SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN JULIANE KOKOTT vom 17. September 2009[1]

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung ..... I - 5957

II — Rechtlicher Rahmen ..... I - 5958

A — Die Verordnung Nr. 1/2003 ..... I - 5958

B — Die Verordnung Nr. 773/2004 ..... I - 5959

III — Hintergrund des Rechtsstreits und Verwaltungsverfahren ..... I - 5960

IV — Das gerichtliche Verfahren ..... I - 5963

V — Würdigung der Rechtsmittelgründe ..... I - 5964

A — Erster Rechtsmittelgrund: materiellrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ..... I - 5964

1. Vorbemerkung zur Anwendbarkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ..... I - 5965

2. Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit von Zusagenentscheidungen (erster Teil des ersten Rechtsmittelgrundes) ..... I - 5966

3. Konkrete Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Zusagenentscheidung (zweiter Teil des ersten Rechtsmittelgrundes) ..... I - 5969

a) Zur Überschreitung der Grenzen richterlicher Kontrolle durch das Gericht ..... I - 5970

i) Bestehen eines Beurteilungsspielraums der Kommission ..... I - 5971

1 — Originalsprache: Deutsch.

ii) Verletzung des Beurteilungsspielraums der Kommission durch das Gericht ..... I - 5972

b) Zu den sonstigen Kritikpunkten der Kommission an der Vorgehensweise des Gerichts ..... I - 5976

i) Zur behaupteten „Verfälschung der Reichweite der vorläufigen Untersuchung“ ..... I - 5976

ii) Zur einseitigen Berücksichtigung des Vorbringens und der Interessen Alrosas ..... I - 5977

iii) Zur rechtlich fehlerhaften Qualifizierung der Veröffentlichung nach Art. 27 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 ..... I - 5978

iv) Zu den gerügten Verstößen gegen Art. 82 EG ..... I - 5980

— Zur Vernachlässigung der Stellung von De Beers als Hersteller ..... I - 5981

— Zur Vernachlässigung der Möglichkeit eines missbräuchlichen Verhaltens von Bietern im Rahmen von Versteigerungen ..... I - 5982

B — Zweiter Rechtsmittelgrund: Anhörungsrechte im Verwaltungsverfahren .... I - 5984

1. Vorfrage: Geht der zweite Rechtsmittelgrund ins Leere? ..... I - 5984

2. Prüfung des zweiten Rechtsmittelgrundes ..... I - 5985

a) Zur unzureichenden Begründung (erster Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes) ..... I - 5985

b) Zum Grundsatz ne ultra petita und zum Anspruch auf ein faires Verfahren (zweiter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes) ..... I - 5986

i) Zum Grundsatz ne ultra petita ..... I - 5986

ii) Zum Anspruch auf ein faires Verfahren ..... I - 5987

c) Zu den Auswirkungen eines etwaigen Anhörungsfehlers auf die Entscheidung der Kommission (vierter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes) ..... I - 5989

d) Zur Reichweite der Anhörungsrechte von Alrosa (dritter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes) ..... I - 5990

i) Vorbemerkung ..... I - 5990

ii) Zur Rüge der Kommission ..... I - 5991

C — Zwischenergebnis ..... I - 5994

VI — Würdigung der erstinstanzlichen Klage von Alrosa ..... I - 5994

A — Die formelle Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung (erster Klagegrund) I - 5994

1. Der Anspruch Alrosas auf rechtliches Gehör ..... I - 5994

2. Gegenstand der Anhörungsrechte Alrosas ..... I - 5995

3. Keine Verletzung der Anhörungsrechte Alrosas ..... I - 5997

B — Die materielle Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung (zweiter und dritter Klagegrund) ..... I - 5998

1. Zum Verstoß gegen Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 (zweiter Klagegrund) ..... I - 5999

a) Zur Berechtigung, nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 Zusagen abzugeben ..... I - 5999

b) Zur Befristung der Geltungsdauer einer Zusagenentscheidung .... I - 6000

c) Zwischenergebnis ..... I - 6000

2. Zum Verstoß gegen Art. 82 EG, Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 und die Grundsätze der Vertragsfreiheit und der Verhältnismäßigkeit (dritter Klagegrund) ..... I - 6001

a) Zur Vertragsfreiheit (erster Teil des dritten Klagegrundes) ..... I - 6001

b) Zur Verhältnismäßigkeit (zweiter Teil des dritten Klagegrundes) .. I - 6005

i) Zum Bestehen eines Wettbewerbsproblems ..... I - 6006

ii) Zur Geeignetheit und Erforderlichkeit der einseitigen Zusagen von De Beers ..... I - 6007

iii) Zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ..... I - 6008

iv) Zur behaupteten Diskriminierung Alrosas ..... I - 6008

v) Zwischenergebnis ..... I - 6010

C — Zwischenergebnis ..... I - 6010

VII — Kosten ..... I - 6010

VIII — Ergebnis ..... I - 6011

I — Einleitung

1. Welche Anforderungen folgen aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn die Europäische Kommission als Wettbewerbsbehörde Zusagen [2] eines Unternehmens annimmt und für bindend erklärt, die Auswirkungen auf die Interessen eines anderen Unternehmens haben? Diese Frage, der erhebliche Bedeutung für die Weiterentwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts zukommt, bildet den Schwerpunkt des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens. Von ihrer Beantwortung hängt entscheidend ab, welche Reichweite die neue Befugnis zum Erlass verbindlicher Zusagenentscheidungen hat, die der Kommission in Art. 9 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 [3] eingeräumt wurde. Das Urteil des Gerichtshofs dürfte aber auch auf andere Teilbereiche des Wettbewerbsrechts ausstrahlen, namentlich auf das Beihilfenrecht und die Fusionskontrolle.

2. Hintergrund dieses Rechtsstreits ist eine Zusage, die das Unternehmen De Beers 2006 gegenüber der Kommission abgab, um den Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EG) von sich abzuwenden. Als Nummer eins im weltweiten Geschäft mit Diamanten verpflichtete sich De Beers, künftig keine Rohdiamanten mehr von Alrosa, dem zweitgrößten Produzenten, zu kaufen, was die Beendigung einer langjährigen Geschäftsbeziehung zwischen den beiden Konzernen bedeutete. Die Kommission erklärte diese Zusage von De Beers im Wege einer Entscheidung nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 für verbindlich [4]. Alrosa hält dies für unverhältnismäßig und fühlt sich überdies in seinen Anhörungsrechten verletzt. Vor dem Gericht erster Instanz hat Alrosa die Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung erwirkt [5]. Dagegen hat wiederum die Kommission das vorliegende Rechtsmittel eingelegt.

3. Der Streit zwischen der Kommission und Alrosa veranschaulicht, welch schwierigen Balanceakt es im Einzelfall bedeuten kann, das Interesse an einer wirksamen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts mit den Individualinteressen von Unternehmen zu einem gerechten Ausgleich zu bringen und dabei weder deren Verfahrensrechte noch die Verfahrensökonomie zu kurz kommen zu lassen.

2 — Aus Vereinfachungsgründen wird im Folgenden zumeist der Begriff „Zusagen“ als Synonym für den etwas schwerfälligen Ausdruck „Verpflichtungszusagen“ verwendet.

3 — Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1).

4 — Entscheidung 2006/520/EG der Kommission vom 22. Februar 2006 in einem Verfahren nach Artikel 82 EG und Artikel 54 des EWR-Abkommens (Sache COMP/B-2/38.381 — De Beers), bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006) 521 und zusammengefasst in ABl. 2006, L 205, S. 24, im Folgenden auch: streitige Entscheidung.

5 — Urteil des Gerichts erster Instanz vom 11. Juli 2007, Alrosa/Kommission (T-170/06, Slg. 2007, II-2601, berichtigt durch Beschluss des Gerichts erster Instanz vom 27. August 2007), im Folgenden auch: angefochtenes Urteil oder erstinstanzliches Urteil.

II — Rechtlicher Rahmen

4. Der rechtliche Rahmen dieses Falls wird neben Art. 82 EG und Art. 54 EWR durch verschiedene Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 und der Verordnung (EG) Nr. 773/2004 [6] bestimmt.

A — Die Verordnung Nr. 1/2003

5. Mit der Verordnung Nr. 1/2003, die seit dem 1. Mai 2004 Anwendung findet [7], wurden das Kartellverfahrensrecht modernisiert und die Befugnisse der Kommission als Wettbewerbsbehörde der Gemeinschaft erweitert.

6. Zu den neuen Befugnissen der Kommission gehört insbesondere Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003, der die Überschrift „Verpflichtungszusagen" trägt und wie folgt abgefasst ist:

„(1) Beabsichtigt die Kommission, eine Entscheidung zur Abstellung einer Zuwiderhandlung zu erlassen, und bieten die beteiligten Unternehmen an, Verpflichtungen einzugehen, die geeignet sind, die ihnen von der Kommission nach ihrer vorläufigen Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen, so kann die Kommission diese Verpflichtungszusagen im Wege einer Entscheidung für bindend für die Unternehmen erklären. Die Entscheidung kann befristet sein und muss besagen, dass für ein Tätigwerden der Kommission kein Anlass mehr besteht.

(2) Die Kommission kann auf Antrag oder von Amts wegen das Verfahren wieder aufnehmen,

a) wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt geändert haben,

b) wenn die beteiligten Unternehmen ihre Verpflichtungen nicht einhalten oder

c) wenn die Entscheidung auf unvollständigen, unrichtigen oder irreführenden Angaben der Parteien beruht."

7. Daneben ist auf Art. 7 der Verordnung Nr. 1/2003 hinzuweisen; diese Bestimmung ist mit „Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen" überschrieben und bestimmt in ihrem Abs. 1:

„Stellt die Kommission auf eine Beschwerde hin oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 oder Artikel 82 des Vertrags fest, so kann sie die beteiligten

6 — Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission (ABl. L 123, S. 18).

7 — Art. 45 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003.

Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen. Sie kann ihnen hierzu alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. …“

8. Art. 27 der Verordnung Nr. 1/2003, der die Anhörung der Parteien, der Beschwerdeführer und sonstiger Dritter regelt, lautet:

„(1) Vor einer Entscheidung gemäß den Artikeln 7, 8, 23 oder 24 Absatz 2 gibt die Kommission den Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, gegen die sich das von ihr betriebene Verfahren richtet, Gelegenheit, sich zu den Beschwerdepunkten zu äußern, die sie in Betracht gezogen hat. Die Kommission stützt ihre Entscheidung nur auf die Beschwerdepunkte, zu denen sich die Parteien äußern konnten. Die Beschwerdeführer werden eng in das Verfahren einbezogen. …

(2) Die Verteidigungsrechte der Parteien müssen während des Verfahrens in vollem Umfang gewahrt werden. Die Parteien haben Recht auf Einsicht in die Akten der Kommission, vorbehaltlich des berechtigten Interesses von Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse. …

(3) Soweit die Kommission es für erforderlich hält, kann sie auch andere natürliche oder juristische Personen anhören. Dem Antrag natürlicher oder juristischer Personen, angehört zu werden, ist stattzugeben, wenn sie ein ausreichendes Interesse nachweisen. …

(4) Beabsichtigt die Kommission eine Entscheidung gemäß Artikel 9 oder 10 zu erlassen, so veröffentlicht sie zuvor eine kurze Zusammenfassung des Falls und den wesentlichen Inhalt der betreffenden Verpflichtungszusagen oder der geplanten Vorgehensweise. Interessierte Dritte können ihre Bemerkungen hierzu binnen einer Frist abgeben, die von der Kommission in ihrer Veröffentlichung festgelegt wird und die mindestens einen Monat betragen muss. Bei der Veröffentlichung ist dem berechtigten Interesse der Unternehmen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung zu tragen.“

B — *Die Verordnung Nr. 773/2004*

9. Mit der Verordnung Nr. 773/2004, die am 1. Mai 2004 in Kraft getreten ist, hat die Kommission Durchführungsbestimmungen zur Verordnung Nr. 1/2003 erlassen [8].

8 — Rechtsgrundlage der Verordnung Nr. 773/2004 ist Art. 33 der Verordnung Nr. 1/2003; zum Inkrafttreten vgl. Art. 20 der Verordnung Nr. 773/2004.

10. Art. 10 der Verordnung Nr. 773/2004 war zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Entscheidung wie folgt abgefasst:

„(1) Die Kommission teilt den Parteien die gegen sie angeführten Beschwerdepunkte schriftlich mit. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte wird jeder der Parteien zugestellt.

(2) Bei Zustellung der Mitteilung der Beschwerdepunkte setzt die Kommission den Parteien eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme. Die Kommission ist nicht verpflichtet, nach Ablauf dieser Frist eingegangenen schriftlichen Ausführungen Rechnung zu tragen.

…“

11. Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 773/2004 sah außerdem vor:

„Auf Antrag gewährt die Kommission den Parteien, an die sie eine Mitteilung der Beschwerdepunkte gerichtet hat, Akteneinsicht. Die Akteneinsicht wird nach Zustellung der Mitteilung der Beschwerdepunkte gewährt.“

12. Die zwischenzeitlich erfolgten Änderungen der Verordnung Nr. 773/2004 [9] sind erst nach dem Erlass der streitigen Entscheidung in Kraft getreten und damit auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

III — Hintergrund des Rechtsstreits und Verwaltungsverfahren

13. Gemäß den Feststellungen des Gerichts [10] stellen sich der Hintergrund des vorliegenden Rechtsstreits und das Verwaltungsverfahren vor der Kommission wie folgt dar.

14. Alrosa Company Ltd [11] ist eine Gesellschaft mit Sitz in Mirny (Russland). Sie ist namentlich auf dem Weltmarkt für die Gewinnung und Lieferung von Rohdiamanten aktiv, auf dem sie den zweiten Platz einnimmt. Sie ist vor allem in Russland tätig. Dort übt sie Tätigkeiten der Erforschung, der Schürfung, der Bewertung und der Lieferung aus und ist im Juweliergeschäft tätig.

15. Die De-Beers-Gruppe [12], deren wichtigste Holdinggesellschaft die De Beers SA mit

9 — Die Verordnung Nr. 773/2004 wurde zum einen durch die Verordnung (EG) Nr. 1792/2006 der Kommission vom 23. Oktober 2006 (ABl. L 362, S. 1) und zum anderen durch die Verordnung (EG) Nr. 622/2008 der Kommission vom 30. Juni 2008 (ABl. L 171, S. 3) geändert.

10 — Randnrn. 8 bis 26 und 179 des angefochtenen Urteils.

11 — Im Folgenden: Alrosa.

12 — Im Folgenden auch: De Beers.

Sitz in Luxemburg ist, ist auf dem Weltmarkt für die Gewinnung und Lieferung von Rohdiamanten tätig, auf dem sie den ersten Platz einnimmt. Sie ist namentlich in Südafrika, Botswana, Namibia und Tansania sowie im Vereinigten Königreich vertreten. Dort geht sie Tätigkeiten der Erforschung, der Schürfung, der Bewertung, der Lieferung, des Handels und der Herstellung sowie des Juweliergeschäfts nach und deckt damit die gesamte Bandbreite des Diamantengeschäfts ab.

16. Am 5. März 2002 meldeten Alrosa und De Beers bei der Kommission einen Vertrag an, der am 17. Dezember 2001 zwischen Alrosa und zwei Tochtergesellschaften der De-Beers-Gruppe abgeschlossen worden war. Mit dieser Anmeldung bezweckten sie, für ihren Vertrag ein Negativattest oder eine Freistellung nach der seinerzeit noch geltenden Verordnung Nr. 17 [13] zu erhalten.

17. Der angemeldete Vertrag, der Teil einer seit Langem zwischen Alrosa und De Beers bestehenden Handelsbeziehung war, betraf im Wesentlichen die Lieferung von Rohdiamanten. Er wurde auf fünf Jahre ab dem Zeitpunkt abgeschlossen, zu dem die Kommission den Vertragspartnern bestätigen würde, dass er nicht gegen Art. 81 EG oder Art. 82 EG verstößt.

18. Für diesen Zeitraum verpflichtete sich Alrosa, De Beers jährlich natürliche Rohdiamanten aus Russland im Wert von 800 Millionen USD zu verkaufen, während De Beers sich zu deren Abnahme verpflichtete. Für das vierte und fünfte Jahr der Durchführung des angemeldeten Vertrags durfte jedoch Alrosa diesen Wert auf 700 Millionen USD herabsetzen. Der Betrag von 800 Millionen USD, der aufgrund der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Preise errechnet worden war, entsprach ungefähr der Hälfte der Jahresproduktion von Alrosa und der Gesamtmenge ihrer aus der Gemeinschaft unabhängiger Staaten (GUS) ausgeführten Produktion.

19. Im Anschluss an die Anmeldung eröffnete die Kommission zwei parallele Verfahren, von denen eines auf Art. 81 EG und das andere auf Art. 82 EG gestützt war.

20. Am 14. Januar 2003 richtete die Kommission zum einen eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an Alrosa und De Beers (Sache COMP/E-3/38.381), in der sie die Auffassung vertrat, dass der angemeldete Vertrag eine gemäß Art. 81 Abs. 1 EG verbotene wettbewerbswidrige Abrede darstellen könne und nicht gemäß Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt werden könne. Am gleichen Tag richtete sie zum anderen eine gesonderte Mitteilung der Beschwerdepunkte an De Beers (Sache COMP/E-2/38.381), in der sie die Auffassung vertrat, dass der Vertrag möglicherweise einen gemäß Art. 82 EG untersagten Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstelle.

21. Am 31. März 2003 reichten Alrosa und De Beers bei der Kommission eine gemeinsame schriftliche Stellungnahme zur

13 — Verordnung (EWG) Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 — Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204). Diese Verordnung enthielt die Vorgängerregelung zur Verordnung Nr. 1/2003, durch die sie mit Wirkung vom 1. Mai 2004 ersetzt wurde.

Mitteilung der Beschwerdepunkte in der Sache COMP/E-3/38.381 ein.

22. Am 1. Juli 2003 richtete die Kommission eine ergänzende Mitteilung der Beschwerdepunkte an Alrosa und De Beers, in der sie die Auffassung vertrat, dass der angemeldete Vertrag eine gemäß Art. 53 Abs. 1 EWR verbotene wettbewerbswidrige Abrede darstellen und nicht gemäß Art. 53 Abs. 3 EWR freigestellt werden könne. An demselben Tag richtete sie außerdem eine gesonderte ergänzende Mitteilung der Beschwerdepunkte an De Beers, wonach der angemeldete Vertrag möglicherweise einen gemäß Art. 54 EWR untersagten Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstelle.

23. Alrosa und De Beers wurden am 7. Juli 2003 von der Kommission mündlich angehört.

24. Am 12. September 2003 schlug Alrosa Verpflichtungszusagen vor [14], wonach sich die Menge der an De Beers verkauften Rohdiamanten vom sechsten Jahr nach dem Inkrafttreten des angemeldeten Vertrags an schrittweise verringern sollte und sie ab 2013 keine Rohdiamanten mehr an De Beers verkaufen wollte. Diese Zusagen nahm Alrosa später jedoch zurück.

25. Am 14. Dezember 2004 boten Alrosa und De Beers gemeinsam Verpflichtungszusagen [15] an, um den Bedenken zu begegnen, die die Kommission ihnen mitgeteilt hatte. Diese gemeinsamen Zusagen sahen die schrittweise Verringerung der Verkäufe von Rohdiamanten durch Alrosa an De Beers vor, deren Wert von 700 Millionen USD im Jahr 2005 auf 275 Millionen USD im Jahr 2010 abgesenkt werden sollte; für die Zeit danach sollte eine Plafonierung auf diesem Niveau erfolgen.

26. Über diese gemeinsamen Zusagen von Alrosa und De Beers veröffentlichte die Kommission am 3. Juni 2005 eine Mitteilung im *Amtsblatt der Europäischen Union* [16]. Darin forderte sie interessierte Dritte auf, ihr binnen Monatsfrist etwaige Stellungnahmen zukommen zu lassen. Außerdem gab sie ihre Absicht bekannt, eine Entscheidung zu erlassen, mit der die gemeinsamen Zusagen vorbehaltlich des Ergebnisses der Marktbefragung für bindend erklärt werden sollten.

