SCHLUSSANTRÄGE DES ZUM GENERALANWALT BESTELLTEN RICHTERS BO VESTERDORF
vom 10. Juli 1991 *

Inhaltsverzeichnis

Einleitung ..... II- 875

Die strukturellen Probleme des Polypropylenmarktes zwischen 1977 und 1983 ..... II- 876

I — Allgemeiner Teil ..... II- 878

A — Fragen des Verwaltungsverfahrens ..... II- 878

1. Der Ablauf der Verwaltungsverfahren ..... II- 878

2. Die Hauptgesichtspunkte der Klägerinnen ..... II- 883

3. Der Charakter der Wettbewerbssachen ..... II- 884

4. Die interne Arbeitsweise der Kommission ..... II- 886

a) Die interne Arbeitsorganisation der Kommission ..... II- 886

b) Der Anhörungsbeauftragte ..... II- 888

5. Akteneinsicht ..... II- 889

a) Der Bericht des Anhörungsbeauftragten ..... II- 889

* Originalsprache: Dänisch.

b) Interne Arbeitsunterlagen für die Pressekonferenz ..... II- 891

c) Die übrigen Fragen bezüglich der Akteneinsicht und der Vorlage von Beweismaterial an die Unternehmen ..... II- 892

6. Während des Verfahrens geänderte rechtliche Beurteilung ..... II- 900

7. Die Niederschrift der mündlichen Verhandlungen vor der Kommission ..... II- 907

B — Die Begründung der Entscheidung ..... II- 907

1. Das Erfordernis der Begründung im allgemeinen ..... II- 907

2. Die Pflicht der Kommission, zu den vor Erlaß der Entscheidung vorgetragenen Beweisen und Argumenten in der Entscheidung Stellung zu nehmen ..... II- 908

3. Die Individualisierung der Entscheidung ..... II- 911

4. Die Auslegung des Artikels 85 als formelles Problem ..... II- 912

C — Der Begriff „Unternehmen" als „Handlungssubjekt" ..... II- 913

D — Auslegung des Artikels 85 ..... II- 921

1. Einleitung ..... II- 921

2. Der Begriff der Vereinbarung ..... II- 922

3. Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise ..... II- 923

a) Die Problemstellung ..... II- 923

b) Die Bedeutung der Frage für die vorliegenden Rechtssachen ..... II- 924

c) Das Vorbringen der Parteien ..... II- 925

d) Der historische Hintergrund ..... II- 927

e) Stellungnahmen des Gerichtshofes zum Begriff der abgestimmten Verhaltensweise ..... II- 929

f) Stellungnahmen der Generalanwälte des Gerichtshofes zu der Frage ..... II- 933

g) Die Lehre ..... II- 935

h) Zum Ausgangspunkt der Auslegung ..... II- 939

i) Verlangt die „abgestimmte Verhaltensweise" ein Marktverhalten? ..... II- 939

j) Die Struktur der beiden Formen der Zuwiderhandlung ..... II- 944

4. Läßt sich im Rahmen des Artikels 85 eine Theorie des Versuchs aufstellen? ..... II- 945

5. War das Verhalten der Unternehmen ein objektiv untaugliches Mittel? ..... II- 946

6. Liegt eine einzige Vereinbarung oder eine einzige abgestimmte Verhaltensweise vor? ..... II- 948

7. Kollektive Verantwortlichkeit nach Artikel 85 Absatz 1? ..... II- 950

E — Allgemeines zur Beweiswürdigung sowie zu den Beweisarten und Beweisen ..... II- 953

1. Allgemeines ..... II- 953

2. Die freie Beweiswürdigung ..... II- 954

3. Zeugenbeweis ..... II- 954

4. Urkundenbeweise ..... II- 955

5. Die wirtschaftlichen Analysen ..... II- 957

6. Zielpreise und Mengenziele als Gegenstand von Vereinbarung oder Abstimmung ..... II- 957

F — Gibt es Beweise für ein Kartell? ..... II- 960

1. Einleitung ..... II- 961

2. Die angebliche Mindestpreisvereinbarung ..... II- 961

3. Die Fortführung der Mindestpreisvereinbarung ..... II- 965

4. Die Herstellersitzungen ..... II- 965

5. Beurteilung der Situation im Jahr 1977 ..... II- 965

6. Beurteilung der Situation im Jahr 1978 ..... II- 968

7. Beurteilung der Situation im Jahr 1979 ..... II- 970

8. Die Preisinitiativen ..... II- 971

a) Die Preisinitiative von Juli bis Dezember 1979 ..... II- 971

b) Januar bis Mai 1981 ..... II- 975

c) August bis Dezember 1981 ..... II- 977

d) Die Zeiten von Juni bis Juli 1982 und September bis November 1982 .... II- 979

e) Das Ende des Preiskartells ..... II- 980

9. Die Quotenregelungen ..... II- 981

a) Die Regelung für 1980 ..... II- 981

b) Die Zeit von 1981 bis 1982 ..... II- 983

1981 ..... II- 984

1982 ..... II- 985

c) Quotenregelungen im Jahr 1983 ..... II- 986

10. Account management und account leadership ..... II- 987

11. Andere Unterstützungsmaßnahmen ..... II- 988

G — Verjährung ..... II- 988

II — Die einzelnen Rechtssachen ..... II- 990

A — Rhône-Poulenc (Rechtssache T-1/89) ..... II- 990

B — Petrofina (Rechtssache T-2/89) ..... II- 994

C — Atochem (Rechtssache T-3/89) ..... II- 999

D — BASF AG (Rechtssache T-4/89) II-1000

E — Enichem Anic SpA (Rechtssache T-6/89) II-1001

F — Hercules (Rechtssache T-7/89) II-1002

G — DSM NV (Rechtssache T-8/89) II-1006

H — Hüls AG (Rechtssache T-9/89) II-1007

I — Hoechst AG (Rechtssache T-10/89) II-1009

J — Shell (Rechtssache T-11/89) II-1010

K — Solvay (Rechtssache T-12/89) II-1012

L — ICI (Rechtssache T-13/89) II-1013

M — Montedipe SpA (Rechtssache T-14/89) II-1015

N — Chemie Linz AG (Rechtssache T-15/89) II-1016

III — Zu den Sanktionen II-1017

A — Die Bußgeldpolitik der Kommission II-1020

B — Hat die Kommission alle maßgeblichen Faktoren in Betracht gezogen? II-1024

C — Mildernde Umstände II-1024

D — Herabsetzung der Geldbußen infolge der Nichtigerklärung bestimmter Teile der Entscheidung II-1026

E — Muß die Kommission einen Bußgeldkatalog aufstellen? II-1026

F — Umfang oder Intensität der Beteiligung der einzelnen Unternehmen II-1028

1. Der Umfang, wie er in der Entscheidung der Kommission behauptet wird II-1028

2. Die vier großen Hersteller II-1030

3. Die kleineren Hersteller II-1030

IV — Entscheidungsvorschlag II-1032

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Einleitung

Auf Antrag der Ersten Kammer des Gerichts hat das Plenum des Gerichts am 16. November 1989 beschlossen, in den Rechtssachen T-1/89 bis T-4/89 und T-6/89 bis T-15/89 (Polypropylen) einen Generalanwalt zu bestellen. Später hat der Präsident des Gerichts mich für diese Aufgabe bestimmt. Die Durchsicht der Prozeßakten und der Eindruck, den die mündliche Verhandlung vermittelt hat, bestätigen, daß die Rechtssachen die jetzt in der eigenen Verfahrensordnung des Gerichts für die Bestellung eines Generalanwalts festgelegten Kriterien vollständig erfüllen, daß nämlich die rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten der Rechtssache dies gebieten.

In den Rechtssachen geht es um die Entscheidung der Kommission vom 23. April 1986 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/31.149 — Polypropylen; ABl. L 230, S. 1). Mit der Entscheidung wurden gegen fünfzehn Unternehmen der chemischen Industrie hohe Geldbußen mit der Begründung festgesetzt, sie seien von Mitte 1977 bis wenigstens November 1983 im einzelnen unterschiedlich lang an einer Vereinbarung und abgestimmten Verhaltensweise beteiligt gewesen, durch die sie ein Preiskartell gebildet und Quotenregelungen sowie andere Maßnahmen zur Stützung des Preiskartells eingeführt haben sollen. Außerdem hat die Kommission den Unternehmen mit der Entscheidung aufgegeben, die Zuwiderhandlungen abzustellen.

Vierzehn der fünfzehn Unternehmen haben daraufhin Klage erhoben und mit geringen Abweichungen in der einzelnen Ausgestaltung die Anträge gestellt, die Entscheidung aufzuheben, hilfsweise die gegen sie festgesetzten Geldbußen aufzuheben oder herabzusetzen. Mit Beschluß vom 25. September 1990 hat das Gericht die vierzehn Rechtssachen zu gemeinsamer mündlicher Verhandlung verbunden.

Die anhängigen Rechtssachen enthalten neben einer Reihe formeller Rügen, die das Verwaltungsverfahren der Kommission in diesen Sachen betreffen, eine Reihe wichtiger Fragen nach der Auslegung des Artikels 85 EWG-Vertrag. Auf letzteres Problem gehen alle Schriftsätze ausführlich ein, und die Entscheidung hierüber wird für die zukünftige Anwendung des Artikels 85 von grundlegender Bedeutung sein. Wie das Gericht weiß, ging die Kommission in der mündlichen Verhandlung sogar so weit, daß sie zu erkennen gab, daß Artikel 85 geändert werden müsse, wenn die entscheidenden Argumente der Kommission zur Auslegung und Anwendung des Artikels 85 keine Bestätigung erfahren sollten. Ein erster wesentlicher Punkt in den Rechtssachen ist die Frage, wie der Begriff „abgestimmte Verhaltensweise" in Artikel 85 auszulegen ist, außer natürlich, alles, was die Kommission rügt, ließe sich als „Vereinbarungen" im Sinne von Artikel 85 einstufen. Dabei stellt sich die Frage, ob die Kommission mit ihrer Ansicht Recht hat, daß eine abgestimmte Verhaltensweise nach Artikel 85 bereits zu dem Zeitpunkt vorliegt, zu dem die „Abstimmung" erfolgt, oder ob daneben auch eine „Verhaltensweise" in dem von den Klägerinnen befürworteten Sinne vorliegen muß, ob also nachweislich versucht worden sein muß, die „Abstimmung" am Markt durch unmittelbare Durchführungshandlungen gegenüber den Kunden der Unternehmen zu verwirklichen. Ein anderes Hauptproblem ist, inwiefern die von den Parteien ausführlich erörterte „Rahmenvereinbarung" eine einzige Vereinbarung im Sinne

des Artikels 85 darstellen kann, wenn auf der einen Seite keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die später getroffenen Maßnahmen im großen und ganzen auf einer Vereinbarung über künftige Zusammenarbeit zwischen den Klägerinnen beruhten, während andererseits davon ausgegangen werden darf, daß sehr viele Maßnahmen in die Tat umgesetzt wurden, die, wie sich von jeder einzelnen sagen läßt, auf Vereinbarungen beruhten oder eine abgestimmte Verhaltensweise darstellten, die im Ganzen ein Muster bildet, und in erheblichem Umfang systematisiert waren. Ein drittes Hauptproblem ist die Frage der Beteiligung der einzelnen Klägerinnen. Dabei geht es um zwei Probleme, nämlich auf der einen Seite um die Frage des Beweises und auf der anderen Seite um die Frage nach der Verantwortlichkeit für die Zusammenarbeit oder die Mitwirkung oder, wie es im Verfahren genannt worden ist, die Frage der kollektiven Verantwortlichkeit oder der kollektiven Gesetzübertretung.

Eine Reihe der formellen Rügen kehren in den meisten Rechtssachen wieder, und die soeben beschriebenen Hauptprobleme sind bis auf wenige Ausnahmen allen Rechtssachen gemeinsam. Gleiches gilt für die Frage der Sanktionen. Ich habe mich deshalb dafür entschieden, meine Schlußanträge so aufzubauen, daß ich mit einem allgemeinen Teil beginne, in dem ich die Fragen behandele, die die angeblichen formellen Mängel der Entscheidung der Kommission und die Auslegung und Anwendung des Artikels 85 sowie die allgemeinen Prinzipien betreffen, die sich im Zusammenhang mit dem Nachweis einer Zuwiderhandlung in Rechtssachen wie den vorliegenden aufstellen lassen. Danach werde ich im zweiten Teil die einzelnen Rechtssachen darauf hin durchgehen, wie die Beweislage in bezug auf die einzelnen Klägerinnen ist. Schließlich werde ich im dritten Teil die Fragen der Sanktionen behandeln.

Die strukturellen Probleme des Polypropylenmarktes zwischen 1977 und 1983

Wie sich aus zahlreichen Äußerungen in den Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung sowie aus der Entscheidung der Kommission ergibt, sind die vorliegenden Rechtssachen geprägt durch die ganz erheblichen strukturellen Probleme, die auf dem Polypropylenmarkt zwischen der Mitte der siebziger Jahre und dem Beginn der achtziger Jahre auftraten. Das Problem war die erhebliche Überkapazität, die bei den Herstellern zu einer geringen Rentabilität und in vielen Fällen zu hohen Verlusten bei der Produktion von Polypropylen führte. Die Kommission weist in der Entscheidung (Randnr. 12) darauf hin, daß die sehr kostspieligen Produktionsanlagen so hohe Fixkosten verursachen, daß eine angemessene Rentabilität weitgehend von einem hohen Auslastungsgrad abhängt. Nach dem Ablauf einer Reihe von Patenten um das Jahr 1977 begannen sieben neue Hersteller in Westeuropa aufgrund sehr optimistischer Erwartungen bezüglich der Entwicklung der Nachfrage im Jahr 1977 mit der Produktion von Polypropylen, wodurch die Produktionskapazität ganz erheblich erhöht wurde, ohne daß die Nachfrage in folgenden Jahren damit auch nur annähernd Schritt hielt. Ich halte es für die Entscheidung der Rechtssachen nicht für erforderlich, näher den Hintergrund dafür zu erhellen, warum plötzlich eine solche Überkapazität entstand, da ich, wie sich noch zeigen wird, ebenso wie die Kommission der Meinung bin, daß die Frage, ob, inwiefern und in welchem Umfang einigen Unternehmen innerhalb des betreffenden Industriesektors staatliche Beihilfen gewährt wurden, ohne Bedeutung ist.

Wenn in einer marktorientierten Wirtschaft innerhalb eines bestimmten Sektors eine Überkapazität entsteht, muß die Kapazität auf längere Sicht, wenn alles andere gleich

bleibt, abgebaut werden. Die Kommission hat auch darauf hingewiesen (Randnr. 13 der Entscheidung), daß 1982 darüber Beratungen abgehalten worden seien, die zu dem Vorschlag geführt hätten, die Kapazitäten zu verringern. Die Kommission wollte jedoch ein von den Unternehmen vorgeschlagenes „Krisenkartell" nicht genehmigen, wenn damit „unannehmbare Wettbewerbsbeschränkungen wie eine Preis- oder Quotenfestsetzung verbunden sind".

Wenn auf dem Markt eine Überkapazität besteht, werden die bestehenden Unternehmen, die sich neuen Konkurrenten auf diesem Markt gegenübersehen, normalerweise entweder versuchen, die neuen zu verdrängen, selbst die Produktion einstellen oder senken oder versuchen, mit den neuen Unternehmen zu einer „Ordnung" zu gelangen [1]. Es ist nicht verwunderlich, daß Unternehmen, die eine Situation wie die auf dem Polypropylenmarkt im Jahre 1977 erleben, erwägen, einen vernichtenden Preiswettbewerb, der die vorgenommenen sehr großen Anlageinvestitionen gefährden kann, dadurch zu vermeiden, daß man sich, um vorläufig zu überleben und in Erwartung besserer Zeiten, untereinander arrangiert. Im vorliegenden Fall wurde die Produktionskapazität mehr oder weniger freiwillig in gewissem Umfang verringert, doch nicht entscheidend abgebaut; jedenfalls dauerte die Krise in dieser Industrie sechs Jahre. Letztlich hielt die Krise somit lange und vielleicht länger an, als die beteiligten Unternehmen geglaubt hatten, was insbesondere wohl auf den unmittelbaren und mittelbaren Wirkungen der zweiten großen Ölpreissteigerung im Jahr 1979 und der daraus sich ergebenden Preissteigerung beim Rohstoff Propylen sowie auf der allgemeinen Rezession beruhte, die eine Abschwächung der Nachfrage zur Folge hatte.

Diese Betrachtungen führen zu Überlegungen, bei denen es um eines der grundlegenden Probleme des Wettbewerbsrechts geht, nämlich zu der Frage, in welchem Umfang und in welchem Rahmen Unternehmen, die normalerweise miteinander im Wettbewerb stehen, rechtmäßig zusammenarbeiten können, um ihre gemeinsamen Interessen zu verteidigen, sei es in organisierter Form in Fachverbänden o. ä. oder im Einzelfall, wenn besondere Probleme auftauchen. Auf der einen Seite steht außer Zweifel, daß Unternehmen ebenso wie Arbeitnehmer Vereinigungsfreiheit genießen und das Recht haben, ihre gewerblichen Interessen gegenüber dem Staat und anderen zu verteidigen, doch steht auf der anderen Seite ebenso außer Frage, daß die Gesellschaft ein maßgebliches Interesse daran hat, daß der Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes nicht verfälscht wird (vgl. Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag). Somit muß ein Gleichgewicht zwischen den Interessen der beteiligten Unternehmen auf der einen Seite und dem Ziel, Verbraucher und andere Partner auf dem Markt nicht unangemessenen Preisen oder Handelsbedingungen auszusetzen, auf der anderen Seite, sichergestellt sein.

Es ist deshalb eine schwierige Fahrt zwischen Skylla und Charybdis, wenn man beurteilen muß, welche Möglichkeiten der Zusammenarbeit Unternehmen haben und wo die Demarkationslinie zwischen rechtmäßigen Beratungen und rechtswidrigen Vereinbarungen und Praktiken überschritten ist. Mit den Worten von Generalanwalt Slynn [2] bedeutet die bloße Teilnahme eines Unternehmens an einem Treffen, bei dem andere vereinbaren, den Wettbewerb zu verfälschen, für sich allein noch nicht, daß dieses Unternehmen an einer Vereinbarung oder an einem abgestimmten Verhalten beteiligt ist. Der Vertreter des Unternehmens könnte ja zu dem Treffen in dem Glauben gekommen sein, daß keine zweifelhaften Punkte

1 — Vgl. Baden Fuller in: *European Law Review*, 1979, S. 439.

2 — Urteil vom 7. Juni 1983 in den verbundenen Rechtssachen 100/80 bis 103/80 (SA Musique Diffusion Française u. a./ Kommission, Slg. 1983, 1825, 1930).

auf der Tagesordnung ständen; wie gesagt muß den Unternehmen eine gewisse Freiheit bei der Diskussion gemeinsamer Probleme zugebilligt werden. Dagegen muß gegenüber dem Versuch, eine der wesentlichsten Funktionen des Marktes, nämlich die freie Preisbildung, zu untergraben, hart durchgegriffen werden; ein Unternehmen, das über einen längeren Zeitraum Mitarbeiter zu vielen Treffen entsendet, auf denen Maßnahmen diskutiert werden, die vielleicht aus der Sicht der Unternehmen unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten des Wirtschaftszweigs verständlich sind, aber nur schwer mit Artikel 85 Absatz 1 in Einklang zu bringen sind, steht meines Erachtens nicht gut da.

Wie der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache Züchner[3] festgestellt hat, steht das Selbständigkeitspostulat des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft „streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, daß Wettbewerbsbedingungen entstehen, die im Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen". Dagegen schließt das Wettbewerbsrecht natürlich Kontakte an sich zwischen Unternehmen nicht aus.

I — Allgemeiner Teil

A — *Fragen des Verwaltungsverfahrens*

Alle Klägerinnen haben mit unterschiedlichem Nachdruck und in verschiedenen Kombinationen geltend gemacht, daß die angefochtene Entscheidung eine Reihe formeller Mängel aufweise. Um dies zu beurteilen, kann es nützlich sein, zunächst einmal zu untersuchen, wie die Kommission das Verwaltungsverfahren in den vorliegenden Rechtssachen durchgeführt hat.

1. *Der Ablauf der Verwaltungsverfahren*

Wie der Entscheidung zu entnehmen ist, führten Vertreter der Kommission am 13. und 14. Oktober 1983 bei zehn Polypropylenherstellern, die den Gemeinsamen Markt versorgen (Atochem, BASF AG, DSM NV, Hercules Chemicals NV, Hoechst AG, Hüls AG, ICI PLC, Montedipe SpA[4], Shell International Chemicals Co. Ltd und Solvay & Cie.), unangemeldet Nachprüfungen gemäß Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17[5] durch. Gegen die genannten Unternehmen wurden später Geldbußen festgesetzt, und sie haben Klage gegen die Kommission erhoben. Weiter wurde eine Nachprüfung bei BP Chimie in Paris durchgeführt. Dieses Unternehmen ist jedoch von der angefochtenen Entscheidung nicht betroffen, da die Kommission meint, nicht genügend Beweismaterial gegen dieses Unternehmen zu besitzen (Randnr. 78, letzter Abschnitt der Entscheidung). Nach den Nachprüfungen ersuchte die Kommission die genannten Unternehmen gemäß Artikel 11 der

3 — Urteil vom 14. Juli 1981 in der Rechtssache 172/80 (Slg. 1981, 2021, Randnr. 14).

4 — Im Verfahren tauchen u. a. die Namen Montedison, Montepolimeri und Montedipe sowie die Abkürzung Monte auf. Aus den Unterlagen der Rechtssache ergibt sich, daß die Muttergesellschaft innerhalb der Montedisongruppe, die Montedison SpA, bis Ende 1980 selbst für die Polypropylenproduktion zuständig war, die am 1. Januar 1981 auf ihre 100 %ige Tochtergesellschaft, die Montepolimeri SpA, übertragen wurde, an die auch die Beschwerdepunkte gerichtet wurden. Wie sich aus Randnummer 8 Absatz 4 in Verbindung mit den Artikeln 3 und 5 der Entscheidung ergibt, wurde der Montedisonkonzern intern neu geordnet, was dazu führte, daß die Entscheidung, sich an die Montedipe SpA richtete, die Klägerin in der Rechtssache T-14/89 ist. Im folgenden wird das Unternehmen Montedipe (SpA) oder Monte genannt.

5 — Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962; Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. 1962, S. 204).

Verordnung Nr. 17 um Auskünfte; ebenso wurden fünf weitere Unternehmen (Amoco, Chemie Linz AG, Petrokjemi AS, Petrofina SA und Anic SpA) um Auskünfte gebeten. Von diesen fünf haben drei Klage gegen die Kommission erhoben; ein Unternehmen, die SAGA Petrokjemi AS & Co., hat die gegen sie festgesetzte Geldbuße bezahlt; gegen Amoco lag nach Ansicht der Kommission nicht genügend Beweismaterial vor.

Später führten Vertreter der Kommission Nachprüfungen nach Artikel 14 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 bei Enichem Anic SpA und den Verkaufsgesellschaften der Chemie Linz AG im Vereinigten Königreich und in Deutschland durch. Dagegen erfolgten keine Nachprüfungen bei Rhône-Poulenc, die jedoch von der Entscheidung erfaßt wird.

Am 30. April 1984 beschloß die Kommission, von Amts wegen ein Verfahren nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 einzuleiten, und übersandte im Mai 1984 den fünfzehn Unternehmen die Mitteilung der Beschwerdepunkte gemäß der Verordnung. Es ging u. a. um sämtliche Unternehmen — mit Ausnahme von Enichem Anic SpA und Rhône-Poulenc —, die nun Klage erhoben haben. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte war gegliedert in einen gemeinsamen und einen individuellen, an das einzelne Unternehmen gerichteten Teil.

Aus den Akten ergibt sich, daß sämtliche zu diesem Zeitpunkt betroffenen Unternehmen daraufhin eine mündliche Verhandlung nach Artikel 7 der Verordnung Nr. 99/63 beantragten (Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates, ABl. Nr. 127, S. 2268).

Im Juni 1984 gewährte die Kommission den Klägerinnen Akteneinsicht. Dies geschah auf eine Art und Weise, die im Verfahren etwas umstritten war und mit der einige Klägerinnen nicht zufrieden waren.

Am 24. Oktober 1984 trafen sich zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, die am 12. November 1984 beginnen sollte, der Kommissionsbeamte Roland Mussard, der diese Verhandlung leiten sollte, und die Rechtsberater der Unternehmen. Aus einem von Shell vorgelegten Vermerk geht hervor, daß der betreffende Beamte bei dieser Gelegenheit zwei Äußerungen gemacht hat, von denen die eine von den Unternehmen zur Begründung ihres Standpunkts angeführt wird, während sich die Kommission auf die andere beruft. Erstens soll der Beamte gesagt haben, daß ein Vertreter für jedes einzelne Unternehmen bei der mündlichen Verhandlung anwesend sein müsse, d. h., daß die Anwesenheit firmenexterner Berater nicht ausreichend sei, und daß es „das sicherste" sei, wenn es sich bei dem Unternehmensvertreter um einen Angestellten aus der „Verkaufsabteilung" handele. Die zweite Äußerung betraf seine eigene Rolle. Er teilte mit, daß er nur seinen persönlichen Standpunkt zum Ausdruck bringe, der im übrigen nicht „besonders wichtig" sei. Er berichtete danach von einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem zuständigen Kommissar und ihm selbst über seine Rolle im Zusammenhang mit der Durchführung der Wettbewerbssachen oder, anders ausgedrückt, über eine unterschiedliche Auffassung bezüglich der Auslegung der Bestimmungen, die zur Regelung seiner Aufgaben erlassen worden sind[6]. Dies war angeblich der Grund dafür, wie der Rechtsberater von Shell in einem Schreiben vom 30. Oktober 1984 an die Kommission ausführte, daß Shell auf eine Teilnahme an der mündlichen Verhandlung vor der Kommission verzichtete.

6 — Laut dem von Vertretern von Shell nach dem Treffen erstellten Vermerk, Anlage 16 der Klageschrift von Shell (Rechtssache T-11/89).

Aufgrund der Ausführungen der Unternehmen in ihren Antworten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte übersandte die Kommission am 31. Oktober 1984 den Rechtsberatern der Unternehmen eine Reihe von Unterlagen. Darunter befanden sich Kopien von Preisinstruktionen, die die Unternehmen ihren Verkaufsabteilungen erteilt hatten, sowie Verzeichnisse dieser Unterlagen. Die Rechtsberater verschiedener Unternehmen lehnten die damit verknüpften Bedingungen ab und sandten die Unterlagen vor der mündlichen Verhandlung vor der Kommission zurück. Die Rechtsberater kritisierten namentlich die Forderung der Kommission, die Unterlagen den kaufmännischen Abteilungen der betreffenden Unternehmen nicht zugänglich zu machen.

Die ersten mündlichen Verhandlungen vor der Kommission fanden zwischen dem 12. und 20. November 1984 statt. In diesen Verhandlungen weigerten sich mehrere Unternehmen, auf die ihnen am 31. Oktober 1984 übersandten Unterlagen einzugehen; zur Begründung führten sie aus, daß die Kommission ihre Argumentation geändert habe, daß ihnen auf jeden Fall Gelegenheit zu einer schriftlichen Antwort gegeben werden müsse und daß sie im übrigen nicht genügend Zeit gehabt hätten, sich vor der mündlichen Verhandlung vor der Kommission mit den entsprechenden Unterlagen auseinanderzusetzen.

Die Rechtsberater der BASF AG, DSM NV, Hercules Chemicals NV, Hoechst AG, ICI, Chemie Linz AG, Montedipe SpA, SA Petrofina und Solvay übten in einem gemeinsamen Schreiben vom 28. November 1984 (dem sich die Hüls AG mit Schreiben vom 4. Dezember 1984 anschloß) scharfe Kritik an zwei Punkten. Erstens machten sie geltend, daß die Unterlagen, die ihnen am 31. Oktober 1984 übersandt worden seien, neue Rechts- und Beweisfragen aufwürfen. Außerdem brauchten sie genügend Zeit zur Prüfung der Unterlagen und zur Einreichung schriftlicher Erklärungen und müßten anschließend die Möglichkeit haben, diese Fragen in einer neuen mündlichen Verhandlung zu behandeln. Weiterhin kritisierten die Unternehmen die Auflage, daß sie ihren Verkaufsabteilungen die Unterlagen nicht zugänglich machen dürften. Zweitens machten die Unternehmen geltend, daß die von der Kommission vertretene Rechtsauffassung, gegen die die Unternehmen sich verteidigen müßten, nach der ersten Runde der mündlichen Verhandlungen durch einen immer erheblicheren Mangel an Klarheit gekennzeichnet sei. Diese Unsicherheit sei durch die sehr große Unklarheit in der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausgelöst worden. Sie habe schließlich während der mündlichen Verhandlung noch zugenommen. Verschiedene Vertreter der Kommission hätten versucht, mündliche Erklärungen zu der Mitteilung der Beschwerdepunkte abzugeben, und diese Erklärungen seien schwer zu verstehen gewesen und in sich und untereinander widersprüchlich erschienen.

Zum ersten Punkt führten die Unternehmen näher aus, daß sich anhand des Inhalts der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der später übersandten Unterlagen nicht habe feststellen lassen, welche Teile des Beweismaterials die Kommission zur Stütze für ihre verschiedenen Feststellungen im Rahmen der Beweisführung herangezogen habe. Somit habe sich auf der Grundlage der gesamten Unterlagen nicht genau feststellen lassen, was die Kommission gegen jedes einzelne Unternehmen vorbringe. Dies ist, wie sich zeigen wird, ein Problem, das später im Rechtsstreit wieder auftauchen wird.

Außerdem haben die Unternehmen die Frage aufgeworfen, wie der Ausdruck in

dem anschließenden Schreiben vom 31. Oktober 1984 zu verstehen sei, in dem es heißt, daß es sich um eine „repräsentative Auswahl" der Preisinstruktionen u. a. handele. Die Unternehmen gaben in diesem Zusammenhang ihren Befürchtungen Ausdruck, wozu die Kommission das übrige, noch nicht übersandte Beweismaterial vielleicht noch verwenden wolle. Nach Ansicht der Unternehmen steht dieses Verhalten im Gegensatz zu dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache AEG[7]. Bezüglich dieses ersten Punktes verlangten die Unternehmen, daß die Kommission entweder alle weiteren angeblich vergleichbaren Preisinstruktionen, die sie zugrunde legen wolle, sowie die Unterlagen, auf die sich ein solcher Vergleich gründe, angeben oder aber bestätigen müsse, daß sie sich bei einer Entscheidung nicht auf solche nicht angegebenen Vergleiche stützen werde. Weiter verlangten sie, daß die Kommission das Verbot, das übersandte Material den Verkaufsabteilungen der Unternehmen zu zeigen, aufheben solle. Schließlich verlangten sie, daß ihnen Gelegenheit gegeben werde, zu dem neuen Material sowohl schriftlich als auch in einer neuen mündlichen Verhandlung Stellung zu nehmen.

Beim zweiten Punkt warfen die Unternehmen die Frage auf, die später zu einer der Kernfragen des Verfahrens geworden ist, nämlich inwieweit die Kommission in den einzelnen Fällen angeben muß, was sie als Vereinbarung im Sinne des Artikels 85 und was sie als eine abgestimmte Verhaltensweise ansehe. Bereits zu diesem Zeitpunkt machten die Unternehmen den Gesichtspunkt geltend, der auch später der Hauptgesichtspunkt wurde, daß zum Begriff der abgestimmten Verhaltensweise ein objektives Element, ein Verhalten, gehöre, während dies für den Begriff der Vereinbarung nicht gelte.

7 — Urteil vom 25. Oktober 1983 in der Rechtssache 107/82 (Slg. 1983, 3151).

Die Unternehmen meinten, wie sie auch später noch geltend gemacht haben, daß die Mitteilung der Beschwerdepunkte insoweit sehr unklar gewesen sei und der Mangel an Klarheit in der mündlichen Verhandlung noch größer geworden sei; sie verlangten daher, daß die Kommission ihre Vorstellungen verdeutliche.

Aufgrund dessen übersandte die Kommission am 29. März 1985 den Unternehmen eine neue Serie von Preisinstruktionen und Tabellen sowie eine Zusammenfassung der Belege, die es für jede Preisinitiative gab, für die Unterlagen verfügbar waren. Im wesentlichen handelte es sich jedoch um dasselbe Material, das am 31. Oktober 1984 übersandt worden war. In diesem Zusammenhang hob die Kommission das Verbot, das Material den Verkaufsabteilungen zugänglich zu machen, auf; ebenso gab sie den Unternehmen Gelegenheit zur schriftlichen Äußerung und erklärte sich bereit, noch eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Außerdem sandte sie am selben Tag ein Schreiben an die Unternehmen, in dem sie zu den Argumenten der Unternehmen, daß das nach Ansicht der Kommission bestehende Kartell nicht genau definiert worden sei, Stellung nahm.

Die Auffassung der Kommission über das Verhältnis von Vereinbarung und abgestimmter Verhaltensweise, wie sie den Unternehmen mit Schreiben vom 29. März 1985 mitgeteilt wurde, läßt sich wie folgt zusammenfassen: Die meisten Polypropylenhersteller hätten sich während eines langen Zeitraums in regelmäßigen, institutionalisierten Sitzungen darauf verständigt, Zielpreise, -mengen und -quoten festzulegen und verschiedene Maßnahmen zur wirkungsvolleren Durchsetzung dieser Pläne zu treffen. Nach den Sitzungen seien die festgelegten Pläne durch Instruktionen an die Verkaufsabteilungen in die Tat umgesetzt worden. Das Maß an Einigkeit, das bezüg-

lich der Preise und Mengen erreicht worden sei, so wie dies aus den detaillierten Berichten, die bei den Sitzungen erstellt worden seien, hervorgehe, liefere die Grundlage für die Feststellung, daß die rechtswidrige Zusammenarbeit zwischen den Sitzungsteilnehmern einer oder mehreren Vereinbarungen nach Artikel 85 Absatz 1, die eine Begrenzung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, gleichgestellt werden können. Dies gelte selbst dann, wenn es nach dem Charakter der Vereinbarungen nicht möglich gewesen sei, sie schriftlich niederzulegen oder mit gesetzlichen Mitteln durchzusetzen. In manchen Fällen könnten Vereinbarungen, die das Ergebnis der Zusammenarbeit seien, sowohl Vereinbarungen als auch abgestimmte Verhaltensweisen sein, namentlich dann, wenn sie vielschichtig, umfassend und Gegenstand ständiger Änderungen seien. Dafür gebe es Beispiele in der Fedetab-Sache, wo der Gerichtshof sich nicht veranlaßt gesehen habe, zwischen den verschiedenen Formen verbotener Verhaltensweisen zu unterscheiden. Selbst wenn gewisse Absprachen zwischen den Herstellern, die an den Sitzungen teilgenommen hätten, im vorliegenden Fall nicht alle Merkmale einer detaillierten „Vereinbarung" aufwiesen, hätten diese Hersteller doch Maßnahmen mit dem gemeinsamen Ziel einer Koordinierung ihrer Geschäftspolitik getroffen. Die genaue Form der rechtswidrigen Zusammenarbeit sei somit nur von untergeordneter Bedeutung; die Hersteller seien an einem rechtswidrigen Kartell beteiligt gewesen, dessen verschiedene Elemente sowohl unter den Begriff „Vereinbarung" als auch unter den der „abgestimmten Verhaltensweise" eingeordnet werden könnten. Selbst wenn davon auszugehen wäre, daß die wettbewerbsbeschränkenden Absprachen der Hersteller insgesamt mehr als eine abgestimmte Verhaltensweise anzusehen wären denn als eine Vereinbarung, an die sich eventuell eine abgestimmte Verhaltensweise anschließe, fände das Verbot des Artikels 85 nicht nur auf ihre gleichgestimmten Verhaltensweisen bei den Preisen und beim Verkauf Anwendung, sondern auch und erst recht bereits auf das Vorbereitungsstadium und im Hinblick auf die vorausgegangenen Treffen. Unter Berücksichtigung dessen könnten Argumente, die beweisen sollten, daß die von der Kommission beanstandeten Handlungen eine „abgestimmte Verhaltensweise" und keine „Vereinbarung" seien — oder umgekehrt —, nicht als sachdienlich erscheinen.

Im Fall von Enichem Anic SpA und Rhône-Poulenc, die bei der ersten Runde nicht einbezogen worden waren, meinte die Kommission, über diese Unternehmen genügend Informationen bekommen zu haben, und übersandte den beiden Firmen deshalb am 29. Oktober 1984 eine Mitteilung der Beschwerdepunkte, die den an die anderen Unternehmen geschickten Mitteilungen entsprach. Die mündliche Verhandlung, die diese Unternehmen und ICI betraf, fand während der zweiten Sitzungsserie im Juli 1985 statt. An dieser zweiten Serie von Sitzungen zwischen dem 8. und 11. Juli 1985 und am 25. Juli 1985 nahmen sämtliche Unternehmen mit Ausnahme von Shell teil, die wie gesagt auch an der ersten Sitzungsserie nicht teilgenommen hatte.

Der Entwurf der Sitzungsniederschrift wurde am 19. November 1985 dem Beratenden Ausschuß für Kartell- und Monopolfragen und am 25. November 1985 den Unternehmen übersandt. Die endgültige Fassung der Niederschrift mit den Änderungen und Ergänzungen der Unternehmen wurde diesen am 8. Juli 1986 übermittelt.

Die Erörterungen vor dem Gericht haben ergeben, daß der Beratende Ausschuß die Sache behandelte, ohne im Besitz der endgültigen Fassung der Niederschrift zu sein, während die Kommission, als sie die Sache behandelte, im Besitz des Entwurfs sowie der Antwort der Unternehmen und der von ihnen verlangten Änderungen war.

Im Zusammenhang mit der Veröffentlichung der angefochtenen Entscheidung hielt

die Kommission eine Pressekonferenz ab und verschickte eine Pressemitteilung. In den Berichten der Pressebüros von der Pressekonferenz heißt es u. a., daß ein Mitarbeiter von Kommissar Sutherland erklärt habe, die Kommission sei der Auffassung gewesen, daß die Polypropylenpreise durch die Tätigkeit des Kartells zwischen 1977 und 1982 künstlich um 15 bis 30 % und 1982 um 40 % angehoben worden seien.

Aufgrund dieses Verfahrensablaufs wurden gegen die beanstandete Entscheidung zahlreiche Formrügen erhoben. Die wichtigsten von ihnen werden in diesem ersten Teil der Schlußanträge behandelt, während Gesichtspunkte, die nur von einzelnen Unternehmen geltend gemacht worden sind, im zweiten Teil in den Abschnitten behandelt werden, die die einzelnen Unternehmen betreffen.

Unter den zahlreichen Rügen, die die Unternehmen, jetzt Klägerinnen, als Formrügen bezeichnet haben, findet sich ein Teil, der sich klar auf das Verwaltungsverfahren bezieht, wie die Frage der Akteneinsicht, während andere auf der Grenze zwischen dem, was sich natürlich als verfahrensrechtliche Frage kennzeichnen läßt, und materiellrechtlichen Problemen liegen, wie z. B. das Argument der DSM NV, die Kommission habe dem Grundsatz „in dubio pro reo" nicht hinreichend Rechnung getragen. In wieder anderen Fällen sieht es so aus, als hielten es einige Klägerinnen für vorteilhaft, klar materiellrechtliche Probleme zu verfahrensrechtlichen Fragen umzudefinieren. Dies kann der Grund für eine gewisse Unsicherheit bei der Qualifikation der zu behandelnden Probleme durch die Klägerinnen sein; auch ist klar, daß zwischen Fragen, die als verfahrensrechtlich einzustufen sind, und materiellrechtlichen Fragen weder logisch noch rechtlich eine scharfe Trennungslinie gezogen werden kann. Auf der anderen Seite ist ebenso klar, daß die Entscheidung einer Frage unabhängig von ihrer Qualifizierung erfolgen muß.

2. *Die Hauptgesichtspunkte der Klägerinnen*

Wie der Gerichtshof in einer Reihe von Rechtssachen festgestellt hat, ist der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens ein ganz wesentlicher Grundsatz des Verwaltungsrechts der Gemeinschaft, auch innerhalb des Wettbewerbsrechts. Dem betroffenen Unternehmen müssen somit die Dokumente und anderen Beweise zugänglich gemacht werden, auf die sich die Verwaltung ihm gegenüber berufen will, und es muß ihm Gelegenheit gegeben werden, sowohl zu dem Material, das der Entscheidung zugrunde gelegt wird, als auch zu den rechtlichen Argumenten, auf denen die Entscheidung aufbaut, Stellung zu nehmen.

In den vorliegenden Rechtssachen haben die Klägerinnen eine Reihe von Rügen vorgetragen, die als gemeinsamen Grundton die Überzeugung der Unternehmen zum Ausdruck bringen, daß der Verfahrensablauf und die Entscheidung ihnen keine ausreichenden Möglichkeiten zur Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte geboten hätten. Weiter haben einzelne Klägerinnen die Art und Weise beanstandet, in der die Kommission Wettbewerbssachen behandelt.

Die Klägerinnen machen folgende Hauptgesichtspunkte geltend:

— Die interne Organisation der Kommission werde den Anforderungen nicht gerecht, die an sie zu stellen seien, da

  a) dieselben Personen teils mit der Untersuchung und teils mit der Entscheidung der Sache befaßt gewesen seien

und

b) dem Anhörungsbeauftragten Beschränkungen in seinem Zuständigkeitsbereich gegenüber dem allgemeinen Beschluß der Kommission über die Zuständigkeit des Anhörungsbeauftragten auferlegt worden seien.

— Den Unternehmen sei keine ausreichende Akteneinsicht eingeräumt worden.

— Den Unternehmen seien nicht sämtliche einschlägigen Unterlagen übersandt worden.

— Die zur Entscheidung befugten Organe hätten nicht über eine vollständige, zutreffende Entscheidungsgrundlage verfügt.

— Die Kommission habe ihre rechtliche Beurteilung des Sachverhalts während des Verfahrens geändert.

— Die Entscheidung sei unzureichend begründet, u. a. weil

a) die Kommission weder in ausreichendem Maße auf die Argumente der Unternehmen eingegangen sei noch zu dem von Unternehmen vorgelegten Beweismaterial Stellung genommen habe,

b) die Begründung widersprüchlich sei,

c) die Begründung gegenüber dem einzelnen Unternehmen nicht hinreichend individualisiert worden sei.

Der erstgenannte Hauptgesichtspunkt wirft grundsätzliche Fragen im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Kommission in Wettbewerbssachen auf, was mir Veranlassung gibt, zunächst den allgemeinen Charakter solcher Sachen näher zu untersuchen.

Zwei andere Probleme nehmen insoweit in gewisser Weise eine Sonderstellung ein, weil sie früher in einem Verfahren nach Artikel 91 vor dem Gerichtshof behandelt worden sind. Es handelt sich um die Frage der Akteneinsicht in bezug auf den Bericht des Anhörungsbeauftragten und das Material, das die Grundlage für die Pressekonferenz bildete, die in Verbindung mit der Veröffentlichung der Entscheidung abgehalten wurde. Im übrigen ist ein großer Teil der in den vorliegenden Rechtssachen aufgeworfenen Fragen bezüglich der Formmängel schon in früheren Verfahren vor dem Gerichtshof angesprochen worden.

3. *Der Charakter der Wettbewerbssachen*

In verschiedenen Zusammenhängen haben die Klägerinnen eine eher allgemeine Kritik an der Behandlung von Wettbewerbssachen durch die Kommission geübt. Das Problem berührt eine der wesentlichen Schwierigkeiten, die die Behandlung von Wettbewerbssachen mit sich bringt und die hier in gewissem Umfang im Zusammenhang mit der Behandlung der formellen Rügen und in noch größerem Umfang im Zusammenhang mit der Behandlung der materiellrechtlichen Probleme auftauchen. Ich denke dabei an das klar zu erkennende Spannungsfeld — in den vorliegenden Rechtssachen vielleicht in noch höherem Grad als in früheren beim Gerichtshof anhängigen Rechtssachen — zwischen dem formellen Rahmen der Rechtssachen, den ein Verwaltungsverfahren mit anschließender richterlicher Recht-

mäßigkeitskontrolle bildet, einerseits und dem Inhalt der Rechtssachen, die im großen und ganzen alle Merkmale einer Strafsache aufweisen, andererseits. In verschiedenen Fällen lassen sich die Ausführungen der Parteien allein mit Hilfe der strafrechtlichen und strafprozessualen Terminologie und Begriffswelt verstehen.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist das Verfahren vor der Kommission ein Verwaltungsverfahren. Ich verweise auf das Urteil vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 45/69 (Böhringer Mannheim/Kommission, Slg. 1970, 769, 802, Randnr. 23), wo der Gerichtshof entschieden hat, daß das der Anwendung von Artikel 85 EWG-Vertrag dienende Verfahren vor der Kommission ein Verwaltungsverfahren ist, auch wenn es zur Verhängung von Geldbußen führen kann. Infolgedessen war in jener Rechtssache die Entscheidung der Kommission nicht deshalb rechtswidrig, weil die Mitglieder der Kommission an den Anhörungen nicht selbst teilgenommen haben, sondern dies Beamten nach Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 99/63 überlassen haben.

Weiterhin ist die Kommission kein Gericht in dem Sinne, in dem der Begriff in Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention gebraucht wird. Dies hat der Gerichtshof mehrmals zum Ausdruck gebracht[8], und dem wurde auch nicht von den aufgrund der Menschenrechtskonvention eingesetzten Organen widersprochen (vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 9. Februar 1990[9], wo zu einer sich aus einer der Pioneer-Rechtssachen[8] ergebenden Frage Stellung genommen wurde). Wie der Gerichtshof jedoch ausdrücklich in den genannten Urteilen betont hat, muß die Kommission im Verwaltungsverfahren die gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensgarantien beachten. Daraus folgt, daß auf der einen Seite nicht ohne weiteres institutionelle Forderungen an die Behandlung von Wettbewerbssachen durch die Kommission gestellt werden können, daß aber die Kommission — was eine Selbstverständlichkeit ist — unter allen Umständen die positiven Rechtsvorschriften, aber auch die durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes aufgestellten ungeschriebenen Grundsätze beachten muß. In den Pioneer-Rechtssachen hat der Gerichtshof Stellung genommen zu Artikel 6 Absatz 1 der Menschenrechtskonvention im Zusammenhang mit der Rüge, daß die Entscheidung in dieser Sache rechtswidrig sei, weil die Kommission sowohl richterliche als auch Anklagefunktionen wahrgenommen habe, während er sich in den Fedetab-Rechtssachen zu dem Problem im Zusammenhang mit angeblichen Verstößen gegen eine Reihe von Verfahrensregeln geäußert hat. In keiner dieser Rechtssachen drangen die Unternehmen mit ihrem Standpunkt durch.

Da die Geldbußen, die nach Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 gegen Unternehmen festgesetzt werden können, — trotz des Absatzes 4 dieses Artikels — in Wirklichkeit, was durch das Urteil des Gerichtshofes für Menschenrechte in der Öztürk-Rechtssache[10] nach meiner Meinung bestätigt wird, strafrechtlichen Charakter[11] haben, ist es von entscheidender Bedeutung, daß das Gericht dabei mitwirkt, einen Rechtszustand zu verwirklichen, gegen den sich keine aufgrund der Europäischen Menschenrechtskonvention berechtigte Kritik vorbringen läßt. Jedenfalls muß innerhalb des Rahmens,

8 — Urteil vom 29. Oktober 1980 in den verbundenen Rechtssachen 209/78 bis 215/78 und 218/78, „Fedetab" (Van Landewyck u. a./Kommission, Slg. 1980, 3125, 3248, Randnrn. 79 bis 81), und Urteil vom 7. Juni 1983 in den verbundenen Rechtssachen 100/80 bis 103/80, „Pioneer" (SA Musique Diffusion Française u. a./Kommission, Slg. 1983, 1825, 1880, Randnrn. 6 bis 8).

9 — Sache Nr. 13258/87, M. und Co./Bundesrepublik Deutschland.

10 — Urteil vom 21. Februar 1984.

11 — So auch Pliakos, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la Concurrence*, Bruylant, Brüssel 1987, S. 145 ff.

den die bestehende Regelungsgrundlage und die vorliegende Rechtsprechung bilden, somit versucht werden, sicherzustellen, daß der Rechtsschutz in der Gemeinschaft dem Standard genügt, der im übrigen in Europa als angemessen angesehen wird.

In diesem Zusammenhang ist auch der Hinweis wichtig, daß die geschriebenen und ungeschriebenen Normen einer bestimmten Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit bei der Entscheidung betrachtet werden müssen, ob der oder die betroffenen privaten Beteiligten ausreichende Möglichkeiten zur Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte hatten. Wenn sie also zum Beispiel als Ausgangspunkt keine uneingeschränkte Akteneinsicht haben, die sich auf das gesamte Material erstreckt, das nicht den Charakter von internem Arbeitsmaterial im engeren Sinne hat — was es im Verwaltungsrecht der Gemeinschaft nicht ist —, müssen die Anforderungen an die übrigen Rechtssicherheitsgarantien erheblich verschärft werden, da diese dann das grundlegende Prinzip verwirklichen müssen, daß der einzelne Kenntnis von dem gesamten Material erhalten hat, das für die Entscheidung der Sache von Bedeutung ist, und daß es keine anderen Unterlagen gibt, die von Bedeutung sein könnten. Gerade dieses Problem ist während des Verfahrens besonders erörtert worden im Zusammenhang mit der Befürchtung der Klägerinnen, es könnte unbekanntes Material vorhanden sein, das die Wirkungen des auf der Pressekonferenz behaupteten Kartells belegt, und daß dieses Material der vorliegenden Entscheidung namentlich bei der Festsetzung der Geldbußen zugrunde gelegt worden sein könnte. Deswegen muß sorgfältig geprüft werden, ob die Entscheidung auf einer so sicheren Grundlage beruht, daß die Existenz einschlägigen Materials, das den Unternehmen nicht mitgeteilt worden ist [12], praktisch ausgeschlossen werden kann.

12 — Vgl. hierzu das Urteil des Gerichtshofes vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81 (Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461, 3498, Randnrn. 5 bis 10).

4. *Die interne Arbeitsweise der Kommission*

a) Die interne Arbeitsorganisation der Kommission

Shell hat sowohl im Verfahren vor der Kommission als auch vor dem Gericht geltend gemacht, daß die Kommission während des Verfahrens wesentliche Rechtssicherheitsgarantien außer acht gelassen habe. Die Kommission habe ihrer „Pflicht zu einer gerechten Vorgehensweise" nicht genügt; die Kommission müsse ihre Arbeitsweise so gestalten, daß erstens die Erfüllung dieser Pflicht weitestgehend sichergestellt werden könne und zweitens die Unternehmen, die an Verfahren vor der Kommission beteiligt seien, sowie die Öffentlichkeit ein vernünftiges Maß an Vertrauen in die Kommission als unparteiisches Beschlußorgan haben könnten. In diesem Zusammenhang fordert Shell, daß die Kommission bei der Behandlung der Sache nach den Verordnungen Nr. 17 und Nr. 99/63 zu dem gesamten Beweismaterial objektiv und neutral Stellung nehmen und den Argumenten der Klägerinnen zugänglich sein müsse, die ernste Zweifel an der Richtigkeit des vorläufigen Standpunktes, der in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zum Ausdruck gekommen sei, wecken könnten. Außerdem könne das genannte Ziel nur verwirklicht werden, indem kommissionsintern eine funktionelle Trennung zwischen dem Stadium der „Untersuchung" und dem der „Verfolgung" vorgenommen werde. Eine solche Trennung habe in der Zeit, als die Untersuchungen durchgeführt und die vorliegenden Rechtssachen beurteilt worden seien, nicht stattgefunden, zumindest nicht bis zur Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte. Shell führt einige konkrete Beispiele aus dem Verfahren an, die nach ihrer Auffassung eine so parteiische und unausgewogene Beurteilung einiger Fakten zeigen,

daß die Entscheidung gerechtfertigt wäre, daß die Arbeitsorganisation in der Generaldirektion IV an und für sich geeignet gewesen sei, die Entscheidungen zu Ungunsten der Klägerinnen zu beeinflussen.

Die Kommission trägt nach einer Schilderung der Umgestaltung der Generaldirektion in den Jahren 1984/85, die nach ihrer Meinung geeignet ist, diese Kritik zu widerlegen, vor, daß es keine Bestimmungen gebe, die in dieser Hinsicht festlegten, wie die Kommission ihre interne Arbeit organisieren müsse. Außerdem sei es nicht möglich, eventuelle Fehler oder Fehleinschätzungen auf eine bestimmte Form der Arbeitsorganisation zurückzuführen. Die von den Klägerinnen angeführten Beispiele müßten deshalb insgesamt bei den materiellrechtlichen Fragen behandelt werden. Schließlich verweist die Kommission darauf, daß mehr als 20 Bedienstete in dem Verfahren mitgewirkt hätten.

Zunächst kann man nach meiner Meinung nicht davon ausgehen, daß sich aus möglichen Fehlern oder einer eventuell minderwertigen Arbeit in Einzelfällen der Schluß ziehen läßt, daß allgemein etwas an der Art und Weise verkehrt ist, in der die Arbeit kommissionsintern organisiert ist. Selbst Verwaltungsbehörden, die intern auf die denkbar beste Weise und mit allen möglichen eingebauten Rechtssicherheitsgarantien organisiert sind, können Fehler begehen. Andererseits können Organisationen, deren interne Arbeitsorganisation vielleicht allgemein etwas zu wünschen übrig läßt, ausgezeichnete Arbeit leisten. Ich bin deshalb mit der Kommission der Meinung, daß eventuelle Fehler, die bei der Behandlung des vorliegenden Sachkomplexes begangen worden sind, keine Grundlage für die Feststellung bieten, daß aufgrund der Ausgestaltung der internen Organisation der Kommission von vornherein davon ausgegangen werden könnte, daß diese Organisation zu Fehlern der Art führe, wie sie die Kläger ihrer Meinung nach nachgewiesen haben.

Auf der anderen Seite ist — wie im vorangegangenen Abschnitt angedeutet — Shell zuzugeben, daß es allgemein problematisch sein kann, wenn ein und dieselbe Verwaltungsbehörde so weitreichende Befugnisse besitzt, daß sie über die Ermittlung und Verfolgung hinaus Geldbußen in so beträchtlicher Höhe wie im vorliegenden Fall verhängen darf. Nach der angeführten Rechtsprechung [13] steht jedoch fest, daß sich die Forderung, daß die Arbeit der Kommission in bestimmter Weise organisiert sein müsse, nicht durch Artikel 6 der Menschenrechtskonvention konkret rechtlich untermauern läßt. Shell will soweit ersichtlich mit dem Hinweis auf die allgemeine Forderung nach einer ordnungsgemäßen Verwaltung, Objektivität und Neutralität, der niemand widersprechen kann — und die Shell zu Recht als Leitfaden der Behandlung von Wettbewerbssachen ansieht — den Grundsatz einer bestimmten administrativen Arbeitsorganisation aufstellen, der jedoch weder aus dem Vertrag, den darauf gegründeten Regeln über die Behandlung der Wettbewerbssachen oder aus einer anderen vorhandenen Rechtsgrundlage abgeleitet werden kann. Das Vorbringen von Shell zur internen Arbeitsorganisation der Kommission ist deshalb zurückzuweisen.

13 — Siehe Fußnote 8.

b) Der Anhörungsbeauftragte

Zu Beginn der achtziger Jahre gelangte die Kommission zu der Auffassung, es sei zweckmäßig, daß eine Person in verhältnismäßig unabhängiger dienstlicher Stellung in Zukunft die mit der Leitung der Anhörungen verbundenen Aufgaben übernimmt, wenn mündliche Anhörungen nach Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 99/63 stattfinden sollten. Die Kommission richtete deshalb mit Wirkung vom 1. September 1982 das Amt des Anhörungsbeauftragten ein, für das sie Roland Mussard ernannte, der auch die Anhörungen in den vorliegenden Rechtssachen leitete. Die Einrichtung des Amtes wurde im Elften Bericht über die Wettbewerbspolitik angekündigt. Im Dreizehnten Bericht über die Wettbewerbspolitik veröffentlichte die Kommission das dem Anhörungsbeauftragten erteilte Mandat; angeblich war die Auslegung der mit diesem Mandat verbundenen Befugnisse des Anhörungsbeauftragten Gegenstand der Meinungsverschiedenheit zwischen dem Anhörungsbeauftragten und dem zuständigen Kommissar, auf die oben im ersten Abschnitt hingewiesen wurde.

Die maßgeblichen Bestimmungen lauten wie folgt:

„*Artikel 5*

Der Anhörungsbeauftragte berichtet dem Generaldirektor für Wettbewerb über den Ablauf der Anhörung und über die Schlußfolgerungen, die er aus ihr zieht. Er äußert sich zu dem weiteren Verlauf des Verfahrens; dabei kann er die Einholung von weiteren Auskünften, den Verzicht auf bestimmte Beschwerdepunkte oder die Mitteilung zusätzlicher Beschwerdepunkte anregen.

Artikel 6

Zur Erfüllung der ihm in Artikel 2 übertragenen Aufgaben kann der Anhörungsbeauftragte seine Bemerkungen unmittelbar dem für Wettbewerbsfragen zuständigen Mitglied der Kommission vortragen, sobald diesem der für den Beratenden Ausschuß für Kartell- und Monopolfragen bestimmte Entscheidungsentwurf unterbreitet worden ist.

Artikel 7

Um zu gewährleisten, daß die Kommission über alle Umstände des jeweiligen Einzelfalles unterrichtet ist, bevor sie ihre Entscheidung trifft, kann das für Wettbewerbsfragen zuständige Mitglied der Kommission auf Antrag des Anhörungsbeauftragten anordnen, daß dessen abschließende Stellungnahme dem Entscheidungsentwurf beigefügt wird."

Es besteht kein Zweifel, daß die dem Anhörungsbeauftragten nach den genannten Artikeln des Mandats verliehenen Befugnisse sehr gut dazu beitragen können, dem für Wettbewerbsfragen zuständigen Kommissar die bestmögliche Entscheidungsgrundlage zu verschaffen, indem er einen Vorschlag nicht nur durch die gewöhnliche Verwaltungshierarchie erhält, sondern zugleich einen schriftlichen oder mündlichen Bericht einer Person bekommt, die unabhängig von der sonst zuständigen Dienststelle die Anhörung geleitet hat. Die Kommission hat auf diese Weise selbst Rechtsgarantien festgelegt, die als weitergehend anzusehen sind als

die verwaltungsprozessualen Garantien, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes eingehalten werden müssen oder sich sonst aus der geschriebenen Rechtsgrundlage herleiten.

Wenn die Kommission sich für den Erlaß solcher Regeln entschieden hat, die den Charakter von Rechtsgarantien haben, läßt sich in jedem Fall die Ansicht vertreten, daß sie zur Einhaltung dieser Regeln verpflichtet ist, auch wenn sie rechtlich zu ihrem Erlaß nicht gezwungen war. Das muß namentlich dann gelten, wenn die Regeln den betroffenen Kreisen mit dem ausdrücklichen Hinweis bekanntgegeben worden sind, daß sie die Rechtssicherheitsgarantien für die Unternehmen, die in das Scheinwerferlicht der Kommission geraten, stärken sollen. Zur Rechtsprechung des Gerichtshofes bezüglich der Bindung der Verwaltung an ihre eigenen Vorschriften möchte ich vor allem auf das Urteil vom 30. Januar 1974 in der Rechtssache 148/73 (Louwage/Kommission, Slg. 1974, 81, 89, Randnr. 12) hinweisen; danach kann eine interne Dienstvorschrift „nicht als Rechtsnorm qualifiziert werden, welche die Verwaltung in jedem Falle beachten müßte, doch stellt sie eine Verhaltensnorm dar, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält; die Verwaltung kann hiervon nicht ohne Angabe von Gründen abweichen, da sie andernfalls den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzen würde". In der Rechtssache 81/72 (Kommission/Rat, Slg. 1973, 575) legte der Gerichtshof dieselben Gesichtspunkte zugrunde, in diesem Fall sogar im Verhältnis zum Rat als Gesetzgeber.

Die wichtigste Bestimmung in diesem Zusammenhang ist Artikel 6, wonach der Anhörungsbeauftragte sich unmittelbar an den zuständigen Kommissar wenden und ihm seine Bemerkungen mitteilen kann, wenn der Entscheidungsentwurf dem Beratenden Ausschuß für Kartell- und Monopolfragen übersandt wird. Die vorliegenden Rechtssachen enthalten jedoch keine Anhaltspunkte dafür, daß der Anhörungsbeauftragte daran gehindert worden wäre, seine Bemerkungen dem zuständigen Kommissar vorzulegen, bevor die Sache an den Beratenden Ausschuß ging. Im Hinblick auf Artikel 5 deutet außerdem nichts darauf hin, daß dem Anhörungsbeauftragten die Möglichkeit genommen worden wäre, seine Auffassung dem Generaldirektor darzulegen. Schließlich läßt sich auch aus Artikel 7 des Mandats keine Verpflichtung des zuständigen Kommissars herleiten, die Stellungnahme des Anhörungsbeauftragten der Kommission zuzuleiten. Selbst wenn es natürlich mißlich ist, daß sich der Anhörungsbeauftragte und der zuständige Kommissar nicht völlig darüber einig waren, worauf die Regeln abzielen, untermauert in den vorliegenden Rechtssachen somit nichts die Behauptung, daß die Kommission die von ihr selbst erlassenen Vorschriften außer acht gelassen habe.

Infolgedessen ist das Vorbringen einiger Klägerinnen, die Kommission habe in unzulässiger Weise die Befugnisse des Anhörungsbeauftragten eingeschränkt, zurückzuweisen.

5. *Akteneinsicht*

a) Der Bericht des Anhörungsbeauftragten

Wie aus den Akten hervorgeht, beantragte ICI, als sie Klage erhob, die Vorlage des Berichts in einem besonderen Verfahren vor dem Gerichtshof gemäß Artikel 91 der Verfahrensordnung. Andere Klägerinnen haben gleichfalls von der Kommission die Vorlage verlangt, wurden aber abschlägig beschieden und machten daraufhin die Nichtvorlage des

Berichts als Verfahrensfehler geltend. In dem Verfahren nach Artikel 91 machte ICI geltend, es bestehe ein wesentlicher Unterschied zwischen der angefochtenen Entscheidung und einigen Äußerungen, die der Anhörungsbeauftragte in der mündlichen Anhörung zu der Sache gemacht habe. Demgegenüber beruft sich die Kommission darauf, daß sich in den Instruktionen für den Anhörungsbeauftragten keine Bestimmung finde, daß der Bericht des Anhörungsbeauftragten den Unternehmen zugänglich gemacht werden müsse. Es handele sich um ein internes Dokument, dessen Bekanntgabe für die Kommission unzweckmäßig sein könne, weil eine Vorschrift über die Bekanntgabe oder eine entsprechende Praxis die Gefahr in sich bergen würde, daß der Anhörungsbeauftragte und die beteiligten Sachbearbeiter sich im Verwaltungsverfahren nicht mehr frei ausdrückten.

Der Gerichtshof hat den Antrag von ICI mit Beschluß vom 11. Dezember 1986 mit der Begründung abgelehnt, daß die Aufgaben des Anhörungsbeauftragten nur beratender Natur seien und die Kommission in keiner Weise verpflichtet sei, den Bericht zu berücksichtigen. Deswegen ist nach Ansicht des Gerichtshofes der Bericht des Anhörungsbeauftragten nicht von solcher Bedeutung, daß der Gerichtshof ihn bei der Ausübung seiner Kontrollaufgabe berücksichtigen müßte.

Im vorliegenden Verfahren geht es um die Frage, inwieweit die Nichtvorlage des Berichts des Anhörungsbeauftragten als ein Mangel der Entscheidung angesehen werden kann. Hinter der Forderung nach Akteneinsicht steht die Auffassung der Klägerinnen, daß der Bericht des Anhörungsbeauftragten Ansichten enthalte, die von denen abwichen, die in der Entscheidung zum Ausdruck gekommen seien.

Wie die Kommission ausgeführt hat, ist jedoch der Bericht des Anhörungsbeauftragten nicht Gegenstand der richterlichen Kontrolle in den vorliegenden Rechtssachen. Die angefochtene Entscheidung soll nicht im Lichte des Berichts überprüft werden. Es ist weder überraschend noch außergewöhnlich, wenn in einer großen Verwaltungseinheit wie der Generaldirektion IV unterschiedliche Auffassungen zu einem so großen Sachkomplex wie dem vorliegenden vertreten werden, und zwar sowohl bezüglich des Sachverhalts als auch zu den rechtlichen Fragen, von denen zumindest einige bekanntermaßen problematisch sind. Wenn die interne Diskussion in der Kommission, auch als Kollegium, über die Entscheidung der Sache abgeschlossen ist, ergeht die Entscheidung; das Gericht hat die tatsächliche und rechtliche Grundlage dieser Entscheidung zu überprüfen. Nach meiner Meinung wäre es auch nicht sinnvoll, wenn die Kommission verpflichtet wäre, ein Dokument vorzulegen, das den Charakter von internem Arbeitsmaterial hat, wenn die Vorlage bloß dem Nachweis dienen soll, daß einer der Bediensteten der Kommission eine andere Auffassung von den tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhängen der Sache hat oder gehabt hat als die, die sich als endgültige Auffassung durchgesetzt hat. Bezeichnend ist auch, daß in elf von zwölf Mitgliedstaaten (außer dem Vereinigten Königreich), wo nach den Rechtsvorschriften grundsätzlich auch Unternehmen, die von nationalen Wettbewerbsverfahren betroffen sind, die Möglichkeit der Akteneinsicht haben, im allgemeinen eine Ausnahme bei sogenanntem internen Arbeitsmaterial gemacht wird, wie z. B. Entwürfen, Notizen und Berichten. Solche Unterlagen geben normalerweise vorläufige Überlegungen wieder, z. B. eventuelle frühere, inzwischen fallengelassene Einschätzungen der Sache, deren Bekanntgabe an die Beteiligten oder den Betroffenen nach meiner Meinung zu Recht nicht als notwendig oder auch nur zweckmäßig angesehen wird. Als einzige stichhaltige Begründung für die Vorlage eines solchen Dokuments hat der Gerichtshof

in dem soeben genannten Beschluß, in dem er auf seinen Beschluß vom 18. Juni 1986 in den verbundenen Rechtssachen 142/84 und 156/84 (British American Tobacco und Reynolds Industries) [14] hinweist, ausgeführt, daß ein solches Dokument bei der Klärung der Frage dienlich sein kann, ob ein Ermessensmißbrauch vorliegt. Nach Ansicht des Gerichtshofes ist eine Prüfung der internen Arbeitsunterlagen zum Zwecke der Feststellung, ob die Entscheidung der Kommission auf anderen Gründen als den in der Begründung genannten beruht, ein Mittel der Aufklärung, das nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Darauf zurückzugreifen setzt voraus, daß im Zusammenhang mit der angefochtenen Entscheidung Umstände vorliegen, die Anlaß zu ernsthaften Zweifeln hinsichtlich der wahren Gründe der Entscheidung und insbesondere zu dem Verdacht geben, daß andere Ziele verfolgt worden sind als die, die nach dem Gemeinschaftsrecht verfolgt werden dürfen.

Im vorliegenden Fall haben sich keine Anhaltspunkte für einen Ermessensmißbrauch ergeben. Die Kommission hat somit die Vorlage des Berichts zu Recht abgelehnt. Die Ausführungen, die insoweit gemacht worden sind, sind daher nach meiner Meinung zurückzuweisen.

b) Interne Arbeitsunterlagen für die Pressekonferenz

Der Gerichtshof hat mit seinem Beschluß vom 11. Dezember 1986 außerdem zu einem Antrag von ICI auf Einsicht in interne Arbeitsunterlagen Stellung genommen, die für die erwähnte Pressekonferenz ausgearbeitet worden waren. Wie aus dem Beschluß hervorgeht, war ICI der Auffassung — wobei sie sich auf verschiedene Äußerungen in der Presse stützte —, daß die Kommission Umstände berücksichtigt habe, die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht genannt gewesen seien, und zu denen die Unternehmen, darunter ICI, sich deshalb nicht hätten äußern können. Diese Umstände gingen auch nicht aus der jetzt angefochtenen Entscheidung hervor. Zu diesem Vorwurf meint die Kommission, daß eine gute Verwaltung dafür sorgen müsse, daß ihre Mitarbeiter ihre internen Erwägungen offen niederschreiben könnten, ohne daß diese automatisch in die Hände Dritter gelangten. Wie ich oben bezüglich der Vorlage des Berichts des Anhörungsbeauftragten ausgeführt habe, hat der Gerichtshof in dem genannten Beschluß zunächst festgestellt, daß Einsicht in die internen Arbeitspapiere der Kommission ein Mittel der Aufklärung sei, das nur dann ausnahmsweise in Betracht komme, wenn ernsthafte Zweifel an den wirklichen Gründen der Entscheidung bestünden. Für die auf Äußerungen in der Presse gestützte Behauptungen von ICI, daß die Entscheidung auf einer anderen Grundlage als der in der Entscheidung genannten beruhe, gebe es in den von ICI angeführten Presseartikeln keine Anhaltspunkte. Außerdem könnten die Äußerungen und Interviews von Journalisten mit Bediensteten der Kommission nicht mit dem in der angefochtenen Entscheidung festgelegten Standpunkt des Organs gleichgestellt werden. Es gebe also — in diesem Verfahrensstadium — keinen vernünftigen Grund für die Annahme, daß die Entscheidung auf einer anderen Grundlage als der in ihrer Begründung angegebenen beruhe.

