SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PAOLO MENGOZZI vom 11. Januar 2007 [1]

1. Mit Urteil vom 21. April 2005 [2] (im Folgenden: angefochtenes Urteil) hat das Gericht erster Instanz (im Folgenden: Gericht) die von der Holcim (Deutschland) AG gegen die Kommission erhobene Klage auf Erstattung der Kosten einer Bankbürgschaft abgewiesen; diese Kosten waren angefallen, um die Zahlung einer Geldbuße aufzuschieben, die mit einer Entscheidung, die später vom Gericht für nichtig erklärt wurde, wegen Verletzung von Art. 85 EG-Vertrag (jetzt Art. 81 EG) auferlegt worden war.

2. Mit dem vorliegenden Rechtsmittel beantragt die Rechtsmittelführerin, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Kommission zu verurteilen, die genannten Kosten zuzüglich Verzugszinsen zu erstatten.

Sachverhalt

3. Mit Entscheidung vom 30. November 1994 (im Folgenden: Zement-Entscheidung) [3] verhängte die Kommission gegen die Gesellschaften Alsen Breitenburg Zement und Kalkwerke GmbH (im Folgenden: ABZK) und Nordcement AG Geldbußen in Höhe von jeweils 3,841 Mio. EUR und 1,85 Mio. EUR wegen Verletzung von Art. 85 EG-Vertrag.

4. Die ABZK und die Nordcement fochten diese Entscheidung vor dem Gericht an und machten von der ihnen von der Kommission eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, durch Nachweis einer Bankbürgschaft die Ver-

1 — Originalsprache: Italienisch.

2 — Rechtssache Holcim (Deutschland)/Kommission (T-28/03, Slg. 2005, II-1357).

3 — Entscheidung 94/815/EG der Kommission vom 30. November 1994 in einem Verfahren nach Art. 85 EG-Vertrag (Sache IV/33.126 und 33.322 — Zement, ABl. L 343, S. 1).

pflichtung, die Geldbußen sofort zu bezahlen, aufzuschieben.

5. Mit Urteil vom 15. März 2000 (im Folgenden: Zement-Urteil) [4] erklärte das Gericht die Zement-Entscheidung im Hinblick auf die Algen AG für nichtig, zu der die ABZK und die Nordcement inzwischen verschmolzen waren und die später zur Holcim (Deutschland) AG wurde (im Folgenden: Rechtsmittelführerin).

6. Die Rechtsmittelführerin begehrte also von der Kommission die Erstattung der Kosten für die oben genannten Bankbürgschaften, die sich auf einen Gesamtbetrag von 139 002,21 EUR beliefen. Die Kommission lehnte die Erstattung ab.

Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil

7. Mit ihrer Klage, die bei der Kanzlei des Gerichts am 31. Januar 2003 einging, beantragte die Rechtsmittelführerin, die Kommission zur Zahlung des vorgenannten Betrags zuzüglich Zinsen in Höhe eines Pauschalsatzes von 5,75 % jährlich vom 15. April 2000 an zu verurteilen und ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

8. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht die Klage abgewiesen und der Rechtsmittelführerin die Kosten des Verfahrens auferlegt.

9. Zum einen hat das Gericht die Klage insoweit als unzulässig abgewiesen, als sie auf Art. 233 EG gestützt war [5], und den von der Rechtsmittelführerin hilfsweise gestellten Antrag, die Klage, soweit sie auf Art. 233 EG gestützt wurde, in eine Nichtigkeits- oder Untätigkeitsklage umzudeuten, als unzulässig zurückgewiesen [6].

10. Das Gericht hat aber festgestellt, dass die Klage einen Antrag auf Schadensersatz im Sinne der Art. 235 EG und 288 Abs. 1 EG beinhaltete [7]. Dieser Antrag war jedoch nach Ansicht des Gerichts wegen Verjährung gemäß Art. 46 der Satzung des Gerichtshofs unzulässig, soweit er die Bankbürgschafts-

4 — Urteil vom 15. März 2000, Cimenteries CBR u. a./Kommission, „Zement" (T-25/95, T-26/95, T-30/95 bis T-32/95, T-34/95 bis T-39/95, T-42/95 bis T-46/95, T-48/95, T-50/95 bis T-65/95, T-68/95 bis T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 und T-104/95, Slg. 2000, II-491).

5 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 27 bis 40 und Nr. 1 des Tenors.

6 — Ebd., Randnrn. 41 bis 46 und Nr. 2 des Tenors.

7 — Ebd., Randnrn. 41 und 46.

kosten betraf, die der Rechtsmittelführerin mehr als fünf Jahre vor Klageerhebung entstanden waren [8].

11. Insoweit hat das Gericht daran erinnert, dass nach der Rechtsprechung die Frist für die Verjährung des Anspruchs aus außervertraglicher Haftung der Gemeinschaft nicht zu laufen beginne, bevor alle Voraussetzungen, von denen die Ersatzpflicht abhänge, erfüllt seien. Im vorliegenden Fall sei der geltend gemachte Schaden ab der Stellung der Bankbürgschaften eingetreten (d. h. am 3. Mai 1995 bei der für die ABZK und am 18. April 1995 bei der für die Nordcement übernommenen Bürgschaft), und seitdem sei die Rechtsmittelführerin in der Lage gewesen, die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft gerichtlich geltend zu machen, da sie einen zwar zukünftigen, aber sicheren und bestimmbaren Schaden habe geltend machen können, der mit hinreichender Sicherheit vorhersehbar gewesen sei. Weiter hat das Gericht ausgeführt, dass der geltend gemachte Schaden sukzessive eingetreten sei, da die Bürgschaftskosten nach der Zahl der Tage berechnet worden seien, an denen die Bürgschaften gewährt wurden. In einem solchen Fall erfasse die Verjährung die mehr als fünf Jahre vor der Unterbrechungshandlung liegende Zeit, ohne die für spätere Zeiträume entstandenen Ansprüche zu berühren, und werde nur durch die Einreichung der Klageschrift unterbrochen [9].

12. In der Sache hat das Gericht die Klage hinsichtlich der noch nicht verjährten Schadensersatzansprüche für unbegründet erklärt, da zwei Voraussetzungen für die Auslösung der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft nicht erfüllt seien.

13. Zum einen war die Verletzung des Gemeinschaftsrechts, die im Zement-Urteil hinsichtlich der ABZK und der Nordcement festgestellt worden war, nach Ansicht des Gerichts nicht hinreichend qualifiziert im Sinne der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte. Dazu hat das Gericht ausgeführt, dass zwar im betreffenden Fall der Ermessensspielraum der Kommission „reduziert" gewesen sei, dass aber der der Zement-Entscheidung und dem Zement-Urteil zugrunde liegende Sachverhalt besonders komplex gewesen sei und sich deshalb die Kommission einer besonders komplexen Regelungsaufgabe gegenübergesehen habe, und zwar auch in Anbetracht der Schwierigkeiten der Anwendung des EG-Vertrags auf Kartelle, die umso größer gewesen seien, als der Sachverhalt der betreffenden Rechtssache besonders umfangreich gewesen sei [10].

14. Zum anderen konnte nach Ansicht des Gerichts der ursächliche Zusammenhang zwischen dem der Beklagten vorgeworfenen Verhalten und dem behaupteten Schaden nicht als hinreichend unmittelbar im Sinne der Gemeinschaftsrechtsprechung angesehen werden. Nach Ansicht des Gerichts [11] beruhten die der Rechtsmittelführerin durch die Stellung der Bankbürgschaft entstande-

8 — Ebd., Urteil, Randnr. 74 und Nr. 3 des Tenors.
9 — Ebd., Randnrn. 59, 60, 63, 68 bis 70 und 74.
10 — Ebd., Randnrn. 100, 102, 114 und 115.
11 — Ebd., Randnrn. 123 und 124.

nen Kosten auf deren freier Wahl, der Verpflichtung, die Geldbußen innerhalb der in der Zement-Entscheidung gesetzten Frist zu bezahlen, nicht Folge zu leisten und durch die Stellung einer Bankbürgschaft die sofortige Anwendung der Regelungen des EG-Vertrags zu vermeiden, nach denen zum einen die Entscheidungen der Kommission, die Zahlungen auferlegen, vollstreckbare Titel sind, sofern es sich bei den Zahlungspflichtigen nicht um Staaten handelt [12], und zum anderen Klagen vor den Gemeinschaftsgerichten keine aufschiebende Wirkung haben [13].

Verfahren vor dem Gerichtshof und Anträge der Parteien

15. Mit Schriftsatz, der bei der Kanzlei des Gerichtshofs am 13. Juli 2005 eingegangen ist, hat die Rechtsmittelführerin das oben genannte Urteil angefochten.

16. Die Rechtsmittelführerin beantragt,

— das angefochtene Urteil aufzuheben;

— die Kommission zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 139 002,21 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe eines Pauschalsatzes von 5,75 % für die Zeit vom 15. April 2000 bis zur vollständigen Zahlung zu entrichten, hilfsweise, den Rechtsstreit zur erneuten Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtshofs an das Gericht zurückzuverweisen;

— der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

17. Die Kommission beantragt,

— das Rechtsmittel zurückzuweisen;

— der Rechtsmittelführerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

12 — Art. 192 Abs. 1 EG-Vertrag (jetzt Art. 256 Abs. 1 EG).
13 — Art. 185 Satz 1 EG Vertrag (jetzt Art. 242 Satz 1 EG).

Rechtliche Analyse

Zum ersten Rechtsmittelgrund: teilweise Verjährung des Schadensersatzanspruchs

Vorbringen der Parteien

18. Die Rechtsmittelführerin ist der Ansicht, das Gericht habe die Verjährungsregeln des Art. 46 der Satzung des Gerichtshofs fehlerhaft ausgelegt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs beginne die Frist für die Verjährung des Anspruchs aus außervertraglicher Haftung der Gemeinschaft nicht zu laufen, bevor alle Voraussetzungen, von denen die Ersatzpflicht abhänge, erfüllt seien [14]. Da die Nichtigerklärung der Zement-Entscheidung im vorliegenden Fall Voraussetzung für die Ersatzpflicht hinsichtlich der Bürgschaftskosten gewesen sei, habe die Frist für die Verjährung des Ersatzanspruchs erst mit Erlass des Zement-Urteils zu laufen begonnen. Eine Schadensersatzklage wegen rechtswidriger Bußgeldentscheidungen könne nur dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn zuvor das Nichtigkeitsverfahren mit Erfolg zu Ende geführt worden sei.

