# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO

vom 25. Oktober 2001 [1]

## I — Einleitung

### A — *Sachverhalt*

1. Nachdem die Kommission der Europäischen Gemeinschaften am 13. und 14. Oktober 1983 eine Nachprüfung gemäß Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages [2], im Polypropylensektor vorgenommen hatte, legte sie eine Akte für Polyvinylchlorid (PVC) an. In der Folge nahm sie in den Geschäftsräumen der betroffenen Unternehmen mehrere Nachprüfungen vor und richtete an diese Unternehmen mehrere Auskunftsverlangen.

2. Am 24. März 1988 eröffnete die Kommission gegen 14 PVC-Hersteller von Amts wegen ein Verfahren nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17. Am 5. April 1988 übermittelte sie allen diesen Unternehmen gemäß Artikel 2 Absatz 1 der 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 [3] eine Mitteilung der Beschwerdepunkte. Sämtliche Adressaten beantworteten die Mitteilung der Beschwerdepunkte im Juni 1988. Sie wurden mit Ausnahme von Shell International Chemical Company Ltd, die keinen entsprechenden Antrag gestellt hatte, im September 1988 mündlich angehört.

3. Am 1. Dezember 1988 gab der Beratende Ausschuss für Kartell- und Monopolfragen (im Folgenden: Beratender Ausschuss) zu dem Entscheidungsvorschlag der Kommission seine Stellungnahme ab.

4. Nach Abschluss des Verfahrens erließ die Kommission die Entscheidung 89/190/EWG vom 21. Dezember 1988 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/31.865, PVC [4], im Folgenden: Entscheidung PVC I). Mit dieser Entscheidung setzte sie eine Geldbuße wegen Verstoßes gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 Absatz 1 EG)

1 — Originalsprache: Französisch.
2 — ABl. 1962, Nr. 13, S. 204.
3 — ABl. 1963, Nr. 127, S. 2268.
4 — ABl. 1989, L 74, S. 1.

gegen folgende PVC-Hersteller fest: Atochem SA, BASF AG, DSM NV, Enichem SpA, Hoechst AG (im Folgenden: Hoechst), Hüls AG, Imperial Chemical Industries plc (im Folgenden: ICI), Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Montedison SpA, Norsk Hydro AS (im Folgenden: Norsk Hydro), Société artésienne de vinyle SA, Shell International Chemical Company Ltd, Solvay et C[ie] (im Folgenden: Solvay) und Wakker-Chemie GmbH.

5. Alle diese Unternehmen mit Ausnahme von Solvay erhoben gegen diese Entscheidung beim Gemeinschaftsrichter Klage auf Nichtigerklärung.

6. Mit Beschluss vom 19. Juni 1990 erklärte das Gericht in der Rechtssache Norsk Hydro/Kommission [5] die Klage der Norsk Hydro für unzulässig.

7. Die übrigen Rechtssachen wurden zu gemeinsamer mündlicher Verhandlung und Entscheidung verbunden.

8. Mit Urteil vom 27. Februar 1992 erklärte das Gericht in den Rechtssachen BASF u. a./Kommission [6] die Entscheidung PVC I für inexistent.

9. Auf das Rechtsmittel der Kommission hin hob der Gerichtshof mit Urteil vom 15. Juni 1994 in der Rechtssache Kommission/BASF u. a. [7] (im Folgenden: Urteil Kommission/BASF u. a.) das Urteil des Gerichts auf und erklärte die Entscheidung PVC I für nichtig.

10. Auf dieses Urteil hin erließ die Kommission am 27. Juli 1994 eine neue Entscheidung gegen die von der Entscheidung PVC I betroffenen Hersteller mit Ausnahme von Solvay und von Norsk Hydro AS (Entscheidung 94/599/EG der Kommission vom 27. Juli 1994 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 EG-Vertrag [IV/31.865, PVC] [ABl. L 239, S. 14; im Folgenden: Entscheidung PVC II]). Mit dieser Entscheidung wurden den betroffenen Unternehmen Geldbußen in derselben Höhe wie in der Entscheidung PVC I auferlegt.

11. Die Entscheidung PVC II enthält u. a. folgende Artikel:

„*Artikel 1*

BASF AG, DSM NV, Elf Atochem SA, Enichem SpA, Hoechst AG, Hüls AG, Imperial Chemical Industries Plc, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Montedison SpA,

5 — T-106/89 (nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

6 — 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, Slg. 1992, II-315.

7 — C-137/92 P, Slg. 1994, I-2555.

Société artésienne de vinyle SA, Shell International Chemical [Company] Ltd und Wacker-Chemie GmbH haben gegen Artikel 85 EWG-Vertrag verstoßen, indem sie (zusammen mit Norsk Hydro... und Solvay...) an einer Vereinbarung und/oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beteiligt waren, die etwa im August 1980 beschlossen wurde und auf deren Grundlage die PVC-Hersteller, die die EWG beliefern, an regelmäßigen Sitzungen teilnahmen, um Zielpreise und Zielquoten festzusetzen, abgestimmte Initiativen zur Anhebung des Preisniveaus zu planen und die Anwendung der besagten geheimen Vereinbarungen zu kontrollieren.