27. Im Anschluss an diese Veröffentlichung reichten 21 Drittbeteiligte Stellungnahmen bei der Kommission ein. Darüber informierte die Kommission Alrosa und De Beers am 27. Oktober 2005. Gleichzeitig forderte die Kommission die beiden Unternehmen im Lichte der Ergebnisse der Marktbefragung auf, ihr vor Ende des Monats November 2005 neue gemeinsame Zusagen im Sinne einer vollständigen Aufgabe ihrer Geschäftsbeziehungen ab dem Jahr 2009 zu machen.

14 — Im Folgenden: einseitige Zusagen von Alrosa.

15 — Im Folgenden: gemeinsame Zusagen von De Beers und Alrosa.

16 — ABl. 2005, C 136, S. 32.

28. Am 25. Januar 2006 legte De Beers einseitige Verpflichtungszusagen [17] als Antwort auf die von der Kommission geäußerten Bedenken vor [18]. Durch diese einseitigen Zusagen verpflichtete sich De Beers, seine Käufe von Rohdiamanten bei Alrosa allmählich abzubauen; der Wert dieser Käufe sollte von 600 Millionen USD im Jahr 2006 auf 400 Millionen USD im Jahr 2008 sinken; danach sollten die Käufe ganz eingestellt werden.

29. Einen Auszug dieser einseitigen Zusagen von De Beers übermittelte die Kommission Alrosa am 26. Januar 2006 und forderte diese zur Stellungnahme auf. Zugleich stellte die Kommission Alrosa eine Kopie der nicht vertraulichen Stellungnahmen Dritter zur Verfügung.

30. In der Folge kam es zu einem Austausch zwischen Alrosa und der Kommission über bestimmte Aspekte des Verfahrens nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 und deren Auswirkungen auf den vorliegenden Fall. Dabei ging es hauptsächlich um die Akteneinsicht sowie um die Frage der Verteidigungsrechte und insbesondere den Anspruch auf rechtliches Gehör. Außerdem nahm Alrosa mit Schreiben vom 6. Februar 2006 zu den einseitigen Zusagen von De Beers und zu den Bemerkungen Dritter Stellung.

31. Am 22. Februar 2006 erließ die Kommission die streitige Entscheidung, in deren Art. 1 sie verfügte: „Die im Anhang zu dieser Entscheidung aufgeführten Zusagen sind für De Beers SA verbindlich." Art. 2 jener Entscheidung lautet: „Das Verfahren in dieser Sache wird eingestellt." Die streitige Entscheidung erging in dem auf Art. 82 EG und Art. 54 EWR gestützten Verfahren. Das Parallelverfahren auf der Grundlage von Art. 81 EG und Art. 53 EWR wurde damit hinfällig [19].

IV — Das gerichtliche Verfahren

32. Gegen die streitige Entscheidung erhob Alrosa am 29. Juni 2006 Klage zum Gericht erster Instanz und beantragte, jene Entscheidung für nichtig zu erklären sowie der Kommission die Kosten aufzuerlegen. Demgegenüber beantragte die Kommission, die Klage als unbegründet abzuweisen und Alrosa zur Kostentragung zu verurteilen. Gemäß Art. 76a der Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz wurde ein beschleunigtes Verfahren durchgeführt [20].

33. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht am 11. Juli 2007 der Klage von Alrosa stattgegeben. Es hat die streitige Entscheidung für nichtig erklärt und die Kommission

17 — Im Folgenden: einseitige Zusagen von De Beers.

18 — Die Kommission betont in ihrer Rechtsmittelschrift, dass es sich dabei um die endgültige Version von Zusagen handelte, die ihr bereits Ende November 2005 bzw. Anfang Dezember 2005 erstmalig angeboten worden waren und an denen bis zum 26. Januar 2006 noch einige redaktionelle Änderungen vorgenommen wurden.

19 — Wie sich aus Randnr. 185 des angefochtenen Urteils ergibt, hat die Kommission Alrosa mit Schreiben vom 22. Februar 2006 darüber unterrichtet, dass das „sie betreffende Verfahren" abgeschlossen sei.

20 — Vgl. Randnr. 30 des angefochtenen Urteils.

zur Tragung ihrer eigenen Kosten sowie der Kosten von Alrosa verurteilt.

34. Mit ihrem Rechtsmittel, bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen am 24. September 2007 [21], beantragt die Kommission nunmehr,

— das angefochtene Urteil aufzuheben,

— den Rechtsstreit endgültig zu entscheiden und die Nichtigkeitsklage in der Rechtssache T-170/06 als unbegründet abzuweisen sowie

— der Klägerin in der Rechtssache T-170/06 die Kosten der Kommission für das erstinstanzliche Verfahren und das vorliegende Rechtsmittelverfahren aufzuerlegen.

35. Alrosa beantragt ihrerseits,

— das Rechtsmittel zurückzuweisen,

— die Kommission zur Tragung der gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten und Auslagen von Alrosa im Zusammenhang mit dieser Sache zu verurteilen und

— alle sonstigen Maßnahmen zu ergreifen, die der Gerichtshof für angemessen erachtet.

36. Vor dem Gerichtshof wurde über das Rechtsmittel zunächst schriftlich und sodann, am 3. Juni 2009, mündlich verhandelt.

V — Würdigung der Rechtsmittelgründe

37. Die Kommission bringt zwei Rechtsmittelgründe gegen das erstinstanzliche Urteil vor, von denen der erste materiellrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Handhabung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit betrifft, während der zweite den Anhörungsrechten im Verwaltungsverfahren gewidmet ist.

A — *Erster Rechtsmittelgrund: materiellrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*

38. Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund wirft die Kommission dem Gericht im Wesentlichen eine fehlerhafte Auslegung und Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im vorliegenden Fall vor. In diesem Zusammenhang bringt sie auch vor, das Gericht habe Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 und Art. 82 EG falsch ausgelegt sowie Begründungsfehler begangen, Tatsachen verfälscht und die Grenzen richterlicher Kontrolle überschritten.

21 — Das Original der zunächst per Fax eingereichten Rechtsmittelschrift wurde am 26. September 2007 in der Kanzlei des Gerichtshofs hinterlegt.

39. Im Hintergrund steht die Frage, ob das Gericht im vorliegenden Fall zu Recht annahm, dass alternative Lösungsmöglichkeiten zu den einseitigen Zusagen von De Beers bestanden hätten — namentlich die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa —, die sich weniger nachteilig auf die Interessen von Alrosa ausgewirkt hätten und die die Kommission nicht hätte außer Acht lassen dürfen.

1. Vorbemerkung zur Anwendbarkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

40. In kartellrechtlichen Verfahren verfolgt die Kommission das Ziel, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen zu schützen (Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG). Zu diesem Zweck geht die Kommission einerseits gegen Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen mit wettbewerbswidrigem Zweck oder wettbewerbswidriger Wirkung vor (Art. 81 EG, Art. 53 EWR), andererseits gegen die missbräuchliche Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen (Art. 82 EG, Art. 54 EWR). Um die Wettbewerbsbedenken der Kommission auszuräumen, steht es Unternehmen frei, Zusagen zu machen, die die Kommission durch Entscheidung nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 für bindend erklären kann.

41. Im Grundsatz besteht zwischen den Verfahrensbeteiligten Einigkeit darüber, dass Entscheidungen der Kommission nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen müssen.

42. Zwar findet sich in Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003, anders als in ihrem Art. 7, keine ausdrückliche Bezugnahme auf die Verhältnismäßigkeit. Als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts ist aber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Maßstab für die Rechtmäßigkeit jeglicher Handlung der Gemeinschaftsorgane [22], einschließlich der Entscheidungen der Kommission in ihrer Eigenschaft als Wettbewerbsbehörde [23].

43. Erweisen sich also Zusagen eines oder mehrerer Unternehmen im Hinblick auf das Ziel der Kommission, den Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen, als unverhältnismäßig, so darf sie diese Zusagen nicht für bindend erklären. Vielmehr hat sie das oder die Unternehmen auf die Unverhältnismäßigkeit hinzuweisen und gegebenenfalls Änderungen an den Zusagen anzuregen. Soweit ein Zusagenpaket teilbar ist, ist die Kommission überdies durch nichts daran gehindert,

22 — Vgl. statt vieler Urteile vom 11. Juli 1989, Schräder (265/87, Slg. 1989, 2237, Randnr. 21), vom 13. November 1990, Fedesa u. a. (C-331/88, Slg. 1990, I-4023, Randnr. 13), vom 12. Juli 2001, Jippes u. a. (C-189/01, Slg. 2001, I-5689, Randnr. 81), vom 9. März 2006, Zuid-Hollandse Milieufederatie und Natuur en Milieu (C-174/05, Slg. 2006, I-2443, Randnr. 28), und vom 24. Mai 2007, Maatschap Schonewille-Prins (C-45/05, Slg. 2007, I-3997, Randnr. 45).

23 — Vgl. beispielhaft Urteile vom 6. April 1995, RTE und ITP/Kommission („Magill“, C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743, Randnr. 93), und vom 18. Dezember 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Kommission („Cementbouw“, C-202/06 P, Slg. 2007, I-12129, Randnr. 52).

lediglich einen Teil der Zusagen für bindend zu erklären [24].

44. Heftig umstritten ist allerdings zwischen den Verfahrensbeteiligten, welche Anforderungen genau sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für Zusagenentscheidungen im Sinne von Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 ergeben.

2. Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit von Zusagenentscheidungen (erster Teil des ersten Rechtsmittelgrundes)

45. Ob das Gericht bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der streitigen Entscheidung die richtigen Kriterien angelegt hat, ist eine Rechtsfrage, die im Rahmen eines Rechtsmittels aufgeworfen werden kann [25].

46. Nach ständiger Rechtsprechung folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Handlungen der Gemeinschaftsorgane nicht die Grenzen dessen überschreiten dürfen, was zur Erreichung der mit der fraglichen Regelung verfolgten berechtigten Ziele geeignet und erforderlich ist, wobei dann, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende anzuwenden ist und die verursachten Nachteile nicht außer Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen dürfen [26].

47. Dem angefochtenen Urteil liegt die Annahme zugrunde, dass sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen von Zusagenentscheidungen nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 in derselben Weise auswirke wie im Rahmen von Verbotsentscheidungen nach Art. 7 dieser Verordnung [27]. Art. 7 und Art. 9 haben nach Auffassung des Gerichts das gleiche Ziel; die einzige Besonderheit von Art. 9 sei, dass die Kommission davon entbunden werde, das in Art. 85 EG geregelte Verfahren fortzusetzen und insbesondere die Zuwiderhandlung nachzuweisen [28].

48. Zu Recht wird diese Herangehensweise des Gerichts von der Kommission beanstandet.

49. Das Gericht verkennt grundlegende Unterschiede zwischen Art. 9 und Art. 7 der Verordnung Nr. 1/2003, die für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der jeweiligen

24 — In diesem Sinne auch Randnrn. 88 und 139 des angefochtenen Urteils.

25 — In diesem Sinne Urteile vom 25. Januar 2007, Sumitomo Metal Industries und Nippon Steel/Kommission (C-403/04 P und C-405/04 P, Slg. 2007, I-729, Randnr. 40), vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala („Impala", C-413/06 P, Slg. 2008, I-4951, Randnr. 117), und vom 16. Dezember 2008, Masdar (UK)/Kommission (C-47/07 P, Slg. 2008, I-9823, Randnr. 77).

26 — Vgl. dazu nochmals die in Fn. 22 zitierte Rechtsprechung.

27 — Vgl. insbesondere Randnrn. 101, 103 und 104 sowie Randnr. 140 des angefochtenen Urteils.

28 — Randnrn. 87 und 95 des angefochtenen Urteils.

Entscheidungen der Kommission von erheblicher Bedeutung sind.

50. Anders als Art. 7 ist Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 kein Instrument zur Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht [29], sondern eröffnet der Kommission lediglich die Möglichkeit, Wettbewerbsbedenken für die Zukunft wirksam auszuräumen.

51. Kennzeichnend für Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 ist das Bemühen um Verfahrensökonomie. Die Kommission löst die von ihr identifizierten Wettbewerbsprobleme ohne vorherige Feststellung einer Zuwiderhandlung [30] im Zusammenwirken mit den beteiligten Unternehmen und stützt sich dabei auf deren freiwillig unterbreitete Zusagen. Demgegenüber müsste sie im Rahmen einer Entscheidung nach Art. 7 die Abhilfemaßnahmen gegebenenfalls selbst ausfindig machen, was ihr erheblich umfangreichere und langwierigere Ermittlungen und auch eine umfassendere Bewertung des Sachverhalts abverlangen würde.

52. Die Besonderheiten von Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 wirken sich in zweifacher Hinsicht auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von nach dieser Vorschrift erlassenen Zusagenentscheidungen aus.

53. Erstens sind im Rahmen von Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 erhöhte Anforderungen an die *Eignung* der für bindend erklärten Zusagen zu stellen. Sind solche Zusagen nicht *offensichtlich geeignet*, die von der Kommission identifizierten Wettbewerbsprobleme auszuräumen, so ist die Kommission berechtigt, sie zurückzuweisen. Nur auf diese Weise lässt sich dem Ziel von Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 gerecht werden, eine schnelle und wirksame Lösung der Wettbewerbsprobleme unter Vermeidung eines größeren Ermittlungs- und Bewertungsaufwands seitens der Kommission sicherzustellen. Auf Zusagen, deren Eignung erst nach eingehender Prüfung durch die Kommission beurteilt werden könnte, muss sich die Kommission nicht einlassen.

54. Zweitens ist bei der Prüfung der *Erforderlichkeit* der Zusagen zur Ausräumung der von der Kommission identifizierten Wettbewerbsprobleme danach zu unterscheiden, ob die Interessen des Unternehmens betroffen sind, das die Zusagen abgegeben hat, oder aber die Interessen Dritter.

55. Während die Erforderlichkeit im Hinblick auf die Interessen desjenigen Unternehmens, das die Zusagen abgegeben hat (hier: De Beers), ohne Weiteres vermutet werden

29 — Die Aussage in Randnr. 87 des angefochtenen Urteils, eine Entscheidung nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 bewirke „die Beendigung des Verfahrens zur Feststellung und Ahndung einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht", ist zumindest missverständlich.

30 — Vgl. dazu den zweiten Satz des 13. Erwägungsgrundes der Verordnung Nr. 1/2003.

kann [31], kommt eine solche Vermutung nicht in Betracht, soweit die Interessen Dritter (hier: Alrosa) betroffen sind. Denn von ihnen stammen die Zusagen nicht, so dass auch die Freiwilligkeit des Zusagenangebots keine Garantie für die Wahrung ihrer Interessen sein kann. Vielmehr ist im Hinblick auf die Interessen Dritter stets zu prüfen, ob die Zusagen über dasjenige hinausgehen, was zur Ausräumung der jeweiligen Wettbewerbsprobleme erforderlich ist.

56. Zwar ist die Kommission im Hinblick auf Entscheidungen nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 nicht gehalten, selbst nach weniger einschneidenden Alternativen zu den bei ihr eingereichten Zusagen zu suchen. Gleichwohl hat sie alle ihr bekannten Alternativen zu solchen Zusagen — hier insbesondere die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa — daraufhin zu überprüfen, ob sie mildere Mittel zur Lösung der identifizierten Wettbewerbsprobleme darstellen, mit denen die Interessen Dritter nicht oder weniger stark beeinträchtigt werden.

57. Dabei muss die Kommission aber nur solche Alternativen berücksichtigen, die zur Lösung der identifizierten Wettbewerbsprobleme *gleich geeignet* sind wie die bei ihr eingereichten Zusagen. Sowohl die tatsächlich angebotenen Zusagen als auch etwaige Alternativen zu ihnen müssen somit *offensichtlich* zur Lösung der Wettbewerbsprobleme geeignet sein [32].

58. Zu Unrecht wirft also das Gericht der Kommission vor, sie habe „alternative Möglichkeiten, die für die Unternehmen weniger belastend waren … unter Berufung auf die angeblichen Schwierigkeiten ihrer Ermittlung“ außer Acht gelassen [33]. Entsprechend dem Sinn und Zweck von Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 soll nämlich die Beurteilung von Alternativen keine umfangreichen und langwierigen Ermittlungen oder Bewertungen erfordern. Alternativen, deren Eignung ohne solchen Aufwand nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar wäre, darf die Kommission im Verfahren nach Art. 9 unberücksichtigt lassen.

59. Anders als das Gericht meint [34], kann es somit durchaus dazu kommen, dass die Kommission im Rahmen von Art. 9 bestimmte Lösungswege verwirft, denen sie im Rahmen von Art. 7 der Verordnung Nr. 1/2003 hätte nachgehen müssen. Denn aufgrund der angestrebten Verfahrensökonomie ist die Auswahl der in Betracht kommenden Mittel zur Lösung eines Wettbewerbsproblems im

31 — Vgl. dazu — bezogen auf ein Fusionskontrollverfahren — meine Schlussanträge vom 26. April 2007 in der Rechtssache Cementbouw (zitiert in Fn. 23, Nr. 69).

32 — Vgl. dazu nochmals oben, Nr. 53 dieser Schlussanträge.

33 — Randnr. 154 des angefochtenen Urteils.

34 — Vgl. insbesondere Randnrn. 101, 140 und 154 des angefochtenen Urteils.

Rahmen von Art. 9 tendenziell geringer, als sie es im Rahmen von Art. 7 möglicherweise wäre.

60. Das Allgemeininteresse, für Wettbewerbsprobleme eine möglichst rasche und verfahrensökonomische Lösung zu finden, rechtfertigt es, die Auswahl der im Rahmen von Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 in Frage kommenden Maßnahmen einzuschränken. Unternehmen, die Zusagen abgeben, nehmen bewusst in Kauf, dass ihre Zugeständnisse möglicherweise über das hinausgehen, was die Kommission selbst ihnen nach eingehender Prüfung in einer Entscheidung gemäß Art. 7 der Verordnung Nr. 1/2003 auferlegen könnte. Im Gegenzug erlangen sie mit der Einstellung des gegen sie durchgeführten kartellrechtlichen Verfahrens rasch Rechtssicherheit und können die für sie nachteilige Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes sowie eine möglicherweise drohende Geldbuße vermeiden.

61. Auch Dritte werden zumeist davon profitieren, dass ein Unternehmen der Kommission zur Abwendung einer Verbotsentscheidung relativ weit gehende Zugeständnisse macht. Wie allerdings der vorliegende Fall anschaulich zeigt, können Zusagen nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 auch einmal zulasten der Interessen eines Dritten gehen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Dritte auf das Fortdauern einer wettbewerbsrechtlich bedenklichen Praxis eines marktbeherrschenden Unternehmens vertraut hat. Ein solches Vertrauen ist jedoch mit Blick auf das Allgemeininteresse an einem unverfälschten Wettbewerb allenfalls eingeschränkt schutzwürdig.

62. Indem das Gericht diese Besonderheiten des Verfahrens nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 unberücksichtigt ließ, hat es an die streitige Entscheidung einen übermäßig strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab angelegt und so einen Rechtsfehler begangen. Dieser Rechtsfehler war für die Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung ursächlich. Damit ist der erste Teil des ersten Rechtsmittelgrundes begründet und rechtfertigt die Aufhebung des angefochtenen Urteils.

3. Konkrete Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Zusagenentscheidung (zweiter Teil des ersten Rechtsmittelgrundes)

63. Darüber hinaus bringt die Kommission eine Reihe detaillierter Kritikpunkte gegen das angefochtene Urteil vor, die sich mit der konkreten Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auf den vorliegenden Fall beschäftigen. Gegenstand der Kritik ist die vom Gericht vorgenommene Bewertung der Alternativen zu den für bindend erklärten einseitigen Zusagen von De Beers. Das Gericht gelangte zu der Auffassung, dass die

Kommission diese Alternativen hätte berücksichtigen müssen [35].