19. Die Rechtsmittelführerin führt aus, das Gericht habe sich rechtsfehlerhaft auf die Eigenständigkeit der Schadensersatzklage im Verhältnis zur Nichtigkeitsklage berufen, um der von ihr vertretenen Ansicht hinsichtlich des Beginns der Verjährungsfrist entgegenzutreten. Beim vorliegenden Sachverhalt könne von einer völligen Selbständigkeit beider Klagearten keine Rede sein, da das Entstehen des Schadens direkt mit der Erhebung der Nichtigkeitsklage verbunden gewesen sei. Hätte nämlich die Rechtsmittelführerin keine Nichtigkeitsklage eingereicht, wären auch keine Bürgschaftskosten entstanden.

20. Darüber hinaus habe das Gericht nicht berücksichtigt, dass sich mit Stellung der Bankbürgschaften der Schaden noch nicht konkretisiert gehabt habe. Zu jenem Zeitpunkt sei dieser, entgegen der Ansicht des Gerichts, weder bestimmt noch bestimmbar gewesen, weil seine Höhe von der Dauer des Rechtsstreits der Nichtigkeitsklage vor dem Gemeinschaftsrichter abhängig gewesen sei.

14 — Urteil vom 27. Januar 1982, Birra Wührer u. a./Rat und Kommission (256/80, 257/80, 265/80, 267/80 und 5/81, Slg. 1982, 85, Randnr. 10).

21. Weiter sieht die Rechtsmittelführerin einen Rechtsfehler des Gerichts darin, dass es davon ausgegangen sei, dass der Schaden sukzessive eingetreten sei. Vielmehr habe es sich um einen einzigen, einheitlichen Schaden gehandelt, der in der einmaligen Stellung von Bankbürgschaften bzw. in den von den Banken hierfür in Rechnung gestellten Avalprovisionen bestanden habe. Die Tatsache, dass die Höhe dieses Schadens von der Verfahrensdauer bei der Nichtigkeitsklage abhänge, könne nicht zu der Annahme führen, dass es sich um eine Vielzahl von wiederholt und sukzessive eingetretenen Mehrfachschäden gehandelt habe. Es sei im Übrigen auch widersprüchlich, wenn das Gericht in Randnr. 63 des angefochtenen Urteils darauf abstelle, dass es sich vorliegend um einen zukünftigen Schaden handle, in Randnr. 69 dieses Urteils aber von einer sukzessiven Schadensentstehung ausgehe.

22. Hilfsweise rügt die Rechtsmittelführerin, das Gericht habe nicht wenigstens anerkannt, dass die Verjährung des Anspruchs auf Erstattung der Bankbürgschaftskosten bereits durch Einreichen der Nichtigkeitsklage gegen die Zement-Entscheidung und nicht erst durch Einreichen der Schadensersatzklage unterbrochen worden sei.

Prüfung

23. Die Kommission hält dem entgegen, dass die Rechtsmittelführerin, wenn man ihren Gedanken konsequent zu Ende führe, das Zement-Urteil als das die außervertragliche Haftung auslösende Ereignis verstehe, was absurd sei. In Wirklichkeit müsse dieses Ereignis in der Zement-Entscheidung oder in der Stellung der Bankbürgschaften erblickt werden. Außerdem sei der Schaden im Zeitpunkt der Stellung der Bankbürgschaften bestimmt oder wenigstens bestimmbar gewesen, da man die Höhe der von der Rechtsmittelführerin den Banken geschuldeten Gebühren auf der Grundlage der in den Bürgschaftsverträgen notwendigerweise festgelegten Zinssätze habe berechnen können; deshalb habe das Gericht rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der geltend gemachte Schaden in jenem Zeitpunkt hinreichend konkretisiert gewesen sei. Das Argument der Rechtsmittelführerin bezüglich des nicht sukzessiven Charakters des geltend gemachten Schadens bestätige lediglich, dass der Schaden selbst im Zeitpunkt der Stellung der Bankbürgschaften und nicht erst am Tag der Verkündung des Zement-Urteils entstanden sei. Schließlich sei auch das Hilfsvorbringen der Rechtsmittelführerin unbegründet, da sich aus dem Wortlaut des Art. 46 der Satzung des Gerichtshofs klar ergebe, dass die Verjährungsfrist durch die Erhebung einer Schadensersatzklage und nicht einer Nichtigkeitsklage unterbrochen werde.

24. Nach dem Wortlaut des Art. 46 der Satzung des Gerichtshofs verjähren „[d]ie aus außervertraglicher Haftung der Gemeinschaften hergeleiteten Ansprüche ... in fünf Jahren nach Eintritt des Ereignisses, das ihnen zugrunde liegt".

25. Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass die Verjährung dem Zweck diene, den Rechtsschutz des Geschädigten mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit zu vereinbaren [15]. Nach ständiger Rechtsprechung kann bei einer Klage wegen außervertraglicher Haftung gegen die Gemeinschaft die Verjährungsfrist nicht beginnen, bevor alle Voraussetzungen, von denen die Ersatzpflicht abhängt, erfüllt sind, und insbesondere nicht, bevor sich der zu ersetzende Schaden konkretisiert hat [16].

26. Die Rechtsmittelführerin geht von der Annahme aus, dass beim vorliegenden Sachverhalt eine der Voraussetzungen für das Entstehen der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft die Nichtigerklärung der Zement-Entscheidung sei.

27. Diese Annahme erscheint mir unbegründet.

28. Ich erinnere daran, dass die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft und der sich daraus ergebende Schadensersatzanspruch davon abhängen, dass eine Reihe von Voraussetzungen vorliegen, nämlich eine rechtswidrige Handlung der Gemeinschaftsorgane, ein tatsächlicher Schaden und ein Kausalzusammenhang zwischen beiden [17].

29. Nun ergibt sich aber erstens in keiner Weise aus der Gemeinschaftsrechtsprechung, dass die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des beteiligten Organs erst in dem Zeitpunkt erfüllt ist, in dem der Rechtsverstoß gerichtlich festgestellt ist. Dessen gerichtliche Feststellung ist offensichtlich eine notwendige Voraussetzung für die gerichtliche Geltendmachung der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft, ist aber weder eine Voraussetzung für das Entstehen dieser Haftung noch für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist für die Schadensersatzklage.

30. Nach der gegenteiligen Auffassung gäbe man letztlich dem Anspruchsinhaber selbst die Möglichkeit, die Verjährungsfrist in Lauf zu setzen oder nicht. Diese würde nämlich so lange nicht zu laufen beginnen, bis der Anspruchsinhaber eine (Nichtigkeits- oder Schadensersatz-)Klage erhebt *und* die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Organs erreicht hat.

31. Mir erscheint offensichtlich, dass nach den Verjährungsregeln die Rechtsmittelfüh-

15 — Beschluss vom 18. Juli 2002, Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Kommission (C-136/01 P, Slg. 2002, I-6565, Randnr. 28).

16 — Urteil Birra Wührer u. a./Rat und Kommission, Randnr. 10, und Beschluss Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Kommission, Randnr. 30.

17 — Urteile Birra Wührer u. a./Rat und Kommission, Randnr. 9, und vom 14. Oktober 1999, Atlanta/Europäische Gemeinschaft (C-104/97 P, Slg. 1999, I-6983, Randnr. 65), sowie Beschluss Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Kommission, Randnr. 29.

rerin selbst die Aufgabe hat, gegebenenfalls unter Inanspruchnahme des rechtlichen Rates die Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Organs zu beurteilen. Wie das Gericht zu Recht in Randnr. 65 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat, hatte die Rechtsmittelführerin bereits ab Erlass der Zement-Entscheidung die Möglichkeit, einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht zu rügen. Das Gericht selbst hatte übrigens schon in den Urteilen Hartmann/Rat und Kommission [18] und Bühring/Rat und Kommission [19] festgestellt, dass es für den Beginn der Verjährungsfristen auf die Kenntnis des Geschädigten von dem schadenstiftenden Ereignis und nicht von dessen Rechtswidrigkeit ankomme.

32. Zweitens war die vorherige Nichtigerklärung der Zement-Entscheidung, entgegen der von der Rechtsmittelführerin vertretenen Auffassung, auch nicht dafür notwendig, um in der vorliegenden Rechtssache den zu ersetzenden Schaden als konkretisiert ansehen zu können.

33. Dazu hat das Gericht in dem angefochtenen Urteil festgestellt, dass der von der Rechtsmittelführerin behauptete Schaden im Zeitpunkt der Stellung der Bankbürgschaften zukünftig, aber bereits sicher und bestimmbar, da mit hinreichender Sicherheit vorhersehbar, gewesen sei. Daher habe die Rechtsmittelführerin die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft ab eben diesem Zeitpunkt bewerten können, und im selben Moment habe die Verjährungsfrist zu laufen begonnen [20].

34. Diese Begründung lässt vermuten, dass das Gericht der Ansicht ist, dass die Verjährungsfrist für Klagen wegen außervertraglicher Haftung der Gemeinschaft notwendigerweise ab dem Zeitpunkt laufe, in dem es möglich wird, eine solche Klage zu erheben. In diesem Sinne hatte sich im Übrigen Generalanwalt Capotorti klar ausgesprochen [21], der dazu ausgeführt hatte, dass „bei einem Klageanspruch die Verjährungsfrist immer mit dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Anspruch geltend gemacht werden kann ... Soweit also auch bei künftigen Schäden die Klage aus den Artikeln 215 und 178 EWG-Vertrag [jetzt 288 EG und 235 EG] als zulässig anzusehen ist, beginnt die Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt, in dem die Klage erhoben werden kann ...“

35. Ich bin jedoch von diesem Ansatz nicht überzeugt, da er sich nicht in jeder Beziehung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs in Einklang bringen lässt. Wie der Rechtsmittelführerin scheint auch mir, dass dieser Ansatz die Frage nach dem Verjährungsbeginn mit der Frage nach der Zulässigkeit der Schadensersatzklage in unzulässiger Weise vermischt.

18 — Urteil vom 16. April 1997, Hartmann/Rat und Kommission (T-20/94, Slg. 1997, II-595, Randnr. 112).

19 — Urteil vom 4. Februar 1998, Bühring/Rat und Kommission (T-246/93, Slg. 1998, II-171, Randnr. 68).

20 — Vgl. angefochtenes Urteil, Randnrn. 60 bis 63 und 68.

21 — Schlussanträge vom 13. Oktober 1981 in der Rechtssache Birra Wührer u. a./Rat und Kommission und in der Rechtssache De Franceschi/Rat und Kommission (51/81, Slg. 1982, 108, Nr. 4).

