zu den Produktionsquellen der ganzen Gemeinschaft zu verschaffen.

9. Zwar steht es jedem Hersteller frei, seine Preise nach Belieben zu ändern und hierbei dem gegenwärtigen oder vorhersehbaren zukünftigen Verhalten seiner Konkurrenten Rechnung zu tragen, doch verstößt es gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrages, wenn ein Hersteller mit seinen Konkurrenten — in welcher Art auch immer — zusammenwirkt, um für eine Preisbewegung ein koordiniertes Verhalten festzulegen und den Erfolg dieser Bewegung dadurch zu sichern, daß im voraus hinsichtlich der wesentlichen Faktoren dieses Vorgehens — wie Prozentsatz, Gegenstand, Zeitpunkt und Ort der Bewegung — jede Unsicherheit über das wechselseitige Verhalten beseitigt wird.

In der Rechtssache 51/69

FARBENFABRIKEN BAYER AKTIENGESELLSCHAFT, Leverkusen, vertreten durch ihren Vorstand, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte H. Axster, W. Decker, O. Axster, zugelassen in Düsseldorf, Zustellungsbevollmächtigter: Legationsrat Erster Klasse E. Graf von Carmer, Deutsche Botschaft, Luxemburg, 20-22, rue de l'Arsenal.

Klägerin,

gegen

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, vertreten durch ihre Rechtsberater J. Thiesing, G. Marchesini und J. Griesmar als Bevollmächtigte, Beistand: Professor W. Hefermehl, Zustellungsbevollmächtigter: Herr E. Reuter, Rechtsberater der Kommission, Luxemburg, 4, boulevard Royal,

Beklagte,

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 24. Juli 1969, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 195 vom 7. August 1969, S. 11 ff., über ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/26.267 — Farbstoffe)

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten R. Lecourt, der Kammerpräsidenten J. Mertens de Wilmars und H. Kutscher, der Richter A. M. Donner, A. Trabucchi (Berichterstatter), R. Monaco und P. Pescatore,

Generalanwalt: H. Mayras
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

I — Sachverhalt

Aufgrund der Angaben von Berufsorganisationen der verschiedenen industriellen Farbstoffverbraucher nahm die Kommission Nachprüfungen vor, um festzustellen, ob die seit Anfang 1964 in einigen Ländern der Gemeinschaft bei Farbstoffen eingetretenen Preiserhöhungen im gemeinsamen Einvernehmen zwischen den betroffenen Unternehmen festgesetzt worden waren.

Bei diesen Nachprüfungen ermittelte die Kommission drei gleichförmige Preiserhöhungen: Zwischen dem 7. und 20. Januar 1964 wurden die Preise der meisten Anilin-Farbstoffe in Italien, den Niederlanden, Belgien und Luxemburg um 15 % erhöht; am 1. Januar 1965 wurde diese Erhöhung auf Deutschland ausgedehnt; am selben Tage setzen fast sämtliche Farbstoffhersteller in diesem Land sowie in den vorgenannten Ländern die Preise für die von der ersten Preiserhöhung ausgenommenen Farbstoffe und Pigmente einheitlich um 10 % herauf. Schließlich wurden am 16. Oktober 1967 die Preise für sämtliche Farbstoffe von fast allen Herstellern in Deutschland, den Niederlanden, Belgien und Luxemburg um 8 % und in Frankreich um 12 % erhöht, während in Italien keine Preiserhöhung stattfand.

Die Kommission beschloß am 31. Mai 1967, von Amts wegen ein Verfahren aufgrund von Artikel 3 der Verordnung Nr. 17/72 des Rates wegen mutmaßlicher Verletzung des Artikels 85 des Vertrages gegen die nach ihrer Ansicht an einer abgestimmten Verhaltensweise zur Festsetzung der Farbstoffpreise beteiligten Unternehmen, darunter auch die Farbenfabriken Bayer AG, einzuleiten.

Mit Schreiben vom 11. Dezember 1967 unterrichtete die Kommission das genannte Unternehmen von diesem Beschluß. Dem Schreiben lag eine Mitteilung der Beschwerdepunkte bei, welche die Kommission gegenüber den an den Preiserhöhungen beteiligten Unternehmen in Betracht gezogen hatte. Es war an 60 Empfänger, und zwar an Farbstoffhersteller mit Sitz sowohl in der Gemeinschaft als auch in Drittländern sowie an ihre im Gemeinsamen Markt ansässigen Tochtergesellschaften und Vertreter, gerichtet.

In der Mitteilung der Beschwerdepunkte erklärte die Kommission, die Preiserhöhungen seien innerhalb der EWG von folgenden Herstellern sowie ihren Tochtergesellschaften oder Vertretern herbeigeführt worden:

— Azienda Colori Nazionali Affini SpA (ACNA), Mailand (Italien),

— Industria Piemontese dei Colori di Anilina SpA (IPCA), Mailand (Italien),

— Fabbrica Lombarda Colori Anilina (FLCA), Mailand (Italien),

— Industria Electro-Chimica Bergamasca, Bergamo (Italien),

— Farbenfabriken Bayer AG, Leverkusen (Bundesrepublik Deutschland),

— Farbwerke Hoechst AG, Frankfurt (Main), (Bundesrepublik Deutschland),

— Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG (BASF), Ludwigshafen (Bundesrepublik Deutschland),

— Cassella Farbwerke Mainkur AG, Frankfurt (Main), (Bundesrepublik Deutschland),

— Société Française des matières colorantes SA (Francolor), Paris (Frankreich),

— Fabriek van Chemische Produkten Vondelingenplaat NV, Rotterdam (Niederlande),

— Ciba AG, Basel (Schweiz),
— Sandoz AG, Basel (Schweiz),
— J. R. Geigy AG, Basel (Schweiz),
— Fabrique de matières colorantes Durand et Huguenin SA, Basel (Schweiz),
— Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI), Manchester (Großbritannien),
— Yorkshire Dyeware and Chemical, Leeds (Großbritannien),
— E. I. Du Pont de Nemours Company Inc., Wilmington, Del. (Vereinigte Staaten von Amerika).

Auf diese Mitteilung der Beschwerdepunkte reichte die Firma Farbenfabriken Bayer AG mit Schreiben vom 10. April 1968 bei der Kommission eine schriftliche Stellungnahme ein, um die gegen sie erhobenen Beschwerdepunkte zu widerlegen.

Am 10. September 1968 gab das Unternehmen in Gegenwart von Vertretern der Kommission und der Mitgliedstaaten mündliche Erklärungen ab.

Die Kommission erließ in ihrer Sitzung vom 24. Juli 1969 eine Entscheidung, mit der sie gegen die Firma Farbenfabriken Bayer AG eine Geldbuße in Höhe von 50 000 Rechnungseinheiten wegen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages festsetzte, die dieses Unternehmen dadurch begangen habe, daß es zusammen mit anderen Unternehmen an abgestimmten Verhaltensweisen bei der Festsetzung des Steigerungssatzes für Preiserhöhungen im Farbstoffsektor und bei der Festlegung der Bedingungen für die Durchführung dieser Preiserhöhungen in den Jahren 1964, 1965 und 1967 teilgenommen habe.

Aus den gleichen Gründen wurde in der Entscheidung eine Geldbuße von 50 000 Rechnungseinheiten gegen die Unternehmen

— Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG,
— Cassella Farbwerke Mainkur AG,
— Farbwerke Hoechst AG,
— Société Française des matières colorantes S.A.,
— Ciba AG,
— J. R. Geigy AG,
— Sandoz AG,
— Imperial Chemical Industries Ltd.

und eine Geldbuße von 40 000 Rechnungseinheiten gegen die Azienda Colori Nazionali Affini SpA festgesetzt.

Mit am 3. Oktober 1969 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingereichter Klageschrift hat die Firma Farbenfabriken Bayer AG gegen diese Entscheidung Anfechtungsklage erhoben.

II — Anträge der Parteien

Die *Klägerin* beantragt,

1. die Entscheidung der Beklagten vom 24. Juli 1969, Aktenzeichen IV/26.267 — Farbstoffe, der Klägerin zugestellt am 28. Juli 1969, aufzuheben, soweit die Klägerin davon betroffen ist;
2. die Kosten des Verfahrens der Beklagten aufzuerlegen.

Die *Beklagte* beantragt,

— die Klage auf Kosten der Klägerin abzuweisen.

III — Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien

A — Formrügen

1. Allgemeines

Die *Klägerin* bemerkt vorweg, im Unterschied zu ähnlichen Verfahren in den nationalen Rechtsordnungen sei das gemeinschaftsrechtliche Bußgeldverfahren nur durch wenige, sehr allgemeine Verfahrensvorschriften und allgemeine Rechtsgrundsätze geregelt. Daher sei für die Wahrung der Rechte der Betroffenen eine gewissenhafte Beachtung aller Verfahrensbestimmungen und allgemeinen Rechtsgrundsätze durch die Kommission unerläßlich.

Die *Beklagte* wendet ein, die Verfahrensvorschriften der Verordnungen Nr. 17/62 und 99/63 seien nicht notwendig als bei der Durchführung des Vertrages anzuwendende Rechtsnormen im Sinne von Artikel 173 anzusehen, denn sonst würde die Verletzung von Formvorschriften, die in Verordnungen enthalten

sind, anders als die Verletzung der im Vertrag selbst enthaltenen Formvorschriften immer einen Klagegrund im Sinne dieses Artikels abgeben.

In ihrer Erwiderung führt die *Klägerin* aus, der Begriff der zur Anfechtung berechtigenden Verletzung einer bei der Durchführung des Vertrages anzuwendenden Rechtsnorm dürfe nicht einschränkend ausgelegt werden. Als unwesentliche Formvorschriften im Sinne des Artikels 173 EWGV könnten nur solche Bestimmungen angesehen werden, die reine Ordnungsfunktion hätten und nicht dazu bestimmt seien, die Rechte der Betroffenen zu wahren. Die Klägerin unterstreicht sodann die Bedeutung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, der in Deutschland Verfassungsrang habe; daher sei die peinliche Beachtung der zur Wahrung dieses Grundsatzes ergangenen wenigen gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensvorschriften geboten.

2. *Die Eröffnung des Verfahrens betreffende Rügen*

Die *Klägerin* bemerkt, die Kommission habe am 31. Mai 1967 ein Verfahren nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 eingeleitet, dann aber mit der Verhängung einer Geldbuße eine Entscheidung aufgrund von Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 erlassen. Die beiden genannten Vorschriften beträfen zwei Arten von Entscheidungen, die sich nicht nur nach ihrem Gegenstand und ihren Wirkungen, sondern auch nach ihren Voraussetzungen und Modalitäten unterschieden. Wegen dieser wesentlichen Unterschiede müsse die Kommission, wenn sie von einem bloßen Verbotsverfahren zu einem Bußgeldverfahren überzugehen wünsche, dieses letztere Verfahren formell durch einen entsprechenden Beschluß eröffnen und dem Betroffenen eine Mitteilung der Beschwerdepunkte übersenden, in der sie darauf hinzuweisen habe, daß sie die Verhängung einer Geldbuße beabsichtige.

Die *Beklagte* wendet ein, der Beschluß über die Einleitung des Verwaltungsverfahrens vom 31. Mai 1967 sei auf die Verordnung Nr. 17 im ganzen und nicht nur auf die Artikel 3 und 9 gestützt. Wenn der Beschluß „notamment" auf Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 Bezug genommen habe, so habe dies den Zweck gehabt, die konkurrierende Zuständigkeit von Behörden der Mitgliedstaaten zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 für die Zukunft auszuschließen.

Die *Klägerin* führt aus, sie brauche den Wortlaut des Eröffnungsbeschlusses nicht gegen sich gelten zu lassen, da ihr dieser Beschluß nicht schriftlich mitgeteilt worden sei.

Die *Beklagte* bemerkt, im Verhältnis zwischen den beteiligten Unternehmen und der Kommission werde der Umfang des Verfahrens durch die Mitteilung der Beschwerdepunkte und nicht durch den Beschluß über die Einleitung des Verfahrens bestimmt, wie aus Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 und den Artikeln 2 und 4 der Verordnung Nr. 99 hervorgehe. Sie habe in Abschnitt V dieser Mitteilung dargelegt, daß der Verstoß mindestens grob fahrlässig begangen worden sei, so daß die Voraussetzungen für die Festsetzung einer Geldbuße erfüllt zu sein schienen.

3. *Weigerung der Beklagten, der Klägerin wesentliche, ihr zur Last gelegte Tatsachen mitzuteilen*

Die *Klägerin* macht geltend, in der Lehre wie auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes (Urteil in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64, Grundig/Consten) werde verlangt, daß die Kommission den von einem Verfahren nach Artikel 85 des Vertrages Betroffenen entsprechend dem in Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 niedergelegten Grundsatz alle Tatsachen mitteile, deren Kenntnis erforderlich sei, um feststellen zu können, welche Beschwerdepunkte in Betracht gezogen wurden. Diese Mitteilung müsse schriftlich erfolgen oder gegebenenfalls in der Weise, daß den Betroffenen Gelegenheit gegeben werde, die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte genannten Unterlagen einzusehen. Es komme nicht darauf an, ob irgendwelche der Tatsachen, auf die die Kommission sich in der Mitteilung der Beschwerde-

punkte stützt, der Klägerin ohnehin bekannt seien, denn Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63 solle sicherstellen, daß der Betroffene über die Absicht der Kommission unterrichtet werde, bestimmte Tatsachen zu seinem Nachteil zu berücksichtigen.

Die Klägerin führt eine Reihe von Schlußfolgerungen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte an, für welche die zugrunde liegenden Tatsachen nicht genannt seien, so daß die Klägerin insoweit keine Möglichkeit gehabt habe, zu den angeblich der Kommission zur Verfügung stehenden tatsächlichen Angaben Stellung zu nehmen. Dieser Verstoß gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs sei um so unverständlicher, als die Klägerin die Kommission mehrfach eigens darauf hingewiesen habe, daß eine Übermittlung des Wortlauts der angeblich übereinstimmenden Schreiben verschiedener Hersteller — gegebenenfalls durch Gewährung der Akteneinsicht — erforderlich sei. Die Kommission habe dies abgelehnt.

Die *Beklagte* entgegnet, nach dem Urteil Grundig/Consten sei die Mitteilung der gesamten Akten nicht erforderlich. Es genüge vielmehr, wenn die Kommission den Beteiligten die Tatsachen mitteile, deren Kenntnis erforderlich sei, um feststellen zu können, welche Beschwerdepunkte sie in Betracht ziehe; dies sei vorliegend in Abschnitt II der Mitteilung der Beschwerdepunkte geschehen. Außerdem habe die Gefahr, Geschäftsgeheimnisse zu verletzen, der Mitteilung des vollen Wortlauts der von den einzelnen Unternehmen an ihre Tochtergesellschaften oder Vertreter gerichteten Schreiben entgegengestanden.

In ihrer Erwiderung führt die *Klägerin* aus, die Gewährung der Akteneinsicht sei nur eine der Möglichkeiten gewesen, ihr die gegen sie verwendeten belastenden Tatsachen zur Kenntnis zu bringen. Anstatt pauschale Feststellungen zu treffen, hätte die Beklagte ihr im Laufe des Verwaltungsverfahrens die Unterlagen mitteilen müssen, aus denen sie Schlußfolgerungen über die angeblichen Übereinstimmungen der Fassung und des Versanddatums gezogen habe, wie dies jetzt im vorliegenden Verfahren geschehen sei. Diese unterbliebene Mitteilung habe die Klägerin daran gehindert, sich im Vorverfahren gegen die auf diese Schriftstükke gestützten belastenden Tatsachen zur Wehr zu setzen.

Die Beklagte könne ihre Weigerung auch nicht mit dem Erfordernis der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen rechtfertigen, da sie nunmehr diese Schriftstücke mitteile, ohne die betroffenen Unternehmen auch nur zu fragen, ob sie hiergegen Bedenken hätten. Im übrigen könne die Gefahr einer Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen niemals dazu führen, einem Betroffenen das rechtliche Gehör zu verweigern. Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 bestimme ausdrücklich, daß die das rechtliche Gehör sichernde Bestimmung des Artikels 19 durch das Verbot der Preisgabe von Berufsgeheimnissen unberührt bleibe.