64. Alrosa bestreitet zunächst pauschal die Zulässigkeit des Vorbringens der Kommission, da mit ihm nur die Tatsachenwürdigung des Gerichts hinterfragt werde.

65. Zutreffend ist, dass sich das Rechtsmittel auf Rechtsfragen beschränkt und der Gerichtshof nicht seine eigene Tatsachen- und Beweiswürdigung an die Stelle der Würdigung des Gerichts setzen darf [36]. Denn nach Art. 225 Abs. 1 EG und Art. 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs ist allein das Gericht zuständig für die Feststellung der Tatsachen — sofern sich nicht aus den Prozessakten ergibt, dass seine Feststellungen tatsächlich falsch sind — und für ihre Würdigung [37].

66. In der Tat sieht es bei vordergründiger Betrachtung so aus, als wolle die Kommission diesen zweiten Teil ihres ersten Rechtsmittelgrundes lediglich zum Vorwand nehmen, um die Tatsachen- und Beweiswürdigung durch das Gericht zu hinterfragen, was im Rechtsmittelverfahren unzulässig ist.

67. Bei genauerer Betrachtung lässt sich aber den — höchst umständlich formulierten — Rügen der Kommission u. a. der Vorwurf entnehmen, das Gericht habe bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der streitigen Entscheidung die Grenzen richterlicher Kontrolle überschritten. Diese Frage, der ich mich nunmehr schwerpunktmäßig widme (vgl. Abschnitt a), ist eine Rechtsfrage [38], die einer Überprüfung im Rechtsmittelverfahren zugänglich ist. Den sonstigen Kritikpunkten der Kommission wende ich mich im Anschluss daran kurz zu (vgl. Abschnitt b).

a) Zur Überschreitung der Grenzen richterlicher Kontrolle durch das Gericht

68. Die Kommission bringt vor, das Gericht habe die Grenzen richterlicher Kontrolle überschritten, indem es seine eigene Bewertung der Marktverhältnisse an die Stelle der Bewertung der Kommission gesetzt habe. Diese Rüge ist insbesondere gegen die

35 — Vgl. insbesondere Randnr. 154 des angefochtenen Urteils.

36 — Urteile vom 23. April 2002, Campogrande/Kommission (C-62/01 P, Slg. 2002, I-3793, Randnr. 24), vom 22. Juni 2006, Storck/HABM (C-24/05 P, Slg. 2006, I-5677, Randnrn. 34 und 35), und vom 15. März 2007, British Airways/Kommission (C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331, Randnr. 137).

37 — Ständige Rechtsprechung, vgl. Urteile vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u. a./Kommission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Slg. 2004, I-123, Randnr. 48), vom 6. April 2006, General Motors/Kommission (C-551/03 P, Slg. 2006, I-3173, Randnr. 51), vom 10. Mai 2007, SGL Carbon/Kommission (C-328/05 P, Slg. 2007, I-3921, Randnr. 41), und vom 2. April 2009, Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission (C-431/07 P, Slg. 2009, I-2665, Randnr. 137).

38 — Urteile vom 15. Februar 2005, Kommission/Tetra Laval (C-12/03 P, Slg. 2005, I-987, Randnrn. 37 bis 49), vom 22. November 2007, Spanien/Lenzing (C-525/04 P, Slg. 2007, I-9947, Randnrn. 56 bis 61), und Impala (zitiert in Fn. 25, Randnrn. 135 bis 150, insbesondere Randnr. 143).

Randnrn. 134, 135, 138 und 153 des angefochtenen Urteils gerichtet, in denen sich das Gericht mit den möglichen Alternativen zu den einseitigen Zusagen von De Beers auseinandersetzt. Dabei geht es einerseits um die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa und andererseits um den Vorschlag Alrosas, jährlich einen Teil ihrer Rohdiamanten meistbietend zu versteigern.

69. Um festzustellen, ob diese Rüge begründet ist, ist zum einen zu untersuchen, ob der Kommission im vorliegenden Fall bei der Bewertung der von De Beers abgegebenen Zusagen ein Beurteilungsspielraum zustand, und zum anderen, ob das Gericht diesen Beurteilungsspielraum verletzt hat.

i) Bestehen eines Beurteilungsspielraums der Kommission

70. Die Prüfung, ob bestimmte Maßnahmen geeignet und erforderlich sind, um ein von der Kommission identifiziertes Wettbewerbsproblem auszuräumen, erfordert die Bewertung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten. Dafür genießt die Kommission einen Beurteilungsspielraum [39].

71. Anders als das Gericht meint [40], besteht hinsichtlich der Bewertung von Zusagen von Unternehmen kein grundlegender Unterschied zwischen Verfahren nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 und Fusionskontrollverfahren. Im einen wie im anderen Fall ist nämlich die Kommission zu einer Entscheidung mit Prognosecharakter aufgerufen, bei der es abzuschätzen gilt, wie sich das künftige Marktgeschehen unter Berücksichtigung der Zusagen darstellen wird. Dass im Rahmen von Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 „bestehende Praktiken" den Anlass für das Verfahren darstellen, ändert nichts an der Notwendigkeit einer auf die Zukunft gerichteten, „vorausschauenden wirtschaftlichen Beurteilung" der zu erwartenden Auswirkungen von Zusagen auf das Marktgeschehen.

72. Deshalb war das Gericht verpflichtet, der Kommission im Rahmen von Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 denselben Beurteilungsspielraum einzuräumen, den sie nach der Rechtsprechung im Zusammenhang mit

39 — Grundlegend zum Beurteilungsspielraum der Kommission in wettbewerbsrechtlichen Verfahren ist das Urteil vom 11. Juli 1985, Remia/Kommission (42/84, Slg. 1985, 2545, Randnr. 34); vgl. ferner die Urteile vom 17. November 1987, British-American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission (142/84 und 156/84, Slg. 1987, 4487, Randnr. 62), und Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 37, Randnr. 279).

40 — Randnrn. 108 bis 110 des angefochtenen Urteils.

der Beurteilung von Zusagen in der Fusionskontrolle genießt [41].

73. Daran ändert auch die Feststellung des Gerichts nichts, die Kommission habe im vorliegenden Fall überhaupt „keine komplexe wirtschaftliche Würdigung vorgenommen“ [42]. Diese Feststellung des Gerichts bezieht sich nämlich allein auf die „Suche nach alternativen Lösungen“, der sich die Kommission nach Ansicht des Gerichts verweigert hat. Wie bereits erwähnt, ist aber die Kommission im Rahmen von Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 überhaupt nicht verpflichtet, selbst nach solchen Alternativen zu den ihr unterbreiteten Zusagen zu suchen.

74. Entscheidend ist — und dies verkennt das Gericht —, dass die Kommission vor dem Erlass jeder Entscheidung nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 eine *Würdigung der Marktsituation* vorzunehmen hat, in die sich die ihr angebotenen Zusagen einbetten. Sie hat zu prüfen, welche Auswirkungen diese Zusagen auf das künftige Marktgeschehen haben werden und ob die ihr bekannten Alternativen gleich geeignet sind, das identifizierte Wettbewerbsproblem auszuräumen. Dies allein erfordert bereits die Bewertung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten. Das Gericht hat nicht festgestellt, dass die Kommission es im vorliegenden Fall unterlassen hätte, eine solche Würdigung des Marktgeschehens und der ihr bekannten Alternativen zu den einseitigen Zusagen von De Beers vorzunehmen.

75. Somit bleibt es dabei, dass im vorliegenden Fall ein Beurteilungsspielraum der Kommission bestand und von ihr auch ausgeschöpft wurde. Im Folgenden wird zu erörtern sein, ob das Gericht diesen Beurteilungsspielraum, wie von der Kommission gerügt, verletzt hat.

ii) Verletzung des Beurteilungsspielraums der Kommission durch das Gericht

76. Das Gericht hat festgestellt, „dass die [streitige] Entscheidung einen Beurteilungsfehler aufweist, der im Übrigen offensichtlich ist.“ [43] Zu prüfen ist, ob das Gericht mit dieser Feststellung den rechtlichen Anforderungen genügt oder aber die Grenzen der richterlichen Kontrolle von Kommissionsentscheidungen überschritten hat.

41 — Urteile des Gerichts erster Instanz vom 3. April 2003, Royal Philips Electronics/Kommission (T-119/02, Slg. 2003, II-1433, Randnr. 78), und vom 30. September 2003, ARD/Kommission (T-158/00, Slg. 2003, II-3825, Randnr. 328); vgl. außerdem meine Schlussanträge in der Rechtssache Cementbouw (zitiert in Fn. 23, Nr. 67).

42 — Randnrn. 123 bis 125, insbesondere Randnr. 125 des angefochtenen Urteils.

43 — Randnr. 126 des angefochtenen Urteils.

77. Das Bestehen eines Beurteilungsspielraums in Wirtschaftsfragen bedeutet nicht, dass der Gemeinschaftsrichter jede Kontrolle der Auslegung von Wirtschaftsdaten durch die Kommission unterlassen müsste. Er ist vielmehr befugt, die materielle Rechtmäßigkeit von Kommissionsentscheidungen auf die Richtigkeit des Sachverhalts und auf offensichtliche Beurteilungsfehler hin zu überprüfen [44]. Dabei darf er nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen [45].

78. Das Gericht war also berechtigt, zu prüfen, ob der von der Kommission ermittelte Sachverhalt den von ihr gezogenen Schluss zu stützen vermochte, nämlich, dass die einseitigen Zusagen von De Beers nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich waren, um das identifizierte Wettbewerbsproblem auszuräumen.

79. Wie das Gericht diesbezüglich zutreffend ausgeführt hat, verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Kommission ab, vor einer Zusagenentscheidung die Eignung ihr bekannter, weniger belastender Maßnahmen zu prüfen; erst wenn sich diese weniger belastenden Maßnahmen als ungeeignet erweisen, die von ihr identifizierten Wettbewerbsbedenken auszuräumen, darf sie sich für die stärker belastende Vorgehensweise entscheiden [46].

80. Im vorliegenden Fall stand außer Streit, dass der Kommission alternative Lösungen mit weniger einschneidenden Auswirkungen für die Interessen von Alrosa bekannt waren, und zwar insbesondere die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa [47]. Die Kommission kam aber — insbesondere angesichts der Ergebnisse der von ihr durchgeführten Marktbefragung — zu dem Schluss, dass solche alternativen Lösungen nicht geeignet waren, die von ihr identifizierten Wettbewerbsprobleme auszuräumen [48].

81. Nur wenn letztere Schlussfolgerung der Kommission sich nicht auf die von ihr

44 — Urteil Impala (zitiert in Fn. 25, Randnr. 144).

45 — Urteile Kommission/Tetra Laval (zitiert in Fn. 38, Randnr. 39) und Impala (zitiert in Fn. 25, Randnr. 145). Diese zunächst im Rahmen der Fusionskontrolle entwickelte Rechtsprechung ist inzwischen weit über jenes Rechtsgebiet hinaus von Bedeutung und kann zur Anwendung kommen, wann immer Entscheidungen der Kommission auf offensichtliche Beurteilungsfehler zu überprüfen sind; vgl. die Urteile Spanien/Lenzing (zitiert in Fn. 38, Randnr. 57) und vom 6. November 2008, Niederlande/Kommission (C-405/07 P, Slg. 2008, I-8267, Randnr. 55), sowie das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 27. September 2006, Dresdner Bank/Kommission (T-44/02 OP, T-54/02 OP und T-56/02 OP, T-60/02 OP und T-61/02 OP, Slg. 2006, II-3567, Randnr. 67).

46 — In diesem Sinne auch Randnr. 131 des angefochtenen Urteils.

47 — Randnr. 132 des angefochtenen Urteils.

48 — In diesem Sinne die Erwägungsgründe 41 und 42 der streitigen Entscheidung.

ermittelte Tatsachenbasis stützen ließe, hätte das Gericht einen offensichtlichen Beurteilungsfehler feststellen dürfen.

82. Diesen Anforderungen genügt das angefochtene Urteil nicht.

83. An keiner Stelle kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass der von der Kommission gezogene Schluss nicht von den ermittelten Tatsachen getragen werde. Das Gericht äußert lediglich seine eigene abweichende Einschätzung in Bezug auf die Eignung alternativer Lösungsmöglichkeiten für die von der Kommission identifizierten Wettbewerbsprobleme.

84. Zur Annahme eines offensichtlichen Beurteilungsfehlers reicht es jedoch gerade nicht aus, dass das Gericht nur anderer Meinung ist als die Kommission. Lässt nämlich die Tatsachen- und Beweislage verschiedene Beurteilungen als vertretbar erscheinen, so ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass sich die Kommission für eine davon entschieden hat, mag es auch nicht diejenige sein, die das Gericht für vorzugswürdig hält. Ein offenkundiger Beurteilungsfehler liegt erst dann vor, wenn die von der Kommission gezogenen Schlussfolgerungen angesichts der Tatsachen- und Beweislage nicht mehr vertretbar sind [49], d. h., wenn für sie keine vernünftige Grundlage erkennbar ist [50].

85. Im angefochtenen Urteil legt das Gericht nicht dar, dass die von der Kommission gezogenen Schlüsse unvertretbar wären. Vielmehr beschränkt sich das Gericht im Wesentlichen auf vage Vermutungen und vorläufige Einschätzungen. So führt es aus, die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa hätten sich „auf den ersten Blick als geeignet erweisen können, die von der Kommission geäußerten Bedenken auszuräumen“ [51], De Beers hätte „nur schwer“ die von Alrosa verlangten Preise beeinflussen können, und es hätte sich für De Beers und Alrosa „kaum verwirklichen lassen“, ihre Preispolitik abzustimmen [52].

86. Aus den Aussagen des Gerichts wird nicht deutlich, ob die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa *offensichtlich geeignet* waren, die von der Kommission identifizierten Wettbewerbsprobleme auszuräumen, und ebenso wenig, ob sie dazu *gleich geeignet*

49 — Siehe dazu meine Schlussanträge in der Rechtssache Impala (zitiert in Fn. 25, Nr. 240).

50 — Vgl. meine Schlussanträge vom 10. März 2009 in der Rechtssache S.P.C.M. u. a. (C-558/07, Slg. 2009, I-5783, Nr. 77); im selben Sinne das Urteil vom 12. März 2002, Omega Air u. a. (C-27/00 und C-122/00, Slg. 2002, I-2569, Randnr. 72), wonach kein offensichtlicher Beurteilungsfehler vorliegt, wenn das betroffene Organ bei seiner Entscheidung „vernünftigerweise“ von bestimmten Annahmen ausgehen durfte; vgl. außerdem meine Schlussanträge vom 1. Februar 2007 in der Rechtssache Spanien/Lenzing (zitiert in Fn. 38, Nr. 71), in denen ich ausgeführt habe, dass eine Prognose nur dann offensichtlich fehlerhaft ist, wenn sie „unter keinem denkbaren Gesichtspunkt gerechtfertigt“ sein kann.

51 — Randnr. 133 des angefochtenen Urteils.

52 — Randnr. 134 des angefochtenen Urteils.

waren wie die von der Kommission letztlich für bindend erklärten einseitigen Zusagen von De Beers. Im Gegenteil scheint das Gericht es bereits genügen zu lassen, dass durch eine alternative Lösung „die Risiken einer Wettbewerbsverzerrung gemindert“ [53] und die Ziele der Kommission „nicht notwendig gefährdet“ werden [54]. Richtigerweise hätte das Gericht jedoch positiv feststellen müssen, dass die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa ausreichten, um die Risiken einer Wettbewerbsverzerrung auszuschließen und um die Ziele der Kommission mit Blick auf den Schutz des Wettbewerbs zu erreichen.

87. Damit genügen die Ausführungen des Gerichts nicht den oben dargelegten rechtlichen Anforderungen an eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen von Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 [55].

88. Mit seinen Aussagen zu den gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa verlässt das Gericht im Übrigen den Boden der Rechtmäßigkeitskontrolle einer Kommissionsentscheidung und nimmt in Wahrheit seine eigene Bewertung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten vor. So verhält es sich etwa mit der Aussage des Gerichts, eine Verringerung der Verkäufe von Rohdiamanten durch Alrosa an De Beers ab 2009 auf 35 % der 2004 verkauften Menge (mit einem Gegenwert von 275 Millionen USD) hätte Dritten einen wirksamen Zugang zu einer alternativen und unabhängigen Lieferquelle ermöglicht [56]. Gleiches gilt für die Bewertung von Alrosas Vorschlag, jährlich einen Teil ihrer Rohdiamanten meistbietend zu versteigern [57]. Solche Aussagen hätten, wenn sie mehr als bloße Behauptungen sein sollten, einer eingehenden Analyse der Marktgegebenheiten bedurft, für die jedoch nicht das Gericht, sondern die Kommission zuständig ist.

89. Es ist nun nicht die Aufgabe des Gerichtshofs im Rechtsmittelverfahren, sich zum Schiedsrichter über die widerstreitenden wirtschaftlichen Ansichten des Gerichts und der Kommission zu machen und zu beurteilen, ob die Einschätzungen des einen oder der anderen im Hinblick auf die Eignung alternativer Lösungsmöglichkeiten vorzuziehen ist. Dies würde nämlich bedeuten, dass der Gerichtshof seinerseits seine eigene Einschätzung in unzulässiger Weise an die Stelle der Einschätzung der Kommission und des Gerichts setzt und eine Bewertung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten vornimmt.

90. Entscheidend ist allein, dass das Gericht im vorliegenden Fall seine eigene Einschätzung an die Stelle der Einschätzung der Kommission gesetzt und so in rechtsfehlerhafter

53 — Randnr. 153, letzter Satz, des angefochtenen Urteils.

54 — Randnr. 153, erster Satz, des angefochtenen Urteils.

55 — Vgl. oben, Nr. 57 dieser Schlussanträge.

56 — Randnr. 134 des angefochtenen Urteils.

57 — Randnrn. 138 und 153 des angefochtenen Urteils.

Weise den Beurteilungsspielraum der Kommission verletzt hat [58]. Der Rüge der Kommission ist folglich stattzugeben. Da dieser Rechtsfehler des Gerichts für die Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung ursächlich war, rechtfertigt er überdies die Aufhebung des angefochtenen Urteils.

b) Zu den sonstigen Kritikpunkten der Kommission an der Vorgehensweise des Gerichts

91. Im Folgenden wende ich mich den verbleibenden Kritikpunkten der Kommission im Rahmen dieses zweiten Teils des ersten Rechtsmittelgrundes zu.

i) Zur behaupteten „Verfälschung der Reichweite der vorläufigen Untersuchung“

92. Die Kommission rügt, das Gericht habe „die Reichweite ihrer vorläufigen Untersuchung des Falls verfälscht“. Es habe den Umstand vernachlässigt, dass zwischen De Beers und Alrosa ganz unabhängig von der geplanten vertraglichen Vereinbarung auch weiterhin so genannte Ad-hoc-Verkäufe nach dem Prinzip „williger Käufer/williger Verkäufer“ stattfänden. Das Gericht habe solche Adhoc-Verkäufe lediglich als vergangene Praxis zwischen den beiden Unternehmen angesehen, jedoch ihre gegenwärtigen Auswirkungen nicht berücksichtigt.

93. Diese Rüge ist zulässig, weil mit ihr eine Verfälschung von Tatsachen bzw. von Beweisen geltend gemacht wird [59].

94. In der Sache ist der Vorwurf der Tatsachen- bzw. Beweisverfälschung jedoch unbegründet. Eine solche Verfälschung ist nämlich nur gegeben, wenn ohne die Erhebung neuer Beweise die Würdigung der vorliegenden Beweismittel offensichtlich unzutreffend ist [60]. Dies ist hier nicht der Fall.

