerlass gemäß der von ihr angeführten Mitteilung von 2002 über Zusammenarbeit gewährt worden. Die genannte Mitteilung biete die Möglichkeit eines teilweisen Erlasses für ein Unternehmen, das „Beweismittel für einen Sachverhalt vorlegt, von denen die Kommission zuvor keine Kenntnis hatte und die die Schwere oder Dauer des mutmaßlichen Kartells unmittelbar beeinflussen“. Die von KME vorgelegten Beweismittel beträfen aber einen Sachverhalt, von dem die Kommission bereits Kenntnis gehabt habe, nämlich die gesamte Dauer des Kartells.

179. Die von KME vorgeschlagene alternative Voraussetzung führe zu einer Duplizierung — und Aushebelung — der Voraussetzung für eine Ermäßigung wegen Zusammenarbeit gemäß Abschnitt D der Mitteilung von 1996 über die Zusammenarbeit, wonach die Höhe der Geldbuße eines Unternehmens, das „Informationen, Unterlagen oder andere Beweismittel liefert, die zur Feststellung des Vorliegens eines Verstoßes beitragen“, um 10 % bis 50 % niedriger festgesetzt werde. Bei

Anwendung der von KME vorgeschlagenen Voraussetzung komme es zu einem Erlass, obwohl die Mitteilung über Zusammenarbeit ausdrücklich eine niedrigere Festsetzung um maximal 50 % vorsehe, und damit zu einer Zerstörung der durch die Mitteilung geschaffenen Systematik. KME sei für ihre Zusammenarbeit durch die Herabsetzung der Geldbuße um 30 % angemessen belohnt worden, was vom Gericht bestätigt und im Rechtsmittelverfahren nicht in Frage gestellt worden sei.

nicht „nur" eine Herabsetzung der Geldbuße hätte gewährt werden müssen, stelle das Gericht jedenfalls bestätigend fest, dass dies unzulässig gewesen wäre, und erkläre z. B. in Randnr. 132, dass „es gerechtfertigt [ist], den Zuwiderhandelnden einen Abschlag von der Geldbuße zu gewähren, statt einem einzigen Unternehmen die Geldbuße zu erlassen, weil das Ziel nicht mehr darin besteht, einen Umstand offenzulegen, der zu einer Erhöhung der verhängten Geldbuße führen kann".

180. Zur Angemessenheit der vom Gericht vorgenommenen Prüfung merkt die Kommission an, dass KME (im Rahmen ihres fünften Rechtsmittelgrundes, jedoch mit Blick auf die Behandlung ihres vierten Klagegrundes im ersten Rechtszug) Randnr. 115 des angefochtenen Urteils, in der das Gericht davon ausgehe, dass der Kommission mangels eines zwingenden Anhaltspunkts in den Leitlinien ein gewisser Spielraum hinsichtlich der mildernden Umstände verblieben sei, sowie Randnr. 129 anführe, in der es wiederum heiße, dass die Kommission insoweit über ein Ermessen verfüge. Diese Ausführungen bezögen sich aber auf das Vorbringen von KME, dass die Kommission durch die Nichtberücksichtigung bestimmter mildernder Umstände gegen Nr. 3 der Leitlinien verstoßen habe. Vor dem Gericht sei es um die Frage gegangen, ob dieses Vorbringen Gesichtspunkte betreffe, bezüglich deren sich die Kommission in den Leitlinien gebunden habe oder bezüglich deren ihr ein Ermessen verblieben sei. Dies sei keine Unterlassung einer hinreichenden gerichtlichen Nachprüfung, sondern lediglich bedingt durch das Wesen der von KME im ersten Rechtszug vorgetragenen Argumente. Zur Rüge von KME, dass ihr aufgrund ihrer Zusammenarbeit ein Teilerlass und

Würdigung

181. Ich weise auf Folgendes hin: Wäre die gegen KME verhängte Geldbuße in der streitigen Entscheidung so herabgesetzt worden, dass die Erhöhung nach Maßgabe der Dauer für die Zeiträume von insgesamt sechs Jahren und einem Monat, für die sie der Kommission „entscheidende Beweise" geliefert haben will, faktisch aufgehoben wird, müsste sich der gleiche Betrag wie bei einer Erhöhung unter Berücksichtigung nur der restlichen sechs Jahre und neun Monate ergeben. Wäre der jährliche Erhöhungssatz von 10 % wie bei den anderen Beteiligten beibehalten worden, ergäbe sich eine Erhöhung um 67,5 % — d. h. fünf Prozentpunkte mehr als die tatsächlich (und vielleicht versehentlich) erfolgte Gesamterhöhung.[50] Auch hier wäre

50 — Vgl. oben, Nrn. 161 ff.

das Ergebnis, wenn das Gericht die Situation voll erkannt hätte, für KME wahrscheinlich nicht günstig ausgefallen, selbst wenn sie mit diesem konkreten Vorbringen durchgedrungen wäre.

182. Angesichts dessen erscheint an dieser Stelle der gleiche Ansatz, den ich im Rahmen des dritten Rechtsmittelgrundes vorgeschlagen habe, und daher die Feststellung denkbar, dass der vierte Rechtsmittelgrund (ebenso wie das Vorbringen im ersten Rechtszug) ins Leere geht. Meines Erachtens ist hier jedoch die Frage, ob KME so gestellt werden muss, als ob sie sich während der Zeiträume, für die sie der Kommission Beweise geliefert hat, nicht an dem Kartell beteiligt hätte, nicht untrennbar mit der Frage des Erhöhungssatzes verbunden und kann daher davon unabhängig behandelt werden.