*Artikel 2*

Die in Artikel 1 genannten Unternehmen, die nach wie vor auf dem PVC-Sektor in der EG tätig sind, sind verpflichtet (außer Norsk Hydro und Solvay, die bereits einer bestandskräftigen Abstellungsentscheidung unterliegen), die festgestellte Zuwiderhandlung unverzüglich abzustellen (falls sie dies noch nicht getan haben) und in Zukunft bezüglich ihrer PVC-Geschäfte von allen Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die dasselbe oder ähnliches bezwecken oder bewirken, Abstand zu nehmen. Dazu gehört der Austausch von Informationen, die normalerweise dem Geschäftsgeheimnis unterliegen und durch die die Teilnehmer direkt oder indirekt über Produktion, Absatz, Lagerhaltung, Verkaufspreise, Kosten oder Investitionspläne anderer Hersteller informiert oder aufgrund derer sie in die Lage versetzt werden, die Befolgung ausdrücklicher oder stillschweigender Preis- oder Marktaufteilungsabsprachen innerhalb der Gemeinschaft zu kontrollieren. Ein Verfahren zum Austausch von den PVC-Sektor betreffenden Informationen, dem sich die Hersteller anschließen, muss unter Ausschluss sämtlicher Informationen geführt werden, aus denen sich das Marktverhalten einzelner Hersteller ableiten lässt, insbesondere dürfen die Unternehmen untereinander keine zusätzlichen wettbewerbsrelevanten Informationen austauschen, die ein solches System nicht erfasst.

*Artikel 3*

Gegen die in dieser Entscheidung genannten Unternehmen werden wegen des in Artikel 1 festgestellten Verstoßes folgende Geldbußen festgesetzt:

i) BASF AG: eine Geldbuße von 1 500 000 ECU,

ii) DSM NV: eine Geldbuße von 600 000 ECU,

iii) Elf Atochem SA: eine Geldbuße von 3 200 000 ECU,

iv) Enichem SpA: eine Geldbuße von 2 500 000 ECU,

v) Hoechst AG: eine Geldbuße von 1 500 000 ECU,

vi) Hüls AG: eine Geldbuße von 2 200 000 ECU,

vii) Imperial Chemical Industries Plc: eine Geldbuße von 2 500 000 ECU,

viii) Limburgse Vinyl Maatschappij NV: eine Geldbuße von 750 000 ECU,

ix) Montedison SpA: eine Geldbuße von 1 750 000 ECU,

x) Société artésienne de vinyle SA: eine Geldbuße von 400 000 ECU,

xi) Shell International Chemical Company Ltd: eine Geldbuße von 850 000 ECU,

xii) Wacker-Chemie GmbH: eine Geldbuße von 1 500 000 ECU."

B — *Das Verfahren vor dem Gericht*

12. Die Unternehmen Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA (im Folgenden: Elf Atochem), BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV und DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst, Société artésienne de vinyle SA, Montedison SpA, ICI, Hüls AG und Enichem SpA erhoben mit Klageschriften, die zwischen dem 5. und 14. Oktober bei der Kanzlei des Gerichts eingingen, beim Gericht Klage.

13. Alle Unternehmen beantragten, die Entscheidung PVC II ganz oder teilweise für nichtig zu erklären, hilfsweise, die verhängte Geldbuße für nichtig zu erklären oder herabzusetzen. Montedison SpA beantragte außerdem, die Kommission wegen

der Aufwendungen für die Sicherheitsleistung und der sonstigen sich aus der Entscheidung PVC II ergebenden Kosten zu Schadensersatz zu verurteilen.

C — *Das Urteil des Gerichts*

14. Mit Urteil vom 20. April 1999 hat das Gericht in den Rechtssachen Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission [8] (im Folgenden: angefochtenes Urteil)

— die Rechtssachen zu gemeinsamer Entscheidung verbunden,

— Artikel 1 der Entscheidung PVC II insoweit für nichtig erklärt, als dort festgestellt wird, dass die Société artésienne de vinyle SA nach dem ersten Halbjahr 1981 an der beanstandeten Zuwiderhandlung beteiligt gewesen ist,

— die gegen Elf Atochem, Société artésienne de vinyle SA und ICI verhängten Geldbußen auf 2 600 000 Euro, 135 000 Euro bzw. 1 550 000 Euro herabgesetzt,

— im Übrigen die Klagen abgewiesen und

— über die Kosten entschieden.

D — *Das Verfahren vor dem Gerichtshof*

15. Mit Schriftsatz, der am 29. Juni 1999 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, hat Elf Atochem gemäß Artikel 49 der EG-Satzung des Gerichtshofes Rechtsmittel eingelegt.

16. Elf Atochem beantragt,

— das angefochtene Urteil aufzuheben und über den Rechtsstreit endgültig zu entscheiden,

— der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

17. Die Kommission beantragt,

— das Rechtsmittel zurückzuweisen,

8 — T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 und T-335/94, Slg. 1999, II-931.