Wie in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben wurde, hat der Gerichtshof mit seinem Beschluß nur zu der Frage Stellung genommen, wie sie sich bei Erlaß des Beschlusses stellte. Er hat somit ausdrücklich die Möglichkeit offengelassen, daß später neue Gesichtspunkte zutage treten könnten, die die Sache möglicherweise in einem anderen Licht erscheinen lassen; der Vertreter von ICI stellte denn auch in der mündlichen Verhandlung unmittelbar den Antrag, die Frage noch einmal zu überprüfen.

14 — Slg. 1986, 1899.

Es überrascht mich nicht, daß die Klägerinnen sehr verunsichert waren, als sie Zahlen von bis zu 40 % als Wirkung des angeblichen Kartells hörten, während diese Wirkungen in der Entscheidung nicht in Zahlen ausgedrückt worden waren. Die Auswirkungen eines Kartells auf den Markt sind nach der Rechtsauffassung, die ich in diesen Schlußanträgen später vertreten werde, nur für die Bemessung der Geldbußen von Bedeutung. Aber selbst in dieser begrenzten Perspektive ist die Befürchtung der Unternehmen, daß die in der Pressekonferenz genannten Zahlen über die Wirkung des Kartells bei der Bemessung der Geldbußen zugrunde gelegt worden seien, verständlich.

Weder im schriftlichen Verfahren noch in der mündlichen Verhandlung ließ sich eine endgültige Erklärung für das finden, was damals geschehen ist. Dem am nächsten bringt uns noch die Erklärung der Kommission in der Sitzung, daß der Bedienstete, der die Pressekonferenz abgehalten habe, möglicherweise die Diagramme im Anhang der Entscheidung falsch gedeutet habe. Es trägt nicht dazu bei, das Ansehen der Kommission zu erhöhen, wenn ihr Sprecher auf einer Pressekonferenz Äußerungen wie die genannten macht, für die es in der Entscheidung keine Grundlage gibt.

Es ist jedoch typisch für Pressekonferenzen, daß das dort Gesagte leicht kategorischer klingt als eigentlich beabsichtigt und die Gefahr unüberlegter Äußerungen oft sehr nahe liegt. Deshalb bedarf es nach meiner Meinung mehr als solcher Äußerungen, um den Verdacht zu untermauern, daß etwas nicht in Ordnung ist. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, daß die verschickten Pressemitteilungen die genannten Zahlen nicht enthalten. Weiterhin ist darauf hinzuweisen, wie die Kommission es in ihrem Schriftsatz in dem Verfahren nach Artikel 91 getan hat, daß die Anlage 9 der Entscheidung, die allgemein zugängliches Material ist, tatsächlich Steigerungen in der genannten Größenordnung zeigt. Daß der betreffende Kommissionsbedienstete sich vor diesem Hintergrund möglicherweise dahin geäußert hat, daß die genannten Preissteigerungen Ausdruck der Wirkungen des Kartells seien, ist vielleicht nicht ganz unverständlich. Auch die vorgelegten Zeitungsausschnitte enthalten nach meiner Meinung nichts, was für die Sache von Bedeutung wäre. Daß zwischen den Mitgliedern der Kommission möglicherweise unterschiedliche Auffassungen bezüglich der bei den Geldbußen zu verfolgenden Politik bestanden haben, hat für die Entscheidung der Sache ebensowenig Bedeutung wie eventuelle Überlegungen zu den Ergebnissen der — von den Zeitungen behaupteten — lobbyistischen Aktivitäten der Unternehmen.

Die Klägerinnen haben keine — geschweige denn neue — Umstände aufzeigen können, die ihren Verdacht untermauern, daß die Kommission die genannten Zahlen bei der Festsetzung der Geldbußen zugrunde gelegt oder sonst im Zusammenhang mit der Entscheidung der Sache verwendet hätte. Deshalb sehe ich immer noch keine Grundlage für den Standpunkt, daß das Material, das zur Verwendung auf der Pressekonferenz ausgearbeitet wurde, in dem Verfahren hätte vorgelegt werden sollen. Ich schlage deshalb vor, das Vorbringen der Klägerinnen zu dieser Frage zurückzuweisen.

c) Die übrigen Fragen bezüglich der Akteneinsicht und der Vorlage von Beweismaterial an die Unternehmen

Wie oben ausgeführt verlangen eine ordnungsgemäße Verwaltung und Rechtspflege,

daß Personen und Unternehmen, denen eine Geldbuße droht, die uneingeschränkte Möglichkeit haben, sich zu verteidigen. Dies bedeutet, daß die Betroffenen Kenntnis der maßgeblichen Unterlagen haben müssen.

Im Gemeinschaftsrecht besteht jedoch eine solche uneingeschränkte Möglichkeit der Akteneinsicht nicht, vgl. namentlich das Urteil des Gerichtshofes in den Rechtssachen VBVB und VBBB/Kommission [15].

Der Gerichtshof hat ein anderes Verfahren festgelegt, um die Gewährung des rechtlichen Gehörs sicherzustellen: Von der Verwaltung „muß dem betroffenen Unternehmen Gelegenheit gegeben werden, zu den von der Kommission für ihre Behauptung einer Rechtsverletzung herangezogenen Unterlagen Stellung zu nehmen" [16]. In den Rechtssachen VBVB und VBBB/Kommission setzt der Gerichtshof jedoch voraus, daß Akteneinsicht angeordnet wird, wenn konkrete Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, daß Dokumente verwendet worden sind, von denen das Unternehmen keine Kenntnis hatte; dieser Standpunkt steht im Einklang mit den oben unter a und b genannten Beschlüssen. Der Gerichtshof hat weiterhin dargelegt, daß nicht ein bestimmtes Schriftstück als solches entscheidend ist, „sondern die Schlußfolgerungen, die die Kommission daraus gezogen hat". Nach Auffassung des Gerichtshofes kann ein Unternehmen zu Recht davon ausgehen, daß ein Dokument für die Entscheidung nicht herangezogen worden ist, wenn es in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht erwähnt worden ist. Daraus folgt, daß die Dokumente in einem eventuellen Rechtsstreit nicht als Beweis verwendet werden dürfen [17].

In ihrem Elften Bericht über die Wettbewerbspolitik teilte die Kommission mit, daß sie den Unternehmen Zugang zu den Verfahrensakten in Wettbewerbssachen gewähren werde. Dort heißt es im einzelnen (S. 32 bis 33):

„Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes kann die Mitteilung der Beschwerdepunkte sich darauf beschränken, nur kurz, doch deutlich alle wesentlichen Tatsachen, auf die die Kommission sich stützt, darzulegen, sofern diese im Laufe des Verwaltungsverfahrens die für die Verteidigung erforderlichen Angaben macht. Dabei ist die Kommission nicht verpflichtet, den beteiligten Unternehmen alle Unterlagen, auf die sich ihre Beweisführung gründet, zu übermitteln, sondern es genügt, wenn sie ihnen die Unterlagen über die wesentlichen Tatsachen zur Verfügung stellt.

Diesen Grundsätzen entsprechend gibt die Kommission den Unternehmen bereits jetzt die Möglichkeit, zu jedem Schriftstück und jeder Tatsache, die sie ihnen in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte entgegenhält, Stellung zu nehmen. In Fällen, in denen die Unternehmen dies beantragen und ein berechtigtes Interesse an einem besseren Verständnis der Akte darlegen, gibt die Kommission ihnen auch die Möglichkeit, die Unterlagen selbst einzusehen. Sie teilt den betroffenen Unternehmen die maßgeblichen Teile von förmlichen Beschwerden mit, soweit dies rechtlich ebenfalls möglich ist.

15 — Urteil vom 17. Januar 1984 in den verbundenen Rechtssachen 43/82 und 63/82 (Slg. 1984, 19, 59, Randnrn. 23 bis 25).

16 — Michelin/Kommission (zitiert oben in Fußnote 12).

17 — Vgl. Urteil vom 25. Oktober 1983 in der Rechtssache 107/82, AEG/Kommission (Slg. 1983, 3151, 3193, Randnr. 27).

Die Kommission beabsichtigt, über die vom Gerichtshof aufgestellten Erfordernisse noch hinauszugehen und den am Verfahren beteiligten Unternehmen regelmäßig Einsicht in die Verfahrensakte zu gewähren. Dabei sind jedoch gewisse Grenzen zu beachten. So ist die Kommission verpflichtet, Geschäftsgeheimnisse anderer Unternehmen nicht preiszugeben. Sie muß außerdem den vertraulichen Charakter von internen Schriftstücken und Arbeitsunterlagen wahren."

Im Zwölften Bericht werden dafür folgende Regeln aufgestellt (S. 40 bis 41):

„Im Elften Wettbewerbsbericht hatte die Kommission angekündigt, sie werde über die vom Gerichtshof aufgestellten Erfordernisse noch hinausgehen und die Ausübung der Verteidigungsrechte im Verwaltungsverfahren verbessern. Sie hat diese Absicht inzwischen dadurch verwirklicht, daß sie den am Verfahren beteiligten Unternehmen Akteneinsicht erteilt.

Um die Beteiligten über den Inhalt der Verfahrensakte zu informieren, wird ihnen zusammen mit den Beschwerdepunkten oder dem ihre Beschwerde ablehnenden Bescheid eine Liste aller Unterlagen übersandt, die zu dieser Akte gehören. Dabei gibt die Kommission an, in welche Unterlagen oder Teile von ihnen Einsicht gewährt werden kann.

Die Unternehmen können die zugänglichen Unterlagen an Ort und Stelle einsehen. Wünscht ein Unternehmen nur wenige Geschäftsunterlagen einzusehen, so kann die Kommission ihm Abschriften übermitteln.

Die nachstehenden Schriftstücke werden von der Kommission als vertraulich betrachtet und können folglich nicht eingesehen werden:

— Schriftstücke oder Teile davon, die Geschäftsgeheimnisse anderer Unternehmen enthalten;

— interne Schriftstücke der Kommission wie Vermerke, Entwürfe und sonstige Arbeitspapiere;

— andere vertrauliche Angaben, wie solche zur Person von Beschwerdeführern, die ihre Identität nicht gegenüber Dritten preisgeben möchten, oder Auskünfte, die der Kommission mit der ausdrücklichen Bitte um vertrauliche Behandlung übermittelt wurden.

Macht ein Unternehmen ein berechtigtes Interesse an der Einsicht in ein ihm nicht zugängliches Schriftstück geltend, so kann die Kommission eine nicht vertrauliche Zusammenfassung des Inhalts dieses Schriftstücks zur Einsicht freigeben.

Um die Unterscheidung zwischen Schriftstücken, die eingesehen werden können, und solchen, die Dritten nicht zugänglich gemacht werden dürfen, in Zukunft zu erleichtern, wird die Kommission die Unternehmen auffordern, bei der Übermittlung von Auskünften genau anzugeben, inwieweit sie diese als vertraulich behandelt wissen wollen.

Die Anwendung der vorstehend beschriebenen Regeln dürfte keine Schwierigkeiten mit sich bringen. Allerdings wird die Frage des

Zugangs zu den Verfahrensakten, die noch nicht nach den neuen Bestimmungen angelegt wurden, von Fall zu Fall entschieden werden müssen."

Im Dreizehnten Bericht präzisiert die Kommission ihre Praxis, Akteneinsicht zu erteilen, wie folgt (S. 65):

„Die Kommission gewährt Akteneinsicht erst, nachdem das förmliche Verfahren eingeleitet worden ist. Die Unternehmen haben somit keine Möglichkeit der Akteneinsicht, bevor ihnen die Beschwerdepunkte der Kommission mitgeteilt werden. Der Mitteilung der Beschwerdepunkte wird ein Verzeichnis der Schriftstücke beigefügt, die zur Verfahrensakte gehören; dabei wird angegeben, inwieweit diese Unterlagen zugänglich sind."

In ihrem Achtzehnten Bericht über die Wettbewerbspolitik (1988) berichtet die Kommission auf Seite 50 über ihre Erfahrungen:

„Die Urteile des Gerichtshofes in den Sachen ‚AKZO/Berufsgeheimnis' und ‚BAT/Kommission' verpflichten die Kommission zu besonderer Umsicht bei der Behandlung vertraulicher Angaben. Nach sorgfältiger Prüfung dieser Probleme gelangte die Kommission zu dem Ergebnis, daß die Grundsätze der bisherigen, bewährten Praxis aufrechterhalten werden sollten. Die Vertraulichkeit muß jedoch bei den Unterlagen eines Unternehmens gewahrt bleiben, wenn deren Weitergabe spürbare nachteilige Auswirkungen für das Unternehmen haben könnte: Hierzu zählen nicht nur Dokumente, die Geschäftsgeheimnisse enthalten, sondern auch sonstige Geschäftsunterlagen, deren Weitergabe an die Parteien eines Verfahrens oder an Dritte von dem Unternehmen nicht gewünscht wird. Insbesondere sollten vertrauliche (sensible) Informationen, die von Dritten im Verlauf einer Untersuchung bereitgestellt werden, grundsätzlich nicht den beteiligten Parteien zugänglich gemacht werden.

In Verfahren, an denen mehrere konkurrierende Unternehmen beteiligt sind, muß die Kommission im öffentlichen Interesse gewährleisten, daß die Akteneinsicht nicht zum Austausch sensibler Geschäftsinformationen zwischen den beteiligten Unternehmen führt. Diese Regel gilt selbst dann, wenn die Parteien vereinbaren, die Vertraulichkeit gegenseitig aufzuheben.

...

Unterlagen oder Informationen können den Parteien eines Verfahrens je nach Sachlage entweder durch Einsicht in die Akten oder Übersendung von Kopien zugänglich gemacht werden."

Wie noch zu zeigen sein wird, gibt es also insoweit zwei konkurrierende Systeme, die beide den Unternehmen die Wahrnehmung ihrer Veteidigung ermöglichen sollen. Dieser Umstand hat zweifellos zu einigen der Probleme beigetragen, die die Klägerinnen im Zusammenhang mit der Rüge vorgetragen haben, daß ihnen in dem Verfahren nicht alle Dokumente vorgelegt worden seien.

Die meisten Klägerinnen machen geltend, daß ihnen eine Reihe von Dokumenten nicht vorgelegt worden sei, auf denen die Entscheidung der Kommission beruhe.

Es handelt sich im wesentlichen um drei Gruppen von Dokumenten:

1) Dokumente, die den Unternehmen nicht übersandt worden sind, in die die Klägerinnen aber Einsicht hatten nehmen können, als sie im Juni 1984 Zugang zu den Archiven der Kommission erhielten;

2) die Dokumente, die der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte beigefügt waren, in den Beschwerdepunkten aber nicht ausdrücklich und im einzelnen erkennbar genannt worden sind;

3) Dokumente, die nach dem Eingeständnis der Kommission den Unternehmen versehentlich nicht übersandt worden sind.

Außerdem gibt es noch eine vierte Gruppe, nämlich die Dokumente, die nach der Auffassung der Kommission die einzelne Klägerin nicht „betreffen" und die nach der ausdrücklichen Erklärung der Kommission in ihren Verteidigungsschriftsätzen deshalb nicht gegen die Klägerin verwendet würden, die das Dokument nicht „betreffe".

Bezüglich der ersten Gruppe führen einige Klägerinnen zunächst praktische Gegebenheiten an, nämlich daß die räumlichen Verhältnisse und Kopiermöglichkeiten im Zusammenhang mit dem Zugang zu den Archiven, der ihnen gewährt worden sei, für eine ordentliche Prüfung der ihnen vorgelegten sehr umfangreichen Verfahrensakten nicht ausreichend gewesen seien. Die Kommission bestreitet, daß es in dieser Hinsicht Probleme gegeben habe. Die Klägerinnen sind jedoch der Ansicht, daß die Kommission allein schon aufgrund der angeführten praktischen Probleme die Dokumente hätte bezeichnen müssen, deren Verwendung sie beabsichtigte.

Bedenkt man jedoch, daß die Klägerinnen Unternehmen sind, die sich jede erdenkliche Sachverständigenunterstützung verschaffen können und dies auch getan haben, läßt sich ohne nähere Ausführungen der Klägerinnen die Behauptung nicht halten, daß praktische Probleme sie daran gehindert hätten, die Möglichkeiten, Einsicht in die ihnen zur Verfügung gestellten Unterlagen zu nehmen, auszuschöpfen.

Die Klägerinnen machen jedoch weiter geltend, daß die ihnen gewährte Akteneinsicht nicht ausreichend gewesen sei, um es der Kommission zu erlauben, die Dokumente, die sie hätten einsehen dürfen, anschließend gegen sie zu verwenden. Zur Begründung verweisen sie auf die angeführte Rechtsprechung, wonach Dokumente, die für die Entscheidung als Beweis herangezogen werden, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte oder eventuell in ergänzenden Mitteilungen an die Klägerinnen ausdrücklich genannt werden müssen. Demgegenüber meint die Kommission, daß Dokumente, in die die Unternehmen Einsicht hätten nehmen können, gegen sie verwendet werden dürften.

Dies zeigt deutlich den grundlegenden Gegensatz in der Betrachtungsweise, zu dem Stellung zu nehmen der Gerichtshof bisher noch keine Gelegenheit hatte.

Der Rechtsprechung des Gerichtshofes läßt sich jedoch entnehmen, daß die Kommission nicht unbedingt unaufgefordert Kopien der Dokumente übersenden muß, wenn diese im

übrigen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte so konkret benannt sind, daß die Unternehmen die Möglichkeit haben, eine Kopie davon anzufordern [18]. Auf der anderen Seite deutet in der bestehenden Rechtsprechung nichts auf eine mögliche Änderung der Haltung des Gerichtshofes in der Frage hin, in welcher Weise ein Dokument einem Unternehmen vorgehalten werden muß, damit es als Beweis gegen dieses verwendet werden kann. In dieser Hinsicht bietet die AEG-Rechtssache ein anschauliches Beispiel, da dort davon auszugehen war, daß das Unternehmen die Dokumente kannte, die bei ihm selbst gefunden worden waren.

Im vorliegenden Falle bestand die von der Kommission eingeführte Möglichkeit der Akteneinsicht zwar mindestens schon ein Jahr seit der in einer Publikation enthaltenen Mitteilung hierüber, die als den betroffenen Kreisen bekannt unterstellt werden darf. Diejenigen, die Akteneinsicht erhielten, konnten sich aber kaum darüber im klaren sein, daß die Kommission die eingeräumte Akteneinsicht zur Begründung des Standpunkts anführen würde, daß auf ein Dokument nicht in jedem Fall durch dessen Übersendung hingewiesen zu werden brauche. Alles in allem halte ich es aufgrund dessen in den vorliegenden Rechtssachen für das richtigste, diejenigen Dokumente im Einzelfall außer Betracht zu lassen, die dem Unternehmen weder übersandt noch in der Mitteilung der Klagepunkte oder in den später übersandten Unterlagen angeführt worden sind [19].

Bei der zweiten Gruppe Dokumente, die den Unternehmen übersandt wurden, aber in der Entscheidung angeblich nicht einzeln benannt sind, stellt sich der Fall etwas anders dar. Fest steht, daß die Unternehmen Kopien der Dokumente erhalten haben und die Mitteilung an und für sich geeignet war, sie auf die Absicht der Kommission aufmerksam zu machen, die Dokumente für eine eventuelle Entscheidung heranzuziehen. Die Klägerinnen hatten somit die Möglichkeit, zum Beweiswert dieser Dokumente Stellung zu nehmen, was nach dem Urteil des Gerichtshofes in der AEG-Rechtssache der Grund für das Erfordernis ist, daß das Dokument in der Mitteilung der Beschwerdepunkte „erwähnt" ist. Das setzt natürlich voraus, daß die Klägerinnen der Mitteilung der Beschwerdepunkte mit ausreichender Sicherheit entnehmen können, was die Kommission eigentlich beweisen will. Wie ich im folgenden Abschnitt zeigen werde, hat die Kommission nach meiner Meinung in der Mitteilung der Beschwerdepunkte in Verbindung mit dem Schreiben vom 29. März 1985 den Beweisgegenstand so deutlich gemacht, daß die Klägerinnen sich bereits zu diesem Zeitpunkt darüber klar sein mußten, in welchem Licht sie die einzelnen Dokumente sehen und dazu Stellung nehmen mußten. Nach meiner Meinung besteht deshalb kein Grund, diese Dokumente im Prozeß unberücksichtigt zu lassen.

Die Dokumente, die versehentlich nicht übersandt wurden, d. h. die der dritten der vorstehend genannten Gruppen, dürfen nach dem bisher Gesagten im Verfahren nicht berücksichtigt werden, es sei denn, daß sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte oder in den Schreiben vom 29. März 1985 so deutlich erwähnt sind, daß es den Unternehmen möglich war, eine Kopie anzufordern. Die betreffenden Dokumente müssen allerdings im Zusammenhang mit der Frage untersucht werden, inwieweit sie für die Verteidigung der Unternehmen von Bedeutung gewesen sein können (vgl. unten die Ausführungen über die vierte Gruppe von Dokumenten).

18 — Vgl. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Band II, S. 1294 nebst Fußnote 77, wonach Unternehmen in Kartellsachen, jedenfalls nach Anforderung, Anspruch auf die Übermittlung einer Kopie der einschlägigen Dokumente haben.

19 — Vgl. dazu den Standpunkt des Gerichtshofes in der Rechtssache AEG/Kommission (zitiert in Fußnote 17).

Die vierte Gruppe ist in einer Hinsicht weniger problematisch, da die Kommission selbst gerade vorträgt, daß die Dokumente gegen einzelne Klägerinnen nicht verwendet würden. In diesem Zusammenhang ist insoweit bloß festzustellen, ob das Dokument gegen das betreffende Unternehmen tatsächlich nicht verwendet worden ist. Die Behauptung der Kommission, daß einige Dokumente in dem Verfahren ein bestimmtes Unternehmen nicht „betreffen" oder „angehen", wirft jedoch in anderer Hinsicht zwei Probleme auf.

Erstens geht es um den Nachweis der Existenz des Kartells selbst, dabei namentlich den einer Vereinbarung oder Rahmenvereinbarung. Nach der von der Kommission gewählten Art der Beweisführung hat sie zunächst das Kartell selbst und danach die Beteiligung der einzelnen Klägerinnen beweisen wollen. Ersteres soll durch die Anlagen zu der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte, d. h. durch die „101 Beweisdokumente" bewiesen werden, letzteres durch die Anlagen, die den einzelnen Klägerinnen übersandt wurden. Wenn die Kommission somit nicht sämtliche Anlagen allen übersandt hat und damit die Beweisführung in zwei Abschnitte aufgeteilt hat — mit der zweifelhaften Logik der Vorstellung, daß die Existenz eines Kartells, das ja schwerlich in etwas anderem als in der Beteiligung der einzelnen Unternehmen bestehen kann, sich gesondert beweisen läßt —, muß auch das Gericht bei der Beweiswürdigung von dieser Grundlage ausgehen. Es ist zu prüfen, ob die Existenz des Kartells selbst aufgrund der „101 Dokumente" ohne Einbeziehung derjenigen Anlagen, die nur einigen Klägerinnen zusammen mit der Mitteilung der individuellen Beschwerdepunkte übersandt wurden, als bewiesen angesehen werden kann. Andernfalls könnte ja gerade geltend gemacht werden, daß die Dokumente gegen sämtliche Klägerinnen verwendet worden sind.

Zweitens führt die Vorgehensweise der Kommission zu Problemen bei der von den Klägerinnen in unserem Fall besonders betonten Frage des Zugangs zu entlastendem Material. Nach den vorstehenden Ausführungen können die genannten Dokumente nicht gegen die Klägerinnen verwendet werden, doch rügen diese den fehlenden Zugang zu den Dokumenten als Verfahrensfehler mit der Begründung, daß sich die Dokumente möglicherweise zu ihrem Vorteil auswirken könnten.

Die Kommission beschreibt zum Beispiel den Grund für die fehlende Akteneinsicht folgendermaßen (BASF, Klagebeantwortung, S. 61, Randnr. 3.2):

„Von den übrigen zehn auf den Seiten 9 bis 11 der Klageschrift erwähnten Dokumenten wurden ... [der Klägerin] neun nicht zugänglich gemacht, weil sie für das Verfahren gegen die Klägerin entweder bedeutungslos sind (sie betreffen nur die jeweils ausdrücklich erwähnten Unternehmen) oder weil sie nur eine Bestätigung anderer, der Klägerin bekannter Dokumente enthalten (letzteres trifft auf die in Punkt 29 der angefochtenen Entscheidung erwähnten Notizen über eine Shell-interne Sitzung vom 5. Juli 1979 zu)."

Dieses Zitat zeigt — abgesehen davon, daß die Kommission sich damit einer Möglichkeit begeben hat, andere, vielleicht nicht allzu überzeugende Beweise zu untermauern —, daß die Kommission tatsächlich meint, in einem Verfahren wie diesem sei es ihre Aufgabe zu entscheiden, welche Dokumente für welche Unternehmen für deren Verteidigung von Interesse sein könnten. Es ist verständlich, daß die Kommission bei der Durchführung des Verfahrens sich vielleicht

stärker darauf konzentriert hat, welches Material die Grundlage für die Entscheidung bilden kann, doch ist nicht recht begreiflich, daß die Kommission nicht hat erkennen können, daß es zu ernsten Problemen führt, wenn sie nicht ohne weiteres Einsicht in grundsätzlich alle Unterlagen — abgesehen von den in Artikel 20 der Verordnung Nr. 17 genannten — einräumt.

Wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Gericht betont wurde, ist auch die Kommission der Ansicht, daß der Fall aufgrund einer Gesamtwürdigung des Gewichts der Beweise zu beurteilen ist. Der Standpunkt der Klägerinnen, daß sie auch Zugang zu denjenigen Dokumenten hätten haben müssen, die allein anderen Unternehmen entgegengehalten werden, erscheint somit berechtigt. Nach meiner Meinung ist aufgrund dessen festzustellen, daß alle betroffenen Unternehmen Zugang zu grundsätzlich allen Beweisunterlagen bei einer Fallgestaltung wie dieser haben müssen, wo in besonderem Maße das Bedürfnis besteht, aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Falles zu einem Beweisergebnis zu gelangen.

Der Rechtsprechung des Gerichtshofes läßt sich schwerlich ein eindeutiger Fingerzeig zur Haltung des Gerichtshofes in dieser Frage entnehmen. Eine Andeutung findet sich jedoch in der AEG-Rechtssache (Slg. 1983, 3192, Randnr. 24), wo es heißt, die AEG nehme zu Recht an, daß die Kommission sich nicht auf ein Dokument berufen könne, von dem dem Unternehmen ein Teil nicht zur Kenntnis gebracht worden sei, und „daß es nicht Sache der Beklagten war, darüber zu entscheiden, ob ein Schriftstück oder ein Teil eines Schriftstücks der Verteidigung des betroffenen Unternehmens dienlich sein konnte oder nicht". Der Gerichtshof ließ daraufhin das gesamte Dokument unberücksichtigt. Damit ist entschieden, daß es nicht Aufgabe der Kommission ist, zu beurteilen, was dem Unternehmen zu seiner Verteidigung dienlich sein kann. Dieser Entscheidungsgrund stimmt auf den ersten Blick nicht besonders gut mit der übrigen Rechtsprechung des Gerichtshofes überein, wonach wie oben ausgeführt keine allgemeine Akteneinsicht besteht und der Rahmen der Rechtssache durch die Dokumente bestimmt wird, die die Kommission ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat. Andererseits hat sich der Gerichtshof jedenfalls nicht ausdrücklich zur Einsicht in Beweisunterlagen geäußert, die in dem Streitfall existieren, nach Auffassung der Kommission aber einen bestimmten anderen Kläger nicht „betreffen".

Aufgrund dessen muß die Feststellung zulässig sein, daß die Rechtsprechung des Gerichtshofes jedenfalls nicht dagegen spricht, daß die Klägerinnen Zugang auch zu den Dokumenten hätten haben müssen, die gegen andere Unternehmen verwendet worden sind.

Selbstverständlich wäre es nicht angemessen, solche Dokumente in dem Verfahren unberücksichtigt zu lassen, da das erklärte Ziel der Klägerinnen ja gerade ist, die Dokumente unter Umständen für den Nachweis ihrer fehlenden Beteiligung an einer oder mehreren Verbindungen zu verwenden[20]. Außerdem wäre es aus diesem Grund ebensowenig vernünftig, Dokumente unberücksichtigt zu lassen, die unter Umständen als Beweis gegen andere Unternehmen durchaus geeignet sind.

Nebenbei gesagt müssen sich die Klägerinnen natürlich auch auf Dokumente berufen können, die aufzufinden ihnen tatsächlich

20 — Vlg. hierzu K. P. E. Lasok, *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, S. 260, Fußnote 4.

gelungen ist, auch wenn die Kommission einen Bezug zu dem betreffenden Unternehmen verneint (so zum Beispiel die Verwendung eines Dokuments von Solvay vom 6. September 1977 durch Shell, die das Dokument kopierte, als sie Zugang zu den Archiven erhielt [Klagebeantwortung in der Rechtssache Shell, S. 69]). Die Dokumente können nicht als „rechtswidrig beschafft" angesehen werden.

Wenn in einer Sache Dokumente vorkommen, die den Klägerinnen nicht vorgelegt worden sind, ihnen aber hätten vorgelegt werden müssen und die für ihre Verteidigung von Bedeutung sein können, gibt es, soweit ich sehe, nur zwei Reaktionsmöglichkeiten. Entweder ist die Entscheidung wegen des Grundsatzes, daß dem Gericht nur eine Rechtmäßigkeitskontrolle zusteht, aufzuheben, wenn nach einer Würdigung des Inhalts der Dokumente festgestellt wird, daß sie für andere Klägerinnen als die, die die Dokumente nach Ansicht der Kommission „betreffen", wirklich von Bedeutung sein können. Oder das Gericht muß sich der Aufgabe unterziehen, konkret festzustellen, welche Bedeutung die Beweise, die allein in der Rechtssache X zu finden sind, für die Rechtssache Y haben.

Auf jeden Fall ist jedoch zu verlangen, daß die Dokumente eine wirkliche Bedeutung im Einzelfall haben können. In den vorliegenden Rechtssachen hat, wie wir gesehen haben, keines der Dokumente, die nicht allen übersandt worden sind wie z. B. das soeben erwähnte Solvay-Dokument, das Bild in irgendeinem wesentlichen Punkt ändern können. Aufgrund des ziemlich klaren, überzeugenden Beweismaterials, das zu den meisten Beschwerdepunkten der Kommission vorliegt, halte ich es außerdem für nicht wahrscheinlich, daß durch diejenigen — wenigen — der angeführten Dokumente, die in unserem Fall nicht vorgelegt worden sind, sich die Gesamtwürdigung des Beweismaterials so ändern würde, daß sie zu einem anderen Ergebnis führen könnte.

6. *Während des Verfahrens geänderte rechtliche Beurteilung*

Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 in Verbindung mit den Artikeln 1 und 2 der Verordnung Nr. 99/63 muß die Kommission den Unternehmen, gegen die sie eine Entscheidung nach den Artikeln 85 und 86 EWG-Vertrag zu erlassen beabsichtigt, die in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte schriftlich mitteilen. Hierdurch wird der Streitgegenstand festgelegt, und auf dieser Grundlage müssen die betroffenen Unternehmen Gelegenheit zur Äußerung gehabt haben, bevor die Entscheidung ergeht (vgl. Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63).

Im vorliegenden Fall haben einige Klägerinnen vorgetragen, daß die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts sich während des Verwaltungsverfahrens geändert habe. Diese Behauptung, die mit besonderem Nachdruck von der Höchst AG, der Hüls AG und der Chemie Linz AG geltend gemacht wird, werde ich im folgenden behandeln.

Das Vorbringen, daß die Kommission ihre rechtliche Beurteilung des Sachverhalts während des Verfahrens geändert habe, läßt sich wie folgt zusammenfassen: Nach Ansicht der Klägerinnen hat die Kommission während des gesamten Verwaltungsverfahrens zum Ausdruck gebracht, daß eine Vielzahl von Verstößen gegen Artikel 85 Absatz 1 vorliege; erst in ihrer Entscheidung habe sie den Sachverhalt dagegen als eine einzige Vereinbarung oder, wie es in Randnr. 81 Absatz 3 der Entscheidung heiße, als eine „Rahmenvereinbarung" qualifiziert. Die

Klägerinnen, die dies geltend machen, stützen sich teils auf den Wortlaut der Mitteilung der Beschwerdepunkte, teils auf den des Kommissionsschreibens vom 29. März 1985. Demgegenüber trägt die Kommission vor, daß sie bereits in der Mitteilung der Beschwerdepunkte und ebenso im Schreiben vom 29. März 1985 die Sache in einer Weise begründet habe, die mit der in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Auffassung übereinstimme. Außerdem brauche nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes keine vollständige Identität zwischen der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der Entscheidung zu bestehen.

Die nähere Begründung der Klägerinnen für ihre Behauptung, die Änderung der rechtlichen Qualifizierung habe ihre Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt, läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: Eine Rahmenvereinbarung gehe notwendig und definitionsgemäß den Einzelvereinbarungen voraus. Eine Rahmenvereinbarung bezeichne ein Rechtsgeschäft, durch das die Vertragspartner im voraus bestimmte Regelungen träfen, die der Ausfüllung und Konkretisierung im Einzelfall bedürften. Die Rahmenvereinbarung sei zumindest teilweise an andere rechtliche und tatsächliche Voraussetzungen geknüpft als eine fortgesetzte Handlung. Während der Nachweis einer Rahmenvereinbarung die Kommission der Notwendigkeit des lückenlosen Nachweises von Einzelvereinbarungen oder sonstiger wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen enthebe, stelle sich die fortgesetzte Zuwiderhandlung als eine nachträgliche Zusammenfassung von Einzelakten zu einer einzigen Handlung im Rechtssinne dar. Anders als die Rahmenvereinbarung setze die fortgesetzte Zuwiderhandlung jedoch den Nachweis einer ununterbrochenen Kette von Einzelvereinbarungen voraus. Es handele sich mithin bei der „Rahmenvereinbarung" einerseits und der „fortgesetzten Handlung" andererseits um zwei in den tatsächlichen Voraussetzungen wie rechtlichen Folgen unterschiedliche Begriffe. Das, was als geänderte Haltung der Kommission bezeichnet werde, sei Ausdruck dafür, daß die Kommission aufgrund der Einwendungen der Unternehmen die Lückenhaftigkeit der Beweisführung hinsichtlich des Vorwurfs einer fortgesetzten Zuwiderhandlung erkannt habe, weshalb sie nunmehr das Vorliegen einer Rahmenvereinbarung geltend mache, um gleichwohl daran festhalten zu können, daß in dem gesamten Zeitraum 1977 bis 1983 ein Kartell bestanden habe.

Nach Ansicht der Klägerinnen hat sich somit die Grundlage der Entscheidung wesentlich geändert, da man sich nun gegen eine sogenannte „einzige fortdauernde Vereinbarung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1" und gegen eine „umfassende Rahmenvereinbarung ..., die in mehreren von Zeit zu Zeit abgesprochenen Einzelvereinbarungen ihren Niederschlag fand", was in Artikel 1 der Entscheidung durch die Formulierung „an einer von Mitte 1977 stammenden Vereinbarung und aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beteiligt" ausgedrückt werde, verteidigen müsse. Dementsprechend verweisen die deutschsprachigen Klägerinnen auf Randnummer 1 der Mitteilung der Beschwerdepunkte, wo es auf deutsch heiße, daß die Entscheidung „eine Vielzahl" von Vereinbarungen und/oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen betreffe, sowie auf den Umstand, daß in den Beschwerdepunkten durchgängig im Plural von Vereinbarungen, aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, Zuwiderhandlungen usw. gesprochen werde.

Demgegenüber führt die Kommission zunächst die Rechtsprechung des Gerichtshofes[21] an, wonach die Entscheidung nicht notwendig ein Abbild der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu sein brauche. Nach dieser Rechtsprechung müsse die Kommission nämlich die Ergebnisse des Verwal-

21 — Urteil vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 41/69 (ACF Chemiefarma/Kommission, Slg. 1970, 661, Randnrn. 91 bis 93) und Urteil vom 29. Oktober 1980 in den verbundenen Rechtssachen 209/78 bis 215/78 und 218/78 (van Landewyck/Kommission, Slg. 1980, 3125, Randnrn. 67 bis 74).

tungsverfahrens berücksichtigen, sei es, um bestimmte Beschwerdepunkte fallenzulassen, die sich als nicht ausreichend begründet erwiesen hätten, sei es, um ihre Argumente, auf die sie die aufrechterhaltenen Beschwerdepunkte stütze, in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht neu zu ordnen oder zu ergänzen. Wie der Gerichtshof festgestellt habe, stehe letztere Möglichkeit nicht im Widerspruch zu Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63.

Darüber hinaus weist die Kommission darauf hin, daß schon in den Beschwerdepunkten, die den Klägerinnen am 25. Mai 1984 übersandt worden seien, an mehreren Stellen der Vorwurf einer fortdauernden und institutionalisierten Zusammenarbeit erhoben worden sei (vgl. Randnrn. 128 und 132). In ihrem Schreiben vom 29. März 1985 über Vereinbarungen bzw. aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen habe die Kommission im übrigen darauf hingewiesen, daß sie eine „Kernvereinbarung" für die vier größten Hersteller in Betracht ziehe und daß die Vereinbarungen für die anderen Teilnehmer einen so hinreichend detaillierten Plan dargestellt hätten, daß sie einer „Vereinbarung" oder „Vereinbarungen" im Sinne des Artikels 85 gleichgekommen seien. Die so ergänzten Beschwerdepunkte seien hinreichend klar, um eine entsprechende Verteidigung zu ermöglichen. Während des Verwaltungsverfahrens habe die Kommission eine sehr ausführliche Debatte über den wahren Charakter des Kartells zugelassen und in ihrer Entscheidung die Schlußfolgerungen auf der Grundlage dieser Debatte gezogen; die Klägerinnen hätten ihre Verteidigungsmöglichkeiten vollauf genutzt.

Es ist kaum verwunderlich, daß gerade drei der deutschsprachigen Klägerinnen die hier behandelten Ausführungen besonders hervorgehoben haben, da die erste Randnummer der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte auf deutsch ein wenig anders formuliert worden ist als in den übrigen Verfahrenssprachen. Während es auf englisch heißt, daß die Mitteilung „a complex of agreements and/or concerted practices" betrifft, im Französischen von „un ensemble d'accords et/ou de pratiques concertées" die Rede ist, im Italienischen von „un complesso di accordi e/o di pratiche concordate" und im Niederländischen von „een geheel van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen", heißt es in der deutschen Fassung wie gesagt „eine *Vielzahl* von Vereinbarungen und/oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" (Hervorhebung von mir). Während die Kommission in ihren Schriftsätzen darauf nicht ausdrücklich eingegangen ist, führte sie in der mündlichen Verhandlung unter besonderem Hinweis auf das Wort „ensemble" aus, daß sie von Anfang an geltend gemacht habe, daß die Gesamtheit der Vereinbarungen usw. und nicht die Einzelvereinbarungen den Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 darstellten.

Während die Formulierung in den übrigen Sprachen, wo in Randnummer 1 der Mitteilung auf eine Gesamtheit oder einen Komplex von Vereinbarungen in dem von der Kommission gemeinten Sinne abgestellt wird, einen vernünftigen Sinn ergibt, scheint dies bei der deutschen Formulierung nicht der Fall zu sein, da „Vielzahl" nur eine (größere) Anzahl von Vereinbarungen usw. und nicht die Gesamtheit dieser Vereinbarungen bedeuten kann. Als erster Schritt ist deshalb bei diesem Vorbringen zu prüfen, inwieweit die Klägerinnen aus den übrigen Teilen der Mitteilung der Beschwerdepunkte sowie des Schreibens der Kommission vom 29. März 1985 so sicher entnehmen konnten, was ihnen vorgeworfen wurde, daß man von dem Wort „Vielzahl" absehen kann, daß also die sonstige Grundlage die Klägerinnen zu der Einsicht bringen mußte, daß es nicht um eine „Vielzahl", sondern um „a complex" ging. Wenn dies der Fall ist, ist danach zu untersuchen, ob entweder der Vergleich der Mitteilung der Beschwerdepunkte und des Schreibens der Kommission vom 29. März 1985 mit der

Entscheidung im übrigen ein so überzeugendes einheitliches Bild ergibt, daß sich sagen läßt, die rechtliche Beurteilung der Beschwerdepunkte ist nur neu geordnet und ergänzt worden, oder aber, wie die Klägerinnen meinen, von einer vollständig neuen Grundlage gesprochen werden muß.

In der Mitteilung der Beschwerdepunkte hat die Kommission in ziemlich detaillierter Form chronologisch die Ereignisse aus ihrer Sicht beschrieben; dieser tatsächliche Teil der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte hat denn auch nur vereinzelt in dem hier behandelten Zusammenhang zu Kritik geführt.

In Randnummer 127 der deutschen Fassung heißt es u. a. „ob sämtliche Regelungen und Maßnahmen", während in den übrigen Fassungen von „a complex", „l'ensemble" oder ähnlichem die Rede ist. In Randnummer 128 spricht die Kommission — in allen Sprachfassungen gleich — von der „fortgesetzten Zusammenarbeit zwischen den Partnern im Rahmen der Sitzungen"[22]. In Randnummer 132 lautet der letzte Satz: „Die Hersteller wollten nämlich tatsächlich den Markt kontrollieren und setzten an die Stelle des normalen Wettbewerbs eine fortgesetzte, institutionalisierte Zusammenarbeit auf höherer Ebene." Der entscheidende Inhalt des Schreibens vom 29. März 1985 ist oben zusammengefaßt worden.

Angesichts des hier wiedergegebenen Inhalts der entscheidenden Schreiben bin ich mit Vorbehalten bezüglich der deutschen Sprachfassung der Überzeugung, daß den Unternehmen klar gewesen sein muß, daß es die fortgesetzte institutionalisierte Zusammenarbeit war, die nach Ansicht der Kommission unter Artikel 85 zu subsumieren gewesen ist, und nicht die einzelnen Elemente als solche und je für sich. In der Entscheidung heißt es übereinstimmend, daß es um „eine Vereinbarung" usw., sowie um eine „ganze Reihe von Plänen", um einen „allgemeinen Plan", um die „Gesamtheit der Regelungen", um „einen breiten Konsens zu einem Plan" und eine „Rahmenvereinbarung" geht.

Aus der Entscheidung wird nicht ganz deutlich, inwieweit sie auf eine vorhergehende Vereinbarung oder — mit den Worten einiger Klägerinnen — auf eine „fortgesetzte Zuwiderhandlung" abzielt oder, anders ausgedrückt, ob für die Kommission die Zusammenarbeit aufgrund ihrer Art mit einem Sammelbegriff als Rahmenvereinbarung bezeichnet werden kann oder aber vielmehr gemeint ist, daß von Anfang an eine Vereinbarung vorgelegen hat. Dieser Punkt ist heftig kritisiert worden. Die Entscheidung vermittelt aber — wenn vielleicht auch nicht meisterlich klar — genau denselben allgemeinen Eindruck, daß es die fortgesetzte institutionalisierte Zusammenarbeit als solche ist, die von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt wird.

Bei der deutschen Fassung der Mitteilung der Beschwerdepunkte sind die Grenzen vielleicht etwas fließender, doch trotz der etwas unpräzisen Formulierungen muß, wenn man berücksichtigt, wer Adressat der Mitteilung der Beschwerdepunkte war, den Betroffenen doch klar gewesen sein, daß die Kommission die einzelnen Elemente nicht getrennt beanstandete.

In dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Chemiefarma/Kommission[23]

22 — Der Ausdruck in der deutschen Fassung „fortgesetzte Zusammenarbeit" kann „ständige Zusammenarbeit" bedeuten, legt aber natürlich Assoziationen an „fortgesetzte Handlung" im strafrechtlichen Sinne nahe.

23 — Zitiert in Fußnote 21.

ist die oben angeführte Auslegung des Artikels 4 der Verordnung Nr. 99/63 in gewissem Maße präzisiert, ohne daß sich dem Urteil im übrigen entnehmen ließe, um welche Unterschiede zwischen der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der Entscheidung es ging. In Randnummer 94 des Urteils heißt es, daß dieser Vorschrift Genüge getan sei, wenn die Entscheidung den Betroffenen keine anderen Zuwiderhandlungen zur Last lege als die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte genannten und nur Tatsachen berücksichtige, zu denen die Betroffenen sich hätten äußern können.

In dem Urteil Landewyck[24] hatte die Kommission in der zweiten Mitteilung der Beschwerdepunkte nur die erste Voraussetzung für die Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 genannt, während sie in der Entscheidung zu zwei der anderen Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 Stellung genommen hatte, worin der Gerichtshof zwei neue Beschwerdepunkte gesehen hat (Randnr. 70). Da sich die Klägerinnen in der Tat im Zusammenhang mit der Anmeldung ausgiebig zu sämtlichen Voraussetzungen geäußert hatten, da eine der Voraussetzungen ausdrücklich in der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte aufgeführt war und da die Kommission die Äußerungen der Klägerinnen zu dieser Voraussetzung in ihrer Entscheidung wiedergegeben hatte, wurde die Rüge bezüglich dieser Voraussetzung u. a. mit der Begründung zurückgewiesen, die beiden Mitteilungen seien als Einheit zu betrachten. Bezüglich der zweiten Voraussetzung wies der Gerichtshof die Rüge der Klägerinnen unter Hinweis darauf zurück, daß vom Inhalt her diese Voraussetzung den eigentlichen Kern der zweiten Mitteilung der Beschwerdepunkte bildete — zu der die Klägerinnen Stellung genommen hatten —, wenn sie auch in einem anderen Zusammenhang als in der Entscheidung angeführt worden war.

24 — Zitiert in Fußnote 8.

Wie gesagt ist in dem vorliegenden Zusammenhang nicht geltend gemacht worden, daß die Entscheidung auf einer anderen tatsächlichen Grundlage beruhe als die Mitteilung der Beschwerdepunkte. Somit stellt sich die Frage, inwieweit die Kommission bei der Neuordnung ihrer Argumente die rechtliche Grundlage ändern durfte. Das Urteil Chemiefarma nimmt in Wirklichkeit dazu wohl nicht Stellung. Aus dem Urteil Landewyck ergibt sich vermutlich nur, daß die Hinzufügung eines oder mehrerer rechtlicher Elemente derselben Art, wie sie der Entscheidung der Kommission zugrunde liegen, einen oder mehrere Beschwerdepunkte im Sinne des Artikels 4 darstellt, ohne daß im übrigen zu der Frage einer Änderung der rechtlichen Qualifizierung Stellung genommen wurde. Interessant ist jedoch in dem letztgenannten Urteil, daß der Gerichtshof anhand einer konkreten Sachverhaltswürdigung tatsächlich untersucht, wieweit die Klägerinnen sich zu dem, was später in die Entscheidungsgrundlage einging, faktisch äußern konnten und dies auch getan haben.

Deshalb ist es wohl notwendig, konkret zu prüfen, ob die betroffenen Klägerinnen die Mitteilung der Beschwerdepunkte tatsächlich in Übereinstimmung mit dem Inhalt der Entscheidung verstanden haben. Die Höchst AG erklärt in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte, daß die Kommission sich gegenüber dem Unternehmen auf „Vereinbarungen und/oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" berufe, ohne daß die rechtliche Qualifizierung im Zusammenhang mit „Rahmenvereinbarung" oder „fortgesetzte Zuwiderhandlung" erörtert wird. Weder den Ausführungen der Hüls AG noch denen der BASF AG läßt sich ein Hinweis in der einen oder der anderen Richtung entnehmen. Die Chemie Linz AG zitiert dagegen den Ausdruck in Randnummer 1 der Mitteilung: „eine Vielzahl von Vereinbarungen und/oder abgestimmten Verhaltensweisen", ohne daß der tiefere Sinn dieser Formulierung erörtert

wird. Die Prüfung der Antworten der Unternehmen führt somit zu keinem eindeutigen Ergebnis.

Die Antworten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte zeigen jedoch, daß die Klägerinnen — abgesehen von ganz vereinzelten rechtlichen Erörterungen, die sich nicht auf die vorliegende Frage beziehen — nur den tatsächlichen Sachverhalt, den die Kommission ihnen zur Last legt, behandeln; aus ihren Antworten geht nicht hervor, daß ihre Aufmerksamkeit auf den Aufbau ihrer späteren Verteidigung gerichtet war. Somit gibt es keine hinreichenden Gründe für die Annahme, daß die Formulierungen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte die Unternehmen bei der Beantwortung dieser Punkte auf eine bestimmte rechtliche Fährte gesetzt hätten, die überhaupt keinen Zusammenhang mit der Linie aufweist, die die Kommission in ihrer Entscheidung verfolgt hat.

Auch wenn die Mitteilung der Beschwerdepunkte mit der Entscheidung nicht vollkommen übereinstimmt, meine ich deshalb trotzdem — auch bezüglich der deutschen Sprachfassung —, daß kein Verstoß gegen Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63 vorliegt, sondern vielmehr eine zulässige Präzisierung der rechtlichen Beurteilung des Falls im Lichte der Antworten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte.

7. Die Niederschrift der mündlichen Verhandlungen vor der Kommission

Einige Klägerinnen machen als wesentlichen Verfahrensfehler geltend, daß der Beratende Ausschuß bei der Abgabe seiner Stellungnahme nach Artikel 10 der Verordnung Nr. 17 nur den von der Kommission ausgearbeiteten Entwurf einer Niederschrift zur Verfügung gehabt habe, nicht aber die von den Klägerinnen übermittelten Änderungsvorschläge für die Niederschrift. Die gleichen Vorwürfe werden bezüglich der Entscheidung durch die Kommissionsmitglieder erhoben.

Die Kommission hat dazu ausgeführt, daß die Bemerkungen der Klägerinnen zum Entwurf nicht vorgelegen hätten, als der Beratende Ausschuß seine Stellungnahme abgegeben habe. Dagegen seien die Kommentare der Klägerinnen dem Entwurf der Niederschrift beigelegt gewesen, als die Sache der Kommission zur Entscheidung vorgelegt worden sei. Die Klägerinnen haben die Behauptungen der Kommission nicht bestritten.

Die Kommission hat das Vorliegen eines Verfahrensfehlers nicht ausdrücklich verneint, macht aber insbesondere unter Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Distillers Company/Kommission[25] geltend, daß sich eine Auswirkung dieses Vorkommnisses auf den Inhalt der Entscheidung nicht annehmen lasse. Sie verweist jedoch darauf, daß für die Übermittlung des Entwurfs der Niederschrift keine Fristen bestünden; ebensowenig gebe es Vorschriften darüber, wem der Entwurf bzw. die genehmigte Niederschrift zu übersenden sei.

Im einzelnen macht die Kommission geltend, daß sowohl die Kommissionsmitglieder als auch der Beratende Ausschuß im vorliegenden Fall ihre Entscheidung in voller Kenntnis der Standpunkte der Klägerinnen getroffen hätten. Bezüglich des Beratenden Ausschusses wird dies damit begründet, daß Vertreter sämtlicher Mitgliedstaaten an den mündlichen Verhandlungen vor

25 — Urteil vom 10. Juli 1980, Rechtssache 30/78 (Slg. 1980, 2229).

der Kommission teilgenommen hätten, wobei Griechenland und Luxemburg jedoch nur bei den Sitzungen im Jahr 1984 vertreten gewesen seien. In diesem Zusammenhang sei ohne Bedeutung, ob derselbe Beamte sowohl bei den mündlichen Verhandlungen als auch bei der Sitzung des Beratenden Ausschusses anwesend gewesen sei. Schließlich weist die Kommission allgemein darauf hin, daß die Klägerinnen nicht behaupteten, der Entwurf der Niederschrift gebe den wesentlichen Standpunkt der Klägerinnen nicht zutreffend wieder.

Wie Generalanwalt Warner ausgeführt hat[26], sind namentlich Artikel 10 der Verordnung Nr. 17 und Artikel 9 Absatz 4 der Verordnung Nr. 99/63 so zu verstehen, daß sowohl dem Beratenden Ausschuß bei Abgabe seiner Stellungnahme als auch den Kommissionsmitgliedern beim Erlaß der Entscheidung die endgültige und genehmigte Niederschrift der mündlichen Verhandlung vor der Kommission zur Verfügung stehen muß.

Eine Bestätigung dieser Ansicht findet sich wohl in den Urteilen des Gerichtshofes in der Rechtssache Buchler & Co./Kommission[27] und ICI/Kommission[28].

Allerdings hat der Gerichtshof nicht unmittelbar und ausdrücklich zu dem Problem Stellung genommen, sondern über den in den genannten Rechtssachen erhobenen Einwand unter Hinweis darauf entschieden, daß sich in den wesentlichen Punkten Abweichungen zwischen der endgültigen genehmigten Niederschrift und dem Entwurf, durch die der Beratende Ausschuß oder die Kommissionsmitglieder über die Erklärungen der Klägerinnen in der mündlichen Verhandlung vor der Kommission hätten in die Irre geführt werden können, nicht hätten feststellen lassen.

Im vorliegenden Fall ist nach meiner Meinung aufgrund der bisherigen Feststellungen zunächst einmal davon auszugehen, daß die Kommissionsmitglieder über die erforderliche Entscheidungsgrundlage verfügt haben.

Bezüglich des Beratenden Ausschusses ist sodann aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu prüfen, inwieweit sich im Einzelfall Abweichungen feststellen lassen, die den Mitgliedern des Ausschusses möglicherweise einen unzutreffenden Eindruck von den Äußerungen der einzelnen Klägerinnen vermittelt haben. Mehrere Klägerinnen haben den Vorwurf vorsichtshalber erhoben, ohne näher darzulegen, worin die Abweichungen bestanden haben sollen. Ich halte dies nicht für ausreichend. Erforderlich ist, daß die betreffende Klägerin ausdrücklich geltend gemacht hat, in welchen wesentlichen Punkten die Niederschrift von dem Entwurf abweicht. Die einzelnen Argumente der Klägerinnen werde ich später in den Abschnitten über die einzelnen Unternehmen behandeln. Ohne solch eine nähere detaillierte Darlegung seitens der Klägerinnen, in welchen Punkten sie die vorläufigen Niederschriften wirklich für irreführend halten, kann das Gericht seine Aufgabe der Überprüfung nicht wahrnehmen. Es kann in einem Fall wie dem vorliegenden nicht Sache des Gerichts sein, die vorläufigen bzw. endgültigen Niederschriften Seite für Seite auf Abweichungen hin durchzugehen, um sodann zu überlegen, womit die Klägerinnen eventuell unzufrieden sein könnten. Da keine der Klägerinnen den Vorwurf näher präzisiert hat, halte ich es für das Richtigste, diese Vorwürfe bereits aus den angeführten verfahrensrechtlichen Gründen zurückzuweisen.

26 — Distillers/Kommission, zitiert in Fußnote 25 (S. 2294 f.).

27 — Urteil vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 44/69 (Slg. 1970, 733, 755).

28 — Urteil vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 48/69 (Slg. 1972, 619).

B — *Die Begründung der Entscheidung*

1. *Das Erfordernis der Begründung im allgemeinen*

Die meisten Klägerinnen machen geltend, die Entscheidung der Kommission sei unzureichend begründet. In diesem Abschnitt möchte ich zu mehreren Gesichtspunkten Stellung nehmen, die im wesentlichen von mehreren oder allen Klägerinnen vertreten werden. Die Frage der Begründung der Höhe der Geldbuße wird im dritten Teil behandelt.

Nach Artikel 190 EWG-Vertrag sind u. a. Rechtsakte der Kommission zu begründen. Das Erfordernis der Begründung soll dem Adressaten des Rechtsakts die Möglichkeit geben, zu beurteilen, ob die Entscheidung sachlich richtig ist, dient aber auch als Grundlage der gerichtlichen Kontrolle der Verwaltungsentscheidung. Darüber hinaus zwingt das Erfordernis einer ausführlichen Begründung von Verwaltungsakten die Verwaltung dazu, sich selbst die Gründe für die Entscheidung klarzumachen [29].

Der Gerichtshof hat zur Begründungspflicht allgemein festgestellt, daß sie als erfüllt anzusehen sei, sofern sie klar und folgerichtig die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen erkennen lasse, auf denen die Entscheidung beruhe [30]. Dies gilt nach dem gerade genannten Urteil auch, wenn es um eine Bußgeldentscheidung geht. Der Umfang der Begründungspflicht hängt weitestgehend davon ab, was zu begründen ist, und muß im Lichte des materiellrechtlichen Zusammenhangs gesehen werden. So verlangt zum Beispiel ein weites Ermessen der Verwaltung, daß die der Ermessensausübung zugrunde liegenden Erwägungen in der Begründung ausführlich wiedergegeben werden [31]. Der unterschiedliche Umfang der Begründungspflicht ergibt sich zum Beispiel besonders deutlich aus der Rechtssache Usinor/Kommission [32], wo es u. a. heißt, daß das Begründungserfordernis nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Inhalt des Rechtsakts, der Art der angeführten Gründe und nach dem Interesse zu beurteilen sei, das der Adressat an Erläuterungen haben könne.

Darüber hinaus lassen sich positive Anforderungen an Inhalt und Umfang der Begründung allgemein kaum näher angeben. In einer Rechtssache, die einen anderen Rechtsbereich, nämlich die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, betraf [33], hat der Gerichtshof festgestellt, daß, wenn es um die Gewährleistung des effektiven Schutzes eines Grundrechts geht, das den Arbeitnehmern der Gemeinschaft vom Vertrag verliehen ist, letztere dieses Recht auch unter *den bestmöglichen Voraussetzungen* geltend machen können müßten, und ihnen die Möglichkeit einzuräumen sei, in *Kenntnis aller Umstände* zu entscheiden, ob es für sie von Nutzen sei, vor Gericht zu gehen. Nach meiner Meinung können die Anforderungen an die Begründung in Fällen wie dem vorliegenden, insbesondere angesichts des eingreifenden Charakters der Rechtsakte in diesen Fällen, schwerlich geringer sein.

29 — Vgl. Schwarze, S. 1349 nebst Fußnote 84.

30 — Siehe Urteil Chemiefarma (zitiert in Fußnote 20, Randnrn. 76/77).

31 — Urteil vom 15. Juli 1960 in der Rechtssache 36/59 (Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft u. a./Hohe Behörde, Slg. 1960, 885).

32 — Urteil vom 1. Juli 1986 in der Rechtssache 185/85 (Union Sidérurgique du Nord et de l'Est de la France [Usinor] SA/Kommission, Slg. 1986, 2079, Randnr. 20).

33 — Urteil vom 15. Oktober 1987 in der Rechtssache 222/86 (Heylens, Slg. 1987, 4097).

Die Begründung ist wie bereits gesagt die Grundlage für die gerichtliche Kontrolle nach Artikel 173 in Verbindung mit Artikel 168a EWG-Vertrag. Nach dieser Bestimmung geht es um eine Rechtmäßigkeitskontrolle, die vom Gerichtshof in früheren Wettbewerbssachen jedoch verhältnismäßig intensiv ausgeübt worden ist[34]. Die Beschränkung auf die Rechtmäßigkeitskontrolle ist in den Rechtsakten beibehalten worden, die der Tätigkeit des Gerichts zugrunde liegen. Jedoch ergibt sich aus der Präambel des Beschlusses des Rates vom 24. Oktober 1988[35] klar, daß gerade in der Errichtung des Gerichts als erster und letzter Tatsacheninstanz in den anhängigen Rechtssachen die Aufforderung zu einer intensiven Prüfung liegt, ob die Beweisgrundlage der Kommission die angefochtene Entscheidung trägt.

Dies wirkt sich mittelbar auch auf die Begründung aus. Trotz der Schwierigkeiten, die stets mit der Formulierung eines Beweisergebnisses verbunden sind, wenn dieses auf der Gesamtwürdigung einer überwältigenden Menge von Beweisen beruht, gehört dies zu einer Begründung. Das ergibt sich aus dem geltenden Recht, nach dem die Kommission sich richten muß.

Eine besondere Gefahr auf dem Gebiet hier ist, daß die Argumente ineinander fließen und deshalb versucht wird, Fragen, die ohne weiteres als materiellrechtliche anzusehen sind, in gewissem Umfang unter dem Begründungserfordernis zu behandeln. Deshalb ist es wichtig festzuhalten, daß das Begründungserfordernis, auch wenn sein Umfang durch den Charakter der Rechtssache bestimmt wird, rein formeller Natur ist. Daß eine Begründung danach eventuell auf einer unzutreffenden Rechtsauffassung oder einer fehlerhaften Beweiswürdigung beruht, ist also kein Begründungsmangel, sondern ein Fehler der rechtlichen oder tatsächlichen Würdigung selbst, die der Entscheidung der Sache zugrunde liegt.

Die Frage des Umfangs der Begründungspflicht hat in besonderem Maße zu Meinungsverschiedenheiten in den Punkten geführt, die in den folgenden Abschnitten behandelt werden.

2. Die Pflicht der Kommission, zu den vor Erlaß der Entscheidung vorgetragenen Beweisen und Argumenten in der Entscheidung Stellung zu nehmen

Dieses Problem war in mehreren früheren Rechtssachen aufgeworfen worden. Nach Ansicht der Klageparteien in jenen und auch in den vorliegenden Rechtssachen verstößt die Kommission kurz gesagt gegen ihre Pflicht, die Entscheidung ausreichend zu begründen, wenn sie in der Entscheidung nicht zu sämtlichen oder jedenfalls zu den wesentlichsten Argumenten und Beweisen Stellung nimmt, die die Unternehmen im Verwaltungsverfahren vorgetragen haben. Die Ansicht wird unter verschiedenen Bezeichnungen und in unterschiedlichen Zusammenhängen vertreten, doch ist die inhaltliche Aussage dieselbe.

Diese Ansicht verlangt eine Stellungnahme zu verschiedenen Fragen. Zunächst ist zu untersuchen, was nach geltendem Recht in der Begründung nicht unbedingt berück-

34 — Vgl. U. Everling, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1989, S. 877.

35 — Vgl. ABl. C 215 vom 21. 8. 1989, S. 1, mit dem Beschluß des Rates vom 24. Oktober 1988 zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, veröffentlicht im ABl. L 319 vom 25. 11. 1988 und geändert durch Berichtigung im ABl. L 241 vom 17. 8. 1989.

sichtigt werden muß. Danach ist zu klären, welche positiven Anforderungen in dieser Hinsicht eventuell an die Begründung zu stellen sind, um den allgemeinen Anforderungen, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung hierfür entwickelt hat, zu genügen.

In den Rechtssachen Consten und Grundig[36] stellte der Gerichtshof ganz allgemein fest, daß die Verwaltung in einem solchen Verfahren (d. h. in einer Wettbewerbssache vor der Kommission), das kein gerichtliches Verfahren sei, nicht verpflichtet sei, die Zurückweisung von Vorbringen der Beteiligten zu begründen. In der Rechtssache ACF Chemiefarma (Randnrn. 76 ff.)[37] erweiterte der Gerichtshof die Feststellung dahin, daß die Kommission, um der Begründungspflicht nach Artikel 190 zu genügen, nicht auf alle von den einzelnen Beteiligten im Verwaltungsverfahren gemachten Sach- und Rechtsausführungen eingehen müsse. Nach Auffassung des Gerichtshofes ist die Begründung ausreichend, sofern sie klar und folgerichtig die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen der Kommission erkennen lasse, so daß sowohl für den Beteiligten als auch für den Gerichtshof der Gedankengang der Kommission ersichtlich sei. Schließlich hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, daß die Kommission nicht gegen wesentliche Formvorschriften verstoße, wenn sie Gesichtspunkte außer acht gelassen habe, die sie — *zu Recht oder zu Unrecht* — für die Sache als unerheblich ansehe.

In der Rechtssache Landewyck[38] heißt es von einer bestimmten Begründung (Randnrn. 64 bis 66), daß sie zwar teilweise auf die Argumente der Klägerinnen eingehe, sie aber nicht detailliert zurückweise, sondern selbständig, in allgemeiner Formulierung die Gründe entwickele, warum die Kommission im einzelnen zu einer bestimmten Auffassung gelangt sei. Der Gerichtshof hat dazu festgestellt, daß die Kommission gerade nicht auf alle sachlichen und rechtlichen Fragen eingehen muß, die von jedem einzelnen Unternehmen aufgeworfen werden.

In der Rechtssache GVL/Kommission[39] heißt es (Randnr. 12), daß die Kommission nicht verpflichtet sei, in ihrer Entscheidung alle Äußerungen zu behandeln, die Unternehmen als Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgetragen haben, wenn die Gründe der Entscheidung für sich gesehen die Schlußfolgerungen trügen, zu denen die Kommission im Verwaltungsverfahren gelangt sei.

Der Rechtsprechung des Gerichtshofes läßt sich als erstes entnehmen, daß die Kommission selbständig festlegt, was in dem Verfahren zu erörtern ist. Wenn die Kommission von einer Rechtslage X und einem Beweisthema Y ausgeht, braucht sie in der Entscheidung nicht die Rechtslage A und das Beweisthema B zu erörtern. Die Kommission bestimmt also den Rahmen der Rechtssache und braucht nicht näher auf Beweise oder Argumente einzugehen, die sie — zu Recht oder zu Unrecht, wie der Gerichtshof sagt — im Hinblick auf den auf diese Weise festgelegten Rahmen der Rechtssache für unerheblich halten muß. Die Kommission braucht auch nicht zu Argumenten Stellung zu nehmen, die insoweit einschlägig sind, sondern kann selbständig die Gründe entwickeln, aus denen sie zu ei-

36 — Urteil vom 13. Juli 1966 in den verbundenen Rechtssachen 56/64 und 58/64 (Slg. 1966, 321, 386); diese Linie wurde später fortgesetzt: siehe z. B. Urteil vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72 (Continental Can, Slg. 1973, 239, Randnr. 6), sowie die VBVB- und VBBB-Rechtssachen (zitiert in Fußnote 15).

37 — Siehe Fußnote 21.

38 — Vgl. oben Fußnote 8.

39 — Urteil vom 2. März 1983 in der Rechtssache 7/82 (Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH [GVL]/Kommission, Slg. 1983, 483).

nem bestimmten Ergebnis gekommen ist, wenn die Gründe für sich gesehen die Schlußfolgerungen tragen.

Es kann natürlich im Interesse der Kommission liegen, in gewissem Umfang zu den im Verwaltungsverfahren vorgetragenen Argumenten und Beweisen Stellung zu nehmen, um den Vorwurf zu vermeiden, der auch in unserem Fall erhoben wurde, sie habe sich von Anfang an auf einen bestimmten Standpunkt festgelegt, den sie später nicht mehr habe ändern wollen. Daß solche Vorwürfe im übrigen schlecht zu der Behauptung passen, die im vorliegenden Fall gleichzeitig geltend gemacht wurde, daß nämlich die Kommission ihre Auffassung zwischenzeitlich geändert habe, ist eine andere Sache.

Wie Generalanwalt Slynn in der Rechtssache Hasselblad[40] vorgetragen hat, mag es jedoch andererseits Fälle geben, in denen zwei Auffassungen einander gegenüberzustellen und zu analysieren sind. Dies kann erforderlich sein, um aufzuzeigen, daß alles einschlägige Material berücksichtigt worden ist und daß, was die Parteien in der Sache vorgetragen haben, zu keinem anderen Ergebnis führen kann. Nach meiner Meinung wäre es deshalb ein Begründungsmangel, wenn die Kommission Beweismaterial außer acht ließe, das von den Unternehmen vorgelegt worden ist und gegen ein Beweisthema gerichtet ist, das auch die Kommission nach dem Inhalt der Entscheidung für erheblich angesehen hat. Entsprechendes läßt sich dagegen kaum in bezug auf die rechtlichen Argumente sagen. Normalerweise gibt es keinen vernünftigen Grund, bei einem konkreten Verwaltungsakt die Lösung eines theoretischen Rechtsproblems zu erörtern. Es muß genügen, daß die Kommission zu der Sache, wie sie ihr vorliegt, Stellung nimmt und diese Stellungnahme tatsächlich und rechtlich begründet. Daß die Kommission außerdem die Kritik der Unternehmen an ihrer Beweiswürdigung, wie sie aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte hervorgeht, nur summarisch zurückweist, ist ebenso ohne Bedeutung, sofern sonst die Entscheidung inhaltlich das Ergebnis trägt.

