SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 11. Februar 2003 [1]

Inhaltsverzeichnis

I — Sachverhalt des Rechtsstreits ..... I - 231

II — Verfahren vor dem Gericht erster Instanz und angefochtenes Urteil ..... I - 234

III — Das Verfahren vor dem Gerichtshof ..... I - 238

IV — Das Rechtsmittel ..... I - 238

1. Rechtsmittelgründe für die Aufhebung des Urteils und die Nichtigerklärung der Entscheidung ..... I - 238

A — Prozessuale Rechtsmittelgründe ..... I - 238

1) Zum Recht auf Zugang zu sämtlichen Dokumenten während des Verwaltungsverfahrens (erster Rechtsmittelgrund) ..... I - 238

a) Das Recht auf Akteneinsicht und die Folgen seiner Verletzung (erste Argumentationslinie des ersten Rechtsmittelgrundes) .. I - 239

i) Vorbringen der Parteien ..... I - 239

ii) Die Rechtmäßigkeit der prozessleitenden Maßnahmen des Gerichts erster Instanz ..... I - 240

b) Die angebliche Fehlerhaftigkeit, Willkürlichkeit und Unbegründetheit der Beurteilung durch das Gericht erster Instanz (zweite Argumentationslinie des ersten Rechtsmittelgrundes). I - 245

i) Vorbringen der Parteien ..... I - 245

ii) Die so genannten „unmittelbaren (Belastungs-)Beweise" und ihre Würdigung ..... I - 246

1 — Originalsprache: Spanisch.

iii) Zur Vernünftigkeit des Kriteriums des Gerichts erster Instanz bei der Würdigung der Entlastungsbeweise ..... I - 247

iv) Die Beachtung seines eigenen Beurteilungskriteriums durch das Gericht erster Instanz — Unzugängliche Entlastungsbeweise ..... I - 249

2) Zum Verteidigungsrecht und zum Verzicht der Kommission auf die „nationalen Beanstandungen" (zweiter Rechtsmittelgrund) .. I - 250

a) Zur Unmöglichkeit der Einlassung im Verwaltungsverfahren wegen des Verzichts auf die nationalen Beanstandungen .... I - 251

b) Der angebliche Widerspruch zwischen dem Verzicht auf die nationalen Beanstandungen und der Entscheidung ..... I - 252

B — Materielle Rechtsmittelgründe — Die Vereinbarung „betreffend Verträge und Abmachungen" mit Calcestruzzi (dritter Rechtsmittelgrund) — Der Grundsatz ne bis in idem ..... I - 254

2. Rechtsmittelgründe für die Nichtigerklärung oder die Herabsetzung der Geldbuße ..... I - 259

A — Die Unantastbarkeit der Geldbuße trotz teilweiser Nichtigerklärung der Entscheidung (siebter Rechtsmittelgrund) ..... I - 259

B — Unzureichende Begründung für die Schwere der Italcementi vorgeworfenen Zuwiderhandlung (achter Rechtsmittelgrund) ..... I - 262

C — Fehlerhafte Beurteilung der Dauer der Italcementi vorgeworfenen Zuwiderhandlung (neunter Rechtsmittelgrund) ..... I - 265

V — Kosten ..... I - 266

VI — Ergebnis ..... I - 266

I — Sachverhalt des Rechtsstreits

1. Die Italcementi SpA (nachstehend: Italcementi) legt gegen das Urteil der Vierten erweiterten Kammer des Gerichts erster Instanz vom 15. März 2000 in der Rechtssache Cimenteries CBR u. a./Kommission [2] Rechtsmittel ein.

2. Das angefochtene Urteil enthält, soweit für dieses Rechtsmittel relevant, die folgenden tatsächlichen Feststellungen:

— Von April 1989 bis Juli 1990 führten die Dienststellen der Kommission bei

2 — 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).

verschiedenen europäischen Zementherstellern und Unternehmensvereinigungen dieses Sektors Nachprüfungen nach Artikel 14 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (nach Änderung jetzt Artikel 81 EG und 82 EG) (nachstehend: Verordnung Nr. 17) [3] durch. Im Anschluss an diese Nachprüfung beschloss die Kommission am 12. November 1991 die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens [4] gegen Italcementi und andere Unternehmen des Sektors [5].

— Am 25. November 1991 übersandte die Kommission 76 betroffenen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen die Mitteilung der Beschwerdepunkte, zu der Italcementi schriftliche und sodann in Sitzungen, die zwischen dem 1. März und dem 1. April 1993 stattfanden, mündliche Stellungnahmen formulierte [6].

— Der in einem einzigen Vorgang enthaltene Text der Mitteilung der Beschwerdepunkte wurde nicht allen der von dem Verfahren betroffenen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen in vollem Umfang übersandt. Allen Adressaten wurden das vollständige Inhaltsverzeichnis der Mitteilung der Beschwerdepunkte sowie ein Verzeichnis aller ihnen zugänglichen Unterlagen übermittelt. Einige der beschuldigten Unternehmen beantragten bei der Kommission, ihnen die fehlenden Kapitel der Mitteilung der Beschwerdepunkte nachzureichen und Zugang zu sämtlichen Unterlagen der Akten mit Ausnahme interner und vertraulicher Dokumente zu gewähren. Die Kommission gab diesem Antrag nicht statt [7].

— In der Entscheidung 94/815/EG vom 30. November 1994 (nachstehend: Entscheidung) [8] warf die Kommission Italcementi die folgenden wettbewerbswidrigen, gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag verstoßenden Handlungen vor wegen der Teilnahme [9]:

1. ab 14. Januar 1983 an einer Vereinbarung, die die Respektierung der Inlandsmärkte und die Reglementierung der grenzüberschreitenden Zementlieferungen bezweckte (Artikel 1). Dies ist die so genannte „Cembureau-Vereinbarung“;

3 — ABl. 1962, Nr. 13, S. 204.
4 — Aktenzeichen IV/33.126 und 33.322 — Zement.
5 — Randnrn. 2 und 3 des angefochtenen Urteils.
6 — Randnrn. 3, 9 und 12.
7 — Randnrn. 4 und 6.
8 — ABl. L 343, S. 1.
9 — Absatz 22 der Entscheidung.

2. vom 14. Januar 1983 bis 14. April 1986 an Vereinbarungen über den Austausch von Preisinformationen zwecks Erleichterung der Durchführung der in Artikel 1 genannten Vereinbarung sowie an den Treffen der Delegationsleiter und den Sitzungen des Exekutivkomitees von Cembureau (Artikel 2 Absatz 1);

3. vom 1. Januar 1984 bis 31. Dezember 1988 an abgestimmten Verhaltensweisen mit dem gleichen Ziel, die Folgendes betrafen:

   a) die Weitergabe von Informationen über die Mindestpreise für Zementlieferungen per LKW der belgischen und niederländischen Hersteller und über die Preise einschließlich Rabatten des luxemburgischen Herstellers;

   b) die Weitergabe der individuellen Listenpreise der dänischen und irischen Hersteller, der in Griechenland, Italien und Portugal gültigen Tarife der Zementindustrie und der in Deutschland, Frankreich, Spanien und dem Vereinigten Königreich praktizierten Durchschnittspreise (Artikel 2 Absatz 2);

4. seit dem 28. Mai 1986 an einer Vereinbarung über die Errichtung der Cembureau Task Force oder European Task Force (Artikel 4 Absatz 1);

5. vom 9. Juni 1986 bis 26. März 1993 an einer Vereinbarung über die Errichtung der Joint Trading Company Interciment SA zwecks Durchführung der Überzeugungs- und Abschreckungsmaßnahmen gegen die die Stabilität der Märkte der Mitgliedsländer gefährdenden Unternehmen (Artikel 4 Absatz 2);

6. vom 17. Juni 1986 bis 15. März 1987 an abgestimmten Verhaltensweisen mit dem Ziel, den griechischen Herstellern, speziell Titan Cement Company SA, das italienische Unternehmen Calcestruzzi als Kunden zu entziehen (Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a);

7. vom 3. April 1987 bis 3. April 1992 an einer Vereinbarung betreffend die am 3. und 15. April 1987 unterzeichneten Verträge und Abmachungen zur Verhinderung der Einfuhren von griechischem Zement durch Calcestruzzi (Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b);

8. im Rahmen des European Cement Export Committee vom 14. März 1984 bis 22. September 1989 an

abgestimmten Verhaltensweisen betreffend den Austausch von Informationen über die Angebots- und Nachfragesituation in den Import-Drittländern, über die im Export zu erzielenden Preise, über die Situation der Importe in den Mitgliedsländern und über die Angebots- und Nachfragesituation auf den Inlandsmärkten und zur Vermeidung eines Eintritts von Wettbewerbern in die jeweiligen nationalen Märkte der Gemeinschaft (Artikel 5);

9. im Rahmen von White Cement Committee vom 6. Mai 1982 bis 26. Mai 1988 an a) der abgestimmten Verhaltensweise und der Vereinbarung betreffend die Respektierung der Inlandsmärkte, b) der fortgesetzten abgestimmten Verhaltensweise betreffend die Umleitung der Produktionsüberschüsse in den Export nach Drittländern und c) einer fortgesetzten abgestimmten Verhaltensweise betreffend den Austausch von nach Unternehmen individualisierten Informationen über die Produktionskapazität, die Produktion, die Verkäufe auf den Inlandsmärkten und im Export, die Inlandspreise für Weiß- und Grauzement und die Exportpreise (Artikel 7).

— Die Kommission forderte Italcementi auf, die beanstandeten Zuwiderhandlungen einzustellen und künftig von jeder wettbewerbswidrigen Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise auf den Grau- und Weißzementmärkten Abstand zu nehmen (Artikel 8), und verhängte zwei Geldbußen von 32 492 000 ECU bzw. 1 088 000 ECU nebst Zinsen vom Tag der Fälligkeit der Geldbuße an, d. h. nach Ablauf von drei Monaten ab Notifizierung der Entscheidung (Artikel 9, 10 und 11).

3. Italcementi focht die Entscheidung der Kommission mit einer Klage beim Gericht erster Instanz an.

II — Verfahren vor dem Gericht erster Instanz und angefochtenes Urteil

4. Italcementi beantragte in der Klageschrift mit ihrem Hauptantrag, die Entscheidung, soweit diese sie betraf, ganz oder teilweise für nichtig zu erklären. Hilfsweise beantragte sie Aufhebung der gegen sie verhängten Geldbußen oder deren Herabsetzung. Sie beantragte ferner Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 23. September 1993, mit der das Verfahren gegen zwölf deutsche und sechs spanische Unternehmen in Zusammenhang mit den Vorwürfen im internationalen Teil der Mitteilung der Beschwerdegründe eingestellt worden war. In jedem Fall beantragte sie Kostenentscheidung gegen die Kommission.

5. Mit einer prozessleitenden Maßnahme, die den Parteien zwischen dem 19. Januar und dem 2. Februar 1996 zugestellt wurde, ersuchte das Gericht erster Instanz die Kommission um Vorlage einer Reihe von Dokumenten, die dem am 29. Februar durch Vorlage folgender Unterlagen [10] nachkam:

1. die Mitteilung der Beschwerdepunkte, wie sie den betroffenen Unternehmen und späteren Klägerinnen jeweils übermittelt worden war;

2. das Protokoll der Anhörung jedes der Unternehmen;

3. das Verzeichnis aller erfassten Unterlagen des Vorgangs;

4. die Konvolute mit den Dokumenten, auf die die Kommission ihre tatsächlichen Feststellungen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte stützte, und

5. der Schriftwechsel zwischen dem Organ und den klagenden Unternehmen während des Verwaltungsverfahrens.

6. Zwei weitere prozessleitende Verfügungen wurden den Parteien am 2. Oktober 1996 sowie am 18. und 19. Juni 1997 zugestellt; mit der zweiten traf das Gericht erster Instanz genaue Anordnungen, damit die Klägerinnen sämtliche Originalunterlagen des Verfahrens mit Ausnahme derjenigen einsehen konnten, die Geschäftsgeheimnisse oder andere vertrauliche Informationen enthielten oder interne Dokumente der Kommission waren [11].

7. Nach Übermittlung des gesamten Vorgangs forderte das Gericht die klagenden Unternehmen und Unternehmensvereinigungen auf, in einem Schriftsatz genau die Dokumente anzugeben, die ihnen während des Verwaltungsverfahrens vorenthalten worden seien und deren Unkenntnis ihre Verteidigungsrechte beeinträchtigt habe, sowie zu erläutern, aus welchen Gründen das Verwaltungsverfahren ihrer Meinung nach zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, wenn sie Gelegenheit gehabt hätten, sie einzusehen. Dem Schriftsatz sollten Kopien der geprüften Schriftstücke beigefügt werden. Alle Klägerinnen mit einer Ausnahme [12] leisteten der Verfügung Folge. Die Kommission beantwortete alle Schriftsätze [13].

10 — Vgl. Randnr. 163 in Verbindung mit den Randnrn. 5 und 95 des angefochtenen Urteils.

11 — Vgl. Randnrn. 164 und 168.

12 — Ciments Luxembourgeois SA.

13 — Randnrn. 169 und 170 des angefochtenen Urteils.

