

## SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

L. A. GEELHOED

vom 19. Januar 2006<sup>1</sup>

1. Im vorliegenden Rechtsmittelverfahren beantragt die Kommission, das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 29. April 2004 in den verbundenen Rechtssachen T-236/01, T-239/01, T-244/01 bis T-246/01, T-251/01 und T-252/01, Tokai Carbon u. a./Kommission (im Folgenden: angefochtenes Urteil), teilweise aufzuheben. Das Rechtsmittel ist auf die Rechtssache T-239/01 beschränkt<sup>2</sup>.

Kommission im Rahmen der Untersuchungsbefugnisse der Kommission nach der Verordnung Nr. 17 im Gegensatz zu freiwilliger Zusammenarbeit im Rahmen der Mitteilung über Zusammenarbeit.

### I — Einschlägige Vorschriften

2. Im Verfahren vor dem Gericht erster Instanz hat dieses die Geldbuße, die die Kommission gegen SGL in der Entscheidung 2002/271/EG vom 18. Juli 2001 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen (Sache COMP/E-1/36.490 – Graphitelektroden)<sup>3</sup> verhängt hatte, herabgesetzt.

*Verordnung Nr. 17/62*

4. Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81] und [82] des Vertrages<sup>4</sup> (im Folgenden: Verordnung Nr. 17) bestimmt:

3. Die Rechtsmittelgründe der Kommission beziehen sich auf einige Gesichtspunkte der Zusammenarbeit von Unternehmen mit der

„1. Die Kommission kann gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen in Höhe von einhundert bis fünftausend Rechnungs-

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Slg. 2004, II-1181.

3 — ABl. 2002, L 100, S. 1.

4 — ABl. 1962, Nr. 13, S. 20.

einheiten festsetzen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig *Die Leitlinien*

...

- b) eine nach Artikel 11 Absatz (3) oder (5) ... verlangte Auskunft unrichtig ... erteilen,

5. Die Mitteilung der Kommission „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“<sup>5</sup> (im Folgenden: Leitlinien) bestimmt in ihrer Präambel:

...

2. Die Kommission kann gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen in Höhe von eintausend bis einer Million Rechnungseinheiten 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

„Die in [den] 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.“

- a) gegen Artikel [81] Absatz (1) oder Artikel [82] des Vertrages verstoßen,

...

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

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 Umstände berechnet werden können.“

5 — ABL 1998, C 9, S. 3.

*Mitteilung über die Zusammenarbeit*

Voraussetzungen erfüllt, so wird die Höhe der Geldbuße, die ohne seine Mitarbeit festgesetzt worden wäre, um 10 bis 50 % niedriger festgesetzt.

6. Die Mitteilung der Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen<sup>6</sup> (im Folgenden: Mitteilung über Zusammenarbeit) enthält die Voraussetzungen, unter denen Geldbußen für Unternehmen, die während der Untersuchung eines Kartellfalls mit ihr zusammenarbeiten, entweder nicht oder niedriger festgesetzt werden können.

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;

7. Nach Abschnitt A Nummer 5 dieser Mitteilung gilt:

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

„Die Zusammenarbeit eines Unternehmens mit der Kommission ist nur einer von mehreren Gesichtspunkten, denen die Kommission bei der Festsetzung einer Geldbuße Rechnung trägt ...“

**II — Sachverhalt und Vorgeschichte des Erlasses der streitigen Entscheidung**

8. Abschnitt D lautet wie folgt:

9. Im angefochtenen Urteil hat das Gericht erster Instanz den dem bei ihm anhängigen Verfahren zugrunde liegenden Sachverhalt wie folgt zusammengefasst:

„Arbeitet ein Unternehmen mit der Kommission zusammen, ohne dass es alle [in den Abschnitten B und C wiedergegebenen]

„1 In der Entscheidung 2002/271/EG ... stellte die Kommission die Beteiligung

6 — ABl. 1996, C 207, S. 4.

verschiedener Unternehmen an einer Reihe von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG und Artikel 53 Absatz 1 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (im Folgenden: EWR-Abkommen) in der Graphitelektrodenbranche fest.

- 2 Graphitelektroden gelangen hauptsächlich bei der Stahlerzeugung in Elektrolichtbogenöfen zum Einsatz. Die Stahlherstellung mit diesen Öfen ist im Wesentlichen ein Wiederaufbereitungsprozess, bei dem — im Unterschied zur traditionellen Herstellung aus Eisenerz in Hochöfen mittels Sauerstoff — Schlussschrott in neuen Stahl umgewandelt wird. In einem gewöhnlichen Lichtbogenofen werden neun in Dreiergruppen angeordnete Elektroden für das Einschmelzen von Schrott verwendet. Eine Elektrode ist wegen der Intensität des Schmelzvorgangs nach ungefähr acht Stunden aufgebraucht. Die Herstellung einer Elektrode dauert etwa zwei Monate. Graphitelektroden können im Rahmen dieses Produktionsverfahrens durch kein anderes Erzeugnis ersetzt werden.
- 3 Die Nachfrage nach Graphitelektroden ist direkt an die Erzeugung von Stahl in Elektrolichtbogenöfen gebunden. Hauptabnehmer sind die Stahlproduzenten, auf die rund 85 % der Nachfrage entfallen. 1998 wurden weltweit 800

Millionen Tonnen Rohstahl erzeugt, davon 280 Millionen Tonnen in Lichtbogenöfen. ...

...

- 5 In den achtziger Jahren hatten technologische Verbesserungen einen erheblichen Rückgang des Elektrodenverbrauchs pro Tonne erzeugten Stahls zur Folge. Die Stahlindustrie machte in dieser Zeit zudem einen größeren Strukturwandel durch. Aufgrund des Rückgangs der Nachfrage nach Elektroden setzte in der Elektrodenindustrie weltweit ein Strukturwandel ein. Mehrere Produktionsstätten wurden stillgelegt.
- 6 Im Jahr 2001 belieferten neun westliche Hersteller den europäischen Graphitelektrodenmarkt:
- ...
- 7 Am 5. Juni 1997 führten Bedienstete der Kommission gemäß Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 ... gleichzeitig unangekündigte Nachprüfungen ... durch.
- 8 Am selben Tag nahmen Beamte des Federal Bureau of Investigation (FBI) in

den Vereinigten Staaten in den Räumen mehrerer Hersteller Durchsuchungen vor. Im Anschluss daran wurden Strafverfahren gegen SGL ... wegen geheimer Absprachen eingeleitet. Alle Beschuldigten räumten den ihnen zur Last gelegten Sachverhalt ein und akzeptierten Geldbußen, die für SGL auf 135 Millionen USD ... festgesetzt wurden ...

führte am 18. Juli 2001 zum Erlass der Entscheidung, in der den klagenden Unternehmen ... eine weltweite Festsetzung von Preisen und eine Aufteilung der nationalen und regionalen Märkte für das fragliche Erzeugnis nach dem Grundsatz des Marktführers („Home producer“) vorgeworfen wird: UCAR habe diese Rolle für die Vereinigten Staaten und für bestimmte Teile Europas übernommen, SGL für die verbleibenden Teile Europas ...

...

10 Im Namen einer Gruppe von Abnehmern wurden in den Vereinigten Staaten Klagen auf dreifachen Schadensersatz (triple damages) gegen SGL ... erhoben.

13 Nach den Angaben in der Entscheidung galten für das Kartell folgende Grundregeln:

— Die Preise für Graphitelektroden sollten weltweit festgesetzt werden.

11 In Kanada ... Im Juli 2000 bekannte sich auch SGL dieser Zuwiderhandlung schuldig und akzeptierte eine Geldbuße in Höhe von 12,5 Millionen CAD. Kanadische Stahlerzeuger erhoben im Juni 1998 gegen SGL ... Zivilklagen wegen abgestimmten Verhaltens.

— Beschlüsse über die Preisgestaltung der einzelnen Unternehmen durften nur vom Chairman oder von General Managern getroffen werden.

12 Am 24. Januar 2000 richtete die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an die betroffenen Unternehmen. Das Verwaltungsverfahren

— Der jeweilige „Home producer“ sollte den Marktpreis in seinem Heimatmarkt bestimmen, die übrigen Produzenten würden nachziehen.

