URTEIL DES GERICHTS (Erste erweiterte Kammer)

29. Juni 1995 *

In der Rechtssache T-36/91

Imperial Chemical Industries plc, Gesellschaft englischen Rechts, London, Prozeßbevollmächtigte: David Vaughan, QC, Gerald Barling, QC, und Barrister David Anderson, London, im Auftrag der Solicitors Victor O. White und Richard J. Coles, Zustellungsanschrift: Kanzlei des Rechtsanwalts Lambert H. Dupong, 14 A, rue des Bains, Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Julian Currall, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigten, Beistand: Nicholas Forwood, QC, London, Zustellungsbevollmächtigter: Georgios Kremlis, Juristischer Dienst, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Englisch.

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung 91/297/EWG der Kommission vom 19. Dezember 1990 in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/33.133-A: Soda — Solvay, ICI, ABl. 1991, L 152, S. 1)

erläßt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Erste erweiterte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. L. Cruz Vilaça, der Richter D. P. M. Barrington, A. Saggio, H. Kirschner und A. Kalogeropoulos,

Kanzler: H. Jung

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 6. und 7. Dezember 1994,

folgendes

Urteil

Sachverhalt und Verfahren

Wirtschaftlicher Hintergrund

1 Das Erzeugnis, das Gegenstand des Verfahrens ist, ist Soda. Soda wird für die Glasherstellung (schwere Soda) und in der chemischen Industrie sowie in der

Metallbearbeitung (leichte Soda) verwendet. Zu unterscheiden ist zwischen Natursoda (schwere Soda), die hauptsächlich in den Vereinigten Staaten von Amerika abgebaut wird, und synthetischer Soda (schwere und leichte Soda), die in Europa in einem von der Firma Solvay vor 100 Jahren erfundenen Verfahren hergestellt wird; die Produktionskosten sind bei Natursoda sehr viel niedriger als bei synthetischer Soda.

2 Im entscheidungserheblichen Zeitraum gab es in der Gemeinschaft sechs Hersteller von synthetischer Soda:

— Solvay et C^{ie} SA (nachstehend: Solvay), in der Gemeinschaft und weltweit der größte Hersteller, mit einem Marktanteil innerhalb der Gemeinschaft von fast 60 % (und sogar 70 % innerhalb der Gemeinschaft ohne das Vereinigte Königreich und Irland);

— die Klägerin (nachstehend auch: ICI), der zweitgrößte Hersteller in der Gemeinschaft, mit einem Marktanteil im Vereinigten Königrech von mehr als 90 %;

— die „kleinen" Hersteller: Chemische Fabrik Kalk (nachstehend: CFK) sowie Matthes & Weber (Deutschland), Akzo (Niederlande) und Rhône-Poulenc (Frankreich), die zusammen einen Anteil von etwa 26 % halten.

3 Solvay hat Werke in Belgien, Frankreich, Deutschland, Italien, Spanien, Portugal und Österreich und ist in diesen Ländern sowie in der Schweiz, den Niederlanden und Luxemburg mit eigenen Verkaufsorganisationen tätig. Außerdem ist sie der größte Salzhersteller in der Gemeinschaft und befindet sich daher in einer sehr günstigen Position für die Lieferung des wichtigsten Rohstoffes für synthetische Soda. Die Klägerin besitzt zwei Werke im Vereinigten Königreich, während eine dritte Produktionsanlage 1985 stillgelegt wurde.

4 Auf der Nachfrageseite sind die Glashersteller die wichtigsten Abnehmer in der Gemeinschaft. So werden etwa 70 % des Ausstoßes der westeuropäischen Hersteller für die Herstellung von Flachglas und Hohlglas verwendet. Die meisten Glashersteller betreiben Continuum-Anlagen und sind auf eine gesicherte Sodaversorgung angewiesen. In den meisten Fällen hatten sie für den überwiegenden Teil ihres Bedarfs relativ langfristige Verträge mit einem Hauptlieferanten und nahmen als Vorsichtsmaßnahme einen anderen Lieferanten als „Zweitlieferanten" unter Vertrag.

5 Im entscheidungserheblichen Zeitraum war der Gemeinschaftsmarkt durch eine Aufteilung entsprechend den nationalen Grenzen gekennzeichnet, da die Hersteller in der Regel ihren Absatz auf diejenigen Mitgliedstaaten konzentrierten, in denen sie über Produktionsanlagen verfügten. Zwischen der Klägerin und Solvay bestand kein Wettbewerb, da beide Unternehmen ihren Absatz in der Gemeinschaft auf ihre angestammten „Einflußsphären" (Solvay auf das kontinentale Westeuropa, die Klägerin auf das Vereinigte Königreich und Irland) beschränkten. Diese Aufteilung des Marktes geht auf das Jahr 1870 zurück, als Solvay erstmals Lizenzen an Brunner, Mond & Co vergab, eines der Unternehmen, die später ICI gründeten. Im übrigen war die Klägerin einer der Hauptaktionäre von Brunner, Mond & Co, später von ICI, bis sie in den 60er Jahren ihre Anteile verkaufte. Die nacheinander geschlossenen Marktaufteilungsabsprachen, zuletzt im Jahr 1945 bis 1949, waren nach Aussage der Klägerin und von Solvay 1962 hinfällig und wurden 1972 formell aufgehoben.

Verwaltungsverfahren

6 Zu Beginn des Jahres 1989 führte die Kommission bei den wichtigsten Sodaherstellern der Gemeinschaft unangemeldet Nachprüfungen durch. Bei Abschluß dieser Nachprüfungen wies die Klägerin die Kommission mit Schreiben vom 13. April 1989 darauf hin, daß sämtliche in ihren Geschäftsräumen in Form von Kopien mitgenommenen Schriftstücke vertraulich seien. Die Kommission antwortete hierauf mit Schreiben vom 24. April 1989, daß sie sich des vertraulichen Charakters der betreffenden Schriftstücke bewußt sei und die Informationen, die wirkliche

Geschäftsgeheimnisse beträfen, nicht weiterreichen werde. Die Nachprüfungen wurden durch die Einholung von Auskünften ergänzt. Die Klägerin erteilte die erbetenen Auskünfte mit Schreiben vom 14. September 1989, in dem sie an die Vertraulichkeit der übermittelten Unterlagen erinnerte. Anläßlich dieser Nachprüfungen und Auskunftsverlangen wies auch Solvay mit Schreiben vom 27. April und 18. September 1989 auf die Vertraulichkeit ihrer Unterlagen hin.

7 Die Kommission übermittelte der Klägerin anschließend mit Schreiben vom 13. März 1990 eine Mitteilung der Beschwerdepunkte, die in mehrere Teile gegliedert war:

— Der erste Teil bezieht sich auf das Verfahren;

— der zweite Teil betrifft eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 EWG-Vertrag, die der Klägerin und Solvay vorgeworfen wird (an die die entsprechenden Anlagen II.1 bis II.42 gerichtet sind);

— ein dritter Teil (mit den Anlagen mit dem Aktenzeichen III), der eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 betrifft, die Solvay und CFK vorgeworfen wird, sowie ein vierter Teil (mit den Anlagen mit dem Aktenzeichen IV), der eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 86 EWG-Vertrag betrifft, die Solvay vorgeworfen wird, gehören nicht zu der an die Klägerin gerichteten Mitteilung der Beschwerdepunkte; das Schreiben vom 13. März 1990 enthält dazu folgenden Hinweis: „Der III. und IV. Teil der Mitteilung der Beschwerdepunkte betrifft ICI nicht."

— Der fünfte Teil betrifft eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 86, die der Klägerin vorgeworfen wird (an die die entsprechenden Anlagen V.1 bis V.123 gerichtet sind);

— der sechste Teil bezieht sich auf die Frage der eventuell festzusetzenden Geldbußen.

8 Unter Hinweis auf die Bedeutung, die der Wahrung der Vertraulichkeit der Schriftstücke zukomme, die nach der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204), erlangt worden seien, erklärte die Kommission in diesem Schreiben vom 13. März 1990, daß die Beweismittel in den Anlagen II.1 bis II.42 jedem der betroffenen Unternehmen übersandt worden seien, wobei „die Informationen, die Geschäftsgeheimnisse darstellen können oder absatzstrategisch sensibel sind und sich nicht unmittelbar auf die zur Last gelegte Zuwiderhandlung beziehen, aus diesen Unterlagen entfernt worden sind". Schließlich teilte die Kommission jedem Unternehmen die Antworten des anderen Unternehmens nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 mit, wobei sie erklärte, daß „die Informationen, die Geschäftsgeheimnisse darstellen können, (ebenfalls) aus diesen Antworten entfernt worden sind".

9 Am 14. Mai 1990 bat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin telefonisch, ihm Einsicht in die Akten der Kommission zu gewähren, soweit es um die der Klägerin zur Last gelegten Verstöße gehe. Dieser Antrag wurde von Herrn J., einem Beamten der Generaldirektion für Wettbewerb (Generaldirektion IV) der Kommission, offenkundig abgelehnt.

10 Mit Schreiben vom 23. Mai 1990 wiederholte der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin den Antrag unter Bezugnahme auf die Reaktion von Herrn J., der ihm jegliche Einsicht in die Akten, selbst in Schriftstücke, die nicht vertraulich seien, verwehrt habe. Nach Aussage des Prozeßbevollmächtigten wurde die Mitteilung eines Verzeichnisses der in den Akten enthaltenen Schriftstücke ebenfalls abgelehnt. Die Kommission habe erklärt, sie gebe nur Anträgen statt, die auf die Prüfung bestimmter Schriftstücke gerichtet seien. Diese restriktive Haltung der Dienststellen der Kommission habe die Vorbereitung der Verteidigung der Klägerin beeinträchtigt.

11 Mit Schreiben vom 31. Mai 1990, das von Direktor R. von der Generaldirektion IV unterzeichnet war, wurde der Klägerin von der Kommission die vollständige Akteneinsicht verwehrt. Die Kommission machte geltend, die Klägerin habe kein Recht, interne Geschäftsunterlagen anderer Unternehmen, die nicht als Beweise vorgelegt würden, in rein spekulativer Absicht zu prüfen. Außerdem habe die Kommission alle diese Schriftstücke erneut daraufhin überprüft, ob sie die Klägerin entlasten könnten, doch habe sie ein derartiges Schriftstück nicht entdeckt; sie bot eine erneute Überprüfung der Akten an, wenn die Klägerin dartue, daß bezüg-

lich eines bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Punktes „gute Gründe dafür sprechen".

12 Am 31. Mai 1990 legte die Klägerin einen „Schriftsatz zur Verteidigung" („defence") vor. Sie rügte dort die Entscheidung, ihr keine Akteneinsicht zu gewähren, und fügte mehrere neue Schriftstücke als Beweismittel bei.

13 Am 26. und 27. Juni 1990 führte die Kommission eine Anhörung bezüglich der der Klägerin und Solvay zur Last gelegten Verstöße durch. An dieser Anhörung nahm nur die Klägerin teil. Bei dieser Gelegenheit legte sie eine neue Stellungnahme, die „Darstellung ihres Falls" („article 85 presentation") vor, der sie weitere Schriftstücke beifügte.

14 Bei der Anhörung legte die zuständige Dienststelle der Kommission eine Reihe von Schriftstücken (die Schriftstücke mit dem Aktenzeichen „X.1 bis X.11") vor, die alle von der Klägerin stammten und nach Ansicht der Kommission — ebenso wie die bereits vorgelegten Schriftstücke — die wirklichen Beziehungen zwischen der Klägerin und Solvay zeigten und das Verteidigungsvorbringen der Klägerin entkräfteten. Nach Aussage der zuständigen Dienststelle wurden die Schriftstücke wegen ihres vertraulichen Inhalts nicht gegen Solvay herangezogen. Die Kommission habe jedoch die Einbeziehung der Schriftstücke in das Verfahren zum jetzigen Zeitpunkt nicht deshalb beschlossen, weil sie zusätzliche Informationen gegenüber den der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügten Schriftstücken enthielten, sondern um dem Vorwurf der Klägerin zu begegnen, daß die Beweisunterlagen dürftig seien. Bezüglich der Akteneinsicht vertrat der Anhörungsbeauftragte die Auffassung, daß es sich um ein schwieriges Problem handele. Keiner wisse, was unter den Begriff der „Akte" falle; es sei Aufgabe des Gemeinschaftsrichters, diesen Begriff zu gegebener Zeit auszulegen. Das Problem sei daher bei der Anhörung nicht zu erörtern.

15 Nach den Akten hat das Kollegium der Kommissionsmitglieder nach Beendigung dieses Verfahrens auf seiner 1 040. Sitzung vom 17. und 19. Dezember 1990 die Entscheidung 91/297/EWG in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/33.133-A: Soda — Solvay, ICI, ABl. 1991, L 152, S. 1, nachstehend: Entscheidung) erlassen. In dieser Entscheidung wird im wesentlichen festgestellt, daß die

Klägerin und Solvay vom 1. Januar 1973 an bis Anfang 1989 an einer abgestimmten Verhaltensweise hinsichtlich der Aufteilung des westeuropäischen Sodamarktes beteiligt gewesen seien, indem sie das kontinentale Westeuropa Solvay und das Vereinigte Königreich sowie Irland ICI vorbehalten hätten. Infolgedessen ist mit dieser Entscheidung gegen jedes Unternehmen eine Geldbuße von 7 Millionen ECU festgesetzt worden.

16 Auf dieser Sitzung erließ die Kommission außerdem

— die Entscheidung 91/299/EWG in einem Verfahren nach Artikel 86 EWG-Vertrag (IV/33.133-C: Soda — Solvay, ABl. 1991, L 152, S. 21), mit der sie im wesentlichen feststellte, daß Solvay ihre beherrschende Stellung auf dem Markt des kontinentalen Westeuropas mißbraucht habe, und mit der sie eine Geldbuße von 20 Millionen ECU gegen sie festsetzte. Die in der Entscheidung festgestellte Zuwiderhandlung bestand im wesentlichen darin, daß Solvay langfristige Lieferverträge abschloß, in denen sich die Abnehmer verpflichten mußten, ihren (mehr oder weniger) gesamten Bedarf an Soda von Solvay zu beziehen, und ein System von Treuerabatten auf Spitzenmengen und von Gruppenrabatten sowie Wettbewerbsklauseln oder „englische Klauseln" anwandte, die eine Regelung enthielten, wonach konkurrierende Angebote, die dem Abnehmer gemacht wurden, Solvay mitzuteilen waren, so daß Solvay in diese Preise eintreten konnte. In diesem Zusammenhang wird in Nr. 31 der Entscheidung 91/299 u. a. festgestellt, daß die drei führenden belgischen Glashersteller bis 1978 fast ihren gesamten Bedarf stets von Solvay bezogen hatten; im Jahre 1978 intervenierte die belgische Regierung, um diese Glashersteller von einem Vertrag mit einem amerikanischen Hersteller über den Kauf von Sodamengen aus den Vereinigten Staaten abzubringen.