8. In dem angefochtenen Urteil gab das Gericht erster Instanz der Klage von Italcementi teilweise statt und entschied:

„— Artikel 1 der Entscheidung 94/815 [wird] für nichtig erklärt, soweit der Klägerin darin zur Last gelegt wird, an der gerügten Zuwiderhandlung vor dem 19. März 1984 und über den 3. April 1992 hinaus teilgenommen zu haben;

— Artikel 2 Absatz 1 der Entscheidung 94/815 [wird] in Bezug auf die Klägerin für nichtig erklärt, soweit darin festgestellt wird, dass es bei den Sitzungen des Exekutivkomitees von Cembureau — Association européenne du ciment Vereinbarungen über den Austausch von Preisinformationen gab, und soweit der Klägerin darin zur Last gelegt wird, an der gerügten Zuwiderhandlung vor dem 19. März 1984 und über diesen Tag hinaus teilgenommen zu haben;

— Artikel 2 Absatz 2 der Entscheidung 94/815 [wird] in Bezug auf die Klägerin für nichtig erklärt, soweit darin festgestellt wird, dass sich die regelmäßige Weitergabe von Informationen zwischen Cembureau — Association européenne du ciment und dessen Mitgliedern im Fall der belgischen und niederländischen Preise auf die Mindestpreise für Zementlieferungen per LKW der Hersteller dieser beiden Länder und im Fall von Luxemburg auf die Preise einschließlich Rabatte des Herstellers dieses Landes erstreckte, und soweit der Klägerin darin zur Last gelegt wird, an der gerügten Zuwiderhandlung vor dem 19. März 1984 teilgenommen zu haben;

— Artikel 4 Absatz 1 der Entscheidung 94/815 [wird] für nichtig erklärt, soweit der Klägerin darin zur Last gelegt wird, an der gerügten Zuwiderhandlung über den 31. Mai 1987 hinaus teilgenommen zu haben;

— Artikel 4 Absatz 2 der Entscheidung 94/815 [wird] für nichtig erklärt, soweit der Klägerin darin zur Last gelegt wird, an der gerügten Zuwiderhandlung über den 7. November 1988 hinaus teilgenommen zu haben;

— Artikel 5 der Entscheidung 94/815 [wird] in Bezug auf die Klägerin für nichtig erklärt;

— die Höhe der in Artikel 9 der Entscheidung 94/815 gegen die Klägerin verhängten Geldbuße [wird] auf 25 701 000 EUR festgesetzt;

— im Übrigen [wird] die Klage abgewiesen;

— die Klägerin [trägt] ihre eigenen Kosten sowie ein Drittel der Kosten der Kommission;

— die Kommission [trägt] zwei Drittel ihrer eigenen Kosten."

9. Das Gericht erster Instanz hielt Italcementi somit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens für schuldig infolge der Teilnahme

1. an der Cembureau-Vereinbarung über die Respektierung der Inlandsmärkte für Grauzement (Artikel 1 der Entscheidung) vom 19. März 1984 bis 3. April 1992;

2. an Vereinbarungen über den Austausch von Preisinformationen für Grauzement (Artikel 2 Absatz 1 der Entscheidung) am 19. März 1984;

3. an der regelmäßigen Weitergabe der individuellen Listenpreise der dänischen und irischen Hersteller, der in Griechenland, Italien und Portugal gültigen Tarife der Zementindustrie und der in Deutschland, Frankreich, Spanien und dem Vereinigten Königreich praktizierten Durchschnittspreise (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b der Entscheidung) zwischen dem 19. März 1984 und dem 31. Dezember 1988;

4. an der Vereinbarung über die Errichtung der Cembureau Task Force (Artikel 4 Absatz 1 der Entscheidung) vom 9. September 1986 bis 31. Mai 1987;

5. vom 9. Juni 1986 bis 7. November 1988 an einer Vereinbarung über die Errichtung der Joint Trading Company Interciment SA (Artikel 4 Absatz 2);

6. an abgestimmten Verhaltensweisen mit dem Ziel, den griechischen Herstellern Calcestruzzi als Kunden zu entziehen (Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a der Entscheidung), zwischen dem 9. September 1986 und dem 15. März 1987;

7. zwischen dem 3. April 1987 und dem 3. April 1992 an einer Vereinbarung betreffend die am 3. und 15. April 1987 unterzeichneten Verträge und Abmachungen mit Calcestruzzi (Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b);

8. an abgestimmten Verhaltensweisen auf dem Weißzementmarkt (Artikel 7) vom 6. Mai 1982 bis 26. Mai 1988.

III — Das Verfahren vor dem Gerichtshof

10. Nach Einlegung des Rechtsmittels und Abschluss des schriftlichen Verfahrens hat der Gerichtshof mit Beschluss vom 5. Juni 2002 aufgrund seiner Befugnis nach Artikel 119 der Verfahrensordnung [14] den vierten, fünften und sechsten Rechtsmittelgrund zurückgewiesen.

11. Wegen der übrigen Rechtsmittelgründe hat am 4. Juli 2002 eine gemeinsame mündliche Verhandlung über die sechs gegen das Urteil des Gerichts erster Instanz eingelegten Rechtsmittel stattgefunden, an der die rechtsmittelführenden Unternehmen und die Kommission teilgenommen haben.

IV — Das Rechtsmittel

12. Italcementi hat beim Gerichtshof beantragt, das angefochtene Urteil ganz oder zumindest teilweise aufzuheben, ebenso die Entscheidung und die gegen sie verhängte Geldbuße. Hilfsweise hat Italcementi beantragt, die Sache an das Gericht erster Instanz zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen. In jedem Fall beantragt sie, die Kommission in die Kosten der beiden Instanzen zu verurteilen.

13. Die Kommission beantragt, das Rechtsmittel insgesamt abzuweisen, die angefochtene Entscheidung zu bestätigen und Italcementi die Kosten des Rechtsmittels aufzuerlegen.

14. Zur Stützung ihrer vorstehenden Anträge hat die Klägerin neun Rechtsmittelgründe geltend gemacht, einige davon mit unterschiedlichen Begründungen. Von diesen Gründen sind, wie ich bereits erwähnt habe, drei auf der Strecke geblieben.

15. Nachstehend werden die Rügen von Italcementi und die Entgegnung der Kommission dargestellt und geprüft, um meine Vorschläge zu belegen.

1. *Rechtsmittelgründe für die Aufhebung des Urteils und die Nichtigerklärung der Entscheidung*

A — Prozessuale Rechtsmittelgründe

1) Zum Recht auf Zugang zu sämtlichen Dokumenten während des Verwaltungsverfahrens (erster Rechtsmittelgrund)

16. Italcementi macht diesen Rechtsmittelgrund mit zwei Hauptargumentationslinien

14 — Geänderte Fassung, veröffentlicht in ABl. C 34 vom 1. Februar 2001, S. 1.

geltend. Die erste, abstraktere, betrifft die Einstufung des Rechts auf Zugang zu den Akten in einem Verwaltungsverfahren mit Sanktionscharakter und der Folgen, die mit seiner Verletzung verknüpft sind [15]. Mit der zweiten, die hilfsweise vorgebracht wird, rügt das rechtsmittelführende Unternehmen die konkrete Analyse des Gerichts erster Instanz bei der Prüfung, ob dessen Verteidigungsrecht verletzt wurde, als fehlerhaft, willkürlich und unbegründet [16].

a) Das Recht auf Akteneinsicht und die Folgen seiner Verletzung (erste Argumentationslinie des ersten Rechtsmittelgrundes)

i) Vorbringen der Parteien

17. Italcementi beginnt ihr Vorbringen mit der Beanstandung eines unstreitigen Umstands: Der Zugang zu den Akten während des Ablaufs des Verwaltungsverfahrens war nicht regelgerecht.

18. Ausgehend von diesem unstreitigen Umstand bringt sie vor, dass die Garantie, Kenntnis vom gesamten Vorgang nehmen zu können, Ausdruck des Grundrechts auf rechtliches Gehör sei, das während des eigentlichen Verwaltungsverfahrens und nicht später gewahrt werden müsse. Die beschuldigten Unternehmen müssten zu diesem Zeitpunkt eine Kenntnis der Verwaltungstätigkeiten erlangen können, die der der Kommission entspreche, so dass dieses fehlende Gleichgewicht nicht später im Gerichtsverfahren wieder hergestellt werden könne. Als dieser Verfahrensfehler festgestellt worden sei, hätte das Gericht erster Instanz, da er unheilbar sei, die Entscheidung für nichtig erklären müssen. Da es dies nicht getan habe und von dem Maße ausgegangen sei, in dem die im Verwaltungsverfahren nicht zugänglichen Dokumente für die Entscheidung relevant gewesen seien, habe es sich regelwidrig und willkürlich verhalten und die Beurteilung der Kommission durch seine eigene ersetzt, was überdies durch den Gerichtshof nicht mehr überprüft werden könne. Dieses Verhalten überlasse die Entscheidung über den Zugang zu den Akten dem Ermessen der Kommission und zerstöre das Gleichgewicht der Kräfte.

19. Schließlich führe die Vorgehensweise des Gerichts erster Instanz tatsächlich zu einer Umkehr der Beweislast; sie vertausche die Rollen und lege den betroffenen Unternehmen die Pflicht auf, nachzuweisen, dass die Dokumente, deren Inhalt sie bisher nicht gekannt hätten, die Würdigungen der Kommission möglicherweise erschüttert hätten.

15 — Es handelt sich um Nrn. 29 bis 56 und 99 bis 106 der Rechtsmittelschrift.

16 — Nrn. 57 bis 98 der Rechtsmittelschrift.

20. Für die Kommission hat das Gericht erster Instanz lediglich geprüft, ob das Verteidigungsrecht von Italcementi während der Durchführung des Verwaltungsverfahrens verletzt worden ist. Es habe keine neue Einsichtnahme in die Akten durchgeführt, sondern den gleichen Standpunkt eingenommen wie in den Urteilen Solvay/Kommission [17] und ICI/Kommission [18], d. h., es habe geprüft, ob sich bei Berücksichtigung der Unterlagen, die nicht zugänglich gewesen seien, eine Verletzung der Verteidigungsrechte des klagenden Unternehmens ergebe. Sodann liege eine Umkehr der Beweislast nicht vor, weil von den Klägerinnen lediglich der Nachweis verlangt werde, dass die Unterlagen, deren Einsichtnahme die Kommission abgelehnt habe, für ihre Verteidigung hätten nützlich sein können.

21. Italcementi erwidert, dass die Verletzung eines Grundrechts unabhängig vom verursachten Schaden eine Sanktion zur Folge habe. Die Vorgehensweise des Gerichts erster Instanz laufe darauf hinaus, den betroffenen Unternehmen das Recht auf uneingeschränkte Akteneinsicht vorzuenthalten. Das Gericht könne nicht ex post die Erheblichkeit der Dokumente beurteilen, deren Einsicht ihnen im Verwaltungsverfahren versagt worden sei. Die Zeit, die zwischen dem Zeitpunkt, zu dem Akteneinsicht gewährt worden sei, und dem, zu dem das Gericht seine Überprüfung vorgenommen habe, verstrichen sei, nehme der durchgeführten gerichtlichen Prüfung jede Bedeutung. Die Unterscheidung der Dokumente je nach ihrer Bedeutung für die Verteidigung sei nicht gerechtfertigt gewesen. Bis die Kommission ihre Bußgeldentscheidung treffe, seien alle Dokumente gleichermaßen erheblich. Die betroffenen Unternehmen müssten sie untersuchen und aussortieren sowie ihr Vorbringen an deren Inhalt ausrichten, was alles Teil der Untersuchung sei. Es sei Sache der Kommission, sie unter der Kontrolle des Gerichts zu billigen oder zu verwerfen, das sich seinerseits nicht fiktiv an einem Zeitpunkt orientieren dürfe, der vor dem Erlass der Entscheidung durch die Verwaltung liege.

22. Die Kommission entgegnet, dass es Ziel des Gerichts erster Instanz gewesen sei, das Verteidigungsrecht der klagenden Unternehmen zu schützen, und es bereit gewesen sei, die Entscheidung ganz oder teilweise für nichtig zu erklären, soweit der Zugang zu einem Dokument der Akten, das unzugänglich gewesen sei, sich als nützlich für die Verteidigung erweise, da es sämtliche von Italcementi zitierten Unterlagen geprüft und dann entschieden habe, dass keines die geringste Nützlichkeit für deren Interessen gehabt habe. Die formalistische Betrachtungsweise der Klägerin verkenne Eigenart und Funktion des Verteidigungsrechts. Wenn es keine effektive Beschränkung der Verteidigungsmittel gebe, liege auch keine Verletzung des Rechts vor.

ii) Die Rechtmäßigkeit der prozessleitenden Maßnahmen des Gerichts erster Instanz

23. Das Gericht erster Instanz hat, um den Rügen bezüglich der Ordnungsmäßigkeit

17 — Urteil vom 29. Juni 1995 in der Rechtssache T-30/91 (Slg. 1995, II-1775).

18 — Urteil vom 29. Juni 1995 in der Rechtssache T-36/91 (Slg. 1995, II-1847).

des Verwaltungsverfahrens Rechnung zu tragen und gegebenenfalls Mängel infolge der Versagung des Zugangs zu bestimmten Dokumenten zu heilen, die Kommission aufgefordert, die gesamten Akten vorzulegen, und sie den Parteien zur Verfügung gestellt [19], damit diese diejenigen Dokumente bezeichneten, die sie während der Ermittlung nicht hatten einsehen können, und erläuterten, aus welchen Gründen das Verfahren einen anderen Ausgang hätte nehmen können, wenn sie sie hätten einsehen können.

24. Das Urteil hat die von den Klägerinnen angegebenen Dokumente und die vorgetragenen Erläuterungen geprüft und dann bezüglich Italcementi so entschieden, wie aus Nummer 34 des Urteilstenors ersichtlich und oben in Nummer 8 dieser Schlussanträge angegeben ist. Das Gericht erster Instanz hat diese Aufgabe nach folgendem Grundsatz durchgeführt: Die Verteidigungsrechte der Klägerinnen sind verletzt, wenn eine — und sei es auch nur geringe — Möglichkeit besteht, dass das Verwaltungsverfahren zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, falls die Dokumente, zu denen der Zugang versagt worden war, hätten eingesehen werden können [20].

25. Italcementi rügt diese Vorgehensweise und zieht die Rechtmäßigkeit der prozessleitenden Maßnahmen des Gerichts erster Instanz in Zweifel.