95. Zwar hat das Gericht im angefochtenen Urteil im Zusammenhang mit Adhoc-Verkäufen stellenweise das „Vorliegen

58 — In diesem Sinne das Urteil Impala (zitiert in Fn. 25, Randnr. 145), wonach das Gericht bei Bestehen eines Beurteilungsspielraums der Kommission nicht seine eigene wirtschaftliche Beurteilung an die Stelle der Beurteilung der Kommission setzen darf.

59 — Urteile vom 15. Juni 2000, Dorsch Consult/Rat und Kommission (C-237/98 P, Slg. 2000, I-4549, Randnr. 36), vom 18. Januar 2007, PKK und KNK/Rat (C-229/05 P, Slg. 2007, I-439, Randnr. 35), und vom 16. Juli 2009, Kommission/Schneider Electric (C-440/07 P, Slg. 2009, I-6413, Randnr. 104).

60 — Urteile PKK und KNK/Rat (zitiert in Fn. 59, Randnr. 37), vom 18. Juli 2007, Industrias Químicas del Vallés/Kommission (C-326/05 P, Slg. 2007, I-6557, Randnr. 60), vom 22. November 2007, Sniace/Kommission (C-260/05 P, Slg. 2007, I-10005, Randnr. 37), und vom 8. Mai 2008, Eurohypo/HABM (C-304/06 P, Slg. 2008, I-3297, Randnr. 34), sowie Beschluss vom 3. Juni 2009, Zipcar/HABM (C-394/08 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 40).

historischer Beziehungen“ zwischen De Beers und Alrosa erwähnt und auf die „früheren Praktiken“ der beiden Unternehmen Bezug genommen [61]. Das Urteil enthält jedoch keinen eindeutigen Anhaltspunkt für die Annahme, das Gericht habe Ad-hoc-Verkäufe *ausschließlich* als ein Phänomen der Vergangenheit und nicht auch als eine fortdauernde Praxis der beiden Unternehmen angesehen.

96. Mithin ist diese Rüge der Kommission zurückzuweisen.

ii) Zur einseitigen Berücksichtigung des Vorbringens und der Interessen Alrosas

97. Die Kommission behauptet ferner, das angefochtene Urteil vernachlässige die Ergebnisse der Marktbefragung. Das Gericht berücksichtige einseitig die Interessen und Stellungnahmen Alrosas und messe ihnen ein zu großes Gewicht bei, wohingegen es die Interessen des Wettbewerbs vernachlässige. Auf zahlreiche Argumente der Kommission gehe das Urteil gar nicht ein und ziehe sich im Wesentlichen auf die Aussage zurück, die Verhältnismäßigkeitsprüfung habe einen objektiven Charakter [62].

61 — Randnrn. 115 und 150 des angefochtenen Urteils.

62 — In Randnr. 99 des angefochtenen Urteils führt das Gericht aus: „Die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme ist … eine objektive Prüfung …“

98. Wie die Kommission in ihrem Erwiderungsschriftsatz klarstellt, möchte sie dieses Vorbringen als Rüge eines Begründungsmangels verstanden wissen. Sie hält das angefochtene Urteil für widersprüchlich und unzureichend begründet.

99. Die Frage, ob die Begründung eines Urteils des Gerichts widersprüchlich oder unzulänglich ist, ist eine Rechtsfrage, die als solche im Rahmen eines Rechtsmittels aufgeworfen werden kann [63].

100. Inhaltlich bedeutet die Verpflichtung des Gerichts, seine Entscheidungen zu begründen, indessen nicht, dass es sich detailliert mit jedem von einer Partei vorgebrachten Argument befassen müsste [64]. Vielmehr ist es als ausreichend anzusehen, wenn aus der Begründung eines Urteils die Überlegungen des Gerichts klar und eindeutig hervorgehen, so dass die Betroffenen die Gründe für die Entscheidung des Gerichts erkennen

63 — Urteile vom 7. Mai 1998, Somaco/Kommission (C-401/96 P, Slg. 1998, I-2587, Randnr. 53), Sumitomo Metal Industries und Nippon Steel/Kommission (zitiert in Fn. 25, Randnr. 77) und vom 16. Juli 2009, Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland/Kommission (C-385/07 P, Slg. 2009, I-6155, Randnr. 71).

64 — Urteile vom 6. März 2001, Connolly/Kommission (C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611, Randnr. 121), Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 37, Randnr. 372), vom 2. April 2009, France Télécom/Kommission (C-202/07 P, Slg. 2009, I-2369, Randnr. 30), und Kommission/Schneider Electric (zitiert in Fn. 59, Randnr. 135).

können und der Gerichtshof seine Kontrollfunktion ausüben kann [65].

101. Diesen Anforderungen hat das Gericht im vorliegenden Fall genügt. Für den Leser ist unschwer erkennbar, aus welchen Gründen das Gericht der Klage von Alrosa stattgegeben hat. Auch die Kommission hatte keine Schwierigkeiten, diese Urteilsbegründung zu verstehen und das Urteil mit einem umfangreichen Rechtsmittel anzugreifen.

102. In Wahrheit scheint mir die Kritik der Kommission weniger auf die ordnungsgemäße Begründung und damit auf die formelle Rechtmäßigkeit des angefochtenen Urteils abzuzielen als vielmehr auf seine inhaltliche Richtigkeit. Der Umstand allein, dass das Gericht inhaltlich zu einem anderen Ergebnis gelangt ist als die Rechtsmittelführerin, kann jedoch keinen Begründungsmangel des angefochtenen Urteils darstellen [66].

103. Die Rüge des Begründungsmangels ist folglich unbegründet.

iii) Zur rechtlich fehlerhaften Qualifizierung der Veröffentlichung nach Art. 27 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003

104. Außerdem bringt die Kommission vor, das Gericht habe ihre Mitteilung im Amtsblatt gemäß Art. 27 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 verkannt [67]. Ihr Vorwurf richtet sich gegen Randnrn. 136 und 192 des angefochtenen Urteils. Dort schließt das Gericht aus der bloßen Existenz jener Amtsblattmitteilung, dass selbst die Kommission die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa für „auf den ersten Blick geeignet" gehalten habe, die Wettbewerbsbedenken auszuräumen. Dies hält die Kommission entweder für eine Verfälschung von Tatsachen oder für eine rechtlich fehlerhafte Qualifizierung ihrer Mitteilung im Amtsblatt.

105. Sowohl eine etwaige Verfälschung von Tatsachen als auch die rechtliche Qualifizierung von Tatsachen sind einer Überprüfung im Rechtsmittelverfahren zugänglich [68]. Damit ist die vorliegende Rüge der Kommission zulässig.

65 — Urteile vom 14. Mai 1998, Rat/de Nil und Impens (C-259/96 P, Slg. 1998, I-2915, Randnrn. 32 und 33), Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 37, Randnr. 372), France Télécom/Kommission (zitiert in Fn. 64, Randnr. 29) und Kommission/Schneider Electric (zitiert in Fn. 59, Randnr. 135).

66 — Urteil vom 7. Juni 2007, Wunenburger/Kommission (C-362/05 P, Slg. 2007, I-4333, Randnr. 80).

67 — Zu dieser Mitteilung vgl. Nr. 26 dieser Schlussanträge.

68 — Zur Verfälschung von Tatsachen vgl. die in Fn. 59 angeführte Rechtsprechung; zur rechtlichen Qualifizierung von Tatsachen vgl. Beschluss vom 17. September 1996, San Marco/Kommission (C-19/95 P, Slg. 1996, I-4435, Randnr. 39), sowie Urteile Sumitomo Metal Industries und Nippon Steel/Kommission (zitiert in Fn. 25, Randnr. 39) und Kommission/Schneider Electric (zitiert in Fn. 59, Randnr. 191).

106. Auch in der Sache hat die Kommission mit dieser Rüge Recht.

107. Das Gericht versucht in Randnrn. 136, 192 und 194 des angefochtenen Urteils, die Kommission an ihrer anfänglichen Bewertung der gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa festzuhalten. Es sieht diese Bewertung als Anhaltspunkt dafür, dass die gemeinsamen Zusagen geeignet gewesen wären, die von der Kommission identifizierten Wettbewerbsprobleme auszuräumen.

108. Dabei verkennt das Gericht, dass eine Mitteilung im Amtsblatt gemäß Art. 27 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 immer nur auf einer vorläufigen Einschätzung der Kommission beruhen kann. Sinn und Zweck dieser Mitteilung ist es, interessierten Dritten im Rahmen einer Marktbefragung Gelegenheit zur Stellungnahme zu einem Zusagenangebot zu geben. Im Lichte der Ergebnisse dieser Marktbefragung hat die Kommission ihre vorläufige Einschätzung der Marktsituation zu überprüfen und die Eignung der Zusagen zur Ausräumung der von ihr identifizierten Wettbewerbsprobleme neu zu bewerten. Dabei muss die Marktbefragung nicht notwendigerweise neue Tatsachen oder Bedenken zutage fördern; auch eine veränderte Bewertung bereits bekannter Tatsachen und letztlich der Wettbewerbssituation kann aus den Ergebnissen der Marktbefragung folgen. Die Marktbefragung wäre eine Farce, könnte sie nicht zu einer Änderung der ursprünglichen Position der Kommission führen.

109. Wenn das Gericht sogar eine Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht zum Maßstab für die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Kommissionsentscheidung machen darf[69], so muss dies erst recht für eine Mitteilung nach Art. 27 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 gelten. Denn eine solche Mitteilung gibt ebenfalls nur eine vorläufige Einschätzung der Kommission wieder, ist zudem sehr viel weniger detailliert und basiert nur auf einer summarischen Prüfung des Falls.

110. Im vorliegenden Fall ließ übrigens auch der Wortlaut der Mitteilung im Amtsblatt[70] deutlich erkennen, dass die Kommission noch keine endgültige Bewertung der ihr angebotenen gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa vorgenommen hatte. Obgleich das Gericht diesen Wortlaut durchaus zur Kenntnis genommen hat[71], zieht es im angefochtenen Urteil daraus nicht die erforderlichen Schlüsse im Hinblick auf den vorläufigen Charakter der in der Mitteilung enthaltenen Bewertungen der Kommission.

69 — Urteil Impala (zitiert in Fn. 25, insbesondere Randnrn. 64, 65, 73 und 76); in diesem Punkt ist der Gerichtshof meinen Schlussanträgen vom 13. Dezember 2007 in jener Rechtssache (vgl. dort insbesondere Nrn. 171 bis 176) nicht gefolgt.

70 — In Textziffer 16 der Mitteilung im Amtsblatt findet sich folgender Hinweis: „*Vorbehaltlich der Ergebnisse der Marktbefragung* beabsichtigt die Kommission, eine Entscheidung gemäß Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zu erlassen …“ (Hervorhebung von mir).

71 — Randnr. 136, zweiter Satz, und Randnr. 192, erster Satz, des angefochtenen Urteils.

111. Somit hat das Gericht die Tatsachen rechtlich unzutreffend qualifiziert, als es die Mitteilung der Kommission im Amtsblatt als Indiz für die Eignung der gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa heranzog.

112. Die auf die Amtsblattmitteilung bezogene Rüge der Kommission ist somit begründet. Für sich allein genommen kann dieser Rechtsfehler allerdings nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen, weil die Bezugnahme auf jene Mitteilung nur eines von mehreren Argumenten darstellte, auf die das Gericht seine Ausführungen zum Bestehen und zur Geeignetheit alternativer Lösungen [72] stützte.

iv) Zu den gerügten Verstößen gegen Art. 82 EG

113. Schließlich wirft die Kommission dem Gericht im Rahmen seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung zwei Verstöße gegen Art. 82 EG vor.

114. Gegenstand dieser Rügen sind die Ausführungen des Gerichts in Bezug auf mögliche Alternativen zu den für bindend erklärten einseitigen Zusagen von De Beers. Die Kommission richtet sich insbesondere gegen Randnrn. 152 und 153 des angefochtenen Urteils, in denen das Gericht zu dem Vorschlag Alrosas Stellung nimmt, jährlich einen Teil ihrer Rohdiamanten meistbietend zu versteigern. Erstens habe das Gericht völlig unberücksichtigt gelassen, dass De Beers nicht nur der größte Käufer auf dem Markt für Rohdiamanten ist, sondern auch der größte Hersteller auf demselben Markt. Und zweitens habe das Gericht verkannt, dass auch Versteigerungen an den Meistbietenden nicht den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens anlässlich der Abgabe von Geboten verhindern könnten.

115. Anders als Alrosa halte ich diese Rügen nicht für unzulässig. Es handelt sich keineswegs nur um einen Vorwand, die Tatsachen- und Beweiswürdigung des Gerichts zu hinterfragen. Vielmehr wird mit diesem Vorbringen die Rechtsfrage aufgeworfen, ob das Gericht bei der Auslegung und Anwendung von Art. 82 EG die richtigen Kriterien angewandt hat [73] und ob es rechtlich erhebliche Gesichtspunkte außer Acht gelassen hat.

72 — Es handelt sich um die Randnrn. 132 bis 154 des angefochtenen Urteils.

73 — Vgl. dazu oben, Nr. 45 dieser Schlussanträge, mit der in Fn. 25 angeführten Rechtsprechung.

— Zur Vernachlässigung der Stellung von De Beers als Hersteller

116. Die erste auf Art. 82 EG gestützte Rüge richtet sich speziell gegen Randnr. 153 des angefochtenen Urteils, in der das Gericht De Beers als „den wichtigsten Käufer auf dem Markt“ bezeichnet, ohne sich jedoch mit dem Umstand auseinanderzusetzen, dass De Beers auch der größte Hersteller auf demselben Markt ist.

117. Zu Recht kritisiert die Kommission diese Herangehensweise.

118. Zwar war dem Gericht durchaus bewusst, dass es sich sowohl bei De Beers als auch bei Alrosa um Hersteller von Rohdiamanten handelt [74]. Es hat jedoch diesen Umstand bei der Prüfung etwaiger Alternativen zu den für bindend erklärten einseitigen Zusagen von De Beers völlig ausgeblendet. An den entscheidenden Stellen in der Urteilsbegründung wird De Beers ausschließlich als der wichtigste bzw. als der größte Käufer auf dem Markt bezeichnet, zu dem Alrosa nach Ansicht des Gerichts weiterhin Zugang haben soll [75].

119. Dabei verkennt das Gericht, dass es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung einer langfristig angelegten Lieferbeziehung zweier Unternehmen einen erheblichen Unterschied macht, ob zwischen diesen beiden Unternehmen ein aktuelles oder potenzielles Wettbewerbsverhältnis besteht oder nicht.

120. Sind nämlich beide Unternehmen als Hersteller auf demselben Markt tätig, so entspricht es grundsätzlich nicht einem normalen Wettbewerbsverhalten, dass eines von ihnen regelmäßig die Produktion des anderen — oder jedenfalls einen nennenswerten Teil davon — aufkauft, insbesondere, wenn der Käufer eine marktbeherrschende Stellung innehat. Dies hat auch Alrosa auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof eingeräumt.

121. Sicherlich hat auch ein marktbeherrschendes Unternehmen das Recht, seine eigenen kommerziellen Interessen zu wahren. Art. 82 EG steht jedoch einem Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens entgegen, das auf eine Verstärkung seiner beherrschenden Stellung und deren Missbrauch abzielt [76].

122. Genau ein solcher Missbrauch ist zu befürchten, wenn ein Unternehmen mit

74 — Vgl. dazu die Tatsachenfeststellungen in Randnrn. 8 und 9 sowie das Zitat aus der streitigen Entscheidung in Randnr. 116 des angefochtenen Urteils, wo von einer „Verkaufsbeziehung zwischen De Beers und seinem wichtigsten Wettbewerber Alrosa“ die Rede ist.

75 — Randnrn. 138 und 153 des angefochtenen Urteils.

76 — Urteile vom 14. Februar 1978, United Brands und United Brands Continentaal/Kommission (27/76, Slg. 1978, 207, Randnr. 189), vom 16. September 2008, Sot. Lélos kai Sia u. a. (C-468/06 bis C-478/06, Slg. 2008, I-7139, Randnr. 50), und vom 11. Dezember 2008, Kanal 5 und TV 4 (C-52/07, Slg. 2008, I-9239, Randnr. 26).

marktbeherrschender Stellung die Produktion eines anderen, auf demselben Markt tätigen Herstellers aufkauft. Dieser andere Hersteller wird dann nämlich von der Notwendigkeit entbunden, sich ein eigenes Vertriebssystem aufzubauen und mit dem marktbeherrschenden Unternehmen in Wettbewerb zu treten. Dies kann nachteilige Folgen für die Marktstruktur und letztlich auch für den Verbraucher haben, zumal der Wettbewerb auf dem betreffenden Markt angesichts der Präsenz des beherrschenden Unternehmens ohnehin schon geschwächt ist. Es besteht die Gefahr, dass das beherrschende Unternehmen durch den Aufkauf der Produktion des anderen Herstellers den Absatz und damit letztlich auch die Preise auf dem betreffenden Markt zum Schaden der Verbraucher beeinflusst. Mit der — im Grundsatz zulässigen — Wahrung legitimer Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens hat ein solches Verhalten nichts zu tun.

124. Durch die Vernachlässigung dieses bedeutsamen Umstands hat das Gericht bei seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung einen Rechtsfehler begangen. Dieser Rechtsfehler rechtfertigt die Aufhebung des angefochtenen Urteils, weil auf ihm die Annahme des Gerichts beruht, es habe im vorliegenden Fall geeignete alternative Lösungsmöglichkeiten gegeben, die für die betroffenen Unternehmen weniger belastend gewesen wären.

— Zur Vernachlässigung der Möglichkeit eines missbräuchlichen Verhaltens von Bietern im Rahmen von Versteigerungen

123. Besondere Umstände, die das Vorliegen eines Missbrauchs ausnahmsweise ausschließen könnten, hat das Gericht im vorliegenden Fall nicht dargelegt. Im Gegenteil: Das Gericht hat es gänzlich unterlassen, sich mit der Doppelrolle von De Beers als weltweit größtem Hersteller und wichtigstem Käufer auf dem Markt für Rohdiamanten auseinanderzusetzen, obgleich die Kommission darauf hingewiesen hatte [77]. Die Berücksichtigung dieser Doppelrolle wäre aber unerlässlich gewesen, um sinnvoll beurteilen zu können, ob die jährliche Versteigerung eines Teils der Diamanten von Alrosa an den Meistbietenden geeignet sein kann, die von der Kommission identifizierten Wettbewerbsprobleme im Hinblick auf Art. 82 EG auszuräumen.

125. Die zweite auf Art. 82 EG gestützte Rüge richtet sich gegen Randnrn. 152 und 153 des angefochtenen Urteils, in denen das Gericht ausführt, Ad-hoc-Verkäufe Alrosas im Wege der Versteigerung an den Meistbietenden könnten für sich betrachtet nicht den Wettbewerbsregeln widersprechen, selbst wenn sie zur Folge hätten, dass De Beers seine Rolle als Marktführer behaupten oder verstärken kann.

77 — Vgl. etwa Randnrn. 58, 63 und 68 der Klagebeantwortung der Kommission in erster Instanz und Randnr. 74 des angefochtenen Urteils.

126. Zu Recht beanstandet die Kommission diese Ausführungen des Gerichts.

127. Denn das Gericht beschränkt sich dort auf die Feststellung, dass eine Vorzugsbehandlung von De Beers durch Alrosa im Rahmen von Versteigerungen nicht zu befürchten sei, da keine Anhaltspunkte für die Anwendung unsachlicher Zuschlagskriterien durch Alrosa („andere Kriterien als ein gutes Angebot“) bestünden [78].