36. Zum einen ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass Art. 288 EG nicht verbietet, den Gemeinschaftsrichter anzurufen, um die Haftung der Gemeinschaft für unmittelbar bevorstehende und mit hinreichender Sicherheit vorhersehbare Schäden feststellen zu lassen, auch wenn der Schaden noch nicht genau beziffert werden kann. Zur Verhinderung noch größerer Schäden kann es sich nach Ansicht des Gerichtshofs als zweckmäßig erweisen, das Gericht bereits dann anzurufen, wenn die Schadensursache feststeht [22].

37. Zum anderen geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor, dass die Verjährungsfrist für die Schadensersatzklage gegen die Gemeinschaft nicht zu laufen beginnen kann, bevor sich der zu ersetzende Schaden konkretisiert hat bzw. bevor die schädlichen Folgen der rechtswidrigen Handlung der Gemeinschaft eingetreten sind [23].

38. Daraus folgt nach meiner Ansicht, dass es sehr wohl möglich ist, eine Schadensersatzklage nach Art. 235 EG zu erheben, auch wenn sich der Schaden noch nicht konkretisiert hat (sofern er bereits unmittelbar bevorsteht und mit hinreichender Sicherheit vorhersehbar ist), dass aber jedenfalls die Verjährungsfrist nicht vor der Konkretisierung dieses Schadens zu laufen beginnt.

39. Im Kern legt es die oben in Nr. 36 zitierte Rechtsprechung nahe, die Erhebung einer Schadensersatzklage, die sonst als vorzeitig angesehen würde, als Instrument vorzeitigen Rechtsschutzes zuzulassen, das geeignet ist, die Schadensfolgen der rechtswidrigen Handlung der Gemeinschaft der Höhe nach zu begrenzen. Die Möglichkeit solchen vorzeitigen Rechtsschutzes hat jedoch keine Auswirkung auf den Beginn der Verjährungsfrist, was im Übrigen auch den Interessen der Gemeinschaft entspricht. Sie kann nämlich zu einer Begrenzung des Betrags führen, den die Gemeinschaft zu erstatten verpflichtet wäre, wenn die Voraussetzungen für ihre außervertragliche Haftung erfüllt sind.

40. Wenn es zutrifft, dass die Verjährungsfrist so lange nicht zu laufen beginnt, als die Schadensersatzklage nicht erhoben werden kann, so folgt daraus nicht notwendig, dass sie genau in dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem diese Klage zulässig wird.

41. Nun ist im vorliegenden Fall der zeitliche Abstand zwischen dem Zeitpunkt, in dem der Schaden *mit hinreichender Sicherheit vorhersehbar* wurde, und dem Zeitpunkt, in dem er *sich konkretisierte*, minimal.

22 — Urteile vom 2. Juni 1976, Kampffmeyer u. a./Kommission und Rat (56/74 bis 60/74, Slg. 1976, 711, Randnr. 6), und vom 14. Januar 1987, Zuckerfabrik Bedburg/Rat und Kommission (281/84, Slg. 1987, 49, Randnr. 14).

23 — Urteile Birra Wührer u. a./Rat und Kommission, Randnrn. 10 und 11, und vom 27. Januar 1982, De Franceschi/Rat und Kommission (51/81, Slg. 1982, 117, Randnrn. 10 und 11).

Der erste Zeitpunkt war der der Stellung der Bankbürgschaften, wie das Gericht zu Recht festgestellt hat. Der zweite Zeitpunkt, der aber den Beginn der Verjährungsfrist darstellt, lässt sich auf den folgenden Tag bestimmen, weil, wie das Gericht ausgeführt hat[24], die Bankbürgschaftskosten tageweise anfielen.

42. Jedenfalls bleibt das Problem, dass die Rechtsmittelführerin nicht behauptet, dass die Verjährungsfrist an dem der Stellung der Bankbürgschaften folgenden Tag zu laufen begonnen habe. Vielmehr wirft sie dem Gericht vor, nicht in Erwägung gezogen zu haben, dass sich der Schaden erst mit der Nichtigerklärung der Zement-Entscheidung konkretisiert habe. Diese Rüge ist aber klar unbegründet, da, wie ich gerade ausgeführt habe, die Bankbürgschaftskosten, die den geltend gemachten Schaden darstellen, seit dem auf die Stellung der Bankbürgschaften folgenden Tag, also lange vor dem Zement-Urteil, anfielen, wie ich gerade ausgeführt habe.

43. Dieses Urteil beseitigte zwar die Verpflichtung der Rechtsmittelführerin, die der ABZK und der Nordcement auferlegten Geldbußen zu zahlen, und setzte so dem Auflaufen von Bankbürgschaftskosten zulasten der Rechtsmittelführerin ein Ende. Damit wurde der endgültige Betrag dieser Kosten und somit des geltend gemachten Schadens in seinem gesamten Umfang quantifizierbar.

44. Dies rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, dass die Verjährungsfrist vor diesem Zeitpunkt noch nicht zu laufen begonnen habe. Die Rechtsprechung zum Beginn von Verjährungsfristen verlangt, dass sich der Schaden konkretisiert hat, nicht aber, dass er vollständig eingetreten ist. Ebenso wenig ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass die Schadensersatzklage nach Art. 235 EG nur dann zulässig wäre, wenn der behauptete Schaden im Zeitpunkt der Klageerhebung *in seinem gesamten Umfang* genau quantifizierbar ist.

45. Meiner Auffassung nach hat das Gericht deshalb insoweit zwar rechtsfehlerhaft entschieden, als es davon ausgegangen ist, dass die Verjährungsfrist an dem Tag (dem der Stellung der Bankbürgschaften) zu laufen begonnen habe, an dem die Schadensersatzklage wegen hinreichender Bestimmbarkeit des Schadens bereits erhoben werden konnte, anstatt an dem Tag, an dem sich der Schaden tatsächlich konkretisiert hatte. Ich bin aber der Meinung, dass die hier zu prüfende Rüge der Rechtsmittelführerin, vorbehaltlich einer Änderung ihrer Begründung, gleichwohl zurückzuweisen ist, da entgegen deren Ansicht diese Konkretisierung nicht erst mit dem Zement-Urteil, sondern schon mit der Fälligkeit der ersten Bankbürgschaftskosten an dem auf die Stellung dieser Bankbürgschaften folgenden Tag eintrat.

46. Die weiteren Ausführungen der Rechtsmittelführerin hinsichtlich des sofortigen und nicht sukzessiven Eintritts des Schadens

24 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 61.

und der Unterbrechung der Verjährung infolge der Erhebung der Nichtigkeitsklage gegen die Zement-Entscheidung sind meiner Meinung nach eindeutig zurückzuweisen.

47. Selbst wenn das Argument, der Schaden sei sofort eingetreten, zutreffen sollte, würde es der Rechtsmittelführerin nichts nützen, da die Verjährung der Klage wegen außervertraglicher Haftung den gesamten Schaden und nicht nur, wie in dem angefochtenen Urteil festgestellt worden ist, einen Teil davon erfassen würde.

48. Das hilfsweise vorgebrachte Argument bezüglich der Verjährungsunterbrechung steht in Widerspruch zum klaren Wortlaut des Art. 46 der Satzung des Gerichtshofs, der abschließend die Akte aufzählt, die die dort geregelte Verjährung unterbrechen. Zudem ist die Erhebung einer Nichtigkeitsklage ihrem Wesen nach ungeeignet, unterbrechende Wirkung bezüglich der Verjährung der Schadensersatzklage zu entfalten, da sie als solche nicht den Willen zum Ausdruck bringt, den Anspruch auf Ersatz des Schadens geltend zu machen, der durch den Akt, gegen den eben diese Klage gerichtet ist, verursacht wurde.

49. Deshalb bin ich der Meinung, dass der erste Rechtsmittelgrund zurückzuweisen ist.

Zum zweiten Rechtsmittelgrund: Voraussetzung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Gemeinschaft

Vorbringen der Parteien

50. In erster Linie macht die Rechtsmittelführerin geltend, dass das Gericht rechtsfehlerhaft davon ausgegangen sei, dass die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft auch in der vorliegenden Rechtssache eine hinreichend qualifizierte Verletzung des Gemeinschaftsrechts voraussetze. Sie ist der Meinung, dieses Kriterium gelte allein bei der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft für normatives Handeln, nicht aber für administratives Handeln durch Erlass rechtswidriger Bußgeldentscheidungen wegen wettbewerbsrechtlicher Verstöße, weil die Rechtswidrigkeit solcher Entscheidungen ausreiche, um eine Haftung auszulösen.

51. Hilfsweise beruft sich die Rechtsmittelführerin darauf, dass der Kommission im vorliegenden Fall jedenfalls eine hinreichend qualifizierte Verletzung vorzuwerfen sei und dass das Gericht zu Unrecht das Gegenteil angenommen habe.

52. Die Rechtsmittelführerin rügt, das Gericht habe sich bei der Beurteilung, ob der

Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht durch die Kommission hinreichend qualifiziert gewesen sei, nicht darauf beschränkt, auf den fehlenden Ermessensspielraum dieses Organs bei Erlass der Zement-Entscheidung abzustellen. Indem es als ergänzendes Beurteilungskriterium die Komplexität des Sachverhalts und die Schwierigkeiten bei der Anwendung des gemeinschaftlichen Kartellrechts berücksichtigt habe, habe sich das Gericht zu Unrecht von seiner eigenen Rechtsprechung abgewandt, die den Ermessensspielraum, über den das jeweilige Organ verfügt, als das entscheidende Kriterium für die Feststellung eines hinreichend qualifizierten Verstoßes ansehe.

53. Zweitens ist die Rechtsmittelführerin der Auffassung, dass der der ABZK und der Nordcement in der Zement-Entscheidung vorgeworfene Sachverhalt und dessen juristische Bewertung nicht so komplex gewesen seien, dass der Ausschluss der geltend gemachten Haftung der Gemeinschaft gerechtfertigt sei. Denn es sei der Kommission nur darum gegangen, zu überprüfen, ob die Beteiligung dieser Gesellschaften am Informationsaustausch über die Exportmärkte innerhalb des European Cement Export Committee (im Folgenden: ECEC) einen Verstoß gegen das gemeinschaftliche Kartellrecht darstellen konnte. Um die Komplexität des der Zement-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts und der aufgeworfenen Rechtsfragen festzustellen, habe das Gericht fehlerhaft und entgegen der Ansicht der Rechtsmittelführerin auf externe Umstände außerhalb der Unternehmen ABZK und Nordcement und auf die sich als Folge der Zement-Entscheidung ergebenden Schwierigkeiten abgestellt, innerhalb eines einzigen Verfahrens und einer einzigen Entscheidung den Sachverhalt und die Positionen der genannten Unternehmen sowie dritter Unternehmen gegeneinander abzuwägen.