Die *Beklagte* wendet ein, die Klägerin vermenge die der Kommission nach Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 im Verwaltungsverfahren obliegenden Verpflichtungen mit den Verpflichtungen, welche die Kommission als Beklagte im Verfahren vor dem Gerichtshof habe.

4. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte vor Abschluß der Ermittlungen betreffende Rügen

Die *Klägerin* weist zunächst darauf hin, Beauftragte der Kommission hätten bei ihr oder ihren Vertriebsgesellschaften noch zwischen dem 19. Dezember 1967 und dem 15. April 1969 Auskünfte zu der Preiserhöhung von 1967 eingeholt. Sie macht geltend, indem die Kommission die Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht an das Ende ihrer Ermittlungsarbeit — wie die Verordnung Nr. 17 und die Verordnung Nr. 99 dies verlangten —, sondern willkürlich irgendwo dazwischen plaziert habe, habe sie ein Verhalten an den Tag gelegt, das mit dem Wesen der Mitteilung der Beschwerdepunkte, die den Abschluß der Ermittlungen darstellen müsse, unvereinbar sei. Wenn es die Kommission für notwendig erachtet habe, nach Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Betroffenen wei-

tere Ermittlungen durchzuführen, so hätte sie den Betroffenen nach diesen weiteren Ermittlungen eine entsprechende Ergänzung der Beschwerdepunkte mitteilen müssen.

Die *Beklagte* entgegnet, der Zweck dieser Nachprüfungen habe ausschließlich darin bestanden, Ermittlungen über bestimmte Behauptungen anzustellen, die verschiedene Unternehmen teils in mündlichen Äußerungen gegenüber Beamten der Beklagten teils in ihren schriftlichen Stellungnahmen zu den Beschwerdepunkten aufgestellt hätten. Sie hätten geltend gemacht, daß die Preise nach einer allgemeinen Erhöhung jedesmal aufgrund von Zugeständnissen gegenüber einzelnen Kunden rasch wieder abgebröckelt seien. Auf diesen besonderen Punkt hätten sich die fraglichen Ermittlungen bezogen.

Die Beklagte macht hilfsweise geltend, weder Artikel 19 der Verordnung Nr. 17 noch die Verordnung Nr. 99 sei verletzt, denn die Ermittlungen, auf welche die Klägerin Bezug nehme (diejenigen vom 13. Dezember 1967, 25. Januar 1968 und 6. Februar 1968) seien alle vor der Sitzung vom 10. Dezember 1968 vorgenommen worden, die gerade einberufen worden sei, um den betroffenen Unternehmen Gelegenheit zu geben, sich mündlich zu den gesamten Vorwürfen zu äußern. Jedenfalls habe sich die angefochtene Entscheidung nicht auf andere als die in der Mitteilung vom 11. Dezember 1967 angegebenen Beschwerdepunkte gestützt.

Die *Klägerin* bemerkt, diese Ermittlungen hätten die Kommission zu einer erheblichen Ergänzung und Veränderung des der Klägerin bereits mitgeteilten Sachverhalts veranlaßt. Sie hebt in diesem Zusammenhang hervor, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte fänden sich keinerlei Tatsachen, die den Vorwurf einer abgestimmten Verhaltensweise bei der Preiserhöhung von 1967 zu stützen vermocht hätten, die Mitteilung enthalte vielmehr lediglich die Behauptung, die Betroffenen hätten diese Preiserhöhung vereinbart. Dagegen behaupte die Kommission in der angefochtenen Entscheidung — gestützt auf Umstände wie die Ankündigung der Firma Geigy und auf erst nachträglich zu ihrer Kenntnis gelangte Feststellungen des Bundeskartellamtes — eine abgestimmte Verhaltensweise.

Die *Beklagte* widerspricht dieser Auslegung der Mitteilung der Beschwerdepunkte; sie habe darin nie von einer Vereinbarung, sondern immer von abgestimmten Verhaltensweisen, und zwar auch in bezug auf die Preiserhöhung von 1967, gesprochen. Sie verweist hierzu insbesondere auf Textziffer 12 (Seite 9) der Mitteilung, wo auch die Zusammenkunft in Basel im August 1967 erwähnt sei.

5. Die Anhörung betreffende Rügen

Die *Klägerin* macht geltend, da sie aus den dargelegten Gründen über wesentliche Tatsachen, auf welche die Kommission ihre Schlußfolgerungen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte gestützt habe, im dunkeln gelassen worden sei, habe sie bei der Anhörung lediglich ihre früheren schriftlichen Erklärungen mündlich wiederholen können. Außerdem sei angesichts der Unklarheiten, die bei der Klägerin hinsichtlich der Umstände bestanden hätten, von denen die Beklagte im Dezember 1968 für ihre Entscheidung auszugehen beabsichtigt habe, die gewährte Ladungsfrist von rund zwei Wochen zu kurz gewesen, als daß die Klägerin sich ausreichend hätte vorbereiten können; darauf habe sie bereits im Verwaltungsverfahren hingewiesen.

Diese Rügen, auf die in der Klagebeantwortung nicht eingegangen wird, hat die Klägerin in der Erwiderung weiter ausgeführt.

Die *Beklagte* macht in der Gegenerwiderung geltend, die Rüge, der Termin sei zu kurzfristig anberaumt worden, stelle ein neues Angriffsmittel dar, mit dem die Klägerin nach Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung nicht mehr gehört werden könne.

Im übrigen könne eine Frist von mindestens drei Wochen, wie sie der Klägerin eingeräumt worden sei, nicht als unzureichend angesehen werden.

6. Die Niederschrift über die Anhörung vom 10. Dezember 1968 betreffende Rügen

Die *Klägerin* führt aus, mit Schreiben vom 27. Juni 1969 habe die Beklagte ihr den Entwurf der Niederschrift übersandt und ihr eine Frist bis zum 15. September 1969 gesetzt, in der ein Exemplar zum Zeichen des Einverständnisses mit der Unterschrift des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin sowie etwaigen Änderungswünschen zurückzusenden gewesen sei. Die streitige Entscheidung sei aber am 24. Juli 1969 ergangen, also sechs Wochen vor Ablauf der der Klägerin gesetzten Frist, ohne daß diese der Beklagten jemals ihr Einverständnis mit dem Wortlaut der Niederschrift über die Anhörung mitgeteilt hätte. Daraus folge, daß eine ordnungsgemäße Anhörung nicht stattgefunden habe; deshalb erübrige es sich, auf den Inhalt des Entwurfes der Beklagten für die Niederschrift im einzelnen einzugehen: Insoweit würde die Klägerin es im übrigen nicht versäumt haben, von dem ihr zustehenden Anspruch auf Berichtigung Gebrauch zu machen, namentlich um die falsche Wiedergabe von Ausführungen ihres Prozeßbevollmächtigten richtigzustellen.

Die *Beklagte* bestreitet, die Verwertung der Niederschrift von einer ausdrücklichen Zustimmung durch den angehörten Personenkreis abhängig gemacht zu haben. Für das vorliegende Verfahren sei es unerheblich, daß die Klägerin die Niederschrift nicht genehmigt habe, weil in der angefochtenen Entscheidung keine der von dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin in der Anhörung vom 10. Dezember 1968 abgegebenen Erklärungen zum Nachteil der Klägerin verwendet worden sei. Der Text des Schreibens vom 27. Juni, auf den die Klägerin sich berufe und den die Beklagte der Klägerin zusammen mit der Niederschrift über die Anhörung übersandt habe, stelle in Wahrheit nur einen Entwurf dar, der infolge eines Büroversehens bei der Kommission dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin anstelle des tatsächlich an diese abgesandten Schreibens übersandt worden sei.

Was den von der Klägerin erhobenen Vorwurf der falschen Wiedergabe von Ausführungen ihres Prozeßbevollmächtigten anbelange, legt die Beklagte als Anlage zur Klagebeantwortung den vollständigen Text der zwei Interventionen des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vor, die dieser bei der Anhörung vom 10. Dezember 1968 vorgetragen habe.

Zum Zeitpunkt der Übermittlung der Niederschrift an die Mitglieder des Beratenden Ausschusses bemerkt die Beklagte, diese Übermittlung habe bereits am 19. Juni 1969 stattgefunden.

In der Erwiderung wirft die *Klägerin* der Beklagten vor, sie messe der Niederschrift untergeordnete Bedeutung bei. Die Genehmigung der Niederschrift durch die Betroffenen sei unerläßlich, und zwar unabhängig davon, ob die Kommission die Erklärungen der Beteiligten gegen sie verwerte. Die Bedeutung der Anhörung dürfe für die Kommission nicht nur in der Möglichkeit bestehen, Ausführungen der Betroffenen zu deren Nachteil zu verwenden, sondern die Anhörung habe auch den Zweck, das rechtliche Gehör zu gewähren, den Betroffenen Gelegenheit zu geben, sich zu entlasten sowie Zweifelsfragen mit der Kommision zu erörtern.

Zu dem der Beklagten bei der Übersendung unterlaufenen Versehen meint die Klägerin, die Beklagte sei gehalten, aus derartigen Versehen die Konsequenzen zu ziehen. Im übrigen sei in dem Original des Begleitschreibens an die Klägerin keine anderslautende Frist gesetzt worden als in dem an den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin gesandten Schreiben, das als „Kopie" bezeichnet worden sei. Im Original sei nur darum gebeten worden, das Einverständnis mit der Niederschrift „sobald wie möglich" zu geben. Da somit die Klägerin die Niederschrift nicht genehmigt habe und vor Ablauf der ihr gesetzten Frist auch nicht habe zu genehmigen brauchen, habe eine für die Klägerin wirksame Anhörung nicht stattgefunden.

Unabhängig davon liege ein gegen die Vorschrift des Artikels 9 der Verordnung Nr. 99 verstoßender Verfahrensfehler

darin, daß der den Beteiligten noch nicht zur Genehmigung unterbreitete vorläufige Text der Niederschrift bereits am 19. Juni 1969 dem Beratenden Ausschuß übermittelt worden sei.

Die *Beklagte* entgegnet, alle an der Anhörung beteiligten Personen seien damit einverstanden gewesen, daß das Protokoll wegen des Umfangs und der Schwierigkeit der in den verschiedenen Sprachen mündlich abgegebenen Erklärungen und des notwendigen Zeitaufwands erst später erstellt und den angehörten Personen nachträglich zur Zustimmung übersandt werde. Zu dem Übermittlungsfehler bemerkt die Beklagte, maßgebend habe nur das Originalschreiben sein können, worin die Klägerin gebeten worden sei, sobald wie möglich ihr Einverständnis mitzuteilen, nicht dagegen eine Kopie, die nicht unterzeichnet gewesen sei. Der Umstand, daß keine Erklärung der Beteiligten zu deren Nachteil verwertet worden sei, lasse es als unerheblich erscheinen, daß die Niederschrift dem Beratenden Ausschuß übermittelt wurde, bevor sie den Betroffenen zur Genehmigung vorgelegt worden sei.

7. Rüge hinsichtlich der Behauptung neuer Tatsachen in der Entscheidung

Die *Klägerin* macht geltend, eine Reihe wesentlicher Tatsachenbehauptungen finde sich erstmals in der angefochtenen Entscheidung. Diese Behauptungen beträfen folgende Punkte:

— die Uhrzeiten, zu denen die Betroffenen im Januar 1964 ihre italienischen Tochtergesellschaften zur Erhöhung der Preise angewiesen hätten;
— die Ähnlichkeit der Fernschreiben;
— die angebliche Absicht der Klägerin, im Herbst 1967 auch in Italien zu einer Preiserhöhung zu gelangen;
— den Umstand, daß die Firma ACNA die Verwirklichung dieser Absicht verhindert habe;
— die Informationsgespräche zwischen den Herstellern, insbesondere in Basel und London;
— das Protokoll der Sitzung in Basel vom 18. August 1967;
— die Erörterung der Farbstoffpreise und die Ankündigung von Preiserhöhungen durch Geigy;
— den Beschluß des Bundeskartellamtes und dessen Feststellungen.

Die *Beklagte* entgegnet, die zugunsten der Firma ACNA in der angefochtenen Entscheidung berücksichtigten Tatsachen ließen die Stellung der anderen Unternehmen unberührt, denn die gegen diese ergangene Entscheidung beruhe nicht auf den Erwägungen über das Verhalten der ACNA. Die Zusammenkunft in Basel im August 1967 sei auf Seite 9 der Mitteilung der Beschwerdepunkte erwähnt. Die Erwähnung der Zusammenkunft in London diene nur zur Einleitung der im dritten Absatz enthaltenen Feststellungen. Im übrigen leite die angefochtene Entscheidung gegen die Betroffenen keinen Vorwurf aus ihren Informationsgesprächen her.

Die den Beschluß des Bundeskartellamts betreffenden Ausführungen seien im System der angefochtenen Entscheidung entbehrlich. Jedenfalls habe die Beklagte sich hierauf um so mehr beziehen dürfen, als die Ankündigung einer Preiserhöhung durch die Firma Geigy unbestreitbar sei, wie auch das Kammergericht Berlin in seinem Beschluß vom 28. August 1969 festgestellt habe, mit dem es den erwähnten Beschluß des Bundeskartellamts aus Gründen des deutschen materiellen Rechts aufgehoben habe.

Die *Klägerin* macht geltend, die Behauptung der Beklagten, die Beteiligung der Klägerin an einer angeblichen Abstimmung über eine Preiserhöhung für Italien im Oktober 1967 sei in der angefochtenen Entscheidung nicht gegen sie verwertet worden, werde dadurch widerlegt, daß die gegen die ACNA festgesetzte Geldbuße gerade wegen deren Nichtbeteiligung an der Preiserhöhung ermäßigt worden sei. Diese belastende Tatsache sei aber der Klägerin in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht zur Kenntnis gebracht worden. Auch wenn es sich um unstreitige Tatsachen handle, müsse die Klägerin Gelegenheit erhalten, die Schlußfolgerungen zu widerlegen, welche die Beklagte aus diesen Tatsachen ziehen zu können glaube. Sie müßten ihr daher

in jedem Falle zur Kenntnis gebracht werden.
Das Kammergericht Berlin habe den Beschluß des Bundeskartellamts nicht aus Gründen des deutschen materiellen Rechts, sondern aus tatsächlichen Gründen aufgehoben.
Die *Beklagte* wendet ein, in der angefochtenen Entscheidung sei ausdrücklich gesagt, daß die Preiserhöhung von Oktober 1967 sich nicht auf Italien erstreckt habe. Die Zusammenkunft von Basel im August 1967 sei in der Mitteilung der Beschwerdepunkte als eine der Tatsachen angeführt worden, aus denen sich die Abstimmung über die Preiserhöhung von 1967 ergebe. Die Frage, ob ein bestimmtes tatsächliches Verhalten eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise darstelle, sei keine Tatsache, sondern ein Problem der rechtlichen Qualifizierung. Das Zitat aus dem Beschluß des Kammergerichts habe nur den Zweck gehabt, die über die Zusammenkunft der betroffenen Unternehmen vom 17. August 1967 in Basel getroffene Feststellung zu bestätigen. Im übrigen bleibe die Beklagte dabei, daß das Kammergericht den Beschluß des Bundeskartellamts vom 28. November 1967 aus Gründen des deutschen materiellen Rechts aufgehoben habe, da § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, auf den das Bundeskartellamt seinen Beschluß gestützt habe, den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise nicht kenne und das Kammergericht zu dem Ergebnis gelangt sei, daß das Zustandekommen eines Vertrages zwischen den Beteiligten nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt worden sei.