— der Rechtsmittelführerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

## II — Prüfung des Falles

18. Zur Begründung ihres Rechtsmittels trägt Elf Atochem 2 Gründe vor, die nacheinander zu prüfen sind.

*Zum ersten Rechtsmittelgrund*

19. Elf Atochem wirft dem Gericht vor, sich nicht zu der Rüge geäußert zu haben, dass die Entscheidung PVC II wesentlich von der Entscheidung PVC I abweiche. Sie selbst und andere Unternehmen hätten diese Rüge vor dem Gericht ausführlich dargelegt, wie sich aus Randnummer 222 des angefochtenen Urteils ergebe. Allein dieser Begründungsmangel müsse schon zur Nichtigerklärung des angefochtenen Urteils führen.

20. In Randnummer 257 des angefochtenen Urteils hat das Gericht festgestellt, dass die „Entscheidung... nur redaktionelle Änderungen enthielt, die an den Beschwerdepunkten nichts änderten".

21. Es hat somit zu dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin Stellung genommen, und ich werde die Begründetheit seines Standpunkts weiter unten noch prüfen.

22. Elf Atochem wirft daher dem Gericht zu Unrecht vor, sich nicht geäußert zu haben.

23. Infolgedessen ist der Rechtsmittelgrund eines Begründungsmangels unbegründet und zurückzuweisen.

*Zum zweiten Rechtsmittelgrund*

24. Nach Ansicht von Elf Atochem hat das Gericht zu Unrecht festgestellt, dass die Kommission für den Erlass der Entscheidung PVC II kein neues Verwaltungsverfahren nach den Verordnungen Nrn. 17 und 99/63 habe durchführen müssen. Der Rechtsmittelgrund umfasst vier Rügen.

25. Die ersten beiden Rügen betreffen die Notwendigkeit, vor Erlass der Entscheidung PVC II vorbereitende Handlungen durchzuführen, nämlich die Anhörung der Unternehmen und des Beratenden Ausschusses. Die Beurteilung dieser Rügen

hängt also von der Frage ab, ob die früheren Handlungen zur Vorbereitung der Entscheidung PVC I gültig geblieben sind, was Gegenstand der dritten Rüge dieses Rechtsmittelgrundes ist. Diese Rüge ist daher zuerst zu prüfen.

Zur dritten Rüge, mit der geltend gemacht wird, dass die Entscheidung PVC I insgesamt durch das Urteil Kommission/BASF u. a. für nichtig erklärt worden sei.

26. Elf Atochem trägt vor, dass der Gerichtshof mit diesem Urteil die Entscheidung PVC I wegen Verstoßes gegen die Vorschriften über die Feststellung von Rechtsakten und wegen Verstoßes gegen das Kollegialprinzip für nichtig erklärt habe. Die festgestellte Nichtigkeit erfasse den Rechtsakt insgesamt, da der Gerichtshof die Nichtigerklärung nicht auf bestimmte Teile dieses Rechtsakts beschränkt habe. Das vorangegangene Verwaltungsverfahren sei Mitbestandteil des Rechtsakts. Daher führe die Nichtigerklärung des Rechtsakts dazu, dass erneut die Handlungen des Vorverfahrens nach den Verordnungen Nrn. 17 und 99/63 durchgeführt werden müssten.

27. Die Rechtsmittelführerin verweist dazu auf die Urteile Transocean Marine Paint/Kommission [9] und British Aerospace und Rover/Kommission [10].

28. Die Frage, welche Wirkungen die Nichtigerklärung einer Entscheidung auf die Gültigkeit der vorangegangen Handlungen hat, hängt, wie das Gericht in Randnummer 184 des angefochtenen Urteils zu Recht festgestellt hat, von den Gründen der Nichtigerklärung ab, was die Rechtsmittelführerin im Übrigen nicht bestritten hat.

29. Diese Feststellung, die zudem nur die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes der Rechtskraft auf den vorliegenden Fall darstellt, wird sowohl von der Rechtsprechung bestätigt, die das Gericht angeführt hat, als auch von der, auf die sich die Rechtsmittelführerin bezieht.

30. In den von der Rechtsmittelführerin zitierten Präzedenzfällen war die Nichtigkeit der Entscheidung der Kommission anders als im vorliegenden Fall durch einen Verfahrensfehler bedingt, der auch die Handlungen berührte, die dem endgültigen Erlass der Entscheidung vorangegangen waren, und führte damit zwangsläufig zu der Verpflichtung des Urhebers der Entscheidung, der Ungültigkeit, von der diese vorbereitenden Handlungen betroffen waren, abzuhelfen.

31. So beruhte in der Rechtssache Transocean Marine Paint/Kommission die Teilnichtigkeit der angefochtenen Entscheidung darauf, dass die Kommission im Vorverfahren die Unternehmen nicht über eine Auflage unterrichtet hatte, die sie später in ihre abschließende Entscheidung aufgenommen hatte, was erklärt, warum das

9 — Urteil vom 23. Oktober 1974 in der Rechtssache 17/74 (Slg. 1974, 1063).

10 — Urteil vom 4. Februar 1992 in der Rechtssache C-294/90 (Slg. 1992, I-493).