- Die Preise für andere Märkte — d. h. für Märkte, auf denen es keinen ‚Home producer‘ gab — würden einvernehmlich beschlossen.
  - Die ‚Non-home-producer‘ sollten keinen aggressiven Wettbewerb betreiben und sich von den Heimatmärkten der anderen Anbieter zurückziehen.
  - Die Kapazitäten sollten nicht erhöht werden (von den japanischen Herstellern wurde ein Kapazitätsabbau erwartet).
  - Der Transfer von Technologie an Kartellaußenseiter sollte unterbunden werden.
- 14 Weiter heißt es in der Entscheidung, die genannten Grundregeln seien bei Treffen des Kartells umgesetzt worden, die auf verschiedenen Ebenen stattgefunden hätten: Treffen der obersten Führungskräfte, Treffen auf Arbeitsebene, Gruppentreffen der europäischen Hersteller (ohne die japanischen Unternehmen), bestimmten Märkten gewidmete nationale oder regionale Treffen und bilaterale Kontakte zwischen den Unternehmen.
- ...
- 16 Aufgrund der Sachverhaltsfeststellungen und der rechtlichen Würdigung in der Entscheidung setzte die Kommission gegen die beschuldigten Unternehmen Geldbußen fest, die anhand der in den 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 ..., sowie in der Mitteilung über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen ... geschilderten Methode berechnet wurden.
  - 17 In Artikel 3 der Entscheidung werden folgende Geldbußen festgesetzt:
    - SGL: 80,2 Millionen Euro;
  - ...
  - 18 In Artikel 4 der Entscheidung wird den betroffenen Unternehmen aufgegeben, die Geldbußen innerhalb von drei Monaten ab Zustellung der Entscheidung zu zahlen; andernfalls fallen Zinsen in Höhe von 8,04 % an.“

**III — Das Verfahren vor dem Gericht erster Instanz und das angefochtene Urteil**

10. Mit ihrer Klageschrift, die am 20. Oktober 2001 bei der Kanzlei des Gerichts einging, erhoben SGL sowie andere Unternehmen, die Adressaten der streitigen Entscheidung waren, gegen diese Nichtigkeitsklagen.

11. Im angefochtenen Urteil hat das Gericht u. a. entschieden:

„...“

2. In der Rechtssache T-239/01, SGL Carbon/Kommission,

— wird die in Artikel 3 der Entscheidung 2002/271 gegen die Klägerin verhängte Geldbuße auf 69 114 000 Euro festgesetzt;

— wird die Klage im Übrigen abgewiesen;

...“

12. In den Randnummern 401 bis 412 hat das Gericht erster Instanz entschieden, dass SGL nicht verpflichtet gewesen sei, bestimmte von der Kommission gestellte Fragen zu beantworten oder bestimmte Unterlagen vorzulegen. Dass SGL die angeforderten Angaben vorgelegt habe, sei als freiwillige

Mitarbeit anzusehen und gemäß Abschnitt D Absatz 2 erster Gedankenstrich der Mitteilung über Zusammenarbeit zu belohnen.

**IV — Das Rechtsmittelverfahren**

13. Die Kommission beantragt,

— das angefochtene Urteil hinsichtlich Punkt 2 seines Tenors aufzuheben;

— SGL die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

14. SGL beantragt,

— das Rechtsmittel zurückzuweisen;

— der Rechtsmittelführerin die Kosten aufzuerlegen.

## V — Rechtsmittelgründe und wesentliche Argumente

15. Die Kommission trägt vor, dass einige Feststellungen des Gerichts erster Instanz in den Randnummern 401 bis 412 gegen das Gemeinschaftsrecht verstießen, insbesondere gegen Artikel 15 in Verbindung mit Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 und gegen die Mitteilung über Zusammenarbeit. Außerdem enthalte der angefochtene Teil des Urteils auch Fehler des Gerichts erster Instanz in den Entscheidungsgründen.

16. Die Kommission bringt einen in zwei Teile gegliederten Rechtsmittelgrund und einen hilfsweise vorgetragenen Rechtsmittelgrund vor.

17. Der Hauptrechtsmittelgrund, in dem die Kommission sich fragt, ob bestimmte Antworten auf ein Auskunftsverlangen grundsätzlich zu einer Herabsetzung der Geldbuße führen müssten, bezieht sich auf

1. das Auskunftsverlangen vom 31. März 1999 (Randnrn. 407 bis 409 und 410, erster, zweiter und dritter Satz, des angefochtenen Urteils);
2. das Auskunftsverlangen vom 30. Juni 1997 (Randnr. 412 des angefochtenen Urteils).

18. Der hilfsweise vorgetragene zweite Rechtsmittelgrund betrifft den Umfang der Ermäßigung im Fall von Beiträgen, denen ein Auskunftsverlangen vorausging (Randnr. 410).

19. Kurz gefasst wird Folgendes vorgetragen.

20. Was den ersten Teil der die Vorlage von Unterlagen betreffenden Hauptrechtsmittelgrund angeht, trägt die Kommission vor, sie sei stets berechtigt, die Vorlage von Unterlagen zu verlangen, und ein solches Ersuchen verletze die Verteidigungsrechte nicht. Es handele sich nicht um Fragen, die zur Folge haben könnten, dass das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestanden werde. Das Gericht erster Instanz habe sich somit in den Randnummern 408 und 409 des angefochtenen Urteils gegen ständige Rechtsprechung ausgesprochen. Darüber hinaus stehe dieser Denkansatz auch im Widerspruch zu den Randnummern 403, 406 und 407, in denen das Gericht erster Instanz auf diese Rechtsprechung Bezug genommen habe.

21. Außerdem hätte das Gericht erster Instanz ermitteln müssen, inwieweit SGL tatsächlich dem Verlangen der Kommission, die darin angeforderten Unterlagen vorzulegen, das vom Gericht beanstandet worden sei, entsprochen habe. Der Wortlaut der Antwort vom 8. Juni 1999 zeige, dass dies nicht der Fall gewesen sei. SGL habe geantwortet, dass sie die angeforderten Dokumente nicht besitze. Daher gebe es keinen Grund für eine höhere als die bereits eingeräumte Ermäßigung. Trotz des Fehlens der Unterlagen habe SGL sich darum bemüht, den Sachverhalt aufzuklären. Die Kommission habe diese Mitarbeit berücksichtig-

sichtigt. Die einzigen Antworten, die die Kommission nicht in die Ermäßigung einbezogen habe, seien Antworten gewesen, die eine Erwiderung auf das förmliche Auskunftsverlangen dargestellt hätten. Informationen, die über die Verpflichtung zur Zusammenarbeit hinausgegangen seien, seien berücksichtigt worden.

22. SGL trägt vor, dass sämtliche Ausführungen in dem Memorandum vom 8. Juni 1999 sowie die Antworten auf das Auskunftsverlangen vom 30. Juni 1997 vollumfänglich als Kooperationsbeiträge bewertet gewesen seien, da man keine Unterscheidung zwischen dem expliziten Eingeständnis einer Zuwiderhandlung und Tatsachen oder der Vorlage von Unterlagen, die Beweise enthielten, machen könne. Sie ist der Ansicht, es gebe ein absolutes Aussageverweigerungsrecht.

23. Für den Fall, dass der Gerichtshof dieser Auffassung nicht folgen sollte, trägt SGL vor, dass das angefochtene Urteil auf jeden Fall in Einklang mit der Rechtsprechung stehe.

24. Was den zweiten Teil des Rechtsmittelgrundes angeht, der das Auskunftsverlangen vom 30. Juni 1997 betrifft, trägt die Kommission vor, dass auch die Randnummer 412 des Urteils mehrere Fehler enthalte. Das Gericht erster Instanz schein der Kommission eine Auffassung zuzuschreiben, die diese selbst niemals vertreten habe. Die Kommission habe betont, dass sie SGL nicht weniger belohnt habe, weil SGL nicht alle Unternehmen genannt habe, die sie gewarnt habe, sondern dass sie vielmehr SGL nicht mehr

belohnt habe, weil die von SGL tatsächlich gegebene Antwort nicht über deren Verpflichtung zur Zusammenarbeit nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 hinausgegangen sei. Außerdem könnten nur Beiträge, die es der Kommission ermöglichten, das Vorliegen einer Zuwiderhandlung leichter festzustellen, zu einer Ermäßigung der Geldbuße führen.

25. SGL stimmt mit den Feststellungen des Gerichts erster Instanz überein. Sie trägt vor, es gebe keine Rechtsgrundlage für ein Auskunftsverlangen, da Warnungen an andere Kartellmitglieder nicht vom Tatbestand des Artikels 81 Absatz 1 EG erfasst würden. Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 räume der Kommission keine Befugnis ein, derartige Fragen zu stellen. Wenn das Warnen anderer Kartellmitglieder jedoch als erschwerender Umstand qualifiziert werden könne, so müsse das Eingeständnis von ihrer Seite als Kooperationsleistung zu qualifizieren sein. Jedenfalls habe das Gericht erster Instanz zutreffend festgestellt, dass sie nicht verpflichtet gewesen sei, zu antworten.