Die Stellungnahme der Kommission zu den Ansichten und Beweisen, die die Unternehmen im Verwaltungsverfahren vorgetragen haben, findet sich im wesentlichen im Teil E der Entscheidung „Beurteilung der tatsächlichen Einlassung der Hersteller durch die Kommission", d. h. in den Randnrn. 70 bis 77. Die Abschnitte a, b und c enthalten, wenn man sie im Zusammenhang mit der Entscheidung liest, im übrigen eine ausgezeichnete Begründung dafür, warum die Kommission die Argumente der Unternehmen nicht für überzeugend hält. Selbst wenn die Kommission nach geltendem Recht die Argumentation der Unternehmen zurückweisen müßte, hat sie dies nach meiner Meinung vollkommen ausreichend getan. In Abschnitt c behandelt die Kommission Professor Albachs Analyse des deutschen Marktes. Abgesehen davon, daß, wie aus der mündlichen Verhandlung hervorging, die Ergebnisse von Professor Albach weder unbestritten noch unbestreitbar sind, enthält dieser Abschnitt der Kommissionsentscheidung eine ausgezeichnete Erklärung dafür, warum die Kommission meint, ihren Standpunkt ungeachtet des Ergebnisses der Marktuntersuchung aufrechterhalten zu können. Mit ihren Einlassungen scheinen die Klägerinnen, die dies geltend gemacht haben, fast sagen zu wollen, daß die Kommission sich unwiderlegbaren Tatsachen beugen müsse und im übrigen der Ansicht der Unternehmen folgen müsse. Möglicherweise ist der Standpunkt der Kommission in diesem Bereich angreifbar; es ist aber

40 — Urteil vom 21. Februar 1984 in der Rechtssache 86/82 (Slg. 1984, 883, 915, 2. Spalte).

kein Begründungsmangel, daß die Kommission sich nicht hat überzeugen lassen. Ganz ähnliche Überlegungen gelten für Abschnitt d über die von einer Rechnungsprüfungsfirma durchgeführte Rechnungsprüfung der Nettoverkaufspreise der Unternehmen. Die Kommission hat nach meiner Meinung somit einschlägiges Beweismaterial, das ihr von den Klägerinnen vorgelegt worden ist, in ausreichendem Maße erörtert.

3. *Die Individualisierung der Entscheidung*

Es ist vorgetragen worden, daß die Entscheidung in einer Art und Weise ausgestaltet sei, daß der einzelnen Klägerin nicht erkennbar sei, was gerade ihr vorgeworfen werde. Namentlich Rhône-Poulenc behauptet, ein „Opfer" dieser Art der Ausgestaltung der Entscheidung geworden zu sein, da sie — die den Markt 1980 verließ — nicht erkennen könne, worauf die Kommission die Entscheidung ihr gegenüber stütze. Sie werde deshalb für etwas verantwortlich gemacht, was andere später getan hätten. Die formelle Seite dieser Frage läßt sich nach meiner Meinung natürlich als Teil des Problems verstehen, inwiefern das Begründungserfordernis im Verhältnis zu der einzelnen Klägerin als erfüllt angesehen werden kann.

Wie der Gerichtshof im Urteil Suiker-Unie[41] festgestellt hat, ist es der Kommission nicht verwehrt, über mehrere Zuwiderhandlungen zu befinden, selbst wenn manche dieser Zuwiderhandlungen einige Adressaten überhaupt nicht berühren, vorausgesetzt, die Entscheidung erlaubt es jedem Adressaten, sich ein eindeutiges Bild davon zu verschaffen, welche Vorwürfe gegen ihn erhoben werden. Weiterhin hat der Gerichtshof — ohne nähere Begründung — erklärt, daß die Entscheidung der Kommission im Falle der beiden Unternehmen, die das Problem aufgeworfen haben, diesem Erfordernis genüge. In der Rechtssache Landewyck[42] hat der Gerichtshof bestätigt, daß mehrere Verwaltungsverfahren für eine Entscheidung verbunden werden können, ohne daß er sonst etwas hinzugefügt hätte, was für die vorliegenden Fragen von Interesse wäre.

Aus der Rechtsprechung folgt somit — nach meiner Meinung zu Recht —, daß jeder einzelne Adressat sich ein „eindeutiges" Bild davon verschaffen können muß, welche „Vorwürfe" gegen ihn erhoben werden. Jedoch findet sich — natürlich, hätte ich beinahe gesagt — in der Rechtsprechung kein Hinweis, wie genau die Entscheidung sein muß, um sich ein „eindeutiges" Bild von den Vorwürfen verschaffen zu können.

Im vorliegenden Fall beschreibt die Kommission in Teil A der Entscheidung eingehend die Marktverhältnisse, die nach ihrer Meinung von Bedeutung sind. Dieser Abschnitt wirft keine Probleme auf. In Teil C beschreibt die Kommission unter den Randnrn. 15 bis 68 die Beweise, über die sie verfügt; erst die Art dieser Beweise (Randnr. 15) und danach — meiner Meinung nach mit großer Sorgfalt — die ursprüngliche Mindestpreisvereinbarung, die regelmäßigen Sitzungen, den Zweck der Treffen, das System der Zielpreise, die Preisinitiativen und deren Durchführung, die einzelnen Preisinitiativen, die angeblichen Quotenregelungen und die Sonderstellung der vier größten Hersteller. In Teil F werden ausdrücklich sämtliche Unternehmen genannt und dazu Stellung genommen, in welchem Umfang sie nach Ansicht der Kommission beteiligt gewesen sind. Die Randnummern 79 bis 94 geben detailliert die rechtliche Beurteilung

41 — Urteil vom 16. Dezember 1975 in den verbundenen Rechtssachen 40/73 u. a. (Slg. 1975, 1663, Randnr. 111).

42 — Siehe Fußnote 8 (Randnr. 32).

der Kommission in einer Weise wieder, die — sollte das Gericht die Beurteilung der Kommission im übrigen bestätigen — das Ergebnis als rechtliche Begründung in vollem Umfang tragen kann. Die Kommission nimmt unter Randnummer 95 Stellung zu ihrer internationalen Zuständigkeit und behandelt in den Randnummern 96 bis 102 die Zweifelsfragen, die sich hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit einzelner Unternehmen ergeben könnten; in Randnummer 103 wendet sie sich dem Problem der Verjährung zu. In den Randnummern 104 und 105 gibt die Kommission den Zeitraum an, in dem nach ihrer Meinung das einzelne Unternehmen beteiligt gewesen ist.

Somit liegt zunächst allgemein gesehen eine eindeutige zeitliche Abgrenzung vor. Außerdem hat die Kommission jedenfalls zu den wichtigsten Voraussetzungen für eine Verantwortlichkeit Stellung genommen und detailliert beschrieben, wodurch ihrer Meinung nach der Tatbestand verwirklicht worden ist; ebenso hat sie ihre Auffassung über die Intensität der Beteiligung der einzelnen Unternehmen dargelegt. Aufgrund dessen halte ich die Auffassung der Klägerinnen bezüglich der Begründung der Entscheidung für nicht richtig.

4. *Die Auslegung des Artikels 85 als formelles Problem*

Das letzte Problem, das bei der allgemeinen Prüfung des Falls zu behandeln ist, ist das Vorbringen der Klägerinnen, die Kommission habe dadurch, daß sie in der Entscheidung nicht zwischen einer Vereinbarung im Sinne des Artikels 85 auf der einen Seite und einer abgestimmten Verhaltensweise auf der anderen Seite unterschieden habe, wesentliche Rechtssicherheitsgarantien mißachtet, wodurch die Möglichkeiten der Klägerinnen zu einer wirksamen Verteidigung gegen die Entscheidung der Kommission beschränkt worden seien.

Die Auffassung beruht auf einer von den Klägerinnen für die richtige gehaltenen Auslegung des Artikels 85, wonach ein tatsächliches Verhalten am Markt nachweisbar sein müsse, damit der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise verwirklicht sei. Danach soll der Beweis für die beiden unterschiedlichen Arten von Zuwiderhandlungen unterschiedlich und somit auch das Beweisthema verschieden sein. Wenn dem aber so sei, müsse die Kommission genau darlegen, was sie als Vereinbarung und was als abgestimmte Verhaltensweise ansehe. Habe die Kommission dies nicht getan, sei das Bild so verschwommen, daß die Möglichkeiten der Klägerinnen, sich wirksam zu verteidigen, beschränkt seien.

Die Klägerinnen bestreiten jedoch nicht, daß die Kommission ihre Entscheidung zu Recht so erlassen konnte, wie sie es getan hat, wenn ihre Auffassung zutrifft, daß eine abgestimmte Verhaltensweise begrifflich nicht notwendigerweise ein erkennbares Marktverhalten voraussetzt. Andererseits würde die Kommission vermutlich zustimmen, daß, wenn die Klägerinnen recht hätten, die Entscheidung so hätte ausgestaltet sein müssen, daß klar erkennbar ist, was die Kommission als abgestimmte Verhaltensweise und was als Vereinbarung ansieht.

Wie bereits gesagt, steht jedoch fest, daß das Begründungserfordernis im Zusammenhang mit der von der Kommission tatsächlich zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung zu sehen ist.

Wie noch zu zeigen sein wird, hängt die Entscheidung dieser Frage somit von der Auslegung des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweise in Artikel 85 Absatz 1 ab; die Begründung, die an sich die Auffassung der Kommission ausgezeichnet wiedergibt (vgl. insbesondere Randnr. 87 Absätze 3 und 4 der Entscheidung), genügt deshalb nach meiner Meinung den Erfordernissen des Artikels 190 EWG-Vertrag. Sollte die Rechtsauffassung der Kommission zurückgewiesen werden, wird damit auch die Begründung fehlerhaft, doch wird das dann nicht mehr von besonderem Interesse sein.

C — *Der Begriff „Unternehmen" als „Handlungssubjekt"*

In den Randnummern 96 bis 102 der Entscheidung gibt die Kommission ihre Überlegungen zu der Frage wieder, welche Bedeutung einige Umstrukturierungen innerhalb der europäischen Petrochemie-Industrie für die Zurechenbarkeit der von der Entscheidung erfaßten Zuwiderhandlungen haben. Diese Überlegungen betreffen u. a. die Situation von Enichem Anic SpA, Rhône-Poulenc und SAGA Petrokjemi AS & Co.

In Randnummer 96 Absatz 2 der Entscheidung heißt es u. a.:

„Die Polypropylentätigkeiten von Anic wurden ... von Montepolimeri ... übernommen, doch besteht Anic immer noch als Unternehmen. Die Kommission meint nicht, daß Anic durch Übertragung seiner Tätigkeiten ... von seiner Verantwortung für die Verstöße, an denen er bis ins zweite Halbjahr 1982 beteiligt war, entbunden werden kann. Dasselbe gilt für Rhône-Poulenc, der sich Anfang 1981 aus seinen Polypropylentätigkeiten zurückzog."

In den Randnummern 97 bis 100 der Entscheidung beschreibt die Kommission anschließend eingehend die strukturellen Veränderungen bei SAGA Petrokjemi. Daraus ergibt sich u. a., daß SAGA Petroleum bis 1982 56 % und nach diesem Zeitpunkt 100 % der Aktien von SAGA Petrokjemi besaß; die Kommission sah aber keine Grundlage dafür, die beiden Unternehmen hinsichtlich ihrer Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlungen einander gleichzusetzen und damit der SAGA Petroleum die Zuwiderhandlungen der SAGA Petrokjemi zuzurechnen. Im Jahr 1983 wurde SAGA Petroleum an Statoil verkauft, und am 1. Januar 1984 hörte SAGA Petrokjemi auf, als selbständige juristische Person zu existieren, da sie, wie es heißt, „von Statoil übernommen wurde", d. h. mit Statoil fusionierte. Weiter heißt es, daß das Unternehmen jetzt „innerhalb von Statoil ein getrenntes Gewinnzentrum" bilde. Sodann wird ausgeführt, daß Statoil nun in eigenem Namen das vorher von SAGA Petrokjemi vertretene Thermoplastikgeschäft betreibe und die Marketing-Töchter von SAGA Petrokjemi in Dänemark und im Vereinigten Königreich jetzt als Töchter von Statoil firmierten, aber „im Thermoplastikabsatz und -marketing dieselbe Funktion wie vorher" erfüllten.

Weiter heißt es in der Entscheidung, daß es „unbestreitbar" sei, daß die Kommission gegen SAGA Petrokjemi, hätte sie in ihrer ur-

sprünglichen Form weiterbestanden, eine Geldbuße hätte verhängen können. Nach Ansicht der Kommission ist die entscheidende Frage im vorliegenden Fall, inwieweit „das Unternehmen, das den Verstoß beging, nach der Fusion und trotz struktureller und rechtlicher Veränderungen immer noch existiert oder ob es aufgelöst worden ist", was nur unter Bezug auf die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts entschieden werden könne. Die Kommission definiert sodann den Begriff „Unternehmen" als jede Einheit, die gewerblich tätig sei und im Fall von juristischen Personen eine Mutter- oder Tochtergesellschaft oder die von diesen gebildete Einheit sein könne.

Die Kommission vertritt die Auffassung, daß das Unternehmen, das den Verstoß beging, also SAGA Petrokjemi, trotz seiner Integration in einen größeren Konzern „fortbestand". Für die Kommission ist somit entscheidend, ob es eine wirtschaftliche und funktionelle Kontinuität zwischen dem ursprünglichen Unternehmen und seinem Nachfolger gibt, auch wenn der Nachfolger die rechtswidrigen Handlungen nicht fortgesetzt hat. Zur funktionellen und wirtschaftlichen Kontinuität verweist die Kommission darauf, daß der Nachfolger, Statoil, SAGA Petrokjemi nicht aufgelöst und auch ihr Vermögen nicht liquidiert habe, sondern vielmehr ihre Wirtschaftstätigkeit fortgesetzt und ihre wesentlichen Funktionen im Zusammenhang mit dem Betrieb und der Produktvermarktung beibehalten habe. Weiter verweist die Kommission auf Werbematerial in der Handelspresse, wo die Kontinuität der Tätigkeit, der Leitung und des Mitarbeiterstabes hervorgehoben worden sei, und auf den Umstand, daß das leitende Firmenmitglied der SAGA Petrokjemi, das an „Sitzungen auf der Chefebene" teilgenommen habe, seine frühere Funktion behalten und später zum Präsidenten des Petrochemie- und Plastiksektors der Statoil befördert worden sei. Die Kommission schließt daraus, daß das Unternehmen, das die Zuwiderhandlung begangen habe, aus wirtschaftlicher Sicht weiter bestanden habe, so daß die Verantwortung für die Zuwiderhandlung durch die Fusion nicht getilgt worden sei. Verantwortlich für die Zuwiderhandlung sei somit das Unternehmen, das durch Fusion das Unternehmen übernommen habe, das die Zuwiderhandlung begangen habe.

Die Kommission unterscheidet in der Entscheidung zwischen dem norwegischen Fall und der Situation von Enichem Anic SpA und Rhône-Poulenc, weil bei letzteren die Unternehmen, die den Verstoß begangen hätten, als getrennte Einheit weiterbestänen, auch wenn sie ihr Polypropylengeschäft anderen Herstellern überlassen hätten (vgl. Randnr. 101 Absatz 1 der Entscheidung).

Rhône-Poulenc hat keine Einwände dagegen erhoben, für eventuelle Zuwiderhandlungen in der Zeit vor dem Verkauf ihres Polypropylengeschäfts verantwortlich gemacht zu werden. Die Enichem Anic SpA macht dagegen geltend, die Kommission habe gegen sie zu Unrecht eine Geldbuße wegen Handlungen verhängt, die vor der Übertragung ihres Polypropylengeschäfts auf die Montedipe SpA begangen worden seien. Dadurch sei Enichem Anic SpA gegenüber den norwegischen Unternehmen diskriminiert worden; diese Behandlung weiche im übrigen von der früheren Praxis der Kommission ab, wonach die Verantwortlichkeit für Zuwiderhandlungen der übertragenen Tätigkeit „folgen" müsse. Zu Beginn des Verfahrens hat die Enichem Anic SpA weiterhin geltend gemacht, daß es einen Widerspruch gebe zwischen der Sicht, die die Kommission von dem Verhältnis Enichem Anic SpA/Montedipe SpA habe, und ihrer Vorstellung von der Beziehung zwischen Enichem Anic SpA und SIR, da sie Enichem Anic SpA Zuwiderhandlungen zugerechnet habe, die SIR vor der Übernahme ihres Polypropylengeschäfts durch Enichem SpA eventuell begangen habe.

Hinsichtlich der Beziehung SIR/Enichem Anic SpA lag, wie sich im Verfahren gezeigt hat, teilweise ein Mißverständnis vor; die Kommission hat nämlich in der Sitzung dargelegt, daß sie nicht die Absicht gehabt habe, Enichem Anic SpA die Folgen der Handlungen von SIR tragen zu lassen. Das Mißverständnis scheint dadurch entstanden zu sein, daß die Kommission sich weitgehend auf Beweismaterial gestützt hat, in dem SIR/Enichem Anic SpA zusammen genannt werden. Da Enichem Anic SpA das Polypropylengeschäft von SIR 1982 faktisch durch ihre Tochtergesellschaft SIL SpA übernahm, die später von Enoxy Chimica SpA übernommen wurde, glaubte sie, die Kommission habe ihr eventuelle Zuwiderhandlungen der SIR zugerechnet. Die Kommission behauptet jedoch, dies nicht getan zu haben, und bestreitet das Vorbringen der Enichem SpA nicht, daß es bis zur Übernahme zwischen der SIR und der Enichem Anic SpA keine Verbindung gegeben habe und auf den Produktionsanlagen von SIR nichts von Bedeutung für Rechnung der Enichem Anic SpA produziert worden sei.

Somit kann festgestellt werden, daß die Kommission der Übertragung des Polypropylengeschäfts von SIR auf die Enichem Anic SpA keine Verantwortlichkeit für Zuwiderhandlungen hat „folgen" lassen wollen. Die Enichem Anic SpA ist jedoch weiterhin der Meinung, die Kommission habe die Geldbuße gegen sie festgesetzt, ohne die Marktanteile von SIR in dem fraglichen Zeitraum angemessen zu berücksichtigen. Außerdem habe die Kommission dem Umstand, daß die Enichem Anic SpA und SIR in einigen Beweisunterlagen zusammen genannt würden, zu Unrecht keine beweismäßige Bedeutung zugunsten der Enichem Anic SpA beigelegt, da — soweit vorgetragen — die gemeinsame Bezeichnung SIR/Anic ja ebenso bedeuten könne, daß die Zuwiderhandlung ganz oder teilweise von SIR und nicht von Enichem Anic SpA begangen worden sei. Die Kommission bestreitet beide Behauptungen der Enichem Anic SpA. Es handelt sich um eine Beweisfrage, die unten im Abschnitt über Enichem Anic SpA behandelt werden wird.

Im Hinblick auf SIR hat Enichem Anic SpA die Frage aufgeworfen, warum die Kommission dieses Unternehmen nicht gerichtlich verfolgt habe, behaupte sie doch, Enichem Anic SpA nicht für die früheren Handlungen von SIR verantwortlich machen zu wollen. Die Kommission trägt vor, daß die Verfolgung unterblieben sei, weil SIR sich in Liquidation befunden habe. Demgegenüber hat Enichem Anic SpA darauf hingewiesen, daß SIR weiterhin bestehe, da das Unternehmen von einem Konsortium, dem u. a. Banken angehörten, übernommen worden, und nun Teil des Montedison-Konzerns sei. Es bleibt jedoch nach den Ausführungen in dieser Sache immer noch etwas unklar, was aus SIR im Grunde geworden ist.

Nach dem, was wir von der Kommission gehört haben, scheint jedoch klar zu sein, daß nach ihrer Meinung, wenn jemand im Zusammenhang mit den Zuwiderhandlungen von SIR hätte gerichtlich belangt werden müssen, es nicht Enichem Anic SpA aufgrund der Übernahme des Polypropylengeschäfts von SIR gewesen wäre, sondern vielmehr der fortbestehende Teil von SIR. Daß die Kommission das in Liquidation befindliche Unternehmen offensichtlich aus Zweckmäßigkeitserwägungen nicht hat zur Verantwortung ziehen wollen, läßt sich meines Erachtens nicht für die Behauptung anführen, die Haltung der Kommission gegenüber den verschiedenen Situationen sei nicht konsequent, auch dann nicht, wenn die unterlassene gerichtliche Verfolgung auf einer Fehleinschätzung der Möglichkeiten, jemanden zur Verantwortung zu ziehen, beruht. Die Haltung der Kommission in der Frage der Verantwortlichkeit ist somit im Rahmen des vorliegenden Falls ausreichend klar und taucht in dem Verhältnis Enichem Anic SpA/Montedipe SpA wieder auf, wo sich dieses Problem tatsächlich stellt.

Somit ist zu der Frage Stellung zu nehmen, wie es sich mit der Verantwortlichkeit verhält, die zum Zeitpunkt einer Übertragung oder eines anderen Übergangs einer Einheit, in deren Namen eine Zuwiderhandlung begangen worden ist, gegeben, aber noch nicht geahndet worden ist. Mit anderen Worten geht es um die Entscheidung, was mit dem „Unternehmen" in der Bedeutung „Handlungssubjekt" bei Umstrukturierungen geschehen soll, die zu einer Änderung der Eigentumsverhältnisse führen. Der springende Punkt ist natürlich vom übertragenden Unternehmen aus gesehen, ob es möglich ist, ein Unternehmen mit einer nach den Wettbewerbsregeln bestehenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit, die aber nicht offenkundig ist, zu übertragen, während es für den Erwerber darum geht, ob er, der selbst nicht rechtswidrig gehandelt hat, mit einer Bußgeldforderung rechnen muß, die auf wirtschaftliche Aktivitäten zurückgeht, die er nach Beendigung des rechtswidrigen Verhaltens übernommen hat. Dazu ist zunächst folgendes zu bemerken: Während die rechtswidrigen Handlungen dem Unternehmen auf objektiver Grundlage zugerechnet werden können, so daß ihm ohne Rücksicht auf die Umstände, die in der Person des für das Unternehmen Handelnden liegen, auferlegt werden kann, die Zuwiderhandlungen abzustellen, setzt die Verhängung einer Geldbuße nach Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 stets Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus (vgl. Artikel 15 Absatz 2).

Zweitens unterscheidet sich diese Frage insofern von der, wer als Adressat der Bußgeldforderung für die Geldbußen haftet. Es hätte keinen Sinn, gegen eine Abteilung eines Unternehmens eine Geldbuße zu verhängen, wenn die Zwangsvollstreckung wegen dieser Geldbuße gegen diese Einheit nicht möglich ist. Somit ist stets die juristische — oder je nach den Umständen die natürliche — Person zu ermitteln, der gegenüber die Bußgeldforderung geltend gemacht werden kann (vgl. hierzu Randnr. 101 Absatz 2 der Entscheidung, die an und für sich zu Problemen führen kann).

Zur Frage der Verantwortlichkeit hat Enichem Anic SpA im einzelnen vorgetragen, die Kommission habe bei der Beurteilung ihrer Situation eine andere Definition des Begriffs „Unternehmen" verwendet als im Fall der norwegischen Unternehmen. Im „norwegischen Fall" habe die Kommission Unternehmen als eine wirtschaftlich-funktionelle Einheit und nicht als juristische Person aufgefaßt. Enichem Anic SpA bestehe jedoch nicht mehr als „Unternehmen" im Polypropylenbereich, wohl aber als Einheit mit Rechtspersönlichkeit, die eine Reihe anderer wirtschaftlich-funktioneller Einheiten besitze, die sich nicht mit Polypropylen beschäftigten. Die Unterscheidung der Kommission, nämlich ob die übertragende Gesellschaft nach der Übernahme fortbestehe, führe zu absurden und willkürlichen Ergebnissen, da sie die Verantwortlichkeit der übertragenden Gesellschaft davon abhängig mache, ob sie andere Unternehmenstätigkeiten ausübe und wie diese organisiert seien. Die Widersprüchlichkeit dieser Auffassung werde bei einem Vergleich der Situation von Enichem Anic SpA mit dem Verhältnis zwischen PCUK und Atochem in der Peroxygensache deutlich, die die Kommission in Randnummer 101 der Entscheidung anführe. Würde man der Auffassung der Kommission folgen, hätte Enichem Anic SpA, um sich ihrer Verantwortung zu entziehen, ihre anderen Geschäftsbereiche nur auf andere Gesellschaften des ENI-Konzerns zu übertragen brauchen. Für die Unterscheidung der Kommission gebe es somit keine Grundlage. Es sei nämlich schwer einzusehen, wie das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der „rechtlichen Hülle" eine Begründung dafür liefern könne, daß die Kommission bald „das Unternehmen", bald „die rechtliche Hülle" verfolgen könne. Die Kommission müsse ungeachtet ihrer Entscheidung, ob sie für die Frage der

Verantwortlichkeit das Unternehmen oder die rechtliche Hülle für entscheidend halte, konsequent bei ihrer Meinung bleiben, ohne Rücksicht auf die spätere Feststellung, ob die Einheit, die sie als maßgeblich ansehe, noch fortbestehe. Enichem Anic SpA macht geltend, daß mit der Übertragung ihres Polypropylengeschäfts eigentlich eine Unternehmensübertragung stattgefunden habe, da nämlich alle materiellen und immateriellen Güter, darunter Maschinen und das Know-how im Polypropylenbereich an die Montedipe SpA übertragen worden seien. Der Polypropylensektor sei innerhalb der Enichem Anic SpA eine eigene wirtschaftliche Einheit gewesen, und diese wirtschaftliche Einheit sei übertragen worden. Enichem Anic SpA als Gesellschaft könne als eine Zusammenfassung verschiedener Unternehmen angesehen werden. Daß eines ihrer Unternehmen übertragen worden sei, während die anderen bei ihr verblieben seien, unterscheide ihre Situation offensichtlich nicht genügend von der der norwegischen Unternehmen.

Die Kommission hat demgegenüber darauf hingewiesen, daß es keinen Widerspruch zwischen ihrer Behandlung der norwegischen Unternehmen und der von Enichem Anic SpA gebe. Während das norwegische Unternehmen als Teil von Statoil mit im wesentlichen unveränderten wirtschaftlichen und funktionellen Merkmalen fortbestanden habe, sei Enichem Anic SpA vor und nach der Übertragung ihrer Produktionsanlagen innerhalb des Polypropylensektors stets dasselbe Unternehmen gewesen. Im Fall der norwegischen Unternehmen sei die Kommission nicht davon ausgegangen, daß der Begriff des Unternehmens mit dem eines Produktions- oder Tätigkeitsbereichs zusammenfalle. Unternehmen sei vielmehr ein komplexer Begriff, der Menschen und Sachen umfasse, verbunden durch die Ausübung einer näher bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit. Die Auffassung der Mitbewerber und Kunden könne zur Bestimmung des Unternehmens beitragen. Die Enichem Anic SpA sei auch nach der Übertragung ihres Polypropylengeschäfts in den Augen ihrer Kunden und Mitbewerber die Enichem Anic SpA geblieben. Diese hätten sehen können, daß die Enichem Anic SpA im Polypropylensektor nicht länger tätig sei, hätten aber auch feststellen können, daß die Enichem Anic SpA ihre Tätigkeiten als Unternehmen fortgesetzt habe. Die Enichem Anic SpA bestehe nämlich nicht aus mehreren Unternehmen, d. h. einem je Produktionsbereich. Als Unternehmen habe sie ein einheitliches Ziel, das sich durch die Übertragung des Polypropylengeschäfts nicht geändert habe; deshalb sei davon auszugehen, daß sie als Unternehmen fortgeführt worden sei.

Das Problem, den Verantwortlichen zu finden, oder wie die Kommission es später in den PVC- und LDPE-Sachen [43] ausgedrückt hat, das Problem, „die Identität des Unternehmens zu bestimmen", kann teils im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften und teils im Zusammenhang mit einer Übertragung, einem sonstigen Eigentumswechsel oder anderen Formen der Umstrukturierung auftauchen. Im Verhältnis Mutter-/Tochtergesellschaft kann ein Unternehmen in dem hier behandelten Zusammenhang Mutter- oder Tochtergesellschaft oder eine von Mutter- und Tochtergesellschaft gemeinsam gebildete wirtschaftliche Einheit sein. Dieses Problem war mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung und ist im Schrifttum eingehend behandelt worden [44]. Das entsprechende Problem im Falle einer Übertragung hat nur zu wenigen Entscheidungen Anlaß gegeben.

Im Urteil Suiker Unie [45] erhob sich die Frage der Verantwortlichkeit der „Coöperatieve Vereniging Suiker Unie VA", die ihre Tätigkeit am 2. Januar 1971 begonnen hatte

43 — Entscheidungen vom 21. Dezember 1988, IV/31.865, PVC und IV/31.866, LDPE (ABl. L 74 vom 17. 3. 1989, S. 1 bzw. 21).

44 — Vgl. zuletzt Rütsch, *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen?*, Köln 1987, und Lipowsky, *Die Zurechnung von Wettbewerbsverstößen*, München 1987.

45 — Zitiert in Fußnote 41.

und die Möglichkeit bestritt, sie für Zuwiderhandlungen vor diesem Zeitpunkt verantwortlich zu machen. Im einzelnen ging es darum, daß vier Genossenschaften im Jahr 1966 als Übergangsregelung ein Koordinierungsorgan gegründet hatten, das sich aus den Genossenschaften zusammensetzte; im Jahr 1970 gründete man jedoch eine Genossenschaft, der die Mitglieder der ursprünglichen vier Genossenschaften unmittelbar als Genossen angehörten. Danach wurde das Koordinierungsorgan, das an den Zuwiderhandlungen beteiligt gewesen war, aufgelöst. Suiker Unie trug nun vor, daß sie nicht für Handlungen des Koordinierungsorgans zur Rechenschaft gezogen werden könne, da sie dessen Vermögen nicht übernommen habe; sie könne nur als Rechts- und wirtschaftliche Nachfolgerin der vier ursprünglichen Genossenschaften angesehen werden. Hierzu hat der Gerichtshof festgestellt (Randnrn. 84 bis 88), daß Suiker Unie, da sämtliche Rechte und Verbindlichkeiten der vier Mitgliedgenossenschaften der alten Gesellschaft auf sie übergegangen seien, wirtschaftlich betrachtet als Nachfolgerin der alten Gesellschaft und ihrer Mitglieder, die ihr diese Stellung zugedacht hatten, anzusehen sei. Der Gerichtshof wies außerdem darauf hin, daß die Bezeichnung „Suiker Unie" unstreitig stets dieselben Unternehmen erfaßt habe, die weitgehend von denselben Personen geleitet worden seien und ihren Sitz an ein und derselben Adresse gehabt hätten. Ferner habe Suiker Unie nicht einmal behauptet, sich auf dem Zuckermarkt anders verhalten zu haben als die alte Gesellschaft. Der Gerichtshof kam aufgrund dessen zu dem Ergebnis, daß das Verhalten von Suiker Unie und ihrer Vorgängerin auf dem Zuckermarkt sich „durch eine offensichtliche Handlungseinheit aus[zeichnete], die es rechtfertigt, dieses Verhalten ... [Suiker Unie] zuzurechnen". In seinen Schlußanträgen beschäftigte sich Generalanwalt Mayras eingehend mit der Frage (S. 2097). Er hob u. a. hervor, daß die Geldbußen nach den Wettbewerbsregeln Unternehmen in ihrer Eigenschaft als Wirtschaftssubjekte auferlegt würden und daß auf die wirtschaftlichen Fakten abzustellen sei. Außerdem wies er auf die Umgehungsgefahr hin und meinte, die Kommission sei berechtigt, das frühere Verhalten der neuen juristischen Person zuzurechnen, vorausgesetzt, „daß sich dahinter dasselbe Wirtschaftssubjekt verbirgt".

Im Zusammenhang mit der Entscheidung in der Rechtssache Rheinzink[46] verwies Generalanwältin Rozès ebenfalls auf die Umgehungsmöglichkeit (S. 1718). Sie führte aus, daß nicht die Kontinuität der Handlung, was zwar oft Kontinuität des rechtswidrigen Verhaltens bedeute, entscheidend sei, sondern vielmehr eine Abwägung der Indizien, die der Gerichtshof in den Zuckersachen seiner Feststellung einer Handlungsgemeinschaft zugrunde gelegt habe, nämlich daß Suiker Unie sämtliche Rechte und Verbindlichkeiten der Mitgliedsgenossenschaften übernommen habe, daß es unstreitig um dieselben Unternehmen gegangen sei und daß Suiker Unie auch nicht behauptet habe, sich auf dem Markt anders verhalten zu haben als die alte Gesellschaft. Nach Ansicht der Generalanwältin kann ein kontinuierlich rechtswidriges Verhalten allein nicht entscheidend sein. Entscheidend sei vielmehr die Übernahme der Rechte und Verbindlichkeiten des früheren Unternehmens sowie der Umstand, daß Hauptsitz und Geschäftsleitung des Unternehmens unverändert seien. Aufgrund dessen kam sie in dem betreffenden Fall zu dem Ergebnis, daß, auch wenn die Rheinzink GmbH und das frühere Unternehmen „Rheinisches Zinkwalzwerk GmbH & Co." nicht identisch seien, „ihre Handlungen" aufgrund ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Verbindungen „als kontinuierlich" anzusehen seien, so daß es gerechtfertigt sei, die zur Last gelegten Zuwiderhandlungen der Firma Rheinzink zuzurechnen. Wie der Gerichtshof festgestellt hat (Randnr. 9), hat die Rheinzink GmbH die frühere Gesellschaft insgesamt übernom-

46 — Urteil vom 28. März 1984 in den verbundenen Rechtssachen 29/83 und 30/83 (Compagnie royale asturienne des mines SA und Rheinzink GmbH/Kommission, Slg. 1984, 1679).

men und deren wirtschaftliche Tätigkeit fortgeführt; nach Auffassung des Gerichtshofes wird durch die Änderung der Rechtsform und des Namens eines Unternehmens kein neues Unternehmen geschaffen, das von der Haftung für wettbewerbswidrige Handlungen des alten Unternehmens befreit wäre, sofern die beiden Unternehmen wirtschaftlich gesehen identisch sind.

Was die Praxis der Kommission betrifft, so ist zunächst näher auf die Peroxygen-Entscheidung einzugehen, auf die die Kommission in Randnummer 101 letzter Absatz der Polypropylen-Entscheidung verweist und die in den vorliegenden Rechtssachen auch erörtert wurde. In der Peroxygen-Entscheidung heißt es (Randnr. 49 Absätze 4 und 5):

„In dem hier relevanten Zeitraum war der andere französische Lieferant neben l'Air liquide PCUK, die zur Pechiney-Ugine-Kuhlmann-Gruppe gehört. Die französische Chemieindustrie wurde 1983 umorganisiert, und die Peroxygen-Geschäfte von PCUK wurden Atochem übertragen, die der Elf-Aquitaine-Gruppe angehört. Die Kommission ist der Auffassung, daß Atochem als derzeitiger Eigentümer des Geschäftsunternehmens, das die Verstöße begangen hat und nach Übernahme des Gesellschaftsvermögens und der wirtschaftlichen Ziele von PCUK in diesem Sektor der Adressat jeder Entscheidung sein muß, der für die Zahlung von Geldbußen verantwortlich ist, die wegen der von PCUK begangenen Verstöße verhängt werden."

Die Kommission hat nun in der Polypropylen-Entscheidung vorgetragen, daß das Unternehmen PCUK, das den Verstoß begangen habe, nach Abstellung des Verstoßes aufgespalten worden sei und seine Peroxygeninteressen von Atochem übernommen worden seien. Die Kommission habe die Auffassung vertreten, daß Atochem der Adressat einer Entscheidung habe sein müssen, da PCUK keine getrennte Rechtseinheit mehr gewesen sei und Atochem ihr Peroxygengeschäft und ihre Geschäftspolitik übernommen habe. Daß PCUK später aufgelöst wurde, stimmt wohl und ergibt sich auch aus den Ausführungen in der PVC-Entscheidung (Randnr. 43), geht aber aus der Peroxygen-Entscheidung nicht hervor. Es läßt sich nämlich nicht erkennen, daß die Kommission der Frage Gewicht beigemessen hätte, inwieweit ein Teil des Unternehmens übrig geblieben war. Dem Wortlaut nach scheint die Kommission die Übernahme des Vermögens und der Geschäftspolitik, d. h. die Übernahme des Peroxygengeschäfts, für wichtiger gehalten zu haben, ohne daß die Frage des Fortbestehens des übertragenen Unternehmens eine Rolle gespielt hätte. Daß die Kommission früher vermutlich die Ansicht vertreten hat, die die Enichem Anic SpA ihr zuschreibt, nämlich daß die Verantwortlichkeit mit der Produktion und dem Ertrag übergeht, läßt sich außerdem der PVC-Entscheidung entnehmen (Randnr. 44), der zufolge die Kommission ursprünglich meinte, daß Norsk Hydro, die PVC-Aktivitäten von einem Unternehmen erworben hatte, das weiter bestand, für frühere Zuwiderhandlungen verantwortlich zu machen sei, dann aber, d. h. in der PVC-Entscheidung, zu der Auffassung gelangte, daß das übertragende Unternehmen dafür zur Rechenschaft zu ziehen sei.

In den PVC- und LDPE-Entscheidungen trägt die Kommission zu der Frage allgemein vor:

„In einem Fall, in dem ein Unternehmen einer Neuorganisation unterzogen worden ist oder seine LDPE-Aktivitäten eingestellt hat, besteht die wesentliche Aufgabe darin,

i) die Identität des Unternehmens zu bestimmen, das den Verstoß begangen hat;

ii) festzustellen, ob das Unternehmen in seiner Substanz noch besteht oder aufgelöst worden ist.

Die Frage der Unternehmensidentität ist nach dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden. Die nach innerstaatlichem Gesellschaftsrecht vorgenommenen organisatorischen Veränderungen sind unerheblich.

Es ist somit ohne Belang, daß ein Unternehmen sein LDPE-Geschäft verkauft hat; der Käufer kann für die Beteiligung des Verkäufers an dem Kartell nicht haftbar gemacht werden. Besteht das Unternehmen, das den Verstoß begangen hat, allerdings fort, so bleibt es trotz der Übertragung verantwortlich.

Wird dagegen das Unternehmen, das den Verstoß begangen hat, selbst von einem anderen Hersteller übernommen, so kann seine Verantwortlichkeit auf die fusionierte Einheit übergehen."

In beiden Entscheidungen geht die Kommission anschließend verschiedene Einzelfälle durch. Ohne auf diese Fälle näher einzugehen, erscheint nach dem vorstehend Gesagten und nach dem, was die Kommission in den vorliegenden Rechtssachen geltend macht, die Feststellung berechtigt, daß die Kommission nun die Auffassung vertritt, daß im Fall einer Fusion, durch die das gesamte frühere Unternehmen als „Unternehmen" gesehen in dem neuen aufgeht, die Verantwortlichkeit mit übergeht. Dagegen verbleibt die Verantwortlichkeit dort, wo sie ist, wenn ein Teil des Unternehmens fortbesteht, zumindest wenn dieses „in seiner Substanz noch besteht".

Die Kommission hat in ihren Entscheidungen offenbar etwas geschwankt zwischen der individualisierenden Methode, mit der sie die SAGA Petrokjemi/Statoil behandelte, und einer einfacheren Variante, wonach entscheidend sein soll, ob das frühere Unternehmen in seiner Substanz noch besteht. Die Kommission war somit ein leichtes Opfer für die Angriffe der Enichem Anic SpA.

Wie sich klar aus der zitierten Rechtsprechung des Gerichtshofes und insoweit auch aus der Praxis der Kommission ergibt, muß in jedem Einzelfall konkret ermittelt werden, was aus dem verantwortlichen „Unternehmen" geworden ist. In der Polypropylen-Entscheidung und in ihren Schriftsätzen in der Rechtssache Enichem Anic SpA hat die Kommission die meisten der in Betracht kommenden Faktoren ausgezeichnet wiedergegeben. In dem die SAGA Petokjemi betreffenden Abschnitt der Entscheidung hat die Kommission weiterhin vorbildlich beschrieben, weshalb nach ihrer Meinung Statoil die Verantwortung tragen muß.

Es ist also in jedem Fall eine genaue Analyse durchzuführen, wie die materiellen zusammen mit den personellen Bestandteilen, die als „Unternehmen" anzusehen sind, in die veränderte Struktur eingegangen sind. In diesem Zusammenhang ist noch einmal daran zu erinnern, daß die Verantwortlichkeit für Zuwiderhandlungen Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraussetzt, und daß den personellen Faktoren, auf die der Gerichtshof in der zitierten Rechtsprechung Wert gelegt hat, deshalb wesentliche Bedeutung beizumessen ist.

Die Auffassung, die möglicherweise der Kommission unterstellt werden könnte, nämlich daß eine eventuell verbliebene Unternehmensstruktur unter allen Umständen zur Verantwortung gezogen werden könne, ist deshalb kaum in jedem Fall richtig, selbst wenn sie in der Regel zutreffend ist. Auf der anderen Seite ist zu betonen, daß aufgrund allgemeiner Erwägungen zu den Voraussetzungen und zur Funktion der Verantwortlichkeit für Zuwiderhandlungen schwerwiegende Gründe vorliegen müssen, um in Ermangelung einer besonderen Rechtsgrundlage zu entscheiden, daß der Erwerb einer Produktionseinheit, in deren Namen vom Veräußerer eine Zuwiderhandlung begangen worden ist, eine Verantwortlichkeit begründen kann. Dessen scheint sich die Kommission denn auch bewußt zu sein. Ohne daß hiermit zu dem die norwegischen Unternehmen betreffenden Teil der Entscheidung Stellung genommen werden muß, wird es von wesentlicher Bedeutung für die Frage der Verantwortlichkeit sein, ob die Geschäftsleitung und/oder der Personenkreis, der hinter den Zuwiderhandlungen gestanden hat, bei dem Übergang mit übergewechselt ist.

Im Fall Enichem Anic SpA sind die Angaben sparsam. Gegenüber der Behauptung der Kommission, die Enichem Anic SpA sei weiterhin ein funktionierendes „Unternehmen" im Sinne der Definition, wie sie vorstehend versucht wurde, hat die Klägerin in diesem Verfahren tatsächlich nur erklärt, daß sämtliche materiellen und immateriellen Rechte, darunter die Produktionsanlagen und das Know-how, veräußert worden seien. Gegenüber der Behauptung der Kommission, die Enichem Anic SpA sei auch nach der Übertragung ihres Polypropylengeschäfts in den Augen ihrer Kunden und Mitbewerber die Enichem Anic SpA geblieben, und der Behauptung in Randnummer 101, die Fälle Anic und Rhône-Poulenc unterschieden sich von dem Fall SAGA, wo u. a. die Geschäftsleitung und die Belegschaft bei dem Übergang auf Statoil mit übergewechselt seien, hat das Unternehmen insbesondere nichts dazu vorgetragen, ob die Geschäftsleitung und/oder der Personenkreis, der für das Polypropylengeschäft verantwortlich gewesen war, das Unternehmen verlassen haben und zur Montedipe SpA übergewechselt sind.

Die Tatsache, daß die Enichem Anic SpA selbst sämtliche materiellen und immateriellen Rechte, darunter die Produktionsanlagen und das Know-how auf die Montedipe SpA übertragen hat, ist aufgrund der vorstehend wiedergegebenen Rechtsprechung des Gerichtshofes und der Erwägungen, die ich zu den Voraussetzungen und zur Funktion der Verantwortlichkeit für Zuwiderhandlungen angeführt habe, nach meiner Meinung nicht hinreichend, um Enichem Anic SpA von der Verantwortung freizustellen, wenn davon auszugehen ist, daß das Unternehmen in seiner damaligen Form und mit seinen damaligen Führungsorganen und seiner Leitung in seiner Substanz noch besteht, bloß ohne die Polypropylenproduktion.

D — *Auslegung des Artikels 85*

1. *Einleitung*

Artikel 85 Absatz 1 verbietet alle Vereinbarungen und alle Formen aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Unter den Buchstaben a bis e der Bestimmung werden — nicht erschöpfend — die Formen des Verhaltens aufgeführt, die den Klägerinnen nach Ansicht der Kommission vorgeworfen werden können. Nach Absatz 2 sind alle

nach Absatz 1 verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse nichtig.

In den nun bei dem Gericht anhängigen Rechtssachen hat die Auslegung des Artikels 85 namentlich zu Meinungsverschiedenheiten darüber geführt, wie der Begriff „abgestimmte Verhaltensweise" auszulegen ist und inwiefern mehrere Handlungen oder je nach den Umständen Unterlassungen, die teilweise sehr uneinheitlich sind, zu Recht als eine einzige Vereinbarung bzw. abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 angesehen werden können.

Eine Frage, die zwar begrifflich im Verhältnis zu diesen Problemen als selbständig angesehen werden kann, doch in engem Zusammenhang mit ihnen steht, ist, ob die Verbotsnorm des Artikels 85 die Teilnahme an einem Kartell als solche erfaßt, so daß die Teilnehmer wegen dieser Teilnahme für sämtliche von dem Kartell begangenen Zuwiderhandlungen verantwortlich gemacht werden können. Die Frage ist im vorliegenden Fall unter dem Schlagwort „kollektive Verantwortlichkeit" erörtert worden.

Bevor ich näher auf die Frage der Auslegung der „abgestimmten Verhaltensweise" eingehe, kann es jedoch nützlich sein, zunächst einige wenige Bemerkungen zur Auslegung des Begriffs „Vereinbarung" im Sinne des Artikels 85 zu machen.

2. *Der Begriff der Vereinbarung*

Aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofes läßt sich der Begriff „Vereinbarung" im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 verhältnismäßig genau definieren. Eine von Artikel 85 erfaßte Vereinbarung kann natürlich so geschlossen worden sein, daß sie die Parteien rechtlich binden würde, wenn sie nicht gerade wegen Artikel 85 Absatz 2 ungültig wäre. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann jedoch eine Vereinbarung nach Artikel 85 auch ein „gentlemen's agreement" sein[47], dessen bindender und regelnder Charakter nicht auf einer rechtlichen Grundlage, sondern auf sozial-psychologischen Faktoren beruht. Eine Vereinbarung kann ein Dauerschuldverhältnis sein[48] und wohl auch konkludent geschlossen worden sein; auch muß sie nicht schriftlich festgelegt sein.

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen sind verboten, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung auch nur „bezweckt" ist. Der Gerichtshof hat dies bereits im Urteil Grundig[49] sehr deutlich festgestellt. Die Frage, was im einzelnen zu verlangen ist, damit eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, werde ich später in dem Abschnitt behandeln, der den Einwand betrifft, die hier behandelten Vereinbarungen hätten „objektiv" keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt.

Es ist wichtig festzustellen, wie es der Gerichtshof zuletzt im Urteil Sandoz getan hat, daß es um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt geht, so daß die tatsächlichen Auswirkungen der Vereinbarung nicht dargetan werden müssen. Diese Form des Verstoßes gegen Artikel 85 Absatz 1 ist daher zu

47 — Vgl. Rechtssache Chemiefarma, zitiert in Fußnote 21, Randnrn. 106 bis 116.

48 — Vgl. Urteil Sandoz.

49 — Zitiert in Fußnote 36.

Recht als ein abstraktes Gefährdungsdelikt[50] beschrieben worden.

Eine Vereinbarung nach Artikel 85 („Vereinbarungen ..., welche ... bewirken") kann jedoch auch den Charakter eines reinen Erfolgsdelikts haben; in diesem Fall braucht der Zweck der Wettbewerbsbeschränkung nicht nachgewiesen zu werden[51]. Andererseits kann natürlich ein konkreter Sachverhalt beide Tatbestände gleichzeitig verwirklichen.

Im vorliegenden Fall ist es jedoch nicht der Begriff der Vereinbarung, dessen Auslegung Schwierigkeiten macht. Es ist vielmehr der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise, der erhebliche Auslegungsprobleme aufwirft.

3. *Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise*

a) Die Problemstellung

Die Frage der Auslegung des Begriffs „abgestimmte Verhaltensweise", der vom Verbot des Artikels 85 erfaßt wird, hat dem Gerichtshof bisher nur in ganz wenigen Sachen zur Entscheidung vorgelegen. Diese Rechtsprechung bietet — wie im folgenden gezeigt wird — u. a. wegen der unterschiedlichen Sachverhalte der betreffenden Rechtssachen nur in begrenztem Umfang eine Auslegungshilfe für die Entscheidung der besonderen Probleme in dem hier vorliegenden Fall.

Wie das Verfahren in den anhängigen Rechtssachen zeigt, bestehen erhebliche Probleme, zu einer auch nur einigermaßen klaren Festlegung des begrifflichen Inhalts des Delikts der abgestimmten Verhaltensweise, die einen Zweck verfolgt, auf der einen und der abgestimmten Verhaltensweise, die eine Wirkung hat, auf der anderen Seite zu gelangen.

Die Erörterungen in der Lehre und in den vorliegenden Rechtssachen haben zum großen Teil den Eindruck hinterlassen, daß viele tatsächlich zu dem Ergebnis gelangt sind, daß die Verbindung „abgestimmte Verhaltensweise/einen Zweck verfolgt" fast als begrifflicher Widerspruch aufzufassen sei, wodurch dieser Deliktstyp eigentlich weginterpretiert wurde. Es ist denn auch zuzugeben, daß es schwierig sein kann, mit einem Deliktstyp zu arbeiten, der zugleich Tatbestandsmerkmale eines Tätigkeitsdelikts (bloßer Zweck) und eines Erfolgsdelikts (Abgestimmtheit des Verhaltens) zu enthalten scheint.

Die Kommission hält es für bewiesen, daß die behauptete abgestimmte Verhaltensweise durch die Durchführung paralleler Maßnahmen verwirklicht worden sei. Es lägen auch Auswirkungen auf den Markt vor. Um einen Verstoß gegen Artikel 85 festzustellen, brauche jedoch nichts anderes bewiesen zu werden, als daß eine Abstimmung stattgefunden habe. Die abgestimmte Verhaltensweise besteht somit nach Ansicht der Kommission — wie sie im vorliegenden Fall zum Ausdruck gekommen ist — in der Abstimmung als solcher.

Möglicherweise kommt das Gericht zu dem Ergebnis, daß die Handlungen, die zu

50 — Vgl. Hildebrandt, *Der Irrtum im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften*, 1990, S. 40; Dannecker/Fischer-Fritsch, *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, S. 15; vgl. auch Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, zu Artikel 85, Nr. 28.

51 — Vgl. dazu u. a. Urteil Consten/Grundig (zitiert in Randnr. 36).

Recht als abgestimmte Verhaltensweise bezeichnet werden können, nachweislich einen spürbaren Einfluß auf den Markt gehabt haben oder daß jedenfalls Beweise für die Durchführung paralleler Maßnahmen vorliegen. Es ist aber auch denkbar, daß das Gericht zu dem Ergebnis kommt, daß sich spürbare Auswirkungen auf den Markt oder zumindest ein Verhalten, das mit Sicherheit auf eine bestimmte Abstimmung zurückgeführt werden könnte, nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen lassen.

Es besteht also ein eigenes Interesse an der Frage, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn man weiß, daß eine Abstimmung stattgefunden hat, sich aber nicht genau feststellen läßt, was später geschehen ist.

Dem Gericht liegt nun ein Sachkomplex vor, dessen tatsächliche Umstände so geartet sind, daß es das Gericht sein wird, das zum ersten Mal zu der Frage Stellung nehmen muß, ob eine abgestimmte Verhaltensweise nach Artikel 85 auch Fälle umfassen kann, in denen bestimmte tatsächliche Handlungen am Markt nicht nachweisbar sind, sondern nur die Sitzungen von Marktteilnehmern, die dort u. a. normalerweise als Geschäftsgeheimnis geltende Informationen über Preise oder Produktionsmengen ausgetauscht haben, und in denen als Ziel dieses Austauschs nach dem Inhalt der Besprechung, die zwischen den Beteiligten stattgefunden haben, eine Abstimmung des späteren Marktverhaltens angenommen werden muß. Mit anderen Worten geht es um die Frage, ob Tatbestandsmerkmal einer abgestimmten Verhaltensweise nach Artikel 85 ein erkennbares Verhalten am Markt ist oder ob das Verhalten in der Praxis, das gerade in der Abstimmung auf diesen Sitzungen besteht, auch dann nach dieser Bestimmung als rechtswidrig angesehen werden kann, wenn nach der Abstimmung kein konkretes, kausal bedingtes tatsächliches Verhalten der an der Abstimmung beteiligten Unternehmen nachweisbar ist.

Die Ausführungen der Parteien im Verfahren geben außerdem Anlaß zu Überlegungen, ob im Rahmen des Artikels 85 ein strafbarer Versuch möglich ist, ob also „aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche ... bezwecken" nach Artikel 85 an und für sich eine vollendete Tat und nicht bloß den *Versuch* darstellen, den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise, die eine Wirkung hat, zu vollenden.

b) Die Bedeutung der Frage für die vorliegenden Rechtssachen

In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, daß das Problem gerade in diesen Rechtssachen so klar zur Sprache gebracht worden ist, in denen — wie sich aus Randnummer 87 Absatz 3 der Entscheidung ergibt — nach Auffassung der Kommission der wesentliche Teil des Geschehens als Vereinbarung nach Artikel 85 Absatz 1 zu begreifen ist. Die Kommission führt tatsächlich nur zwei Fälle als Beispiele dafür an, was ihrer Meinung nach möglicherweise besser als abgestimmte Verhaltensweise denn als Vereinbarung verstanden werden kann. Es handelt sich um die Regelung bezüglich des Informationsaustauschs über die Liefermengen, die nach Ansicht der Kommission 1981 und 1982 bestanden hat, sowie die bloß stillschweigende Zustimmung eines Unternehmens zur Zusammenarbeit in einzelnen Teilbereichen, z. B. Shells angebliche mehr passive Zusammenarbeit bei den Quotenregelungen.

Die Kommission hat jedoch gemeint, daß dies auch berücksichtigt werden sollte, und gleichzeitig ausgeführt oder zumindest angedeutet, daß viele andere Einzelmerkmale oder Teilaspekte der Handlungsweise der Unternehmen im übrigen fast als abgestimmte Verhaltensweise angesehen werden könnten.

Die Kommission hat insoweit nicht differenziert; somit ist eine Prüfung der Frage angezeigt, inwiefern die beiden Formen des verbotenen Verhaltens, die Vereinbarung und die abgestimmte Verhaltensweise, eine so gleichartige Struktur und so gleichartige Merkmale aufweisen, daß bei der Anwendung eine eindeutige Zuordnung der zur Last gelegten Handlungen zu der einen oder zu der anderen Form nicht erforderlich ist.

Im vorliegenden Fall, in dem — wie sich später noch aus meiner Stellungnahme zu den vorliegenden Beweisen ergeben wird und wie von der Kommission vorgetragen wurde — das, was sich als abgestimmte Verhaltensweise charakterisieren läßt, von begrenztem Umfang ist, wäre es der Kommission vermutlich ohne größere zusätzliche Arbeit möglich gewesen, die Entscheidung in der Weise alternativ auszugestalten, daß sie für den Fall, daß das Gericht ihren Hauptgesichtspunkt zurückweisen sollte, zwischen den Elementen, die sie als Vereinbarung ansieht, und denen, die sie für eine abgestimmte Verhaltensweise hält, differenziert hätte.

Dies hat die Kommission jedoch nicht getan, und es erhebt sich die Frage, was geschieht, wenn das Gericht in diesem Punkt der Auffassung der Kommission nicht folgt. Muß das Gericht die Aufteilung selbst vornehmen, oder ist die Entscheidung für nichtig zu erklären? Angesichts der vorliegenden Rechtsprechung des Gerichtshofes, wo der Gerichtshof die Fälle ziemlich eingehend und selbständig beurteilt hat, spricht kaum etwas dagegen, daß das Gericht eine selbständige Prüfung vornimmt. Eine solche Prüfung begegnet jedoch zumindest zwei Schwierigkeiten. Erstens wird die Entscheidung, wenn die Auffassung der Kommission zurückgewiesen wird, soweit ich sehen kann, wegen der Begründung zu Fall kommen. In diesem Fall ist die Begründung in den Randnummern 86 bis 88 nämlich in keiner Weise ausreichend, um den Anforderungen des Artikels 190 an eine befriedigende Begründung zu genügen. Die zweite Schwierigkeit ist, daß die Kommission in Randnummer 87 der Entscheidung andeutet, daß nach ihrer Meinung die Handlungen der Klägerinnen in allen ihren Bestandteilen möglicherweise sowohl Züge einer Vereinbarung als auch einer abgestimmten Verhaltensweise aufweisen. Die Kontrollfunktion des Gerichts nach Artikel 173 EWG-Vertrag kann nach meiner Ansicht jedoch nicht bedeuten, daß das Gericht den Fall in Wirklichkeit von Grund auf bearbeiten muß, was es tun müßte, wenn es selbst jedes einzelne Element im Handlungsablauf darauf hin beurteilen würde, ob eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt. Wenn der Kommission in diesem Punkt nicht zuzustimmen ist, muß die Entscheidung folglich insgesamt für nichtig erklärt werden.

c) Das Vorbringen der Parteien

Die Kommission hat in ihrem Schreiben vom 29. März 1985 ausführlich ihre Auffassung über das Verhältnis von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Rahmen des Artikels 85 Absatz 1 dargelegt. In der Entscheidung hat sie dies, wie in diesen Schlußanträgen unter Abschnitt I A 1 zum Teil wiedergegeben, vertieft. In den Randnummern 86 bis 88 der Entscheidung führt die Kommission unter Hinweis auf die Feststellungen des Gerichtshofes in den Urteilen ICI und Suiker Unie aus, warum sie eine Unterscheidung nicht für notwendig hält, wohl aber natürlich eine

Festlegung der „unteren" Grenze, ab der eine Zusammenarbeit als Verstoß gegen Artikel 85 angesehen werden kann.

Im allgemeinen Teil ihrer Klagebeantwortung gibt die Kommission die eingehendste Beschreibung, eine Beschreibung, die später in der mündlichen Verhandlung vertieft wurde.

Die Kommission trägt also vor, daß die Begriffe „Vereinbarung" und „aufeinander abgestimmte Verhaltensweise" im Sinne des Vertrages alle Arten von Absprachen umfaßten, durch die Konkurrenten sich gegenseitig die Aktionsfreiheit am Markt beschnitten, statt völlig unabhängig voneinander ihr künftiges Wettbewerbsverhalten zu bestimmen. Derartige Absprachen setzten stets direkte oder indirekte Kontakte zwischen den Mitbewerbern voraus, gleichgültig, ob diese nun die Gestalt einer Vereinbarung nach Art eines förmlichen Vertrages, einer formlosen Vereinbarung wie z. B. eines „gentlemen's agreement" oder einer einfachen praktischen Zusammenarbeit annähmen. Die Aufführung der beiden Begriffe Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweise in Artikel 85 bezwecke, jede „Lücke" im Anwendungsbereich dieses Artikels zu vermeiden. Artikel 85 finde somit Anwendung auf alle Vereinbarungen, ob sie nun ausdrücklich oder stillschweigend, förmlich oder formlos seien. Er gelte aber auch für die lediglich tatsächliche Koordinierung oder praktische Zusammenarbeit. Diese Zusammenarbeit sei nicht unbedingt gleichbedeutend mit parallelem Marktverhalten, da unter das Verbot des Artikels 85 auch Verhaltensweisen fielen, die eine Verfälschung des Wettbewerbs lediglich bezweckten.

Anschließend beschreibt die Kommission verschiedene Grade der Zusammenarbeit. Zunächst Vereinbarungen, die rechtlich nicht bindend sein müßten — was sie ja wegen Artikel 85 Absatz 2 im übrigen niemals sind, wenn sie unter Absatz 1 fallen. Nach Ansicht der Kommission erfaßt Artikel 85 die gesamte Bandbreite wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, unabhängig davon, ob man unverbindliche Absprachen als Vereinbarungen nach Artikel 85 ansehen wolle oder ob man den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise auf die Fälle beschränken wolle, in denen keinerlei förmliche Verpflichtung bestehe. Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise beziehe sich in Wirklichkeit auf eine praktische Zusammenarbeit rein tatsächlicher Art, die nicht auf einen Plan oder eine ausdrückliche Abstimmung untereinander zurückführbar sein müsse. Die Urteile Suiker Unie [52] und Züchner [53] des Gerichtshofes zeigen nach Ansicht der Kommission, daß eine abgestimmte Verhaltensweise immer dann vorliege, wenn zwischen den Mitbewerbern eine Fühlungnahme stattfinde, die ihrem Verhalten auf dem Markt vorangehe. Diese Fühlungnahme werde gegebenenfalls aus einem Informationsaustausch bestehen, ohne daß hierüber eine Vereinbarung vorhanden zu sein brauche. Eventuell könne aber über den Informationsaustausch eine Vereinbarung bestehen, die als solche in den Anwendungsbereich des Artikels 85 EWG-Vertrag falle, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke oder bewirke. Damit ein derartiger Informationsaustausch als abgestimmte Verhaltensweise bezeichnet werden könne, die eine Wettbewerbsbeschränkung zumindest bezwecke, müßten sich die ausgetauschten Informationen auf die Absichten der Teilnehmer im Hinblick auf ihr künftiges Marktverhalten beziehen und dürften den jeweiligen Mitbewerbern nicht durch einfache Marktbeobachtung zugänglich sein. Hinter einem solchen Informationsaustausch stehe die Absicht, jedem der beteiligten Unternehmen die Möglichkeit zu geben, sein künftiges Vorgehen in der sicheren Erwartung zu planen, daß sich die Mitbewer-

52 — Vgl. Fußnote 41.
53 — Vgl. Fußnote 3.

ber parallel verhalten würden. Ein solcher Austausch sei nur dadurch erklärbar, daß unter den Teilnehmern an dem Informationsaustausch berechtigte Erwartungen bestünden, daß die anderen sich so verhalten würden, wie sie es vorher angekündigt hätten.

Der Standpunkt der Klägerinnen, daß eine abgestimmte Verhaltensweise durch ein Marktverhalten zum Ausdruck kommen müsse, spricht nach Ansicht der Kommission dafür, daß die Klägerinnen die Frage des Beweises für das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise mit dem Begriff selbst verwechselten.

Nach meiner Meinung spricht wenig dafür, daß die Klägerinnen generell die Begriffe verwechselten oder sonst die Problemstellung falsch verstanden hätten. Sie sind bloß anderer Meinung als die Kommission.

Am konzentriertesten wurde der Standpunkt der Klägerinnen von Rechtsanwalt Hermann in seinem Plädoyer in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, wo er u. a. ausführte, daß für die Annahme eines Verstoßes gegen Artikel 85 Absatz 1 bezüglich des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweise mindestens bewiesen werden müsse, daß wenigstens zwei Unternehmen sich — gleich auf welche Art und Weise — abgestimmt hätten, daß der Abstimmung ein entsprechendes Marktverhalten gefolgt sei, daß dieses Verhalten eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung gehabt habe und daß eine eventuelle wettbewerbsbeschränkende Wirkung vorhersehbar gewesen sei.

Die Klägerinnen räumen jedoch auch ein, daß eine abgestimmte Verhaltensweise nach Artikel 85 Absatz 1 in einem Verhalten bestehen könne, das bloß einen Zweck verfolge, ohne daß eine entsprechende Wirkung nachweisbar sein müsse, nämlich — aus der Sicht der Klägerinnen — wenn die Unternehmen durch ein bestimmtes Marktverhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten, aber nicht in der Lage seien, ihr Vorhaben durchzuführen.

Beide Seiten untersuchen in ihren Schriftsätzen genau die Rechtsprechung des Gerichtshofes, kommen aber zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen. Es ist deshalb hilfreich, zunächst auf den Hintergrund der Bestimmung einzugehen und auf die möglichen Schlußfolgerungen aus der — wie gesagt wenig umfangreichen — Rechtsprechung des Gerichtshofes. Die Schlußanträge der Generalanwälte in diesen Rechtssachen enthalten außerdem Ausführungen, auf die die Parteien hingewiesen haben und die ich näher untersuchen werde. Schließlich bietet die Lehre gewisse Auslegungshilfen.

d) Der historische Hintergrund

Bekanntlich haben sich die Verfasser des Vertrages bei der Ausgestaltung des Artikels 85 Absatz 1 in gewisser Weise von den Begriffen „concerted actions", „concerts of action" und „concerted practices" leiten lassen[54], die die amerikanische Rechtsprechung aufgrund des Sherman Act Section 1, insbesondere aufgrund des dort verwendeten Begriffs der „conspiracy" entwickelt hat.

Aus der amerikanischen Rechtsprechung ergibt sich, daß wettbewerbsbeschränkende Wirkungen kein notwendiges Merkmal des

54 — Vgl. z. B. Mayras, Slg. 1972, 667.

Tatbestands der „conspiracy" sind; es bedarf auch keiner anderen Handlungen als der eigentlichen heimlichen Absprache[55].

Wie Joliet[56] dargelegt hat, hat der Begriff „concerted action" bei der Festlegung der rechtlichen Bedeutung bewußten Parallelverhaltens eine Rolle gespielt, wenn keine unmittelbaren Beweise für die „conspiracy" vorlagen. Der Begriff hatte somit Bedeutung in Fällen, in denen man das Problem vom Markt her sah und aufgrund einer Beurteilung des Marktes in Verbindung mit anderen Indizien entscheiden mußte, ob das festgestellte Verhalten als „in rechtswidriger Weise abgestimmt" angesehen werden konnte.

Ein unmittelbarer Beweis für die „Verschwörung" reicht wie gesagt dagegen aus, um einen Verstoß gegen den Sherman Act darzustellen.

Im vorliegenden Fall gehen die Ausführungen der Klägerinnen über die Entstehungsgeschichte des Artikels 85 eher in die Richtung, daß die Verfasser des Vertrages u. a. unter dem Eindruck der von den Alliierten in Deutschland nach dem Kriege etwas vage formulierten Dekartellisierungsgesetzgebung den — nach Meinung der Klägerinnen ebenso etwas verschwommenen — amerikanischen Begriff der „conspiracy" nicht hätten übernehmen wollen. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei statt dessen teils der Begriff Vereinbarung — ein Begriff mit einigermaßen festen Konturen —, teils der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise gewählt worden, letzterer, wenn ich recht verstehe, eben orientiert an der amerikanischen Rechtsprechung, als derjenige Bestandteil der „conspiracy", der das Marktverhalten betreffe.

Nun ist die Auslegung der Verträge auf der Grundlage der Vorarbeiten bekanntlich ein schwieriges Feld innerhalb des Gemeinschaftsrechts, u. a. weil die Vorarbeiten zum großen Teil nicht veröffentlicht sind. Auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts veranschaulicht zum Beispiel Ellis' Darstellung der bekannten mehr oder weniger offiziellen Vorarbeiten zu Artikel 85[57] die Schwierigkeiten. Da ist es wohl auch bezeichnend, daß die Klägerinnen zur Stützung ihrer Auffassung nicht auf bestimmtes schriftliches Material aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 85 hingewiesen haben.

Möglicherweise haben die Klägerinnen recht mit ihren Erwägungen zum rechtshistorischen Hintergrund, aber die Bedeutung, die dem beigemessen werden kann, ist kaum sehr groß. Betrachtet man die Formulierung der Bestimmung, die offenkundig alle mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren wettbewerbswidrigen Tätigkeiten erschöpfend erfassen will, läßt sich ohne sehr verläßliche Anhaltspunkte nicht annehmen, daß die Verfasser des Vertrages einen großen Bereich zweifelhafter Geschäftsaktivitäten vom Anwendungsbereich der Bestimmung ausnehmen wollten. Der Gerichtshof hat dergleichen in den Zusammenhängen, in denen er sich dazu äußern konnte, nicht angenommen, wie sich aus den nachstehend wiedergegebenen Entscheidungen ergibt. Ich sehe ebenfalls keine entscheidenden Anhaltspunkte für eine solche Auslegung, die das Gericht zu einer solchen Begrenzung des Anwendungsbereichs des Artikels 85 zwängen. Auf der anderen Seite geben hi-

55 — Vgl. U. S./Kissel, (U. S. Supr. Court 1910) *173 Fed. 823, 218 US 601*, Multiflex, Inc./Samuel Moore & Co., and Eaton Corp., (5th Circ. 1983) *1983-2 Trade Cases, 65, 507*, und American Tobacco Co. et al./U. S., (CCA-6 1944), *1944-45 Trade Cases, 57, 317* (S. 57, 587).

56 — *Cahiers de droit européen 1974*, S. 258.

57 — Vgl. Joseph Ellis, „Source material for Article 85 (1) of the EEC Treaty", in: *Fordham Law Review*, Band XXXII, 1963, Nr. 2, S. 247 bis 278.

storische Erwägungen auch nichts für die Auffassung der Kommission her.

e) Stellungnahmen des Gerichtshofes zum Begriff der abgestimmten Verhaltensweise

Die ersten Urteile des Gerichtshofes zu diesem Problem ergingen im Jahr 1972[58]. Sie wurden später ausführlich und teils kritisch erörtert, worauf ich unten im Abschnitt g eingehen werde.

