SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PAOLO MENGOZZI vom 6. November 2008 [1]

Inhaltsverzeichnis

I — Sachverhalt, Verfahren und Anträge der Verfahrensbeteiligten . . . . . I - 5850

II — Rechtliche Prüfung . . . . . I - 5852

A — Vorbemerkung . . . . . I - 5852

B — Zum ersten Rechtsmittelgrund: Verletzung der Verteidigungsrechte durch die Qualifizierung der Rechtsmittelführerin als Anführer des Kartells . . . . . I - 5853

1. Ausführungen des Gerichts . . . . . I - 5853

2. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten . . . . . I - 5854

3. Beurteilung . . . . . I - 5856

C — Zu der Klage gegen die streitige Entscheidung: Prüfung des Vorliegens einer Verletzung der Verteidigungsrechte durch die Bejahung der Führungsrolle der Rechtsmittelführerin in dem Kartell . . . . . I - 5863

D — Zum zweiten Rechtsmittelgrund: Verletzung der Verfahrensgarantien durch die Verwendung des FBI-Berichts als Beweis für die führende Rolle der Rechtsmittelführerin in dem Kartell . . . . . I - 5865

1. Überlegungen des Gerichts . . . . . I - 5865

2. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten . . . . . I - 5867

3. Beurteilung . . . . . I - 5870

a) Auslegung des angefochtenen Urteils . . . . . I - 5870

b) Zur Angemessenheit der im angefochtenen Urteil angewandten Untersuchungskriterien . . . . . I - 5872

1 — Originalsprache: Italienisch.

i) Zum Fehlen eines allgemeinen Verwertungsverbots für Beweise, die in einem anderen als dem von der Kommission durchgeführten Verfahren erbracht worden sind, für die Kommission . . . . . I - 5873

ii) Zur Verletzung besonderer Verfahrensgarantien . . . . . I - 5876

— Zum Vorliegen der Voraussetzungen für die Verwertung von Beweisen durch die Kommission, die in einem anderen als dem von ihr durchgeführten Verfahren erbracht wurden: Wahrung der Verfahrensrechte . . . . . I - 5877

— Zu den vom Gericht aufgestellten Kriterien für die Modalitäten der Sicherstellung der Beachtung der Verfahrensrechte durch die Kommission und zu ihrer Anwendung im vorliegenden Fall . . . I - 5880

E — Zur Klage gegen die streitige Entscheidung und zu der Frage, ob die Kommission den FBI-Bericht als Beweis für die Anführerrolle der Rechtsmittelführerin bei dem Kartell verwenden durfte . . . . . I - 5887

F — Zu den Rechtsmittelgründen (3, 4 und 5) betreffend die schriftliche Erklärung von Cerestar . . . . . I - 5887

G — Zur Klage gegen die streitige Entscheidung und zu der Frage, ob die Kommission die Rolle der Rechtsmittelführerin als Anführer des Kartells ausreichend bewiesen hat . . . . . I - 5889

H — Zum sechsten Rechtsmittelgrund betreffend die Nichtberücksichtigung eines mildernden Umstands wegen Beendigung der Beteiligung der Rechtsmittelführerin an dem Kartell nach dem ersten Eingreifen der Kartellbehörden der USA I - 5890

1. Ausführungen des Gerichts . . . . . I - 5890

2. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten . . . . . I - 5892

3. Beurteilung . . . . . I - 5892

I — Zum neunten Rechtsmittelgrund betreffend die konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt . . . . . I - 5895

1. Ausführungen des Gerichts . . . . . I - 5895

2. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten . . . . . I - 5896

3. Beurteilung . . . . . I - 5897

J — Zum siebten und zum achten Rechtsmittelgrund: Verletzung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes bei der Beurteilung der Mitarbeit der Rechtsmittelführerin im Verwaltungsverfahren . . . . . I - 5901

1. Zu dem Rechtsmittelgrund betreffend die Erklärungen, die die Dienststellen der Kommission im Verwaltungsverfahren abgegeben haben . . . . . I - 5902

2. Zu dem Rechtsmittelgrund betreffend die Verletzung der in Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit aufgestellten Voraussetzungen . . . . . I - 5903

K — Zur Klage gegen die streitige Entscheidung und zu der Frage, ob die Rechtsmittelführerin gemäß Abschnitt B Buchst. b der Mitteilung über Zusammenarbeit als das Unternehmen anzusehen ist, das als erstes Angaben gemacht hat, die für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung waren . . . . . I - 5904

L — Neufestsetzung der gegen die Rechtsmittelführerin verhängten Geldbuße . . . I - 5909

M — Kosten . . . . . I - 5909

III — Ergebnis . . . . . I - 5910

I — Sachverhalt, Verfahren und Anträge der Verfahrensbeteiligten

1. Die Kommission stellte in Art. 1 der Entscheidung 2002/742/EG vom 5. Dezember 2001 (im Folgenden: streitige Entscheidung) [2] nach Abschluss eines Verfahrens nach der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 [3] fest, dass die Archer Daniels Midland Co. (im Folgenden: Rechtsmittelführerin oder ADM) und andere Unternehmen gegen Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 53 Abs. 1 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen) verstoßen hätten, indem sie an einer fortdauernden Vereinbarung und/oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in der Zitronensäurebranche mitgewirkt hätten.

2. In Randnr. 158 der streitigen Entscheidung nannte die Kommission unter den Tatsachen, die ihrer Meinung nach im vorliegenden Fall die Feststellung der genannten Zuwiderhandlung begründeten, die Zuteilung von Märkten und Marktanteilsquoten, das Einfrieren/Einschränken/Stilllegen von Produktionskapazitäten, die gemeinsame Durchführung von Preiserhöhungen, die Bestimmung des Herstellers, der Preiserhöhungen auf jedem einzelstaatlichen Markt „anführen“ sollte, die Verteilung von Listen mit aktuellen und künftigen Zielpreisen zur Koordinierung von Preiserhöhungen, die Konzeption und Anwendung eines Melde- und Überwachungsmechanismus zur Durchsetzung der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen, die Aufteilung oder Zuteilung von Kunden, die Teilnahme an regelmäßigen Treffen und das Pflegen sonstiger Kontakte mit dem Ziel, die genannten wettbewerbsbeschränkenden Praktiken zu vereinbaren, in die Tat umzusetzen und/oder gegebenenfalls anzupassen.

3. In Art. 3 der streitigen Entscheidung wurden gegen die für die genannte Zuwiderhandlung verantwortlichen Unternehmen

2 — Entscheidung der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen (Sache COMP/E-1/36.604 — Zitronensäure) (ABl. 2002, L 239, S. 18).

3 — Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln [81 EG] und [82 EG] (ABl. 1962, Nr. 13, S. 2) mit Änderungen.

Geldbußen verhängt. Bei der Berechnung dieser Geldbußen wandte die Kommission, ohne dies allerdings ausdrücklich zu erwähnen, die Methode an, die sie in ihren 1998 erlassenen Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 und Art. 65 Abs. 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden (im Folgenden: Leitlinien) [4], festgelegt hatte. Von Fall zu Fall wandte sie auch ihre Mitteilung von 1996 über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen (im Folgenden: Mitteilung über Zusammenarbeit) [5] an, wobei sie ausdrücklich auf diese Bezug nahm.

4. Der Betrag der gegen die Rechtsmittelführerin verhängten Geldbuße belief sich auf 39,69 Mio. Euro.

5. Bei der Zumessung der Geldbuße beurteilte die Kommission die Schwere der Zuwiderhandlung und trug insbesondere dem Umstand Rechnung, dass das Kartell konkrete Auswirkungen auf den Markt für Zitronensäure im EWR gehabt habe. Sie erhöhte den Grundbetrag von 58,8 Mio. Euro, den sie gegen die Rechtsmittelführerin aufgrund der Schwere und der Dauer der Zuwiderhandlung festgesetzt hatte, wegen erschwerender Umstände um 35 % mit der Begründung, dass die Rechtsmittelführerin zusammen mit einem anderen Unternehmen eine führende Rolle in dem Kartell gespielt habe. Außerdem wurde der Rechtsmittelführerin zugunsten eines anderen Unternehmens, der Cerestar Bioproducts BV (im Folgenden: Cerestar), die in Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit vorgesehene Vergünstigung verweigert, nämlich die „Nichtverhängung" oder die „spürbar niedrigere Festsetzung" derjenigen Geldbuße, die bei mangelnder Zusammenarbeit verhängt worden wäre. Die Kommission ging nämlich davon aus, dass nicht die Rechtsmittelführerin, sondern Cerestar als erstes Unternehmen im Sinne von Abschnitt B Buchst. b der Mitteilung über Zusammenarbeit Angaben gemacht habe, die für den Beweis des Bestehens eines Kartells von entscheidender Bedeutung gewesen seien, und dass die Rechtsmittelführerin als Anführer des Kartells auch nicht die in Abschnitt B Buchst. e dieser Mitteilung aufgestellte Voraussetzung erfülle. Gleichwohl gewährte die Kommission der Rechtsmittelführerin gemäß Abschnitt D dieser Mitteilung eine „spürbar niedrigere Festsetzung" (um 50 %) der Geldbuße.

6. Die Rechtsmittelführerin beantragte mit ihrer am 28. Februar 2002 bei der Kanzlei des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (im Folgenden: Gericht) eingereichten Klage, Art. 1 der streitigen Entscheidung für nichtig zu erklären, soweit darin festgestellt wurde, dass sie gegen Art. 81 EG und Art. 53 EWG-Abkommen verstoßen hat, indem sie sich an der Einschränkung von Produktionskapazitäten auf dem relevanten Markt und der Bestimmung eines Herstellers, der die Preiserhöhungen in jedem einzelstaatlichen Segment dieses Marktes anführen sollte, beteiligt hat. Sie beantragte ferner, Art. 3 dieser Entscheidung für nichtig zu erklären, soweit er sie betrifft, hilfsweise, ihn abzuändern und die gegen sie festgesetzte Geldbuße für nichtig zu erklären oder herabzusetzen.

4 — ABl. 1998, C 9, S. 3.
5 — ABl. 1996, C 207, S. 4.

7. Das Gericht hat mit Urteil vom 27. September 2006 (im Folgenden: angefochtenes Urteil) [6] dem Antrag der Rechtsmittelführerin auf teilweise Nichtigerklärung des Art. 1 der streitigen Entscheidung stattgegeben, jedoch ihren Antrag betreffend die in Art. 3 dieser Entscheidung gegen sie verhängte Geldbuße zurückgewiesen und die Kommission zur Tragung eines Zehntels der Kosten der Rechtsmittelführerin und die Rechtsmittelführerin zur Tragung ihrer übrigen eigenen Kosten sowie der Kosten der Kommission verurteilt.

8. Die Rechtsmittelführerin hat dieses Urteil mit einem am 11. Dezember 2006 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangenen Schriftsatz angefochten. Sie ersucht den Gerichtshof, das Urteil insoweit aufzuheben, als ihre Klage gegen die streitige Entscheidung abgewiesen wurde, und außerdem Art. 3 dieser Entscheidung, soweit er sie betrifft, für nichtig zu erklären oder abzuändern und die gegen sie festgesetzte Geldbuße für nichtig zu erklären oder herabzusetzen. Hilfsweise beantragt die Rechtsmittelführerin, die Sache zur Entscheidung gemäß den vom Gerichtshof gegebenen rechtlichen Hinweisen an das Gericht zurückzuverweisen und in jedem Fall der Kommission die Kosten beider Instanzen aufzuerlegen.

9. Die Kommission beantragt in ihrer Rechtsmittelbeantwortung, das Rechtsmittel zurückzuweisen und der Rechtsmittelführerin die Kosten aufzuerlegen.

10. Die Prozessbevollmächtigten der Verfahrensbeteiligten haben in der mündlichen Verhandlung vom 8. Mai 2008 mündliche Ausführungen gemacht.

II — Rechtliche Prüfung

A — *Vorbemerkung*

11. Die Rechtsmittelführerin stützt ihr Rechtsmittel auf neun Gründe, die alle die Festsetzung des Betrags der gegen sie verhängten Geldbuße betreffen.

12. Mit den ersten fünf Rechtsmittelgründen wendet sie sich gegen die Beurteilungen, aufgrund deren das Gericht ihre Argumente gegen die Erhöhung des Grundbetrags der Geldbuße um 35 % zurückgewiesen hat, die die Kommission unter Berücksichtigung des erschwerenden Umstands der von ihr angenommenen Anführerrolle der Rechtsmittelführerin in dem Zitronensäurekartell vorgenommen hatte. Der erste Rechtsmittelgrund betrifft den Umstand, dass das Gericht die Verletzung der Verteidigungsrechte der Rechtsmittelführerin verneint hat, die sich ihrer Meinung nach daraus ergibt, dass ihr dieser erschwerende Umstand bzw. die Tatsachen, die ihn begründen sollen, im Verwaltungsverfahren nicht entgegengehalten worden seien. Die folgenden vier Rechtsmittelgründe richten sich dagegen unter verschiedenen Aspekten gegen die Begründungen, mit denen das Gericht ausgeschlossen hat, dass die in der streitigen Entscheidung für

6 — Rechtssache Archer Daniels Midland/Kommission (T-59/02, Slg. 2006, II-3627).

die Bejahung der Führungsrolle der Rechtsmittelführerin dargelegten Erwägungen, wie die Rechtsmittelführerin vorgetragen hatte, zur Rechtfertigung dieser Qualifizierung ungeeignet waren.

B — *Zum ersten Rechtsmittelgrund: Verletzung der Verteidigungsrechte durch die Qualifizierung der Rechtsmittelführerin als Anführer des Kartells*

1. Ausführungen des Gerichts

13. Die letzten vier Rechtsmittelgründe betreffen die Verneinung eines mildernden Umstands, die Beurteilung der konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt und die Beurteilung der Zusammenarbeit der Rechtsmittelführerin mit der Kommission im Verwaltungsverfahren.

15. Die Rechtsmittelführerin machte vor dem Gericht geltend, die Kommission habe ihre Verteidigungsrechte dadurch verletzt, dass sie ihr die Beschuldigung, der Anführer des Kartells zu sein, im Verwaltungsverfahren nicht zur Kenntnis gebracht habe und dass sie die Tatsachen (insbesondere betreffend die Rolle, die einige ihrer Vertreter in den Sitzungen des Kartells gespielt hätten), auf die sie diese Beschuldigung in der streitigen Entscheidung gestützt habe, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht angegeben habe. Die Rechtsmittelführerin rügte ferner, dass sie in diesem Verfahren nicht dazu habe Stellung nehmen können, dass der Bericht des Federal Bureau of Investigation (FBI) der Vereinigten Staaten über die am 11. und 12. Oktober 1996 von einem ihrer ehemaligen Vertreter gegenüber Agenten des FBI gemachten Aussagen (im Folgenden: FBI-Bericht) und die an die Kommission gerichtete schriftliche Erklärung von Cerestar vom 18. März 1999 (im Folgenden: schriftliche Erklärung von Cerestar) [7] als Beweismittel verwendet worden seien.

14. Schon an dieser Stelle sei gesagt, dass mir einige dieser Rechtsmittelgründe stichhaltig erscheinen und dass das angefochtene Urteil deshalb meines Erachtens in einigen Punkten aufgehoben werden muss. Ferner bin ich der Auffassung, dass der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist und der Gerichtshof ihn somit gemäß Art. 61 Abs. 1 seiner Satzung dem Antrag der Rechtsmittelführerin entsprechend selbst endgültig entscheiden kann. Zum besseren Verständnis und unter Berücksichtigung der Zahl der Rechtsmittelgründe werde ich bisweilen an die Prüfung der Rechtsmittelgründe, die meines Erachtens durchgreifen, die Prüfung der entsprechenden in der Klageschrift enthaltenen Begründungen anschließen, die das Gericht in den Teilen des angefochtenen Urteils, die meines Erachtens aufzuheben sind, zurückgewiesen hat.

7 — Die streitige Entscheidung spricht von der Erklärung von Cerestar vom 25. März 1999. Es handelt sich jedoch nicht um zwei verschiedene Erklärungen, sondern um dieselbe Erklärung. Wie sich aus Randnr. 371 des angefochtenen Urteils ergibt, trug die Erklärung von Cerestar das Datum des 18. März 1999, sie wurde der Kommission jedoch am 25. März 1999 übermittelt.

16. Das Gericht hat vor allem auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Musique diffusion française u. a./Kommission [8] Bezug genommen, wonach die Kommission, wenn sie in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte ausdrücklich darauf hinweise, dass sie prüfen werde, ob gegen die Unternehmen Geldbußen zu verhängen seien, und dabei die für die etwaige Festsetzung einer Geldbuße wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte anführe, wie z. B. die Schwere und die Dauer der angenommenen Zuwiderhandlung sowie den Umstand, ob diese „vorsätzlich oder fahrlässig" begangen worden sei, ihre Verpflichtung erfülle, den Anspruch der Unternehmen auf rechtliches Gehör zu wahren, indem sie diesen die Angaben mache, die für deren Verteidigung nicht nur gegen die Feststellung einer Zuwiderhandlung, sondern auch gegen die Verhängung von Geldbußen notwendig seien. [9]

17. Das Gericht hat deshalb die vorgenannten Rügen der Rechtsmittelführerin unter Hinweis darauf zurückgewiesen, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte aufgeführt habe, auf die sie die gegen die Rechtsmittelführerin in Aussicht genommene Geldbuße stützen werde. Weiter hat es ausgeführt, dass „[d]ie Wahrung der Verteidigungsrechte der Unternehmen … die Kommission nicht [verpflichtet], in der Mitteilung der Beschwerdepunkte genauer anzugeben, in welcher Art und Weise sie gegebenenfalls jedes dieser Elemente bei der Bemessung der Bußgeldhöhe berücksichtigen werde". Das Gericht hat ferner unter Hinweis auf das Urteil Michelin/Kommission [10] entschieden: „Insbesondere braucht die Kommission nicht anzugeben, dass sie ADM als Anführer des Kartells ansehen könne, oder den Umfang der Erhöhung zu bezeichnen, den sie möglicherweise auf die Geldbuße gegen ADM aus diesem Grund anwenden würde." Zur Verwertung des Berichts des FBI und der schriftlichen Erklärung von Cerestar als Beweismittel hat es bemerkt, dass „die Kommission diese Dokumente der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt hatte und die Beteiligten somit zu diesen Unterlagen und ihrer Verwertung als Beweismittel Stellung nehmen konnten" [11].

2. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

18. Die Rechtsmittelführerin rügt mit diesem Rechtsmittelgrund, das Gericht habe unter Verstoß gegen den Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte gemeint, dass die Kommission nicht verpflichtet sei, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte das Unternehmen, an das diese gerichtet sei, darauf aufmerksam zu machen, dass es als Anführer des Kartells angesehen werden könnte, und dass sie nicht die Tatsachen anzugeben brauche, auf die diese Qualifizierung gegebenenfalls gestützt werde. Die zweite Auffassung sei jedoch nicht ausreichend begründet.

19. Nach der Meinung der Rechtsmittelführerin ist die Rolle als Anführer des Kartells ein wesentlicher tatsächlicher Gesichtspunkt, der den schwerwiegenden Charakter des Verhaltens eines Unternehmens, das eine Zuwiderhandlung begangen habe, begründe und in der Mitteilung der Beschwerdepunkte aufgeführt werden müsse [12], auch weil die Erhöhung, die die Kommission für diesen er-

8 — Urteil vom 7. Juni 1983 (verbundene Rechtssachen 100/80 bis 103/80, Slg. 1983, 1825, Randnr. 21).

9 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 434.

10 — Urteil vom 9. November 1983 (322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 20).

11 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 436 und 438 f.

12 — Die Rechtsmittelführerin verweist dazu auf die Urteile des Gerichts vom 20. März 2002, HFB u. a. /Kommission (T-9/99, Slg. 2002, II-1487, Randnrn. 316 f.), und LR AF 1998/Kommission (T-23/99, Slg. 2002, 1705, Randnrn. 203 bis 205), sowie vom 8. Juli 2004, Corus UK/Kommission (T-48/00, Slg. 2004, II-2325, Randnr. 153).

schwerenden Umstand vornehme, im Allgemeinen 30 % bis 50 % der Geldbuße betrage.

20. Im Übrigen müssten auch die Tatsachen, auf die die Qualifizierung als Anführer des Kartells gestützt werde, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte angegeben werden oder zumindest bei vernünftiger Betrachtung aus den dieser beigefügten Unterlagen zu entnehmen sein. [13] Im vorliegenden Fall fehle es jedoch sowohl an der Angabe dieser Tatsachen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte als auch an der Möglichkeit, sie den ihr beigefügten Unterlagen zu entnehmen, denn a) habe die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausdrücklich angegeben, dass sie bei der Berechnung der Geldbuße, insbesondere bei der Beurteilung der Rolle jedes Unternehmens, die in der Mitteilung selbst beschriebenen Tatsachen berücksichtigt habe; b) sei die Feststellung des Anführers des Kartells wegen der Kompliziertheit des Sachverhalts schwierig gewesen, wie auch in der streitigen Entscheidung (Randnr. 273) und im angefochtenen Urteil (Randnr. 300) eingeräumt worden sei; c) habe die Kommission dadurch, dass sie der Rechtsmittelführerin im Verwaltungsverfahren mitgeteilt habe, dass zu ihren Gunsten Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit angewandt werden könne, den Eindruck erweckt, dass sie die Rechtsmittelführerin nicht als Anführer des Kartells ansehe; d) könne von einem Unternehmen mangels gezielter Hinweise nicht verlangt werden, jede Tatsache, die sich aus den der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügten verschiedenen umfangreichen Unterlagen ergebe, zu prüfen und beweiskräftig zu widerlegen, ein Verhalten, das für das Unternehmen zum Verlust der Vergünstigung der Anwendung des Abschnitts B der Mitteilung über Zusammenarbeit führen könne, die u. a. eine ununterbrochene und uneingeschränkte Mitarbeit des Unternehmens voraussetze.

13 — Urteil des Gerichts vom 10. März 1992, Shell/Kommission (T-11/89, Slg. 1992, II-757, Randnr. 62).

21. Die Kommission macht geltend, die Rügen der Rechtsmittelführerin seien nicht stichhaltig, denn sie würden auf eine künstliche Unterscheidung zwischen der Anführerrolle in einem Kartell und den Konsequenzen dieser Rolle auf die Festsetzung des Betrags der Geldbuße gestützt. Die Rechtsmittelführerin verkenne, dass die Anführerrolle Auswirkungen auf diesen Betrag, nicht dagegen auf die Feststellung der Zuwiderhandlung habe. Es sei jedoch nicht erforderlich, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte genauere „Tatsachen [angibt], die in Wirklichkeit eine Vorwegnahme der Festsetzung des Betrags der Geldbuße darstellen". Im vorliegenden Fall habe es vielmehr ausgereicht, wie sie dies getan habe, anzugeben, dass sie bei der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung der Rolle jedes beteiligten Unternehmens Rechnung getragen habe.

22. Die Kommission weist darauf hin, dass der FBI-Bericht und die schriftliche Erklärung von Cerestar zu den acht Unterlagen gehörten, die der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt gewesen seien.

23. Sie trägt vor, die Rolle, die die Rechtsmittelführerin in dem Kartell gespielt habe, sei im Hauptteil der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargelegt worden (etwa in den Randnrn. 63, 71, 84, 85, 93, 94 und 104). Außerdem sei die Rechtsmittelführerin in ihrer Antwort auf diese Mitteilung ausdrücklich auf die beiden genannten Unterlagen eingegangen und habe ausführlich zu ihrer Rolle in dem Kartell Stellung genommen und bestritten, dass sie die Rolle eines Anführers oder Anstifters gespielt habe, wobei sie sich selbst zum Beweis auf den FBI-Bericht gestützt habe. Dies zeige, dass sie in der Lage gewesen sei, ihre Verteidigung auf der Grundlage des Inhalts dieser Mitteilung zu führen.

3. Beurteilung

24. Auch wenn es nicht an vereinzelten Äußerungen fehlt, die im gegenteiligen Sinn interpretiert werden können [14], kann davon ausgegangen werden, dass nach gefestigter Rechtsprechung Unternehmen, gegen die ein Verfahren wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags eingeleitet wurde, das Recht haben, von der Kommission nicht nur zum Vorliegen der ihnen vorgeworfenen Zuwiderhandlungen, sondern auch zur Verhängung einer Geldbuße und zu den Kriterien für deren Festsetzung angehört zu werden.

25. Wie das Gericht im angefochtenen Urteil ausgeführt hat, hat der Gerichtshof entschieden, dass die Kommission ihre Verpflichtung zur Wahrung des Anhörungsrechts der Unternehmen erfüllt, wenn sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausdrücklich darauf hinweist, dass sie prüfen werde, ob gegen die betreffenden Unternehmen Geldbußen festzusetzen seien, und die für die etwaige Festsetzung einer Geldbuße wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte wie Schwere und Dauer der vermuteten Zuwiderhandlung sowie den Umstand anführt, ob diese „vorsätzlich oder fahrlässig" begangen worden ist. Damit macht sie gegenüber den Unternehmen die Angaben, die diese für ihre Verteidigung nicht nur gegen die Feststellung einer Zuwiderhandlung, sondern auch gegen die Festsetzung einer Geldbuße benötigen. [15]

26. Offensichtlich ist der Gerichtshof namentlich im Urteil Michelin/Kommission [16] teilweise von den Vorschlägen des Generalanwalts Verloren Van Themaat abgewichen, der ausgeführt hatte, er halte es für völlig ausgeschlossen, dass die Kommission „bereits während des Verwaltungsverfahrens den Betrag der Geldbuße *oder die Kriterien für dessen Festsetzung* … nenn[t], da erst am Ende dieses Verwaltungsverfahrens das Ausmaß der Schuld oder Fahrlässigkeit festgestellt werden kann" [17]. Zu den Kriterien für die Festsetzung der Geldbuße hat der Gerichtshof in diesem Urteil bemerkt, dass „die Kommission … in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte … ausdrücklich darauf hingewiesen [hat], dass sie beabsichtige, gegen die [betroffene Firma] eine Geldbuße zu verhängen, bei deren Festsetzung die Dauer und die Schwere der *ihres Erachtens bedeutenden* Zuwiderhandlung zu berücksichtigen seien". Damit habe die Kommission das Unternehmen „in die Lage versetzt, sich nicht nur gegen die Feststellung einer Zuwiderhandlung, sondern auch gegen die Auferlegung einer Geldbuße zu verteidigen" [18].

