SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS
vom 15. Dezember 1993 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. In der vorliegenden Rechtssache hat ein niederländischer Stromerzeuger ein Rechtsmittel gegen ein Urteil des Gerichts erster Instanz eingelegt, mit dem dieses seine Klage auf Nichtigerklärung einer Entscheidung der Kommission abgewiesen hat, mit der ihm aufgegeben worden war, der Kommission bestimmte Unterlagen vorzulegen. Die Rechtssache wirft ein wichtiges Problem auf. Das Problem selbst ist klar; es ist jedoch im Laufe des Verfahrens erheblich komplizierter geworden.

Hintergrund des Verfahrens

2. Die Rechtsmittelführerin ist die Samenwerkende Elektriciteits-produktiebedrijven NV (im folgenden: SEP). Dem Namen der SEP ist zu entnehmen, daß sie die Rechtsform einer *naamloze vennootschap* (Aktiengesellschaft des niederländischen Rechts) hat. Nach dem angefochtenen Urteil sind in der SEP die vier in den Niederlanden Strom erzeugenden „öffentlichen Versorgungsunternehmen" zusammengeschlossen. Unter den Parteien ist streitig, ob die SEP ein privates oder ein staatliches Unternehmen ist; dem Vorbringen wird jedoch zum Teil die Annahme zugrundegelegt, daß sie ein privates Unternehmen sei. Es ist unstreitig, daß die SEP gesetzlich verpflichtet ist, unter Berücksichtigung der Sicherheit der Versorgung Strom zu einem Preis zu erzeugen, der für den Verbraucher so niedrig wie möglich ist.

3. In den Niederlanden wird 50 % der Elektrizität aus Erdgas erzeugt. Der wichtigste Erdgaslieferant der SEP ist die Nederlandse Gasunie NV (im folgenden: Gasunie), die ein faktisches Monopol für die Lieferung von Erdgas in den Niederlanden besitzt. Das gesamte in den Niederlanden gewonnene Erdgas muß offenbar der Gasunie zum Kauf angeboten werden. Die Gasunie ist ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen in dem Sinne, daß 50 % seines Aktienkapitals von der Dutch State und 50 % von den Mineralölgesellschaften Shell und Esso gehalten werden. Die wichtigsten handelspolitischen Entscheidungen der Gasunie unterliegen der Zustimmung des niederländischen Ministeriums für Wirtschaft.

4. Am 16. Juni 1989 schloß die SEP mit einem norwegischen Unternehmen namens Statoil einen Gaslieferungsvertrag. Im folgenden bezeichne ich diesen Vertrag als den „Statoil-Vertrag". Statoil hatte niemals zuvor Zugang zum niederländischen Gasmarkt erhalten, und die SEP hatte niemals zuvor einen solchen Vertrag mit einem anderen Unternehmen als der Gasunie geschlossen, die gleichwohl der Hauptlieferant von SEP bleibt.

* Originalsprache: Englisch.

5. Der Abschluß des Statoil-Vertrags veranlaßte die Gasunie, mit der SEP „Verhaltensregeln" auszuhandeln. Die Verhandlungen begannen im zweiten Quartal 1989, und die endgültige Fassung der Verhaltensregeln wurde am 9. April 1990 beschlossen. Gegen Ende 1989 erhielt die Kommission Kenntnis vom Statoil-Vertrag und von den Verhandlungen zwischen der SEP und der Gasunie. Die Kommission leitete eine Untersuchung im Hinblick auf die Prüfung der Frage ein, ob die Vereinbarungen zwischen der SEP und der Gasunie mit den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags vereinbar seien.

6. Am 6. März 1990 forderte die Kommission die SEP auf, ihr bestimmte Unterlagen vorzulegen, darunter die Verhaltensregeln und den Statoil-Vertrag. Das Verlangen beruhte auf Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 des Rates [1], wonach die Kommission „von den Regierungen und den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sowie von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen alle erforderlichen Auskünfte einholen" kann. Als Antwort übersandte die SEP der Kommission am 9. April 1990 die endgültige Fassung der zwischen ihr und der Gasunie beschlossenen Verhaltensregeln zusammen mit einem früheren Entwurf hiervon; sie weigerte sich jedoch, den Statoil-Vertrag zu übersenden. Die SEP trug vor, dieser Vertrag habe mit den Verhaltensregeln nichts zu tun, berief sich in diesem Stadium jedoch nicht auf dessen Vertraulichkeit.

7. Nach einem weiteren Schriftwechsel zwischen der SEP und der Kommission erließ diese am 2. August 1990 die auf Artikel 11 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17 gestützte angefochtene Entscheidung. In dieser Entscheidung wurde der SEP aufgegeben, der Kommission binnen zehn Tagen den Statoil-Vertrag und den damit verbundenen Schriftwechsel vorzulegen. Im Schreiben vom 16. August 1990 bekräftigte die SEP ihre Weigerung, den Statoil-Vertrag vorzulegen, und berief sich erstmals auf dessen Vertraulichkeit. Daneben bot sie an, die Gründe für ihr Verhalten in einer persönlichen Unterredung mit dem Generaldirektor für Wettbewerb der Kommission zu erläutern. Mit Schreiben vom 30. August 1990 lehnte die Kommission dieses Angebot mit der Begründung ab, die Vertraulichkeit des Statoil-Vertrags könne die Weigerung der SEP, ihn der Kommission vorzulegen, nicht rechtfertigen, da diese nach Artikel 20 der Verordnung Nr. 17 an das Berufsgeheimnis gebunden sei. Die Absätze 1 und 2 des Artikels 20 spielen eine Schlüsselrolle in diesem Rechtsstreit, so daß es zweckmäßig erscheint, sie hier in vollem Wortlaut wiederzugeben. Sie bestimmen folgendes:

„1. Die bei Anwendung der Artikel 11, 12, 13 und 14 erlangten Kenntnisse dürfen nur zu dem mit der Auskunft oder Nachprüfung verfolgten Zweck verwertet werden.

2. Die Kommission und die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sowie ihre Beamten und sonstigen Bediensteten sind verpflichtet, Kenntnisse nicht preiszugeben, die sie bei Anwendung dieser Verordnung erlangt haben und die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen; die Artikel 19 und 21 bleiben unberührt."

8. Mit Schreiben vom 12. September 1990 machte die SEP deutlich, daß sie sich deshalb auf die Vertraulichkeit des Statoil-Vertrags

1 — ABl. Nr. 13 vom 21. Februar 1962, S. 204.

berufe, weil sie befürchte, daß der Inhalt dieses Vertrags der niederländischen Regierung bekannt werde, die der größte Anteilseigner der Gasunie sei. Dies würde aber bei einer Übersendung des Vertrags an die Kommission wahrscheinlich geschehen, da diese nach Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17, wonach „die Kommission ... den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten ... eine Abschrift ... der wichtigsten Schriftstücke, die zur Feststellung von Verstößen gegen Artikel 85 oder 86 des Vertrages ... bei ihr eingereicht werden [, übermittelt]", den niederländischen Wettbewerbsbehörden eine Abschrift des Vertrags übersenden müßte. In diesem Schreiben bot die SEP der Kommission ferner an, ihr Einsicht in den Statoil-Vertrag zu gewähren, sofern davon keine Kopie gemacht werde; die Kommission würde sodann feststellen, daß eine Prüfung des Statoil-Vertrags nicht erforderlich sei, um die zwischen der SEP und der Gasunie vereinbarten Verhaltensregeln beurteilen zu können.

9. Mit Schreiben vom 24. September 1990 lehnte die Kommission dieses Angebot mit der Begründung ab, es entspreche nicht den Anforderungen des Artikels 11 der Verordnung Nr. 17. Sie wies in diesem Schreiben außerdem darauf hin, daß Artikel 10 dieser Verordnung ihr einen ausreichenden Ermessensspielraum bezüglich der Übermittlung der Schriftstücke an die Mitgliedstaaten lasse und daß kein Grund bestehe, diesen den Statoil-Vertrag zu übersenden, wenn, wie die SEP behauptete, die Anwendung des Vertrags durch die Verhaltensregeln nicht beeinflußt werden könne.