— Die Entscheidung 91/300/EWG in einem Verfahren nach Artikel 86 EWG-Vertrag (IV/33.133-D: Soda — ICI, ABl. 1991, L 152, S. 40), mit der sie im wesentlichen feststellte, daß die Klägerin ihre beherrschende Stellung im Vereinigten Königreich mißbraucht habe und mit der sie eine Geldbuße von 10 Millionen ECU gegen sie festsetzte.

17 Das Gericht hat im Rahmen der vorliegenden Rechtssache von den Entscheidungen 91/299 und 91/300 vom 19. Dezember 1990 Kenntnis genommen. Es hat sie im vorliegenden Verfahren von Amts wegen beigezogen.

18 Die mit der vorliegenden Klage angefochtene Entscheidung wurde der Klägerin mit eingeschriebenem Brief vom 1. März 1991 zugestellt.

19 Es ist unstreitig, daß die zugestellte Entscheidung nicht gemäß dem seinerzeit geltenden Artikel 12 Absatz 1 der Geschäftsordnung 63/41/EWG der Kommission vom 9. Januar 1963 (ABl. 1963, Nr. 17, S. 181), die nach Artikel 1 des Beschlusses 67/426/EWG der Kommission vom 6. Juli 1967 (ABl. 1967, Nr. 147, S. 1) vorläufig weiterhin gilt und zuletzt durch Beschluß 86/61/EWG, Euratom, EGKS der Kommission vom 8. Januar 1986 (ABl. L 72, S. 34) geändert worden ist (im folgenden: Geschäftsordnung), durch die Unterschriften des Präsidenten und des Exekutivsekretärs festgestellt worden ist.

Gerichtliches Verfahren

20 Aufgrund dessen hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben, die am 14. Mai 1991 in das Register der Kanzlei des Gerichts eingetragen worden ist. Die Entscheidung ist ebenfalls Gegenstand einer Klage von Solvay (T-30/91).

21 Das schriftliche Verfahren ist ordnungsgemäß abgelaufen. Nach dem Eingang ihrer Erwiderung am 23. Dezember 1991 hat die Klägerin am 2. April 1992 eine „Ergänzung zur Erwiderung" eingereicht, mit der sie ein neues Angriffsmittel geltend macht und beantragt, die angefochtene Entscheidung für inexistent zu erklären. Unter Hinweis auf Erklärungen von Vertretern der Kommission in der am 10. Dezember 1991 beendeten mündlichen Verhandlung in den Rechtssachen, die zum

Urteil des Gerichts vom 27. Februar 1992 geführt haben (Rechtssachen T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 und T-104/89, BASF u. a./Kommission, Slg. 1992, II-315, nachstehend: PVC-Urteil), und unter Bezugnahme auf zwei Zeitungsartikel, die im *Wall Street Journal* vom 28. Februar 1992 und in der *Financial Times* vom 2. März 1992 erschienen sind, macht sie u. a. geltend, die Kommission habe öffentlich erklärt, es sei jahrelange Praxis, daß vom Kommissionskollegium angenommene Rechtsakte nicht festgestellt würden, und seit 25 Jahren sei keine Entscheidung mehr Gegenstand einer Feststellung gewesen. Nach Artikel 48 § 2 der Verfahrensordnung hat der Präsident der Ersten erweiterten Kammer die Frist zur Einreichung der Gegenerwiderung verlängert. Die Kommission hat in ihrer Gegenerwiderung zu dieser „Ergänzung zur Erwiderung" schriftlich Stellung genommen.

22 Mit Beschluß vom 14. Juli 1993 hat der Präsident der Ersten Kammer die vorliegende Rechtssache und die Rechtssache T-36/91 zu gemeinsamem mündlichen Verfahren verbunden.

23 Im März 1993 hat das Gericht (Erste Kammer) — als prozeßleitende Maßnahme — beschlossen, den Parteien mehrere Fragen u. a. hinsichtlich der Einsicht der Klägerin in die Akten der Kommission zu stellen. Die Parteien haben auf diese Fragen im Mai 1993 geantwortet. Nachdem der Gerichtshof mit Urteil vom 15. Juni 1994 in der Rechtssache C-137/92 P (Kommission/BASF u. a., Slg. 1994, I-2555) über das Rechtsmittel gegen das PVC-Urteil des Gerichts entschieden hatte, hat das Gericht (Erste erweiterte Kammer) weitere prozeßleitende Maßnahmen erlassen, durch die es die Kommission insbesondere aufgefordert hat, u. a. die Entscheidung 91/297, wie sie seinerzeit durch die Unterschriften des Präsidenten und des Generalsekretärs in den verbindlichen Sprachen festgestellt und dem Protokoll beigefügt worden ist, vorzulegen.

24 Die Kommission hat in ihrer Antwort erklärt, daß sie es für angezeigt halte, nicht auf die Begründetheit des Angriffsmittels der fehlenden Feststellung der Entscheidung einzugehen, solange das Gericht nicht über die Zulässigkeit dieses Angriffsmittels entschieden habe.

25 Das Gericht (Erste erweiterte Kammer) hat der Kommission aufgrund dessen mit Beschluß vom 25. Oktober 1994 gemäß Artikel 65 der Verfahrensordnung aufgegeben, den genannten Text vorzulegen.

26 Die Kommission hat gemäß diesem Beschluß am 11. November 1994 u. a. die Entscheidung 91/297 in französischer und in englischer Sprache vorgelegt. Auf dem Deckblatt der Entscheidung ist ein nicht datierter Feststellungsvermerk angebracht, der vom Präsidenten und dem Exekutivsekretär der Kommission unterzeichnet ist. Es ist unstreitig, daß dieser Vermerk erst sechs Monate nach Klageerhebung angebracht worden ist

27 Das Gericht hat auf Bericht des Berichterstatters beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen. Die Parteien haben in der Sitzung vom 6. und 7. Dezember 1994 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet. Am Schluß der Sitzung hat der Präsident die mündliche Verhandlung für geschlossen erklärt.

Anträge der Parteien

28 Die Klägerin beantragt,

— die Klage für zulässig zu erklären,

— die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären, soweit sie die Klägerin betrifft,

— die Anweisung in Artikel 2 der Entscheidung, die Zuwiderhandlung abzustellen, aufzuheben, soweit sie die Klägerin betrifft,

— die in Artikel 3 der Entscheidung gegen die Klägerin festgesetzte Geldbuße aufzuheben oder herabzusetzen,

— hilfsweise, der Kommission als Maßnahme der Beweiserhebung aufzugeben, den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin Akteneinsicht zu gewähren,

— äußerst hilfsweise, daß die Akten vom Gericht geprüft werden, um die Klägerin durch zusätzliche Schriftstücke von den Vorwürfen entlasten zu können,

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

29 In ihrer Ergänzung zur Erwiderung macht die Klägerin geltend, daß die angefochtene Entscheidung für nichtig oder, wenn das Gericht dies für angezeigt halte, für inexistent zu erklären sei.

30 Die Kommission beantragt,

— die Klage als unbegründet abzuweisen,

— das Vorbringen in der Ergänzung zur Erwiderung als unzulässig oder jedenfalls als unbegründet zurückzuweisen,

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

31 Nach der Verkündung des genannten Urteils des Gerichtshofes vom 15. Juni 1994 hat die Klägerin auf eine schriftliche Frage des Gerichts erklärt, sie beantrage nicht mehr, die Entscheidung für inexistent zu erklären, sondern nur noch, sie für nichtig zu erklären. Die Klägerin hat gebeten, ihre Klagegründe nur unter dem Blickwinkel der Nichtigerklärung zu prüfen.

Zu dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung

32 Zur Begründung ihres Antrags auf Nichtigerklärung trägt die Klägerin eine Reihe von Angriffsmitteln vor, die sich in zwei verschiedene Gruppen unterteilen lassen. Im Rahmen der ersten Gruppe von Angriffsmitteln bezüglich der Ordnungsgemäßheit des Verwaltungsverfahrens macht die Klägerin in ihrer Ergänzung zur Erwiderung mehrere Verstöße gegen wesentliche Formvorschriften geltend, da die ihr zugestellte Entscheidung entgegen Artikel 12 der Geschäftsordnung der Kommission weder vom Präsidenten noch vom Generalsekretär der Kommission rechtzeitig festgestellt worden und zwischen ihrem Erlaß und ihrer Zustellung an die Klägerin geändert worden sei.

33 In ihrer Klageschrift wirft die Klägerin der Kommission unter Hinweis auf ein Angriffsmittel, das Solvay in der Rechtssache T-30/91 geltend gemacht hat, außerdem vor, gegen das Kollegialprinzip verstoßen zu haben, da entgegen Artikel 4 der Geschäftsordnung der Kommission die Erörterung des Entscheidungsentwurfs nicht verschoben worden sei, obwohl zumindest ein Kommissionsmitglied darum gebeten habe, um die Akten, die ihm verspätet übermittelt worden seien, gebührend prüfen zu können. Weiterhin rügt die Klägerin, daß die Kommission Solvay vertrauliche Schriftstücke habe zukommen lassen, was einen Verstoß gegen den Schutz der Geschäftsgeheimnisse darstelle. Schließlich macht sie drei Rügen wegen Verletzung der Verteidigungsrechte geltend: Der erste Verstoß bestehe in der Weigerung, der Klägerin vollständige Akteneinsicht zu gewähren; der zweite in der Voreingenommenheit, der mangelnden Objektivität und einer allgemeinen Mißachtung der Verteidigungsrechte seitens der Kommission, die durch fragwürdige Streichungen in den Anlagen mit dem Aktenzeichen II zum Ausdruck gekommen seien; drittens sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden, was in der Entscheidung durch Feststellungen zum Ausdruck komme, die nicht auf Beweise gestützt seien, die ihr mitgeteilt worden seien.

34 Im Rahmen der zweiten Gruppe von Angriffsmitteln erhebt die Klägerin mehrere Rügen gegen die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts sowie die rechtliche Würdigung seitens der Kommission in der angefochtenen Entscheidung. Schließlich sei die Anweisung, die zur Last gelegte Zuwiderhandlung abzustellen, rechtswidrig, da sie einer Ausfuhrpflicht gleichkomme, und die festgesetzte Geldbuße sei unverhältnismäßig.

35 Das Gericht hält es für zweckmäßig, zunächst das Angriffsmittel einer Verletzung der Verteidigungsrechte zu prüfen, soweit damit gerügt wird, daß der Antrag der Klägerin auf Einsicht in die Akten der Kommission rechtswidrig zurückgewiesen worden sei.

Zu dem Angriffsmittel einer Verletzung der Verteidigungsrechte wegen der Weigerung der Kommission, der Klägerin Akteneinsicht zu gewähren

Vorbringen der Parteien

36 Die Klägerin wirft der Kommission vor, entgegen ihren Erkärungen im Zwölften und im Vierzehnten Bericht über die Wettbewerbspolitik, in denen das Verfahren der Akteneinsicht in Wettbewerbssachen festgelegt worden sei, den Antrag der Klägerin im Verwaltungsverfahren auf Einsicht in die Akten der Kommission, um zu überprüfen, ob dort möglicherweise für ihre Verteidigung nützliche Schriftstücke enthalten seien, abgelehnt zu haben. Die Kommission habe ihr nicht einmal ein Verzeichnis der in den Akten enthaltenen Schriftstücke zukommen lassen, so daß sie keine Möglichkeit gehabt habe, in großen Zügen zu erfahren, welchen Kategorien die Schriftstücke zugeteilt gewesen seien.

37 Die Klägerin verfüge über keine unmittelbaren Beweisstücke, aus denen sich die Gründe, aus denen Solvay und andere Hersteller Soda nicht in das Vereinigte Königreich ausgeführt hätten, oder die Preise und Kosten der anderen Hersteller des kontinentalen Westeuropas ergäben, obwohl diese Informationen zur Beurteilung der Strategien der Hersteller offenkundig von Bedeutung wären. Deshalb wären einige Schriftstücke für die Ausübung ihrer Verteidigungsrechte möglicherweise wichtig gewesen, und zwar

— Schriftstücke, aus denen sich die tatsächlichen Preise ergäben, die Solvay und andere Hersteller von ihren Hauptkunden verlangt hätten,

— Schriftstücke, die Anfragen von im Vereinigten Königreich niedergelassenen Abnehmern beträfen, die diese an kontinentale Hersteller wegen Sodalieferungen gerichtet hätten, sowie Schriftstücke, die die Antwort auf diese Anfragen enthielten,

— Schriftstücke, in denen Solvay und andere Kontinentalhersteller die Möglichkeit ins Auge gefaßt hätten, auf dem Markt des Vereinigten Königreichs Fuß zu fassen, oder in denen die Gründe erläutert seien, dies nicht zu tun.

Die Behauptung der Kommission, die Akten enthielten keine für ihre Verteidigung nützlichen Unterlagen, sei nicht glaubwürdig. Die Prozeßbevollmächtigten von Solvay hätten der Klägerin das Gegenteil mitgeteilt. Ebenso wären sehr viele ihrer eigenen Schriftstücke für die Verteidigung von Solvay nützlich gewesen, z. B. die, die das gegen sie nach Artikel 86 des Vertrages eröffnete Verfahren beträfen. Die Klägerin hätte daher ein Recht auf Einsicht in die Schriftstücke gehabt, die die gegen sie erhobenen Feststellungen hätten entkräften können. Dieses Recht sei verletzt worden.

38 Im Rahmen eines Angriffsmittels gegen die Beurteilung des Sachverhalts in der angefochtenen Entscheidung macht die Klägerin geltend, daß die Akten im vorliegenden Fall insgesamt genommen ein anderes Bild ergäben als das, das die Kommission gezeichnet habe. Die Klägerin verweist u. a. auf mehrere Schriftstücke, die die Kommission in dem Verfahren nach Artikel 85 nicht herangezogen habe, sondern nur in dem gegen sie nach Artikel 86 des Vertrages eröffneten Verfahren. Diese Schriftstücke zeigten, daß die Klägerin sich in den Jahren 1984 bis 1989 wiederholt Gedanken über die Möglichkeiten von Einfuhren vom Kontinent gemacht habe und Vergeltungsmaßnahmen gegen eventuelle Einfuhren erwogen habe, daß sie aber der Auffassung gewesen sei, daß sich für sie ein Eintritt in den kontinentalen Markt wegen der hohen Transportkosten und geringen Gewinne nicht lohne und der Eintritt der kontinentalen Hersteller in den Markt des Vereinigten Königreichs unwahrscheinlich sei. Trotzdem sei sie wegen ihrer durch die Wechselkurse und durch die Produktionskosten im kontinentalen Westeuropa bedingten Verletzlichkeit stets auf der Hut gewesen (S. 75 bis 77 der Erwiderung). Für die Klägerin steht außer Frage, daß die Kommission über viele andere Unterlagen verfüge, die entweder von Solvay oder anderen Herstellern des kontinentalen Westeuropas stammten und diese Auffassung stützten und die sie nicht habe verwerten können.