26. Schließlich macht die Kommission geltend, das Gericht erster Instanz habe entschieden, dass ein Beitrag als Reaktion auf ein Auskunftsverlangen dieselbe Ermäßigung auslöse wie ein spontaner Beitrag. In diesem Zusammenhang habe das Gericht erster Instanz verneint, dass eine Ermäßigung der Geldbuße nur für einen Beitrag gewährt werden könne, der die Aufgabe der Kom-

mission erleichtert habe. Es liege auf der Hand, dass dies erst recht dann gelte, wenn der Beitrag spontan sei, weil er frühzeitig erfolge und daher der Kommission gewisse Ermittlungsmaßnahmen erspare, wie die Abfassung eines Auskunftsverlangens.

27. Der vom Gericht erster Instanz herangezogene Vergleich mit Abschnitt C der Mitteilung über Zusammenarbeit bestätige nicht die These des Gerichts, sondern diejenige der Kommission. Die Auffassung, ein Beitrag in Reaktion auf ein Auskunftsverlangen müsse in derselben Weise honoriert werden wie ein spontaner Beitrag, sei unvereinbar mit dieser Mitteilung. Wenn das Gericht erster Instanz der Auffassung sei, dass beide Situationen gleichzubehandeln seien, so habe es gegen Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 in Verbindung mit der Mitteilung über Zusammenarbeit verstoßen.

## VI — Die einschlägigen Teile des Urteils

28. Im ersten Teil hat das Gericht erster Instanz wie folgt begonnen:

- Es hat ausgeführt, dass ein absolutes Auskunftsverweigerungsrecht nicht anerkannt werden könne, dass dies über das hinausginge, was zur Wahrung der Verteidigungsrechte der Unternehmen erforderlich sei, und zu einer un gerechtfertigten Behinderung der Kom-
- mission bei der Erfüllung ihrer Aufgabe führen würde, die Einhaltung der Wettbewerbsregeln im Gemeinsamen Markt zu überwachen. Außerdem hat es darauf hingewiesen, dass ein Auskunftsverweigerungsrecht nur insoweit anerkannt werden könne, als von dem betroffenen Unternehmen Antworten verlangt würden, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Nachweis zu erbringen habe (Randnr. 402);
- es hat auf die Rechtsprechung hingewiesen, nach der die Kommission, um die praktische Wirksamkeit von Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 zu erhalten, die Unternehmen zwingen dürfe, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihnen eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und erforderlichenfalls die in ihrem Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich hierauf bezögen, zu übermitteln, selbst wenn diese dazu verwendet werden könnten, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten zu erbringen, und dass diese Befugnis der Kommission, Auskünfte zu verlangen, weder in Widerspruch zu Artikel 6 Absätze 1 und 2 EMRK noch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte stehe (Randnrn. 403 und 404);
- es hat dann angemerkt, dass der Gerichtshof zwar in der Rechtssache

LVM<sup>7</sup> entschieden habe, dass im Anschluss an das Urteil in der Rechtssache 374/87, Orkem/Kommission<sup>8</sup>, bei der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte mit dem Urteil Funke sowie mit den Urteilen Saunders/Vereinigtes Königreich und J. B./Schweiz neue Entwicklungen eingetreten seien, der Gerichtshof im Urteil LVM jedoch keine Änderung seiner Rechtsprechung vorgenommen habe (Randnr. 405);

- schließlich ist es zu dem Ergebnis gelangt, dass die Pflicht zur Beantwortung rein tatsächlicher Fragen der Kommission und zur Vorlage von ihr angeforderter vorhandener Unterlagen jedenfalls den tragenden Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte und den Anspruch auf einen fairen Prozess nicht verletzen könne, die auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts einen Schutz böten, der dem durch Artikel 6 EMRK gewährten gleichwertig sei (Randnr. 406).

29. Es hat weiter Folgendes ausgeführt:

- „Zu der Frage, inwieweit SGL nach der oben genannten Rechtsprechung verpflichtet war, auf das Auskunftsverlangen vom 31. März 1999 zu antworten,

ist festzustellen, dass die Kommission neben rein tatsächlichen Fragen und Ersuchen um Vorlage vorhandener Unterlagen SGL aufgefordert hat, Gegenstand und Ablauf sowie die Ergebnisse/Schlussfolgerungen mehrerer Treffen zu schildern, an denen SGL teilgenommen haben soll, wobei klar war, dass die Kommission den Verdacht hatte, dass Gegenstand dieser Treffen die Einschränkung des Wettbewerbs war. Folglich war ein solches Verlangen geeignet, SGL zu verpflichten, ihre Teilnahme an einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft zuzugeben“ (Randnr. 407).

30. In den folgenden Randnummern, die Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens sind, hat das Gericht erster Instanz jedoch festgestellt:

„408 Dies gilt auch für die Ersuchen um Vorlage der Protokolle dieser Treffen und der sie betreffenden Arbeitsunterlagen und vorbereitenden Unterlagen, handschriftlichen Aufzeichnungen, Notizen und Schlussfolgerungen sowie von Planungsdokumenten, Diskussionspapieren und Entwürfen zur Durchführung von Preiserhöhungen in den Jahren 1992 bis 1998.

7 — Urteil vom 15. Oktober 2002 in den verbundenen Rechtssachen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P (Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission, Slg. 2002, I-8375).

8 — Urteil vom 18. Oktober 1989 (Slg. 1989, 3283).

409 Da SGL nicht verpflichtet war, auf derartige Fragen im Auskunftsverlangen

vom 31. März 1999 zu antworten, ist die Tatsache, dass sie gleichwohl Informationen über diese Punkte lieferte, als freiwillige Zusammenarbeit des Unternehmens anzusehen, die nach der Mitteilung über Zusammenarbeit eine Herabsetzung der Geldbuße rechtfertigen konnte.

410 Dieses Ergebnis wird nicht durch das Argument der Kommission beeinträchtigt, dass die fraglichen Informationen nicht freiwillig, sondern in Beantwortung eines Auskunftsverlangens gegeben worden seien. Abschnitt D Absatz 2, erster Gedankenstrich, der Mitteilung über Zusammenarbeit verlangt keineswegs eine freiwillige Handlung, die allein auf Initiative des betroffenen Unternehmens vorgenommen wird, sondern lediglich, dass Informationen geliefert werden, die ‚zur Feststellung‘ des Vorliegens eines Verstößes beitragen. Überdies erlaubt selbst Abschnitt C, der eine größere Herabsetzung der Geldbuße als Abschnitt D betrifft, die Belohnung einer Kooperation, ‚nachdem die Kommission aufgrund einer Entscheidung bei den am Kartell beteiligten Unternehmen eine Nachprüfung vorgenommen hat‘. Dass ein Auskunftsverlangen nach Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 an SGL gerichtet wurde, kann daher nicht den Ausschlag dafür geben, die Kooperation des Unternehmens gemäß Abschnitt D Absatz 2, erster Gedankenstrich, der Mitteilung über Zusammenarbeit geringer zu bewerten, zumal ein solches Verlangen eine mildere Zwangsmaßnahme ist als eine Nachprüfung aufgrund einer Entscheidung.

411 Folglich hat die Kommission die Bedeutung der Zusammenarbeit von SGL in diesem Zusammenhang falsch beurteilt.“

31. Was das die Warnrufe betreffende Auskunftsverlangen angeht, hat das Gericht erster Instanz entschieden:

„412 Soweit die Kommission SGL vorwirft, ihr eine unvollständige Antwort auf die Frage gegeben zu haben, welche Unternehmen SGL über die bevorstehenden Nachprüfungen der Kommission im Juni 1997 unterrichtet habe, trifft es zu, dass SGL mit Schreiben vom 30. Juli 1997 ihr Eingeständnis auf VAW und ein anderes Unternehmen beschränkte, ohne anzugeben, dass sie auch UCAR informiert hatte. Die Kommission hat jedoch selbst hervorgehoben, dass die Warnung von SGL die Schwere der Zuwiderhandlung erhöht und zu einer Geldbuße mit einer größeren abschreckenden Wirkung als üblich geführt habe und dass es gerechtfertigt gewesen sei, sie als erschwerenden Umstand zu werten, da dieses Verhalten von SGL die notwendigen Voraussetzungen für die Fortführung des Kartells und die Verlängerung seiner schädlichen Wirkungen geschaffen habe. SGL wäre somit nicht verpflichtet gewesen, der Kommission anzugeben, dass sie andere Unternehmen gewarnt hatte. Diese Informationen waren nämlich geeignet, die Sanktion zu verschärfen, die die Kommission gegen SGL verhängen würde. Die Kommission hat daher auch in diesem Punkt das Verhalten von SGL falsch beurteilt, als sie ihr vorwarf, eine unvollständige Antwort gegeben zu haben.“

## VII — Rechtliche Prüfung

32. Wie oben festgestellt, bezieht sich das Rechtsmittel der Kommission insbesondere auf die Randnummern 408, 409, 410 und 412.