B — Zur Verjährung der angeblichen Verstöße aus den Jahren 1964 und 1965

Die *Klägerin* bemerkt, da das Institut der Verjährung in allen Mitgliedstaaten anerkannt sei, sei es auch ohne ausdrückliche Bestimmung Grundsatz des Gemeinschaftsrechts. Die Verjährungsfrist für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten sei in keinem Falle in irgendeinem der Mitgliedstaaten länger als drei Jahre. Da es sich bei Verstößen gegen Artikel 85 EWGV nicht um kriminelles Unrecht handle, seien ähnliche Kriterien anzuwenden. Für die Unterbrechung der Verjährung sei zumindest eine Handlung der Behörde erforderlich, an die sich Rechtsfolgen knüpfen könnten. Im vorliegenden Fall sei eine solche Handlung erst der Verfahrenseröffnungsbeschluß vom 31. Mai 1967. Die Verfolgung der Preiserhöhungen von 1964 und 1965 sei daher wegen Verjährung als unzulässig anzusehen.
Die *Beklagte* wendet ein, die drei gleichförmigen Preiserhöhungen von Januar 1964, Januar 1965 und Oktober 1967 seien das Ergebnis einer fortgesetzten abgestimmten Verhaltensweise, die während der ganzen Zeit von Januar 1964 bis Oktober 1967 bestanden habe. Infolgedessen stelle sich im vorliegenden Fall das Problem der Verjährung nicht.
Die Beklagte bemerkt vorsorglich, aus dem Fehlen einer Verjährungsregelung in den anwendbaren Vorschriften sei zu schließen, daß der Kommission im Rahmen ihrer Befugnisse und ihres pflichtgemäßen Ermessens unter Nachprüfung durch den Gerichtshof die Freiheit zugestanden worden sei, die zeitlichen Grenzen für die Verfolgung von Verstößen näher festzulegen. Werde auf einen vom Gemeinschaftsrecht erfaßten Tatbestand das nationale Recht angewandt, wenn die Gemeinschaftsvorschriften eine bestimmte Detailfrage nicht regelten, so werde dadurch die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts vereitelt.
Den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sei nur der Grundsatz der Verjährung gemeinsam. Hinsichtlich der Voraussetzungen, an die die Anwendung dieses Grundsatzes gebunden sei, bestänen jedoch erhebliche Unterschiede.
Angesichts dieser Verschiedenartigkeit gelangt die Kommission zu dem Ergebnis, daß sich aus diesem Grundsatz keine genauen Tatbestandsmerkmale ableiten lassen; daher seien für die Verjährung von Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 des Vertrages nur die Erfordernisse des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen.

Selbst wenn man unterstelle, daß jede der drei aufeinander folgenden Preiserhöhungen auf einer neuen abgestimmten Verhaltensweise beruhe, sei die Verjährungsfrist dennoch nicht abgelaufen, da die Verjährung nach 1964 mehrfach durch schriftliche Auskunftsersuchen nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 sowie durch Nachprüfungen unterbrochen worden sei, die Beamte der Kommission aufgrund von Artikel 14 der Verordnung Nr. 17 am Sitz mehrerer Unternehmen, darunter auch der Klägerin, durchgeführt hätten.

Die Beklagte ist der Auffassung, daß angesichts der rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten der Materie nicht einmal eine Frist von drei Jahren als angemessen angesehen werden könne, um den Eintritt der Verjährung bei Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft annehmen zu können.

Die *Klägerin* widerspricht der Auffassung, zwischen den verschiedenen Preiserhöhungen bestehe ein Fortsetzungszusammenhang, denn sie habe sich niemals verpflichtet, in Zukunft einer jeden Preiserhöhung anderer Betroffener zu folgen. Es sei undenkbar, daß ein Unternehmen seine Preispolitik so eng an etwaige individuelle Entschlüsse einiger seiner Konkurrenten binde. Das von der Kommission beanspruchte Recht, in jedem einzelnen Fall die Verjährungsfrist festzusetzen, widerspreche dem Erfordernis der Rechtssicherheit, das dem Prinzip der Verjährung zugrunde liege. Die Anwendbarkeit der im deutschen Recht vorgesehenen Verjährungsfrist von zwei Jahren ergebe sich in Ermangelung einer Verjährung nach Gemeinschaftsrecht aus dem Recht und der Pflicht der Kommission, sich bei ihrer Tätigkeit der Mitwirkung der nationalen Kartellbehörden zu bedienen. Es würde aber widersprüchlich sein, wollte man die nationalen Behörden zu einer Tätigkeit nach dem EWG-Recht für verpflichtet halten, obwohl sie nach ihrem eigenen Kartellrecht nicht mehr tätig werden könnten. Die im deutschen Recht vorgesehene Frist gelte auch, wenn man eine einheitliche Verjährungsfrist für den gesamten EWG-Bereich anwenden wolle, weil nämlich Deutschland der einzige Mitgliedstaat sei, der ein der Gemeinschaftsregelung vergleichbares Kartellrecht kenne.

Was die Unterbrechung der Verjährung betrifft, so führt die Klägerin aus, die von Bediensteten der Direktion Monopole und Kartelle durchgeführten Nachprüfungen könnten nicht als förmliches Tätigwerden der Kommission angesehen werden. Es handle sich im vorliegenden Fall um bloße, ein etwaiges förmliches Eingreifen der Kommission vorbereitende Handlungen. Das Gebot der Rechtssicherheit verlange, daß nur förmliche Handlungen eine Verjährungsunterbrechung herbeiführen könnten.

Die *Beklagte* entgegnet, für die Annahme einer fortgesetzten abgestimmten Verhaltensweise genüge es, daß jedes beteiligte Unternehmen schon bei der Preiserhöhung von 1964 in der Erwartung gehandelt habe, daß sich die übrigen Beteiligten bei künftigen allgemeinen Preiserhöhungen in gleicher Weise verhalten würden. Aufgrund ihrer individuellen Preiszugeständnisse hätten die Unternehmen ein fortgesetztes kollektives Interesse daran gehabt, von dem relativ niedrigen Konkurrenzpreisniveau — in Abweichung vom üblichen Marktverhalten — durch den gemeinsamen Verzicht auf gegenseitiges Unterbieten zu einem höheren Preisniveau zu gelangen.

Die Anwendung der im deutschen Recht vorgesehenen Verjährungsfrist sei mit dem Erfordernis der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts unvereinbar. Da es im übrigen allgemeine Grundsätze hinsichtlich der Dauer der Verjährung nicht gebe, gehe es nicht an, in der gesamten Gemeinschaft die im Recht eines der Mitgliedstaaten vorgesehene Verjährungsfrist anzuwenden.

Selbst wenn man eine Verjährungsfrist von zwei Jahren annehme, sei deren Ablauf zunächst durch die Nachprüfung im Juli 1965 und dann durch die Einleitung des Verfahrens am 31. Mai 1967 unterbrochen worden.

Die von der Klägerin vorgenommene Unterscheidung zwischen dem Tätigwer-

den der Kommission und demjenigen ihrer Beamten widerspreche dem System der Verordnung Nr. 17. Der Generaldirektor für Wettbewerb sei aufgrund einer Ermächtigung der Kommission befugt, die in Artikel 14 Absatz 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Maßnahmen zu treffen. In Ausübung dieser Befugnise seien die Beamten, welche die erwähnten Nachprüfungen vorgenommen haben, mit dieser Aufgabe betraut worden. Für die Verjährungsunterbrechung unterscheide sich deren Tätigkeit in nichts von derjenigen, die sie aufgrund einer besonderen formellen Entscheidung vornähmen.

C — Zur Begründetheit

1. *Rügen zum Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten*

Die *Klägerin* macht geltend, die Beklagte habe nicht nachgewiesen, daß das verbotene Verhalten den Warenstrom zwischen den Mitgliedstaaten von seinem normalen, natürlichen Weg abzulenken in der Lage sei, sondern sich auf die Behauptung beschränkt, daß sich die Einfuhren nur verstärkt hätten, wenn zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten ein hinreichendes Preisgefälle bestanden hätte; sie habe jedoch nicht dargetan, daß ein solches Preisgefälle ohne die behauptete Abstimmung möglich gewesen wäre und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten tatsächlich hätte verstärken können. Der Umstand, daß die über die Grenzen gelieferten Mengen gewachsen seien, wie aus den Statistiken der OECD für den Zeitraum von 1963—1968 hervorgehe, ist nach Meinung der Klägerin ein überzeugendes Indiz dafür, daß die Preiserhöhungen den Warenfluß im zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigt haben. Im übrigen sei die Kommission nicht befugt, das Preisniveau in den einzelnen Ländern zu regeln, sondern nur dazu, Handelsschranken zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen.

Die *Beklagte* entgegnet, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes bei Artikel 85 hinsichtlich des Einflusses der Wettbewerbsbeschränkung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten erforderlichen Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall erfüllt, da sich die abgestimmte Verhaltensweise auf das Gebiet mehrerer Mitgliedstaaten erstrecke.

2. *Rügen hinsichtlich der Beurteilung der Besonderheiten des Farbstoffmarktes*

Die *Klägerin* wirft der Kommission vor, sie habe die Besonderheiten des Farbstoffmarktes nicht berücksichtigt; daher habe sie nicht der Tatsache Rechnung tragen können, daß einige Übereinstimmungen im Verhalten der betroffenen Unternehmen auf autonomen Entscheidungen dieser Unternehmen beruhten, die auf Informationen aus dem Markt zurückzuführen gewesen seien: Zur Erläuterung dieser Rüge stellt die Klägerin die wesentlichen Eigenschaften des Farbstoffmarktes dar.

Der Weltfarbstoffmarkt zeichne sich dadurch aus, daß die Zahl der bedeutenden Hersteller relativ klein, die Anzahl der von ihnen angebotenen Farbstoffe aber um so größer sei (für die Klägerin etwa 3 100 Erzeugnisse). Fast jedes dieser Erzeugnisse sei mit einem Erzeugnis eines anderen Herstellers austauschbar, allerdings wegen der Vielzahl von Nuancen und sonstigen technischen Besonderheiten nur in beschränkter Weise. Diese vielen Eigenschaften der Farbstoffe verhinderten die Markttransparenz, was es dem Abnehmer erlaube, die Hersteller ständig zu individuellen Preiskonzessionen zu zwingen. Bei dieser Sachlage erfahre jeder Hersteller von den Preisnachlässen der Konkurrenz nur für den jeweiligen Farbstoff und den jeweiligen Kunden, bei dem er in ein Konkurrenzangebot eintreten müsse (die Klägerin führt aus, sie habe niemals behauptet, die Preise jedes Konkurrenten seien ihr bekannt, wie zu Unrecht in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt werde). Diese Praktik der individuellen Konzessionen führe zu einem langsamen, aber ständigen Abbröckeln der Fabstoffpreise auf internationaler Ebene, wie dadurch bewiesen werde, daß die Durchschnittspreise im Weltfarbstoffgeschäft der Klägerin im

Jahre 1967 erheblich unter denen des Jahres 1958 gelegen hätten.

Angesichts dieser Sachlage könne ein Hersteller, der sein Preisniveau und seine Erlöse verbessern wolle, dieses Ziel nicht durch individuelles Anheben seiner einzelnen Farbstoffpreise erreichen. Die große Zahl der Farbstoffe mache es unmöglich, bei einer allgemeinen Preiserhöhung getrennte Preiskorrekturen für jeden einzelnen Farbstoff vorzunehmen. Ein individuelles Vorgehen im Sinne einer Preiserhöhung gegenüber dem einzelnen Kunden sei für diesen offensichtlich unannehmbar. Aus diesen Gründen könne eine Erhöhung nur in Form eines allgemeinen pauschalen Steigerungssatzes durchgeführt werden. Mit Pauschallösungen werde auch sonst im Wirtschaftsleben gearbeitet, wie z. B. bei den Tarifverträgen, auch wenn es theoretisch erstrebenswerter wäre, die individuelle Leistung zu berücksichtigen. Wenn ein Hersteller eine Preiserhöhung im Markt angekündigt habe, könnten seine Konkurrenten ihren Absatz durch Unterlassung einer entsprechenden Preiserhöhung nicht nachhaltig auf Kosten dieses Herstellers ausweiten, da er — entgegen der in der Mitteilung der Beschwerdepunkte geäußerten Auffassung, daß ein Hersteller durch Passivbleiben seinen Marktanteil erweitern könne — nicht in der Lage sei, seine neuen Preise aufrechtzuerhalten, wenn ihm die Konkurrenten nicht folgten. Das Kammergericht Berlin habe in seinem Beschluß vom 28. August 1969 ausdrücklich festgestellt, daß die Farbstoffhersteller gezwungen seien, sich zur Vermeidung von Marktanteilseinbußen am niedrigsten Konkurrenzpreis auszurichten.

Könne ein Hersteller, der eine Preiserhöhung erwägt, annehmen, daß seine Mitbewerber aufgrund der verwandten Größe und Struktur ihrer Farbstoffproduktion nach einer längeren Phase des Abbröckelns der Preise ähnliche Sorgen wie er selbst haben, so bestehe die Chance, daß er mit seiner Entscheidung, die Preise zu erhöhen, Erfolg haben werde, ohne daß es einer vorherigen Abstimmung mit seinen Wettbewerbern bedürfe.

Ein individuelles Handeln bleibe bei Preissenkungen sowohl hinsichtlich der verschiedenen Farbstoffe als auch hinsichtlich einzelner Kunden wegen der Markttransparenz möglich. Bei Preiserhöhungen dagegen müßten die Hersteller ihre Taktik offenlegen, und es bestehe mithin für sie ein Zwang zu gleichförmigem Verhalten, sei es, daß die anderen Hersteller beschließen, demjenigen zu folgen, der die Initiative zur Auslösung einer Preiserhöhung ergreift, sei es, daß sie es vorziehen, ihm nicht zu folgen, und ihn so zur Rücknahme seiner Maßnahme zwingen.

Die *Beklagte* wendet ein, zwar reiche ein bewußtes Parallelverhalten nicht aus, um eine abgestimmte Verhaltensweise annehmen zu können, andererseits sei es nicht erforderlich, daß die Beteiligten einen gemeinsamen Plan für ein bestimmtes Marktverhalten aufstellten. Es genüge, daß sie sich untereinander von ihrem bevorstehenden wettbewerblich relevanten Verhalten in Kenntnis setzten, so daß jedes Unternehmen sein Vorgehen in der Erwartung planen könne, daß die Wettbewerber sich parallel verhalten.

Die Beklagte macht geltend, man könne die Preiserhöhungen, um die es gehe, nicht mit der oligopolistischen Struktur des Marktes erklären. Bei ihrer Darstellung der Oligopoltheorie habe die Klägerin die preistheoretischen Hypothesen, unter denen das Parallelverhalten analysiert werde, verschwiegen. Gerade diese Hypothesen träfen aber im Falle der Farbstoffindustrie nicht zu.

Die Beklagte bemerkt, die moderne Oligopoltheorie gehe prinzipiell von einer Vielzahl von Lösungen des oligopolistischen Preisbildungsprozesses aus und gestatte keinesfalls die Gleichsetzung von Oligopol und bewußtem Parallelverhalten. In der Literatur werde bewußtes Parallelverhalten der Unternehmen nur bei Oligopolen angenommen, bei denen ein sehr hoher Grad der Interdependenz zwischen den Unternehmen bestehe, in dem Sinne, daß kein Unternehmen eine Wettbewerbsmaßnahme ergreifen könne, ohne daß seine Wettbewerber sofort und spürbar davon betroffen würden und

entsprechend reagierten. In diesem Falle werde ein Unternehmen seine Preise nur erhöhen, wenn es damit rechnen könne, daß die Konkurrenten folgten. Ob und gegebenenfalls wie weit die Unternehmen einer Preiserhöhung folgten, hänge im wesentlichen von ihren Grenzkosten und der Einschätzung ihrer Preis-Absatz-Kurven ab. Infolgedessen werde selbst bei sehr hoher Interdependenz die Unsicherheit eines die Preise erhöhenden Unternehmens darüber, ob die Konkurrenten folgen werden, nicht ohne weiteres beseitigt. Für die Annahme eines bewußten Parallelverhaltens müßten einige der nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sein; geringe Zahl der Anbieter, hohe fixe Kosten, große Beweglichkeit der Nachfrage, Homogenität der Erzeugnisse, Markttransparenz in bezug auf die Preise, geringe kurzfristige Anpassungsfähigkeit der Kapazitäten, geringe Preiselastizität der Nachfrage in bezug auf das Angebot aller Konkurrenten, technische Schwierigkeiten der Bekanntgabe geänderter Preise und Widerstand der Abnehmer gegen häufige Preisänderungen. Hinzu trete noch die Bedingung, daß der Markt sich in einer Phase der Stagnation befinden müsse, so daß die Interdependenz der Anbieter nicht durch erhebliche Steigerungen der Nachfrage gelockert werde.

Sowohl die Lehre als auch die amerikanische Rechtsprechung wiesen der *Homogenität der Erzeugnisse* eine zentrale Bedeutung für die Beurteilung der Frage zu, ob ein bewußtes Parallelverhalten vorliegt. Nach Meinung mehrerer Autoren träten die Wirkungen von Preisänderungen erheblich später ein und seien sehr viel weniger vorhersehbar, wenn es sich um heterogene Erzeugnisse handle. Im übrigen könne das Parallelverhalten sogar bei homogenen Erzeugnissen nicht mehr automatisch und absolut sein, wenn die bei den einzelnen Geschäften berechneten Preise allgemein von den öffentlich bekanntgegebenen Preisen abwichen.