26. Das Verfahren zur Ermittlung von Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 81 EG und 82 EG hat strafrechtlichen Charakter. Außer der Einstellung der wettbewerbswidrigen Praktiken strebt es die Verurteilung der Verhaltensweisen an, die diese hervorgerufen haben, und gibt der Kommission die Befugnis, gegen die Urheber Geldbußen zu verhängen. Dieses Organ verfügt zu diesem Zweck über weitgehende Untersuchungs- und Ermittlungsbefugnisse, jedoch müssen, gerade wegen dieser Eigenart und der Häufung von Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnissen bei ein und demselben Organ, die Verteidigungsrechte der von diesem Verfahren Betroffenen ohne Zögern anerkannt und beachtet werden [21].

27. Dies ist die Bedeutung, die die Vorschriften der Verordnung Nr. 17, insbesondere Artikel 19, und der Verordnung (EG) Nr. 2842/98 der Kommission vom 22. Dezember 1998 über die Anhörung in bestimmten Verfahren nach Artikel 81 EG und 82 EG [22] aufweisen, und dies ist auch die Tragweite, die ihnen die Rechtsprechung des Gerichtshofes [23] und des Gerichts

19 — Mit Ausnahme der Dokumente, die Geschäftsgeheimnisse oder andere vertrauliche Informationen enthielten, und der internen Dokumente der Kommission.

20 — Vgl. Randnrn. 241 und 247 des angefochtenen Urteils.

21 — Zum Verteidigungsrecht in den Wettbewerbsverfahren vgl. die Arbeit von Lenaerts, K., und Maselis, I., „Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 und 82 CE", *Journal des Tribunaux*, Nr. 5973 (2000), S. 496 bis 504. Interessant auch die Untersuchung von Goossens, L., „Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission", *Journal des tribunaux, Droit Européen*, Nr. 52 (1998), S. 169 bis 175, und Nr. 53 (1998), S. 200 bis 204. Obwohl verhältnismäßig weit zurückliegend, ist weiterhin von Interesse Due, O. (ehemaliger Präsident des Gerichtshofes), „Le respect des droits de défense dans le droit administratif communautaire", *Cahiers de Droit Européen*, Nr. 1 und 2, 1987, S. 383 bis 396.

22 — ABl. L 354, S. 18. Sie ist an die Stelle der Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörungen nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 (ABl. Nr. 127, S. 2268) getreten, die für die Sachverhalte galt, die im vorliegenden Fall Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens waren.

23 — Vgl. statt aller unter den jüngeren Entscheidungen Urteil vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache C-51/92 P (Hercules Chemicals/Kommission, Slg. 1999, I-4235, Randnrn. 75 ff.).

erster Instanz [24] zugewiesen hat. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die Anwendung der in Artikel 6 EMRK verankerten Garantien auf Verwaltungsverfahren mit Disziplinarcharakter ausgedehnt [25]. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union [26] geht weiter in diese Richtung, weil sie außer dem Recht des Beschuldigten darauf, dass seine Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird [27], auch das Recht jeder Person garantiert, dass sie von den Organen der Europäischen Union angehört wird, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige, individuelle Maßnahme getroffen wird [28].

28. Die Akteneinsicht ist ein weiteres Werkzeug im Dienste des Verteidigungsrechts [29], stellt aber keinen Zweck an sich dar [30]. Die formalen Garantien des Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens sind anhand dieses Zieles zu erklären, das kein anderes ist als der effektive Schutz der Rechte und der berechtigten Interessen aller. Falls ein Verfahrensfehler vorliegt oder falls Formen nicht eingehalten werden, entstehen Rechtsfolgen, wenn die Verteidigungsrechte verkürzt werden. Der Begriff der Verletzung der Verteidigungsrechte ist mit anderen Worten ein materieller, so dass die Mängel des Verfahrens, so zahlreich sie auch sein mögen, keine Relevanz mehr aufweisen, wenn dem Betroffenen trotzdem angemessene Verteidigungsmittel zur Verfügung standen. Mithin ist die formale Dimension, die Italcementi maßgebend sein lassen will, abzulehnen.

29. Der instrumentelle Charakter des Rechts auf Einsicht in die Akten bringt nun eine weitere Folge mit sich. Auch wenn seine fehlende oder mangelhafte Beachtung die Verteidigungsmöglichkeiten des Betroffenen verringert hat, findet eine Nichtigerklärung der Entscheidung nur statt, wenn festzustellen ist, dass das Ergebnis, wenn der Verfahrensweg sorgfältigst eingehalten worden wäre, günstiger für den Betroffenen hätte sein können, oder wenn gerade wegen dieses Formfehlers nicht zu ermitteln ist, ob die Entscheidung eine andere gewesen wäre. Im einen wie im anderen Fall ist die endgültige Entscheidung für nichtig zu erklären und gegebenenfalls der Verfahrensweg erneut zu beschreiten, um sie in Ordnung zu bringen.

30. Formfehler führen also kein Eigenleben, das von der Substanz des Rechtsstreits getrennt werden könnte. Wird eine Entscheidung, die nach einem mangelhaften

24 — Das mit dem vorliegenden Rechtsmittel angefochtene Urteil ist selbst ein Beispiel (vgl. Randnrn. 142 bis 144 und 240).

25 — Vgl. Urteile vom 8. Juni 1976, Engel u. a. gegen Niederlande (Serie A Nr. 22), für Militärgerichtsverfahren, und vom 23. Juni 1981, Le Compte, Van Leuven und De Meyere gegen Belgien (Serie A Nr. 43), für Disziplinarverfahren innerhalb einer Ärztekammer.

26 — ABl. C 364, S. 1.

27 — Vgl. Artikel 47 Absatz 2 und Artikel 48 Absatz 2.

28 — Artikel 41 Absatz 2 erster und zweiter Gedankenstrich.

29 — Dies sind auch die Rechte, angehört zu werden, über die Beschuldigung informiert zu werden sowie die maßgebenden Beweismittel für die Verteidigung oder gegebenenfalls einen Rechtsbeistand heranzuziehen.

30 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Mischo vom 25. Oktober 2001 in den Rechtssachen C-244/99 P und C-251/99 P, Nrn. 331 bzw. 125, in denen das Urteil vom 15. Oktober 2002 in den verbundenen Rechtssachen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P (PVC II, Slg. 2002, I-8375) ergangen ist.

Verfahrensablauf ergangen ist, deshalb für nichtig erklärt, weil sie wegen der Mängel des vor ihrem Erlass eingeschlagenen Weges materiell mangelhaft ist, so erfolgt die Nichtigerklärung wegen der materiellen Mangelhaftigkeit der Entscheidung, nicht wegen des Vorliegens eines Verfahrensfehlers. Der Formfehler gewinnt nur dann Eigenständigkeit, wenn wegen seines Vorkommens eine Beurteilung der erlassenen Entscheidung nicht möglich ist.

31. Die vorstehenden Erwägungen lassen den Sinn der prozessleitenden Maßnahmen des Gerichts erster Instanz erkennen.

32. Der von den klagenden Unternehmen und Unternehmensvereinigungen gerügte und vom Gericht festgestellte Verstoß gegen formelle Erfordernisse, weil die Kommission den Zugang zu allen dem Vorgang beigefügten entlastenden Dokumenten verweigert hatte, machte die Prüfung der Auswirkung des Verfahrensmangels auf deren Verteidigungsrechte notwendig. Zu diesem Zweck war es erforderlich, die entlastenden Dokumente, zu denen ihnen der Zugang verweigert worden war, sowie ihre Meinung zu den Einzelheiten kennen zu lernen. In Kenntnis dieser Dokumente hat das Gericht erster Instanz geprüft, inwieweit die Entscheidung, wenn die Dokumente hätten eingesehen und vor der Kommission herangezogen werden können, anders, nämlich günstiger für die Beschuldigten, hätte aussehen können.

33. Somit hat sich das Gericht erster Instanz weder an die Stelle der Kommission gesetzt noch seinen Standpunkt zu Unrecht eingenommen. Es hat sich im Gegenteil darauf beschränkt, in den Grenzen seiner Zuständigkeit seine richterlichen Befugnisse mit außergewöhnlicher Sorgfalt auszuüben, als es die Fehlerfreiheit der Verfolgungstätigkeit der Kommission geprüft hat. In diesem Zusammenhang hat sich die Beurteilung, die sich auf die Vergangenheit richtet, mit allen Elementen zu befassen, über die man in der Gegenwart verfügt, was ihr zu einem größeren Reichtum und einem höheren Maß an Sicherheit verhilft [31].

34. In der Vorgehensweise des Gerichts erster Instanz ist keinerlei Mangel im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu erkennen. In dem bereits angeführten Urteil Hercules Chemicals/Kommission wird festgestellt, dass die eingetretene Verletzung der Verfahrensrechte nicht durch die spätere Einsichtnahme in Dokumente der Akten geheilt werde, die es den betroffenen Unternehmen ermögliche, Angriffs- oder Verteidigungsmittel zur Untermauerung ihrer Anträge abzuleiten, weil es sie nicht in die Lage zurückversetze, in der sie sich befunden hätten, wenn sie sich bei der Abgabe ihrer schriftlichen und mündlichen Erklärungen gegenüber der Kommission auf diese Schriftstücke hätten berufen können [32].

35. Das Gericht erster Instanz hat nicht beansprucht, eine bereits eingetretene Ver-

31 — Der Richter rekonstruiert wie der Historiker die Vergangenheit und muss bei dieser Bemühung Beweise und Zeugnisse sichten, um die Ereignisse so wieder hervorzubringen, wie sie vorgefallen sind. Der Richter darf ebenso wenig wie der Historiker den Standpunkt derjenigen einnehmen, die Gegenstand einer Nachforschung sind, er muss über ihn hinausgehen. Zu den Beziehungen zwischen Recht und Geschichte vgl. das Werk von Ginzburg, C., *El juez y el historiador (Consideraciones al margen del proceso Sofri)*, Verlag Anaya und Mario Muchnik, Madrid 1993.

32 — Randnrn. 78 und 79 des Urteils.

letzung der Verteidigungsrechte nachträglich zu heilen, sondern hat sich darauf beschränkt, in einem früheren Stadium zu untersuchen, ob diese Verletzung stattgefunden hat [33].. Wenn es dies festgestellt hat, hat es die Entscheidung für nichtig erklärt [34]. Hat hingegen eine Verletzung der Verteidigungsrechte nicht stattgefunden, so hat es entschieden, dass der formale Mangel während der Zusammenstellung der Verwaltungsakte letztlich unerheblich war.

36. Die Bedeutung des Urteils Hercules Chemicals/Kommission ist außerdem keine andere. Liest man Randnummer 80, so stellt man fest, dass entscheidend nicht der formale Mangel für sich genommen ist, sondern seine Auswirkung auf das Verteidigungsrecht, die ausbleiben kann, wenn das betroffene Unternehmen selbst nicht darzulegen vermag, dass durch die Unmöglichkeit, bestimmte entlastende Beweise zu entdecken, ihm Instrumente vorenthalten wurden, um die Kommission von seiner Unschuld zu überzeugen.

37. In diesem Verhalten liegt auch keine Umkehr der Beweislast. Dieser prozessrechtliche Grundsatz steht im Dienst des materiellen Grundrechts der Unschuldsvermutung, doch dürfen beide nicht miteinander verwechselt werden.

38. Die Unschuldsvermutung hindert die Bestrafung, wenn die Schuld nicht bewiesen wird. Folglich muss der Ankläger beweisen, dass der Beschuldigte den Tatbestand des Verstoßes verwirklicht hat und auch die weiteren tatsächlichen und rechtlichen Merkmale vorliegen, die einen Schuldspruch ermöglichen. In diesem Punkt also begegnen sich Unschuldsvermutung und Beweislast. Die Kommission hat den rechtsmittelführenden Unternehmen die Verwirklichung bestimmter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen vorgeworfen und verschiedene Beweise herangezogen, um ihre Beschuldigung zu belegen. Im Grundsatz hat sie daher dieser Verfahrensregel, der so genannten Beweislast, Genüge getan. Eine andere Frage aber ist es — sie ist an dieser Stelle noch nicht zu behandeln —, ob die herangezogenen Dokumente die erwähnte Vermutung widerlegen können.

39. Die Bußentscheidung ist nach ihrem Erlass u. a. von Italcementi angefochten worden, die ihre Nichtigerklärung mit der Begründung verlangt, dass ihre Verteidigung beeinträchtigt worden sei, weil sie keinen vollständigen Zugang zu den Unterlagen der Akten und insbesondere zu denen erhalten habe, die ihr als Entschuldigung hätten dienen können. Wegen des Grundsatzes der Beweislast hatte sie die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Vorbringens zu beweisen, nämlich erstens, dass ihr nicht sämtliche Dokumente zur Verfügung gestellt worden seien, die die Kommission bei ihren Feststellungen herangezogen habe, und zweitens, dass dieses Versäumnis ihre

33 — Das ist das Kriterium, das der Gerichtshof unlängst im Urteil PVC II (zitiert in Fußnote 30, Randnrn. 315 ff., insbesondere Randnr. 325) angewandt hat.

34 — Das ist der Fall dem Unternehmen Cedest SA (T-38/95). Vgl. Randnrn. 2211 und 2286 des angefochtenen Urteils.