54. Die Kommission ist der Ansicht, dass das Gericht keinen Rechtsfehler begangen habe, als es ausgeschlossen habe, dass der Erlass der Zement-Entscheidung gegenüber der ABZK und der Nordcement eine hinreichend qualifizierte Verletzung darstelle, und eben daraus den Schluss gezogen habe, dass eine außervertragliche Haftung der Kommission nicht bestehe.

55. Sie bestreitet die Zulässigkeit der von der Rechtsmittelführerin getroffenen Unterscheidung zwischen gesetzgeberischen Akten und Individualentscheidungen, die nach der neueren Rechtsprechung für die Bestimmung der Grenzen des Beurteilungsspielraums, über den das beteiligte Organ verfüge, nicht maßgebend sei. Darüber hinaus meint sie, dass das Gericht zu Recht auch die Komplexität des von der Kommission zu beurteilenden Sachverhalts berücksichtigt habe. Schließlich sei das Argument der Rechtsmittelführerin, der Sachverhalt sei nicht komplex gewesen, im Rahmen einer Anfechtung nicht zulässig oder jedenfalls unbegründet, da — wie es das Gericht getan habe — nicht nur die Lage der Unternehmen ABZK und Nordcement zu berücksichtigen sei, sondern die Situation des gesamten Zement produzierenden Sektors zur Zeit des Sachverhalts, die das Zement-Urteil als äußerst komplex beurteilt habe.

Prüfung

56. Unter Hinweis darauf, dass die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft an das Zusammentreffen mehrerer Voraussetzungen geknüpft sei, zu denen die Rechtswidrigkeit des den Organen vorgeworfenen Verhaltens zähle [25], hat das Gericht in dem angefochtenen Urteil zu Recht deutlich gemacht, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs den Nachweis eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen eine Rechtsnorm verlange, die dem Einzelnen Rechte verleihen solle [26].

57. Entgegen der Auffassung der Rechtsmittelführerin, die sich notgedrungen auf eine nunmehr weit in der Vergangenheit liegende Rechtsprechung beruft [27], gilt die Voraussetzung einer hinreichend qualifizierten Verletzung nicht nur für die Fälle, in denen das dem Organ zugeschriebene rechtswidrige Verhalten im Erlass eines Rechtsetzungsaktes besteht. Die vom Gericht zitierte Rechtsprechung des Gerichtshofs, wie auch die später ergangene [28], begrenzt den Anwendungsbereich dieser Voraussetzung in keiner Weise, vielmehr hat diese Voraussetzung allgemeinen Charakter [29].

58. Deshalb hat das Gericht keinen Rechtsfehler begangen, als es entschieden hat, dass die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft für Schäden, die aufgrund der Zement-Entscheidung entstanden sein sollen, den Nachweis eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen eine Rechtsnorm, die dem Einzelnen Rechte verleihen solle, voraussetze.

59. Um nun zu den von der Rechtsmittelführerin hilfsweise vorgebrachten Argumenten zu kommen, weise ich zunächst darauf hin, dass die Rechtsmittelführerin dem Gericht zu Unrecht den Vorwurf macht, dass es, wenn man einmal unterstellt, dass der Ermessensspielraum der Kommission im vorliegenden Fall „reduziert" war, daraus nicht den Schluss gezogen hat, dass ein solcher Verstoß vorgelegen habe.

25 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 86.

26 — Ebd., Randnr. 87. Das Gericht verweist dazu auf die Urteile vom 4. Juli 2000, Bergaderm und Goupil/Kommission (C-352/98 P, Slg. 2000, I-5291, Randnrn. 40 und 42 bis 44), vom 10. Dezember 2002, Kommission/Camar und Tico (C-312/00 P, Slg. 2002, I-11355, Randnrn. 52 bis 55), und vom 10. Juli 2003, Kommission/Fresh Marine (C-472/00 P, Slg. 2003, I-7541, Randnrn. 24 bis 26).

27 — Urteil vom 2. Dezember 1971, Aktien-Zuckerfabrik Schoeppenstedt/Rat (5/71, Slg. 1971, 975, Randnr. 11), wonach die außergerichtliche Haftung der Gemeinschaft für die durch einen Rechtsetzungsakt, der wirtschaftspolitische Entscheidungen einschließt, verursachten Schäden nur durch eine hinreichend qualifizierte Verletzung einer höherrangigen, dem Schutz der Einzelnen dienenden Rechtsnorm ausgelöst werden könne.

28 — Urteile vom 23. März 2004, Bürgerbeauftragter/Lamberts (C-234/02 P, Slg. 2004, I-2803, Randnr. 49), und vom 12. Juli 2005, Kommission/CEVA und Pfizer (C-198/03 P, Slg. 2005, I-6357, Randnr. 63).

29 — Im Übrigen befindet sich die Rechtsmittelführerin im Irrtum, wenn sie meint, dass alle Urteile des Gerichtshofs, auf die sich das Gericht in Randnr. 87 des angefochtenen Urteils berufen hat, eine Haftung für normatives Handeln betroffen hätten. Vielmehr betrifft das Urteil Kommission/Camar und Tico die außervertragliche Haftung aufgrund einer Entscheidung der Kommission, mit der ein Antrag auf Übergangsmaßnahmen im Sinne von Art. 30 der Verordnung (EWG) Nr. 404/93 des Rates vom 13. Februar 1993 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen (ABl. L 47, S. 1) abgelehnt worden war.

60. Zutreffend ist die Ansicht der Rechtsmittelführerin insofern, als nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs das entscheidende Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht als hinreichend qualifiziert anzusehen ist, darin besteht, ob das Gemeinschaftsorgan die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat, und dass entscheidend für die Feststellung, ob ein solcher Verstoß vorliegt, der Gestaltungsspielraum des fraglichen Organs ist [30].

61. Dieser Rechtsprechung ist aber auch zu entnehmen, dass das vom Gerichtshof im Zusammenhang mit Art. 288 Abs. 2 EG entwickelte System u. a. der Komplexität der zu regelnden Sachverhalte, den Schwierigkeiten bei der Anwendung oder Auslegung der Vorschriften und insbesondere dem Ermessensspielraum, über den der Urheber des betreffenden Rechtsakts verfügt, Rechnung trägt [31].

62. Das Gericht hat also keinen Rechtsfehler begangen, als es zur Beurteilung der Frage, ob im vorliegenden Fall ein hinreichend qualifizierter Verstoß vorlag, auch auf die Komplexität der von der Kommission zu regelnden Sachverhalte und auf die Schwierigkeit bei der Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des EG-Vertrags abstellte.

63. Die sodann gegen das Urteil des Gerichts erhobene Rüge bezüglich der Komplexität sowohl der von der Kommission zu regelnden Sachverhalte als auch ihrer juristischen Beurteilung halte ich nur insoweit für zulässig, als dem Gericht vorgeworfen wird, in seinem Urteil auf externe Umstände außerhalb der ABZK und der Nordcement abgestellt zu haben.

64. Ich bin nämlich der Meinung, dass weder die Frage der Komplexität des Sachverhalts noch die der Komplexität seiner juristischen Beurteilung Rechtsfragen darstellen, sondern dass sie im Rahmen der Tatsachenwürdigung zu bewerten sind, die bekanntlich nicht der Kontrolle des Gerichtshofs im Rahmen der Anfechtung eines Urteils des Gerichts unterliegt, sofern die dem Gericht unterbreiteten Beweismittel nicht verfälscht wurden [32], was jedoch im vorliegenden Fall nicht geltend gemacht worden ist.

65. Umgekehrt stellt es eine vom Gerichtshof zu überprüfende Rechtsfrage dar, ob es zulässig ist oder nicht, bei der Feststellung, ob die Verletzung des Gemeinschaftsrechts, die zum Schaden eines Unternehmens führt, hinreichend qualifiziert ist, auch die Verhält-

30 — Urteile Bergaderm und Goupil/Kommission, Randnrn. 43 und 46, Kommission/Camar und Tico, Randnrn. 54 und 55, Kommission/Fresh Marine, Randnrn. 26 und 27, und Kommission/CEVA und Pfizer, Randnrn. 64 und 66.

31 — Urteile Bergaderm und Goupil/Kommission, Randnr. 40, Kommission/Camar und Tico, Randnr. 52, Kommission/Fresh Marine, Randnr. 24, und Kommission/CEVA und Pfizer, Randnr. 62.

32 — Aus der umfangreichen Rechtsprechung vgl. nur Urteile vom 11. Februar 1999, Antillean Rice Mills u. a./Kommission (C-390/95 P, Slg. 1999, I-769, Randnr. 29), und vom 8. Mai 2003, T. Port/Kommission (C-122/01 P, Slg. 2003, I-4261, Randnr. 27).

nisse und Belange anderer Unternehmen mit einzubeziehen.

66. Zu dieser Frage sei zunächst Folgendes gesagt. Da es im vorliegenden Fall um die Anwendung von Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag auf angebliche Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, d. h. um Zuwiderhandlungen geht, die per definitionem die Beteiligung von zwei oder mehr Unternehmen voraussetzen, ist es selbstverständlich, dass die Kommission das Vorliegen eines Verstoßes gegen eine solche Vorschrift durch ein einzelnes Unternehmen nicht feststellen konnte, indem sie sich darauf beschränkte, ausschließlich die Belange dieses Unternehmens zu ermitteln und zu bewerten. Entgegen der Meinung der Rechtsmittelführerin hätte die Kommission deshalb keine gesonderte, nur ABZK und/oder Nordzement betreffende Entscheidung erlassen können [33].

67. Die Rüge der Rechtsmittelführerin zielt im Wesentlichen darauf ab, dass das Gericht den großen Umfang des Zement-Urteils herangezogen habe, um die Komplexität des Sachverhalts bezüglich der ABZK und der Nordcement zu belegen, obwohl nach Ansicht der Rechtsmittelführerin dieser große Umfang einfach darauf beruht, dass erst die Kommission und dann das Gericht beschlossen hätten, die zahlreichen parallelen Rechtssachen zu gemeinsamer Entscheidung miteinander zu verbinden [34].

68. Jedoch ergibt sich aus dem angefochtenen Urteil keineswegs, dass das Gericht die Komplexität des Sachverhalts und dessen juristischer Bewertung aus dem großen Umfang des Zement-Urteils abgeleitet habe.