Auch die Hohe Behörde der EGKS sei grundsätzlich davon ausgegangen, daß die Homogenität der Produkte allein nicht ausreiche, um bei einer gleichförmigen Preiserhöhung durch mehrere Unternehmen die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Artikel 65 Absatz 1 EGKS-Vertrag auszuschließen, wie daraus hervorgehe, daß sie mit einer von den betroffenen Unternehmen nicht angefochtenen Entscheidung vom 4. Februar 1959 Geldbußen gegen mehrere Hüttenwerke festgesetzt habe.

Die Anwendung der von der Doktrin herausgearbeiteten Kriterien für das bewußte Parallelverhalten ergebe, daß in der Farbstoffindustrie eine solche Verhaltensweise nicht auftreten könne. Aus den gesamten Unterlagen, die sie aus dem Bericht Nr. 100 des National Board for Prices and Incomes über die Farbstoffindustrie vom 21. Januar 1969 (Anlage V-1 zur Klagebeantwortung), dem Gutachten der Professoren Bombach und Hill (Anlage V-2 zur Klagebeantwortung), das von den Unternehmen ICI, Geigy und Sandoz im Vorverfahren überreicht worden ist, sowie verschiedenen von der Kommission vorgelegten statistischen Berechnungen (Tabellen I bis VI der Anlage I zur Klagebeantwortung) zusammensetzten, gehe hervor, daß die Konkurrenzbeziehungen zwischen den Unternehmen auf dem Farbstoffmarkt keinesfalls als Wettbewerb mit homogenen Erzeugnissen bezeichnet werden könnten.

Auf dem Farbstoffmarkt gebe es etwa 6 000 verschiedene Erzeugnisse. Davon stelle jedes Unternehmen etwa 1 500 bis 3 500 her, und zwar — zumindest teilweise — in mehreren Qualitäten, Mischungen und in unterschiedlicher physischer Form. Die Unterschiede zwischen den Erzeugnissen, die vor allem die Farbstärke, die Farbnuance, die Stabilität und die Löslichkeit beträfen, hätten zur Folge, daß bei Vergleich der Produktionen der verschiedenen Hersteller kaum eine vollständige Übereinstimmung zweier Farbstoffe bestehe. Der Grad der Heterogenität sei unterschiedlich; er reiche von der relativ guten Vergleichbarkeit der Standardfarbstoffe bis zur Bildung von Quasi-Monopolen — die manchmal

zudem durch Patente geschützt seien — für Farbstoffe mit besonderen Merkmalen. Überdies unterlägen aufgrund des technischen Fortschritts die Substitutionsbeziehungen und die Wettbewerbsstellung der einzelnen Farbstoffe einem ständigen und schnellen Wandel. Der Farbstoffmarkt sei insbesondere wegen der Vielzahl der Erzeugnisse, ihrer Heterogenität und der Differenziertheit der Nachfrage (Textil-, Leder-, Papier-, Lebensmittel-, Gummi- und Kunststoffindustrie sowie Hersteller von Farben, Tinten und Kosmetika usw.) durch eine *mangelhafte Markttransparenz* gekennzeichnet. Zu diesen Besonderheiten komme noch hinzu, daß den Abnehmern technische Serviceleistungen in — von Abnehmer zu Abnehmer — unterschiedlichem Ausmaß verkauft würden. Daraus folge, daß es für die einzelnen Farbstoffe keinen allgemein gültigen Preis gebe; die Preise würden mit jedem Abnehmer individuell ausgehandelt, wobei die Preisunterschiede von Abnehmer zu Abnehmer beträchtlich sein könnten. Diese Praktik führe dazu, daß die von den Unternehmen jeweils berechneten Preise sowohl zwischen ihnen als auch ihren Abnehmern weitgehend unbekannt seien, was auch die Firma ICI eingeräumt habe. Infolgedessen würden Preisänderungen eines Herstellers nur unvollkommen oder nur mit großer Verzögerung im Markt bekannt.

Was die *Expansionsrate des Marktes* anbelange, die ein weiteres Kriterium dafür darstelle, ob ein bewußtes Parallelverhalten vorliegen könne, so zeige sich, daß die Farbstoffindustrie insgesamt eine erhebliche Zuwachsrate aufweise, die in etwa jener der gesamten chemischen Industrie entspreche.

Hinsichtlich der *Beweglichkeit der Nachfrage* seien die Professoren Bombach und Hill der Auffassung, auf dem Farbstoffmarkt herrsche ein lebhafter Preiswettbewerb, und die Abnehmer seien bereit, bei Preiszugeständnissen den Lieferanten zu wechseln.

Diese Tendenz scheine sich in den letzten Jahren verstärkt zu haben, wie aus dem erwähnten Bericht des National Board for Prices and Incomes (Seite 5) hervorgehe. Die Beweglichkeit der Nachfrage werde durch den Umstand begünstigt, daß die Abnehmer nur geringe Lager hielten und nur in kleinen Mengen einkauften.

Die geringe Lagerhaltung bei den Abnehmern zwinge die Hersteller, selber *umfangreiche Lager* zu halten; sie verfügten infolgedessen über eine gute Anpassungsfähigkeit an Nachfrageänderungen. Da der Wettbewerb zwischen den Herstellern intensiv sei und die Unternehmen ständig darum bemüht seien, ihre Marktanteile zu vergrößern, würden sie ihre Lager so bemessen, daß sie sich bietende Absatzchancen auch ergreifen könnten. Eine mittelfristige Anpassung durch die Änderung des Produktionsprogramms werde durch die vielseitige Verwendbarkeit der Produktionsanlagen leichtgemacht.

Aufgrund der Verhältnisse auf dem fraglichen Markt befänden sich die Hersteller zu jedem Zeitpunkt in einer von Unternehmen zu Unternehmen unterschiedlichen Marktsituation. Daraus ergebe sich, daß die Möglichkeiten, die von den Anbietern angestrebten Preise tatsächlich im Markt zu erzielen, von Unternehmen zu Unternehmen große Unterschiede aufwiesen.

Die jeweiligen Wachstumsraten und deren Schwankungen seien für die Unternehmen der einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich. So hätten die Produktionswerte der deutschen Hersteller den Angaben der Firma Cassella und Hoechst zufolge ständig zugenommen, während z. B. die Firma ACNA sich in einer Krise befinde (Verringerung der Belegschaft zwischen 1964 und 1967 sowie Schließung einer ihrer Fabriken).

Diese Unterschiede zwischen den Unternehmen hätten zu erheblichen *Kosten*unterschieden geführt.

Daraus ergäben sich zwangsläufig *Unterschiede bei den Gewinnen*. Die größten Gewinne würden mit Spezialerzeugnissen erzielt, solange sie den Charakter der Spezialität behielten. Die Gewinne schwankten auch deshalb, weil das Preisniveau der einzelnen Produkte nicht auf

allen Märkten gleich sei. Die Absatzmenge beeinflusse gleichfalls die Gewinne: So könne z. B. das Unternehmen ACNA die Rentabilität bei der Produktion spezieller Farbstoffe nur erzielen, wenn die produzierte Menge ein Volumen erreiche, das höher sei als die derzeitige Nachfrage in Italien.

Mit Rücksicht auf diese Besonderheiten des Farbstoffmarktes sowie auf die von der Oligopoltheorie entwickelten Kriterien müsse man zu dem Schluß gelangen, daß ein bewußtes Parallelverhalten auf dem Farbstoffmarkt undenkbar sei.

Da *mehrere der fraglichen Erzeugnisse nicht austauschbar* oder nur begrenzt austauschbar seien, könne das eine Preiserhöhung festsetzende Unternehmen — zumindest für diese Erzeugnisse — nicht mit einem Parallelverhalten der Konkurrenten rechnen. Die Preiserhöhungen, um die es gehe, hätten sich jedoch unterschiedslos auf alle Produkte bezogen, was sich nicht mit dem *Marktzwang* oder der Logik des Oligopols erklären lasse.

Die Beklagte macht ferner geltend, die Darstellung der Verhältnisse auf dem Farbstoffmarkt habe gezeigt, daß auf diesem Markt, für den eine starke Expansion und schneller technischer Fortschritt charakteristisch seien, auch für *austauschbare Produkte* ohne vorherige Abstimmung nicht damit gerechnet werden könne, daß sich alle Anbieter allgemein angekündigten Preiserhöhungen anschließen würden. Die Firma ACNA, die überwiegend Standardfarbstoffe herstelle, sei, nachdem acht der betroffenen Unternehmen eine generelle Preiserhöhung für Pigmente angekündigt und ab 1. Januar 1965 anzuwenden begonnen hätten, dieser Preiserhöhung nicht gefolgt, so daß auch die anderen Unternehmen später ihre Erhöhungen zurückgenommen hätten: Dieses Beispiel zeige, daß selbst bei den Produkten, bei denen eine hohe Reaktionsverbundenheit der Anbieter bestehe, auf dem Farbstoffmarkt die Interessenlagen so unterschiedlich seien, daß parallele Aktionen nicht automatisch zustande kommen könnten.

Unter diesen Umständen sei es nicht denkbar, daß sich ein Unternehmen ohne eine vorherige Abstimmung mit seinen Konkurrenten zu einer einseitigen, generellen und erheblichen Preiserhöhung entschließe. Unterstelle man, daß es einseitige und autonome Preiserhöhungen einiger Unternehmen gegeben habe, so hätte jedes der anderen Unternehmen durch Differenzierung der Preise je nach Marktstellung der einzelnen Produkte seines Produktionsprogramms optimale Ergebnisse anstreben können. Um zu verhindern, daß die Konkurrenten ihre Preiserhöhung nicht sofort wieder zurücknehmen, hätte jedes Unternehmen allenfalls bei den *voll austauschbaren Produkten* den Abnehmern, die diese Produkte beziehen, seine Angleichung an die erhöhten Preise sofort bekanntgeben müssen; dies wäre aber bei allen anderen Produkten nicht erforderlich gewesen, da wegen der mangelnden Markttransparenz bei diesen Produkten die einzelnen Abnehmer nicht sofort die Möglichkeit gehabt hätten, auf diese neuen Preise zu reagieren.

Die *Klägerin* macht in der Erwiderung geltend, das Vorbringen der Beklagten, das auf dem Gedanken beruhe, daß die fraglichen Preiserhöhungen nicht durch einen Marktzwang bedingt gewesen seien, sei unerheblich. Es komme im vorliegenden Fall darauf an, ob das fragliche gleichförmige Verhalten auf einer vorherigen Abstimmung beruht habe oder ob es nur das Ergebnis einer autonomen Entscheidung der Klägerin gewesen sei. Die Möglichkeit eines bewußten, autonomen gleichförmigen Verhaltens ohne entsprechende Abstimmung setze einen Zwang zu einem solchen Verhalten nicht voraus. Unterstelle man, daß die Unternehmen verschiedene Interessen gehabt hätten, so folge daraus keineswegs, daß sie sich deshalb unterschiedlich hätten verhalten müssen. Selbst wenn man unterstelle, daß die Klägerin durch die Unterlassung der Preiserhöhung die Möglichkeit gehabt hätte, einen größeren Marktanteil zu gewinnen, so hätte sie doch auch ihren Erlös verbessern können, indem sie ihre Preise erhöhte und ihr Verhalten dem anderer Unternehmen anpaßte. Preiserhöhungen im Einzelge-

schäft gegenüber einzelnen Kunden könnten mit Erfolg nur vorgenommen werden, wenn ein Produkt technologisch eine Sonderstellung einnehme. Bei der Klägerin sei diese Voraussetzung nur für etwa zehn Produkte gegeben, die nur etwa 6-7 % ihres Gesamtumsatzes in Farbstoffen ausmachten. Sie habe es namentlich zur Vereinfachung der Verwaltungsarbeit für zweckmäßiger gehalten, die Preise allgemein zu erhöhen. Man dürfe nicht, wie es die Beklagte tue, die offensichtlich gegebene *Möglichkeit* zu Preiserhöhungen im Einzelfall mit einem *Zwang* hierzu verwechseln.

Zu der Möglichkeit, Preiserhöhungen auf verschiedenen Märkten in unterschiedlichem Umfang durchzuführen, bemerkt die Klägerin, eine solche unterschiedliche Handhabung sei zwar möglich, es spreche jedoch eine große Wahrscheinlichkeit dafür, daß eine auf einem bestimmten Markt vorgenommene gleichförmige Preiserhöhung die Grenzen dieses Marktes überschreiten werde, da der Farbstoffmarkt ein internationaler Markt sei.

Die Klägerin bemerkt ferner, sobald eine Preisbewegung im Markt transparent werde — was bei geringen Preisveränderungen im Einzelgeschäft nicht der Fall sei —, müsse sich jeder Wettbewerber nach dem jeweils niedrigsten transparenten Preis ausrichten. Was im Jahre 1965 in Italien geschehen sei, belege diese Reaktionsverbundenheit der Farbstoffhersteller und mache auch deutlich, daß jeder Preisführer das Risiko eingehe, daß seine Mitbewerber ihm nicht folgten; deshalb hätten die einzelnen Hersteller mit der zu treffenden Entscheidung jeweils jahrelang gezögert.

Im Gegensatz zu dem Automatismus, der auf einem polypolistischen Markt mit atomistischem Wettbewerb bestehe, müsse der einzelne Hersteller auf einem oligopolistischen Markt sein Verhalten an den mutmaßlichen Einzelentscheidungen seiner Mitbewerber ausrichten. In diesem Zusammenhang werde von der Erwartungsstruktur („conjectural elasticity") gesprochen: Veränderungen des labilen Gleichgewichts im oligopolistischen Markt würden allein durch die Erwartungen der Wettbewerber bezüglich des künftigen Verhaltens ihrer Mitbewerber bestimmt. Für eine solche Erwartungsstruktur genüge es, daß einige der von Shubik genannten Voraussetzungen erfüllt seien.

Was die *Homogenität der Erzeugnisse* anbelangt, wirft die Klägerin der Beklagten vor, sie mißverstehe die wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse. Sie zitiere einige Autoren, wie Shubik, Clark und Machlup, falsch, wenn sie vortrage, eine Reaktionsverbundenheit könne nur bei homogenen Gütern bestehen. Entscheidend für diese Reaktionsverbundenheit sei den genannten Autoren zufolge die Kreuzelastizität der Nachfrage. Der Grad dieser Elastizität sei abhängig vom Ausmaß der Austauschbarkeit der Erzeugnisse, die auch im heterogenen Oligopol keineswegs ausgeschlossen sei. Nach Kantzenbach sei die potentielle Wettbewerbsintensität im homogenen Oligopol am größten und als Folge davon die effektive Wettbewerbsintensität in der Regel gering; dagegen sei im heterogenen Oligopol die effektive Wettbewerbsintensität am stärksten. Unter Anführung von Zitaten aus Werken von Kantzenbach und Shubik sowie unter Hinweis auf Machlup und Schneider gelangt die Klägerin zu der Schlußfolgerung, daß gerade das heterogene Oligopol (differenzierte, jedoch mehr oder weniger austauschbare Produkte) durch eine Reaktionsverbundenheit gekennzeichnet sei, die im besonderen Maße ein bewußtes Parallelverhalten ohne vorherige Abstimmung erwarten lasse.

Der Grad der Austauschbarkeit der Farbstoffe sei unterschiedlich. Die Austauschbarkeit sei groß bei den Standardfarbstoffen, die den größten Teil des Geschäfts ausmachten; diese näherten sich stark der Homogenität. Wie die Professoren Bombach und Hill ausgeführt hätten, werde die Austauschbarkeit durch eine gewisse Unübersichtlichkeit des Farbstoffmarktes gemindert. Jedoch weise der anwendungstechnische Beratungsdienst den Abnehmer auf bestehende Austauschmöglichkeiten hin. Zudem stehe jedem Abnehmer der sogenannte

„Colour Index" zur Verfügung, worin die Farbstoffe nach Gruppen geordnet seien und aus dem sich für den Fachmann das Ausmaß der Austauschbarkeit ablesen lasse. Soweit die Preisunterschiede gering seien, bestehe kein Zwang zu gleichem Preisverhalten. Nähmen transparente Preisunterschiede ein ausreichendes Ausmaß an, um die Produkt- und Lieferantenpräferenz der Abnehmer zu überwinden, dann werde sich die Nachfrage auf den billigeren Anbieter verlagern.