Verteidigung beeinträchtigt hat. Genau das hat das Gericht erster Instanz von ihr verlangt.

b) Die angebliche Fehlerhaftigkeit, Willkürlichkeit und Unbegründetheit der Beurteilung durch das Gericht erster Instanz (zweite Argumentationslinie des ersten Rechtsmittelgrundes)

40. Mit anderen Worten: Hatte die Kommission erst die ihr obliegende Pflicht erfüllt, oblag es den beschuldigten Unternehmen und Vereinigungen, die herangezogenen Belastungsbeweise mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln zu entkräften. Das Gericht erster Instanz ist unter Anwendung des Beurteilungsmaßstabs, wie er in den Randnummern 241 und 247 des Urteils festgelegt wurde, zu dem Ergebnis gelangt, dass der formale Mangel, nämlich die versagte Einsichtnahme in diese Dokumente während des Verwaltungsverfahrens, unter dem Blickwinkel des Verteidigungsrechts irrelevant war.

i) Vorbringen der Parteien

41. Im vorliegenden Fall hat eine strikte Anwendung des Grundsatzes der Beweislast stattgefunden, so dass sich die abstrakte und formalistische Betrachtungsweise von Italcementi als unzulässig erweist: Jedweder Verfahrensfehler, sei er noch so gering, soll zur Nichtigerklärung der Entscheidung führen, ohne dass nach dem Einfluss zu fragen wäre, die der Mangel auf die inhaltliche Fehlerfreiheit der Entscheidung gehabt hat. Diese Betrachtungsweise würde, ohne eine zusätzliche Garantie für die Rechte der Verwalteten zu bieten, zur Lähmung der Verwaltung führen, und dies zu Lasten des Grundsatzes der Wirksamkeit.

42. Für Italcementi ist die Vorgehensweise des Gerichts erster Instanz aus drei Gründen willkürlich und unbegründet: erstens, weil es völlig ungerechtfertigt sei, die Analyse der etwaigen Sachdienlichkeit der im Verwaltungsverfahren vorenthaltenen Dokumente auf die zu beschränken, die eine objektive Verbindung zu den Beanstandungen aufwiesen; zweitens, weil die so genannten „unmittelbaren schriftlichen Beweise" in Wirklichkeit schwach seien und das Instanzgericht Vermutungen missbraucht habe, und schließlich, weil sich das Gericht selbst bei der Durchführung der konkreten Prüfung der herangezogenen Dokumente von dem in Randnummer 247 des Urteils aufgezeigten Kriterium abgewandt habe.

43. Die Kommission hat lediglich vorgebracht, dass dieser Teil des Rechtsmittelgrundes zum einen unzulässig sei, weil er die Beweiswürdigung des hierfür zuständigen Gerichts erster Instanz angreife, und zum anderen unbegründet, weil Italcementi dem Urteil Aussagen unterschiebe, die es gar nicht enthalte.

44. Der Argumentationszusammenhang macht es erforderlich, zuerst auf den zweiten der vom rechtsmittelführenden Unternehmen ins Feld geführten Rechtsmittelgründe zu antworten.

ii) Die so genannten „unmittelbaren (Belastungs-)Beweise" und ihre Würdigung

45. Diese Rüge weist eine offensichtlich unzulässige Dimension auf, die Italcementi zwar nicht anzusprechen vorgibt, die aber in Wirklichkeit Voraussetzung ihrer Argumentation ist und sich in mehreren Passagen ihrer Klageschrift wiederfindet, insbesondere dort, wo sie von der „Schwäche" der gegen sie verwandten Beweise spricht. Seien sie nun schwach, unmittelbar, vom Hörensagen oder Vermutungen: Der Gerichtshof kann in der Rechtsmittelinstanz die Würdigung der Beweise durch das Instanzgericht nicht überprüfen oder Werturteile über die hieraus gezogenen tatsächlichen Folgerungen abgeben.

46. Das Rechtsmittelgericht darf in diesen Bereich erst vordringen, wenn die Beweise unter Verstoß gegen eine Bestimmung oder gegen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts erlangt wurden oder wenn bei ihrer Würdigung dasselbe mit den Beweislast- und Beweisregeln geschehen ist, weil die Beweiswürdigung unlogisch oder willkürlich erfolgt ist und demzufolge die Beweismittel verfälscht wurden. Der Gerichtshof kann lediglich etwaige Rechtsfehler des erstinstanzlichen Gerichts beheben, niemals aber — unbeschadet der Überprüfung ihrer rechtlichen Qualifikation — über Tatsachenfeststellungen entscheiden [35]. Nichts von alledem ist in dieser Rechtssache vorgefallen.

47. Die Vorgehensweise des Gerichts erster Instanz war, soweit es sich mit Italcementi befasst hat, folgende: Aufgrund festgestellter Tatsachen (Durchführung der verschiedenen Treffen; die Anwesenheit der Klägerin bei einem von ihnen; die Vereinbarung und Genehmigung wettbewerbswidriger Absprachen in ihrem Verlauf; keine ausdrückliche Äußerung der Nichtübereinstimmung oder der Distanzierung seitens der Klägerin, die Beteiligung am Informationsaustausch über die Preise; die Teilnahme an der Errichtung der European Task Force und von Intercement; die Durchführung der Calcestruzzi-Maßnahmen und die Vereinbarung mit Cementir und Unicem) hat es für bewiesen erachtet, dass diese an der Vereinbarung beteiligt war. Diese Schlussfolgerung weist nicht nur keinen der Mängel auf, die eine Überprüfung durch den Gerichtshof in der Rechtsmittelinstanz rechtfertigen würde, sondern ist außerdem vernünftig, stimmt mit den Denkgesetzen überein und ist im Urteil angemessen dargestellt [36].

35 — Vgl. Nr. 27 meiner Schlussanträge vom 3. Mai 2001 zum Urteil vom 10. Juli 2001 in der Rechtssache C-315/99 P (Ismeri Europa/Rechnungshof, Slg. 2001, I-5281) und die dort in Fußnote 17 zitierten Urteile sowie Randnr. 19 des Urteils Ismeri Europa/Rechnungshof. Unter den jüngeren Urteilen des Gerichtshofes vgl. Urteil vom 21. Juni 2001 in den verbundenen Rechtssachen C-280/99 P bis C-282/99 P (Moccia Irme u. a./Kommission, Slg. 2001, I-4717, Randnr. 78).

36 — Vgl. Randnrn. 1350, 1351 und 1353 zur Cembureau-Vereinbarung, Randnrn. 1497 bis 1500 zum Austausch von Informationen über die Preise, Randnrn. 2745 bis 2753 zur Gründung der European Task Force, Randnrn. 2997 ff. zu der von Interciment sowie Randnrn. 3264 bis 3270 zu den Calcestruzzi-Maßnahmen und Randnrn. 3345 ff. zu der Vereinbarung betreffend die Verträge mit diesem italienischen Betonhersteller.

48. Nimmt ein Unternehmen zusammen mit seinen Konkurrenten auf dem Markt an einer oder mehreren Sitzungen teil, aus denen eine wettbewerbswidrige Vereinbarung hervorgeht, so erlaubt die Technik der Beweisvermutungen den Schluss, dass es, falls eine ausdrückliche gegenteilige Äußerung fehlt, an der Vereinbarung beteiligt ist, insbesondere, wenn es sich später an Maßnahmen zur Durchführung der wettbewerbswidrigen Absprache beteiligt.

49. Der Beweis aufgrund von Vermutungen beruht auf der Denkgesetzlichkeit der Vernunft sowie auf dem allgemeinen Verständnis und der Erfahrung. Zu diesem Zweck ist von bewiesenen Ereignissen auszugehen, die es aufgrund eines Denkvorgangs im Einklang mit den Regeln des menschlichen Verstandes ermöglichen, bestimmte Tatsachen als bewiesen zu betrachten.

50. Der Gerichtshof hat es für zulässig gehalten, aufgrund von Beweisvermutungen die Beteiligung eines Unternehmens an einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung als bewiesen anzusehen, unbeschadet der Möglichkeit, dass diese Vermutung wie alle widerlegbaren Vermutungen durch andere Beweise widerlegt werden kann [37]. Ich würde hinzufügen, dass die Beweisvermutung, wenn man in einem Sektor wie dem der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs auf dem Binnenmarkt tätig wird, wobei verwickelten Verhaltensweisen die Stirn geboten werden muss, die sich in behenden Manövern einer komplexen Organisationsstruktur äußern, ein nahezu unentbehrliches Instrument zur Ermittlung der Wirklichkeit ist.

iii) Zur Vernünftigkeit des Kriteriums des Gerichts erster Instanz bei der Würdigung der Entlastungsbeweise

51. Entscheidend in der Darlegung von Italcementi und Voraussetzung ihres Standpunkts ist die Feststellung, die sie dem Gericht erster Instanz unterstellt, dass sie auf der Grundlage „ausschließlich unmittelbarer schriftlicher Beweise“ mit einer Geldbuße belegt worden sei. Diese Feststellung [38] darf nicht aus ihrem Zusammenhang gerissen werden. Sie ist zwar im angefochtenen Urteil enthalten, wird allerdings von der negativen Feststellung begleitet, dass die Entscheidung nicht „auf ein Parallelverhalten auf dem Markt“ gestützt war [39], die in den Text aufgenommen wurde, um den Dokumenten, die eine alternative wirtschaftliche Erklärung des Verhaltens der bestraften Unternehmen hätten liefern können, die Erheblichkeit abzusprechen [40].

37 — Im Urteil vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache C-49/92 (Kommission/Anic Partecipazioni, Slg. 1999, I-4125) hat er festgestellt, das Gericht erster Instanz habe ohne unzulässige Umkehr der Beweislast zu Recht angenommen, dass Anic — weil die Kommission habe nachweisen können, dass diese an Sitzungen teilgenommen habe, in denen Preisinitiativen beschlossen, organisiert und kontrolliert worden seien — der Beweis dafür obliege, dass sie diesen Initiativen nicht zugestimmt habe. Im gleichen Sinne hat er sich in den Urteilen vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache C-199/92 P (Hüls/Kommission, Slg. 1999, I-4287, Randnr. 155) und in der Rechtssache C-235/92 P (Montecatini/Kommission, Slg. 1999, I-4539, Randnr. 181) geäußert.

38 — Vgl. z. B. Randnrn. 260 und 263 des angefochtenen Urteils.

39 — Randnr. 264 des angefochtenen Urteils.

40 — Vgl. allgemein Randnrn. 264 und 1116. Für den besonderen Fall von Italcementi vgl. Randnrn. 1257, 1260, 1262 und 1264.

52. Bei diesem Verständnis erhält der Maßstab des Gerichts erster Instanz seinen ganzen Sinn, nämlich die Begrenzung der Bandbreite der Beweise, mit denen die tatsächlichen Feststellungen der Kommission widerlegt werden könnten, auf die Unterlagen, „die sich unmittelbar auf ihnen in der angefochtenen Entscheidung vorgeworfene Zuwiderhandlungen beziehen“ [41]. Es erweist sich also die Regel als richtig, wonach das Verteidigungsrecht der Klägerinnen verletzt worden ist, wenn ihnen während des Ablaufs des Verwaltungsverfahrens Beweisunterlagen vorenthalten wurden, die die von der Kommission verwendeten Beweise [42] widerlegen und nicht nur ergänzende oder alternative Erklärungen liefern könnten, die zwar schätzenswert sein mögen, aber die in der Entscheidung herangezogenen Dokumente nicht entkräften können.

53. Ein Beispiel genügt, um dies zu verstehen. Die Kommission gelangte aufgrund bestimmter Beweise [43] zu dem Schluss, dass auf den Treffen der europäischen Zementhersteller vom 14. Januar 1983, 19. März und 7. November 1984 (nur am zweiten nahm Italcementi teil) wettbewerbswidrige Absprachen getroffen wurden. Es erscheint vernünftig, die Liste der Verteidigungsbeschränkungen im Hinblick auf die Beweise aufzustellen, die den Inhalt solcher Beweiselemente hätten widerlegen können, wie es der Forderung des Gerichts erster Instanz entspricht, wenn es von „objektivem Zusammenhang“ mit einigen der in der Entscheidung erhobenen Vorwürfe spricht [44].

54. Das rechtsmittelführende Unternehmen selbst scheint mit dieser Sichtweise einverstanden zu sein. In seiner Rechtsmittelschrift führt es aus, dass der Entschluss, die dem Fall „völlig fremden Dokumente“ [45] auszuschließen, richtig gewesen sei, und wenn man sieht, wie das Verwaltungsverfahren abgelaufen ist, sind dies die Dokumente, die in Zusammenhang mit den unmittelbaren Beweisen keine Aussagekraft haben. Wenn die Kommission, die sich auf die Dokumente stützte, die sich in der Akte befanden, zu dem Schluss kam, dass Cembureau und ihre unmittelbaren Mitglieder bei dem Treffen der Delegationsleiter vom 14. Januar 1983, an dem Italcementi nicht teilgenommen hatte, zu einer Vereinbarung über die Respektierung der Inlandsmärkte und die Reglementierung der grenzüberschreitenden Zementlieferungen gelangten, die inhaltlich u. a. bei dem Treffen vom 19. März 1994, an dem Italcementi teilnahm, bestätigt wurden, so hätte die Verteidigung der Klägerin nur durch die Unmöglichkeit beeinträchtigt werden können, zu ihrer Entlastung Beweismittel heranzuziehen, die widerlegt hätten, dass bei diesen Treffen die betreffende Absprache beschlossen und genehmigt wurde, die ihr Fernbleiben von diesen Treffen belegt hätten oder hätten erkennen lassen, dass sie zwar anwesend war, sich aber von der Absprache distanzierte.

41 — Randnr. 262.

421 — Vgl. Randnr. 263.

43 — Angaben in den Absätzen 18, 19 und 45 der Entscheidung.

44 — Vgl. Randnr. 247 des angefochtenen Urteils.

45 — Nr. 70.