Vorverfahren erneut durchgeführt werden musste.

32. In der Rechtssache British Aerospace und Rover/Kommission ging es um den Erlass einer neuen Entscheidung der Kommission auf dem Gebiet staatlicher Beihilfen im Zusammenhang mit Streitigkeiten über die Ausführung früherer Entscheidungen und nicht um die Folgen eines Nichtigkeitsurteils. Anders als im vorliegenden Fall lagen neue Tatsachen vor, die ein neues Verfahren erforderlich machen konnten.

33. Infolgedessen hat das Gericht zu Recht festgestellt, dass die Wirkung der Nichtigerklärung der Entscheidung PVC I auf die vorbereitenden Handlungen unter Berücksichtigung des Tenors und der Gründe des Urteils des Gerichtshofes über diese Entscheidung zu bestimmen gewesen sei.

34. Diese Nichtigerklärung beruhte allein auf einem Verstoß der Kommission gegen die Verfahrensvorschriften, die ausschließlich die Art und Weise des endgültigen Erlasses der Entscheidung betrafen. Die Nichtigkeit konnte daher nicht die Verfahrensabschnitte erfassen, die vor dem Auftreten dieses Verfahrensmangels lagen und auf die die genannten Vorschriften keine Anwendung finden konnten.

35. Daran ändert auch nichts, dass die Rechtsmittelführerin mit Nachdruck geltend gemacht hat, dass die Entscheidung nicht nur wegen eines Verfahrensmangels, sondern gerade hauptsächlich wegen eines Verstoßes gegen das Kollegialprinzip — wie sie betont, vollständig — für nichtig erklärt worden sei.

36. Keiner dieser beiden Nichtigkeitsgründe berührt nämlich die Handlungen vor Erlass der abschließenden Entscheidung. Die fehlende Feststellung der Entscheidung oder ein Verstoß gegen das Kollegialprinzip zum Zeitpunkt des Erlasses der abschließenden Entscheidung haben beide mit dem vorangegangenen Verfahren nichts zu tun und können dessen Gültigkeit daher nicht beeinträchtigen. Dass diese Nichtigkeitsgründe die gesamte Entscheidung erfassen, ist insoweit ohne Bedeutung, da daraus nicht folgt, dass die Nichtigkeit sich auf andere Rechtsakte wie die vorbereitenden Handlungen erstreckt.

37. Der Fall entspricht somit dem, der Gegenstand des vom Gericht in Randnummer 184 genannten Urteils Spanien/Kommission [11] war, in dem der Gerichtshof entschieden hatte, dass das Verfahren zur Ersetzung der für nichtig erklärten Handlung genau an dem Punkt habe wieder aufgenommen werden können, an dem die Rechtswidrigkeit eingetreten sei.

38. Das Gericht hat also mit der Feststellung, dass die Nichtigkeit der Entscheidung PVC I sich nicht auf die der für nichtig erklärten Entscheidung vorangegangenen Handlungen erstrecke, keinen Rechtsfehler begangen.

11 — Urteil vom 12. November 1998 in der Rechtssache C-415/96 (Slg. 1998, I-6993).

39. Somit ist die dritte Rüge dieses Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen.

Zur ersten Rüge eines Verstoßes gegen das Anhörungsrecht im Zusammenhang mit dem Erlass einer neuen Entscheidung

40. Nach Ansicht von Elf Atochem hätte die Kommission für den Erlass der Entscheidung PVC II erneut die Verordnungen Nrn. 17 und 99/63 anwenden müssen, da die genannte Entscheidung nicht nur sechs Jahre nach der Entscheidung PVC I ergangen sei, d. h. in einem wirtschaftlich völlig anderen Zusammenhang, was Grund genug für die Anhörung der Parteien gewesen wäre, sondern darüber hinaus auch neue Bestandteile gegenüber der früheren Entscheidung enthalten habe.

41. Erstens sei anders, dass die Adressaten der Entscheidung PVC II nicht dieselben seien wie die der Entscheidung PVC I. In den Gründen und im Tenor der Entscheidung PVC II würden nämlich Norsk Hydro und Solvay anders behandelt und von den Sanktionen ausgenommen, wozu die Kommission in Nr. 59 dieser Entscheidung erklärt habe: „Da Solvay nicht beim Gerichtshof auf Nichtigerklärung der Entscheidung [PVC I] geklagt hat und die Klage von Norsk Hydro für unzulässig erklärt wurde, bleibt die Entscheidung [PVC I] ihnen gegenüber gültig." Dies zeige klar das Nebeneinander zweier Entscheidungen, nämlich der Entscheidung PVC I gegen Norsk Hydro und Solvay und der Entscheidung PVC II gegenüber den anderen Unternehmen. Nur der Entscheidung PVC I sei ein Verwaltungsverfahren vorangegangen.