33. In ihrer Entscheidung gewährte die Kommission auf der Grundlage von Abschnitt D Absatz 2 erster Gedankenstrich der Mitteilung über Zusammenarbeit eine Ermäßigung um 30 % der Geldbuße, die sie anderenfalls gegen SGL verhängt hätte. Wie im angefochtenen Urteil erwähnt, ist die Kommission der Ansicht, dass „ein Unternehmen nur dann eine Herabsetzung der Geldbuße [verdient], wenn es ‚auf freiwilliger Basis‘ und außerhalb der ‚Ausübung der Untersuchungsbefugnisse‘ kooperiert; da ‚ein wesentlicher Teil der in der SGL-Erklärung enthaltenen Informationen de facto die Antwort von SGL auf das förmliche Auskunftsverlangen der Kommission darstellt‘, werde die Erklärung ‚nur insoweit als freiwilliger Beitrag im Sinne der [Mitteilung über Zusammenarbeit] angesehen, als die mitgeteilten Informationen über die nach Artikel 11 verlangten hinausgehen‘. Überdies habe SGL ihre Erklärung vom 8. Juni 1999 erst nach einem Mahnschreiben vorgelegt, in dem sich die Kommission das Recht vorbehalten habe, eine förmliche Entscheidung nach Artikel 11 Absatz 5 zu erlassen“<sup>9</sup>.

34. Im Verfahren vor dem Gericht erster Instanz hat SGL geltend gemacht, die

Kommission habe ihre Zusammenarbeit im Rahmen der Mitteilung über Zusammenarbeit unterbewertet. Sie hat vorgetragen, bestimmte Fragen im Auskunftsverlangen der Kommission hätte sie nicht zu beantworten brauchen, da sie sich sonst selbst hätte belasten müssen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte wäre sie sogar berechtigt gewesen, jede aktive Mitwirkung an der eigenen Überführung zu verweigern.

35. Das Gericht erster Instanz hat entschieden, dass die Kommission in einer Reihe von Punkten die Bedeutung der Zusammenarbeit von SGL falsch beurteilt habe, und hat daher die Geldbuße herabgesetzt.

36. Nach einer Verweisung auf die ständige Rechtsprechung (Randnrn. 402, 403 und 404) hat das Gericht erster Instanz sich zunächst mit dem Auskunftsverlangen vom 31. März 1999 (Randnrn. 407, 408 und 409) und dann mit dem Auskunftsverlangen vom 30. Juni 1997 (Randnr. 412) befasst.

37. Das Auskunftsverlangen vom 31. März 1999 betraf Fragen zu Treffen, die von Wettbewerbern in der Graphitelektrodenbranche durchgeführt worden waren. Die Kommission verlangte u. a. eine Schilderung des Gegenstands und des Ablaufs mehrerer Treffen, an denen SGL teilgenommen haben

<sup>9</sup> — Siehe Begründungserwägung 173 der Entscheidung der Kommission, z. T. in Randnr. 401 des Urteils zitiert.

soll, und der Ergebnisse/Schlussfolgerungen dieser Treffen. Außerdem verlangte sie die Vorlage bestimmter Dokumente, u. a. Kopien der Einberufungsschreiben, Tagesordnungen, Teilnehmerlisten, handschriftliche Aufzeichnungen, Arbeitsunterlagen, vorbereitende Unterlagen, Planungsdokumente, Unterlagen über die Durchführung von Preiserhöhungen während eines bestimmten Zeitraums<sup>10</sup>.

38. In ihrem Auskunftsverlangen vom 30. Juni 1997 fragte die Kommission nach der Feststellung, dass sie von einer anderen Gesellschaft erfahren habe, dass diese Gesellschaft von SGL vor möglichen bevorstehenden Untersuchungen gewarnt habe, ob SGL diese Information von einer in der betreffenden Branche tätigen Gesellschaft erhalten habe, und gegebenenfalls nach dem Namen dieser Gesellschaft. Zweitens fragte die Kommission nach den Namen der Gesellschaften, die SGL gewarnt hatte<sup>11</sup>.

*Das Auskunftsverlangen vom 31. März 1999*

39. Im Verfahren vor dem Gericht erster Instanz hat die Kommission eingeräumt,

10 — SGL antwortete mit Schreiben vom 25. Mai 1999 (wobei sie die die Umsatz- und Verkaufszahlen betreffenden Fragen 8 bis 10 beantwortete) und mit Erklärung vom 8. Juni 1999 (in der sie darauf hinwies, dass sie zur Beantwortung der Fragen 1 bis 5 und 7 teilweise nicht verpflichtet sei und dass sie daher als freiwillig handelnd zu betrachten sei. In der Erklärung wird eine Beschreibung der Treffen gegeben, und die Dokumente, die vorhanden und in ihrem Besitz waren, sind als Anlage beigefügt).

11 — SGL antwortete mit Schreiben vom 30. Juli 1997. Vor Beantwortung der zweiten Frage äußerte sie Zweifel an der Rechtsgrundlage und verwies auf ihre Verteidigungsrechte.

dass die Frage nach Gegenstand und Ablauf einer Reihe von Treffen über das hinausgehe, wonach sie aufgrund von Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 habe fragen dürfen. Diese Feststellung ist nicht Teil des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens.

40. Daher hat das Gericht erster Instanz in den Randnummern 407 bis 409 und in Randnummer 412 des angefochtenen Urteils entschieden, dass die Antworten von SGL auf die an sie gemäß Artikel 11 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 gerichteten Auskunftsverlangen diese Gesellschaft — entgegen der von der Kommission in der Entscheidung geäußerten Auffassung — zu einer Ermäßigung ihrer Geldbuße nach der Mitteilung über Zusammenarbeit berechtigten.

41. Außerdem hat das Gericht erster Instanz das Argument der Kommission zurückgewiesen, dass eine Ermäßigung wegen der Antworten von SGL unter allen Umständen geringer gewesen wäre, als dies der Fall gewesen wäre, wenn das Unternehmen selbst sich freiwillig offenbart hätte (siehe Randnr. 410).

42. Die Kommission trägt vor, die zitierten Passagen seien rechtsfehlerhaft, und das Urteil stehe insoweit im Widerspruch zu Artikel 15 in Verbindung mit Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 und zur Mitteilung über Zusammenarbeit. Außerdem sei auch die Begründung mangelhaft (widersprüchlich) und stelle als solche einen weiteren Rechtsfehler dar.

43. Auch wenn diese Rüge im Rahmen der Anwendung der Mitteilung über Zusammenarbeit vorgebracht wird, betrifft sie insbesondere die Feststellungen des Gerichts erster Instanz zum Umfang des Rechts von Unternehmen, sich nicht selbst zu belasten.

44. Bekanntlich besteht die Aufgabe der Kommission darin, Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags zu untersuchen und zu ahnden. Zur Erfüllung ihrer Aufgabe kann die Kommission nach Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 alle erforderlichen Auskünfte einholen. Zunächst hat sie um diese Auskünfte mittels eines einfachen förmlichen Auskunftsverlangens (Artikel 11 Absatz 2) und dann, wenn ein Unternehmen diesem Verlangen nicht nachkommt, mittels einer förmlichen Entscheidung (Artikel 11 Absatz 5) zu ersuchen<sup>12</sup>.

45. In der wohlbekannten Rechtssache Orkem<sup>13</sup>, in der der Gerichtshof die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission im Licht der Verteidigungsrechte zu beurteilen hatte, hat der Gerichtshof festgestellt, dass Unternehmen verpflichtet sind, an den Untersuchungsmaßnahmen aktiv mitzuwirken.

46. Diese Pflicht zur aktiven Zusammenarbeit mit der Kommission bedeutet jedoch nicht, dass das Unternehmen sich dadurch selbst belasten muss, dass es Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsvorschriften zugibt.