55. War erst bewiesen, dass bei diesen Treffen eine Vereinbarung beschlossen und genehmigt wurde, so erwiesen sich die etwaigen Beweismittel, die eine alternative wirtschaftliche Erklärung für das Verhalten von Italcementi hätten liefern können, als unerheblich, so dass eine unterbliebene Einsichtnahme während des Verfahrensablaufs nicht zu einer Beschränkung ihrer Verteidigung hätte führen können. Liest man die Randnummern 1256 bis 1267 des angefochtenen Urteils mit Sorgfalt, so bemerkt man, dass die Dokumente, die das Unternehmen nicht einsehen konnte, Beweismittel waren, die, weil sie nicht beanspruchten, die in der Entscheidung herangezogenen unmittelbaren Beweise zu widerlegen, als „nicht zur Sache gehörend" und für die Verteidigung belanglos qualifiziert werden konnten.

iv) Die Beachtung seines eigenen Beurteilungskriteriums durch das Gericht erster Instanz — Unzugängliche Entlastungsbeweise

56. Italcementi rügt, dass das angefochtene Urteil einen Widerspruch zwischen der theoretischen Festlegung des Kriteriums für die Beurteilung in Randnummer 247 und dessen praktischer Anwendung aufweise. Um dies deutlich zu machen, zitiert und analysiert sie die Verfahren T-38/95 (Cedest SA), T-52/95 (Compañía Valenciana de Cementos Portland SA) und T-56/95 (Castle Cement Ltd), in denen, obwohl das Verteidigungsrecht verletzt worden sei, weil die klagenden Unternehmen keinen Zugang zu entlastenden Dokumenten erhalten hätten, die Entscheidung nicht für nichtig erklärt, sondern lediglich abgeändert worden sei.

57. Dieses Vorbringen ist unerheblich. Italcementi rügt die Verletzung fremder Verteidigungsrechte, wozu sie nicht befugt ist, um damit ihre eigenen zur Geltung zu bringen. Auch wenn die Tatsachen feststehen, auf die sich ihre Argumentation stützt, kann doch ihrer Richtigkeit keinerlei Bedeutung für den Ausgang ihrer in der Rechtsmittelinstanz vorgebrachten Beanstandung zukommen.

58. Für Italcementi ist ihre Situation die gleiche, weil im Urteil Dokumente genannt würden, die unzugänglich geblieben seien, weshalb sie sie während des Sanktionsverfahrens nicht zu ihrer Verteidigung verwendet habe. Ihrer Meinung nach habe das Gericht erster Instanz, wenn dies erst einmal festgestellt worden sei, entscheiden müssen, dass ein Formfehler vorliege, und die Entscheidung für nichtig erklären müssen, ohne dass erforderlich gewesen wäre, diese Dokumente zu untersuchen oder zu ermitteln, ob in jedem Fall die Zuwiderhandlungen, für die sie geahndet worden sei, ausreichend nachgewiesen seien.

59. Auf diesem Umweg nimmt das rechtsmittelführende Unternehmen eine Erörterung wieder auf, auf die ich bereits eingegangen bin, die nämlich, ob der Formfehler automatisch ohne Rücksicht auf seine Bedeutung zur Nichtigerklärung der Entscheidung führen muss, mit der das Verfahren abschließt. Ich verweise daher auf meine eingehenden Ausführungen hierzu in Abschnitt IV 1 A 1 Buchstabe a und insbesondere auf die Nummern, in denen ich den Standpunkt vertreten habe, dass sich das Gericht erster Instanz nicht an die Stelle der

Kommission gesetzt, sondern sich darauf beschränkt hat, seine richterlichen Befugnisse mit Sorgfalt auszuüben, als es geprüft hat, ob der Formfehler, der diesem Organ zweifelsfrei anzulasten ist, eine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte von Italcementi hervorgerufen hat. Es hat unter Einsatz seiner richterlichen Befugnisse die von der Klägerin vorgebrachten Tatsachen und Rechtsargumente untersucht und für sie eine angemessene und rechtlich begründete Lösung gefunden.

60. Das Vorbringen von Italcementi leidet zudem an Begriffsverwirrung. Ihr gesamtes Vorbringen zum Verteidigungsrecht knüpft an die Unmöglichkeit an, im Verwaltungsverfahren Dokumente, die sie als Entlastungsbeweise hätte verwenden können, einsehen und benutzen zu können. Andererseits handelt es sich bei dem, worauf sie sich hier bezieht, um von der Kommission verwendete Beweismittel, die zu prüfen oder denen zu widersprechen sie vor Erlass der Entscheidung keine Gelegenheit gehabt hat[46]. Es liegt wohl auf der Hand, dass der Kanon der Beurteilung im einen Fall anders sein muss als im anderen. Um die Zusammenhangslosigkeit des in Randnummer 247 der angefochtenen Entscheidung aufgestellten Kriteriums für die fehlende Einsicht in entlastende Beweise darzulegen, darf nicht auf Argumente zurückgegriffen werden, mit denen im Urteil selbst die Unmöglichkeit des Zugangs zu belastenden Beweisen belegt wird.

46 — Vgl. Randnrn. 366, 376, 1111, 1112 und 2807 des Urteils.

61. Die vom Gericht erster Instanz herangezogene Regel ist auch kohärent: Das belastende Material, das die beschuldigten Unternehmen im Verwaltungsverfahren nicht widerlegen konnten, darf nicht gegen sie verwendet werden; ist es aus dem Weg geräumt und besteht kein Beweis für die Begehung der Zuwiderhandlung, muss die Entscheidung für nichtig erklärt werden; ist die Zuwiderhandlung aber hinreichend nachgewiesen, bleibt der Formfehler belanglos. Um die Richtigkeit dieser Vorgehensweise zu erläutern, verweise ich auf meine Ausführungen zum instrumentellen Charakter des Rechts auf Einsicht in die Akten und zur materiellen Dimension des Rechtsbegriffs der Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte.

62. Aus diesen Gründen ist dieser — erste — Rechtsmittelgrund als unzulässig und unbegründet zurückzuweisen.

2) Zum Verteidigungsrecht und zum Verzicht der Kommission auf die „nationalen Beanstandungen“ (zweiter Rechtsmittelgrund)

63. Italcementi gliedert diesen Rechtsmittelgrund in zwei Teile, indem sie zum einen rügt, dass der Umstand, dass sie vor Erlass der angefochtenen Entscheidung keine Ge-

legenheit gehabt habe, zum Verzicht auf die nationalen Beanstandungen Stellung zu beziehen, ihre Verteidigungsrechte beeinträchtigt habe [47], und zum anderen, dass ein Widerspruch zwischen diesem Entschluss des Verzichts und der Entscheidung bestehe, wenn man berücksichtige, dass sie Verhaltensweisen beanstande, die Gegenstand der nationalen Beanstandungen gewesen seien [48].

a) Zur Unmöglichkeit der Einlassung im Verwaltungsverfahren wegen des Verzichts auf die nationalen Beanstandungen

64. Diese Rüge von Italcementi enthält eine unzulässige Dimension. Liest man die Rechtsmittelschrift, so bemerkt man, dass ein Gutteil der von der Rechtsmittelführerin dargelegten Argumente sich darauf beschränkt, die in erster Instanz dargelegten Gründe zu wiederholen, ohne irgendeine Kritik an der in den Randnummern 438 ff. des angefochtenen Urteils formulierten Antwort zu üben.

65. Außerdem ist sie unbegründet. Das Gericht erster Instanz stellt fest, dass eine Entscheidung wie die, die Anklage fallen zu lassen, das Ziel der Adressaten der Mitteilung der Beschwerdepunkte sei und sich von Hause aus zu deren Vorteil auswirke [49].

66. Ausnahmsweise ist den Betroffenen beim Fallenlassen der Anklage Gelegenheit zur Äußerung zu geben, wenn nämlich entgegen dem Anschein kein Verzicht, sondern eine reformatio in peius der Beschwerdepunkte vorliegt.

67. Italcementi bringt vor, sie hätte, wenn sie bei Mitteilung des Verzichts auf die nationalen Beschwerdepunkte Gelegenheit zu weiterem Vorbringen gehabt hätte, die Kommission davon überzeugen können, die Calcestruzzi-Vereinbarung nicht als Durchführung der Cembureau-Vereinbarung zu behandeln (Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b).

68. Der Schlüssel findet sich allerdings nicht in diesem Umstand (also der Gelegenheit, die Kommission umzustimmen), sondern in dem Zeitpunkt, in dem diese Überzeugung sich ausgebildet hätte. Das Fallenlassen der den nationalen Märkten geltenden Beschwerdepunkte fügte dem Gegenstand nichts hinzu, noch nahm es ihm etwas weg [50]. Die Beanstandung der Vereinbarung zwischen der Rechtsmittelführerin, Unicem und Cementir, um Calcestruzzi von der Einfuhr von griechischem Zement abzubringen, fand sich von Anfang

47 — Dieser Frage widmet sie Nrn. 113 bis 120 der Rechtsmittelschrift.

48 — Nrn. 121 bis 129 der Rechtsmittelschrift.

49 — Vgl. Randnr. 439 des Urteils, in der das Gericht erster Instanz auf das Urteil des Gerichtshofes vom 7. Juni 1983 in den verbundenen Rechtssachen 100/80 bis 103/80 (Musique Diffusion Française/Kommission, Slg. 1983, 1825) verweist, in dessen Randnr. 14 die Befugnis der Kommission anerkannt werde, Beschwerdepunkte gegenüber den beschuldigten Unternehmen fallen zu lassen.

50 — Vgl. Randnr. 443 des Urteils.

an im internationalen Teil der Mitteilung der Beschwerdepunkte [51] und spiegelte sich in dem den italienischen Markt betreffenden Teil wider, in dem auf die Belieferungsverträge mit diesem Zementlieferanten Bezug genommen wurde, so dass das rechtsmittelführende Unternehmen sich stets zur gegenseitigen Abhängigkeit der beiden Beanstandungen und der Notwendigkeit eines gemeinsamen Schicksals beider äußern und Überlegungen dazu anstellen konnte.

69. Als die Kommission die nationalen Abschnitte der Mitteilung der Beschwerdepunkte fallen ließ, hatte Italcementi bereits Gelegenheit gehabt, die angebliche Identität der in den beiden Teilen der Mitteilung der Beschwerdepunkte beanstandeten Verhaltensweisen herauszustellen. In diesem Zusammenhang gewinnt die Feststellung des Gerichts erster Instanz, dass „... die Stellungnahmen, die die Klägerin zum Fallenlassen der nationalen Beschwerdepunkte hätte abgeben können, die Kommission ganz offensichtlich nicht dazu veranlasst [hätten], den internationalen Beschwerdepunkt bezüglich der Vereinbarung zwischen den italienischen Zementherstellern fallen zu lassen“ [52], ihre ganze Bedeutung.

b) Der angebliche Widerspruch zwischen dem Verzicht auf die nationalen Beanstandungen und der Entscheidung

70. Die Prüfung dieser Rüge macht es erforderlich, bei den so genannten Schutzmaßnahmen für den italienischen Markt zu verweilen.

71. Die Entscheidung beschreibt zwei Zuwiderhandlungen, die mit diesen Maßnahmen zusammenhängen und in den Rahmen der European Task Force oder Cembureau Task Force integriert waren.

72. Der erste, allgemeinere und in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a geahndete Verstoß besteht in abgestimmten Verhaltensweisen mit dem Ziel, den griechischen Herstellern, speziell Titan, Calcestruzzi, damals der größte italienische Hersteller von Lieferbeton, als Kunden zu entziehen. Diese Zuwiderhandlung wurde Italcementi, Unicem und Cementir sowie den weiteren Mitgliedern des erwähnten Kartells angelastet [53].

73. Der zweite, speziellere bestand in einer Vereinbarung dreier italienischer Hersteller zur Verhinderung der Einfuhren von Zement durch Calcestruzzi. Mit ihr sollte einer drohenden Einfuhr von 1,5 Millionen Tonnen griechischen Zements durch Calcestruzzi begegnet werden. Diese in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b geahndete Zuwiderhandlung wurde ausschließlich den drei genannten Herstellern angelastet [54].

51 — Vgl. die Erwägungen, die ich zu diesem Gegenstand später anstellen werde.

52 — Randnr. 447 des Urteils.

53 — Zum Vorliegen dieser Zuwiderhandlung vgl. Randnrn. 3138 ff. des Urteils.

54 — Die Ausführungen des Gerichts erster Instanz zum Vorliegen dieser Zuwiderhandlung finden sich in den Randnrn. 3345 ff. des Urteils.

74. Im internationalen Teil der Mitteilung der Beschwerdepunkte ist die Rede von zwei Zuwiderhandlungen in Zusammenhang mit den Schutzmaßnahmen für den italienischen Markt, die im Rahmen der European Task Force oder Cembureau Task Force vereinbart wurden. In Nummer 61 Buchstabe h Punkt iv [55] hieß es, dass „[d]er auf Calcestruzzi ausgeübte Druck und die Nichterfüllung des Vertrags über den Bezug von Titan-Zement seitens Calcestruzzi ... Teil der Abschreckungsmaßnahmen der Task Force und *das Ergebnis von abgestimmten Verhaltensweisen zwischen den italienischen Herstellern Italcementi, Unicem und Cementir und zwischen diesen und den anderen ... Teilnehmern der ‚Cembureau Task Force'* [sind]" [56], mit denen den griechischen Herstellern ein Kunde abgeworben werden sollte, der ihren Eintritt in den italienischen Markt hätte erleichtern können.

75. Die entsprechende nationale Beanstandung für Italien betraf die am 3. und 15. April 1987 von Unicem, Italcementi, Cementir und Calcestruzzi unterzeichneten Belieferungsverträge und -abmachungen. Im Rahmen dieser Abmachungen gründeten sie eine gemeinsame Tochtergesellschaft unter der Firma *Società Italiana per le Promozioni ed Applicazioni del Calcestruzzo Spa* (SIPAC) [57]. Mit diesen Abmachungen verpflichteten sich die drei Hersteller, den gesamten Zementbedarf des Calcestruzzi-Konzerns zu decken und die festgelegten Preisabschläge anzuwenden. Calcestruzzi seinerseits verpflichtete sich, die Hälfte dieser Abschläge an die genannte gemeinsame Tochtergesellschaft weiterzugeben, die die Beträge in Lieferbetonunternehmen oder in verwandte Tätigkeiten zu investieren hatte, sowie mindestens 80 % ihres Zementbedarfs bei Italcementi, Unicem und Cementir oder bei von diesen bestimmten Unternehmen zu decken. Für den Fall, dass die Käufe von Calcestruzzi weniger als 95 % ihres Gesamtbedarfs ausmachten, behielten sich die Hersteller ein Kündigungsrecht vor [58].