69. Wenigstens in einem ersten Teil seiner Argumentation [35] stellt das Gericht wohl nicht auf die Komplexität der besonderen Umstände ab, die die Kommission der ABZK und der Nordcement sowie anderen Unternehmen zur Last legte, die sie für die beiden diesen Gesellschaften vorgeworfenen Rechtsverstöße für verantwortlich hielt, sondern auf die Komplexität des gesamten Falles, der den Gegenstand der Zement-Entscheidung bildete (im Folgenden: Zement-Fall).

70. Es sei daran erinnert, dass die Kommission mit der Zement-Entscheidung das Vorliegen einer großen Zahl von Verstößen gegen Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag feststellte [36]. Nur zwei dieser Rechtsverstöße wurden jedoch gegenüber der ABZK und der Nordcement festgestellt: derjenige nach Art. 1 der Zement-Entscheidung betreffend eine „Vereinbarung ..., die die Respektierung der Inlandsmärkte und die Reglementierung der grenzüberschreitenden Zementlieferungen bezweckte", und derjenige nach Art. 5 dieser Entscheidung betreffend den Austausch von Informationen im Rahmen von ECEC „über die Angebots- und Nachfragesituation in den

33 — Vgl. Rechtsmittelschrift, Randnr. 52, am Ende.
34 — Ebd.
35 — Vgl. angefochtenes Urteil, Randnrn. 103 bis 106.
36 — Vgl. Zement-Entscheidung, Art. 1 bis 7.

Import-Drittländern, über die im Export zu erzielenden Preise, über die Situation der Importe in den Mitgliedsländern und über die Angebots- und Nachfragesituation auf den Inlandsmärkten und zur Vermeidung eines Eintritts von Wettbewerbern in die jeweiligen nationalen Märkte der Gemeinschaft".

71. Da das Gericht in dem angefochtenen Urteil die Komplexität des zu regelnden Sachverhalts nicht zum Zweck der Feststellung bewerten musste, ob die Dauer des Verwaltungsverfahrens angemessen war [37], sondern für die Feststellung, ob die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch die Kommission zulasten der Gesellschaften ABZK und Nordcement hinreichend qualifiziert war, bin ich der Meinung, dass das Gericht *mangels weiterer Ausführungen*, die aber in dem angefochtenen Urteil fehlen, nicht auf den Zement-Fall als solchen, sondern nur auf die Rechtsverstöße hätte Bezug nehmen dürfen, die diesen beiden Gesellschaften angelastet wurden.

72. Nichtsdestoweniger machte das Gericht einerseits, indem es sich auf den Zement-Fall als solchen bezog, im Wesentlichen deutlich, dass in diesen eine sehr große Zahl von Unternehmen und insbesondere fast die gesamte europäische Zementindustrie verwickelt gewesen sei [38]. Nun ergibt sich aber aus der bloßen Lektüre des verfügenden Teils der Zement-Entscheidung, dass jedes der anderen Unternehmen, denen dort Verstöße gegen Art. 8 Abs. 1 EG-Vertrag zur Last gelegt wurden, gemeinschaftlich mit der ABZK und der Nordcement an dem in Art. 1 eben dieser Entscheidung festgestellten Rechtsverstoß beteiligt war. Daraus folgt, dass die Zahl der Unternehmen, die an dem behaupteten Rechtsverstoß beteiligt waren, genau mit derjenigen der Unternehmen übereinstimmt, die an dem Zement-Fall beteiligt waren, und dass die mit der großen Zahl beteiligter Unternehmen verbundenen Schwierigkeiten, auf die das Gericht Bezug nahm, deshalb auch für wenigstens einen der beiden behaupteten Rechtsverstöße bei den genannten Unternehmen bestanden.

73. Andererseits hat das Gericht im folgenden Teil der Urteilsbegründung dargelegt, dass sich die Komplexität des zu regelnden Sachverhalts insbesondere ergebe:

— aus dem Umstand, dass die von der Untersuchung der Kommission betroffenen Unternehmen Mitglieder von Cembureau (der Europäischen Vereinigung der Zementindustrie) gewesen seien, sei es auf direkte oder *auch nur auf indirekte Weise* (vertreten durch ihre jeweiligen Verbände), und dass Letzteres gerade bei der ABZK und der Nordcement der Fall gewesen sei [39];

37 — In den Randnrn. 104 bis 105 des angefochtenen Urteils wies das Gericht auf einige Feststellungen über die Komplexität des Zement-Falls hin, die in der Zement-Entscheidung allerdings im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Dauer des Verwaltungsverfahrens getroffen worden waren.

38 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 103, 105 und insbesondere 114.

39 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 107.

— aus der Tatsache, dass, was den Teil der Zement-Entscheidung angeht, der speziell die Letztgenannten betraf, der Kommission eine Fülle beweiskräftiger Unterlagen vorgelegen habe, deren zutreffende Auslegung nicht auf der Hand gelegen habe [40], und dass sie eine große Zahl von Schriftstücken habe prüfen müssen [41];

— insbesondere daraus, dass, auch wenn das Gericht die Zement-Entscheidung hinsichtlich dieser Unternehmen aufhob, es trotzdem festgestellt habe, dass die Kommission für ihre nach Auffassung des Gerichts nicht ausreichend belegte These, dass die Zusammenarbeit im Rahmen des ECEC die Regel der Respektierung der Inlandsmärkte stärken sollte, über eine Reihe von Anhaltspunkten verfügt habe [42].

74. Die Rechtsmittelführerin erwähnt oder bestreitet in keiner Weise diese Ausführungen des Gerichts, obwohl sich das Gericht, wie sich aus Randnr. 114 des angefochtenen Urteils ergibt, neben der großen Zahl beteiligter Unternehmen gerade auf sie stützte, um auf eine erhöhte Schwierigkeit der von der Kommission zu regelnden Sachverhalte zu schließen.

75. Auch wenn man unterstellt, dass das Gericht einen Fehler beging, indem es im ersten Teil seiner Ausführungen zur Komplexität des zu regelnden Sachverhalts auf den Zement-Fall in seiner Gesamtheit anstatt auf die speziell der ABZK und der Nordcement vorgehaltenen Rechtsverstöße verwies, hatte dieser Fehler meiner Meinung nach keine Auswirkung auf die Schlussfolgerung des Gerichts, die ich in der vorstehenden Nummer dargestellt habe.

76. Was sodann die Schwierigkeiten bei der Anwendung der einschlägigen Rechtstexte angeht, enthält das angefochtene Urteil keinen Anhaltspunkt dafür, dass das Gericht sie nicht speziell hinsichtlich der Rechtsverstöße gewürdigt hätte, die der ABZK und der Nordcement angelastet wurden. Im Gegenteil geht aus Randnr. 115 des angefochtenen Urteils ausdrücklich hervor, dass die Schwierigkeiten bei der Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften des EG-Vertrags, die diesen selbst innewohnen, „umso größer [waren], als der Sachverhalt der betreffenden [Begebenheit], *und zwar auch in dem Teil der Entscheidung, der [die ABZK und die Nordcement] betraf,* umfangreich war“ [43].

40 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 108.

41 — Ebd., Randnr. 114.

42 — Ebd., Randnr. 113.

43 — Hervorhebung nur hier.

77. Auch dieser Rüge kann ich mich deshalb nicht anschließen.

78. Schließlich möchte ich betonen, dass es rechtmäßig war, den Ermessensspielraum, über den die Kommission verfügte, die Komplexität des Sachverhalts und die Schwierigkeiten bei der Anwendung der Rechtsvorschriften in einer Gesamtschau zu berücksichtigen, und dass die Rechtsmittelschrift keine bestimmte Rüge hinsichtlich der Gewichtung dieser Argumente durch das Gericht enthält, aufgrund deren das Gericht den von der Kommission begangenen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht für nicht hinreichend qualifiziert gehalten hat. Der Gerichtshof hat sich deshalb dazu nicht zu äußern.

79. Im Licht der vorstehenden Ausführungen bin ich der Ansicht, dass auch der zweite Rechtsmittelgrund zurückzuweisen ist.

Zum dritten Rechtsmittelgrund: Bestehen eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Rechtsverstoß und dem geltend gemachten Schaden

80. Sollte der Gerichtshof, wie von mir empfohlen, den zweiten Rechtsmittelgrund zurückweisen, wäre es nicht mehr nötig, auch den dritten Rechtsmittelgrund zu prüfen, der das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem geltend gemachten Schaden betrifft.

81. Nach ständiger Rechtsprechung ist nämlich die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft an das kumulative Vorliegen dreier Voraussetzungen geknüpft, und zwar der Rechtswidrigkeit des den Gemeinschaftsorganen vorgeworfenen Verhaltens, des Eintritts eines Schadens und des Bestehens eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen diesem Verhalten und dem behaupteten Schaden, so dass das Fehlen einer einzigen dieser Voraussetzungen ausreicht, um eine Schadensersatzklage abzuweisen [44].

82. Da die Rechtsmittelführerin das Vorliegen von Rechtsfehlern nicht nachgewiesen hat, die die Feststellungen des Gerichts hinsichtlich des Fehlens einer hinreichend qualifizierten Verletzung des Gemeinschaftsrechts im vorliegenden Fall betreffen, und da diese Feststellungen für sich genommen die Abweisung der von der Rechtsmittelführerin erhobenen Schadensersatzklage rechtferti-

44 — Aus der umfangreichen Rechtsprechung vgl. nur Urteile vom 15. Januar 1987, GAEC de la Ségaude/Rat und Kommission (253/84, Slg. 1987, 123, Randnrn. 9 und 21), vom 9. September 1999, Lucaccioni/Kommission (C-257/98 P, Slg. 1999, I-5251, Randnr. 14), und Atlanta u. a./Europäische Gemeinschaft, Randnr. 65.

gen, erweist sich die Prüfung des dritten Rechtsmittelgrundes als überflüssig, weil *unter diesen Umständen* seine mögliche Begründetheit keine Auswirkungen auf den Tenor des angefochtenen Urteils hätte [45].

83. Deswegen möchte ich jetzt auch den dritten Rechtsmittelgrund prüfen, und zwar nur für den Fall, dass der Gerichtshof dem zweiten Rechtsmittelgrund folgen oder den dritten Rechtsmittelgrund vor dem zweiten prüfen sollte.