47. In dieser Hinsicht hat der Gerichtshof zwischen der Beantwortung von Fragen einerseits und der Vorlage von Dokumenten andererseits unterschieden. Was die Letzteren angeht, hat der Gerichtshof eine weitere Unterscheidung getroffen. Er hat entschieden, dass die Kommission befugt ist, ein Unternehmen zur Beantwortung von Fragen tatsächlicher Art zu verpflichten, dass sie aber nicht befugt ist, einem Unternehmen die Verpflichtung aufzuerlegen, Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste. Gegenüber dem letztgenannten Aspekt kann ein Unternehmen sich auf sein Aussageverweigerungsrecht als Teil seiner Verteidigungsrechte berufen. Was Dokumente angeht, hat der Gerichtshof die Untersuchungsbefugnisse der Kommission nicht beschränkt. Wenn es darum ersucht wird, muss das betroffene Unternehmen Dokumente offen legen, die bereits vorhanden sind und sich auf den Gegenstand der Untersuchung beziehen, selbst wenn diese Dokumente dazu verwendet werden, das Vorliegen einer Zuwiderhandlung nachzuweisen<sup>14</sup>.

48. Um einige der bedeutendsten Kartelle aufzudecken, hat die Kommission dann eine Politik der Sanktionsmilderung entwickelt.

12 — Dieses zweistufige Verfahren wird in der Verordnung Nr. 1/2003 aufgegeben. Nach Artikel 18 dieser Verordnung kann die Kommission sich von Anfang an dafür entscheiden, Unternehmen durch Entscheidung um Auskünfte zu ersuchen.

13 — Urteil vom 18. Oktober 1989 in der Rechtssache 374/87 (Orkem/Kommission, Slg. 1989, 3283; Randnrn. 22 und 27).

14 — Siehe Randnrn. 34 und 35.

Diese Politik ist in der so genannten „Leniency Notice“ (Mitteilung über Zusammenarbeit) niedergelegt. Als Gegenleistung für Kooperation (Beibringung wichtiger Informationen und Beweismittel) kann eine Ermäßigung der Geldbuße — je nach dem Umfang der Zusammenarbeit — gewährt werden.

49. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Sanktionsmilderungspolitik keinen Zwang beinhaltet. Sie ist vielmehr auf freiwillige Mitarbeit gestützt. Eine Ermäßigung der Geldbuße als Gegenleistung für Zusammenarbeit ist daher mit den Verteidigungsrechten und insbesondere mit dem Recht, sich nicht selbst zu belasten, vereinbar<sup>15</sup>.

50. Außerdem wird eine Herabsetzung der Geldbuße wegen eines Beitrags während des Verwaltungsverfahrens nur dann gewährt werden, wenn dieser Beitrag es der Kommission ermöglicht hat, das Vorliegen einer Zuwiderhandlung leichter festzustellen und diese gegebenenfalls zu beenden<sup>16</sup>.

51. Im vorliegenden Rechtsmittelverfahren macht die Kommission geltend, die auf der Grundlage des Artikels 11 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 angeforderten Auskünfte hätten die Kriterien des Orkem-Urteils er-

füllt und könnten nicht als Zusammenarbeit im Sinne der Mitteilung über Zusammenarbeit angesehen werden.

52. Die Rechtsfrage besteht somit darin, ob die Reaktion von SGL auf das Verlangen der Kommission als freiwillige Mitarbeit oder als Erfüllung einer Verpflichtung zu qualifizieren ist<sup>17</sup>. Der erste Schritt besteht daher darin, die Art der von der Kommission gestellten Fragen zu prüfen. Mit anderen Worten: Hätte die Kommission die angeforderten Auskünfte auf der Grundlage des Artikels 11 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17 erhalten können? Ist dies zu bejahen, so entsprechen die von dem betreffenden Unternehmen erteilten Auskünfte lediglich einer Pflicht, seinen Verpflichtungen aufgrund von Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 nachzukommen. Eine solche „Zusammenarbeit“ läuft nicht auf eine Zusammenarbeit im Sinne der Mitteilung über Zusammenarbeit hinaus. Wenn diese Frage jedoch zu verneinen ist und das betroffene Unternehmen dennoch die Auskünfte erteilt, so ist sein Verhalten als Zusammenarbeit im Sinne der Mitteilung über Zusammenarbeit anzusehen.

53. Daneben merke ich an, dass es dann, wenn ein Unternehmen Verbindung mit der Kommission aufgenommen und seine Kooperationsbereitschaft zum Ausdruck gebracht hat, vorkommen kann, dass die Kommission weitere Auskünfte über die bereits von dem betreffenden Unternehmen

15 — Urteil vom 14. Juli 2005 in der Rechtssache C-57/02 P, Acerinox, Slg. 2005, I-0000, Randnrn. 87 bis 89).

16 — Siehe Urteil vom 16. November 2000 in der Rechtssache C-297/98 P (SCA Holding/Kommission, Slg. 2000, I-10101, Randnr. 36) Siehe im Zusammenhang mit der Mitteilung über Zusammenarbeit das Urteil vom 28. Juni 2005 in den verbundenen Rechtssachen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Dansk Rørdindustri, Slg. 2005, I-0000, Randnrn. 395 und 396).

17 — Rechtlich gesehen ist ein Unternehmen nicht verpflichtet, auf ein Ersuchen nach Artikel 11 Absatz 2 zu antworten, verweigert ein Unternehmen jedoch die Antwort, so hat die Kommission es durch eine Entscheidung nach Artikel 11 Absatz 5 dazu zu verpflichten, die Auskünfte zu erteilen. Bei Nichtbefolgung der Aufforderung können Sanktionen verhängt werden. Im Endergebnis besteht daher eine Verpflichtung, dem Ersuchen der Kommission nachzukommen.

gelieferten hinaus benötigt. Die Kommission kann diese Auskünfte mittels eines schriftlichen Ersuchens erhalten. Es ist selbstverständlich, dass derartige Ersuchen und die Antworten darauf bei der Gesamtbewertung des kooperativen Verhaltens des betreffenden Unternehmens im Rahmen der Mitteilung über Zusammenarbeit berücksichtigt werden sollten.

54. Um beurteilen zu können, ob eine Ermäßigung der Geldbuße denkbar war, hat das Gericht erster Instanz die oben genannte Prüfung durchgeführt. Es hat untersucht, ob SGL verpflichtet war, die angeforderten Unterlagen vorzulegen.

55. Bei der Prüfung, ob das Auskunftsverlangen Fragen enthält, die die Kommission nach Artikel 11 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17 nicht stellen durfte, hat das Gericht erster Instanz zutreffend festgestellt, dass die Frage nach Gegenstand und Ergebnis bestimmter Treffen unzulässig war. Eine Beantwortung derartiger Fragen würde unausweichlich zu einer Selbstbeschuldigung führen. Wie oben festgestellt, hat die Kommission dies vor dem Gericht erster Instanz bestätigt. Diese Feststellung ist nicht Teil des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens.

56. Das Gericht erster Instanz hat dann weiter festgestellt, dass das Gleiche auch für spezifische Unterlagen zutrefte. Es hat angenommen, dass das Ersuchen um Vorlage dieser Unterlagen so geartet gewesen sei, dass es SGL verpflichtet habe, ihre Teilnahme an einer Zuwiderhandlung gegen die

Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft zuzugeben. Somit scheint es einen Unterschied zwischen „zulässigen“ und „nicht zulässigen“ Unterlagen gemacht zu haben. Mit anderen Worten: Weil die Kommission SGL nicht dazu zwingen konnte, die Frage nach dem Gegenstand und den Ergebnissen/Schlussfolgerungen dieser Treffen zu beantworten, konnte es auch nicht die diesbezüglichen Unterlagen verlangen.

57. Meines Erachtens ist diese Beurteilung aus drei verschiedenen Gründen falsch oder zumindest mangelhaft.

58. Da die Informationen, um die es in den Randnummern 408 und 409 geht, „Unterlagen“ und kein Ersuchen um „Antworten“ betreffen, hat das Gericht erster Instanz es erstens unterlassen, die Unterscheidung vorzunehmen, die in der Rechtsprechung zwischen Unterlagen einerseits und Antworten auf Fragen andererseits getroffen wird. Zumindest hat es die in dieser Rechtsprechung niedergelegten Grundsätze nicht auf den Sachverhalt des vorliegenden Falles angewandt.

59. Zweitens ist die Argumentation des Gerichts erster Instanz, wie die Kommission zu Recht ausgeführt hat, in sich widersprüchlich. Zunächst hat das Gericht erster Instanz die im Urteil Orkem und in seinem eigenen Urteil in der Rechtssache Mannesmannröhren-Werke<sup>18</sup> niedergelegten Grundsätze ausdrücklich bestätigt. So verweist es in den Randnummern 403, 406 und 407 auf ständige Rechtsprechung, wendet sich aber dann in Randnummer 408 gegen

18 — Urteil vom 20. Februar 2001 in der Rechtssache T-112/98 (Mannesmannröhren-Werke/Kommission, Slg. 2001, II-729).

diese Rechtsprechung. Diese Rechtsprechung ist vielfach bestätigt worden, in allerjüngster Zeit in den so genannten „Legierungszuschlag“-Rechtssachen<sup>19</sup>.