Der Sachverhalt in jenen Rechtssachen unterscheidet sich wesentlich von den Umständen, die nun zu beurteilen sind. Auf dem Markt durchgeführte Preiserhöhungen ließen die Kommission Verdacht schöpfen, daß eine Abstimmung von Verhaltensweisen vorlag, die unstreitig am Markt zutage getreten waren. Der Streit betraf die Frage, inwieweit die Einheitlichkeit der Preiserhöhungen mit der oligopolistischen Struktur des Marktes erklärt werden konnte; in dem Urteil wird nur eine einzige Sitzung (Randnr. 96) erwähnt, die den Unternehmen Gelegenheit zu der Art von Abstimmung bot, die der Kern der Streitigkeiten in den vorliegenden Rechtssachen ist.

Bezüglich der Definition des Begriffs entschied der Gerichtshof zunächst eine Frage, die bis dahin strittig war, nämlich ob aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 einen selbständigen Anwendungsbereich haben oder ob es sich nur um eine Art gesetzlicher Beweiserleichterung für Fälle handelt, in denen man sich im wesentlichen nur an Marktbeobachtungen halten kann und der Nachweis einer Vereinbarung in der Regel nicht möglich ist, wenn man den Begriff der Vereinbarung nicht vollständig aushöhlen will[59].

Der Gerichtshof hat dazu unter den Randnummern 64 und 65 folgendes festgestellt:

„Artikel 85 stellt den Begriff ‚aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen' neben die Begriffe ‚Vereinbarung 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."

Der Begriff „abgestimmte Verhaltensweise" hat somit nach Ansicht des Gerichtshofes einen selbständigen Anwendungsbereich, der sich als eine Zusammenarbeit kennzeichnen läßt, die keine Vereinbarung ist. Das Schlüsselwort ist hier die Koordinierung, und es fragt sich nun in den vorliegenden Rechtssachen, ob die Koordinierung als solche oder die „aus einer im Verhalten der Beteiligten zutage tretende Koordinierung" entscheidend ist.

58 — Urteil vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 48/69 (Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission, Slg. 1972, 619), und die entsprechenden Urteile vom selben Tag in den Rechtssachen 49/69, 51/69, 52/69, 53/69, 54/69, 55/69, 56/69 und 57/69.

59 — Vgl. Piriou, in: *Cahiers de droit européen*, 1973, S. 52, und Joliet, a. a. O., S. 266, beide mit weiteren Nachweisen.

Außerdem ist auf die Feststellungen des Gerichtshofes in den Randnummern 118 und 119 zu verweisen:

„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 Preiserhöhung — jede Unsicherheit über das wechselseitige Verhalten beseitigt wird.

Bei dieser Sachlage und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Farbstoffmarkts 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."

Diese letzten Äußerungen beziehen sich auf die Darstellung des Marktes und die eigene Auffassung des Gerichtshofes von der Art der öffentlich bekanntgegebenen Preiserhöhungen. Wiederum ist aber fraglich, ob allein das Zusammenwirken, um ein koordiniertes Vorgehen festzulegen, oder gleichzeitig die Sicherung des Erfolgs für die Auffassung des Gerichtshofes entscheidend war. Berücksichtigt man, daß der Gerichtshof sich natürlich innerhalb des Rahmens der damaligen Rechtssachen geäußert hat, in denen es ja gerade um die Frage ging, ob ein bestimmtes, festgestelltes, tatsächliches, einheitliches Marktverhalten auf eine Abstimmung zurückzuführen war, und daß sich ansonsten im Urteil keine Anhaltspunkte dafür finden, daß der Gerichtshof bei der zitierten Begründung auch Situationen wie die in den Polypropylen-Sachen vor Augen gehabt hat, dann läßt sich das Urteil weder für den Standpunkt der Klägerinnen noch den der Kommission in den vorliegenden Rechtssachen heranziehen. Das Urteil des Gerichtshofes in den Zuckersachen[60] kommt dem nun von der Kommission vertretenen Standpunkt vielleicht etwas näher. Dort heißt es nämlich in den Randnummern 172 bis 176:

„SU und CSM machen geltend, der Begriff der ‚aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen' setze einen Plan und das Ziel voraus, von vornherein die Ungewißheit über das zukünftige Verhalten der Wettbewerber auszuräumen; deshalb genüge es nicht, wenn sich alle Beteiligten dessen bewußt waren, daß ihre jeweiligen Entscheidungen einander parallel liefen oder ergänzten, da dies auf eine Pönalisierung jeglichen Versuchs eines Unternehmens hinauslaufe, auf das Vorgehen seines Konkurrenten so klug wie möglich zu reagieren.

Die Kriterien der Koordinierung und der Zusammenarbeit, auf die in der Rechtsprechung des Gerichtshofes abgestellt wird, verlangen nicht die Ausarbeitung eines eigentlichen ‚Plans'; sie sind vielmehr im Sinne des Grundgedankens der Wettbewerbsvorschriften des Vertrages zu verstehen, wonach jeder Unternehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt, eingeschlossen die Wahl der Perso-

60 — Vgl. Fußnote 41.

nen, denen er Angebote unterbreitet und verkauft.

Es ist zwar richtig, daß dieses Selbständigkeitspostulat nicht das Recht der Unternehmen beseitigt, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen; es steht jedoch streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht.

Aus den angeführten Schriftstücken erhellt, daß die Klägerinnen miteinander Fühlung genommen und das Ziel verfolgt haben, von vornherein die Ungewißheit über das zukünftige Verhalten ihrer Konkurrenten auszuräumen.

Somit greift das Vorbringen der Klägerinnen nicht durch."

In diesem Fall ging der Streit also um die Frage, inwieweit für die Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 ein „Plan" vorliegen muß, was der Gerichtshof verneint hat. Er hat jedoch nur zur Art der Zusammenarbeit Stellung genommen, die von der Bestimmung erfaßt wird, und nicht dazu, ab wann eine vollendete Zuwiderhandlung angenommen werden kann.

In der Rechtssache Züchner[61] legte ein deutsches Gericht dem Gerichtshof die Frage vor, ob eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, wenn Banken im innergemeinschaftlichen Zahlungs- und Kapitalverkehr eine feste Gebühr in Höhe von 0,15 % des zu überweisenden Geldbetrags erhöben.

In den Randnummern 12 bis 14 des Urteils verknüpfte der Gerichtshof zunächst seine Feststellungen in den ICI- und Zuckersachen wie folgt:

„Wie der Gerichtshof u. a. in seinem Urteil vom 14. Juli 1972 (Rechtssache 48/69, ICI/Kommission, Slg. S. 619) betont hat, stellen aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen dar, 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.

In seinem Urteil vom 16. Dezember 1975 (verbundene Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Suiker Unie/Kommission, Slg. S. 1663) hat der Gerichtshof außerdem ausgeführt, daß die Kriterien der Koordinierung und der Zusammenarbeit, die Voraussetzungen für aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sind, nicht die Ausarbeitung eines eigentlichen ‚Plans' verlangen; sie sind vielmehr im Sinne des Grundgedankens der Wettbewerbsvorschriften des Vertrages zu verstehen, wonach jeder Unternehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt betreiben und welche Bedingungen er seiner Kundschaft gewähren will.

61 — Urteil vom 14. Juli 1981 in der Rechtssache 172/80 (Slg. 1981, 2021), zitiert in Fußnote 3.

Es ist zwar richtig, daß dieses Selbständigkeitspostulat nicht das Recht der Unternehmen beseitigt, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen; es steht jedoch streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, daß Wettbewerbsbedingungen entstehen, die ihm Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen."

Der Gerichtshof ging später im Urteil auf die Abstimmung ein. In Randnummer 21 heißt es folgendermaßen:

„Insoweit handelt es sich um eine tatsächliche Frage, für deren Klärung allein das Gericht zuständig ist, das über den Ausgangsrechtsstreit zu befinden hat. Hierbei wird zu prüfen sein, ob es zwischen den Banken, die sich gleichförmig verhalten, eine Fühlungnahme oder zumindest einen Informationsaustausch u. a. über den Satz der Gebühren gibt, die für vergleichbare Überweisungen tatsächlich erhoben wurden oder für die Zukunft vorgesehen sind, sowie, ob in Anbetracht der Verhältnisse auf dem betreffenden Markt der einheitlich berechnete Gebührensatz nicht von demjenigen abweicht, der sich bei freiem Wettbewerb ergeben hätte. Außerdem werden die Anzahl der an einer solchen Verhaltensweise beteiligten Banken und ihre Bedeutung auf dem Markt des Geldverkehrs zwischen Mitgliedstaaten ... zu berücksichtigen sein."

Der Gerichtshof beantwortete die vorgelegte Frage folgendermaßen:

„Ein gleichförmiges Verhalten bei der Erhebung einer einheitlichen Bankgebühr für Überweisungen der Banken aus den Guthaben ihrer Kunden von einem Mitgliedstaat in einen anderen ist als eine von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages verbotene abgestimmte Verhaltensweise anzusehen, wenn feststeht, daß das gleichförmige Verhalten die Merkmale der Koordinierung und der Zusammenarbeit erfüllt, die eine abgestimmte Verhaltensweise kennzeichnen, und diese geeignet ist, die Wettbewerbsbedingungen auf dem Dienstleistungsmarkt für diese Überweisungen spürbar zu beeinträchtigen."

Wie die zitierten Ausführungen zeigen, läßt sich diesem Urteil nichts Neues im Verhältnis zu dem Urteil Suiker Unie für eine Klärung der Frage entnehmen. Auch in dieser Rechtssache liegt eindeutig ein Verhalten in dem Sinne vor, wie es die Klägerinnen in den vorliegenden Rechtssachen verstehen, und die Äußerungen des Gerichtshofes beziehen sich somit in Wirklichkeit auf ein solches Verhalten.

Aufgrund dessen meine ich, daß sich der Rechtsprechung des Gerichtshofes doch nichts entnehmen läßt, was unmittelbar gegen den Standpunkt der Kommission spricht, aber der Sachverhalt in den Rechtssachen, die bisher dem Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegen haben, unterscheidet sich wesentlich von dem in den jetzt anhängigen Rechtssachen. Die Beschreibung der abgestimmten Verhaltensweise durch den Gerichtshof muß zwangsläufig vor diesem Hintergrund gesehen werden und kann somit keine Antwort auf die Frage geben, ob der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise nach Artikel 85 Absatz 1 bereits mit der Abstimmung verwirklicht ist oder ob

ein anschließendes, tatsächliches, kausal bedingtes Verhalten der beteiligten Unternehmen zu verlangen ist.

f) Stellungnahmen der Generalanwälte des Gerichtshofes zu der Frage

In der Rechtssache Chemiefarma [62] machte sich Generalanwalt Gand zum Sprecher der Auffassung, die auch die Klägerinnen im vorliegenden Fall vertreten. Im Zusammenhang mit seiner Untersuchung, inwieweit ein „gentlemen's agreement" als Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise nach Artikel 85 Absatz 1 anzusehen ist, trug er folgendes vor [63]:

„Erstens: Ist das Gentlemen's agreement als eine Vereinbarung anzusehen, wie es in der angefochtenen Entscheidung geschieht, oder als eine abgestimmte Verhaltensweise? Obwohl beide unter Artikel 85 des Vertrages fallen, ist die Unterscheidung zumindest für die Frage des Nachweises der Zuwiderhandlung nicht ohne Bedeutung. Wenn sich ergibt, daß eine Vereinbarung eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt, brauchen Ihrem Urteil Grundig zufolge ... bei der Anwendung von Artikel 85 die tatsächlichen Auswirkungen nicht berücksichtigt zu werden. Das ist zweifellos anders bei einer abgestimmten Verhaltensweise, die nach herrschender Meinung voraussetzt, daß die Abstimmung sich konkret äußert, so daß sowohl ein tatsächliches Verhalten der Beteiligten als auch ein Zusammenhang zwischen diesem Verhalten und einem vorher gefaßten Plan nachgewiesen werden müssen." [64]

In den Farbstoffsachen [65] schloß sich Generalanwalt Mayras im wesentlichen der Auffassung an, die Generalanwalt Gand in der Rechtssache Chemiefarma zum Ausdruck gebracht hatte. Seine Auffassung geht jedoch noch etwas weiter als die von Gand. Zunächst wies er die Ansicht zurück, daß aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen als rechtliche Kategorie nur Ausdruck einer besonderen Variante des Begriffs Vereinbarung seien; er meinte deshalb, daß der Unterscheidung des Vertrages eine selbständige Bedeutung beizumessen sei und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen als eine eigene Kategorie anzusehen seien, um zu verhindern, daß die Unternehmen die Bestimmung umgingen, indem sie keine schriftlichen Spuren ihrer Vereinbarungen zurückließen. Diesem Standpunkt hat sich der Gerichtshof wie gesagt angeschlossen. Generalanwalt Mayras führte anschließend aus (S. 674, 2. Spalte):

„Eine solche Auslegung, die der in Artikel 85 getroffenen Unterscheidung tatsächlich Rechnung trägt, ist von offensichtlicher Bedeutung für den Beweis einer abgestimmten Verhaltensweise, der nicht in der gleichen Weise geführt werden kann wie der Beweis einer ausdrücklichen Vereinbarung, obgleich auch die abgestimmte Verhaltensweise eine gewisse Willenskundgabe der teilnehmenden Unternehmen einbegreift.

Doch muß auch ein objektives Merkmal gegeben sein, das dem Begriff der abgestimmten Verhaltensweise wesentlich ist, nämlich ein den beteiligten Unternehmen gemeinsames *tatsächliches* Verhalten. Dies ist der erste grundsätzliche Unterschied gegenüber dem

62 — Urteil vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 41/69 (ACF Chemiefarma/Kommission, Slg. 1970, 661), zitiert in Fußnote 21.

63 — Slg. 1970, 719, 1. Spalte.

64 — Der Gerichtshof nahm in seinem Urteil zu der Unterscheidung zwischen Vereinbarung und abgestimmter Verhaltensweise nicht Stellung.

65 — Vgl. Fußnote 28.

Begriff der Vereinbarung. Diese fällt — vorausgesetzt, daß sie nachgewiesen ist und eine Beinträchtigung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt — nach Ihrer Rechtsprechung unter Artikel 85, ohne daß ihre *tatsächliche Auswirkung* auf den Wettbewerb zu untersuchen wäre. Hingegen scheint mir die abgestimmte Verhaltensweise schon rein begrifflich nicht völlig von der tatsächlichen Wirkung losgelöst werden zu können, die sie auf die Wettbewerbsbedingungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes hat."

In einem späteren Abschnitt (S. 687, 2. Spalte) über die Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt er weiter aus:

„Ein Teil der Lehre mißt jedoch bei der Bestimmung des Begriffs der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen den objektiven Merkmalen eine besondere Bedeutung bei und meint, daß diese Verhaltensweise tatsächlich konkret zur Verfälschung des Wettbewerbs geführt haben muß, um unter den Artikel 85 zu fallen.

Generalanwalt Gand scheint in seinen Schlußanträgen zur Rechtssache Chemiefarma derselben Richtung zugeneigt zu haben. Ihm zufolge ...

Ich habe bereits durchblicken lassen, daß meine Meinung von der hiermit zum Ausdruck gebrachten nicht stark abweicht.

Wäre es möglich, weiterzugehen und nicht nur auf das Ergebnis, die tatsächliche Auswirkung der Verhaltensweise abzustellen, sondern auch auf ihre *mögliche Auswirkung*? Ohne Zweifel könnte die Annahme eigenartig anmuten, daß eine abgestimmte Verhaltensweise, die entgegen der Absicht der Teilnehmer wegen außerhalb des Einflusses dieser letzteren liegender Umstände tatsächlich keine Auswirkung auf den Wettbewerb gehabt hat, nicht unter Artikel 85 falle; ich bin versucht anzunehmen, daß in einem solchen Fall der Versuch oder der bloße Beginn der Ausführung ausreichen würde, um die Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 zu rechtfertigen."

Interessant an diesen Ausführungen im Hinblick auf die vorliegenden Rechtssachen ist nach meiner Meinung, daß Mayras ansatzweise eine Theorie des Versuchs im Rahmen des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweise des Artikels 85 Absatz 1 aufstellt. Dieser Ansatz ist jedoch weder vom Gerichtshof noch von seinen Generalanwälten in späteren Rechtssachen übernommen oder kommentiert worden.

Die Kommission führt für den von den Klägerinnen kritisierten Aufbau ihrer Argumentation die Schlußanträge von Generalanwalt Reischl in den Fedetab-Sachen[66] an. Wenn Reischl von „einem unwichtigen Qualifikationsstreit" spreche, bedeute dies, daß seine Auffassung mit der der Kommission übereinstimme. Reischl sagte jedoch tatsächlich folgendes (S. 3310, 1. Spalte):

„Ich habe jedoch den Eindruck, daß gerade dieses Urteil [ICI] deutlich macht, daß wir es bei dem jetzt zu behandelnden Punkt im Grunde mit einem unwichtigen Qualifikationsstreit zu tun haben. Dies läßt sich sagen, weil das Verfahren gezeigt hat, daß je-

66 — Vgl. Fußnote 8.

denfalls von einem abgestimmten Verhalten im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 ausgegangen werden kann, eben von einer ‚im Verhalten der Beteiligten zutage tretenden Koordinierung'. Völlig unstreitig ist nämlich, daß die Vertriebsrichtlinien nicht nur gemeinsam ausgearbeitet wurden, sondern auch zur Anwendung gelangten und gelangen."

Liest man Reischls Ausführungen unbefangen — und im Zusammenhang —, so spricht meiner Meinung nach mehr dafür, daß er alle Merkmale des Tatbestands der abgestimmten Verhaltensweise, wie ihn die Klägerinnen auffassen, in den Fedetab-Sachen für erfüllt hielt, weshalb es gegebenenfalls nur einen „unwichtigen Qualifikationsstreit" darstellen würde, das, was die Kommission in ihrer Entscheidung als Vereinbarung qualifiziert hatte, unter den Begriff „abgestimmte Verhaltensweise" einzuordnen. Es läßt sich natürlich darüber streiten, ob man das kann, aber wenn man durchaus mehr in die Ausführungen hineinlegen will, stützen sie wohl am ehesten den Standpunkt der Klägerinnen.

Die Kommission beruft sich schließlich auf die Ausführungen von Generalanwalt Slynn in den Rechtssachen Pioneer[67]. Slynn nimmt dort jedoch nicht zu der Frage Stellung, worin eine abgestimmte Verhaltensweise bestehen kann, sondern behandelt nur das Problem, wie der Nachweis einer Abstimmung erbracht werden kann, nämlich u. a. durch einen Blick auf das Verhalten.

Zuletzt hat sich dazu Generalanwalt Van Gerven in der Rechtssache Sandoz[68] geäußert (Schlußanträge S. II-875, siehe Fußnote 8), wo er feststellt — ohne dies zu vertiefen —, daß der maßgebliche Umstand nachweislich eine Wettbewerbsbeschränkung *bewirkt* haben müsse, ohne im übrigen zu dem hier interessierenden Problem Stellung zu nehmen, wozu nach dem Sachverhalt jener Rechtssache auch keine Veranlassung bestand.

Zusammenfassend läßt sich meiner Meinung nach feststellen, daß die vorstehend wiedergegebenen Äußerungen der Generalanwälte des Gerichtshofes nicht für die Auffassung der Kommission sprechen, sondern eher dagegen, da die Generalanwälte Gand, Mayras und auch Reischl in ihren Stellungnahmen über die Abstimmung hinaus ein anschließendes tatsächliches Verhalten verlangen. Bei Mayras stehen dieser Auffassung jedoch, wie vorstehend wiedergegeben, seine Ausführungen über die Reaktionsmöglichkeiten auf einen Versuch gegenüber. Allerdings scheint Mayras das, was er das „erforderliche", „objektive" Verhalten nennt, nämlich das „gemeinsame tatsächliche Verhalten" der beteiligten Unternehmen, mit der „tatsächlichen Wirkung auf die Wettbewerbsbedingungen" zu vermengen; er spricht davon, daß die „tatsächliche Auswirkung" erfaßt werde, eventuell aber auch die „mögliche Auswirkung" als Versuch. Er ist somit offenbar der Ansicht, daß nur die abgestimmte Verhaltensweise, die etwas „bewirkt", klar erfaßt wird, und die abgestimmte Verhaltensweise, die einen Zweck verfolgt, als Versuch anzusehen ist.

g) Die Lehre

In diesem Abschnitt, der nicht den Anspruch erhebt, erschöpfend zu sein, möchte ich einige Autoren anführen, deren Standpunkte zu der Frage nach meiner Meinung das Problem besonders veranschaulichen.

67 — Vgl. Fußnote 8, S. 1929.

68 — Urteil vom 11. Januar 1990 in der Rechtssache C-277/87, abgekürzte Veröffentlichung (Slg. 1990, I-45).

Am eingehendsten hat sich mit dem Farbenfall wohl *Joliet*[69] beschäftigt, der in seinem Aufsatz insbesondere hervorgehoben hat, daß Definition und Beweis einer abgestimmten Verhaltensweise nicht vermengt werden dürften. Nach Joliets eigener Definition (S. 285 in Verbindung mit S. 271) verständigen sich die Mitbewerber vor einem bestimmten Verhalten am Markt gegenseitig über ihre Absichten, wodurch jedes der beteiligten Unternehmen bei den anderen die begründete Erwartung auslöst, daß es sich in bestimmter Weise verhalten wird und damit die auf dem Markt herrschende Unsicherheit verringert. Joliet hält eine abgestimmte Verhaltensweise also bereits dann für gegeben, wenn eine Abstimmung erfolgt ist, d. h. unabhängig davon, ob der einzelne an der Abstimmung Beteiligte später Ausführungshandlungen vorgenommen oder die Abstimmung wettbewerbsschädliche Wirkungen gehabt hat, sofern sie nur geeignet war, solche Wirkungen herbeizuführen.

Der Auffassung von Joliet hat sich *J. A. Van Damme*[70] angeschlossen. Er betont, daß die abgestimmte Verhaltensweise von den tatsächlichen Auswirkungen auf die Marktverhältnisse getrennt werden könne. Begründet wird dies damit, daß Artikel 85 Absatz 1 auch eine abgestimmte Verhaltensweise erfasse, die eine Verfälschung des Wettbewerbs bezwecke. Interessanterweise unterscheidet Van Damme jedoch offenbar nur zwischen Fällen, wo bloß die Abstimmung selbst nachgewiesen ist, und solchen, wo eine Abstimmung nachgewiesen ist, die sich auf die Marktverhältnisse ausgewirkt hat. Bei der von Van Damme zuletzt genannten Gruppe handelt es sich tatsächlich um eine Abstimmung, die Wirkungen zeigt und nicht nur auf einen Zweck ausgerichtet ist. Er stellt also die dazwischen liegende Gruppe der Abstimmungen, die einen Zweck verfolgen und denen später Ausführungshandlungen folgen, die jedoch keinen Erfolg und damit keine tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, nicht gesondert heraus.

Dagegen vertreten *Schapira, Le Tallec und Blaise*[71] die Ansicht, daß im Rahmen einer grammatikalischen Auslegung auf den Ausdruck „Verhaltensweise" abzustellen sei, der es offensichtlich ausschließe, daß es sich bloß um eine Absicht handele. Über die Abstimmung hinaus müssen nach Ansicht dieser Autoren also auch tatsächlich Ausführungshandlungen als Folge der Abstimmung nachgewiesen werden.

Goldman[72] führt in seiner Stellungnahme zum Farbenfall im Zusammenhang mit der Definition einer abgestimmten Verhaltensweise aus, daß unter diesem Begriff entweder der Austausch von Willenserklärungen, die nach der Vorstellung der Beteiligten rechtlich nicht verbindlich sein sollten (oder höchstens einseitig aufkündbare Verbindlichkeiten begründen sollten), oder eine Ordnung zu verstehen sei, bei der die abgestimmte Mitwirkung auf den Informationsaustausch und die gegenseitigen Konsultationen der Unternehmen zurückzuführen sei, letzten Endes aber von jedem einzelnen Unternehmen frei beschlossen werde. Goldman meint, daß sich unter den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise nicht nur „gentlemen's agreements" und einseitig aufkündbare Vereinbarungen fassen ließen; auch Verhaltensweisen, die zwar individuell, aber aufgrund des Informationsaustauschs und der Konsultationen beschlossen worden seien, könnten als „abgestimmt" angesehen werden. Aus Goldmans Umschreibung des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweise ergibt sich also, daß er den Tatbestand der

69 — Vgl. Fußnote 56.

70 — *La politique de la Concurrence dans la CEE*, 1977, Publication de l'Institut Universitaire International, Luxembourg, éditions UGA.

71 — *Droit européen des affaires*, Thémis, Droit 1990, S. 278, Presses Universitaires de France.

72 — *Journal du droit international*, 1973, S. 925 (S. 938).

abgestimmten Verhaltensweise, die einen Zweck verfolgt, dann als erfüllt ansieht, wenn eine Abstimmung z. B. in Form von Konsultationen und einem Informationsaustausch nachgewiesen ist und wenn der Abstimmung Handlungen folgen, selbst wenn jedes der beteiligten Unternehmen über diese späteren Handlungen frei beschließt. Die Handlungen müssen also nicht unbedingt gemeinsam festgelegt werden, wenn sie bloß auf die Abstimmung folgen. „Abgestimmte Handlungen" können also nach Goldmans Meinung sehr wohl völlig verschieden oder auch gleichförmig sein. Die Abstimmung, die einen Zweck verfolgt, reicht also an sich nicht aus; ihr müssen Handlungen folgen.

Piriou[73] (a. a. O., S. 53) vertritt bei ihrer Auslegung der Farbstoff-Urteile die Auffassung, der Gerichtshof habe entscheidend auf die Auswirkung abgestellt, die die Abstimmung auf den Wettbewerb habe. Daraus leitet sie ab, daß die Abstimmung in einer Beseitigung der Wettbewerbsrisiken ihren konkreten Niederschlag finden müsse. Sie äußert deshalb Bedenken gegen die Andeutung von Generalanwalt Mayras, daß die mögliche Wirkung einer abgestimmten Verhaltensweise, d. h. allein der Versuch dazu, von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt werde. Piriou kommt zu dem Ergebnis (S. 58), daß aufgrund der Urteile, wenn der Gerichtshof keine Mindesterfordernisse hinsichtlich der von Artikel 85 erfaßten Art der Zusammenarbeit festlege, zum Beispiel der Austausch von Preisinformationen darunter fallen müsse, wobei jedoch daneben zu verlangen sei, daß die Abstimmung in einer Änderung der tatsächlichen Wettbewerbssituation zum Ausdruck komme. Piriou schenkt also der dazwischen liegenden Gruppe, wo der Abstimmung Ausführungshandlungen folgen, die jedoch keinen Erfolg und damit nicht die beabsichtigten Wirkungen gehabt haben, offensichtlich keine Beachtung. Ihre Definition scheint fast darauf hinauszulaufen, daß sie die Gruppe der abgestimmten Verhaltensweisen, die einen Zweck verfolgen, weginterpretiert, da sie verlangt, daß die Abstimmung durch eine Veränderung der tatsächlichen Wettbewerbssituation zum Ausdruck kommen, d. h. Wirkungen zeigen müsse.

Nach der Ansicht von *Eric Colmant*[74], die der der Klägerinnen in den vorliegenden Rechtssachen nahekommt, kann eine abgestimmte Verhaltensweise einen rechtswidrigen Zweck verfolgen, ohne solch eine Wirkung zu zeigen. Dies sei der Fall, wenn die Wirkungen des Verhaltens des Unternehmens zu schwach seien, um den Wettbewerb zu beeinträchtigen, aber hinreichend deutlich, um daraus auf den Vorsatz zu einem wettbewerbsschädigenden Verhalten schließen zu können. Nach Colmant setzt eine abgestimmte Verhaltensweise zweierlei voraus: erstens die Abstimmung als subjektives Merkmal und zweitens ein bestimmtes tatsächliches Verhalten als objektives Merkmal; zwischen diesen beiden Merkmalen müsse eine Verbindung bestehen.

Nach Meinung von *Van Gerven*[75] muß vor allem das wettbewerbsschädliche Verhalten bewiesen werden, das der Abstimmung folgt.

Schröter in Groeben/Boeckh[76] liegt im wesentlichen auf der Linie von Joliet und J. A. van Damme. Wie er u. a. ausführt, greift das Kartellverbot bereits dann ein, wenn eine Abstimmung über das künftige Verhal-

73 — *Cahiers de droit européen*, 1973, S. 50.

74 — *Revue du Marché commun*, 1973, S. 17.

75 — *Kartellrecht*, 1986.

76 — *Handbuch des Europäischen Rechts*, Artikel 85, Nrn. 17 und 18, S. 106.

ten der beteiligten Unternehmen stattgefunden hat, also auch bevor das beabsichtigte Verhalten in die Tat umgesetzt worden ist.

Koch in Grabitz[77] meint ebenfalls ohne nähere Begründung, daß eine Abstimmung als solche einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 darstellen könne.

Bellamy/Child[78] sind gleichfalls der Ansicht, daß Kontakte zwischen Unternehmen, meistens in Form von Treffen, Erörterungen, Informationsaustausch oder „Sondierungen", die eine Änderung des Marktverhaltens bezweckten, vom Begriff der abgestimmten Verhaltensweise erfaßt würden.

Kovar[79] will aus den Farbstoffurteilen herauslesen, daß der Gerichtshof dort zwei Merkmale in die Definition aufgenommen habe, nämlich ein objektives, das Parallelverhalten, und ein subjektives, den Vorsatz dazu.

Druesne[80] meint, daß eine abgestimmte Verhaltensweise zwei Aspekte aufweise, nämlich das Verhalten an sich und den Willen, gemeinsam zu handeln. Der bloße Austausch von Informationen könne jedoch eine abgestimmte Verhaltensweise sein, soweit die Unternehmen durch die Bekanntgabe ihrer Absichten gegenüber den Mitbewerbern deren selbständige Unternehmenspolitik beeinflußten.

Nach Ansicht von *Deringer*[81] ist es zweifelhaft, ob Artikel 85 Absatz 1 lediglich das abgestimmte Verhalten oder bereits die Absprache als Versuch erfaßt.

Wie diese kurze Übersicht über Teile der Lehre von 1973 bis heute zeigt, besteht über die Auslegung des Begriffs „abgestimmte Verhaltensweise" große Uneinigkeit. Teile der Lehre verstehen den Begriff so, daß die Abstimmung allein ausreicht, und lassen damit entweder das Wort Verhaltensweise außer Betracht oder begreifen die Abstimmung als eine Verhaltensweise an sich. Andere Teile der Lehre, darunter die neuere, hält daran fest, daß sowohl eine Abstimmung als auch ein Verhalten vorliegen muß, was einige als subjektives bzw. objektives Merkmal umschreiben. Der Lehre läßt sich jedoch klar entnehmen, daß für alle die Abstimmung im Mittelpunkt steht. Einigkeit besteht darüber, daß ein Marktverhalten, das sich nicht auf eine Abstimmung zurückführen läßt, eindeutig nicht unter Artikel 85 fällt.

Die Übersicht über die Lehre zeigt jedoch ebenfalls, daß die Autoren, die auch ein Verhalten verlangen, in gewisser Weise den Nachweis einer Auswirkung auf den Markt und nicht bloß eines Verhaltens zu verlangen scheinen, auch wenn es keine tatsächli-

77 — *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Artikel 85 Nr. 28, S. 10.

78 — *Common Market Law of Competition*, 3. Aufl. 1987, Pkt. 2-040, S. 60.

79 — *Clunet*, 1977, S. 219.

80 — *Droit matériel et politiques de la Communauté européenne*, 1986, S. 163.

81 — *Das Wettbewerbsrecht der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Artikel 85, Nr. 23, S. 799.

chen Folgen für den Wettbewerb gehabt hat. Die Übersicht über die Lehre hat somit nach meiner Meinung nichts erbracht, was eindeutig oder überwiegend entweder für die Auslegung des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweise durch die Kommission oder für die Auslegung der Klägerinnen spräche.

Zusammenhang ohne Bedeutung. Andererseits kann die Kommission in den vorliegenden Rechtssachen schwer erklären, wie das in der Bestimmung enthaltene Tatbestandsmerkmal „Verhaltensweise" aussehen soll, wenn bereits eine Abstimmung, die eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt, nach Ansicht der Kommission eine abgestimmte Verhaltensweise darstellt.

h) Zum Ausgangspunkt der Auslegung

Nach dem Wortlaut des Artikels 85 sind als Ausgangspunkt genau dieselben Merkmale für die abgestimmte Verhaltensweise wie für die Vereinbarung festgelegt, nämlich das Verbot einer abgestimmten Verhaltensweise, die eine Behinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs *bezweckt*, und entsprechend das Verbot der abgestimmten Verhaltensweise, die solches *bewirkt*. Aufgrund einer wörtlichen und grammatikalischen Auslegung läßt sich somit eindeutig eine besondere Kategorie aufstellen, die als abgestimmte Verhaltensweise mit einem — rechtswidrigen — Zweck zu bezeichnen ist.

Wie ich im folgenden zu zeigen versuchen werde, läßt sich das Problem vermutlich auf die Frage eingrenzen, wann eine vollendete Zuwiderhandlung vorliegt. Wie sich erweisen wird, liegt nach meiner Meinung bei einem Geschehensablauf der Zeitpunkt, ab dem man von einer vollendeten, als *abgestimmte Verhaltensweise mit einem rechtswidrigen Zweck* zu bezeichnenden Zuwiderhandlung sprechen kann, bloß später als der entsprechende Zeitpunkt bei *Vereinbarungen mit einem rechtswidrigen Zweck*.

i) Verlangt die „abgestimmte Verhaltensweise" ein Marktverhalten?

Wenn man mit einem Teil der Lehre und — wie es scheint — den Generalanwälten in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Artikels 85 neben der Abstimmung den Nachweis einer damit ursächlich verbundenen Verhaltensweise verlangt, stellt sich das Problem, wie viel oder wenig für das Vorliegen einer „Verhaltensweise" hinzukommen muß, wenn es sich um eine abgestimmte Verhaltensweise handelt, die einen Zweck verfolgt. Ob ein eventuell nachgewiesenes Verhalten tatsächliche Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt hat, ist in diesem

Wie sich aus den Abschnitten d und e ergibt, lassen sich die Rechtsprechung des Gerichtshofes oder die angeführten verschiedenen Schlußanträge der Generalanwälte für den Standpunkt der Kommission nicht in Anspruch nehmen, zu dem es auch in der Lehre keine klare und eindeutige Zustimmung gibt.

Der Wortlaut und der historische Hintergrund des Artikels 85[82] bieten ebenfalls keine Stütze für die Annahme, daß von einer abgestimmten Verhaltensweise bereits

82 — Vgl. vorstehend Abschnitt d.

bei dem, durch den und mit dem Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen oder einer anderweitigen Sicherstellung der Abstimmung ausgegangen werde könne.

Betrachtet man die bisherige Rechtsprechung, die vorstehend im Abschnitt e wiedergegeben ist, ist festzustellen, daß die Fälle vom Markt her betrachtet worden sind. Die Aufgabe bestand bisher darin, zu entscheiden, ob aufgrund der Feststellung eines tatsächlichen Marktverhaltens und des sonst vorliegenden — oft spärlichen — Beweismaterials als bewiesen angesehen werden konnte, daß dem festgestellten Marktverhalten eine Abstimmung zwischen den betreffenden Unternehmen zugrunde lag. Natürlich wird, wenn das Marktgeschehen schwer erklärbar ist, wenn ein oder mehrere Treffen zwischen normalerweise konkurrierenden Unternehmen stattfinden, wenn mehrere oder gleichartige Fernschreiben mit z. B. Preisinstruktionen usw. versandt werden, in der Regel sehr vieles dafür sprechen, daß nicht alles mit rechten Dingen zugegangen ist, selbst wenn entscheidende, unmittelbare Beweise fehlen.

Betrachtet man eine Situation vom Markt aus, liegt es auf der Hand, daß normalerweise ein *auffallendes einheitliches Verhalten* am Markt das Mißtrauen der Kommission wecken wird. Man kann sich jedoch eine abgestimmte Verhaltensweise sehr gut als eine Verständigung der beteiligten Unternehmen untereinander vorstellen, wonach A die Handlung X ausführen (z. B. einen bestimmten Preis verlangen) muß, während B, C, D und E die Handlung Y ausführen (z. B. einen bestimmten Preis weniger fünf Pfennig verlangen) müssen. Auch in diesem Fall liegt eine abgestimmte Verhaltensweise vor. Wenn wir einmal, um den Gedanken fortzuführen, davon absehen, daß das Zustandekommen einer so ausgeklügelten Ordnung kaum ohne das möglich ist, was sich am besten mit einer Vereinbarung umschreiben läßt, und wir voraussetzen, daß A die Handlung a, B die Handlung b, C die Handlung c usw. ausführen muß, wird allerdings recht deutlich, daß eine solche Abstimmung außerordentlich schwer beweisbar ist, wenn man sich nicht zugleich andere Beweise hat verschaffen können, die ziemlich unmittelbar belegen, was geschehen ist. Nichtsdestoweniger liegt klar eine abgestimmte Verhaltensweise vor, die nach außen bloß keinen Niederschlag in einem einheitlichen gleichgerichteten Verhalten gefunden hat.

Wenn man einem Markt gegenübersteht, der sich auffallend verhält, und bestimmte andere Hinweise auf eine rechtswidrige Abstimmung hat, müssen die relevanten Faktoren natürlich übereinstimmen. Zeigt der Markt auf sonst unerklärliche Weise einen tatsächlichen Preis, der der „richtige" Marktpreis zuzüglich 15 % ist, nützt es für die Beweissituation nicht viel, daß ein Fernschreiben vorliegt, in dem es heißt: der „richtige" Preis abzüglich 15 % oder auch sogar der „richtige" Preis zuzüglich 150 %. Es muß sich ein beweismäßiger Zusammenhang feststellen lassen. Aufgrund des Marktgeschehens muß man aufgrund damit übereinstimmender Beweise zu dem sicheren Schluß gelangen können, daß eine Abstimmung vorgelegen hat und wie sie ausgesehen hat.

Aber wie sieht es von der anderen Seite aus? Wie ist die Situation, wenn man die „Abstimmung" kennt, die übrigen Faktoren aber nicht so klar sind. Reicht, wie die Kommission meint, der Nachweis der Abstimmung

aus, genügt also die Absprache oder der Informationsaustausch? *Ist* mit anderen Worten die Abstimmung an sich die abgestimmte Verhaltensweise?

Wie oben dargelegt, spricht nicht viel für die Richtigkeit einer solchen Auslegung des Begriffs „abgestimmte Verhaltensweise". Vielleicht wäre es rechtspolitisch wünschenswert[83], doch läßt sich die Auslegung schwer mit dem Wortlaut der Bestimmung in Einklang bringen, wenn man diese unbefangen liest, und kann auch nicht auf die Entstehung der Bestimmung gestützt werden. Meiner Meinung nach ist diese Auslegung daher zu verwerfen.

Was geschieht jedoch, so muß man sich fragen, wenn die Unternehmen sich abgestimmt haben? Warum ist die Abstimmung von so zentraler Bedeutung, daß nach Auffassung des Gerichtshofes Artikel 85 zufolge „jede unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen Unternehmen ..., die bezweckt oder bewirkt, ... das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Mitbewerbers zu beeinflussen", streng verboten ist (vgl. die Feststellung des Gerichtshofes zuletzt in den bereits zitierten Rechtssachen Suiker Unie und Züchner). Meines Erachtens ist das darauf zurückzuführen, daß solche Unternehmen anschließend zwangsläufig und normalerweise unvermeidlich mit dem entsprechenden Wissen im Hintergrund und auf der Grundlage der im Zusammenhang mit der Abstimmung geführten Diskussion auf dem Markt handeln werden. Sie haben Informationen über die Überlegungen anderer erhalten; sie wissen, daß die anderen Unternehmen nun ein wenig ihr eigenes Verhalten kennen, und sie werden mehr oder weniger Gewißheit darüber haben, was man von den anderen aufgrund der Erörterungen, die stattgefunden haben, erwarten kann oder zumindest erwarten können sollte. Sie begegnen ihren Kunden und gestalten ihre Produktion usw. mit einem anderen Informationshintergrund und in einem anderen Bewußtsein, als wenn sie sich nur auf eigene Erfahrungen, allgemeines Wissen und konkrete Beobachtungen des Marktes stützen könnten.

Man kann somit nach meiner Meinung behaupten, daß die Abstimmung in der Regel automatisch zu einem anschließenden Verhalten führt, das von ihr bestimmt sein wird, was die Unternehmen auch immer im Hinblick auf ihre Marktpolitik tun mögen, d. h. unabhängig davon, ob sie anschließend mehr oder weniger gleichförmig auf dem Markt handeln. Das gilt nach meiner Ansicht auch dann, wenn die Abstimmung in Form eines Austauschs wettbewerbsrelevanter Informationen, z. B. über aktuelle und voraussichtliche Preise, ohne jede weitergehende Koordinierung zwischen den Unternehmen erfolgt, d. h. wenn die Unternehmen sich allein dahin verständigt haben, daß von allen eine vernünftige Reaktion auf ihre eigene Situation und die der anderen Beteiligten erwartet werden darf. Auch in einem solchen Fall werden die Unternehmen nämlich in die Lage versetzt, die Marktlage wesentlich sicherer zu beurteilen und danach zu handeln. Der Informationsaustausch birgt somit bei sonst gleichbleibenden Verhältnissen zumindest ein erhebliches Risiko in sich, daß sich die Marktverhältnisse anders entwickeln, als sie sich sonst entwickeln würden. Es versteht sich von selbst, daß in

83 — Vgl. Hans-Dieter Lübbert, *Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht*, S. 90 mit Anm. 51.

einem solchen Fall normalerweise der Nachweis einer konkreten, bestimmten, ursächlichen Verbindung zwischen den Handlungen (Verhalten) und der Abstimmung (Informationsaustausch mit dem rechtswidrigen Zweck) nicht möglich sein wird.

Nach Artikel 85 Absatz 1 sind *alle Formen* der abgestimmten Verhaltensweise verboten. Dieser Teil der Bestimmung hat somit den Charakter eines Auffangtatbestands[84], der mit seiner weiten Formulierung im Gegensatz zu dem, was sich bloß unter den Begriff der Vereinbarung fassen läßt, alle anderen Formen der wettbewerbswidrigen Zusammenarbeit zwischen Unternehmen einbeziehen soll. Die vorstehend in Abschnitt e wiedergegebene Formulierung des Gerichtshofes

„eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen ..., die zwar noch nicht zum Abschluß eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewußt eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten läßt"

ist in dem Sinne zu verstehen.

In Anbetracht dessen spricht meines Erachtens, wenn feststeht, daß eine Abstimmung einen rechtswidrigen Zweck verfolgt, und, wie vorstehend ausgeführt, davon ausgegangen werden kann, daß die Unternehmen danach aufgrund der Abstimmung handeln, selbst wenn die Kommission keine konkreten Handlungen (Verhaltensweise) nachgewiesen hat, nichts gegen die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise mit einem rechtswidrigen Zweck, die von Artikel 85 erfaßt wird. Handeln die Unternehmen mit einem größeren Wissen und in bezug auf andere mit mehr oder weniger berechtigten Erwartungen, die sie eigentlich nicht hätten haben dürfen und normalerweise nicht gehabt hätten, liegt immer die Gefahr auf der Hand, daß der Wettbewerb weniger intensiv wird, als er sonst gewesen wäre. Diese Gefahr ist besonders dann gegeben, wenn aufgrund der Marktverhältnisse ein völlig freier Wettbewerb zu stark sinkenden Preisen führen würde. Wenn die Vereinbarung mit einem rechtswidrigen Zweck im Sinne des Artikels 85, wie vorstehend unter Nr. 2 dargelegt, ein abstraktes Gefährdungsdelikt ist, läßt sich meines Erachtens schwerlich etwas dagegen einwenden, die insoweit völlig parallele Zuwiderhandlung, d. h. die abgestimmte Verhaltensweise mit einem rechtswidrigen Zweck, entsprechend zu interpretieren. Die Zuwiderhandlungen haben genau den gleichen Charakter. Bei der abgestimmten Verhaltensweise muß und wird über die Abstimmung hinaus ein anschließendes tatsächliches Verhalten vorliegen, das im Zusammenhang mit der Abstimmung steht. Das ist bei der Vereinbarung nicht erforderlich. Der Kern der Zuwiderhandlung besteht jedoch in beiden Fällen darin, daß die Unternehmen sich in diesen Fällen nicht mehr unabhängig mit der Politik, die sie führen wollen, auseinandersetzen und damit die große Gefahr von Wettbewerbsverhältnissen droht, die den normalen Bedingungen des betreffenden Marktes nicht entsprechen.

Im Gegensatz zu dem, was sich aus der Auffassung der Kommission ergibt, muß nach meiner Meinung somit mit dem Wissen und in dem Bewußtsein gehandelt werden, die Folge der Abstimmung sind. Der Unterschied ist zunächst, daß kein Verstoß vorliegt, wenn überhaupt nicht gehandelt wird. Wird man also unmittelbar nach der Abstimmung gezwungen, den Markt wegen

84 — Vgl. Schröter, in: Groeben/Boeckh, a. a. O., Nr. 13, S. 103.

äußerer, fremder Faktoren, z. B. der Zerstörung der Betriebsanlage, zu verlassen, ist Artikel 85 nicht anwendbar. Dagegen wäre er es, wenn der Nachweis einer Vereinbarung mit einem rechtswidrigen Zweck vorläge. Sodann bedeutet die hier vertretene Auffassung, daß zumindest theoretisch der Nachweis möglich bleibt, daß ein späteres Verhalten nicht abgestimmt war, und zwar in der Weise, daß aufgrund der Umstände bewiesen werden kann, daß man sich von der Bindung und dem Wissen, die Folge der Abstimmung sind, frei gemacht hat. Das ist zum Beispiel denkbar im Zusammenhang mit dem Übergang eines Unternehmens, dessen neue Leitung versucht, Ordnung zu schaffen oder ganz einfach von der früheren Abstimmung nichts weiß. Bei einem kontinuierlichen Prozeß wie dem bei der angeblichen Kartellbildung im Polypropylenfall ist natürlich klar, daß es in der Praxis schwierig sein kann, glaubhaft darzutun, daß man nach einer Abstimmung, bevor man das auf den Sitzungen vermittelte Wissen genutzt hat, das Pferd gewechselt hat.

Es ist klar, daß es hinsichtlich der praktischen Konsequenzen normalerweise keine großen Unterschiede zwischen der Auffassung der Kommission und der hier vertretenen Auslegung des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweise geben wird. Geht man davon aus, daß eine Abstimmung eine Art automatischer Wirkung hat und haben muß, wird im allgemeinen der Beweis der Abstimmung sowie der Tatsache genügen, daß anschließend am Markt mit dem Wissen gehandelt wurde, das auf die Abstimmung zurückzuführen ist. Die Kommission braucht also nicht konkret bestimmte, ursächlich bedingte Handlungen nachzuweisen. Für die Unternehmen ergibt sich als Konsequenz der von mir vertretenen Auffassung, daß ihnen in Wirklichkeit eine gewisse Beweislast oder zumindest eine sehr weitgehende Aufklärungspflicht auferlegt wird, wenn der Nachweis als erbracht gelten soll, daß das durch die Abstimmung erworbene Wissen bei der Festlegung der Unternehmenspolitik nicht genutzt worden ist. In diesem Zusammenhang ist denn auch festzuhalten, daß die Klägerinnen in der mündlichen Verhandlung eingeräumt haben, daß das bei den Treffen erworbene Wissen nützlich gewesen sei.

Die von mir hier entwickelte Auslegung des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweise, die wie gesagt keine unmittelbare und ausdrückliche Stütze in der Rechtsprechung des Gerichtshofes findet, harmoniert dennoch nach meiner Meinung mit dieser Rechtsprechung oder liegt auf einer Linie mit ihr. Meine Auslegung des Begriffs ist mit der in der Lehre von sehr vielen Autoren vertretenen Auffassung durchaus vereinbar und steht insbesondere mit dem Wortlaut der Bestimmung im Einklang, wenn man diese unbefangen liest. Dabei ist zu sagen, daß es nicht um eine erweiternde Auslegung der Bestimmung geht, was wegen ihres quasi-strafrechtlichen Charakters nur schwer mit den allgemein akzeptierten Rechtssicherheitsgarantien vereinbar wäre (vgl. z. B. auch das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Parke, Davis und Co.[85]). Schließlich ist festzuhalten, daß mit der hier vertretenen Auslegung auch sichergestellt ist, daß der „effet utile" der Bestimmung nicht außer Betracht bleibt, was eine Folge der Auslegung der Klägerinnen wäre, die das Gericht von dieser als der einzig richtigen zu überzeugen versuchen.

85 — Vgl. hierzu Urteil des Gerichtshofes vom 29. Februar 1968 in der Rechtssache 24/67 (Parke, Davis und Co., Slg. 1968, 85).

j) Die Struktur der beiden Formen der Zuwiderhandlung

Die Klägerinnen haben in ihren Plädoyers geltend gemacht, die Kommission hätte zwischen „Vereinbarung" und „abgestimmter Verhaltensweise" unterscheiden müssen, weil dies zwei unterschiedliche Formen der Zuwiderhandlung seien, namentlich deswegen, weil der Beweisgegenstand unterschiedlich sei.

Die Bedeutung dieser Frage habe ich vorstehend in dem Abschnitt über die Auslegung des Artikels 85 als formelles Problem dargelegt. Unter Zugrundelegung des Ergebnisses, zu dem ich gekommen bin, besteht jedoch nach meiner Meinung zwischen der Struktur der beiden Tatbestände eine so große Parallelität, daß sich in einer Situation wie der hier zur Entscheidung anstehenden eine Unterscheidung erübrigt.

Bei den Vereinbarungen geht der Streit in der Hauptsache um zwei Beweisfragen. Zum einen, ob Vereinbarungen eingegangen worden sind (die einen Zweck verfolgen usw.), und zum anderen, ob diese Wirkungen gehabt haben, wie von der Kommission behauptet. Die Wirkungen sind an sich ein eigenes Beweisthema, teils wegen der Frage, inwieweit aufgrund dieser Wirkungen der Vereinbarung ein Verstoß gegen Artikel 85 vorliegt, teils, um hilfsweise eventuell darzutun, daß es sich wegen der geringeren oder fehlenden konkreten wettbewerbsschädlichen Auswirkung des Kartells um einen weniger schweren Fall handelt. Die Frage der Wirkungen hat jedoch auch Bedeutung für den Beweis oder vielleicht eher den Gegenbeweis bezüglich der Existenz der Vereinbarungen. Eines der Argumente der Klägerinnen ist, daß eine Vereinbarung, auch wenn es nach einer solchen aussehe, nicht vorliege, wenn die beabsichtigten Wirkungen fehlten. Im übrigen wird gegen die Existenz der Vereinbarungen auch auf anderer Grundlage Beweis geführt oder zumindest versucht, die Behauptung der Kommission, daß solche Vereinbarungen bestanden hätten, verbal zu untergraben.

In ganz gleicher Weise läßt sich meines Erachtens mit genau demselben Thema in der Frage der Abstimmung Beweis führen oder zumindest argumentieren, indem die vorliegenden Beweisunterlagen, Motive usw. ohne Berücksichtigung des Marktes erörtert werden. Ist, wie ich meine, in beiden Fällen auf den Zweck als selbständiges Merkmal einer Kategorie von Zuwiderhandlungen abzustellen, bei denen bloß der Zeitpunkt der Vollendung unterschiedlich ist, sehe ich keine Grundlage für die Auffassung, daß die Zuwiderhandlungen so verschieden seien, daß sie eine Trennung erforderten.

Auch wenn ich mich der Definition des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweise durch die Kommission nicht anschließen kann, stimme ich ihr doch darin zu, daß die beiden Begriffe aufgrund der Auslegung, die ich für richtig halte, so gleich strukturiert sind, daß zumindest im vorliegenden Zusammenhang eine Trennung nicht erforderlich ist. Ich werde deshalb bei der späteren Behandlung der vorliegenden Beweise nicht immer ausdrücklich dazu Stellung nehmen, ob die einzelnen Handlungen der Unternehmen sich als Vereinbarungen nach Artikel 85 Absatz 1 oder eher als eine abgestimmte Verhaltensweise umschreiben lassen.

4. *Läßt sich im Rahmen des Artikels 85 eine Theorie des Versuchs aufstellen?*

Wie ich im vorangegangenen Abschnitt dargelegt habe, ist der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise so zu verstehen, daß der Tatbestand, soweit es um diesen Teil des Artikels 85 geht, erst dann als verwirklicht angesehen werden kann, wenn ein Marktverhalten zutage getreten ist, und ich habe aufgezeigt, worin sich diese Auffassung von der der Kommission unterscheidet. Eine Zuwiderhandlung liegt nach meiner Meinung somit vor, wenn nachgewiesen werden kann, daß eine Abstimmung, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt, stattgefunden hat und dem ein Marktverhalten der Unternehmen gefolgt ist, das wie vorstehend gesagt grundsätzlich als durch die Abstimmung bedingt angesehen werden muß, wenn die Unternehmen innerhalb des betreffenden Produktbereichs nach der Abstimmung weiterhin am Markt handeln. Alternativ liegt eine Zuwiderhandlung vor, wenn eine Abstimmung, die vielleicht keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, eine solche *bewirkt* hat und die Unternehmen den Eintritt einer solchen Wirkung erkannt haben oder hätten erkennen müssen.

Stimmt das Gericht dieser Auffassung zu, sehe ich in der Praxis kaum eine Notwendigkeit, innerhalb des Artikels 85 einen Bereich des strafbaren Versuchs abzugrenzen. Wie die Entscheidung der Kommission ausgestaltet ist, scheint jedoch die Untersuchung erforderlich, ob namentlich bei der abgestimmten Verhaltensweise von einem Bereich des strafbaren Versuchs ausgegangen werden kann.

Artikel 85 enthält teils ein abstraktes Gefährdungsdelikt, nämlich die Vereinbarung mit einem rechtswidrigen Zweck, und zwei Erfolgsdelikte, d. h. Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen mit den auf sie zurückzuführenden Wirkungen. Nach der vorstehend vertretenen Auslegung befindet sich die abgestimmte Verhaltensweise, die einen Zweck verfolgt, zwischen den beiden Deliktstypen.

Bei dem Delikt „Vereinbarung, die einen Zweck verfolgt" ist klar, daß die Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 mit dem Abschluß der Vereinbarung vollendet ist. Bei dem Delikt „Vereinbarung, die Wirkungen hat" ist der Tatbestand verwirklicht, wenn die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Vereinbarung (ungeachtet ihres Zwecks) zutage getreten sind.

Vermutlich unter dem Eindruck der einzelnen Elemente, die er die „objektive" Seite der abgestimmten Verhaltensweise nannte, warf Generalanwalt Mayras wie oben dargelegt im Farbenfall[86] die Frage auf, inwieweit bereits der Versuch einer abgestimmten Verhaltensweise, d. h. vor jedem Marktverhalten, unter Artikel 85 fallen könne. Seine Ausführungen sind vorstehend auf Seite 122 wiedergegeben.

Wenn wir das Delikt „Vereinbarung, die einen Zweck verfolgt" betrachten, scheint mir nach der Formulierung des Artikels 85 klar zu sein, daß dieser Deliktsbegriff nicht auch den Fall erfassen sollte, wo es der Kommission zum Beispiel gelingt, gegen die Verhandlungen der Unternehmen vor dem Abschluß einer Vereinbarung einzuschreiten. Dasselbe gilt nach der Formulierung des Artikels 85 für die abgestimmte Verhaltensweise. Dazu kommt, daß grundlegende Erwägungen der Rechtssicherheit dafür sprechen, nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage um Artikel 85 herum einen Bereich des strafbaren Versuchs festzulegen, der in Wirklichkeit diese Bestimmung aus-

86 — Slg. 1972, 688.

dehnen würde. Auch läßt sich weder in der späteren Rechtsprechung des Gerichtshofes noch in der Lehre eine Stütze für die Auffassung finden, daß der Versuch, den in Artikel 85 beschriebenen Tatbestand zu verwirklichen, verboten sein müsse.

Ich meine deshalb, daß die Festlegung eines eigenen Bereichs des strafbaren Versuchs innerhalb des Artikels 85 nicht möglich ist. Die Bestimmung hat im übrigen auch nach der Auslegung des Begriffs der Vereinbarung und der abgestimmten Verhaltensweise durch den Gerichtshof und nach der von mir vertretenen Auslegung der abgestimmten Verhaltensweise einen so weiten Anwendungsbereich, daß es in der Praxis vermutlich nicht wirklich notwendig sein wird, auch den Versuch mit einer Geldbuße zu belegen.

5. *War das Verhalten der Unternehmen ein objektiv untaugliches Mittel?*

In einer seiner Stellungnahmen während der mündlichen Verhandlung faßte Professor Albach seinen persönlichen Standpunkt so zusammen, daß sämtliche Maßnahmen, die die Unternehmen erprobt hätten, als wesentlichsten Effekt eine Placebo-Wirkung auf nervöse Geschäftsleute gehabt hätten. Er erklärte u. a., daß eine Preisabsprache in einem Oligopol eine wirksame Strategie sein könne, wenn die Verkaufspreise die Kosten nicht deckten. Aber, so führte er weiter aus, Theorie und Erfahrung zeigten, daß die Durchsetzung auf einem Markt mit 17 Produzenten schwierig und in einer Zeit großer Überkapazität praktisch unmöglich sei. Danach beschrieb er seine Untersuchungen, denen zufolge nicht angenommen werden könne, daß die sogenannten Zielpreise irgendeine größere Wirkung auf den stark vom Wettbewerb geprägten Markt gehabt hätten. Darüber hinaus haben die Klägerinnen versucht nachzuweisen, daß die von ihnen versandten Preisinstruktionen in keinem Zusammenhang mit den auf den Sitzungen erörterten Zielpreisen gestanden hätten und die tatsächlich erzielten Preise jedenfalls nicht den Zielpreisen entsprochen hätten. Außerdem sind Beweise vorgelegt worden, z. B. der Bericht von Professor Budd, denen zufolge das Verhalten der Klägerinnen nicht nur keine Wirkung auf den Markt gehabt haben soll, sondern auch nicht habe erzielen können, da der Markt als von den Versuchen der Unternehmen — die ich in diesem Zusammenhang unterstelle — nicht beeinflußbar angesehen werden müsse.

Dies hat u. a. zu Stellungnahmen zu dem näheren Inhalt des Begriffs „bezwecken" in Artikel 85 Absatz 1 geführt.

Es ist geltend gemacht worden (ICI), daß bereits nach dem Wortlaut der Bestimmung bei der Beurteilung des Falls das sogenannte objektive Ziel der Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise und nicht die subjektive Absicht der Beteiligten zu untersuchen sei. Das mit den Absprachen verfolgte Ziel müsse unter Berücksichtigung des tatsächlichen wirtschaftlichen Kontextes, in dem es stehe, ermittelt werden; dazu verweist die Klägerin auf die Urteile des Gerichtshofes vom 30. Juni 1966[87] und vom 9. Juli 1969[88]. Daher könne die Beurteilung einer Absprache nicht von ihren konkreten Auswirkungen auf den Wettbewerb getrennt werden, selbst wenn die Prüfung nur das Ziel der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise betreffe. Die Kommission müsse also, um als Ziel der Absprache eine Wettbewerbsbeschränkung feststellen

87 — Rechtssache 56/65 (Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH, Slg. 1966, 337).

88 — Rechtssache 5/69 (Franz Völk/SPRL Ets. J. Vervaecke, Slg. 1969, 295).

zu können, beweisen, daß es hinreichend wahrscheinlich sei, daß dieses Ziel verwirklicht werden könne. Davon ausgehend, daß das angebliche Kartell nachweislich keine Auswirkungen auf den Markt gehabt habe oder hätte haben können, macht die Klägerin geltend, die Kommission habe eine Wettbewerbsbeschränkung als Ziel nicht bewiesen. Die Kommission trägt demgegenüber vor, daß sich den zitierten Urteilen nicht das Erfordernis entnehmen lasse, daß eine Vereinbarung oder eine andere Absprache eine tatsächliche Auswirkung haben müsse, um daraus Schlüsse auf das Ziel der Vereinbarung oder Absprache ziehen zu können. Schließlich verweist die Kommission darauf, daß sie größere potentielle und tatsächliche Wirkungen des Kartells nachgewiesen habe als nach der genannten Rechtsprechung erforderlich seien.

Nach Meinung der Klägerin kann sie aufgrund des zutage getretenen Verhaltens somit nicht zur Verantwortung gezogen werden, wenn Auswirkungen auf den Markt nach den in diesem Fall vorliegenden Beweisen ungeachtet ihres Verhaltens nicht möglich gewesen seien. Wenn das Verhalten aufgrund der Umstände keine Wirkungen habe zeitigen können, könne es somit auch keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 85 zum Ziel gehabt haben.

Wenn wir einmal unterstellen, daß der Markt tatsächlich nicht beeinflußt wurde, stellt sich die Frage, wie eine unzweifelhaft vorhandene Absicht, gegen die Wettbewerbsregeln zu verstoßen, zu beurteilen ist.

In der zitierten oder auch in der übrigen Rechtsprechung läßt sich für die von der Klägerin vertretene Auffassung schwerlich eine Stütze finden.

In der Rechtssache Völk/Vervaecke ging es um die Frage, ob eine Vereinbarung, die ihrer Art nach unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fallen kann, dies aus besonderen Gründen doch nicht tut. Der Gerichtshof stellte zuerst fest, daß eine Vereinbarung nur dann unter die Bestimmung fallen kann, wenn sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nachteilig beeinflussen kann und eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Diese Voraussetzungen — so der Gerichtshof weiter — sind im Hinblick auf die tatsächlichen Begleitumstände der fraglichen Vereinbarung zu verstehen; er kam zu dem Ergebnis, daß eine Vereinbarung daher von der Verbotsvorschrift des Artikels 85 nicht erfaßt wird, wenn sie den Markt mit Rücksicht auf die schwache Stellung der Beteiligten nur geringfügig beeinträchtigt. In der Rechtssache ging es um Unternehmen mit einem bescheidenen Marktanteil.

Im vorliegenden Fall geht es nicht um kleinere Unternehmen mit einem bescheidenen Marktanteil, bei denen die Gefahr einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Marktes gering ist. Es handelt sich vielmehr um die größten petrochemischen Unternehmen in Europa, die zusammen fast den gesamten Markt abdeckten. Die Verhältnisse in der Rechtssache Völk waren also ganz anders als im vorliegenden Fall, und das Urteil entfaltet deshalb für die Entscheidung in diesem Punkt keine Präjudizwirkung.

Weiterhin läßt sich schwerlich ein Zusammenhang zwischen der Situation der Klägerinnen und dem Urteil Société Technique Minière erkennen. Nach Auffassung des Gerichtshofes muß man den eigentlichen Zweck der Vereinbarung in Betracht ziehen,

wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind, und die Wettbewerbsstörungen müssen sich danach aus der Gesamtheit oder einem Teil der Bestimmungen der Vereinbarung selbst ergeben. Auch hier ging es um eine Alleinvertriebsvereinbarung.

Preis- und Produktionsabsprachen sind nach herkömmlicher Auffassung und namentlich nach der in Artikel 85 Absatz 1 Buchstaben a und b zum Ausdruck gekommenen Auffassung wettbewerbsschädlich. Was aber nun, wenn sich zeigen sollte, daß Preisabsprachen normalerweise nicht dazu eingesetzt werden können, den Marktkräften entgegenzuwirken, oder wenn das gerade in diesem Fall nicht möglich war, Preisabsprachen also generell oder in dem konkreten Fall ein untaugliches Mittel sind oder waren?

Wenn dem so wäre, wären noch einige Überlegungen zu grundlegenden kartellrechtlichen Fragen angezeigt. Ein Kläger, der mit solchen Gesichtspunkten durchzudringen versuchte, die offenkundig echte, wesentliche Neuschöpfungen innerhalb des Wettbewerbsrechts wären, müßte jedoch mit besonders überzeugendem Material für seine Ideen aufwarten.

Nach meiner Meinung ist zumindest der Nachweis zu verlangen, daß in der Wirtschaftslehre allgemein Einigkeit darüber herrscht, daß eine Beeinflussung des Marktes mit den Mitteln, die einzusetzen versucht wurde, in keinem Fall möglich ist; dafür haben wir hier keinen Beleg. Der Stellungnahme von Professor Albach läßt sich nach meiner Meinung höchstens entnehmen, daß die Beteiligten unter den gegebenen Marktverhältnissen kaum imstande waren, den Markt nennenswert zu beeinflussen. Die anderen vorgelegten Unterlagen sind ebenfalls kein entscheidender Beleg für diese Behauptung, zumindest ist kein Material vorgelegt worden, das — ohne für den speziellen Fall erstellt worden zu sein — allgemein etwas zu dieser Frage enthält.

Ich meine deshalb, daß das Vorbringen der Klägerin (ICI) zu der sogenannten „objektiven" Auslegung des Begriffs des Zwecks im Zusammenhang mit der abgestimmten Verhaltensweise im vorliegenden Fall bereits deswegen zurückzuweisen ist, weil die Grundbedingung, nämlich die objektive Untauglichkeit des Mittels, nicht als gegeben angesehen werden kann.

6. *Liegt eine einzige Vereinbarung oder eine einzige abgestimmte Verhaltensweise vor?*

Von den Klägerinnen ist weiterhin beanstandet worden, daß der Geschehensablauf von 1977 bis 1983 insgesamt als eine einzige Vereinbarung und eine einzige abgestimmte Verhaltensweise oder als Rahmenvereinbarung qualifiziert worden ist; letztere Bezeichnung haben einige Klägerinnen besonders stark kritisiert.

Es ist schwer einzusehen, wie die Qualifizierung als solche im vorliegenden Zusammenhang von entscheidender Bedeutung sein kann. Ich halte es nämlich nicht für entscheidend, ob man das Geschehen eventuell als eine fortgesetzte Zuwiderhandlung bezeichnen will oder ob der richtige Ausdruck dafür eine einzige Vereinbarung und eine einzige abgestimmte Verhaltensweise ist.

Ein ursprüngliches, natürliches Verständnis des Worts Vereinbarung läßt es jedoch etwas angestrengt erscheinen, diesen Ausdruck für eine Reihe von Sitzungen usw. zu

verwenden, bei denen über Jahre hinweg Gespräche geführt und Vereinbarungen geschlossen, Pläne gefaßt, geändert, aufgegeben und verschoben worden sein sollen usw.

Vielleicht ließe sich das angebliche Geschehen ebenso zwanglos als fortgesetzte Zuwiderhandlung bezeichnen. Wenn der Fall, wie von der Kommission behauptet, so liegt, daß die Vertreter einer Reihe von Unternehmen, die sich alle über die gemeinsamen Probleme im klaren waren, sich dahin verständigten, die Möglichkeiten zur Verhinderung eines vernichtenden Preiskriegs näher zu erörtern, und wenn in diesem Zusammenhang vereinbart wurde, sich ab und zu zu treffen, und die Vorstellungen später Gestalt annahmen, so daß sich alles zu einem recht avancierten System entwickelte, das die offenkundigen Schwierigkeiten ausgleichen sollte, die mit der reibungslosen Verwirklichung eines Preiskartells mit 17 Unternehmen auf einem Markt mit erheblicher Überkapazität verbunden waren, sehe ich im Grund kein Hindernis dafür, dies als eine einzige Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweise zu charakterisieren.

Die Klägerinnen meinen jedoch, daß der Begriff der Rahmenvereinbarung ein Kunstgriff sei, um Lücken in der Beweisführung der Kommission zu verdecken. Meiner Meinung nach ist dies nicht der Fall. Jedoch ist einzuräumen, daß man sehr vorsichtig sein muß, wenn man erst aufgrund einer größeren Menge von Beweisen den Begriff „eine einzige Vereinbarung" herausgearbeitet hat, um aus diesem Begriff nicht auf etwas zu schließen, was es nicht gegeben hat.

So, wie einige Unternehmen den Fall dargestellt haben, kann der Hinweis angebracht sein, daß die Rahmenvereinbarung als Sammelbegriff aufzufassen ist, was die Kommission offensichtlich auch tut (vgl. namentlich Randnr. 81 der Entscheidung). Jedoch ist zuzugeben, daß die Ausführungen der Kommission dazu in der Entscheidung etwas unklar sind. Fest steht jedoch, daß eine vorangegangene Vereinbarung über den Erlaß der Maßnahmen, die vielleicht erst Jahre später ausgeführt wurden, nicht nachgewiesen ist. Insoweit stimme ich der „Theorie der schiefen Ebene" zu, die in der mündlichen Verhandlung erörtert wurde.

Die Kommission hat Geldbußen für verschiedene Preis- und andere Initiativen sowie Stützungsmaßnahmen verhängt, und das ist es, was unabhängig davon zu beurteilen ist, ob es zur Beschreibung als eine einzige Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise bezeichnet wird. Als Gesamtbeschreibung des Geschehens ist der Begriff der einzigen Vereinbarung und abgestimmten Verhaltensweise angemessen, doch dürfen die Begriffe nicht dazu verwendet werden, Schwachstellen in der Beweiskette zu verdecken.