39 Die Aufteilung der Schriftstücke im Stadium der Mitteilung der Beschwerdepunkte in Beweisstücke, die erheblich im Sinne des Artikels 85 seien, und in Beweisstücke, die erheblich im Sinne des Artikels 86 des Vertrages seien, habe dazu geführt, daß die Schriftstücke, die zur zweiten Gruppe gehörten, nur den Herstellern mitgeteilt worden seien, die nach Artikel 86 verfolgt worden seien, auch wenn die Schriftstücke für die Anwendung des Artikels 85 auf andere Hersteller ebenfalls von Bedeutung gewesen seien. So habe die Klägerin keines der Schriftstücke mit dem Aktenzeichen IV in der Anlage des vierten Teils der Mitteilung der Beschwerdepunkte verwerten können, der einen Solvay vorgeworfenen Verstoß gegen Artikel 86 betreffe, obwohl einige Schriftstücke ihrer Verteidigung gegen den Vorwurf eines Verstoßes gegen Artikel 85, der gegen sie erhoben worden sei, dienlich gewesen wären. Das gleiche gelte für Solvay hinsichtlich der Schriftstücke mit dem Aktenzeichen V in der Anlage des fünften Teils der Mitteilung der Beschwerdepunkte.

40 Im Rahmen eines gegen die Höhe der gegen sie festgesetzten Geldbuße vorgetragenen Angriffsmittels wiederholt die Klägerin, daß der ihr vorgeworfene Verstoß gegen Artikel 86 des Vertrages hätte Berücksichtigung finden müssen. Trotz sehr weitgehender Überschneidungen der zur Last gelegten Verstöße habe die Kommission diese als völlig voneinander getrennte Verstöße behandelt.

41 In ihrer Erwiderung führt die Klägerin aus, in einem Fall, in dem das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise zwischen Solvay und ihr behauptet werde, sei ein gegen Solvay verwendetes oder ein Solvay entlastendes Schriftstück offenkundig auch für sie von Bedeutung und betreffe sie ebenso wie das andere an der angeblich abgestimmten Verhaltensweise beteiligte Unternehmen. Zudem wären die von der Kommission zum Nachweis einer Zuwiderhandlung nach Artikel 86 herangezogenen Schriftstücke auch für die Feststellung eines Kartells nach Artikel 85 des Vertrages von Bedeutung gewesen.

42 Die Klägerin bestreitet nicht, daß die Kommission sämtliche bei ihren Ermittlungen aufgefundene Schriftstücke daraufhin überprüft hat, ob sie als die Klägerin entlastend angesehen werden könnten. Da die Kommission aber bereits die Funktionen des Ermittlers, der Verfolgungsbehörde, des Richters und der Prüfungsbehörde ausübe, hätte sie nicht auch noch als Berater der Beklagten auftreten können. Das Angebot der Kommission in ihrem Schreiben vom 31. Mai 1990, eine erneute Prüfung durchzuführen, sei sinnlos, da es davon abhängig gemacht worden

sei, daß die Klägerin „gute Gründe" anführe, doch verfüge sie nicht über die einschlägigen Unterlagen. Ein System, in dem die Beamten der Kommission darüber entschieden, welche Unterlagen einem in einer Wettbewerbssache beschuldigten Unternehmen helfen könnten, genüge nicht den Erfordernissen der Wahrung der Verteidigungsrechte. Es sei unwahrscheinlich, daß diese Prüfung ebenso gründlich und mit dem gleichen Bemühen um die Wahrung der Interessen der Klägerin durchgeführt worden sei, wie wenn sie selbst diese Prüfung vorgenommen hätte.

43 Der Klägerin seien somit vor Erlaß der Entscheidung folgende fünf Gruppen vom Unterlagen nicht zugänglich gewesen:

— die Schriftstücke mit dem Aktenzeichen IV in der Anlage des vierten Teils der Mitteilung der Beschwerdepunkte, die die Feststellungen gegen Solvay nach Artikel 86 des Vertrages beträfen,

— die endgültige Fassung der Antwort von Solvay auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte sowie die von Solvay zur Stützung dieser Antwort angeführten Schriftstücke,

— die Antwort des deutschen Herstellers CFK auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte,

— die Antworten der anderen Hersteller auf die Schreiben, die an sie nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 gerichtet gewesen seien (mit Ausnahme der Antworten, die der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt gewesen seien),

— die Schriftstücke in den Akten, die nicht der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt gewesen seien und von der Kommission im Rahmen ihrer Ermittlungen bei Solvay und bei vier anderen Sodaherstellern aus der Gemeinschaft gefunden worden seien.

44 Vor der Einreichung ihrer Klageschrift, aber nach Erlaß der angefochtenen Entscheidung habe Solvay der Klägerin mitgeteilt, daß die Akten der Kommission verschiedene Schriftstücke von Solvay enthielten, die für ihre Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte sehr nützlich gewesen wären. Die Klägerin bezieht sich in diesem Zusammenhang auf die Schriftstücke, die nach ihrer Ansicht belegen, daß Solvay ihre Preise oft bekanntgegeben habe, um Aufträge von Unternehmen im Vereinigten Königreich für die Lieferung von Soda zu erhalten, und daß sie nach einer entsprechenden Anfrage von Rockware, einem im Vereinigten Königreich ansässigen Unternehmen, eine Preisstudie erstellt habe (Anlagen 12 und 13 der Klageschrift von Solvay in der Rechtssache T-30/91, die Solvay der Klägerin in Kopie übermittelt habe). Außerdem hat die Klägerin als Anlage 1 ihrer Erwiderung Schriftstücke vorgelegt, die ihr nach Einreichung ihrer Klageschrift von dem deutschen Hersteller Matthes & Weber als streng vertraulich übermittelt worden seien und die nach ihrer Ansicht belegen, daß dieser Hersteller seine Preise bekanntgegeben habe, um von Unternehmen im Vereinigten Königreich Aufträge für die Lieferung von Soda zu bekommen, daß aber die Transportkosten der entscheidende Grund dafür gewesen seien, daß diese Angebote von den potentiellen Kunden abgelehnt worden seien.

45 Die jüngste Rechtsprechung stehe dem von der Klägerin im vorliegenden Fall vertretenen Standpunkt nicht entgegen. So sei das Urteil vom 17. Januar 1984 in den Rechtssachen 43/82 und 63/82 (VBVB und VBBB/Kommission, Slg. 1984, 19), wonach die Kommission nicht verpflichtet sei, ihre Akten den Betroffenen zugänglich zu machen, in einer Rechtssache ergangen, in der die streitige Entscheidung der Kommission vor Erlaß des *Zwölften Berichts über die Wettbewerbspolitik* ergangen sei. Das Urteil vom 3. Juli 1991 in der Rechtssache C-62/86 (Akzo/Kommission, Slg. 1991, I-3359, nachstehend: Akzo II), mit dem der Gerichtshof das Ergebnis im Urteil VBVB und VBBB/Kommission bestätigt habe, habe eine völlig andere Frage als die hier streitgegenständliche betroffen, nämlich die Frage des Zugangs zu einem internen Schriftstück, das insoweit selbst nach dem Zwölften Bericht über die Wettbewerbspolitik gegen jede Weitergabe geschützt gewesen sei. Einige Urteile des Gerichtshofes berücksichtigten mehr die Rechte der Verteidigung. Die Klägerin verweist dazu auf das Urteil vom 29. Oktober 1980 in den Rechtssachen 209/78 bis 215/78 und 218/78 (Van Landewyck u. a./Kommission, Slg. 1980, 3125), mit dem der Kommission eine weitergehende Verpflichtung zur Mitteilung der für die Verteidigung erforderlichen Umstände auferlegt worden sei, auf das Urteil vom 25. Oktober 1983 in der Rechtssache 107/82 (AEG/Kommission, Slg. 1983, 3151), auf das Urteil vom 27. Juni 1991 in der Rechtssache C-49/88 (Al-Jubail Fertilizer und Saudi Arabian Fertilizer/Rat, Slg. 1991, I-3187) sowie auf die Schlußanträge des Generalanwalts Darmon zu diesem Urteil (Slg. 1991, I-3205) und schließlich auf die Urteile vom 17. Oktober 1989 in der Rechtssache 85/87 (Dow Benelux/Kommission, Slg. 1989, 3137), vom

18. Oktober 1989 in der Rechtssache 374/87 (Orkem/Kommission, Slg. 1989, 3283) und in der Rechtssache 27/88 (Solvay/Kommission, Slg. 1989, 3355).

46 Soweit sich die Kommission auf die Vertraulichkeit bestimmter Schriftstücke berufe, sei daran zu erinnern, daß die Anwendung des Grundsatzes der vertraulichen Behandlung der unternehmensrelevanten Auskünfte keinesfalls die Rechte der Verteidigung schmälern könnten (Urteil des Gerichtshofes vom 20. März 1985, Rechtssache 264/83, Timex/Rat und Kommission, Slg. 1985, 849, Randnrn. 29 und 30). Jedenfalls werde der Grundsatz der vertraulichen Behandlung nicht verletzt, wenn unabhängigen Rechtsanwälten Zugang zu sensiblen Schriftstücken in den Akten gewährt werde. Außerdem hätten auch nichtvertrauliche Zusammenfassungen erstellt werden können. Die Erfordernisse des Schutzes der Geschäftsgeheimnisse könnten keinesfalls die Entscheidung der Kommission im vorliegenden Fall rechtfertigen, generell keine Akteneinsicht zu gewähren. Die Erfordernisse eines solchen Schutzes rechtfertigten es höchstens, die Einsicht in wirklich geheime Schriftstücke zu verwehren, die einzeln bezeichnet und in einer nichtvertraulichen Fassung zusammengefaßt worden seien.

47 In diesem Zusammenhang wirft die Klägerin der Kommission außerdem vor, in von ihr stammenden Schriftstücken, die der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt gewesen seien — u. a. in den Anlagen II.25 und II.34 — Stellen herausgestrichen zu haben, die den Standpunkt der Kommission nicht hätten stützen können. Eine Untersuchung der Unterlagen, zu denen die Klägerin Zugang gehabt habe, zeige, daß die Kommission hinsichtlich der Schriftstücke grundsätzlich eine sehr strenge Auswahl getroffen habe, was zweifellos auch hinsichtlich der Schriftstücke gelte, die von anderen Herstellern stammten. Die in den betreffenden Schriftstücken herausgestrichenen Stellen seien in Wirklichkeit nicht vertraulich gewesen.

48 Zu der Ansicht der Kommission, aus praktischen Gründen hätte es genügt, daß Solvay die ICI entlastenden Schriftstücke zu ihrer eigenen Verteidigung verwende und sie ICI zu deren Verteidigung übermittle, trägt die Klägerin vor, eine solche Zusammenarbeit könne an geschäftlichen Rivalitäten scheitern. Selbst wenn man unterstelle, daß Wettbewerber jedenfalls gegenüber der Kommission zu einer Zusammenarbeit untereinander bereit wären, nehme die Kommission einen gefähr-

lichen Standpunkt ein, der mit Sicherheit nicht den Schutz der Grundrechte gewährleisten könne. So habe es, als die Klägerin auf dem Sodamarkt vertreten gewesen sei (was nicht mehr der Fall sei, da sie ihre Tätigkeit auf diesem Markt übertragen habe), unvermeidlich gewisse Vorbehalte gegen die Übermittlung von Geschäftsunterlagen gegeben. Vor Erlaß der Entscheidung habe Solvay der Klägerin keine Einsicht in die ihrer Klageschrift in der Rechtssache T-30/91 beigefügten Unterlagen gewährt, aus denen sich ergebe, daß sie ihre Preise bekanntgegeben habe, um Aufträge von den Unternehmen im Vereinigten Königreich zu erhalten.

49 Auf eine schriftliche Frage des Gerichts hat die Klägerin erklärt, der Umstand, daß die Kommission ihr nicht einmal ein Verzeichnis der in ihren Akten enthaltenen Schriftstücke übermittelt habe, habe äußerst schwerwiegende Konsequenzen hinsichtlich ihrer Verteidigungsmöglichkeiten und hinsichtlich ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör gehabt. Die Klägerin sei dadurch daran gehindert worden, unter den auf einer solchen Liste aufgeführten Schriftstücken diejenigen zu bestimmen, die ihrer Verteidigung hätten dienlich sein können.

50 Die Kommission macht geltend, sie habe der Klägerin alle Schriftstücke übermittelt, auf die sie ihre Rügen sowie die endgültige Entscheidung gestützt habe. Für die entgegengesetzte Behauptung der Klägerin gebe es keine tatsächliche Grundlage. Wenn die Kommission sich wirklich auf ein der Klägerin nicht mitgeteiltes Schriftstück gestützt hätte, würde dies im übrigen nicht unbedingt zur Rechtswidrigkeit des gesamten Verfahrens führen, sondern nur zu dem Ausschluß des betreffenden Schriftstücks, womit sich dann allein die Frage stelle, ob die anderen von der Kommission angeführten Unterlagen hinreichende Beweise für ihre Feststellungen lieferten. Selbst wenn die Kommission tatsächlich Schriftstücke ausgewählt hätte, könnte dies keinen Verfahrensmangel darstellen, da die Klägerin nicht den geringsten Anhaltspunkt für ein unredliches Verhalten der Dienststellen der Kommission vorgetragen habe (Urteil des Gerichts vom 17. Dezember 1991 in der Rechtssache T-7/89 (Hercules/Kommission, Slg. 1991, II-1711, Randnr. 55).

51 Gegenüber dem Vorwurf der Klägerin, ihr sei nicht erlaubt worden, Einsicht in die in den Akten enthaltenen Geschäftsunterlagen zu nehmen, um zu überprüfen, ob

einige von diesen Unterlagen sie entlasten könnten, verteidigt sich die Kommission — unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts (Urteile VBVB und VBBB/Kommission, Akzo II und Hercules/Kommission, a. a. O.) — mit der Feststellung, es gebe keine grundsätzliche Verpflichtung zur Übermittlung ihrer Akten. Selbst wenn eine solche Verpflichtung sich aus den Regeln ergäbe, die die Kommission in ihrem Zwölften Bericht über die Wettbewerbspolitik selbst aufgestellt habe, würde ein eventueller Verstoß dagegen — der weniger bedeutsam wäre als ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör — keine Verletzung „wesentlicher" Formvorschriften im Sinne des Artikels 173 Absatz 1 EWG-Vertrag sein und rechtfertigte daher nicht die Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung insgesamt. Außerdem ergebe sich aus dem Urteil des Gerichts vom 1. April 1993 in der Rechtssache T-65/89 (BPB Industries und British Gypsum/Kommission, Slg. 1993, II-389, Randnr. 35), daß das betroffene Unternehmen zur Begründung seiner Rüge der „unzureichenden Akteneinsicht" gewichtige Anhaltspunkte dafür nachweisen müsse, daß ein Schriftstück vorhanden sei und die Kommission dieses tatsächlich vorsätzlich geheimgehalten habe.