76. Die Kommission stellte sich nun also auf den Standpunkt, dass diese Abmachungen, die sie nicht zu ahnden beschloss, im Rahmen der zwischen den drei italienischen Zementherstellern abgeschlossenen und in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b der Entscheidung beschriebenen Vereinbarung unterzeichnet worden waren.

77. Italcementi sieht einen Widerspruch zwischen dem Entschluss, die nationalen Beanstandungen fallen zu lassen, und dem, die Beanstandungen in Zusammenhang mit dem in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b der Entscheidung umschriebenen Verhalten aufrechtzuerhalten, weil nicht sicher sei, wie das Gericht erster Instanz meine, dass im internationalen Teil der Mitteilung der Beschwerdepunkte auf die Abmachung zwischen den drei italienischen Zementunternehmen abgestellt worden sei.

78. Man braucht nur die einige Zeilen weiter oben von mir hervorgehobenen Sätze zu lesen, um festzustellen, dass die Auffas-

55 — Sie ist, wie Italcementi einräumt, in Absatz 55 Buchstabe a Punkt 1 der Entscheidung wörtlich wiedergegeben.

56 — Hervorhebung von mir.

57 — Vgl. Randnrn. 444 und 445 des angefochtenen Urteils.

58 — Vgl. Absatz 27 Punkt 6 der Entscheidung und Randnr. 3345 des Urteils.

sung von Italcementi mehrdeutig ist. Im internationalen Teil der Mitteilung der Beschwerdepunkte wurde die Abmachung zwischen den drei Zementherstellern sowie die mit den anderen der Cembureau Task Force angehörenden Herstellern getroffene Kartellabsprache genannt. Zwar ist richtig, dass dieser Hinweis sich im Rahmen der dann in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a der Entscheidung beschriebenen Verhaltensweise findet, jedoch ist nicht weniger klar, dass in den Erwägungen zu der in Buchstabe b beschriebenen Vorgehensweise auf eine Vereinbarung zwischen Italcementi, Unicem und Cementir Bezug genommen wird, die keine andere sein kann als die in Nummer 61 Buchstabe h Punkt iv der Mitteilung der Beschwerdepunkte erwähnte.

79. Auf jeden Fall ist im zweiten Teil dieses Rechtsmittelgrundes ein bestimmter Widerspruch zu dem Standpunkt festzustellen, der eingenommen wurde, um die im ersten Teil erhobene Rüge zu rechtfertigen. Dort liegt der Akzent auf den engen Verbindungen zwischen den beiden Teilen der Mitteilung der Beschwerdepunkte, hier soll vermerkt werden, dass diese Verbindungen nicht so intim seien und im internationalen Teil nicht auf irgendeine Vereinbarung zwischen den drei italienischen Herstellern Bezug genommen werde. Wenn zu dem Entschluss, die nationalen Beanstandungen, deren Gegenstand die Verträge mit Calcestruzzi waren, fallen zu lassen, ihrer Meinung nach den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme hätte gegeben werden müssen, um die Kommission davon zu überzeugen, dass ihr Verzicht zu einer Abstandnahme von der dann in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b umschriebenen Beanstandung verpflichtete, kann ich nicht verstehen, warum sie dann darauf besteht, dass im internationalen Teil nicht auf eine Vereinbarung zwischen den drei Zementherstellern Bezug genommen werde, deren Folge diese Verträge wären.

80. Die vorstehenden Erwägungen führen unmittelbar zur Zurückweisung des zweiten von Italcementi geltend gemachten Rechtsmittelgrundes.

B — Materielle Rechtsmittelgründe — Die Vereinbarung „betreffend Verträge und Abmachungen“ mit Calcestruzzi (dritter Rechtsmittelgrund) — Der Grundsatz ne bis in idem

81. Um die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die entsprechende Nichtigerklärung der Bußgeldentscheidung der Kommission zu erreichen, macht Italcementi einen einzigen materiellen Rechtsmittelgrund geltend, mit dem sie die Beurteilung der Vereinbarung über die 1987 mit Calcestruzzi geschlossenen Verträge durch das Gericht erster Instanz und insbesondere deren Einstufung als Maßnahme zur Durchführung der Cembureau-Vereinbarung in Frage stellt.

82. Italcementi legt dar, dass für das Gericht erster Instanz Anlass der Zurechnung in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b der Entscheidung die von den drei italienischen Herstellern unterzeichnete Vereinbarung zur Verhinderung der Einfuhren von griechischem Zement durch Calcestruzzi gewesen sei, deren Zielsetzung sie über die Tätigkeiten der European Task Force mit der Cembureau-Vereinbarung verknüpfe.

83. Ihrer Meinung nach widerspricht die Geldbuße für das in dem genannten Artikel der Entscheidung beschriebene Verhalten diesen Prämissen aus den folgenden drei Gründen:

1. Unterzeichnung und Durchführung der Verträge mit Calcestruzzi seien dem Grundsatz „Jeder bestellt sein eigenes Feld" fremd gewesen, dem mit dem Abbruch der Beziehungen dieses Unternehmens zu dem griechischen Unternehmen Titan Genüge getan worden sei; es komme hinzu, dass diese Verträge das Ende der in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b der Entscheidung genannten Zuwiderhandlung bedeutet hätten;

2. in Wirklichkeit hätten die Kommission und das Gericht erster Instanz, anders als in der Entscheidung und im Urteil gesagt werde, nicht das Kartell zwischen den drei italienischen Zementherstellern, sondern die Verträge mit Calcestruzzi beanstandet, was mit dem Verzicht auf die nationalen Beschwerdepunkte unvereinbar und mit jedwedem Beschluss der *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* unvereinbar sei, und

3. die Behandlung der Verträge mit Calcestruzzi als Durchführung der Cembureau-Vereinbarung führe zu einem abwegigen Ergebnis: Wenn zwischen 1989 und 1992 die einzigen an dieser Vereinbarung Beteiligten die drei italienischen Unternehmen seien, müsse man da nicht von einer „ultranationalen" Vereinbarung sprechen?

84. Ersichtlich nimmt der angebliche Widerspruch, der bei dem vorherigen Rechtsmittelgrund formaler Art war, hier eine materielle Dimension an.

85. Die Behandlung dieser Rüge muss dem Sachverhalt des Rechtsstreits angepasst sein, wie er in den Randnummern 3345 ff. des angefochtenen Urteils zum Ausdruck kommt.

86. Dieser Sachverhalt lässt von Rechts wegen nur zwei Auslegungen zu, je nachdem, ob man davon ausgeht, dass die in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b der Entscheidung geahndete Vereinbarung und die im April 1987 von Italcementi, Unicem, Cementir und Calcestruzzi unterzeichneten Verträge verschiedene Verhaltensweisen darstellen oder aber ein und dieselbe Praktik bilden. Die unterschiedslose Heranziehung der beiden Auslegungen je nach dem Kontext oder dem Vorbringen, das hier zu behandeln ist, wäre abzulehnen.

87. Entscheidet man sich für die zweite Möglichkeit, so tritt der Grundsatz ne bis in idem in Erscheinung, weil das gleiche Verhalten zweimal geahndet worden wäre, einerseits durch die Kommission und andererseits durch die *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* [59].

59 — Entscheidung vom 6. März 1996. Verfahren I.123, *Bollettino* 10/1996, S. 7.

88. Nach diesem Grundsatz [60] ist es untersagt, dass jemand zum Schutz der gleichen Rechtsgüter und wegen desselben rechtswidrigen Verhaltens mehr als einmal strafrechtlich belangt wird, weil diese mehrfache Bestrafung eine unzulässige doppelte Durchsetzung des Strafanspruchs wäre [61].

89. Folglich muss, damit dieser Grundsatz eingreift, Identität in drei Punkten bestehen: derselbe Sachverhalt, ein einziger Täter und ein einziges geschütztes Rechtsgut [62].

90. Die Identität in subjektiver Hinsicht ist unbestreitbar.

91. Auch die Identität des geschützten Rechtsguts steht außer Zweifel. Im System der Sicherstellung des freien Wettbewerbs kann in der Europäischen Union nicht von unterschiedlichen Zielen, dem gemeinschaftlichen und den nationalen, die Rede sein, als ob es sich um hermetisch abgeschlossene Abteilungen handele. Beide Bereiche orientieren sich am Schutz eines freien und offenen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt: Der eine erfasst ihn in seiner Gesamtheit, der andere aus der Sicht seiner einzelnen Bestandteile, der Kerngehalt aber ist derselbe. Die nationalen Vorschriften müssen in diesem Punkt eine angemessene Umsetzung der in den Artikeln 81 EG und 82 EG enthaltenen Bestimmungen und von deren Durchführung im abgeleiteten Recht sein.

92. Liest man die Artikel 2 [63] und 3 des italienischen Gesetzes 287/1990 vom 10. Oktober zum Schutz des Wettbewerbs und des Marktes [64], so sieht man, dass sie sozusagen wörtliche Übernahmen der Artikel 81 EG und 82 EG mit dem einzigen Unterschied sind, dass hier vom „Gemeinsamen Markt", dort hingegen vom „nationalen Markt" die Rede ist; dieser Unterschied aber ist, wie ich später deutlich machen werde, beiläufig und nicht wesentlich.

93. Die Gemeinschaftsbehörden und die der Mitgliedstaaten sind mit der gleichen

60 — Zum Grundsatz ne bis in idem vgl. meine Schlussanträge vom 19. September 2001 in den Rechtssachen C-187/01, Gözütok, und C-385/01, Brügge, in denen bisher noch kein Urteil ergangen ist.

61 — Die Möglichkeit, dass nationale Wettbewerbsbehörden und die Kommission über den gleichen Sachverhalt entscheiden, ist vom Gerichtshof bereits in seinem Urteil vom 13. Februar 1969 in der Rechtssache 14/68 (Wilhelm, Slg. 1969, 1) behandelt worden, in dem er feststellt, dass die parallele Anwendung des nationalen Rechts die einheitliche Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts für den gesamten Gemeinsamen Markt und die Wirksamkeit der zu ihrem Vollzug ergangenen Maßnahmen nicht beeinträchtigen dürfe (Punkt 1 des Urteilstenors). Heutzutage ist die Geltung doppelter Zuständigkeiten ein anerkanntes Faktum (vgl. die Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags, ABl. 1993, C 39, S. 6); es gilt ferner, dass, wenn bei ein und derselben wettbewerbswidrigen Verhaltensweise oder Vereinbarung eine doppelte Ahndung stattfindet, die Gemeinschaftsentscheidung Vorrang behalten muss (vgl. Urteile vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89, Delimitis, Slg. 1991, I-935, und vom 14. Dezember 2000 in der Rechtssache C-344/98, Masterfoods und HB, Slg. 2000, I-11369).

62 — In dem Urteil vom 18. November 1987 in der Rechtssache 137/85 (Maizena, Slg. 1987, 4587) hat der Gerichtshof festgestellt, dass eine Verletzung des Ne-bis-in-idem-Prinzips nicht vorliege, da die beiden von einer Person aufgrund desselben Sachverhalts verlangten Kautionen nicht demselben Zweck dienten (Randnrn. 22 und 23).

63 — In der oben zitierten Entscheidung der *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* ist Italcementi wegen Verstößen gegen diese Bestimmung geahndet worden.

64 — *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Nr. 240 vom 13. Oktober 1990.

Aufgabe befasst und wollen, wenn sie wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen ahnden, ein einziges Rechtsgut schützen. Es liegt ein Kompetenzkonflikt bei identischem materiellem Gegenstand und Verfolgung ähnlicher Ziele vor, dessen Abgrenzung der Gerichtshof in den in Fußnote 60 dieser Schlussanträge zitierten Urteilen unternommen hat.

94. Im bereits zitierten Urteil Wilhelm hat der Gerichtshof festgestellt, dass „Artikel 85 darauf ab[stellt], ob ein Kartell den Handel zwischen Mitgliedstaaten behindern kann, während jede der staatlichen Kartellgesetzgebungen von ihren eigenen Erwägungen ausgeht und die Kartelle lediglich nach ihnen beurteilt“ [65]. Mit dieser Wendung bezog er sich auf diese doppelte Betrachtungsweise, eine global, eine territorial begrenzt, worauf ich kurz zuvor hingewiesen habe. In diesem letztgenannten Fall, wenn die Kollusion die Grenzen eines Staates nicht überschreitet, beeinträchtigt sie doch nichtsdestoweniger „das Spiel des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes“ [66]. Das Kriterium der territorialen Ausdehnung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ist nicht wesentlich, sondern beiläufig, weil es nicht die Natur der Zuwiderhandlung, sondern nur ihre Intensität berührt.

95. Liegen diese drei Identitäten vor, so kann ein gegen Artikel 81 EG verstoßendes Verhalten, wenn es von der Kommission verfolgt und geahndet worden ist, später nicht mehr von der nationalen Behörde, die für die Verteidigung des Wettbewerbs zuständig ist, verfolgt werden und umgekehrt [67].

96. Die vom Gerichtshof im Urteil Wilhelm vertretene Lösung, dass die zweite eingreifende Behörde die Sanktion wegen des Betrages der Geldbuße, die die zuerst tätig gewordene Behörde verhängt hat, herabsetzt, genügt den Anforderungen des Grundsatzes ne bis in idem nicht. Dieser Grundsatz ist keine Verfahrensregel, die als Linderungsmittel im Dienste der Verhältnismäßigkeit funktioniert, wenn jemand für das gleiche Verhalten doppelt verfolgt und geahndet worden ist, sondern eine grundlegende Garantie der Bürger [68].