Zur *Markttransparenz* bemerkt die Klägerin, dieses Phänomen führe bei der Ankündigung von Preiserhöhungen zu einer Erwartungsstruktur, aus der sich die oligopolistische Interdependenz ergebe.

Was die *Expansionsrate des Marktes* anbelangt, macht die Klägerin geltend, der Farbstoffmarkt sei stagnierend, wenn er in Relation zur Gesamtwirtschaft gewürdigt werde. Das Verhältnis des Produktionswertes der Farbstoffe zum Gesamtumsatz der chemischen Industrie sei in den Jahren von 1958-1968 praktisch unverändert geblieben. Das Volumen des Farbstoffmarktes hänge ausschließlich von der Nachfrage nach den Erzeugnissen der Abnehmer ab, auf die die Farbstoffhersteller infolge des äußerst geringen Preisanteils, der auf die Farbstoffe entfalle, keinen Einfluß nehmen könnten. Die Gesamtnachfrage nach Farbstoffen sei daher nahezu vollkommen unelastisch, wenn sie auch von Schwankungen der Nachfrage nach Abnehmererzeugnissen abhängig sei. Jede individuelle Herstellerinitiative könne die Nachfrage mithin nur *verlagern*. Das aber führe zu einer Erwartungsstruktur mit einem hohen Grad von Interdependenz.

Die sonstigen von Shubik aufgestellten Kriterien, so bemerkt die Klägerin, lägen unstreitig vor.

Die *Beklagte* entgegnet, sie habe von oligopolistischem Zwang nur gesprochen, um nachzuweisen, daß dessen Voraussetzungen auf dem Farbstoffmarkt nicht vorgelegen hätten. Dieser Zwang bestehe, wenn die Unternehmen bei nach wirtschaftlichen Kriterien ausgerichtetem Verhalten aufgrund der Struktur und der besonderen Bedingungen des Marktes, auf dem sie sich betätigen, eine parallele Preispolitik betrieben. Um die drei fraglichen Preiserhöhungen zu erklären, genüge es nicht, von der theoretisch bestehenden Möglichkeit eines Parallelverhaltens auf dem Farbstoffmarkt auszugehen, wenn dieses Verhalten wirtschaftlich unvernünftig wäre. Die Beklagte macht geltend, es würde den Zielen und Interessen der Unternehmen entsprochen haben, unterschiedliche Maßnahmen zu ergreifen, denn so hätten sie sich auch in anderen Fällen verhalten, wie aus den der Klagebeantwortung beigefügten Tabellen hervorgehe. Da die Klägerin den Inhalt dieser Tabellen in der Erwiderung anzweifelt, bietet die Beklagte an, zum Beweis für deren Richtigkeit die Originaldokumente und die Rechnungskopien vorzulegen, auf denen diese Tabellen beruhen.

Für die Expansionsrate des Farbstoffmarktes komme es nicht auf den Anteil des einzelnen Herstellers am Umsatz der chemischen Industrie oder des Sozialproduktes an, sondern auf die für ihn bestehende Möglichkeit der Umsatzausweitung. Bei expandierendem Markt könnten mehrere Unternehmen ihren Umsatz ausweiten, ohne daß ihre Konkurrenten Absatzeinbußen erlitten, was zu einer aufgelockerten Reaktionsverbundenheit der Unternehmen führe.

Zur Kreuzelastizität der Nachfrage bemerkt die Beklagte, sie habe bereits in der Klagebeantwortung auf die Bedeutung dieses Elements hingewiesen und gerade davon ausgehend die Marktverhältnisse untersucht.

Die Beklagte widerspricht den Ausführungen und Schlußfolgerungen der Klägerin im Zusammenhang mit dem heterogenen Oligopol und macht geltend, die Argumentation der Klägerin hierzu widerspreche allen wirtschaftlichen Erfahrungen und den Erkenntnissen aus Literatur und Rechtsprechung. Zwar sei die effektive Wettbewerbsintensität, wie die Klägerin angebe, im heterogenen Oligopol am stärksten. Die Reaktionsverbundenheit sei niedrig genug und die Marktstruktur weit genug, um den Unterneh-

men individuelle Maßnahmen zur Optimierung ihrer Ergebnisse zu gestatten. Dagegen sei die Wettbewerbsintensität effektiv niedrig, wenn die Unternehmen sich aufgrund der hohen Reaktionsverbundenheit und gleichen Interessenlagen im homogenen Oligopol bewußt parallel verhielten. Unter diesen Umständen sei es unerfindlich, wie die Klägerin dazu komme, auf einem heterogenen Markt, der durch eine hohe effektive Wettbewerbsintensität gekennzeichnet sei, ein bewußtes Parallelverhalten zu erwarten. Nach jeder Preiserhöhung habe das normale Spiel des Marktes wieder wie vor diesen Maßnahmen eingesetzt, und die Preise seien erneut abgebröckelt. Es sei also evident, daß Parallelverhalten und effektiv hohe Wettbewerbsintensität sich gegenseitig ausschlössen.

3. *Zum Begriff der abgestimmten Verhaltensweise*

In ihrer Erwiderung macht die *Klägerin* geltend, die Beklagte habe ihre während des ganzen Verwaltungsverfahrens vertretene Auffassung vom Begriff der abgestimmten Verhaltensweise geändert und meine nunmehr, eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise setze nicht voraus, daß die Beteiligten einen gemeinsamen Plan für ein bestimmtes Marktverhalten aufstellten, sondern es genüge, daß die Unternehmen sich untereinander von ihren bevorstehenden wettbewerblich relevanten Verhalten in Kenntnis setzten. Die amerikanische Rechtsprechung, auf die die Beklagte sich berufe, führe gerade zu Schlußfolgerungen, die der Ansicht der Beklagten entgegengesetzt seien: Keine Entscheidung amerikanischer Gerichte habe bisher ein Parallelverhalten verurteilt, das nicht auf einem gemeinsamen Plan beruht hätte. Die Klägerin zitiert hierzu mehrere amerikanische Entscheidungen. Wenn nicht auszuschließen sei, daß das bewußte Parallelverhalten auch ohne das Vorhandensein eines allgemeinen Planes unter Zugrundelegung der wirtschaftlichen Vernunft denkbar gewesen wäre, gingen die amerikanischen Gerichte davon aus, daß der Beweis für die abgestimmte Verhaltensweise nicht erbracht sei.

Auch in der gesamten Literatur zum EWG-Wettbewerbsrecht werde für das Tatbestandsmerkmal der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen einhellig ein kooperatives Element gefordert. Einige Autoren verlangten sogar den Nachweis einer Absprache oder eines Gentlemen's Agreement. Die bloße gegenseitige Unterrichtung der Unternehmen von ihrem beabsichtigten Verhalten stelle keine Kooperation, also keinen Verzicht auf die Autonomie jedes Unternehmens dar.

Die *Beklagte* führt aus, der Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise sei nicht der gleiche wie der amerikanische Begriff der „concerted actions". Während die aufeinander abgestimmte Verhaltensweise in Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag ein besonderes gesetzliches Tatbestandsmerkmal der Zuwiderhandlung sei, handle es sich bei der „concerted action" um eine von der amerikanischen Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe der nach der Sherman Act verbotenen „conspiracy", die eine Willensübereinstimmung der beteiligten Unternehmen voraussetze. Diesem Begriff der „concerted actions" komme vornehmlich beweistechnische Bedeutung zu, und er beruhe nicht auf einer eindeutigen materiellen Bestimmung des „agreement", also der für die „concerted actions" erforderlichen Willensübereinstimmung. Nach Meinung der Beklagten genügt für diese Willensübereinstimmung im Hinblick auf die „concerted actions" ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken mehrerer Unternehmen, ohne daß ein gemeinsamer Plan im Sinne einer vorherigen Absprache vorausgesetzt werde.

Die von der Klägerin zitierten Urteile amerikanischer Gerichte bewiesen, daß die Frage, ob ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten auf einer Willensübereinstimmung beruht, eine Frage des Beweises sei und daß ein gleichförmiges Verhalten einen ausreichenden Indizienbeweis für das Vorhandensein einer solchen Willensübereinstimmung darstelle, falls sich dieses Verhalten nicht zwangsläufig aus der Struktur des Marktes ergebe. Zum Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweise verweist die

Beklagte außerdem auf einen Aufsatz von Tolksdorf. Sogar im Oligopol ergebe sich, soweit zwischen den Anbietern unterschiedliche Interessenlagen bestünden, aus dem Nebeneinanderbestehen mehrerer autonomer Entscheidungen der einzelnen Unternehmen nicht selbsttätig ein gleichförmiges Marktverhalten der Wettbewerber. Auch im Oligopol begründe daher ein Parallelverhalten der Anbieter grundsätzlich die tatsächliche Vermutung von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, es sei denn, daß wegen der besonderen Marktstruktur ein wirtschaftlicher Zwang zu einem gleichförmigen Verhalten der einzelnen Unternehmen bestehe. Dies sei die Auffassung der amerikanischen Rechtsprechung.

Was das Gemeinschaftskartellrecht anbelange, so seien die Kartelltatbestände des Artikels 85 nicht an die Rechtsfigur des „conspiracy" angelehnt worden. Demgemäß sei auch der Begriff des „agreement" nicht geeignet, um das Zusammenwirken mehrerer Unternehmen in der Gestalt von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zu kennzeichnen. Der Tatbestand der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne dieses Artikels liege jeweils dann vor, wenn das Auftreten mehrerer Unternehmen auf dem Markt durch eine Willensübereinstimmung der Beteiligten gesteuert werde, gleichgültig, ob diese gegenseitig oder durch einen Dritten herbeigeführt worden sei. Eine Willensübereinstimmung sei nicht nur dann gegeben, wenn die Unternehmen eine gegenseitige Absprache über ihr Marktverhalten treffen, sondern auch, wenn sie durch gegenseitige Unterrichtung das Risiko der Unkenntnis ihres künftigen Marktverhaltens bewußt ausschalten und auf diese Weise ihr Verhalten koordinieren. Das kooperative Element liege darin, daß sich gemäß der Willensübereinstimmung jedes der beteiligten Unternehmen darauf verlassen könne, daß ein gleichförmiges oder unterschiedliches Verhalten in verteilten Rollen auf dem Markt die Folge sei. Das Vorliegen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Artikel 85 erfordere daher weder eine Absprache noch die Aufstellung eines gemeinsamen Plans. Die Kommission habe aber im vorliegenden Fall nachgewiesen, daß sich die betroffenen Farbenhersteller auf dem Gebiet der Preise gleichförmig verhalten hätten. Bereits damit habe sie ihrer Beweispflicht im Hinblick auf das Vorliegen von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen genügt. Sie habe aber außerdem dargelegt, daß sich angesichts der Struktur des Farbenmarktes das gleichförmige Preisverhalten nicht anders als durch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen erklären lasse, und habe außerdem eine Reihe von Tatsachen angeführt, die auf eine Abstimmung hindeuten.

4. Rügen zur Beweisführung der Beklagten

Die *Klägerin* macht geltend, auf dem Hintergrund ihrer vorstehend wiedergegebenen Ausführungen erhielten die von der Beklagten als Anzeichen für eine vorherige Abstimmung gewerteten Tatsachen eine ganz andere Bedeutung.

a) Zur Preiserhöhung von Januar 1964

Die *Klägerin* beanstandet die in der angefochtenen Entscheidung angeführten Beweise für die angebliche Abstimmung über die Preiserhöhungen.

Was die Gleichheit des Prozentsatzes der Preiserhöhungen anbelangt, macht die Klägerin geltend, hier handle es sich um ein Parallelverhalten, das die natürliche Folge der Marktstruktur sei. Die Klägerin sei nur der Firma Ciba gefolgt, um das Zusammenschrumpfen ihrer Gewinnspannen auszugleichen. Die Gleichheit des Steigerungssatzes auf mehreren nationalen Märkten erkläre sich dadurch, daß der Produktionskostenanstieg den Hersteller in seiner gesamten Produktion treffe und er deshalb versuchen werde, ihn auch in seinem gesamten Absatz unterzubringen. Die Klägerin betont, daß diese Übereinstimmung im Steigerungssatz nicht schon in dem Zeitpunkt festgestanden habe, in dem die Hersteller ihre Kundschaft von den beschlossenen Preiserhöhungen unterrichtet hätten, sondern sich erst am Markt eingespielt habe. Die Unterschiede zwischen

den angekündigten Preiserhöhungen und dem tatsächlichen Ergebnis der Preisbewegung, ferner die fehlende Übereinstimmung zwischen den Erzeugnissen, welche die einzelnen Hersteller von der Erhöhung ausgenommen hätten, zeigten, daß keine Abstimmung vorgelegen habe, sondern die Gleichförmigkeit des Verhaltens, die sich schließlich auf den Märkten gezeigt habe, auf dem Marktzwang beruht habe.

Zu den angeblich übereinstimmenden Uhrzeiten, zu denen die Anweisungen an die italienischen Vertriebsgesellschaften abgesandt worden seien, bemerkt die Klägerin, diese Rüge sei in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht erwähnt. Infolgedessen verstoße die angefochtene Entscheidung insoweit gegen Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63.

Vorsorglich trägt die Klägerin noch vor, die Anpassung der Anweisungen, die sie ihrer italienischen Vertriebsgesellschaft aufgrund der am 7. Januar 1964 erfolgten Mitteilung der Firma CIBA von ihrer Preiserhöhungsentscheidung erteilt habe, an die Modalitäten der von diesem Unternehmen vorgenommenen Erhöhung sei erst später geschehen, denn die Informationen, welche die Klägerin am 8. und 9. Januar von ihrer italienischen Vertriebsgesellschaft über die Entscheidung der CIBA erhalten habe, seien weder vollständig noch immer zutreffend gewesen.

Zu den angeblichen inhaltlichen Ähnlichkeiten der Preiserhöhungsanweisungen bemerkt die Klägerin, der Inhalt dieser Anweisungen sei ihr nie mitgeteilt worden, daher habe sie keine Gelegenheit gehabt, sich hierzu sachgerecht zu äußern. Im übrigen sei das Anweisungsschreiben, das sie am 9. Januar gleich nach Kenntnisnahme vom Inhalt des CIBA-Rundschreibens sowie der Modalitäten der von diesem Unternehmen getroffenen Maßnahmen nach Italien gesandt habe, über den Inhalt dieses Rundschreibens hinausgegangen. Die Klägerin macht ferner geltend, sie habe nie vorgetragen, die Betroffenen hätten ihre Instruktionsschreiben nach Italien voneinander abgeschrieben, wie die Beklagte in der angefochtenen Entscheidung behaupte.

Die Klägerin bemerkt abschließend, keines der von der Beklagten als Beweis für die Abstimmung angeführten Indizien beweise mehr als ein bewußtes Parallelverhalten.

b) Zur Preiserhöhung von Januar 1965

Die *Klägerin* unterstreicht zunächst, zu dieser Preiserhöhung beschränke sich die Beklagte in der angefochtenen Entscheidung auf die Darlegung eines Parallelverhaltens der Betroffenen; sie führt sodann aus, diese Erhöhung unterscheide sich grundlegend von der im Jahre 1964 von den einzelnen Herstellern mit unmittelbarer Wirksamkeit durchgeführten Erhöhung, denn sie sei geraume Zeit vor ihrem geplanten Inkrafttreten beschlossen und angekündigt worden. Infolgedessen habe für die Hersteller kein Zwang zu so schnellem Handeln bestanden, und ihr Parallelverhalten sei daher nicht gleichzeitig gewesen, wie dadurch bewiesen werde, daß die Kunden zu ganz unterschiedlichen Zeitpunkten benachrichtigt worden seien.