128. Damit verkennt das Gericht, dass Versteigerungen nicht nur auf Seiten des Verkäufers, sondern auch auf Seiten der Käufer Anlass zu missbräuchlichem Verhalten geben können. Beteiligt sich nämlich an einer Versteigerung ein Unternehmen, das selbst Konkurrenzerzeugnisse zu den versteigerten Produkten herstellt und vermarktet und zudem auf dem betreffenden Markt eine beherrschende Stellung innehat, so kann es zu einem Verdrängungswettbewerb kommen. Es kann eine Situation entstehen, in der das beherrschende Unternehmen die Gebote künstlich hochtreibt, um sich unter Verdrängung anderer Interessenten die Kontrolle über die Produktion seines — aktuellen oder potenziellen — Rivalen zu sichern; dies kann zu einer Verknappung des Angebots auf dem Markt und letztlich zu einem künstlich überhöhten Preisniveau führen, zum Schaden der Verbraucher. Ein solches Verhalten ist missbräuchlich im Sinne von Art. 82 EG und hat nichts mit der Wahrung legitimer Interessen des beherrschenden Unternehmens auf dem Markt zu tun [79].

129. Sicherlich hängt es von einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls ab, ob auf Bieterseite tatsächlich ein solches missbräuchliches Verhalten seitens eines marktbeherrschenden Unternehmens zu befürchten ist. Das angefochtene Urteil enthält jedoch keinerlei Hinweis darauf, dass das Gericht sich mit dieser Frage auch nur ansatzweise auseinandergesetzt hätte, und dies, obwohl die Ausführungen der Kommission hierzu Anlass gaben. So hatte die Kommission mehrfach die Rolle von De Beers als „Marktmacher“ hervorgehoben und auf bisherige Bestrebungen von De Beers hingewiesen, die Erzeugung auf dem Diamantenmarkt zu kontrollieren [80].

130. Das Gericht hat es im vorliegenden Fall genügen lassen, dass bei Durchführung der von Alrosa vorgeschlagenen Versteigerungen *auf Verkäuferseite* keine Gefahr eines Missbrauchs bei der Zuschlagserteilung bestand. Dadurch allein lässt sich jedoch *auf Käuferseite* das missbräuchliche Bieterverhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht ausschließen.

131. Durch die Vernachlässigung dieses wesentlichen Gesichtspunkts hat das Gericht bei seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung einen Rechtsfehler begangen. Dieser Rechtsfehler rechtfertigt die Aufhebung des angefochtenen Urteils, weil auf ihm die Annahme des Gerichts beruht, es habe im vorliegenden Fall alternative Lösungsmöglichkeiten gegeben, die für die betroffenen Unternehmen weniger belastend gewesen wären.

78 — Randnr. 153 des angefochtenen Urteils.

79 — Vgl. dazu nochmals Nr. 121 dieser Schlussanträge und die in Fn. 76 angeführte Rechtsprechung.

80 — 25., 26., 28. und 30. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung sowie Randnrn. 64 und 65 der Klagebeantwortung der Kommission im erstinstanzlichen Verfahren; vgl. auch Randnr. 83 des angefochtenen Urteils.

B — *Zweiter Rechtsmittelgrund: Anhörungsrechte im Verwaltungsverfahren*

132. Mit ihrem zweiten Rechtsmittelgrund wirft die Kommission dem Gericht im Wesentlichen Rechtsfehler im Zusammenhang mit den Anhörungsrechten im Verwaltungsverfahren vor. Außerdem bringt sie vor, das Gericht habe *ultra petita* entschieden, und rügt erneut Begründungsmängel im angefochtenen Urteil.

1. Vorfrage: Geht der zweite Rechtsmittelgrund ins Leere?

133. Alrosa ist der Meinung, dieser zweite Rechtsmittelgrund der Kommission gehe ins Leere, weil er sich gegen Ausführungen im angefochtenen Urteil richte, die das Gericht nur vorsorglich gemacht habe.

134. Zutreffend ist, dass eine Rüge des Rechtsmittelführers, die sich gegen einen nicht tragenden Grund des erstinstanzlichen Urteils richtet, nicht zur Aufhebung des Urteils führen kann und deshalb als wirkungslos oder ins Leere gehend („inopérant") zurückzuweisen ist [81]. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall.

135. Zwar hat das Gericht seine Ausführungen zur Verletzung des rechtlichen Gehörs in höchst missverständlicher Weise als „vorsorglich" bezeichnet [82]. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es sich dabei um bloße *obiter dicta* handeln würde. Vielmehr stellen diese Ausführungen ein zweites, unabhängiges Standbein des Urteils dar, auf dem die Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung beruht. Dies wird besonders deutlich, wenn man den Blick auf Randnr. 204 des angefochtenen Urteils richtet, wo der Klagegrund Alrosas zur Verletzung des rechtlichen Gehörs ausdrücklich für begründet erklärt wird. Es handelt sich somit bei den Ausführungen zum rechtlichen Gehör um tragende Gründe, auf denen der Tenor des angefochtenen Urteils beruht.

136. Folglich ist der Einwand Alrosas, wonach der zweite Rechtsmittelgrund ins Leere gehe, zurückzuweisen.

81 — Urteile vom 18. März 1993, Parlament/Frederiksen (C-35/92 P, Slg. 1993, I-991, Randnr. 31), vom 8. Mai 2003, T. Port/Kommission (C-122/01 P, Slg. 2003, I-4261, Randnr. 17), vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg. 2005, I-5425, Randnr. 148), und vom 13. September 2007, Common Market Fertilizers/Kommission (C-443/05 P, Slg. 2007, I-7209, Randnr. 137).

82 — Vgl. Randnrn. 158 und 204 des angefochtenen Urteils. In der Verfahrenssprache heißt es, dass diese Ausführungen „for the sake of completeness" gemacht würden.

2. Prüfung des zweiten Rechtsmittelgrundes

a) Zur unzureichenden Begründung (erster Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes)

137. Zunächst rügt die Kommission, das angefochtene Urteil sei im Hinblick auf den festgestellten Anhörungsfehler unzureichend begründet. Das Gericht ersetze eine Begründung durch bloßen Verdacht. Es versäume in Randnrn. 201 und 203 des angefochtenen Urteils zu erklären, warum es Alrosa nicht möglich gewesen sein soll, „sachdienlich" auf die ihr zur Einsicht übermittelten Unterlagen [83] zu antworten und ihre Anhörungsrechte „in vollem Umfang auszuüben". Außerdem werde kein Kausalzusammenhang zwischen der festgestellten Unregelmäßigkeit und dem Ausgang des Verfahrens, d. h. der Zusagenentscheidung, nachgewiesen.

138. Diese Argumente überzeugen mich nicht.

139. Die Begründung eines erstinstanzlichen Urteils kann in bestimmten Punkten auch implizit erfolgen, sofern aus ihr insgesamt die Überlegungen des Gerichts so klar und eindeutig hervorgehen, dass die Betroffenen die Gründe für die Entscheidung des Gerichts erkennen können und der Gerichtshof seine Kontrollfunktion ausüben kann [84].

140. Im vorliegenden Fall ergibt sich mit hinreichender Klarheit aus dem angefochtenen Urteil, dass das Gericht das rechtliche Gehör von Alrosa wegen verspäteter Übermittlung von Unterlagen als verletzt ansah. Die Kommission hat Alrosa nach den Feststellungen des Gerichts eine nichtvertrauliche Fassung der Stellungnahmen von Drittbeteiligten „*erst* am 26. Januar 2006 übermittelt, also *mehr als sechs Wochen* nach dem Zeitpunkt des dahin gehenden förmlichen Antrags [von Alrosa] und *mehr als drei Monate* nach dem Treffen vom 27. Oktober 2005"; das Gericht beanstandet auch, dass diese Unterlagen Alrosa nur „*gleichzeitig* mit dem Auszug aus den Einzelzusagen von De Beers übermittelt worden sind" [85]. Daraus schließt das Gericht, dass Alrosa nicht die Möglichkeit erhalten hat, ihre Anhörungsrechte „in vollem Umfang auszuüben" [86].

141. Die Kommission mag anderer Ansicht als das Gericht sein. Sie mag der Auffassung sein, dass die besagten Unterlagen nicht verspätet und jedenfalls rechtzeitig übermittelt wurden, um Alrosa eine sachdienliche Stellungnahme zu ermöglichen. Anders als das Gericht mag die Kommission auch der

83 — Bei den übermittelten Unterlagen handelt es sich um die Stellungnahmen der Drittbeteiligten im Rahmen der Marktbefragung und einen Auszug aus den einseitigen Zusagen von De Beers (vgl. Nr. 29 dieser Schlussanträge).

84 — Urteile Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 37, Randnr. 372), Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission (zitiert in Fn. 37, Randnr. 42) und Kommission/Schneider Electric (zitiert in Fn. 59, Randnr. 135).

85 — Randnr. 201 des angefochtenen Urteils (Hervorhebungen von mir).

86 — Randnr. 203 des angefochtenen Urteils.

Überzeugung sein, dass die Anhörungsrechte von Alrosa nicht verletzt wurden oder sich eine etwaige Verletzung nicht auf den Inhalt der streitigen Entscheidung ausgewirkt hat. Damit rügt sie aber in Wirklichkeit nicht die formelle Rechtswidrigkeit des angefochtenen Urteils wegen eines Begründungsmangels, sondern zweifelt die Stichhaltigkeit der Begründung des Gerichts und damit die materielle (inhaltliche) Rechtmäßigkeit des Urteils an.

142. Der Umstand allein, dass das Gericht inhaltlich zu einem anderen Ergebnis gelangt als die Rechtsmittelführerin, kann indes keinen Begründungsmangel des angefochtenen Urteils darstellen [87].

143. Damit ist die Rüge des Begründungsmangels zurückzuweisen.

b) Zum Grundsatz *ne ultra petita* und zum Anspruch auf ein faires Verfahren (zweiter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes)

144. Des Weiteren kritisiert die Kommission, im angefochtenen Urteil werde eine Verletzung der Anhörungsrechte aus ganz anderen Gründen festgestellt als den von Alrosa in ihrer Nichtigkeitsklage in erster Instanz vorgebrachten. Alrosa habe in erster Instanz lediglich gerügt, dass die Kommission sie nicht über die Gründe für ihre Meinungsänderung infolge der Marktbefragung aufgeklärt und ihr keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu ihrer veränderten Bewertung des Falls gegeben habe. Die vom Gericht für entscheidend gehaltenen Fragen im Zusammenhang mit den Anhörungsrechten seien von Alrosa nie aufgeworfen worden. Das angefochtene Urteil sei nicht auf die Rüge Alrosas vor dem Gericht erster Instanz gestützt, sondern weise diese sogar ausdrücklich zurück [88].

145. Die Kommission ist der Meinung, mit dieser Vorgehensweise habe das Gericht *ultra petita* entschieden und überdies den Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt.

i) Zum Grundsatz *ne ultra petita*

146. Unstreitig ist zunächst, dass der für die Nichtigkeitsklage zuständige Gemeinschaftsrichter nicht *ultra petita* entscheiden darf [89]. Dieser Grundsatz ist Ausdruck der Dispositionsmaxime, wonach die Parteien den

87 — Urteil Wunenburger/Kommission (zitiert in Fn. 66, Randnr. 80).

88 — Die Kommission bezieht sich auf Randnr. 130 des angefochtenen Urteils.

89 — Urteile vom 14. September 1999, Kommission/Assi-Domän Kraft Products u. a. (C-310/97 P, Slg. 1999, I-5363, Randnr. 52), vom 15. Februar 2001, Nachi Europe (C-239/99, Slg. 2001, I-1197, Randnr. 24), und vom 19. Januar 2006, Comunità montana della Valnerina/Kommission (C-240/03 P, Slg. 2006, I-731, Randnr. 43); vgl. auch Urteil vom 14. Dezember 1962, Meroni/Hohe Behörde (46/59 und 47/59, Slg. 1962, 837, 854).

Streitgegenstand bestimmen und der Richter nicht über diesen Streitgegenstand hinaus gehen darf.

147. Die Kommission scheint nun den Grundsatz *ne ultra petita* dahin gehend zu verstehen, dass der Gemeinschaftsrichter eine Verletzung der Anhörungsrechte nur feststellen darf, wenn die vom Kläger in erster Instanz vorgebrachten Gründe zutreffen.

148. Diese Auffassung ist jedoch übermäßig restriktiv. Zwar darf nach dem Grundsatz *ne ultra petita* die Nichtigerklärung nicht über den Antrag des Klägers hinausgehen [90]. Der Richter kann aber nicht an die Argumente gebunden sein, die die Parteien ihm zur Stützung ihrer Anträge vorgetragen haben, will er nicht Gefahr laufen, seine Entscheidung gegebenenfalls mit irrigen rechtlichen Erwägungen zu begründen [91]. Wie Generalanwalt Léger es treffend formuliert hat, ist der Richter in seiner Rolle keineswegs passiv und kann nicht darauf beschränkt werden, lediglich der „Mund der Parteien" zu sein [92].

149. Im vorliegenden Fall hat Alrosa mit einem ihrer Klagegründe in erster Instanz eine Verletzung ihrer Anhörungsrechte gerügt. Entgegen der Auffassung der Kommission hat das Gericht folglich die Verletzung der Anhörungsrechte nicht von Amts wegen festgestellt, sondern auf Antrag der Klägerin. Dass sich das Gericht bei der Entscheidung über besagten Klagegrund auf andere Argumente stützte als die von Alrosa vorgebrachten, bedeutet für sich allein noch kein Abweichen vom Streitgegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens und somit auch keine Entscheidung *ultra petita* [93].

ii) Zum Anspruch auf ein faires Verfahren

150. Weiter kritisiert die Kommission, dass der vom Gericht letztlich festgestellte Anhörungsfehler nie Gegenstand einer Erörterung zwischen den Parteien gewesen sei. Darin sieht sie einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens.

151. Um ein faires Verfahren zu gewährleisten, muss das Gericht nicht zuletzt die Verteidigungsrechte der Parteien des Rechtsstreits beachten. Der Grundsatz der Beachtung der Verteidigungsrechte stellt einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts

90 — Urteile Kommission/AssiDomän Kraft Products u. a. (zitiert in Fn. 89, Randnr. 52) und Comunità montana della Valnerina/Kommission (zitiert in Fn. 89, Randnr. 43).

91 — Beschlüsse vom 27. September 2004, UER/M6 u. a. (C-470/02 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 69), und vom 13. Juni 2006, Mancini/Kommission (C-172/05 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 41).

92 — Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 2. April 1998 in der Rechtssache Parlament/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (C-252/96 P, Slg. 1998, I-7421, Nr. 36).

93 — In diesem Sinne Urteil Parlament/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (Rechtssache zitiert in Fn. 92, Randnr. 34), und Beschluss UER/M6 u. a. (zitiert in Fn. 91, Randnr. 74).

dar [94]. Gegen diesen Grundsatz würde es verstoßen, wenn eine gerichtliche Entscheidung auf Tatsachen und Schriftstücke gegründet würde, von denen die Parteien selbst — oder eine von ihnen — keine Kenntnis nehmen und zu denen sie daher auch nicht Stellung nehmen konnten [95]. Anders ausgedrückt stellt also die Beachtung der Verteidigungsrechte sicher, dass die Parteien nicht mit Überraschungsentscheidungen seitens des Gerichts konfrontiert werden [96].

152. Zu einer Überraschungsentscheidung kann es freilich nicht nur dann kommen, wenn das Gericht sich auf Tatsachen oder Beweismittel stützt, die den Parteien oder einer von ihnen nicht bekannt waren. Auch eine vom Gericht vorgenommene Bewertung des Sachverhalts kann für die Parteien überraschend sein, wenn sich das Gericht dabei auf Tatsachen stützt, die den Parteien zwar bekannt waren, die aber als solche nie Gegenstand einer Erörterung im gerichtlichen Verfahren waren [97].

153. So verhielt es sich im vorliegenden Fall mit der Übermittlung bestimmter Schriftstücke an Alrosa. Unstreitig ist, zu welchen Zeitpunkten diese Dokumente übermittelt wurden. Aus den Akten ergibt sich jedoch, dass die vom Gericht im vorliegenden Fall beanstandete verspätete Übermittlung der Schriftstücke [98] im erstinstanzlichen schriftlichen Verfahren von keiner der Parteien thematisiert worden war. Im mündlichen Verfahren wurde dieses Problem — nach den von Alrosa nicht bestrittenen Ausführungen der Kommission — ebenfalls nicht erörtert. Das Problem war auch weder Gegenstand schriftlicher Fragen des Gerichts, noch hat es das Gericht für nötig befunden, zu seiner Erörterung die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen [99].

154. Als Beklagte war die Kommission im Übrigen nicht veranlasst, von sich aus vorsorglich zu diesem Problem Stellung zu nehmen. Dies gilt umso mehr, als das in erster Instanz durchgeführte beschleunigte Verfahren mit besonderen Zwängen für die Parteien einhergeht, sowohl hinsichtlich des Umfangs ihres Vorbringens als auch hinsichtlich der dabei einzuhaltenden Verfahrensfristen [100].

155. Unter diesen Umständen war es eine Überraschungsentscheidung, dass das Gericht den von ihm festgestellten Anhörungsfehler speziell mit einer verspäteten

94 — Urteile vom 10. Juli 1986, Belgien/Kommission (234/84, Slg. 1986, 2263, Randnr. 27), vom 24. Oktober 1996, Kommission/Lisrestal u. a. (C-32/95 P, Slg. 1996, I-5373, Randnr. 21), vom 8. März 2007, Gerlach (C-44/06, Slg. 2007, I-2071, Randnr. 38), und vom 13. September 2007, Land Oberösterreich und Österreich/Kommission (C-439/05 P und C-454/05 P, Slg. 2007, I-7141, Randnr. 36); speziell zur Beachtung der Verteidigungsrechte im gerichtlichen Verfahren vgl. Urteil vom 2. Oktober 2003, Corus UK/Kommission (C-199/99 P, Slg. 2003, I-11177, Randnr. 19).

95 — Urteile vom 22. März 1961, SNUPAT/Hohe Behörde (42/59 und 49/59, Slg. 1961, 111, 169), vom 10. Januar 2002, Plant u. a./Kommission und South Wales Small Mines (C-480/99 P, Slg. 2002, I-265, Randnr. 24), und Corus UK/Kommission (zitiert in Fn. 94, Randnr. 19).

96 — Vgl. in diesem Sinne auch meine Schlussanträge vom 27. September 2006 in der Rechtssache PKK und KNK/Rat (zitiert in Fn. 59, Nr. 67).

97 — Aus dem Beschluss UER/M6 u. a. (zitiert in Fn. 91, Randnr. 74) lässt sich folgern, dass sich das erstinstanzliche Urteil nicht auf eine „nouvelle thèse inspirée par le Tribunal" stützen darf.

98 — Vgl. dazu nochmals Randnr. 201 des angefochtenen Urteils und Nr. 140 dieser Schlussanträge.

99 — Art. 62 der Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz.

100 — Vgl. dazu Art. 76a der Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz sowie das Urteil Royal Philips Electronics/Kommission (zitiert in Fn. 41, Randnr. 205).

Übermittlung von Schriftstücken durch die Kommission begründete. Es stellt eine Verletzung der Verteidigungsrechte und damit einen Verfahrensfehler dar, dass das Gericht der Kommission vor Erlass seines Urteils keine Gelegenheit gab, sich zu diesem Gesichtspunkt zu äußern.

156. Die diesbezügliche Rüge der Kommission ist folglich begründet. Da nicht auszuschließen ist, dass die Kommission im Fall der Erörterung der Verspätungsproblematik im erstinstanzlichen Verfahren Argumente vorgetragen hätte, die das Gericht zu einer anderen Schlussfolgerung bewogen hätten, rechtfertigt sein Verfahrensfehler die Aufhebung des angefochtenen Urteils.

c) Zu den Auswirkungen eines etwaigen Anhörungsfehlers auf die Entscheidung der Kommission (vierter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes)

157. Weiter rügt die Kommission, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, indem es nicht nachgewiesen habe, welche Auswirkungen die etwaige Verletzung der Anhörungsrechte Alrosas auf die streitige Entscheidung hatte.

158. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass ein Verfahrensfehler nur dann die Nichtigerklärung einer Entscheidung der Kommission rechtfertigt, wenn die Möglichkeit besteht, dass das Verwaltungsverfahren ohne diesen Verfahrensfehler zu einem anderen Ergebnis geführt hätte [101]. Mit anderen Worten darf es nicht ausgeschlossen sein, dass sich der Verfahrensfehler auf den Inhalt der Entscheidung der Kommission ausgewirkt hat, dass also die Entscheidung einen anderen Inhalt hätte haben können [102].

159. Das Gericht hat im vorliegenden Fall einen Anhörungsfehler festgestellt, gleichzeitig aber ausgeführt, dass „das Ausmaß, in dem diese Unregelmäßigkeit die Entscheidung der Kommission hat beeinflussen können, nicht eindeutig ermittelt werden kann“ [103].

160. In der Tat lässt diese etwas missverständliche Formulierung — jedenfalls bei vordergründiger Betrachtung — den Verdacht aufkommen, das Gericht habe die streitige Entscheidung wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben, ohne zuvor hinreichend zu würdigen, ob dieser Verfahrensfehler sich überhaupt auf den Inhalt der Entscheidung auswirken konnte.

101 — Urteile vom 10. Juli 1980, Distillers Company/Kommission (30/78, Slg. 1980, 2229, Randnr. 26), und vom 14. Februar 1990, Frankreich/Kommission (C-301/87, Slg. 1990, I-307, Randnr. 31); im selben Sinne Urteile Aalborg Portland u. a./Kommission (zitiert in Fn. 37, Randnr. 73) und vom 29. Juni 2006, SGL Carbon/Kommission (C-308/04 P, Slg. 2006, I-5977, Randnrn. 97 und 98).

102 — Urteile vom 29. Oktober 1980, van Landewyck u. a./Kommission (209/78 bis 215/78 und 218/78, Slg. 1980, 3125, Randnr. 47), und vom 23. April 1986, Bernardi/Parlament (150/84, Slg. 1986, 1375, Randnr. 28).

103 — Randnr. 203 des angefochtenen Urteils.

161. Bei näherer Betrachtung bringt diese Formulierung aber die Überzeugung des Gerichts zum Ausdruck, *dass* sich der von ihm festgestellte Anhörungsfehler auf das Ergebnis des Verwaltungsverfahrens auswirken konnte. Lediglich das konkrete *Ausmaß* dieser Auswirkungen ließ sich nach Auffassung des Gerichts nicht eindeutig ermitteln.

162. Damit hält sich das Gericht trotz der von ihm gewählten missverständlichen Formulierung noch im Rahmen der rechtlichen Anforderungen an die Nichtigerklärung einer Entscheidung wegen Verfahrensfehlern. Für eine solche Nichtigerklärung kommt es nämlich nicht auf das genaue Ausmaß an, in dem der Inhalt der Entscheidung durch den Verfahrensfehler beeinflusst wurde.

163. Besteht der vom Gericht festgestellte Verfahrensfehler in einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, so wird sich ohnehin nur schwer feststellen lassen, in welchem Ausmaß sich dies auf den Inhalt der Entscheidung der Kommission ausgewirkt hat. Es lässt sich nie völlig ausschließen, dass selbst bei ordnungsgemäßer Anhörung eine gleichlautende Entscheidung ergangen wäre.

164. Durch die Anhörung soll dem Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme und damit zur inhaltlichen Einflussnahme auf den Entscheidungsfindungsprozess der Kommission gegeben werden. Deshalb rechtfertigt bereits die bloße Möglichkeit, dass sich ein Anhörungsfehler auf den Inhalt der Entscheidung ausgewirkt hat, deren Nichtigerklärung.

165. Der vierte Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes ist somit unbegründet.

d) Zur Reichweite der Anhörungsrechte von Alrosa (dritter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes)

166. Schließlich beanstandet die Kommission, das Gericht habe im vorliegenden Fall die Reichweite der Anhörungsrechte Alrosas verkannt.

i) Vorbemerkung

167. Gemäß Art. 41 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [104] steht jeder Person das Recht zu, gehört zu werden, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige

104 — Die Charta der Grundrechte wurde zunächst am 7. Dezember 2000 in Nizza (ABl. 2000, C 364, S. 1) und sodann ein weiteres Mal am 12. Dezember 2007 in Straßburg (ABl. 2007, C 303, S. 1) feierlich proklamiert.

individuelle Maßnahme getroffen wird. Dieses Grundrecht ist bei der Auslegung und Anwendung der Verordnung Nr. 1/2003 zu beachten [105].

168. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist zugleich Teil der Verteidigungsrechte, deren Beachtung in allen Verfahren, die zu einer den Betroffenen beschwerenden Maßnahme führen können, einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts darstellt [106].

169. Für kartellrechtliche Verfahren wird der Anspruch auf rechtliches Gehör u. a. in Art. 27 der Verordnung Nr. 1/2003 sowie in den Art. 10 und 15 der Durchführungsverordnung Nr. 773/2004 konkretisiert.

105 — 37. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1/2003. Zwar entfaltet die Charta der Grundrechte als solche noch keine dem Primärrecht vergleichbaren bindenden Rechtswirkungen, als Rechtserkenntnisquelle gibt sie aber Aufschluss über die gemeinschaftsrechtlich garantierten Grundrechte, zumal dann, wenn ein Gemeinschaftsrechtsakt ausdrücklich auf sie verweist; vgl. Urteil vom 27. Juni 2006, Parlament/Rat („Familienzusammenführung", C-540/03, Slg. 2006, I-5769, Randnr. 38), und Nr. 108 meiner Schlussanträge vom 8. September 2005 in jener Rechtssache.

106 — Siehe dazu die in Fn. 94 angeführte Rechtsprechung; speziell zur Beachtung der Verteidigungsrechte in wettbewerbsrechtlichen Verwaltungsverfahren vgl. etwa die Urteile vom 18. Oktober 1989, Orkem/Kommission (374/87, Slg. 1989, 3283, Randnr. 32), und vom 3. September 2009, Prym und Prym Consumer/Kommission (C-534/07 P, Slg. 2009, I-7415, Randnr. 26).

ii) Zur Rüge der Kommission

170. Im Kern wirft die Kommission dem Gericht vor, es habe Alrosa zu Unrecht einem „beteiligten Unternehmen" gleichgestellt.

171. Tatsächlich führt das Gericht aus, dass zwar nur De Beers im Verfahren zu Art. 82 EG ein „beteiligtes Unternehmen" sein könne, Alrosa aber trotzdem kein einfacher „interessierter Dritter" sei [107]. Zur Begründung verweist das Gericht auf die Art und Weise, in der die Kommission ihre Untersuchungen in den beiden Verfahren über den Vertrag zwischen De Beers und Alrosa durchgeführt hat [108]. Es betont außerdem unter Angabe von Beispielen, dass die beiden parallelen Verfahren zu Art. 81 EG und 82 EG „faktisch stets sowohl von der Kommission als auch von De Beers und Alrosa als ein einziges Verfahren behandelt worden" seien [109]. Vor diesem Hintergrund kommt das Gericht zu dem Schluss, Alrosa müssten „für das als Ganzes betrachtete Verfahren die einem ‚beteiligten Unternehmen' nach der Verordnung Nr. 1/2003 zustehenden Rechte … zuerkannt werden", auch wenn Alrosa in dem auf Art. 82 EG gestützten Verfahren diese Voraussetzung streng genommen nicht erfülle [110].

172. Diese Ausführungen überzeugen nicht.

107 — Randnrn. 176 und 177 des angefochtenen Urteils.

108 — Randnr. 178 des angefochtenen Urteils.

109 — Randnr. 186 des angefochtenen Urteils.

110 — Randnr. 187 des angefochtenen Urteils.

173. Bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Anspruchs auf rechtliches Gehör hat der Gemeinschaftsgesetzgeber in Art. 27 der Verordnung Nr. 1/2003 sowie in den Art. 10 und 15 der Durchführungsverordnung Nr. 773/2004 bewusst Abstufungen zwischen den verschiedenen Personen vorgenommen, die in der einen oder anderen Form in ein kartellrechtliches Verfahren eingebunden sein können. Die Rechte der Parteien des Verwaltungsverfahrens (auch „beteiligte Unternehmen" genannt) reichen weiter als die Rechte Dritter, die zwar ein Interesse am Verfahrensausgang haben, aber nicht selbst Adressaten der zu erlassenden Entscheidung der Kommission sein werden.

174. Unstreitig führte die Kommission im vorliegenden Fall zwei parallele Verwaltungsverfahren durch, von denen das eine auf Art. 81 EG und das andere auf Art. 82 EG gestützt war. Im ersteren Verfahren hatte Alrosa als Partei des angemeldeten Vertrags ebenso wie De Beers die Stellung eines beteiligten Unternehmens. Im letzteren Verfahren kam diese Stellung hingegen nur De Beers als dem mutmaßlich marktbeherrschenden Unternehmen zu, nicht aber Alrosa.

175. Im Verfahren zu Art. 82 EG, das mit der streitigen Entscheidung abgeschlossen wurde, standen Alrosa folglich lediglich die weniger weit gehenden Rechte eines interessierten Dritten zu.

176. Nur wenn sich erweisen würde, dass die Kommission im vorliegenden Fall einen einheitlichen Lebenssachverhalt willkürlich, d. h. ohne sachlichen Grund, zwei getrennten Verfahren zugeordnet hat, müssten Alrosa — um es mit den Worten des Gerichts auszudrücken — „für das als Ganzes betrachtete Verfahren" die einem beteiligten Unternehmen zustehenden Rechte zuerkannt werden [111].

177. Einen solchen Ermessensmissbrauch seitens der Kommission hat das Gericht jedoch im vorliegenden Fall nicht festgestellt. Es bestanden auch keine Anhaltspunkte dafür. Ganz im Gegenteil war die Durchführung zweier getrennter Verwaltungsverfahren angesichts ihrer unterschiedlichen materiellen Rechtsgrundlagen — Art. 81 EG (Art. 53 EWR) einerseits und Art. 82 EG (Art. 54 EWR) andererseits — sachlich gerechtfertigt. Im Hinblick auf Art. 82 EG (Art. 54 EWR) konnte nur De Beers als mutmaßlich marktbeherrschendes Unternehmen Adressat der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der verfahrensabschließenden Entscheidung der Kommission sein.

178. Deshalb hat das Gericht einen Rechtsfehler begangen, als es annahm, Alrosa müsse im Hinblick auf das Verfahren zu Art. 82 EG einem beteiligten Unternehmen gleichgestellt werden.

179. Alrosa wendet ein, die streitige Entscheidung komme in ihren praktischen Auswirkungen einer an sie gerichteten

111 — Randnr. 187 des angefochtenen Urteils.

Verbotsentscheidung gemäß Art. 7 der Verordnung Nr. 1/2003 gleich. Ihr werde es unmöglich gemacht, künftig mit De Beers Geschäfte zu machen.

180. Dazu ist anzumerken, dass der verfügende Teil der streitigen Entscheidung allein an De Beers gerichtet ist und dessen freiwilligen Verzicht auf Käufe bei Alrosa für bindend erklärt. Die von Alrosa angesprochenen Auswirkungen auf künftige Geschäftsbeziehungen folgen allenfalls *mittelbar* aus der streitigen Entscheidung. Solche bloßen *Reflexwirkungen* von Zusagenentscheidungen sind aber gerade nicht für die beteiligten Unternehmen (Parteien) typisch, sondern für interessierte Dritte.

181. Entgegen der Auffassung von Alrosa kann dieses Unternehmen auch nicht deshalb als beteiligtes Unternehmen im Hinblick auf Art. 82 EG angesehen werden, weil die Kommission zuvor die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa zurückgewiesen hat. Diese Zurückweisung der gemeinsamen Zusagen erfolgte nämlich nicht in dem hier interessierenden Verfahren zu Art. 82 EG, sondern in dem Parallelverfahren zu Art. 81 EG. Dementsprechend ist die Zurückweisung der gemeinsamen Zusagen nicht Gegenstand der streitigen Entscheidung im Verfahren zu Art. 82 EG, vielmehr waren die gemeinsamen Zusagen lediglich ein von der Kommission zu berücksichtigender Gesichtspunkt für ihre Verhältnismäßigkeitsprüfung im Hinblick auf die Interessen von Alrosa als beteiligtem Dritten.

182. Folglich hat das Gericht einen Rechtsfehler begangen, indem es Alrosa einem beteiligten Unternehmen gleichstellte. Dieser Rechtsfehler schlägt sich auch in den weiteren Ausführungen des Gerichts im angefochtenen Urteil bis hin zur Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung nieder [112]. Insbesondere beruht auf ihm die Annahme des Gerichts, die Kommission hätte Alrosa Akteneinsicht gewähren müssen [113]. Das Recht auf Akteneinsicht steht allein den Parteien des Verwaltungsverfahrens zu (Art. 27 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung Nr. 1/2003) und ist erst nach Zustellung einer Mitteilung der Beschwerdepunkte auszuüben (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 773/2004). Da Alrosa keine Partei des hier interessierenden Verwaltungsverfahrens zu Art. 82 EG, sondern nur Partei des parallel durchgeführten Verwaltungsverfahrens zu Art. 81 EG war, hatte sie im Vorfeld des Erlasses der streitigen Entscheidung kein Recht auf Akteneinsicht.

183. Vor diesem Hintergrund ist der dritte Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes begründet und rechtfertigt die Aufhebung des angefochtenen Urteils.

112 — Randnrn. 197 bis 203 des angefochtenen Urteils.

113 — Randnr. 197 des angefochtenen Urteils.

C — *Zwischenergebnis*

184. Wenngleich einige der von der Kommission erhobenen Rügen unbegründet sind, bleibt zusammenfassend festzuhalten, dass ihr Rechtsmittel Erfolg hat und zur Aufhebung des angefochtenen Urteils in seiner Gesamtheit führt.

VI — Würdigung der erstinstanzlichen Klage von Alrosa

185. Nach Art. 61 Abs. 1 seiner Satzung kann der Gerichtshof den Rechtsstreit selbst endgültig entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist.

186. So verhält es sich im vorliegenden Fall. Alle Tatsachen- und Rechtsfragen, die für eine Entscheidung über die Klage von Alrosa erheblich sind, wurden bereits in erster Instanz vor dem Gericht erörtert, und die Parteien hatten Gelegenheit, ihre Argumente dazu auszutauschen. Damit bedarf es keiner Zurückverweisung an das Gericht erster Instanz, vielmehr kann der Gerichtshof selbst über die Klage von Alrosa auf Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung befinden.

A — *Die formelle Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung (erster Klagegrund)*

187. Mit ihrem ersten Klagegrund aus erster Instanz rügt Alrosa eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

1. Der Anspruch Alrosas auf rechtliches Gehör

188. In ihrer Klagebeantwortung aus erster Instanz scheint die Kommission in Zweifel zu ziehen, dass Alrosa im vorliegenden Fall überhaupt einen Anspruch auf rechtliches Gehör hatte.

189. Eine solche Auffassung würde jeder rechtlichen Grundlage entbehren.

190. Zwar war Alrosa, wie erwähnt [114], nicht Partei („beteiligtes Unternehmen") in dem hier relevanten Verfahren zu Art. 82 EG. Es steht aber außer Zweifel, dass Alrosa ein berechtigtes Interesse am Verfahrensausgang hatte. Dieses Interesse folgt aus dem Umstand, dass es sich bei Alrosa um den in Aussicht genommenen Vertragspartner des mutmaßlich marktbeherrschenden Unternehmens handelte. Ein solcher Vertragspartner muss auf seinen Antrag von der Kommission angehört werden, bevor eine Zusagenentscheidung ergehen kann, mit der die Beendigung jeglicher Lieferbeziehungen zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und seinem Vertragspartner bindend wird.

192. Fest steht aber auch, dass Alrosa als interessierter Dritter weniger weit gehende Rechte als ein „beteiligtes Unternehmen" bzw. eine Partei im Sinne von Art. 9 Abs. 1 und von Art. 27 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 1/2003 hatte. Insbesondere hatte Alrosa keinen Anspruch auf eine Mitteilung von Beschwerdepunkten oder ein vergleichbares Schriftstück und auch nicht auf Akteneinsicht (vgl. Art. 27 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 sowie Art. 10 Abs. 1 und 2 und Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 773/2004).

2. Gegenstand der Anhörungsrechte Alrosas

191. Für die Zwecke des vorliegenden Rechtsstreits kann indes offen bleiben, ob Alrosa als interessierter Dritter im Sinne von Art. 27 Abs. 3 Satz 2 der Verordnung Nr. 1/2003 anzuhören war [115]. Denn in der Rechtsprechung ist geklärt, dass der grundrechtlich verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör auch dann sichergestellt werden muss, wenn eine Regelung für das betreffende Verfahren fehlt [116]. Da die Zusagenentscheidung eine für Alrosa nachteilige individuelle Maßnahme darstellte, musste Alrosa auf Antrag auf jeden Fall angehört werden. Dafür spricht auch die gesetzgeberische Wertung, die in Art. 27 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1/2003 zum Ausdruck kommt.

193. Streitig ist zwischen den Parteien vor allem, worauf sich die Anhörungsrechte Alrosas beziehen.

194. Alrosa verlangt Auskunft über die Gründe für die Zurückweisung ihrer gemeinsam mit De Beers abgegebenen Zusagen und möchte dazu Stellung nehmen.

195. Die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa sind jedoch nicht im Verfahren zu Art. 82 EG, sondern im parallel dazu durchgeführten Verfahren zu Art. 81 EG abgegeben worden. Dementsprechend

114 — Vgl. oben, Nrn. 174 und 175 dieser Schlussanträge.

115 — Die systematische Stellung des dritten Absatzes von Art. 27 der Verordnung Nr. 1/2003 hinter dem ersten Absatz deutet darauf hin, dass er nur im Hinblick auf den Erlass von Entscheidungen gemäß den Art. 7, 8, 23 und 24 Abs. 2 jener Verordnung Anwendung finden soll.

116 — Vgl. dazu die in Fn. 106 angeführten Urteile.

sind sie nicht Gegenstand der streitigen Entscheidung; sie werden darin auch nicht zurückgewiesen, sondern lediglich zum Zweck der wettbewerbsrechtlichen Würdigung des Falls von der Kommission erörtert. Gegenstand der streitigen Entscheidung sind aber allein die einseitigen Zusagen von De Beers, die die Kommission für bindend erklärt.

196. Folglich war Alrosa nur zu den einseitigen Zusagen von De Beers sowie zur Absicht der Kommission, diese für bindend zu erklären, anzuhören. Aus diesen einseitigen Zusagen folgte letztlich auch der behauptete Nachteil für Alrosa: das Ende jeglicher Verkaufsbeziehungen zu De Beers in Bezug auf Rohdiamanten.

197. All dies bedeutet jedoch keineswegs, dass die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa anlässlich der Anhörung Alrosas im Vorfeld der streitigen Entscheidung keine Rolle spielen durften.

198. Um nämlich interessierten Dritten wie Alrosa eine sinnvolle Stellungnahme zu ermöglichen, muss die Kommission sie — zumindest in den Grundzügen — über den Inhalt der von ihr beabsichtigten Entscheidung aufklären. Dazu gehören nicht nur Angaben zum wesentlichen Inhalt der Zusagen, die für bindend erklärt werden sollen, sondern auch Angaben zu den wichtigsten Gründen, die die Kommission bewogen haben, diese Zusagen zu akzeptieren.