97. In Wirklichkeit hat das genannte Urteil des Gerichtshofes nicht den zitierten Grundsatz angewandt [69], weil es um „zwei Parallelverfahren“ ging, „die verschiedenen Zielen dienen“ [70], also solche, in denen unterschiedliche Rechtsgüter oder -werte geschützt werden [71]. Die Identität des ge-

65 — Randnr. 3.

66 — Artikel 85 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 EG).

67 — Zur Ahndung des gleichen Sachverhalts von Seiten zweier verschiedener Rechtsordnungen vgl. meine Erwägungen in den Nrn. 52 ff. meiner Schlussanträge in den bereits zitierten Rechtssachen Gözütok und Brügge.

68 — Vgl. Artikel 4 des Protokolls Nr. 7 zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und Artikel 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

69 — Vgl. Pralus, M.: „Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe *non bis in idem: non bis*“, *Revue de science criminelle*, Juli–September 1996, S. 553 bis 574, insbesondere S. 558.

70 — Randnr. 11.

71 — Ich folge dieser Auffassung nicht, weil, wie ich kurz zuvor ausgeführt habe, die nationalen Behörden und die Kommission identische Werte schützen, wenn sie ein und dasselbe Verhalten unter Anwendung des — nationalen oder gemeinschaftlichen — Wettbewerbsrechts ahnden.

schützten Gegenstands, die die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem voraussetzt, lag nicht vor. Diesem Urteil ist zu entnehmen, dass, selbst wenn der genannte Grundsatz nicht eingreift und die Doppelsanktion zulässig ist, „... ein allgemeiner Billigkeitsgedanke [gebietet], die frühere Sanktionsentscheidung bei der später zu verhängenden Sanktion zu berücksichtigen“ [72].

98. Allerdings fehlt die dritte der erforderlichen Identitäten, die des Sachverhalts [73].

99. In Randnummer 3386 des angefochtenen Urteils wird hervorgehoben, dass die Entscheidung der *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* die von Calcestruzzi und den drei italienischen Zementherstellern (Unicem, Cementir und Italcementi) unterzeichneten Lieferverträge und Abmachungen über Zusammenarbeit betreffe, das Eingreifen der Gemeinschaftsbehörden sich dagegen auf die Vereinbarung der drei genannten Zementhersteller über diese Verträge und Abmachungen beziehe, soweit mit ihr die Zementeinfuhren von Calcestruzzi aus Griechenland verhindert werden sollten.

100. Italcementi greift die vorstehende Feststellung des Gerichts erster Instanz an, stellt sie aber nicht in der gebührenden Weise in Frage, wenn sie sie in einem Rechtsmittelverfahren einführt, in dem eine tatsächliche Feststellung dieses Gerichts nicht revidiert werden kann.

101. Letztlich handelte es sich um eine Vereinbarung zwischen den drei italienischen Zementherstellern, die verhindern sollte, dass Calcestruzzi weiter insbesondere aufgrund des 1986 mit Titan abgeschlossenen Vertrages griechischen Zement einführte. Diese Vereinbarung, die sich in die allgemeine Zielrichtung der European Task Force einfügte, bedurfte einer Ergänzung, die überdies ihr eigentliches Ziel war. Wenn es darum ging, Calcestruzzi von der Einfuhr von Zement aus Griechenland abzubringen und zum Einkauf bei den italienischen Herstellern zu bewegen, so dass in dieser Form die für die Cembureau-Vereinbarung kennzeichnende Regel „Jeder bestellt sein eigenes Feld“ erfüllt wurde, erschien es unumgänglich, die Belieferung dieses italienischen Betonherstellers mit Zement zu regeln, und dies war das Ziel der am 3. und 15. April 1987 unterzeichneten Verträge und Abmachungen.

102. Ersichtlich ist nicht gewiss, dass diese Verträge dem genannten Grundsatz fremd gewesen wären, und der Umstand, dass von 1989 bis zum 3. April 1992 ausschließlich die drei italienischen Zementunternehmen weiterhin die Cembureau-Vereinbarung anwandten, ist nicht abwegig.

72 — Randnr. 11.

73 — Im Urteil vom 14. Dezember 1972 in der Rechtssache 7/72 (Boehringer Mannheim/Kommission, Slg. 1972, 1281) hat der Gerichtshof eine Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem verneint, denn „[w]enn auch die mit den beiden Sanktionen belegten Handlungen auf denselben Komplex von Vereinbarungen zurückgehen, so weisen sie doch in ihrem Kern sowohl nach ihrem Zweck als auch nach ihrem geografischen Schwerpunkt Unterschiede auf“ (Randnr. 4).

103. Die Dauer der in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b der Entscheidung geahndeten Zuwiderhandlung wurde nämlich im Hinblick auf die Geltungsdauer der mit Calcestruzzi vereinbarten Verträge und Abmachungen festgelegt. War erst nachgewiesen, dass Unicem, Italcementi und Cementir sich geeinigt hatten, die Einfuhr von griechischem Zement durch Calcestruzzi zu verhindern, und in diesem Rahmen die Beliefe-rungsverträge mit diesem Unternehmen geschlossen hatten, ist es weder widersprüchlich noch verstößt es gegen die Denkgesetze, wenn die Dauer dieses Kartells unter Bezugnahme auf die Geltungsdauer dieser Verträge festgelegt wird, dessen äußerer Ausdruck sie sind. Diesen Sinn haben die Randnummern 3396 und 4340 ff. des angefochtenen Urteils.

104. Bei einer Feststellung wie der vorstehenden gibt es keinen Widerspruch zur Argumentation in der Randnummer 4278. Die Cembureau-Vereinbarung zum Schutz der nationalen Märkte war eine wettbewerbswidrige Globalabsprache, an die sich die Mehrzahl der Zementhersteller in der Gemeinschaft hielten. Alle mit Bußen belegten Unternehmen beteiligten sich an ihrem Abschluss und ihrer Durchführung oder an einer der beiden Verhaltensweisen, und zwar mit mehr oder weniger dauerhaften Maßnahmen. Dass die drei italienischen Hersteller sie bis zum 3. April 1992 aufrechterhielten, als die anderen Hersteller ihre Anwendung bereits eingestellt hatten, zeigt nur, dass sie sie länger als die anderen Unternehmen beibehielten.

2. Rechtsmittelgründe für die Nichtigerklärung oder die Herabsetzung der Geldbuße

105. Italcementi beanstandet im zweiten Teil seines Rechtsmittels, der insgesamt sechs Rechtsmittelgründen gewidmet ist, das von ihr angefochtene Urteil, weil es die von der Kommission verhängte Geldbuße weder für nichtig erklärt noch herabgesetzt habe. Drei dieser Rechtsmittelgründe (der vierte, fünfte und sechste), die sie geltend gemacht hatte, um die völlige Nichtigerklärung der Geldbuße zu erreichen, sind mit Beschluss vom 5. Juni des letzten Jahres als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen worden. Damit bleiben die übrigen drei zu prüfen, die — hilfsweise geltend gemacht — auf die Herabsetzung der Geldbuße abzielen.

A — Die Unantastbarkeit der Geldbuße trotz teilweiser Nichtigerklärung der Entscheidung (siebter Rechtsmittelgrund)

106. Italcementi rügt, dass sich die Nichtigerklärung der Artikel 2 und 5 der Entscheidung nicht im Betrag der gegen sie verhängten Geldbuße widergespiegelt habe. Dies verstoße gegen Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 und verletze die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung.

107. Bei Berücksichtigung der Struktur der Entscheidung und der Grundlage der Bußgeldverhängung [74] muss ich festhalten, dass die Rüge von Italcementi mit einer zum Teil irrigen Prämisse beginnt. Wenn sie sich beklagt, dass die Nichtigerklärung der Absätze 1 und 2 des Artikels 2 der Entscheidung keinerlei Auswirkung auf die Geldbuße gehabt habe, so täuscht sie sich ganz einfach.

108. Das Gericht erster Instanz hat beide Absätze für nichtig erklärt, soweit dort dem klagenden Unternehmen vorgeworfen wurde, sich vor dem 19. März 1984 an den dort beschriebenen Zuwiderhandlungen beteiligt zu haben. Dieser Ausspruch führte zur Nichtigerklärung des Artikels 1, soweit darin festgestellt wurde, dass es an der Cembureau-Vereinbarung seit dem 14. Januar 1983 beteiligt war [75], und, weil die Geldbuße nach Maßgabe der Dauer der Beteiligung jedes Unternehmens an dem Kartell festgesetzt worden war, zur entsprechenden Herabsetzung ihres Betrages. So ist es demnach nicht richtig, dass sich die Nichtigerklärung des Artikels 2, soweit sie Italcementi betrifft, nicht auf den Betrag der verhängten Geldbuße ausgewirkt hätte.

109. Die Rüge ist berechtigt, soweit Artikel 5 betroffen ist, doch zeigt ihre Geltendmachung, dass das rechtsmittelführende Unternehmen weder die Struktur der Entscheidung noch die Grundlage der gegen es verhängten Geldbuße verstanden hat.

Was den Grauzementmarkt betrifft, für den Italcementi ihre Beanstandung vorbringt, hat die Kommission eine einzige Verhaltensweise geahndet, nämlich die in Artikel 1 der Entscheidung beschriebene Beteiligung an der Cembureau-Vereinbarung. Die in den Artikeln 2 bis 6 beschriebenen Verhaltensweisen sind Maßnahmen zur Durchführung dieser Vereinbarung, die nicht getrennt geahndet wurden.

110. Jedes Unternehmen wurde aufgrund der Intensität seiner Beteiligung an der Vereinbarung mit einer Geldbuße belegt. Hierzu hat die Kommission sie in zwei Gruppen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen aufgeteilt: zum einen diejenigen, die an der Cembureau-Vereinbarung beteiligt waren, und zum anderen die übrigen Unternehmen mit einer weniger entscheidenden Beteiligung von geringerer Schwere [76].

111. Innerhalb der ersten Gruppe hat die Kommission drei Untergruppen unterschieden: 1. eine Untergruppe der Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, die als Mitglied von Cembureau unmittelbar am Abschluss des Übereinkommens oder Prinzips der Respektierung der Inlandsmärkte teilgenommen und an Durchführungsmaßnahmen mit dem Ziel, die Inlandsmärkte unmittelbar zu schützen, mitgewirkt haben, wozu sie Italcementi gezählt hat, 2. eine zweite Untergruppe der Unternehmen, die über ihre obersten Führungskräfte entweder in der Zeit des Abschlusses des Überein-

74 — Vgl. die Erwägungen, die ich hierzu in den Nrn. 83 bis 93 meiner heutigen Schlussanträge in der Rechtssache C-204/00 P, Aalborg/Kommission, angestellt habe.

75 — Vgl. Randnr. 4381 des Urteils.

76 — Absatz 65 Punkt 9 Buchstaben a und b der Entscheidung.

kommens oder in der seiner Durchführung die Funktion von Delegationsleitern wahrgenommen haben, und 3. eine letzte Untergruppe der Unternehmen, die an Maßnahmen zur Durchführung des Übereinkommens mit dem Ziel, die Inlandsmärkte unmittelbar zu schützen, mitgewirkt haben [77].

112. Bei der zweiten Gruppe hat die Kommission drei Arten von Verantwortlichen unterschieden: 1. die Unternehmen, die nur an Maßnahmen zur Durchführung des Übereinkommens mit dem Ziel, die Produktionsüberschüsse nach Drittländern umzuleiten, mitgewirkt haben, 2. diejenigen, die zwar an Maßnahmen zur Durchführung des Übereinkommens mit dem Ziel, die Inlandsmärkte unmittelbar zu schützen, mitgewirkt, aber versucht haben, sich der Durchführung des Übereinkommens zu entziehen, und 3. das Unternehmen Ciments Luxemburgeois, das zwar unmittelbares Mitglied von Cembureau war und an den Treffen der Delegationsleiter, bei denen das Cembureau-Übereinkommen oder -Prinzip vereinbart wurde, teilgenommen, aber letztlich keine Durchführungsmaßnahmen angewendet hat [78].

113. Die Kommission verhängte gegen die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen der ersten Gruppe Geldbußen in Höhe von 4 % des jeweiligen Umsatzes auf dem Grauzementmarkt des Jahres 1992. Die in die zweite Gruppe Eingestuften wurden mit einer Buße von 2,8 % des gleichen Parameters belegt [79].

114. Es ist daher nicht als Verletzung des Artikels 15 der Verordnung Nr. 17 oder der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung anzusehen, wenn das Gericht erster Instanz die gegen Italcementi verhängte Geldbuße nicht herabgesetzt hat, nachdem es festgestellt hatte, dass die in Artikel 5 der Entscheidung beschriebene Verhaltensweise keinen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages darstelle.

115. Die Nichtigerklärung des Artikels 5 der Entscheidung mindert weder die Schwere ihres Verhaltens noch verkürzt sie dessen Dauer, beides Kriterien, die gemäß Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 bei der Bemessung der Geldbuße zu berücksichtigen sind. Folglich brauchte diese Nichtigerklärung sich auf die Geldbuße nicht durch eine Herabsetzung ihres Betrages auszuwirken. Wie das Gericht erster Instanz im Urteil festgestellt hat: „Wie viele einzelne Zuwiderhandlungen ein bestimmtes Unternehmen im Rahmen der Cembureau-Vereinbarung begangen hat, stellt ... kein erhebliches Kriterium zur Bewertung des Grades [seiner] Verantwortung für diese Vereinbarung dar“ [80].

77 — Absatz 65 Punkt 9 Buchstabe a der Entscheidung.