60. Der Gerichtshof hat in der Tat im Urteil LVM<sup>20</sup>, auch bekannt als Urteil PVC II, festgestellt, dass im Anschluss an das Urteil Orkem bei der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte mit dem Urteil Funke, dem Urteil Saunders/Vereinigtes Königreich und dem Urteil J. B./Schweiz neue Entwicklungen eingetreten seien. Er sah jedoch keinen Grund dafür, seine Rechtsprechung zu ändern, wie das Gericht erster Instanz selbst festgestellt hat<sup>21</sup>. Die Feststellungen des Gericht erster Instanz stehen daher eindeutig nicht in Einklang mit der vorhandenen Rechtsprechung. Darüber hinaus sucht man in den einschlägigen Randnummern des Urteils vergeblich nach irgendeiner besonderen Begründung für diese Tatsache, die schon als solche bemerkenswert ist.

61. Obwohl das Gericht erster Instanz zu dem Ergebnis gelangt ist, dass es im Urteil LVM keine Änderung der feststehenden Rechtsprechung gegeben habe, ist es dennoch zu einem anderen Ergebnis gelangt. Im angefochtenen Urteil lässt sich dafür keine Begründung finden. Wie oben festgestellt, ist es auch widersprüchlich. Allein aus diesen Gründen ist die Feststellung des Gerichts erster Instanz in Randnummer 408 aufzuheben.

62. Der Gerichtshof misst der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte große Bedeutung zu. Auch trifft es zu, dass der Gerichtshof in Anbetracht des Rechtsmittelgrundes, mit dem ein Verstoß gegen das Recht, sich nicht selbst zu belasten, geltend gemacht wird, sich mit dieser Frage in jener Rechtssache nicht wirklich zu befassen brauchte<sup>22</sup>. Allgemeiner könnte man sich fragen, ob es überhaupt Gründe gibt, die Rechtsprechung, die im Urteil Orkem niedergelegt worden ist und der man bis jetzt gefolgt ist, im Licht der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu ändern. Ich werde erklären, dass es dafür meines Erachtens keine zwingenden Gründe gibt.

63. Erstens darf nicht vergessen werden, dass diese Rechtsprechung natürliche Personen im Rahmen von „klassischen“ Strafverfahren betraf. Wettbewerbsrecht betrifft Unternehmen. Die Kommission darf Geldbußen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen nur für Verstöße gegen die Artikel 81 EG und 82 EG verhängen. Es ist nicht möglich, die Feststellungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ohne weiteres auf juristische Personen oder Unternehmen zu übertragen<sup>23</sup>. In dieser Hinsicht möchte ich auf andere Rechtssysteme verweisen, in denen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, allein natürlichen Personen vorbehalten ist und von juristischen Personen nicht geltend gemacht werden kann<sup>24</sup>. So können sich in

19 — Urteil Acerinox, Randnr. 86 (siehe Fußnote 13), Urteil vom 14. Juli 2005 in der Rechtssache C-73/02 P (ThyssenKrupp Stainless/Kommission, Slg. 2005, I-6773, Randnr. 49).

20 — Vgl. Fußnote 6.

21 — Siehe Randnr. 405.

22 — Urteil LVM, Randnrn. 274 bis 276.

23 — In einigen Mitgliedstaaten können die Behörden nach ihrem nationalen Recht auch andere Arten von Sanktionen verhängen, wie z. B. Haft für Direktoren oder Geschäftsführer, die für die Verstöße ihrer Gesellschaften gegen Artikel 81 EG und 82 EG verantwortlich sind. Es ist anzunehmen, dass entsprechend stärkere Verfahrensrechte und -garantien bestehen werden.

24 — Supreme Court United States/Whit 322 U.S. 694(1944).

den Vereinigten Staaten Gesellschaften nicht auf den fünften Zusatz (Fifth Amendment) zur Verfassung der Vereinigten Staaten berufen. Im Fifth Amendment heißt es: „Niemand darf in einem Strafverfahren zur Aussage gegen sich selbst ... gezwungen werden“. Dieses Zeugnisverweigerungsrecht ist ein persönliches Recht. Es gilt nur für Einzelpersonen. Eine juristische Person kann sich nicht auf das Fifth Amendment berufen, um die Aussage zu verweigern. Mit anderen Worten: Eine juristische Person hat Dokumente vorzulegen, wenn sie darum ersucht wird.

64. Zweitens ist unstreitig, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bestimmte Rechte und Freiheiten auf Gesellschaften und andere Körperschaften ausgedehnt hat. Das Gleiche gilt im Rahmen des Gemeinschaftsrechts und der Grundrechtcharta der Europäischen Union. Wie gesagt, unterscheidet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auch zwischen dem Umfang des Schutzes, der natürlichen Personen einerseits und juristischen Personen andererseits gewährt wird. Dies lässt sich aus anderen Grundrechten in der Konvention wie dem in Artikel 8 niedergelegten folgern. Zum Beispiel hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil Niemietz<sup>25</sup> darauf hingewiesen, dass der Schutz von Geschäftsräumen geringer sein könne, als dies für Privatwohnungen der Fall sei. Der Gerichtshof hat entschieden, dass der Begriff „Wohnung“ sich auch auf das Büro eines Angehörigen eines freien Berufes erstrecken könne und dass eine solche Auslegung die Vertragsstaaten nicht über Ge-

bühr behindern werde, da sie ihre Befugnis behalten, in dem nach Artikel 8 Absatz 2 zulässigen Ausmaß einzugreifen. Dieses Urteil ist später im Urteil in der Sache Colas Est<sup>26</sup> bestätigt worden. Im letztgenannten Urteil hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wie im Urteil Niemietz entschieden, dass die durch Artikel 8 garantierten Rechte unter bestimmten Umständen dahin ausgelegt werden könnten, dass sie das Recht auf die Achtung des Gesellschafts-sitzes, der Zweigstellen oder sonstiger Geschäftsräume der Gesellschaft einschlossen. Dementsprechend hat der Gerichtshof gemäß dieser Rechtsprechung in der Rechts-sache Roquette Frères entschieden<sup>27</sup>: „Bei der Bestimmung der Tragweite dieses Grundsatzes hinsichtlich des Schutzes der Geschäftsräume von Unternehmen ist die nach dem Urteil Hoechst/Kommission er-gangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu be-rücksichtigen, aus der sich zum einen ergibt, dass der Schutz der Wohnung, um den es in Artikel 8 EMRK geht, unter bestimmten Umständen auf Geschäftsräume ausgedehnt werden kann (vgl. insbesondere EGMR, Urteil vom 16. April 2002, Colas Est u. a./ Frankreich, noch nicht in den Reports of Judgements and Decisions veröffentlicht, § 41), und zum anderen, dass der Eingriffsvorbehalt nach Artikel 8 Absatz 2 EMRK bei beruflichen oder geschäftlichen Tätigkeiten oder Räumen sehr wohl weiter gehen könnte als in anderen Fällen (Urteil Niemietz/ Deutschland, § 31).“

65. Drittens: Entscheidend ist jedoch, soweit Artikel 6 der Konvention betroffen ist, dass

26 — Urteil vom 16. April 2002, Colas Est u. a./Frankreich, Nr. 37971/97 ECHR 2002-III.

27 — Urteil vom 22. Oktober 2002 in der Rechtssache C-94/00 (Slg. 2002, I-9011, Randnr. 29).

25 — Urteil vom 16. Dezember 1992, Serie A Nr. 251-B.

ein Ersuchen um Vorlage von Dokumenten nicht gegen das Aussageverweigerungsrecht verstößt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat kein absolutes Aussageverweigerungsrecht anerkannt. Er hat im Urteil Saunders entschieden: „Beim Aussageverweigerungsrecht geht es jedoch in erster Linie darum, den Willen eines Angeklagten, die Aussage zu verweigern, zu respektieren. So wie es im Allgemeinen in den Rechtssystemen der Vertragsparteien der Konvention und anderswo verstanden wird, erstreckt es sich in Strafverfahren nicht auf die Verwendung von Material, das von dem Angeklagten durch Anwendung von Zwang erlangt werden kann, das aber unabhängig vom Willen des Verdächtigen existiert, wie u. a. *Dokumente*, die aufgrund einer gerichtlichen Anordnung erlangt worden sind, Atemluft-, Blut- und Urinproben und Körpergewebe für einen DNA-Test.“<sup>28</sup> Diese Entscheidung war vor kurzem im Urteil J. B./ Schweiz bestätigt worden.