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte führe im übrigen keine neuen Tatsachen an, aus denen irgendwelche Schlüsse auf eine Abstimmung über die Preiserhöhung vom 1. Januar 1965 gezogen werden könnten.

c) Zu der Preiserhöhung von Oktober 1967

Die *Klägerin* führt aus, auch hier berufe sich die Beklagte zum Beweis einer vorherigen Abstimmung zwischen den Betroffenen nur auf deren Parallelverhalten. Die Feststellung, daß die Betroffenen im Rahmen einer Abstimmung im Herbst 1967 eine Preiserhöhung für den italienischen Markt beschlossen hätten, die sie aber wegen der Weigerung von ACNA nicht verwirklicht hätten, finde sich erstmals in der Entscheidung, ihre Heranziehung zur Begründung dieser Entscheidung sei deshalb unzulässig.

Die Informationsgespräche zwischen den Herstellern, insbesondere auf Sitzungen in Basel und London, könnten gleichfalls kein Beweis für eine vorherige Abstim-

mung sein. Die Berufung der Beklagten auf diese Umstände sei unzulässig, weil sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nur behaupte, die Preiserhöhung sei von allen Herstellern während einer Zusammenkunft beschlossen worden, die auf Veranlassung von Geigy im August 1967 in Basel stattgefunden habe, das Vorliegen eines Protokolls, dessen Inhalt sowie den Beschluß des Bundeskartellamts mit der darin enthaltenen Feststellung, daß Geigy sogar von 8 % per 16. Oktober 1967 gesprochen habe, jedoch nicht erwähne. Daher habe die Klägerin keine Möglichkeit gehabt, von den angeblich im Besitz der Beklagten befindlichen Beweisen Kenntnis zu nehmen; damit werde aber ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Die Klägerin habe ihre Entscheidung, die Verkaufspreise um 8 % zu erhöhen, nicht am 16. Oktober 1967 getroffen, sondern erst, nachdem die Francolor der Erhöhung von Geigy gefolgt sei und eine gleichartige Preiserhöhung im Markt angekündigt gehabt habe, denn hiermit habe sich eine allgemeine Preisbewegung abgezeichnet.

Zusammenfassend macht die Klägerin geltend, in der Entscheidung finde man keine Erklärung, warum die eine oder andere Gleichförmigkeit nicht eine Folge der oligopolistischen Marktstruktur sein könne, vielmehr begnüge sich die Entscheidung mit wiederholten Hinweisen, dies sei „unvorstellbar" oder „unerklärlich", oder es bestehe kein „Zweifel", daß dies nicht so sei. Die so angelegte Beweisführung erlaube aber unter rechtsstaatlichen Maximen keine Verurteilung der Betroffenen.

Zur Entgegnung auf dieses Vorbringen der Klägerin hinsichtlich der Preiserhöhung von 1964 legt die *Beklagte* im Wortlaut die im Jahre 1964 durch die von der angefochtenen Entscheidung betroffenen Unternehmen in Italien und in Belgien versandten Anweisungsschreiben vor. Sie unterstreicht die fast wörtliche Übereinstimmung bestimmter Passagen. Was die Preiserhöhungen von 1965 und 1967 anbelangt, so meint die Beklagte, die Unternehmen hätten hier Sorge getragen, derart auffällige Übereinstimmungen zu vermeiden.

Die *Klägerin* macht geltend, die Prüfung der von der Beklagten überreichten Unterlagen ergebe, daß die Behauptung einer inhaltlichen Übereinstimmung der Anweisungsschreiben der Hersteller unrichtig sei. Die Klägerin verweist den Gerichtshof auf eine synoptische Übersicht über die einzelnen von der Beklagten vorgelegten Anweisungsschreiben.

Zu den Einzelheiten der Preiserhöhung bemerkt die Klägerin insbesondere, da die von CIBA am 7. Januar 1964 in Italien vorgenommene Preiserhöhung sofort wirksam geworden sei, seien für die anderen Firmen auch die Modalitäten vorgegeben gewesen, die eine derartige sofortige Wirksamkeit zu sichern bestimmt seien. Einem jeden Geschäftsmann sei es geläufig, daß bei einer sofort wirksamen Preiserhöhung auf derartige Modalitäten geachtet werden müsse.

Die *Beklagte* meint, die Klägerin versuche zu Unrecht, durch einen Vergleich zwischen den Anweisungsschreiben der verschiedenen Unternehmen zu bestreiten, daß die Preiserhöhungen sich im wesentlichen auf die gleichen Farbstoffe bezogen hätten. Dieser Vergleich sei nicht schlüssig, denn die Hersteller benutzten vielfach bestimmte Markenbezeichnungen oder Phantasienamen für die von ihnen hergestellten Farbstoffe, wie auch durch einen Auszug aus dem „Colour Index" bestätigt werde. Der Sache nach habe sich die Preiserhöhung von 1964 auf die gleichen Kategorien von Farbstoffen bezogen, soweit die beteiligten Unternehmen diese Kategorien überhaupt herstellten. Für den Fall, daß der Gerichtshof diesen Umstand für erheblich halten sollte, beruft sich die Beklagte zum Beweis auf das Gutachten eines Sachverständigen.

Zu den Modalitäten der Preiserhöhungsanweisungen der einzelnen Hersteller bemerkt die Beklagte, die Anweisung zur unverzüglichen Durchführung der Preiserhöhung finde sich in 13 der 14 Anweisungsschreiben, die zur Annullierung schwebender Angebote in 12 oder 14 Schreiben und das Verbot, rückdatierte

Rechnungen auszustellen, in 8 oder 14 Schreiben; letztere Zahl erkläre sich dadurch, daß dieses Verbot sich implizite bereits aus der Weisung ergebe, die Preise unverzüglich und ausnahmslos zu erhöhen.
Schließlich sei zu beachten, daß die Schreiben in manchen Fällen nur die Bestätigung von bereits telefonisch erteilten Anweisungen darstellten.

5. Die Geldbuße betreffende Rügen

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte hätte die Geldbuße berücksichtigen müssen, die das Bundeskartellamt in dieser Sache durch Bescheid vom 28. November 1967 gegen Bayer verhängt habe, auch wenn dieser Bescheid durch das Kammergericht aufgehoben worden sei. Diese Verpflichtung ergebe sich eindeutig aus dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache 14/68.
Die *Beklagte* wendet ein, die Betroffenen hätten gegen den genannten Bescheid des Bundeskartellamtes gerichtliche Entscheidung beantragt, und inzwischen habe das Kammergericht Berlin ihn mit Beschluß vom 28. August 1969 aufgehoben. Da der Bescheid des Bundeskartellamtes bei Erlaß der angefochtenen Entscheidung noch nicht rechtskräftig gewesen sei, habe die Gefahr einer Doppelsanktion nicht bestanden.

IV — Verfahren

Durch Beschluß vom 11. Dezember 1969 hat der Gerichtshof angeordnet, daß die Beklagte gesonderte Klagebeantwortungen ohne Verweisungen auf die Akten in den anderen anhängigen Farbstoffsachen einzureichen habe.
Am 8. Juli 1970 hat der Gerichtshof auf den Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts folgenden Beschluß erlassen:

1. Es ist ein Sachverständigengutachten über folgende Fragen einzuholen:
   a) Wäre es bei den Besonderheiten des Farbstoffmarktes in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, namentlich in der Zeit von 1964 bis 1967, nach normalen kaufmännischen Maßstäben für einen selbständig handelnden Hersteller, der ein Interesse an der Erhöhung seiner Preise gehabt hätte, praktisch möglich gewesen, anstatt einer allgemeinen, einheitlichen und öffentlich bekanntgegebenen Erhöhung die Preise für die einzelnen Kunden und Erzeugnisse unterschiedlich zu erhöhen?
   b) Welche Vor- und Nachteile kann für einen selbständig handelnden Hersteller eine allgemeine und lineare Preiserhöhung gegenüber einer nach Kunden, Erzeugnissen und Märkten differenzierten Erhöhung haben? Die Antwort ist zu geben einmal für den Fall eines Erzeugers, der die Initiative zu einer Preiserhöhung ergreift, und zum anderen für den Fall eines Erzeugers, der sich auf eine von einem Konkurrenten angekündigte allgemeine, einheitliche Preiserhöhung einstellen muß.
   c) Sind unter Berücksichtigung insbesondere des Grades der Markttransparenz Farbstoffe mit Ausnahme von Spezialfarbstoffen praktisch austauschbar, und wenn ja, in welchem Maße? Welchen annähernden Anteil haben die Spezialfarbstoffe an der gesamten Farbstofferzeugung der einzelnen betroffenen Unternehmen?
2. Die Parteien können im gemeinsamen Einvernehmen dem Gerichtshof bis einschließlich 30. September 1970 einen Sachverständigen benennen.

Durch Beschluß vom selben Tage hat der Gerichtshof die Rechtssachen 48/69, 49/69, 51/69, 52/69, 53/69, 54/69, 55/69, 56/69 und 57/69 für die Einholung des Sachverständigengutachtens verbunden.
Der Gerichtshof hat aufgrund des von den Parteien einvernehmlich gemachten Vorschlages zweier vom Gerichtshof gemeinsam zu bestellender Sachverständiger durch Beschluß vom 13. November 1970 die Herren Dr. Horst Albach, Professor für Betriebswirtschaftslehre an der Universität Bonn, und Dr. Wilhelm Nor-

bert Kloten, Professor für Nationalökonomie an der Universität Tübingen, gemeinsam mit der Erstattung des Gutachtens beauftragt.
Das gemeinsame Gutachten der Sachverständigen ist am 23. April 1971 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen. Die Sachverständigen haben die Ergebnisse ihres Gutachtens wie folgt zusammengefaßt:

— Die Frage a) ist in dem Sinne zu bejahen, daß ein nach normalen kaufmännischen Maßstäben selbständig handelnder Hersteller von Farbstoffen *grundsätzlich* die Möglichkeit gehabt hätte, seine Preise für die einzelnen Kunden und Erzeugnisse unterschiedlich zu erhöhen.
— Die Frage, ob es für einen solchen Hersteller *praktisch* möglich gewesen wäre, seine Preise für die einzelnen Kunden und Erzeugnisse unterschiedlich zu erhöhen, kann mit der Einschränkung bejaht werden, daß die durchschnittliche Preiserhöhung, die ein selbständig handelnder Unternehmer bei differenzierter Preispolitik innerhalb eines bestimmten Rahmens hätte durchsetzen können, voraussichtlich unter der durchschnittlichen Preiserhöhung liegt, die bei einer allgemeinen und einheitlichen Preiserhöhung erreicht wird.
— Eine allgemeine und lineare Preiserhöhung birgt sowohl für denjenigen Hersteller, der die Initiative zu einer Preiserhöhung ergreift, als auch für denjenigen Farbstoffproduzenten, der sich auf eine von einem Konkurrenten angekündigte allgemeine, einheitliche Preiserhöhung einstellen muß, Chancen und Risiken. Wir sind sowohl für den Fall des Preisführers als auch für den des Preisfolgers zu dem abschließenden Ergebnis gekommen, daß die Vorteile einer allgemeinen, einheitlichen Preiserhöhung deren Nachteile in der fraglichen Periode überwogen haben dürften.
— Die Frage c) ist in dem Sinne zu beantworten, daß der Grad der Austauschbarkeit der Farbstoffe untereinander von völlig austauschbaren bis zu praktisch nicht austauschbaren Produkten variiert. Versteht man unter den Spezialfarbstoffen im Sinne der Frage diejenigen Farbstoffe, die praktisch nicht austauschbar sind, dann dürfte der Anteil dieser Farbstoffe an der gesamten Farbstofferzeugung der einzelnen betroffenen Unternehmen sehr gering sein. Eine solche Unterscheidung erweist sich aber nach den Ergebnissen unserer Untersuchung für die Beurteilung des gegebenen Sachverhalts als wenig hilfreich.

Die Klägerin hat ihre Stellungnahme zu den Sachverständigengutachten am 3. Juli 1971 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingereicht, die Beklagte am 21. Juni 1971.
Die vom Gerichtshof bestellten Sachverständigen haben am 28. September 1971 gemäß Artikel 49 § 6 der Verfahrensordnung den Eid geleistet.
Die Parteien haben in der Sitzung vom 28., 29. und 30. September 1971 sowie 2. Mai 1972 mündlich verhandelt.
Während des Verfahrens ist Generalanwalt Mayras an die Stelle des verstorbenen Generalanwalts Dutheillet de Lamothe getreten. Er hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 2. Mai 1972 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

1 Von Januar 1964 bis Oktober 1967 kam es in der Gemeinschaft unstreitig zu drei allgemeinen und einheitlichen Erhöhungen der Farbstoffpreise. Zwischen dem 7. und 20. Janaur 1964 wurden außer bei einigen Sorten die Preise der meisten Anilin-Farbstoffe in Italien, den Niederlanden, Belgien und Luxem-

burg sowie in einigen Drittländern einheitlich um 15 % erhöht. Am 1. Januar 1965 trat eine gleiche Erhöhung in Deutschland ein. Am selben Tage setzten fast sämtliche Hersteller in allen Ländern des Gemeinsamen Marktes mit Ausnahme Frankreichs die Preise für die von der Preiserhöhung des Jahres 1964 ausgenommenen Farbstoffe und Pigmente einheitlich um 10 % herauf. Da sich die Firma ACNA an der 1965 auf dem italienischen Markt vorgenommenen Preiserhöhung nicht beteiligte, erhielten die übrigen Unternehmen die angekündigte Anhebung ihrer Preise auf diesem Markt nicht aufrecht. Etwa Mitte Oktober 1967 wurden dann außer in Italien die Preise für alle Farbstoffe von fast allen Herstellern erhöht, und zwar um 8 % in Deutschland, den Niederlanden, Belgien und Luxemburg sowie um 12 % in Frankreich.

2 Im Hinblick auf diese Preiserhöhungen hat die Kommission durch Beschluß vom 31. Mai 1967 nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17/62 von Amts wegen gegen siebzehn Farbstoffhersteller mit Sitz in und außerhalb der Gemeinschaft sowie gegen zahlreiche Tochtergesellschaften und Vertreter dieser Unternehmen ein Verfahren wegen mutmaßlicher Verletzung von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag eingeleitet. Sie hat durch Entscheidung vom 24. Juli 1969 festgestellt, diese Preiserhöhungen seien das Ergebnis von unter Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen den Unternehmen

— Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG (BASF), Ludwigshafen,
— Cassella Farbwerke Mainkur AG, Frankfurt (Main),
— Farbenfabriken Bayer AG, Leverkusen,
— Farbwerke Hoechst AG, Frankfurt (Main),
— Française des matières colorantes SA, Paris,
— Azienda Colori Nazionali Affini SpA (ACNA), Mailand,
— Ciba AG, Basel,
— J. R. Geigy AG, Basel,
— Sandoz AG, Basel und
— Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI), Manchester.

Infolgedessen hat sie gegen jedes dieser Unternehmen eine Geldbuße von 50 000 Rechnungseinheiten und gegen die Firma ACNA eine solche von 40 000 Rechnungseinheiten festgesetzt.

3 Mit am 3. Oktober 1969 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingereichter Klageschrift hat die Firma Farbenfabriken Bayer AG gegen diese Entscheidung Klage erhoben.

Verfahrens- und Formrügen

Zum Verwaltungsverfahren

a) Zur Einleitung des Verwaltungsverfahrens

4 Die Klägerin rügt, die Beklagte habe eine Bußgeldentscheidung aufgrund von Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17/62 erlassen, obgleich sie nur ein Verfahren zur Feststellung einer Zuwiderhandlung aufgrund von Artikel 3 dieser Verordnung eingeleitet habe. Außerdem brauche die Klägerin den Wortlaut des Eröffnungsbeschlusses nicht gegen sich gelten zu lassen, da ihr dieser Beschluß nicht abschriftlich mitgeteilt worden sei.

5 Die Kommission legt ihre Haltung gegenüber den Unternehmen, gegen die sie ein Verfahren wegen Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln eröffnet, jedoch nicht im Beschluß über die Einleitung dieses Verfahrens fest, sondern erst in der Mitteilung der Beschwerdepunkte. Diese der Klägerin zugestellte Mitteilung enthielt einen ausdrücklichen Hinweis darauf, daß unter Umständen Geldbußen verhängt werden könnten.

6 Die Rüge ist also nicht begründet.

b) Zur Nichtmitteilung wesentlicher Tatsachen an die Klägerin

7 Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie habe ihr im Verwaltungsverfahren nicht alle Tatsachen mitgeteilt, die den in der Mitteilung der Beschwerdepunkte gezogenen Schlußfolgerungen zugrunde liegen. Der Umstand, daß diese Mitteilung trotz mehrfacher Anmahnung durch die Klägerin unterblieben sei, habe diese an der Wahrnehmung ihrer Rechte im Verwaltungsverfahren gehindert.