14 — Vgl. Urteil vom 15. Oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission („PVC II", verbundene 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 undC-254/99 P, Slg. 2002, I-8375, Randnr. 91), wonach „der Bereich der Ausübung der Verteidigungsrechte … durch die Verordnungen Nrn. 17 und 99/63 ausgestaltet wurde und sich auf Fragen zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der behaupteten Tatsachen und Umstände sowie zu den von der Kommission zur Stützung ihrer Behauptung des *Vorliegens einer Zuwiderhandlung* gegen das Wettbewerbsrecht herangezogenen Unterlagen *beschränkt*" (Hervorhebungen nur hier).

15 — Urteil Musique diffusion française u. a./Kommission (oben in Fn. 8 angeführt, Randnr. 21) und Urteil vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission (verbundene Rechtssachen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg. 2005, I-5425, Randnr. 428).

16 — Oben in Fn. 10 angeführt.

17 — Nr. 7 der Schlussanträge vom 21. Juni 1983 in der Rechtssache, die zum Urteil Michelin/Kommission geführt hat (oben in Fn. 10 angeführt, Hervorhebung nur hier).

18 — Urteil Michelin/Kommission (oben in Fn. 10 angeführt, Randnr. 20, Hervorhebung nur hier).

27. Ganz kürzlich hat der Gerichtshof in der Rechtssache Showa Denko/Kommission [19] völlig klar zum Ausdruck gebracht, dass Unternehmen, gegen die ein Verfahren wegen Verletzung von Art. 81 EG eingeleitet wurde, das Recht haben, „nicht nur zur Verhängung der Sanktion als solcher gehört zu werden, sondern auch zu den einzelnen Gesichtspunkten, die [die Kommission] bei der Festsetzung der Geldbußen heranziehen [will]".

28. Die in der Rechtsprechung verwendete Formulierung, auf die ich oben in Nr. 25 hingewiesen habe, ist jedoch etwas ungenau und lässt nicht erkennen, was unter für die Geldbuße wesentlichen „tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten", die aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte hervorgehen müssen, zu verstehen ist und ob es insbesondere ausreicht, wenn die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausführt, dass sie bei ihrer Entscheidung über die Verhängung und die Höhe der Geldbuße der Schwere, der Dauer und dem subjektiven Element der behaupteten Zuwiderhandlung Rechnung tragen werde, oder ob es vielmehr erforderlich ist, dass sie ihre Überlegungen zu jedem einzelnen dieser Aspekte darlegt.

29. Ein abstrakter Hinweis der Kommission auf die drei vorgenannten Gesichtspunkte der Schwere, der Dauer und des subjektiven Elements der angeblichen Zuwiderhandlung kann mit Sicherheit nicht ausreichen. Wie das Gericht bereits ausgeführt hat, hätte „die Verpflichtung zu Angaben zur Schwere und zur Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit der Zuwiderhandlung … keine Bedeutung mehr, wenn sie schon bei einer bloßen Umschreibung des Artikels 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 erfüllt wäre" [20]. Zur Dauer der Zuwiderhandlung hat der Gerichtshof bereits klargestellt, dass sie schon in der Mitteilung der Beschwerdepunkte genau angegeben werden muss. [21]

30. Andererseits kann nach der Rechtsprechung ausgeschlossen werden, dass die Wahrung der Verteidigungsrechte der Unternehmen es erfordert, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte genaue Angaben darüber macht, wie sie jeden einzelnen dieser „tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte" für die Festsetzung der Höhe der Geldbuße zu berücksichtigen beabsichtigt. Denn solange dem Unternehmen keine Gelegenheit gegeben wurde, zu den gegen es in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten Stellung zu nehmen, wären Angaben zur Höhe der in Aussicht genommenen Geldbußen eine nicht sachgerechte Vorwegnahme der Entscheidung der Kommission. [22]

31. In dem Bereich zwischen diesen beiden extremen Möglichkeiten bleibt unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Mitteilung der Beschwerdepunkte sowohl Angaben über die Dauer der Zuwiderhandlung als auch die Feststellung enthalten muss, ob diese vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde, zu prüfen, ob es ausreicht, wenn die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte die Kriterien für die Ermittlung der Schwere der Zuwiderhandlung, die sie anzuwenden beabsichtigt, aufzählt, oder ob sie die Beurteilungen darlegen muss, die sie in Anwendung

19 — Urteil vom 29. Juni 2006 (C-289/04 P, Slg. 2006, I-5859, Randnr. 70).

20 — Urteil Corus UK /Kommission (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 145).

21 — Urteil Musique diffusion française u. a./Kommission (oben in Fn. 8 angeführt, Randnr. 15).

22 — Vgl. Urteile Michelin/Kommission (oben in Fn. 10 angeführt, Randnr. 19), Musique diffusion française u. a./Kommission (oben in Fn. 8 angeführt, Randnr. 21), Dansk Rørindustri u. a./Kommission (oben in Fn. 15 angeführt, Randnrn. 434 und 439) und Urteil vom 10. Mai 2007, SGL Carbon/Kommission (C-328/05 P, Slg. 2007, I-3921, Randnr. 58).

dieser Kriterien vorzunehmen gedenkt. Genügte es also im vorliegenden Fall, dass die Kommission, wie sie dies getan hat, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte darlegt, dass sie bei der Festsetzung der jeweiligen Geldbuße die Rolle berücksichtigen werde, die jedes Unternehmen bei der Zuwiderhandlung gespielt hat (Angabe des Kriteriums), oder musste sie bereits in dieser Mitteilung darauf hinweisen, dass ADM als Anführer des Kartells angesehen werden könnte (Beurteilung in Anwendung des Kriteriums)?

32. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs enthält meines Erachtens keine sachdienlichen Hinweise zur Lösung dieses Problems. Dasselbe lässt sich von den Urteilen des Gerichts HFB u. a./Kommission und LR AF 1998/Kommission [23] sagen, auf die sich die Rechtsmittelführerin für die Befürwortung der zweiten Lösung berufen hat. Zwar hat das Gericht in diesen Urteilen ausgeführt, dass in der den klagenden Unternehmen übersandten Mitteilung der Beschwerdepunkte u. a. auf die „aktive Rolle“ [24] bzw. die „führende Rolle“ [25] hingewiesen werde, die diese Unternehmen in dem in Rede stehenden Kartell spielten, und sodann festgestellt: „Damit hat die Kommission in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte die tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte angegeben, auf die sie sich bei der Berechnung der Geldbuße der Klägerin stützen würde, so dass deren Anhörungsrecht insoweit gebührend beachtet wurde.“ [26] Daraus kann jedoch nicht hergeleitet werden, dass das Gericht diese Bezugnahme als für die Wahrung dieses Rechts *notwendig* angesehen hat.

33. Zum anderen ist einzuräumen, dass das Gericht im Urteil Corus UK/Kommission [27], auf das sich die Rechtsmittelführerin ebenfalls berufen hat, die Pflichten der Kommission hinsichtlich des Inhalts der Mitteilung der Beschwerdepunkte tatsächlich strenger beurteilt hat, indem es im Wesentlichen ausgeführt hat, dass die Angabe eines bestimmten Kriteriums für die Schwere ohne eine vorläufige Beurteilung in Anwendung dieses Kriteriums unzureichend sei. Es hat vorausgeschickt, dass die Kommission „in der Mitteilung der Beschwerdepunkte eine knappe vorläufige Beurteilung der Dauer und der Schwere der behaupteten Zuwiderhandlung sowie der Frage, ob die Zuwiderhandlung im konkreten Fall vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde, treffen musste“, und sodann in der ihm zur Beurteilung vorliegenden Rechtssache festgestellt, dass die Mitteilung der Beschwerdepunkte „fehlerhaft ist, da die Kommission dort nicht angegeben hat, wie sie die Schwere der begangenen Zuwiderhandlung vorläufig einstuft“, weil sie nicht mitgeteilt habe, ob es sich nach ihrer Ansicht um einen „schweren“ oder einen „sehr schweren“ Verstoß im Sinne ihrer Leitlinien handele. [28] Das Gericht hat jedoch entschieden, dass dieser Fehler nicht zur Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung führe, da nichts dafür spreche, dass die Klägerin in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte wesentlich andere Argumente vorgetragen hätte als die, die sie in dieser Antwort tatsächlich angeführt hat, um die Schwere der begangenen Zuwiderhandlung zu verharmlosen. [29]

34. Ich frage mich, ob es nicht richtiger wäre, genau umgekehrt vorzugehen. Statt zuerst den Umfang der Verpflichtungen der Kommission bezüglich des Inhalts der Mitteilung

23 — Oben in Fn. 12 angeführt.
24 — Urteil HFB u. a./Kommission (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 316).
25 — Urteil LR AF 1998/Kommission (oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 204).
26 — Vgl. die oben in Fn. 12 angeführten Urteile HFB u. a./Kommission (Randnr. 317) und LR AF 1998/Kommission (Randnr. 205).
27 — Oben in Fn. 12 angeführt.
28 — Ebd., Randnrn. 146, 151 und 153.
29 — Ebd., Randnrn. 154 bis 159.

der Beschwerdepunkte abstrakt festzustellen und dann zu prüfen, ob die Verletzung dieser Verpflichtungen die Verteidigungsrechte konkret beeinträchtigt hat, wäre es vielleicht sachdienlicher, den Inhalt dieser Verpflichtungen aus der Notwendigkeit der Wahrung dieser Rechte herzuleiten.

35. Wenn, wie in der Rechtsprechung mehrfach dargelegt und in Randnr. 435 des angefochtenen Urteils wiederholt, „bei der Bemessung der Geldbußen die Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen gegenüber der Kommission dadurch gewahrt [sind], dass sie sich zu Dauer, Schwere und Vorhersehbarkeit des wettbewerbswidrigen Charakters der Zuwiderhandlung äußern können“ [30], müssten die Verpflichtungen der Kommission diejenigen — und nur diese — sein, die geeignet sind, diese Möglichkeit zu verwirklichen.

36. Wenn somit die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte darlegt — wie sie dies in der vorliegenden Rechtssache getan hat —, dass sie im Rahmen der Festsetzung der gegen ein Unternehmen zu verhängenden Geldbuße bei der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung die Rolle berücksichtigen werde, die dieses ihrer Meinung nach bei den in dieser Mitteilung beschriebenen geheimen Absprachen gespielt hat, so ist das betroffene Unternehmen meines Erachtens in der Lage, zu den Schlussfolgerungen, die aus den von der Kommission angegebenen Tatsachen für seine Rolle zu ziehen sind, Stellung zu nehmen und z. B. geltend zu machen, dass sich daraus nicht ergebe, dass es eine aktive Rolle oder eine Führungsrolle gespielt habe.

37. Dem Gericht ist somit meiner Meinung nach kein Rechtsirrtum unterlaufen, als es entschieden hat, dass die Kommission nicht verpflichtet war, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte anzugeben, dass sie die Rechtsmittelführerin möglicherweise als Anführer des in Rede stehenden Kartells ansehen werde.

38. Was dagegen den zweiten Teil des vorliegenden Rechtsmittels betrifft, mit dem gerügt wird, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht die Tatsachen angegeben habe, auf die sie in der streitigen Entscheidung ihre Qualifizierung der Rechtsmittelführerin als Anführer des Kartells gestützt habe, greifen die Argumente der Rechtsmittelführerin meines Erachtens teilweise durch.

39. Bei den Tatsachen, auf die sich die Rechtsmittelführerin in diesem Teil des Rechtsmittelgrundes beruft, handelt es sich um die in den Randnrn. 265 und 266 der streitigen Entscheidung dargelegten Umstände, die in den FBI-Bericht und in die schriftliche Erklärung von Cerestar übernommen wurden. Dem FBI-Bericht zufolge war der Mechanismus für die „G-4/5“-Absprachen eine Idee des Vertreters der Rechtsmittelführerin, und dieser spielte bei dem Treffen vom 6. März 1991 in Basel, wo die Absprache über das Zitronensäurekartell formuliert wurde, eine ziemlich aktive Rolle und wurde als der „Weise“ betrachtet und von einem Vertreter der Firma Jungbunzlauer „der Prediger“ genannt (Randnr. 265). Nach

30 — Diese Feststellung, die sich in verschiedenen anderen Urteilen des Gerichts wiederfindet (Urteile vom 6. Oktober 1994, Tetra Pak/Kommission, T-83/91, Slg. 1994, II-755, Randnr. 235, HFB u. a./Kommission, oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 312, und LR AF 1998/Kommission, oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 200, vom 15. Juni 2005, Tokai Carbon u. a./Kommission, verbundene Rechtssachen T-71/03, T-74/03, T-87/03 und T-91/03, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 140, vom 25. Oktober 2005, Groupe Danone/Kommission, T-38/02, Slg. 2005, II-4407, Randnr. 51, und vom 15. März 2006, BASF/Kommission, T-15/02, Slg. 2006, II-497, Randnr. 49), ist vom Gerichtshof im Urteil SGL Carbon/Kommission (oben in Fn. 22 angeführt, Randnr. 57) bestätigt worden.

der schriftlichen Erklärung von Cerestar spielte ein anderer Vertreter der Rechtsmittelführerin eine führende Rolle; er führte den Vorsitz bei den sogenannten „Sherpa"-Treffen (die auf technischer Ebene abgehalten wurden, im Gegensatz zu den sogenannten „Master"-Treffen, die auf höherer Ebene stattfanden), wobei er alles vorbereitete und Vorschläge für die zu vereinbarenden Preislisten machte (Randnr. 266). Die Kommission sah diese Umstände als „genügend zusätzliche Elemente [an], um feststellen zu können, dass ADM ein Anführer des Kartells war", nachdem sie ausgeführt hatte, dass „die Abhaltung einer Runde bilateraler Treffen zwischen ADM und seinen Wettbewerbern kurz vor der ersten multilateralen Kartellbesprechung nicht ausreicht, um daraus die Schlussfolgerung zu ziehen, dass ADM der Anstifter des Kartells gewesen ist" (Randnr. 264). Diese tatsächlichen Umstände waren somit entscheidend dafür, dass die Rechtsmittelführerin als Anführer des Kartells angesehen wurde.

40. Die Rüge der unzureichenden Begründung des angefochtenen Urteils im Hinblick auf das Vorbringen der Rechtsmittelführerin, diese Umstände seien in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht angegeben worden, greift nicht durch. Auch wenn das Gericht die Gründe, aus denen diese mangelnde Angabe seiner Meinung nach keine Verletzung der Verteidigungsrechte der Rechtsmittelführerin darstellte, nicht sehr klar dargelegt hat, ergeben sich diese Gründe doch implizit aus Randnr. 439 des angefochtenen Urteils. Zwar bezieht sich diese hauptsächlich auf ein anderes — dort zurückgewiesenes — Vorbringen der Rechtsmittelführerin, mit dem diese geltend machte, sie habe sich im Verwaltungsverfahren nicht zu der Verwertung des FBI-Berichts und der Erklärung von Cerestar als Beweismittel äußern können. Diese Randnummer hat jedoch eine größere Tragweite, wie sich aus der Wendung „und ihrer Verwertung als Beweismittel" ergibt, da das Gericht damit offensichtlich zum Ausdruck bringen will, dass der Umstand, dass die Kommission diese beiden Unterlagen der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt hat, ausreichte, um es den Beteiligten zu ermöglichen, nicht nur zu ihrer Verwertung als Beweismittel, sondern auch zu den dort beschriebenen tatsächlichen Umständen Stellung zu nehmen.

41. Ich bin jedoch aus einem anderen Grund der Auffassung, dass diese Beurteilung des Gerichts insoweit rechtsfehlerhaft ist, als es gemeint hat, dass die Kommission die in den Randnrn. 265 und 266 der streitigen Entscheidung angegebenen tatsächlichen Umstände in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht habe darzulegen brauchen.

42. Die Wahrung der Verteidigungsrechte erfordert nämlich meines Erachtens, dass in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dem Unternehmen, an das sie gerichtet ist, sowohl das Tatsachenmaterial als auch das entsprechende Beweismaterial, auf das die Kommission ihre Beurteilungen in ihrer endgültigen Entscheidung zu stützen beabsichtigt, zumindest bekannt gegeben werden [31].

43. Der Gerichtshof hat entschieden: „Die Wahrung der Verteidigungsrechte erfordert es, dem betroffenen Unternehmen im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zu geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der

31 — Vgl. dazu das Urteil vom 25. Oktober 1983, AEG-Telefunken/Kommission (107/82, Slg 1983, 3151), wonach die Kommission in der endgültigen Entscheidung weder bestimmte Ereignisse (Randnrn. 21 und 28) noch bestimmte Dokumente (Randnrn. 21 und 27) berücksichtigen durfte, da diese in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht erwähnt worden waren.

von der Kommission angeführten Tatsachen und Umstände sowie zu den von ihr zur Stützung ihrer Behauptung, dass eine Zuwiderhandlung vorliege, herangezogenen Schriftstücken sachgerecht Stellung zu nehmen." [32]

44. Die Verpflichtung der Kommission, den Unternehmen das Tatsachenmaterial und das entsprechende Beweismaterial, das sie in der endgültigen Entscheidung zu verwenden beabsichtigt, vorab zur Kenntnis zu bringen, die in dieser Form für die Feststellung der Zuwiderhandlung bekräftigt worden ist, muss meines Erachtens auch für die Entscheidung über die Verhängung der Geldbuße als solche und über deren Höhe gelten. [33]

45. Die vorliegende Rechtssache ist namentlich dadurch gekennzeichnet, dass die Auffassung der Kommission, die Rechtsmittelführerin habe eine führende Rolle gespielt, unstreitig auf tatsächliche Umstände (nämlich die in den Randnrn. 265 und 266 der streitigen Entscheidung wiedergegebenen Tatsachen) gestützt wurde, die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht angegeben waren, aber durch Unterlagen bewiesen sein sollten, die, wie die Kommission hervorhebt, nicht nur dieser Mitteilung beigefügt waren, sondern auch in ihr genannt wurden, sei es auch nur als Beweise für den dort geschilderten Sachverhalt.

46. Es stellt sich die Frage, ob die Tatsache, dass sich diese tatsächlichen Umstände aus den genannten Unterlagen ergaben, von denen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausdrücklich gesagt wurde, dass sie als Beweismittel verwendet würden, es der Rechtsmittelführerin ermöglichte, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit dieser Umstände Stellung zu nehmen.

47. Die Rechtsmittelführerin regt an, sich auf das Urteil des Gerichts in der Rechtssache Shell/Kommission [34] zu stützen, aus dem sich insbesondere Folgendes ergebe:

— Die den Mitteilungen der Beschwerdepunkte als Anlagen beigefügten, dort aber nicht erwähnten Schriftstücke könnten in der Entscheidung nur dann gegen die Klägerin verwendet werden, wenn diese den Mitteilungen der Beschwerdepunkte bei vernünftiger Betrachtung habe entnehmen können, welche Schlüsse die Kommission daraus habe ziehen wollen. [35]

32 — Urteil vom 25. Januar 2007, Dalmine/Kommission (C-407/04 P, Slg. 2007, I-829, Randnr. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung).

33 — Im Urteil vom 14. Juli 2005, ThyssenKrupp/Kommission (verbundene Rechtssachen C-65/02 P und C-73/02 P, Slg. 2005, I-6773, Randnr. 92), übernimmt der Gerichtshof die in Nr. 43 dieser Schlussanträge wiedergegebene Rechtsprechungsformel, wobei er jedoch Worte gebraucht, die deren Tragweite zu erweitern scheinen: „[Das Gericht] hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die tatsächliche Beachtung dieses allgemeinen Grundsatzes es erfordert, dass dem betroffenen Unternehmen bereits im Verwaltungsverfahren Gelegenheit gegeben wird, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der von der Kommission angeführten Tatsachen und Umstände sowie zu den *von ihr zur Stützung ihrer Behauptungen herangezogenen* Schriftstücken gebührend Stellung zu nehmen" (Hervorhebung nur hier).

34 — Oben in Fn. 13 angeführt.

35 — Ebd., Randnr. 56. Im gleichen Sinn Urteile vom 10. März 1992, ICI/Kommission (T-13/89, Slg 1992, II-1021, Randnr. 35), vom 15. März 2000, Cimenteries CBR u. a./Kommission (verbundene Rechtssachen T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, Slg 2000, II-491, Randnr. 323), und vom 30. September 2003, Atlantic Container Line u. a./Kommission (verbundene Rechtssachen T-191/98 und T-212/98 bis T-214/98, Slg. 2003, II-3275, Randnr. 162).

— Schriftstücke, die der Mitteilung der Beschwerdepunkte als Anlagen beigefügt und in der Mitteilung genannt würden, um einen bestimmten Vorwurf zu stützen, könnten in der Entscheidung nur dann zur Stützung eines anderen Vorwurfs gegen dasselbe Unternehmen verwendet werden, wenn dieses den Mitteilungen der Beschwerdepunkte und dem Inhalt der Schriftstücke bei vernünftiger Betrachtung habe entnehmen können, welche Schlüsse die Kommission daraus zu ziehen gedacht habe. [36]

48. Diese Kriterien sind überzeugend, da sie einen angemessenen Ausgleich zwischen den Erfordernissen des Schutzes der Unternehmen und denen eines wirksamen Verwaltungshandelns der Kommission ermöglichen. Zudem können die der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügten Schriftstücke sehr zahlreich und umfangreich sein (und sind es häufig); deshalb geht es, wie die Rechtsmittelführerin zu Recht geltend macht, nicht an, den Unternehmen, an die diese Mitteilungen gerichtet sind, die Verpflichtung aufzuerlegen, diesen jeden Umstand zu entnehmen, der abstrakt als sie belastender Umstand ausgelegt werden könnte, und dessen sachliche Richtigkeit und Bedeutung zu bestreiten.

49. Meines Erachtens müsste ein ähnliches Kriterium wie die, die im Urteil Shell/Kommission aufgestellt wurden, auch dann angewandt werden können, wenn wie hier der Mitteilung der Beschwerdepunkte als Anlagen beigefügte und in dieser genannte Schriftstücke in der endgültigen Entscheidung als Beweise für andere tatsächliche Umstände als die, die in dieser Mitteilung dargelegt wurden, verwendet werden. Eine solche Verwendung dürfte nur dann zulässig sein, wenn sich feststellen lässt, dass das betreffende Unternehmen *aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte* im Licht dieser Schriftstücke die *tatsächlichen* Schlussfolgerungen ziehen konnte, die die Kommission aus diesen herzuleiten beabsichtigte.

50. Deshalb ist dem Gericht meines Erachtens ein Rechtsfehler unterlaufen, als es, ohne diese Prüfung vorzunehmen, entschieden hat, dass die Kommission aufgrund des bloßen Umstands, dass der FBI-Bericht und die schriftliche Erklärung von Cerestar der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt waren, der Rechtsmittelführerin in der endgültigen Entscheidung die in den Randnrn. 265 und 266 dieser Entscheidung dargelegten tatsächlichen Umstände entgegenhalten durfte.

51. Dieser Rechtsfehler kann auch nicht durch eine Änderung der Begründung geheilt werden [37], die nur dann zulässig ist, wenn die rechtlich unrichtigen Gründe durch andere rein rechtliche Gründe ersetzt werden können [38]. Die Prüfung der Frage, ob die Rechtsmittelführerin der Mitteilung der Beschwer-

36 — Urteil Shell/Kommission (oben in Fn. 13 angeführt, Randnr. 62).

37 — Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist *das Rechtsmittel zurückzuweisen, wenn die Gründe eines Urteils des Gerichts eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts erkennen lassen, sich die Urteilsformel aus anderen Rechtsgründen aber als richtig darstellt* (vgl. u. a. Urteile vom 9. Juni 1992, Lestelle/Kommission, C-30/91 P, Slg. 1992, I-3755, Randnr. 28; vom 15. Dezember 1994, Finsider/Kommission, C-320/92 P, Slg. 1994, I-5697, Randnr. 37, und vom 13. Juli 2000, Salzgitter/Kommission, C-210/98 P, Slg. 2000, I-5843, Randnr. 58).

38 — Vgl. außer der in der vorstehenden Fußnote angeführten Rechtsprechung deutlicher Nr. 179 der Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 4. Juli 1996 in der Rechtssache Ojha/Kommission, in der das Urteil vom 12. November 1996 (C-294/95 P, Slg. 1996, I-5863) ergangen ist, sowie Nr. 123 meiner Schlussanträge vom 11. Januar 2007 in der Rechtssache Holcim (Deutschland)/Kommission, in der das Urteil vom 19. April 2007 (C-282/05 P, Slg. 2007, I-2941) ergangen ist.

depunkte und dem Inhalt der beiden fraglichen Schriftstücke entnehmen konnte, dass die Kommission beabsichtigte, ihr die vorgenannten tatsächlichen Umstände entgegenzuhalten, impliziert eine Tatsachenwürdigung, die der Gerichtshof im Rahmen der Prüfung des Rechtsmittels nicht vornehmen kann. Das angefochtene Urteil ist deshalb meiner Meinung nach in dem in der vorstehenden Randnummer genannten Punkt aufzuheben, ohne dass dabei das oben in Nr. 20 unter a) bis c) wiedergegebene Vorbringen der Rechtsmittelführerin und das oben in Nr. 23 wiedergegebene Vorbringen der Kommission zu berücksichtigen ist, das allenfalls in einem anderen Kontext als dem der Vornahme dieser Prüfung Bedeutung erlangen kann.

C — Zu der Klage gegen die streitige Entscheidung: Prüfung des Vorliegens einer Verletzung der Verteidigungsrechte durch die Bejahung der Führungsrolle der Rechtsmittelführerin in dem Kartell

52. Zur Prüfung dieses die Führungsrolle der Rechtsmittelführerin betreffenden Teils des auf die Verletzung ihrer Verteidigungsrechte gestützten Klagegrundes ist, wie ich oben dargelegt habe, zu untersuchen, ob die Rechtsmittelführerin aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte unter Berücksichtigung des Inhalts der dieser beigefügten Schriftstücke bei vernünftiger Betrachtung den Schluss ziehen konnte, dass die Kommission beabsichtigte, ihr die in den Randnrn. 265 und 266 der streitigen Entscheidung aufgeführten Tatsachen als Indizien für ihre Eigenschaft als Anführer des Kartells entgegenzuhalten.

53. Ich glaube nicht, dass man diese Frage bejahen kann. Wie die Rechtsmittelführerin zu Recht geltend macht, hat die Kommission in Randnr. 161 der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausgeführt, dass sie bei der Prüfung der Schwere der Zuwiderhandlung die „oben beschriebenen und beurteilten Tatsachen" berücksichtigen werde, und in Randnr. 162 dargelegt, dass sie bei der Festsetzung der gegen jedes Unternehmen zu verhängenden Geldbuße u. a. der Rolle Rechnung tragen werde, die jedes Unternehmen „wie oben beschrieben" bei den geheimen Absprachen gespielt habe. Die in den Randnrn. 265 und 266 der streitigen Entscheidung aufgeführten Tatsachen werden weder in den Randnrn. 63, 71, 84, 85, 93, 94 und 104, auf die die Kommission in ihrer Klagebeantwortung verweist, noch in anderen Randnummern der Mitteilung der Beschwerdepunkte beschrieben. Zum anderen heißt es zwar in Randnr. 50 der Mitteilung der Beschwerdepunkte, dass die Kommission beabsichtige, unter anderen Schriftstücken den FBI-Bericht und die schriftliche Erklärung von Cerestar zu benutzen, diese Verweisung bezog sich aber auf den Nachweis der „in Abschnitt C dieser Mitteilung dargelegten Tatsachen" [39].