52 Die Klägerin müsse schließlich nachweisen, daß das Ergebnis des Verwaltungsverfahrens anders ausgefallen wäre, wenn sie Zugang zu den Akten gehabt hätte (Urteil Hercules/Kommission, a. a. O., Randnr. 56). Im vorliegenden Fall seien die Schriftstücke, in bezug auf die die Klägerin der Kommission vorwerfe, ihr keine Einsicht gewährt zu haben, von der Kommission nicht gegen die betroffenen Unternehmen verwendet worden. Damit stelle sich im vorliegenden Fall nicht die Frage, ob Schriftstücke, die gegen einen an einem Kartell Beteiligten verwendet worden seien, allen anderen Beteiligten zur Verfügung gestellt werden müßten, so daß jeder von ihnen Zugang zu den Schriftstücken habe, die gegen die anderen verwendet worden seien.

53 Die von der Klägerin als Beispiel genannten Gruppen von Schriftstücken seien für die gegen sie erhobenen Rügen nicht herangezogen worden und enthielten nichts, was ICI entlasten könnte; sie beträfen im wesentlichen Bereiche, die naturgemäß sowohl unter das Berufs-als auch unter das Geschäftsgeheimnis fielen. Diese Schriftstücke hätten deshalb nicht ohne Verstoß gegen die Rechte Dritter auf den Schutz ihrer legitimen Geschäftsgeheimnisse übermittelt werden können. Der Gerichtshof habe wiederholt die Bedeutung der vertraulichen Behandlung jeder Information hervorgehoben, die die Kommission aufgrund der Verordnung Nr. 17 erlangt habe (Urteile vom 13. Februar 1979, Rechtssache 85/76, Hoffmann-La Roche/Kommission, Slg. 1979, 461, Randnr. 14, und vom 7. November 1985,

Rechtssache 145/83, Adams/Kommission, Slg. 1985, 3539). In seinem Urteil vom 24. Juni 1986 in der Rechtssache 53/85 (Akzo/Kommission, Slg. 1986, 1965, Randnr. 28, nachstehend: Akzo I) habe der Gerichtshof einem Beschwerdeführer das Recht abgesprochen, Unterlagen einzusehen, die Geschäftsgeheimnisse enthielten. Das Interesse der Klägerin an der Einsicht in Unterlagen, die die Kommission nicht gegen sie verwendet habe, sei noch schwächer als das Interesse eines Beschwerdeführers an der Kenntnisnahme von Schriftstücken, auf die die Kommission sich in dem Verfahren tatsächlich gestützt habe. Soweit die Klägerin sich auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Al-Jubail Fertilizer und Saudi Arabian Fertilizer/Rat (a. a. O.) beziehe, sei darauf hinzuweisen, daß diese Rechtssache einen Fall betroffen habe, in dem das betreffende Gemeinschaftsorgan sich anders als im vorliegenden Fall tatsächlich auf Unterlagen gestützt habe, die dem betroffenen Unternehmen nicht mitgeteilt worden seien.

54 Der notwendige Ausgleich zwischen den in Rede stehenden Interessen werde erreicht, wenn die Übermittlung von Unterlagen an Dritte streng auf das beschränkt bleibe, was zur Durchführung der Untersuchung erforderlich sei. Nach diesem Kriterium sei die Weiterleitung von Unterlagen, auf die die Kommission sich nicht stütze, nicht erforderlich. Die betroffenen Unternehmen hätten kein Recht, in rein spekulativer Absicht die nicht gegen sie verwandten internen Geschäftsunterlagen ihrer Konkurrenten zu prüfen. In diesem Zusammenhang verweist die Kommission auf ihr Schreiben vom 31. Mai 1990 (S. 3, Absatz 5) und betont, sie habe sämtliche bei anderen Herstellern aufgefundene Schriftstücke selbst noch einmal sorgfältig geprüft.

55 Soweit die Klägerin auf Schriftstücke von Solvay und von Matthes & Weber Bezug nehme und vermute, daß diese für ihre Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte sehr nützlich gewesen wären, sei die Feststellung angebracht, daß die Schriftstücke von Solvay, die in der Rechtssache T-30/91 ausführlich erörtert worden seien, keineswegs den Nachweis einer abgestimmten Verhaltensweise zwischen der Klägerin und Solvay widerlegten. Die Unterlagen von Matthes & Weber lieferten nicht den geringsten Beweis für die Behauptung der Klägerin, daß die hohen Transportkosten der eigentliche Grund dafür gewesen seien, daß die möglichen Kunden im Vereinigten Königreich die Angebote von Matthes & Weber abgelehnt hätten.

56 Die von der Klägerin verlangte Erstellung nichtvertraulicher Zusammenfassungen wäre in diesem Zusammenhang nutzlos gewesen, da die Informationen, deren Mitteilung die Klägerin verlangt habe, gerade vertraulich gewesen seien (tatsächliche Preise und Kosten der Wettbewerber, Namen ihrer Kunden, Erläuterungen ihrer Geschäftspolitik). Im übrigen habe die Klägerin in einem Schreiben vom 14. September 1989 an die Kommission darauf bestanden, daß entsprechende von ihr selbst stammende Informationen streng vertraulich zu behandeln seien. Zu dem Vorschlag, die sensiblen Geschäftsinformationen nur Rechtsanwälten zu übermitteln, erklärt die Kommission, es sei nicht recht erkennbar, wie eine derart beschränkte Mitteilung von Informationen der Verteidigung eines Unternehmens dienlich sein könne, da diese Informationen zur Feststellung ihrer Bedeutung mit den Geschäftsabteilungen des Unternehmens erörtert werden müßten.

57 Schließlich seien auch praktische Erwägungen zu berücksichtigen. Wenn die Unterlagen von Solvay tatsächlich ergeben hätten, daß dieses Unternehmen an der ihm und der Klägerin vorgeworfenen abgestimmten Verhaltensweise nicht beteiligt gewesen sei, hätte Solvay mit Sicherheit in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte darauf hingewiesen. Darüber hinaus hätte sie großes Interesse daran gehabt, diese Schriftstücke der Klägerin zu übermitteln. Jedenfalls hätte die Klägerin nachweisen müssen, daß die Nichtübermittlung von Schriftstücken für sie tatsächlich von Bedeutung gewesen sei. In diesem Zusammenhang sei die entscheidende Frage für die Klägerin gewesen, warum sie selbst kein Soda im kontinentalen Westeuropa verkaufe. Es sei schwer vorstellbar, warum andere Hersteller über die wirklichen Gründe ihres Verhaltens hätten besser informiert sein sollen. Zu den Gründen, warum andere kontinentale Hersteller (als Solvay) kein Soda im Vereinigten Königreich verkauften, habe die Klägerin im Verfahren selbst erklärt, daß derartige Unterlagen ohne Interesse seien.

58 In der Antwort auf verschiedene schriftliche Fragen des Gerichts hat die Kommission erklärt, der Ausdruck „Akteneinsicht", der in den einschlägigen Rechtsvorschriften nicht vorkomme, bedeute das Recht des betroffenen Unternehmens, zu den gegen es erhobenen Vorwürfen gehört zu werden, wie sich aus dem Urteil des Gerichts vom 18. Dezember 1992 in den Rechtssachen T-10/92, T-11/92, T-12/92 und T-15/92 (Cimenteries CBR u. a./Kommission, Slg. 1992, II-2667, Randnr. 38) ergebe. Entscheidend müsse also sein, daß diesem Unternehmen die gegen es erhobenen Vorwürfe sowie die zur Begründung dieser Vorwürfe von der Kommission verwendeten Beweismittel übermittelt würden. Eine andere Frage sei, ob das Unternehmen andere Unterlagen erhalten habe, die nicht als Beweismittel gedient hätten. Das Gericht habe in seinem Urteil Hercules/Kommission (a. a. O.)

festgestellt, daß die Kommission zur Übermittlung anderer Schriftstücke vorbehaltlich der Vertraulichkeit verpflichtet sein könnte, und habe dies mit den Erklärungen der Kommission in ihrem *Zwölften Bericht über die Wettbewerbspolitik* begründet. Das Verfahren in der vorliegenden Rechtssache sei im März 1990, also mehr als ein Jahr nach der Veröffentlichung des *Achtzehnten Berichts über die Wettbewerbspolitik*, eröffnet worden, so daß die von der Kommission sich selbst auferlegte Regel, die im vorliegenden Fall anzuwenden sei, nicht mehr die sei, die sich aus ihren Erklärungen im Zwölften Bericht ergebe, sondern die, die für derartige Fälle im Achtzehnten Bericht vorgesehen sei. Somit hätte keiner darauf spekulieren können, daß die Kommission ihre jüngsten Erklärungen außer acht lasse, die sich ausdrücklich auf die Probleme der Übermittlung von Unterlagen in Verfahren bezögen, an denen mehrere konkurrierende Unternehmen beteiligt seien.

59 Man könne nicht davon ausgehen, daß in jedem Verfahren nach Artikel 85 oder nach Artikel 86 des Vertrages eine einzelne Akte bestehe, in der alle in dieser Sache gefundenen Unterlagen enthalten seien, und daß die „Akteneinsicht" das Recht bedeute, diese „Akte" vollständig einzusehen und zu fotokopieren (vorbehaltlich der Ausnahmen hinsichtlich der vertraulichen Unterlagen). Es gebe vielmehr zwei Ansätze, die Frage der Definition des Begriffs der „Akte" zu lösen:

— Der erste Ansatz, den die Kommission für den richtigen halte, bestehe darin, unter „Akte" die Unterlagen zu verstehen, auf die die zu erlassende Entscheidung gestützt werde. Die entscheidende Frage sei also, ob das Unternehmen Zugang zu der vollständigen Akte gehabt habe und somit, ob die Kommission in die Akte alle Unterlagen aufgenommen habe, die es dem Unternehmen ermöglichen, sein Recht auf Anhörung auszuüben. Nach diesem Verständnis bestehe die Akte zum entscheidenden Zeitpunkt der Mitteilung der Beschwerdepunkte aus den Unterlagen, auf die sich die Kommission zur Begründung ihrer Vorwürfe gegen das Unternehmen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte stütze, sowie aus den Unterlagen, auf die die Kommission sich nicht stütze, die aber offenkundig geeignet sind, das beschuldigte Unternehmen zu entlasten. Alles andere Material, das die Kommission im Rahmen ihrer Ermittlungen möglicherweise erlangt habe, das aber nicht in eine dieser Kategorien falle, gehöre nicht zu der Akte, so daß es unwichtig sei, ob das Unternehmen Zugang zu diesem Material gehabt habe.

— Nach dem zweiten Ansatz bestehe die „Akte" in allem, was die Kommission im Rahmen ihrer Ermittlungen erlangt habe, selbst wenn dieses nicht für die Erstellung der Mitteilung der Beschwerdepunkte verwendet worden sei. Nach Artikel 20 der Verordnung Nr. 17 und dem Urteil in der Rechtssache Hercules/Kommission (a. a. O.) gebe es jedoch Schriftstücke, die das betroffene Unternehmen nicht einsehen könne, weil der Kommission deren Übermittlung nicht erlaubt sei. Praktisch bedeute dies, daß dieses Unternehmen Zugang zu den gleichen Unterlagen erhalte wie bei Zugrundelegung des ersten Ansatzes.

60 Sodann gebe es zwei Alternativen für die Gewährung der Akteneinsicht:

— Die Kommission könne zunächst die Mitteilung der Beschwerdepunkte übersenden und anschließend festsetzen, wann das Unternehmen Einsicht in die Unterlagen nehmen könne, die ihm dann zugänglich gemacht würden. Dazu könne es in der Tat zweckmäßig sein, daß die Betroffenen mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte über ein Verzeichnis der Schriftstücke verfügten, um vorab eine Vorstellung davon zu bekommen, welche Schriftstücke sie einsehen können (und welche nicht). Das Gericht habe sich in seinem Urteil BPB Industries und British Gypsum/Kommission (a. a. O., Randnr. 29) unter Hinweis auf den Zwölften Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik auf dieses Verfahren bezogen.

— Ebenso könnten die Unterlagen mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte übersandt werden. In diesem Fall brauche das Unternehmen nicht über ein Verzeichnis der Unterlagen zu verfügen. Es sei bereits im Besitz aller Unterlagen, die es einsehen könne. Die Übersendung eines Verzeichnisses sei also nur eine Ersatzlösung für die Übersendung der Unterlagen zusammen mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte.

61 Im vorliegenden Fall habe die Klägerin sofort das Material erhalten, auf das sich die Kommission gestützt habe, da die Kommission das Verfahren der Übersendung der einschlägigen Beweisunterlagen zusammen mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte gewählt habe. Somit habe die Klägerin „Akteneinsicht" gehabt. Allerdings hätten die Klägerin und Solvay nicht die Möglichkeit gehabt, sämtliche

von der Kommission zusammengetragenen Schriftstücke zu prüfen, und zwar aus dem einfachen Grund, weil sie entweder nicht einschlägig gewesen seien oder vertrauliche Informationen enthalten hätten. Im übrigen könne ein Schriftstück, das nicht zu den mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte übersandten Unterlagen gehöre, der Klägerin nur zugänglich gemacht werden, wenn sie nachweise, daß dieses Schriftstück für einen bestimmten Punkt der Sache von Bedeutung sei und damit der Kommission einen Hinweis gebe, worauf sich die Suche beziehen solle. Schließlich habe die Klägerin niemals ausdrücklich Einsicht in die bei Solvay aufgefundenen Schriftstücke verlangt; insbesondere habe sie nichts zu den Konsequenzen der Solvay vorgeworfenen mißbräuchlichen Ausnutzung ihrer beherrschenden Stellung auf dem kontinentalen Markt für die Beurteilung der gegen sie selbst verwendeten Beweise vorgetragen.

62 Die Kommission hat außerdem erklärt, daß die bei der Klägerin und anderen Herstellern aufgefundenen Schriftstücke fast 70 Ordner mit jeweils 200 Seiten füllten. Diese Schriftstücke seien nach ihrem Fundort und nicht nach ihrer Erheblichkeit im Hinblick auf Artikel 85 oder Artikel 86 des Vertrages geordnet worden. Es seien folgende „Aktenordner" angelegt worden:

i) Aktenordner 1: interne Schriftstücke wie z. B. Entscheidungsentwürfe,

ii) Aktenordner 2 bis 14: Solvay, Brüssel,

iii) Aktenordner 15 bis 19: Rhône-Poulenc,

iv) Aktenordner 20 bis 23: CFK,

v) Aktenordner 24 bis 27: Deutsche Solvay Werke,

vi) Aktenordner 28 bis 30: Matthes & Weber,

vii) Aktenordner 31 bis 38: Akzo,

viii) Aktenordner 39 bis 49: ICI,

ix) Aktenordner 50 bis 52: Solvay Spanien,

x) Aktenordner 53 bis 58: „Akzo II" (erneuter Kontrollbesuch),

xi) Aktenordner 59: Kontrollbesuch bei spanischen Herstellern und erneuter Kontrollbesuch bei Solvay, Brüssel.

xii) Es gebe etwa 10 weitere Ordner, die den Schriftwechsel im Verfahren nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 enthielten.