Wenn sich somit unter dem Gesichtspunkt der fortgesetzten Zuwiderhandlung eine Lücke von Mitte 1978 bis Herbst 1979 feststellen läßt, muß dies genauso für die Rahmenvereinbarung gelten, die dann also nicht mehr aus nur einer, sondern aus zwei Vereinbarungen besteht mit den daraus sich ergebenden eventuellen Verjährungsproblemen.

Die Argumentation der Klägerinnen kann insoweit nach meiner Meinung also nicht an und für sich zur Nichtigerklärung der Entscheidung führen, sondern es ist zu prüfen, ob die Kommission Beweise für ihre Behauptungen hat und sich durch ihre eigene Beschreibung des Gesamtgeschehens nicht dazu hat verleiten lassen, hieraus auf einen Sachverhalt zu schließen, für den es im übrigen keine Beweise gibt.

7. Kollektive Verantwortlichkeit nach Artikel 85 Absatz 1?

In den vorliegenden Rechtssachen hat eine zum Teil sehr heftige Debatte zu der Frage stattgefunden, inwiefern die Kommission die Unternehmen durch ihre Entscheidung in dem Sinne kollektiv zur Verantwortung gezogen hat, daß ein oder mehrere Unternehmen für etwas verantwortlich zu machen sind, das andere begangen haben, an dem sie selbst aber nicht beteiligt gewesen sind. Das Problem steht in einem engen Zusammenhang mit der Beschreibung des Verstoßes in Artikel 1 der Entscheidung. Die Klägerinnen sehen die Gefahr, daß sie dadurch, daß die Kommission die Zuwiderhandlung als eine einzige Vereinbarung und eine einzige abgestimmte Verhaltensweise beschrieben habe, für alle Einzelaktionen im Rahmen der Zuwiderhandlung, wie sie in Artikel 1 der Entscheidung unter den Buchstaben a bis e aufgeführt seien, verantwortlich gemacht würden, selbst wenn davon ausgegangen werden könnte, daß sie an einer oder mehreren Einzelaktionen nicht beteiligt gewesen seien.

Wie sich aus meinen Ausführungen im vorangegangenen Abschnitt ergibt, halte ich die Ansicht für unbegründet, daß es möglich sei, eine vorherige grundlegende Vereinbarung über fast sämtliche Punkte des behaupteten späteren Vorgehens zu konstruieren. Dies hat auch die Kommission in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, die hier darauf hinwies, daß dergleichen auch nicht in der Entscheidung angeführt worden sei. Wenn dies der Fall ist, ist es bereits aus diesem Grund nicht möglich, die einzelne Klägerin für alle Handlungen jedes Kartellteilnehmers verantwortlich zu machen, selbst wenn sie in einem bestimmten Zeitraum nachweislich beteiligt gewesen ist.

Jedoch ist zuzugeben, daß die Kommission an einigen Stellen der Entscheidung sich so ausgedrückt hat, daß der Eindruck entstehen kann, sie habe grundsätzlich alle Unternehmen für alle Handlungen des Kartells in dem Zeitraum, in dem sie Mitglieder waren, verantwortlich machen wollen. So heißt es in Randnummer 83 Absatz 2 der Entscheidung:

„Das Wesentliche des vorliegenden Falls ist das lange Zeit andauernde Zusammenwirken der Hersteller in Richtung auf ein gemeinsames Ziel, und jeder Teilnehmer ist verantwortlich, nicht nur für seine eigene unmittelbare Rolle, sondern auch für das Funktionieren der Vereinbarung insgesamt. Der Umfang der Beteiligung jedes Herstellers ist daher nicht auf den Zeitraum begrenzt, für den zufällig Preisinstruktionen von ihm vorlagen, sondern auf die gesamte Zeit, während der er an dem gemeinsamen Unterfangen beteiligt war."

In ihrer Klagebeantwortung in der Rechtssache BASF führt die Kommission dazu u. a. an:

„Ergänzend ist auszuführen, daß eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag zu denjenigen Verstößen gehört, die nur von mehreren Tätern gemeinsam begangen werden können. Jedem Täter ist daher notwendigerweise die Mitwirkung an dem Verstoß der anderen Kartellteilnehmer als eigenes Verhalten zuzurechnen, da der Verstoß gerade in dem Zusammenwirken liegt. Das schließt nicht aus, daß sich einzelne Täter dem Kartell zu unterschiedlichen Zeitpunkten anschließen."

Während die letzte Äußerung der Kommission richtig ist, ohne jedoch allzuviel auszusagen, kann Randnummer 83 Absatz 2 der Entscheidung Verwirrung stiften.

Die eigentliche Tatbeschreibung findet sich jedoch natürlich in Artikel 1 der Entscheidung, wonach die Zuwiderhandlung darin besteht, „an einer ... Vereinbarung und aufeinander abgestimmten Verhaltensweise beteiligt" gewesen zu sein, die aus verschiedenen Einzelaktionen bestanden. Gegen die Beschreibung der Tathandlung „Beteiligung" an einer Vereinbarung, d. h. an einem in der Entscheidung als „Vereinbarung" definierten Kartell, sind Einwände wohl kaum möglich. Zu behaupten, daß ein Unternehmen an einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise beteiligt gewesen ist, ist an und für sich eine zutreffende Beschreibung der Zuwiderhandlung.

Wenn die Kommission dagegen in Randnummer 83 Absatz 2 sagt, daß jeder einzelne Teilnehmer nicht nur für seine Mitwirkung, sondern auch für die Durchführung der Vereinbarung insgesamt verantwortlich sei, wird damit eine Verantwortlichkeit angedeutet, die über die Handlungen, an denen das einzelne Unternehmen selbst beteiligt gewesen ist, hinausreicht; hier liegt das Problem. Dem ist jedoch hinzuzufügen, daß die Kommission in derselben Randnummer der Entscheidung feststellt, daß der einzelne Teilnehmer wegen seiner Beteiligung am Kartell nur für die Zeit verantwortlich sei, während deren er an dem Kartell beteiligt gewesen sei.

Selbstverständlich ist richtig, wie die Kommission in ihrer Klagebeantwortung in der Rechtssache BASF ausführt, daß Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 in dem Sinne kollektiv sind, daß zwei oder mehr Unternehmen zusammenwirken müssen, um die Zuwiderhandlung zu begehen, und die Mitwirkung des einen an dem Verstoß des anderen eine notwendige und selbstverständliche Folge des kollektiven Charakters der Zuwiderhandlung ist. Man darf dagegen nach meiner Meinung, wenn Grundvoraussetzung ist, daß man eine Vereinbarung eingegangen oder an einer abgestimmten Verhaltensweise beteiligt gewesen ist, nicht für Verstöße anderer verantwortlich gemacht werden, die weiter reichen als die eigene Beteiligung. Es ist deshalb nicht ohne weiteres richtig, wenn die Kommission anzudeuten scheint, daß das einzelne Unternehmen für andere Folgen verantwortlich sei als die, die sich aus seiner eigenen Teilnahme ergeben.

Wenn im vorliegenden Fall über die kollektive Verantwortlichkeit auch lange hin und her diskutiert worden ist, ist dennoch erst einmal festzulegen, was *nicht* als kollektive Verantwortlichkeit charakterisiert werden kann, selbst wenn einige Klägerinnen dies darunter verstehen.

Wenn man sich ansieht, wie die angebliche Kartellbildung in der Praxis wohl funktioniert hat, ist leicht zu verstehen, daß es dennoch außerordentlich schwierig sein kann, den Tatbeitrag des einzelnen Unternehmens im einzelnen festzulegen. Wer hat die Idee gehabt zu dieser oder jener Initiative? Wer hat sich darum bemüht, die, die vielleicht weniger begeistert waren, zu überzeugen? Wer war am besten vorbereitet, wenn er zu den Treffen kam usw.? Es versteht sich von selbst, daß in Fällen, in denen kein Geständnis der beteiligten Unternehmen vorliegt, diese Fäden sich in einem Verwaltungsverfahren oft nicht ausfindig machen lassen, wo der Großteil der Beweisgrundlage aus Dokumenten besteht. Natürlich gibt es auch Grenzen dafür, wie weit man in derartigen Sachen in die kleinsten Details einsteigen

muß. So muß es aus rechtstechnischen Gründen ausreichend sein, sich in gewissem Umfang wenn notwendig damit zu begnügen, die Beteiligung des einzelnen etwas allgemeiner zu beschreiben. In kaum einem Mitgliedsland wird es nach dessen Rechtsordnung ein entscheidendes Hindernis für eine Verurteilung z. B. wegen Geldfälschung sein, daß sich nicht beweisen läßt, wer die Druckfarbe eingefüllt und wer die Druckpresse betätigt hat, wenn anzunehmen ist, daß alle gegenwärtig waren und teilgenommen haben.

Bei einer vernünftigen begrenzten Anwendung dieses Gesichtspunktes ist die Behauptung unbegründet, daß jemandem eine kollektive Verantwortlichkeit auferlegt werde; vielmehr verzichtet die Rechtsordnung bloß darauf, die Anforderungen an eine detaillierte Beschreibung und Beweisführung in Fällen zu überspannen, wo diese nur selten möglich sein wird und der mutmaßliche Täter sich selbst in eine solche Situation gebracht hat, daß eine gewisse Beweiserleichterung als unbedenklich anzusehen ist. Andernfalls müßte die Kommission die Rechtsverfolgung vermutlich sehr oft von vornherein in Fällen aufgeben, in denen es zweifellos um ein rechtswidriges Kartell geht, wo aber die Beteiligung des einzelnen an den Aktivitäten des Kartells nicht im einzelnen nachgewiesen werden kann. Ein solches Ergebnis würde die Durchschlagskraft des Artikels 85 in der Praxis ganz erheblich mindern.

Ein anderer Aspekt der vorstehenden Frage ist die allgemeine Anforderung an den Wert der Beweise der Kommission. Wenn zum Beispiel — aufgrund einer Gesamtwürdigung des vorliegenden Materials — als erwiesen anzusehen ist, daß ein Unternehmen an einer Preisinitiative beteiligt gewesen ist, obwohl für die Preisinstruktionen und ähnliches nichts Schriftliches gefunden worden ist, handelt es sich nicht um die Auferlegung einer kollektiven Verantwortlichkeit, sondern vielmehr allein um eine bloße Beweiswürdigung.

Die Frage nach dem, was die Unternehmen als kollektive Verantwortlichkeit bezeichnen, taucht also erst dann auf, wenn *nicht* davon ausgegangen werden kann, daß ein Unternehmen an einer oder mehreren Einzelaktionen der Zuwiderhandlungen teilgenommen hat.

Möglicherweise sind es diese Beweisprobleme, die hinter dem nicht sehr geglückten zweiten Punkt der Randnummer 83 Absatz 2 der Entscheidung stehen.

Wenn man wie ich die Äußerungen der Kommission nur als Ausdruck dieser Gesichtspunkte auffaßt, ist der Kommission nichts vorzuwerfen.

Läßt sich nach Ansicht des Gerichts nicht beweisen, daß ein Unternehmen in einem bestimmten Punkt an der Zuwiderhandlung beteiligt war, muß dieser Punkt in Artikel 1 der Entscheidung im Falle dieses Unternehmens außer Betracht bleiben. Soweit ich sehe, hat die Kommission (vgl. meine vorstehenden Ausführungen zum Charakter der Rahmenvereinbarung) keine „Alles oder nichts"-Entscheidung erlassen. Meines Erachtens spricht deshalb nichts dagegen, daß ein oder mehrere Punkte in Artikel 1 der Entscheidung aus Beweisgründen gegebenenfalls außer Betracht bleiben, ohne daß dies an sich die grundsätzliche Feststellung berührt, daß das oder die betreffenden Un-

ternehmen im übrigen gegen Artikel 85 verstoßen haben, sofern bewiesen ist, daß das oder die betreffenden Unternehmen an anderen Einzelaktionen im Rahmen der Zuwiderhandlungen teilgenommen haben.

Liest man namentlich die Randnummern 78 und 107 bis 109 der Kommissionsentscheidung, deutet nichts unmittelbar darauf hin, daß die Kommission bestimmte Unternehmen für das, was andere getan haben, tatsächlich zur Verantwortung gezogen hat. Dies muß jedoch konkret für jedes einzelne Unternehmen untersucht werden, was ich später bei der Behandlung der Beweise, die die einzelnen Unternehmen betreffen, tun werde.

Obwohl die Kommission in der mündlichen Verhandlung stets bestritten hat, daß sie den Unternehmen eine kollektive Verantwortlichkeit hat auferlegen wollen, finden sich in den Schriftsätzen, z. B. in der Klagebeantwortung in der Rechtssache Herkules, S. 65 bis 66, Äußerungen, die sich kaum anders verstehen lassen als so, daß die Kommission zumindest ein Element kollektiver Verantwortlichkeit geltend machen will. An der angeführten Stelle heißt es, daß die Klägerinnen nach der Entscheidung für schuldig befunden worden seien, an einer (fortdauernden) Vereinbarung und an einer abgestimmten Verhaltensweise teilgenommen zu haben, *aufgrund deren* die Hersteller *insgesamt* oder *als Gruppe* (generally) — Hervorhebung von der Kommission — die in Artikel 1 Buchstaben a bis e beschriebenen Handlungen begangen hätten.

Meines Erachtens läßt sich nichts dagegen einwenden, daß die Klägerinnen diese Auffassung vollkommen ablehnen. Diese Formulierung findet sich jedoch in Artikel 1 der Entscheidung nicht wieder, der zusammen mit der Entscheidungsbegründung maßgeblich ist. Natürlich kommt die endgültige Auslegung der Entscheidung dem Gericht und dem Gerichtshof und nicht der Kommission zu. Die Auffassung der Kommission, wie sie sich in der genannten Klagebeantwortung niederschlägt, kommt in bedenkliche Nähe zu einer Haftungsnorm, die in Wirklichkeit eine Verantwortlichkeit für Zuwiderhandlungen schon im Fall eines Kontakts mit Gesetzesübertretern oder der Zugehörigkeit einer Vereinigung mit einer rechtswidrigen Zielsetzung begründen will; dafür bietet Artikel 85 wie oben dargelegt keine Grundlage. Sollte für eine solche Regelung ein Bedarf bestehen, wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, sie zu erlassen.

E — *Allgemeines zur Beweiswürdigung sowie zu den Beweisarten und Beweisen*

1. *Allgemeines*

Die theoretische Behandlung der Beweisgrundsätze ist außer bei ganz elementaren Sachverhalten schwierig. Dagegen stimmen die Auffassungen oft überein, wenn zwei oder mehr Berufsrichter, Laienrichter oder andere, die mit Beweisfragen zu tun haben, zu einem konkreten Beweisproblem Stellung nehmen müssen.

Aufgrund dessen könnte man versucht sein, unmittelbar zu den hier vorliegenden Beweisen überzugehen. Die Klägerinnen haben jedoch so überwältigend viele Überlegungen zu der Beweissituation in den Rechtssachen angestellt, daß einige allgemeine Bemerkungen zu den Beweisfragen zweckmäßig erscheinen.

2. *Die freie Beweiswürdigung*

Zunächst ist die Feststellung wichtig, daß für den Gerichtshof und damit auch für das Gericht der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt, die nicht an verschiedene Regeln der nationalen Rechtsordnungen gebunden ist. Sieht man von den Ausnahmefällen in der Rechtsordnung der Gemeinschaften selbst ab, ist für die Würdigung der vorgelegten Beweise allein ihre Glaubhaftigkeit maßgeblich [89]. Im vorliegenden Fall bilden, wie ich oben dargelegt habe, allein diejenigen Beweise eine Ausnahme von diesem Prinzip, die von der Kommission nicht gegen die Unternehmen verwendet werden dürfen, weil sie ihnen im Verwaltungsverfahren nicht vorgelegt worden sind.

Wie sich zum Beispiel aus der Rechtssache Suiker Unie [90] klar ergibt, läßt der Gerichtshof nichts anderes als eine Gesamtwürdigung der Beweiskraft eines Dokuments sowie einfache Regeln der Beweislogik für die Beweiswürdigung maßgebend sein (vgl. insbesondere Randnrn. 156 bis 166).

Gleiches muß im vorliegenden Fall gelten. Doch dürfen sich die beweismäßigen Schlußfolgerungen natürlich niemals zu einer schwach begründeten Vermutung entwickeln. Es muß eine ausreichende Grundlage für die Entscheidung vorhanden sein, und ernsthafte Zweifel müssen nach dem Grundsatz „in dubio pro reo" den Klägerinnen zugute kommen.

89 — Vgl. z. B. K. P. E. Lasok, *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, 1984, S. 263.

90 — Vgl. Fußnote 41.

Sehr wichtig ist in diesen Rechtssachen, die Beweise in ihrer Gesamtheit zu sehen. Natürlich kann auch dann, wenn sich für ein näher bestimmtes Dokument und unter Umständen bei isolierter Betrachtungsweise selbst für mehrere Dokumente eine andere vernünftige Erklärung geben läßt, diese Erklärung einer näheren Prüfung im Zusammenhang mit einer Gesamtbeurteilung einer ganzen Reihe von Beweisen vielleicht nicht standhalten. Entsprechend muß es zulässig sein, wie die Kommission es tut, von Zeiten, für die sich die Beweise ziemlich häufen, auf andere Zeiten zu schließen, für die die einzelnen Beweise etwas rarer sind. Es bedarf schon einer wirklich stichhaltigen Erklärung, um ein Gericht davon zu überzeugen, daß während eines bestimmten Abschnitts einer Sitzungsserie etwas ganz anderes stattgefunden hat als das, was bei früheren und späteren Sitzungen geschah, wenn die Sitzungen mit demselben Teilnehmerkreis unter gleichartigen äußeren Umständen und unbestritten mit demselben übergeordneten Ziel, nämlich der Erörterung der Probleme innerhalb der betreffenden Branche, abgehalten wurden.

3. *Zeugenbeweis*

Die Kommission hat im Verwaltungsverfahren keine Möglichkeit, die Einvernahme von Personen als Zeugen zu erzwingen. U. a. deswegen beruhen die Entscheidungen der Kommission in Wettbewerbssachen weitgehend auf Urkundenbeweisen. So auch in den vorliegenden Rechtssachen. Dagegen können die Unternehmen nach Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung Nr. 99/63 die Anhörung von Personen beantragen. In den Polypropylensachen und, soweit ich sehe, in vielen anderen Sachen war jedoch keine Rede davon, an den Ereignissen unmittelbar

beteiligte Personen erklären zu lassen, was auf den Sitzungen geschehen ist und was sie mit den von ihnen ausgearbeiteten Vermerken gemeint haben. Vielmehr haben im großen und ganzen die internen und externen Rechts- und Wirtschaftsberater und die Vertreter der Unternehmen deren Standpunkte dargelegt.

Die Kommission hat sich darauf zur Begründung ihrer Ansicht berufen, daß, wenn diese Personen nicht angehört worden seien, den Erklärungsmodellen noch weniger zu trauen sei, die einige Klägerinnen — im übrigen mit herausragendem anwaltlichen Geschick — aufgestellt hätten, um darzutun, daß die vorgelegten Dokumente nicht das bewiesen, was sie auf den ersten Blick zu beweisen schienen. Ich meine, daß die Kommission damit recht hat. Es ist seltsam, daß verschiedene Hypothesen über den wahren Sachverhalt aufgestellt werden müssen, wenn mit den Unternehmen verbundene Personen, von denen ein Großteil vermutlich noch dort angestellt ist, erzählen könnten, was mit dem Ganzen wirklich beabsichtigt war.

Natürlich soll man nicht entscheidend darauf abstellen, daß bestimmte Erklärungen nicht abgegeben worden sind, aber der von der Kommission hervorgehobene Umstand ist nach meiner Einschätzung in jedem Fall ein Anhaltspunkt, der in gewissem Grad gegen den Versuch der Klägerinnen spricht, die Behauptungen der Kommission zu entkräften.

Man kann wie Shell behaupten, daß man so wenig Vertrauen in den mündlichen Teil des Verwaltungsverfahrens vor der Kommission gehabt habe, daß man es am klügsten gefunden habe, nicht teilzunehmen. Aber was soll dann die Klägerin davon abgehalten haben, nach den Bestimmungen der Verfahrensordnung die Anhörung des Betreffenden vor dem Gericht zu beantragen? Solche Anträge sind jedoch nicht gestellt worden. Die Tatsache, daß die Klägerinnen, die offensichtliche Erklärungsprobleme haben, nicht die Einvernahme von Zeugen beantragen, die zu Erläuterungen in der Lage wären, spricht nicht zu ihren Gunsten.

4. *Urkundenbeweise*

Die meisten Klägerinnen bezweifeln die Verläßlichkeit der Sitzungsberichte und Vermerke, auf die die Kommission ihre Entscheidung gründet.

Die wichtigste Gruppe der Beweise der Kommission ist gerade die der Berichte, darunter die Vermerke, die bei ICI aufgefunden wurden. Die Kommission macht geltend (Randnr. 70 Absatz 5 der Entscheidung), daß die Sitzungsberichte das, was sich dort ereignet habe, genau, verläßlich und kohärent wiedergäben. Außerdem hätten die Klägerinnen keine Beweise vorgelegt, die die Verläßlichkeit der von der Kommission zugrunde gelegten Dokumente in Frage stellen könnten (Randnr. 70 Absatz 1 der Entscheidung).

Dagegen wenden die Klägerinnen, z. B. ICI, ein, daß die Vermerke eine höchst mangelhafte Quelle seien, um zu verstehen, was in den Unternehmen der Klägerinnen im allgemeinen vorgegangen sei. Außerdem hätten die Vermerke nur den begrenzten

Zweck gehabt, die Kollegen der Sitzungsteilnehmer in den einzelnen Unternehmen über die Äußerungen in den Sitzungen und die möglichen Schlußfolgerungen hieraus zu informieren; außerdem seien sie nach den Sitzungen häufig durch Vergleiche und Analysen zum persönlichen Gebrauch des Berichterstatters vervollständigt worden.

Selbst wenn die Vermerke die Äußerungen zuverlässig wiedergeben sollten, seien sie weit davon entfernt, die tatsächlichen Verhältnisse in der Industrie oder die Absichten des einzelnen Herstellers verläßlich darzustellen. In diesem Zusammenhang verweisen die Klägerinnen auf die nicht seltenen Bemerkungen über den Mangel an Vertrauen zwischen den Beteiligten und auf die Tatsache, daß das anschließende Verhalten der Unternehmen den fehlenden Willen zur Einhaltung der Vereinbarungen gezeigt habe, die den Vermerken zufolge auf den Sitzungen geschlossen worden seien.

Die Kommission führt namentlich an, daß die Dokumente im unmittelbaren Anschluß an die Ereignisse erstellt worden seien und der oder die Verfasser der Vermerke überhaupt keinen Grund zu einer falschen Darstellung gehabt hätten; die Dokumente seien auch nicht durch Übertreibungen geprägt. Wie bereits gesagt hebt die Kommission hervor, daß kein Unternehmen nach Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung Nr. 99/63 die Anhörung der betroffenen Personen beantragt habe.

Bei der Beurteilung des Beweiswerts eines Dokuments, das einen Bericht enthält, ist zunächst und vor allem die Wahrscheinlichkeit der Aufzeichnungen in diesem Dokument zu untersuchen. Dabei ist namentlich zu berücksichtigen, von wem das Dokument stammt, unter welchen Umständen es zustande gekommen ist, an wen es gerichtet ist und ob es seinem Inhalt nach vernünftig und glaubwürdig wirkt.

Ganz allgemein gesehen ist es keineswegs unwahrscheinlich, daß Vertreter von Unternehmen sich treffen, um Vereinbarungen zu schließen oder ihr Verhalten abzustimmen, wie von der Kommission behauptet. Daß dies in vielen Fällen geschehen ist, hat die Kommission bekanntlich mit Erfolg vor dem Gerichtshof geltend gemacht.

Die Dokumente in den vorliegenden Rechtssachen stammen von Angestellten, die ihren Kollegen oder Vorgesetzten den Inhalt der Treffen mitteilen sollten, an denen sie teilgenommen hatten. Wenn wir von dem Fall Hercules absehen, besitzen wir keine Anhaltspunkte dafür, daß diese Personen ihre Aufgabe nicht völlig loyal und nach besten Kräften erfüllt hätten. Nach den allgemeinen Beweisregeln muß als sehr bedeutsam angesehen werden, daß die Dokumente in unmittelbarem Anschluß an die Treffen und offenkundig ohne den Gedanken daran, daß sie Unbefugten zur Kenntnis gelangen könnten, ausgearbeitet worden sind. Eine inhaltliche Gesamtwürdigung der Sitzungsberichte zeigt meines Erachtens, daß sie mit Sorgfalt und von Personen ausgearbeitet worden sind, die gut über das, was sie beschrieben, Bescheid wußten und in ruhigem Ton nüchtern und kurz gefaßt ihre Auffassung von den Sitzungen wiedergaben. Die Berichte sind klar und logisch und enthalten keine Anzeichen, daß der Betreffende oder die Betreffenden die Vorgänge wesentlich mißverstanden oder mißdeutet hätten. Natürlich ist es auch nicht wahrscheinlich, daß große Wirtschaftsunternehmen Mitar-

beiter zu Sitzungen, die sie mit Sicherheit für wichtig halten, entsenden, wenn diese Mitarbeiter nicht in der Lage sind, die Vorgänge in den Sitzungen vernünftig und zuverlässig wiederzugeben.

In der Rechtssache ICI wird wie gesagt geltend gemacht, daß in einer Reihe von Fällen Analysen und andere Ergänzungen zu den Berichten zum persönlichen Gebrauch des Berichterstatters eingefügt worden seien. Dies ergibt sich nicht unmittelbar aus den Berichten, und ICI hat trotz der entsprechenden Aufforderung der Kommission nicht dargetan, um welche Ergänzungen und Analysen es sich dabei handeln soll. Hinzu kommt, was noch einmal zu betonen ist, daß ICI nicht beantragt hat, den oder die Betreffenden zu vernehmen, um ihre Behauptung zu untermauern.

Deshalb meine ich, daß es keinen Bedenken begegnet, die Berichte und Vermerke grundsätzlich als verläßliche Quellen anzusehen, um die Vorgänge in den Sitzungen zu verstehen, und sich somit beim Inhalt der Dokumente von einem natürlichen Sprachverständnis leiten zu lassen, um festzustellen, was der Sinn der Erörterungen war.

5. *Die wirtschaftlichen Analysen*

Wirtschaftliche Analysen machen oft einen wichtigen Teil des Beweismaterials in Wettbewerbssachen aus und können deshalb für das Verständnis des Gerichts von wirtschaftlichen Zusammenhängen großen Wert haben. Deshalb ist es von wesentlicher Bedeutung, Informationen zu bekommen, wie ein oligopolistischer Markt auf verschiedene Faktoren reagieren kann. Jedoch können Wirtschaftsgutachten — und das ist das Entscheidende — nicht an die Stelle der rechtlichen Beurteilung und Entscheidung treten. Wenn Professor Albach also Überlegungen dazu anstellt, was Zielpreise im wirtschaftlichen Kontext sein können, ist zu unterstreichen, daß das keine rechtliche Würdigung ist und auch nicht sein kann. Selbst wenn darüber hinaus festzustellen wäre, daß keine größere Beeinträchtigung des Marktes vorgelegen hat, ist dies kein Beweis dafür, daß eine Vereinbarung nicht eingegangen worden ist oder ein Informationsaustausch mit dem Ziel der Preisregulierung nicht stattgefunden hat. Es ist Aufgabe des Gerichts und nicht der Wirtschaftswissenschaften, zu dem, was nach Artikel 85 Absatz 1 verboten ist und zu den Beweisen hierfür Stellung zu nehmen.

Das Gericht muß also aufgrund einer Gesamtwürdigung der Beweise beurteilen, ob die Vorgänge ein verbotenes Verhalten darstellen, auch wenn der Ausdruck Zielpreise aus der Sicht der Wirtschaftsgutachten vielleicht etwas anderes bedeuten mag als Einigkeit über Preise, die von allen anzustreben sind. Aus dem Inhalt der Beweisunterlagen muß sich ergeben, ob die Sitzungsteilnehmer die Preise beeinflussen oder einander bloß darüber informieren wollten, was sie aufgrund ihrer Markteinschätzung für angemessene Preise hielten, und das Gericht muß gegebenenfalls dazu Stellung nehmen, ob es rechtswidrig ist, sich über einen sehr langen Zeitraum gegenseitig darüber zu informieren, was man als vom Markt verkraftbar ansieht.

6. *Zielpreise und Mengenziele als Gegenstand von Vereinbarung oder Abstimmung*

Nach Ansicht der Kommission wurde versucht, die Preisinitiativen durch Anwendung

sogenannter Zielpreise durchzuführen. Für die Beurteilung der vorliegenden Beweise ist zunächst festzustellen, was dieser Begriff „Zielpreise" für die Unternehmen bei ihren Erörterungen in den Sitzungen bedeutet hat. Danach ist zu entscheiden, ob der festgestellte Sachverhalt unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fallen kann.

Zu dieser Frage sagt die Kommission zum Beispiel, daß der „Jargon", der in den Beweisunterlagen für die Sitzungen benutzt werde, für sich selbst spreche. Sie dürfe sich zu Recht vom gesunden Menschenverstand leiten lassen und die in den Dokumenten verwandten Ausdrücke entsprechend ihrer tatsächlichen Bedeutung auslegen. Zielpreise seien vernünftigerweise als Ausdruck für ein bestimmtes Preisniveau zu verstehen, das aufgrund einer Vereinbarung der Hersteller anzustreben sei, soweit der Markt Möglichkeiten hierfür biete.

Auch nach meiner Meinung lassen sich die Sitzungsberichte nicht anders auslegen.

Gerade der Begriff der Zielpreise ist jedoch vielleicht in Wirklichkeit in vielem der Kern der Unklarheit, durch die das vorliegende Verfahren geprägt ist. Denn wie die Kommission sagt, ist der Begriff Zielpreise, wie er in den Sitzungsberichten usw. erwähnt wird, eben als Vereinbarung zu verstehen, daß die Unternehmen ein bestimmtes Preisniveau so weit wie möglich erreichen sollten. Wie sich gezeigt hat und wie auch der Kommission nicht entgangen ist, war es oft schwierig — den Klägerinnen zufolge unmöglich —, die angestrebten Preise zu erreichen. Die Klägerinnen meinen ja, daß der Markt *keine* Möglichkeit geboten habe, irgendwelche Zielpreise durchzusetzen, sondern daß die Zielpreise in Wirklichkeit vom Markt bestimmt worden seien.

Dies hat zu der endlosen Debatte geführt, inwieweit die Klägerinnen den Markt gesteuert hätten oder inwieweit sie vom Markt gesteuert worden seien.

Das hat weiter zu einer imponierenden Beweisführung der Klägerinnen in Form von Rechnungsprüfungen und Wirtschaftsgutachten usw. geführt, die alle auf den Nachweis abzielen, daß die angestrebten Preise nicht erreicht worden seien.

Als nächstes Glied in der Argumentationskette haben die meisten Klägerinnen versucht nachzuweisen, daß sie keine Vereinbarung geschlossen oder sich zumindest an eventuelle Vereinbarungen nicht gebunden gefühlt hätten, was eben dadurch bewiesen werde, daß die gemeinsam angestrebten Preise nicht erreicht worden seien.

Die Klägerinnen haben sich damit in Wirklichkeit die sehr schwierige Aufgabe gestellt, den recht sicher feststehenden und gut bezeugten Gegenstand der Verhandlungen, der durch die Sitzungsberichte vermittelt wird, aus der Welt zu schaffen. Ich meine nicht, daß ihnen dies gelungen ist, und halte es für unbedenklich, davon auszugehen, daß, wie die Kommission geltend macht, Zielpreise usw. vermutlich in Form eines „gentlemen's agreement" in dem Umfang

vereinbart wurden, wie er auch durch die Dokumente belegt wird.

Daß die Diskussion überhaupt möglich war und von den Klägerinnen mit soviel Aufwand geführt worden ist, beruht möglicherweise auf der begrifflichen Elastizität des Ausdrucks Zielpreise im Hinblick auf die Wettbewerbsregeln.

Einige wollten vielleicht geltend machen, daß eine Vereinbarung, die nur darauf abziele, einen bestimmten Preis zu erreichen, soweit der Markt dies zulasse, an sich kein wettbewerbsschädliches Verhalten zum Ausdruck bringe.

Nach den Berichten ging es jedoch nicht darum. Es sollte vielmehr ein höherer Preis erreicht werden als der, mit dem die Teilnehmer ihrer Ansicht nach sonst hätten rechnen können. Es bestand die klare Absicht, das Preisniveau nach oben zu beeinflussen. Der „Zweck" im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 tritt ganz eindeutig zutage.

Aufgrund dessen halte ich es für bedeutungslos, daß der Begriff Zielpreise selbst so hinreichend vage ist, daß sich in dem Verhältnis der Kartellteilnehmer untereinander schwer feststellen läßt, wann ein Teilnehmer eine solche Vereinbarung nicht beachtete. Daß die Vereinbarungen aufgrund ihres etwas unbestimmten und vagen Inhalts fast den Charakter von „gentlemen's agreements" hatten und somit nicht als Grundlage für die Festlegung der gegenseitigen rechtlichen oder moralischen Verpflichtungen dienen konnten, ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht entscheidend.

Es muß also an und für sich auch von untergeordneter Bedeutung sein, ob die Unternehmen selbst an eine Verpflichtung gegenüber den anderen geglaubt haben, da die Verpflichtung ihrem Inhalt nach von vornherein verschwommen war.

Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß auch eine Art von Vereinbarung, die *ihrem Inhalt nach* zweifellos notwendige Rücksichten auf die tatsächlichen Marktverhältnisse nimmt, unter Artikel 85 Absatz 1 fällt. Außerdem läßt sich für die Beweisführung daraus folgern, daß eine eventuell fehlende oder nicht vollständige Durchsetzung der angestrebten Preise in der Praxis eben nicht als Gegenbeweis gegenüber dieser Art von Vereinbarungen geeignet ist.

Mehrere Klägerinnen bestreiten in Wirklichkeit auch nicht die tatsächlichen Umstände, sondern die rechtlichen Folgerungen daraus. So trägt zum Beispiel ICI vor, daß die Ziele, über die bei den Herstellertreffen gesprochen worden sei, übereinstimmende Empfehlungen bezüglich dessen gewesen seien, was die Hersteller mit unterschiedlichem Enthusiasmus zu erreichen sich vorgenommen oder gehofft hätten.

Diese Darstellung reicht nach meiner Ansicht als Beschreibung einer nach Artikel 85 verbotenen Vereinbarung oder Abstimmung

völlig aus, was zeigt, daß es in einem gewissen Maße nur um ein Definitions- oder Qualifikationsproblem geht.

Der ganze Fall zeigt ja, daß die Unternehmen sich durch die eingegangenen Vereinbarungen oder die Abstimmung, die stattgefunden hat, nicht in derselben Weise gebunden gefühlt haben wie bei einem Vertrag über die Lieferung einer Partie Polypropylen an einen bestimmten Kunden zu einem bestimmten Zeitpunkt. Wenn die Kunden nach einer Preiserhöhung anderswohin gingen, um einen niedrigeren Preis zu bekommen, konnten die Verkaufsmanager ein Stocken oder einen großen Rückgang des Absatzes natürlich nicht durchstehen. Die Berichte von einigen Sitzungen zeigen jedoch ganz klar, daß man in hohem Maße die Notwendigkeit sah, gemeinsam etwas auszurichten, auch wenn es offensichtlich oft einige gab, deren Solidarität zweifelhaft war.

Es läßt sich nicht allgemein feststellen, welche Unternehmen mehr und welche weniger solidarisch waren, selbst wenn sich auf einzelne die Aufmerksamkeit der übrigen konzentrierte, und es müssen ja auch nicht immer dieselben gewesen sein. Vielleicht lassen sich ein oder zwei Unternehmen ausmachen, die eher zum „Schummeln" neigten als andere, aber das Bild ist keineswegs eindeutig und die Tatsache, daß der Betreffende oder die Betreffenden sich vielleicht einige Vorteile auf Kosten der anderen verschafft haben, bedeutet meines Erachtens nicht, daß sie nicht beteiligt gewesen wären.

Ganz gleiche Überlegungen gelten für die Mengenziele und Quoten.

F — *Gibt es Beweise für ein Kartell?*

1. *Einleitung*

Wie bereits gesagt[91] ist die Frage, ob das behauptete Kartell bestanden hat, aus verfahrensrechtlichen Gründen anhand der Dokumente zu entscheiden, die die Kommission sämtlichen Unternehmen in der Weise zugänglich gemacht hat, wie es die Rechtsprechung des Gerichtshofes verlangt. Die Unterlagen, die danach zum Nachweis des Kartells verwendet werden können, sind im wesentlichen die 101 Beweisunterlagen, die zusammen mit der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte übersandt worden sind, sowie die Dokumente, die dem Schreiben der Kommission vom 29. März 1985 beilagen.

2. *Die angebliche Mindestpreisvereinbarung*

Ende 1977 begann nach den vorliegenden Angaben eine Reihe von Sitzungen, an denen verschiedene Polypropylenhersteller, die den europäischen Markt versorgten, teilnahmen. Die Sitzungen fanden bis Ende September 1983 statt und wurden zunehmend häufiger abgehalten. So wurden, was im wesentlichen von den Klägerinnen nicht bestritten wird, 1978 vermutlich sechs Sitzungen, 1979 eine unbekannte, wahrscheinlich aber geringere Zahl, 1980 wahrscheinlich sechs Sitzungen, 1981 zehn Sitzungen, 1982 dreiundzwanzig Sitzungen und 1983 bis Ende September 1983 fünfzehn Sitzungen abgehalten. Das grundlegende Ziel der Sitzungen war nach Ansicht der Kommission, durch die Festsetzung von sogenannten

91 — Vgl. Abschnitt A 5 c.

„Zielpreisen" und verschiedene Preisstützungsmaßnahmen einen Anstieg der Polypropylenpreise zu bewirken.

Diesen Sitzungen ging nach Ansicht der Kommission ein Zeitraum voraus, in dem verschiedene Unternehmen versucht hätten, den Polypropylenpreis durch die Schaffung einer Ordnung anzuheben; danach hätten einige Unternehmen die Anwendung eines sogenannten *Mindestpreises* vereinbart; andere Unternehmen hätten sich der Ordnung auf eine Weise angeschlossen, die eine rechtswidrige abgestimmte Verhaltensweise darstelle.

Der grundlegende Beweis der Kommission bezüglich der *Mindestpreisvereinbarung* ist ein Vermerk, der offensichtlich in der ersten Hälfte des Jahres 1977 — möglicherweise im Juni — vom Marketingdirektor der Hercules Chemicals NV angefertigt worden war. Es geht um Notizen, die der Marketingdirektor während eines Telefongesprächs mit einer nicht identifizierten Person gemacht hat. In dem Dokument, das etwas fragmentarisch ist, wie Telefonnotizen es oft sind, und nicht in allen Einzelheiten verständlich ist, heißt es zunächst, daß die größten Hersteller eine Vereinbarung geschlossen hätten. Darüber hinaus werden die Unternehmen Monte, Hoechst, Shell und ICI genannt. Danach heißt es in Form von Stichwörtern: „Mindestpreissystem — Mindestpreise vom 1. Juli — in jedem Fall vom 1. August, wenn gegenwärtige Verträge auslaufen — Mindestpreise nur für vier Monate". Danach folgt eine Bemerkung über eine Alternative, die möglicherweise auf etwas damals Vorhandenes hindeutet. Zwischen diesen Stichwörtern stehen einige Bemerkungen zu Importeuren, die sich offensichtlich nicht unmittelbar in den uns sonst bekannten Zusammenhang einfügen lassen. Danach folgt ein Satz, der vermutlich bedeutet, daß im Oktober eine Sitzung zur Beurteilung der erzielten Fortschritte abgehalten werden sollte. Schließlich gibt es noch die Bemerkung, daß im nächsten Jahr Mengenbegrenzungen eingeführt werden sollten, möglicherweise — so meint jedenfalls die Kommission — unter der Voraussetzung, daß das Mindestpreissystem Wirkung zeige. Schließlich finden sich in dem Vermerk Spalten mit Preisangaben für verschiedene Typen in französischer, britischer, belgischer und deutscher Währung. Es sieht nicht so aus, als wenn das, was auf der angeblich „nächsten" Seite steht, von derselben Hand geschrieben worden wäre; die mehr oder weniger unleserlichen Notizen dort sind von den Parteien nirgendwo angeführt worden.

Wir wissen also, daß der Marketingdirektor von Hercules aus unbekannter Quelle die Information erhalten hat, daß die „vier Großen" eine Vereinbarung geschlossen hätten, deren Inhalt in den Telefonnotizen zum Ausdruck kommt, wenn auch nicht in der zusammenhängenden Form, wie sie in der Entscheidung der Kommission zutage tritt.

Somit muß also eine „Kernvereinbarung", wie sie die Kommission später (vgl. Schreiben vom 29. März 1985) genannt hat, zwischen den vier größten Herstellern vorgelegen haben, und Hercules hatte davon Kenntnis. Mehr wissen wir aufgrund dieses Dokuments nicht, insbesondere wissen wir nichts über andere Hersteller. Nach dem Wortlaut des Dokuments ist jedoch die Annahme nicht verfehlt, daß die Vereinbarung gerade zwischen den vier großen Herstellern und nicht zwischen anderen Unternehmen geschlossen worden ist. Diese Möglichkeit der Auslegung führt die Kommission denn auch sowohl im Schreiben vom 29. März 1985 als auch später als Alternative an.

Zu dem Dokument und zu der angeblichen Vereinbarung nehmen die vier Großen wie folgt Stellung:

Die *Montedipe SpA* bestreitet, daß eine Vereinbarung nach Artikel 85 Absatz 1 in dem Sinne vorgelegen habe, wie die Klägerinnen den Begriff verstünden; danach liege eine Vereinbarung nur vor, wenn die Beteiligten unzweideutig ihren Bindungswillen zum Ausdruck gebracht hätten und ihr eventuelles späteres Verhalten diesen Willen klar kundtue. Die Klägerin verweist dazu auf das Urteil Chemiefarma, wahrscheinlich dessen Randnummer 112. Was man auch von der Auslegung dieses Urteils durch die Montedipe SpA halten mag, interessant ist jedenfalls ihre eigene Darstellung der Ereignisse im Jahr 1977. Sie führt u. a. aus, daß dieses einzige Dokument weder eine Vereinbarung noch einen Plan zutage treten lasse. Die Wirklichkeit sei anders gewesen; dazu heißt es (Klageschrift S. 100):

„In der vorstehend beschriebenen Marktsituation hatten sechs oder sieben Hersteller, darunter ... [Montedipe SpA] — aller Wahrscheinlichkeit nach telefonischen — Kontakt miteinander, um zu untersuchen, welche Maßnahmen gegebenenfalls in Betracht gezogen werden könnten, um die sehr ernsten Schwierigkeiten, denen man sich damals gegenübersah, zu vermindern."

Während dieser Kontakte, sagt die Montedipe SpA weiter, habe man die Preise genannt, die diese Schwierigkeiten hätten vermindern können.

Dagegen wendet die Kommission ein, daß es erstens für die Unternehmen keinen Grund gegeben habe, gemeinsam einen kostendeckenden Preis zu errechnen. Das hätte jedes Unternehmen allein tun können. Zweitens hätten ICI und Shell eingeräumt, daß die betreffende Aktion dazu gedient habe, den Preisverfall aufzuhalten.

Nach meiner Meinung sind die Äußerungen der Montedipe SpA in Wirklichkeit so zu verstehen, daß sie insoweit die tatsächlichen Umstände *zugesteht.* Wie die Kommission vorträgt, widerspricht es dem gesunden Menschenverstand, daß sehr große Unternehmen einander bei einfachen Preiskalkulationen Beistand leisten. Man kann die Dinge immer anders nennen als sie normalerweise heißen, und gemeinsam einige Preise zu „nennen" ist normalerweise jedenfalls tatsächlich Ausdruck für eine Abstimmung der Preispolitik der Unternehmen. Es bedarf meines Erachtens außerordentlich überzeugender Anhaltspunkte, um feststellen zu können, daß eine solche gemeinsame „Nennung" keine Bedeutung für die Preispolitik der Unternehmen gehabt hat; solche Anhaltspunkte liegen hier nicht vor.

ICI gesteht ebenfalls die tatsächlichen Umstände weitgehend *zu.* Sie bestreitet also nicht, daß die Hersteller im Krisenjahr 1977 in telefonischem Kontakt gestanden und die Diskussionen sich möglicherweise um den stürmischen Preisverfall in Westeuropa gedreht haben. Es sei auch möglich, daß einige Hersteller es als wünschenswert bezeichnet hätten, ein Mindestpreisniveau festzusetzen, um den Preisverfall aufzuhalten. ICI verweist anschließend auf den vorstehend genannten Vermerk, den sie jedoch nicht für überzeugend hält, da der Preis in Wirklichkeit auf 1 DM/kg gefallen sei.

Demgegenüber meint die Kommission, daß der Vermerk an sich verläßlich erscheine und sowohl ICI als auch Shell eingeräumt hätten, daß telefonische Kontakte zwischen

den Herstellern stattgefunden hätten, um herauszufinden, wie der Preisverfall aufzuhalten sei. Zu den tatsächlichen Preisen trägt die Kommission vor, die Montedipe SpA habe im November 1977 eine Preiserhöhung angekündigt, die ganz in der Nähe der in dem Vermerk genannten gelegen habe, und innerhalb von wenigen Tagen hätten die drei übrigen in dem Vermerk erwähnten Unternehmen entsprechende Preiserhöhungen mitgeteilt. Außerdem hätten ICI und verschiedene andere Hersteller die Initiative öffentlich unterstützt. Schließlich zeige die tatsächliche Preisentwicklung, daß die Preisinitiative von Erfolg gekrönt worden sei.

Shell räumt ein, daß zwischen ihr und der Montedipe SpA möglicherweise im oder um den November 1977 Erörterungen stattgefunden hätten; auch könne die Montedipe SpA von der Möglichkeit gesprochen haben, Preiserhöhungen durchzuführen, und versucht haben, Shells Reaktionen darauf in Erfahrung zu bringen. Dies sei aber nicht ausreichend, um insoweit auf einen Verstoß gegen Artikel 85 zu schließen. Der Vermerk über die Mindestpreisvereinbarung enthalte auch nicht genügend Anhaltspunkte für die von der Kommission behauptete Vereinbarung. Zur Untermauerung ihrer Ansicht verweist Shell auf das Dokument vom 6. September 1977, das in Randnummer 16 Absatz 5 der Entscheidung genannt werde und wonach am 30. August 1977 in Belgien ein Treffen zwischen Shell und Solvay stattgefunden habe, um den Polypropylenpreis zu erörtern. Dieses Dokument spreche dafür, daß Shell keine Zuwiderhandlung begangen habe. Shell verweist insbesondere darauf, daß dem Sitzungsbericht zufolge das Unternehmen die Politik verfolgt habe, den Absatz bei verschiedenen Kunden in Benelux „um jeden Preis" zu halten; Shell habe keinen anderen Ausweg aus den Problemen der Überkapazität gesehen, als den Polypropylenmarkt durch eine Erneuerung der Herstellungsverfahren und eine Ausweitung der Anwendungsmöglichkeiten weiterzuentwikkeln. Außerdem hätten die Sitzungsteilnehmer weder unmittelbar noch mittelbar auf eine Preisabsprache Bezug genommen. Da der Preisverfall für beide Unternehmen ein erhebliches Problem gewesen sei, wäre es, wenn die Annahme der Kommission über das Vorliegen einer Mindestpreisvereinbarung zutreffend wäre, sonderbar, wenn über Preisabsprachen nicht gesprochen worden wäre.

Das genannte Dokument, das erst in der mündlichen Verhandlung vorgelegt wurde, findet sich nicht unter den „101 Beweisunterlagen" und wurde im übrigen Shell nicht vorgelegt. Es kann deshalb — wie von der Kommission in der mündlichen Verhandlung eingeräumt — nur zugunsten von Shell verwandt werden.

Die Kommission hält daran fest, daß der Vermerk über einen Mindestpreis zuverlässig wirke, namentlich im Lichte der anderen vorliegenden Informationen. Außerdem spreche das Solvay-Dokument vom September 1977 nicht gegen eine Preisvereinbarung und auch nicht gegen Preiserörterungen.

Die *Hoechst AG* äußert sich nicht unmittelbar dazu, wie weit es 1977 Kontakte zwischen Unternehmen gegeben hat und ob möglicherweise Preiserörterungen stattgefunden haben. Zu dem Vermerk selbst trägt Hoechst vor, daß daraus nicht eindeutig hervorgehe, daß der benutzte Ausdruck „agreement" eine Vereinbarung nach Artikel 85 bedeuten müsse. Ebenso vorstellbar sei, daß der Begriff lediglich im Sinne einer Übereinstimmung über die Notwendigkeit

einer Preisanhebung verstanden worden sei. Schließlich sei nicht auszuschließen, daß der Gesprächspartner von Hercules auf eine angebliche Übereinkunft der vier Großen hingewiesen habe, um auf diese Weise Hercules zu einer Unterstützung seiner eigenen Bemühungen zu bewegen. Außerdem sei die Behauptung der Kommission, daß die Preiserhöhung verschoben worden sei, nicht durch Dokumente belegt.

Dem hält die Kommission entgegen, daß es sich bei dem Hercules-Vermerk um eine authentische Aufzeichnung handele, die zum damaligen Zeitpunkt angefertigt worden sei und an deren Richtigkeit zu zweifeln nicht der geringste Anlaß bestehe. Hinzu komme, daß dieser Vermerk sehr gut zu den gleichförmigen Preisankündigungen passe, die verschiedene Hersteller zur gleichen Zeit auf der EATP-Sitzung vom 22. November 1977 in Paris und in der Fachpresse bekanntgegeben hätten.

Als Indiz für die sachliche Richtigkeit des Vermerks verweist die Kommission außerdem darauf, daß Hercules, die also über die behauptete Vereinbarung unterrichtet worden sei, bereits auf einem Treffen im Mai 1977 geäußert habe, daß es den traditionellen Marktführern obliege, Ordnung in das bestehende Chaos zu bringen. Es seien jedoch die vorstehend genannten Ereignisse im November 1977, die den Inhalt des Vermerks über die Vereinbarung der vier Großen bestätigten. Am Freitag, dem 18. November 1977, hatte die Montedipe SpA in der Zeitschrift *European Chemical News* eine Preiserhöhung angekündigt, und zwar als Mindestpreis für Raffia 1,30 DM und für zwei andere Typen 1,40 DM bzw. 1,50 DM. Am Dienstag, dem 22. November, wurde in Paris ein Treffen im Rahmen der EATP abgehalten, an dem sowohl Hersteller als auch Abnehmer von Polypropylen teilnahmen.

Auf dem Treffen teilte die Hoechst AG mit, daß sie am Vortag eine Preiserhöhung angekündigt habe. ICI brachte zum Ausdruck, daß sie die Initiative der Montedipe SpA unterstütze, wobei der Vertreter von ICI jedoch keine näheren Einzelheiten mitteilen konnte, aber erklärte, die Kunden von ICI würden in Kürze eine Mitteilung erhalten. Auch Shell äußerte sich in einer Weise, die als Unterstützung der Initiative aufgefaßt werden muß. Des weiteren sprachen sich Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz, SAGA und Solvay für die Initiative aus. Die Chemie Linz AG teilte mit, daß sie diesen neuen Preisen folgen müsse. Der Vertreter von Hercules erklärte, selbst wenn ihm noch keine Einzelheiten der Initiative der Montedipe SpA bekannt seien und er auch nicht wisse, ob die Initiative von den anderen anerkannten Marktführern unterstützt werde, gehe die Politik von Hercules dahin, jede Anstrengung zur Anhebung des Polypropylenpreises auf ein angemessenes Niveau, das den Herstellungskosten entspreche, voll zu unterstützen. Rhône-Poulenc wies darauf hin, daß sie von den beabsichtigten Preiserhöhungen der Montedipe SpA am vorangegangenen Freitag aus der Presse erfahren habe. Es sei nicht möglich, sofort zu einem wirtschaftlich akzeptablen Preis zurückzukehren, der bei 3,50 FF liege; sie habe aber beschlossen, sich der Montedipe SpA anzuschließen, so daß ihr Grundpreis ab dem 28. November 1977 3 FF betragen werde. Solvay teilte mit, daß man sich nach den Preisen richten werde, die von den größten Herstellern bereits genannt worden seien.

Der Verlauf dieses Treffens wurde daraufhin in einer Ausgabe der *European Chemical*

News von der gleichen Woche unter der Überschrift wiedergegeben: „PP Preiserhöhung der Montedison wird von den europäischen Herstellern unterstützt."

3. *Die Fortführung der Mindestpreisvereinbarung*

Der Polypropylenpreis stieg daraufhin nach den vorliegenden Erkenntnissen in der folgenden Zeit auf 1,20 DM/kg für den Grundtyp Raffia, und im April 1978 zitierte die *European Chemical News* Montedison mit ihrem Plan einer Preiserhöhung von „nicht unter 10 %" vor den Sommerferien, vermutlich im Juni.

Auf einem Treffen im Rahmen der EATP am 26. Mai 1978 teilte die Montedipe SpA mit, daß die Preiserhöhung vom November 1977 die Industrie nicht zu einem befriedigenden Preisniveau zurückgebracht habe und die Novemberinitiative deshalb nur als erster Schritt betrachtet werden könne, dem noch ein weiterer folgen müsse, vermutlich in der zweiten Hälfte des Jahres 1978. Auf demselben Treffen erklärte die DSM, daß man die Initiative unterstützen wolle, um die Preise auf ein angemessenes Niveau zu bringen. Hercules sagte u. a., daß die Notwendigkeit einer Anhebung der Preise auf ein Mindestniveau von 1,30 DM/kg nicht geringer geworden sei und auch nicht geringer werde. Der Vertreter von ICI bot u. a. volle Unterstützung an, um das in Paris angekündigte Preisniveau zu erreichen. Rhône-Poulenc äußerte sich dahin, daß die frühere Preiserhöhung nur ein erster Schritt gewesen sei und eine weitere Preiserhöhung von 10 % notwendig sei. Shell nahm zu den Preisen nicht klar Stellung. Solvay hob hervor, daß die derzeitigen Preise nicht ausreichten, um den Herstellern einen ausreichenden Gewinn zu sichern, und daß die Preise weiter erhöht werden müßten.

4. *Die Herstellersitzungen*

Vor dem genannten Treffen im Mai 1978 hatte eine Gruppe von Herstellern nach den Angaben von ICI damit begonnen, sich zu Gesprächen über die Probleme innerhalb der Branche zu treffen. Die Sitzungen begannen ICI zufolge „etwa im Dezember 1977". 1978 fanden nach den Angaben von ICI etwa sechs sogenannte Chefsitzungen statt, und es wurde „während der ersten Treffen des Jahres 1978" (also nicht notwendigerweise Anfang 1978, wie die Kommission meint) das Konzept der Zielpreise entwickelt. Unter Hinweis auf die sechs Sitzungen im Jahr 1978 und auf die Entwicklung des Konzepts der Zielpreise im selben Jahr vertritt die Kommission die Ansicht, daß die im Laufe der EATP-Sitzung im Mai 1978 ausgedrückte Solidarität auf eine vorher von den Herstellern getroffene Absprache zurückgehe.

5. *Beurteilung der Situation im Jahr 1977*

In der Zeit vor 1978 gab es eine Art Einleitungsphase in der Geschichte des Kartells, die — wie die Kommission das tut — gesondert beurteilt werden kann. Diese Phase ist beweismäßig dadurch gekennzeichnet, daß die Kommission den vorstehend erwähnten Vermerk über die Mindestpreisvereinbarung der vier großen Hersteller als entscheidend ansieht. Wie ich noch zeigen werde, stützt die Kommission ihre Entscheidung danach auf eine andere Beweisgrund-

lage, da sie für die Zeit ab Ende 1977 oder Anfang 1978 und später entscheidend darauf abstellt, daß Sitzungen stattgefunden haben, auf denen die Hersteller — unstreitig — die Probleme der Branche diskutiert haben.

Nach meiner Meinung hat der Mitarbeiter von Hercules, der die telefonische Mitteilung entgegengenommen hat, zweifellos einige wichtige Informationen bekommen, und es läßt sich wohl aufgrund des Vermerks vernünftigerweise nicht daran zweifeln, daß es eine Vereinbarung oder zumindest eine „Verständigung" zwischen den vier großen Herstellern gab. Der Vermerk führt sehr genau auf, welche Preise erreicht werden sollten, und die Höhe der Preisangaben entspricht in etwa dem tatsächlichen Durchschnittspreis des Frühjahrs 1978 und dem im Frühjahr 1977 und Herbst 1978 als akzeptabel angesehenen Mindestpreis von 1,30 DM/kg. Es ist schwer vorstellbar, daß die Angaben in dem Vermerk mehr oder weniger frei erfunden sind; ebenso wären beweismäßig zumindest gewisse Anhaltspunkte erforderlich, wenn davon ausgegangen werden sollte, daß jemand Hercules Informationen „angedreht" hat, um dieses Unternehmen dazu zu bewegen, sich einer Sache anzuschließen, die noch nicht zustande gekommen war. Außerdem haben jedenfalls zwei der vier großen Hersteller den Sachverhalt weitgehend eingeräumt. Das Dokument, das Shell als Indiz dafür anführt, daß sie an keiner rechtswidrigen Handlung beteiligt gewesen sei, bietet nach meiner Meinung keine ausreichende Stütze für diese Behauptung. Zweifellos wird in dem Dokument keine Preisabsprache erwähnt; wenn aber gerade die vier großen Hersteller an der Absprache beteiligt waren, wie es in dem Vermerk von Hercules heißt, dann ist nicht verwunderlich, daß Shell mit Solvay nicht ausdrücklich über Preisvereinbarungen gesprochen hat. Außerdem muß man natürlich im allgemeinen vorsichtig damit sein, auf etwas Gewicht zu legen, was in einem Dokument nicht steht.

Nach meiner Meinung ist davon auszugehen, daß es Mitte 1977 eine Vereinbarung oder eine Abstimmung wie in dem Vermerk angeführt gegeben hat. Was sich danach bis November ereignet hat, wissen wir nicht. Wir wissen aber, daß dann von der Montedipe SpA eine Preiserhöhung kam, die ziemlich umgehend von den anderen großen Herstellern unterstützt wurde und wie gesagt weitgehend dem Inhalt des Vermerks entsprach. Wir wissen auch, daß der Preis tatsächlich auf 1,20 DM/kg stieg. Aufgrund dessen ist es nicht falsch, auch davon auszugehen, daß die ursprüngliche Preisvereinbarung wie von der Kommission behauptet später durchgeführt wurde.

Nach Ansicht der Kommission ist dies die bereits früher erwähnte „Kernvereinbarung". Die Kommission meint, daß die Unterstützung der Preisinitiative auf dem Treffen in Paris durch Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz und Solvay stark dafür spreche, daß diese Hersteller an der Vereinbarung/dem abgestimmten Verhalten beteiligt gewesen seien. Dies werde außerdem dadurch untermauert, daß ICI und Shell eingeräumt hätten, mit anderen Herstellern Kontakt gehabt zu haben, wenn sich auch nicht feststellen lasse, mit welchen. Eine andere Möglichkeit ist nach Ansicht der Kommission, daß die vier großen Hersteller allein die Kernvereinbarung geschlossen hätten und die anderen an der Ausarbeitung der Vereinbarung weder beteiligt gewesen seien noch vor der EATP-Sitzung ihre Zustimmung gegenüber den vier Großen mitgeteilt hätten. Sie seien dennoch zumindest an einer abgestimmten Verhaltensweise beteiligt gewesen, indem sie bewußt mit den

vier Großen zur Verwirklichung dieser Vereinbarung zusammengearbeitet hätten.

Im Fall der vier großen Hersteller sind nach meiner Meinung die Anhaltspunkte wie gesagt ausreichend, um sie als der Tat überführt im Sinne der Kommission anzusehen. Es ist kein Grund ersichtlich, an der Richtigkeit des Hercules-Vermerks zu zweifeln, der bei einem ungezwungenen Verständnis des Textes die Auffassung der Kommission gut stützt. Dazu kommt, daß zwei der Unternehmen, die in dem Vermerk ausdrücklich genannt werden, den Sachverhalt tatsächlich eingeräumt haben. Die anschließenden Ereignisse passen schließlich ausgezeichnet zu dem Inhalt des Vermerks, und es fällt nicht schwer, sich vorzustellen, daß mit der Durchführung der Preiserhöhung bis zu einem günstigen Zeitpunkt gewartet werden mußte, um den es ja auch später ein paarmal ging.

Im Fall der übrigen Unternehmen, deren Beteiligung die Kommission annimmt, verhält es sich meiner Meinung nach anders. Der Vermerk von Hercules nennt ausdrücklich die vier Großen, so daß natürlich grundsätzlich davon auszugehen ist, daß die anderen nicht dabei waren. Hercules wurde über die Vereinbarung unterrichtet und verschiedene andere wahrscheinlich auch; wir wissen aber nicht wer. Wir wissen überhaupt nichts Wesentliches darüber, was sich bis zum November ereignete, als die Montedipe SpA ihre Preiserhöhung ankündigte. Kann man nun annehmen, daß die Unternehmen, die auf dem Treffen in Paris die Preisinitiative unterstützten, von Freitag, dem 18., bis Dienstag, den 22. November für sich allein — eventuell mit dem Wissen, daß die vier Großen sich einig waren — die Entscheidung getroffen haben, sich der Initiative anzuschließen? Die Alternative ist natürlich, daß das Ganze für die Kunden der Unternehmen und für die Öffentlichkeit in Szene gesetzt worden wäre.

Ich halte es nicht für undenkbar oder unwahrscheinlich, daß in einer solchen Situation schnelle Entscheidungen getroffen wurden, sich dem führenden Hersteller anzuschließen, zumal man gerade am 22. November ein geeignetes Forum für die Bekanntgabe seiner Absichten hatte. Wir wissen, wie gesagt, daß einige Unternehmen Gespräche mit den vier Großen geführt haben, doch wissen wir nicht, wer; eine Identifizierung wäre aber notwendig, um eine tatsächliche Mitwirkung des einzelnen Unternehmens festzustellen. Natürlich können bei dem Treffen in Paris auf den Fluren Gespräche geführt und Entscheidungen nach telefonischen Beratungen getroffen worden sein, aber wir haben nun einmal keine Beweise dafür. Deshalb ist nach meiner Meinung davon auszugehen, daß die übrigen Unternehmen, d. h. Rhône-Poulenc, Chemie Linz, Hercules und Solvay, für sich allein und unabhängig die Entscheidung getroffen haben, sich Montedipe anzuschließen.

Das gilt nach meiner Meinung selbst dann, wenn man davon ausgehen müßte, daß die genannten Unternehmen von der — rechtswidrigen — Vereinbarung der vier Großen wußten, was bei Hercules ja der Fall gewesen sein muß. Einem Preisniveau zu folgen, bei dessen Festlegung man selbst nicht dabei gewesen ist, halte ich nicht an und für sich für rechtswidrig, wie es ja auch nicht rechtswidrig ist, einem „price-leader" zu folgen, und es geht hier ja darum, daß die vier Großen zusammen eine Art von „price-leader-

ship"[92] innehatten. Andernfalls wäre es den Unternehmen verboten, sich auf einem bestehenden Markt intelligent zu verhalten, was mit den Wettbewerbsregeln nicht beabsichtigt sein kann (vgl. z. B. auch Randnr. 118 des Urteils ICI).

Ich kann deshalb auch nicht der Alternative der Kommission oder ihrer hilfsweise vorgetragenen Interpretation des Geschehens zustimmen. Es ist richtig, daß sich die Unternehmen auf dem EATP-Treffen für eine Unterstützung der Preiserhöhungen und einer Anhebung auf ein Preisniveau von 1,30 DM/kg ausgesprochen haben. Wenn aber davon auszugehen ist, daß die Entscheidungen individuell getroffen worden sind, ist es dann ungesetzlich, dem auf einem Forum Ausdruck zu verleihen, das als öffentlich bezeichnet werden muß? Grundsätzlich ist dies wohl nicht der Fall. Natürlich ist nicht auszuschließen, daß öffentliche Kanäle aufgrund einer stillschweigenden Verständigung dazu benutzt werden, Signale auszusenden, die zusammen als eine abgestimmte Verhaltensweise anzusehen sind[93], doch reichen in den vorliegenden Rechtssachen die Anhaltspunkte für einen solchen Fall offenkundig nicht aus.

Für das Jahr 1977 ist deshalb meiner Meinung nach festzustellen, daß die vier Großen, die Montedipe SpA, ICI, die Hoechst AG und Shell, an einer Mindestpreisvereinbarung, wie von der Kommission behauptet, beteiligt gewesen sind, wohingegen sich eine Beteiligung der übrigen Unternehmen nicht beweisen läßt.

92 — Vgl. die amerikanische Rechtsprechung, Hunt/Mobil Oil Corp. (Supreme Court, 1977) 465 F. Supp. 195, 231, wonach es als Nachweis einer rechtswidrigen Handlungsweise nicht ausreicht, daß ein Unternehmen anwesend war, als Zuwiderhandlungen begangen wurden, und eventuell auch noch von rechtswidrigen Handlungen anderer wußte.

93 — Vgl. hierzu Van Damme, *La Politique de la Concurrence dans la C. E. E.*, S. 150, der sich insoweit von Joliets vorstehend wiedergegebener Kritik des Urteils ICI distanziert.

6. *Beurteilung der Situation im Jahr 1978*

Wie gesagt meint die Kommission, daß die im Mai 1978 auf dem EATP-Treffen zutage getretene Solidarität auf vertrauliche Gespräche zurückzuführen sei, die möglicherweise in den Chefsitzungen geführt worden seien, die 1978 stattgefunden hätten und an denen ein Großteil der Hersteller teilgenommen habe. Für diese Annahme spreche auch die Angabe von ICI, daß das Konzept der Zielpreise im Laufe des Jahres 1978 entwickelt worden sei.

Schließlich macht die Kommission generell geltend, daß der Inhalt der Sitzungen, von denen es Protokolle gebe, im allgemeinen als Maßstab für den Inhalt der Sitzungen genommen werden könne, für die keine näheren Angaben vorlägen. Diese Behauptung wird von den Klägerinnen grundsätzlich bestritten; insbesondere ist der Kommission vorgeworfen worden (Rhône-Poulenc), außer Betracht gelassen zu haben, daß das Kartell sich von einem vielleicht eher bescheidenen Beginn allmählich zu dem späteren ausgeklügelteren System entwickelt habe.

Unmittelbarere Beweise, wie sie im vorliegenden Fall für die späteren Zeiträume vorliegen, fehlen für 1978; die einzige Preisinitiative, die die Kommission glaubt gefunden zu haben, ist die „zweite Phase" der Mindestpreisvereinbarung von 1977. Natürlich ist es verdächtig, daß Konkurrenzunternehmen — den Angaben von ICI zufolge — sich regelmäßig treffen, um Gespräche über

den Markt, die Nachfrage, das Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage sowie über das Preisniveau auf einzelnen Teilmärkten zu führen. Noch bedenklicher wird es, wenn Zielpreise, Zielquoten, Marktanteile, Ausgleichsmaßnahmen und Kundenführungssysteme erörtert werden, wie ICI ebenfalls anführt. Wenn 1977 etwas Ungesetzliches geschehen ist und, worauf ich später noch zurückkommen werde, Beweise für Rechtsverstöße im Jahr 1979 und später vorliegen, müssen selbstverständlich auch die ersten Sitzungen, von denen wir Kenntnis haben, in einem zweifelhaften Licht erscheinen. Auf der anderen Seite wissen wir nach einer Gesamtwürdigung des Kartells, daß es sich zu einem immer engmaschigeren Netz von Regelungen zur Verwirklichung der Preisvorstellungen der Unternehmen entwickelt hat.

Die Frage ist also, wann der Zeitpunkt in rechtlich vertretbarer Weise anzusetzen ist, ab dem sich die Gespräche, die geführt wurden, soweit zu gemeinsamen Konzepten verdichtet hatten, daß die Subsumption des Sachverhalts als Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise unter Artikel 85 Absatz 1 begründet ist. Wir wissen von ICI, daß das Konzept der Zielpreise im Laufe des Jahres 1978 entstanden ist, doch ließ sich ein genauerer Zeitpunkt nicht feststellen. Wir wissen ebenfalls von ICI, daß bis Ende 1978 oder Anfang 1979 nur die sogenannten Chef-Sitzungen stattfanden, während erst 1979 auf einer niedrigeren Ebene die Expertensitzungen von Mitarbeitern mit größeren Kenntnissen im Verkauf begannen.