66. Das Recht, keine den Betroffenen selbst belastende Aussagen zu machen, erstreckt sich somit nicht auf Informationen, die es unabhängig vom Willen des Verdächtigen gibt, wie u. a. Dokumente. Um die Vorlage dieser Dokumente kann ersucht werden, und sie können als Beweismittel verwendet werden. In dieser Hinsicht möchte ich insbesondere auf in Dokumenten niedergelegte Informationen verweisen, die die interne Arbeitsweise und die interne Entscheidungsfindung eines Unternehmens betreffen, die dabei verwendet werden, wie z. B. Marketing- oder Preisgestaltungsstrategien. Um die Vorlage derartiger Informationen, die für den internen Gebrauch zur Verfügung stehen, kann ersucht werden. Möglicherweise können sie die Wahrscheinlichkeit eines Kartells oder eines abgestimmten Verhaltens

zeigen, aber dies ist als solches nicht selbstbelastend. Es ist immer noch möglich, diese Wahrscheinlichkeit zu widerlegen. [Noch weiter zu gehen, würde bedeuten, das objektive Element in der Rechtsprechung des Gerichtshofes wegfällen zu lassen, was das Gleichgewicht bei der Durchsetzung stören würde.]

67. Schließlich muss gesagt werden, dass das Zusammenspiel zwischen den Grundrechten juristischer Personen und der Durchsetzung des Wettbewerbs ein Balanceakt bleibt: Auf dem Spiel stehen der Schutz der Grundrechte einerseits und die wirksame Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft andererseits. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache Eco Swiss entschieden hat<sup>29</sup>, ist Artikel 81 EG eine grundlegende Bestimmung, die für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich ist. Artikel 81 EG ist Teil der öffentlichen Ordnung. Ist die Kommission nicht mehr befugt, um die Vorlage von Dokumenten zu ersuchen, so würde die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch sie in der Gemeinschaftsrechtsordnung in hohem Maße entweder von freiwilliger Mitarbeit oder von dem Einsatz anderer Zwangsmittel wie z. B. Durchsuchungen am frühen Morgen abhängig werden. Es liegt auf der Hand, dass die wirksame Durchsetzung mit angemessenen Mitteln der fundamentalen Grundsätze der öffentlichen Rechtsordnung der Gemeinschaft möglich bleiben sollte, ebenso wie es offensichtlich ist, dass auch die Verteidigungsrechte beachtet werden sollten. Meines Erachtens ist das Letztgenannte der Fall. Beim gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung ist ein Beschuldigter

28 — § 69 (Hervorhebung durch mich).

29 — Urteil vom 1. Juni 1999 in der Rechtssache C-126/97 (Eco Swiss China Time und Benetton International, Slg. 1999, I-3055).

immer noch in der Lage, entweder während des Verwaltungsverfahrens oder im Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten geltend zu machen, dass die vorgelegten Dokumente eine andere Bedeutung als die haben, die die Kommission ihnen zugeschrieben hat.

*Auskunftsverlangen vom 30. Juni 1997*

68. In der vorliegenden Rechtssache waren die betroffenen Dokumente vorhandene Dokumente, die letztendlich mittels einer Entscheidung nach Artikel 11 Absatz 5 angefordert werden konnten und zu deren Vorlage ein Unternehmen verpflichtet war, wenn sie in seinem Besitz waren.

69. Daher gibt es meines Erachtens, da dem Gericht erster Instanz ein Rechtsfehler unterlaufen ist, auch keinen Grund für eine Herabsetzung im Rahmen der Mitteilung über Zusammenarbeit. Wie die Kommission in der angefochtenen Entscheidung erklärt hat, belohnte sie Informationen nicht, von denen sie annahm, dass SGL zu deren Vorlage auf ein Auskunftsverlangen hin verpflichtet war. Sie berücksichtigte die von SGL vorgelegten Informationen, die über das hinausgingen, was aufgrund von Artikel 11 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 angefordert worden war. Bei der Ermäßigung der Geldbuße von SGL hat das Gericht erster Instanz jedoch auch die Frage berücksichtigt, die das Ersuchen um Beschreibung des Gegenstands und der Ergebnisse einer Reihe von Treffen betrifft. Da die Kommission eingeräumt hat, dass dieser Teil des Ersuchens unzulässig war, hätte sie diesen Teil bei der Festsetzung der Geldbuße niemals berücksichtigen können.

70. Was das Auskunftsverlangen vom 30. Juni 1997 angeht, d. h. die zweite Frage, in der SGL darum ersucht wird, die von ihr gewarnten Unternehmen zu benennen, mögen folgende Anmerkungen hilfreich sein.

71. Die Kommission trägt vor, nach Randnummer 412 des angefochtenen Urteils sei das Gericht erster Instanz anscheinend der Meinung gewesen, dass das Ziel der Kommission darin bestanden habe, sicherzustellen, dass eine Zuwiderhandlung eingeräumt werde, und dass SGL daher gemäß dem Orkem-Urteil durch die Verteidigungsrechte gedeckt gewesen sei und demzufolge auf der Grundlage der Mitteilung über Zusammenarbeit Anspruch auf eine Ermäßigung seiner Geldbuße gehabt habe.

72. Die Kommission macht geltend, die Frage, die sie gestellt habe, sei nicht über ihre Nachprüfungsbefugnis hinausgegangen und die gegebene Antwort sei daher nicht über die nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 angeforderte hinausgegangen. Infolgedessen habe es keinen Grund für eine Ermäßigung im Rahmen der Mitteilung über Zusammenarbeit gegeben. Außerdem bestehe ein zweiter Grund dafür, keine Ermäßigung nach der Mitteilung über Zusammenarbeit zu gewähren, darin, dass die Antwort von SGL unvollständig und irreführend gewesen sei.

73. Die Kommission trägt vor, die Frage, um die es gehe, sei keine Frage, die dazu führe, dass eine Zuwiderhandlung eingeräumt werde. In dieser Hinsicht merkt die Kommission an, dass das Gericht erster Instanz selbst entschieden habe, dass die Warnungen keinen Verstoß gegen Artikel 81 EG darstellten. Die Frage sei, ob die Antwort in einer solchen Weise zu der Schlussfolgerung führen würde, dass eine Zuwiderhandlung vorgelegen habe, dass das Unternehmen einer Sanktion nur aufgrund dieser Antwort ausgesetzt gewesen sei. Dies sei zu verneinen. Dass die Warnungen als erschwerender Umstand angesehen würden, berühre diese Schlussfolgerung nicht. Um diese Schlussfolgerung zu ziehen, müsse die Kommission zu allererst feststellen, dass eine Zuwiderhandlung vorliege. Die die Warnungen betreffende Information könne dies nicht ersetzen.

74. Außerdem sei dem Gericht erster Instanz ein Denkfehler unterlaufen. Dass die Kommission die Warnungen als einen erschwerenden Umstand betrachtet habe, sei kein Teil des Nachweises der Tatbestandsmerkmale, sondern die Ausübung des Ermessens der Kommission bei ihrer Geldbußenpolitik. Wäre dem Gedankengang des Gerichts erster Instanz zu folgen, so würde das Ergebnis darin bestehen, dass die Kommission in der Lage gewesen wäre, die Frage zu stellen, wenn sie sich nicht dafür entschieden hätte, die Geldbuße mit Rücksicht auf einen erschwerenden Umstand anzupassen.

75. Wie ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache C-308/04 P bereits erläutert habe, ist das Gericht erster Instanz zu Recht

zu dem Ergebnis gelangt, dass der Umstand, dass SGL andere Unternehmen vor bevorstehenden Nachprüfungen gewarnt hatte, keine spezielle und eigenständige Zuwiderhandlung darstellte, sondern ein Verhalten, das die Schwere der ursprünglichen Zuwiderhandlung erhöhte und daher bei der Festsetzung der Geldbuße als erschwerender Umstand berücksichtigt werden konnte.

76. Somit ist es richtig, dass dieses Verhalten als solches keine Zuwiderhandlung darstellt, und es ist richtig, dass die Kommission, bevor sie es als erschwerenden Umstand berücksichtigen kann, zunächst die ursprüngliche Zuwiderhandlung nachzuweisen hat. Dieses Verhalten ist jedoch immer noch ein Gesichtspunkt, der zu einer Erhöhung der Geldbuße führen kann, und die Kommission muss es daher in angemessener Form belegen. Dass die Kommission bei der Festsetzung der Geldbuße über ein Ermessen verfügt, macht keinen Unterschied. Sie verfügt über dieses Ermessen auch in Bezug auf die ursprüngliche Zuwiderhandlung, dies ändert aber nichts an dem Problem, ob eine bestimmte Frage eine Antwort mit selbstbelastendem Charakter herausfordert.