63 Die Kommission hat eingeräumt, kein Verzeichnis sämtlicher Schriftstücke erstellt zu haben, die die Klägerin betreffen. Daraus sei dieser jedoch kein Nachteil erwachsen. Ein solches Verzeichnis sei nämlich im vorliegenden Fall überflüssig

gewesen. Praktisch alle im Verfahren nach Artikel 86 des Vertrages verwendeten Schriftstücke stammten von der Klägerin, die offenkundig über Kopien verfügt habe, um für alle Fälle gerüstet zu sein.

64 Die Kommission weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß Verzeichnisse von Schriftstücken, wenn sie erstellt würden, niemals detailliert seien. Wenn im vorliegenden Fall ein solches Verzeichnis erstellt worden wäre, hätte es für die Klägerin keinen Nutzen gehabt: Dieses Verzeichnis hätte höchstens eine Reihe von Rubriken oder Seitennummern mit einer sehr knappen Angabe der Art des entsprechenden Schriftstücks enthalten. Im übrigen seien die Ordner 39 bis 49 der Klägerin bekannt gewesen, da es sich um ihre eigenen Unterlagen gehandelt habe. Der Inhalt der anderen Ordner sei ihr zumindest insoweit bekannt gewesen, als die Kommission sich auf darin enthaltene Unterlagen zur Begründung ihrer Vorwürfe gegen die Klägerin gestützt habe und sie deshalb der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt habe. Die übrigen Schriftstücke seien gemäß Artikel 20 der Verordnung Nr. 17 vertraulich gewesen, und ihre vertrauliche Behandlung sei von der Klägerin mit Schreiben vom 13. April 1989 und von Solvay mit Schreiben vom 27. April 1989 ausdrücklich beantragt worden. Die Klägerin hätte sie deshalb nicht einsehen können, unabhängig davon, ob sie ein Verzeichnis dieser Schriftstücke erhalten hätte. Da die Kommission der Klägerin in ihrem Schreiben vom 31. Mai 1990 schließlich die Unternehmen genannt habe, bei denen sie einen Kontrollbesuch vorgenommen habe, sei die Klägerin nicht daran gehindert gewesen, sich unmittelbar an diese Unternehmen zu wenden, wenn sie geglaubt habe, daß diese im Besitz von für sie nützlichen Unterlagen seien.

Würdigung durch das Gericht

Zulässigkeit und Tragweite des Angriffsmittels

65 Zunächst ist das Angriffsmittel der Nichtgewährung der Akteneinsicht in drei Rügen zu unterteilen. Die Klägerin behauptet nämlich erstens, daß sie nicht die

Schriftstücke mit dem Aktenzeichen IV in der Anlage des vierten Teils der an Solvay aufgrund von Artikel 86 des Vertrages gerichteten Mitteilung der Beschwerdepunkte habe einsehen können, obwohl aufgrund des Zusammenhangs zwischen den Rügen der Kommission nach Artikel 86 und denen nach Artikel 85 die zum Verfahren nach Artikel 86 gehörenden Schriftstücke für ihre Verteidigung im vorliegenden Fall von Bedeutung hätten sein können, da die beiden vorgeworfenen Zuwiderhandlungen sich in ihren Auswirkungen weitgehend deckten (vgl. u. a. Nrn. 8.9, 8.10 und 14.3.7 der Klageschrift). Zweitens macht die Klägerin geltend, ihr seien die Teile der Akten nicht zugänglich gewesen, die andere Schriftstücke von Solvay enthalten hätten und für ihre Verteidigung hätten nützlich sein können (vgl. die Nrn. 2.8.3 und 2.8.7 der Klageschrift).

66 Die Klägerin führt drittens an, daß die anderen Sodahersteller in der Gemeinschaft ebenso wie Solvay niemals Soda in das Vereinigte Königreich ausgeführt hätten. Die Unterlagen dieser Hersteller könnten belegen, daß sie aus Preis- und Kostengründen auf einen solchen Handel verzichtet hätten. Diese Unterlagen könnten erheblich sein für die Verteidigung der Klägerin gegen den Vorwurf, daß sie und Solvay ihr Verhalten in der Weise abgestimmt hätten, daß sie gegenseitig auf Ausfuhren nach Kontinentaleuropa bzw. in das Vereinigte Königreich verzichtet hätten (vgl. u. a. die Nrn. 2.8.3 und 2.8.7 der Klageschrift).

67 Im Rahmen jeder Rüge des vorliegenden Angriffsmittels macht die Klägerin geltend, die Kommission habe ihr kein Verzeichnis der Schriftstücke übermittelt, die in der Akte enthalten gewesen seien (vgl. Nr. 2.8.2 der Klageschrift).

68 Diese Hinweise — die in der Erwiderung und in der mündlichen Verhandlung näher ausgeführt und vertieft worden sind — genügen entgegen den Zweifeln der Kommission dem Erfordernis einer kurzen Darstellung der Angriffsmittel, wie sie nach Artikel 19 Absatz 1 der EG-Satzung des Gerichtshofes und Artikel 38 Absatz 1 Buchstabe c der Verfahrensordnung des Gerichtshofes, die bei Klageerhebung anwendbar war, in der verfahrenseinleitenden Klageschrift enthalten sein müssen.

Begründetheit

69 In den Wettbewerbssachen soll die Akteneinsicht den Adressaten der Mitteilung der Beschwerdepunkte in die Lage versetzen, von den in den Akten der Kommission vorhandenen Beweisstücken Kenntnis zu nehmen, um aufgrund dieser Beweisstücke in zweckmäßiger Weise zu den Schlußfolgerungen Stellung nehmen zu können, zu denen die Kommission in der Mitteilung ihrer Beschwerdepunkte gelangt ist. Die Akteneinsicht gehört somit zu den Verfahrensgarantien, die die Rechte der Verteidigung schützen sollen (Urteile Cimenteries CBR u. a./Kommission, und BPB Industries, a. a. O., und British Gypsum/Kommission, a. a. O., Randnr. 30). Die Wahrung der Verteidigungsrechte stellt in allen Verfahren, die zu Sanktionen führen können, einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts dar, der unter allen Umständen, auch in einem Verwaltungsverfahren, beachtet werden muß. Die tatsächliche Beachtung dieses allgemeinen Grundsatzes erfordert es, dem betroffenen Unternehmen bereits im Verwaltungsverfahren Gelegenheit zu geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der von der Kommission angeführten Tatsachen, Rügen und Umstände gebührend Stellung zu nehmen (Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission, a. a. O., Randnrn. 9 und 11).

70 Somit ist anhand der besonderen Umstände jedes einzelnen Falles zu prüfen, ob eine Verletzung der Verteidigungsrechte vorliegt, da dies im wesentlichen von den Rügen abhängt, die die Kommission bei der Feststellung einer dem betroffenen Unternehmen zur Last gelegten Zuwiderhandlung geltend gemacht hat. Um entscheiden zu können, ob das in Rede stehende Angriffsmittel mit seinen drei Rügen Erfolg hat, sind daher die Sachrügen kurz zu prüfen, die die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte und in der angefochtenen Entscheidung geltend gemacht hat.

— Rügen und Beweismittel der Kommission

71 Der in der Mitteilung der Beschwerdepunkte erhobene Vorwurf läßt sich in der Weise zusammenfassen, daß vom 1. Januar 1973 an die Klägerin und ICI an einer abgestimmten Verhaltensweise beteiligt gewesen seien, da sie weiterhin

einvernehmlich ein früheres Kartell fortgesetzt hätten, durch das ihre jeweiligen Absatzgebiete für Soda festgelegt worden seien, und dabei auf gegenseitigen Wettbewerb verzichtet hätten. Die Kommission räumt ein, über keine unmittelbaren Beweise für das Vorliegen einer ausdrücklichen Absprache zwischen der Klägerin und Solvay zu verfügen, meint aber, daß umfangreiches Beweismaterial für eine geheime Absprache vorliege, dem sich entnehmen lasse, daß das 1949 geschlossene ursprüngliche Kartell, nämlich die sogenannte Vereinbarung „Page 1000", in Form einer abgestimmten Verhaltensweise fortgesetzt worden sei. Das Beweismaterial zeige nämlich,

— daß die Klägerin und Solvay weiterhin eine Beziehung der vollständigen Zusammenarbeit gepflegt hätten, die mehr auf eine Partnerschaft als auf ein Wettbewerbsverhalten hingedeutet habe und die dazu gedient habe, ihre globale Strategie im Sodasektor zu koordinieren und untereinander jede Interessenkollision zu vermeiden,

— daß die Grundlage dieser fortgesetzten Partnerschaft die Beibehaltung der aus der Zeit Brunner, Mond & Co stammenden Geschäftspolitik gewesen sei, d. h. der gegenseitigen Anerkennung ausschließlicher Operationsgebiete. Auch wenn das frühere Kartell formell durch den Schriftwechsel vom 12. Oktober 1972 beendet worden sei, seien die Beziehungen fortgesetzt worden, da keine Partei jemals zu der anderen Partei auf deren Markt in der Gemeinschaft in Wettbewerb getreten sei.

72 Die Kommission führt in der Mitteilung der Beschwerdepunkte weiter aus, daß „ein wichtiger Aspekt der engen Geschäftsbeziehungen" zwischen der Klägerin und Solvay die „Koproduzenten"-Vereinbarungen oder die Vereinbarungen „Kauf für Wiederverkauf" gewesen seien, die dazu gedient hätten, ICI bei der Einhaltung ihrer Lieferverpflichtungen in der Zeit von 1983 bis 1989 zu unterstützen. Die Kommission hat diese Vereinbarungen jedoch nicht als eigenständige Zuwiderhandlungen angesehen.

73 Die Kommission hat in der Mitteilung der Beschwerdepunkte darauf hingewiesen, daß in Westeuropa die nationalen Sodamärkte im entscheidungserheblichen Zeitraum voneinander abgegrenzt gewesen seien, da die Hersteller in der Regel ihren

Absatz auf diejenigen Mitgliedstaaten konzentriert hätten, in denen sie über Produktionsanlagen verfügt hätten. Insbesondere habe es weder Einfuhren von Solvay noch eines anderen in der Gemeinschaft ansässigen Herstellers gegeben, die ICI im Vereinigten Königreich hätten Konkurrenz machen können. Es handele sich hier um das „Heimatmarktprinzip". Die Mitteilung der Beschwerdepunkte beziehe sich insoweit auf Unterlagen, die andere Hersteller beträfen oder von diesen stammten (S. 11 und 12 der Schriftstücke II.18 bis II.24) und aus denen sich ergebe, daß alle Sodahersteller in der Gemeinschaft über viele Jahre hinweg dieses Prinzip akzeptiert hätten, was im übrigen für die Klägerin und ICI noch im Jahr 1982 gegolten habe. Obwohl es gewisse Hinweise für eine 1982 zwischen Solvay und Akzo geschlossene Vereinbarung über die Sodatätigkeiten von Akzo in Deutschland gebe (Anlage II.21 der Mitteilung der Bechwerdepunkte), könnten diese nicht als ausreichend angesehen werden, um die Eröffnung eines Verfahrens nach Artikel 85 des Vertrages gegen Solvay und Akzo zu rechtfertigen.

74 Zum Nachweis ihrer Vorwürfe hat die Kommission der an die Klägerin gerichteten Mitteilung der Beschwerdepunkte eine Reihe von Schriftstücken mit dem Aktenzeichen II beigefügt. Nur drei dieser Schriftstücke (II.35, II.36 und II.38) sind zumindest teilweise mit Schriftstücken identisch, die das Aktenzeichen IV tragen und in dem gegen Solvay gerichteten Verfahren nach Artikel 86 verwendet wurden (IV.28, IV.29 und IV.30). Alle anderen Schriftstücke mit dem Aktenzeichen IV sind somit der Klägerin nicht übermittelt worden.

75 Zu den sodann in der angefochtenen Entscheidung erhobenen Vorwürfen ist festzustellen, daß nach Artikel 1 der Entscheidung die abgestimmte Verhaltensweise vom 1. Januar 1973 an zumindest bis zur Einleitung des Verfahrens gedauert hat. Für den Nachweis dieser abgestimmten Verhaltensweise führt die Kommission in Nummer 58 der Entscheidung im wesentlichen sieben Umstände an. Diese Umstände lassen sich entsprechend den Erläuterungen, die die Kommission zu dieser Stelle der Entscheidung in der mündlichen Verhandlung abgegeben hat, in vier Punkten zusammenfassen:

— Es habe als Folge der Politik jedes Herstellers während des gesamten maßgeblichen Zeitraums, also länger als sechzehn Jahre, keinen den Kanal überschreitenden Sodahandel seitens der Klägerin und von Solvay gegeben.

— Dieses Fehlen eines Wettbewerbs entspreche genau den Bedingungen der früher zwischen der Klägerin und Solvay geschlossenen Vereinbarungen, zuletzt der sogenannten „Page 1000"-Vereinbarung von 1949, deren förmliche Aufhebung in der Praxis zu keiner Änderung der Marktaufteilung geführt habe.

— Es seien Vereinbarungen über den „Kauf für Verkauf" abgeschlossen und durchgeführt worden, nach denen Solvay ICI von 1983 bis 1989 Soda geliefert habe und die als Indizien anzusehen seien (vgl. Fußnote 1 zu Nr. 58 der Entscheidung).

— Es hätten zwischen der Klägerin und Solvay häufig Kontakte mit dem Ziel stattgefunden, ihre Strategie im Sodasektor zu koordinieren.

Außerdem wird in Nummer 29 der Entscheidung auf bei mehreren Herstellern gefundene Schriftstücke Bezug genommen, um die Einhaltung des Heimatmarktprinzips zu beweisen.

— Verteidigung der Klägerin

76 Im Hinblick auf die Prüfung, ob die Verteidigungsmöglichkeiten der Klägerin gegen diese Vorwürfe beeinträchtigt worden sind, ist zunächst darauf hinzuweisen, daß eine abgestimmte Verhaltensweise dadurch gekennzeichnet ist, daß sie an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs eine Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen treten läßt, die die Ungewißheit jedes Unternehmens über das zukünftige Verhalten seiner Wettbewerber verringert. Wird diese Ungewißheit nicht verringert, liegt keine abgestimmte Verhaltensweise vor (vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 31. März 1993, Rechtssache C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 bis C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö u. a./Kommission, Slg. 1993, I-1307, Randnrn. 62 bis 65).