Prozeßgeschichte

10. Die SEP erhob am 26. September 1990 beim Gericht erster Instanz Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 2. August 1990. Diese Klage wurde als Rechtssache T-39/90 in das Register der Kanzlei eingetragen. Am selben Tag beantragte die SEP außerdem die Aussetzung des Vollzugs der Entscheidung im Wege der einstweiligen Anordnung. Dieser Antrag wurde vom Präsidenten des Gerichts erster Instanz am 21. November 1990 zurückgewiesen. Mit Entscheidung vom 26. November 1990 setzte die Kommission nach Artikel 11 Absatz 5 und Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 17 gegen die SEP ein Zwangsgeld in Höhe von 1 000 ECU für jeden Tag, an dem der Entscheidung vom 2. August 1990 nicht nachgekommen werde, fest. Daraufhin übersandte die SEP der Kommission den Statoil-Vertrag, wobei sie sich ausdrücklich sämtliche Rechte vorbehielt.

11. Am 14. Dezember 1990 legte die SEP beim Gerichtshof ein Rechtsmittel gegen den Beschluß des Präsidenten des Gerichts erster Instanz ein. Am selben Tag reichte sie beim Gerichtshof außerdem einen Antrag auf Aussetzung des Vollzugs der Entscheidung der Kommission vom 2. August 1990 ein. Hilfsweise beantragte sie beim Gerichtshof, der Kommission zu untersagen, den Mitgliedstaaten eine Kopie des Statoil-Vertrags vorzulegen, bis das Gericht erster Instanz über ihre Klage auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung entschieden hat oder bis der Gerichtshof das Urteil über ihr Rechtsmittel gegen den Beschluß des Präsidenten des Gerichts erster Instanz erlassen hat. Schließlich legte die SEP gegen den Beschluß des Präsidenten des Gerichts erster Instanz ein zweites Rechtsmittel ein, mit dem sie beantragte, die Kommission anzuweisen, ihr den Statoil-Vertrag zurückzugeben.

12. Mit Beschluß vom 3. Mai 1991 nahm der Präsident des Gerichtshofes zur Kenntnis, daß die SEP ihre Anträge auf einstweilige Anordnungen zurückgenommen hatte, nachdem sich die Kommission verpflichtet hatte, den Inhalt des Statoil-Vertrags nicht den Behörden der Mitgliedstaaten mitzuteilen, bevor das Gericht erster Instanz über die Klage der SEP auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung entschieden hat. Das Gericht erster Instanz wies diese Klage mit Urteil vom 12. Dezember 1991 ab [2]. Dieses Urteil ist Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittels.

Das mit dem Rechtsmittel angefochtene Urteil

13. Vor dem Gericht erster Instanz machte die SEP drei Nichtigkeitsgründe geltend: a) die angefochtene Entscheidung verstoße gegen Artikel 11 der Verordnung Nr. 17, b) sie sei unzureichend begründet, und c) sie verletze den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

14. Mit dem ersten Nichtigkeitsgrund machte die SEP geltend, der Statoil-Vertrag sei für die Untersuchung der Kommission nicht — im Sinne des Artikels 11 der Verordnung Nr. 17 — erforderlich, da Gegenstand der Untersuchung die Beurteilung der Vereinbarkeit der von der SEP und der Gasunie beschlossenen Verhaltensregeln mit Artikel 85 EWG-Vertrag sei. Dadurch, daß die Kommission die Vorlage des Statoil-Vertrags verlangt habe, habe sie den Gegenstand ihrer Untersuchung geändert. Die Kommission führe eine Untersuchung eines Wirtschaftszweigs auf dem niederländischen Gasmarkt durch; eine solche Untersuchung unterliege der Regelung des Artikels 12 der Verordnung Nr. 17.

15. Mit ihrem zweiten Nichtigkeitsgrund machte die SEP geltend, die angefochtene Entscheidung sei unzureichend begründet, weil die von der Kommission angeführten Gründe das Verlangen nach Vorlage des Statoil-Vertrags nicht rechtfertigen könnten, soweit sie den Gegenstand der Untersuchung veränderten.

16. Mit ihrem dritten Nichtigkeitsgrund machte die SEP geltend, das Verlangen nach Vorlage des Statoil-Vertrags verletze wegen der Vertraulichkeit des Vertrags den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Nach Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 sei die Kommission verpflichtet, den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten eine Abschrift des Vertrags zu übersenden. In den Niederlanden sei zuständige Behörde die Generaldirektion für Wettbewerb des Ministeriums für Wirtschaft. Eine andere Stelle dieses Ministeriums — die Generaldirektion für Energie — sei für die Festlegung der Handelspolitik der Gasunie zuständig. Die SEP meinte nun, ihre Verhandlungsposition als Käufer von Erdgas würde geschwächt werden, wenn die Personen, die für die Bestimmung der Handelspolitik ihres Hauptlieferanten (Gasunie) verantwortlich seien, von den von ihrem anderen Lieferanten (Statoil) angebotenen vertraglichen Konditionen erführen.

17. In seinem Urteil vom 12. Dezember 1991 hat das Gericht erster Instanz alle von der SEP angeführten Nichtigkeitsgründe als nicht stichhaltig zurückgewiesen. Zum ersten Nichtigkeitsgrund hat das Gericht

2 — Slg. 1991, II-1497.

festgestellt, daß Gegenstand der Untersuchungen der Kommission stets die Beziehungen zwischen der SEP und der Gasunie gewesen seien, die in einer möglicherweise gegen Artikel 85 EWG-Vertrag verstoßenden Vereinbarung (den Verhaltensregeln) gegipfelt hätten. Die Kommission habe die Vorlage jedes Schriftstücks verlangen können, bei dem vernünftigerweise davon ausgegangen werden könne, daß zwischen ihm und der zur Last gelegten Zuwiderhandlung ein Zusammenhang bestehe. Zwischen dem Statoil-Vertrag und den Verhaltensregeln habe ein hinreichender Zusammenhang bestanden, da beide Vereinbarungen von der SEP mit einem ihrer Erdgaslieferanten geschlossen worden seien. Über die zeitliche Nähe zwischen den beiden Vereinbarungen hinaus habe die SEP eingeräumt, daß der Statoil-Vertrag die Gasunie veranlaßt habe, die Verhaltensregeln auszuhandeln. Der Statoil-Vertrag habe „erforderliche Auskünfte" im Sinne des Artikels 11 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 dargestellt, da er zum wirtschaftlichen Umfeld der Verhaltensregeln gehört habe.

18. Zum zweiten Nichtigkeitsgrund hat das Gericht erster Instanz festgestellt, daß sich die Kommission in der angefochtenen Entscheidung ausdrücklich auf das Erfordernis der Kenntnis des wirtschaftlichen Umfelds der Verhaltensregeln bezogen und erwähnt habe, daß ein früherer Entwurf dieser Regeln die Möglichkeit in Betracht gezogen habe, daß die Lieferungen von Statoil an die SEP der Zustimmung der Gasunie unterworfen werden könnten. Damit habe die Kommission ihre Annahme hinreichend begründet, daß zwischen dem Statoil-Vertrag und den Verhaltensregeln ein Zusammenhang bestehe.

19. Zum dritten Nichtigkeitsgrund hat das Gericht ausgeführt, bei der Durchführung des Artikels 11 der Verordnung Nr. 17 müsse in der Tat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden, so daß die Verpflichtung zur Auskunftserteilung daher für das betreffende Unternehmen keine Belastung darstellen dürfe, die zu den Erfordernissen der Untersuchung außer Verhältnis stehe. Die Vorlage des Statoil-Vertrags stelle jedoch für die SEP keine unverhältnismäßige Belastung dar. Selbst wenn die Kommission den Vertrag gemäß Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 den niederländischen Behörden übersenden würde, wäre die vertrauliche Behandlung dieses Vertrags durch Artikel 20 der Verordnung gewährleistet, wonach die Kommission und die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten die Vertraulichkeit von Schriftstücken wahren müßten, die Berufsgeheimnisse enthielten.