42. Zweitens sei anders, dass die Kommission in der Entscheidung PVC II ihre Beschwerdepunkte bezeichnenderweise auf das gemeinsame Vorgehen von Unternehmen gestützt habe, zu denen sie Norsk Hydro und Solvay weiterhin gezählt habe, diese beiden Unternehmen aber nicht Adressaten dieser Entscheidung gewesen seien. So habe die Kommission das Verhalten dieser Unternehmen, die von der Entscheidung PVC II nicht berührt seien, paradoxerweise weiterhin berücksichtigt, um die Bedeutung der den Adressaten der Entscheidung PVC II vorgeworfenen Zuwiderhandlung zu bestimmen. Die Entscheidungen PVC I und PVC II beträfen somit angebliche Vereinbarungen und/oder ein abgestimmtes Kollektivverhalten, an denen beteiligt gewesen zu sein 1994 anderen Unternehmen vorgeworfen worden sei als 1988.

43. Ich bin mit der Kommission der Ansicht, dass diese Argumentation auf einem falschen Verständnis der Rechtsnatur der Entscheidung der Kommission beruht. Wie das Gericht in Randnummer 167 des angefochtenen Urteils zu Recht ausgeführt hat, ist die Entscheidung zwar nur als eine einzige Entscheidung abgefasst, stellt aber in Wirklichkeit ein Bündel von Einzelfallentscheidungen dar. Die Nichtigerklärung

konnte sich daher nur auf die Unternehmen beziehen, deren Klage Erfolg gehabt hatte, wie im Übrigen der Gerichtshof in seinem Urteil Kommission/AssiDomän Kraft Products u. a. [12] festgestellt hat.

44. Dagegen war die ursprüngliche Entscheidung im Fall von Solvay und Norsk Hydro weiterhin bestandskräftig, und es gab daher keinen Grund, die Entscheidung PVC II an diese Unternehmen zu richten. Diese Entscheidung konnte nur an diejenigen Unternehmen gerichtet werden, für die die Entscheidung PVC I nicht mehr galt.

45. Der unterschiedliche Adressatenkreis der Entscheidungen PVC I und PVC II bedeutet somit nicht, dass es zwischen der zweiten und der ersten Entscheidung einen Unterschied gibt, zu dem die Unternehmen hätten gehört werden müssen.

46. Gleiches gilt für die Behauptung, dass in der Entscheidung PVC II die Verhaltensweisen von Solvay und Norsk Hydro berücksichtigt worden seien, obwohl diese Unternehmen anders als bei der Entscheidung PVC I nicht Adressaten der Entscheidung gewesen seien.

47. In den Randnummern 768 bis 778 des angefochtenen Urteils hat das Gericht nämlich — von der Rechtsmittelführerin unwidersprochen — festgestellt, dass die Kommission dem einzelnen Unternehmen keine kollektive Verantwortlichkeit angelastet habe, sondern es nur für die Handlungen verantwortlich gemacht habe, an denen es beteiligt gewesen sei.

48. Infolgedessen ist das einzelne Unternehmen nicht für Handlungen verantwortlich gemacht worden, die andere begangen haben. Es lässt sich daher nicht behaupten, dass die Entscheidung PVC II im Gegensatz zu der Entscheidung PVC I Verhaltensweisen von Unternehmen berücksichtigt habe, die nicht Adressaten der Entscheidung gewesen seien.

49. Schließlich stellen die Ausführungen der Kommission zur Verjährung [13] ebenfalls keinen Unterschied zu der Entscheidung PVC I dar, zu dem die Unternehmen hätten gehört werden müssen.

50. Mit diesen Ausführungen hat die Kommission ihre Begründung der bestehenden Vorwürfe ergänzt, zu denen die Unternehmen vor Erlass der Entscheidung PVC I gehört worden sind, sie hat aber

12 — Urteil vom 14. September 1999 in der Rechtssache C-310/97 P (Slg. 1999, I-5363).

13 — Nrn. 56 bis 58 der Entscheidung.

keinen neuen Vorwurf erhoben. Die neue Entscheidung betrifft daher nur Verhaltensweisen, zu denen die Unternehmen hatten Stellung nehmen können.

51. Dass die Kommission später ihre Ausführungen ergänzt hat, ist somit zulässig, ohne dass die Unternehmen dazu erneut gehört werden müssten, wie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes [14] ergibt.

52. Aus der Argumentation der Rechtsmittelführerin ergibt sich jedoch, dass sie das Vorhandensein oder Fehlen neuer Beschwerdepunkte, sogar einfacher Unterschiede zwischen den beiden Entscheidungen, keineswegs für entscheidend hält.

53. Nach ihrer Ansicht enthält jede Entscheidung der Kommission ihre eigenen Beschwerdepunkte. Die Kommission könne daher nicht einfach die Beschwerdepunkte einer früheren Entscheidung, die für nichtig erklärt worden sei, übernehmen.

54. Die Rechtsmittelführerin verweist dazu auf Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63, wonach die Kommission in ihren Entscheidungen nur die Beschwerdepunkte in Betracht ziehen dürfe, zu denen die Unternehmen Gelegenheit zur Äußerung gehabt hätten.

55. Daher müsse jeder Entscheidung der Kommission, mit der eine Zuwiderhandlung festgestellt werde, ein eigenes Vorverfahren vorangehen.