Nach dem uns bekannten Geschehensablauf bestehen meines Erachtens keine großen Zweifel daran, daß 1978 Gespräche geführt wurden, die gewissermaßen einen rechtswidrigen Zweck verfolgten und später zu etwas Ungesetzlichem führten, doch müssen nun einmal Beweise dafür vorliegen, daß die Gespräche zu der einen oder anderen Art von konkretem Ergebnis in Form von Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen geführt haben. Solch ein Beweis fehlt uns für diesen Zeitraum.

Aufgrund dessen ist meiner Meinung nach als erstes festzustellen, daß es keine hinreichend sicheren Anhaltspunkte dafür gibt, daß die Vorstellungen über die Zielpreise sich bereits Anfang 1978 konkretisiert haben. Ich halte es für zweifelhaft, ob als bewiesen angesehen werden kann, daß die Äußerungen auf der EATP-Sitzung im Mai 1978 Ausdruck eines abgekarteten Spiels gewesen sind. Jedenfalls sehe ich, soweit es andere Unternehmen als die vier Großen betrifft, dafür keine sicheren Anhaltspunkte. Ihre Unterstützung der Preiserhöhung läßt sich ebenso wie für das Jahr 1977 sehr gut als Reaktion auf die von der Montedipe SpA angekündigte Preiserhöhung erklären, im Einzelfall eventuell ergänzt durch passive Kenntnisse von einer Vereinbarung der vier Großen.

Bei letzteren begegnet die Feststellung vielleicht weniger Bedenken, daß sie ihre rechtswidrigen Tätigkeiten fortgesetzt haben, die sie, wie wir annehmen müssen, 1977 ausgeübt haben. Jedoch auch im Fall der vier großen Hersteller gilt, daß jedenfalls für einen nicht unwesentlichen Teil des Jahres 1978 Beweise für das, was eventuell geschehen ist, weitgehend fehlen.

Zusammenfassend möchte ich also feststellen, daß die Kommission zumindest für ei-

nen wesentlichen Teil des Jahres 1978 keinem Unternehmen gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßende Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen nachgewiesen hat.

Im Fall der vier großen Hersteller ist, worauf ich später noch zurückkommen werde, davon auszugehen, daß die Ahndung der Zuwiderhandlungen, die die Kommission nach meiner Meinung für 1977 und Anfang 1978 nachgewiesen hat, wegen Verjährung ausgeschlossen ist.

7. Beurteilung der Situation im Jahr 1979

Die Beweisunterlagen für das Jahr 1979 sind bei ICI aufgefundene Tabellen, die in Randnummer 54 der Entscheidung angeführt sind, sowie ein Vermerk über eine Sitzung vom 26. September 1979. Hinzu kommen die Preisinstruktionen, die die erste der in der Entscheidung genannten Preisinitiativen betreffen.

In der ersten Tabelle (Anlage 55 der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte) mit der Überschrift „Absatz der Hersteller in Westeuropa (außer Türkei)" wird in den ersten drei Spalten der Absatz der Hersteller im Jahr 1976 bis 1978 aufgeführt. In der vierten Spalte finden sich die Zahlen für das Jahr 1979 mit dem Zusatz „tatsächlich". In der fünften Spalte stehen die entsprechenden Zahlen unter der Überschrift „revidierte Ziele" für 1979. Die nächste Tabelle (Anlage 56) ist aufgeteilt in eine Hauptspalte mit der Überschrift „Verkäufe" und Spalten, die mit „+% gg 1979", „Quote 1980" und „Vorschlag I", „Vorschlag II" und „Vorschlag III" überschrieben sind; die Tabelle stammt ICI zufolge, bei der sie gefunden wurde, wahrscheinlich von einem der deutschen oder österreichischen Hersteller. In der letztgenannten Tabelle wird nach Aussage von ICI zunächst der tatsächliche Absatz der Hersteller in Westeuropa in den Jahren 1976 bis 1979 wiedergegeben. Immer noch ICI zufolge enthält die Spalte „+% gg 1979" eine Berechnung der Zahlen des einzelnen Unternehmens für 1979 mit einem Zuschlag von 5 oder 10 %. Die Spalte „Quote 1980" sei der Vorschlag des Verfassers für das „Mengenziel" für 1980. Die Spalten „Vorschlag I, II, III" hätten vom Vertreter von ICI ausgefüllt werden sollen. Die Spalte „Vorschlag III" enthalte die endgültigen Mengenziele, die als „Quote" für das Jahr 1980 vorgeschlagen worden sei.

Die Zahlen in der Spalte „1979 tatsächlich" in der ersten Tabelle entsprechen genau der Spalte für 1979 in der zweiten Tabelle. Die Zahlen in der Spalte „revidierte Ziele 1979" in der ersten Tabelle weichen von der Spalte „1979 tatsächlich" um verhältnismäßig wenige Prozentpunkte (höchstens 5 bis 7) ab. Dieselben Zahlen für „1979 tatsächlich" finden sich auch in anderen Darstellungen.

Zu den Produktionsmengen wird in dem Vermerk über die Sitzung vom 26. September 1979 zum einen gesagt, daß die entscheidende Bedeutung eines festen Quotensystems anerkannt worden sei; zum anderen heißt es dort: „go for 80 % scheme as per recent Zürich note". Die letzte, schwer zu deutende Bemerkung erklärt ICI (in ihrer Antwort auf das Ersuchen gemäß Artikel 11 der Verordnung Nr. 17, S. 23) wie folgt: Auf einer Sitzung in Zürich hätten die damals anwesenden Hersteller aus dem Gesamtabsatz in Westeuropa in den ersten acht

Monaten des Jahres 1979 den durchschnittlichen Monatsabsatz ermittelt. Man sei davon ausgegangen, daß die monatliche Nachfrage in den letzten drei Monaten des Jahres nicht höher als 80 % der durchschnittlichen Monatsnachfrage in den ersten acht Monaten des Jahres sein werde. Deshalb sei auf der Sitzung vorgeschlagen worden, daß die Hersteller ihre Ziele begrenzten, um den angeführten Umständen Rechnung zu tragen.

Ein weiteres Dokument, das die Kommission in Randnummer 54 Absatz 3 ihrer Entscheidung genannt hat und das die französischen Hersteller betrifft, muß — vergleiche vorstehend Abschnitt A 5 c — aus verfahrensrechtlichen Gründen außer Betracht bleiben, da es nicht allen Herstellern übermittelt worden ist.

Für 1980 ist eine Quotenregelung verhältnismäßig gut belegt — ich werde später noch einmal darauf zurückkommen. Auch kann es kaum Zweifel daran geben, daß der Ausdruck „revidierte Ziele" für 1979 bedeuten muß, daß die eine oder andere Regelung für einen größeren oder kleineren Teil des Jahres 1979 vorgelegen haben muß. Wir wissen nicht, wann die erste der vorstehend beschriebenen Tabellen erstellt wurde, doch weist der Vergleich der tatsächlichen Zahlen für 1979 mit einigen revidierten Zielen für 1979 am ehesten in die Richtung, daß es für den Verfasser um die spätere Feststellung der Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung ging. Logisch gesehen spricht natürlich nichts dagegen, daß im Lauf des Jahres 1979 — eventuell spät im Jahr — Ziele für den Absatz und gegebenenfalls auch revidierte Ziele aufgestellt wurden. In jedem Fall zeigt der Bericht vom 26. September 1979, daß man sich zu diesem Zeitpunkt mit dem Problem beschäftigte.

Wie in dem folgenden Abschnitt dargelegt wird, gibt es nach den vorliegenden Beweisen keinen Grund, an einer Preisinitiative im zweiten Halbjahr 1979 zu zweifeln. Eine Quotenregelung, die angeblich bereits Anfang 1979 eingeführt worden ist, ist dagegen nach meiner Meinung nicht hinreichend belegt. Man muß davon ausgehen, daß in den letzten Monaten des Jahres 1979 die eine oder andere Regelung vorgelegen hat, doch — nach den vorliegenden Beweisen — nicht die von der Kommission behauptete Quotenregelung.

Aufgrund dessen bin ich der Meinung, daß das Gericht — wenn es im übrigen meiner Beweiswürdigung zum späteren Geschehen zustimmt — beweismäßig davon ausgehen muß, daß die ersten Zuwiderhandlungen, abgesehen von der Mindestpreisvereinbarung aus dem Jahr 1977, irgendwann nach Mitte 1979 und nicht, wie von der Kommission behauptet, im Jahr 1978 oder Anfang 1979 erfolgt sind.

8. *Die Preisinitiativen*

a) Die Preisinitiative von Juli bis Dezember 1979

Der Hauptbeweis der Kommission für diese Preisinitiative ist ein Vermerk über eine Sitzung vom 26. und 27. September 1979. In dem bei ICI aufgefundenen Vermerk wird zunächst als „allgemeines Niveau" „1,70 bis 1,75 DM", „4,0 FF/4,1" sowie „26 bis 27 BFR" angegeben. Danach heißt es, daß 2,05 (was zweifellos DM sein muß) das Ziel bleibe. Anschließend wird ausgeführt, daß dieser Preis, d. h. 2,05, eindeutig *nicht* im Oktober oder im November erreicht werden

könne und Ziel nun der 1. Dezember sei. Schließlich heißt es bezüglich der Preise: „1. November 1,90 oder 1,95 — muß jetzt beschlossen werden ..." und danach „but decision will be swift", was dies in dem Zusammenhang auch immer bedeuten mag.

Zu dem weiteren Beweismaterial der Kommission ist zunächst festzustellen, daß die in Randnummer 29 Absatz 2 und 31 Absatz 1 genannten Dokumente, die von Shell stammen, außer Betracht bleiben müssen, da sie im Verwaltungsverfahren nicht allen Unternehmen übersandt worden sind (vgl. vorstehend S. 46 ff.).

In den *European Chemical News* vom 30. Juli 1979 heißt es in einer Notiz unter der Überschrift „Montedison kündigt PP Preiserhöhungen in Europa an", daß die Montedipe SpA die Preise für ganz Europa ab dem 27. August um 8 % erhöhen wolle. Den ECN zufolge stiegen die Preise aufgrund dieser Erhöhung auf 920 LIT/kg, 2,05 DM/kg, 4,70 FF/kg bzw. 33 BFR/kg beim Verkauf an Großkunden. Anschließend wird berichtet, daß der Generaldirektor der Kunststoffabteilung der Montedipe SpA zugleich mit anderen großen Herstellern eine neue Runde von Preiserhöhungen für das Jahresende angekündigt habe. Danach wird der Direktor von ICI für den Polypropylenbereich wie folgt zitiert: „ICI unterstützt voll und ganz die Initiative von Montedison." Sodann wird darauf hingewiesen, daß viele in der Industrie damit rechneten, daß ICI binnen kurzer Zeit entsprechende Erhöhungen ankündigen werde. Schließlich wird berichtet, daß Shell Montedison unterstütze und die Unternehmen von Shell in Europa versuchen wollten, die 2,05 DM/kg zu erreichen, die die Montedipe SpA sich als Ziel gesetzt habe. Shell rechne damit, daß deren Polypropylenpreise Ende August oder Anfang September steigen würden.

Mit Schreiben vom 29. August 1979 gab ATO-Chimie ihre ab dem 1. September 1979 geltenden Preise für Partien von 20 t mit 4,70 FF für „Fibre", 4,70 FF für „Moulage Homopolymère", 5 FF für „Moulage Copolymère" und 4,90 FF für „Film Homopolymère" an. Die Preise für andere Typen finden sich ebenfalls in der Liste. Außerdem sind Preiszuschläge für verschiedene Typen und für Mengen unter 20 t angegeben.

Mit fast gleichlautenden Rundschreiben vom 24. und 26. Juli 1979 teilte die BASF AG ihren Büros in Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Belgien, Frankreich und Italien die ab dem 20. August 1979 in Deutschland und ab dem 1. September 1979 in den übrigen Ländern geltenden Preiserhöhungen mit. In den Schreiben wird die Erhöhung mit im dritten Quartal gestiegenen Rohstoffpreisen begründet und es wird darauf hingewiesen, daß der Zeitpunkt für die Preiserhöhungen wegen der Ferien so festgesetzt worden sei, auch wenn eine Erhöhung bereits vorher dringend erforderlich gewesen wäre. Die für die genannten Zeitpunkte festgesetzten Preise werden wie folgt angegeben: „Grobtextil 2,05 DM/kg, Spritzguß 2,05 DM/kg, Folie 2,10 DM/kg" für den sogenannten Typ „Novolen 11" und 10 Pf höher für einen Typ, der „Novolen 13" heißt. Die angegebenen Preise werden als „Mindestpreise" bezeichnet, während die „Höchstpreise" auf 2,45 DM/kg bzw. 2,55 DM/kg für die beiden Typen festgesetzt werden. In einigen dieser Schreiben mit den Preisinstruktionen heißt es außerdem, daß die Preiserhöhungen notwen-

dig seien, auch wenn sich die Ende Mai 1979 ausgesprochene Preiserhöhung „zumindest nicht voll durchgesetzt hat". In den Schreiben an die Büros in den anderen Ländern sind die Preise für „Raffia" und „Spritzguß" mit 33 BFR/kg, 4,70 FF/kg, 920 LIT/kg sowie 500 und 510 UKL/t angegeben.

Mit Rundschreiben vom 20. Juli 1979 kündigte die Hoechst AG unter Hinweis auf steigende Propylenpreise neue Preise für Polypropylen auf der Grundlage folgender Basispreise für einen Typ mit der Bezeichnung „Hostalen PP — Homopolymer natur/Granulat im Sack" an: Deutschland 2,06 DM/kg, Frankreich 4,70 FF/kg, Großbritannien 500 UKL/t, Italien 925 LIT/kg und Beligen 32,50 BFR/kg. Die Preiserhöhung sollte dem Schreiben zufolge für alle Auslieferungen im September gelten. Die neue Preisliste wurde mit Rundschreiben vom 1. August 1979 übersandt und galt für alle Lieferungen ab dem 3. September. In der Preisliste, die nur für den internen Gebrauch bestimmt war, wurden für Lieferungen von 20 t „von—bis"-Preise angegeben. Sechs verschiedene Typen wurden mit Preisen von 202 bis 207 DM/100 kg aufgeführt, während für alle anderen Typen höhere Preise angegeben wurden. Außerdem enthielt eine Spalte etwas höhere Mindestpreise für Kunden, die weniger als 20 t je Lieferung abnahmen. Gemäß dem Rundschreiben waren die Preise in dieser Weise angegeben worden, um einen gewissen Verhandlungsspielraum einzuräumen. Schließlich wurde auf die Notwendigkeit hingewiesen, in einigen Fällen, die als „Sonderfälle/Großkunden" bezeichnet wurden, Kontakt mit dem Hauptbüro aufzunehmen.

In einem Fernschreiben vom 30. Juli 1979 von „ICI Europa" an „ICI Germany" wurden „Mindestzielpreise" für September angegeben: „Raffia 2,05, ho moulding 2,05, co moulding 2,20, ho cast film 2,10", letzteres handschriftlich durchgestrichen und in „2,05 DM/kg" geändert. In den Bemerkungen zu der Preisliste wird darauf hingewiesen, daß Prämien und Rabatte gleichblieben und für „oriented film" ein Preis von 1,90 DM zu zahlen sei, der ab 1. September 2,05 DM betragen werde.

Mit Rundschreiben vom 30. Juli 1979 teilte ICI eine allgemeine Preiserhöhung zum 1. September um 25 UKL/t mit. So sollte „Homopolymer — Film Yarn" von einem Mindestpreis von 475 UKL/t auf 500 UKL/t steigen. „Moulding" und „Film" sollten auf 510 bzw. 550 UKL/t und „Copolymer — General purpose" auf 550 UKL/t angehoben werden. Außerdem gab ICI seiner Erwartung Ausdruck, daß das Preisniveau auf dem Kontinent im September auf 2,05 DM/kg steigen werde. In einem späteren Rundschreiben vom 28. September 1979 wird berichtet, daß das Preisniveau auf dem Kontinent immer noch unter dem Niveau von 2,05 DM liege, das Montedison für Ende August angekündigt gehabt habe. Danach werden die Preise in Deutschland, Frankreich und Belgien mit 1,70 bis 1,75 DM/kg, 4 bis 4,10 FF und 26 bis 27 BFR wiedergegeben. Weiter heißt es, daß nun klar sei, daß man 2,05 DM auf dem Kontinent nicht erreichen werde; ICI sei aber immer noch der Ansicht, daß der Preis im November/Dezember erzielbar sei, und man werde die Versuche, dieses Preisniveau zu erreichen, aktiv unterstützen. Infolgedessen wurden Instruktionen erteilt, ab dem 1. Oktober nicht 500 UKL/t zu verlangen; Großkunden könnten deshalb einen weiteren Monat zu 475 UKL/t kaufen.

Mit Fernschreiben vom 20. Juni 1979 teilte die Chemie Linz AG ihrer Verkaufsorganisation in Deutschland mit, daß am 19. Juni endgültig eine Preiserhöhung auf 1,90 DM für Raffia beschlossen worden sei. Sie wies darauf hin, daß die Konkurrenz eine Preiserhöhung zum 1. Juli 1979 anstrebe, was in einer entsprechenden Information ihrer Lokalorganisationen zum Ausdruck kommen müsse. Außerdem sei bei einer notwendigen Verminderung der Preisflexibilität der Mitbewerber mit verstärkten Kontakten seitens der Verbraucher zu rechnen. Schließlich werde es als notwendig und durchführbar erachtet, für den 1. September eine weitere Preiserhöhung um 15 Pfennig anzupeilen. Dem ist in Klammern: „DM 2,05" und handschriftlich „/Raffia" hinzugefügt.

Mit Schreiben vom 30. Juli 1979 teilte Shell ihre Absicht mit, den Preis zum 1. September um 25 UKL/t für alle Typen zu erhöhen. Schreiben mit der entsprechenden Mitteilung sollten an alle Kunden in der Zeit vom 30. Juli bis 1. August verschickt werden. In dem Schreiben vom 30. Juli werden außerdem die Preise auf dem Kontinent angeführt und darauf hingewiesen, daß Montedison eine Pressemitteilung verschickt habe, wonach sie ihre Polypropylenpreise in Europa mit Wirkung vom 27. August auf das Niveau anheben wolle, das auch in der Notiz in den European Chemical News genannt sei. Weiter heißt es in dem Schreiben, daß in Europa nun zu 425 UKL/t gehandelt werde, so daß eine kräftige Preiserhöhung notwendig sei, um die angekündigten Preise zu verwirklichen. Nach der Einschätzung von Shell sei vielleicht eine schrittweise Erhöhung im September statt einer einmaligen Erhöhung zum 1. September zu erwarten. Es sei zu hoffen, daß im Vereinigten Königreich keine entsprechende Lage entstehen werde. Unter der Unterschrift ist handschriftlich hinzugefügt:

„Floor PPF 500
HPM 510".

Schließlich ist ein Ausschnitt aus den *European Chemical News* vom 6. August 1979 zu nennen, der von Atochem vorgelegt wurde. Unter der Überschrift „ICI schließt sich der letzten PP Preisinitiative an" wird berichtet, daß dieses Unternehmen im Anschluß an die Preisinitiativen von Montedison in der vorangegangenen Woche seine Absicht bekanntgegeben habe, seine Polypropylenpreise auf dem europäischen Markt ab dem 1. September um 5 bis 10 % zu erhöhen. Homopolymer sollte danach gegenüber dem Niveau von 480 UKL/t zum 1. Juni auf 500 UKL/t steigen.

Wenn der Bericht der Shell-internen Sitzungen vom 5. Juli 1979 vom 12. September 1979 — wie auf S. II-972 ausgeführt — nicht als Beweis gegen die Unternehmen verwandt werden kann, wird die Grundlage für die Schlußfolgerungen der Kommission in den Randnummern 29 bis 31 erheblich schmaler. So stützt sich die Annahme, daß die Preisinitiative bereits zum 1. Juli 1979 durchgeführt werden sollte, in gewissem Umfang allein auf ein Fernschreiben der Chemie Linz AG vom 20. Juli 1979. Dazu ergibt sich nämlich nichts unmittelbar aus dem Bericht über die Sitzung vom 26./27. September.

Dagegen halte ich eine Initiative zum 1. September 1979 aufgrund der oben kurz wiedergegebenen Beweise für gut belegt. Erstens ergibt sich aus dem Bericht über das Treffen vom 26./27. September 1979, daß ein Zielpreis festgelegt worden ist, der ab einem nicht näher genannten Zeitpunkt vor dem 26. September gelten sollte. Die Montedipe SpA kündigte eine Preiserhöhung an,

die in den *European Chemical News* vom 30. Juli bekanntgegeben wurde und am 27. August in Kraft treten sollte. Die BASF AG, die Hoechst AG und die Chemie Linz AG hatten jedoch kurz vor der Veröffentlichung genau die gleiche Preiserhöhung zu dem im wesentlichen gleichen Zeitpunkt angekündigt. Shell und ICI versandten ihre Mitteilungen am 30. Juli. Natürlich ist es denkbar, daß diese Unternehmen, wie Shell vorträgt, aufgrund einer Pressemitteilung gehandelt haben, die die Montedipe SpA einige Tage vor der Veröffentlichung in den *ECN* verschickt haben konnte. Auf jeden Fall haben diese Unternehmen doch sehr schnell reagiert. *Wenn* belegt ist, daß Sitzungen stattgefunden haben, *wenn* klar ist, daß zumindest drei Unternehmen auf schwer erklärbare Weise zu genau den gleichen Auffassungen wie die Montedipe SpA darüber gekommen sind, welches Preisniveau von einem bestimmten Zeitpunkt an gelten solle, und *wenn* aus dem genannten Sitzungsbericht hervorgeht, daß eben dieses Preisniveau vor dem 26. September angestrebt worden sein muß, halte ich es für unbedenklich, davon auszugehen, daß Höhe und Zeitpunkt für die Durchführung Gegenstand einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise gewesen sein müssen.

b) Januar bis Mai 1981

Für die Sitzungen, die nach Angaben der Kommission und dem Eingeständnis von ICI und anderer Klägerinnen 1980 stattfanden, hat die Kommission keine Sitzungsberichte finden können. Die Preisinitiative für 1981, die so aussieht, als sei sie in Etappen erfolgt, ist in den Anlagen zum Schreiben der Kommission vom 29. März 1985 in drei Abschnitte unterteilt, die den Januar 1981, Februar/März 1981 und den Mai 1981 abdecken.

Das in Randnummer 32 der Entscheidung genannte interne Solvay-Dokument und die in ihm enthaltenen Angaben können nicht berücksichtigt werden, da sie weder im Verwaltungsverfahren den Unternehmen übersandt noch sonst im Verfahren vorgelegt worden sind.

Die Kommission hat in ihrer Entscheidung darauf hingewiesen, daß eine Preisinitiative Ende 1980 eingeleitet worden sei, durch die ein Zielpreis von 1,50 DM/kg festgelegt worden sei. Diese Behauptung wird nur durch eine Reihe von Preisinstruktionen verschiedener Unternehmen belegt, die den Preis auf dieses Niveau anheben sollten, das die Hersteller den *European Chemical News* vom 10. November 1980 zufolge vor Jahresende erreichen zu können meinten.

In einem Memorandum vom 8. Dezember 1980 teilte DSM intern Richtlinien für Verkaufspreise mit, die ab dem 1. Januar 1981 angewandt werden sollten. Für einen Typ mit der Bezeichnung „HEX" wurden für Westdeutschland, Frankreich und das Vereinigte Königreich folgende Zahlen angegeben: 1,30/1,50, 3,50/3,50, 320/325. Als Anmerkung zu der Tabelle heißt es: „Rock Bottom/Verkoop Richtlijn", was die Kommission in ihrer Beschreibung des Dokuments als Mindest- und Zielpreis deutet.

Am 22. Oktober 1980 teilte ICI ihrer Filiale in Deutschland „Zielpreise für Ende 1980" mit. Für November waren die Preise angegeben mit 1,30, 1,50 und 1,85 und für Dezember mit 1,50, 1,70 und 2,00 für Raffia bzw. Homopolymerisate und „Copolymeri general purpose". Mit internem Rundschreiben vom 1. Dezember 1980 gab ICI die vom 5. Januar 1981 an geltenden Mindestpreise

mit 320 UKL/t für Raffia, 380 UKL/t für „Homopolymer — Moulding" und mit 430 UKL/t für „Copolymer — General purpose" an. In dem Schreiben heißt es, daß Shell dem Vernehmen nach in einer Mitteilung an ihre Kunden eine Preiserhöhung um 30 UKL/t ab dem 1. Januar 1981 angekündigt habe. Außerdem enthält das Schreiben Anweisungen über die Vorgehensweise, falls sich bei den Zielpreisen ein Kompromiß als notwendig erweisen sollte. In fernschriftlichen Mitteilungen an ICI in Frankreich und Italien — das Datum ist unleserlich — werden als „ab Anfang nächsten Jahres gewünschte Mindestpreise" angegeben: 3,50, 4,10, 4,00 und 4,30 für Januar und 4,00, 4,40, 4,30 und 4,60 (FF) für Februar bzw. 720, 760, 750 und 850 für Januar und 830, 860, 850 und 950 (LIT) für Februar.

In einem internen Dokument von Hoechst, das ursprünglich vom 29. Oktober 1980 datiert war, waren vermutlich für Dezember 1980 und Januar 1981 geltende „Mindestpreise" und „Zielpreise/Minimum" angegeben. In dem Dokument wurden für die Basistypen als Zielpreise 1,50 DM/kg, 1,70 DM/kg und 1,95 DM/kg genannt. Die Mindestpreise waren um 25 bis 30 Pfennig niedriger angegeben. Die Angaben des Dokuments sind durchgestrichen, und als Datum ist handschriftlich der 5. Januar 1981 vermerkt; als Zeitpunkt für die Durchführung ist der Februar 1981 angegeben. Für die Basistypen sind als Zielpreise genannt: 1,75, 1,85 und 2,00 DM/kg.

Mit Fernschreiben vom 31. Dezember 1980 informierte die Chemie Linz AG ihr Verkaufsbüro in Deutschland darüber, daß die Preise für die Grundtypen ab Januar 1,50, 170 und 1,95 DM/kg und ab Februar 1,75, 1,85 und 2,00 DM/kg betragen würden. U. a. wies sie darauf hin, daß in einigen Fällen sicherlich Übergangslösungen gefunden werden müßten.

Am 9. Dezember 1980 informierte die Montedipe SpA ihre italienischen Verkaufsabteilungen darüber, daß die Preise ab dem 31. Dezember 1980 720, 750 und 870 LIT betragen würden. In dem Schreiben heißt es, daß man die Entwicklung der Lage im Auge behalten werde, um im Hinblick auf das Verhältnis Preis/Menge für das bestmögliche Ergebnis zu sorgen.

Shell verschickte am 17. Dezember 1980 die Mitteilung, daß einige ihrer Gesellschaften die vom 1. Januar 1981 an geltenden Mindestpreise auf 1,50 DM/kg, 1,70 DM/kg und 2,00 DM/kg für die Grundtypen festgesetzt hätten. Außerdem sei eine weitere Preiserhöhung um 0,25 DM/kg ab dem 1. Februar mitgeteilt worden.

Schließlich enthalten Instruktionen an die SAGA in Großbritannien entsprechende Zahlen.

ICI erklärte, wie bereits auf S. II-975 gesagt, in ihrem Rundschreiben vom 1. Dezember 1980: „It has become clear today via various messages from the marketplace that Shell ...". Dabei begründete sie gegenüber ihren Filialen, daß sie selbst entsprechende Preiserhöhungen wünsche: „We will be supporting Shell's initiative ...". Andererseits ist in den Rechtssachen kein anderer Beleg dafür vorgelegt worden, daß ein „price leader" ein Preisniveau angekündigt hätte, dem andere bloß gefolgt wären. Die etwas vagen Äußerungen von unbekannter Seite in den *European Chemical News* kön-

nen somit eindeutig keine Begründung dafür liefern, daß so viele Unternehmen ihr Preisniveau tatsächlich so einheitlich ausrichteten. Hinzu kommt, daß die Gleichartigkeit bei den Preismitteilungen besonders auffallend ist.

Nach alledem sehe ich also keinen Grund, die wesentlichen Punkte der Beweisführung der Kommission in den Randnummern 32 und 33 der Entscheidung in Zweifel zu ziehen.

Ich meine deshalb, daß die Beschreibung in Randnummer 32 der Entscheidung richtig ist, allerdings mit der Einschränkung, daß nicht ersichtlich ist, worauf die Kommission ihre Behauptung stützt, daß ursprünglich eine Anwendung der Preise ab dem 1. Dezember 1980 geplant gewesen sei.

Der letzte Teil der „Initiative" Januar bis Mai 1981 scheint nach den vorliegenden Unterlagen in gewisser Weise ein Fiasko gewesen zu sein. Betrachtet man die Preisinstruktionen, die die Kommission in Randnummer 34 der Entscheidung nennt, so zeigt sich, daß die dort genannten Unternehmen offensichtlich vergeblich versuchten, die Preise wie angeführt anzuheben. Wie ich dargelegt habe, ist es nach meiner Meinung jedoch für die Beurteilung, ob eine Zuwiderhandlung vorgelegen hat, nicht entscheidend, daß die Initiative mehr oder weniger zusammengebrochen ist. Aufgrund dessen und unter Berücksichtigung der Tatsache, daß unmittelbar vorher ein Treffen der Unternehmen stattgefunden hatte und nichts vorgetragen worden ist, was ein anderes überzeugendes Erklärungsmodell bietet, gibt es keine vernünftigen Zweifel, daß die Preise abgestimmt oder vereinbart worden sein müssen.

Der Inhalt der Entscheidung wird durch den sehr detaillierten Bericht über die beiden Sitzungen im Januar 1981 bestätigt, an denen sehr viele Unternehmen (nicht aber Petrofina, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat) teilnahmen. In dem Bericht wird das Preisniveau in den verschiedenen Ländern wiedergegeben. Von Deutschland heißt es, daß die Preise gestiegen seien, aber insbesondere bei Raffia nicht die vereinbarte Höhe erreicht hätten.

c) August bis Dezember 1981

Der Bericht schließt mit der Feststellung, daß „Einigkeit" darüber bestanden habe, das Ziel von 1,75 DM aufrechtzuerhalten und „ausnahmslos" zum 1. März auf 2,00 DM anzuheben, wie in Randnummer 33 der Entscheidung wiedergegeben ist.

Die vorstehende detaillierte Prüfung der Beweisunterlagen bezüglich der ersten Preisinitiativen hat gezeigt, daß in allen wesentlichen Punkten eine sichere Grundlage für die Beweiswürdigung der Kommission vorhanden war. Somit hat hauptsächlich nur der Ausschluß von Dokumenten, die aus verfahrensrechtlichen Gründen — wie oben unter A 5 c näher dargelegt — nicht verwandt werden können, das Bild ein wenig geändert.

Die Preisinstruktionen, die verschickt wurden und in Randnummer 33 letzter Absatz der Entscheidung erwähnt sind, stimmen — abgesehen von den etwas abweichenden Instruktionen von Atochem — damit im wesentlichen überein.

Ich möchte mich deshalb — auch mit Rücksicht auf die Länge dieser Schlußanträge — auf diejenigen Punkte der Darstellung der späteren Preisinitiativen in der Entscheidung beschränken, zu denen eine besondere Bemerkung angebracht ist.

In dem für die in der Überschrift genannte Preisinitiative maßgeblichen Zeitraum wurden nach der Tabelle 3 im Anhang der Kommissionsentscheidung am 28. Juli, 4. August, 28. August, 17. November, 20. November sowie am 16. und 18. Dezember 1981 Sitzungen abgehalten.

Auf der in Randnummer 35 der Entscheidung genannten Sitzung vom 15. Juni 1981 erörterten C. R. Green, ICI, J. E. Lane, Shell, und E. Zacchi, Montedipe SpA, verschiedene Möglichkeiten zur Lösung des Problems, daß die steigende Tendenz der Preise in den ersten vier bis fünf Monaten des Jahres abgeklungen war. Als eine Möglichkeit wurde eine Preiserhöhung um 0,20 DM/kg ab dem 1. Juli genannt.

Wie die Kommission am Anfang der Randnummer 35 ausführt, hatten Shell und ICI bereits früher, das heißt mit den vorstehend genannten Schreiben auf mögliche Preiserhöhungen im September/Oktober hingewiesen.

Der Entscheidung zufolge verschickten ICI und Shell „ein paar Tage" nach der Sitzung vom 15. Juni eine Mitteilung, wonach ihre Mitarbeiter den Markt auf eine Preiserhöhung im September auf der Grundlage eines Raffia-Preises von 2,30 DM/kg vorbereiten sollten. Der damit angedeutete unmittelbare Zusammenhang zwischen der Sitzung vom 15. Juni und den Mitteilungen von ICI und Shell, die am 17. bzw. 19. Juni verschickt wurden, ist nicht ohne weiteres einsichtig. Shell spricht zwar von einem Mindestpreis von 2,00 DM/kg im Juli, doch den einzigen hiermit übereinstimmenden Hinweis in dieser Sache liefern die Angaben in einem Bericht über ein Treffen vom 27. Mai 1981 zwischen C. R. Green, ICI, und J. E. Lane und G. Dewick, Shell, wo sich aus einem Preisvergleich ein Durchschnittspreis von 1,80 DM für Raffia und 2,10 bis 2,20 DM für Copolymerisate (Anlage 64/1 der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte) ergibt. Auf dieses Dokument hat sich die Kommission in diesem Zusammenhang jedoch gar nicht berufen. An konkreteren Angaben ist den beiden Mitteilungen nur zu entnehmen, daß man Anfang September eine Preiserhöhung auf 2,30 DM/kg wollte, und dies hat ja nicht unbedingt etwas mit der im Sitzungsbericht genannten eventuellen Preiserhöhung zum 1. Juli 1981 zu tun. Somit läßt sich zwischen den beiden Dokumenten kein unmittelbarer Zusammenhang feststellen.

Das Schreiben von Solvay vom 17. Juli 1981 an ihre Verkaufsbüros in Benelux, das soweit ersichtlich in dem Verfahren nicht vorgelegt worden ist, kann nicht als Beweis gegen die Unternehmen verwendet werden.

Nach dem festgestellten Sachverhalt wurde am 28. Juli 1981 eine Expertensitzung abgehalten. Wir besitzen ein Dokument, das möglicherweise in einem gewissen Zusammenhang mit dieser Sitzung steht, nämlich einen handschriftlichen Vermerk eines Managers der Hercules Chemicals NV für Herrn Bastiaens. Dort heißt es, daß die „offiziellen" Preise für August und September 2,00 DM und 2,20 DM für Raffia bzw. 2,25 DM und 2,40 DM für „moulding" und 2,40 DM und 2,55 DM für Copolymerisate betrügen.

In Randnummer 35 Absatz 2 der Entscheidung spricht die Kommission von einer geplanten Anhebung auf 2,30 DM/kg im September 1981; der Plan sei wahrscheinlich auf der Sitzung vom 28. Juli geändert worden. Wie den vorstehenden Ausführungen zu entnehmen ist, sind die entsprechenden Schreiben von Shell und ICI vom 17. bzw. 19. Juni 1981 der einzige Anhaltspunkt für einen ursprünglichen abgestimmten Plan; wir haben keine Erkenntnisse, daß Sitzungen in der Zeit vor dem 28. Juli — abgesehen von der Sitzung vom 15. Juni — stattgefunden haben.

Wir wissen also nur, daß ICI und Shell nach der Sitzung vom 15. Juni beide Pläne für die Anhebung des Preisniveaus auf 2,30 DM zum 1. September hatten. Das erste sicherere Indiz, das sich findet, ist jedoch die Durchführung der Sitzung vom 28. Juli 1981 in Verbindung mit der Notiz der Hercules Chemicals NV vom 29. Juli über die „offiziellen Preise" für August und September.

Deshalb meine ich, daß kein hinreichender Beweis für die zu Beginn der Randnummer 35 Absatz 2 der Entscheidung genannte „geplante Anhebung" vorliegt.

Die in Randnummer 35 Absatz 3 der Entscheidung angeführten Preisinstruktionen für die Preise ab 1. Oktober 1981 wurden wie folgt erteilt: BASF verschickte am 7. August eine Mitteilung über die Preise zum 1. September und am 7. September über die Preise zum 1. Oktober. DSM verschickte Preisinstruktionen mit Schreiben vom 6. August 1981. Hoechst verschickte zwei Schreiben (vermutlich) am 29. Juli und 13. August. ICI verschickte Schreiben am 4. August und 7. September 1981 über Preise zum 1. September bzw. 5. Oktober. Die Montedipe SpA verschickte am 4. September 1981 Schreiben für die Monate September und Oktober. Shell verschickte am 28. August eine Mitteilung über das Preisniveau zum 1. September und 1. Oktober. Die in Randnummer 36 Absatz 1 der Entscheidung behauptete Preiserhöhung wird in diesem Schreiben bloß als „nov. 2,5 DM/kg" erwähnt.

ICI verschickte am 23. Dezember 1981 eine Mitteilung über Preise im Januar 1982. Shell teilte am 5. November 1981 Zielpreise für November und Dezember mit. Am 27. November wurden Preise für Januar 1982 mitgeteilt.

Betrachtet man diese Preisinstruktionen, so zeigt sich, daß die Kommission sie zu Recht als fast identisch bezeichnen konnte. Angesichts der Tatsache, daß bekanntlich kurz vor der Mitteilung der meisten Preisinstruktionen Sitzungen abgehalten wurden, halte ich es, wenn man gleichzeitig berücksichtigt, daß im übrigen gut belegte Preisinitiativen vorliegen, für unbedenklich, davon auszugehen, daß so etwas auch im September und wahrscheinlich im letzten Teil des Jahres 1981 stattgefunden hat.

d) Die Zeiten von Juni bis Juli 1982 und September bis November 1982

Für diesen Zeitraum behauptet die Kommission zwei Preisinitiativen. Diese sind durch Sitzungsberichte besonders gut belegt und bieten keinen Anlaß zu besonderen Bemerkungen.

e) Das Ende des Preiskartells

Der Entscheidung zufolge begann die letzte in ihr genannte Preisinitiative im Juli 1983. Hinsichtlich des Zeitraums bis zu der letzten Sitzung am 29. September 1983 (möglicherweise am 30. September), bevor die Kommission die Nachprüfungen durchführte, ist zum Inhalt der Entscheidung nichts zu bemerken. Ebenso sind für den Zeitraum von Juni 1982 bis November 1982 die Beweise so zahlreich, daß sich eine detaillierte Behandlung in diesen Schlußanträgen erübrigt. Festzustellen ist, daß zwei Dokumente von Shell, die in Randnummer 49 der Entscheidung genannt sind, nicht zum Nachweis des Kartells angeführt werden können. Es handelt sich um ein Dokument mit der Bezeichnung „PP W. Europe-Pricing" und einen internen Bericht vom 14. Juni 1983. Der Kommission zufolge konnten sämtliche Klägerinnen von diesen Dokumenten Kenntnis nehmen, als ihnen Akteneinsicht eingeräumt worden sei. Dies reicht jedoch wie bereits dargelegt nach meiner Meinung nicht aus.

Daß diese beiden Dokumente nicht verwendet werden können, beeinträchtigt jedoch meines Erachtens nicht das Ergebnis, zu dem die Kommission gekommen ist.

Schließlich ist die Frage aufgetaucht, wie der Zeitraum nach der letzten Sitzung, eventuell nach den Nachprüfungen der Kommission, zu beurteilen ist.

Verschiedene Klägerinnen machen geltend, daß das Preiskartell zumindest mit der letzten Sitzung als beendet anzusehen sei. Demgegenüber vertritt die Kommission die Auffassung, daß die Unternehmen auch nach dem 29. September 1983 ihr Verhalten auf der Grundlage früher eingegangener Vereinbarungen abgestimmt hätten.

Die Frage, inwieweit das Kartell auch nach den Nachprüfungen durch die Kommission eine gewisse Wirkung gehabt habe, ist in dieser Sache wohl nicht besonders wichtig, da es in jedem Fall nur darum geht, daß das Kartell ein paar Monate weitergewirkt haben könnte. Vergleicht man dies mit der Dauer des Kartells, liegt es auf der Hand, daß die Frage, inwieweit die vor dem 13./14. Oktober 1983 eingegangenen Vereinbarungen in der Zeit danach befolgt worden sind, für die Bemessung der Geldbuße keine große Bedeutung hat.

Die Klägerinnen beurteilen die Rechtslage bezüglich der letzten Zeit des Kartells jedoch nicht richtig. Die rechtswidrigen Handlungen können nicht zu dem Zeitpunkt als beendet angesehen werden, zu dem die Kommission einschritt und damit vielleicht dafür sorgte, daß die organisierten Treffen aufhörten. Entscheidend sind die Wirkungen des Kartells.

Zu diesem Problem stellt der Gerichtshof in dem Urteil in der Rechtssache Binon[94] (Randnr. 17) folgendes fest: „Artikel 85 wäre im übrigen auch anwendbar, wenn die Verleger ihr Parallelverhalten nach Auflösung der alten Vereinbarung fortgesetzt hätten, ohne daß eine neue Vereinbarung getroffen worden wäre. ... Nach dem Wettbewerbsrecht der Artikel 85 ff. EWG-Vertrag

94 — Urteil vom 3. Juli 1985 in der Rechtssache 243/83 (SA Binon & Cie, Slg. 1985, 2015).

kommt es auf die wirtschaftlichen Ergebnisse von Vereinbarungen oder ähnlichen Formen der Abstimmung an, nicht aber auf ihre Rechtsform." Entsprechend heißt es in dem Urteil EMI[95] (Randnrn. 30 bis 32), daß es für die Anwendbarkeit des Artikels 85 EWG-Vertrag ausreiche, daß über das formale Außerkrafttreten hinaus die Kartellwirkungen fortbeständen. In den beiden genannten Fällen war der Sachverhalt etwas anders als in den vorliegenden Rechtssachen. Es ging um ordnungsgemäße Vereinbarungen, die formal beendet worden waren, und nicht um Maßnahmen innerhalb eines Kartells, bei dem Vereinbarungen naturgemäß davon geprägt sind, daß die an der Vereinbarung Beteiligten sich über die Gesetzwidrigkeit ihrer Vorhaben voll und ganz im klaren sind.

Die Grundsätze sind jedoch dieselben. Wenn sich also feststellen läßt, daß in der Zeit nach der Einstellung der Sitzungen ein paralleles Verhaltensmuster verfolgt wird, liegt die Annahme nahe, daß früher eingegangene Vereinbarungen oder Abstimmungen in der Zeit nach den Nachprüfungen durch die Kommission ausgeführt wurden. Nach meiner Meinung ist nicht zweifelhaft, daß die Preisinstruktionen für den betreffenden Zeitraum, das heißt Oktober und November 1983, zeigen, daß Vereinbarungen oder Abstimmungen vorgelegen haben müssen. Ich stimme deshalb der Kommission zu, daß das Kartell erst ein paar Monate nach der letzten Sitzung als beendet angesehen werden kann. Dies gilt auch dann, wenn das in Randnummer 51 Absatz 3 der Entscheidung genannte Dokument, das bei Atochem aufgefunden wurde, nicht gegen die Unternehmen verwandt werden kann, da es nicht allen übermittelt wurde.

95 — Urteil vom 25. Juni 1976 in der Rechtssache 51/75 (EMI Records Limited, Slg. 1976, 811).

9. *Die Quotenregelungen*

Wie aus meinen Ausführungen im Abschnitt F unter Punkt 7 zur Situation im Jahr 1979 hervorgeht, sehe ich keine hinreichende Grundlage für die Feststellung, daß für das gesamte Jahr 1979 eine Quotenordnung bestanden hat. Die erste Quotenregelung, die ich hier behandeln möchte, ist deshalb die von der Kommission behauptete Quotenvereinbarung für das Jahr 1980.

Wie die Kommission im Abschnitt VII der Entscheidung ausführt und wie den Beweisunterlagen zu entnehmen ist, haben die Unternehmen die Begriffe „Absatzziele", „Zielmengen", „Quoten" oder „Bestrebungen" benutzt. Diese Begriffe werfen genau dieselben Auslegungsprobleme auf wie die „Zielpreise". Wie oben im Abschnitt E unter Punkt 6 ausgeführt, ist jedoch davon auszugehen, daß Vereinbarungen oder Abstimmung unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fallen, auch wenn sie ihrem Inhalt nach den tatsächlichen Marktverhältnissen wesentlich Rechnung tragen. Dasselbe gilt für die Zielquoten.

a) Die Regelung für 1980

In dem Bericht über die Sitzung vom 26. September 1979 heißt es wie bereits gesagt, daß ein festes Quotensystem wesentlich („essential") sei. Das zeigt, daß man sich zum damaligen Zeitpunkt mit dem Problem beschäftigte, und es gibt, wie vorstehend unter F 7 ausgeführt, gewisse Hinweise dafür, daß eine Art Quotenregelung Ende 1979 bestanden hat.

Für das Ende des Zeitraums, während dessen die angebliche Quotenregelung bestanden hat, liegt ein Bericht über eine Expertensitzung im Januar 1981 vor. Dort werden die vorläufigen Absatzzahlen für Dezember 1980 aufgeführt und der Absatz im vierten Quartal 1980 mit den entsprechenden Monaten im Jahr 1979 verglichen. Es wird festgestellt, daß der Absatz in den einzelnen Monaten des vierten Quartals 1980 den Absatz in den entsprechenden Monaten für 1979 überstiegen und der Gesamtabsatz 1980 nur 3 % unter dem von 1979 gelegen habe. Danach werden in einer Spalte die Absatzzahlen für jedes einzelne Unternehmen angegeben. Dieser Spalte ist eine andere Spalte gegenübergestellt, in der für jedes einzelne Unternehmen das Ziel auf der Grundlage eines, wie es in dem Bericht heißt, „Marktes von 1,2 Millionen Tonnen in Westeuropa im Jahr 1980" angegeben ist. In einer Stellungnahme zu den Zahlen heißt es, daß von den vier großen Herstellern nur ICI von dem Ziel abgewichen sei. Die DSM NV habe jede Verpflichtung, ihr ursprüngliches Ziel zu senken, abgestritten; die Zahlen für AMOCO seien im großen und ganzen nur Mutmaßungen, und die Zahlen für Hercules stimmten mit dem Eindruck von der Tätigkeit dieses Unternehmens im Jahr 1980 offensichtlich nicht überein. Für Solvay und BP hätten keine Zahlen vorgelegen, doch ergebe die Schätzung bei einer Addition der übrigen Zahlen einen Gesamtabsatz von 90 Kilotonnen gegenüber einem Ziel von 71 Kilotonnen.

Das Ziel von ICI wird in dem Bericht mit 139,2 Kilotonnen und der tatsächliche Absatz mit 128,1 Kilotonnen angegeben. Zu der Lage von ICI heißt es, daß ein Teil des Problems von ICI eindeutig durch die ernste Rezession im Vereinigten Königreich bedingt sei, doch wichtiger sei der tatsächliche „Rückzug von Dundee" als Folge der Bemühungen von ICI, die Preise zu Beginn des Jahres anzuheben.

Für das Jahr 1980 liegt eine Tabelle vor (Anlage 60 der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte), auf die in Randnummer 55 Absätze 1 und 2 der Entscheidung verwiesen wird. Auf der maschinengeschriebenen Tabelle, die die Überschrift trägt „Polypropylen — Absatzziele 1980 (Kilotonnen)" ist handschriftlich das Datum 28. (möglicherweise 26.) Februar 1980 hinzugefügt worden. In der Tabelle finden sich 4 Spalten, die die Überschriften „1980/auf der Grundlage von 1979; Petrofina berichtigt", „Ausgangsvorschläge", „vorgeschlagene Berichtigungen" und „vereinbarte Ziele" tragen. In der letztgenannten Spalte sind die Zahlen für jedes einzelne Unternehmen angegeben, die zusammen, wie es dort heißt, „max. 1 390" (Kilotonnen) ergeben. Am Ende des Dokuments steht: „1 390 Kilotonnen machen +12,1 % gegenüber 1979 aus". Bei den Unternehmen SAGA, Tagsa/Paular, BASF und Petrofina ist ein Anmerkungssternchen hinzugefügt, das auf eine Bemerkung in dem Dokument verweist, wonach die Zahlen „überprüft werden müssen". Bei Petrofina steht in der Spalte „vorgeschlagene Berichtigungen": „max. 20", was in der Spalte „vereinbarte Ziele" wiederholt wird. Das stimmt mit der Tatsache überein, daß Petrofina nach den vorliegenden Erkenntnissen erst 1980 auf dem Markt auftrat.

Die Zahlen in der Spalte „Ausgangsvorschläge" entsprechen fast ausnahmslos den Zahlen in der Spalte „Vorschlag I" in dem bereits genannten Dokument (Anlage 56), das bei ICI aufgefunden wurde, aber von einem deutschen Hersteller stammen muß. Außerdem enthält die letztgenannte Spalte verschiedene Zahlen in Klammern, die ver-

glichen mit den Zahlen in der Spalte „Vorschlag II" dieses ICI-Dokuments der Spalte „agreed targets" im erstgenannten Dokument für die Unternehmen, für die „Berichtigungen" vorgeschlagen worden waren, entsprechen. In der Spalte „Vorschlag III" der Anlage 56 sind Zahlen wiedergegeben, die im wesentlichen den „vereinbarten Zielen" im erstgenannten Dokument entsprechen und die zusammen 1 378 Kilotonnen ergeben. Unterschiede gibt es bei Petrofina (15 statt 20), BASF (60 statt 64) und SAGA (35 statt 38), insgesamt also 12 Kilotonnen bei drei der vier Unternehmen, die laut der Anlage 60 überprüft werden sollten.

Die Zahlen in der Spalte „vereinbarte Ziele" in der Anlage 60 finden sich in der Anlage 57 wieder, einem Dokument von ICI vom 8. Oktober 1980, in dem die Quoten von 1980 und die theoretische Kapazität verschiedener Unternehmen verglichen wird. Sie finden sich weiter in der Spalte „Absatz 1980, Bestrebungen" der Anlage 58. In diesem Dokument von ICI vom 9. Oktober 1980 ist zudem für jedes Unternehmen der tatsächliche Absatz angegeben, der sich zusammen auf 1 170 Kilotonnen beläuft. Schließlich finden sich in der Anlage 59, die ebenfalls von ICI stammt, Spalten, in denen die „Ziele" für 1980, zusammen 1 382 Kilotonnen, dem „tatsächlichen" Absatz gegenübergestellt werden, der in zwei Spalten aufgeführt ist, einer maschinengeschriebenen mit runden Zahlen und einer handgeschriebenen mit den genauen Zahlen; letztere belaufen sich auf insgesamt 1 207,9 Kilotonnen. Diese Zahlen entsprechen mit geringfügigen Abweichungen den Zahlen, die in dem Bericht über die Sitzung im Januar 1981 genannt werden.

Bei der Würdigung dieses Sachverhalts fällt sofort außerordentlich auf, daß uns detaillierte Schemata aus drei verschiedenen Quellen, nämlich von Atochem, ICI und einem nicht identifizierten deutschen Unternehmen über Quoten, „Ausgangsvorschläge", Änderungsvorschläge und endgültige Vorschläge oder Vereinbarungen vorliegen, die fast bis in die letzte Einzelheit miteinander übereinstimmen.

Nimmt man dazu die Berichte über die Sitzung vom 26./27. September 1979 und im Januar 1981, die die Gespräche im zweiten Halbjahr 1979 und den Inhalt der Tabellen bestätigen, sehe ich keinen Grund, daran zu zweifeln, daß der in Randnummer 55 der Entscheidung wiedergegebene Geschehensablauf, soweit es um das Jahr 1980 geht, als richtig dargestellt und gut untermauert angesehen werden muß. Besonders verräterisch finde ich die Bemerkung in dem Sitzungsbericht von Januar 1981, daß die DSM NV jede Verpflichtung, ihr ursprüngliches Ziel zu senken, abgestritten habe. DSM soll nach dem Bericht 46,1 Kilotonnen verkauft haben, was im Zusammenhang mit der Quote von 45 Kilotonnen zu sehen ist, die für dieses Unternehmen in dem Dokument vom 28. Februar 1980 genannt worden ist.

b) Die Zeit von 1981 bis 1982

Für diesen Zeitraum (Randnrn. 56 bis 59 der Entscheidung) liegt der Kommission zufolge keine endgültige Quotenvereinbarung vor. In Artikel 1 Buchstabe e der Entscheidung wird die angebliche Zuwiderhandlung der Unternehmen als eine Aufteilung des

Marktes beschrieben, die in der Weise durchgeführt worden sei, daß die Unternehmen, nachdem es nicht zu einer endgültigen Vereinbarung für das ganze Jahr gekommen sei, aufgefordert worden seien, jeweils „ihre monatlichen Verkäufe unter Bezugnahme auf einen vorausgegangenen Zeitraum einzuschränken".

So wie der Sachverhalt beschrieben ist, handelt es sich zweifellos um einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1, wenn die Kommission ihre Behauptung beweisen kann.

1981

Das erste Dokument, das die Kommission in diesem Zusammenhang zitiert, ist der bereits genannte Bericht über eine Expertensitzung im Jahr 1981. Wie oben unter 8 b wiedergegeben, wird dort erklärt, daß Einigkeit darüber bestanden habe, den Zielpreis von 1,75 DM im Februar (1981) aufrechtzuerhalten und im März ausnahmslos 2,00 DM durchzusetzen. Anschließend wird bestimmt: „In der Zwischenzeit sind die monatlichen Verkäufe auf $^1/_{12}$ von 85 % des Ziels von 1980 zu beschränken", und zwar „with a freeze on customers", wie es heißt.

Nach einem undatierten internen Vermerk, der bei ICI gefunden wurde (genannt in Randnr. 56 Absatz 3 der Entscheidung; Anlage 63) wurden auf einer Sitzung verschiedene Alternativen bezüglich der Quotenregelung erörtert. Es läßt sich nicht feststellen, ob es sich dabei um eine interne Sitzung bei ICI oder um eine Sitzung der Hersteller handelt. ICI vertrat dem Vermerk zufolge den Standpunkt, daß die Menge auf eine Höhe begrenzt werden sollte, auf die der Markt wahrscheinlich schrumpfen würde, nämlich auf 1,35 Millionen Tonnen. Danach ist davon die Rede, daß selbst wenn es „keine weiteren Gespräche mit Shell gegeben hat", die vier großen Hersteller den Weg weisen könnten, indem sie eine Verminderung ihres für 1980 angestrebten Marktanteils um 0,35 % akzeptierten, sofern die ehrgeizigeren kleineren Hersteller wie Solvay, SAGA, DSM, Chemie Linz, Anic/SIR ebenfalls ihre Ansprüche zügelten. Unter der Voraussetzung, daß die vier großen Hersteller sich einig seien, könne den Anomalien vermutlich am besten durch individuelle Gespräche auf Führungsebene, wenn möglich „vor den Sitzungen in Zürich" begegnet werden. Danach folgt eine Tabelle, die eine Kompromißmöglichkeit bezüglich der Anteile der verschiedenen Unternehmen, ausgedrückt in einem Prozentsatz ihrer Zielmenge von 1980, nennt.

Außerdem gibt es die in dem Abschnitt für 1980 erwähnte Anlage 61 der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte, deren Tabelle ebenfalls eine Spalte mit der Überschrift „1981 — Bestrebungen" enthält. Hinzukommt als Anlage 62 ein Schema, das drei verschiedene Vorschläge wiedergibt, die zu einem einzigen zusammengefaßt und mit den Bestrebungen der Unternehmen verglichen werden.

Aus dem in der Entscheidung genannten Bericht (Anlage 64) einer Sitzung vom 27. Mai 1981 zwischen Shell und ICI geht klar hervor, daß zum damaligen Zeitpunkt keine Quotenvereinbarung bestand. Dem ebenfalls genannten Sitzungsbericht vom 17. Juni 1981 ist zu entnehmen, daß auch zu diesem Zeitpunkt keine Quotenregelung getroffen worden war.

In einem bei ICI gefundenen Schema, das angeblich von Monte stammt (Anlage 65),

ist für die Zeit von Januar bis Dezember 1981 der sogenannte „tatsächliche" Absatz mit dem „theoretischen" Absatz verglichen worden. Ein letztes Schema in diesem Zusammenhang (Anlage 67) vom 21. Dezember 1981 zeigt sämtliche monatlichen Verkäufe der Hersteller im Jahr 1981. Bis einschließlich Oktober sind die Zahlen mit der Maschine, für November und Dezember sind sie mit der Hand geschrieben. Eine weitere Spalte enthält einen handschriftlichen Vergleich für das gesamte Jahr.

Die letzte Beweisunterlage, auf die sich die Kommission stützt, ist ein Vermerk des ICI-Mitarbeiters M. E. Robinson von Mitte 1981, als dieser Marketingdirektor für den Thermoplastbereich wurde (Anlage 66). Die entscheidende Stelle des Vermerks wird von der Kommission folgendermaßen wiedergegeben: „Es gibt keine Vereinbarung 81, man nimmt aber 80 als Modell."

Wie gesagt meint die Kommission, daß die Unternehmen voneinander eine Begrenzung der Produktion verlangt haben. In Randnummer 57 Absatz 2 der Entscheidung spricht sie von einer Notlösung, die darin bestanden habe, daß die Verkäufe vor dem Hintergrund der theoretischen Teilung des verfügbaren Marktes auf der Grundlage der Quoten von 1980 überwacht worden seien.

Sieht man von den ersten Monaten des Jahres ab, ergibt sich aus den Beweisunterlagen ziemlich klar, daß die Hersteller sich nicht über eine Quotenregelung einigen konnten. Die Kommission kann ihre Annahme einer solchen Notlösung, die als von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt anzusehen sei, jedoch nur auf den Hinweis stützen, daß „man" die Quote von 1980 genommen habe. Daß ein Mitarbeiter bei Monte oder ICI zu einem Zeitpunkt, der Ende 1981 oder erst 1982 gewesen sein muß, einen Vergleich zwischen einer theoretischen und einer tatsächlichen Grundlage gezogen hat, scheint etwas dürftig zu sein für die weitreichenden Folgerungen, die die Kommission zieht. Natürlich ist es verdächtig, daß ein Mitarbeiter von ICI offenbar im Besitz genauer Verkaufszahlen für jedes Unternehmen war, und es spricht somit viel dafür, daß Informationen über den Verkauf auf den Sitzungen ausgetauscht wurden. Meiner Meinung nach besteht aber nicht der erforderliche innere Zusammenhang zwischen den als Beweis aufgeführten Tabellen, um von einer gegenseitigen Verpflichtung der Unternehmen zur Absatzbegrenzung auszugehen.

Nach alledem liegt nach meiner Meinung der erforderliche Beweis dafür vor, daß in den ersten Monaten des Jahres eine Quotenregelung zur Unterstützung der Preisinitiative im Februar und März entsprechend dem Inhalt des Sitzungsberichts vom Januar vereinbart war. Davon abgesehen bieten aber die vorliegenden Schemata und die lapidare Bemerkung in dem genannten Vermerk keine ausreichende Stütze für die Beweiswürdigung der Kommission. Ich halte es daher für bedenklich, der Auffassung der Kommission insoweit beizutreten.

1982

Für das Jahr 1982 haben die Unternehmen nach Auffassung der Kommission einander ebenfalls eine Absatzbegrenzung auferlegt, ohne daß sie sich im übrigen auf eine Quotenregelung hätten einigen können. Die Anlagen 69 bis 71 der Mitteilung der gemein-

samen Beschwerdepunkte zeigen die Vorschläge, die vorgelegt wurden, doch darf der in Randnummer 58 der Entscheidung genannte Vermerk über eine Sitzung am 10. März 1982 nicht gegen die Unternehmen verwendet werden, da er nach den vorliegenden Erkenntnissen nur ICI mitgeteilt wurde. Das Dokument ist nach der Klagebeantwortung in einigen Rechtssachen nur ICI übermittelt worden, die auch nicht geltend gemacht hat, daß ihr das Dokument nicht ordnungsgemäß übermittelt worden sei. Jedoch scheint das Dokument im Verfahren überhaupt nicht vorgelegt worden zu sein. Die Kommission hat eingeräumt, daß ein Fehler vorliege, und hat statt dessen auf einen von Hercules stammenden Bericht über dasselbe Treffen hingewiesen, der der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte als Anlage 23 beigelegt gewesen sei. Bezüglich der Vorschläge zur Mengenkontrolle enthält dieser Bericht jedoch im wesentlichen nur eine Liste über die theoretische Produktionskapazität verschiedener Unternehmen. Er stützt somit nach meiner Meinung nicht hinreichend die Annahme, daß die Unternehmen im ersten Halbjahr 1982 im Hinblick auf eine Mengenkontrolle etwas anderes beabsichtigt hätten als den Austausch von Informationen über den tatsächlichen Absatz und allgemeinere Informationen über das Verhalten der einzelnen Unternehmen.

Randnummer 59 der Entscheidung berichtet über ICI's Bemühungen im Zusammenhang mit der Übernahme des Vorsitzes in der „Gruppe". Bezüglich der Quotenregelung steht fest, daß ICI ein tatsächlich funktionierendes Quotensystem wünschte und voraussetzte, das Anfang 1983 in Kraft treten sollte. Bis dahin, so wurde betont — nach dem Sitzungsbericht vom August 1982 sieht es so aus, als sei es ICI gewesen, die dies gegenüber den anderen betonte —, sollten die Unternehmen versuchen, ihre Verkäufe auf den Marktanteil zu beschränken, den sie in den ersten Monaten des Jahres gehabt hatten, bezogen — immer noch nach dem Sitzungsbericht vom August — auf einen Markt von 120 Kilotonnen.

Die in Randnummer 59 Absätze 2 und 3 genannten Informationen, die von Atochem stammen, enthalten bezüglich der Vereinbarungen oder ähnlichem nur die Bemerkung, daß man Ende 1982 zu einem quasi-Konsens über Bestrebungen und Marktanteile gekommen sei.

Diese Beweise sprechen nach meiner Meinung nicht hinreichend deutlich dafür, daß man 1982 zu einer Einigung über die Begrenzung des Absatzes gekommen ist. Das einzige, was dazu offensichtlich vorliegt, ist eine Aufforderung von ICI; wie diese von den anderen aufgenommen wurde, wissen wir im einzelnen nicht. Es zeigt sich somit, daß die Anstrengungen sich darauf konzentrierten, zu einem brauchbaren System für 1983 zu kommen.

Aufgrund dessen kann ich der Kommission nicht zustimmen, daß Beweise dafür vorlägen, daß die Unternehmen sich in irgendeiner Weise über eine Begrenzung des Absatzes im Jahr 1982 geeinigt hätten.

c) Quotenregelungen im Jahr 1983

Für die ersten beiden Quartale des Jahres 1983 meint die Kommission, eine Einigung der Hersteller über ein Quotensystem festgestellt zu haben.

Aus den vorgelegten Dokumenten ergibt sich denn auch klar, daß ICI im Zusammen-

hang mit der Übernahme des Vorsitzes der „Gruppe" Mitte 1982 großes Gewicht auf die Einführung einer Quotenregelung legte. Das Beweismaterial zeigt im übrigen, daß Mitarbeiter von ICI erhebliche Anstrengungen unternommen haben, um eine Regelung zustande zu bringen.

Wenn aber vor allem Dokumente außer Betracht bleiben müssen, die aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht gegen die Unternehmen verwendet werden können (es geht um den Sprechzettel von ICI für eine Sitzung mit Shell im Mai 1983 — Randnummer 63 Absatz 2 Satz 2 — und Shells Plan für das erste Quartal 1983 — Randnummer 63 Absatz 3 der Entscheidung —), lassen sich schwer Belege dafür finden, daß über die behauptete Quotenvereinbarung Einigung erzielt worden ist. Die einzige Stelle in den Beweisunterlagen, die für so etwas wie eine Einigung spricht, ist das Shell-interne Dokument, das in Randnummer 64 der Entscheidung genannt wird (Anlage 90) und in dem von dem „vereinbarten Shell-Ziel" die Rede ist. Jedoch findet sich in unserem Fall nichts anderes für das zweite Quartal 1983. Nach meiner Meinung ist dieses Material zu dürftig, um eine Vereinbarung für das zweite Quartal als bewiesen anzusehen.

Zum ersten Quartal führt die Kommission in Randnummer 63 Absatz 1 der Entscheidung an, verschiedene Unternehmen hätten eine Quotenzuweisung, die auf der Sitzung vom 2. Dezember 1982 erörtert worden sei, für akzeptabel gehalten. Jedoch wird nichts darüber gesagt, wie die anderen sich verhielten, und es ist auch nicht klar, wie die, die damit einverstanden waren, reagieren würden, wenn die übrigen größere Anteile verlangten. Auch das sonst vorliegende Material bietet meiner Meinung nach keine Grundlage für die Feststellung, daß für das erste Quartal eine Einigung erzielt worden wäre.

Somit sehe ich keine völlig hinreichende Grundlage für die Annahme einer Vereinbarung über eine Quotenregelung für einen Teil des Jahres 1983.

10. *Account management und account leadership*

In Artikel 1 Buchstabe c der Entscheidung wird unter den Maßnahmen, die die Unternehmen getroffen hätten, um die von ihnen angestrebten Preiserhöhungen durchzusetzen, ausdrücklich das „System der Kundenführerschaft" genannt.

Die Systeme der account leadership oder Kundenführung, die in Randnummer 27 der Entscheidung näher beschrieben sind, sollten ein Abwandern der Kunden oder einen „Kundentourismus", der an mehreren Stellen des Beweismaterials angeführt wird, eindämmen. ICI zufolge gab es wahrscheinlich zwei Systeme, deren Durchführung angestrebt wurde. Zu dem ersten liegen nicht sehr viele Angaben vor, doch ergibt sich, daß jedenfalls Vorbereitungen zur Durchführung einer Regelung getroffen wurden und für verschiedene Länder detaillierte Pläne erarbeitet wurden. Dies geschah auf der Sitzung vom 2. September 1982. Auf der Sitzung vom 2. Dezember 1982 wurde eine umfassendere Durchführung des Plans vorgeschlagen, und es wurden viele Kunden benannt, die von dem System erfaßt werden sollten. Von einem Treffen am 3. Mai 1983 wird berichtet, daß die Situation jedes ein-

zelnen Kunden eingehend erörtert worden sei.

Auf der Grundlage dieser Beweise gibt es nach meiner Meinung keine vernünftigen Zweifel an der Richtigkeit der Auffassung der Kommission, daß ein oder mehrere Steuerungssysteme benutzt wurden, um das Abwandern von Kunden aufzuhalten oder zu neutralisieren. Man kann sich leicht vorstellen, daß ein System wie das beschriebene nach einiger Zeit zusammenbrach. Es ist zweifellos schwierig, auf einem Markt mit 20 Anbietern und einer ganz erheblichen Zahl von Abnehmern ein solches System zum Funktionieren zu bringen. Die Sitzungsberichte von 1983 zeigen jedoch, daß es einige Monate funktioniert hat.

11. *Andere Unterstützungsmaßnahmen*

Der Großteil der übrigen in Randnummer 27 der Entscheidung genannten Maßnahmen, die die Durchführung der Preiserhöhungen erleichtern sollten, sind als feste Bestandteile der wesentlichen Zuwiderhandlungen, nämlich der Preis- und Mengenvereinbarungen, anzusehen. Diese Punkte, die fast den Charakter von Details in einem größeren Komplex haben, brauchen daher kaum gesondert behandelt zu werden. Jedoch bestehen aufgrund der vorliegenden Beweise keine vernünftigen Zweifel daran, daß die Feststellungen der Kommission über das, was in dieser Hinsicht vorgegangen ist, richtig sind.

Eine Ausnahme bildet meiner Meinung nach nur die Behauptung der Kommission, die Unternehmen hätten vereinbart, Lieferungen auf Übersee-Märkte umzulenken, um in Westeuropa eine Verknappung zu bewirken, die einer Preisanhebung förderlich sein könnte. Nach den vorliegenden Beweisen scheint es mir zweifelhaft, ob die Unternehmen etwas anderes beabsichtigt hatten als gegenseitige Informationen über ihre Verkäufe auf den Übersee-Märkten, die in den Beweisunterlagen als „Rest der Welt" bezeichnet werden. Es ist natürlich, daß Unternehmen ihre Überschußproduktion auf anderen Märkten abzusetzen versuchen als auf denen, die am nächsten liegen. Das Beweismaterial muß jedoch sichere Anhaltspunkte für die Feststellung liefern, daß die Unternehmen gerade die Absicht hatten, eine Verknappung auf dem westeuropäischen Markt herbeizuführen. Solche Anhaltspunkte liegen nach meiner Meinung nicht vor, und ich halte es deshalb für das Richtigste, bei der Entscheidung der Rechtssachen die Behauptung der Kommission, daß eine Vereinbarung über die Umlenkung von Lieferungen aus Westeuropa vorgelegen habe, außer Betracht zu lassen.

G — *Verjährung*

Nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 2988/74[96] verjährt die Befugnis der Kommission, wegen Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften des Verkehrs- oder Wettbewerbsrechts der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Geldbußen oder Sanktionen festzusetzen, bei Zuwiderhandlungen wie den hier in Rede stehenden in fünf Jahren.