54. Der von der Kommission hervorgehobene Umstand, dass die Rechtsmittelführerin in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte auf die beiden vorgenannten Schriftstücke Bezug genommen und sich sogar auf den FBI-Bericht gestützt hat, um auszuschließen, dass sie bei dem Kartell eine Führungs- oder Anstifterrolle gespielt hat, kann gewiss nicht bedeuten, dass sie verstand oder hätte verstehen müssen, dass ihr die in den Randnrn. 265 und 266 der streitigen Entscheidung wiedergegebenen Tatsachen entgegengehalten würden.

39 — Freie Übersetzung der zitierten Passagen der Mitteilung der Beschwerdepunkte, die auf Englisch abgefasst ist.

55. Ich sehe deshalb nicht, wie man vernünftigerweise annehmen kann, dass der Inhalt der Mitteilung der Beschwerdepunkte unter Berücksichtigung der dieser als Anlagen beigefügten Schriftstücke es der Rechtsmittelführerin erlaubte, daraus den Schluss zu ziehen, dass ihr diese Umstände entgegengehalten würden.

56. Dem auf die Verletzung der Verteidigungsrechte der Rechtsmittelführerin gestützten Klagegrund ist deshalb meines Erachtens in dem oben dargelegten Sinn stattzugeben.

57. Somit können bei der Untersuchung, ob die Rechtsmittelführerin in dem Zitronensäurekartell eine Führungsrolle gespielt hat, die in den Randnrn. 265 und 266 der streitigen Entscheidung genannten tatsächlichen Umstände nicht berücksichtigt werden; diese waren jedoch, wie ich oben in Nr. 39 festgestellt habe, entscheidend für die Bejahung dieser Rolle durch die Kommission, wie diese selbst einräumt. Ich möchte dem noch hinzufügen, dass aus der streitigen Entscheidung auch nicht klar hervorgeht, ob zu den tatsächlichen Umständen, auf die die Kommission diese Bejahung gestützt hat, auch die in Randnr. 263 dieser Entscheidung erwähnte Abhaltung einer Runde bilateraler Treffen zwischen der Rechtsmittelführerin und ihren Wettbewerbern kurz vor der multilateralen Kartellbesprechung gehört. In Randnr. 264 führte die Kommission aus, diese bilateralen Treffen deuteten stark darauf hin, dass die Rechtsmittelführerin der *Anstifter* des Kartells gewesen sei, wenn sie auch zum Beweis dafür nicht ausreichten, und setzte hinzu, sie verfüge allerdings über „genügend zusätzliche Elemente, um feststellen zu können, dass ADM ein *Anführer* des Kartells war“ [40].

58. Nun ist allerdings, wie sich aus Abschnitt 2 der Leitlinien, der die erschwerenden Umstände behandelt, ergibt, zwischen der „Rolle als Anführer der Zuwiderhandlung“, die das Funktionieren des Kartells betrifft, und der „Rolle als Anstifter“ zu unterscheiden, die sich auf den Zeitpunkt der Begründung oder der Erweiterung des Kartells bezieht. [41] Deshalb können Indizien, die auf die Anstifterrolle eines Unternehmens hinweisen, keinen Beweis für dessen führende Rolle erbringen. Die fraglichen bilateralen Treffen haben somit keine Bedeutung für die Qualifizierung der Rechtsmittelführerin als Anführer des Kartells.

59. Die Kommission hat sich weder vor dem Gericht noch vor dem Gerichtshof auf später eingetretene für diese Qualifizierung bedeutsame Umstände berufen, die der Gemeinschaftsrichter noch berücksichtigen könnte, da er in Rechtsstreitigkeiten über Geldbußen eine Zuständigkeit besitzt, die die Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung umfasst.

60. Da die Voraussetzungen für die Annahme, dass die Rechtsmittelführerin eine führende Rolle bei dem Kartell gespielt hat,

40 — Hervorhebung nur hier.

41 — So hat sich das Gericht im Urteil BASF/Kommission (oben in Fn. 30 angeführt, Randnr. 316) ausgedrückt: „[B]ei der Prüfung der Rolle der Klägerin bei den vorliegenden Zuwiderhandlungen [ist] zwischen der Anführer- und der Anstifterrolle bei einem Verstoß zu unterscheiden, und es sind zwei gesonderte Analysen durchzuführen, um zu prüfen, ob die Klägerin eine dieser Rollen gespielt hat.“

nicht erfüllt sind, muss demnach die Erhöhung des Grundbetrags der Geldbuße um 35 %, die die Kommission wegen eines erschwerenden Umstands gegenüber der Rechtsmittelführerin vornahm, aufgehoben werden.

61. Ich wende mich nun der Prüfung der folgenden vier Rechtsmittelgründe zu, die ebenfalls die Frage der Führungsrolle in dem Kartell betreffen — wobei ich von den Schlussfolgerungen, zu denen ich in den vorhergehenden Nummern gekommen bin, absehe —, und zwar aufgrund des Interesses einiger Fragen, die diese Rechtsmittelgründe aufwerfen, und für den Fall, dass der Gerichtshof entgegen meinem Vorschlag den oben geprüften Rechtsmittelgrund für unbegründet hält.

D — *Zum zweiten Rechtsmittelgrund: Verletzung der Verfahrensgarantien durch die Verwendung des FBI-Berichts als Beweis für die führende Rolle der Rechtsmittelführerin in dem Kartell*

1. Überlegungen des Gerichts

62. Die Rechtsmittelführerin beanstandete vor dem Gericht, der Kommission sei ein Rechtsfehler unterlaufen, als sie die führende Rolle der Rechtsmittelführerin aufgrund einiger Passagen des FBI-Berichts bejaht habe. Ihrer Meinung nach hätte die Kommission diesen Bericht nicht als Beweis für ihre führende Rolle in dem Kartell benutzen dürfen. Sie machte insoweit verfahrensrechtliche Gründe und die Verlässlichkeit des Berichts betreffende Gründe geltend. Im Rahmen der Ersteren führte sie insbesondere aus, dieser Bericht sei von den Behörden eines Drittstaats im Rahmen von Ermittlungen erstellt worden, für die die Verfahrensgarantien des Gemeinschaftsrechts nicht gälten; auch sei das Protokoll der Aussagen ihres ehemaligen Vertreters weder diesem selbst noch seinem Rechtsanwalt zur Prüfung, Billigung und Unterschrift vorgelegt worden; sie selbst habe keine Gelegenheit gehabt, gegenüber der Kommission bezüglich der in diesem Schriftstück wiedergegebenen Aussagen ihr im Gemeinschaftsrecht verbürgtes Recht auszuüben, sich nicht selbst zu beschuldigen, und die Kartellbehörden der USA hatten ausdrücklich erklärt, dass die Aussagen ihres ehemaligen Vertreters außer auf richterliche Anordnung nur in von US-Behörden eingeleiteten Verfahren bekannt gegeben würden. Im Rahmen der zweiten Gruppe von Gründen trug die Rechtsmittelführerin vor, dass der FBI-Bericht wegen seiner Natur, wegen seiner Widersprüchlichkeit und wegen des Umstands, dass er zu anderen Beweismitteln im Widerspruch stehe, nicht verlässlich sei.

63. Das Gericht hat im angefochtenen Urteil sowohl (in den Randnrn. 261 bis 270) die verfahrensrechtlichen Rügen als auch die Rügen zurückgewiesen, die die Richtigkeit der inhaltlichen Beurteilung dieses Berichts durch die Kommission betrafen.

64. Mit dem hier zu prüfenden Rechtsmittelgrund werden nur die in den Randnrn. 261 bis 270 des angefochtenen Urteils dargelegten Erwägungen angefochten.

65. Das Gericht hat vorausgeschickt: „Wie unstreitig ist, wird es der Kommission durch keine Bestimmung untersagt, sich als Beweismittel für das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen die Artikel 81 EG und 82 EG und für die Verhängung einer Geldbuße eines Dokuments zu bedienen, das, wie im vorliegenden Fall der FBI-Bericht, im Rahmen eines anderen Verfahrens als des Verfahrens vor der Kommission erstellt wurde.“ [42]

66. Es hat zunächst daran erinnert, dass in der Gemeinschaftsrechtsprechung seit dem Urteil Orkem/Kommission [43] das Recht eines Unternehmens anerkannt sei, von der Kommission im Rahmen von Art. 11 der Verordnung Nr. 17 nicht gezwungen zu werden, seine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung zuzugeben, und hat sodann darauf hingewiesen, dass sich der vorliegende Sachverhalt von dem in jenem Urteil geprüften Fall unterscheide, in dem die Kommission Auskunftsverlangen an Unternehmen gerichtet habe. [44]

67. Gleichwohl hat das Gericht entschieden: „Stützt sich die Kommission aber wie im vorliegenden Fall im Rahmen ihrer freien Würdigung der ihr vorliegenden Beweise auf eine Aussage, die in einem anderen Kontext als dem des Verfahrens vor der Kommission gemacht wurde, und enthält diese Aussage möglicherweise Angaben, die das Unternehmen nach der Rechtsprechung in der Rechtssache Orkem/Kommission … gegenüber der Kommission hätte verweigern dürfen, so muss die Kommission dem Unternehmen Verfahrensrechte garantieren, die den sich aus dieser Rechtsprechung ergebenden gleichwertig sind.“ [45]

68. Dazu hat das Gericht ausgeführt: „Die Einhaltung dieser Verfahrensgarantien verlangt in einem Kontext wie dem vorliegenden, dass die Kommission von Amts wegen prüft, ob dem ersten Anschein nach ernste Zweifel daran bestehen, dass im Rahmen des Verfahrens, in dem die fraglichen Aussagen gemacht wurden, die Verfahrensrechte der Beteiligten eingehalten wurden. Bestehen solche ernsten Zweifel nicht, so sind die Verfahrensrechte der Beteiligten als hinreichend gewährleistet anzusehen, wenn die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte, gegebenenfalls unter Beifügung der in Frage stehenden Dokumente, klar darauf hinweist, dass sie beabsichtigt, sich auf die fragliche Aussage zu stützen. Auf diese Weise ermöglicht es die Kommission den Beteiligten, sich nicht nur zum Inhalt dieser Aussagen, sondern auch zu etwaigen Unregelmäßigkeiten oder besonderen Umständen im Zusammenhang mit der Aussage selbst oder mit ihrer Zuleitung an die Kommission zu äußern.“ [46]

69. In Anwendung dieser Kriterien auf die vorliegende Rechtssache hat das Gericht erstens darauf hingewiesen, dass „der FBI-Bericht der Kommission von einem Konkurrenten von ADM, nämlich von Bayer, vorgelegt wurde, die ebenfalls an dem Kartell beteiligt war … und dass ADM nicht geltend machte, dass dieses Dokument von Bayer oder

42 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 261.
43 — Urteil vom 18. Oktober 1989 (Rechtssache 374/87, Slg. 1989, 3283).
44 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 262 und 263.
45 — Ebd., Randnr. 264.
46 — Ebd., Randnr. 265.

von der Kommission in rechtswidriger Weise erlangt worden sei“ [47].

70. Zweitens hat das Gericht festgestellt, „dass es sich bei dem FBI-Bericht um ein von der für die Verfolgung geheimer Kartelle zuständigen Behörde der USA erstelltes Dokument handelt, das den amerikanischen Gerichten in dem Verfahren, das das gleiche Kartell zum Gegenstand hatte, vorgelegt wurde. Der Bericht weist kein äußeres Merkmal auf, das der Kommission von Amts wegen Anlass zu Zweifeln an seinem Beweiswert hätte geben müssen.“ [48]

71. Drittens hat das Gericht daran erinnert, dass die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte darauf hingewiesen habe, dass sie sich auf den Bericht stützen wolle, den sie dieser Mitteilung beifüge, um der Rechtsmittelführerin damit Gelegenheit zu geben, „sich nicht nur zu dem Inhalt des Berichts, sondern auch zu etwaigen Unregelmäßigkeiten oder besonderen Umständen im Zusammenhang mit seiner Erstellung … oder im Zusammenhang mit der Vorlage des Berichts bei der Kommission zu äußern, d. h. zu solchen Unregelmäßigkeiten oder Umständen, infolge deren die Kommission nach Auffassung von ADM das Dokument nicht verwerten konnte, ohne die im Gemeinschaftsrecht garantierten Verfahrensrechte zu verletzen“ [49].

72. Das Gericht hat ferner ausgeführt, dass die Rechtsmittelführerin in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte gegen die Berücksichtigung des Berichts durch die Kommission keine Einwände erhoben, sondern sich vielmehr ausdrücklich selbst auf den Bericht gestützt habe, um ihr Vorbringen zu untermauern. Auch trage die Rechtsmittelführerin nicht einmal vor, dass sie zu irgendeinem Zeitpunkt des Verwaltungsverfahrens die Aufmerksamkeit der Kommission auf die mangelnde Verlässlichkeit des FBI-Berichts gelenkt oder sie ersucht hätte, den ehemaligen ADM-Vertreter zur Richtigkeit der darin wiedergegebenen Äußerungen selbst zu befragen. [50]

73. Das Gericht ist deshalb zu dem Ergebnis gekommen, dass „unter diesen Umständen“ die Kommission damit, dass sie den FBI-Bericht im Rahmen „der freien Würdigung der ihr verfügbaren Beweise“ verwertet habe, nicht die im Gemeinschaftsrecht garantierten Verfahrensrechte verletzt habe. [51]

2. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

74. Die Rechtsmittelführerin trägt unter Berufung auf die Urteile Spanische Banken [52] und Otto [53] vor, dass Informationen, die — auch rechtmäßig — von öffentlichen Stellen in anderen Verfahren erlangt und verwendet worden seien, nicht von der Kommission in einem Verfahren wegen Verletzung des Art. 81 EG benutzt werden dürften. Der FBI-

47 — Ebd., Randnr. 266.
48 — Ebd., Randnr. 267.
49 — Ebd., Randnr. 268.
50 — Ebd., Randnr. 269.
51 — Ebd., Randnr. 270.
52 — Urteil vom 16. Juli 1992, Asociación Española de Banca Privada u. a. (C-67/91, Slg. 1992, I-4785).
53 — Urteil vom 10. November 1993 (C-60/92, Slg. 1993, I-5683).

Bericht sei in einem rechtlichen Rahmen erstellt worden, der von dem, in dem die Kommission ihre Tätigkeit entfalte, grundverschieden sei und in dem andere als die vom Gemeinschaftsrecht gewährten Verfahrensgarantien gälten. Die Rechtsmittelführerin weist darauf hin, dass weder ihr ehemaliger Vertreter noch sein Rechtsanwalt die Möglichkeit gehabt hätten, diesen Bericht zu lesen, zu billigen oder zu unterzeichnen. Zudem hätte dieser, wie auf seiner ersten Seite vermerkt sei, vertraulich bleiben müssen und hätte nur in Verfahren in den Vereinigten Staaten verwendet werden dürfen, wie sich aus der schriftlichen Verpflichtungserklärung ergebe, die die Kartellbehörden der USA in einem Schreiben vom 13. Juni 1997, das zu den Akten des erstinstanzlichen Verfahrens gereicht worden sei, abgegeben hätten. [54]

75. Die Rechtsmittelführerin beruft sich insbesondere auf das im Urteil Orkem/Kommission [55] bekräftigte Recht der Unternehmen, sich nicht selbst beschuldigen zu müssen, und trägt vor, aus dem Urteil Otto [56] ergebe sich, dass die Kommission dieses Recht verletze, wenn sie Informationen als Beweise verwende, die in anderen Verfahren in Ausübung hoheitlicher Gewalt beschafft worden seien und die sie aufgrund dieses Rechts nicht direkt in Ausübung ihrer eigenen Hoheitsgewalt hätte erhalten können. [57]

76. Die vom Gericht in Randnr. 265 des angefochtenen Urteils (siehe oben, Nr. 68) aufgestellten Kriterien stünden jedoch im Widerspruch zu diesen sich aus der Gemeinschaftsrechtsprechung ergebenden Regeln. Auch sei die Kommission in jedem Fall verpflichtet, die Verfahrensgarantien zu beachten, die das Gemeinschaftsrecht den Unternehmen gewähre, insbesondere das Recht, sich nicht selbst beschuldigen zu müssen, und zwar auch dann, wenn das betroffene Unternehmen keinen entsprechenden Antrag gestellt habe. Dies gelte auch, wenn keine ernsthaften Zweifel an der Beachtung der Verfahrensrechte in dem „externen" Verfahren, in dem diese Informationen beschafft worden seien, bestünden oder wenn die Kommission das Schriftstück, das diese Informationen enthalte, der Mitteilung der Beschwerdepunkte als Anlage beigefügt habe. Umso weniger spielten andere Umstände eine Rolle, denen das Gericht jedoch bei seiner Prüfung Bedeutung beigemessen habe, wenn auch ohne Zusammenhang mit den vorgenannten von ihm aufgestellten Kriterien. Dazu gehöre z. B., dass das fragliche Schriftstück möglicherweise von einem dritten Unternehmen rechtmäßig beschafft und der Kommission übergeben worden sei, dass es von den zuständigen US-Behörden verfasst worden sei oder dass es im Fall des Bestreitens Beweiswert hätte und den Gerichten der Vereinigten Staaten in einem das Zitronensäurekartell betreffenden Verfahren vorgelegt würde.

77. Im Rahmen dieser Rügen macht die Rechtsmittelführerin weiter geltend, dass das Gericht dadurch, dass es in Randnr. 229 des angefochtenen Urteils ausgeführt habe, dass die im FBI-Bericht wiedergegebenen Aussagen „vor der ‚Grand Jury'" gemacht worden seien, und in Randnr. 267 dieses Urteils festgestellt habe, dass dieser Bericht „den amerikanischen Gerichten in dem Verfahren, das das [Zitronensäure-]Kartell zum Gegenstand hatte, vorgelegt wurde", eine Tatsachenfeststellung getroffen habe, die inhaltliche Ungenauigkeiten aufweise, die sich aus den in den Akten enthaltenen Schriftstücken

54 — Siehe Nr. 42 und Nr. 44 letzter Satz der Rechtsmittelschrift.
55 — Oben in Fn. 43 angeführt.
56 — Oben in Fn. 53 angeführt.
57 — Siehe Nrn. 41 und 43 der Rechtsmittelschrift.

ergäben, und die als solche mit einem Rechtsmittel anfechtbar sei. Denn einerseits folge aus dem FBI-Bericht selbst, dass der ehemalige Vertreter der Rechtsmittelführerin nicht von einer „grand jury" angehört worden sei, sondern von Staatsanwälten der Kartellabteilung des Justizministeriums der USA und von einem Beamten des FBI, und zum anderen habe es kein Verfahren vor den Gerichten der Vereinigten Staaten über das Zitronensäurekartell gegeben, da alle Unternehmen, die an diesem Kartell beteiligt gewesen seien, „plea agreements" (Vergleichsvereinbarungen) abgeschlossen hätten.

78. Ferner wirft die Rechtsmittelführerin dem Gericht eine „Verfälschung der Beweise" vor, da es zu dem Ergebnis gekommen sei, dass die Kommission *prima facie* keine ernsthaften Zweifel an der Beachtung der Verfahrensrechte habe hegen können. Die sich aus dem FBI-Bericht ergebenden Umstände des vorliegenden Falles sprächen deutlich für die Anwendbarkeit der mit dem Urteil Orkem/Kommission eingeleiteten Rechtsprechung, die die Kommission von Amts wegen hätte beachten müssen.

79. Schließlich beanstandet die Rechtsmittelführerin das angefochtene Urteil insoweit, als dort ausgeführt wird, dass der Umstand, dass sie in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte die Berücksichtigung des FBI-Berichts als Beweis nicht gerügt habe, geeignet sei, „eine Verletzung der Grundrechte zu rechtfertigen", und zur Verwirkung ihres Rechts führe, diese Beanstandung vor dem Gemeinschaftsrichter geltend zu machen.

80. Die Kommission trägt vor, dieser Rechtsmittelgrund entbehre jeder Begründung.

81. Sie macht vor allem geltend, das Gericht habe zu Recht die Auffassung vertreten, dass der durch das Urteil Orkem/Kommission gewährleistete Schutz in der hier zu prüfenden Rechtssache den besonderen Umständen des Falles angepasst werden müsse, wobei der Tatsache Rechnung zu tragen sei, dass die Kommission den FBI-Bericht von einem dritten Unternehmen erhalten und ihn nicht direkt von der Rechtsmittelführerin angefordert habe. Unter diesen Umständen müsse die Kommission prüfen, ob die Benutzung dieses Schriftstücks durch sie die Verfahrensrechte der Rechtsmittelführerin verletzen könne. Die beste Art und Weise, dies zu tun, habe, wie das Gericht entschieden habe, darin bestanden, der Rechtsmittelführerin die Möglichkeit zu geben, zu der Verwendung des Berichts Stellung zu nehmen. Genau dies habe sie getan, indem sie den Bericht in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zitiert und ihn dieser Mitteilung als Anlage beigefügt habe.

82. In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Kommission ausgeführt, dass auf das durch das Urteil Orkem/Kommission anerkannte Recht verzichtet werden könne, da es dem Unternehmen freistehe, dieses Recht auszuüben, und dass die Rechtsmittelführerin, der Gelegenheit dazu gegeben worden sei, im Verwaltungsverfahren vor der Kommission gegen die Verwendung des FBI-Berichts keine Einwände erhoben habe. Auch hätten die US-Behörden, vor denen der ehemalige Vertreter der Rechtsmittelführerin seine Aussagen gemacht habe, die Rechte der Verteidigung gewahrt; insbesondere stehe

in den Vereinigten Staaten das im Fünften Zusatzartikel (Fifth Amendment) zur Verfassung garantierte Schweigerecht Unternehmen — anders als natürlichen Personen — nicht zu.

83. Die Kommission macht geltend, wenn die Beanstandung der Rechtsmittelführerin betreffend die Art und Weise, wie das Gericht den vom Urteil Orkem/Kommission gewährten Schutz dem vorliegenden Sachverhalt angepasst habe, akzeptiert würde, käme man zu dem „unsinnigen" Ergebnis, dass die Verwendbarkeit aller Schriftstücke, die in für ein Unternehmen belastenden Erklärungen enthalten seien, automatisch ausgeschlossen wäre, wenn sie von einem anderen Unternehmen übermittelt würden.

84. Außerdem seien entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin (siehe oben, Nr. 76) alle vom Gericht herangezogenen Beurteilungskriterien angemessen, da sie für eine dem vorliegenden Sachverhalt angepasste Anwendung der im Urteil Orkem/Kommission aufgestellten Regel notwendig seien.

85. Der Vorwurf einer Verfälschung der Beweise sei ihr unverständlich, und sie verstehe auch nicht, wie dieser — selbst wenn er stichhaltig wäre — zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Urteils führen könne. Die oben in Nr. 79 wiedergegebene Rüge sei „absurd", denn eine Verletzung der Grundrechte der Rechtsmittelführerin hätte nur dann vorgelegen, wenn diese nicht von der Absicht der Kommission, sich auf den FBI-Bericht zu stützen, informiert und in die Lage versetzt worden wäre, zur Verwendung dieses Berichts Stellung zu nehmen. Wie das Gericht jedoch festgestellt habe, habe die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte die Rechtsmittelführerin ordnungsgemäß von ihrer Absicht informiert und ihr Gelegenheit gegeben, Einwände gegen die Verwendung des FBI-Berichts zu erheben.

3. Beurteilung

a) Auslegung des angefochtenen Urteils

86. Die Überlegungen des Gerichts in den Randnrn. 261 bis 270 des angefochtenen Urteils erscheinen nicht in allen ihren Teilen klar.

87. Der Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist allerdings klar und läuft im Wesentlichen auf folgende Feststellung hinaus: Es ist der Kommission grundsätzlich nicht untersagt, in einem Verfahren, das sie wegen Verletzung der Art. 81 EG und 82 EG eingeleitet hat, ein Dokument zu verwerten, das im Rahmen eines anderen Verfahrens erstellt wurde. [58]

58 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 261.

88. Im zweiten Stadium der Überlegungen wird im Wesentlichen festgestellt, dass die Kommission, wenn sie sich als Beweis auf eine Aussage stützt, die in einem anderen Kontext als dem von ihr durchgeführten Verfahren gemacht wurde, dem betroffenen Unternehmen „Verfahrensrechte garantieren [muss], die denen gleichwertig sind", die ihm nach dem Gemeinschaftsrecht in einem Verfahren vor der Kommission zustehen. [59] Diese Feststellung ist zwar in sich selbst klar, muss jedoch anhand der Ausführungen des Gerichts über die Art und Weise, wie die Kommission diese Verpflichtung erfüllen muss, erläutert werden.

89. Das Gericht führt dazu aus, dass die Kommission zunächst „von Amts wegen [prüfen muss], ob dem ersten Anschein nach ernste Zweifel daran bestehen, dass im Rahmen des Verfahrens, in dem die fraglichen Aussagen gemacht wurden, die Verfahrensrechte der Beteiligten eingehalten wurden" [60].

90. Diese Passage, die in deutlichem Widerspruch zu der Voraussetzung der Wahrung von Rechten steht, die den sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden gleichwertig sind [61], und ebenfalls zu den sodann aufgestellten Forderungen nach Wahrung der „im Gemeinschaftsrecht garantierten Verfahrensrechte" [62], bezieht sich offensichtlich auf die Beachtung der Verfahrensrechte, auf die sich der Betroffene in dem anderen Verfahren berufen kann, d. h. im vorliegenden Fall auf diejenigen, die im amerikanischen Recht für Ermittlungen der Kartellbehörden der USA vorgesehen sind. Darauf scheint das Gericht wohl auch entfernt Bezug zu nehmen, wenn es von „etwaigen Unregelmäßigkeiten" bei der Erstellung des FBI-Berichts oder seiner Vorlage bei der Kommission spricht [63], deren Vorliegen nur anhand des Rechts der Vereinigten Staaten geprüft werden kann. Dasselbe gilt für die offensichtlich in Anwendung des ersten Kriteriums der Prima-facie-Prüfung — Fehlen ernsthafter Zweifel an der Wahrung der Verfahrensrechte — auf den vorliegenden Sachverhalt vorgenommene Verweisung auf Fragen des Rechts der Vereinigten Staaten wie die der Zuständigkeit der Behörde, die den fraglichen Bericht erstellt hat (siehe oben, Randnr. 70).