77 Die Klägerin macht zu ihrer Verteidigung im wesentlichen geltend, ihr Verhalten erkläre sich aus einer eigenständigen Geschäftspolitik, so daß eine abgestimmte Verhaltensweise nicht bewiesen sei. Diese Verteidigung findet sich bereits in der Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte (vgl. „defence" vom 31. Mai 1990, S. 19 ff., vorstehend Randnr. 12). Die Klägerin hat dieses Verteidigungsvorbringen in ihrer vor der Anhörung eingereichten Stellungnahme („article 85 presentation", S. 3 ff., vorstehend Randnr. 13) und in der Anhörung selbst am 25. und 26. Juni 1990 (S. 9 ff. des Protokolls) wiederholt. Vor Gericht hat sie dieses Vorbringen im Rahmen eines Angriffsmittels gegen die von der Kommission in der angefochtenen Entscheidung vorgenommene Beweiswürdigung wiederholt.

78 Somit ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Begriff der abgestimmten Verhaltensweise zu prüfen, ob dieses Verteidigungsvorbringen der Klägerin dadurch beeinträchtigt worden ist, daß ihr die in den drei Rügen des betreffenden Angriffsmittels genannten Schriftstücke nicht übermittelt worden sind. Dabei ist es nicht Aufgabe des Gerichts, abschließend über den Beweiswert sämtlicher von der Kommission zur Stützung der angefochtenen Entscheidung herangezogenen Beweismittel zu befinden. Für die Feststellung einer Verletzung der Verteidigungsrechte genügt der Nachweis, daß das Versäumnis der Übermittlung der betreffenden Schriftstücke den Verfahrensablauf und den Inhalt der Entscheidung zuungunsten der Klägerin hat beeinflussen können. Die Möglichkeit eines solchen Einflusses kann somit anhand einer vorläufigen Prüfung bestimmter Beweise nachgewiesen werden, die zeigt, daß die nicht übermittelten Schriftstücke eine Bedeutung — für diese Beweise — gehabt haben, die nicht unberücksichtigt bleiben durfte. Wenn die Verteidigungsrechte verletzt worden sind, sind das Verwaltungsverfahren und die Beurteilung des Sachverhalts in der Entscheidung mit Mängeln behaftet.

79 Die Kommission hat dazu in einer Antwort auf eine schriftliche Frage des Gerichts ausgeführt, daß insbesondere die Beweise zu berücksichtigen seien, die der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt gewesen seien und aus Zeiten vor 1973 stammten, d. h. die alten Marktaufteilungsabsprachen und insbesondere die sogenannte „Page 1000"-Vereinbarung. Diese Beweise könnten zur Rechtfertigung der Behauptung einer späteren Zuwiderhandlung herangezogen werden. Die Kommission habe die Zeit von 1962 bis 1973 in erster Linie deshalb nicht in ihre Vorwürfe einbezogen, weil das Vereinigte Königreich in dieser Zeit nicht Mitglied der Gemeinschaft gewesen sei und die Feststellung einer Zuwiderhandlung eine eigene Analyse der Wirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel erforderlich gemacht hätte.

80 Somit sind für eine pauschale Beurteilung des Beweiswerts der Beweismittel, die die Kommission für ihre Vorwürfe gegen die Klägerin herangezogen hat, drei getrennte Zeiträume zu unterscheiden. Bis zum Inkrafttreten des EWG-Vertrags und dem der Verordnung Nr. 17 im Jahr 1962 ist das Verhalten der Klägerin und von Solvay als rechtmäßig anzusehen. In dem folgenden Zeitraum, der am 31. Dezember 1972 endet, ist die Kommission nicht förmlich in einem dafür nach der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen kontradiktorischen Verfahren gegen die früheren Marktaufteilungsabsprachen vorgegangen, und zwar ungeachtet ihrer Ziele und Wirkungen und sogar ungeachtet der Tatsache, daß der Widerruf der Absprachen im Jahr 1972 zweifelhaft war. Ein dahin gehender Vorwurf kann ebenfalls nicht als begründet angesehen werden, da er nach den eigenen Feststellungen der Kommission eine besondere wirtschaftliche Analyse in Ergänzung zu der im vorliegenden Fall durchgeführten erforderlich gemacht hätte. Der dritte Zeitraum entspricht der in der Entscheidung festgestellten Dauer der Zuwiderhandlung.

81 Die Kommission hat sich zur Rechtfertigung für die Heranziehung der früheren Absprachen als Beweismittel für das Vorliegen einer späteren Zuwiderhandlung auf das Urteil vom 15. Juli 1976 in der Rechtssache 51/75 (EMI Records, Slg. 1976, 811, Randnr. 30) berufen, in dem der Gerichtshof festgestellt hat, daß in einem Fall, in dem Kartelle außer Kraft getreten sind, es für die Anwendbarkeit des Artikels 85 EWG-Vertrag ausreicht, daß über das formale Außerkrafttreten hinaus die Kartellwirkungen fortbestehen. Die Kommission weist ergänzend darauf hin, daß es sich in der Rechtssache EMI Records um eine Vereinbarung gehandelt habe, die zum Zeitpunkt ihres Abschlusses rechtmäßig gewesen sei, während es im vorliegenden Fall um von Anfang an rechtswidrige Vereinbarungen gehe. Da die Klägerin und Solvay nach der förmlichen Aufhebung ihrer Marktaufteilungsabsprachen weiterhin sich entsprechend den nun aufgehobenen Absprachen verhalten hätten, sei davon auszugehen, daß diese Absprachen weiterhin Wirkungen entfaltet hätten.

82 Die Rechtssache EMI Records, über die der Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag zu befinden hatte, betraf jedoch kein Verfahren wie das streitgegenständliche, das die Kommission nach der Verordnung Nr. 17 eingeleitet und mit der Festsetzung einer Geldbuße beendet hat. Zudem gab es in der Rechtssache EMI Records keinen Zeitraum von zehn Jahren, in dem die ansonsten beanstandeten Verhaltensweisen unbeanstandet blieben und für den somit die Vermutung gilt, daß das betroffene Unternehmen unschuldig ist. Es handelte sich vielmehr um einen Rechtsstreit vor einem nationalen Gericht zwischen zwei Warenzeicheninhabern

über den Umfang ihrer Rechte unter Berücksichtigung der Wettbewerbsvorschriften, bei dem es nicht um die Festsetzung einer Geldbuße ging. Somit können die dem Urteil EMI Records zugrunde liegenden Erwägungen, die die Kommission angeführt hat, für eine Lösung des vorliegenden Rechtsstreits nicht herangezogen werden.

83 Im vorliegenden Fall muß das Gericht aufgrund der Unschuldsvermutung, die zugunsten der Klägerin besteht, davon ausgehen, daß der Klägerin bis zum 31. Dezember 1972 keine Zuwiderhandlung vorgeworfen werden kann. Somit können die Beweismittel, die aus der Zeit vor 1962 stammen und sich auf ein zu dieser Zeit rechtmäßiges Verhalten beziehen, nicht als Nachweis dafür dienen, daß die Klägerin und Solvay sich vom 1. Januar 1973 an rechtswidrig abgestimmt haben. Der entgegengesetzte Standpunkt der Kommission läßt die Möglichkeit außer Betracht, daß die beiden Unternehmen den EWG-Vertrag beachten wollten und auf ihre frühere Zusammenarbeit verzichteten, was nicht ausgechlossen ist, wenn man die „förmliche" Aufhebung der früheren Absprachen im Jahr 1972 berücksichtigt. In Ermangelung anderer Beweise würde der Standpunkt der Kommission auf die Vermutung hinauslaufen, daß die Klägerin und Solvay von einem von der Kommission festgelegten Zeitpunkt an durch die Abstimmung ihrer Verhaltensweisen gegen den Vertrag verstoßen haben. Diese Art des Nachweises einer Zuwiderhandlung wäre mit der Beachtung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung unvereinbar.

84 Zu den Beweismitteln, die sich unmittelbar auf die Jahre beziehen, in denen — nach Meinung der Kommission — das Verhalten abgestimmt gewesen ist, ist festzustellen, daß ICI zwischen 1983 und 1989 von Solvay Soda für den Wiederverkauf kaufte. Nach Ansicht der Klägerin sind diese Verträge kein Beleg für unzulässige Kontakte mit Solvay, da sie auch bei anderen Herstellern, z. B. bei Akzo, eingekauft habe. Diese Kontakte seien jedoch von der Kommisison nicht beanstandet worden. Es habe sich somit um völlig normale Geschäfte gehandelt. Die Kommission hat selbst erklärt, daß diese Käufe für den Wiederverkauf an sich keine eigenständigen Zuwiderhandlungen seien (vgl. Fußnote 1 zu Nr. 58 der Entscheidung). Außerdem belegen Schriftstücke, daß zwischen 1985 und 1988 Sitzungen zwischen der Klägerin und Solvay stattgefunden haben (vgl. Nr. 30 der Entscheidung und die Schriftstücke mit den Aktenzeichen II.30 bis II.42). Für den Zeitraum, in dem die Zuwiderhandlung nach Meinung der Kommission begonnen hat,

sind Sitzungen nicht belegt. Es ist zumindest fragwürdig, ob in einem solchen Fall Schriftstücke, die aus einer späteren Zeit stammen, den Beweis liefern können, daß die Zuwiderhandlung schon fast zehn Jahre früher begonnen hat, zumal das Schriftstück II.5 vom 10. September 1982 auf das neue Gleichgewicht in den Beziehungen („new arms length relationship") zwischen der Klägerin und Solvay hinweist, was die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise in Frage stellen könnte.

85 Somit zeigt sich, daß — wie in der Rechtssache Ahlström Osakeyhtiö u. a./Kommission — der Nachweis eines passiven und parallelen Verhaltens seitens der Klägerin und von Solvay für den Nachweis einer eventuellen abgestimmten Verhaltensweise von besonderer Bedeutung ist. Hierzu hat der Gerichtshof festgestellt, daß ein Parallelverhalten nur dann als Beweis für eine Abstimmung angesehen werden kann, wenn es sich nur durch die Abstimmung einleuchtend erklären läßt. Für den Gerichtshof ist daher zu prüfen, ob das Parallelverhalten sich nicht unter Berücksichtigung der Art der Erzeugnisse, der Größe und der Anzahl der Unternehmen sowie des Marktvolumens anders als durch eine Abstimmung erklären läßt, mit andern Worten, ob die einzelnen Elemente des Parallelverhaltens ein Bündel von ernsthaften, genauen und übereinstimmenden Indizien für eine vorherige Abstimmung darstellen (vgl. das vorgenannte Urteil Ahlström Osakeyhtiö u. a./Kommission, Randnrn. 70 bis 72).

86 Angesichts der Dürftigkeit des diesbezüglichen Beweismaterials, insbesondere für das Jahr 1973 und die ersten Jahre danach, hätte die Kommission, um die der Klägerin zur Last gelegte abgestimmte Verhaltensweise rechtlich beweisen zu können, somit schon zum Zeitpunkt der Mitteilung der Beschwerdepunkte eine gründliche wirtschaftliche Gesamtbeurteilung insbesondere des relevanten Marktes sowie der Bedeutung und des Verhaltens der auf diesem Markt vertretenen Unternehmen ins Auge fassen müssen. Diese Beurteilung hätte, um vollständig, objektiv und ausgewogen zu sein, weder die starke Stellung der Klägerin bzw. von Solvay auf dem jeweiligen geographischen Markt noch die Praktiken der Kundenbindung, die ihnen im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 86 EWG-Vertrag vorgeworfen werden, noch das Verhalten der anderen Sodahersteller der Gemeinschaft auf dem kontinentalen Markt unberücksichtigt lassen dürfen.

— Zur ersten Rüge des Angriffsmittels: Keine Übermittlung der Schriftstücke mit dem Aktenzeichen IV an die Klägerin

87 Was die erste Rüge des Angriffsmittels betrifft, so ist nach den vorstehenden Feststellungen ein Teil der Schriftstücke mit dem Aktenzeichen IV, die der Klägerin nicht mitgeteilt worden sind, geeignet, ihre Verteidigung zu untermauern. Die Schriftstücke, die sich auf den angeblichen Versuch von Solvay beziehen, die Kunden an sich zu binden, könnten nämlich eventuell dazu dienen, das passive und parallele Verhalten, das der Klägerin vorgeworfen wird, anders als mit einer unzulässigen Abstimmung zu erklären. Angesichts eines Marktes, dessen Strukturen, insbesondere die Bestimmung der Produktionsstandorte und der angrenzenden Absatzgebiete für Soda, sich seit dem letzten Jahrhundert entwickelt haben und auf dem die Transportkosten offensichtlich eine bedeutsame Rolle spielen, hätten die Schriftstücke, die eine eventuelle Bindung der Kunden an Solvay durch ein ausgeklügeltes Rabattsystem belegen, von der Klägerin zur Entkräftung der Behauptung einer abgestimmten Verhaltensweise herangezogen werden können. Anhand dieser Schriftstücke hätte sich nämlich eventuell erklären lassen, daß das der Klägerin vorgeworfene passive Verhalten auf Entscheidungen beruhte, die sie eigenständig aufgrund der Schwierigkeiten getroffen hatte, in einen Markt einzudringen, dessen Zugang durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung versperrt war. Dafür spricht auch, daß einige Beweismittel, die von der Kommission angeführt worden sind, eventuell keinen Beweiswert oder jedenfalls keinen so starken Beweiswert haben, wie die Kommission ihnen zuschreibt (vgl. oben, Randnrn. 79 und 81). Auf eine schriftliche Frage des Gerichts, also nach dem Verwaltungsverfahren, hat die Klägerin nämlich erläutert, daß die starke Stellung von Solvay auf dem kontinentalen Markt „offenkundig eine wesentliche Rolle bei der einseitigen Entscheidung" der Klägerin gespielt habe, kein „aktive Absatzstrategie" auf diesem Markt zu entwickeln.

88 Zwar soll Solvay nach den Vorwürfen der Kommission ihre beherrschende Stellung erst von 1983 an mißbräuchlich ausgenutzt haben. Die Kommission ist jedoch selbst der Meinung, daß diese beherrschende Stellung von Solvay unmittelbarer Ausfluß der starken Stellung ist, die durch die vor 1973 geschlossenen Marktaufteilungsabsprachen begründet worden war. Zudem bezieht sich die Entscheidung

91/299 ausdrücklich auf Indizien für die wirtschaftliche Stärke von Solvay, die auf die Zeit vor 1983 zurückgehen, so z. B. die vertraglichen Beziehungen zwischen Solvay und den belgischen Glasherstellern „bis 1978" oder die Intervention der belgischen Regierung im Januar 1978 zugunsten von Solvay (vgl. oben, Randnr. 16).