199. Im vorliegenden Fall musste die Kommission folglich Alrosa über den wesentlichen Inhalt der einseitigen Zusagen von De Beers aufklären — dieser bestand in einem allmählichen Abbau der Rohdiamantenkäufe bei Alrosa sowie in der vollständigen Einstellung solcher Käufe ab dem Jahr 2009 — und Alrosa außerdem die wichtigsten Gründe erläutern, aus denen sie beabsichtigte, diese einseitigen Zusagen für bindend zu erklären.

200. Es ist offensichtlich, dass die Kommission dabei auch erläutern musste, dass die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa, die sie zuvor erhalten hatte, nicht ausreichten, um die von ihr identifizierten Wettbewerbsprobleme auszuräumen. Denn nur so konnte Alrosa in die Lage versetzt werden, sich sinnvoll zur Verhältnismäßigkeit der beabsichtigten Entscheidung im Hinblick auf ihre eigenen geschäftlichen Interessen zu äußern. So besehen hat Alrosa Recht, wenn sie ausführt, die streitige Entscheidung stehe in engem Zusammenhang mit der vorherigen Ablehnung der gemeinsamen Zusagen durch die Kommission.

201. Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden zu prüfen, ob die Kommission Alrosas Anspruch auf rechtliches Gehör Genüge getan hat.

3. Keine Verletzung der Anhörungsrechte Alrosas

202. Alrosa behauptet, von der Kommission nicht über deren veränderte Bewertung der Sachlage in Kenntnis gesetzt worden zu sein, auf die diese letztlich in der streitigen Entscheidung ihre Ablehnung der gemeinsamen Zusagen und ihre Annahme der einseitigen Zusagen von De Beers gestützt habe. Alrosa habe auch keine Gelegenheit erhalten, zu dieser veränderten Bewertung der Sachlage durch die Kommission sinnvoll Stellung zu nehmen.

203. Wie sich aber aus den Tatsachenfeststellungen des Gerichts erster Instanz ergibt [117], informierte die Kommission Alrosa und De Beers bereits am 27. Oktober 2005 anlässlich einer Zusammenkunft über die Ergebnisse ihrer Marktbefragung. Gleichzeitig forderte die Kommission die beiden Unternehmen im Lichte der Ergebnisse der Marktbefragung auf, ihr vor Ende des Monats November 2005 neue gemeinsame Zusagen im Sinne einer vollständigen Aufgabe ihrer Geschäftsbeziehungen ab dem Jahr 2009 zu machen.

117 — Randnr. 21 des angefochtenen Urteils; vgl. auch Nr. 27 dieser Schlussanträge.

204. Bereits damit war Alrosa darüber in Kenntnis gesetzt, dass die Kommission die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa nicht mehr für ausreichend hielt, um die von ihr identifizierten Wettbewerbsprobleme auszuräumen. Alrosa wusste ferner seit dieser Zusammenkunft, das die Kommission eine Fortführung der Geschäftsbeziehungen zwischen Alrosa und De Beers, wie sie mit dem angemeldeten Vertrag und auch mit den gemeinsamen Zusagen beabsichtigt war, für nicht (mehr) hinnehmbar hielt und nur noch bereit war, Zusagen im Sinne einer vollständigen Aufgabe der Geschäftsbeziehungen beider Unternehmen zu akzeptieren.

205. Bedenkt man, dass Alrosa als Partei des parallel durchgeführten Verfahrens zu Art. 81 EG mit den Marktverhältnissen und dem Hintergrund des Verfahrens intensiv vertraut war, so konnten schon solche mündlichen Erläuterungen seitens der Kommission ausreichen, um Alrosa eine sinnvolle Stellungnahme zu ermöglichen, in der sie einerseits auf ihre eigenen geschäftlichen Interessen und andererseits auf die — ihrer Ansicht nach mangelnde — Verhältnismäßigkeit einer vollständigen Aufgabe ihrer Geschäftsbeziehungen mit De Beers eingehen konnte. Auf eine schriftliche Information, zumal auf ein Schriftstück, das vom Umfang her einer Mitteilung von Beschwerdepunkten vergleichbar wäre, hatte Alrosa als interessierter Dritter ohnehin keinen Anspruch.

206. Alrosa hatte also seit der Zusammenkunft vom 27. Oktober 2005 Gelegenheit, ihrem Standpunkt in Bezug auf eine vollständige

Aufgabe der Geschäftsbeziehungen zu De Beers wirksam Geltung zu verschaffen.

207. Diese Gelegenheit hat Alrosa auch genutzt. Aus den Akten ergibt sich, dass das Unternehmen mit Schreiben vom 6. Dezember 2005 an das für Wettbewerbsfragen zuständige Mitglied der Kommission seinen Standpunkt erläutert hat [118]. Mit Schreiben vom 6. Februar 2006 nahm Alrosa ferner zu den einseitigen Zusagen von De Beers und zu den Stellungnahmen der Drittbeteiligten aus der Marktbefragung Stellung [119].

208. Mehr als eine solche Gelegenheit zur Stellungnahme konnte Alrosa als interessierter Dritter nicht beanspruchen.

209. Damit ist die Rüge Alrosas, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, als unbegründet zurückzuweisen.

210. Nur der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass die Anhörungsrechte interessierter Dritter kein irgendwie geartetes Recht beinhalten, der Kommission vor dem Erlass einer Entscheidung neue Zusagen zu unterbreiten. Nur beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 können wirksam Zusagen anbieten [120]. Aus dem Umstand, dass es Alrosa — beispielsweise aus Zeitgründen — unmöglich war, „neue gemeinsame Verpflichtungszusagen mit De Beers vorzuschlagen“ [121], kann deshalb von vornherein kein Anhörungsfehler folgen. Dies verkennt das Gericht in Randnr. 201 des angefochtenen Urteils, und dies verkennt auch Alrosa, wenn es sich dem Gericht in diesem Punkt anschließt.

B — *Die materielle Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung (zweiter und dritter Klagegrund)*

211. Die materielle Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung ist Gegenstand von zwei weiteren Klagegründen, mit denen Alrosa in erster Instanz Verstöße gegen Art. 82 EG, gegen Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 sowie gegen die Grundsätze der Vertragsfreiheit und der Verhältnismäßigkeit geltend macht.

118 — Dieses Schreiben hat Alrosa selbst dem Gericht als Anlage 14 zu ihrer Klageschrift in erster Instanz vorgelegt.

119 — Randnr. 24 des angefochtenen Urteils; vgl. auch Nr. 30 dieser Schlussanträge.

120 — Vgl. dazu sogleich, Nrn. 214 bis 216 dieser Schlussanträge.

121 — Randnr. 201 des angefochtenen Urteils.

1. Zum Verstoß gegen Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 (zweiter Klagegrund)

212. Mit ihrem zweiten Klagegrund aus erster Instanz macht Alrosa geltend, dass Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 keine ausreichende Rechtsgrundlage für die streitige Entscheidung biete. Dabei stützt sich Alrosa auf eine restriktive Auslegung dieser Vorschrift. Zum einen hätte die Kommission nach Ansicht von Alrosa nur gemeinsame Zusagen von De Beers und Alrosa akzeptieren dürfen. Zum anderen hätte die Zusagenentscheidung zeitlich befristet werden müssen.

213. Weder das eine noch das andere Argument ist stichhaltig.

a) Zur Berechtigung, nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 Zusagen abzugeben

214. Zusagen im Sinne von Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 können nur von den „beteiligten Unternehmen" abgegeben werden. Wie bereits erwähnt [122], sind dies nur die Parteien des jeweiligen kartellrechtlichen Verfahrens. In einem Verfahren zu Art. 82 EG wie dem vorliegenden kommt also nur das mutmaßlich marktbeherrschende Unternehmen [123] als beteiligtes Unternehmen in Betracht. Nur dieses Unternehmen kann rechtswirksam Zusagen abgeben.

215. Die Kommission durfte folglich im Rahmen des Verfahrens nach Art. 82 EG einseitige Zusagen von De Beers, dem mutmaßlich marktbeherrschenden Unternehmen, annehmen und gemäß Art. 9 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 für bindend erklären [124]. Keineswegs war sie auf die Annahme gemeinsamer Zusagen von De Beers und Alrosa beschränkt. Vielmehr konnten gemeinsame Zusagen überhaupt nur im Rahmen des parallel durchgeführten Verfahrens zu Art. 81 EG abgegeben werden.

216. Sicherlich wäre es denkbar gewesen, dass die Kommission im Rahmen jenes parallel durchgeführten Verfahrens zu Art. 81 EG ihre Bemühungen fortsetzt, gemeinsam mit beiden Unternehmen — De Beers und Alrosa — eine Lösung für die von ihr identifizierten Wettbewerbsprobleme zu finden. Ob dieser Weg oder aber der Weg einseitiger Zusagen im Rahmen des Verfahrens zu Art. 82 EG vorzuziehen war, ist jedoch letztendlich keine Rechtsfrage, sondern eine Frage der

122 — Vgl. oben, Nrn. 174 und 175 dieser Schlussanträge.

123 — Auch mehrere Unternehmen gemeinsam können marktbeherrschend sein (sogenannte kollektive Marktbeherrschung).

124 — In diesem Sinne auch Randnrn. 89 und 90 des angefochtenen Urteils.

Zweckmäßigkeit, deren Beurteilung dem Gemeinschaftsrichter nicht zusteht.

b) Zur Befristung der Geltungsdauer einer Zusagenentscheidung

217. Was die Geltungsdauer ihrer Zusagenentscheidung anbelangt, so ist die Kommission nach Art. 9 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 nicht verpflichtet, diese mit einer Befristung zu versehen. Anders als noch der Vorschlag der Kommission [125] zur Verordnung Nr. 1/2003 sieht Art. 9 Abs. 1 nämlich gerade nicht vor, dass die Entscheidung zwingend zu befristen ist [126].

218. Ist ein Wegfall der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens wie De Beers auf kurze oder mittlere Frist nicht absehbar, so wäre eine zeitliche Befristung der Zusagenentscheidung auch wenig sinnvoll.

219. Auch bei einer zeitlich unbefristeten Zusagenentscheidung sind allerdings die beteiligten Unternehmen und Dritte nicht schutzlos gestellt. Gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. a der Verordnung Nr. 1/2003 können nämlich wesentliche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens führen. Eine solche wesentliche Änderung wäre beispielsweise anzunehmen, wenn sich die Marktverhältnisse im Lauf der Zeit derart änderten, dass das einst marktbeherrschende Unternehmen seine Vormachtstellung auf dem Markt einbüßt.

220. Nach dem Grundsatz der guten Verwaltung [127] ist die Kommission verpflichtet, jedem substantiiert vorgetragenen Hinweis auf eine wesentliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse unverzüglich nachzugehen und über die Wiederaufnahme des Verfahrens zu entscheiden.

c) Zwischenergebnis

221. Da somit die restriktive Auslegung von Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003, wie sie Alrosa vorschwebt, keinen Erfolg hat, ist der zweite Klagegrund aus erster Instanz unbegründet.

125 — Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln und zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 1017/68, (EWG) Nr. 2988/74, (EWG) Nr. 4056/86 und (EWG) Nr. 3975/87 („Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag"), von der Kommission vorgelegt am 27. September 2000 (KOM[2000] 582 endgültig, veröffentlicht in ABl. 2000, C 365E, S. 284); vgl. insbesondere Art. 9 Abs. 1 Satz 2 dieses Vorschlags.

126 — Vgl. auch Randnr. 91 des angefochtenen Urteils.

127 — Das Recht auf eine gute Verwaltung hat in Art. 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union Eingang gefunden, auf die der 37. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1/2003 verweist.

2. Zum Verstoß gegen Art. 82 EG, Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 und die Grundsätze der Vertragsfreiheit und der Verhältnismäßigkeit (dritter Klagegrund)

222. Mit ihrem dritten Klagegrund aus erster Instanz bringt Alrosa vor, das der streitigen Entscheidung zugrunde liegende „absolute und potenziell zeitlich unbegrenzte Verbot für De Beers, Rohdiamanten direkt oder indirekt von Alrosa zu erwerben", verstoße gegen Art. 82 EG und Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 in Verbindung mit den grundlegenden Prinzipien der Vertragsfreiheit und der Verhältnismäßigkeit.

223. Es empfiehlt sich, diesen Klagegrund zum einen aus der Perspektive der Vertragsfreiheit und zum anderen unter dem Blickwinkel der Verhältnismäßigkeit zu würdigen.

a) Zur Vertragsfreiheit (erster Teil des dritten Klagegrundes)

224. Alrosa behauptet, die streitige Entscheidung könne nicht auf Art. 82 EG und Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 gestützt werden, weil sie gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit verstoße. Die Kommission habe *de facto* einen Boykott gegen Alrosa verordnet.

225. Die Vertragsfreiheit gehört zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Sie ist Ausfluss der Handlungsfreiheit von Personen. Auch mit der grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit [128] ist sie untrennbar verbunden [129]. In einer Gemeinschaft, die dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist [130], ist die Gewährleistung von Vertragsfreiheit unerlässlich. Auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs erkennt an, dass den Wirtschaftsteilnehmern Vertragsfreiheit zusteht [131].

226. Beim Erlass wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen muss die Kommission dem Grundsatz der Vertragsfreiheit bzw. der unternehmerischen Freiheit Rechnung tragen [132].

128 — Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

129 — Generalanwalt Jacobs hat dies in seinen Schlussanträgen vom 28. Mai 1998 in der Rechtssache Bronner (C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Nr. 56) wie folgt ausgedrückt: „[D]as Recht, den Handelspartner auszuwählen und über das Eigentum frei zu verfügen, [entspricht] offenbar allgemein anerkannten Grundsätzen der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in manchen Fällen mit verfassungsrechtlichem Status. Eingriffe in diese Rechte sind sorgfältig zu begründen."

130 — Art. 4 Abs. 1 EG und Art. 98 EG; vgl. dazu auch Urteil vom 9. September 2003, CIF (C-198/01, Slg. 2003, I-8055, Randnr. 47).

131 — Urteil vom 28. April 2009, Kommission/Italien (C-518/06, Slg. 2009, I-3491, Randnr. 66); vgl. außerdem Urteile vom 21. Januar 1999, Bagnasco u. a. (C-215/96 und C-216/96, Slg. 1999, I-135, Randnrn. 45 und 46), und vom 18. Juli 2007, Société thermale d'Eugénie-les-Bains (C-277/05, Slg. 2007, I-6415, Randnr. 21).

132 — In diesem Sinne das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 18. September 1992, Automec/Kommission (T-24/90, Slg. 1992, II-2223, Randnrn. 51 bis 53), und — bezogen auf die unternehmerische Freiheit — das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 26. Oktober 2000, Bayer/Kommission (T-41/96, Slg. 2000, II-3383, Randnr. 180).

227. Die Vertragsfreiheit beinhaltet allerdings nicht nur die Freiheit, Verträge zu schließen (positive Vertragsfreiheit), sondern auch die Freiheit, keine Verträge zu schließen (negative Vertragsfreiheit).

228. Mit seinen einseitigen Zusagen gegenüber der Kommission hat De Beers von seiner negativen Vertragsfreiheit Gebrauch gemacht. Das Unternehmen hat für die Zukunft *freiwillig* darauf verzichtet, mit Alrosa Verträge zu schließen.

229. An der Freiwilligkeit dieses Verzichts ändert auch der Umstand nichts, dass De Beers seine Zusagen während eines laufenden kartellrechtlichen Verfahrens mit dem Ziel abgegeben hat, eine Verbotsentscheidung — einschließlich der darin enthaltenen Feststellung seiner marktbeherrschenden Stellung — abzuwenden. Die bloße Ankündigung eines Kartellverfahrens bzw. seiner Fortsetzung durch die Kommission, bis hin zur Verbotsentscheidung und einer möglichen Geldbuße, ist kein unlauteres, sondern ein völlig legales Mittel, mit dem die Kommission das legitime Ziel verfolgt, den Wettbewerb wirksam vor Verfälschungen zu schützen [133].

230. Zwar ist Alrosa auf diese Weise ihr gewünschter Vertragspartner für die Zukunft abhanden gekommen. Dies gehört jedoch zu den Risiken, die Alrosa wie jeder andere Wirtschaftsteilnehmer in einer offenen Marktwirtschaft zu tragen hat. Eine Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit von Alrosa liegt darin nicht [134].

231. Die Kommission hat den Grundsatz der Vertragsfreiheit auch nicht dadurch verletzt, dass sie die einseitigen Zusagen und damit den Verzicht von De Beers auf künftige Vertragsbeziehungen mit Alrosa für bindend erklärte. Vielmehr hat sie mit der streitigen Entscheidung lediglich die Grenzen der Vertragsfreiheit konkretisiert, wie sie aus den unmittelbar anwendbaren Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags und des EWR-Abkommens für alle Wirtschaftsteilnehmer folgen. Die (positive) Vertragsfreiheit von Unternehmen endet nämlich dort, wo ein Vertrag mit wettbewerbswidrigem Zweck oder wettbewerbswidriger Wirkung im Sinne von Art. 81 EG (Art. 53 EWR) geschlossen wird oder wo ein Unternehmen mit Hilfe eines Vertrags seine marktbeherrschende Stellung

133 — Im selben Sinne meine Schlussanträge in der Rechtssache Cementbouw (zitiert in Fn. 23, Nr. 71).

134 — Für einen etwaigen Kontrahierungszwang, wonach De Beers auch weiterhin verpflichtet wäre, Rohdiamanten in bestimmten Mengen von Alrosa abzunehmen, bestehen im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte. Nur der Vollständigkeit halber weise ich darauf hin, dass in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof mit den Parteien mit Blick auf das Vertriebsnetz von De Beers die sogenannte „Essential-facilities-Doktrin" erörtert wurde. Wie aber Alrosa selbst eingeräumt hat, kann ein solches Vertriebsnetz nicht als derart lebenswichtig angesehen werden, als dass es eine unentbehrliche Einrichtung (*essential facility*) darstellen würde, zu der De Beers anderen Marktteilnehmern notwendigerweise Zugang gewähren müsste. Selbst wenn die Schaffung eines eigenen Vertriebssystems für Alrosa unrentabel wäre, bestünde nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs noch kein Kontrahierungszwang auf Seiten von De Beers (Urteil vom 26. November 1998, Bronner, C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Randnrn. 41 bis 46, insbesondere Randnr. 45; zur „Essential-facilities-Doktrin" vgl. außerdem Urteile „Magill", zitiert in Fn. 23, Randnrn. 49 bis 57, und vom 29. April 2004, IMS Health, C-418/01, Slg. 2004, I-5039).

im Sinne von Art. 82 EG (Art. 54 EWR) missbräuchlich ausnutzt.

232. Alrosa wendet ein, die Kommission habe sich mit ihrer Entscheidung gar nicht gegen ein missbräuchliches Verhalten gewendet, sondern gegen ein offensichtlich rechtmäßiges Verhalten. Der bloße Kauf oder Verkauf eines Produkts, auch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, könne als solcher nicht missbräuchlich sein, es sei denn, dem Geschäft würden unfaire Konditionen zugrunde gelegt. Zur Untermauerung ihrer These zitiert Alrosa Rechtsprechung, insbesondere das Urteil Langnese-Iglo/Kommission [135], wonach der Abschluss von Alleinbezugsverträgen nicht generell und auf unbestimmte Zeit verboten werden dürfe.

233. Diese Argumentation greift jedoch zu kurz. Alrosa übersieht, dass es sich bei De Beers nicht nur um einen Käufer auf dem Markt für Rohdiamanten, sondern auch um den weltweit größten Hersteller auf demselben Markt handelt. Die mit dem angemeldeten Vertrag beabsichtigte Lieferbeziehung zwischen Alrosa und De Beers wäre also nicht vertikaler, sondern horizontaler Natur gewesen, d. h. ein Vertrag zwischen Wettbewerbern. Dies ist ein entscheidender Unterschied zum Fall Langnese-Iglo, in dem es um vertikale Alleinbezugsverträge ging [136].