91. Auch wenn die Begründung des Urteils in diesem Punkt unzureichend oder widersprüchlich erscheinen mag, kann sie doch meines Erachtens trotz ihrer teilweise unglücklichen Formulierung vernünftig in folgendem Sinne ausgelegt werden:

a) Die Verwendbarkeit von in einem „ausländischen" Verfahren gemachten Aussagen als Beweis in einem Verfahren vor der Kommission setzt zum einen voraus, dass die Verfahrensgarantien beachtet wurden, die in dem ausländischen Recht für die Entgegennahme dieser Aussagen festgelegt sind. Sie erfordert zum ande-

59 — Ebd., Randnr. 264.
60 — Ebd., Randnr. 265.
61 — Ebd., Randnr. 264.
62 — Ebd., Randnrn. 268 und 270.
63 — Ebd., Randnrn. 265 und 268.

ren, dass die Art und Weise der Beschaffung dieser Aussagen durch die ausländischen Behörden mit den im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Verfahrensrechten vereinbar ist;

b) die Kommission muss vor der Verwendung derartiger Aussagen als Beweis in einem von ihr geführten Verfahren prüfen, ob ernsthafte Zweifel bestehen, *sei es* an der Beachtung der dem Betroffenen nach dem ausländischen Recht zustehenden Verfahrensrechte in dem ausländischen Verfahren, *sei es* an der Vereinbarkeit der in diesem Verfahren bei der Beschaffung der fraglichen Aussagen benutzten Mittel mit den sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Verfahrensrechten.

92. Das Gericht führt sodann aus, dass die Kommission, wenn keine ernsten Zweifel an der Beachtung der „Verfahrensrechte" bestünden, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte angeben müsse, dass sie beabsichtige, sich auf die im ausländischen Verfahren gemachten Aussagen zu stützen. [64]

93. Hält man sich an den Wortlaut der Randnr. 265 des angefochtenen Urteils, so scheint das Gericht insoweit zu meinen, dass schon die Erfüllung dieser Verpflichtung zum Schutz dieser Rechte ausreiche. Eine solche Schlussfolgerung wäre meines Erachtens völlig falsch. Eine Verletzung der Verfahrensrechte durch die Verwendung des Dokuments, das die fraglichen Aussagen enthält, lässt sich nämlich eindeutig nicht dadurch ausschließen, dass dem betroffenen Unternehmen die Möglichkeit gegeben wird, gegen diese Verwendung unter Berufung auf eine Verletzung seiner Rechte Einwände zu erheben. Denn auch wenn das Unternehmen tatsächlich Einwände erhoben hat, ist es noch erforderlich, dass die Kommission diese berücksichtigt und ihre Stichhaltigkeit mit rechtlich zutreffenden Erwägungen bewertet.

94. In Wirklichkeit will das Gericht offenbar sagen, dass die Kommission, wenn das betroffene Unternehmen keine Einwände gegen die Verwendung von in einem ausländischen Verfahren gemachten Aussagen als Beweis in einem Verfahren vor der Kommission erhebt, zu Recht annehmen kann, dass durch diese Verwendung keine Verfahrensrechte des Unternehmens verletzt werden.

b) Zur Angemessenheit der im angefochtenen Urteil angewandten Untersuchungskriterien

95. Ich werde nunmehr anhand des Vorbringens der Verfahrensbeteiligten prüfen, ob die Kriterien, die das Gericht seinen Überlegungen zugrunde gelegt hat, mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehen. Diese Kriterien sind präzisiert oben in Nr. 87 (Fehlen eines allgemeinen Verbots der Verwertung von Beweisen, die in einem anderen Verfahren als dem von der Kommission betriebenen erbracht worden sind, durch die Kommission), Nr. 91 unter a) (Beachtung der

64 — Ebd., Randnr. 265.

Verfahrensrechte als Voraussetzung für eine solche Verwendung) und Nrn. 91 unter b) und 94 (Modalitäten der Sicherstellung der Beachtung dieser Rechte durch die Kommission).

96. Das angesprochene Thema der Beweisregeln in Verfahren wegen Verletzung von Art. 81 EG und 82 EG und der Verwendung von Beweisen in verschiedenen Verfahren und sogar in verschiedenen Rechtsordnungen ist zweifellos sehr schwierig und erfordert deshalb eine eingehende Untersuchung.

i) Zum Fehlen eines allgemeinen Verwertungsverbots für Beweise, die in einem anderen als dem von der Kommission durchgeführten Verfahren erbracht worden sind, für die Kommission

97. Die Rechtsmittelführerin meldet zunächst Zweifel an der Befugnis der Kommission an, in einem Verfahren, das sie wegen Verletzung des Art. 81 EG eingeleitet hat, als Beweise Informationen zu verwerten, die in einem anderen Verfahren eingeholt worden sind, und beruft sich dafür auf die Urteile Spanische Banken und Otto.

98. Im Urteil Spanische Banken [65] hat der Gerichtshof Art. 214 EG-Vertrag (jetzt Art. 287 EG, betreffend das Berufsgeheimnis) und die Vorschriften der Verordnung Nr. 17 dahin ausgelegt, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen der ihnen zuerkannten Befugnis zur Anwendung der nationalen und der gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften weder nicht veröffentlichte Informationen, die in Antworten auf gemäß Art. 11 der Verordnung Nr. 17 an Unternehmen gerichtete Auskunftsverlangen enthalten sind, noch Informationen, die in Anträgen und Anmeldungen nach den Art. 2, 4 und 5 der Verordnung Nr. 17 enthalten sind, als Beweise verwerten dürfen. Die Berufung der Rechtsmittelführerin auf dieses Urteil erscheint jedoch wenig überzeugend, da dieses die Verwertung von Informationen, die die Kommission in einem von ihr nach der Verordnung Nr. 17 eingeleiteten Verfahren eingeholt hat, als Beweis *in einem von den nationalen Wettbewerbsbehörden durchgeführten* Verfahren betrifft (und für verboten erklärt), während es in dem Ausgangssachverhalt nicht darum ging, dass Informationen als Beweise *in das von der Kommission durchgeführte Verfahren* eingeführt wurden, also um das Thema, das Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelgrundes ist.

99. Was das Urteil Otto [66] angeht, so wird dort das an die Kommission gerichtete Verbot, in einem von ihr durchgeführten Verfahren Aussagen, die in einem nationalen zivilrechtlichen Verfahren gemacht wurden, als Beweis zu verwenden, nicht als allgemeines Verbot aufgrund der Trennung der Verfahren verstanden, sondern aus der Notwendigkeit hergeleitet, das Recht des Unternehmens, sich nicht selbst beschuldigen zu müssen, zu gewährleisten, das im Urteil Orkem/Kommission für den Fall anerkannt worden ist, dass die fraglichen Aussagen eine Selbstbeschuldigung enthalten.

65 — Oben in Fn. 52 angeführt (Randnr. 55).

66 — Oben in Fn. 53 angeführt (Randnr. 20).

100. Einschlägigere Ausführungen zur Stützung der These der Rechtsmittelführerin könnten sich jedoch in den Urteilen Dow Benelux/Kommission [67] und PVC II [68] (im Folgenden: PVC-Urteile) finden, aus denen hervorgeht, dass Informationen oder Schriftstücke, die die Kommission in einem Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 im Laufe von Nachprüfungen gemäß Art. 14 dieser Verordnung erlangt hat, nicht direkt als Beweise in einem zweiten *von der Kommission selbst nach derselben Verordnung durchgeführten* Verfahren verwertet werden dürfen.

101. Man könnte meinen, wenn diese beiden Urteile es der Kommission untersagt haben, als Beweise in einem von ihr wegen Verletzung der Wettbewerbsregeln durchgeführten Verfahren Informationen zu verwerten, die *sie selbst* in einem anderen gleichartigen Verfahren erlangt hat, sei erst recht davon auszugehen, dass es der Kommission verboten sei, in einem von ihr durchgeführten Verfahren Informationen zu verwerten, die öffentliche Stellen eines Drittstaats in einem Verfahren eingeholt haben, das sie wegen Verletzung der Wettbewerbsregeln dieses Staates durchgeführt haben.

102. Dieses A-fortiori-Argument greift jedoch meines Erachtens nicht durch.

103. In den PVC-Urteilen hat der Gerichtshof erklärt, dass im Laufe von Nachprüfungen nach Art. 14 der Verordnung Nr. 17 erlangte Informationen zu keinen anderen als den im Prüfungsauftrag oder in der Nachprüfungsentscheidung angegebenen Zwecken verwertet werden dürfen und dass dieses Erfordernis neben dem in Art. 20 der Verordnung Nr. 17 ausdrücklich genannten Berufsgeheimnis die Verteidigungsrechte der Unternehmen schützen soll, die Art. 14 Abs. 3 dieser Verordnung garantieren soll. Nach Auffassung des Gerichtshofs würden „[d]iese Rechte … in schwerwiegender Weise beeinträchtigt, wenn die Kommission gegenüber den Unternehmen Beweise anführen könnte, die in keinem Zusammenhang mit Gegenstand und Zweck der Nachprüfung stehen, bei der sie sie erlangt hat“.

104. Das in den PVC-Urteilen ausgesprochene Verbot ist somit wesentlich für den Schutz von Garantien, die wie das Berufsgeheimnis und die Rechte der Verteidigung aufgrund von Regeln des Gemeinschaftsrechts *der Beschaffung von Informationen durch die Kommission in von ihr durchgeführten Verfahren inhärent* sind, da sie diese und ihre Beamten und Bediensteten hinsichtlich der Verwertung dieser Informationen binden. Da dies der Sinn und Zweck dieses Verbots ist [69], kann aus diesem nicht automatisch und *a fortiori* hergeleitet werden, dass es der Kommission allgemein verboten ist, in einem ausländischen Kartellverfahren erlangte Informationen als Beweise zu verwerten.

67 — Urteil vom 17. Oktober 1989 (85/87, Slg. 1989, 3137, Randnrn. 17 bis 19).

68 — Oben in Fn. 14 angeführt (Randnrn. 298 bis 300 und 305).

69 — Denselben Sinn und Zweck hat im Übrigen nach dem Urteil Spanische Banken (oben in Fn. 52 angeführt, Randnrn. 36 bis 38 und 47 bis 50) das für die nationalen Behörden bestehende Verbot, Informationen als Beweis zu verwerten, die die Kommission gemäß Art. 11 der Verordnung Nr. 17 eingeholt oder in den Anträgen und den Anmeldungen nach den Art. 2, 4 und 5 dieser Verordnung erhalten hat.

105. Dass das Gemeinschaftsrecht es der Kommission nicht allgemein verbietet, Informationen, die in einem von anderen Behörden durchgeführten Verfahren erlangt worden sind, in einem von ihr wegen Verletzung des Art. 81 EG durchgeführten Verfahren zu verwerten, wird durch das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Dalmine/Kommission [70] bestätigt.

106. In diesem Urteil hat der Gerichtshof wie bereits das Gericht im ersten Rechtszug [71] entschieden, dass es der Kommission gestattet ist, in einem von ihr nach der Verordnung Nr. 17 durchgeführten Verfahren von der Staatsanwaltschaft eines Mitgliedstaats im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen errichtete Protokolle über die Vernehmungen früherer leitender Angestellter einer an dem Verfahren beteiligten Gesellschaft, des Unternehmens Dalmine, als Beweise zu verwerten.

107. Vor dem Gericht hatte Dalmine der Kommission unter Berufung auf das Urteil Spanische Banken vorgeworfen, die Verfahrensvorschriften in schwerwiegender Weise dadurch verletzt zu haben, dass sie Aussagen verwertet habe, die in einem Strafverfahren gemacht worden seien, das mit der von der Kommission vorzunehmenden Untersuchung nichts zu tun habe. Das Gericht verwarf diese Rüge von Dalmine, indem es zunächst darauf hinwies, dass dieses Urteil die Verwertung von Informationen, die die Kommission nach Art. 11 der Verordnung Nr. 17 erlangt habe, durch nationale Behörden betreffe und dass diese Fallkonstellation durch Art. 20 der Verordnung Nr. 17 ausdrücklich geregelt werde. Es hat sodann ausgeführt: „[D]ie Rechtmäßigkeit einer Weitergabe [derartiger] Informationen durch die Kommission an eine nationale Behörde und eines Verbotes der unmittelbaren Verwertung dieser Informationen als Beweismittel [beurteilt sich] nach dem Gemeinschaftsrecht … Die Fragen hingegen, ob die Weitergabe von nach dem nationalen Strafrecht erlangten Erkenntnissen durch einen nationalen Staatsanwalt oder nationale Wettbewerbsbehörden an die Kommission und deren anschließende Verwertung durch die Kommission rechtmäßig sind, unterliegen grundsätzlich dem für die Ermittlungen der innerstaatlichen Behörden maßgebenden nationalen Recht und, im Fall eines gerichtlichen Verfahrens, der Zuständigkeit der nationalen Gerichte.“ Das Gericht bemerkte jedoch, dem Vorbringen von Dalmine sei nicht zu entnehmen, dass sie die italienischen Gerichte auch nur angerufen hätte, um die Rechtmäßigkeit der Verwertung der fraglichen Vernehmungsprotokolle auf Gemeinschaftsebene überprüfen zu lassen; auch habe sie nichts dafür vorgetragen, dass diese Verwertung dem einschlägigen italienischen Recht widersprochen hätte. [72]

108. Der Gerichtshof ist in seinem Rechtsmittelurteil in diesem Punkt den Schlussanträgen des Generalanwalts Geelhoed [73] gefolgt

70 — Oben in Fn. 32 angeführt.
71 — Urteil vom 8. Juli 2004, Dalmine/Kommission (T-50/00, Slg. 2004, II-2395).
72 — Ebd., Randnrn. 84 bis 87 und 90.
73 — Schlussanträge vom 12. September 2006 (Nrn. 66 und 67).

und hat diesem Ergebnis des Gerichts mit folgenden Ausführungen zugestimmt:

„62 Sodann ist zur Zulässigkeit der genannten Protokolle als Beweismittel den Ausführungen des Gerichts … zuzustimmen, wonach die Frage, ob die Weitergabe nach nationalem Strafrecht erlangter Erkenntnisse durch einen nationalen Staatsanwalt oder nationale Wettbewerbsbehörden an die Kommission rechtmäßig ist, dem nationalen Recht unterliegt. Wie das Gericht … weiter ausgeführt hat, ist es nicht Sache des Gemeinschaftsrichters, eine Maßnahme einer nationalen Behörde anhand des nationalen Rechts auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu prüfen …

63 Zur Heranziehung dieser Informationen durch die Kommission hat das Gericht … zutreffend festgestellt, dass das Vorbringen der Rechtsmittelführerin ‚lediglich die Glaubhaftigkeit und damit den Beweiswert der Zeugnisse ihrer leitenden Mitarbeiter, nicht aber deren Zulässigkeit als Beweismittel im … Verfahren' berührte … [I]m Gemeinschaftsrecht [gilt] der Grundsatz der freien [Vorlage von Beweisen][74], und das alleinige Kriterium für die Beurteilung von Beweismitteln ist ihre Glaubhaftigkeit. Da die Übermittlung der fraglichen Protokolle nicht von einem italienischen Gericht für rechtswidrig erklärt wurde, ist nicht davon auszugehen, dass es sich bei ihnen um unzulässige Beweise handelte, die aus den Akten entfernt werden mussten."

109. Dieses Urteil schließt eindeutig aus, dass es der Kommission allgemein verboten ist, Aussagen, die in einem ausländischen Verfahren gemacht wurden, in einem von ihr nach der Verordnung Nr. 17 durchgeführten Verfahren als Beweis zu verwerten. Dem oben in Nr. 97 wiedergegebenen allgemeinen Vorbringen der Rechtsmittelführerin kann somit nicht gefolgt werden.

ii) Zur Verletzung besonderer Verfahrensgarantien

110. Neben diesem allgemeinen Vorbringen rügt die Rechtsmittelführerin mit dem vorliegenden Rechtsmittelgrund im Wesentlichen, dass die Verwertung des FBI-Berichts als Beweis zu besonderen Verfahrensgarantien in Widerspruch stehe, die ihr sowohl in dem Verfahren vor den Kartellbehörden der USA als auch in dem Verfahren vor der Kommission zustünden.

74 — Einige Sprachfassungen (die deutsche, die englische und die portugiesische) des Urteils Dalmine/Kommission des Gerichtshofs enthalten in der Randnr. 63 einen Übersetzungsfehler: Der Ausdruck „libera produzione delle prove" (freie Vorlage von Beweisen) in der italienischen Fassung (der gemäß Art. 31 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs verbindlichen Fassung in der Verfahrenssprache), dem in der französischen Fassung (der Fassung in der internen Arbeitssprache des Gerichtshofs) der Ausdruck „libre administration de la preuve" entspricht, ist dort mit dem Begriff *freie Beweiswürdigung* bzw. einem entsprechenden Ausdruck übersetzt. [A. d. Ü.: Nach deutschem Recht ist die Frage der Zulässigkeit eines Beweismittels eine solche der Beweiswürdigung.]

— Zum Vorliegen der Voraussetzungen für die Verwertung von Beweisen durch die Kommission, die in einem anderen als dem von ihr durchgeführten Verfahren erbracht wurden: Wahrung der Verfahrensrechte

111. Zunächst ist im Rahmen der Untersuchung dieses besonderen Vorbringens der Rechtsmittelführerin zu prüfen, ob die Verwertung von Beweisen durch die Kommission, die in einem anderen als dem von ihr durchgeführten Verfahren erbracht wurden, Beschränkungen unterliegt. Diese Prüfung ist wegen des Hinweises des Gerichtshofs im Urteil Dalmine/Kommission auf den Grundsatz der „libera produzione delle prove" im Gemeinschaftsrecht (siehe oben, Nr. 108) erforderlich, ein Hinweis, der meines Erachtens wesentlich deutlicher gefasst werden muss.

112. Der Grundsatz der freien Vorlage von Beweisen kann im Gemeinschaftsrecht nicht in dem Sinne verstanden werden, dass jedes Beweis*mittel* jederzeit und in jedem Fall verwertbar ist und dass nur seine Glaubhaftigkeit zählt.

113. Im Beweisrecht darf man Grundsätze mit unterschiedlicher Bedeutung nicht miteinander verwechseln. Das Gericht hatte zur Begründung der von ihm selbst im Urteil Dalmine/Kommission [75] getroffenen Feststellung, dass im Gemeinschaftsrecht der Grundsatz der freien Vorlage von Beweisen gelte und das alleinige Kriterium für die Beurteilung von Beweisen ihre Glaubhaftigkeit sei, die Schlussanträge des zum Generalanwalt bestellten Richters Vesterdorf in der Rechtssache Rhône-Poulenc/Kommission [76] sowie das Urteil Met-Trans und Sagpol [77] zitiert. Die Schlussanträge des Richters Vesterdorf, auf die das Gericht verwiesen hat, betreffen jedoch nach meiner Auffassung einen anderen Grundsatz, nämlich den der *freien inhaltlichen Beweiswürdigung* durch den Richter, mit anderen Worten den Grundsatz, dass der Richter sich hinsichtlich des Inhalts des Beweises und der diesem beizumessenden Bedeutung seine Überzeugung frei bilden kann. [78] In der Rechtssache Met-Trans und Sagpol war der Gerichtshof u. a. ersucht worden, zu entscheiden, welche Beweismittel zum Nachweis der Erfüllung eines bestimmen Tatbestandsmerkmals einer Gemeinschaftsvorschrift ausreichten, insbesondere, ob dafür ein bestimmte Voraussetzungen erfüllender Urkundenbeweis erforderlich war. [79] Der Gerichtshof hat darauf geantwortet, dass nach dem Wortlaut der in Rede stehenden Vorschrift der Nachweis dieses Tatbestandsmerkmals nicht auf bestimmte Beweismittel beschränkt sei und dass, „da der Begriff des Nachweises gemeinschaftsrechtlich nicht geregelt ist, grundsätzlich alle Beweismittel zulässig [sind], die die Verfahrensrechte der Mitgliedstaaten in vergleichbaren Verfahren zulassen". Damit hat der Gerichtshof eindeutig einen Grundsatz der *Beweismittelfreiheit* aufgestellt, zu verstehen als das Recht, sich zum Nachweis einer bestimmten Tat-

75 — Oben in Fn. 71 angeführt, Randnr. 72.

76 — Schlussanträge vom 10. Juli 1991 in der Rechtssache T-1/89, Urteil des Gerichts vom 24. Oktober 1991 (Slg. 1991, II-867).

77 — Urteil vom 23. März 2000 (C-310/98 und C-406/98, Slg. 2000, I-1797, Randnr. 29).

78 — Der freien richterlichen Überzeugung steht insoweit in einigen nationalen Rechtsordnungen der „gesetzliche Beweis" entgegen, der den Richter hinsichtlich der dem Inhalt des Beweises beizumessenden Bedeutung bindet.

79 — Konkret ging es um die Feststellung, ob zum Nachweis des Ortes, an dem die Zuwiderhandlung im Verlauf der Beförderung einer Sendung mit Carnet TIRtatsächlich begangen wurde (Art. 454 Abs. 3 Unterabs. 1 der Verordnung [EWG] Nr. 2454/93 der Kommission vom 2. Juli 1993, ABl. L 253, S. 1), die Aussage des Carnet-Inhabers und das Zeugnis des LKW-Fahrers ausreichen, der den Transport für den Carnet-Inhaber durchgeführt hat, oder ob der Nachweis nur durch Urkunden geführt werden kann, aus denen sich eindeutig ergibt, dass die zuständigen Behörden des anderen Mitgliedstaats Feststellungen getroffen haben, nach denen die Zuwiderhandlung auf ihrem Gebiet begangen wurde.

sache auf Beweismittel *jedweder Art* zu stützen (wie z. B. Zeugenaussage, Urkundenbeweis, Geständnis etc.), das den ausdrücklich im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Ausnahmen unterliegt. [80]

114. Somit trifft es zwar zu, dass im Gemeinschaftsrecht mangels gegenteiliger Vorschriften eine bestimmte Tatsache mit *Beweismitteln* gleich welcher Art nachgewiesen werden kann (Beweismittelfreiheit) und die Feststellung des Beweiswerts eines Beweismittels der intimen Überzeugung des Richters, nicht dagegen einer gesetzlichen Beweisregelung unterliegt (Grundatz der freien Beweiswürdigung); es kann jedoch meines Erachtens nicht gesagt werden, dass jedes angebotene *Beweismittel* verwertet werden kann und von der Kommission oder vom Gemeinschaftsrichter in der Sache selbst geprüft werden muss. Dies könnte z. B. nicht von einer Aussage angenommen werden, die von den fraglichen Behörden unter Anwendung von Gewalt beschafft worden ist. Abgesehen von diesem Schulbeispiel genügt es, daran zu erinnern, dass die Kommission nach der Gemeinschaftsrechtsprechung in einem Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 folgende Beweismittel nicht benutzen darf:

— Erklärungen oder Dokumente, die die Kommission in einem vorangehenden Verfahren nach derselben Verordnung erhalten hat (siehe oben, Nr. 100);

— Dokumente, bezüglich deren dem betroffenen Unternehmen im Laufe des gegen dieses eingeleiteten Verfahrens keine Gelegenheit gegeben worden ist, sein Recht auf Anhörung auszuüben [81];

— Korrespondenz zwischen Rechtsanwälten und Mandanten, die einen gesetzlich geschützten vertraulichen Charakter hat [82];

— Aussagen leitender Personen eines Unternehmens in Beantwortung von Fragen im Rahmen einer Zeugenvernehmung im Vorgriff auf einen nationalen Zivilprozess, wenn ihre Beantwortung das Eingeständnis einer Zuwiderhandlung gegen Wettbewerbsvorschriften beinhaltet [83];

— aus einem nationalen Strafverfahren stammende Vernehmungsprotokolle, deren Übersendung an die Kommission vom zuständigen nationalen Gericht für rechtswidrig erklärt worden ist (siehe oben, Nrn. 107 und 108).

80 — Auf diese Problematik bezieht sich auch das Urteil des Gerichts vom 14. Dezember 2005, General Electric/Kommission (T-210/01, Slg. 2005, II-5575, Randnr. 297), wo das Gericht ausführt, dass die „aussagekräftige[n] Beweise", die die Kommission liefern müsse, um die Wahrscheinlichkeit eines künftigen wettbewerbswidrigen Verhaltens der durch den Zusammenschluss entstehenden Einheit darzutun, nicht notwendigerweise in wirtschaftlichen Studien zu bestehen brauchten, sondern sich in manchen Fällen auch aus den „bloßen wirtschaftlichen und geschäftlichen Realitäten des Einzelfalls" ergeben könnten.

81 — Urteil AEG-Telefunken/Kommission, oben in Fn. 31 angeführt.

82 — Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 18. Mai 1982, AM & S/Kommission (155/79, Slg. 1982, 1575, Randnrn. 29 bis 31), und Urteil des Gerichts vom 17. September 2007, Akzo Nobel und Akcros/Kommission (T-125/03 und T-253/03, Slg. 2007, II-3523).

83 — Urteil Otto (oben in Fn. 53 angeführt, Randnr. 20).

115. Im angefochtenen Urteil wird diesen Beispielen für eine unzulässige Benutzung von Beweisen durch die Kommission ein weiteres Beispiel hinzugefügt, das Aussagen betrifft, die in einem anderen als dem von der Kommission durchgeführten Verfahren gemacht wurden, wenn dem Betroffenen nicht die Verfahrensrechte gewährt worden sind, die ihm in jenem Verfahren zustanden oder die ihm nach dem Gemeinschaftsrecht zustehen würden, wenn die Kommission diese Aussagen direkt entgegennehmen würde.

116. In der Frage, inwieweit die Kommission in einem von ihr durchgeführten Verfahren Erklärungen als Beweise verwenden darf, die in einem anderen Verfahren abgegeben wurden, besteht zwischen dem angefochtenen Urteil und den Urteilen Dalmine/Kommission [84] allerdings ein Widerspruch. Letzteren zufolge kann sich die Frage der Unzulässigkeit dieser Verwendung offenbar nur dann stellen, wenn die Übermittlung des Protokolls, in dem diese Erklärungen wiedergegeben sind, an oder die Heranziehung dieses Protokolls durch die Kommission nach dem Recht des Staates, dessen Behörden die Erklärungen eingeholt haben, rechtswidrig sind (und wenn diese Rechtswidrigkeit vom zuständigen nationalen Gericht festgestellt worden ist). [85] Das angefochtene Urteil stellt weitergehend auf die Nichtbeachtung der im ausländischen Verfahren geltenden Verfahrensgarantien ab, zu denen meines Erachtens sehr wohl auch die Grenzen gehören können, die das ausländische Recht im Interesse des Erklärenden der Weitergabe der Erklärungen an andere Behörden und der Verwendung der Erklärungen durch diese setzt. Auch weist dieses Urteil auf die Unvereinbarkeit der Art und Weise der Beschaffung dieser Erklärungen in jenem Verfahren mit den Verfahrensgarantien des Gemeinschaftsrechts hin.