78 — Absatz 65 Punkt 9 Buchstabe b der Entscheidung.

79 — Vgl. das dem Gericht erster Instanz übersandte Schreiben der Kommission vom 7. Juli 1998, insbesondere Absätze 2 und 3. Vgl. auch Randnrn. 4738, 4957 und 4963 des angefochtenen Urteils.

80 — Randnr. 4966.

116. Demgemäß ist dieser Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

B — Unzureichende Begründung für die Schwere der Italcementi vorgeworfenen Zuwiderhandlung (achter Rechtsmittelgrund)

117. Italcementi hat in erster Instanz gerügt, dass die Entscheidung ungenügend begründet sei, soweit es um die Schwere der jedem Unternehmen zugerechneten Zuwiderhandlung gehe. Sie verwies insbesondere auf ihre marginale und passive Rolle bei dem Kartell. Mit ihrem Rechtsmittel bringt sie vor, dass das Gericht erster Instanz den gleichen Fehler begangen habe. Das Urteil sei wenig erschöpfend, wäge die verschiedenen Grade der Verantwortung der Unternehmen für das rechtswidrige Verhalten nicht ab und erkläre nicht, wieso ihr Verhalten immer gleich schwer gewesen sein sollte, da es doch Augenblicke stärkerer Bindung an das Kartell und andere gegeben habe, bei denen die Bande sich gelockert hätten.

118. Die Rüge des Fehlens oder der Unvollständigkeit der Begründung wiederholt sich bei fast allen Rechtsmitteln gegen das Urteil des Instanzgerichts. In Wirklichkeit könnte das angefochtene Urteil als ausführlich, wirr oder langweilig, niemals aber als unzureichend begründet getadelt werden. Die Antwort, die die Rechtsmittelführerin vermisst, findet sich im Urteil selbst. In Randnummer 4944 werden die Rügen angeführt, die sie zu diesem Thema eingeführt hatte, und in Randnummern 4964 ff. wird als Antwort auf das Vorbringen aller Parteien die rechtliche Richtigkeit des von der Kommission herangezogenen Kriteriums behandelt.

119. Ich halte es für notwendig, daran zu erinnern, dass die den Gemeinschaftsorganen [81] und insbesondere den Gerichten in ihren Urteilen obliegende Begründung nicht bedeutet, dass zu allen von den Parteien vorgetragenen Argumenten Wort für Wort Stellung zu nehmen wäre; ausreichend ist vielmehr eine Begründung, die es den Betroffenen erlaubt, die Gründe für die Maßnahme zu erkennen, und die den zuständigen Rechtsprechungsorganen die genauen Beurteilungsfaktoren zur Verfügung stellt, um ihre Kontrollaufgabe wahrnehmen zu können [82]. Implizite Begründungen der gerichtlichen Entscheidung sind ebenfalls legitim, wenn sie den mit dieser Garantie einer rationalen Ausübung der Kontrollaufgabe verfolgten Zielsetzungen genügen.

120. In Wirklichkeit wird mit der Rüge von Italcementi nicht so sehr eine fehlende Erläuterung der Grundlagen der richterlichen Entscheidung als vielmehr eine Abweichung von den Kriterien der Kommis-

81 — Vgl. Artikel 253 EG.

82 — Vgl. noch unlängst Urteile vom 19. Oktober 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-15/98 und C-105/99 (Italia und Sardegna Lines/Kommission, Slg. 2000, I-8855, Randnr. 65) und vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-120/99 (Italien/Rat, Slg. 2001, I-7997, Randnr. 28).

sion für die Abstufung der Geldbußen bemängelt, wie sie vom Gericht erster Instanz gebilligt worden sind. Sie sollen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verkennen, wenn sie die Intensität der Beteiligung jedes Unternehmens am Kartell unberücksichtigt ließen.

121. Diese Auffassung entbehrt der Grundlage.

122. Die Geldbuße weist eine doppelte Zielsetzung auf: Sie soll ahnden und abschrecken. Sie soll ein Verhalten ahnden und die Urheber außer möglichen anderen Zuwiderhandelnden entmutigen, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen an den Tag zu legen. Sie muss daher diesen Zielen angepasst werden und das angemessene Gleichgewicht wahren, damit die Buße dem geahndeten Verhalten entspricht, und zugleich exemplarisch wirken.

123. Beim ersten Aspekt, der Ahndung, muss die Buße als Folge des Grundsatzes der persönlichen Strafe der Schwere des Verstoßes und den übrigen subjektiven und objektiven Umständen jedes einzelnen Falles angepasst sein. Aus diesem Grund bestimmt Artikel 15 Absatz 2 a. E. der Verordnung Nr. 17, dass der Betrag der Geldbuße unter Berücksichtigung der Schwere und gegebenenfalls auch der Dauer der Zuwiderhandlung festzusetzen ist.

124. Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Schwere der Zuwiderhandlung anhand zahlreicher Gesichtspunkte zu ermitteln ist, zu denen u. a. die besonderen Umstände der Sache, ihr Kontext und die Abschreckungswirkung der Geldbußen gehören, ohne dass es eine zwingende oder abschließende Liste von Kriterien gäbe, die auf jeden Fall berücksichtigt werden müssten [83].

125. Bei dieser Beurteilung gibt es meines Erachtens drei zentrale Kriterien: die Eigenart des Verstoßes, die Auswirkung auf den Wettbewerb und die räumliche Ausdehnung des betroffenen Marktes, wobei jedes in einer objektiven Dimension, nämlich der des Verstoßes selbst, und in einer subjektiven, der des verantwortlichen Unternehmens, zu betrachten ist [84].

126. Somit sind zu würdigen der Inhalt der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, die Ausdehnung des Marktes, auf den sie sich auswirken, und ganz besonders die Schädigung der öffentlichen Wirtschaftsordnung; insoweit sind Punkte wie die Dauer der verbotenen Verhaltensweise, das materielle Wesen des betreffenden Marktes sowie

83 — Vgl. Urteil Musique Diffusion Française u. a./Kommission (zitiert in Fußnote 48, Randnr. 120) und Urteil vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-219/95 P (Ferriere Nord/Kommission, Slg. 1997, I-4411, Randnr. 33); vgl. auch Beschluss vom 25. März 1996 in der Rechtssache C-137/95 P (SPO u. a./Kommission, Slg. 1996, I-1611, Randnr. 54).

84 — E. David führte in „La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier", *Revue trimestrielle de droit européen*, Nr. 36, Heft 3, Juli–September 2000, S. 511 bis 545, aus: „La gravité s'apprecie selon trois critères: la nature de l'infraction, son impact sur le marché lorsqu'il est mesurable et le marché géographique et à deux niveaux: ceux de l'infraction et de l'entreprise" (S. 522).

Zahl und Intensität der ins Werk gesetzten Durchführungsmaßnahmen nicht zu unterschätzen.

127. Auf der subjektiven Ebene der verantwortlichen Unternehmen gelten Umstände wie deren relative Bedeutung oder ihr Marktanteil in dem betreffenden Wirtschaftssektor sowie die Wiederholung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen.

128. Die Forderung, dass die Geldbuße der Schwere des Verstoßes angepasst sein muss, führt dazu, dass, wenn eine Zuwiderhandlung von mehreren Personen begangen wurde [85], zu prüfen ist, welche relative Schwere die Beteiligung jeder von ihnen bei Berücksichtigung der genannten Punkte aufweist [86]. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt, dass die Geldbuße für alle Unternehmen in der gleichen Situation gleich ist und dass verhindert wird, dass diejenigen, die sich in unterschiedlicher Situation befinden, mit der gleichen Sanktion belegt werden.

129. Das Gericht erster Instanz ist bei der Bestätigung und Anwendung der von der Kommission bei der Bemessung der Geldbußen herangezogenen Kriterien in dieser Weise verfahren. Diese Kriterien sind alles andere als eine willkürliche Einstufung der verantwortlichen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen; sie sind vielmehr Ergebnis einer eingehenden Untersuchung der Beteiligung und des Verhaltens jedes/jeder von ihnen. Dies wird trefflich belegt durch die Punkte 3, 5 und 9 von Absatz 65 der Entscheidung, in der, wie nicht zu vergessen ist, ein ausführlicher erster Teil enthalten ist, der dem Sachverhalt gewidmet ist und in dem die Beteiligung der einzelnen beschuldigten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen dargestellt wird.

130. Alle Verhaltensweisen, die nicht zwangsläufig identisch sind, haben ein und dasselbe wettbewerbswidrige Ziel verfolgt, weshalb sie für die Festsetzung der Geldbußen entsprechend ihrer Schwere je nach der Auswirkung auf den Markt und der Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs in eine oder mehrere Gruppen eingestuft werden konnten.

131. An dieser Vorgehensweise ist nichts Regelwidriges, weil die Schwere eines Verstoßes, wie bereits erwähnt, unter Berücksichtigung der Schädigung, die die Verhaltensweisen der öffentlichen Wirtschaftsordnung zugefügt haben, beurteilt werden kann. Wie es das Gericht erster Instanz in Randnummer 4966 des angefochtenen Urteils ausdrückt, versuchte jedes der an der Cembureau-Vereinbarung beteiligten Unternehmen, „die Nichteinlieferung in die Inlandsmärkte durch so viele Maßnahmen

85 — Die Verstöße gegen Artikel 81 EG setzen definitionsgemäß ein kollektives Verhalten voraus.

86 — Vgl. Urteile vom 16. Dezember 1975 in den verbundenen Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73 (Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663, Randnr. 623) und Hercules Chemicals/Kommission (zitiert in Fußnote 23, Randnr. 110).

sicherzustellen, wie es insbesondere seinen Geschäftsinteressen und der geografischen Lage seines natürlichen Marktes entsprach". Daher sei „[d]ie auf diesen Gesichtspunkten beruhende Teilnahme an nur wenigen unerlaubten Maßnahmen ... nicht Ausdruck einer weniger starken Unterstützung der Cembureau-Vereinbarung und damit einer geringeren Verantwortung für die geahndete Zuwiderhandlung". Ihre Situation war die gleiche, soweit es die Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrifft.

132. Die Gründe, die die Kommission darlegt und die das Gericht erster Instanz übernimmt [87], um zwischen den beiden Unternehmensgruppen zu unterscheiden, entsprechen einem objektiven und vernünftigen Maßstab wie der Auswirkung der Verhaltensweisen auf den Wettbewerb und insbesondere auf die Aufteilung der nationalen Märkte. In dieser Weise wurden die in den Artikeln 2, 3 und 4 der Entscheidung beschriebenen Verhaltensweisen, da sie die unmittelbare Abschottung dieser Märkte zum Ziel hatten, als schwerwiegender eingestuft, während die in den Artikeln 5 und 6 behandelten mit „weniger unmittelbare[n] Auswirkungen" [88] als weniger schwerwiegend betrachtet werden konnten.

133. Demgemäß ist dieser Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

134. Das Vorbringen ist zugleich unzulässig, soweit sich Italcementi damit in einen Bereich vorwagt, der dem Rechtsmittel nicht zugänglich ist. Wenn sie nämlich vorbringt, dass das Gericht erster Instanz nicht die Zeiten, in denen ihre Beteiligung am Kartell weniger intensiv gewesen sei, von denjenigen unterschieden habe, in denen sie stärker beteiligt gewesen sei, führt sie ein neues Verständnis des Sachverhalts des Rechtsstreits ins Feld, mit dem sich der Gerichtshof nicht beschäftigen darf [89].

C — Fehlerhafte Beurteilung der Dauer der Italcementi vorgeworfenen Zuwiderhandlung (neunter Rechtsmittelgrund)

135. Dieser letzte Rechtsmittelgrund weist keinen eigenständigen Gehalt auf. Er ist ein Nachläufer des zweiten und dritten Rechtsmittelgrundes. Italcementi beantragt, soweit einem der beiden [90] entsprochen würde, solle der Gerichtshof die angefochtene Entscheidung für nichtig erklären, soweit sie ihre Beteiligung an der Cembureau-Vereinbarung bis zum 3. April 1992, auf jeden Fall aber über den 31. Dezember 1988 hinaus dauern lasse. Sie beantragt weiter, der Gerichtshof solle in voller Ausübung seiner Nachprüfungsbefugnis nach dem Vertrag und der Verfahrensordnung endgültig selbst entscheiden und den Betrag der gegen sie verhängten Geldbuße herabsetzen.

87 — Vgl. Absatz 65 Punkt 9 der Entscheidung und Randnr. 4968 des angefochtenen Urteils.

88 — Randnr. 4968 a. E. des angefochtenen Urteils.

89 — Vgl. meine Erwägungen hierzu in Nr. 46 dieser Schlussanträge.

90 — Sie betreffen Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b der Entscheidung.

136. Die Zurückweisung der beiden Rechtsmittelgründe, deren Ergänzung sie ist, führt zur Verwerfung dieser Rüge, ohne dass es weiterer Darlegungen bedürfte.

137. Die Zurückweisung aller Rechtsmittelgründe, die zur Verhandlung zugelassen wurden, führt zur Zurückweisung des Rechtsmittels insgesamt.

V — Kosten

138. Die durch dieses Rechtsmittel verursachten Kosten sind mit Rücksicht auf den Kostenantrag der Kommission gemäß Artikel 122 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 69 § 2 Absatz 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes Italcementi aufzuerlegen.

VI — Ergebnis

139. Aufgrund dieser Darlegungen schlage ich dem Gerichtshof vor,

1. sämtliche Rechtsmittelgründe von Italcementi SpA zurückzuweisen, soweit sie nicht bereits im Beschluss vom 5. Juli 2002 zurückgewiesen wurden;

2. das angefochtene Urteil, soweit es dieses Unternehmen betrifft, in vollem Umfang zu bestätigen;

3. die Rechtsmittelführerin in die durch dieses Rechtsmittel verursachten Kosten zu verurteilen.