Vorbringen der Parteien

84. Nach Meinung der Rechtsmittelführerin hat das Gericht die Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der die Gemeinschaft nur für solche Schäden haftet, die sich mit hinreichender Unmittelbarkeit aus dem rechtswidrigen Verhalten des beteiligten Organs ergeben [46], im vorliegenden Fall rechtsfehlerhaft herangezogen.

85. Erstens macht die Rechtsmittelführerin geltend, der behauptete Schaden ergebe sich mit hinreichender Unmittelbarkeit aus der Zement-Entscheidung, denn hätte die Beklagte die Bußgeldentscheidung gegen sie nicht erlassen, hätte die Rechtsmittelführerin keine Nichtigkeitsklage einreichen und auch keine Sicherheiten in Form von Bürgschaften stellen müssen.

86. Zweitens sei durch die Entscheidung der Rechtsmittelführerin, Bürgschaften zu stellen, anstatt das Bußgeld provisorisch zu überweisen, der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen worden, weil die belangten Unternehmen aufgrund des Tenors der Bußgeldentscheidung und der mangelnden aufschiebenden Wirkung der Nichtigkeitsklage rechtlich verpflichtet gewesen seien, das Sicherungsbedürfnis der Kommission zu befriedigen. Hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen seien beide Arten von Sicherheiten, die der Kommission angeboten werden konnten, nämlich die Stellung von Bankbürgschaften oder die sofortige Bezahlung der Geldbuße, gleich zu behandeln.

87. Drittens entsprach die Stellung der Bankbürgschaften nach Ansicht der Rechtsmittelführerin der „Schadensminderungspflicht", wonach es ihr als Geschädigter oblegen habe, den sonst von der Kommission zu ersetzenden Schaden gering zu halten. Wenn sie nämlich den Bußgeldbetrag bei ihren Banken als Kredit aufgenommen

45 — Mit anderen Worten richtet sich der dritte Rechtsmittelgrund gegen ein obiter dictum des Urteils des Gerichts und ist deshalb als nicht entscheidungserheblich zurückzuweisen, weil sich der Tenor des angefochtenen Urteils auf einen anderen Teil der Begründung stützt, *bezüglich dessen die Rügen der Rechtsmittelführerin nicht durchgreifen.*

46 — Urteil vom 4. Oktober 1979, Dumortier u. a./Rat (64/76 und 113/76, 167/78 und 239/78, 27/79, 28/79 und 45/79, Slg. 1979, 3091, Randnr. 21).

hätte, wären die Kreditzinsen, die sie zu zahlen gehabt hätte und die im Wege des Schadensersatzes von der Kommission zu erstatten gewesen wären, auch nach Abzug etwaiger Hinterlegungszinsen, die die Kommission auszukehren hätte, wesentlich höher als die Avalprovisionen gewesen. Das Gericht sei deshalb zu Unrecht der Meinung gewesen, dass der geltend gemachte Schaden nicht zu ersetzen sei, weil die Kommission sonst Beträge zu ersetzen gehabt hätte, die sie niemals erhalten hatte. Die Rechtsmittelführerin betont, dass der Zweck der Schadensersatzpflicht nach Art. 288 Abs. 2 EG gerade darin bestehe, die Organe für die Schäden haften zu lassen, die sie Dritten durch den Erlass unrechtmäßiger Entscheidungen zufügten.

88. Die Kommission beruft sich dagegen auf das Fehlen jedes direkten ursächlichen Zusammenhangs zwischen ihrem Verhalten und dem Eintritt des geltend gemachten Schadens, der nur auf der freien Entscheidung der Rechtsmittelführerin beruhe, eine Bürgschaft zu stellen, anstatt die Geldbuße — vorläufig — zu zahlen. Darüber hinaus weist die Kommission darauf hin, dass die Bürgschaftskosten auch dann angefallen wären, wenn das Gericht der Klage der Rechtsmittelführerin gegen die Zement-Entscheidung nicht stattgegeben hätte.

Prüfung

89. Zur außergerichtlichen Haftung nach Art. 288 Abs. 2 EG haben die Gemeinschaftsgerichte in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Gemeinschaft nur für solche Schäden hafte, die sich mit hinreichender Unmittelbarkeit aus dem rechtswidrigen Verhalten des Organs ergäben [47], oder mit anderen Worten, dass diese Haftung voraussetze, dass ein unmittelbarer [48] (oder direkter [49]) ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Rechtsverstoß und dem Schaden bestehe [50].

90. Die Rechtsmittelführerin stellt diese Rechtsprechung, auf die sich das angefoch-

47 — Urteile Dumortier u. a./Rat, Randnr. 21, vom 11. Juli 1996, International Procurement Services/Kommission (T-175/94, Slg. 1996, II-729, Randnr. 55), vom 25. Juni 1997, Perillo/Kommission (T-7/96, Slg. 1997, II-1061, Randnr. 41), und vom 29. Oktober 1998, TEAM/Kommission (T-13/96, Slg. 1998, II-4073, Randnr. 68).

48 — Urteile vom 30. Januar 1992, Finsider u. a./Kommission (C-363/88 und C-364/88, Slg. 1992, I-359, Randnrn. 28 und 50, allerdings hinsichtlich der außervertraglichen Haftung der EGKS), und Bergaderm und Goupil/Kommission, Randnrn. 41 und 42, sowie Beschluss vom 12. April 2005, DLD Trading/Rat (C-80/04 P, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 45); Urteile des Gerichts vom 18. September 1995, Blackspur u. a./Rat und Kommission (T-168/94, Slg. 1995, II-2627, Randnr. 40), und vom 13. September 2006, CAS Succhi di Frutta/Kommission (T-226/01, Slg. 2006, II-2763, Randnr. 37).

49 — Urteil Finsider u. a./Kommission, Randnr. 25.

50 — Das Bestehen eines unmittelbaren Kausalzusammenhangs verlangt die Gemeinschaftsrechtsprechung im Übrigen auch als Voraussetzung für die außervertragliche Haftung eines Mitgliedstaats für Schäden, die durch einen ihm zurechenbaren Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht verursacht worden sind. Vgl. Urteile vom 5. März 1996, Brasserie du pêcheur und Factortame (C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029, Randnrn. 51 und 65), vom 23. Mai 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Slg. 1996, I-2553, Randnrn. 25 und 32), und vom 15. Juni 1999, Rechberger u. a. (C-140/97, Slg. 1999, I-3499, Randnr. 72).

tene Urteil bezieht und auf die sie sich auch selbst beruft, nicht als solche in Frage. Vielmehr rügt sie, das Gericht habe diese Rechtsprechung im vorliegenden Einzelfall fehlerhaft herangezogen.

91. Soweit jedoch die Rechtsmittelführerin im ersten Teil dieses Rechtsmittelgrundes (siehe oben, Nr. 85) den erforderlichen Kausalzusammenhang hier mit der Begründung als gegeben ansieht, dass, wenn die Kommission die Zement-Entscheidung gegen die ABZK und die Nordcement nicht erlassen hätte, die Letztgenannten keine Nichtigkeitsklage einreichen und auch keine Sicherheiten in Form von Bürgschaften hätten stellen müssen, ist bei genauer Betrachtung festzustellen, dass der Auffassung der Rechtsmittelführerin ein Begriff des Kausalzusammenhangs zugrunde liegt, der sich so nicht aus der Gemeinschaftsrechtsprechung ergibt. Dieses Argument — das zulässig ist, da es eine Rechtsfrage betrifft — beruht wohl auf der Auffassung, es sei für das Vorliegen des Kausalzusammenhangs *ausreichend*, dass das rechtswidrige Verhalten eine notwendige Bedingung (conditio sine qua non) für die Entstehung des Schadens darstelle, dass also Letzterer nicht entstanden wäre, wenn das Verhalten nicht vorgelegen hätte.

92. Es ist aber eindeutig, dass ein derart weiter Begriff des Kausalzusammenhangs, wie er zu einem gewissen Grad im Recht der außervertraglichen Haftung einer begrenzten Zahl von Mitgliedstaaten begegnet, in die Gemeinschaftsrechtsprechung zu Art. 288 Abs. 2 EG keinen Eingang gefunden hat. Diese nämlich begrenzt, wie ich oben in Nr. 89 ausgeführt habe, die Haftung der Gemeinschaft auf solche Schäden, die sich unmittelbar, wenn nicht gar *hinreichend* unmittelbar, aus dem rechtswidrigen Verhalten des Organs ergeben, und schließt insbesondere die Haftung für solche Schäden aus, die nur entfernte nachteilige Folgen eines solchen Verhaltens darstellen [51].

93. Der erste Teil des vorliegenden Rechtsmittelgrundes ist deshalb meiner Meinung nach zurückzuweisen.

94. Im Zusammenhang mit demselben Rechtsmittelgrund bringt die Rechtsmittelführerin allerdings noch weitere Argumente vor (siehe oben, Nrn. 86 und 87), die nicht notwendig einen nur auf den Gedanken der conditio sine qua non gestützten Begriff des Kausalzusammenhangs voraussetzen und infolgedessen mit einem engeren Begriff des Kausalzusammenhangs durchaus vereinbar erscheinen. Diese Argumente zielen darauf ab, dass die Entscheidung der Rechtsmittelführerin, die Bankbürgschaften zu stellen, den (unmittelbaren) Kausalzusammenhang zwischen der Zement-Entscheidung und den

51 — Vgl. Urteil Dumortier u. a./Rat, Randnr. 21.

mit der Stellung dieser Bürgschaften verbundenen Kosten nicht unterbrochen habe.

95. Ich erinnere daran, dass das Gericht im vorliegenden Fall das Bestehen eines solchen Kausalzusammenhangs im Wesentlichen mit der Begründung verneint hat, die Unternehmen hätten über die Möglichkeit, eine Bankbürgschaft zu stellen anstatt die Geldbuße sofort zu bezahlen, „frei entscheiden" können und dass sich somit „[k]eine der beiden Möglichkeiten ... zwingend aus der Zement-Entscheidung" ergeben habe [52].

96. Dieses Argument läuft auf die Auffassung hinaus, dass eine eigene Handlung des Geschädigten, die dieser zeitlich nach dem rechtswidrigen Verhalten des Organs vornimmt, für den Eintritt des geltend gemachten Schadens mitursächlich wird und somit den ursächlichen Zusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schaden unterbricht, wenn diese Handlung keine *notwendige* Folge des Verhaltens des Organs, sondern das Ergebnis einer freien, d. h. nicht erzwungenen, Entscheidung des Geschädigten ist. Eine solche Entscheidung würde in der Weise zwischen das Verhalten des Organs und den Schaden treten, dass Letzterer eine nur mittelbare oder entfernte Folge des Ersteren wäre.