117. Dass das Vorbringen, die fraglichen Erklärungen hätten wegen der Nichtbeachtung dieser letztgenannten Garantien nicht herangezogen werden dürfen, in den Urteilen Dalmine/Kommission nicht berücksichtigt worden ist, beruht möglicherweise darauf, dass Dalmine die Rechtmäßigkeit der Verwertung der fraglichen Vernehmungsprotokolle als Beweis in dem von der Kommission durchgeführten Verfahren nicht wegen Verletzung *bestimmter* Verfahrensrechte beanstandet hatte (wie z. B. des im Gemeinschaftsrecht garantierten Rechts, sich nicht selbst beschuldigen zu müssen), sondern grundlegender geltend gemacht hatte, die Verwendung von aus einem anderen Verfahren stammenden Informationen als Beweise in dem vorliegenden Verfahren stehe ganz allgemein im Widerspruch zu den Verteidigungsrechten.

118. Es kann jedoch nicht verschwiegen werden, dass die besonders enge Definition der Grenzen der Verwendung von Beweisen, die in einem von anderen Behörden durchgeführten Verfahren erhoben wurden, durch die Kommission — eine Definition, die sich der Gemeinschaftsrichter in der Rechtssache Dalmine/Kommission zu eigen gemacht hat — auch so verstanden werden kann, dass sie nur für die Fälle gilt, in denen es sich um Behörden der Mitgliedstaaten der Europäi-

84 — Oben in den Fn. 32 und 71 angeführt.

85 — In Wirklichkeit wird in den Randnrn. 62 und 63 des Urteils des Gerichtshofs in der Rechtssache Dalmine/Kommission (siehe oben, Nr. 108) nur die Frage der Rechtmäßigkeit der *Übermittlung* des Protokolls an die Kommission aufgeworfen und nicht auch die der Rechtmäßigkeit der *Heranziehung* dieses Protokolls als Beweis durch die Kommission. Sowohl im Urteil des Gerichts in der Rechtssache Dalmine/Kommission (siehe oben, Nr. 107) als auch in den Schlussanträgen des Generalanwalts Geelhoed (oben in Fn. 73 angeführt, Randnrn. 71 bis 73 und 76) war jedoch ausdrücklich als der Verwendung des Protokolls durch die Kommission entgegenstehender Umstand auch der Fall genannt worden, dass das nationale Gericht die Rechtswidrigkeit dieser Verwendung nach nationalem Recht festgestellt hatte, die von der Frage der Rechtmäßigkeit der Übermittlung zu unterscheiden ist. Ich bin jedoch der Auffassung, dass das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Dalmine/Kommission in diesem Punkt so ausgelegt werden, kann, dass es mit den Schlussanträgen des Generalanwalts in Einklang steht, wenn man nämlich den Begriff „Übermittlung" des Protokolls als Übermittlung zum Zweck der Verwendung versteht.

schen Gemeinschaft handelt, und dass sie letztlich auf der stillschweigenden Vermutung der substanziellen Gleichwertigkeit des Schutzes der Verteidigungsrechte auf Gemeinschaftsebene und auf der Ebene der Mitgliedstaaten beruht [86]. Diese Vermutung kann natürlich nicht für in Drittstaaten durchgeführte Verfahren gelten.

119. Jedenfalls teile ich völlig die Ansicht, die das Gericht im angefochtenen Urteil geäußert hat und der die Verfahrensbeteiligten in dieser Instanz nicht entgegengetreten sind, dass für die Verwendung von Informationen, die in einem von den Behörden eines Drittstaats durchgeführten Verfahren gewonnen worden sind, als Beweis in einem von der Kommission durchgeführten Verfahren die Beachtung *sowohl* der für jenes Verfahren festgesetzten Verfahrensgarantien *als auch* der Verfahrensgarantien, die für das von der Kommission durchgeführte Verfahren gelten, erforderlich ist. Dieser Ansicht, die auf die kumulative Anwendung des Rechts des Herkunftsstaats der Information und des Rechts des Empfängerstaats der Information hinausläuft, ist meines Erachtens deshalb zu folgen, weil wir uns im Bereich des öffentlichen Rechts befinden und es namentlich um Sanktionen geht und weil die Beachtung der Verteidigungsrechte in allen Verfahren, die zu Sanktionen, namentlich zu Geldbußen oder zu Zwangsgeldern, führen können, einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts darstellt, der auch in einem Verwaltungsverfahren beachtet werden muss. [87]

120. In einem Fall wie dem hier zu prüfenden erfordert die Beachtung der Verfahrensrechte deshalb, dass der in dem ausländischen Verfahren erhobene Beweis dort unter Beachtung der einschlägigen Formvorschriften des ausländischen Rechts erhoben wurde, dass seine Übermittlung an die Kommission und seine Verwendung durch diese nach diesem Recht zulässig sind und dass diese Verwendung nicht im Widerspruch zu den besonderen Garantien steht, die dem betroffenen Unternehmen nach dem Gemeinschaftsrecht zugestanden hätten, wenn die Beweiserhebung direkt in dem von der Kommission durchgeführten Verfahren erfolgt wäre.

— Zu den vom Gericht aufgestellten Kriterien für die Modalitäten der Sicherstellung der Beachtung der Verfahrensrechte durch die Kommission und zu ihrer Anwendung im vorliegenden Fall

121. Die Rechtsmittelführerin beanstandet in der Rechtsmittelschrift die Kriterien, die das Gericht in Randnr. 265 des angefochtenen Urteils für die Modalitäten der Gewährleistung der vorgenannten Rechte durch die

86 — In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass 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), die an die Stelle der Verordnung Nr. 17 getreten ist, in Art. 12 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt: „Für die Zwecke der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags sind die Kommission und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten befugt, einander tatsächliche oder rechtliche Umstände einschließlich vertraulicher Angaben mitzuteilen und diese Informationen als Beweismittel zu verwenden." Im 16. Erwägungsgrund dieser Verordnung heißt es dazu: „... Werden die ausgetauschten Informationen von der empfangenden Behörde dazu verwendet, Unternehmen Sanktionen aufzuerlegen, so sollte für die Verwendung der Informationen keine weitere Beschränkung als nur die Verpflichtung gelten, dass sie ausschließlich für den Zweck eingesetzt werden, für den sie zusammengetragen worden sind, da Sanktionen, mit denen Unternehmen belegt werden können, in allen Systemen von derselben Art sind. *Die Verteidigungsrechte, die Unternehmen in den einzelnen Systemen zustehen, können als hinreichend gleichwertig angesehen werden*" (Hervorhebung nur hier).

87 — Vgl. für alle die Urteile vom 13. Februar 1979, Hoffmann-La Roche/Kommission (85/76, Slg. 1979, 461, Randnr. 9), und vom 2. Oktober 2003, ARBED/Kommission (C-176/99 P, Slg. 2003, I-10687, Randnr. 19).

Kommission aufgestellt hat. Diese Rechte müssten nämlich in jedem Fall beachtet werden, so dass sich die Kommission nicht, wie das Gericht meine, auf die Feststellung beschränken könne, dass insoweit keine ernsthaften Zweifel bestünden und dass das betroffene Unternehmen keine Beanstandungen erhoben habe. Nach der Rechtsprechung sei das Gericht verpflichtet, die Frage der Beachtung der Verfahrensgarantien von Amts wegen zu prüfen.

122. Das Gericht hat im Wesentlichen die Auffassung vertreten, dass die Verwendung von Informationen, die in dem ausländischen Verfahren eingeholt worden seien, als Beweis keine Verletzung der Verfahrensrechte des betroffenen Unternehmens durch die Kommission darstellen könne, wenn dieses Unternehmen, das vorab von der entsprechenden Absicht der Kommission unterrichtet worden sei, keine Einwände dagegen erhoben habe und wenn die Kommission selbst keinen Grund habe, auf den ersten Blick die Vereinbarkeit einer solchen Verwendung mit der Beachtung der Verfahrensrechte ernsthaft zu bezweifeln.

123. Meines Erachtens tritt die Rechtsmittelführerin dieser Auffassung zu Recht entgegen. Die Kommission muss die Verfahrensrechte in jedem Fall beachten, also auch dann, wenn sich das betroffene Unternehmen im Verwaltungsverfahren nicht auf sie beruft. Das Gemeinschaftsrecht kennt keine Regel, wonach das Unternehmen verpflichtet ist, Rechtsfragen im Verwaltungsverfahren vor der Kommission aufzuwerfen, will es nicht seiner Rechte verlustig gehen. Auch gibt es keine Regel, wonach zwischen der Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und der Klage vor dem Gemeinschaftsrichter zwingend Übereinstimmung bestehen muss. Das Unternehmen ist nicht einmal verpflichtet, auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte zu antworten. Die Kommission hat eine endgültige Entscheidung zu erlassen, die das Recht wahrt, unabhängig davon, ob und in welchem Umfang das betroffene Unternehmen seine Verteidigungsrechte im Verwaltungsverfahren ausgeübt hat.

124. Die Beachtung der Verteidigungsrechte erfordert ferner, dass die Kommission das Unternehmen, das Adressantin der Mitteilung der Beschwerdepunkte ist, *in jedem Fall* von ihrer Absicht, die aus einem ausländischen Verfahren stammenden Erklärungen in ihrer endgültigen Entscheidung als Beweise zu verwenden, unterrichtet, und zwar unabhängig davon, ob sie ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Verwendung mit der Beachtung der Verfahrensrechte hat oder nicht.

125. Selbst wenn man mit der Kommission davon ausgehen wollte, dass Verfahrensrechte verzichtbar sind, kann der bloße Umstand, dass das Unternehmen gegenüber der Kommission keine Erklärungen zu der in der Mitteilung der Beschwerdepunkte angekündigten Verwendung der aus einem ausländischen Verfahren stammenden Informationen als Beweis abgegeben hat, nicht als Verzicht auf die Geltendmachung der Verfahrensrechte ausgelegt werden, sondern ist lediglich als Nichtausübung des Rechts des Unternehmens zu verstehen, von der Kommission zur Rechtmäßigkeit dieser Verwendung angehört zu werden.

126. Das angefochtene Urteil ist sonach in diesem Punkt mit einem Rechtsfehler behaftet.

127. Im Übrigen ist dieses Urteil auch dann, wenn man die Kriterien, die das Gericht in Randnr. 265 aufgestellt hat, als rechtmäßig ansieht, jedenfalls mit einem Rechtsfehler behaftet, da die Art und Weise, wie das Gericht diese Kriterien auf den vorliegenden Fall angewandt hat, nicht korrekt erscheint.

128. Zum einen konnte das Gericht nicht ohne eingehende Prüfung der Rechtsmittelführerin mit der Folge eines Rechtsverlusts zur Last legen, dass sie sich in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte der Verwendung des FBI-Berichts als Beweis durch die Kommission nicht widersetzt hatte. Im ersten Rechtszug erhob die Rechtsmittelführerin Einwände gegen die Verwendung dieses Berichts als Nachweis der tatsächlichen Umstände, die in Randnr. 265 des angefochtenen Urteils angeführt sind. Da jedoch in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht diese, sondern nur andere, sachlich von der Rechtsmittelführerin nicht bestrittene Umstände aufgeführt wurden, hätte das Gericht, bevor es dies der Rechtsmittelführerin zur Last legte, prüfen müssen, ob sie aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte unter Berücksichtigung des in dieser erwähnten und ihr als Anlage beigefügten FBI-Berichts bei vernünftiger Betrachtung herleiten konnte, dass die Kommission beabsichtigte, ihr auch diese Umstände (siehe oben, Nrn. 46 bis 50) entgegenzuhalten, und ob sie somit ein Interesse daran hatte, in ihrer Antwort auf diese Mitteilung Einwände gegen die Verwendung des FBI-Berichts als Beweis zu erheben. Der Umstand, dass die Rechtsmittelführerin zu eventuellen Gründen für die Nichtverwendbarkeit des Dokuments als Beweis nicht Stellung genommen hat, kann nur insoweit als Einverständnis angesehen werden, als es sich auf die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte ins Auge gefasste Verwendung bezieht.

129. Zum anderen bestehen hier meines Erachtens Gründe, auf den ersten Blick die Vereinbarkeit der Verwendung des FBI-Berichts als Beweis mit den Verfahrensrechten der Rechtsmittelführerin ernsthaft zu bezweifeln.

130. Insoweit stimme ich zunächst der Auffassung der Rechtsmittelführerin zu, dass die Umstände, die das Gericht in den Randnrn. 266 und 267 des angefochtenen Urteils (siehe oben, Nrn. 69 und 70) berücksichtigt hat, für das Problem der Beachtung der Verfahrensgarantien wenn nicht völlig unerheblich, so doch nicht geeignet sind, ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit der Verwendung dieses Berichts durch die Kommission mit den Verfahrensgarantien, auf die sich die Rechtsmittelführerin vor dem Gericht und jetzt vor dem Gerichtshof konkret beruft, zu zerstreuen. Es handelt sich, wie erinnerlich, um das Recht, sich nicht selbst beschuldigen zu müssen, um die Verpflichtung der Behörde, die Informationen erhält, dem Erklärenden das von ihr selbst aufgesetzte schriftliche Protokoll der Erklärungen zur Genehmigung vorzulegen, und um den Schutz des vertraulichen Charakters der Aussagen, die der ehemalige Vertreter der Rechtsmittelführerin im Rahmen ihrer Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden der USA gegenüber diesen Letzteren gemacht hat.

131. Ich möchte insbesondere auf diesen letzten Aspekt eingehen, der besondere Aufmerksamkeit verdient, da er das heikle Thema der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Vereinigten Staaten hinsichtlich der Zusammenarbeit der Kartellbehörden berührt.

132. Im Rahmen ihres Vorbringens, dass der FBI-Bericht nur in Verfahren in den Vereinigten Staaten habe benutzt werden sollen, wies die Rechtsmittelführerin darauf hin, dass zum einen einem Hinweis auf der ersten Seite dieses Berichts zufolge seine Bekanntgabe an Dritte verboten sei und dass zum anderen die Kartellbehörden der USA mit dem Rechtsanwalt ihres ehemaligen Vertreters ausdrücklich vereinbart hätten, dass die von diesem gegebenen Informationen erst nach ihrer Verwendung in Verfahren in den Vereinigten Staaten bekannt gegeben würden. Dies geht tatsächlich aus den beim Gericht eingereichten Schriftstücken hervor.

133. Zwar trifft es zu, dass das Schreiben, das diese Verpflichtungserklärung der genannten Behörden enthielt [88], der Kommission wahrscheinlich nicht vorlag und dass der FBI-Bericht ihr nicht von diesen Behörden, sondern von einem anderen Unternehmen übermittelt wurde, das an dem von der Kommission durchgeführten Verfahren beteiligt war.

134. Es konnte der Kommission jedoch nicht verborgen bleiben, dass die Verwendung des FBI-Berichts als Beweis in dem von ihr durchgeführten Verfahren möglicherweise gegen die Garantien verstieß, die im Recht der Vereinigten Staaten für die vertrauliche Behandlung der von dem ehemaligen Vertreter der Rechtsmittelführerin gegebenen Informationen vorgesehen sind, und zwar nicht nur, weil die erste Seite, wie die Rechtsmittelführerin hervorgehoben hat, einen Hinweis auf das Verbot der Bekanntgabe an Dritte enthielt, sondern vor allem unter Berücksichtigung des Standes der Beziehungen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Vereinigten Staaten im Bereich der Zusammenarbeit zwischen ihren Kartellbehörden.

135. Zu der Zeit des Erlasses der streitigen Entscheidung waren diese Beziehungen — wie übrigens auch jetzt noch — in einem 1991 geschlossenen bilateralen Abkommen [89] geregelt, dass durch ein zweites, 1998 geschlossenes Abkommen [90] ergänzt wird. Die beiden Abkommen regeln die Konsultation, die Zusammenarbeit und die Koordinierung zwischen der Kommission einerseits und der Kartellabteilung des Justizministeriums und der Federal Trade Commission andererseits bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts. Der Informationsaustausch zwischen diesen

88 — Schreiben vom 13. Juni 1997, unterzeichnet vom Trial Attorney der Kartellabteilung des Justizministeriums der USA (vorgelegt von der Rechtsmittelführerin als Anlage zu ihrer Antwort auf die ihr vom Gericht übermittelten schriftlichen Fragen).

89 — Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika vom 23. September 1991 über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln einschließlich des interpretativen Briefwechsels vom 31. Mai und 31. Juli 1995 (ABl. 1995, L 95, S. 47). Das Abkommen wurde im Namen der Europäischen Gemeinschaft und im Namen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl durch Beschluss 95/145/EG, EGKS des Rates und der Kommission vom 10. April 1995 genehmigt (ABl. L 95, S. 45, mit Berichtigung im ABl. 1995, L 131, S. 38).

90 — Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika vom 4. Juni 1998 über die Anwendung der „Positive Comity"-Grundsätze bei der Durchsetzung ihrer Wettbewerbsregeln (ABl. 1998, L 173, S. 28). Das Abkommen wurde im Namen der Europäischen Gemeinschaft und im Namen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl durch Beschluss 98/386/EG, EGKS des Rates und der Kommission vom 29. Mai 1998 genehmigt (ABl. L 173, S. 26).

Behörden *zum Nachweis* von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht ist in diesen Abkommen nicht ausdrücklich vorgesehen. In dem Abkommen von 1991 wird insbesondere im Hinblick auf den Informationsaustausch zwischen diesen Behörden bestimmt, dass die Vertragspartei, die Informationen besitzt, nicht verpflichtet ist, diese an die andere Vertragspartei weiterzugeben, wenn ihr internes Recht deren Bekanntgabe untersagt, und dass jede Vertragspartei verpflichtet ist, so weit wie möglich den vertraulichen Charakter aller von der anderen Vertragspartei in Anwendung des Abkommens übermittelten Informationen zu wahren und sich so weit wie möglich jedem Ersuchen Dritter um Bekanntgabe der Information zu widersetzen, sofern nicht die Vertragspartei, die die Information gegeben hat, der Bekanntgabe zustimmt (Art. VIII). Weiter heißt es, dass keine Bestimmung des Abkommens so ausgelegt werden darf, dass sie dem geltenden Recht der Vertragsparteien oder ihrer Mitgliedstaaten widerspricht oder eine Änderung ihrer Gesetze erforderlich macht (Art. IX). Außerdem erklärte die Europäische Gemeinschaft in dem interpretativen Briefwechsel zu diesem Abkommen zu den Art. VIII und IX des Abkommens, dass die Kommission dem Berufsgeheimnis unterliegende Informationen im Sinne des Art. 20 der Verordnung Nr. 17 den Kartellbehörden der Vereinigten Staaten nur mit der ausdrücklichen Zustimmung der jeweiligen Informationsquelle übermitteln werde. Auch das Abkommen von 1998 enthält in Art. IV Abs. 2 Buchst. c Ziffer iii und in Art. V Hinweise auf die Notwendigkeit, vor einer Übermittlung vertraulicher Informationen an die Wettbewerbsbehörden der anderen Vertragspartei die Zustimmung der jeweiligen Informationsquelle einzuholen.

136. Somit sind die Kommission und die Kartellbehörden der USA nach diesen Abkommen nicht berechtigt, Informationen auszutauschen, die nach dem Recht der Behörde, die über die Information verfügt, nicht bekannt gegeben werden dürfen [91], und bleiben insbesondere, „was die Vertraulichkeit der im Rahmen ihrer jeweiligen Untersuchungen ermittelten Angaben betrifft, an ihr innerstaatliches Recht gebunden“ [92].

137. Der Informationsaustausch zwischen diesen Behörden erfolgt somit „im Rahmen der bestehenden Vertraulichkeitsvorschriften“ [93], und es ist der Geheimhaltungsverzicht des Betroffenen, der es den fraglichen Behörden erlaubt, vertrauliche Informationen auszutauschen [94]. Der Umstand, dass es den

91 — So Nazzini, R., *Concurrent Proceedings in Competition Law*, Oxford University Press, New York 2004, S. 75 f.

92 — **Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 13. August 2003 über die Anwendung der Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika sowie der Regierung Kanadas über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln vom 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2002, Abschnitt I.1 (siehe Eur-Lex 52003DC0500).**

93 — Ebd., Abschnitt 1.2.2.

94 — Vgl. den Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 17. September 2002 über die Anwendung der Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika sowie der Regierung Kanadas über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln vom 1. Januar 2001 bis 31. Dezember 2001, Abschnitt I.2.2 (siehe Eur-Lex 52002DC0505). Dort teilt die Kommission mit, in der Sache Fine Art Auction Houses habe „eines der beteiligten Unternehmen einen Geheimhaltungsverzicht [erklärt], so dass die beiden Stellen ihre Ansichten zu vertraulichen Beweismaterialien austauschen konnten“.

Wettbewerbsbehörden aufgrund der derzeitigen Kooperationsabkommen unmöglich ist, ohne Zustimmung der jeweiligen Informationsquelle vertrauliche Informationen auszutauschen, wird im Übrigen als wesentliche Beschränkung für eine wirksame Zusammenarbeit beim Kampf gegen die Kartelle bezeichnet, so dass bei mehreren Stellen der Wunsch nach Abschluss eines Kooperationsabkommens der sogenannten „zweiten Generation" besteht, das auch den Austausch vertraulicher Informationen ermöglicht. [95]

138. Die Beschränkung des Austauschs von Informationen zwischen den Behörden aufgrund der Notwendigkeit der Wahrung der Vertraulichkeit der Informationen erlangt allerdings eine ganz besondere Bedeutung, wenn es sich wie hier um Informationen handelt, die freiwillig im Rahmen der Mitarbeit gegeben worden sind, die ein Unternehmen angeboten hat, um bezüglich der Sanktionen in den Genuss einer Kronzeugenregelung zu kommen. Denn es würde die Unternehmen natürlich in höchstem Maße abschrecken, ihre Mitarbeit bei derartigen Programmen anzubieten, wenn Informationen dieser Art von der Behörde, die sie im Rahmen eines Ersuchens um Kronzeugenbehandlung erhält, an die Wettbewerbsbehörden anderer Länder weitergegeben werden könnten, besonders, da zwischen den von den betreffenden Behörden eingerichteten Kronzeugenprogrammen keinerlei Koordinierung besteht. [96]

139. Der Wettbewerbsausschuss der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) hat ausgeführt: „Der Informationsaustausch darf nicht unbedacht die Hard-Core-Kartelle betreffenden Ermittlungen sowie die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme behindern … Zu diesem Zweck haben die meisten Mitgliedstaaten [der OECD] Regelungen erlassen,

95 — So die Kommission selbst in ihrem Bericht an den Rat und das Europäische Parlament vom 4. Oktober 2000 über die Anwendung des Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln vom 1. Januar 1999 bis 31. Dezember 1999, Abschnitt 2.2 (siehe EUR-Lex 52000DC0618). Vgl. auch den dritten Bericht des Competition Committee (Wettbewerbsausschuss) der OECD von 2005 über die Durchführung der Empfehlung des Rates der OECD vom 25. März 1998 zu einem wirksamen Vorgehen gegen die Hard-Core-Kartelle, Ziff. 4 (siehe die Website der OECD www.oecd.org). Ich erinnere daran, dass die Befugnis, *auch vertrauliche Informationen* auszutauschen und als Beweismittel zu verwenden, nunmehr in bestimmten Grenzen in Art. 12 der Verordnung Nr. 1/2003 im Bereich der Zusammenarbeit innerhalb des zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten gebildeten Netzes vorgesehen ist.

96 — Deshalb verwundert es nicht, dass die Kommission dem oben in Fn. 92 zitierten Bericht zufolge (Abschnitt 1.2.2) in drei Zivilverfahren in den Vereinigten Staaten eingegriffen hat, um die Vertraulichkeit schriftlicher Informationen zu schützen, die im Rahmen ihrer Kronzeugenpolitik vorgelegt worden waren, wobei sie dies nicht zur Unterstützung eines der Beteiligten an diesen Verfahren tat, sondern um „den Fortbestand dieser Politik sicherzustellen". Wichtige Hinweise finden sich auch in der Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen in der Fassung von 2002 (ABl. C 45, S. 3, Randnr. 33). Die Kommission stellte dort klar, dass ein an sie gerichteter Schriftsatz im Zusammenhang mit dieser Mitteilung zu keinem anderen Zweck als zur Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag verwendet oder offengelegt werden dürfe; in der Fassung von 2006 (ABl. C 298, S. 17, Randnr. 35) führte sie dagegen aus, dass diese Erklärungen nur den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen übermittelt werden könnten. In beiden Fassungen dieser Mitteilung (Randnr. 32 bzw. Randnr. 40) wird ausgeführt, dass die Offenlegung solcher Erklärungen dem Schutz des Zwecks von Inspektions- und Untersuchungstätigkeiten im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (ABl. L 145, S. 43) entgegenstehe.

nach denen sie keine Informationen austauschen, die sie von einem Antragsteller auf Kronzeugenbehandlung erhalten haben, ohne dass dieser sein Einverständnis erteilt." [97]

140. Angesichts des Standes der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Vereinigten Staaten in dem uns hier interessierenden Bereich und der der Kommission zwangsläufig bekannten Probleme, die mit der Bekanntgabe von Informationen verbunden sind, die von an einer Kronzeugenregelung beteiligten Unternehmen gegeben werden, musste die Kommission meines Erachtens nach Erhalt des FBI-Berichts von einem der anderen an dem von ihr durchgeführten Verfahren beteiligten Unternehmen geeignete Vorsichtsmaßnahmen bei der Verwendung dieses Berichts in diesem Verfahren ergreifen, um nicht Gefahr zu laufen, Garantien zu verletzen, die möglicherweise im Recht der Vereinigten Staaten im Zusammenhang mit der Bekanntgabe des Inhalts dieses Dokuments vorgesehen sind.

141. Insbesondere konnte die Kommission nach meiner Auffassung den FBI-Bericht nicht rechtmäßig als Beweis verwenden, ohne zuvor das Unternehmen, das ihn ihr übermittelt hatte, um Erläuterungen darüber zu ersuchen, wie es in den Besitz dieses Berichts gekommen war, und ohne zuvor die Kartellbehörden der Vereinigten Staaten in Erfüllung ihrer Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit mit diesen aufgrund der bestehenden bilateralen Abkommen zu fragen, ob dieser Bericht nach dem Recht der Vereinigten Staaten als vertraulich anzusehen sei, wie dies bis zum Beweis des Gegenteils zu vermuten war, und zwar sowohl aufgrund seiner ersten Seite als auch aufgrund des der Kommission bekannten Zusammenhangs, in dem er erstellt wurde (wie offensichtlich aus dem Schreiben der Kartellabteilung des Justizministeriums der USA vom 13. Juni 1997 hervorgeht).