56. Dazu ist festzustellen, dass die vor der Feststellung der Entscheidung liegenden vorbereitenden Handlungen, wie vorstehend aufgezeigt, in ihrer Gültigkeit nicht durch die Nichtigerklärung dieser Entscheidung beeinträchtigt worden sind.

57. Somit sind im vorliegenden Fall die betroffenen Unternehmen gehört worden und konnten sich zu den Vorwürfen, die die Kommission gegen sie erhoben hat, äußern.

58. Die von der Rechtsmittelführerin genannte Bedingung des Artikels 4 der Verordnung Nr. 99/63 ist also erfüllt, da nicht behauptet worden ist, dass die Kommission Beschwerdepunkte in Betracht gezogen habe, zu denen die Unternehmen sich nicht hätten äußern können.

14 — Urteil vom 7. Juni 1983 in den Rechtssachen 100/80 bis 103/80 (Musique diffusion française u. a./Kommission, Slg. 1983, 1825, Randnr. 15).

59. Dieser Bestimmung lässt sich nämlich lediglich entnehmen, dass jede Entscheidung auf Beschwerdepunkten beruhen muss, zu denen die Parteien sich äußern konnten. Dies bedeutet nicht, dass eine frühere Entscheidung, die für nichtig erklärt worden ist, nicht auf den gleichen Beschwerdepunkten beruhen dürfte.

60. Nicht nur, dass sich eine solche Bedingung nicht aus dem Wortlaut der Verordnung ableiten lässt, sie könnte auch nicht mit dem Ziel der Verordnung gerechtfertigt werden.

61. Die Verordnung soll nämlich die Verteidigungsrechte schützen, indem sie die Unternehmen vor Überraschungen seitens der Kommission bewahrt und sie in die Lage versetzt, rechtzeitig zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen Stellung zu nehmen.

62. Die Beachtung dieses Ziels schließt nicht aus, dass diese Vorwürfe bereits in einer früheren Entscheidung enthalten sind, wenn diese wie im vorliegenden Fall für nichtig erklärt worden ist, ohne dass von dieser Nichtigerklärung die vorbereitenden Handlungen betroffen sind.

63. Elf Atochem macht jedoch hilfsweise geltend, dass die Pflicht der Kommission zur erneuten Anhörung der Parteien, wenn sie sich denn nicht aus den Verordnungen Nrn. 17 und 99/63 ergebe, jedenfalls aus den Verpflichtungen zur „genauesten" Einhaltung der Verteidigungsrechte resultiere.

64. Ich bin nicht dieser Auffassung.

65. Wie wir gesehen haben, soll die Anhörung den Unternehmen Gelegenheit geben, sich zu den ihnen vorgeworfenen Verhaltensweisen zu äußern. Dies ist im vorliegenden Fall in dem Verfahren zur Vorbereitung der Entscheidung PVC I geschehen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verteidigungsrechte eine erneute Stellungnahme der Unternehmen zu den gleichen Tatsachen erforderlich gemacht hätten.

66. Die Entscheidung PVC II betrifft nur die Verhaltensweisen zwischen 1980 und 1983; die Unternehmen hatten genügend Möglichkeiten, sich hierzu zu äußern.

67. Somit ist das Anhörungsrecht in vollem Umfang gewahrt worden, auch wenn sich die Verhältnisse in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht eventuell später geändert haben. Das Anhörungsrecht kann nämlich nicht so verstanden werden, dass es die Kommission verpflichten würde, den Unternehmen Gelegenheit zu geben, zu anderen Aspekten des Vorgehens der Kommission wie etwa der Ausübung ihres Ermessens bei der Frage der Zweckmäßig-

keit einer Entscheidung Stellung zu nehmen.

68. Im Übrigen läuft, wie die Kommission hervorgehoben hat, der Anspruch der Rechtsmittelführerin auf eine Stellungnahme zu den Unterschieden zwischen den Entscheidungen PVC I und PVC II in der Praxis auf einen Anspruch der Erörterung des Entwurfs der Entscheidung hinaus. Nach der Rechtsprechung stünde dies im Widerspruch zu der Regelung der Verordnung Nr. 17 [15].

69. Das Vorbringen der Rechtsmittelführerin zu der Rolle, die der Anhörungsbeauftragte zu ihren Gunsten hätte spielen können, ändert nichts daran, dass dieser im vorliegenden Fall beteiligt worden ist und im Rahmen der Vorbereitungen der Entscheidung PVC I einen Bericht erstellt hat. Mangels einer Verpflichtung zu einer erneuten Anhörung gab es keinen Grund für eine erneute Beteiligung des Anhörungsbeauftragten.

70. Auch hier kann sich die Rechtsmittelführerin zur Begründung ihres Vorbringens nicht auf das Urteil Transocean Marine Paint/Kommission berufen. In dieser Rechtssache ging es nämlich um einen grundlegend anderen Fall, da die angefochtene Entscheidung eine wesentliche Neuerung gegenüber dem Vorverfahren enthielt, nämlich die Aufnahme einer Bedingung für eine Befreiung.

15 — Urteil Musique diffusion française u. a., Randnr. 35.