234. Wie bereits oben erwähnt, entspricht es grundsätzlich nicht einem normalen Wettbewerbsverhalten, dass ein Unternehmen regelmäßig die Produktion seines größten Wettbewerbers — oder jedenfalls einen nennenswerten Teil davon — aufkauft, insbesondere, wenn es eine marktbeherrschende Stellung innehat [137]. Dies hat auch Alrosa auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof eingeräumt.

235. Hinzu kommen im vorliegenden Fall die aus der Vergangenheit bekannte Rolle von De Beers als „Marktmacher“ und seine Bestrebungen, die Erzeugung auf dem Diamantenmarkt zu kontrollieren [138]. Angesichts dieser Umstände war es keineswegs unvernünftig von der Kommission, davon auszugehen, dass eine fortdauernde Lieferbeziehung zwischen Alrosa und De Beers zu einem Missbrauch der beherrschenden Stellung von De Beers führen könnte. Um diese Gefahr für den Wettbewerb abzuwenden, durfte die Kommission die einseitigen Zusagen von De Beers, die die vollständige Beendigung

135 — Alrosa beruft sich insbesondere auf das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 8. Juni 1995, Langnese-Iglo/Kommission (T-7/93, Slg. 1995, II-1533, Randnrn. 206 und 207), bestätigt durch Urteil des Gerichtshofs vom 1. Oktober 1998, Langnese-Iglo/Kommission (C-279/95 P, Slg. 1998, I-5609, Randnr. 74).

136 — Urteil Langnese-Iglo/Kommission (T-7/93, zitiert in Fn. 135, Randnrn. 4 und 5).

137 — Siehe oben, Nrn. 119 bis 122 dieser Schlussanträge.

138 — 25., 26., 28. und 30. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung, sowie Randnrn. 64 und 65 der Klagebeantwortung der Kommission im erstinstanzlichen Verfahren; vgl. auch Randnr. 83 des angefochtenen Urteils.

dieser Lieferbeziehung vorsehen, für bindend erklären.

236. Außerdem beklagt Alrosa, ihr werde der Zugang zum größten Käufer auf dem Markt versperrt. Alrosa meint, die Kommission hätte ihr wenigstens Ad-hoc-Verkäufe an De Beers, beispielsweise im Wege von Versteigerungen an den Meistbietenden, erlauben müssen. Dass keines dieser Argumente stichhaltig ist, habe ich bereits oben ausgeführt [139].

237. Weiter äußert Alrosa die Befürchtung, ohne De Beers als Käufer gebe es für sie keine Sicherheit mehr, ihre Rohdiamanten zu wirtschaftlich attraktiven Preisen absetzen zu können. Die Verhandlungsmacht der verbleibenden Käufer werde steigen, so dass nur noch geringere Preise zu erzielen seien, was zu einer Wettbewerbsverzerrung zulasten Alrosas führe.

238. Das Absatzrisiko für seine eigenen Produkte muss jedoch in einer offenen Marktwirtschaft jeder Wirtschaftsteilnehmer selbst tragen. Wollte man einem bestimmten Unternehmen zuliebe eine im Hinblick auf Art. 82 EG bedenkliche Lieferbeziehung fortbestehen lassen, so würde man letztlich die Wettbewerber vor dem Wettbewerb schützen und den Interessen der beteiligten Unternehmen zulasten des öffentlichen Interesses an einem unverfälschten Wettbewerb (Art. 3 Abs. 1 Buchst. g EG) Vorrang einräumen. Ziel des europäischen Wettbewerbsrechts muss es aber sein, den Wettbewerb und nicht die Wettbewerber zu schützen, weil davon mittelbar auch die Verbraucher und die Allgemeinheit profitieren [140].

239. Dass Alrosa sich nun, anders als früher, intensiveren Preisverhandlungen mit den verbleibenden Käufern auf dem Markt für Rohdiamanten stellen muss, ist nicht Ausdruck von weniger, sondern im Gegenteil von mehr Wettbewerb. Wie die Kommission überdies — und insoweit unbestritten — ausführt, zeichnet sich der Markt durch eine große Zahl von vergleichsweise kleinen Käufern aus, deren Verhandlungsmacht nicht überschätzt werden darf.

240. Schließlich behauptet Alrosa, die streitige Entscheidung werde sich nachteilig auf den Wettbewerb auswirken, weil durch sie eine erhebliche Gefahr der Verringerung der Produktion entstehe, wenn Alrosa keine Abnehmer für seine Rohdiamanten mehr finde. Wie aber die Kommission zu Recht entgegnet, ist ein solches Szenario unwahrscheinlich, wenn man von einer gleich bleibenden Nachfrage nach Diamanten auf den nachgelagerten Märkten ausgeht. Alrosa selbst hat nichts vorgetragen, was auf eine sinkende Nachfrage auf diesen nachgelagerten Märkten hindeuten würde.

139 — Vgl. Nrn. 119 bis 123 und 128 bis 130 dieser Schlussanträge.

140 — Siehe dazu Nr. 71 meiner Schlussanträge vom 19. Februar 2009 in der Rechtssache T-Mobile Netherlands u. a. (C-8/08, Slg. 2009, I-4529).

241. Insgesamt ist festzuhalten, dass die streitige Entscheidung nicht gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit verstößt. Der erste Teil des dritten Klagegrundes aus erster Instanz ist somit unbegründet.

b) Zur Verhältnismäßigkeit (zweiter Teil des dritten Klagegrundes)

242. Alrosa behauptet, die streitige Entscheidung könne nicht auf Art. 82 EG und Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 gestützt werden, weil sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletze.

243. Im Kern macht Alrosa geltend, ein absolutes Verbot an De Beers, von Alrosa Rohdiamanten zu erwerben, sei aus zwei Gründen nicht erforderlich: Erstens habe der angemeldete Vertrag De Beers ohnehin nicht mehr als 50 % von Alrosas Diamantenproduktion vorbehalten. Und zweitens habe der Kommission in Form der gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa eine weniger restriktive Alternativlösung zu einem totalen Verkaufsverbot vorgelegen.

244. Diese Argumente können die Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung nicht rechtfertigen.

245. Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit von Zusagen im Hinblick auf eine Entscheidung nach Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003 der Kommission die Bewertung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten abverlangt, wofür ihr ein Beurteilungsspielraum zusteht [141].

246. Im Rahmen dieses Beurteilungsspielraums oblag es der Kommission im vorliegenden Fall, zu entscheiden, ob erstens der angemeldete Vertrag Anlass zu Wettbewerbsbedenken gab und ob zweitens die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa als milderes Mittel im Verhältnis zu den einseitigen Zusagen von De Beers Berücksichtigung finden konnten.

247. Wie bereits erwähnt [142], ist der Gemeinschaftsrichter befugt, eine solche Entscheidung der Kommission in materieller Hinsicht auf die Richtigkeit des zugrunde gelegten Sachverhalts und auf offensichtliche Beurteilungsfehler hin zu überprüfen. Dabei muss er nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen.

141 — Vgl. oben, Nrn. 70 bis 75 dieser Schlussanträge.
142 — Vgl. oben, Nr. 77 dieser Schlussanträge.

248. Im vorliegenden Fall ist allein streitig, ob der von der Kommission ermittelte Sachverhalt die von ihr gezogenen Schlüsse zu stützen vermochte; dabei handelt es sich einerseits um den Schluss, dass der angemeldete Vertrag Anlass zu Wettbewerbsbedenken im Hinblick auf Art. 82 EG gab, und andererseits um den Schluss, dass die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa keine geeignete Alternative zu den für bindend erklärten einseitigen Zusagen darstellten.

i) Zum Bestehen eines Wettbewerbsproblems

249. Was zunächst das Bestehen eines Wettbewerbsproblems betrifft, so hat Alrosa sich mit dem lapidaren Hinweis begnügt, in der Vergangenheit seien exklusive Lieferbeziehungen mit marktbeherrschenden Unternehmen in einer vergleichbaren Größenordnung wie der des angemeldeten Vertrags (ca. 50 % von Alrosas Gesamtproduktion) als wettbewerbsrechtlich unbedenklich eingestuft worden.

250. Ob diese nicht näher belegte Behauptung von Alrosa zutrifft, braucht im vorliegenden Fall nicht überprüft zu werden. Denn jedenfalls zeichnet sich der vorliegende Fall durch eine Reihe von Besonderheiten aus.

251. Erstens stellten die rund 50 % von Alrosas jährlicher Diamantenproduktion, die Gegenstand des angemeldeten Vertrags mit De Beers werden sollten, die Gesamtheit ihrer damaligen zum Export bestimmten Erzeugung dar [143]. Zweitens handelte es sich bei De Beers nicht um einen beliebigen Käufer von Alrosas Ware, sondern um den weltweit führenden Erzeuger von Rohdiamanten, also um einen Wettbewerber von Alrosa, der zudem nach der vorläufigen Einschätzung der Kommission marktbeherrschend war [144]. Drittens bestanden nach den Feststellungen der Kommission Anzeichen dafür, dass der angemeldete Vertrag es De Beers ermöglichen würde, als „Marktmacher" die Erzeugung auf dem Diamantenmarkt zu kontrollieren [145].

252. Unter diesen Umständen ist die Schlussfolgerung der Kommission nicht zu beanstanden, dass der angemeldete Vertrag Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit Art. 82 EG gab. Die Kommission durfte vernünftigerweise davon ausgehen, dass dieser Vertrag zu einem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von De Beers führen würde.

143 — Randnr. 13 des angefochtenen Urteils.

144 — Randnrn. 9 und 14 des angefochtenen Urteils; 23. bis 27. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung.

145 — 28. und 30. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung.

ii) Zur Geeignetheit und Erforderlichkeit der einseitigen Zusagen von De Beers

253. Was die Geeignetheit und Erforderlichkeit der für bindend erklärten einseitigen Zusagen von De Beers anbelangt, die die vollständige Beendigung der Geschäftsbeziehung mit Alrosa vorsehen, so ist Folgendes auszuführen.

254. Zutreffend ist, dass der Kommission als vermeintlich milderes Mittel die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa vorlagen. Die Kommission war also verpflichtet, zu untersuchen, ob diese gemeinsamen Zusagen ebenso geeignet waren wie die deutlich weiter gehenden einseitigen Zusagen von De Beers, um das von ihr identifizierte Wettbewerbsproblem auszuräumen. Zum Zweck dieser Prüfung hat sich die Kommission auf eine Marktbefragung gestützt und deren Ergebnisse — wenn auch in denkbar knapper Form — in der streitigen Entscheidung dokumentiert [146].

255. Die von der Kommission festgestellten Ergebnisse der Marktbefragung [147] hat Alrosa zwar im Verwaltungsverfahren kritisiert, nicht aber in seiner Klage vor dem Gericht erster Instanz angegriffen. Vor dem Gemeinschaftsrichter hat Alrosa erst im Stadium des Rechtsmittels erstmals behauptet, die Stellungnahmen der 21 Drittbeteiligten seien nicht aussagekräftig [148]. Eine solche Vorgehensweise ist unzulässig, weil der Streitgegenstand im Rechtsmittelverfahren gegenüber dem des erstinstanzlichen Verfahrens nicht durch neue Angriffsmittel ausgeweitet werden darf (Art. 42 § 2 in Verbindung mit Art. 118 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs) [149]. Im Folgenden lege ich deshalb die Feststellungen der Kommission zu den Ergebnissen der Marktbefragung zugrunde, die Alrosa vor Gericht nicht rechtzeitig bestritten hat.

256. Die Stellungnahmen von Drittbeteiligten im Rahmen der Marktbefragung haben u. a. der Sorge Ausdruck verliehen, dass eine Fortführung des langfristigen Abnahmeverhältnisses De Beers in die Lage versetzen würde, Alrosa daran zu hindern, ein unabhängiger Wettbewerber zu werden [150]. Die große Mehrzahl der interessierten Dritten war überdies der Auffassung, dass zwischen De Beers und Alrosa keinerlei Verkaufsbeziehung bestehen sollte [151].

146 — 41. und 42. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung.

147 — Vgl. den 41. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung.

148 — Randnrn. 67 und 77 der Rechtsmittelbeantwortung und Randnr. 17 der Gegenerwiderung von Alrosa. Insbesondere kritisiert Alrosa, die meisten negativen Stellungnahmen von Drittbeteiligten beruhten auf einer einheitlichen Musterantwort und würden keine für das vorliegende Verfahren relevanten Wettbewerbsprobleme aufwerfen.

149 — Urteil vom 1. Juni 1994, Kommission/Brazzelli Lualdi u. a. (C-136/92 P, Slg. 1994, I-1981, Randnr. 59), sowie Urteile Storck/HABM (zitiert in Fn. 36, Randnr. 45), PKK und KNK/Rat (zitiert in Fn. 59, Randnr. 61) und France Télécom/Kommission (zitiert in Fn. 64, Randnr. 60).

150 — 41. Erwägungsgrund, zweiter Gedankenstrich, der streitigen Entscheidung.

151 — 41. Erwägungsgrund, dritter Gedankenstrich, der streitigen Entscheidung.

257. Unter diesen Umständen ist die Schlussfolgerung der Kommission nicht zu beanstanden, dass die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa, die auch weiterhin mengenmäßig begrenzte Verkäufe von Alrosa an De Beers ermöglichen sollten, nicht geeignet waren, die von der Kommission identifizierten Wettbewerbsprobleme auszuräumen. Jedenfalls war es nicht unvernünftig, anzunehmen, dass die gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa nicht in gleicher Weise geeignet waren wie die einseitigen Zusagen von De Beers, die Wettbewerbsbedenken im Hinblick auf Art. 82 EG auszuräumen.

258. Anders als im Fall Automec [152], auf den Alrosa mehrfach verweist, gab es also im vorliegenden Fall nicht mehrere gleichwertige Lösungsmöglichkeiten für das von der Kommission identifizierte Wettbewerbsproblem. Dementsprechend ist das Urteil Automec/Kommission auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.

259. Insgesamt ist somit festzuhalten, dass auch die Kenntnis der gemeinsamen Zusagen von De Beers und Alrosa die Kommission nicht daran hindern konnte, die weiter gehenden einseitigen Zusagen von De Beers für bindend zu erklären.

iii) Zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

260. Alrosa macht ferner geltend, ein Verbot jeglicher Verkäufe an De Beers beeinträchtige ihre Interessen übermäßig. Alrosas Freiheit, mit ihrem derzeit wichtigsten Kunden Verträge zu schließen, werde vollständig und auf potenziell unbegrenzte Zeit aufgehoben.

261. Dieses Argument überschneidet sich mit dem ersten Teil des zweiten Klagegrundes, der der Vertragsfreiheit gewidmet ist. Es ist aus den im dortigen Zusammenhang genannten Gründen [153] zurückzuweisen.

iv) Zur behaupteten Diskriminierung Alrosas

262. Abschließend behauptet Alrosa, die streitige Entscheidung sei willkürlich und diskriminiere das Unternehmen gegenüber anderen Lieferanten, die fortan Rohdiamanten an De Beers verkaufen könnten, ohne mit Alrosa in Wettbewerb treten zu müssen.

152 — Urteil Automec/Kommission (zitiert in Fn. 132, insbesondere Randnr. 52).

153 — Vgl. oben, Nrn. 224 bis 241 dieser Schlussanträge.

263. Ob andere Produzenten überhaupt in nennenswertem Umfang an De Beers verkaufen, hat Alrosa nicht substantiiert dargelegt. Einer solchen Substantiierung hätte es jedoch bedurft, angesichts der Tatsache, dass Verkäufe zwischen Wettbewerbern nicht ohne Weiteres als normales Marktverhalten angesehen werden können [154].

264. Selbst wenn man aber unterstellt, dass es zu solchen Verkäufen kommt, wird Alrosa durch die streitige Entscheidung nicht gegenüber anderen Herstellern diskriminiert.

265. Nach ständiger Rechtsprechung verlangt nämlich der Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. das Diskriminierungsverbot, dass gleiche Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist [155].

266. Im vorliegenden Fall befinden sich Alrosa und die sonstigen auf dem Weltmarkt tätigen Hersteller von Rohdiamanten nicht notwendigerweise in einer vergleichbaren Lage. Alrosa ist nach den Feststellungen des Gerichts [156] die Nummer zwei im weltweiten Diamantengeschäft und möchte mit De Beers, der Nummer eins, einen langfristigen Liefervertrag abschließen. Eine Lieferbeziehung zwischen De Beers und Alrosa kann schon aufgrund der prominenten Marktstellung dieser beiden Unternehmen anders zu beurteilen sein als eine etwaige Lieferbeziehung zwischen De Beers und einem anderen, deutlich kleineren Erzeuger von Rohdiamanten.

267. Hinzu kommt, dass mit dem angemeldeten Vertrag ein seit Jahrzehnten bestehendes exklusives Lieferverhältnis zwischen Alrosa und De Beers fortgeführt werden sollte, das von De Beers dazu genutzt wurde, seine Rolle als „Marktmacher" abzusichern und die Erzeugung auf dem Weltmarkt zu kontrollieren [157]. Auch dieser historische Kontext unterscheidet die Lage Alrosas von der anderer Hersteller auf dem Markt.

268. Folglich liegt kein Verstoß gegen den allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung vor. Entgegen der Behauptung von Alrosa war die streitige Entscheidung auch nicht willkürlich, sondern beruhte auf sachlichen Erwägungen, bei denen insbesondere die Ergebnisse einer

154 — Vgl. oben, Nrn. 119 bis 122 und 234 dieser Schlussanträge.

155 — Urteile vom 10. Januar 2006, IATA und ELFAA (C-344/04, Slg. 2006, I-403, Randnr. 95), vom 3. Mai 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Slg. 2007, I-3633, Randnr. 56), und vom 7. Juli 2009, S.P.C.M. u. a. (C-558/07, Slg. 2009, I-5783, Randnr. 74).

156 — Randnrn. 8 und 9 des angefochtenen Urteils; vgl. auch Nrn. 14 und 15 dieser Schlussanträge.

157 — 25., 26., 28. und 30. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung, sowie Randnrn. 64 und 65 der Klagebeantwortung der Kommission im erstinstanzlichen Verfahren; vgl. auch Randnr. 83 des angefochtenen Urteils.

von der Kommission durchgeführten Marktbefragung zugrunde gelegt wurden.

269. Nur der Vollständigkeit halber füge ich hinzu, dass die streitige Entscheidung nicht etwa als Freibrief für mögliche Rohdiamantenkäufe von De Beers bei anderen Herstellern als Alrosa verstanden werden darf. Vielmehr wären auch Lieferbeziehungen von De Beers mit anderen Herstellern selbstverständlich unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls am Maßstab der Art. 81 EG und 82 EG sowie der Art. 53 EWR und 54 EWR zu messen.

v) Zwischenergebnis

270. Insgesamt ist somit der zweite Teil des dritten Klagegrundes aus erster Instanz unbegründet.

C — *Zwischenergebnis*

271. Da keiner der von Alrosa in erster Instanz vorgebrachten Klagegründe Erfolg hat, ist die von ihr erhobene Nichtigkeitsklage gegen die streitige Entscheidung abzuweisen.

VII — Kosten

272. Nach Art. 122 Abs. 1 seiner Verfahrensordnung entscheidet der Gerichtshof über die Kosten, wenn das Rechtsmittel begründet ist und er selbst den Rechtsstreit endgültig entscheidet.

273. Aus Art. 69 § 2 in Verbindung mit Art. 118 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission beantragt hat, Alrosa die Kosten aufzuerlegen, und diese mit ihrem Vorbringen in beiden Instanzen unterlegen ist, sind ihr die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen aufzuerlegen.

VIII — Ergebnis

274. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

1) Das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 11. Juli 2007 in der Rechtssache T-170/06, Alrosa/Kommission, wird aufgehoben.

2) Die Klage, mit der Alrosa vor dem Gericht erster Instanz die Nichtigerklärung der Entscheidung 2006/520/EG der Kommission vom 22. Februar 2006 beantragt hat, wird abgewiesen.

3) Alrosa trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.