97. Mit dem zweiten und dem dritten Teil des vorliegenden Rechtsmittelgrundes macht die Rechtsmittelführerin vor allem geltend, dass im vorliegenden Fall die Entscheidung, Bankbürgschaften zu stellen, keineswegs frei gewesen sei, wie es das Gericht festgestellt habe, sondern erzwungen. Dazu macht sie deutlich, dass die Stellung der Bankbürgschaften zum einen der Verpflichtung, das Sicherungsbedürfnis der Kommission hinsichtlich der Bezahlung der Geldbuße zu befriedigen, und zum anderen einer „Schadensminderungspflicht", die angeblich dem durch einen Rechtsverstoß Geschädigten obliege, entsprochen habe.

98. In dieser Hinsicht ist in erster Linie zu untersuchen, ob die genannten Argumente im Rahmen eines Rechtsmittels geprüft werden dürfen oder ob dies unzulässig ist, weil sie die in dem angefochtenen Urteil enthaltene Tatsachenfeststellung oder -würdigung betreffen.

99. Die Rechtsmittelführerin wendet sich mit diesen Argumenten nicht gegen den interpretativen Ansatz des Gerichts — der mir recht eng zu sein scheint –, wonach sich ein Schaden mit hinreichender Unmittelbarkeit aus dem Verhalten des Organs nur dann ergibt, wenn er dessen notwendige Folge ist. Die Rechtsmittelführerin schlägt kein anderes Verständnis des Kausalzusammenhangs vor und wendet sich offenbar nur dagegen, dass das Gericht die Entscheidung, Bürgschaften zu stellen, als freie und nicht erzwungene Entscheidung des zur Bezahlung

52 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 123 und 124.

der Geldbuße verpflichteten Unternehmens bewertet hat.

100. Die Frage ist nun, ob es sich bei dieser Bewertung um das Ergebnis der *Tatsachenwürdigung* durch das Gericht handelt, die als solche der Kontrolle durch den Gerichtshof entzogen ist, oder ob sie die *juristische Bewertung des Sachverhalts* darstellt, zu deren Nachprüfung der Gerichtshof befugt ist.

101. Ich neige zu der Auffassung, dass es sich, auch soweit es um die Feststellung geht, ob ein Kausalzusammenhang konkret vorliegt, noch um die juristische Bewertung des Sachverhalts handelt, was bedeutet, dass die genannten Argumente der Rechtsmittelführerin zulässig sind. Ich halte sie jedoch für in der Sache unbegründet.

102. Zum einen kann nämlich die Stellung einer Bankbürgschaft meines Erachtens nicht als eine alternative Verpflichtung des belangten Unternehmens angesehen werden. Wie das Gericht zu Recht ausgeführt hat, ist das Unternehmen, dem mit einer Entscheidung der Kommission die Zahlung einer Geldbuße auferlegt wurde, rechtlich verpflichtet, die Zahlung der Geldbuße innerhalb der in der Entscheidung gesetzten Frist zu bewirken, vorbehaltlich der Aussetzung ihres Vollzugs durch das Gericht. Die Stellung einer Bankbürgschaft ist dagegen nur eine dem belangten Unternehmen von der Kommission angebotene Möglichkeit, die Erfüllung dieser Verpflichtung zeitlich, nämlich für die Dauer des Verfahrens der gerichtlichen Überprüfung der Bußgeldentscheidung, aufzuschieben.

103. Die Zahlung der Geldbuße und die Stellung einer Bankbürgschaft können deshalb für die hier interessierenden Zwecke nicht auf dieselbe Stufe gestellt werden. Dies widerspräche nämlich dem oben in Nr. 96 beschriebenen interpretativen Ansatz, den die Rechtsmittelführerin mit den hier zu prüfenden Argumenten nicht in Frage stellt und über dessen Richtigkeit deshalb nicht zu entscheiden ist.

104. Zum anderen muss sich zwar nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam ist, der Geschädigte in angemessener Form um die Begrenzung des Schadensumfangs bemühen, wenn er nicht Gefahr laufen will, den Schaden selbst tragen zu müssen [53], doch geht es meines Erachtens zu weit, anzunehmen, dass ein Unternehmen, gegen das zu Unrecht eine Geldbuße verhängt worden ist, sogar die Pflicht habe, eine Bankbürgschaft zu stellen, sofern die dafür

53 — Urteile vom 19. Mai 1992, Mulder u. a./Rat und Kommission (C-104/89 und C-37/90, Slg. 1992, I-3061, Randnr. 33), Brasserie du pêcheur und Factortame, Randnr. 85, und vom 16. März 2000, Parlament/Bieber (C-284/98 P, Slg. 2000, I-1527, Randnr. 57).

anfallenden Avalprovisionen voraussichtlich geringer sind als der von der Kommission möglicherweise zu ersetzende Schaden.

105. Deshalb schlage ich dem Gerichtshof vor, die von der Rechtsmittelführerin vorgebrachten Argumente zurückzuweisen, die darauf abzielen, dass entgegen der vom Gericht in der angefochtenen Entscheidung vertretenen Auffassung die Entscheidung, Bankbürgschaften zu stellen, im vorliegenden Fall eine erzwungene Entscheidung und *als solche* nicht geeignet gewesen sei, den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Zement-Entscheidung und dem geltend gemachten Schaden zu unterbrechen.

106. Der dritte Teil dieses Rechtsmittelgrundes (siehe oben, Nr. 87) enthält aber noch eine weitere Rüge, die nicht auf die angeblich dem Geschädigten obliegende „Schadensminderungspflicht" gestützt ist, sondern auf die Milderung der Schadensfolgen der Zement-Entscheidung durch Stellung der Bankbürgschaften [54].

107. Zu beachten ist, dass diese Rüge darauf abzielt, die Argumentation zu widerlegen, mit der das Gericht in seinen Ausführungen im angefochtenen Urteil zum Bestehen eines Kausalzusammenhangs ausgeschlossen hat, dass die Rechtsmittelführerin sich wirksam auf den Grundsatz, dass es nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung kommen darf, berufen könne, um die Erstattung der Avalprovisionen zu erreichen. Diese Argumentation kommt in Randnr. 130 des angefochtenen Urteils in folgenden Worten zum Ausdruck:

„[Dazu] ist festzustellen, dass ... die Nichtübernahme der Kosten im Zusammenhang mit der Stellung einer Bankbürgschaft keine ungerechtfertigte Bereicherung der Gemeinschaft bewirkt, da die Kosten der Stellung dieser Bankbürgschaft nicht an die Gemeinschaft gezahlt worden sind, sondern an einen Dritten. Die Beachtung des allgemeinen Grundsatzes, dass es nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung kommen darf, rechtfertigt daher keinesfalls deren Erstattung. Müsste die Kommission die Kosten im Zusammenhang mit der Stellung einer Bankbürgschaft übernehmen, würde im Gegenteil das betroffene Unternehmen in die Lage zurückversetzt, in der es sich vor dem Erlass der streitigen Entscheidung befand, wohingegen die Kommission benachteiligt würde, da sie diesem Unternehmen Beträge erstatten müsste, über die sie nicht verfügen konnte." [55]

54 — Vgl. Rechtsmittelschrift, Randnr. 63 am Ende.

55 — Die Rechtsmittelführerin hat sich in Randnr. 20 der beim Gericht eingereichten Klageschrift ausdrücklich auf den Grundsatz, dass es nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung kommen darf, und auf dessen Handhabung durch das Gericht in seinem Urteil vom 10. Oktober 2001, Corus UK/Kommission (T-171/99, Slg. 2001, II-2967), berufen, um die Verpflichtung der Kommission zu begründen, die Verzugszinsen für die rechtswidrig auferlegte und erbrachte Geldbuße zu zahlen.

108. Es ist zu betonen, dass der Grundsatz, dass es nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung kommen darf, der einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts darstellt und auch gegenüber der Gemeinschaft Gültigkeit besitzt [56], im vorliegenden Verfahren nicht als eigenständige Rechtsgrundlage für den von der Rechtsmittelführerin gegen die Kommission erhobenen Anspruch auf Erstattung der Bürgschaftskosten in Frage kommt. Dieser Anspruch ist, wie im angefochtenen Urteil dargelegt wird und wie sich auch klar aus der Rechtsmittelschrift ergibt, ein Schadensersatzanspruch, der auf die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft nach Art. 288 Abs. 2 EG gestützt ist. Der allgemeine Grundsatz, dass es nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung kommen darf, ist im vorliegenden Fall dagegen als Auslegungskriterium von Belang, um die Voraussetzungen des für das Entstehen dieser Haftung erforderlichen Kausalzusammenhangs zu bestimmen. Denn gerade bei der Prüfung dieser Voraussetzungen hat das Gericht, wie ich oben ausgeführt habe, die in der vorstehenden Nummer dargelegten Erwägungen entwickelt, denen die Rechtsmittelführerin vor dem Gerichtshof im Rahmen des dritten Rechtsmittelgrundes entgegentritt, und zwar auch hinsichtlich des Vorliegens dieser Voraussetzungen.

109. Im Kern muss die hier zu prüfende Rüge der Rechtsmittelführerin, die sich gegen die Argumentation richtet, mit der ihr das Gericht eine Berufung auf den allgemeinen Grundsatz, dass es nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung kommen darf, abgeschnitten hat, meines Erachtens wie folgt verstanden werden: Mit ihr soll geltend gemacht werden, dass der Entschluss, die Bankbürgschaften zu stellen, *da er den Umfang des* sich aus dem von der Kommission begangenen Rechtsverstoß ergebenden *Schadens gemindert hat*, nicht als geeignet angesehen werden kann, den unmittelbaren ursächlichen Zusammenhang zwischen Rechtsverstoß und Schaden zu unterbrechen, und zwar unabhängig davon, ob dieser Entschluss frei oder erzwungen war; andernfalls werde gegen den genannten allgemeinen Grundsatz verstoßen.

110. Diese Rüge, die einen rechtlichen Aspekt enthält und deshalb in der Rechtsmittelinstanz zulässig ist, bedarf ernsthafter Prüfung.

111. Die Rechtsmittelführerin macht insbesondere geltend, dass die ABZK und die Nordcement, indem sie Bankbürgschaften stellten anstatt die Geldbuße zu bezahlen, vermeiden konnten, ein Bankdarlehen aufzunehmen, um sich die für die Zahlung notwendigen Mittel zu beschaffen. Hätten sie dagegen das Darlehen aufgenommen, hätte die Kommission der Rechtsmittelführerin als Schadensersatz nach Art. 288 Abs. 2 EG die Zinsen ersetzen müssen, die sie für dieses Darlehen hätte zahlen müssen, abzüglich der Zinsen, die das Organ aus den als Geldbuße empfangenen Beträgen hätte erzielen können. Dieser Differenzbetrag wäre nach Meinung der Rechtsmittelführerin jedenfalls höher als die tatsächlich angefallenen Avalprovisionen gewesen.