183. Das Vorbringen von KME beruht im Wesentlichen auf drei Thesen, die grundsätzlich alle zutreffen müssen, wenn die Argumentation durchgreifen soll: a) Informationen, die einen Zuwiderhandlungszeitraum aufdecken, sind zu unterscheiden von Beweisen, die das Vorliegen einer Zuwiderhandlung während dieses Zeitraums belegen; b) werden zunächst von einer Partei Informationen und später von einer anderen Partei Beweise vorgelegt, soll allein die letztgenannte Partei in den Genuss eines Erlasses hinsichtlich des betreffenden Zeitraums kommen; c) für die Zeiträume Mai 1988 bis November 1992 und Mai 1998 bis Ende 1999 hat KME Beweise vorgelegt, während Outokumpu zuvor lediglich Informationen geliefert hatte.

184. Bezüglich a) bin ich mit der Kommission der Meinung, dass sich keine sinnvolle Unterscheidung treffen lässt zwischen Informationen (worunter KME auf Erinnerungen beruhende Aussagen zu verstehen scheint) und Beweisen (worunter sie offenbar Schriftstücke oder andere körperliche Gegenstände versteht, aus denen Rückschlüsse gezogen werden können). Informationen enthalten nämlich Beweise (andernfalls wäre kein Raum für die Vernehmung von Zeugen in Gerichtsverfahren), und Beweise enthalten Informationen (denn ohne Informationen wären sie wertlos). Das Gericht hat daher die Beiträge von Outokumpu und KME unter dem Gesichtspunkt ihrer Sachdienlichkeit für die Ermittlungen der Kommission nicht zu Unrecht auf die gleiche Stufe gestellt.

185. Was b) anlangt, ist es — auch wenn im Allgemeinen Informationen und Beweise nicht nach der Sachdienlichkeit für ein Ermittlungsverfahren unterschieden werden können — durchaus möglich, dass sich verschiedene Beiträge, mag es sich um „Informationen“ oder um „Beweise“ handeln, erheblich in ihrer Sachdienlichkeit für ein konkretes Ermittlungsverfahren unterscheiden. So ist etwa denkbar, dass ein Kartellteilnehmer Informationen oder Beweise für einen Zuwiderhandlungszeitraum liefert, die derart vage und unergiebig sind, dass sie für die Kommission keinen praktischen Nutzen haben, und dass später ein anderer Beteiligter detaillierte Informationen oder Beweise vorlegt, die von entscheidender Bedeutung für die Feststellung sind, dass in dem betreffenden Zeitraum eine Zuwiderhandlung

stattgefunden hat. In einem solchen Fall erscheint es nicht unangemessen, wenn die Kommission, sofern sie deswegen die Geldbuße ermäßigt, diesen Vorteil dem letztgenannten Beteiligten zukommen lässt; falls sie stattdessen den Erstgenannten begünstigt, könnte der Letztgenannte durchaus zu Recht beim Gericht beantragen, dieses Vorgehen in Ausübung seiner Befugnis zur unbeschränkten Ermessensnachprüfung zu überprüfen, wobei das Ergebnis dann allerdings von der Tatsachenwürdigung des Gerichts abhängt. Jedenfalls ist unstreitig, dass die „Logik des Erlasses von Geldbußen", auf die das Gericht in Randnr. 130 seines Urteils verweist, dafür spricht, allein demjenigen Beteiligten einen Rechtsvorteil zu gewähren, der als Erster hinreichende Informationen oder Beweise liefert.

186. Bezüglich c) handelt es sich bei der Frage, ob die von KME vorgelegten „Beweise" von entscheidender Bedeutung waren, um der Kommission die Feststellung zu ermöglichen, dass das Kartell während der fraglichen Zeiträume funktionierte, während die zuvor von Outokumpu gelieferten „Informationen" diese Feststellung nicht ermöglichten, um eine Tatsachenfrage, die nicht Gegenstand eines Rechtsmittels sein kann. Zudem geht aus den Randnrn. 128 und 131 bis 133 des angefochtenen Urteils die Auffassung des Gerichts hervor, dass Outokumpu insoweit wesentliche Informationen geliefert habe, aufgrund deren die gesamte Dauer der Zuwiderhandlung habe festgestellt werden können und die von KME mehr als 16 Monate später um Beweise ergänzt worden seien, die die Fähigkeit der Kommission erhöht hätten, die fraglichen Tatsachen zu beweisen. Aufgrund dieser Tatsachenwürdigung kann nicht zweifelhaft sein, dass das Gericht mit der Zurückweisung des vierten Teils des vierten Klagegrundes von KME keinen Rechtsfehler begangen hat.

187. Was schließlich die Angemessenheit der vom Gericht vorgenommenen Nachprüfung betrifft, liegt auf der Hand, dass die Ausführungen des Gerichts zum Ermessen der Kommission bei der Berücksichtigung mildernder Umstände es keineswegs daran gehindert haben, das Vorbringen von KME ordnungsgemäß zu prüfen und sich damit auseinanderzusetzen, und dass es zu seinem Ergebnis aufgrund einer echten Würdigung der Tatsachen und der ihm vorgetragenen Rechtsausführungen gelangt ist.

Kosten

188. Nach Art. 122 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs entscheidet dieser über die Kosten, wenn das Rechtsmittel zurückgewiesen wird. Nach Art. 69 § 2 ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Meines Erachtens ist das Rechtsmittel im vorliegenden Fall zurückzuweisen. Die Kommission hat die Verurteilung von KME zur Tragung der Kosten beantragt. KME sind daher die Kosten der Kommission aufzuerlegen.

Ergebnis

189. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor,

— das Rechtsmittel zurückzuweisen und

— der KME Germany AG, der KME France SAS und der KME Italy SpA die Kosten der Kommission aufzuerlegen.