Nach Artikel 1 Absatz 2 beginnt die Verjährungsfrist mit dem Tag, an dem die Zuwiderhandlung begangen worden ist. Bei dau-

96 — Verordnung (EWG) Nr. 2988/74 des Rates vom 26. November 1974 über die Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung im Verkehrs- und Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (ABl. L 319, S. 1).

ernden oder fortgesetzten Zuwiderhandlungen beginnt die Verjährung jedoch erst mit dem Tag, an dem die Zuwiderhandlung beendet ist.

Die Verjährungsfrist wird nach Artikel 2 Absatz 1 Satz 1 durch jede auf Ermittlung oder Verfolgung der Zuwiderhandlung gerichtete Handlung der Kommission oder eines Mitgliedstaats auf Antrag der Kommission unterbrochen. Die Unterbrechung tritt mit dem Tag ein, an dem die Handlung mindestens einem an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen bekanntgegeben wird und wirkt nach Absatz 2 dieses Artikels gegenüber allen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen.

Im vorliegenden Fall haben verschiedene Unternehmen bereits im Verwaltungsverfahren geltend gemacht, daß die Mindestpreisvereinbarung von 1977 in keinem Zusammenhang mit den späteren Regelungen gestanden habe und die Unternehmen deshalb insoweit für diese Zuwiderhandlung wegen Verjährung nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden könnten. In Randnummer 103 der Entscheidung weist die Kommission diesen Standpunkt unter Hinweis auf den „klaren tatsächlichen Zusammenhang" zwischen den Vereinbarungen zurück.

Einige Klägerinnen haben sich auf die Verjährungsvorschriften in dem Verfahren vor dem Gericht berufen. Angesichts des Charakters der Verjährungsbestimmungen ist es kaum notwendig, daß ein Kläger ausdrücklich auf die Verordnung Nr. 2988/74 hinweist. Ausreichend ist, daß das Unternehmen geltend gemacht hat, daß ihm wegen einer bestimmten Handlung keine Geldbuße auferlegt werden kann.

Die Kommission sieht in den Ereignissen ganz einfach eine dauernde oder fortgesetzte Zuwiderhandlung; sie macht in der Entscheidung geltend, die Mindestpreisvereinbarung von 1977 und die späteren Ereignisse seien so miteinander verknüpft, daß die 1977 begonnene Zuwiderhandlung erst einige Zeit nach den Nachprüfungen der Kommission in den Unternehmen am 13. und 14. Oktober 1983 als beendet angesehen werden könne.

Demgegenüber halten die Klägerinnen an ihrem Standpunkt fest, daß die angeblichen Absprachen von 1977 von den späteren Ereignissen wesensverschieden und ganz getrennt gewesen seien.

Eine eventuell laufende Verjährungsfrist ist unstreitig am 13. Oktober 1983 unterbrochen worden, als die Kommission mit ihren Nachprüfungen begann. Die Frage ist also, ob eine Zuwiderhandlung oder ein Teil einer Zuwiderhandlung als vor dem 13. Oktober 1978 begonnen und beendet angesehen werden kann.

Wenn das Gericht meiner oben wiedergegebenen Beweiswürdigung zustimmt, wird es zweifellos entscheiden, daß die Handlungen bezüglich der Mindestpreisvereinbarung von 1977 verjährt sind. Nach meiner Einschätzung war die Mindestpreisvereinbarung höchstens eine Art Vorläufer der späteren Ereignisse. Sie hatte wohl dieselben Ziele wie die späteren Vereinbarungen, war aber nach dem, was wir wissen, nicht das Ergebnis von Verhandlungen im selben Rahmen. Nach dem Beweisergebnis, zu dem ich gekommen bin, besteht außerdem eine klare zeitliche Trennung zwischen der Mindestpreisvereinbarung und dem ersten Ergebnis der Serie von Sitzungen der Klägerinnen,

von dem wir mit ausreichender Sicherheit ausgehen können, nämlich der Preisinitiative im ersten Halbjahr 1979. Zwar begannen die verschiedenen Sitzungen, die den Rahmen der späteren Zuwiderhandlungen bildeten, in einem gewissen zeitlichen Zusammenhang mit der Mindestpreisvereinbarung, doch sind konkrete, gesetzwidrige Ergebnisse dieser Sitzungen vor 1979 nicht bewiesen.

Nach meiner Meinung ist deshalb davon auszugehen, daß die Zuwiderhandlungen im Zusammenhang mit der Mindestpreisvereinbarung spätestens im Frühjahr 1978 beendet waren und ihre Ahndung deshalb wegen Verjährung ausgeschlossen ist. Infolgedessen sind, wie sich aus Teil III zur Frage der Geldbußen ergeben wird, die Geldbußen in gewissem Umfang herabzusetzen.

II — Die einzelnen Rechtssachen

In diesem Teil möchte ich teils die Beweislage für jede einzelne Klägerin, teils die einzelnen Ausführungen, die nur eine oder wenige Klägerinnen vorgetragen haben, behandeln. Ich werde nicht auf sämtliche Details des Vorbringens aller Klägerinnen eingehen, was kaum möglich ist, wenn sich die Schlußanträge — trotz allem — in einigermaßen vernünftigen Grenzen halten sollen. Dies gilt namentlich für die wirtschaftlichen Argumente und Ausführungen, die, wie ich schon dargelegt habe, nur begrenzten Wert für die Entscheidung haben können, ob ein Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 vorliegt. Gleiches gilt für die Beweislage, da ausführliche Erörterungen jedes Elements der verschiedenen Beweise als überflüssig angesehen werden müssen, wenn die entscheidenden Beweise klar und unzweideutig sind. Ich möchte daran erinnern, daß ich oben im Teil I F 5 zu der Frage der Beteiligung der kleineren Unternehmen an der Mindestpreisvereinbarung von 1977 Stellung genommen habe, weshalb ich darauf im Prinzip nicht mehr eingehen werde.

A — *Rhône-Poulenc* (Rechtssache T-1/89)

Rhône-Poulenc hat ihre Polypropylenaktivitäten unstreitig Ende 1980 veräußert. Sie gehört somit zu den Unternehmen, für die nur verhältnismäßig wenige unmittelbare Beweise vorliegen. Der zu beurteilende Zeitraum reicht vom Herbst 1979, ab dem der Beginn der Tätigkeit des Kartells — wie vorstehend im Teil I F 7 dargelegt — als bewiesen angesehen werden kann, bis Ende 1980. Der geringe Umfang des unmittelbaren Beweismaterials hat das Vorbringen der Parteien in dieser Sache besonders gekennzeichnet und gibt an und für sich Anlaß dazu, zu einem der wichtigsten Beweisprobleme in diesen Sachen, nämlich der beweisrechtlichen Bedeutung der Beteiligung an den Sitzungen selbst klar Stellung zu nehmen.

Ich halte die Beweise in dem Fall Rhône-Poulenc für schwächer als in den übrigen Fällen. An Beweisunterlagen gibt es nur einen Bericht über die Sitzung vom 26./27. September 1979 sowie die Tabellen über die Quotenregelungen, darunter der bei Atochem aufgefundene Vermerk über die in Frankreich produzierenden Hersteller. Darüber hinaus finden sich als Beweis die Angaben von ICI, daß Rhône-Poulenc an den Sitzungen des Kartells jedenfalls 1979 teilgenommen habe. Schließlich beruht die

Rechtssache auf verschiedenen Schlußfolgerungen aus den anderen Gegebenheiten des Falls. Die Rechtssache gibt somit Anlaß zu der Überlegung, welche Anforderungen an das Gewicht der Beweise zu stellen sind, über die die Kommission als Grundlage für eine Entscheidung verfügen muß. In diesem Zusammenhang ist von ganz besonderer Bedeutung, daß Wettbewerbssachen dieser Art in Wirklichkeit Strafcharakter haben, was natürlich dafür spricht, die Beweisanforderungen hoch anzusetzen. Auf der anderen Seite darf man die Bedeutung und das Gewicht indirekter Beweise nicht unterschätzen.

Rhône-Poulenc bestreitet, daß die Kommission über entscheidende Beweise gegen sie verfüge. Insbesondere betreffe der Großteil der vorliegenden Beweisunterlagen den Zeitraum nach dem Ausscheiden von Rhône-Poulenc aus dem Markt, so daß ihr die Beweise nicht entgegengehalten werden könnten. Die Beweisführung der Kommission, die Rhône-Poulenc eine Art rückwirkende Vermutung nennt, sei somit falsch. Die Kommission habe bei ihrer Entscheidung u. a. der Marktentwicklung nicht Rechnung getragen, da die Lage bis 1982 durch ein Ungleichgewicht und geringe Rentabilität geprägt gewesen sei, weshalb die Beurteilung des Verhaltens der Unternehmen vor und nach Ende 1980 nicht gleich sein dürfe. Schließlich habe die Kommission die Entwicklung des Kartells nicht berücksichtigt.

Zu den Beweisunterlagen für den Zeitraum, in dem Rhône-Poulenc auf dem Markt gewesen sei, trägt die Klägerin zunächst vor, daß der Bericht über die Sitzung vom 26./27. September 1979 bloß ein anonymer handschriftlicher Vermerk sei, der die Namen der Teilnehmer nicht nenne. Den Tabellen über die Quoten ließen sich keine entscheidenden Indizien für eine Vereinbarung entnehmen, an der Rhône-Poulenc beteiligt gewesen wäre. In diesem Zusammenhang weist Rhône-Poulenc zunächst darauf hin, daß die Kommission ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt habe, daß die Unternehmen AMOCO, Taqsa, Paular und BP, obwohl auch sie in diesen Tabellen genannt seien, nicht am Kartell beteiligt gewesen seien. Zum anderen könne man nicht, wie die Kommission es getan habe, etwas als „Quoten" qualifizieren, das in Wirklichkeit bloß ein Verkaufsziel gewesen sei, was im übrigen erkläre, daß diese Zahlen von Zeit zu Zeit im Hinblick auf den tatsächlichen Absatz während des Jahres geändert worden seien. Auf die Behauptung der Kommission, Rhône-Poulenc habe an den Chef- und Expertensitzungen seit 1979 teilgenommen, entgegnet die Klägerin, der einzige Beweis hierfür seien die Angaben von ICI dazu. Diese Angaben seien vage und allgemein gehalten und seien allein zum Nachweis einer Beteiligung von Rhône-Poulenc an den Sitzungen oder an dem angeblichen Kartell nicht ausreichend. Schließlich verweist die Klägerin darauf, daß irgendwelche anderen Beweise, die ihr Verhalten auf dem Markt bezeugten, etwa Preisinstruktionen oder ähnliches, nicht gefunden worden seien.

Die Kommission hält dem zunächst ihr Hauptargument entgegen, daß die Sitzungen, über die keine Berichte vorlägen, denselben Inhalt haben müßten wie die Sitzungen, deren Gegenstand uns bekannt sei. Die Kommission stützt also ihr Argument gerade auf die von Rhône-Poulenc beanstandete rückwirkende Vermutung. Die Kommission beruft sich hierfür namentlich auf

die Angaben von ICI, wonach das Konzept der Zielpreise 1978 entwickelt worden sei und das Kartell jedenfalls ab 1979 voll funktioniert haben müsse. Die aufgefundenen Tabellen sähen nicht so aus, als enthielten sie genaue Zahlen für AMOCO und Hercules; in einem Bericht über eine spätere Sitzung seien die Zahlen für AMOCO als Mutmaßungen bezeichnet worden. Zu den Tabellen für das Jahr 1980 weist die Kommission außerdem darauf hin, daß die Quote, die den Dokumenten zufolge Rhône-Poulenc zugeteilt worden sei, genau der tatsächlichen Absatzmenge entsprochen habe (2,97 % gegenüber 2,98 % eines Marktes, der ursprünglich auf 1 382 Kilotonnen veranschlagt war, aber nur 1 207,9 Kilotonnen erreichte). Die Kommission sieht hierin ein Verhalten, das zeige, daß Rhône-Poulenc die eingegangenen Vereinbarungen ernstgenommen habe. Die Beteiligung von Rhône-Poulenc an den Sitzungen sei durch die Angaben von ICI sowie durch die Tatsache bewiesen, daß Rhône-Poulenc ihre Beteiligung an den Sitzungen niemals bestritten habe.

Der Fall von Rhône-Poulenc gibt wie gesagt im Hinblick auf die Beweisführung namentlich zu Überlegungen Anlaß, inwieweit die Teilnahme an den Sitzungen selbst zusammen mit einzelnen weiteren Indizien als ausreichender Nachweis einer Beteiligung an dem Kartell angesehen werden kann.

Was die Teilnahme selbst angeht, so hat Rhône-Poulenc den Angaben von ICI zufolge jedenfalls seit 1979 regelmäßig teilgenommen. Weder Rhône-Poulenc noch andere konnten eine Erklärung dafür geben, warum ICI solche Angaben gemacht haben sollte, wenn sie nicht dafür einstehen zu können geglaubt hätte. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, daß ICI ihre Mitbewerber in diesem Zusammenhang hätte anschwärzen wollen, und man darf wohl eher davon ausgehen, daß sie die Fragen der Kommission vorsichtig beantwortet hat. Zu der Verläßlichkeit der Angaben von ICI ist außerdem zu bemerken, daß die meisten der übrigen Klägerinnen, die ICI zufolge an den Sitzungen teilnahmen, ihre von ICI mitgeteilte Teilnahme tatsächlich zugegeben haben. Dagegen steht allein die Behauptung von Rhône-Poulenc, ihre Teilnahme sei durch die Angaben von ICI nicht bewiesen. Rhône-Poulenc hat ihre Beteiligung jedoch nicht bestritten. Selbst wenn Rhône-Poulenc, wie ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte zu entnehmen ist, keinen der Angestellten mehr beschäftigt, die seinerzeit für die Polypropylenproduktion zuständig waren, hätte man zumindest erwarten können, daß sie selbst die Frage so gründlich untersucht hätte, daß sie es hätte wagen dürfen, ihre Teilnahme an den Sitzungen zu bestreiten. In diesem Fall hätte die Kommission die Möglichkeit gehabt, weitere Nachforschungen anzustellen, um den Widerspruch des Unternehmens zu bestätigen oder zu entkräften. Ein bloß passives Verhalten ist meiner Meinung nach nicht ausreichend, wenn Angaben vorliegen, die verläßlich für eine Beteiligung sprechen. Ich halte es deshalb für vertretbar, davon auszugehen, daß Rhône-Poulenc an den Sitzungen von 1979 bis Ende 1980 teilgenommen hat.

Im Fall von Rhône-Poulenc bietet neben den Angaben in den Quotentabellen nur ihre Teilnahme an den Sitzungen einen Anhaltspunkt für ihre Beteiligung an dem Kartell. Wie ich in der Einleitung dieser Schlußanträge ausgeführt habe und wie es der amerikanischen Rechtsprechung ent-

spricht[97], reicht die Teilnahme an einem Treffen, bei dem andere eine ungesetzliche Vereinbarung schließen, für den Nachweis der Beteiligung an den Rechtsverstößen im allgemeinen nicht aus. In der Regel läßt sich plausibel erklären, daß man zu dem Treffen nicht in der Absicht gekommen sei, sich an einem Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln zu beteiligen. Nach meiner Meinung läßt sich aber eine solche Teilnahme an mehr als einem oder eventuell ganz wenigen Treffen nur schwer erklären, ohne daß der Verdacht der Beteiligung an den Rechtsverstößen der anderen Sitzungsteilnehmer die Oberhand gewinnt. Wenn außerdem keine Angaben gemacht worden sind, die eine vernünftige andere Erklärung liefern, was der Sinn der Beteiligung an den Sitzungen gewesen sei, und wenn Rhône-Poulenc — im Unterschied zu AMOCO und BP — mit genauen Zahlen genannt ist, halte ich es für vertretbar, davon auszugehen, daß Rhône-Poulenc am Kartell von seinem Beginn im Herbst 1979 bis Ende 1980, als das Unternehmen den Markt verließ, beteiligt gewesen ist.

Insbesondere im Hinblick auf die von der Kommission genannten Preisinitiativen, von denen, solange Rhône-Poulenc auf dem Markt war, angeblich nur die Initiative von Juli bis Dezember 1979 durchgeführt worden ist, macht das Unternehmen geltend, daß es keinerlei Unterlagen für seine Teilnahme und nicht einmal Indizien hierfür gebe. Sein Verhalten sei in Wirklichkeit vollkommen unbekannt.

Dem hält die Kommission entgegen, daß Rhône-Poulenc, die an geheimen Sitzungen teilgenommen habe, auf denen Zielpreise vereinbart worden seien, sich nicht ihrer Verantwortung für die Beteiligung an dem Kartell entziehen könne, bloß weil in ihrem Fall keine schriftlichen Preisinstruktionen gefunden worden seien. Außerdem sprächen die vorliegenden Informationen über die Einhaltung des Quotensystems durch Rhône-Poulenc dafür, daß sie an den Sitzungen nicht ohne jede Gegenleistung teilgenommen habe und daß das Verhalten des Unternehmens dem Vereinbarten entsprochen habe. Im übrigen könne man die Quoten- und Preisregelungen nicht getrennt betrachten.

Zu den Ausführungen von Rhône-Poulenc ist zunächst festzustellen, daß die Tatsache, daß ein Verhalten unbekannt ist, natürlich nicht bedeutet, daß ein mit den eingegangenen Vereinbarungen übereinstimmendes Verhalten nicht vorgelegen haben kann. Wie die Kommission ausgeführt hat, gibt es außerdem wesentliche Anhaltspunkte dafür, daß Rhône-Poulenc die für sie 1980 festgesetzten Quoten tatsächlich eingehalten hat. Aufgrund dessen und unter Berücksichtigung der Teilnahme von Rhône-Poulenc an den Sitzungen läßt sich meines Erachtens nicht ernsthaft bezweifeln, daß Rhône-Poulenc von dem Wissen Gebrauch gemacht hat, das ihr durch die Sitzungen vermittelt worden war.

Bezüglich des Grades ihrer Beteiligung deutet nichts darauf hin, daß Rhône-Poulenc besonders aktiv oder besonders zurückhaltend gewesen wäre.

Ein Argument von Rhône-Poulenc, das in gewisser Weise mit der Beweislage zusammenhängt, ist ihre Behauptung, die Kommission habe gegen den Gleichheitsgrund-

97 — Vgl. Anmerkung 92; vgl. auch Generalanwalt Sir Gordon Slynn in der Rechtssache SA Musique Diffusion Française u. a./Kommission (Fußnote 2).

satz verstoßen, indem sie im Fall von Rhône-Poulenc von einer Beteiligung an dem Kartell ausgegangen sei, während sie BP und AMOCO nicht weiterverfolgt habe, obwohl sie gegen diese Unternehmen bessere Beweise gehabt habe als gegen die Klägerin.

Demgegenüber erklärt die Kommission, daß für ihre Beweiswürdigungen entscheidend gewesen sei, daß die Teilnahme der genannten Unternehmen an den Sitzungen des Kartells nicht nachweisbar gewesen sei und sie daher der Ansicht gewesen sei, trotz eines gewissen Verdachts das Verfahren gegen diese Unternehmen einstellen zu müssen.

Ich halte den Standpunkt von Rhône-Poulenc nicht für richtig. Unabhängig davon, ob die Kommission durch die Klage eines dazu Berechtigten gezwungen werden könnte, ein Verfahren gegen BP und AMOCO durchzuführen — was an sich außerordentlich zweifelhaft ist —, kann die Nichtverfolgung dieser Unternehmen im Regelfall keine Reflexwirkungen zugunsten der anderen hervorrufen. In der vorliegenden Sache sind AMOCO und BP auf der einen und Rhône-Poulenc auf der anderen Seite aufgrund des Beweismaterials, das für beide Seiten vorliegt, keine vergleichbaren Fälle. Außerdem ist nicht einmal geltend gemacht worden, daß die Verfolgung einiger Unternehmen durch die Kommission und die Nichtverfolgung anderer auf etwas anderem als auf sachlichen Gründen beruhe. Wenn sachfremde Gründe ausgeschlossen werden können, muß der Kommission nach meiner Meinung ein weites Ermessen bei der Frage eingeräumt werden, welche Verfahren sie für durchführbar hält und welche nicht. In den Polypropylensachen hat die Kommission die Grenze beim Beweis für die Teilnahme an Sitzungen gezogen und deshalb gemeint, daß Verfahren gegen BP und AMOCO nicht erfolgreich sein könnten. Ein solches Ermessen bei Beweisfragen liegt klar innerhalb des Ermessensspielraums der Kommission, auch wenn andere vielleicht meinen, daß die Verfahren hätten durchgeführt werden können. Im übrigen scheint mir die Einschätzung der Kommission vernünftig. Ich meine deshalb, daß das Vorbringen von Rhône-Poulenc in dieser Hinsicht zurückzuweisen ist.

Schließlich hat Rhône-Poulenc geltend gemacht, daß die Begründung der Entscheidung in ihrem Fall unzureichend sei, da die Kommission nicht berücksichtigt habe, daß das Kartell sich im Laufe seiner Existenz entwickelt habe, und Rhône-Poulenc somit zu Unrecht für Handlungen zur Rechenschaft gezogen habe, die erst nach ihrem Ausscheiden aus dem Markt vorgenommen worden seien.

Die Berechtigung dieses Arguments ist schwer erkennbar. Die Entscheidung ist natürlich so zu lesen, daß den Unternehmen vorgeworfen wird, an den Handlungen beteiligt gewesen zu sein, die in der Zeit ausgeführt wurden, als sie an dem Kartell beteiligt waren; so gibt es nach den vorliegenden Erkenntnissen auch keinen Grund für die Annahme, daß die Kommission etwas anderes gemeint hätte.

B — *Petrofina* (Rechtssache T-2/89)

Aus meinen vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß ich mit der Kommission darin übereinstimme, daß ein schwerwiegender Beweis gegen ein Unternehmen seine Teilnahme an Sitzungen ist, auf denen mit Sicherheit wettbewerbsbeschränkende Maß-

nahmen erörtert wurden. Soweit sich eine regelmäßige Teilnahme nicht feststellen läßt, bedarf es anderer gewichtiger Anhaltspunkte für eine Beteiligung an dem Kartell. Ebenso wie bei Rhône-Poulenc wirft die Frage nach der Teilnahme an Sitzungen im Fall von Petrofina gewisse Probleme auf.

Wie in Randnummer 78 Absatz 7 der Entscheidung ausgeführt wird, betrieb Petrofina von Anfang 1980 bis März 1982 zusammen mit der Montedipe SpA die Produktionsanlage in Feluy in Belgien. Die Zusammenarbeit erfolgte durch die in gemeinsamem Besitz befindliche Gesellschaft Montefina. Im März 1982 übernahm Petrofina selbst den Absatz ihres Produktionsanteils durch ihre eigene Verkaufsabteilung für chemische Produkte.

Petrofina hat in ihren Schriftsätzen die Teilnahme an Sitzungen von Mai 1982 bis zum Ende der Sitzungen im September 1983 zugegeben. Für die Zeit von März bis Mai 1982 ist nicht ganz klar, welchen Standpunkt Petrofina einnimmt. In ihrer Antwort vom 12. Januar 1984 auf das Auskunftsverlangen der Kommission erklärt sie, daß Mitarbeiter des Unternehmens „ab März 1982" an den Sitzungen teilgenommen hätten. In einer Anlage zu ihrem Antwortschreiben zählt Petrofina dann Sitzungen zwischen Mai 1982 bis September 1983 auf, an denen sie teilgenommen hat, beginnend mit einer Sitzung vom 18. Mai 1982, wobei sie ebenfalls die Mitarbeiter angibt, die das Unternehmen vertreten haben. Aufgrund dessen ließe sich annehmen, daß Petrofina an den Sitzungen vom März 1982 teilgenommen hat, ohne daß sie im einzelnen hat angeben können, wer teilgenommen hatte. Auf der anderen Seite bestreitet Petrofina ausdrücklich, daß sie auf einer Sitzung vertreten gewesen sei, die nach Randnummer 58 Absatz 2 der Entscheidung am 10. März 1982 stattfand. Es liegen uns keine Unterlagen vor, die das Gegenteil bewiesen.

Die Situation vor März 1982 ist ziemlich unklar. In ihrer Antwort vom 12. Januar 1984 führt Petrofina an, sie sei aufgrund ihrer Zusammenarbeit mit der Montedipe SpA nicht dazu befugt gewesen, allein für die Montefina Verpflichtungen einzugehen, und man könne deshalb nicht im Namen dieser Gesellschaft sprechen. Bezüglich einer oder zweier bestimmter Sitzungen, nämlich der Sitzungen im Januar 1981, über die Berichte vorliegen (vgl. Randnr. 33 Absatz 3 der Entscheidung), hat Petrofina auf eine Frage des Gerichts geantwortet, daß sie nach einer neuerlichen Überprüfung an diesen Sitzungen offensichtlich nicht teilgenommen habe.

Die Kommission hat auf eine entsprechende Frage des Gerichts geantwortet, daß in der genannten Randnummer 33 Absatz 3 aus Versehen Petrofina als Teilnehmerin an diesen Sitzungen angeführt worden sei. Bezüglich der eventuellen Teilnahme von Petrofina in diesem Zeitraum sagt die Kommission im übrigen in Randnummer 78 Absatz 7 der Entscheidung, daß sich nicht sicher feststellen lasse, daß das Unternehmen vor März 1982 getrennt vertreten gewesen sei.

Berücksichtigt man, daß die Kommission nicht direkt behauptet, daß Petrofina auf den Sitzungen im Januar 1981 oder auf den übrigen Sitzungen bis März 1982 vertreten gewesen sei, und daß die Ausführungen von Petrofina wohl fast als ein Bestreiten aufzufassen sind, sollte das Gericht nach meiner Meinung davon ausgehen, daß Mitarbeiter

von Petrofina an diesen Sitzungen nicht teilgenommen haben. Man hätte zumindest erwarten dürfen, daß die Kommission auf die Antwort von Petrofina, sie könne nicht im Namen von Montefina sprechen, näher untersucht hätte, was mit dieser Antwort gemeint war.

Bezüglich der Sitzungen von März bis Mai 1982 ist nach dem Eingeständnis von Petrofina in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vermutlich davon auszugehen, daß sie ab März 1982 an den Sitzungen (mit Ausnahme der Sitzung vom 10. März 1982) teilgenommen hat.

Die Kommission meint jedoch, Petrofina sei auch in der Zeit von Anfang 1980 bis März 1982 an den verschiedenen Kartellregelungen beteiligt gewesen; in Randnummer 78 Absatz 7 der Entscheidung deutet sie an, daß Petrofina durch ihre Zusammenarbeit mit der Montedipe SpA in der Fabrik in Feluy auf den Sitzungen mittelbar vertreten gewesen sein könne.

Die Kommission stützt ihre Ansicht, daß Petrofina an dem Kartell beteiligt oder für das Geschehen von 1980 bis März 1982 mitverantwortlich sei, auf zwei verschiedene Argumente. Wie sich aus Randnummer 102 Absatz 3 der Entscheidung ergibt, macht die Kommission in erster Linie geltend, daß das Unternehmen ab 1980 ein eigenständiger Teilnehmer an dem Kartell gewesen sei. Hilfsweise vertritt die Kommission jedoch die Auffassung, daß das Unternehmen für Montefinas Beteiligung am Kartell bis März 1982 mitverantwortlich sein müsse.

In der Mitteilung der individuellen Beschwerdepunkte gegen Petrofina heißt es dazu, daß die beiden Muttergesellschaften, das heißt Petrofina und Montedipe, insoweit verantwortlich seien, als die Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts (vor März 1982) von Montefina begangen worden seien. Ein entsprechender Passus findet sich im übrigen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte an Montedipe.

Es fehlt jedoch vollkommen die Feststellung, daß Montefina auf den Sitzungen selbständig vertreten gewesen sei und auf diese oder eine andere Weise eine Verantwortlichkeit der Muttergesellschaften begründet habe. Es ist auch nichts dazu vorgetragen worden, daß Montefina die Muttergesellschaften direkt vertreten habe, obwohl wie gesagt die erste Antwort von Petrofina ein weiteres Nachfragen der Kommission fast bedingte. Aufgrund dessen muß es zulässig sein, den von der Kommission hilfsweise vertretenen Standpunkt ganz außer acht zu lassen. Eine dritte Möglichkeit hat das Gericht in der mündlichen Verhandlung als Frage an die Kommission genannt, nämlich ob die Kommission meine, daß Montedipe durch die Zusammenarbeit bei der Montefina auch Petrofina vertreten habe. Das Gericht erhielt darauf keine rechte Antwort.

Somit ist festzustellen, daß es außerordentlich unsicher ist, wie — und ob überhaupt — Petrofina auf den Sitzungen vertreten war oder welche Verbindung sie sonst zu diesen hatte.

Die Kommission hat das übrige Beweismaterial, auf das sie ihre Annahme, Petrofina sei an dem Kartell bereits ab 1980 beteiligt gewesen, stützt, in ihrer Antwort auf die schriftliche Frage 33 des Gerichts zusammengefaßt. Danach beruft sich die Kommission im wesentlichen auf die Anlage 60 der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte, wo es u. a. heißt: „1980 Ziel (auf der Grundlage von 1979 + Petrofina berichtigt)". Nach Meinung der Kommission zeigt dies, daß Petrofina ab 1980 beteiligt gewesen sei und daher auch an den nach Anfang 1980 durchgeführten Preisinitiativen teilgenommen haben müsse. Außerdem seien Petrofina in dem genannten Zeitraum besondere Quoten zugewiesen worden, die also nicht mit den Quoten von Montedipe zusammengefaßt gewesen seien.

Wenn also wie oben beschrieben die Verbindung von Petrofina zu den Sitzungen vollständig unklar bleibt, halte ich die von der Kommission angeführte Beweisgrundlage für so dürftig, daß das Gericht meines Erachtens zu dem Ergebnis kommen muß, daß sich eine Beteiligung von Petrofina an dem Kartell vor März 1982 nicht feststellen läßt. Da Petrofina mit Montedipe bis zu dem genannten Zeitpunkt zusammengearbeitet hatte, ist es wohl nicht undenkbar, daß sie auf die eine oder andere Weise beteiligt gewesen ist; es liegen aber in der Tat nicht die geringsten Beweise hierfür vor.

Bezüglich des verbleibenden Zeitraums, das heißt ab März 1982 bis November 1983, macht Petrofina geltend, daß sie zwar an den Sitzungen teilgenommen habe, aber nur passiv und in der Absicht, Informationen zu sammeln, die für ihre Wettbewerbsmöglichkeiten von Bedeutung gewesen seien.

Es liegen nur zwei schriftliche Preisinstruktionen von Petrofina vor, die erklärt, daß die übrigen Preisinstruktionen den Verkäufern des Unternehmens mündlich erteilt worden seien.

Daß Preisinstruktionen nicht schriftlich erteilt werden, bedeutet jedoch nicht, daß sie überhaupt nicht erteilt worden sind. Feststellungen über den Inhalt mündlicher Preisinstruktionen sind hier nur nicht als Beweise einbezogen. Sie können mit den schriftlichen Instruktionen, die von anderen Unternehmen versandt wurden, genau übereingestimmt haben oder völlig anders gewesen sein. Mit den Aufklärungsmitteln, die der Kommission nach den Gesetzen zur Verfügung stehen, hat sie kaum große Möglichkeiten, sicher aufzuklären, was die mündlichen Instruktionen beinhalteten. Petrofina hat andererseits jedoch nichts vorgetragen, um ihre Behauptung zu untermauern, daß sie völlig unabhängig von Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen der übrigen Unternehmen gehandelt habe. Die Tatsache, daß ein Unternehmen, wie Petrofina vorträgt, zu Preisen verkaufte, die unter den Zielpreisen lagen, ist wie oben dargelegt kein Gegenbeweis gegenüber der Behauptung, daß eine Beteiligung an einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise vorgelegen habe. Hierzu ist zu verlangen, daß das Unternehmen im einzelnen dartut, daß es nicht einmal versucht habe, einen vereinbarten oder abgestimmten Zielpreis als eigenes Ziel anzuwenden, und auch sonst sein Marktverhalten nicht von den Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen habe beeinflussen lassen.

Das Fehlen schriftlicher Preisinstruktionen allein läßt sich somit nicht dafür anführen, daß ein Unternehmen am Kartell nicht beteiligt gewesen sei.

In der vorliegenden Sache liegen wie gesagt zwei Preisinstruktionen vor. Die erste stammt vom 11. März 1982, also dem Tag nach der Sitzung, für die davon auszugehen ist, daß das Unternehmen nicht daran teilgenommen hat. Petrofina meint, sie habe zu Recht erwarten dürfen, daß die Kommission das Dokument nicht gegen sie verwende, da es weder bei den Dokumenten gewesen sei, die ihr zusammen mit dem Schreiben der Kommission vom 29. März 1985 übersandt worden seien, noch in der Entscheidung oder ihren Anlagen genannt sei. Hierzu ist bloß zu bemerken, daß die Anlage mit der Mitteilung der individuellen Beschwerdepunkte übersandt wurde, in der die Anlage ausdrücklich gegen die Klägerin angeführt wurde; im übrigen deutet nichts darauf hin, daß die Kommission von der Geltendmachung der Anlage Abstand genommen hätte. Daß die Anlage nicht zusammen mit dem Schreiben vom 29. März 1985 übersandt wurde, erklärt sich natürlich daraus, daß die Kommission sich als Beweis für das Kartell nicht ausdrücklich auf eine Preisinitiative zum 1. April 1982 berufen hat. Es steht jedoch fest, daß die Preisinstruktion von Petrofina dem Inhalt des Sitzungsberichts vom 10. März 1982 entspricht. Wenn ein Unternehmen generell an den Sitzungen teilgenommen hat, ist es, wie die Kommission in Randnummer 83 der Entscheidung ausführt, nicht entscheidend, ob es vielleicht aus zufälligen, praktischen Gründen einer einzelnen Sitzung ferngeblieben ist. Es lag ja in aller Interesse, dafür zu sorgen, daß die Abwesenden über den Sitzungsverlauf unterrichtet wurden. Ob ein Dokument, das einen in der Entscheidung nicht ausdrücklich genannten Sachverhalt betrifft, überhaupt gegen das Unternehmen verwendet werden darf, ist zwar zweifelhaft, aber seine Existenz spricht jedenfalls nicht gegen die Ansicht der Kommission. Inhaltlich ist zu dem Dokument nicht viel mehr zu sagen, als was ich in meinen allgemeinen Bemerkungen über die Preisinitiativen ausgeführt habe. Es enthält einen Listenpreis, der für die Verkaufsverhandlungen mit den Kunden einen gewissen Spielraum bietet. Daß nicht zu Listenpreisen verkauft wird, ist allgemein üblich, doch bedeutet dies ja nicht, daß es nicht der angestrebte Preis war.

Die zweite schriftliche Preisinstruktion wurde am 20. Juli 1983 erteilt. Sie enthielt die Anweisung, daß mit sofortiger Wirkung Preise zu verlangen seien, die offenkundig den auf einer Sitzung am 1. Juni 1983 vereinbarten entsprachen. In der fernschriftlichen Mitteilung wird auf technische Probleme verwiesen, durch die die Produktion ins Stocken geraten sei. Petrofina bestreitet jeden Zusammenhang zwischen der fernschriftlichen Mitteilung und eventuellen Vereinbarungen aufgrund des Treffens vom 1. Juni. Die Mitteilung habe den Verkauf nur bremsen sollen, was also durch eine Anhebung des Preises über den seinerzeitigen Marktpreis erfolgt sei. Die Kommission bestreitet diese Erklärung insoweit nicht, verweist aber darauf, daß die Preisinstruktion jedenfalls mit dem Betrag übereinstimme, dessen Durchsetzung zum 1. Juli 1983 auf der Sitzung vom 1. Juni 1983, an der Petrofina teilgenommen habe, vereinbart worden sei.

Nach den vorliegenden Erkenntnissen ist davon auszugehen, daß Petrofinas schriftliche Preisinstruktion aus dem von ihr genannten Grund verschickt wurde. Jedoch steht fest, daß die Preisinstruktion die Anweisung enthielt, den Preis anzuwenden, der auf der Sitzung vom 1. Juni vereinbart worden war. Selbst wenn sich das Dokument also kaum dafür hernehmen läßt, daß Petrofina den angeführten Preis nur mitgeteilt habe, weil er auf der Sitzung vereinbart worden sei, spricht diese Preisinstruktion auch nicht gegen die Auffassung der Kommission. Dem Dokument kann somit insgesamt kaum Bedeutung beigemessen werden.

Selbst wenn man vielleicht nicht allzuviel Gewicht auf die beiden schriftlichen Preisinstruktionen an sich legen kann, steht Petrofinas Beteiligung aufgrund des übrigen Beweismaterials meiner Meinung nach außer Frage. Petrofina gehört zu den Unternehmen, die ihre Anwesenheit bei den Sitzungen damit erklären, daß sie zur Teilnahme gezwungen gewesen sei, um die notwendigen Informationen zu bekommen, um als Newcomer im Wettbewerb zu bestehen. Ganz abgesehen von der möglichen Frage nach der Verantwortung für die rein passive Entgegennahme von Informationen in einer solchen Situation wirkt diese Erklärung ganz einfach nicht glaubhaft. Daß eine rein passive Rolle nicht die geringste Spur in dem schriftlichen Beweismaterial hinterlassen haben soll, ist so wenig wahrscheinlich, daß die Erklärung zurückzuweisen ist.

Mit einem Bild, das in der mündlichen Verhandlung im Zusammenhang mit der Erörterung der Behauptung einiger Unternehmen, nur eine ganz passive Rolle gespielt zu haben, gebraucht wurde, läßt sich sagen, daß es nun einmal nicht wahrscheinlich ist, daß eine Gruppe von Führungskräften der Wirtschaft aus verschiedenen EG-Ländern jedes Mal zusammen um einen Tisch sitzt und wie eine Gruppe Vogelforscher bloß auf Laute lauscht, die nicht kommen.

Das Beweismaterial spricht denn auch gegen eine solche Annahme im Fall von Petrofina. Die Dokumente enthalten Angaben über Petrofinas Beteiligung sowohl bei Preisinitiativen und Mengenzielen als auch bei der Kundenführung.

Meiner Meinung nach ist somit festzustellen, daß Petrofina an dem Kartell teilgenommen hat, allerdings nur von März 1982 bis zu dessen Ende etwa im November 1983.

C — *Atochem* (Rechtssache T-3/89)

Nach Artikel 1 der Entscheidung soll Atochem an dem Kartell spätestens ab 1978 bis zu dessen Ende beteiligt gewesen sein. Dieser Teil der Entscheidung stimmt schlecht mit der Begründung überein, die die Kommission in Randnummer 105 Absatz 2 der Entscheidung gegeben hat, in der sie Atochem der Enichem Anic SpA, der BASF AG, der DSM NV und der Hüls AG gleichstellt. Insoweit ist die Begründung fehlerhaft. Da die Verstöße des Kartells gegen Artikel 85 Absatz 1 jedoch nach meiner Beweiswürdigung nicht vor Herbst 1979 als bewiesen angesehen werden können, hat der Fehler keine Bedeutung.

Atochem räumt ein, an einigen Sitzungen mit anderen Polypropylenherstellern zwischen 1978 und 1983 teilgenommen zu haben, bestreitet aber jegliche Beteiligung an Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1. Atochem macht geltend, daß sie sich als Newcomer auf dem Markt jedwede Information habe verschaffen müssen, darunter auch solche, die auf den Herstellersitzungen mitgeteilt worden seien, ohne sich dabei aber an irgendeine Vereinbarung über Preise oder Mengen zu binden. Atochem wird von ICI als regelmäßiger Teilnehmer in dem gesamten Zeitraum genannt.

Atochem verschickte schriftliche Preisinstruktionen, die mit den Vorgaben auf den Herstellersitzungen übereinstimmen; für

ihre Beteiligung an Quotenregelungen und Kundenführungssystemen liegen dieselben Beweise vor wie bei den übrigen Unternehmen.

Atochem hat insbesondere geltend gemacht, daß die von ihr erteilten schriftlichen Preisinstruktionen auf der Grundlage von Informationen ausgearbeitet worden seien, die sie durch die Lektüre der European Chemical News erhalten habe. Dem hält die Kommission entgegen, daß nicht entscheidend sei, wer zuerst eine Preiserhöhung angekündigt habe, sondern wie sie beschlossen worden sei.

Insoweit ist der Kommission meiner Meinung nach Recht zu geben. Bei den Preisinitiativen, die 1979 und später beschlossen wurden, ging es nicht wie im Jahr 1977 darum, daß eine kleine Gruppe von Herstellern auf eigene Faust möglicherweise einige Beschlüsse gefaßt hatte, denen sich die übrigen anschlossen, nachdem sie darüber in der Fachpresse gelesen hatten. Vielmehr war die Situation, wie sich aus dem Beweismaterial klar ergibt, so, daß auf den Sitzungen Beschlüsse gefaßt oder ein Einvernehmen über die Zielpreise hergestellt wurde, die anschließend u. a. der Öffentlichkeit über die Fachpresse mitgeteilt wurden.

Nach alledem meine ich, daß ausreichend Beweise vorliegen, um festzustellen, daß Atochem an dem Kartell vom Herbst 1979 bis zu dessen Ende im Herbst 1983 beteiligt war.

D — *BASF AG* (Rechtssache T-4/89)

Zusammen mit der DSM NV und der Hüls AG wird die BASF AG in Artikel 1 der Entscheidung als Teilnehmer des Kartells von einem Zeitpunkt zwischen 1977 und 1979 bis Herbst 1983 genannt. Wenn das Gericht wie ich davon ausgehe, daß die Aktivitäten des Kartells erst ab Herbst 1979 als ein Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 angesehen werden können, fällt ein wesentlicher Teil des Streits in dieser Sache über den Zeitpunkt des Beginns der Beteiligung von BASF fort.

In ihrer Antwort auf das Auskunftsverlangen der Kommission trägt BASF vor, daß ihre Mitarbeiter an Sitzungen vor dem 1. Januar 1980 nur sporadisch teilgenommen hätten. Für die Zeit danach gibt BASF für 1981 vier Sitzungen, an denen sie teilgenommen habe, und eine größere Anzahl Sitzungen für Juni 1982 und später an. In ihrer Klageschrift bezeichnet BASF ihre Teilnahme vor Juni 1982 als gelegentlich.

Nach meiner Meinung sollte man nicht allzuviel Gewicht darauf legen, wie BASF ihre Teilnahme an den Sitzungen vor Juni 1982 in ihren Schriftsätzen charakterisiert. Außerdem ist die Beteiligung der Klägerin am Kartell ab Herbst 1979 auf andere Weise belegt, nämlich durch die Preisinstruktionen, anhand deren die Kommission die Zusammenarbeit nachgewiesen hat, die sich aus den auf den Sitzungen beschlossenen Vereinbarungen oder der dort vorgenommenen Abstimmung der Verhaltensweisen ergab. Schließlich hat ICI ohne zeitliche

Einschränkung angegeben, daß die Klägerin an den Sitzungen teilgenommen habe. Jedenfalls muß der Schluß zulässig sein, daß die Teilnahme an den Sitzungen ausreichte, um BASF Gelegenheit zu geben, den Vorgängen auf den Sitzungen zu folgen und sich danach einzurichten.

Bei den Mengenzielen ist aufgrund der vorgelegten Tabellen klar, daß die BASF AG gleichrangig mit den übrigen beteiligt gewesen ist. Die Behauptung von BASF, an keinem Kundenführungssystem beteiligt gewesen zu sein, ist offensichtlich nicht haltbar. Darüber hinaus scheint Arenz von BASF der erste gewesen zu sein, der darauf aufmerksam machte, wie gefährlich es wäre, falls alle Unternehmen gleichzeitig denselben Preis verlangten, wenn sich ein Kunde an sie wandte. Dem Bericht über die Sitzung im September 1982 zufolge, auf der dies gesagt wurde, einigte man sich darauf, daß andere als der Hauptlieferant des einzelnen Kunden zu einem Verkaufspreis anbieten sollten, der wenige Pfennig über dem seinerzeit vereinbarten Preis von 2,00 DM lag. Die Berichte über die späteren Treffen zeigen, daß BASF ebenso wie die übrigen an Versuchen beteiligt war, die Folgen einzudämmen, die entstehen könnten, wenn Kunden sich dahin wandten, wo sie die günstigsten Preise erzielen konnten.

Aufgrund dessen läßt sich meines Erachtens feststellen, daß die BASF AG vom Herbst 1979 bis zum Herbst 1983 an dem Kartell teilgenommen hat, und zwar gleichrangig mit den übrigen Unternehmen, wie die Kommission behauptet hat.

E — *Enichem Anic SpA* (Rechtssache T-6/89)

Anic hat ihre Teilnahme an den Herstellersitzungen jedenfalls ab Herbst 1979 eingeräumt. Dagegen ist sehr unsicher, ab wann sie nicht mehr an den Sitzungen teilnahm. In ihrer Antwort auf das Auskunftsverlangen der Kommission schreibt sie, daß sie erstmals zu einem Zeitpunkt an den Herstellersitzungen teilgenommen habe, der vermutlich von dem der Einführung der Sitzungen nicht weit weg liege. In Randnummer 19 Absatz 1 der Entscheidung wird angeführt, daß Anic seit etwa Mitte oder Ende 1982 an den Sitzungen nicht mehr teilgenommen habe, nachdem ihre Polypropylenaktivitäten von Montedipe übernommen worden seien. Die Kommission meint jedoch, daß Anics Beteiligung am Kartell bis Ende 1982 oder Anfang 1983 gedauert habe (vgl. Artikel 1 der Entscheidung).

Anic trägt in ihrer Antwort auf das Auskunftsverlangen der Kommission vor, daß sie letztmals an einer Sitzung im Oktober 1982 in Zürich teilgenommen habe. Später hat sie erklärt, daß diese Angabe auf einem Irrtum beruhe und daß sie wahrscheinlich ab Anfang 1982 nicht mehr an Sitzungen teilgenommen habe.

In einem Bericht über ein Treffen im Mai 1982 heißt es, daß Anic/SIR nicht mehr kämen. In einem Sitzungsbericht vom September 1982 wird von Anic als von einem Problem gesprochen. Es wird darauf hingewiesen, daß Druck ausgeübt werden müsse und Zacchi (Monte) gebeten worden sei, Morioni dazu zu bringen, mit Corradini (Anic) zu sprechen. In einem Bericht über die Sitzung vom 2. November 1982 heißt es im

Zusammenhang mit der Situation in Italien, daß Monte zufolge Anic zusammen mit SAGA, AMOCO und BP Anlaß zur Sorge gebe.

Wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, liegen kaum Beweise für eine Teilnahme von Anic an Treffen nach Mitte 1982 vor; jedenfalls scheint die Bemerkung im Sitzungsbericht vom Mai 1982, daß Anic nicht mehr teilnehme, durch andere Beweise nicht widerlegt zu sein. Möglicherweise hat Anic Informationen geliefert, die dazu beitragen sollten, eine Quotenvereinbarung für 1983 zustande zu bringen, doch bietet das Beweismaterial meiner Meinung nach nicht genügend Anhaltspunkte dafür, daß Anic an den Tätigkeiten des Kartells nach Mitte 1982 beteiligt gewesen ist. Somit ist davon auszugehen, daß Anic vom Herbst 1979 bis Mitte 1982 und nicht, wie die Kommission behauptet, bis Ende 1982 oder Anfang 1983 beteiligt gewesen ist.

In der Zeit bis Mitte 1982 ist die Beteiligung von Anic an den Preisinitiativen des Kartells im wesentlichen durch ihre Teilnahme an den Sitzungen belegt. Wie ich in dem Abschnitt über Rhône-Poulenc dargelegt habe, muß der Beweis in der vorliegenden Situation als ausreichend angesehen werden, in der die Teilnahme an vielen Sitzungen über einen längeren Zeitraum ohne Beteiligung an den Maßnahmen, über die in den Sitzungen entschieden wurde, schwer vorstellbar ist. Im übrigen gibt es entgegen der Ansicht von Anic keine Anhaltspunkte dafür, daß Handlungen, die Anic zugeschrieben werden, ebensogut von Vertretern von SIR hätten vorgenommen worden sein können. Anic bestreitet ja in Wirklichkeit ihre eigene Beteiligung nicht, und in den meisten Tabellen, die aufgefunden wurden, werden diese beiden Unternehmen denn auch getrennt genannt. Daß Anic und SIR im Sitzungsbericht vom Mai 1982 zusammen genannt werden, bedeutet wahrscheinlich, daß keines der Unternehmen länger an den Sitzungen teilnahm.

Bezüglich der Quotenregelungen für die Zeit, in der Anic beteiligt gewesen ist, liegen dieselben Beweise vor wie gegen die übrigen Unternehmen. Die Kundenführungssysteme wurden erst eingeführt, nachdem die Beteiligung von Anic als beendet angesehen werden muß.

F — *Hercules* (Rechtssache T-7/89)

Hercules hat insbesondere die Frage aufgeworfen, inwieweit ein Unternehmen für Zuwiderhandlungen verantwortlich ist, wenn einer seiner Angestellten auf eigene Faust und im Widerspruch zu den Anweisungen seiner Vorgesetzten gehandelt hat.

Hercules behauptet, daß die Teilnahme von Herrn Bastiaens inoffiziell und von seinen Vorgesetzten nicht gebilligt gewesen sei und im Widerspruch zur Politik des Unternehmens gestanden habe. Dem hält die Kommission entgegen, daß die Teilnahme von Herrn Bastiaens seinen Vorgesetzten bekannt gewesen sei oder hätte bekannt sein müssen, deren zumindest stillschweigendes Einverständnis habe vorliegen müssen.

Über der Teilnahme von Herrn Bastiaens an den Sitzungen liegt etwas Mysteriöses oder zumindest wird versucht, es so darzustellen.

Als erstes fragt man sich natürlich: Was sollte er überhaupt auf den Sitzungen? Die Klägerin erklärt seine Teilnahme damit, daß die Unternehmensleitung gegenüber Herrn Bastiaens nicht hinreichend klar zu erkennen gegeben habe, daß Hercules sich an den Absprachen, über die sie in der ersten Phase, das heißt 1977, unterrichtet worden sei, nicht beteiligen wolle. Es wird gesagt, Herr Bastiaens habe wie eine Motte das Feuer umkreist, bis er von den Flammen verschluckt worden sei, das heißt angefangen habe, an den Sitzungen teilzunehmen. Er sei für die Prognose der Preisbewegungen auf dem Markt und für die Beratung der angeschlossenen Verkaufsgesellschaften bezüglich der Preise zuständig gewesen, und er habe diese Aufgabe natürlich besser wahrnehmen können, wenn er die Absichten der anderen Unternehmen gekannt habe. Im nachhinein sei festzustellen, so räumt die Klägerin ein, daß die Unternehmensspitze die Vorgänge nicht ausreichend überwacht habe, doch könne die mangelnde Überwachung einer bewußten Beteiligung des Unternehmens nicht gleichgestellt werden.

Die Kommission, nach deren Meinung wie gesagt die Vorgesetzten von Herrn Bastiaens von den Vorgängen hätten wissen müssen, verweist auf den ursprünglichen Vermerk über die Mindestpreisvereinbarung und auf einen internen Vermerk vom 29. Juli 1981, die beide der Kommission zufolge und von Hercules unbestritten an Herrn Bastiaens gerichtet und von seinen Vorgesetzten abgefaßt gewesen seien. In dem letztgenannten Vermerk heißt es: „Ob Sie es glauben oder nicht, hier die ‚offiziellen' Preise für August und September", worauf eine Reihe Preisanweisungen folgten. Der Vermerk schließt: „Dies habe ich auf zwei Tafeln von einem bärtigen Herrn erhalten, der von einem Berg herabgestiegen kam."

Die Klägerin führt außerdem im einzelnen aus, daß Herr Bastiaens aufgrund seiner Stellung nicht bevollmächtigt gewesen sei, verbindlich für das Unternehmen zu handeln, da er insbesondere nicht über die Produktion habe bestimmen können und damit auch keine Vereinbarungen über Quoten habe eingehen können. Als Vorgesetzte habe er teils einen Direktor für den Verkauf und teils den Generaldirektor des Unternehmens gehabt, dem der Direktor für den Verkauf unterstellt gewesen sei. Die Kommission betont dagegen, daß Herr Bastiaens den Titel eines Verkaufsmanagers gehabt habe. Die Klägerin unterstreicht, daß Herr Bastiaens wiederholt auf den „inoffiziellen" Charakter seiner Teilnahme hingewiesen habe und offensichtlich Informationen nicht so sehr weitergegeben als entgegengenommen habe. Die Kommission macht dagegen insbesondere geltend, daß Herr Bastiaens offensichtlich sehr aktiv gewesen sei und gute Ideen gehabt habe, zumindest aber anwesend gewesen sei.

Die somit vorliegenden Angaben vermitteln ein etwas unklares Bild. Ist es, wie Hercules behauptet, der nach oben strebende Mitarbeiter, der sich für seine Karriere über Anweisungen hinwegsetzt, die vielleicht nicht besonders klar formuliert waren? Oder geht es darum — was die Auffassung der Kommission implizit wohl beinhaltet —, daß ein Unternehmen das Risiko der Aufdeckung und/oder einer Geldbuße bewußt zu begrenzen sucht?

Nach den vorliegenden Erkenntnissen war Herr Bastiaens Verkaufsmanager und für die Beurteilung des Marktes zuständig; infolgedessen muß er auf die Preisfestsetzung tatsächlich Einfluß gehabt haben. Die Klägerin hat somit zweifellos Vorteile aus den eingeholten Informationen gezogen. Ebenso ist von der Kommission belegt worden, daß

die Vorgesetzten von Herrn Bastiaens in einigen Fällen Kenntnisse von den Vorgängen in den Sitzungen hatten; der Vermerk vom 29. Juli 1981 enthält jedenfalls keine Anzeichen dafür, daß Herrn Bastiaens oder seinen Vorgesetzten die generelle Problemstellung unbekannt gewesen wäre. Es scheint vielmehr ein hohes Maß an Einverständnis bestanden zu haben. Schließlich steht fest, daß Herr Bastiaens in einem größeren Unternehmen an dritthöchster Stelle stand.

Wie sich verbergen lassen soll, daß ein Mitarbeiter in einer ziemlich hohen Stellung an Sitzungen teilnimmt, von denen die Führungsspitze von Zeit zu Zeit auf andere Weise Kenntnis erhält, erscheint rätselhaft. Herr Bastiaens hat vielleicht in größerem oder kleinerem Maße gegenüber seinen Vorgesetzten ein Doppelspiel gespielt. Möglicherweise hat auch Hercules durch Herrn Bastiaens gegenüber ihren Mitbewerbern ein Doppelspiel gespielt und durch die etwas mysteriöse Teilnahme von Herrn Bastiaens versucht, das Risiko zu begrenzen. Aufgrund einer Gesamtwürdigung neige ich doch am ehesten der Ansicht zu, daß Herrn Bastiaens' Vorgesetzte von den Vorgängen Kenntnis gehabt und sie zumindest stillschweigend gebilligt hatten, so daß der Einwand von Hercules bereits aus diesem Grund zurückzuweisen ist.

In der Rechtssache Melchers & Co.[98] betonte der Gerichtshof die Vollmacht, die der im Namen des Unternehmens Handelnde besitzt. Außerdem erlegte er dem Unternehmen die Beweislast für eine Überschreitung der Vollmacht auf.

98 — Rechtssache 101/80 (Melchers & Co./Kommission, eine der Rechtssachen Pioneer), zitiert in den Fußnoten 2 und 8.

Wenn es um eine Vollmacht geht, muß klar sein, daß die Grenzen des Bevollmächtigten grundsätzlich objektiv festzulegen sind. Handlungen, die ein Dritter als klare Kompetenzüberschreitungen erkennen kann, können normalerweise keine Haftung des Unternehmens auslösen. Dagegen ist die Rechtslage etwas anders, wenn ein Angestellter im Rahmen seiner allgemeinen Vollmacht, aber entgegen den Anweisungen oder im Grenzbereich seiner Vollmacht handelt.

Den vorliegenden Dokumenten läßt sich nicht entnehmen, daß Herr Bastiaens klar und deutlich darauf hingewiesen hätte, daß er zu Handlungen im Namen seines Unternehmens nicht bevollmächtigt und seine Teilnahme für das Marktverhalten von Hercules ohne jede Bedeutung sei. So etwas wäre im übrigen auch schwer mit seiner Stellung vereinbar gewesen, die er bei der Klägerin tatsächlich innehatte; außerdem ist es wohl auch fraglich, ob die anderen Sitzungsteilnehmer ihm eine Teilnahme in diesem Fall überhaupt erlaubt hätten. Die Stellung selbst, die er bei Hercules innehatte, hat die anderen Teilnehmer nicht annehmen lassen, daß sein Wort kein Gewicht habe. Dem vorliegenden Beweismaterial nach zu urteilen, scheinen sie im Gegenteil davon ausgegangen zu sein, daß er in der Lage sei, im Namen von Hercules zu handeln.

Aufgrund der Stellung, die er tatsächlich und von Hercules auch zugegeben innehatte, in Verbindung mit der Tatsache, daß er aufgrund einer solchen Stellung den anderen über einen langen Zeitraum den Eindruck gewisser Befugnisse vermitteln konnte, halte ich den Nachweis von Hercu-

les nicht für erbracht, daß Herr Bastiaens seine Vollmacht überschritten hatte. Meiner Meinung nach reicht es nicht aus, daß die Klägerin nun hinterher behauptet, Herr Bastiaens habe keinen bestimmenden Einfluß auf die Produktion usw. gehabt, wenn sie rein tatsächlich einem hochrangigen Mitarbeiter, der bekanntermaßen einen erheblichen Einfluß auf die Preispolitik hatte, so freie Hand gelassen hat, daß er an den Sitzungen teilnehmen konnte. Ich meine deshalb, daß dieses Vorbringen zurückzuweisen ist.

Der Kommission zufolge hat Hercules an dem Kartell von seinem Beginn bis zu seinem Ende im November 1983 teilgenommen. Die Klägerin wendet dagegen ein, daß sie allenfalls eine wesentlich geringere Rolle gespielt und in einem erheblich kürzeren Zeitraum als von der Kommission behauptet an den Sitzungen teilgenommen habe.

Hercules räumt ein, vom Mai 1979 an Sitzungen teilgenommen zu haben, behauptet aber, daß dies bis Mai 1982 nur sporadisch und nach diesem Zeitpunkt jedenfalls nicht regelmäßig geschehen sei. Nach August 1983 habe an den Sitzungen kein Vertreter von Hercules mehr teilgenommen oder mit Mitbewerbern Kontakt gehabt. So habe insbesondere ICI in ihrer Antwort auf das Auskunftsverlangen der Kommission angegeben, daß Hercules an den Sitzungen unregelmäßig teilgenommen und dabei seine eigenen Zahlen nicht mitgeteilt habe. Außerdem habe die Montedipe SpA in ihrer Antwort an die Kommission vorgetragen, daß die wichtigsten europäischen Hersteller im allgemeinen an den Sitzungen teilgenommen hätten, abgesehen von AMOCO, Shell, BP und Hercules, wobei sie aber nicht völlig ausschließen wolle, daß das letztgenannte Unternehmen bei einigen Sitzungen anwesend gewesen sei. Die Kommission habe bei der Beurteilung der Schuld und der Festsetzung der Geldbuße den geringen Grad der Beteiligung von Hercules ohne Grund unberücksichtigt gelassen.

Für die Zeit vor Mai 1982 war die Teilnahme von Herrn Bastiaens nach dem vorliegenden Beweismaterial zweifellos so regelmäßig wie die vieler anderer Unternehmen. Hercules hat bei einer internen Untersuchung selbst herausgefunden, daß Herr Bastiaens mit Sicherheit oder großer Wahrscheinlichkeit vor dem Mai 1982 an den Sitzungen vom 10. oder 11. Mai 1979, 1. oder 2. Oktober 1980, 27. oder 28. August 1981, 16. Dezember 1981, 4. Februar 1982 und 9. oder 10. März 1982 teilgenommen hatte. Hinzu kommt ein Treffen in Amsterdam, möglicherweise im Jahr 1979, und eventuell ein weiteres Treffen in London. Die Kommission hat außerdem darauf hingewiesen, daß Hercules in den Sitzungsberichten von 1983 als fester Teilnehmer angesehen worden sei.

Was die Sitzungsberichte u. ä. betrifft, so liegen der Bericht über eine Sitzung vom 10. März 1982, der in Randnummer 15 Buchstabe b der Entscheidung (Anlage 23 der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte) genannt wird, sowie außerdem ein Bericht über eine Sitzung vom 13. Mai 1982 vor. Schriftliche Preisinstruktionen gibt es für die Zeit ab März 1982. Für die Zeit vor März 1982 liegt der vorstehend genannte Vermerk vor, wonach die offiziellen Preise auf zwei Tafeln mitgeteilt worden seien. Schließlich gibt es eine Kopie einer Übersicht über die Preisentwicklung, die Herr Bastiaens angeblich als Grundlage für einen Vortrag vor den Verkäufern des Unternehmens verwendet hat. Dort heißt es u. a., daß die allgemeine Entschlossenheit die Preise auf 2,05 DM gebracht habe und man

noch nie so nah an die veröffentlichten Zielpreise herangekommen sei. Schließlich wird darauf hingewiesen, daß der Vermerk über die ursprüngliche Mindestpreisvereinbarung von 1977 von Hercules stamme.

Nach alledem ist klar, daß Hercules zumindest seit März 1982 an dem Kartell beteiligt war. Ich möchte dem Umstand, daß nach den vorliegenden Erkenntnissen Herr Bastiaens selbst keine Zahlen seines Arbeitgebers bekanntgegeben hat, keine entscheidende Bedeutung beimessen. Seine Teilnahme an den Sitzungen und Gesprächen und die Versendung von Preisinstruktionen durch Hercules, die mit den Vereinbarungen übereinstimmten, lassen nämlich nicht den geringsten Zweifel daran, daß die anderen damit rechnen konnten, daß Hercules ihrer Preispolitik folgen würde, was für die Annahme eines Verstoßes gegen Artikel 85 Absatz 1 ausreichend sein muß. Für den Zeitraum zwischen Herbst 1979 und März 1982 scheint die Beweisgrundlage etwas schwächer zu sein. Jedoch steht fest, daß Hercules seine Teilnahme an einer nicht unbedeutenden Anzahl von Sitzungen in dieser Zeit zugegeben hat; die anderen Beweise belegen ebenfalls, daß das Unternehmen jedenfalls über die Vorgänge im Kartell außerordentlich gut informiert gewesen ist. Ich halte deshalb die Feststellung für hinreichend begründet, daß die Beteiligung von Hercules sich von Herbst 1979 bis zum Ende des Kartells 1983 erstreckt hat. Die Beteiligung von Hercules an der als bewiesen anzusehenden Quotenregelung für 1980 ist nicht weniger gut belegt als im Fall der anderen Unternehmen.

Hercules hat im Verfahren besonders betont, daß die Beweisunterlagen, auf die die Kommission sich stütze, Berichte aus zweiter oder dritter Hand über Ereignisse seien, die das Unternehmen u. a. deswegen nicht näher habe untersuchen können, weil ihm der Ursprung der Dokumente nicht bekannt sei. Wie im Teil 1 E 2 dargelegt ist jedoch eine Gesamtwürdigung bezüglich der Beweiskraft eines Dokuments entscheidend. Der überwiegende Teil der Dokumente, auf die die Kommission sich stützt, ist nach einem vernünftigen Maßstab von sehr hohem Beweiswert. Im übrigen ist nicht recht zu erkennen, was Hercules daran hätte hindern sollen, weiter aufzuklären zu versuchen, zum Beispiel durch eine Anfrage an die Kommission, wer welche Dokumente soweit bekannt verfaßt hatte.

G — *DSM NV* (Rechtssache T-8/89)

DSM räumt ein, ab dem 1. Januar 1981 mit einer gewissen Regelmäßigkeit an den Sitzungen des Kartells teilgenommen zu haben. Bezüglich des vorangegangenen Zeitraums bestreitet sie, an den Sitzungen regelmäßig oder sonst in strukturierter Form teilgenommen zu haben.

Die Kommission, die nach Artikel 1 der Entscheidung von einer Teilnahme der DSM ab einem Zeitpunkt zwischen 1977 und 1979 ausgeht, macht demgegenüber geltend, das Unternehmen habe nach den vorliegenden Schemata bezüglich der Mengenziele für 1979 und 1980 zumindest ab 1979 beteiligt sein müssen.

Wenn das Gericht meine Beweiswürdigung für die Zeit von 1977 bis Herbst 1979 zugrunde legt, dann ist die Teilnahme von DSM an Sitzungen vom Herbst 1979 bis

Ende 1980 streitig. Berücksichtigt man, daß ICI in ihrer Antwort auf das Auskunftsverlangen der Kommission DSM als regelmäßige Teilnehmerin bezeichnet hat, sollte der von dem Unternehmen selbst vorgenommenen Charakterisierung ihrer Beteiligung an den Sitzungen vor dem 1. Januar 1981 als unsystematisch oder unstrukturiert nicht allzuviel Gewicht beigemessen werden, zumal es sich um einen Zeitraum handelt, in dem weit weniger Sitzungen stattfanden als später. Außerdem wird DSM in den Schemata über Quoten und Mengen für 1979 und 1980 gleichrangig mit den übrigen Teilnehmern genannt; deshalb halte ich es für unbedenklich, davon auszugehen, daß DSM an dem Kartell ab Herbst 1979 teilgenommen hat.

Im übrigen hat DSM verschiedene Preisinstruktionen versandt und wird in den vorliegenden Unterlagen auch als „Kundenführer" genannt. Bezüglich der Quotenregelungen liegen gegen sie genau so starke Beweise vor wie gegen die anderen Klägerinnen.

DSM verweist im übrigen auf den Grundsatz „in dubio pro reo" und trägt im einzelnen vor, die Kommission könne nicht verlangen, daß die Unternehmen eine überzeugende andere Erklärung für das lieferten, was die Kommission für einen schlagenden Beweis halte. Ich sehe nicht recht, wie solche allgemeineren Erwägungen die vorliegenden Beweisprobleme in einem neuen Licht erscheinen lassen könnten. Die Praxis sieht ja in Wahrheit so aus, daß für eine Zuwiderhandlung Beweise vorliegen müssen, und wer die Beweise zu beurteilen hat, muß von dem Vorbringen der Kommission aufgrund einer Gesamtwürdigung des Gewichts der Beweise überzeugt sein. Wie sich gezeigt hat, sollte man nach meiner Meinung höhere Anforderungen an den Beweiswert stellen, als die Kommission es getan hat, doch läßt sich in der Entscheidung keine Stelle als Beleg dafür finden, daß die Kommission allgemeine Prinzipien der Beweiswürdigung, darunter das Prinzip „in dubio pro reo", falsch verstanden hätte. Ich meine deshalb, daß das Vorbringen zurückzuweisen ist.

H — *Hüls AG* (Rechtssache T-9/89)

Nach Artikel 1 der Entscheidung soll Hüls von einem Zeitpunkt zwischen 1977 und 1979 und mindestens bis November 1983 an dem Kartell teilgenommen haben. Nach dem Standpunkt, den ich vorstehend im allgemeinen Teil der Schlußanträge vertreten habe, erhebt sich die Frage der Verantwortlichkeit jedoch nicht für den Zeitraum vor Herbst 1979.

Bezüglich der Preisinitiativen hat die Hüls AG ihre Verteidigung sonst im wesentlichen darauf aufgebaut, daß eine von Artikel 85 Absatz 1 erfaßte Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise nicht vorgelegen habe oder nicht vorgelegen haben *könne*. Der erste Teil der Argumentation hängt mit den Auslegungsfragen zusammen, die der Kern dieser Rechtssachen sind, nämlich die Auslegung der Begriffe Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweise im Zusammenhang mit den Ereignissen in diesen Rechtssachen. Der zweite Teil der Argumentation stützt sich auf Überlegungen über eventuelle Auswirkungen des Verhaltens auf den Markt und die Schlußfolgerungen, die einige daraus ziehen. Die Hüls AG verweist insbesondere auf den Standpunkt von Professor Albach, daß die tatsächliche Preisbildung schwer mit der Annahme vereinbar sei,

daß die Preise durch Kartellvereinbarungen festgesetzt worden seien.

Was dieses Vorbringen der Hüls AG betrifft, so kann ich mich voll und ganz auf meine vorstehenden Ausführungen zur Auslegung des Artikels 85 und zur allgemeinen Beweislage in diesem Fall beziehen. Es ist jedoch noch einmal zu unterstreichen, daß die Wirtschaftswissenschaften nicht von einem theoretischen Standpunkt aus entscheiden können oder dürfen, wann eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise nach Artikel 85 vorliegt. Es ist eine rechtliche Entscheidung zu treffen aufgrund einer Gesamtwürdigung aller vorgelegten Beweise, darunter natürlich auch der Gutachten, die in dieser Sache dem Gericht vorgelegt worden sind.