71. Somit ist die erste Rüge dieses Rechtsmittels zurückzuweisen.

Zur zweiten Rüge der fehlenden Anhörung des Beratenden Ausschusses

72. Nach Ansicht von Elf Atochem hätte, um die Nichtigkeit zu vermeiden, die wesentliche Formvorschrift der Beteiligung des Beratenden Ausschusses gemäß den Artikeln 10 Absatz 3 und 15 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 eingehalten werden müssen. Die Anhörung des Ausschusses diene dazu, die Ansichten der Vertreter der Mitgliedstaaten einzuholen, und verfolge damit einen anderen Zweck als die Anhörung der Unternehmen. Das Versäumnis, die Unternehmen anzuhören, befreie die Kommission nicht davon, den Ausschuss anzuhören.

73. Dazu genügt der Hinweis, dass die vorbereitenden Handlungen vor dem Erlass der Entscheidung PVC I einschließlich der Anhörung des Beratenden Ausschusses, wie wir gesehen haben, nicht durch die Nichtigerklärung dieser Entscheidung berührt worden sind. Somit hat diese Anhörung stattgefunden, und die einschlägigen Bestimmungen der Verordnung Nr. 17 sind im vorliegenden Fall eingehalten worden.

74. Infolgedessen ist die dritte Rüge dieses Rechtsmittels zurückzuweisen.

Zur vierten Rüge eines Verstoßes gegen das Recht auf Akteneinsicht

75. Elf Atochem rügt, dass die Kommission trotz der Erweiterung der Akteneinsicht zwischen 1988 und 1994 nicht von sich aus den Unternehmen Zugang zu dem in ihrem Besitz befindlichen be- und entlastenden Beweismaterial verschafft habe.

76. Die Prüfung der Unterlagen, die das Gericht den Unternehmen schließlich durch eine prozessleitende Maßnahme zugänglich gemacht habe, habe sehr schwerwiegende Verstöße gegen den Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens ergeben, da bestimmte entlastende Schriftstücke nicht mitgeteilt worden seien und in anderen, übermittelten Schriftstücken entlastende Stellen von der Kommission einfach geschwärzt worden seien.

77. Die Rechtsmittelführerin wirft dem Gericht vor, eine Verletzung der Verteidigungsrechte von dem Nachweis abhängig gemacht zu haben, dass die Nichtübermittlung der betreffenden Schriftstücke den Verfahrensablauf und den Inhalt der Entscheidung zu Ungunsten der Rechtsmittelführerin hätte beeinflussen können.

78. Eine solche einschränkende Auslegung der Verteidigungsrechte sei vom Gerichtshof im Rahmen der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag niemals bestätigt worden, sondern lediglich bei staatlichen Beihilfen [16]. Dort sei eine solche Lösung wegen der bevorzugten Stellung der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission und den Betroffenen vertretbar. Der Kontext sei aber nicht vergleichbar mit dem von Verfahren, in denen es um die Feststellung eines Verstoßes eines Unternehmens gegen Artikel 85 gehe.

79. Jedenfalls sei der Tatbestand eines Verstoßes gegen den Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens erfüllt, auch wenn die nicht übermittelten Schriftstücke von der Kommission nicht unmittelbar verwertet worden seien.

80. Was ist hiervon zu halten?

81. Entgegen der Ansicht der Rechtsmittelführerin kann die bloße Nichtübermittlung von Unterlagen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht zur Nichtigerklärung der Entscheidung führen.

82. Wie sich unbestreitbar aus der Randnummer 80 des Urteils Hercules Chemicals/

16 — Urteil vom 21. März 1990 in der Rechtssache 142/87 (Belgien/Kommission, Slg. 1990, I-959, Randnrn. 47 und 48).

Kommission [17] ergibt, gibt es keinen Grund für die Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission, wenn das Unternehmen nicht nachweist, dass die betreffenden Dokumente für seine Verteidigung von Nutzen hätten sein können und dass die fehlende Möglichkeit, vor Erlass der Entscheidung Einsicht in diese zu nehmen, daher seine Verteidigungsrechte beeinträchtigt hat.

83. Das Gericht hat daher zu Recht den Standpunkt vertreten, dass die Tatsache einer Unregelmäßigkeit bei der Akteneinsicht allein die Nichtigerklärung der Entscheidung nicht rechtfertige.

84. Die Rechtsmittelführerin macht jedoch geltend, die Prüfung der Schriftstücke durch das Gericht, um entscheiden zu können, ob im vorliegenden Fall gegen die Verteidigungsrechte verstoßen worden sei, beruhe auf einem falschen Ansatz.

85. So habe das Gericht den Sachverhalt statt aus der damaligen Sicht der Rechtsmittelführerin aus einer späteren Sicht betrachtet. Mit anderen Worten, statt zu untersuchen, ob das Unternehmen die betreffenden Schriftstücke hätte verwenden können, habe es geprüft, ob die Verwendung dieser Schriftstücke durch das Unternehmen hätte dazu führen können, dass die Entscheidung inhaltlich anders ausgefallen wäre, als sie schließlich ausgefallen sei.