56 — Urteil vom 10. Juli 1990, Griechenland/Kommission (C-259/87, Slg. 1990, I-2845, abgekürzte Veröffentlichung, Randnr. 26). Vgl. auch Urteile des Gerichts Corus UK/Kommission, Randnr. 55, und vom 23. November 2004, Cantina sociale di Dolianova u. a./Kommission (T-166/98, Slg. 2004, II-3991, Randnr. 160).

112. Auch ich meine wie die Rechtsmittelführerin, dass das Gericht zu Unrecht jede ungerechtfertigte Bereicherung der Gemeinschaft mit dem Argument ausgeschlossen hat, dass die Bürgschaftskosten nicht an die Gemeinschaft, sondern an Dritte (die Banken) bezahlt worden seien und dass die Erstattung dieser Kosten durch die Kommission diese ungerechtfertigt benachteiligen würde, da sie Beträge erstatten müsste, über die sie nicht habe verfügen können.

113. Bei dieser Argumentation hat das Gericht außer Betracht gelassen, dass eine „Bereicherung" nicht nur in der Form denkbar ist, dass das Aktivvermögen zunimmt, sondern auch dadurch, dass der Umfang von Haftung (Verbindlichkeiten) verringert wird. Das Gericht hat sich irrigerweise darauf gestützt, dass die Kommission keine Zahlung erhalten habe, während sie meiner Meinung nach auf die Verbindlichkeiten (den zu ersetzenden Schaden) hätte abstellen müssen, die sich für die Gemeinschaft in dem Fall ergeben hätten, dass die zu Unrecht auferlegte Geldbuße bezahlt worden wäre.

114. Wenn einerseits erwiesen wäre, dass die Lage der Finanzmärkte und der belangten Unternehmen tatsächlich so war, dass die Stellung der Bankbürgschaften sie vor einem (nicht von der bloßen Bezahlung der auf den Betrag der Geldbuße aufgelaufenen Verzugszinsen durch die Kommission gedeckten [57]) Schaden bewahrt hat, der den Betrag der Avalprovisionen überstieg, und andererseits, dass die Gemeinschaft für einen solchen Schaden aufgrund ihrer außervertraglichen Haftung gemäß Art. 288 Abs. 2 EG hätte aufkommen müssen, hätte die Rechtsmittelführerin meiner Meinung nach aufgrund dieser Bestimmung einen Anspruch, diese Kosten von der Gemeinschaft erstattet zu erhalten.

115. Auch wenn nämlich ein pflichtwidriges Verhalten des Geschädigten, das dessen Schaden mit verursacht hat, unter bestimmten Voraussetzungen den ursächlichen Zusammenhang zwischen Rechtsverstoß und Schaden unterbrechen kann, gilt dies nicht für ein Verhalten dieser Person, mit dem sie ihre Sorgfaltspflicht erfüllt und das den mit dem Rechtsverstoß in Gang gesetzten Kausalverlauf ändert und so zum Eintritt eines

57 — Zur Zahlung dieser Zinsen ebenso wie zur Erstattung der Geldsumme, die der zu Unrecht gezahlten Geldbuße entspricht, ist die Kommission nach Art. 233 EG aufgrund eines Urteils verpflichtet, das eine wegen der Verletzung der Vertragsbestimmungen über den Wettbewerb verhängte Geldbuße für nichtig erklärt oder abmildert. Vgl. dazu Urteil vom 8. Juli 2004, Corus UK/Kommission (T-48/00, Slg. 2004, II-2325, Randnr. 223), und Beschluss vom 4. Mai 2005, Holcim (France)/Kommission (T-86/03, Slg. 2005, II-1539, Randnr. 30).

andersartigen und geringeren Schadens anstelle des zu ersetzenden Schadens führt [58].

116. Um die Fragestellung anders zu formulieren, lässt sich sagen, dass im Fall eines sorgfaltsgerechten Verhaltens des Geschädigten, das den Schaden vermieden oder ihn dem Umfang nach begrenzt hat, die Prüfung der Haftung (wegen Rechtsverstoßes) der Gemeinschaft für die Kosten oder andere Verluste, die der Geschädigte infolge dieses Verhaltens selbst hat erleiden müssen, die Prüfung umfasst, ob ein direkter Kausalzusammenhang nicht zwischen dem Rechtsverstoß und den Kosten oder Verlusten, sondern zwischen dem Rechtsverstoß und dem abgewendeten zu ersetzenden Schaden besteht.

117. Allerdings möchte ich hinzufügen, dass ein Anspruch auf Erstattung dieser Kosten oder Verluste, die dem Geschädigten bei dem Versuch, den Schaden abzuwenden, entstanden sind — jedenfalls bis zur Höhe des abgewendeten zu ersetzenden Schadens –, sogar in dem Fall besteht, dass die Kosten oder Verluste diese Höhe erreichen oder übersteigen.

118. Die von der Rechtsmittelführerin gegen die oben in Nr. 107 wiedergegebene Argumentation des Gerichts vorgebrachte Rüge erscheint mir deshalb begründet.

119. Sollte der Gerichtshof entgegen meinem Vorschlag dem zweiten Rechtsmittelgrund folgen, so müsste meiner Meinung nach auch der dritte Rechtsmittelgrund in den Grenzen der vorstehenden Ausführungen Erfolg haben.

Zur Begründetheit der Schadensersatzklage

120. Art. 61 der Satzung des Gerichtshofs sieht vor: „Ist das Rechtsmittel begründet, so

58 — Bezeichnend erscheint mir in dieser Hinsicht, dass in zwei der bekanntesten aktuellen Forschungsprojekte zur Kodifizierung der Grundsätze des europäischen Rechts der zivilrechtlichen Haftung (mit denen auf der Grundlage der Rechtsvergleichung zwischen den nationalen Systemen Denkanstöße geliefert und der Boden für eine mögliche künftige Vereinheitlichung oder Vereinigung dieser Systeme bereitet werden sollen) — das der European Group on Tort Law (Europäische Gruppe für Deliktsrecht, im Folgenden: EGTL) aus Wien (http://www.egtl.org) oder das der Study Group on a European Civil Code (Studiengruppe für ein europäisches bürgerliches Gesetzbuch, im Folgenden: SGECC) aus Osnabrück (http://www.sgecc.net) — jeweils ein Artikel vorgesehen ist, wonach die Aufwendungen zu erstatten sind, die angemessen sind, um einen befürchteten Schaden abzuwenden oder zu mindern. Vgl. Art. 2:104 der „Grundsätze eines Europäischen Deliktsrechts" der EGTL (Version Mai 2005) und Art. 6:302 der Grundsätze eines europäischen Deliktsrechts der SGECC (Version Dezember 2005).

hebt der Gerichtshof die Entscheidung des Gerichts auf. Er kann sodann den Rechtsstreit selbst endgültig entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist, oder die Sache zur Entscheidung an das Gericht zurückverweisen."

121. Da das Ergebnis, zu dem ich bei der Prüfung des zweiten Rechtsmittelgrundes gelangt bin, ausreichen würde, um die Abweisung der Klage der Rechtsmittelführerin zu begründen, werde ich mich hinsichtlich der Frage einer Anwendung dieser Bestimmung durch den Gerichtshof, falls dieser dem zweiten und dem dritten Rechtsmittelgrund folgen sollte, auf einen einzigen und einfachen Hinweis beschränken.

122. Die Rechtsmittelführerin, die auch beantragt, die Kommission zu verurteilen, ihr die Kosten der Bankbürgschaft zuzüglich Verzugszinsen zu erstatten, hat weder im Verfahren vor dem Gericht noch im Verfahren vor dem Gerichtshof irgendeinen Beweis für die Behauptung vorgelegt, dass die Zahlung der Geldbuße anstelle der Vereinbarung von Bankbürgschaften zu einem zu ersetzenden Schaden geführt habe, der nicht durch die Zahlung der auf den Betrag der Geldbuße von der Kommission zu entrichtenden Verzugszinsen abgegolten sei. Insbesondere hat sie weder substantiiert dargelegt noch bewiesen, dass die ABZK und die Nordcement gezwungen gewesen wären, Darlehen aufzunehmen, um die auferlegte Geldbuße zu bezahlen, und welches Zinsniveau für solche Darlehen gegolten hätte.

123. Das eben Gesagte erlaubt es zwar nicht, die Gründe des angefochtenen Urteils mit der Wirkung zu ersetzen, dass dieses nicht aufgrund des dritten Rechtsmittelgrundes aufgehoben werden müsste [59]; der Gerichtshof ist aber meiner Auffassung nach, wenn er das angefochtene Urteil aufhebt, auch dazu befugt, den Rechtsstreit endgültig dahin gehend zu entscheiden, dass er die Schadensersatzklage der Rechtsmittelführerin abweist.

Kosten

124. Gemäß Art. 122 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs entscheidet der Gerichtshof über die Kosten, wenn das Rechtsmittel zurückgewiesen wird. Gemäß Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

59 — Es ist darauf hinzuweisen, dass nach der Gemeinschaftsrechtsprechung die Rechtsfehler, die das Gericht begangen hat, nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen können, wenn die Urteilsformel sich aus anderen *Rechts*gründen als richtig darstellt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 2. April 1998, Kommission/Sytraval und Brink's France, C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719, Randnr. 47, Kommission/Camar und Tico, Randnr. 57, und vom 30. September 2003, Biret International/Rat, C-93/02 P, Slg. 2003, I-10497, Randnr. 60). Meine obigen Ausführungen bewegen sich noch auf der Ebene der Tatsachenfeststellung und der Beweiswürdigung und nicht auf der der rechtlichen Würdigung des vom Gericht festgestellten Sachverhalts.

125. Entsprechend meinem Vorschlag, das Rechtsmittel zurückzuweisen, und gemäß dem Antrag der Kommission, die Rechtsmittelführerin zur Tragung der Kosten zu verurteilen, bin ich der Meinung, dass die Kosten der Rechtsmittelführerin aufzuerlegen sind.

Ergebnis

126. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor,

— das Rechtsmittel zurückzuweisen;

— der Rechtsmittelführerin die Kosten aufzuerlegen.