142. Der Umstand, dass nicht diese Behörde, sondern ein drittes Unternehmen diesen Bericht übermittelt hat, vermag mit Sicherheit nicht zu rechtfertigen, dass die Kommission diese Vorsichtsmaßnahmen nicht ergriffen hat, denn er berechtigte sie nicht zu der Annahme, dass dieser Bericht jeden vertraulichen Charakter verloren hätte. Bei einer Auslegung des Artikels VIII des bilateralen Abkommens von 1991 nach Treu und Glauben musste die Kommission meines Erachtens das Risiko vermeiden, dass es dadurch, dass sie den Bericht als Beweis verwendete, in der Folge in den Vereinigten Staaten zu einer Verletzung des vertraulichen Charakters dieses Berichts kommen würde.

143. Dass der genannte Bericht der Kommission nicht von den Kartellbehörden der USA übermittelt wurde, unterscheidet die vorliegende Rechtssache übrigens wesentlich von dem Sachverhalt, zu dem die Urteile Dalmine/Kommission [98] ergangen sind und in dem die Kommission die Vernehmungspro-

97 — Dokument von Oktober 2005 mit dem Titel *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations* (siehe Internetseite der OECD www.oecd.org, freie Übersetzung). Es ist interessant, dass die Kommission selbst in ihrer Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden (ABl. 2004, C 101, S. 43) in Nr. 40 ausgeführt hat, dass außer in bestimmten Fällen „die im Rahmen eines Antrags auf Kronzeugenbehandlung vom Antragsteller freiwillig vorgelegten Informationen nur mit dessen Einverständnis einem anderen Netzmitglied nach Artikel 12 der [Verordnung Nr. 1/2003] übermittelt [werden]".

98 — Oben in den Fn. 32 und 71 angeführt.

tokolle direkt von der nationalen Behörde erhalten hatte, die sie erstellt hatte. In der Rechtssache Dalmine/Kommission war die Kommission nach der Entscheidung des Gerichtshofs befugt, diese Protokolle als Beweis heranzuziehen, da ihre Übermittlung an die Kommission nicht von einem nationalen Gericht für rechtswidrig erklärt worden war.[99] Im vorliegenden Fall dagegen kann das Fehlen einer vergleichbaren Entscheidung eines Gerichts der Vereinigten Staaten keine Bedeutung haben, da der FBI-Bericht nicht direkt von den Kartellbehörden der USA übermittelt wurde. Die Kommission war verpflichtet, diese Behörden nach der Vereinbarkeit der Verwendung des Berichts durch sie mit dem Recht der Vereinigten Staaten zu fragen, um zu diesem Punkt wenigstens eine erste Stellungnahme der zuständigen amerikanischen Stellen, wenn auch keine gerichtliche Entscheidung zu erhalten.

144. Aus den oben in den Nrn. 121 ff. dargelegten Gründen bin ich deshalb der Auffassung, dass für den Fall, dass der erste Rechtsmittelgrund als unbegründet angesehen wird, das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben ist, als die auf die Verletzung von Verfahrensgarantien gestützten Einwände zurückgewiesen wurden, die die Rechtsmittelführerin dagegen erhob, dass die Kommission den FBI-Bericht als Beweis für ihre Anführerrolle bei dem Kartell heranzog.

99 — Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Dalmine/Kommission (oben in Fn. 32 angeführt, Randnr. 63).

E — *Zur Klage gegen die streitige Entscheidung und zu der Frage, ob die Kommission den FBI-Bericht als Beweis für die Anführerrolle der Rechtsmittelführerin bei dem Kartell verwenden durfte*

145. Oben in Nr. 141 habe ich bereits ausgeführt, dass die Kommission den FBI-Bericht nicht rechtmäßig als Beweis verwenden durfte, ohne zuvor das Unternehmen, das ihn ihr übermittelt hatte, und die Kartellbehörden der USA um die Erläuterungen ersucht zu haben, die erforderlich waren, um die Rechtsnatur dieses Dokuments unter dem Gesichtspunkt der Vertraulichkeit zu bestimmen. Deshalb ist meines Erachtens dem im ersten Rechtszug geltend gemachten Klagegrund der Verletzung von Verfahrensgarantien insoweit stattzugeben, als damit die Unvereinbarkeit der Heranziehung dieses Berichts als Beweis durch die Kommission mit der ihm durch diese Behörden garantierten vertraulichen Behandlung geltend gemacht wird.

F — *Zu den Rechtsmittelgründen (3, 4 und 5) betreffend die schriftliche Erklärung von Cerestar*

146. Die Rechtsmittelführerin beanstandet mit drei verschiedenen Rechtsmittelgründen die Erwägungen, die das Gericht entgegen ihren Ausführungen in der ersten Instanz zu dem Ergebnis geführt haben, dass die Würdigung der schriftlichen Erklärung von Cerestar zu der Rolle, die ihr ehemaliger Vertreter bei dem Kartell spielte, offensichtliche Rechtsfehler aufweise.

147. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof weder für die Feststellung von Tatsachen noch grundsätzlich dafür zuständig ist, die Beweise zu prüfen, die das Gericht als Beleg für diese Tatsachen berücksichtigt hat. Sind nämlich diese Beweise ordnungsgemäß erhoben und die allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie die Vorschriften über die Beweislast und die Beweisaufnahme eingehalten worden, so ist es allein Sache des Gerichts, zu beurteilen, welcher Wert den ihm vorgelegten Beweismitteln beizumessen ist. Die Würdigung stellt also, sofern diese nicht verfälscht worden sind, keine Rechtsfrage dar, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs unterliegt. [100]

148. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund rügt die Rechtsmittelführerin nun aber gerade die Verfälschung eines Beweismittels, nämlich des FBI-Berichts. Ihrer Meinung nach enthält dieser Bericht im Gegensatz zu den Ausführungen des Gerichts in Randnr. 288 des angefochtenen Urteils keineswegs eine Bestätigung der schriftlichen Erklärung von Cerestar, dass der damalige Vertreter der Rechtsmittelführerin eine führende Rolle im Kartell gespielt habe, weil er den Vorsitz bei den „Sherpa"-Treffen geführt, alles vorbereitet und die Vorschläge für die zu vereinbarenden Preislisten gemacht habe. Diesem Bericht zufolge habe vielmehr ein anderer Vertreter der Rechtsmittelführerin eine besonders aktive Rolle in dem Kartell gespielt.

149. Dieser Rechtsmittelgrund greift meines Erachtens nicht durch. Zunächst heißt es, wie die Kommission bemerkt hat, in Randnr. 288 des angefochtenen Urteils nicht, dass der FBI-Bericht bezüglich der soeben aufgeworfenen Frage die schriftliche Erklärung von Cerestar bestätige, sondern nur, dass beide Dokumente übereinstimmten. Zudem hat das Gericht diese Feststellung im Rahmen der Prüfung der Glaubhaftigkeit der schriftlichen Erklärung von Cerestar getroffen, die im Widerspruch zu der Aussage stand, die der ehemalige Vertreter der Rechtsmittelführerin im Verwaltungsverfahren vor der Kommission gemacht hatte. Das Gericht hielt die schriftliche Erklärung der Cerestar für glaubhafter, nicht nur, weil sie mit dem FBI-Bericht übereinstimmte, sondern auch, weil Cerestar unstreitig keine aktive Rolle in dem Kartell spielte und weil die Erklärungen des ehemaligen Vertreters der Rechtsmittelführerin zu einem Zeitpunkt abgegeben wurden, zu dem das Unternehmen bereits gewarnt war („in tempore suspecto") [101]. Die Rechtsmittelführerin hat jedoch gegen diese letzteren Ausführungen des Gerichts keine Einwände erhoben.

150. Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund rügt die Rechtsmittelführerin die unzureichende Begründung des angefochtenen Urteils insoweit, als dort ihr Vorbringen zurückgewiesen wird, dass die schriftliche Erklärung von Cerestar betreffend die Rolle ihres ehemaligen Vertreters bei den „Sherpa"-Treffen völlig unglaubhaft sei, da Cerestar nicht in der Lage gewesen sei, genauere Angaben über auch nur eines dieser Treffen zu machen oder Einzelheiten zu ihrem Gegenstand anzugeben.

100 — Urteil vom 21. September 2006, JCB Service/Kommission (C-167/04 P, Slg. 2006, I-8935, Randnr. 107 und die dort angeführte Rechtsprechung).

101 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 288 und 290.

151. Auch dieser Rechtsmittelgrund ist meines Erachtens zurückzuweisen. Das Gericht hat nämlich in Randnr. 289 des angefochtenen Urteils im Wesentlichen festgestellt, der Umstand, dass Cerestar nicht in der Lage gewesen sei, Einzelheiten zu diesen Kartellsitzungen mitzuteilen, habe sie nicht gehindert, anzugeben, dass diese Sitzungen von dem ehemaligen Vertreter der Rechtsmittelführerin organisiert und geleitet wurden.

152. Mit dem dritten Rechtsmittelgrund schließlich macht die Rechtsmittelführerin geltend, das Gericht habe in Randnr. 290 des angefochtenen Urteils zu Unrecht ausgeführt, sie könne die Richtigkeit der schriftlichen Erklärungen von Cerestar im gerichtlichen Verfahren nicht mehr bestreiten, da sie dies im Verwaltungsverfahren nicht getan habe. Ich stimme der Kommission jedoch darin zu, dass diese Rüge auf einem offensichtlich unrichtigen Verständnis dieser Randnummer beruht, in der das Gericht, weit davon entfernt, eine Verwirkung zulasten der Rechtsmittelführerin festzustellen, lediglich ausgeführt hat, dass der schriftlichen Erklärung von Cerestar „ein höherer Beweiswert" beizumessen sei als der Aussage des ehemaligen Vertreters der Rechtsmittelführerin, so dass allein aus der Unvereinbarkeit der beiden Erklärungen nicht die Unrichtigkeit der Ersteren hergeleitet werden könne.

153. Die Rechtsmittelgründe betreffend die schriftliche Erklärung von Cerestar sind daher zurückzuweisen.

G — *Zur Klage gegen die streitige Entscheidung und zu der Frage, ob die Kommission die Rolle der Rechtsmittelführerin als Anführer des Kartells ausreichend bewiesen hat*

154. Aus meinen Überlegungen zur Verwendung des FBI-Berichts durch die Kommission als Beweis für die Führungsrolle der Rechtsmittelführerin in dem Kartell folgt — da diese Verwendung rechtswidrig ist —, dass die Kommission bei der Beurteilung der Rolle, die die Rechtsmittelführerin gespielt hat, die in Randnr. 265 der streitigen Entscheidung aufgeführten tatsächlichen Umstände, die sich nur aus diesem Bericht ergeben, nicht berücksichtigen durfte.

155. Deshalb ist im Rahmen der Untersuchung der Klage gegen die streitige Entscheidung, die der Gerichtshof meines Erachtens gemäß Art. 61 Abs. 1 seiner Satzung vornehmen sollte, unter Berücksichtigung meiner Ausführungen in den Nrn. 57 bis 59 zu prüfen, ob die Qualifizierung der Rechtsmittelführerin als Anführer des Kartells allein aufgrund der in Randnr. 266 der streitigen Entscheidung angegebenen, aus der schriftlichen Erklärung von Cerestar übernommenen Umstände gerechtfertigt werden kann. Es handelt sich, wie erinnerlich, um den „Eindruck" von Cerestar, dass der ehemalige Vertreter der Rechtsmittelführerin eine führende Rolle gespielt habe, und um den Umstand, dass er den Vorsitz bei den „Sherpa"-Treffen geführt und „in der Regel alles vor [bereitet] und … für gewöhnlich die Vorschläge für die zu vereinbarenden Preislisten [gemacht]" habe.

156. Meiner Überzeugung nach kann diesem „Eindruck" von Cerestar an sich und als

solchem keine besondere Bedeutung beigemessen werden, denn die Qualifizierung eines Unternehmens als Anführer eines Kartells muss auf konkrete Tatsachen gestützt werden und nicht auf Eindrücke oder Urteile anderer Kartellmitglieder. Hinsichtlich der konkreten Tatsachen scheint mir, dass der Vorsitz bei den „Sherpa"-Treffen sowie die Vorbereitung und die Formulierung von Vorschlägen durch den ehemaligen Vertreter der Rechtsmittelführerin zwar darauf hinweisen, dass diese eine aktive Rolle im Kartell spielte, jedoch zur Begründung des Urteils, dass sie der Anführer gewesen sei, nicht ausreichen. Denn es steht fest, dass die wichtigen Entscheidungen des Kartells bei den „Master"-Treffen gefällt wurden, die von den leitenden Mitarbeitern einer höheren Ebene der Unternehmenshierarchie abgehalten wurden, und dass der Vorsitz bei diesen Treffen im Allgemeinen, wie Cerestar ausgeführt hat, von den Vertretern von Hoffmann-La Roche und Jungbunzlauer geführt wurde, ohne dass dieses letztere Unternehmen von der Kommission gleich als Anführer des Kartells angesehen wurde. Im Übrigen geht aus derselben schriftlichen Erklärung von Cerestar hervor, dass der ehemalige Vertreter der Rechtsmittelführerin, wenn er den Vorsitz bei den „Sherpa"-Treffen führte, „regelmäßig Rechenschaft über die bei den ‚Master'-Treffen getroffenen Vereinbarungen ablegte" [102]. Außerdem wies die Kommission selbst in Randnr. 273 der streitigen Entscheidung darauf hin, dass „andere Kartellmitglieder auch Aktivitäten ausführten, die normalerweise mit einer Führungsrolle verbunden sind, wie beispielsweise Vorsitzführung bei Kartellbesprechungen oder Zentralisierung der Datensammlung und -verteilung".

157. Mir scheint deshalb, dass die Führungsrolle der Rechtsmittelführerin in dem Zitronensäurekartell nicht ausreichend bewiesen ist.

158. Ich schlage dem Gerichtshof deshalb vor, auch aus diesem Grund die Erhöhung des Grundbetrags der der Rechtsmittelführerin von der Kommission in der streitigen Entscheidung auferlegten Geldbuße um 35 % zu verwerfen.

H — *Zum sechsten Rechtsmittelgrund betreffend die Nichtberücksichtigung eines mildernden Umstands wegen Beendigung der Beteiligung der Rechtsmittelführerin an dem Kartell nach dem ersten Eingreifen der Kartellbehörden der USA*

1. Ausführungen des Gerichts

159. Die Rechtsmittelführerin rügte vor dem Gericht, dass die Kommission nicht zu ihren Gunsten den in Abschnitt 3 dritter Gedankenstrich der Leitlinien bei „Beendigung der Verstöße nach dem ersten Eingreifen der Kommission (insbesondere Nachprüfungen)" vorgesehenen mildernden Umstand anerkannt habe. Sie behauptete, dass sie ihre Beteiligung an dem Zitronensäurekartell sofort nach der vom FBI in ihren Geschäftsräumen in den Vereinigten Staaten im Juni 1995 vorgenommenen Durchsuchung beendet habe [103], und machte geltend, die Nicht-

102 — Anlage 15 zur Rechtsmittelschrift, S. 3.

103 — In Wirklichkeit bleibt unklar, ob die Beteiligung der Rechtsmittelführerin an dem Zitronensäurekartell *infolge* der Durchsuchung ihrer Geschäftsräume durch das FBI im Juni 1995 beendet wurde. In der streitigen Entscheidung heißt es, dass die Beteiligung der Rechtsmittelführerin an dem Kartell bis Mai 1995 gedauert habe (Randnr. 247 und Art. 1 Abs. 2), und die Rechtsmittelführerin führte in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte (Punkt 5.2) aus, dass sie diese Beteiligung aus eigenem Antrieb im Mai 1995, „als das Kartell aufhörte zu funktionieren und vor dem Eingreifen der Kommission" beendet habe. Die streitige Entscheidung enthält jedoch mehr als einen Hinweis darauf, dass die Beteiligung der Rechtsmittelführerin im Juni 1995 mit der Durchsuchung durch das FBI endete (siehe Randnrn. 128 und 193).

berücksichtigung dieses mildernden Umstands durch die Kommission verstoße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und den Gleichbehandlungsgrundsatz, da die Kommission in einem Präzedenzfall unter vergleichbaren Umständen eine gegenteilige Entscheidung gefällt habe.

160. Das Gericht hat diese beiden Rügen mit einer eingehenden Begründung, die in den Randnrn 331 bis 346 dargelegt ist, zurückgewiesen.

161. Es hat erstens ausgeführt, dass „[d]ie Regelung des Abschnitts 3 dritter Gedankenstrich der Leitlinien … restriktiv so auszulegen [ist], dass sie der praktischen Wirksamkeit von Artikel 81 Absatz 1 EG nicht zuwiderläuft". Eine Auslegung dieser Bestimmung allein anhand ihres Wortlauts, die „den Eindruck vermitteln [könnte], dass die bloße Beendigung einer Zuwiderhandlung nach dem ersten Eingreifen der Kommission allgemein und vorbehaltlos einen mildernden Umstand darstellt", „würde aber die praktische Wirksamkeit der Vorschriften, die die Erhaltung eines effizienten Wettbewerbs ermöglichen, mindern, da sie sowohl die Sanktion, die wegen einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 EG verhängt werden kann, als auch ihre abschreckende Wirkung abschwächen würde". Nach Auffassung des Gerichts kann „[d]ie Beendigung einer Zuwiderhandlung nur infolge eines Eingreifens der Kommission … nicht dem Verdienst gleichgestellt werden, das in einer eigenständigen Initiative des Zuwiderhandelnden liegt, sondern stellt nur eine angemessene und normale Reaktion auf das Eingreifen dar, [das] nur die Rückkehr des Zuwiderhandelnden zu rechtmäßigem Verhalten [belegt]". Daher sei „[d]ie Regelung … dahin auszulegen, dass nur besondere Umstände des Einzelfalls, unter denen eine Beendigung des Verstoßes nach dem ersten Eingreifen der Kommission konkret verwirklicht wird, die Berücksichtigung dieser Beendigung als mildernden Umstand rechtfertigen können" [104].

162. Zweitens hat das Gericht ausgeführt, „im besonderen Kontext des vorliegenden Falles" könne „die Beendigung der Zuwiderhandlung durch ADM nach dem ersten Eingreifen einer Wettbewerbsbehörde … keinen mildernden Umstand darstellen", denn da es sich um „ein geheimes Kartell zum Zweck der Festsetzung von Preisen und Aufteilung von Märkten" gehandelt habe, habe „kein Zweifel daran [bestanden], dass die Zuwiderhandlung von den Beteiligten vorsätzlich verwirklicht wurde" [105].

163. Schließlich hat das Gericht ausgeführt, dass „allein aus der Tatsache, dass die Kommission in ihrer früheren Entscheidungspraxis ein bestimmtes Verhalten in einer bestimmten Weise beurteilt hat, nicht gefolgert werden [kann], dass sie verpflichtet wäre, dies in einer späteren Entscheidung ebenfalls zu tun"; jedenfalls könne der von der Rechtsmittelführerin herangezogene Präzedenzfall seine Beurteilung nicht in Frage stellen, da in jenem Fall nur die Beurteilung durch die Kommission zum Ausdruck gekommen sei. [106]

104 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 335 bis 338.
105 — Ebd., Randnrn. 339 bis 342.
106 — Ebd., Randnr. 345.

2. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

164. Mit diesem Rechtsmittelgrund macht die Rechtsmittelführerin geltend, das Gericht habe mit den vorgenannten Ausführungen gegen den Grundsatz verstoßen, wonach die Kommission die Regeln einhalten müsse, die sie sich selbst gesetzt habe, oder andernfalls angeben müsse, weshalb sie davon abweiche. Die Rechtsmittelführerin bringt insoweit verschiedene Argumente vor, mit denen sie im Wesentlichen

— die Auslegung des Abschnitts 3 dritter Gedankenstrich der Leitlinien durch das Gericht kritisiert, die eine Verwechslung einer wirklichen und echten Verpflichtung mit einer bloßen Befugnis der Kommission enthalte, im Fall der Beendigung der Zuwiderhandlung schon bei ihrem ersten Eingreifen eine Herabsetzung der Geldbuße zu gewähren;

— dem Gericht jedenfalls vorwirft, nicht festgestellt zu haben, dass die Kommission ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen sei, die Gründe anzugeben, aus denen sie im vorliegenden Fall ihre Befugnis, zu prüfen, ob die Beendigung der Kartellbeteiligung nach dem ersten Eingreifen der US-Behörden eine Herabsetzung der Geldbuße rechtfertigte, nicht ausgeübt habe.

165. Die Kommission trägt vor, das Gericht habe die Beschwerden der Rechtsmittelführerin eingehend geprüft, die fragliche Bestimmung der Leitlinien zutreffend ausgelegt und den Sachverhalt des vorliegenden Falles korrekt beurteilt und sei somit zu Recht zu dem Ergebnis gekommen, dass die Beendigung der Beteiligung der Rechtsmittelführerin an dem Kartell nach der Durchsuchung ihrer Geschäftsräume durch das FBI keinen mildernden Umstand begründe.

3. Beurteilung

166. Ich möchte sogleich sagen, dass ich der Auffassung, die sich das Gericht zu eigen gemacht hat, beipflichte, dass nämlich die Beendigung der Beteiligung eines Unternehmens an einer geheimen, offensichtlich unerlaubten Absprache kein Umstand ist, der die Schwere der Zuwiderhandlung spürbar verringert und folglich mit einer Herabsetzung der Geldbuße belohnt werden muss. [107]

167. Ich teile jedoch nicht die Begründung, mit der das Gericht die von der Rechtsmittelführerin erhobene Rüge der Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit wegen der Nichtberücksichtigung dieses mil-

107 — In diesem Sinne auch Generalanwältin Trstenjak in Nr. 232 ihrer Schlussanträge vom 15. Mai 2008 in der Rechtssache Archer Daniels Midland/Kommission (C-510/06 P, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht) betreffend das Natriumglukonatkartell.

dernden Umstands zurückgewiesen hat.[108] Insbesondere meine ich, dass die Rechtsmittelführerin dem Gericht zu Recht vorwirft, Abschnitt 3 dritter Gedankenstrich der Leitlinien falsch ausgelegt zu haben.

168. Wie das Gericht in Randnr. 335 der streitigen Entscheidung einräumt, stellt nach dem Wortlaut dieser Bestimmung die bloße Beendigung einer Zuwiderhandlung nach dem ersten Eingreifen der Kommission einen mildernden Umstand dar. Die Bestimmung ermöglicht keine Unterscheidung und lässt keine Anwendung dieser Vergünstigung nur unter „besonderen Umständen" zu. Erst in den neuen Leitlinien von 2006[109] hat die Kommission unter Übernahme der Formulierung des Abschnitts 3 dritter Gedankenstrich der Leitlinien klargestellt, dass die Beendigung des Verstoßes sofort nach ihrem ersten Eingreifen als mildernder Umstand anzusehen ist, „außer im Falle geheimer Vereinbarungen oder Verhaltensweisen (insbesondere von Kartellen)".

169. Deshalb hat das Gericht den Grundsatz *in claris non fit interpretatio* verkannt, als es gemeint hat, Abschnitt 3 dritter Gedankenstrich der Leitlinien eng auslegen zu müssen, so dass dieser nur „unter besonderen Umständen" anwendbar sei. Dabei hat es ausgeführt: „Die Anerkennung der Beendigung einer Zuwiderhandlung nach dem ersten Eingreifen der Kommission als mildernder Umstand würde … durch eine Minderung sowohl der Sanktion als auch ihrer abschreckenden Wirkung die praktische Wirksamkeit von Artikel 81 Absatz 1 EG ungerechtfertigt beeinträchtigen."

170. Diese Feststellung erscheint mir zudem forciert. Unabhängig davon, dass Art. 81 Abs. 1 EG keine Sanktion vorsieht, sondern nur ein Verbot enthält, sehe ich nicht, wie die grundsätzliche Anerkennung eines solchen mildernden Umstands gerade die praktische Wirksamkeit dieses Artikels oder auch des Art. 83 EG und des Art. 15 der Verordnung Nr. 17, die die Verhängung von Geldbußen betreffen, beeinträchtigen könnte, wenn man davon ausgeht, dass der sich daraus ergebende Umfang der Herabsetzung der Geldbuße den Besonderheiten des Einzelfalls angepasst werden könnte und schließlich so geringfügig wäre, dass er keinen Einfluss auf die abschreckende Wirkung der Geldbuße haben könnte.

171. Es ist darauf hinzuweisen, dass in den Leitlinien unter den in Abschnitt 2 behandelten erschwerenden Umständen der Fall der Fortsetzung der Zuwiderhandlung nach dem ersten Eingreifen der Kommission nicht genannt wird. Man könnte deshalb meinen, dass beabsichtigt ist, Unternehmen, die sich an einem verbotenen Kartell beteiligen, aber unterschiedlich auf das Eingreifen der Kommission reagieren — indem die einen die Zuwiderhandlung beenden, während die anderen sie fortsetzen —, unterschiedlich zu behandeln und im ersteren Fall eine Belohnung (Herabsetzung der Geldbuße) zu gewähren und im letzteren eine Strafe (Erhöhung der Geldbuße) zu verhängen.

108 — Im Gegensatz zu Generalanwältin Trstenjak in den in der vorstehenden Fußnote angeführten Schlussanträgen.

109 — 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). Siehe Ziff. 29, erster Gedankenstrich.

172. Deshalb bedeutet das von der Rechtsmittelführerin befürwortete wörtliche Verständnis des Abschnitts 3 dritter Gedankenstrich der Leitlinien nicht die Feststellung, dass die Kommission sich verpflichtet hat, *in jedem beliebigen Fall* die bloße Beendigung der Zuwiderhandlung nach ihrem ersten Einschreiten als mildernden Umstand anzuerkennen. Denn die Rechtsmittelführerin erinnert zu Recht daran, dass die Kommission nach der Rechtsprechung von den Leitlinien abweichen darf, vorausgesetzt, dass sie die Gründe darlegt, die sie dazu veranlassen, und dass diese mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sind. [110]

173. Ich bin deshalb der Meinung, dass Abschnitt 3 dritter Gedankenstrich der Leitlinien dahin ausgelegt werden kann, dass die Beendigung der Zuwiderhandlung nach dem Einschreiten grundsätzlich — also nicht nur unter besonderen Umständen, wie in dem angefochtenen Urteil angenommen — mit einer Herabsetzung des Grundbetrags der Geldbuße belohnt wird.