Das Rechtsmittel der SEP

20. Mit ihrem Rechtsmittel macht die SEP acht verschiedene Rechtsmittelgründe geltend, die sie in drei Gruppen einteilt, die den drei vor dem Gericht erster Instanz geltend gemachten Nichtigkeitsgründen entsprechen. Sie trägt die acht Rechtsmittelgründe zur Stützung von zwei Hauptargumenten vor, nämlich erstens daß die Vorlage des Statoil-Vertrags für die Untersuchung der Kommission über die Beziehungen zwischen der SEP und der Gasunie nicht erforderlich sei (Rechtsmittelgründe 1 bis 5) und zweitens daß die Vorlage des Statoil-Vertrags angesichts seiner Vertraulichkeit und der offensichtlichen Gefahr, daß er in die Hände derjenigen gelangen könnte, die die Handelspolitik der Gasunie bestimmten, eine unverhältnismäßige Belastung für die SEP darstellen würde (Rechtsmittelgründe 6 bis 8).

Erster Rechtsmittelgrund: Das Gericht erster Instanz habe Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 unzutreffend ausgelegt, indem es angenommen habe, daß die Voraussetzung der „Erforderlichkeit" nur bedeute, daß ein „Zusammenhang zwischen dem Auskunftsverlangen und der vermuteten Zuwiderhandlung" bestehen müsse.

21. Meines Erachtens kann dieser Rechtsmittelgrund nicht durchgreifen. Zwar deuten bestimmte Passagen des Urteils des Gerichts erster Instanz auf eine zu weite Definition des Begriffs „erforderlich" in Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 hin. So spricht das Gericht im letzten Satz der Randnummer 29 z. B. vom „Erfordernis eines Zusammenhangs zwischen dem Auskunftsverlangen und der vermuteten Zuwiderhandlung" und sagt, dieses Erfordernis sei erfüllt, wenn „hinreichende Gründe für die Annahme einer Beziehung zwischen dem Verlangen und der vermuteten Zuwiderhandlung sprechen". Eine bloße Beziehung zwischen einem Schriftstück und der vermuteten Zuwiderhandlung genügt nicht, um ein Verlangen nach Vorlage des Schriftstücks zu rechtfertigen; die Beziehung muß vielmehr dergestalt sein, daß die Kommission zum Zeitpunkt des Verlangens vernünftigerweise davon ausgehen konnte, daß das Schriftstück ihr bei der Prüfung, ob die vermutete Zuwiderhandlung tatsächlich vorgelegen hat, nützen würde.

22. Im vorliegenden Fall kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß die Beziehung zwischen dem Statoil-Vertrag und den Verhaltensregeln eng genug war, um das Verlangen der Kommission zu rechtfertigen. Die vom Gericht erster Instanz hierzu in Randnummer 31 seines Urteils angeführten Gründe sind überzeugend. Darin stellt das Gericht fest, daß die SEP sowohl Partei des Statoil-Vertrags als auch der Verhaltensregeln gewesen sei und daß in beiden Fällen die jeweils andere Partei einer ihrer Erdgaslieferanten gewesen sei. Nach den Feststellungen des Gerichts bestand auch eine zeitliche Nähe zwischen dem Statoil-Vertrag und den Verhaltensregeln, da diese kurz nach dem Abschluß des Vertrags vereinbart worden seien. Daher sei der Statoil-Vertrag für die Kommission erforderlich gewesen, um das wirtschaftliche Umfeld, in das die Verhaltensregeln einzuordnen seien, beurteilen zu können.

23. Auf den entscheidenden Punkt hat das Gericht erster Instanz jedoch im dritten Absatz der Randnummer 31 hingewiesen, darauf nämlich, daß — wie die SEP selbst eingeräumt habe — der Abschluß des Statoil-Vertrags die Gasunie veranlaßt habe, die Verhaltensregeln mit der SEP auszuhandeln. Angesichts dieses unmittelbaren Kausalzusammenhangs zwischen dem Statoil-Vertrag und den Verhaltensregeln sehe ich nicht, wie sich ernsthaft die Auffassung vertreten läßt, daß das eine nicht für die Untersuchung über die angebliche Rechtswidrigkeit des anderen relevant sein soll.

Zweiter Rechtsmittelgrund: Die Gründe, die das Gericht erster Instanz für seine Feststellung angeführt habe, daß kein Verstoß gegen Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 vorliege, seien unzureichend und unzutreffend.

24. Die SEP rügt die Feststellung des Gerichts erster Instanz, daß die Kommission den Gegenstand ihrer Untersuchung mit der angefochtenen Entscheidung nicht erweitert habe. Die Argumentation des Gerichts sei in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft.

25. Im einzelnen trägt die SEP vor, das Gericht habe ihr Argument nicht berücksichtigt, daß die Kommission in der angefochtenen Entscheidung davon ausgegangen sei, daß die Verhaltensregeln und der Statoil-

Vertrag zusammen den Gegenstand ihrer Untersuchung darstellten. Dies habe die Kommission an einigen Stellen ihrer Schriftsätze vor dem Gericht erster Instanz selbst eingeräumt.

26. Die SEP verweist auf Randnummer 27 des Urteils, in der das Gericht festgestellt habe, daß die Kommission die Vorlage des Statoil-Vertrags deshalb verlangt habe, weil sie diesen benötigt habe, um die Rechtmäßigkeit der Verhaltensregeln im Hinblick auf deren mögliche Auswirkungen auf den Vertrag prüfen zu können. Das Gericht habe sich insoweit auf die sechste Begründungserwägung der angefochtenen Entscheidung bezogen. Nach Ansicht der SEP wird diese Feststellung jedoch durch die sechste Begründungserwägung nicht gestützt. Die SEP weist insbesondere darauf hin, daß die Kommission in dieser Begründungserwägung ausgeführt habe, der Statoil-Vertrag könne eine Vereinbarung sein, die den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes beeinflusse.

27. Die SEP rügt weiter, das Urteil des Gerichts erster Instanz sei insoweit für unzureichend begründet, als das Gericht nicht berücksichtigt habe, daß die Kommission die Erforderlichkeit der Vorlage des Vertrags zu dem Zeitpunkt hätte nachweisen müssen, zu dem sie diese verlangt habe. Dazu beruft sich die SEP auf Randnummer 28 des Urteils, in der das Gericht ausgeführt habe, daß der in der angefochtenen Entscheidung enthaltene ergänzende Hinweis auf die mögliche Rechtswidrigkeit des Statoil-Vertrags angesichts des klaren Wortlauts des ursprünglichen Vorlageverlangens und der angefochtenen Entscheidung sowie der „Erläuterungen der Kommission in der mündlichen Verhandlung" nicht zu einer Änderung des Untersuchungsgegenstands habe führen können. Nach Ansicht der SEP kamen die Erläuterungen der Kommission in der mündlichen Verhandlung zu spät, um für die Frage, ob das Verlangen nach Vorlage des Statoil-Vertrags gerechtfertigt sei, von irgendeiner Bedeutung zu sein.

28. Nach Ansicht der Kommission kann dieser Rechtsmittelgrund nicht erfolgreich sein, da er die Tatsachenwürdigung betreffe, die das Gericht erster Instanz außerdem noch angemessen begründet habe.

29. Dieser Rechtsmittelgrund ist komplex und wirft verschiedene Fragen auf, die jedoch alle im wesentlichen die Bestimmung des Gegenstands der Untersuchung der Kommission betreffen. Das Hauptargument der SEP geht dahin, daß die Kommission infolge doppeldeutiger Erklärungen in ihrem ursprünglichen Vorlageverlangen (Schreiben vom 6. März 1990) und in der angefochtenen Entscheidung Verwirrung über den Gegenstand ihrer Untersuchung gestiftet habe.