89 Soweit die Kommission auf eine schriftliche Frage des Gerichts vorgetragen hat, daß im Gegenteil gerade die Nichteinmischung jedes der beiden beherrschenden Unternehmen in den Markt des anderen die beherrschende Stellung jedes Unternehmens auf seinem „Heimatmarkt" gewährleistet habe, ist noch einmal darauf hinzuweisen, daß es hier nicht darum geht, diese tatsächliche Frage endgültig zu beantworten, sondern um die Prüfung, ob die Verteidigungsmöglichkeiten der Klägerin durch die Art und Weise, in der ihr die Mitteilung der Beschwerdepunkte übermittelt worden ist, und durch die Art und Weise, in der die Kommission anschließend das Verfahren durchgeführt hat, beeinträchtigt worden sind.

90 Zwar war der Klägerin die starke Stellung von Solvay auf dem Kontinentalmarkt (vgl. die Erklärung auf S. 10 des Anhörungsprotokolls: „Solvay [is] by far the largest [producer] in the EEC" — „Solvay ist bei weitem der größte Hersteller in der Gemeinschaft") ebenso wie die Anhängigkeit eines Parallelverfahrens gegen Solvay nach Artikel 86 bekannt. In Nummer 3 der Zusammenfassung der Beschwerdepunkte zu Beginn der Mitteilung der Beschwerdepunkte wird nämlich auf die Eröffnung dieses Verfahrens gegen Solvay und auf den gegen dieses Unternehmen erhobenen Vorwurf, ein System von Treuerabatten und Preisabschlägen praktiziert zu haben, verwiesen. Diese Kenntnis spricht jedoch nicht dagegen, daß zumindest einige der Schriftstücke mit dem Aktenzeichen IV für die Verteidigung der Klägerin hätten nützlich sein können.

91 In diesem Zusammenhang hat die Kommission unter Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 31. Mai 1990 darauf hingewiesen, daß ihre Beamten sämtliche in ihrem Besitz befindliche Unterlagen mehrfach durchgesehen hätten, ohne irgend etwas zu entdecken, was die Klägerin hätte entlasten können, so daß sowohl eine Übersendung dieser Unterlagen als auch eines Verzeichnisses überflüssig gewesen sei. Dazu ist festzustellen, daß im Rahmen eines nach der Verordnung Nr. 17 durchge-

führten kontradiktorischen Verfahrens die Kommission nicht allein entscheiden kann, welche Schriftstücke der Verteidigung dienlich sind. Da es sich im vorliegenden Fall um schwierige und komplexe wirtschaftliche Beurteilungen handelt, muß die Kommission den Bevollmächtigten des betreffenden Unternehmens die Möglichkeit einräumen, die Schriftstücke, die möglicherweise erheblich sind, im Hinblick auf ihren Beweiswert für die Verteidigung zu prüfen.

92 Dies gilt insbesondere in den Fällen eines Parallelverhaltens, das durch eine Reihe zusammenhängender, ursprünglich neutraler Handlungen gekennzeichnet ist, wenn die Schriftstücke sowohl zugunsten als auch zuungunsten der betroffenen Unternehmen ausgelegt werden können. In diesen Fällen muß verhindert werden, daß ein eventueller Irrtum der Beamten der Kommission, wenn sie ein Schriftstück als „neutral" einstufen und als überflüssiges Beweismittel den Unternehmen nicht übermitteln, die Verteidigung dieser Unternehmen beeinträchtigen kann. Die entgegengesetzte Ansicht der Kommission würde dazu führen, daß ein solcher Irrtum außer in dem sehr seltenen Fall einer freiwilligen Zusammenarbeit zwischen den betroffenen Unternehmen nicht rechtzeitig vor der Entscheidung der Kommission entdeckt werden kann, was nicht hinnehmbare Risiken für eine geordnete Rechtspflege beinhalten würde (vgl. nachstehend, Randnr. 96).

93 Angesichts des allgemeinen Grundsatzes der Waffengleichheit, wonach in einer Wettbewerbssache das betroffene Unternehmen die im Verfahren herangezogenen Unterlagen in gleicher Weise kennen muß wie die Kommission, kann die Ansicht der Kommission nicht überzeugen. Es kann nicht akzeptiert werden, daß bei der Entscheidung über die Zuwiderhandlung nur die Kommission im Besitz der Schriftstücke mit dem Aktenzeichen IV war und damit allein darüber entscheiden konnte, ob sie diese gegen die Klägerin verwendet, während die Klägerin keinen Zugang zu den Schriftstücken hatte und somit die entsprechende Entscheidung, ob sie von ihnen für ihre Verteidigung Gebrauch machen soll, nicht treffen konnte. In einem solchen Fall würden die Verteidigungsrechte, die der Klägerin im Verwaltungsverfahren zustehen, zu sehr gegenüber den Befugnissen der Kommission eingeschränkt, denn diese würde dann sowohl die Funktion der Mitteilung der Rügen als auch die Entscheidungsfunktion ausüben und dabei eine gründlichere Kenntnis der Unterlagen besitzen als die Verteidigung.

94 Somit durfte die Kommission im vorliegenden Fall in der Mitteilung der Beschwerdepunkte keine Trennung der Beweismittel — nach dem angeblichen Verstoß gegen Artikel 85 auf der einen Seite und nach dem angeblichen Verstoß gegen Artikel 86 auf der anderen Seite — vornehmen. Diese Trennung behielt sie im übrigen bei den späteren Ermittlungen und bei den Beratungen des Kollegiums der Kommissionsmitglieder bei, was dazu führte, daß mehrere getrennte Entscheidungen ergingen. Diese Vorgehensweise hinderte die Klägerin daran, die Schriftstücke mit dem Aktenzeichen IV zu prüfen, die nur gegen Solvay verwandt wurden. Somit hat die Kommission schon bei der Mitteilung der Beschwerdepunkte, sofern die anschließend zu prüfenden Einwände nicht durchgreifen, die Verteidigungsrechte der Klägerin verletzt, indem sie in ihrem Besitz befindliche Schriftstücke, die der Verteidigung der Klägerin eventuell hätten dienlich sein können, von dem Verfahren ausschloß. Eine solche Verletzung der Verteidigungsrechte stellt einen objektiven Tatbestand dar und hängt nicht von der Gut- oder Bösgläubigkeit der Beamten der Kommission ab.

95 Um die Feststellung einer Verletzung der Verteidigungsrechte zu widerlegen, macht die Kommission zunächst geltend, Solvay hätte der Klägerin die von ihr stammenden Schriftstücke, die für ihre eigene Verteidigung nützlich gewesen seien, übermitteln können. Damit wird jedoch verkannt, daß die Verteidigung eines Unternehmens nicht von dem guten Willen eines anderen Unternehmens abhängen kann, das als sein Konkurrent gilt und gegen das die Kommission gleichartige Vorwürfe erhebt. Da die ordnungsgemäße Durchführung eines Wettbewerbsverfahrens Aufgabe der Kommission ist, kann diese die Durchführung nicht den Unternehmen übertragen, deren wirtschaftliche und verfahrensrechtliche Interessen oft entgegengesetzt sind. Im vorliegenden Fall hätte sich nämlich die Klägerin möglicherweise um den Nachweis bemüht, daß Solvay eine beherrschende Stellung einnehme, während Solvay daran interessiert sein mußte, dies zu widerlegen.

96 Deshalb ist es für die Verletzung der Verteidigungsrechte unerheblich, daß die Klägerin und Solvay in gewissem Umfang Schriftstücke ausgetauscht haben, und zwar zunächst im Verwaltungsverfahren, als die Klägerin tatsächlich einige Unterlagen Solvay übermittelte (vgl. Randnr. 12 des Urteils vom heutigen Tage, Rechtssache T-30/91, Solvay/Kommission, Slg. 1995, II-1775), und später insbesondere von dem Zeitpunkt an, von dem an die beiden Unternehmen auf dem relevanten Markt nicht mehr in Wettbewerb zueinander standen, d. h. Ende 1991. Eine solche im übrigen zufallsbedingte Zusammenarbeit zwischen Unternehmen kann die Kommission nicht von ihrer Pflicht entbinden, im Rahmen der Aufklärung eines wettbewerbsrechtlichen Verstoßes die Einhaltung der Verteidigungsrechte der betroffenen Unternehmen selbst zu gewährleisten.

97 Weiter hat die Kommission auf die Vertraulichkeit verwiesen, zu deren Beachtung sie verpflichtet sei, um die Geschäftsgeheimnisse von Drittunternehmen zu schützen, insbesondere die von Solvay, die sich in ihren Schreiben vom 27. April und 18. September 1989 auf die Vertraulichkeit sämtlicher von ihr stammender Unterlagen, die in den Besitz der Kommission gelangt seien, berufen habe. Außerdem habe die Klägerin mit Schreiben vom 13. April und 14. September 1989 einen ähnlichen Schutz verlangt.

98 Nach einem allgemeinen Grundsatz, der auf das Verwaltungsverfahren Anwendung findet und in Artikel 214 des Vertrages sowie in verschiedenen Bestimmungen der Verordnung Nr. 17 zum Ausdruck kommt, haben die Unternehmen ein Recht auf Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse (vgl. die Urteile des Gerichtshofes Akzo I, a. a. O., Randnr. 28, und vom 19. Mai 1994, Rechtssache C-36/92 P, SEP/Kommission, Slg. 1994, I-1911, Randnr. 36). Nach Auffassung des Gerichts muß dieses Recht jedoch mit der Gewährleistung der Verteidigungsrechte in Einklang gebracht werden.

99 Wie die Kommission auf eine Frage des Gerichts ausgeführt hat, verfügt sie in einem Fall wie dem vorliegenden über zwei Möglichkeiten. Sie kann entweder der Mitteilung der Beschwerdepunkte sämtliche Schriftstücke beifügen, die sie zum Nachweis ihrer Rügen verwenden will, einschließlich der Unterlagen, die „eindeutig" als für das beschuldigte Unternehmen entlastend angesehen werden können, oder diesem ein Verzeichnis der einschlägigen Schriftstücke übersenden und ihm Einsicht in die „Akte" gewähren, d. h. ihm gestatten, die Schriftstücke in den Räumen der Kommission einzusehen (vgl. auch den achtzehnten Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, veröffentlicht im Jahr 1989, S. 53).

100 Im vorliegenden Fall kann die Kommission ihre vollkommene Ablehnung einer Übermittlung nicht damit begründen, die Klägerin und Solvay hätten in den genannten Schreiben selbst eine vertrauliche Behandlung ihrer Schriftstücke beantragt. Diese Schreiben sind nämlich sehr allgemein gehalten und lassen sich dahin verstehen, daß nur die Vertraulichkeit bestimmter sensibler Informationen, die in

diesen Unterlagen enthalten sind, z. B. durch die Herausnahme der entsprechenden Stellen, gewährleistet werden mußte. Im übrigen hat die Kommission selbst das Schreiben von ICI in diesem Sinne ausgelegt, da sie in ihrem Antwortschreiben vom 24. April 1989 ausdrücklich erklärte, daß diese Schriftstücke, wenn sie für die Feststellung einer Zuwiderhandlung von Belang seien, den betroffenen Unternehmen mitgeteilt werden müßten und nur die Informationen weggelassen würden, die wirkliche Geschäftsgeheimnisse beträfen.

101 Zudem hat die Kommission im Rahmen der drei getrennten Verfahren nach den Artikeln 85 und 86 des Vertrages gegen die Klägerin und Solvay tatsächlich identische Schriftstücke entweder in ihrer vollständigen oder in einer teilweise unkenntlich gemachten Fassung sowohl in die gemeinsamen Anlagen mit dem Aktenzeichen II als auch in die getrennten Anlagen mit den Aktenzeichen IV und V aufgenommen. Belegt wird dies z. B. durch die teilweise Übereinstimmung der Anlagen IV.19 und V.23, IV.24 und V.34, IV.29 und V.41, IV.28 und II.35, V.40 und II.34 sowie V.32 und II.33. Dies zeigt, daß die Kommission, falls sie es für erforderlich hielt, der angeblich vollständigen Vertraulichkeit der betreffenden Schriftstücke nicht Rechnung getragen hat.

102 Deshalb kann die Kommission den Ausschluß der Schriftstücke mit dem Aktenzeichen IV von dem Verfahren gegen die Klägerin auch nicht damit rechtfertigen, die Geschäftsgeheimnisse von Solvay hätten geschützt werden müssen. Die Kommission hätte diese Geschäftsgeheimnisse schützen können, indem sie in den Kopien der der Klägerin übermittelten Schriftstücke die sensiblen Stellen weggelassen hätte, was der allgemeinen Praxis der Generaldirektion für Wettbewerb (Generaldirektion IV) in diesen Fällen entsprochen hätte, die in den vorliegenden Rechtssachen auch teilweise befolgt wurde.

103 Wenn der Schutz der Geschäftsgeheimnisse von Solvay oder anderer sensibler Informationen durch die Herstellung nichtvertraulicher Fassungen sämtlicher in Betracht kommender Schriftstücke zu schwierig gewesen wäre, hätte die Kommission von der zweiten Möglichkeit Gebrauch machen können, nämlich der Klägerin ein Verzeichnis der Schriftstücke mit dem Aktenzeichen IV übermitteln können.

In diesem Fall hätte die Klägerin Einsicht in genau bestimmte Schriftstücke in der „Akte" der Kommission beantragen können. Vor der Gewährung der Einsicht in Schriftstücke, die eventuell Geschäftsgeheimnisse enthielten, hätte die Kommission mit Solvay Kontakt aufnehmen können, um zu entscheiden, welche Stellen sensible Informationen enthielten und deshalb vor der Klägerin geheimzuhalten waren. Sodann hätte die Klägerin nach der Entfernung der Geschäftsgeheimnisse von Solvay Einsicht in die Schriftstücke nehmen können.

104 Nach Sinn und Zweck eines solchen Verzeichnisses hätten die dort enthaltenen Angaben für die Klägerin hinreichend klar sein müssen, um sie in die Lage zu versetzen, in Kenntnis der Sachlage zu entscheiden, ob die angeführten Schriftstücke für ihre Verteidigung von Bedeutung sein könnten. Bei Problemen der Vertraulichkeit hätte die Klägerin in der Lage sein müssen, genau das angeblich nicht zugängliche Schriftstück von Solvay zu bestimmen, um mit diesem Unternehmen darüber verhandeln zu können, ob es nicht zu einem Verzicht auf die vertrauliche Behandlung bereit wäre. Entgegen der Ansicht der Kommisison genügte es somit nicht, daß die Klägerin von den Ermittlungen der Kommission gegen Solvay wußte.

105 Nach alledem rechtfertigt die eventuell notwendige vertrauliche Behandlung der Schriftstücke und/oder des Verzeichnisses, die der Klägerin hätten übermittelt werden müssen, nicht die vollständige Ablehnung der Übermittlung seitens der Kommission. Somit ist festzustellen, daß die Kommission die Verteidigungsrechte der Klägerin verletzt hat, indem sie bei der Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht die Schriftstücke mit dem Aktenzeichen IV entweder als Anlage zu der Mitteilung oder in Form eines Verzeichnisses übermittelt hat.