8 In diesem Verfahren müssen die Betroffenen über die wesentlichen Tatsachen in Kenntnis gesetzt werden, auf die sich die Kommission für die in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte stützt. Jedoch braucht nicht der gesamte Akteninhalt mitgeteilt zu werden. Die der Klägerin mit Schreiben vom 11. Dezember 1967 zugeleitete Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission gibt alle Tatsachen wieder, die für die Feststellung der in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte erforderlich sind.

9 Das Vorbringen der Klägerin ist daher unbegründet.

c) Zur Fortsetzung der Ermittlungen nach Zustellung der Mitteilung der Beschwerdepunkte

10 Die Klägerin macht geltend, die Kommission habe noch nach Zustellung der Mitteilung der Beschwerdepunkte Ermittlungen angestellt; ein solches Verhalten sei mit der Rechtsnatur dieser Mitteilung, die das Ermittlungsverfahren abschließen solle, unvereinbar. Diese Ermittlungen hätten die Kommission veranlaßt, den der Klägerin bereits mitgeteilten Sachverhalt in der angefochtenen Entscheidung erheblich zu ergänzen und zu verändern, und zwar namentlich hinsichtlich des Nachweises einer abgestimmten Verhaltensweise bei der Preiserhöhung von 1967.

11 Die Kommission ist berechtigt und unter Umständen sogar verpflichtet, im Laufe des Verwaltungsverfahrens neue Ermittlungen anzustellen, wenn sich zusätzliche Nachprüfungen als notwendig erweisen. Solche Ermittlungen würden eine Ergänzung der Mitteilung der Beschwerdepunkte nur dann erfordern, wenn die Kommission sich aufgrund des Ermittlungsergebnisses veranlaßt sähe, den betroffenen Unternehmen neue Tatsachen zur Last zu legen oder den Nachweis bestrittener Zuwiderhandlungen auf eine erheblich geänderte Grundlage zu stellen. Das rechtliche Gehör der Unternehmen wird durch solche Ermittlungen nicht verletzt, sofern die das Verwaltungsverfahren abschließende Entscheidung gegen die Betroffenen keine anderen als die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte angeführten Tatsachen in Betracht zieht. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann auch nicht darin erblickt werden, daß für diese Tatsachen zusätzliche Beweismittel angeführt sind und die Darstellung des genauen Hergangs der Ereignisse in der angefochtenen Entscheidung aufgrund der Tatsachenangaben berichtigt ist, welche die Betroffenen der Kommission im Verwaltungsverfahren mitzuteilen Gelegenheit hatten.

12 Das Vorbringen der Klägerin ist somit nicht begründet.

d) Zur Anhörung der Betroffenen

13 Die Klägerin rügt, die ihr für das Erscheinen vor der Kommission gesetzte Ladungsfrist von rund zwei Wochen sei zu kurz gewesen, als daß die Klägerin sich ausreichend auf eine sachgerechte Verteidigung hätte vorbereiten können.

14 Berücksichtigt man den Zeitraum zwischen der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der Anhörung, so spricht nichts dafür, daß die Kürze der genannten Frist die Betroffenen an der Wahrnehmung ihrer Rechte hindern konnte. Im übrigen hat nichts die Klägerin gehindert, ihren Standpunkt der Kommission später schriftlich vorzutragen.

15 Das Vorbringen der Klägerin ist sonach unbegründet.

e) Zur Niederschrift über die Anhörung der Betroffenen

16 Die Klägerin macht geltend, die Anhörung vom 10. Dezember 1968 sei fehlerhaft, weil die angefochtene Entscheidung sechs Wochen vor Ablauf der Frist ergangen sei, welche die Kommission der Klägerin für ihre Stellungnahme zum Entwurf der Niederschrift über die Anhörung gesetzt habe; darin liege ein Verstoß gegen Artikel 9 Absatz 4 der Verordnung Nr. 99/63. Außerdem gebe dieses Schriftstück Ausführungen des Anwalts der Klägerin unrichtig wieder.

17 Artikel 9 Absatz 4 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission bestimmt, daß die Niederschrift über die wesentlichen Erklärungen jeder angehörten Person verlesen und von dieser genehmigt wird. Diese Bestimmung soll den angehörten Personen die Gewähr bieten, daß die Niederschrift mit ihren wesentlichen Erklärungen übereinstimmt. Mag auch die Kommission die gesetzte Frist nicht beachtet haben, so könnte sich dieser von der Klägerin beanstandete Verfahrensfehler auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidung doch nur dann auswirken, wenn bei der Anhörung abgegebene Erklärungen dergestalt unzutreffend wiedergegeben worden wären, daß sie in wesentlichen Punkten ein falsches Bild ergäben. Diese Voraussetzung ist bei den in der Niederschrift angeblich unrichtig wiedergegebenen Ausführungen des Anwalts der Klägerin nicht erfüllt.

18 Diese Rüge ist deshalb nicht begründet.

Zur Einrede der Verjährung

19 Die Klägerin führt aus, die angefochtene Entscheidung verstoße gegen den Vertrag und gegen die bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnormen, weil die Kommission dadurch, daß sie erst am 31. Mai 1967 ein Verfahren wegen der Preiserhöhungen von 1964 und 1965 eingeleitet habe, jede vernünftige zeitliche Grenze überschritten habe.

20 Die Vorschriften über die Befugnis der Kommission zur Verhängung von Geldbußen bei Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln sehen keine Verjährung vor. Eine Verjährungsfrist muß, um ihrer Funktion gerecht werden zu können, im voraus festgelegt sein. Die Festlegung einer solchen Frist und der Einzelheiten ihrer Anwendung fällt in die Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers. Solange entsprechende ausdrückliche Vorschriften fehlen, ist die Kommission zwar durch das grundlegende Erfordernis der Rechtssicherheit daran gehindert, unbegrenzt lange zuzuwarten, ehe sie von ihrer Befugnis zur Verhängung von Geldbußen Gebrauch macht; im vorliegenden Fall

läßt ihr Verhalten jedoch nichts erkennen, was der Ausübung dieser Befugnis im Hinblick auf die Beteiligung der Klägerin an den abgestimmten Verhaltensweisen in den Jahren 1964 und 1965 entgegenstehen könnte.

21 Das Vorbringen der Klägerin ist daher unbegründet.

Sachrügen

Zum Vorliegen aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen

Thesen der Parteien

22 Die Klägerin macht geltend, die Kommission habe das Vorliegen aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag für keine der drei in der angefochtenen Entscheidung angeführten Preiserhöhungen nachgewiesen.

23 Die Entscheidung geht davon aus, ein erster Beweis für die wechselseitige Abstimmung der Preiserhöhungen der Jahre 1964, 1965 und 1967 sei darin zu erblicken, daß die von den verschiedenen Herstellern angewandten Steigerungssätze der einzelnen Preiserhöhungen für alle Länder gleich gewesen seien und die Preiserhöhungen bis auf wenige Ausnahmen für dieselben Farbstoffe und in sehr geringem Zeitabstand — oder sogar zur gleichen Zeit — vorgenommen worden seien. Diese Erhöhungen könnten durch die bloße Tatsache der oligopolistischen Struktur des Marktes nicht erklärt werden. Es sei unvorstellbar, daß die wichtigsten den Gemeinsamen Markt beliefernden Hersteller ohne vorherige Abstimmung die Preise für dieselben, in großen Mengen hergestellten Erzeugnisse einschließlich der Spezialerzeugnisse, deren Austauschbarkeit sehr gering oder sogar gleich Null sei, wiederholt und praktisch zur gleichen Zeit um den gleichen Steigerungssatz erhöht hätten, und zwar in mehreren Ländern, in denen für Farbstoffe unterschiedliche Marktbedingungen beständen. Vor dem Gerichtshof hat die Kommission die Auffassung vertreten, die Abstimmung setze nicht voraus, daß die Beteiligten einen gemeinsamen Plan für ein bestimmtes Marktverhalten aufstellten. Es genüge, daß sie sich untereinander von ihrem beabsichtigten Verhalten in Kenntnis setzten, so daß jedes Unternehmen sein Vorgehen in der Erwartung planen könne, daß seine Konkurrenten sich parallel verhalten würden.

24 Die Klägerin macht demgegenüber geltend, die angefochtene Entscheidung beruhe auf einer unzureichenden Analyse des Marktes der betroffenen Erzeugnisse sowie auf einer irrigen Auffassung vom Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, da sie diese dem bewußten Parallelverhalten

der Teilnehmer an einem Oligopol gleichsetze, und zwar selbst dann, wenn dieses Verhalten auf autonome Entscheidungen der einzelnen Unternehmen zurückgehe, die durch objektive wirtschaftliche Erfordernisse und insbesondere durch die Notwendigkeit bestimmt seien, das unbefriedigende Rentabilitätsniveau der Farbstofferzeugung anzuheben. Die Farbstoffpreise hätten beständig nach unten tendiert, weil der Markt für diese Erzeugnisse durch einen lebhaften Wettbewerb zwischen den Herstellern gekennzeichnet sei, der sich nicht nur auf die Qualität der Erzeugnisse und den anwendungstechnischen Kundendienst, sondern — namentlich mittels erheblicher individueller Rabatte für die Hauptabnehmer — auch auf den Preis erstrecke. Die große Zahl der von den einzelnen Unternehmen hergestellten Farbstoffe mache es praktisch unmöglich, bei der Preiserhöhung nach Erzeugnissen zu differenzieren. Überdies seien unterschiedliche Preiserhöhungen für austauschbare Erzeugnisse entweder wegen der begrenzten Lagerbestände und der für die Anpassung der Betriebsanlagen an eine merklich gesteigerte Nachfrage erforderlichen Zeit nicht geeignet, erhebliche wirtschaftliche Erfolge zu zeitigen, oder sie führten zu einem ruinösen Preiskampf. Die nicht austauschbaren Farbstoffe hätten nur geringen Anteil am Umsatz der Hersteller. Mit Rücksicht auf diese Besonderheiten des Marktes und die allgemeine Erscheinung beständigen Preisverfalls habe jeder Teilnehmer am Oligopol, der eine Erhöhung seiner Preise beschlossen habe, vernünftigerweise die Erwartung hegen können, daß seine mit den gleichen Rentabilitätsproblemen kämpfenden Konkurrenten ihm folgen würden. Schließlich sei es zwar möglich, auf den einzelnen Märkten unterschiedliche Steigerungssätze anzuwenden, die Wahrscheinlichkeit spreche jedoch dafür, daß eine auf einem bestimmten Markt vorgenommene gleichförmige Preiserhöhung die Grenzen dieses Marktes überschreiten werde, da der Farbstoffmarkt ein internationaler Markt sei.

Zum Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen

25 Artikel 85 stellt den Begriff „aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" neben die Begriffe „Vereinbarungen zwischen Unternehmen" und „Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen", um durch seine Verbotsvorschrift eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen zu erfassen, die zwar noch nicht bis zum Abschluß eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewußt eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten läßt. Die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen erfüllen daher schon ihrem Wesen nach nicht alle Tatbestandsmerkmale einer Vereinbarung, sondern können sich insbesondere auch aus einer im Verhalten der Beteiligten zutage tretenden Koordinierung ergeben. Zwar ist ein Parallelverhalten für sich allein noch nicht einer abgestimmten

Verhaltensweise gleichzusetzen, doch kann es ein wichtiges Indiz für eine solche darstellen, wenn es zu Wettbewerbsbedingungen führt, die im Hinblick auf die Art der Waren, die Bedeutung und Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen. Dies gilt namentlich dann, wenn das Parallelverhalten es den beteiligten Unternehmen ermöglicht, ein Preisgleichgewicht auf einem anderen als dem Niveau zu erzielen, das sich aus dem Wettbewerb ergeben hätte, und erworbene Marktpositionen zum Schaden eines wirklich freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt und der freien Lieferantenwahl durch den Verbraucher zu verfestigen.

26 Die Frage, ob es im vorliegenden Fall zu einer Abstimmung gekommen ist, läßt sich somit nur dann richtig beantworten, wenn die in der angefochtenen Entscheidung angeführten Indizien nicht einzeln, sondern in ihrer Gesamtheit unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Farbstoffmarktes gewürdigt werden.

Zu den Besonderheiten des Farbstoffmarktes

27 Der Farbstoffmarkt ist dadurch gekennzeichnet, daß 80 % des Absatzes auf etwa zehn Herstellerfirmen entfallen, die im allgemeinen eine beträchtliche Größenordnung haben und häufig außer Farbstoffen auch andere chemische Erzeugnisse oder pharmazeutische Spezialerzeugnisse herstellen. Diese Unternehmen haben sehr unterschiedliche Produktions- und damit auch Kostenstrukturen. Dadurch wird es für den einzelnen Hersteller schwierig, sich Kenntnis von den Kosten der Konkurrenten zu verschaffen. Die Gesamtzahl der Farbstoffe ist sehr hoch, denn jedes einzelne Unternehmen stellt mehr als tausend Artikel her. Der durchschnittliche Grad der Austauschbarkeit dieser Erzeugnisse wird bei Standardfarbstoffen als relativ gut angesehen, während er für die Spezialfarbstoffe sehr niedrig oder sogar gleich Null sein kann. Bei den Spezialerzeugnissen tendiert der Markt in gewissen Fällen zur Oligopolbildung. Wegen der verhältnismäßig geringen Auswirkung des Farbstoffpreises auf den Preis des Enderzeugnisses des Abnehmers ist die Beweglichkeit der Nachfrage bei Farbstoffen im gesamten Markt beschränkt, was kurzfristig zu Preiserhöhungen angeregt. Andererseits steigt die Gesamtnachfrage nach Farbstoffen beständig, was den Herstellern eher einen Anreiz zu einer Politik gibt, die sie an diesem Wachstum teilhaben läßt.

28 Für den Farbstoffmarkt in der Gemeinschaft ist kennzeichnend, daß es fünf isolierte nationale Märkte mit unterschiedlichem Preisniveau gibt, ohne daß sich dies durch Unterschiede bei den Kosten und Belastungen erklären läßt,

welche die Hersteller in den einzelnen Ländern zu tragen haben. Die Errichtung des Gemeinsamen Marktes war auf diese Lage anscheinend ohne Einfluß, denn die Unterschiede im Preisniveau der einzelnen Staaten haben sich kaum verringert. Es steht im Gegenteil fest, daß jeder der nationalen Märkte oligopolistische Merkmale aufweist und daß sich auf der Mehrzahl dieser Märkte das Preisniveau unter dem Einfluß eines Preisführers bildet, der in einigen Fällen der bedeutendste inländische Hersteller ist, in anderen jedoch seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat oder einem Drittland hat und über eine Tochtergesellschaft tätig wird. Diese Abschottung der Märkte ist nach Meinung der Sachverständigen auf die Notwendigkeit zurückzuführen, den Verbrauchern an Ort und Stelle einen anwendungstechnischen Kundendienst zur Verfügung zu stellen und sofortige Belieferung, im allgemeinen in begrenzten Mengen, zu gewährleisten, wobei die Hersteller — von Ausnahmen abgesehen — an ihre in den einzelnen Mitgliedstaaten ansässigen Tochtergesellschaften liefern und durch ein Netz von Vertretungen und Auslieferungslagern sicherstellen, daß den besonderen Wünschen der Abnehmer hinsichtlich des Kundendienstes und der Belieferung Rechnung getragen wird. Im Laufe des Verfahrens hat sich ergeben, daß sich die Preise selbst dann, wenn der Hersteller mit einem bedeutenden Abnehmer in einem anderen Mitgliedstaat unmittelbar in Verbindung tritt, üblicherweise nach der geographischen Lage des Abnehmerbetriebes bilden und am Preisniveau des nationalen Marktes orientieren. Wenn sich die Hersteller mit dieser Handhabung auch in erster Linie den Besonderheiten des Farbstoffmarkts und den Bedürfnissen ihrer Kundschaft angepaßt haben, so ist doch die dadurch bedingte Abschottung des Marktes geeignet, den Wettbewerb aufzuspalten und auf diese Weise die Verbraucher in ihrem nationalen Markt zu isolieren und zu verhindern, daß sämtliche Hersteller einander auf dem gesamten Gebiet des Gemeinsamen Marktes gegenübertreten. Vor diesem die Funktionsweise des Farbstoffmarkts kennzeichnenden Hintergrund sind die streitigen Vorgänge zu würdigen.