30. Nach Auffassung der SEP ist nicht klar, ob sich die Untersuchung ihrem Gegenstand nach nur auf die Verhaltensregeln oder sowohl auf diese Regeln als auch auf den Statoil-Vertrag beziehe oder ob die Kommission eine Untersuchung eines Wirtschaftszweigs — auf dem niederländischen Gasmarkt — durchführe. Die Bedeutung dieses Vorbringens liegt darin, daß die Kommission dann, wenn sie nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 Auskünfte verlangt, gemäß Artikel 11 Absatz 3 auf den „Zweck des Verlangens" hinweisen muß, was natürlich bedeutet, daß sie die vermutete Verletzung der Wettbewerbsregeln konkret nennen muß. Die Erforderlichkeit der Auskünfte ist im Zusammenhang mit dem im Auskunftsverlangen angegebenen Zweck zu beurteilen. Der Zweck ist mit hinreichender Genauigkeit anzugeben, da sonst nicht festgestellt werden kann, ob die Auskünfte notwendig sind, und der Gerichtshof seine Nachprüfung nicht vornehmen kann. Was das Vorbringen der SEP angeht, die Kommission führe in Wirklichkeit eine Untersuchung eines Wirtschaftszweigs auf dem niederländi-

schen Gasmarkt nach Artikel 12 der Verordnung Nr. 17 durch, so liegt die Erheblichkeit dieses Vorbringens darin, daß die Kommission bei einer solchen Untersuchung ihre Aufmerksamkeit nicht auf eine spezifische vermutete Zuwiderhandlung beschränken muß.

31. Auch wenn die Kommission nun mit Nachdruck betont, daß Gegenstand ihrer Untersuchung die Verhaltensregeln zwischen der SEP und Gasunie gewesen seien und daß sie die Vorlage des Statoil-Vertrags nur deshalb verlangt habe, weil dieser das wirtschaftliche Umfeld der Verhaltensregeln verdeutlicht habe, so hat sie doch bisweilen den Eindruck erweckt, der Statoil-Vertrag sei nicht nur von untergeordnetem Interesse, sondern könne selbst gegen Artikel 85 verstoßen.

32. So hat sich die Kommission im Schreiben vom 6. März 1990, in dem im Betreff „Vereinbarung zwischen der SEP und der Gasunie" angegeben ist, auf diese Vereinbarung (die Verhaltensregeln) und auf den Statoil-Vertrag bezogen und sodann ausgeführt, sie wünsche Auskünfte über beide Vereinbarungen, wobei der Zweck des Verlangens darin bestehe, ihr die Beurteilung der Vereinbarkeit „dieser Vereinbarungen(en)" [3] mit den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags zu ermöglichen. Weitere Verwirrung wurde durch die sechste Begründungserwägung der angefochtenen Entscheidung hervorgerufen, in der es ausdrücklich heißt, daß der Statoil-Vertrag eine Vereinbarung sein könne, die den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes beeinflusse.

33. Das Gericht erster Instanz geht in den Randnummern 27 und 28 des angefochtenen Urteils davon aus, daß die Kommission einige Verwirrung hinsichtlich des Gegenstands ihrer Untersuchung gestiftet habe, und weist darauf hin, daß sie in der mündlichen Verhandlung eingeräumt habe, die sechste Begründungserwägung der angefochtenen Entscheidung habe möglicherweise Anlaß zu Mißverständnissen gegeben. Gleichwohl meint das Gericht, die Kommission habe sowohl in ihrem Schreiben vom 6. März 1990 als auch in der angefochtenen Entscheidung hinreichend deutlich gemacht, daß sich ihre Untersuchung in erster Linie auf die Verhaltensregeln zwischen der SEP und der Gasunie beziehe und daß der Statoil-Vertrag von untergeordnetem Interesse sei, soweit er zum wirtschaftlichen Umfeld gehöre und die Kommission in die Lage versetzen könne, die Auswirkungen der Verhaltensregeln auf den Wettbewerb zu prüfen.

34. Meiner Ansicht nach kann nicht gesagt werden, daß diese Feststellung des Gerichts erster Instanz fehlerhaft oder unzureichend begründet ist. Es mag zwar fraglich sein, ob das Gericht (im dritten Absatz der Randnr. 28) zu Recht angenommen hat, daß die Kommission in der mündlichen Verhandlung vor dem Gericht Erläuterungen zum Gegenstand der Untersuchung geben könne. Die Kommission muß den Gegenstand ihrer Untersuchung in ihrem ursprünglichen Auskunftsverlangen und (gegebenenfalls) in der förmlichen Entscheidung, mit der sie nach Artikel 11 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17 die Vorlage von Schriftstücken verlangt, genau bezeichnen. Ist der Untersuchungsgegenstand in diesen Stadien unklar, so kann das betreffende Unternehmen nicht erkennen, ob möglicherweise Gründe dafür bestehen, dem ursprünglichen Verlangen nicht nachzukommen und die förmliche Entscheidung vor dem Gericht erster Instanz anzufechten. Es genügt nicht, in der mündlichen Verhandlung Erläuterungen zu geben.

3 — Das Gericht erster Instanz zitiert diesen Teil des Schreibens vom 6. März 1990 in Randnr. 27 seines Urteils und bezieht darin die Wörter „dieser Vereinbarung(en)" ausschließlich auf Vereinbarungen zwischen der SEP und der Gasunie. Es scheint jedoch klar zu sein, daß die Kommission sich auf die Verhaltensregeln und den Statoil-Vertrag bezogen hat.

35. Ich halte jedoch diese Schwäche in der Argumentation des Gerichts erster Instanz nicht für so ernst, daß sie eine Aufhebung des angefochtenen Urteils rechtfertigen könnte. Auch ohne die Erläuterungen der Kommission im Verfahren vor dem Gericht durfte dieses zu Recht annehmen, daß sich aus dem Inhalt des Schreibens vom 6. März 1990 und der angefochtenen Entscheidung eindeutig ergebe, daß sich die Untersuchung der Kommission in erster Linie auf die Verhaltensregeln zwischen der SEP und der Gasunie bezog und daß der Statoil-Vertrag von rein untergeordnetem Interesse war.

Dritter Rechtsmittelgrund: Das Gericht erster Instanz habe zu Unrecht das Argument der SEP nicht berücksichtigt, daß die Kommission, die eingeräumt habe, daß sie eine Untersuchung auf dem niederländischen Gasmarkt durchgeführt habe, diese Untersuchung nicht auf Artikel 11, sondern auf Artikel 12 der Verordnung Nr. 17 hätte stützen müssen.

36. Nach Ansicht der SEP untersucht die Kommission nicht die Beziehungen zwischen der SEP und der Gasunie, sondern vielmehr allgemein den niederländischen Gasmarkt. Daher müsse sie statt nach Artikel 11 nach Artikel 12 der Verordnung Nr. 17 vorgehen. Nach Artikel 12 Absatz 1 könne die Kommission „von den diesem Wirtschaftszweig angehörenden Unternehmen die Auskünfte verlangen, die zur Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 des Vertrages niedergelegten Grundsätze und zur Erfüllung der der Kommission übertragenen Aufgaben erforderlich sind". Auch wenn sie nach Artikel 12 vorgehe, müsse sie auf „die Rechtsgrundlage und den Zweck" eines Auskunftsverlangens hinweisen, da Artikel 11 Absatz 3 in Artikel 12 Absatz 4 für anwendbar erklärt werde. Sie brauche dann jedoch keine vermutete spezifische Zuwiderhandlung zu bezeichnen, sondern müsse nur angeben, daß bestimmte Umstände die Annahme nahelegten, daß der Wettbewerb in dem betreffenden Wirtschaftszweig eingeschränkt oder verfälscht werde (siehe Artikel 12 Absatz 1). Indem die Kommission vorgebe, nach Artikel 11 vorzugehen, während sie tatsächlich nach Artikel 12 vorgehe, handele sie — wenn ich das Argument der SEP richtig verstehe — rechtswidrig.