174. Diese Auslegung bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht zwangsläufig den in dieser Bestimmung genannten mildernden Umstand zugunsten der Rechtsmittelführerin bejahen und deshalb den Grundbetrag der Geldbuße herabsetzen muss.

110 — Vgl. Urteil Dansk Rørindustri u. a./Kommission (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 209).

175. Das Gericht besitzt nämlich gemäß Art. 229 EG und Art. 17 der Verordnung Nr. 17 eine Zuständigkeit, die die Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung bezüglich der nach dieser Verordnung auferlegten Geldbußen umfasst, und ist somit „befugt, über die reine Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme hinaus die Beurteilung der Kommission durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen“ und demgemäß die von der Kommission verhängte Geldbuße aufzuheben, herabzusetzen oder sogar zu erhöhen, wenn ihm die Frage nach der Höhe der Geldbuße zur Beurteilung vorgelegt worden ist. [111] Folglich ist das Gericht, wie bereits Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache JCB Service/Kommission vorgetragen hat [112], nicht an die Leitlinien gebunden.

176. Das Gericht hätte somit das Begehren der Rechtsmittelführerin genau aufgrund der in den Randnrn. 336, 340 und 341 dargelegten Erwägungen zurückweisen können, mit denen ich völlig einverstanden bin [113] und die im Wesentlichen auf dem Gedanken beruhen, dass die Beendigung einer Zuwiderhandlung, deren Rechtswidrigkeit offensichtlich ist, eine „angemessene und normale“ Reaktion auf das Eingreifen der Kommission ist. Dies müsste allerdings im Rahmen einer Zweckmäßigkeitsprüfung geschehen, bei der innerhalb eines dem Richter vom Gemeinschaftsgesetzgeber eingeräumten Spielraums Ermessensentscheidungen gefällt werden können.

111 — Urteil vom 8. Februar 2007, Groupe Danone/Kommission (C-3/06 P, Slg. 2007, I-1331, Randnrn. 61 und 62). Vgl. auch Nr. 132 der Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 8. Dezember 2005 in der Rechtssache Technische Unie/Kommission (Urteil C-113/04 vom 21. September 2006, Slg. 2006, I-8831) sowie die Nrn. 45 und 48 der Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro vom 16. November 2006 in der Rechtssache Groupe Danone/Kommission.

112 — Nr. 141 der Schlussanträge vom 15. Dezember 2005 in der oben in Fn. 100 angeführten Rechtssache.

113 — Mit Ausnahme, wie oben ausgeführt, der letzten beiden Zeilen von Randnr. 336, die die Abmilderung der Sanktion und ihrer Abschreckungswirkung betreffen.

177. Der vorliegende Rechtsmittelgrund greift deshalb meines Erachtens durch, soweit dem Gericht ein Rechtsirrtum bei der Auslegung der Leitlinien vorgeworfen wird. Das angefochtene Urteil ist in diesem Punkt aufzuheben. Da der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist, kann die von der Rechtsmittelführerin im ersten Rechtszug erhobene Rüge erneut geprüft werden, und der Gerichtshof muss sie meines Erachtens in Ausübung seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung zurückweisen, über die auch er gemäß Art. 61 Abs.1 seiner Satzung bei der endgültigen Entscheidung über einen Rechtsstreit verfügt [114].

I — *Zum neunten Rechtsmittelgrund betreffend die konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt*

1. Ausführungen des Gerichts

178. Die Rechtsmittelführerin machte vor dem Gericht mit verschiedenen Rügen geltend, die Kommission habe nicht ausreichend nachgewiesen, dass das behauptete Kartell, wie in der streitigen Entscheidung gemäß Abschnitt 1 Buchst. A Abs. 1 der Leitlinien [115] dargelegt, konkrete Auswirkungen auf den Markt gehabt habe. Sie beanstandet in der Rechtsmittelschrift insoweit lediglich die Gründe, aus denen das Gericht in den Randnrn. 198 bis 203 des angefochtenen Urteils ihr Argument zurückgewiesen hat, dass die Kommission nicht vorab den relevanten Produktmarkt definiert habe. Sie hatte geltend gemacht, dass dies im Rahmen einer Prüfung der Auswirkungen des Kartells zur Ermittlung der Schwere des Verstoßes erforderlich sei und dass die streitige Entscheidung keine Feststellung enthalte, dass der relevante Produktmarkt der für Zitronensäure sei. [116]

179. Das Gericht hat dieses Vorbringen im Wesentlichen aufgrund folgender Erwägungen zurückgewiesen:

„198. Wie zunächst festzustellen ist, hat die Kommission in der Entscheidung nicht geprüft, ob sich der fragliche Produktmarkt auf Zitronensäure beschränkt oder, wie ADM geltend macht, unter Einbeziehung ihrer Ersatzprodukte extensiver zu definieren ist. Sie hat unter den Überschriften ‚Das Erzeugnis' … und ‚Der Zitronensäuremarkt' … nur die verschiedenen Anwendungen von Zitronensäure und die Größe des Zitronensäuremarktes beschrieben.

199. Hingegen wird der fragliche Produktmarkt in dem Sachverständigenbericht, den die Klägerin der Kommission im

114 — Vgl. Urteil vom 8. Juli 1999, Kommission/Anic (C-49/92 P, Slg. 1999, I-4125, Randnr. 218).

115 — Dort heißt es: „Bei der Ermittlung der Schwere eines Verstoßes sind … die konkreten Auswirkungen auf den Markt, sofern diese messbar sind, … zu berücksichtigen."

116 — Siehe Nr. 7.2.3 der Klageschrift.

Verwaltungsverfahren vorlegte, analysiert und unter Einbeziehung der Ersatzprodukte, insbesondere der Phosphate und Mineralsäuren, extensiver definiert. Gleichwohl prüfte die Kommission in der Entscheidung nicht das Vorbringen von ADM, dass der relevante Produktmarkt extensiver definiert werden müsse.

200. Dennoch kann diese Argumentation von ADM nur durchgreifen, wenn sie aufzeigt, dass die Kommission, hätte sie den Produktmarkt ebenso wie ADM definiert, zu dem Ergebnis hätte kommen müssen, dass die Zuwiderhandlung auf den Markt, definiert als der Markt für Zitronensäure und ihre Substitute, keine Auswirkungen hatte …

201. Angesichts der von der Kommission in den Randnummern 213 ff. der Entscheidung entwickelten Analyse der Preisentwicklung und Verkaufsquoten hat die Klägerin jedoch weder belegen noch auch nur ein Bündel stimmiger Indizien dafür aufzeigen können, dass das Kartell für Zitronensäure mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf den größeren Markt für Zitronensäure und ihre Substitute keine oder jedenfalls nur zu vernachlässigende Auswirkungen gehabt hätte. Auch in dem Sachverständigenbericht wird trotz der darin getroffenen Feststellungen, dass der Markt extensiver definiert werden müsse, die angebliche Wirkungslosigkeit des Kartells hinsichtlich der Preisentwicklung allein für den Zitronensäuremarkt analysiert."

2. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

180. In der Rechtsmittelschrift trägt die Rechtsmittelführerin vor, nachdem das Gericht in Randnr. 198 des angefochtenen Urteils zu Recht festgestellt habe, dass die Kommission den fraglichen Produktmarkt nicht definiert habe, habe es nicht zu dem Ergebnis kommen können, dass die Kommission den Beweis für die Auswirkungen des Kartells auf den Markt erbracht habe. Die Definition des fraglichen Marktes sei für die Prüfung der Auswirkungen eines Kartells unerlässlich. Insbesondere könne ein Preiskartell keine Auswirkungen haben, wenn die Verbraucher ihre Nachfrage auf Ersatzprodukte richten könnten, und eine allgemeine Erhöhung der Preise für sie oder der Nachfrage nach ihnen könnte — unabhängig von den Aktivitäten des Kartells — zu einer Erhöhung der Preise für das Erzeugnis führen, das Gegenstand des Kartells sei. Indem das Gericht ausgeführt habe, dass es Sache der Rechtsmittelführerin sei, aufzuzeigen, dass die Kommission, hätte sie den Produktmarkt ebenso wie die Rechtsmittelführerin definiert, zu dem Ergebnis hätte kommen müssen, dass die Zuwiderhandlung keine Auswirkungen auf den Markt gehabt habe, habe es die Beweislast für die Auswirkungen eines Kartells, die doch die Kommission trage, rechtsfehlerhaft der Rechtsmittelführerin aufgebürdet. Das Gericht habe gegen den Grundsatz verstoßen, wonach die Kommission die Regeln, die sie — wie die in den Leitlinien enthaltenen — sich selbst auferlege, beachten müsse. Da der Nachweis der Auswirkungen auf den Markt nicht erbracht sei, müsse der Betrag der Geldbuße entsprechend herabgesetzt werden.

181. Die Kommission schickt voraus, das Gericht habe nicht erklärt, dass die Definition eines Marktes in der streitigen Entscheidung fehle. Sie schließt aus, dass dem Gericht ein Fehler bezüglich der Beweislast unterlaufen sei, und behauptet, die Rechtsmittelführerin wolle mit dem vorliegenden Rechtsmittelgrund in Wirklichkeit nur erreichen, dass der Gerichtshof Tatsachen überprüfe, für die sie im ersten Rechtszug nicht den erforderlichen Beweis erbracht habe. In der mündlichen Verhandlung hat der Bevollmächtigte der Kommission hinzugefügt, jedenfalls sei die Definition des fraglichen Produktmarkts in der vorliegenden Rechtssache nicht notwendig gewesen.

3. Beurteilung

182. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsmittelführerin unter „Definition des fraglichen Produktmarkts" das bekannte Verfahren der Identifizierung sämtlicher Erzeugnisse oder Dienstleistungen versteht, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen nur in geringem Maße austauschbar sind [117]; die Kommission befolgt dieses Verfahren bei der Anwendung der Art. 81 EG und 82 EG und bei der Überprüfung von Unternehmenszusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung. Es handelt sich um ein Verfahren, das zusammen mit der Definition des fraglichen geografischen Marktes die Feststellung der Wettbewerbszwänge, denen die von einem bestimmten Marktverhalten oder von einem Unternehmenszusammenschluss betroffenen Unternehmen unterliegen, und folglich die Beurteilung ihres Marktwerts ermöglicht.

183. Wie die Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft [118] selbst ausführt, „[unterscheidet] sich der Begriff des relevanten Marktes von Marktbegriffen …, wie sie oft in anderen Zusammenhängen gebraucht werden. So sprechen beispielsweise Unternehmen häufig vom Markt, wenn sie das Gebiet meinen, auf dem sie ihre Produkte verkaufen, oder allgemein die Branche, der sie angehören." Man kann im Übrigen allgemein von einem Produktmarkt (z. B. dem Zitronensäuremarkt) sprechen als von dem Ort, an dem sich Angebot und Nachfrage für dieses Erzeugnis (z. B. Zitronensäure) treffen, abgesehen davon, dass es Erzeugnisse geben kann, die mit diesem austauschbar sind und deren Angebot und Nachfrage das Angebot und die Nachfrage für dieses Erzeugnis beeinflussen kann. Wenn ich im Folgenden vom relevanten Produktmarkt sprechen werde, beziehe ich mich auf den in der vorigen Randnummer dargelegten Begriff und nicht auf allgemeine Begriffe des relevanten Produktmarkts.

184. Die Rüge der Rechtsmittelführerin hat das Gericht veranlasst, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob eine Beurteilung der Auswirkungen eines nach Art. 81 EG verbotenen Kartells zur Bestimmung der Schwere des Verstoßes notwendig eine Definition des relevanten Produktmarkts erfordert oder ob sie allein im Hinblick auf das Erzeugnis vorgenommen werden kann, das Gegenstand des Kartells ist, also abgesehen vom Vorhandensein anderer Erzeugnisse, die aus der Sicht der Verbraucher mit diesem austauschbar sind.

117 — Für alle Urteil Michelin/Kommission (oben in Fn. 10 angeführt, Randnr. 37).

118 — ABl. 1997, C 372, S. 5 (Randnr. 3).

185. Der vorliegende Rechtsmittelgrund beruht auf der Idee, dass das Gericht das Fehlen einer Definition des relevanten Produktmarkts in der angefochtenen Entscheidung festgestellt und zu Unrecht angenommen habe, dass eine solche Definition im vorliegenden Fall für die Beurteilung der Auswirkungen des Kartells auf den Markt nicht notwendig sei.

186. Auch wenn die vom Gericht angestellten Überlegungen in diesem Punkt nicht sehr klar sind und die Kommission bemerkt, das Gericht habe ihr nicht vorgeworfen, dass sie es unterlassen habe, einen Markt zu definieren, geht doch meines Erachtens aus den Randnrn. 198 und 199 des angefochtenen Urteils hinreichend deutlich hervor, dass die Kommission lediglich das Erzeugnis Zitronensäure berücksichtigt hat, ohne seine Austauschbarkeit mit anderen Erzeugnissen zu prüfen. Die Bemerkung des Gerichts, die streitige Entscheidung nehme auf den „Zitronensäuremarkt" Bezug, kann nicht bedeuten, dass das Gericht davon ausgegangen ist, dass sich die Kommission bemüht hat, den relevanten Produktmarkt zu definieren.

187. Im Übrigen erklärte die Kommission selbst in ihrer Gegenerwiderung im ersten Rechtszug, in der streitigen Entscheidung werde „eindeutig angegeben, dass der zu berücksichtigende Produktmarkt der Zitronensäuremarkt ist" [119], führte jedoch in ihrer Antwort auf die schriftlichen Fragen des Gerichts aus, dass sie damit nicht habe behaupten wollen, eine *„eingehende und detaillierte* Prüfung des relevanten Produktmarkts" [120] im Sinne ihrer oben in Nr. 183 genannten Bekanntmachung vorgenommen zu haben, da es im vorliegenden Fall nicht notwendig sei, alle möglichen Ersatzprodukte für Zitronensäure zu prüfen. Darüber hinaus erläuterte sie in dieser Antwort, dass sie in der streitigen Entscheidung lediglich „die *von dem Kartell betroffenen* Erzeugnisse sowie das Angebot und die Nachfrage nach diesen Erzeugnissen" [121] beschrieben habe. Diese Erklärung schließt aus, dass die Kommission *irgendeine* Analyse des relevanten Produktmarkts durchgeführt hat.

188. Deshalb hat die Rechtsmittelführerin meines Erachtens nicht Unrecht mit ihrem Vorbringen, das Gericht habe festgestellt, dass sich die Kommission nicht bemüht habe, den relevanten Produktmarkt zu definieren, sondern lediglich das *Erzeugnis* Zitronensäure und den entsprechenden Markt allgemein berücksichtigt habe.

189. Gibt man der Rechtsmittelführerin darin Recht, dass die Definition des relevanten Produktmarkts immer notwendig ist, wenn für die Beurteilung der Schwere des Verstoßes die konkreten Auswirkungen eines Kartells festgestellt werden müssen, hätte diese mit ihrer Behauptung in der Rechtsmittelschrift Recht, dass das Gericht mit seinen Überlegungen in den Randnrn. 200 und 201 des angefochtenen Urteils die eigentlich von der Kommission zu tragende Beweislast zu Unrecht der Rechtsmittelführerin auferlegt. Wenn die Kommission den relevanten Produktmarkt definieren musste und dies

119 — Nr. 25 der Gegenerwiderung.

120 — Siehe Antwort auf die erste Frage, S. 2. Freie Übersetzung (Hervorhebung nur hier).

121 — Ebd., S. 3, freie Übersetzung (Hervorhebung nur hier).

nicht getan hat, weil sie sich nur für das Erzeugnis Zitronensäure interessiert hat, ohne seine Austauschbarkeit mit anderen Erzeugnissen zu berücksichtigen, konnte das Gericht nichts anderes tun, als das Unterlassen der Kommission festzustellen, und hätte nicht von der Rechtsmittelführerin verlangen dürfen, aufzuzeigen, dass das Kartell keine Auswirkungen auf den relevanten Produktmarkt in der von ihr selbst vorgeschlagenen Definition gehabt hätte.

190. Mit dem vorliegenden Rechtsmittelgrund wird somit eine Rechtsfrage aufgeworfen und nicht die Tatsachenwürdigung des Gerichts in Frage gestellt. Er ist deshalb zulässig.

191. Was seine Begründetheit betrifft, stimme ich der Würdigung des Gerichts im Wesentlichen zu.

192. Keine praktische Konsequenz hat offenbar die Tatsache, dass das Gericht bei der Prüfung der Rüge der Rechtsmittelführerin davon ausgegangen ist, dass diese auf die Feststellung einer *unrichtigen* Definition des relevanten Produktmarkts gerichtet gewesen sei [122], während sie in Wirklichkeit auf das *Unterlassen* einer Definition dieses Marktes gestützt war. Das Gericht hat angenommen, dass der Umstand, dass die Kommission die Austauschbarkeit der Zitronensäure mit anderen Erzeugnissen nicht geprüft hat, in der Praxis zur Berücksichtigung eines auf die Zitronensäure beschränkten Marktes geführt habe, während die Rechtsmittelführerin von einem weiter gefassten Markt ausgegangen sei. Die Rechtsmittelführerin dagegen ging mit ihrer beim Gericht erhobenen Rüge davon aus, dass die Kommission die Zitronensäure als Produktmarkt nur im allgemeinen Sinne angesehen habe. Dieser Unterschied in den Sichtweisen hat jedoch in der Praxis keine wesentliche Bedeutung, da die Rechtsmittelführerin hauptsächlich rügt, dass die Kommission es mangels einer Definition des relevantes Produktmarkts unterlassen habe, die Auswirkungen des Kartells auf den ihrer Meinung nach relevanten Produktmarkt zu untersuchen, also auf einen umfassenden Markt nicht nur für Zitronensäure, sondern auch für andere Erzeugnisse.

193. Ich halte mit der Kommission die Auffassung der Rechtsmittelführerin, dass es für die Feststellung der konkreten Auswirkungen eines Kartells im Rahmen der Beurteilung der Schwere des Verstoßes immer notwendig sei, den relevanten Produktmarkt zu definieren, für unzutreffend.

194. Zunächst ist daran zu erinnern, dass nicht alle Beurteilungen, die die Kommission bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags vornehmen muss, voraussetzen, dass vorab ein relevanter Markt definiert wird.

122 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 194 und 203, wo von „Fehlern" „bei der Definition des relevanten Marktes" und einer „fehlerhaften Definition des relevanten Produktmarkts" die Rede ist.

195. Die Definition des relevanten Marktes ist bekanntlich z. B. zur Feststellung einer beherrschenden Stellung im Sinne des Art. 82 EG unerlässlich. [123]

196. Zu Art. 81 EG hat der Gerichtshof ausgeführt: „Die Definition des relevanten Marktes im Rahmen der Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag [jetzt Art. 81 Abs. 1 EG] bezweckt allein die Feststellung, ob die fragliche Vereinbarung den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt." [124] Deshalb ist, wie das Gericht klargestellt hat, die Verpflichtung, in einer nach Art. 81 EG erlassenen Entscheidung den relevanten Markt abzugrenzen, nicht absolut, sondern obliegt der Kommission „*nur dann …, wenn ohne eine solche Abgrenzung* nicht bestimmt werden kann, ob [das Kartell] den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt" [125].

197. Die Definition des relevanten Marktes ist im Übrigen für die Prüfung notwendig, ob in einem bestimmten Fall die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 Buchst. b EG gegeben sind [126], während sie für die Prüfung, ob die anderen drei Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG erfüllt sind, nicht erforderlich ist [127].

198. Auch bei der Ermittlung der Schwere des Verstoßes im Rahmen der Anwendung des Art. 15 der Verordnung Nr. 17 muss über die Notwendigkeit einer vorherigen Definition des relevanten Marktes im Zusammenhang mit der beabsichtigten spezifischen Beurteilung entschieden werden.

199. Was die Beurteilung der konkreten Auswirkungen eines Kartells betrifft, glaube ich nicht, dass die Kommission vor der Prüfung derartiger Auswirkungen des Kartells in jedem Fall zunächst den relevanten Markt abgrenzen muss.

200. Im vorliegenden Fall stellte die Kommission fest, dass das Kartell Auswirkungen auf die Preise für Zitronensäure gehabt habe. Das Gericht wies die Rügen, die die Rechtsmittelführerin gegen diese Feststellung erhoben hatte, aus den in den Randnrn. 152 bis 168

123 — Vgl. unter vielen anderen die Urteile vom 31. Mai 1979, Hugin/Kommission (22/78, Slg. 1979, 1869, Randnr. 5), Michelin/Kommission (oben in Fn. 10 angeführt, Randnr. 37) und vom 13. Dezember 2007, United Pan-Europe Communications u. a. (C-250/06, Slg. 2007, I-11135, Randnr. 21).

124 — Beschluss vom 16. Februar 2006, Adriatica di Navigazione/Kommission (C-111/04 P, Slg. 2006, I-22, Randnr. 31).

125 — Urteil vom 19. März 2003, CMA CGM u. a./Kommission (T-213/00, Slg. 2003, II-913, Randnr. 206, Hervorhebung nur hier). Vgl. auch Urteile vom 6. Juli 2000, Volkswagen/Kommission (T-62/98, Slg. 2000, II-2707, Randnr. 230), und vom 8. Juli 2004, Mannesmannröhren-Werke/Kommission (T-44/00, Slg. 2004, II-2223, Randnr. 132).

126 — In diesem Sinne Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (oben in Fn. 118 angeführt, Randnr. 11) sowie Urteil CMA CGM u. a./Kommission (in der vorstehenden Fußnote angeführt, Randnr. 226).

127 — Urteil CMA CGM u. a./Kommission (oben in Fn. 125 angeführt, Randnr. 226).

und 180 bis 193 des angefochtenen Urteils dargelegten Gründen zurück, die in der Rechtsmittelschrift nicht beanstandet worden sind. Es ist somit davon auszugehen, dass diese Auswirkungen endgültig festgestellt sind.

201. Selbst wenn man annehmen wollte, dass der hier relevante Produktmarkt noch andere Erzeugnisse als Zitronensäure umfasst, bleibt doch die Tatsache bestehen, dass das Kartell Auswirkungen zumindest auf ein Segment dieses hypothetischen weiteren Marktes hatte, nämlich eben das Segment der Zitronensäure. Dadurch, dass die Kommission diese Auswirkungen festgestellt hat, hat sie meines Erachtens ihre Verpflichtung erfüllt, den Nachweis für die konkreten Auswirkungen des Kartells auf den Markt zu erbringen. An diesem Punkt war es Sache der Rechtsmittelführerin, die Erheblichkeit dieser Auswirkungen zu widerlegen, indem sie z. B. behauptete und belegte, dass diese durch gegenteilige Wirkungen ausgeglichen worden seien, die das Kartell in anderen Segmenten dieses weiter gefassten Marktes entfaltet habe. Sie hat jedoch, wie das Gericht in Randnr. 201 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, nichts dafür vorgetragen, dass die Kommission bei Berücksichtigung auch der Substitute für Zitronensäure zu dem Ergebnis hätte kommen müssen, dass das Kartell auf diesem weiter gefassten Markt keine oder jedenfalls nur zu vernachlässigende Auswirkungen gehabt hätte.

202. Der vorliegende Rechtsmittelgrund kann deshalb meines Erachtens nicht durchgreifen.

J — *Zum siebten und zum achten Rechtsmittelgrund: Verletzung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes bei der Beurteilung der Mitarbeit der Rechtsmittelführerin im Verwaltungsverfahren*

203. Die Rechtsmittelführerin beanstandete die streitige Entscheidung insoweit, als ihr darin die Vergünstigung versagt wurde, die in Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit, der die „Nichtfestsetzung oder wesentlich niedrigere Festsetzung einer Geldbuße" behandelt, vorgesehen ist. Soweit diese Ablehnung damit begründet werde, dass die Rechtsmittelführerin nicht die Voraussetzung des Abschnitts B Buchst. b erfülle, verstoße sie aus zwei Gründen gegen den Grundsatz des berechtigten Vertrauens: Erstens sei entgegen den Ausführungen in der streitigen Entscheidung sie und nicht Cerestar das Unternehmen, das im Sinne des Abschnitts B Buchst. b als erstes Angaben gemacht habe, die für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung gewesen seien. Die Beweismittel, die Cerestar bei dem Treffen mit Dienststellen der Kommission vom 29. Oktober 1998 vorgelegt habe, hätten nämlich im Gegensatz zu denen, die sie selbst der Kommission bei dem Treffen vom 11. Dezember 1998 übergeben habe, zum Beweis für das Bestehen des Kartells nicht ausgereicht. Zweitens sei ihr bei den verschiedenen Treffen mit Dienststellen der Kommission und in dem mit diesen im Verwaltungsverfahren geführten Briefwechsel bestätigt worden, dass sie das erste Unternehmen gewesen sei, das im Sinne des Abschnitts B der vorgenannten Mitteilung mit der Kommission zusammengearbeitet habe.

204. Das Gericht hat beide Rügen zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, die erste Rüge greife nicht durch, denn die Rechtsmittelführerin

erfülle nicht die Voraussetzung des Abschnitts B Buchst. e der Mitteilung über Zusammenarbeit, da feststehe, dass sie eine Anführerrolle bei dem Kartell gespielt habe. Für die Gewährung der fraglichen Vergünstigung müssten die in Abschnitt B Buchst. a und Buchst. e der Mitteilung über Zusammenarbeit aufgestellten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. [128] Das Gericht hat die zweite Rüge als unbegründet zurückgewiesen, indem es nach vorheriger Prüfung der Erklärungen der Rechtsmittelführerin dargelegt hat, die Kommission habe im Verwaltungsverfahren keine bestimmte Zusicherung gemacht, dass sie der Rechtsmittelführerin diese Vergünstigung gewähren werde, und hätte eine solche Zusicherung im Übrigen auch nicht machen können, denn sie könne nur auf der Grundlage einer Würdigung aller ihr von den Unternehmen im Verwaltungsverfahren mitgeteilten Informationen entscheiden, ob einem von ihnen diese Vergünstigung zu gewähren sei. [129]

1. Zu dem Rechtsmittelgrund betreffend die Erklärungen, die die Dienststellen der Kommission im Verwaltungsverfahren abgegeben haben

205. Mit diesem Rechtsmittelgrund macht die Rechtsmittelführerin geltend, nachdem das Gericht in den Randnrn. 391 und 392 des angefochtenen Urteils festgestellt habe, dass „die Kommission tatsächlich [versuchte], die Beteiligten dadurch zu einer möglichst vollständigen Zusammenarbeit zu motivieren, dass sie ihnen diese als so attraktiv wie möglich erscheinen ließ, nämlich durch Hinweise auf Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit“, und dass sie „der Klägerin [erklärte], dass in ihrem Fall grundsätzlich eine wesentlich niedrigere Festsetzung der Geldbuße nach [dem genannten] Abschnitt ‚in Betracht‘ komme“, hätte es zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der Rechtsmittelführerin genaue Zusicherungen gemacht worden seien, die geeignet gewesen seien, ein berechtigtes Vertrauen in die Gewährung der in Rede stehenden Vergünstigung zu wecken.