86. Es ist richtig, dass das Gericht in Randnummer 1074 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, dass keine Klägerin „den Nachweis erbracht hat, dass durch die Nichtübermittlung eines Schriftstücks, das sie hätten kennen müssen, der Ablauf des Verfahrens und die Entscheidung zu ihren Ungunsten beeinflusst werden konnten".

87. Nun hat der Gerichtshof in Randnummer 81 seines Urteils Hercules Chemicals/Kommission aber ausdrücklich festgestellt: „Das betroffene Unternehmen braucht... nicht zu beweisen, dass die Entscheidung der Kommission anders gelautet hätte, wenn [es] Einsicht in die Antworten der anderen Hersteller auf die Mitteilungen der Beschwerdepunkte erhalten hätte, sondern lediglich, dass [es] diese Schriftstücke zu [seiner] Verteidigung hätte einsetzen können."

88. Hat das Gericht somit tatsächlich einen falschen Prüfungsmaßstab angelegt?

89. Ich meine nicht. So hat es bei der Prüfung der Schriftstücke auch die Formulierungen verwendet: „die Verteidigungsmöglichkeiten der Klägerinnen... beein-

17 — Urteil vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache C-51/92 P (Slg. 1999, I-4235).

trächtigen" (Randnr. 1035 des angefochtenen Urteils), „inwiefern ihre Verteidigungsrechte beeinträchtigt worden sind" (Randnr. 1036), „Verteidigungsmöglichkeiten der Unternehmen... beeinflusst" (Randnr. 1041), „für die Verteidigung der Klägerinnen nützliche Hinweise enthalten" (Randnr. 1073).

90. Außerdem bezieht sich der Ausdruck „Ablauf des Verfahrens" in Randnummer 1074 implizit auf die Möglichkeiten der Unternehmen, sich in diesem Verfahren zu verteidigen.

91. Zudem zeigen die Ausführungen des Gerichts im Rahmen dieser Prüfung ohne Frage, dass es untersucht hat, ob die betreffenden Schriftstücke auch nur den geringsten Nutzen für die Rechtsmittelführerin hätten haben können. Es hat sich daher nicht auf die Frage beschränkt, ob die Nichtübermittlung der betreffenden Schriftsätze sich auf den Inhalt der abschließenden Entscheidung ausgewirkt hat.

92. Die Ausführungen des Gerichts zeigen nämlich im Wesentlichen, dass die betreffenden Schriftstücke nicht nur der Rechtsmittelführerin kein Argument an die Hand gegeben hätten, sondern entweder wegen ihrer Art und ihres Gegenstands von den Unternehmen nicht hätten geltend gemacht werden können oder aufgrund ihres Inhalts die Feststellungen der Kommission bestätigt hätten oder jedenfalls nicht das geringste Gegenargument hätten liefern können.

93. Ich bin daher der Ansicht, dass das Gericht seine Untersuchungsmethode an der Rechtsprechung des Gerichtshofes ausgerichtet hat.

94. Selbst wenn es nicht so wäre, müsste die Rechtsmittelführerin noch Schriftstücke benennen, bei denen das Gericht zu Unrecht angenommen habe, dass ihre Nichtübermittlung die Verteidigungsrechte nicht habe beeinträchtigen können.

95. Die Rechtsmittelführerin kann sich nämlich nicht darauf beschränken, abstrakt darzulegen, dass das Gericht einen falschen Maßstab angewandt habe. Sie müsste noch nachweisen, dass dieser Fehler dadurch bedingt war, dass ein Schriftstück, von dem das Gericht angenommen hat, das es die Kommission nicht zum Erlass einer anderen Entscheidung hätte veranlassen können, von den Unternehmen hätte geltend gemacht werden können.

96. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes lässt sich im Übrigen nicht so verstehen, dass die Behauptung des Unternehmens, dass es theoretisch das betreffende Schriftstück für seine Verteidigung hätte verwenden können, ausreiche. Um widersinnige Ergebnisse zu vermeiden, muss nämlich nachgewiesen werden, dass die Verwendung dieses Schriftstücks für die Verteidigung, selbst wenn man nicht sicher sein kann, dass es die Meinung der Kommission geändert hätte, eine plausible Aussicht auf Erfolg hatte.

97. Jedenfalls hat die Rechtsmittelführerin es bewusst unterlassen, das geringste Schriftstück zu benennen, das sie für ihre Verteidigung hätte verwenden können und dessen Nichtübermittlung das Gericht somit zu Unrecht nicht als Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte angesehen hatte.

98. Infolgedessen hat die Rechtsmittelführerin unabhängig von dem zugrunde gelegten Prüfungskriterium nicht nachgewiesen, dass die Unregelmäßigkeit im Zusammenhang mit der Akteneinsicht sich auch nur im Geringsten auf ihre Verteidigungsmöglichkeiten ausgewirkt hätte.

99. Somit ist die vierte Rüge dieses Rechtsmittelgrundes und damit der Rechtsmittelgrund insgesamt zurückzuweisen.

## III — Ergebnis

100. Aus den vorstehenden Gründen möchte ich dem Gerichtshof vorschlagen,

— das Rechtsmittel zurückzuweisen;

— der Rechtsmittelführerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.