37. Die Schwäche dieses Arguments besteht darin, daß kaum zu erkennen ist, welchen Vorteil die Kommission davon haben könnte, daß sie die wahre Natur ihrer Untersuchung in der behaupteten Weise verschleiert. Im Gegenteil, Artikel 12 der Verordnung Nr. 17 räumt eher noch weitere und weniger beschränkte Untersuchungsbefugnisse als Artikel 11 ein.

38. Natürlich ist es möglich, daß die Kommission eine Untersuchung über eine vermutete spezifische Zuwiderhandlung in der Gasindustrie und gleichzeitig eine allgemeine Untersuchung auf dem Gasmarkt durchführen möchte. Wenn die Kommission dartun kann, daß sie berechtigt ist, für die Zwecke der Untersuchung einer spezifischen Zuwiderhandlung Einsicht in ein Schriftstück zu erhalten, sehe ich nicht, wie sie das Recht auf Einsicht in dieses Schriftstück deshalb verlieren könnte, weil dieses auch im Rahmen der allgemeinen Untersuchung relevant ist. Deshalb würde ich diesen Rechtsmittelgrund zurückweisen.

Vierter Rechtsmittelgrund: Das Gericht erster Instanz habe mit der Feststellung, daß die angefochtene Entscheidung hinreichend begründet gewesen sei, Artikel 190 EWG-Vertrag verletzt.

39. Dieser Rechtsmittelgrund bedarf keiner längeren Ausführungen, da mit ihm offenbar nichts vorgebracht wird, was nicht bereits im Rahmen des zweiten Rechtsmittelgrunds vorgebracht worden ist.

40. Nach Ansicht der SEP beruht die angefochtene Entscheidung insoweit auf einer doppeldeutigen Begründung, als die Kommission nicht deutlich gemacht habe, ob der Statoil-Vertrag selbst Gegenstand der Untersuchung sei oder ob er im Rahmen einer Untersuchung der Rechtmäßigkeit der Verhaltensregeln lediglich von untergeordnetem Interesse sei. Da die angefochtene Entscheidung somit unzureichend begründet sei, verstoße sie gegen Artikel 190 EWG-Vertrag.

41. Aus meinen Ausführungen zum zweiten Rechtsmittelgrund dürfte sich klar ergeben, daß ich zwar einräume, daß die Kommission hinsichtlich des Gegenstands ihrer Untersuchung einige Verwirrung gestiftet hat, daß sich ihre Untersuchung jedoch, wie dem Schreiben vom 6. März 1990 und der angefochtenen Entscheidung eindeutig zu entnehmen ist, in erster Linie auf die Verhaltensregeln bezog und der Statoil-Vertrag von untergeordnetem Interesse war. Folglich kann die angefochtene Entscheidung nicht in der von der SEP bezeichneten Weise unzureichend begründet sein.

Fünfter Rechtsmittelgrund: Das Gericht erster Instanz habe für seine Zurückweisung des Vorbringens der SEP, daß die angefochtene Entscheidung nicht hinreichend begründet gewesen sei, keine hinreichenden Gründe angeführt.

42. Mit diesem Rechtsmittelgrunm werden lediglich Argumente wiederholt, die im Rahmen des vierten Rechtsmittelgrunds angeführt worden sind, mit dem, wie ich bereits gesagt habe, seinerseits im Rahmen des zweiten Rechtsmittelgrunds angeführte Argumente wiederholt worden sind. Ich halte es nicht für notwendig, ein drittes Mal darzulegen, warum mich diese Argumente nicht überzeugen.

Sechster, siebter und achter Rechtsmittelgrund: Das Gericht erster Instanz habe Artikel 20 der Verordnung Nr. 17 verletzt oder unzutreffend ausgelegt und außerdem seine Feststellung, daß die angefochtene Entscheidung nicht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletze, unzureichend begründet.

43. Die letzten drei Rechtsmittelgründe überschneiden sich erheblich, so daß ich sie gemeinsam behandeln werde. Ihnen ist das Vorbringen gemeinsam, daß die angefochtene Entscheidung dadurch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen habe, daß sie der SEP die Verpflichtung auferlegt habe, der Kommission ein vertrauliches Dokument vorzulegen, das danach den zuständigen nationalen Behörden, einschließlich der Generaldirektion Wettbewerb im niederländischen Wirtschaftsministerium, übermittelt würde; dadurch würde das Schriftstück wahrscheinlich in die Hände der Beamten der Generaldirektion Energie im selben Ministerium gelangen, die für die Festlegung

der Handelspolitik der Gasunie verantwortlich seien. Die SEP trägt vor, sie habe ein berechtigtes Interesse daran, es nicht zuzulassen, daß die Personen, die die Handelspolitik ihres Hauptlieferanten (Gasunie) festlegten, Kenntnis vom Inhalt eines Vertrags erlangten, den sie mit einem anderen Lieferanten (Statoil) geschlossen habe.

44. Das Gericht erster Instanz hat hierzu festgestellt, daß die Gefahr einer solchen Verletzung der Vertraulichkeit auszuschließen sei, da die niederländischen Behörden ebenso wie die Kommission an Artikel 20 der Verordnung Nr. 17 gebunden seien. Nach Auffassung des Gerichts erster Instanz verbietet Artikel 20 den niederländischen Behörden nicht nur, vertrauliche Schriftstücke Personen außerhalb des betreffenden Verwaltungsbereichs preiszugeben, sondern auch, solche Dokumente innerhalb des betreffenden Bereichs zu verbreiten. Daher sei es den Beamten der Generaldirektion Wettbewerb untersagt, den Inhalt des Statoil-Vertrags Beamten der Generaldirektion Energie preiszugeben. Außerdem verbiete Artikel 20 der Verordnung Nr. 17 den nationalen Behörden, an die der Statoil-Vertrag gesandt werden könnte, die darin enthaltenen Informationen zur Festlegung der Handelspolitik der Gasunie zu verwenden.

45. Zu der von der SEP betonten Besonderheit des vorliegenden Rechtsstreits hat das Gericht (in Randnr. 57) ausgeführt, daß die gleiche Frage sich immer dann stellen könne, wenn eine Untersuchung der Kommission die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen einem Privatunternehmen und einem öffentlichen Unternehmen oder einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft betreffe; ein solcher Umstand, der praktisch häufig vorkommen werde, verleihe der Untersuchung der Kommission keinerlei besonderen Charakter und könne daher im Rahmen der Anwendung der Verordnung Nr. 17 in keiner Weise besonders berücksichtigt werden.

46. Zum angeblichen Fehlen von Verwaltungsvorschriften, die sicherstellen sollten, daß vertrauliche Informationen nicht zwischen den verschiedenen Direktionen des niederländischen Ministeriums für Wirtschaft kursierten, meint das Gericht, dies lasse nicht ohne weiteres den Schluß zu, daß die niederländischen Behörden ihren Verpflichtungen aus Artikel 20 der Verordnung Nr. 17 nicht nachkommen würden.

47. Im Ergebnis hat das Gericht die Ansicht vertreten, daß die Beschränkungen, die Artikel 20 den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Preisgabe und der Verwertung von Informationen auferlege, die ihnen gemäß Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 übermittelt würden, der SEP ausreichende Sicherheit böten. Folglich führe die angefochtene Entscheidung nicht zu der von der SEP behaupteten übermäßigen Gefährdung und verstoße daher nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Randnr. 60).

48. Eine Reihe von Beanstandungen der SEP richten sich gegen diesen Teil des Urteils des Gerichts. Die SEP trägt erstens vor, Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 enthalte nicht das vom Gericht in ihm erblickte Verbot hinsichtlich der Weitergabe von Dokumenten innerhalb einer nationalen Behörde.