206. Zudem habe das Gericht zu Unrecht angenommen, dass es keine derartigen Zusicherungen gegeben haben könne, da die Beurteilung der Mitarbeit der Unternehmen durch die Kommission erst nach Beendigung des Verwaltungsverfahrens erfolge. In der Mitteilung über Zusammenarbeit werde bestätigt, dass ein berechtigtes Vertrauen in dem Moment entstehe, in dem die Beweise erbracht würden.

207. Nach Ansicht der Kommission sind die Darlegungen des Gerichts rechtsfehlerfrei. Insbesondere dürfe ein Unternehmen, auch wenn die Mitteilung über Zusammenarbeit ein berechtigtes Vertrauen begründe, zu dem Zeitpunkt, zu dem es der Kommission Beweise vorlege, nicht darauf vertrauen, dass diese ihm gemäß Abschnitt B Buchst. b eine Herabsetzung der Geldbuße gewähren werde. Die Kommission sei nämlich erst nach Erhalt und Auswertung aller Beweise in der Lage, zu prüfen, ob dieses Unternehmen die in dieser Bestimmung kumulativ aufgestellten Voraussetzungen erfülle.

208. Meiner Auffassung nach ist die Frage, ob der Rechtsmittelführerin durch die Erklärungen der Dienststellen der Kommission

128 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 375 bis 379.
129 — Ebd., Randnrn. 384 bis 395.

im Verwaltungsverfahren genaue Zusicherungen bezüglich der Anwendung des Abschnitts B der Mitteilung über Zusammenarbeit gemacht worden sind, Gegenstand der vom Gericht vorgenommenen Tatsachenwürdigung, die nicht mit dem Rechtsmittel angefochten werden kann, außer wenn eine Verfälschung der Tatsachen selbst oder der dafür vorgelegten Beweise behauptet wird. Die Rechtsmittelführerin stellt in der Rechtsmittelschrift keine derartige Behauptung auf.

209. Deshalb stehen die Schlussfolgerungen des Gerichts keineswegs im Widerspruch zu den von ihm in den Randnrn. 391 und 392 des angefochtenen Urteils (siehe oben, Nr. 205) getroffenen Feststellungen, aus denen nicht hergeleitet werden kann, dass der Rechtsmittelführerin genaue Zusagen dahin gehend gemacht wurden, dass die Absicht bestand, ihr die in Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit vorgesehene Vergünstigung zu gewähren. Aus diesen Feststellungen ergibt sich lediglich, dass die Gewährung dieser Vergünstigung der Rechtsmittelführerin von den Dienststellen der Kommission als eine Möglichkeit „in Anwendung" dieses Abschnitts in Aussicht gestellt wurde, was bedeutet, dass sie von dem Vorliegen der dort vorgesehenen Voraussetzungen abhängig gemacht wurde.

210. Zudem war das Gericht völlig zu Recht der Auffassung, dass die Rechtsmittelführerin jedenfalls zu dem Zeitpunkt, zu dem sie bei der Untersuchung der Kommission mitwirkte, nicht auf die Gewährung dieser Vergünstigung habe vertrauen dürfen. Denn ihr habe schon in diesem Zeitpunkt klar sein müssen, dass, wie ausdrücklich in Abschnitt E Abs. 2 der Mitteilung über Zusammenarbeit klargestellt werde [130], die Entscheidung darüber, ob die in Abschnitt B genannten Voraussetzungen erfüllt sind, zusammen mit der endgültigen Entscheidung der Kommission in dem betreffenden Kartellfall getroffen werde.

211. Der vorliegende Rechtsmittelgrund ist deshalb zurückzuweisen.

2. Zu dem Rechtsmittelgrund betreffend die Verletzung der in Abschnitt B der Mitteilung über Zusammenarbeit aufgestellten Voraussetzungen

212. Mit diesem Rechtsmittelgrund macht die Rechtsmittelführerin im Wesentlichen geltend, die Zurückweisung des Klagegrundes der Verletzung des Abschnitts B Buchst. b der Mitteilung über Zusammenarbeit und damit des Grundsatzes des Vertrauensschutzes als unbegründet beruhe auf der unrichtigen Feststellung, dass sie die Voraussetzungen des Abschnitts B Buchst. e nicht erfülle. Diese unrichtige Feststellung sei die Konsequenz der Rechtsirrtümer, die dem Gericht bei der Prüfung der Rechtsmittelgründe unterlaufen seien, mit denen sie die Auffassung der Kommission, dass sie in dem Kartell eine Anführerrolle gespielt habe, beanstandet hatte.

130 — Dort heißt es: „Die Entscheidung darüber, ob die in den Abschnitten B, C oder D genannten Voraussetzungen für die Nichtfestsetzung oder niedrigere Festsetzung der Geldbuße erfüllt sind, wird zusammen mit der endgültigen Entscheidung der Kommission in dem betreffenden Kartellfall getroffen."

213. Die Kommission führt aus, mit diesem Rechtsmittelgrund wiederhole die Rechtsmittelführerin lediglich die Rügen, die sie im Rahmen anderer Rechtsmittelgründe gegen die Begründungen erhoben habe, mit denen das Gericht die in der streitigen Entscheidung vorgenommene Qualifizierung der Rechtsmittelführerin als Anführer des Kartells bestätigt habe. Der vorliegende Rechtsmittelgrund sei somit zurückzuweisen, da diese Rügen, wie die Kommission in ihrer Antwort darauf bereits ausgeführt habe, unbegründet seien.

214. Da ich nach Prüfung der Gründe, die sich auf die angebliche Anführerrolle der Rechtsmittelführerin in dem Zitronensäurekartell bezogen, zu dem Ergebnis gekommen bin, dass sowohl aus Verfahrensgründen als auch aus materiellen Gründen nicht angenommen werden kann, dass die Rechtsmittelführerin tatsächlich eine Anführerrolle gespielt hat, kann ich nur vorschlagen, auch dem vorliegenden Rechtsmittelgrund stattzugeben. Da das Gericht somit nicht entscheiden durfte, dass die Rechtsmittelführerin ein Anführer dieses Kartells war und deshalb nicht die Voraussetzung des Abschnitts B Buchst. e der Mitteilung über Zusammenarbeit erfüllte, hätte es die Rüge, die Kommission habe Abschnitt B Buchst. b falsch ausgelegt, inhaltlich prüfen müssen.

215. Das angefochtene Urteil ist demnach insoweit aufzuheben, als diese Rüge als unbegründet zurückgewiesen wurde. Diese Rüge werde ich nunmehr prüfen, wobei ich davon ausgehe, dass der Gerichtshof, da der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist, gemäß Art. 61 Abs. 1 seiner Satzung auch über diese endgültig entscheiden kann.

K — *Zur Klage gegen die streitige Entscheidung und zu der Frage, ob die Rechtsmittelführerin gemäß Abschnitt B Buchst. b der Mitteilung über Zusammenarbeit als das Unternehmen anzusehen ist, das als erstes Angaben gemacht hat, die für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung waren*

216. Die Rechtsmittelführerin machte vor dem Gericht geltend, sie sei das Unternehmen gewesen, das der Kommission als erstes Angaben gemacht habe, die für den Beweis des Bestehens des Zitronensäurekartells von entscheidender Bedeutung gewesen seien. Diese Angaben seien bei dem Treffen ihrer Vertreter mit Dienststellen der Kommission am 11. Dezember 1998 in Form von direkten Zeugenaussagen, Dokumentenbeweisen aus der Zeit des Bestehens des Kartells und Beschreibungen des Kontextes und der Durchführung des Kartells gemacht worden. Dagegen könnten die Angaben, die Cerestar bei dem Treffen ihrer Vertreter mit Dienststellen der Kommission am 29. Oktober 1998 gemacht habe, entgegen den Ausführungen in der streitigen Entscheidung nicht als entscheidend für den Beweis des Bestehens des Kartells angesehen werden.

217. Zu diesem letzten Punkt brachte die Rechtsmittelführerin folgende Argumente vor [131]:

— Cerestar habe keine Informationen über das Kartell für die Zeit vor ihrer Beteiligung daran gegeben;

131 — Siehe Nr. 9.2.1 der Klageschrift.

— die Informationen, die Cerestar über die genaueren Umstände der Kartellsitzungen und über die Teilnehmer gegeben habe, seien weder präzise noch schlüssig und seien teilweise in der Folgezeit nach einer eingehenderen Prüfung von Cerestar selbst widerrufen worden;

— Cerestar habe ungenaue und wenig überzeugende Informationen über den Gegenstand der Sitzungen gegeben und habe über die vereinbarten Preise und Quoten keinerlei Angaben gemacht;

— es sehe nicht so aus, als ob Cerestar der Kommission direkte Zeugenbeweise vorgelegt hätte;

— Cerestar selbst habe es für notwendig gehalten, die bei dem Treffen vom 29. Oktober 1998 abgegebenen mündlichen Erklärungen durch die Übermittlung zusätzlicher Informationen zu vertiefen und zu erläutern, jedoch erst nach dem Treffen der Rechtsmittelführerin mit Dienststellen der Kommission vom 11. Dezember 1998;

— die Kommission habe am 3. März 1999 ein ausführliches Auskunftsverlangen an Cerestar gerichtet, das auf die Erklärungen der Rechtsmittelführerin gestützt gewesen sei.

218. Die Kommission erwiderte, die Unvollständigkeit der von einem Unternehmen gegebenen Informationen stehe nicht der Annahme entgegen, dass diese im Sinne von Abschnitt B Buchst. b der Mitteilung über Zusammenarbeit für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung seien. Diese Bestimmung verlange keine Beweise der genauen Dauer des Kartells oder der ständigen Teilnahme aller seiner Mitglieder.

219. Ich stelle vorab fest, dass die Rechtsmittelführerin keine Zweifel daran geäußert hat, dass die entscheidenden Angaben im Sinne dieser Bestimmung auch mündlich gemacht werden können. Sie hat auch nicht die inhaltliche Unbestimmtheit der von den Vertretern von Cerestar bei dem Treffen vom 29. Oktober 1998 abgegebenen mündlichen Erklärungen gerügt. Der Inhalt dieser Erklärungen ergibt sich aus einer „Aktennotiz" vom 6. November 1998, die von einem der bei diesem Treffen anwesenden Bediensteten der Kommission gefertigt und aufgrund eines ausdrücklichen Ersuchens des Gerichts zu den erstinstanzlichen Akten genommen wurde. Ferner hat die Rechtsmittelführerin die am Anfang der Randnr. 306 der streitigen Entscheidung aufgestellte Behauptung, dass die von Cerestar bei diesem Treffen gegebenen Informationen den späteren Angaben aus der schriftlichen Erklärung entsprächen, nicht oder jedenfalls nicht hinreichend klar und detailliert bestritten.

220. Im Rahmen der Beurteilung dieser mit der Klage im ersten Rechtszug erhobenen Rüge ist somit nur anhand des Vorbringens der Rechtsmittelführerin zu prüfen, ob diese Informationen, die sich aus der genannten „Aktennotiz" und aus der schriftlichen Erklärung von Cerestar ergeben, als Angaben anzusehen sind, die für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung waren.

221. Wie das Gericht bereits entschieden hat, bezieht sich die Wendung „Angaben, die für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung sind" im Sinne des Abschnitts B Buchst. b der Mitteilung über Zusammenarbeit nicht auf Beweise, die als solche zum Nachweis des Bestehens des Kartells ausreichen. [132] Es darf sich daher bei den gemachten Angaben nicht nur um eine Orientierungshilfe für die von der Kommission durchzuführenden Untersuchungen handeln, sondern diese Angaben müssen unmittelbar als Beweis für die Zuwiderhandlung herangezogen werden können. [133]

222. Die zu prüfende Bestimmung verlangt keineswegs, dass in der Entscheidung der Kommission Angaben über alle erheblichen Tatsachen gemacht werden. [134] Die gemachten Angaben brauchen deshalb nicht unbedingt die gesamte Zeit des Bestehens des Kartells abzudecken. Nach der genannten Bestimmung ist es auch nicht zwingend erforderlich, dass die Beweise durch direkte Zeugenaussagen der an der unzulässigen Aktivität Beteiligten erbracht werden. Das erste und das vierte Argument, die oben in Nr. 217 wiedergegeben sind, greifen deshalb nicht durch und müssen zurückgewiesen werden.

223. Der bloße Umstand, dass Cerestar nach dem Treffen vom 29. Oktober 1998 beabsichtigte, weitere Informationen zu geben, oder dass die Kommission ihr ein Auskunftsverlangen übermittelte, ist für die Feststellung, ob die bei diesem Treffen gemachten Angaben für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung waren, unerheblich. Deshalb sind auch das fünfte und das sechste Argument, die oben in Nr. 217 wiedergegeben sind, zurückzuweisen.

224. Was die Ungenauigkeit der von Cerestar am 29. Oktober 1998 über die Kartellsitzungen und die jeweiligen Teilnehmer gegebenen Informationen betrifft, bemerke ich, dass sich aufgrund der Umstände, auf die sich die Rechtsmittelführerin beruft — dass nämlich in diesen Informationen acht Treffen nur als „mögliche" Kartellsitzungen bezeichnet wurden, dass die Identität der Sitzungsteilnehmer nur für drei tatsächlich festgestellte Kartellsitzungen bekannt gegeben wurde und dass sechs der in diesen Informationen genannten Sitzungen nach den Feststellungen der Kommission nie stattgefunden haben —, nicht ausschließen lässt, dass Cerestar mit diesen

132 — Vgl. die oben in Fn. 30 angeführten Urteile Tokai Carbon u. a./Kommission (Randnr. 362) und BASF/Kommission (Randnr. 492) sowie das Urteil des Gerichts vom 15. März 2006, Daiichi Pharmaceutical/Kommission (T-26/02, Slg. 2006, II-713, Randnr. 156); in allen diesen Urteilen ist darauf hingewiesen worden, dass das in Abschnitt B Buchst. a der Mitteilung über Zusammenarbeit verwendete Adjektiv „ausreichende" in Abschnitt B Buchst. b dieser Mitteilung nicht enthalten ist; siehe auch Urteil des Gerichts vom 26. April 2007, Bolloré u. a. /Kommission (T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02 und T-126/02, T-128/02 und T-129/02, T-132/02 und T-136/02, Slg. 2007, II-947, Randnr. 692).

133 — Vgl. Urteile BASF/Kommission (oben in Fn. 30 angeführt, Randnr. 493) und Daiichi Pharmaceutical/Kommission (oben in Fn. 132 angeführt, Randnr. 157).

134 — In diesem Sinne Urteil Daiichi Pharmaceutical/Kommission (oben in Fn. 132 angeführt, Randnr. 162).

Informationen der Kommission gleichwohl entscheidende Angaben gemacht hat. Denn Cerestar war, wie sich aus dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin selbst ergibt, aufgrund derselben Informationen — wenn erforderlich, mit sachdienlichen und verständlichen Vorbehalten wegen der verstrichenen Zeit und dem angeblichen Fehlen einer ausreichenden Dokumentation — in der Lage, eine bestimmte Anzahl von Sitzungen und die Teilnehmer zu bezeichnen, die in der streitigen Entscheidung bestätigt wurden. [135]

225. Der angeblich vage und wenig überzeugende Charakter der von Cerestar am 29. Oktober 1998 gegebenen Informationen über den Gegenstand der Kartellsitzungen sowie das Fehlen genauer Angaben über die vereinbarten Preise und Quoten sind schließlich keine Umstände, die ausschließen, dass Cerestar mit diesen Informationen entscheidende Hinweise für den Beweis des Bestehens eines Kartells gegeben hat.

226. Zwar sind diese Informationen nicht so genau, dass für jede festgestellte Kartellsitzung das Datum, der Ort, die Teilnehmer, der Gegenstand und der Verlauf der Diskussionen angegeben werden. Sie enthalten jedoch für jede dieser Sitzungen spezifische Details, wodurch sie direkt als Beweis für Tatsachen verwendbar werden, die einen Verstoß begründen, wobei sich der vollständige Beweis aus der Kombination dieser Informationen mit den Beweiselementen ergibt, die die Kommission in der Folgezeit aus anderen Quellen erhalten hat.

227. So konnte die Kommission z. B., auch wenn in den von Cerestar gegebenen Informationen über die Kartellsitzung vom 19. Mai 1992 in Jerusalem nicht der Gegenstand der Diskussionen, sondern nur das ungefähre Datum, der Ort und die Teilnehmer angegeben wurden, dank der Informationen der anderen Unternehmen feststellen, dass in dieser Sitzung eine Ausgleichsregelung für Verkäufe zwischen den Kartellmitgliedern für den Fall der Überschreitung der vereinbarten individuellen Absatzquoten besprochen wurde. [136] Diese Informationen anderer Unternehmen wurden ihrerseits bestätigt durch die Informationen von Cerestar vom 29. Oktober 1998, in denen die Ausgleichsregelung, wenn auch ohne Bezugnahme auf bestimmte Kartellsitzungen, allgemein beschrieben wird und detaillierte bezifferte Angaben über einzelne von Cerestar zum Zweck des Ausgleichs vorgenommene Transaktionen gemacht werden.

228. In Bezug auf die Sitzung vom 2. November 1994 in Brüssel [137] umfassten die von Cerestar gegebenen Informationen übrigens auch Angaben über den Gegenstand der

135 — Es handelt sich insbesondere um die Treffen vom 19. Mai 1992 in Jerusalem (siehe Randnr. 103 der streitigen Entscheidung und S. 5 der schriftlichen Erklärung von Cerestar, wo der folgende Tag als das wahrscheinliche Datum der Sitzung genannt wird, also mit einer geringfügigen Zeitverschiebung), vom 1. Juni 1993 in Irland (siehe Randnr. 113 der streitigen Entscheidung und S. 6 der schriftlichen Erklärung von Cerestar) und vom 27. Oktober 1993 in Brügge (siehe Randnr. 118 der streitigen Entscheidung und S. 6 der schriftlichen Erklärung von Cerestar).

136 — Siehe Randnr. 103 der streitigen Entscheidung.

137 — Siehe Randnr. 122 der streitigen Entscheidung und S. 7 f. der schriftlichen Erklärung von Cerestar.

Diskussionen, insbesondere über den bei dieser Gelegenheit vereinbarten Plan, den konkurrierenden chinesischen Herstellern, darunter eigenen Vertretern, mit einer Antidumping-Klage zu drohen.

229. Der Umstand, dass die Kommission zum Beweis dafür, dass die verschiedenen festgestellten Kartellsitzungen die Zuwiderhandlung begründende Tatsachen darstellten, die von Cerestar am 29. Oktober 1998 gemachten Angaben mit denen verknüpfen musste, die nach und nach von anderen Kartellunternehmen oder von Cerestar selbst gemacht wurden, schließt nicht den „entscheidenden" Charakter dieser ersten Angaben aus, die im Rahmen der Untersuchungen der Kommission geeignet sind, direkt als Beweis und nicht nur als Orientierungsquellen benutzt zu werden.

230. Es trifft übrigens zu, dass die von Cerestar am 29. Oktober 1998 gegebenen Informationen keine genauen Angaben über die vereinbarten Preise umfassten und dass hinsichtlich der Quoten nur auf die Cerestar selbst zugewiesene Quote von 5 % des weltweiten Gesamtumsatzes der Kartellmitglieder hingewiesen wurde.

231. Diese Informationen lassen jedoch die Kartellmitglieder erkennen, ermöglichen es, den Zeitraum von 1991 bis 1995 als die ungefähre Dauer des Verstoßes zu bestimmen, enthalten Hinweise auf eine bestimmte Zahl von Kartellsitzungen, den Sitzungsort und die Teilnehmer, enthalten eine detaillierte Schilderung der Umstände, unter denen Cerestar dem Kartell beigetreten war, und umfassen eine allgemeine, deshalb aber nicht ungenaue Beschreibung der Funktionsmechanismen des Kartells unter Bezugnahme auf die Art der Treffen („Master"-Treffen und „Sherpa"-Treffen) sowie der verschiedenen von den Vereinbarungen abgedeckten Themenbereiche (insbesondere Preise, Zuteilung von Marktquoten und Informationsaustausch über die Verkaufsmengen). Es besteht meines Erachtens kein Zweifel daran, dass Cerestar mit diesen Informationen, auch wenn sie keine bezifferten Angaben über vereinbarte Preise und Quoten enthalten, Angaben gemacht hat, die für den Beweis des Bestehens des Kartells von entscheidender Bedeutung waren [138], da sie geeignet sind, der Kommission ihre Aufgabe, die Tatsachen, aus denen sich der ermittelte Verstoß ergibt, zu rekonstruieren und zu beweisen, erheblich zu erleichtern. Ob dieser nicht sehr detaillierte Beitrag eine so bedeutende Herabsetzung der Geldbuße verdient wie die, die Cerestar von der Kommission gewährt wurde (90 %), ist eine andere Frage, die hier nicht zu erörtern ist.

232. Aus dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin ergibt sich somit nicht, dass der Kommission ein Beurteilungsfehler unterlaufen ist, als sie zu dem Ergebnis kam, dass die von Cerestar in der Sitzung vom 29. Oktober 1998 gemachten Angaben für den Beweis des Bestehens des Zitronensäurekartells von entscheidender Bedeutung waren.

138 — Vgl. die entsprechenden Schlussfolgerungen unter vergleichbaren Umständen im Urteil BASF/Kommission (oben in Fn. 30 angeführt, Randnr. 568) sowie die Urteile des Gerichts vom 27. September 2006, Roquette Frères/Kommission (T-322/01, Slg. 2006, II-3137, Randnrn. 238 bis 244, insbesondere Randnr. 242), und Archer Daniels Midland/Kommission (T-329/01, Slg. 2006, II-3255, Randnrn. 320 bis 324, insbesondere Randnr. 323).

233. Die von der Rechtsmittelführerin in ihrer Klage gegen die streitige Entscheidung insoweit erhobene Rüge ist deshalb meines Erachtens zurückzuweisen.

L — *Neufestsetzung der gegen die Rechtsmittelführerin verhängten Geldbuße*

234. Als Ergebnis der bislang formulierten Überlegungen und Schlussfolgerungen meine ich, dass der Gerichtshof in seiner endgültigen Entscheidung über den Rechtsstreit gemäß Art. 61 Abs. 1 seines Statuts die in der streitigen Entscheidung gegen die Rechtsmittelführerin verhängte Geldbuße wie folgt neu festsetzen muss: Die Erhöhung von 35 %, die die Kommission wegen des erschwerenden Umstands der Eigenschaft als Anführer des Kartells auf den von ihr berechneten Grundbetrag dieser Geldbuße angewandt hat, ist aufzuheben; folglich ist auf diesen Betrag von 58,8 Mio. Euro die Herabsetzung anzuwenden, die die Kommission gemäß Abschnitt D der Mitteilung über Zusammenarbeit gewährt hat.

235. Auf diese Weise würde die der Rechtsmittelführerin auferlegte Geldbuße auf 29,4 Mio. Euro herabgesetzt.

M — *Kosten*

236. Nach Art. 122 Satz 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs entscheidet dieser über die Kosten, wenn das Rechtsmittel begründet ist und er selbst den Rechtsstreit endgültig entscheidet. Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung, der gemäß Art. 118 der Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Der Gerichtshof kann jedoch gemäß Art. 69 § 3 der Verfahrensordnung die Kosten teilen oder beschließen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt.

237. In der vorliegenden Rechtssache ist es meines Erachtens in Anbetracht des teilweisen Unterliegens beider Verfahrensbeteiligter angemessen, zu entscheiden, dass jede Partei ihre eigenen Kosten für das Rechtsmittelverfahren trägt.

238. Darüber hinaus halte ich es unter Berücksichtigung des Umstands, dass das angefochtene Urteil teilweise aufzuheben und den gegen die streitige Entscheidung gerichteten Anträgen der Rechtsmittelführerin teilweise stattzugeben ist, für angemessen, den entsprechenden Anträgen der Rechtsmittelführerin in der Rechtsmittelschrift teilweise stattzugeben und die Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils abzuändern. Ich schlage insoweit vor, die Kommission zur Tragung eines Viertels und nicht nur eines Zehntels der Kosten der Rechtsmittelführerin in dem Verfahren vor dem Gericht zu verurteilen und der Rechtsmittelführerin die übrigen Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

III — Ergebnis

239. Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor,

1. das Urteil des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 27. September 2006, Archer Daniels Midland/Kommission, T-59/02, insoweit aufzuheben, als damit die Rüge der Rechtsmittelführerin zurückgewiesen wird, sie sei in ihren Verteidigungsrechten dadurch verletzt worden, dass in der Mitteilung der Beschwerdepunkte tatsächliche Umstände nicht angegeben worden seien, auf die die Kommission sich gestützt habe, um sie in der Entscheidung 2002/742/EG vom 5. Dezember 2001 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen (Sache COMP/E-1/36.604 — Zitronensäure) als Anführer des Kartells zu qualifizieren, hilfsweise, dieses Urteil insoweit aufzuheben, als damit die auf die Verletzung von Verfahrensgarantien gestützten Rügen zurückgewiesen werden, die die Rechtsmittelführerin gegen die Verwendung des FBI-Berichts durch die Kommission als Beweis für ihre Rolle als Anführer des Kartells erhoben hatte;

2. dieses Urteil insoweit aufzuheben, als damit die von der Rechtsmittelführerin erhobene Rüge der Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit wegen Versagung des mildernden Umstands nach Abschnitt 3 dritter Gedankenstrich der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, die gemäß Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäß Art. 65 Abs. 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, zurückgewiesen werden;

3. dieses Urteil insoweit aufzuheben, als damit die Rüge der Rechtsmittelführerin, die Kommission habe Abschnitt B Buchst. b ihrer Mitteilung über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen unrichtig angewandt, als unbegründet zurückgewiesen wird;

4. den Betrag der gegen die Rechtsmittelführerin verhängten Geldbuße auf 29,4 Mio Euro festzusetzen;

5. das Rechtsmittel im Übrigen zurückzuweisen;

6. der Kommission ein Viertel der Kosten der Rechtsmittelführerin in dem Verfahren vor dem Gericht und ihre eigenen Kosten im vorliegenden Rechtsmittelverfahren aufzuerlegen;

7. der Rechtsmittelführerin drei Viertel ihrer eigenen Kosten und die Gesamtheit der Kosten der Kommission im Verfahren vor dem Gericht sowie ihre eigenen Kosten im vorliegenden Rechtsmittelverfahren aufzuerlegen.