Zu den Preiserhöhungen von 1964, 1965 und 1967

29 Die Preiserhöhungen von 1964, 1965 und 1967, die Gegenstand der angefochtenen Entscheidung sind, stehen miteinander im Zusammenhang. Die am 1. Januar 1965 in Deutschland vorgenommene Erhöhung der Preise für die meisten Anilin-Farbstoffe um 15 % war nur die Erstreckung der im Januar 1964 in Italien, den Niederlanden, in Belgien und Luxemburg festgesetzten Preiserhöhung auf einen weiteren nationalen Markt. Die Preiserhöhung für bestimmte Farbstoffe und Pigmente, die am 1. Januar 1965 in allen Mitgliedstaaten außer in Frankreich stattfand, erstreckte sich auf alle von der ersten Preiserhöhung ausgenommenen Erzeugnisse. Wenn die im Herbst 1967 durchgeführte Preiserhöhung sich allgemein auf 8 %, in Frankreich jedoch auf

12 % belief, so sollten damit in diesem Land die Erhöhungen von 1964 und 1965 nachgeholt werden, an denen der französische Markt wegen des Preisüberwachungssystems nicht teilgenommen hatte. Infolgedessen können diese drei Preiserhöhungen nicht voneinander getrennt werden, obwohl sie nicht völlig in der gleichen Weise vor sich gegangen sind.

30 Im Jahre 1964 haben alle betroffenen Unternehmen ihre Preiserhöhungen angekündigt und dann sogleich angewandt. Die Initiative ging von der Firma Ciba-Italien aus, die am 7. Januar 1964 auf Weisung der Ciba-Schweiz eine Preiserhöhung von 15 % ankündigte und sogleich in Kraft setzte; diesem Vorgehen schlossen sich die anderen Hersteller in den folgenden zwei oder drei Tagen auf dem italienischen Markt an. Am 9. Januar 1964 ergriff die Firma ICI-Holland die Initiative zu einer gleichen Preiserhöhung für die Niederlande, während Bayer am selben Tage auf dem belgisch-luxemburgischen Markt mit einer solchen Erhöhung voranging. Mit geringfügigen Abweichungen, namentlich zwischen den Preiserhöhungen der deutschen Unternehmen einerseits und denen der schweizerischen und englischen Unternehmen andererseits, betrafen diese Erhöhungen bei den einzelnen Herstellern und für die einzelnen Märkte das gleiche Sortiment, und zwar die meisten Anilin-Farbstoffe mit Ausnahme der Pigmente, ferner Lebensmittel- und Kosmetikfarbstoffe.

31 Was die Preiserhöhungen von 1965 anbelangt, so hatten einige Unternehmen solche Erhöhungen zu verschiedenen Zeitpunkten zwischen dem 14. Oktober 1964 und dem 28. Dezember 1964 im voraus angekündigt; sie betrugen auf dem deutschen Markt 15 % bei den Erzeugnissen, für die auf den anderen Märkten die Preise bereits entsprechend erhöht worden waren, und 10 % bei den Erzeugnissen, deren Preis noch nicht heraufgesetzt worden war. Die erste Ankündigung machte BASF am 14. Oktober 1964, ihr folgten Bayer am 30. Oktober und Cassella am 5. November. Diese Erhöhungen wurden auf allen Märkten gleichzeitig zum 1. Januar 1965 in Kraft gesetzt; ausgenommen waren der französische Markt wegen des Preisstopps in Frankreich sowie der italienische Markt, auf dem sich der wichtigste italienische Hersteller, die Firma ACNA, geweigert hatte, eine Erhöhung vorzunehmen, was die übrigen Hersteller gleichfalls zum Verzicht auf die Erhöhung ihrer Preise veranlaßte. ACNA unterließ auch die zehnprozentige Preiserhöhung auf dem deutschen Markt. Im übrigen handelte es sich um eine allgemeine Preiserhöhung, die von allen in der angefochtenen Entscheidung genannnten Herstellern gleichzeitig in Kraft gesetzt wurde und hinsichtlich des betroffenen Warensortiments keine Abweichungen aufwies.

32 Was die Preiserhöhung von 1967 betrifft, so gab die Firma Geigy auf einer Sitzung, die am 18. August 1967 in Basel stattfand und an der mit Ausnahme

der Firma ACNA alle in der angefochtenen Entscheidung genannten Hersteller teilnahmen, ihre Absicht bekannt, die Verkaufspreise mit Wirkung vom 16. Oktober 1967 um 8 % heraufzusetzen. Bei dieser Gelegenheit teilten die Vertreter von Bayer und Francolor mit, daß ihre Unternehmen gleichfalls eine Preiserhöhung beabsichtigten. Bereits Mitte September haben dann alle durch die angefochtene Entscheidung betroffenen Unternehmen eine Preiserhöhung von 8 % — in Frankreich von 12 % — angekündigt, die in allen Ländern am 16. Oktober in Kraft treten sollte, jedoch nicht in Italien, wo sich die Firma ACNA erneut weigerte, ihre Preise heraufzusetzen, aber ihre Bereitschaft erklärte, sich der Preisbewegung auf zwei anderen Märkten, wenn auch zu anderen Zeitpunkten als dem 16. Oktober, anzuschließen.

33 Im ganzen gesehen verraten diese drei aufeinanderfolgenden Preiserhöhungen eine fortschreitende Zusammenarbeit zwischen den betroffenen Unternehmen. Nachdem man im Jahre 1964, in dem Ankündigung und Inkraftsetzung der Erhöhungen zusammenfielen, aber hinsichtlich des betroffenen Warensortiments geringfügige Abweichungen bestanden, Erfahrungen gesammelt hatte, lassen die Erhöhungen von 1965 und 1967 insofern ein anderes Vorgehen erkennen, als die Unternehmen, von denen die Initiative ausging (BASF und Geigy), ihre Erhöhungsabsicht jeweils einige Zeit vor der Verwirklichung ankündigten und damit den Unternehmen Gelegenheit gaben, ihre wechselseitigen Reaktionen auf den einzelnen Märkten zu beobachten und sich diesen Reaktionen anzupassen. Durch diese Vorankündigungen beseitigten die einzelnen Unternehmen untereinander jede Ungewißheit über ihr zukünftiges Verhalten und damit zum großen Teil auch das normale Risiko, das mit jeder autonomen Änderung des Verhaltens auf einem oder mehreren Märkten verbunden ist. Dies galt um so mehr, als diese Ankündigungen, die zur Festsetzung globaler und einheitlicher Preiserhöhungen für die Farbstoffmärkte führten, diese Märkte hinsichtlich der Steigerungssätze transparent machten. Somit haben die betroffenen Unternehmen durch ihre Handlungsweise vorübergehend bei den Preisen einige Wettbewerbsbedingungen des Marktes ausgeschaltet, die einem einheitlichen Prallelverhalten entgegenstanden.

34 Daß sie ihre Verhaltensweisen nicht unabhängig voneinander gewählt haben, wird durch die Prüfung weiterer Marktfaktoren bestätigt. Der europäische Farbstoffmarkt kann angesichts der Zahl der beteiligten Hersteller nicht als ein Oligopol im strengen Wortsinn angesehen werden, in dem der Preiswettbewerb keine wesentliche Rolle mehr spielen könnte. Diese Hersteller sind mächtig und zahlreich genug, um ein nicht unbeachtliches Risiko zu begründen, daß bei allgemeinen Preissteigerungen einige von ihnen der allgemeinen Bewegung nicht folgen, sondern versuchen werden, ihren Marktanteil durch individuelles Vorgehen zu vergrößern. Außerdem macht die Abschottung des Gemeinsamen Marktes in fünf nationale Märkte mit unterschiedlichem Preis-

niveau und verschiedener Struktur eine spontane und zugleich auf allen nationalen Märkten einheitliche Preiserhöhung unwahrscheinlich. Selbst wenn eine allgemeine und dennoch spontane Preiserhöhung auf jedem einzelnen der nationalen Märkte allenfalls noch vorstellbar gewesen wäre, hätte man doch erwarten müssen, daß diese Erhöhungen je nach den besonderen Gegebenheiten der einzelnen nationalen Märkte verschieden groß gewesen wären. Nach alledem mag ein paralleles Preisverhalten für die betroffenen Unternehmen zwar ein lohnendes und ohne Risiken erreichbares Ziel gewesen sein; es läßt sich jedoch schwerlich annehmen, daß ein solches Parallelverhalten hinsichtlich des Zeitpunktes, der betroffenen nationalen Märkte und des betroffenen Warensortiments ohne vorherige Abstimmung zustande kommen konnte.

35 Ebensowenig erscheint es glaubhaft, daß die Preiserhöhungen von Januar 1964, die zunächst auf dem italienischen Markt eingeführt und dann auf die Märkte Hollands und Belgien-Luxemburgs ausgedehnt wurden, obwohl diese Märkte hinsichtlich des Preisniveaus und der Wettbewerbsstruktur kaum miteinander in Beziehung stehen, binnen einer Frist von zwei bis drei Tagen ohne vorherige Abstimmung in Kraft gesetzt werden konnten. Bei den Erhöhungen von 1965 und 1967 war die Abstimmung offensichtlich, da die Gesamtheit der Absichtserklärungen über die von einem bestimmten Zeitpunkt an und für ein bestimmtes Warensortiment vorzunehmende Preiserhöhung die Hersteller in die Lage versetzte, ihr jeweiliges Verhalten für die Sonderfälle Frankreich und Italien festzulegen. Durch dieses Vorgehen haben die Unternehmen untereinander im voraus die Ungewißheit über ihr wechselseitiges Verhalten auf den verschiedenen Märkten und damit zu einem großen Teil auch das Risiko ausgeräumt, das mit jeder autonomen Änderung des Marktverhaltens verbunden ist. Die allgemeine und einheitliche Preiserhöhung auf diesen verschiedenen Märkten läßt sich nur durch die gleichgerichtete Absicht dieser Unternehmen erklären, einerseits das Preisniveau und die durch den Rabattwettbewerb entstandene Lage zu verbessern und andererseits das mit jeder Preiserhöhung verbundene Risiko einer Veränderung der Wettbewerbsbedingungen zu vermeiden. Daß die angekündigten Preiserhöhungen in Italien nicht in Kraft gesetzt worden sind und die Firma ACNA sich der Preiserhöhung von 1967 für die anderen Märkte nur teilweise angeschlossen hat, widerlegt diese Schlußfolgerung keineswegs, sondern bestätigt sie eher.

36 Der Preiswettbewerb soll die Preise auf einem möglichst niedrigen Niveau halten und den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten erleichtern, um so eine optimale, an der Produktivität und dem Anpassungsvermögen der Unternehmen ausgerichtete Arbeitsteilung zu ermöglichen. Unterschiedliche Steigerungssätze kommen einem der wesentlichen Ziele des Vertrages entgegen, nämlich der gegenseitigen Durchdringung der nationalen Märkte, und damit auch dem Ziel, den Verbrauchern unmittelbaren Zugang zu den Produktions-

quellen der ganzen Gemeinschaft zu verschaffen. Auf dem Farbstoffmarkt ist es von besonderer Bedeutung, jedes Vorgehen zu verhindern, das die Möglichkeiten der gegenseitigen Durchdringung der einzelnen nationalen Märkte auf der Verbraucherebene künstlich verringern könnte, denn dieser Markt weist nur eine begrenzte Beweglichkeit auf, was auf Faktoren zurückzuführen ist wie die fehlende Preistransparenz, die Interdependenz der verschiedenen Farbstoffe des einzelnen Herstellers im Hinblick auf die Zusammenstellung der von jedem Verbraucher benötigten Produktpalette, den verhältnismäßig geringen Anteil des Preises dieser Erzeugnisse an den Kosten des vom Abnehmer hergestellten Enderzeugnisses, den Vorteil für den Abnehmer, über einen einheimischen Lieferanten zu verfügen, und die Auswirkung der Transportkosten. Zwar steht es jedem Hersteller frei, seine Preise nach Belieben zu ändern und hierbei dem gegenwärtigen oder vorhersehbaren zukünftigen Verhalten seiner Konkurrenten Rechnung zu tragen, doch verstößt es gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrages, wenn ein Hersteller mit seinen Konkurrenten — in welcher Art auch immer — zusammenwirkt, um für eine Preiserhöhung ein koordiniertes Vorgehen festzulegen und den Erfolg dieser Erhöhung dadurch zu sichern, daß im voraus hinsichtlich der wesentlichen Faktoren dieses Vorgehens — wie Steigerungssätze, Gegenstand, Zeitpunkt und Ort der Preiserhöhungen — jede Unsicherheit über das wechselseitige Verhalten beseitigt wird. Bei dieser Sachlage und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Farbstoffmarktes ist davon auszugehen, daß das Verhalten der Klägerin im Zusammenwirken mit anderen am Verfahren beteiligten Unternehmen darauf abzielte, die Risiken des Wettbewerbs und die Ungewißheit über nicht abgestimmte Reaktionen der Konkurrenten auszuschalten und statt dessen zu einer Zusammenarbeit zu gelangen, die eine durch Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages verbotene abgestimmte Verhaltensweise darstellt.

Zur Auswirkung der Abstimmung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten

37 Die Klägerin macht geltend, die einheitlichen Preiserhöhungen hätten den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen können, weil die Verbraucher es trotz der spürbaren Unterschiede zwischen den in den einzelnen Staaten angewandten Preisen stets vorgezogen hätten, ihre Farbstoffkäufe im Inland zu tätigen.

38 Aus den vorangegangenen Feststellungen folgt indessen, daß die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, welche die Marktaufspaltung aufrechterhalten sollten, die Bedingungen ungünstig beeinflussen konnten, unter denen sich

der Handel mit Farbstoffen zwischen den Mitgliedstaaten abspielt. Die Unternehmen, die diese Verhaltensweisen praktiziert haben, wollten bei den einzelnen Preiserhöhungen das Risiko einer Veränderung der Wettbewerbsbedingungen auf ein Mindestmaß verringern. Die Einheitlichkeit und Gleichzeitigkeit der Preiserhöhungen hat namentlich dazu gedient, ein Abwandern der Kundschaft der einzelnen Unternehmen zu verhindern und dadurch erworbene Marktpositionen zu verfestigen, und hat auf diese Weise dazu beigetragen, die Aufteilung der traditionellen nationalen Märkte dieser Waren zum Nachteil eines wirklich freien Farbstoffhandels im Gemeinsamen Markt weiter zu „zementieren".

39 Das Vorbringen der Klägerin ist daher unbegründet.

Zur Geldbuße

40 Die Klägerin rügt, die angefochtene Entscheidung berücksichtige die Geldbuße nicht, die ihr das Bundeskartellamt durch seinen Bescheid vom 28. November 1967 auferlegt habe.

41 Da der Bescheid des Bundeskartellamts aufgehoben worden ist, ist das Rechtsschutzinteresse für diese Rüge entfallen, so daß deren Begründetheit nicht geprüft zu werden braucht.

42 Im Hinblick auf die Anzahl und Bedeutung der Handlungen, durch welche die Klägerin an den unerlaubten Verhaltensweisen teilgenommen hat, sowie auf deren Folgen für die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes bei den Farbstoffen steht die Höhe der Geldbuße in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft.

Kosten

43 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Die Klägerin ist mit ihrem Vorbringen unterlegen. Sie ist daher zu verurteilen, die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Aufgrund der Prozeßakten,

nach Anhörung des Berichtes des Berichterstatters,
nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Parteien,
nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts,
aufgrund des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere seiner Artikel 85 und 173,

aufgrund der Verordnung Nr. 17/62 des Rates vom 6. Februar 1962,
aufgrund der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission vom 25. Juli 1963,
aufgrund des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften,
aufgrund der Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften

hat

DER GERICHTSHOF

unter Abweisung aller weitergehenden oder gegenteiligen Anträge für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Klage wird abgewiesen.**
2. **Die Klägerin wird verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.**

Lecourt Mertens de Wilmars Kutscher

Donner Trabucchi Monaco Pescatore

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 14. Juli 1972.

Der Kanzler
A. Van Houtte

Der Präsident
R. Lecourt

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS HENRI MAYRAS

(siehe Rechtssache 48/69, Seite 667)