49. Zweitens meint die SEP, Artikel 20 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17, wonach die bei Anwendung der Artikel 11 bis 14 erlangten Kenntnisse nur zu dem mit der Auskunft oder Nachprüfung verfolgten Zweck verwertet werden dürften, bedeute nur, daß die nationalen Behörden aufgrund der erlangten Informationen keine Verfahren gegen das betreffende Unternehmen einleiten dürften. Diese Beschränkung nütze ihr nichts, da ihre Sorge nicht die sei, daß die niederländischen Behörden die Informationen zu diesem Zweck verwerteten, sondern nur, daß sie Zugang zu diesen erhielten und sie bei der Festlegung der Handelspolitik der Gasunie unvermeidlich berücksichtigten.

50. Drittens erblickt die SEP einen Widerspruch in den Ausführungen des Gerichts erster Instanz. Im ersten Absatz der Randnummer 56 des Urteils lege das Gericht Artikel 20 der Verordnung Nr. 17 dahin aus, daß ein Teil einer Verwaltungsbehörde nicht ein Schriftstück an einen anderen senden dürfe; im zweiten Absatz dieser Randnummer gehe das Gericht jedoch davon aus, daß das Schriftstück diesem anderen Behördenteil ordnungsgemäß bekannt werden könne, daß dies jedoch unproblematisch sei, da es diesem Teil verboten sei, das Schriftstück zu verwerten.

51. Viertens vertrete das Gericht zu Unrecht den Standpunkt, daß sich das gleiche Problem immer dann stelle, wenn die Ermittlungen der Kommission die Handelsbeziehungen zwischen einem privaten und einem öffentlichen Unternehmen beträfen. Das Problem stelle sich aber nur dann, wenn die nach der Verordnung Nr. 17 zuständige Behörde dieselbe sei wie die Behörde, die die Politik des öffentlichen Unternehmens bestimme.

52. Fünftens habe das Gericht sein Urteil unzureichend begründet, da es nicht das Argument der SEP berücksichtigt habe, daß die Kommission den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch verletzt habe, daß sie gleich die unmittelbare Vorlage des Statoil-Vertrags verlangt habe, anstatt zunächst der SEP Fragen zu stellen.

53. Sechstens habe das Gericht sein Urteil insoweit unzureichend begründet, als es zu Unrecht davon ausgegangen sei, daß die SEP ihre Argumentation auf die Gefahr einer Verletzung des Berufsgeheimnisses durch die niederländischen Behörden gestützt habe. Ihre Argumentation sei vielmehr dahin gegangen, daß der Statoil-Vertrag rechtmäßig in die Hände von Beamten der Generaldirektion Energie gelangen könnte. Nach niederländischem Recht seien Beamte, die für ein und denselben Minister arbeiteten, nicht daran gehindert, miteinander frei zu kommunizieren, wenn der Minister dies wünsche.

54. Bei der Frage der Vertraulichkeit, die als die zentrale Streitfrage in dieser Rechtssache hervortritt, ergibt sich eine Schwierigkeit, die für die gesamte Argumentation grundlegend ist, die jedoch bereits an dieser Stelle erwähnt werden sollte. Meines Erachtens hätte die Frage aufgeworfen werden können, ob sich die SEP bei der Anfechtung der Entscheidung der Kommission überhaupt auf die Vertraulichkeit berufen durfte, da die SEP diese Frage, wie ich bereits ausgeführt habe [4], erst nach Erlaß der Entscheidung gegenüber

4 — Siehe Nrn. 6 und 7.

der Kommission aufgeworfen hat. Demgemäß hatte die Kommission keine Möglichkeit, sich mit ihr in der Begründung ihrer Entscheidung auseinanderzusetzen. Die Kommission hat sich jedoch einer Behandlung dieser Frage vor dem Gericht oder im Rahmen dieses Rechtsmittels nicht widersetzt. Unter diesen Umständen halte ich es für angemessen, auf sie einzugehen.

55. Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß die SEP ein berechtigtes Interesse daran hat, sich zu vergewissern, daß der Statoil-Vertrag nicht von Beamten des niederländischen Wirtschaftsministeriums eingesehen wird, die für die Festlegung der Handelspolitik der Gasunie verantwortlich sind. Die Gasunie ist Hauptlieferant der SEP. Statoil ist ihr größter Zweitlieferant. Die Verhandlungsposition der SEP gegenüber der Gasunie würde natürlich geschwächt werden, wenn diejenigen, die die Handelspolitik der Gasunie festlegten, die der SEP von der Statoil angebotenen Bedingungen genau kennten.

56. Der der vorliegenden Rechtssache zugrunde liegende Sachverhalt ist insoweit atypisch, als die beiden Hauptlieferanten des Unternehmens, von dem die Kommission die Vorlage von Schriftstücken verlangt hat, Staatsunternehmen sind, von denen das eine von der Regierung eines Mitgliedstaats kontrolliert wird. Offenbar haben die Verfasser der Verordnung Nr. 17 nicht an eine Fallgestaltung wie diese gedacht, als sie den Entwurf der Verordnung abfaßten, die voraussetzt, daß die nationalen Behörden berechtigt sind, alle Informationen zu erhalten, die der Kommission von Unternehmen erteilt wurden, deren Geschäfte Gegenstand von Ermittlungen sind.

57. Meines Erachtens ist die Verordnung nicht so auszulegen, daß sie einer bestimmten nationalen Behörde das Recht verleiht, Zugang zu vertraulichen Informationen zu erhalten, die dieser Behörde aus zwingenden Gründen des Berufsgeheimnisses nicht preisgegeben werden dürften. Jede andere Auslegung der Verordnung Nr. 17 wäre mit Artikel 214 EWG-Vertrag unvereinbar, wonach die Organe und ihre Bediensteten verpflichtet sind, „Auskünfte, ... nicht preiszugeben; dies gilt insbesondere für Auskünfte über Unternehmen sowie deren Geschäftsbeziehungen oder Kostenelemente".

58. Nach Ansicht des Gerichts erster Instanz bietet Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 für das oben angedeutete Problem eine befriedigende Lösung an. Nach dieser Bestimmung, durch die Artikel 214 EWG-Vertrag durchgeführt wird [5], sind die Kommission und die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten verpflichtet, „Kenntnisse nicht preiszugeben, die sie bei Anwendung dieser Verordnung erlangt haben und die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen". Das Gericht hat diese Bestimmung nicht dahin ausgelegt, daß sie es der Kommission verbiete, nationalen Behörden vertrauliche Schriftstücke vorzulegen; da Artikel 20 Absatz 2 nicht nur der Kommission, sondern auch den „zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten" die Verpflichtung auferlege, das Berufsgeheimnis zu wahren, sei es nach dieser Bestimmung vielmehr verboten, daß eine Stelle des niederländischen Wirtschaftsministeriums den Statoil-Vertrag einer anderen Stelle dieses Ministeriums vorlege.

5 — Rechtssache C-67/91 (Asociación Española de Banca Privada, Slg. 1992, I-4785).

59. Dies bedeutet praktisch folgendes: Die Generaldirektion Wettbewerb im Wirtschaftsministerium ist die nach der Verordnung Nr. 17 zuständige niederländische Behörde und hat daher nach Artikel 10 Absatz 1 Anspruch auf Erhalt von Schriftstücken, die der Kommission im Rahmen der Ermittlung von Verstößen gegen die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags übermittelt werden. Die Generaldirektion Energie im selben Ministerium ist nicht die nach der Verordnung Nr. 17 zuständige niederländische Behörde und hat somit keinen Anspruch auf Erhalt dieser Schriftstücke. Der Generaldirektion Wettbewerb wäre es nach Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 mit Rücksicht auf den vertraulichen Charakter des Statoil-Vertrags untersagt, diesen der Generaldirektion Energie preiszugeben.