106 Zu prüfen bleibt, ob diese Verletzung der Verteidigungsrechte unabhängig von dem Verhalten des betroffenen Unternehmens im Verwaltungsverfahren ist und ob dieses Unternehmen bei der Kommission den Antrag hätte stellen müssen, ihm Einsicht in seine Akte zu gewähren oder ihm bestimmte Schriftstücke zugänglich zu machen. Weder die Verordnung Nr. 17 noch die Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates (ABl. 1963, Nr. 127, S. 2268) sehen vor,

daß ein solcher Antrag vorher einzureichen ist oder die Verteidigungsrechte verwirkt sind, wenn ein solcher Antrag unterbleibt. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin im Verwaltungsverfahren mit Schreiben vom 23. Mai 1990 jedenfalls einen Antrag auf „Akteneinsicht" und auf Übermittlung eines Verzeichnisses gestellt. Während der Anhörung wurde dieser Antrag nicht behandelt, da der Anhörungsbeauftragte es dem Gericht anheimstellte, über einen solchen zu entscheiden.

107 Die Würdigung des Gerichts steht nicht im Widerspruch zu dem Urteil AEG/Kommission (a. a. O.). Der Gerichtshof stellte dort fest, daß bestimmte belastende Schriftstücke, die gegen ein Unternehmen verwendet worden waren, der Mitteilung der Beschwerdepunkte hätten beigefügt sein müssen und daß der Verstoß gegen diese Verpflichtung folglich zum Ausschluß der betreffenden Schriftstücke führt. In der Rechtssache AEG/Kommission war die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs in ihrer Tragweite jedoch begrenzt und führte somit nicht zur Rechtswidrigkeit des gesamten Verfahrens. Daher untersuchte der Gerichtshof nach dem Ausschluß der betreffenden Schriftstücke, ob die Vorwürfe noch als bewiesen angesehen werden konnten (Randnr. 30 des genannten Urteils). Im Gegensatz zu der Rechtssache AEG/Kommission ist im vorliegenden Fall die Verteidigung der Klägerin allgemein beeinträchtigt worden, weil bestimmte Schriftstücke rechtswidrigerweise nicht übermittelt wurden, die zwar nicht belastend waren, der Verteidigung aber hätten dienlich sein können.

108 Die Verletzung der Verteidigungsrechte im Verwaltungsverfahren kann in dem gerichtlichen Verfahren nicht mehr geheilt werden, das sich auf eine richterliche Kontrolle beschränkt, die nur im Rahmen der geltend gemachten Angriffs- und Verteidigungsmittel erfolgt, und das daher eine vollständige Aufklärung des Falles im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens nicht ersetzen kann. Wenn die Klägerin im Verwaltungsverfahren sich auf möglicherweise entlastende Schriftstücke hätte berufen können, hätte sie nämlich eventuell die Feststellungen des Kollegiums der Kommissionsmitglieder zumindest insoweit beeinflussen können, als es um den Beweiswert des ihr vorgeworfenen passiven und parallelen Verhaltens seit Beginn und somit für die Dauer der Zuwiderhandlung ging. Das Gericht kann daher nicht ausschließen, daß die Kommission eine kürzere und weniger schwerwiegende Zuwiderhandlung festgestellt und dementsprechend eine geringere Geldbuße festgesetzt hätte.

109 Somit greift die erste Rüge des Angriffsmittels durch, und die angefochtene Entscheidung ist für nichtig zu erklären, soweit sie die Klägerin betrifft (vgl. Urteil Cimenteries CBR u. a./Kommission, a. a. O., Randnr. 47).

— Zur zweiten Rüge des Angriffsmittels: Keine Übermittlung anderer Schriftstücke von ICI an die Klägerin

110 Anders als bei der Prüfung der ersten Rüge des Angriffsmittels kennt das Gericht nicht die anderen Schriftstücke von Solvay, die nicht das Aktenzeichen IV tragen und der Klägerin aufgrund der Weigerung der Kommission nicht zugänglich gemacht worden sind. Die Klägerin macht jedoch zu Recht geltend, daß eine abgestimmte Verhaltensweise zweier Unternehmen sich nicht mehr beweisen läßt, wenn die Kommission feststellen muß, daß eines der beiden Unternehmen unabhängig ohne geheime Absprache mit seinem angeblichen Partner gehandelt hat. Hätte Solvay im vorliegenden Fall den gegen sie erhobenen Vorwurf entkräften können, hätte die Kommission den Vorwurf einer abgestimmten Verhaltensweise auch nicht länger gegenüber der Klägerin aufrechterhalten können. Somit hätten die Schriftstücke, die das Verhalten von Solvay betrafen, auch der Verteidigung der Klägerin dienlich sein können.

111 Es ist noch einmal darauf hinzuweisen, daß die Kommission nicht alleine entscheiden konnte, ob Schriftstücke, die im Rahmen der in den vorliegenden Fällen durchgeführten Ermittlungen erlangt worden sind, die betroffenen Unternehmen entlasten konnten. Der Grundsatz der Waffengleichheit und seine Ausprägung in den Wettbewerbssachen, nämlich die Gleichheit hinsichtlich des Informationsstandes, die zwischen der Kommission und der Verteidigung bestehen muß, verlangen, daß der Klägerin die Möglichkeit hätte gegeben werden müssen, den Beweiswert der Schriftstücke von Solvay, die die Kommission nicht der Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt hatte, zu beurteilen. Es kann nicht akzeptiert werden, daß bei der Entscheidung über die Zuwiderhandlung nur die Kommission im Besitz der Schriftstücke in den „Ordnern" 2 bis 14 (Solvay, Brüssel), 50 bis 52 (Solvay, Spanien) und 59 war und damit allein darüber entscheiden konnte, ob sie diese für die Feststellung der Zuwiderhandlung verwendet, während die Klägerin keinen Zugang zu diesen Schriftstücken hatte und somit die entsprechende Entscheidung, ob sie von ihnen für ihre Verteidigung Gebrauch machen soll, nicht treffen konnte. Daher hätte die Kommission zumindest ein Verzeichnis erstellen müssen, das hinreichend genau hätte sein müssen, damit die Klägerin die Zweck-

mäßigkeit eines Antrags auf Einsicht in bestimmte Schriftstücke von Solvay hätte beurteilen können, die für die Verteidigung der beiden an der abgestimmten Verhaltensweise angeblich beteiligten Unternehmen hätten nützlich sein können. Da von der Klägerin nicht verlangt werden kann, daß sie den Beweiswert der einzelnen Solvay eventuell entlastenden Schriftstücke — die ihr in Ermangelung eines Verzeichnisses unbekannt sind — dartut, muß für die Feststellung einer Verletzung der Verteidigungsrechte die Möglichkeit genügen, daß solche Schriftstücke vorhanden sind. Somit ist der zweite Verstoß gegen die Verteidigungsrechte nachgewiesen.

112 Das Gericht verkennt nicht, daß die Aufstellung von Verzeichnissen und der eventuelle Schutz der Geschäftsgeheimnisse vor der Gewährung der „Akteneinsicht" für die Dienststellen der Kommission einen erheblichen Verwaltungsaufwand bedeuten, wie die Kommission in der Sitzung dargelegt hat. Die Wahrung der Verteidigungsrechte darf jedoch nicht an praktischen und rechtlichen Schwierigkeiten scheitern, die eine leistungsfähige Verwaltung überwinden kann und muß.

113 Es ist noch einmal darauf hinzuweisen, daß der Fehler, mit dem das Verwaltungsverfahren behaftet ist, in dem gerichtlichen Verfahren nicht geheilt werden kann, das sich auf eine richterliche Kontrolle beschränkt, die nur im Rahmen der geltend gemachten Angriffs- und Verteidigungsmittel erfolgt, und das daher eine vollständige Aufklärung des Falls im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens nicht ersetzen kann. Wenn die Klägerin nämlich anhand eines entsprechenden Verzeichnisses Schriftstücke von Solvay entdeckt hätte, die beide Unternehmen entlastet hätten, hätte sie im Verwaltungsverfahren eventuell die Feststellungen der Kommission beeinflussen können. Somit greift die zweite Rüge des Angriffsmittels durch.

— Zur dritten Rüge des Angriffsmittels: Keine Übermittlung der Unterlagen der anderen Sodahersteller in der Gemeinschaft an die Klägerin

114 Bezüglich der Einsicht in die Ordner, die die Schriftstücke der anderen kontinentalen Sodahersteller enthalten (siehe oben, Randnr. 62) ist zwischen den Parteien

unstreitig, daß diese Hersteller ebenso wie Solvay keine Geschäftstätigkeit jenseits des Kanals entfaltet haben. Dennoch hat die Kommission ihnen keine Teilnahme an einer abgestimmten Verhaltensweise vorgeworfen, trotz ihrer Feststellung in der Mitteilung der Beschwerdepunkte sowie in den Nummern 28 und 29 der Entscheidung, daß es ein „Heimatmarktprinzip" gegeben habe, das von allen Herstellern bis zu den 70er Jahren streng eingehalten worden sei. Die Kommission hat sich dabei in der Mitteilung der Beschwerdepunkte und in der Entscheidung auf Unterlagen bezogen, die sie bei „mehreren" Herstellern aufgefunden hatte.

115 Da die Praktiken der anderen Hersteller nicht beanstandet wurden, läßt sich nicht ausschließen, daß diese Hersteller ihren Absatz im kontinentalen Westeuropa aus objektiven, zulässigen, eigenständigen wirtschaftlichen Erwägungen heraus beschränkt haben. Aufgrund dieser Erklärung läßt sich ebenfalls nicht ausschließen, daß der gleichen Geschäftsstrategie von Solvay gleiche Erwägungen zugrunde gelegen haben. In diesem Fall könnte das passive und parallele Verhalten von Solvay im Sinne des Urteils Ahlström Osakeyhtiö u. a./Kommission (a. a. O.) anders als durch eine vorherige Abstimmung mit der Klägerin erklärt werden. In diesem Fall könnte der Vorwurf der abgestimmten Verhaltensweise nicht länger gegenüber der Klägerin aufrechterhalten werden. Unter diesem Gesichtspunkt hätten die Schriftstücke, die das Verhalten der andern Hersteller betreffen, für die Verteidigung der Klägerin ebenfalls nützlich sein können.

116 Aus den Erwägungen zur ersten und zur zweiten Rüge des Angriffsmittels ergibt sich, daß die Kommission unter den besonderen Voraussetzungen des vorliegenden Falls auch ein Verzeichnis der Schriftstücke hätte anfertigen müssen, die in den in Randnummer 62 aufgeführten „Ordnern" der anderen Hersteller enthalten waren. Es ist noch einmal darauf hinzuweisen, daß die Kommission im Besitz dieser Schriftstücke war und im Falle der Entscheidung, diese Schriftstücke nicht für die Feststellung der Zuwiderhandlung heranzuziehen, nach dem Grundsatz der Waffengleichheit zumindest der Klägerin die Möglichkeit hätte geben müssen, gleichfalls zu entscheiden, ob sie von ihnen für ihre Verteidigung Gebrauch macht.

117 Zudem sind einige Schriftstücke, die andere Hersteller betreffen oder von diesen stammen, von der Kommission als Beweismittel verwendet worden. Unter diesen Umständen war die Klägerin berechtigt, zumindest ein Verzeichnis der anderen

Schriftstücke zu verlangen, die in den betreffenden Ordnern enthalten waren, um eventuell ihren genauen Inhalt und ihren Nutzen für die Verteidigung prüfen zu können. Insbesondere hatte sie ein Recht auf Einsicht in die Ordner 31 bis 38 und 53 bis 58, die von Akzo stammten, da die Beziehungen zwischen Solvay und Akzo in Nummer 29 der Entscheidung zum Nachweis der Einhaltung des sogenannten „Heimatmarktprinzips" untersucht wurden und dieses Prinzip von der Kommission für die Feststellung der Zuwiderhandlung angeführt wurde. Somit hat die Kommission mit ihrer Weigerung, ein Verzeichnis zu übermitteln, die Verteidigungsrechte der Klägerin beeinträchtigt. Da von der Klägerin nicht aufgrund von Unterlagen, die ihr in Ermangelung eines Verzeichnisses unbekannt sind, der Nachweis verlangt werden kann, daß ein Unternehmen wie Akzo oder Matthes & Weber unabhängig entschieden haben, keine Ausfuhren in das Vereinigte Königreich vorzunehmen, und da der wirtschaftliche Kontext einer solchen unabhängigen Entscheidung sich auf Solvay übertragen läßt, muß die Möglichkeit, daß solche Schriftstücke vorhanden sind, für die Feststellung einer Verletzung der Verteidigungsrechte genügen. Somit ist der dritte Verstoß gegen die Verteidigungsrechte ebenfalls nachgewiesen.

118 Somit sind die drei Rügen des Angriffsmittels einer Verletzung der Verteidigungsrechte begründet, und die angefochtene Entscheidung ist für nichtig zu erklären, soweit sie die Klägerin betrifft, ohne daß über die Hilfsanträge der Klägerin auf Anordnung einer Beweisaufnahme zur Prüfung der Akten durch ihre Prozeßbevollmächtigten oder durch das Gericht selbst entschieden zu werden braucht. Ebenso erübrigt sich eine Prüfung der anderen Angriffsmittel zur Begründung des Antrags auf Nichtigerklärung, insbesondere des Angriffsmittels mangelnder Objektivität, die angeblich durch Streichungen in den Schriftstücken in der Anlage des zweiten Teils der Mitteilung der Beschwerdepunkte belegt wird, des Angriffsmittels der Nichtübermittlung der zur Stützung bestimmter Feststellungen in der Entscheidung herangezogenen Beweise und des Angriffsmittels der nicht ordnungsgemäßen Feststellung der angefochtenen Entscheidung, das nicht das gesamte Verwaltungsverfahren vor der Kommission betrifft (vgl. zu diesem letzten Punkt das Urteil vom heutigen Tage in der Rechtssache T-32/91, Solvay/Kommission, Slg. 1995, II-1825).

Kosten

119 Gemäß Artikel 87 § 2 Absatz 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission mit ihrem

Vorbringen im wesentlichen unterlegen ist, sind ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, ohne daß die teilweise Klagerücknahme hinsichtlich des Antrags, die Entscheidung für inexistent zu erklären, zu berücksichtigen ist.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Erste erweiterte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1) Die Entscheidung 91/297/EWG der Kommission vom 19. Dezember 1990 in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/33.133-A: Soda — Solvay, ICI) wird für nichtig erklärt, soweit sie die Klägerin betrifft.

2) Die Kommission trägt die Kosten des Verfahrens.

Cruz Vilaça Barrington Saggio

Kirschner Kalogeropoulos

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 29. Juni 1995.

Der Kanzler Der Präsident

H. Jung J. L. Cruz Vilaça