77. Demzufolge war SGL, wie das Gericht erster Instanz in Randnummer 412 des Urteils zutreffend festgestellt hat, nicht verpflichtet, die Kommission davon zu unterrichten, dass sie andere Unternehmen gewarnt hatte. Zwar könnte die Kommission eine Frage nach diesen Warnungen stellen, sie hätte aber SGL niemals dazu zwingen können, diese Frage zu beantworten. Entge-

gen dem Vorbringen der Kommission betrifft diese Frage keine Tatsachen objektiver Art.

*Schlussbemerkungen und Lösung*

78. Jedoch ist anzumerken, dass SGL, auch wenn sie zur Beantwortung dieser Frage nicht verpflichtet war, darauf geantwortet hat, aber in einer unvollständigen und irreführenden Weise. Es lässt sich nicht sagen, dass dieses Verhalten einen Geist der Zusammenarbeit erkennen lässt, und das Urteil weist in diesem Punkt einen Fehler auf. In dieser Hinsicht verweise ich nur auf die neuere Rechtsprechung, in der der Gerichtshof entschieden hat, dass eine niedrigere Festsetzung auf der Grundlage der Mitteilung über Zusammenarbeit nur gerechtfertigt sein kann, wenn die gelieferten Informationen und allgemeiner das Verhalten des betreffenden Unternehmens insoweit als Zeichen einer echten Zusammenarbeit des Unternehmens angesehen werden können und dass sich bereits aus dem Begriff Zusammenarbeit, wie er in der Mitteilung über Zusammenarbeit und insbesondere in der Einführung und in Abschnitt D Nummer 1 verwendet wird, ergibt, dass eine niedrigere Festsetzung auf der Grundlage dieser Mitteilung nur gewährt werden kann, wenn das Verhalten des betreffenden Unternehmens von einem solchen Geist der Zusammenarbeit zeugt<sup>30</sup>.

79. Es gibt deshalb keine Veranlassung für eine Herabsetzung auf der Grundlage von Abschnitt D Nummer 1 der Mitteilung über Zusammenarbeit.

80. Was das Verhältnis zwischen „Mitarbeit“ im Rahmen der Verordnung Nr. 17 und freiwilliger Mitarbeit im Rahmen der Mitteilung über Zusammenarbeit sowie die Auswirkungen auf die Geldbuße angeht, folgt aus meinen Bemerkungen und aus der Rechtsprechung:

- Grundsätzlich ist ein Unternehmen verpflichtet, mit der Kommission im Rahmen der Verordnung Nr. 17 zusammenzuarbeiten (siehe Urteil Orkem);
- kooperiert ein Unternehmen nur in dem nach der Verordnung Nr. 17 (jetzt Verordnung Nr. 1/2003) vorgeschriebenen Umfang, so kann diese Beschränkung nie auf einen erschwerenden Umstand hinauslaufen und damit eine Veranlassung für eine Erhöhung der Geldbuße darstellen<sup>31</sup>;
- antwortet ein Unternehmen auf ein Auskunftsverlangen gemäß Artikel 11 der Verordnung Nr. 17, das über die

30 — Siehe in diesem Zusammenhang das Urteil in der Rechtssache Dansk Rørintustri (zitiert in Fußnote 16, Randnrn. 388 bis 403).

31 — Siehe Urteil Dansk Rørintustri (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 352).

Untersuchungsbefugnisse der Kommission hinausgeht (wenn die Fragen so geartet sind, dass die Kommission das Unternehmen nicht dazu zwingen kann, sie zu beantworten), so kann diese Antwort als Zusammenarbeit im Rahmen der Mitteilung über Zusammenarbeit angesehen werden;

- ein Unternehmen kann eine günstigere Behandlung im Rahmen der Mitteilung über Zusammenarbeit erhalten, wenn es einen Geist der Kooperation zeigt und wenn diese Kooperation es der Kommission ermöglicht hat, eine Zuwiderhandlung leichter festzustellen und ihr gegebenenfalls ein Ende zu machen.

81. Aus den vorangehenden Erwägungen ergibt sich, dass das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft ist. Nach Artikel 61 Absatz 1 der Satzung des Gerichtshofes hebt der Gerichtshof die Entscheidung des Gerichts auf, wenn das Rechtsmittel begründet ist. Er kann sodann den Rechtsstreit selbst endgültig entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist, oder die Sache zur Entscheidung an das Gericht erster Instanz zurückverweisen.

82. Meines Erachtens sind die Voraussetzungen für den Erlass einer endgültigen Entscheidung erfüllt. Grundsätzlich hat das Gericht erster Instanz SGL eine Bußgeldherabsetzung in Höhe von 10 % aufgrund von Abschnitt D Nummer 2 erster und zweiter Gedankenstrich der Mitteilung über Zusammenarbeit zugesprochen, wie es dies auch bei einigen anderen Mitgliedern des

Kartells getan hat<sup>32</sup>, diese aber danach aufgrund des Verhaltens von SGL um 2 Prozentpunkte auf 8 % verringert<sup>33</sup>. Ein Teil der 10 % ist daher dem zweiten Gedankenstrich des Abschnitts D Nummer 2 zuzuschreiben, und es folgt aus dem Urteil, dass die Verringerung der Herabsetzung um 2 Prozentpunkte ebenfalls mit diesem Teil verbunden ist. Wie im anderen Teil der Herabsetzung sollten die Antworten von SGL auf die von der Kommission gestellte Frage belohnt werden, in Bezug auf die entschieden worden war, dass sie über die Befugnis der Kommission hinausgegangen sei, und deren Beantwortung daher vom Gericht erster Instanz als kooperatives Verhalten im Rahmen der Mitteilung über Zusammenarbeit qualifiziert worden ist. Wie oben — siehe Nummer 69 — ausgeführt, ging nur ein geringerer Teil der von der Kommission gestellten Fragen über die Fragen hinaus, zu deren Beantwortung die Kommission das betreffende Unternehmen hätte zwingen können. Dieser Teil beläuft sich etwa auf ein Fünftel der angeforderten und streitigen Informationen. Daher ist meines Erachtens eine Herabsetzung in Höhe von insgesamt 4 % zusätzlich zu den von der Kommission gewährten 30 % gerechtfertigt. Dies bedeutet, dass die Geldbuße auf 75,7 Mio. Euro festzusetzen ist.

32 — Nach der Entscheidung der Kommission (siehe 41. Begründungserwägung) hat keines der Mitglieder des Kartells die Tatsachen, auf die die Kommission ihre Mitteilung der Beschwerdepunkte gestützt hatte, inhaltlich bestritten. Die SGL, UCAR, C/G und VAW gewährte Herabsetzung war jedoch nur auf den ersten Gedankenstrich des Abschnitts D Nummer 2 gestützt. Die Kommission hat vor dem Gericht erster Instanz vorgetragen — auch wenn sie eingeräumt hat, dass sie den zweiten Gedankenstrich dieses Abschnitts irrtümlich nicht erwähnt habe —, dass die Herabsetzung, die sie gewährt habe, beide Gedankenstriche des Abschnitts D Nummer 2 erfasst habe. Das Gericht erster Instanz hat entschieden, dass dies in der Entscheidung hätte erwähnt werden müssen (siehe Randnr. 415 des Urteils). Demzufolge hat das Gericht erster Instanz weitere Herabsetzungen in Höhe von 10 %, 10 % bzw. 20 % gewährt (VAW hat kein Rechtsmittel eingelegt), die eine Korrektur sowohl nach dem ersten als auch nach dem zweiten Gedankenstrich des Abschnitts D Nummer 2 der Mitteilung über Zusammenarbeit betrafen: Eine Neubewertung des Kooperationsverhaltens nach dem ersten Gedankenstrich und eine Anerkennung für das Nichtbestreiten des Sachverhalts nach dem zweiten Gedankenstrich.

33 — Siehe Randnr. 418 des angefochtenen Urteils.

## VIII — Ergebnis

83. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

- das Urteil des Gericht erster Instanz vom 29. April 2004 in der Rechtssache T-239/01 wird aufgehoben;
- der Betrag der Geldbuße wird auf 75,7 Mio. Euro festgesetzt;
- SGL trägt die Kosten des Verfahrens.