60. Ich halte die Ausführungen des Gerichts erster Instanz zu diesem Punkt für nicht ganz überzeugend. Erstens steht nicht fest, daß die Generaldirektion Energie nicht Teil der in den Niederlanden zuständigen Behörde im Sinne des Artikels 10 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 ist. Es ist Sache des nationalen Rechts jedes Mitgliedstaats, zu bestimmen, welche seiner Behörden nach Artikel 10 Absatz 1 Anspruch darauf hat, von der Kommission Informationen zu erhalten. Die SEP führt in ihrer Erwiderung aus, daß in den Niederlanden das Wirtschaftsministerium in Verbindung mit jedem anderen von der fraglichen Angelegenheit betroffenen Ministerium die für wettbewerbsrechtliche Fragen zuständige Behörde sei. Weiter meint die SEP in ihrer Erwiderung, daß im Fall einer wettbewerbsrechtlichen Untersuchung im Energiesektor die Generaldirektion Energie des Wirtschaftsministeriums zuständig sei. Diesen Argumenten, die in einem Aufsatz von Professor K. J. M. Mortelmans [6] eine gewisse Stütze finden, hat die Kommission in ihrer Gegenerwiderung nicht widersprochen.

61. Nehmen wir aber nur einmal an, daß das etwas technische Argument in bezug auf die Bedeutung des Begriffs „zuständige Behörden" in Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 entgegen der Ansicht der SEP zu beurteilen ist (z. B. in dem Sinne, daß im niederländischen Ministerium nur die Generaldirektion Wettbewerb als „zuständige Behörde" nach Artikel 10 Absatz 1 Anspruch darauf hat, von der Kommission Schriftstücke zu erhalten). Auch dann ist immer noch kaum zu erkennen, wie Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 *de facto* gewährleisten kann, daß der Inhalt des Statoil-Vertrags nicht Beamten der Generaldirektion Energie preisgegeben wird. Professor Mortelmans bemerkt dazu, daß es im niederländischen Wirtschaftsministerium keine „Chinesische Mauer" gebe [7]. Aufgrund interner Personalrotation ist es möglich, daß ein Beamter, dem während seiner Tätigkeit für die Generaldirektion Wettbewerb vertrauliche Schriftstücke zugänglich waren, zur Generaldirektion Energie versetzt wird, in der er möglicherweise an der Bestimmung der Handelspolitik der Gasunie mitwirken wird. Selbst wenn wir also davon ausgehen, daß sich die betreffenden Beamten überaus korrekt verhalten und daß die Vertraulichkeit nicht verletzt wird, ist es doch möglich, daß der Statoil-Vertrag auf ganz rechtmäßigen Wegen in falsche Hände gelangt.

6 — Mortelmans K. J. M.: *Het Ministerie van Economische Zaken: gasbeleid en EEG-mededingingsrecht*, Ars Aequi 1992, S. 277,281 f.

7 — A. a. O. (Fußnote 6), S. 281.

62. Das Gericht erster Instanz erblickt eine Lösung dieses Problems in Artikel 20 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17, wonach „die bei Anwendung der Artikel 11, 12, 13 und 14 erlangten Kenntnisse ... nur zu dem mit der Auskunft oder Nachprüfung verfolgten Zweck verwertet werden [dürfen]". Jedoch sehe ich nicht, wie diese Bestimmung der SEP den Schutz bieten kann, auf den sie im vorliegenden Fall Anspruch hat. Zu sagen, daß die Beamten der Generaldirektion Energie aufgrund des Artikels 20 Absatz 1 daran gehindert wären, die im Statoil-Vertrag enthaltenen Informationen zum Zweck der Bestimmung der Handelspolitik der Gasunie zu „verwerten", hilft nicht weiter; denn dies würde voraussetzen, daß diese Beamten die Informationen einfach aus ihrem Gedächtnis streichen könnten. Artikel 20 Absatz 1 verlangt jedoch von Beamten nicht, bei sich selbst einen Gedächtnisschwund herbeizuführen, und kann dies auch nicht verlangen. Der Gerichtshof hat dies in seinem Urteil Asociación Española de Banca Privada [8] anerkannt.

63. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof ausgeführt, daß die nationalen Behörden die von ihnen nach Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 erlangten Informationen berücksichtigen können, um die Einleitung eines nationalen Verfahrens zu begründen, daß sie sich auf diese Informationen aber nicht im Zusammenhang mit einem Voruntersuchungsverfahren oder zur Begründung einer Entscheidung berufen können, die aufgrund von wettbewerbsrechtlichen Vorschriften erlassen wird. Diesem Urteil ist eindeutig zu entnehmen, daß das Verbot in Artikel 20 Absatz 1 in erster Linie dagegen gerichtet ist, daß die fraglichen Informationen für Beweiszwecke in Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren verwendet werden; Artikel 20 Absatz 1 verbietet es den nationalen Behörden nicht, die Informationen bei der Entscheidung über eine bestimmte Vorgehensweise zu berücksichtigen. Wenn also Beamten der Generaldirektion Energie der Inhalt des Statoil-Vertrags bekannt würde, könnte Artikel 20 Absatz 1 sie nicht daran hindern, die entsprechenden Informationen bei der Festlegung der Politik der Gasunie zu berücksichtigen.

64. Daraus folgt, daß das Urteil des Gerichts erster Instanz meines Erachtens aufzuheben ist, weil dieses rechtsfehlerhaft angenommen hat, daß Artikel 20 Absätze 1 und 2 unter den Umständen des vorliegenden Falles eine hinreichende Garantie dafür bietet, daß die Vertraulichkeit des Statoil-Vertrags gewahrt bleiben würde.

65. Angesichts dieses Ergebnisses werde ich alle verbleibenden Argumente der SEP keiner eingehenden Prüfung mehr unterziehen. Ich werde jedoch das von ihr als Teil ihres achten und letzten Rechtsmittelgrunds vorgebrachte Argument prüfen, daß die Kommission gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen habe, indem sie unmittelbar die Vorlage des Statoil-Vertrags verlangt habe, anstatt zunächst den Interessen der SEP weniger zuwiderlaufende Schritte zu unternehmen, wie etwa Fragen zu stellen.

66. Die Kommission hält dieses Argument nach Artikel 113 § 2 der Verfahrensordnung für unzulässig, da mit ihm der vor dem

8 — A. a. O. (Fußnote 5), Randnr. 39 des Urteils; siehe auch Nr. 26 meiner Schlußanträge in dieser Rechtssache.

Gericht verhandelte Streitgegenstand in der Rechtsmittelinstanz verändert werde. Dieses Argument sei nämlich von der SEP nicht vor dem Gericht erster Instanz geltend gemacht worden, was erkläre, warum das Gericht sich darauf in seinem Urteil nicht bezogen habe. Nach Ansicht der SEP erweitert dieses Argument lediglich ihre in ihrer Klageschrift vor dem Gericht angeführte Behauptung eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie hält eine solche Erweiterung im Laufe des Verfahrens in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes [9] für zulässig.

67. Die SEP scheint dieses Argument in ihren beim Gericht eingereichten Schriftsätzen nicht ausdrücklich vorgebracht zu haben. In ihrer Rechtsmittelschrift weist sie darauf hin, daß sie es in der mündlichen Verhandlung vor dem Gericht erster Instanz angesprochen habe; in diesem Stadium konnten natürlich neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorgebracht werden [10]. Meiner Ansicht nach ist das Argument, daß die Kommission das angestrebte Ziel durch weniger einschneidende Maßnahmen als die angewandten hätte erreichen können, zu Recht eher als Erweiterung des auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gestützten Arguments denn als neues Angriffsmittel anzusehen. Da das Argument hinsichtlich der Vertraulichkeit des Statoil-Vertrags als ein Problem der Verhältnismäßigkeit dargestellt wurde, umfaßte dieses Argument implizit auch den Vortrag, daß das von der Kommission angestrebte Ergebnis durch andere Mittel hätte erreicht werden können, bei denen eine Verletzung der Vertraulichkeit weniger wahrscheinlich gewesen wäre. Daß das Gericht die Frage der anderen Mittel nicht geprüft hat, läßt sich vielleicht mit seiner Überzeugung erklären, daß die Gefahr einer Verletzung der Vertraulichkeit angesichts des Artikels 20 der Verordnung Nr. 17 jedenfalls gering sei.

68. Meines Erachtens spricht vieles dafür, daß die Rüge der SEP stichhaltig ist. Wegen des vertraulichen Charakters des Statoil-Vertrags und angesichts der ungewöhnlich schwierigen Lage, die in diesem Fall entstanden war, hätte die Kommission, als sie von dem Vertraulichkeitsproblem Kenntnis erhielt, eine größere Bereitschaft zeigen müssen, die Bedenken der SEP zu zerstreuen und Mittel und Wege zu prüfen, um zu verhindern, daß Beamte der Generaldirektion Energie des niederländischen Wirtschaftsministeriums Kenntnis von vertraulichen Informationen erlangen. Nachdem die SEP ihre berechtigte Sorge hinsichtlich der Vertraulichkeit des Vertrags deutlich gemacht hatte, hätte die Kommission klarstellen müssen, daß sie Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 so anwenden würde, daß kein Grund zur Sorge mehr bestand. Es genügte nicht, darauf hinzuweisen, daß sich herausstellen könnte, daß der Vertrag nicht zu den „wichtigsten Schriftstücken" gehört, die nach dieser Bestimmung den nationalen Behörden zu übermitteln sind, oder daß die Kommission in dieser Frage über einen Ermessensspielraum verfügt.

69. Ich halte jedoch die Auffassung der SEP nicht für zutreffend, daß die Kommission vom Verlangen, den Vertrag vorzulegen, hätte absehen und statt dessen beispielsweise Fragen zu diesem hätte stellen müssen. Dieses Vorbringen scheint mir auf einer falschen Vorstellung von der Wirkung des Artikels 10 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 zu

9 — Rechtssache 306/81 (Verros/Parlament, Slg. 1983, 1755).

10 — Artikel 48 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz.

beruhen. Meiner Ansicht nach ist in den (wahrscheinlich seltenen) Fällen, in denen die Notwendigkeit der Wahrung des Berufsgeheimnisses gegenüber nationalen Behörden feststeht, dessen Schutz nicht als Begrenzung der Befugnisse der Kommission, nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 die Vorlage von Schriftstücken zu verlangen, anzusehen, sondern als Begrenzung der Verpflichtung der Kommission aus Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung, den nationalen Behörden Schriftstücke zu übermitteln. Artikel 10 Absatz 1 begründet keine uneingeschränkte Verpflichtung, den nationalen Behörden „die wichtigsten Schriftstücke" zu übersenden. Diese Bestimmung ist vielmehr im Lichte der Pflicht zur Wahrung der Vertraulichkeit nach Artikel 214 EWG-Vertrag auszulegen. Sie kann deshalb nicht dahin ausgelegt werden, daß sie die Kommission verpflichtet, das Berufsgeheimnis zu verletzen.

70. Auch der Zweck des Artikels 10 Absatz 1 gebietet eine solche Auslegung nicht. Der Zweck dieser Bestimmung wird in der siebten Begründungserwägung der Verordnung erläutert, wonach die Kommission bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag in enger Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten handeln soll. Im Urteil Asociación Española de Banca Privada hat der Gerichtshof (in Randnr. 34) festgestellt, daß Artikel 10 Absatz 1 dem doppelten Zweck dient, die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft von den gemeinschaftlichen Verfahren zu unterrichten, die in ihrem Hoheitsgebiet ansässige Unternehmen betreffen, und den Informationsstand der Kommission dadurch zu verbessern, daß es ihr ermöglicht wird, die Auskünfte der Unternehmen mit den Angaben und Stellungnahmen des betreffenden Mitgliedstaats zu vergleichen. Es besteht kein Grund zur Annahme, daß die Verfolgung dieser Zwecke nicht mit dem Schutz von Berufsgeheimnissen vereinbar ist.

71. Meiner Ansicht nach ist die Kommission in den seltenen Fällen, in denen sich das Problem der vertraulichen Behandlung gegenüber den nationalen Behörden stellt, berechtigt, die Vorlage des Schriftstücks zu verlangen; sie muß dann jedoch prüfen, ob es aus Gründen der vertraulichen Behandlung angebracht ist, von einer Übermittlung des Schriftstücks an die nationalen Behörden abzusehen oder diesen eine bearbeitete Fassung des Schriftstücks zu übersenden, in denen die vertraulichen Angaben gestrichen sind. Schlagen alle anderen Mittel fehl und erscheint die Übersendung des ganzen Schriftstücks notwendig, so könnte die Kommission eine Entscheidung erlassen, in der die Gründe dargelegt werden, aus denen das Schriftstück den nationalen Behörden trotz seines vertraulichen Charakters übersandt werden müßte; eine solche Entscheidung würde es den Betroffenen ermöglichen, diese anzufechten und erforderlichenfalls einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen. Jedoch ist es grundsätzlich nicht möglich, sich auf eine vertrauliche Behandlung, wie sie in der vorliegenden Rechtssache gefordert wird, als Begrenzung der Befugnis der Kommission zu berufen, die Vorlage von Schriftstücken zu verlangen. Damit würde diese Vertraulichkeit an der falschen Stelle geschützt werden. Ein Unternehmen könnte seine Weigerung, der Kommission ein Dokument vorzulegen, vielleicht mit der Begründung rechtfertigen, dieses enthalte Angaben, die gegenüber den nationalen Behörden vertraulich zu behandeln seien, falls die Kommission von vornherein deutlich gemacht hätte, daß sie das Schriftstück trotzdem übermitteln würde. Denn damit wäre erwiesen, daß die Kommission die Absicht hatte, durch Nichtanwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unrechtmäßig zu handeln. Nach diesem Grundsatz muß das Interesse des Unternehmens an der vertraulichen Behandlung gegen das öffentliche Interesse an der umfassenden Einsichtnahme durch die nationalen Behörden abgewogen werden.

72. Die SEP hat nicht vorgetragen, daß die Kommission in der Weise unrechtmäßig gehandelt habe, daß sich die SEP, wie ich es vorgeschlagen habe, hätte weigern dürfen, den Vertrag vorzulegen. In der Rechtssache ist auch nicht auf der Grundlage des Artikels 10 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 erörtert worden, der mir die Lösung des aufgeworfenen Problems zu liefern scheint. Da das Urteil des Gerichts erster Instanz meiner Auffassung nach aufzuheben ist und da sich die von mir empfohlene Lösung von der von den Parteien während des gesamten Verfahrens vertretenen unterscheidet, scheint mir eine Zurückverweisung der Rechtssache an das Gericht erster Instanz nach Artikel 54 der Satzung schlechthin unausweichlich zu sein. Unter praktischen Gesichtspunkten ist jedoch ein weiteres Verfahren möglicherweise unnötig. Denn meiner Ansicht nach hat die Kommission ihre Berechtigung dargetan, die Vorlage des fraglichen Schriftstücks zu verlangen, während die SEP ihren Anspruch auf Schutz von Informationen gegenüber den nationalen Behörden dargetan hat, die unter das Berufsgeheimnis fallen und durch deren Preisgabe sie geschädigt werden könnte. Jedes weitere Verfahren könnte daher sowohl für die Parteien als auch für die Gerichte eine Zeit-und Geldverschwendung sein.

Kosten

73. Da die Rechtssache an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen ist, muß die Kostenentscheidung vorbehalten bleiben. Sollte in dieser Instanz eine Kostenentscheidung zu treffen sein, würde ich es unter den gegebenen Umständen für angemessen halten, anzuordnen, daß die Parteien nach den Artikeln 69 § 3 und 122 der Verfahrensordnung ihre eigenen Kosten tragen.

Schlußfolgerung

74. Demgemäß sollte meiner Ansicht nach der Gerichtshof

1) das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 12. Dezember 1991 in der Rechtssache T-39/90 aufheben;

2) die Rechtssache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen;

3) die Kostenentscheidung vorbehalten.