Somit bleibt die Frage nach der Teilnahme der Hüls AG an den Sitzungen und was sich sonst in bezug auf die Rolle von Hüls in dieser Sache den Beweisunterlagen entnehmen läßt. Die Hüls AG trägt in diesem Zusammenhang zunächst vor, daß sie nach den von der Kommission vorgelegten Anlagen 1981 einmal und ab 1982 häufiger an den Sitzungen teilgenommen habe. An lokalen Treffen, die sich auf Gebiete innerhalb der EG bezogen hätten, habe sie nie teilgenommen, ebensowenig an einem Treffen im Vereinigten Königreich am 18. Oktober 1982.

In ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte durch die Kommission bestreitet die Hüls AG nicht ihre Teilnahme an der Plenarsitzung im Januar 1981; ebensowenig will sie ausschließen, daß Mitarbeiter von ihr 1981 an einzelnen anderen Sitzungen teilgenommen hätten. Jedenfalls sei davon auszugehen, daß sie frühestens ab Januar 1981 an Sitzungen teilgenommen habe und regelmäßig frühestens ab etwa Mai 1982. Zu den lokalen Sitzungen trägt sie vor, daß ein Vertreter von ihr alleine an dem einen oder anderen Gespräch über den skandinavischen Markt teilgenommen habe.

Demgegenüber verweist die Kommission zunächst auf die Angaben von ICI über die Teilnahme der anderen Unternehmen an den Sitzungen, wonach Hüls zu den regelmäßigen Teilnehmern an den Sitzungen gehört habe. Außerdem sei die Hüls AG in der Liste über die „revidierten" Zielmengen von 1979 genannt.

Aufgrund dieses Vorbringens kann davon ausgegangen werden, daß die Hüls AG im wesentlichen ihre Beteiligung ab Anfang 1981 eingeräumt hat und eine frühere Beteiligung bestreitet. Dem stehen die Angaben von ICI gegenüber, deren Verläßlichkeit im wesentlichen auch durch die unterschiedlich weitreichenden Eingeständnisse der anderen Klägerinnen untermauert wird, und die Tatsache, daß sonst anders als im Fall von Petrofina nichts vorliegt, das in gewisser Weise darauf hindeuten würde, daß Hüls zu einem späteren Zeitpunkt teilgenommen hat als dem, der als eigentlicher Beginn des Kartells anzusehen ist, nämlich Herbst 1979.

Die schriftlichen Preisinstruktionen sprechen außerdem eindeutig dafür, daß die Hüls AG gleichrangig mit den anderen kleineren Herstellern beteiligt gewesen ist; die Hüls AG wird auf genau dieselbe Art und Weise angeführt wie die anderen.

Sonst stützt die Hüls AG ihre Verteidigung im wesentlichen auf die Behauptung, sie habe auf den Sitzungen eine Praxis verfolgt, die eine Kombination aus Mentalreservation und Fehlinformationen gewesen sei; dies zeige insbesondere der Unterschied zwischen den festgesetzten Zielpreisen und den tatsächlich erzielten Preisen.

Wie meinen allgemeinen Ausführungen zu entnehmen ist, bedeutet der Unterschied zwischen Zielpreisen und tatsächlichen Verkaufspreisen meiner Meinung nach nicht, daß das Unternehmen an der Ausführung der gemeinsamen Pläne nicht teilgenommen hat. Wohl läßt sich kaum vermeiden, daß Unternehmen, die auch miteinander in Wettbewerb stehen, bei der geplanten Zusammenarbeit in erheblichem Umfang ihre eigenen Interessen auf Kosten anderer zu fördern versuchen; aber eine tatsächlich illoyale Haltung gegenüber den anderen, wie sie Hüls für sich in Anspruch nimmt, hätte sich kaum über längere Zeit verwirklichen lassen, ohne daß dies Spuren in dem vorliegenden Material hinterlassen hätte. Der kräftigste Ausdruck, der hierfür gefunden wurde, ist der Hinweis in einigen Sitzungsvermerken, daß einige kleinere Hersteller (im übrigen nicht Hüls) ehrgeizig und einige „Störenfriede" seien. Mangels konkreter Anhaltspunkte für das Gegenteil darf man die Erklärung von Hüls als nicht glaubhaft ansehen. Auch an den Quotenregelungen und an der Kundenführung war Hüls nach den vorliegenden Unterlagen beteiligt.

Aufgrund dessen halte ich die Feststellung für hinreichend bewiesen, daß die Hüls AG in vollem Umfang von Herbst 1979 bis etwa November 1983 an dem Kartell beteiligt gewesen ist.

I — *Hoechst AG* (Rechtssache T-10/89)

Die Kommission sieht in ihrer Entscheidung in Hoechst einen der vier großen Hersteller, denen für die Aktivitäten des Kartells eine besondere Verantwortung zukomme (vgl. Randnrn. 67 und 68 sowie 78 der Entscheidung).

Hoechst bestreitet nicht seine Teilnahme an den Sitzungen, verweist aber darauf, daß diese in der Zeit bis 1981 nicht sehr zahlreich gewesen seien.

Hoechst verteidigt sich im wesentlichen damit, daß sie nicht zu den vereinbarten Zielpreisen verkauft und der Umsatz des Unternehmens ebenfalls nicht den vereinbarten Quoten entsprochen habe. Außerdem weist sie in ihren Schriftsätzen auf die Schwächen hin, die das Beweismaterial der Kommission bekanntlich aufweise. Schließlich hätten die auf den Sitzungen ausgetauschten Informationen sehr wahrscheinlich die Unsicherheit der Teilnehmer bezüglich des zukünftigen Marktverhaltens der anderen nicht beseitigen und damit den Wettbewerb ausschalten können. Die aufgeworfenen Fragen sind alle im allgemeinen Teil meiner Schlußanträge behandelt.

Bezüglich der Zugehörigkeit von Hoechst zu der besonderen Gruppe der großen Hersteller ergibt sich aus der Anlage betreffend die Mindestpreisvereinbarung von 1977, daß Hoechst zu diesen gerechnet wurde. Meine Beweiswürdigung der Situation im Jahr 1977 zeigt, daß ich es zusammen mit der Kommission für bewiesen halte, daß

Hoechst zum damaligen Zeitpunkt an der von der Kommission behaupteten Kernvereinbarung beteiligt gewesen war. Der Antwort von ICI auf das Auskunftsverlangen der Kommission zufolge soll es, wie es in Randnummer 68 Absatz 1 der Entscheidung heißt, ein besonderes „Einvernehmen" zwischen den vier größten Herstellern dahin gehend gegeben haben, daß diese vier großen Unternehmen bei Preisanhebungen sogar auf Kosten ihres eigenen Absatzvolumens entschlossen vorangehen müßten. In einem Shell-Vermerk (Anlage 94 der Mitteilung der gemeinsamen Beschwerdepunkte) heißt es, daß „... Preisinitiativen der Großen (Hoechst, Montedipe, ICI, Shell) kaum Wirkung haben". Ende 1982 begannen die vier Großen, eigene Sitzungen abzuhalten. Nach der Tabelle 5 der Entscheidung haben diese Unternehmen alle an insgesamt sieben Sitzungen dieser Art zwischen dem 13. Oktober 1982 und dem 22. August 1983 teilgenommen. Hoechst bestreitet seine Teilnahme an der Sitzung vom 13. Oktober 1982 in Heathrow, und ICI hat ebenfalls keinen Hinweis auf eine Teilnahme von Hoechst gegeben. Nach Randnummer 67 Absatz 2 der Entscheidung nahm Hoechst ebenfalls nicht an einer Sitzung der übrigen großen Hersteller am 17. Juni 1981 teil, auf der die verschiedenen Möglichkeiten erörtert wurden.

Das genannte schriftliche Beweismaterial zusammen mit der Tatsache, daß Hoechst — abgesehen von einzelnen Fällen — weder ihre Teilnahme an den allgemeinen Sitzungen noch an den besonderen Vorgesprächen der vier Großen und auch nicht die Angaben von ICI über den Inhalt und Zweck der Treffen bestreitet, bildet meiner Meinung nach eine hinreichende Grundlage für die Feststellung, daß Hoechst an den Aktivitäten des Kartells — abgesehen von den Handlungen, die nach dem allgemeinen Teil dieser Schlußanträge als nicht hinreichend bewiesen angesehen werden müssen — wie von der Kommission behauptet beteiligt war.

J — *Shell* (Rechtssache T-11/89)

Shells Rolle bei den Aktivitäten des Kartells scheint zunächst am schlechtesten belegt zu sein, da das Unternehmen nicht an den „Chef- und Expertensitzungen" der anderen teilnahm.

Shell nahm jedoch wie im vorhergehenden Abschnitt gesagt an den Sitzungen der vier größten Hersteller und ebenfalls an einer Reihe sogenannter lokaler Treffen teil. Die Treffen zwischen den vier größten Herstellern, die in Randnummer 68 Absatz 2 der Entscheidung als „Vorgespräche" vor den sogenannten „Chefsitzungen" beschrieben werden, fanden bekanntlich am Tag vor den Chefsitzungen statt, und zwar ICI zufolge „aus praktischen Gründen", weil die Hierarchieebene der Teilnehmer dieselbe wie auf den Chefsitzungen war.

Im Verfahren vor dem Gericht hat Shell ebenso wie im Verwaltungsverfahren bestritten, daß diese Treffen in irgendeiner Weise als Vorgespräche zu den Chefsitzungen betrachtet werden könnten oder daß bei diesen Gesprächen eine Abstimmung der Standpunkte der Teilnehmer im Hinblick auf die Punkte erfolgt sei, die am nächsten Tag erörtert werden sollten. In der mündlichen Verhandlung wurde der Eindruck vermittelt, daß es sich dabei um ein geselliges Beisammensein ohne besonderes Ziel gehandelt habe. Die Erklärung von Shell erscheint von vornherein nur begrenzt glaubhaft und wird, wie die Kommission in der Entscheidung ausgeführt hat, durch die vorliegenden Angaben u. a. über den Inhalt der Treffen der vier großen Hersteller im Oktober 1982 und Mai 1983 widerlegt.

Meine Stellungnahme zu der Frage der Teilnahme von Shell an der ursprünglichen Mindestpreisvereinbarung ergibt sich aus meinen Ausführungen im allgemeinen Teil der Schlußanträge (vgl. vorstehend I F 5).

Für die Zeit zwischen Herbst 1979 und Ende 1982 wissen wir, daß Shell, wie sie zugegeben hat, oft von ICI Informationen über Zielpreise usw. erhielt. Wir wissen auch aus verschiedenen Sitzungsberichten, daß sehr viele Mitteilungen den umgekehrten Weg gingen, nämlich daß die Teilnehmer an den Plenarsitzungen über Shells Standpunkt zu verschiedenen Fragen informiert wurden. Daß ICI und Shell häufig Kontakt hatten, ergibt sich aus den Berichten über die Sitzungen vom 27. Mai 1981, 17. Juni 1981 und 9. und 10. September 1982. Außerdem ist die in Randnummer 67 Absatz 2 der Entscheidung genannte Sitzung vom 1. Juli 1981 zu nennen, an der auch die Montedipe SpA teilnahm.

Von der Shell International Chemical Company und von Shell im Vereinigten Königreich liegen jeweils „Preisanweisungen" und Preisinstruktionen vor, die den Vereinbarungen oder der Abstimmung entsprechen, die auf den Plenarsitzungen zustande kamen. Außerdem gibt es genügend Anhaltspunkte dafür, daß Shell an der Quotenregelung von 1980 beteiligt war. Die nationalen Shell-Gesellschaften waren schließlich nach dem vorliegenden Beweismaterial in gewissem Umfang als Koordinatoren in Kundenführungssystemen beteiligt.

Dieses Beweismaterial bietet nach meiner Meinung insgesamt eine ausreichende Grundlage für die Feststellung, daß Shell sowohl an dem Kartell als solchem beteiligt war als auch zu der besonderen Gruppe der vier Großen gehörte, wie die Kommission behauptet. Daß Shell bei den Plenarsitzungen weder auf Experten- noch auf Chefebene anwesend war, halte ich nicht für entscheidend, soweit im vorliegenden Fall belegt ist, daß sie die maßgeblichen Informationen für die Sitzungen geliefert bzw. von dort erhalten und sich nachweislich an den Sitzungsergebnissen orientiert hat.

Schließlich sei gesagt, daß ich die Einwände von Shell, die sie auf die Struktur des Shell-Konzerns oder seine verhältnismäßig dezentralisierte interne Organisation (vgl. hierzu Randnr. 102 Absätze 1 und 2 der Entscheidung) stützt, nicht für besonders gewichtig halte. Shell argumentiert hauptsächlich dahin gehend, daß das Unternehmen, an das die Entscheidung gerichtet sei, nämlich die Shell International Chemical Company, keinerlei Weisungsbefugnis gegenüber den für den Polypropylenverkauf zuständigen Gesellschaften gehabt habe; die Shell International Chemical Company, die von Shell als reine Dienstleistungsgesellschaft beschrieben wird, habe für den Abschluß irgendwelcher Vereinbarungen die Genehmigung der nationalen Shell-Unternehmen einholen müssen. Nach den vorliegenden Unterlagen steht jedoch fest, daß es die Shell International Chemical Company war, die an den Vorgesprächen teilnahm und die Mitteilung der Preise koordinierte. Es gibt somit kaum Zweifel daran, daß diese Gesellschaft auf der Seite von Shell im Zentrum des Geschehens stand; Shells Berufung auf die interne Struktur ist meiner Meinung nach somit eher als Versuch zu sehen, sich aus ihrer Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlungen „herauszustrukturieren", was natürlich nicht zulässig ist.

K — *Solvay* (Rechtssache T-12/89)

Die Klägerin räumt in ihrer Antwort auf das Auskunftsverlangen der Kommission ihre Teilnahme an den Herstellersitzungen ab Anfang 1978 ein, was mit den Angaben von ICI übereinstimmt. Solvay hat somit an dem Kartell in der Zeit, für die Beweise für einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 vorliegen, das heißt ab Herbst 1979 bis Ende 1983, teilgenommen. Dazu ist insbesondere zu bemerken, daß die Beteiligung an der ursprünglichen Mindestpreisvereinbarung u. a. deshalb nicht als bewiesen angesehen werden kann, weil der im Verfahren viel diskutierte Vermerk vom 6. September 1977, der in Randnummer 16 Absatz 5 der Entscheidung genannt wird, Solvay nicht in einer der Rechtsprechung des Gerichtshofes entsprechenden ordnungsgemäßen Weise mitgeteilt wurde.

Solvay gehört zu den Unternehmen, die ihre eigene Rolle als vollkommen passiv beschrieben haben. Diese Behauptung wird durch die vorliegenden Sitzungsberichte widerlegt, und die Tatsachen, auf die die Kommission ihre Entscheidung stützt, werden in Wirklichkeit kaum bestritten. Solvay trägt in der Klageschrift vor, daß sie an den Sitzungen nur teilgenommen habe, um technische und geschäftliche Informationen zu erhalten, durch die sie die Schwierigkeiten, die sie als Newcomer auf dem Markt gehabt habe, hätte überwinden können. Weiter heißt es: „Die Klägerin will nicht bestreiten, daß dieser Informationsaustausch in der Vorstellung der Klägerin geeignet war, die Wirkungen der Krise, die auf zu großen Produktionskapazitäten auf dem Markt beruhten, zu begrenzen." Weiter weist die Klägerin darauf hin, daß sie selbst und mehrere andere Unternehmen ein doppeltes Spiel gespielt hätten. In den mündlichen Verhandlungen vor der Kommission habe sie darauf hingewiesen, daß die Kunst zu bluffen auf den genannten Sitzungen besonders hoch entwickelt gewesen sei.

Liest man die Sitzungsberichte, bekommt man einen ausgezeichneten Eindruck von dem Klima zwischen den Sitzungsteilnehmern, das durch ein konstruktives gegenseitiges Mißtrauen geprägt war, aber auch davon, daß die Sitzungsteilnehmer sich ernsthaft mit den Problemen beschäftigten, denen sie gegenüberstanden. Meines Erachtens läßt sich der von Solvay vertretenen These des Doppelspiels nichts entnehmen, was für die Beurteilung, ob ein Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 vorlag, von wesentlicher Bedeutung wäre.

Gleiches gilt für das Argument, daß die Interessen der Beteiligten so unterschiedlich und untereinander unvereinbar gewesen seien, daß allein dies die Möglichkeit einer Vereinbarung oder Abstimmung ausschließe. Dieses Argument betrifft in Wirklichkeit vor allem das Motiv der Teilnehmer. Während die 1977 auf dem Markt etablierten Unternehmen — so wird argumentiert — hätten versuchen müssen, ihre Marktanteile zu halten und darüber hinaus höhere Preise zu erreichen, seien die neuen Hersteller daran interessiert gewesen, sich Anteile zu erkämpfen, indem sie notfalls die vorhandenen Unternehmen unterboten hätten.

Wie der Fall zeigt, ist dies von den Tatsachen her falsch. An mehreren Stellen in den Beweisunterlagen ist nämlich davon die Rede, daß andere, das heißt namentlich die großen Hersteller, ihren Absatz begrenzten und Marktanteile freiwillig abgäben. Aber auch theoretisch ist die Argumentation falsch. Mit der Fußnote 1 wurde bereits dar-

auf hingewiesen, daß es für ein bestehendes Unternehmen unter Umständen genauso sinnvoll sein kann, einen neuen Marktteilnehmer friedlich zu integrieren zu versuchen, wie zum Beispiel, einen Preiskrieg zu führen.

Die übrigen Argumente von Solvay betreffen Punkte, die im allgemeinen Teil der Schlußanträge behandelt worden sind. Auch im Fall von Solvay gibt es keine Zweifel daran, daß Preis- und Quotenvereinbarungen oder -abstimmungen eingegangen oder erreicht wurden, auch wenn die Verkaufspreise niedriger waren und die verkauften Mengen nicht immer den zugeteilten Quoten entsprachen.

Meiner Meinung nach ist deshalb festzustellen, daß Solvay an dem Kartell vom Herbst 1979 bis zu dessen Ende im Herbst 1983 beteiligt war.

L — *ICI* (Rechtssache T-13/89)

Die Beweislage ist insoweit am einfachsten für die im Zentrum stehenden Klägerinnen ICI und Montedipe. In diesen Rechtssachen geht es in Wirklichkeit vor allem um eine Argumentation, die die Frage nach den Grenzen rechtmäßigen Verhaltens aufwirft, und nicht so sehr um eine Würdigung der gegen diese Unternehmen vorliegenden Beweise, die ohne Übertreibung als sehr umfangreich bezeichnet werden können. In beiden Fällen sind die tatsächlichen Handlungen, die nach Auffassung der Kommission den Tatbestand des Artikels 85 Absatz 1 erfüllen, im Grunde zugestanden, und in beiden Fällen wird auf unterschiedliche Weise versucht, die Rechtmäßigkeit des zutage getretenen Verhaltens nachzuweisen.

Außerdem geht die Strategie von ICI im vorliegenden Fall dahin, jeden Punkt anzugreifen, wenn dies nur irgendwie möglich erscheint. Im allgemeinen Teil dieser Schlußanträge habe ich zu dem Vorbringen von ICI im wesentlichen Stellung genommen.

Darüber hinaus macht ICI u. a. geltend, eine tatsächliche Auswirkung des von den Klägerinnen gezeigten Verhaltens auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten lasse sich nicht annehmen. Die Aktivitäten des Kartells hätten den Handel weder erhöht noch vermindert und hätten sich auch nicht auf die Wettbewerbsstruktur ausgewirkt. Der Handel zwischen den Mitgliedstaaten sei bereits bedeutend gewesen und habe in dem Zeitraum, in dem das Kartell bestanden habe, zugenommen.

Dieser Argumentation steht die Behauptung der Kommission (Randnrn. 93 und 94 der Entscheidung) gegenüber, daß sich die Festsetzung der Zielpreise usw. auf die Handelsbedingungen ausgewirkt und sie verzerrt habe.

Geht man davon aus, daß das Kartell überhaupt keine Wirkung auf den Wettbewerb gehabt habe, leuchtet es natürlich ein, daß man auch zu der Schlußfolgerung gelangen muß, daß es sich auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht ausgewirkt hat. Ebenso klar ist jedoch, daß Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen der Art, wie sie das Kartell als Mittel zur Erzielung höherer Preise einsetzte, *geeignet sind*, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, was nun einmal das Kriterium nach Artikel 85 Absatz 1 und der festen Rechtsprechung des Gerichtshofes ist. Eine oder mehrere Unternehmen hätten sich zum

Beispiel ohne das Kartell veranlaßt sehen können, sich vom Markt zurückzuziehen, weil der Wettbewerb dann zu hart geworden wäre. Natürlich hätte der Markt in diesem Fall anders ausgesehen, als es dann tatsächlich der Fall war. Der Einwand von ICI ist daher zurückzuweisen.

Im übrigen gibt die Führungsrolle von ICI Anlaß zu einigen wenigen Bemerkungen. ICI trägt vor, daß mit dem Kartellvorsitz keine qualifizierte Funktion verbunden gewesen sei. Bei der Kartellführung sei es allein um praktische Koordinationsaufgaben gegangen. Dem hält die Kommission entgegen, daß ICI eine ganz zentrale Rolle in dem Kartell gespielt habe. Außer ihrer Teilnahme an den Plenarsitzungen, der Teilnahme an den Treffen zwischen den vier großen Herstellern und der Teilnahme an vielen sogenannten lokalen Sitzungen in mehreren Ländern habe ICI, wie sich aus den vorliegenden Beweisen ergebe, fast die Rolle einer Art „Einpeitscher" gespielt. Die Kommission verweist besonders auf die in den Randnummern 40 und 59 genannten Dokumente, wonach sich ICI ab Mitte 1982 mit Sicherheit am stärksten von allen Unternehmen für das planmäßige Funktionieren des Kartells engagiert habe. Meines Erachtens ist deshalb der Kommission bezüglich ihrer Einschätzung der Rolle von ICI innerhalb des Kartells Recht zu geben.

ICI hält die Einschätzung des Produktmarktes durch die Kommission in verschiedenen Punkten (die in diesen Schlußanträgen bisher noch nicht behandelt wurden) für falsch. So trägt ICI vor, daß „die verhältnismäßig unbedeutenden Mengen" Polypropylen, die nach Randnummer 7 der Entscheidung in die Gemeinschaft eingeführt würden, die Marktpreise in ganz erheblichem Umfang negativ hätten beeinflussen können. Außerdem sei erst im zweiten Halbjahr 1983 (also nicht 1982) ein angemessenes Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage auf dem westeuropäischen Markt erreicht worden. Schließlich habe die Kommission die Probleme der Branche unterschätzt, da sie den erheblichen Preisverfall nach 1977 bei Produkten, die Polypropylen ersetzen könnten, u. a. andere Kunststoffprodukte, außer Betracht gelassen habe. Die drohende Gefahr, daß die Nachfrage auf andere Materialien ausweichen werde, habe es somit sehr schwer gemacht, die Polypropylenpreise hoch zu halten, was noch einmal die Probleme der Unternehmen unterstreiche.

Wie die Kommission zu Recht vorträgt, ist schwer zu sehen, wie eventuelle Fehleinschätzungen in den genannten Punkten die Rechtmäßigkeit oder die Richtigkeit der Entscheidung beeinflussen können. Ob eine bescheidene Importmenge sich auf die Preise wenig oder stark auswirkt, ist für die Frage der Verantwortlichkeit oder die Schwere der Zuwiderhandlung völlig ohne Bedeutung. Daß es schwierig war, die Polypropylenpreise hoch zu halten, war ja klar; die Argumente von ICI bedeuten fast, daß die Unternehmen belohnt werden müßten, weil sie sich an eine Gesetzesübertretung heranwagten, die schwerlich erfolgreich durchzuführen war, weil es an und für sich eine schwierige Aufgabe war. Daß der Markt möglicherweise erst später ins Gleichgewicht kam, als die Teilnehmer geglaubt hatten, ändert meiner Meinung nach nichts daran, daß — wenn überhaupt etwas — als strafschärfender Umstand anzusehen ist, daß die Teilnehmer die Rechtsverstöße zu einem Zeitpunkt fortsetzen wollten, als sie zu Recht oder zu Unrecht den Markt im Gleichgewicht sahen (vgl. Randnr. 37 Absatz 3 der Entscheidung und nachstehend Abschnitt III B).

M — *Montedipe SpA* (Rechtssache T-14/89)

Ebenso wie ICI räumt die Montedipe SpA die Tatsachen, auf die sich die Entscheidung der Kommission stützt, im wesentlichen ein. Wie die Kommission ausführt, verteidigt sich die Montedipe SpA hauptsächlich damit gegen die Entscheidung, daß das zutage getretene Verhalten aufgrund der besonderen Verhältnisse des Polypropylensektors in dem maßgeblichen Zeitraum als rechtmäßig anzusehen sei. Die Gesichtspunkte von Monte, die sich durch große Originalität auszeichnen, lassen sich in wenigen Punkten zusammenfassen.

Erstens müssen die Tätigkeiten des Kartells nach Ansicht der Montedipe SpA als rechtmäßig angesehen werden, weil sie Verkäufe der beteiligten Unternehmen unter Preis, was Ausdruck eines unlauteren Wettbewerbs gewesen wäre, hätten verhindern sollen. Da Artikel 85 Absatz 1 den unlauteren Wettbewerb nicht schütze, habe das Kartell nicht gegen diese Bestimmung verstoßen. Wie die Kommission zu Recht ausführt, kann keines dieser Argumente die Ansicht der Klägerin stützen, daß das Kartell rechtmäßig gewesen wäre. Die Wettbewerbsregeln sollen u. a. verhindern, daß ein oder mehrere Unternehmen, die eine beherrschende Stellung auf dem Markt innehaben, allein oder aufgrund einer Vereinbarung Preise künstlich niedrig halten, um das Auftreten anderer Unternehmen auf dem Markt zu verhindern.

Im vorliegenden Fall war die Situation jedoch umgekehrt. Sowohl die bestehenden als auch die neuen Unternehmen versuchten ja die Preise künstlich hoch zu halten, und es läßt sich jedenfalls kaum von unlauterem Wettbewerb sprechen, wenn man den — niedrigen — Preis nimmt, der sich erzielen läßt. Im übrigen ist bezeichnend, daß Monte auf eine Frage in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, daß sie alleine nicht in der Lage gewesen wäre, die neu auf den Markt gekommenen Hersteller zu verdrängen.

Wie in der Einleitung zu diesen Schlußanträgen ausgeführt, haben auch Wirtschaftsunternehmen das Recht, sich zu treffen und ihre Interessen gemeinsam wahrzunehmen. Das bestreitet niemand. Nach Ansicht von Monte enthält die Entscheidung der Kommission jedoch eine Verletzung der Meinungs-, Informations-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit. Natürlich muß man jederzeit vor übereifrigen Beamten auf der Hut sein, die in jedem Treffen zwischen Gewerbetreibenden eine Brutstätte gesetzwidriger Vereinbarungen oder gesetzwidriger Abstimmung von Verhaltensweisen sehen wollen. Trotz der offenkundigen Schwierigkeiten, die Gemeinschaftsbehörden bei der Beweisbeschaffung in Sachen dieser Art haben können, dürfen sich Beweiserwägungen niemals zu einer Spekulation entwickeln. Auf der anderen Seite muß es wie gesagt in gewissem Umfang zulässig sein, von der Teilnahme an vielen Sitzungen, auf denen Gesetzwidriges geschehen ist, auf die Beteiligung an Gesetzwidrigkeiten zu schließen, ohne daß gegen Freiheitsrechte verstoßen wird. In Wirklichkeit geht es darum, die Beweiswürdigung innerhalb eines allgemein akzeptierten Rahmens zu halten. In den vorliegenden Rechtssachen steht es für mich außer Frage, daß die Beweise für sich hinreichend überzeugend sind, um jedes Vorbringen, die Entscheidung habe faktisch Freiheitsrechte verletzt, zu widerlegen.

Die anderen Argumente der Montedipe SpA — die anderswo noch nicht behandelt worden sind — lassen sich so zusammenfassen, daß als Rechtfertigungsgründe für das Kar-

tell Gesichtspunkte der Notwehr ins Feld geführt werden könnten. Mit einem hübschen Bild erklärt Monte, die Unternehmen hätten sich wie Schiffbrüchige verhalten, die alle der Aufforderung des einen, an Land zu schwimmen, folgten, was die einzig vernünftige Handlungsweise sei. Sei die Aufforderung hierzu der Vorschlag einer Vereinbarung oder bloß die einfache Feststellung des einzigen Weges zur Rettung? Im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang ist darauf unbedingt zu antworten, daß es eine Aufforderung zum Abschluß einer Vereinbarung ist. Das Wettbewerbsrecht, wie es im Rahmen des Artikels 85 EWG-Vertrag zu verstehen ist, soll nämlich nicht verhüten, daß jemand ertrinkt. Im EWG-Vertrag gibt es kein Solidaritätsprinzip innerhalb des Wettbewerbsrechts wie zum Beispiel im Rahmen des EGKS-Vertrags; jedenfalls können nicht Unternehmen — die als miteinander im Wettbewerb stehend anzusehen sind — das Prinzip einzuführen versuchen. Monte trägt außerdem vor, daß das Kartell besonders günstige Auswirkungen gehabt habe, da die Produktion, der Absatz und der Verbrauch gestiegen seien und die Einfuhr zurückgegangen sei. Wie die Kommission anführt, ist höchst fraglich, ob das Kartell solche Wirkungen hatte oder haben konnte. Sie sind jedenfalls nicht nachgewiesen, und das Verbot nach Artikel 85 Absatz 1 gilt unabhängig davon, ob einige Unternehmen ihren Absatz durch die Kartellvereinbarungen haben steigern können.

Die führende Rolle von Monte ist weniger gut belegt als die von ICI. Auf der anderen Seite ist unbestritten, daß Monte das Kartell bis Mitte 1982 geleitet hat, und es besteht kein Grund zu der Annahme, daß die Führung vor der Übernahme durch ICI mit weniger wichtigen Aufgaben verbunden gewesen wäre.

N — *Chemie Linz AG* (Rechtssache T-15/89)

Die Chemie Linz AG soll nach Artikel 1 der Entscheidung an dem Kartell vom November 1977 bis zu dessen Ende beteiligt gewesen sein.

Die Chemie Linz AG macht geltend, daß sie an dem Kartell jedenfalls nicht von dessen Beginn an teilgenommen habe. Eine Teilnahme des Unternehmens finde sich in den Unterlagen erst ab Anfang 1981. Außerdem könne sie nicht mehr feststellen, ab wann sie an den Sitzungen teilgenommen habe. In ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte verweist sie in diesem Zusammenhang darauf, daß es angesichts ihrer schwachen Stellung auf dem Gemeinsamen Markt höchst unwahrscheinlich sei, daß sie von Anfang an an den Sitzungen teilgenommen habe. Auch enthielten die Angaben von ICI über die Teilnahme anderer Unternehmen an den Sitzungen keine Aussage über den Zeitraum, in dem von einer Teilnahme an Sitzungen gesprochen werden könne. Schließlich macht die Chemie Linz AG im wesentlichen geltend, daß ihre Teilnahme allein dazu gedient habe, Informationen zu sammeln.

Dem hält die Kommission entgegen, daß die Klägerin an der Quotenregelung für 1979 beteiligt gewesen sein müsse und den Angaben von ICI zufolge eine regelmäßige Teilnehmerin an den Sitzungen gewesen sei, ohne daß dies zeitlich begrenzt worden wäre.

Eine Prüfung der in dieser Sache als Beweise vorgelegten Sitzungsberichte und -vermerke zeigt in Verbindung mit den Angaben von ICI über die Teilnahme der Che-

mie Linz AG an dem Kartell meiner Meinung nach, daß die Klägerin gleichrangig mit den meisten anderen kleineren Unternehmen bei Zielpreisen, Quoten und Kundenführung beteiligt gewesen ist. Den Sitzungsberichten ist klar zu entnehmen, daß das Unternehmen durch Preisinstruktionen in engem Zusammenhang mit den verschiedenen Sitzungen des Kartells versuchte, die Zielpreise zu verwirklichen. Abgesehen von ihrer eigenen Einlassung kann in dieser Sache nichts die Glaubhaftigkeit der Indizien für ihre Teilnahme an den Sitzungen ab Herbst 1979 schwächen, die aus einer Durchsicht der Beweise folgen.

Meiner Meinung nach ist deshalb als bewiesen anzusehen, daß die Chemie Linz AG an dem Kartell ab Herbst 1979 bis etwa November 1983 teilgenommen hat.

III — Zu den Sanktionen

A — *Die Bußgeldpolitik der Kommission*

Nach Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 kann die Kommission gegen Unternehmen wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln bekanntlich Geldbußen festsetzen. Die Geldbußen können bis zu 10 % des von dem betreffenden Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes betragen. Nach der Bestimmung ist neben der Schwere des Verstoßes auch die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen.

In den vorliegenden Rechtssachen sind Geldbußen festgesetzt worden, die zunächst recht hoch im Verhältnis zu dem in Wettbewerbssachen sonst üblichen Bußgeldniveau erscheinen. Es ist also wahrscheinlich nicht falsch, wenn hier vorgetragen wird, daß die Summe der Geldbußen in den Polypropylensachen die Summe sämtlicher früher festgesetzter Geldbußen übersteige. Ein Vergleich etwa mit der Übersicht bei Bellamy und Child [99] (S. 498 ff.) vermittelt ebenfalls den Eindruck, daß das Niveau der Geldbußen sehr hoch ist. Jedoch ist unbestitten und unbestreitbar, daß die Geldbußen in den vorliegenden Fällen nur einen bescheidenen Teil der 10 % des Gesamtumsatzes der Unternehmen ausmachen, die nach Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 höchstens zulässig sind.

Ungeachtet dessen haben sämtliche Unternehmen geltend gemacht, daß die Bußen zu hoch seien. Die Einwände der Klägerinnen betreffen naturgemäß teils das allgemeine Niveau der Geldbußen, teils spezifischer die Verhältnisse der einzelnen Klägerin.

Die Kommission sagt es zwar nicht direkt in ihrer Entscheidung, doch lassen sowohl die Höhe der Geldbußen im Vergleich mit den früher festgesetzten Bußen als auch der allgemeine Teil ihrer Klagebeantwortung ahnen, daß sie auch dann, wenn sie das allgemeine Niveau vielleicht nicht eigentlich verschärft hat, jedenfalls Bußen festgesetzt hat, die eine Tendenz nach oben aufweisen. Es ist deshalb die Frage zu untersuchen, welche Haltung die gerichtlichen Instanzen zu der Bußgeldpolitik der Kommission als solcher vertreten.

99 — *Common Market Law of Competition*, vgl. Fußnote 78.

1979 verschärfte die Kommission mit der Entscheidung Pioneer [100] das Bußgeldniveau erheblich für Arten von Zuwiderhandlungen, für die bereits eine feste Praxis vorliegt oder die nach Ansicht der Kommission in sonstiger Weise besonders schwer sind. Nach Ansicht der Kommission war das Niveau der Geldbußen nicht hoch genug, um die Unternehmen abzuschrecken, die sich vielleicht so erhebliche Vorteile aufgrund ihres rechtswidrigen Verhaltens ausgerechnet hätten, daß es sich auszahlen könnte, das Risiko einer bescheidenen Geldbuße einzugehen. Im Dreizehnten Bericht über die Wettbewerbspolitik stellte die Kommission ihre strengere Haltung in der Bußgeldpolitik allgemeiner dar (S. 57 f.).

Die Kommission wies dort darauf hin, daß sie nach rund 20jähriger Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts und nach Festsetzung relativ niedriger Geldbußen festgestellt habe, daß solche Geldbußen selbst im Falle eindeutiger Verstöße nicht genügten, um die Unternehmen von weiteren Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht abzuhalten. Die Kommission habe daher in einer Ende 1979 erlassenen Entscheidung ihre Absicht bekundet, das Niveau ihrer Geldbußen im Fall schwerer Verstöße allgemein zu erhöhen, um eine abschreckende Wirkung zu erzielen. Als besonders gravierend gälten diejenigen Arten von Zuwiderhandlungen, die bereits durch Entscheidung der Kommission oder durch Urteil des Gerichtshofes mit Geldbußen geahndet worden seien. Ohne daß diese Aufzählung erschöpfend wäre, ließen sich als Beispiele für schwere Verstöße gegen das Kartellverbot diejenigen Absprachen nennen, die Ausfuhrverbote, Marktabschottungen, horizontale oder vertikale Preisfestsetzungen oder Quotenregelung zum Gegenstand hätten. Als Beispiele für einen schweren Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen seien die ungerechtfertigte Lieferverweigerung, Preisdiskriminierungen, die Auferlegung von Alleinbezugspflichten, der Abschluß langfristiger Präferenzvereinbarungen sowie die Gewährung von Treuerabatten anzuführen.

Da bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße eine Vielzahl von Faktoren zu berücksichtigen sei, handele es sich nicht um einen Rechenvorgang, der auf eine mathematische Formel gestützt werden könnte, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung, die nach den vorgenannten Grundsätzen nur von Fall zu Fall vorgenommen werden könne.

In seinem Pioneer-Urteil [101] billigte der Gerichtshof diese neue, strengere Haltung der Kommission. U. a. stellte er fest (S. 1905 f.):

„In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die Befugnis der Kommission, Geldbußen gegen Unternehmen zu verhängen, die vorsätzlich oder fahrlässig gegen Artikel 85 Absatz 1 oder Artikel 86 des Vertrages verstoßen, zu den Befugnissen gehört, die der Kommission eingeräumt worden sind, um sie in die Lage zu versetzen, die ihr durch das Gemeinschaftsrecht übertragene Überwachungsaufgabe zu erfüllen. Diese Aufgabe umfaßt gewiß die Pflicht, einzelne Zuwiderhandlungen zu ermitteln und zu ahnden; sie beinhaltet aber auch den Auftrag, eine allgemeine Politik mit dem Ziel zu verfolgen, die im Vertrag niedergelegten Grundsätze auf das Wettbewerbsrecht anzuwenden und das Verhalten der Unternehmen in diesem Sinne zu lenken.

100 — Entscheidung vom 14. Dezember 1979 (ABl. L 60 vom 5. März 1980, S. 21).

101 — Vgl. Fußnote 8.

Daraus folgt, daß die Kommission bei der für die Festsetzung der Geldbuße erforderlichen Beurteilung der Schwere eines Rechtsverstoßes nicht nur die besonderen Umstände des Einzelfalls, sondern auch den Kontext der Zuwiderhandlung berücksichtigen und sicherstellen muß, daß ihr Vorgehen vor allem in bezug auf solche Zuwiderhandlungen, die die Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft besonders beeinträchtigen, die notwendige abschreckende Wirkung hat.

...

Die Kommission durfte auch dem Umstand Rechnung tragen, daß derartige Praktiken wegen des Gewinns, den eine Reihe der betroffenen Unternehmen daraus ziehen kann, immer noch verhältnismäßig häufig sind, obwohl ihre Rechtswidrigkeit von Beginn der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik an feststand; deshalb läßt sich nichts dagegen einwenden, wenn die Kommission zu der Auffassung gelangt ist, das Niveau der Geldbußen müsse angehoben werden, um deren abschreckende Wirkung zu verstärken.

Aus denselben Gründen wird die Kommission dadurch, daß sie in der Vergangenheit für bestimmte Arten von Zuwiderhandlungen Geldbußen in einer bestimmten Höhe verhängt hat, nicht daran gehindert, dieses Niveau innerhalb der in der Verordnung Nr. 17 gezogenen Grenzen anzuheben, wenn dies erforderlich ist, um die Durchführung der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik sicherzustellen. Die Kommission muß vielmehr im Interesse der praktischen Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln jederzeit das Niveau der Geldbußen den Erfordernissen dieser Politik anpassen können."

Dieses Urteil hat verschiedene Punkte, die auch im vorliegenden Fall erörtert wurden, tatsächlich geklärt. Als erstes bietet das Urteil meiner Meinung nach somit eine feste Stütze für den Standpunkt der Kommission, daß grundsätzlich sie die Sanktionspolitik in bezug auf die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln festlege. Dafür spricht in der Tat auch sehr viel. Die Kommission hat unmittelbar mit dem betreffenden Rechtsgebiet zu tun und behandelt den Großteil der Fälle, während es naturgemäß verhältnismäßig zufällig ist, welche Fälle dem Gericht oder dem Gerichtshof vorgelegt werden.

Deshalb meine ich, daß die gerichtlichen Instanzen der Gemeinschaft unter normalen Umständen nicht ihre eigene Sanktionspolitik führen sollten, sondern — im Rahmen der Verordnung Nr. 17 — die Festlegung des allgemeinen Niveaus der Geldbußen der Kommission überlassen sollten. Ich stimme in diesem Punkt Generalanwalt Warner bei, der in der Rechtssache BMW [102] den Standpunkt vertrat, daß die Befugnis des Gerichtshofes nach Artikel 17 der Verordnung Nr. 17 zu unbeschränkter Nachprüfung (vgl. Artikel 172 EWG-Vertrag) jedoch nicht bedeute, daß der Gerichtshof in jedem von ihm zu entscheidenden Fall seine Beurteilung der Frage, welche Geldbuße angemessen sei, an die Stelle der Beurteilung der Kommission setzen sollte.

Nach meiner Meinung besteht nur Grund zum Eingreifen, wenn die Kommission im Einzelfall grundlos von einer verhältnismäßig festen Praxis bezüglich der Höhe abweicht und damit gegen den Gleichheitsgrundsatz verstößt. Die Behauptung der Klägerinnen, daß die Kommission dies im vorliegenden Fall getan habe, halte ich jedoch für unbegründet. In den parallelen Entscheidungen in den PVC- und LDPE-Sachen [103] sind die Geldbußen offensichtlich

102 — Urteil vom 12. Juli 1979 in den verbundenen Rechtssachen 32/78 und 36/78 bis 82/78 (BMW Belgium SA u. a./ Kommission, Slg. 1979, 2435, 2494).

103 — Vgl. Fußnote 43.

auch hoch, insbesondere wenn man berücksichtigt, daß bei der Festsetzung der Geldbußen in diesen Fällen dem Umstand Rechnung getragen wurde, daß gegen die Mehrheit der Unternehmen Geldbußen wegen ihrer Teilnahme am Polypropylenkartell verhängt worden waren. In den letzten, in gewisser Weise vergleichbaren Entscheidungen [104] liegen die Geldbußen ebenfalls auf einem hohen Niveau: 7 Millionen ECU jeweils für Solvay und ICI in der Sache IV/33.133-A sowie 3 Millionen ECU für Solvay und 1 Million ECU für Chemische Fabrik Kalk in der Sache IV/33.133-B, wozu Geldbußen in Höhe von 20 Millionen ECU für Solvay in der Sache IV-33.133-C und 10 Millionen ECU für ICI in der Sache IV/33.133-D kommen.

Da es somit keinen Grund für die Annahme gibt, die Kommission sei in der Polypropylenentscheidung von dem allgemeinen Bußgeldniveau, von dem sie seit dem Pioneer-Urteil ausgeht, abgewichen, sollte das Gericht nach meiner Meinung das Bußgeldniveau zugrunde legen, von dem die Kommission in den vorliegenden Fällen ausgegangen ist.

Selbst wenn es nicht entscheidend ist, gilt dies nach meiner Meinung um so mehr, als das Polypropylenkartell seine Tätigkeit nach dem 5. März 1980, der Bekanntgabe der Pioneer-Entscheidung, unbeirrt fortsetzte und den Klägerinnen somit bekannt war, daß sie Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln teuer zu stehen kommen konnten.

104 — Entscheidungen der Kommission vom 19. Dezember 1990: IV/33.133-A, Natriumkarbonat, Solvay/ICI/; IV/33.133-B, Natriumkarbonat, Solvay CFK; IV/33.133-C, Natriumkarbonat, Solvay, und IV/33.133-D, Natriumkarbonat, ICI.

B — *Hat die Kommission alle maßgeblichen Faktoren in Betracht gezogen?*

Nachdem das allgemeine Bußgeldniveau somit bestimmt ist, ist zu untersuchen, ob die Kommission bei der Festsetzung der Geldbuße alle maßgeblichen Faktoren in Betracht gezogen hat. Dies muß natürlich der Entscheidung zu entnehmen sein.

Die grundlegenden Kriterien für die Bemessung der Geldbuße sind nach Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 neben dem betragsmäßigen Rahmen die Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung.

Die Kommission stellt in der Entscheidung (Randnr. 107 Absatz 2) zunächst fest, daß die Zuwiderhandlung vorsätzlich gewesen sei. Nach dem vorliegenden Beweismaterial steht es für mich außer Zweifel, daß die Kommission zu Recht davon ausgeht, daß die Unternehmen sich der Gesetzwidrigkeit ihrer Handlungen sowie der Möglichkeit ernster Sanktionen vollkommen bewußt gewesen waren. Somit liegen zweifellos vorsätzliche Zuwiderhandlungen vor, die auf jeden Fall wesentlich strenger zu beurteilen sind als fahrlässige Verstöße [105].

Zu dem letzten nach Artikel 15 Absatz 2 anzuwendenden Kriterium führt die Kommission aus, daß die Zuwiderhandlung verhältnismäßig lang gedauert habe.

105 — Vgl. z. B. Generalanwalt Warner in der Rechtssache BMW, S. 2493, zitiert in Fußnote 102.

Nach meiner Ansicht, die ich vorstehend wiedergegeben habe, ist davon auszugehen, daß das Kartell vom Herbst 1979 bis Herbst 1983, das heißt etwa vier Jahre und nicht über einen Zeitraum von ungefähr sechs Jahren, den die Kommission in ihrer Entscheidung und somit auch bei der Bemessung der Geldbußen zugrunde gelegt hat, bestanden hat. Zu bemerken ist, daß ICI, Montedipe, Shell und Hoechst für die vom Herbst 1977 bis Frühjahr 1978 begangenen Zuwiderhandlungen, wie oben unter I G ausgeführt, nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden können, weil die Handlungen als verjährt anzusehen sind.

Da wie gesagt das von der Kommission angewandte allgemeine Bußgeldniveau zugrunde zu legen ist, müssen, da davon auszugehen ist, daß die Zuwiderhandlung nicht so lange gedauert hat, wie von der Kommission behauptet, die Geldbußen in gewissem Umfang herabgesetzt werden. Die Herabsetzung ist jedoch nicht proportional zur Länge des Zeitraums, der außer Betracht zu lassen ist, vorzunehmen, da die Organisation des Kartells nach dem Herbst 1979 einen immer „professionelleren" Zuschnitt erhielt, während das Kartell in den früheren Zeiten nach Ansicht der Kommission weniger schwere Formen erkennen ließ und dementsprechend in der Entscheidung beurteilt wurde. Aufgrund dessen halte ich es für angemessen, die Geldbußen um etwa 10 bis 15 % herabzusetzen.

Im Zusammenhang mit den Diskussionen über die Dauer des Kartells haben einige Klägerinnen geltend gemacht, daß die Dauer allein nach den Zeiträumen zu bestimmen sei, über die sich nach der in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Auffassung der Kommission die gesetzwidrigen Handlungen erstreckt hätten, daß also zum Beispiel die Gesamtdauer der einzelnen Preisinitiativen und nicht die Länge des Zeitraums, in dem Sitzungen stattgefunden hätten, in Betracht zu ziehen sei. Selbst wenn ich, wie vorstehend ausgeführt, der Kommission auch nicht ganz zustimme, soweit sie den Sachkomplex als eine „Rahmenvereinbarung" auffaßt, halte ich die streng mathematische Betrachtungsweise der Klägerinnen bezüglich der Dauer des Kartells nicht für richtig. Die Dauer ist nach dem gesamten Zeitraum zu bestimmen, in dem Aktivitäten stattgefunden haben, die unmittelbar mit den Verstößen zusammenhängen.

Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß, wie die Kommission festgestellt hat (Randnr. 107 Absatz 4 der Entscheidung), ein besonders schwerer Verstoß vorliegt. Die Klägerinnen hatten den ganz klaren Vorsatz, ein Preisniveau über dem Marktniveau anzustreben, und zumindest für die Zeit nach Mitte 1982 läßt sich die von den Klägerinnen mit Nachdruck vertretene Behauptung vernünftiger und achtbarer Motive für die Zuwiderhandlung kaum ernstnehmen. Unabhängig von der Frage, ob die Einschätzung des Marktes durch die Sitzungsteilnehmer als zu diesem Zeitpunkt einigermaßen ausgeglichen tatsächlich richtig war, zeigt die in Randnummer 37 Absatz 3 der Entscheidung genannte Bemerkung in einem Sitzungsbericht, wonach die Teilnehmer und nicht der Markt das Preisniveau bestimmen sollten, auch wenn Angebot und Nachfrage im Gleichgewicht seien, zumindest, daß nicht beabsichtigt gewesen sein konnte, eine Produktionskapazität, die vielleicht auf längere Sicht unter normalen Wettbewerbsbedingungen erhalten werden konnte, über eine Krise hinwegzuretten. Ziel war ganz einfach, einen höheren Preis für Waren zu erhalten, als es ohne einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 möglich gewesen wäre. Wie die Kommission vorgetragen hat, hat auch der Gerichtshof gerade

Preisabsprachen als besonders schwere Verstöße gegen Artikel 85 angesehen [106]; wie er feststellte, fallen „Kartelle, die die preisgünstigste Belieferung der Verbraucher verhindern, ... besonders ins Gewicht; dies rechtfertigt, daß die Kommission bei der Ausübung ihrer Befugnis zur Verhängung von Zwangsmaßnahmen streng vorgeht".

Die Schwere der Zuwiderhandlung läßt sich meiner Meinung nach nicht unmittelbar allein aufgrund des Umfangs der tatsächlichen, festgestellten schädlichen Wirkungen beurteilen. Erstens berücksichtigt die eine Tatbestandsalternative des Artikels 85 überhaupt nicht die Wirkungen. Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezwecken, können ebenso schwere Verstöße sein wie die damit gleichgestellten Verstöße, die eine rechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung bewirken. Wenn festzustellen ist, daß ein Verhalten eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht bezweckt, sondern bewirkt, muß dem Täter für die Festsetzung einer Geldbuße zumindest Fahrlässigkeit bezüglich der rechtswidrigen Wirkung vorgeworfen werden können. In den Fällen, in denen es nur um die Zuwiderhandlung „Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen, die Wirkungen haben" geht, ist nur von den schwächsten Formen von Vorsatz die Rede, da der qualifiziertere Vorsatz — die Absicht — selbst Tatbestandsmerkmal der zweiten Tatbestandsalternative des Artikels 85 Absatz 1 ist.

Die Zuwiderhandlung, die aus dem einen oder anderen, vielleicht zufälligen, Grund nicht die beabsichtigten Wirkungen zeitigt, in der aber der Vorsatz in seinen stärksten Formen zutage tritt, wiegt meiner Meinung nach in Wirklichkeit schwerer als Verstöße mit weitergehenden Folgen, die jedoch nicht auf dieselbe Art unmittelbar angestrebt worden sind wie im vorliegenden Fall.

Abzustellen ist nicht bloß auf die tatsächlichen, sondern ganz besonders auf die möglichen schädlichen Auswirkungen. Wenn wir uns vorstellen, daß Artikel 85 als ein reines Erfolgsdelikt ausgestaltet worden wäre, aber mit einer Bestimmung über den Versuch verknüpft, würde sich die Beurteilung der Schwere eines Versuchs vermutlich nicht sehr von der Beurteilung der vollendeten Zuwiderhandlung unterscheiden, wenn in dem Versuch der feste Wille zum Ausdruck käme, jede denkbare Maßnahme zur Durchführung des rechtswidrigen Vorhabens zu ergreifen. Ich meine deshalb wie die Kommission, daß die Schwere der Zuwiderhandlung im wesentlichen auf der Grundlage der Beweise beurteilt werden muß, die uns bezüglich des Willens des Kartells, den Markt zu beeinflussen, vorliegen.

Was den Willen des Kartells betrifft, gemeinsam etwas auszurichten, gibt es meiner Meinung nach kaum Anlaß zu Zweifeln. Daß die Unternehmen tatsächlich oft nicht imstande waren, die beabsichtigten Preisinitiativen durchzuführen, ändert meines Erachtens nichts hieran. In der Zeit, mit der wir uns beschäftigen, machte das Kartell keineswegs einen dilettantischen oder unstrukturierten Eindruck. Ganz im Gegenteil haben die Regelungen offenkundig ein recht professionelles Gepräge, was meiner Meinung nach bei der Beurteilung der Schwere

106 — Vgl. Urteil vom 10. Dezember 1985 in den verbundenen Rechtssachen 240/82 bis 242/82, 262/82, 268/82 und 269/82 (Stichting Sigarettenindustrie u. a./Kommission, Slg. 1985, 3831), Randnr. 82.

des Verstoßes besonderes Gewicht haben muß. Ich meine deshalb, daß alle Einwände, die sich gegen die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung durch die Kommission richten, zurückzuweisen sind.

Die Kommission hat jedoch ihre Entscheidung darauf gestützt, daß das Kartell eine gewisse Wirkung gehabt habe. Die Geldbuße ist deshalb zweifellos anders zu bemessen, wenn die Auffassung der Kommission nicht richtig ist. Nach der Beschreibung der Wirkungen des Kartells in den Randnummern 72 bis 74 aus der Sicht der Kommission ist die tatsächliche Auswirkung der Preise auch nach Auffassung der Kommission möglicherweise verhältnismäßig bescheiden gewesen. Wesentlich sei, so die Kommission, daß die vereinbarten oder abgestimmten Preise die Grundlage für die Verhandlungen mit den Kunden gebildet hätten. Dies ist meiner Meinung nach richtig, und insoweit haben die Vereinbarungen oder die Abstimmung zweifellos einen gewissen Einfluß auf die Preisbildung ausgeübt. Wie uns der Fall zeigt, wurde der Preis für die einzelne Warenpartie weitgehend individuell festgesetzt, und es war eindeutig ein Vorteil für die Verkaufsorganisationen der Unternehmen, sich an einem bestimmten gemeinsamen Preis orientieren zu können.

Inwieweit das rechtswidrige Verhalten tatsächlich die Preise beeinflußt hat, ist andererseits ein wenig zweifelhaft. Möglicherweise ist die Kommission etwas zu weit gegangen bei ihrer Annahme eines unmittelbaren ursächlichen Zusammenhangs zwischen den festgesetzten Zielpreisen (Randnrn. 90 und 91 der Entscheidung) und den tatsächlichen Preisen, wonach erstere die letzteren beeinflußten, während der Zusammenhang von Ursache und Wirkung grundsätzlich viel eher umgekehrt gewesen sein kann, wie von den Unternehmen behauptet. Aber selbst wenn der letztgenannte Fall zutreffen sollte, führten die tatsächlich erzielten Preise, die niedriger als die vereinbarten waren, zu neuen, allerdings berichtigten Zielpreisen, die angestrebt werden sollten. Dem Beweismaterial in Form der Sitzungsberichte läßt sich ohne den geringsten Zweifel entnehmen, was der Sinn der vereinbarten oder abgestimmten Zielpreise war. Sie gaben, wie der Name selbst sagt, ein Preisniveau an, das auf dem Markt angestrebt werden sollte, und es waren stets höhere Preise als die bis dahin tatsächlich erzielten. In dem Verfahren ist uns eine Studie von Professor Albach vorgelegt worden, in der für einen Teil des betreffenden Marktes versucht wurde, die Preise zu simulieren, die ohne Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen vermutlich gegolten hätten. Wie bereits gesagt, ergab sich, daß der Markt ohne Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen sich im wesentlichen genauso verhalten hätte und die Einschätzungen der Sitzungsteilnehmer bezüglich der Wirkungen ihrer vielen Bemühungen sich nicht bestätigt hätten.

Ganz abgesehen von den methodischen Problemen, die mit solchen Preissimulationen verbunden sind und auf die die Kommission in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat, hat Professor Albach jedoch ausdrücklich eingeräumt, wie das Gericht sich erinnern wird, daß der Markt vielleicht in gewissem Umfang beeinflußt worden sein mag.

Deshalb halte ich eine Herabsetzung der Geldbußen aufgrund der tatsächlichen Auswirkungen des Kartells nicht für gerechtfertigt, auch wenn die Kommission ihre Auffassung über den ursächlichen Zusammenhang vielleicht mit etwas sehr viel Nach-

druck vertreten hat. Jedenfalls sollten Erwägungen zu den tatsächlichen Auswirkungen des Kartells angesichts des klaren Vorsatzes bei der Bemessung der Geldbuße meines Erachtens nur von untergeordneter Bedeutung sein.

Nach Auffassung der Klägerinnen ist den angeführten Umständen jedoch längst nicht genügend Gewicht bei der Festsetzung der Geldbuße beigemessen worden; einige Klägerinnen meinen sogar, daß die Geldbußen wegfallen müßten, da namentlich die erheblichen Verluste, die sie erlitten hätten, als besonders mildernder Umstand zu berücksichtigen seien, der einen Wegfall der Geldbußen rechtfertigen könne.

Im übrigen stimme ich der Kommission zu, daß die in Randnummer 108 (außer dem letzten Absatz) genannten Faktoren alle für das Vorliegen eines schweren Verstoßes sprechen.

Der Standpunkt der Klägerinnen ist nicht haltbar. Wie der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache IAZ u. a./Kommission [107] festgestellt hat, würde eine Verpflichtung der Kommission, die wirtschaftlichen Schwierigkeiten eines Unternehmens zu berücksichtigen, darauf hinauslaufen, den am wenigsten angepaßten Unternehmen einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.

C — *Mildernde Umstände*

In Randnummer 108 letzter Absatz hat die Kommission die Umstände angeführt, die sie als mildernd anerkannt hat:

— Verluste der Unternehmen im Polypropylensektor über einen längeren Zeitraum hinweg;

Im Falle eines ganzen Industriesektors würde eine allzu weitgehende Berücksichtigung der Verluste infolge struktureller Probleme in Wirklichkeit eine De-facto-Rechtfertigung jedes Versuchs bedeuten, eine aufgrund der Marktkräfte notwendige strukturelle Anpassung zu verhindern. Daß dies den marktwirtschaftlichen Überlegungen, die hinter Artikel 85 stehen, widersprechen würde, leuchtet ohne weiteres ein.

— nur teilweise Verwirklichung des beabsichtigten Ziels durch die Preisinitiativen;

— das Fehlen von eigentlichen Zwangsmaßnahmen gegenüber dem einzelnen Hersteller.

Es ist möglich, daß es jedenfalls durchaus sinnvoll hätte sein können, eine Produktionskapazität, Arbeitsplätze usw. in Erwartung einer steigenden Nachfrage innerhalb eines Sektors, der zweifellos zukunftsträchtig war, für eine gewisse Zeit zu erhal-

Diese Aufzählung mildernder Umstände läßt sich meiner Meinung nach nicht beanstanden.

107 — Urteil vom 8. November 1983 in den verbundenen Rechtssachen 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82 108/82 und 110/82, (NV IAZ International Belgium u. a./Kommission, „Anseau-Navewa", Slg. 1983, 3369), Randnr. 55.

ten zu versuchen. Aber Abweichungen von der grundlegenden Regelung des Artikels 85 sind nun einmal nach dem System des Vertrages nicht der privaten Initiative überlassen, weshalb die Einwände der Klägerinnen in dieser Hinsicht zurückzuweisen sind.

Es ist auch möglich, daß, wie vor allem ICI vorgetragen hat, in dem maßgeblichen Zeitraum eine gewisse fortlaufende oder mittelfristige Strukturanpassung innerhalb des Polypropylensektors erfolgte. Verstöße sind jedoch grundsätzlich für sich zu beurteilen. Daß die, die die Zuwiderhandlungen begangen haben, auch rechtmäßige und zweifellos vernünftige und angemessene Maßnahmen getroffen haben, ist in keiner Weise überraschend und ungewöhnlich, kann aber nach meiner Meinung die Zuwiderhandlungen nicht in einem milderen Licht erscheinen lassen.

Schließlich ist möglich, daß staatliche Beihilfen die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Polypropylenmarkt in einem gewissen Umfang verfälscht haben. Wie die Kommission zu Recht vorgetragen hat, findet Artikel 85 Absatz 1 dennoch in jedem Fall Anwendung. Im übrigen ist bezeichnend, daß im großen und ganzen an den Zuwiderhandlungen alle Unternehmen des betreffenden Sektors beteiligt waren, sowohl diejenigen, die staatliche Beihilfen erhielten, als auch diejenigen, bei denen dies nicht der Fall war. Es handelte sich also nicht um das Kartell einiger Unternehmen, die sich gegen die unbillige Konkurrenz anderer, staatlich unterstützter Unternehmen verteidigen wollten. Die Einwände der Klägerinnen zu diesem Punkt sind somit zurückzuweisen.

In Randnummer 109 letzter Absatz der Entscheidung trägt die Kommission vor, daß bei ihren Nachprüfungen einige wenige Unternehmen mit ihr zusammengearbeitet hätten, zumindest, seitdem das Beweismaterial für den Verstoß im wesentlichen vorgelegen habe. Aus der mündlichen Verhandlung wissen wir, daß namentlich ICI und Hercules die Kommission in gewissem Umfang mit Material versorgt haben, daß bei der Durchführung des Verfahrens nützlich sein konnte. Die Unternehmen waren jedoch, wie die Kommission sagt, in jedem Fall zur Vorlage der genannten Dokumente verpflichtet, und ich bin denn auch mit ihr der Meinung, daß aufgrund dessen nur eine geringe Herabsetzung der Geldbußen vorzunehmen ist. Nach den Angaben der Kommission ist der Unterschied zwischen der Geldbuße in Höhe von 10 Millionen ECU, die gegen ICI festgesetzt worden sei, und der Geldbuße in Höhe von 11 Millionen ECU für Montedipe gerade im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit von ICI mit der Kommission zu sehen.

Meinen Standpunkt zu den Wirkungen des Kartells im Rahmen der Beurteilung der Schwere des Verstoßes habe ich bereits dargelegt. Schließlich bin ich mit der Kommission darin einig, daß die Geldbußen vermutlich noch höher hätten sein müssen, wenn das Kartell obendrein Maßnahmen getroffen hätte, durch die regelrechte Zwangsmittel gegenüber Unternehmen eingeführt worden wären, die sich nicht an die Vereinbarungen usw. gehalten hätten.

Ich komme zu dem Ergebnis, daß die Geldbußen im Hinblick auf den sehr schweren Verstoß, um den es geht, nicht unverhältnismäßig sind und daß den mildernden Umständen, die vernünftigerweise in Betracht gezogen werden können und sollen, hinreichend Rechnung getragen worden ist.

D — *Herabsetzung der Geldbußen infolge der Nichtigerklärung bestimmter Teile der Entscheidung*

Wie in Abschnitt B ausgeführt, müssen die Geldbußen meiner Meinung nach herabgesetzt werden, wenn festgestellt wird, daß das Kartell weniger lange bestanden hat als von der Kommission behauptet. Soweit für den danach festgelegten Zeitraum (Herbst 1979 bis Herbst 1983) festzustellen ist, daß einzelne von der Kommission behauptete Punkte in der Entscheidung nicht hinreichend nachgewiesen sind, müssen die Geldbußen noch weiter herabgesetzt werden.

Nach meiner vorstehend dargelegten Auffassung gibt es keine ausreichenden Beweise für die Feststellung, daß für die Jahre 1981 und 1982 die von der Kommission behauptete rechtswidrige Regelung zur Überwachung der Absatzmenge bestanden habe, und auch nicht für die Annahme, daß für 1983 eine Quotenregelung vorgelegen habe. Außerdem halte ich die Feststellung für nicht begründet, daß die Unternehmen Waren aus dem Gebiet der Gemeinschaft rechtswidrig umgelenkt hätten, um auf dem europäischen Markt künstlich eine Verknappung herbeizuführen.

Die Nichtigerklärung der Entscheidung, die in bezug auf den Zeitraum von 1977 bis Herbst 1979 und in bezug auf die von mir in den vorangegangenen Abschnitten über 1981, 1982 und 1983 genannten Punkte erfolgen muß, sollte nach meiner Meinung zu einer allgemeinen Herabsetzung der Geldbußen um etwa 20 % führen.

E — *Muß die Kommission einen Bußgeldkatalog aufstellen?*

In dem Verfahren ist lebhaft diskutiert worden, inwieweit die Kommission verpflichtet sei, die Berechnungsgrundlagen für die Festsetzung der einzelnen Geldbußen näher anzugeben.

Die Frage hängt mit den verschiedenen Faktoren zusammen, die die Kommission in Randnummer 109 Absatz 1 der Entscheidung aufgezählt hat und die für die Bemessung der einzelnen Geldbuße entscheidend waren. Es sind dies erstens die Rolle des einzelnen Unternehmens, zweitens die Dauer seiner Beteiligung, drittens sein Absatz in der Gemeinschaft und viertens sein Gesamtumsatz. Es ist unstreitig, daß diese Faktoren berücksichtigt werden können und müssen.

Von diesen Faktoren lassen sich die beiden letzten vollständig in Zahlen ausdrücken, sofern noch verläßliche Zahlen für den Polypropylenabsatz und den Gesamtumsatz beschafft werden können. Die Dauer ist ebenfalls exakt meßbar, kann aber nicht ohne weiteres proportional behandelt werden, da die Tätigkeit des Kartells die Form immer schwererer Verstöße annahm. Umfang oder Intensität der Beteiligung des einzelnen Unternehmens lassen sich dagegen nicht auf eine Weise quantifizieren, die eine Grundlage für eine mathematische Berechnung der Geldbußen bilden könnte, vielmehr muß insoweit in die Festsetzung der Geldbuße ein Element der Schätzung einfließen.

Natürlich ist es außerordentlich schwer, die unterschiedliche Gewichtung der verschie-

denen Faktoren, von denen nur einige sich ganz in Zahlen ausdrücken lassen, auf eine auch nur einigermaßen angemessene Weise wiederzugeben. Die Entscheidung muß in erheblichem Umfang eine Ermessensfrage bleiben. Die Kommission hat denn auch zuletzt in ihrer Antwort auf eine schriftliche Frage des Gerichts sowie in der mündlichen Verhandlung bestritten, daß sie die Geldbuße auf der Grundlage quantifizierbarer Faktoren genau errechnet habe.

Meines Erachtens gibt es keinen Grund für die Annahme, daß die Kommission nicht ordnungsgemäß dargelegt habe, wie sie zur Höhe der einzelnen Geldbuße gelangt sei. Die Kommission hat erklärt, daß sie ihre Entscheidung aufgrund einer Gesamtwürdigung getroffen habe. Ich meine, wie gesagt, nicht, daß der Kommission deshalb ein Vorwurf zu machen wäre; nach meiner Ansicht gibt es weder in der Rechtsprechung noch sonst Anhaltspunkte dafür, daß die Kommission verpflichtet wäre, bestimmte Berechnungsmodelle aufzustellen [108].

Hinzu kommt, wie die Kommission ebenfalls vorgetragen hat, daß aus generalpräventiven Gründen die Erstellung eines richtigen Bußgeldkatalogs für ein Rechtsgebiet wie das hier behandelte bedenklich sein könnte, in dem Überlegungen zu den wirtschaftlichen Vorteilen und möglichen Nachteilen einer beabsichtigten Gesetzesübertretung zweifellos eine wichtige Rolle bei der Entscheidung spielen, ob das Unternehmen die Zuwiderhandlung begehen oder davon Abstand nehmen soll.

Die angeführten Gesichtspunkte gelten außerdem für die Begründung der Festsetzung der Geldbußen in Teil II Abschnitt B II der Entscheidung. Die meisten Klägerinnen haben geltend gemacht, daß die Entscheidung nicht hinreichend begründet sei, da sie keine individuelle Begründung der gegen das einzelne Unternehmen festgesetzten Geldbuße enthalte. Nach meiner Meinung hat die Kommission die Begründung gegeben, die der Natur der Sache nach zu geben möglich war. Wenn sich nicht alle Faktoren, die die Grundlage der Bemessung der Geldbuße bilden, in Zahlen ausdrücken lassen, ist schwer zu sehen, welche anderen Elemente über die von der Kommission genannten hinaus noch hätten genannt werden können.

Diese Ausführungen haben schließlich eine Reflexwirkung auf die Beurteilung der Kontrollfunktion des Gerichts im Hinblick auf die Bemessung der Geldbuße. Wie sich nämlich in der mündlichen Verhandlung gezeigt hat, kann es mangels genauer Kenntnis davon, wie die Kommission die verschiedenen Faktoren untereinander gewichtet hat, schwierig sein, die Bemessung der Geldbuße zu kontrollieren. Wenn aber — wie ich meine — anzuerkennen ist, daß die Kommission auf diesem Gebiet die Geldbußen aufgrund einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts weitgehend frei festsetzen kann, stellt sich dieses Problem nicht anders als in allen anderen Rechtsgebieten, in denen die Verwaltung über ein mehr oder weniger freies Ermessen verfügt.

Der Unterschied liegt jedoch nach dem gemeinschaftsrechtlichen System darin, daß das Gericht die Festsetzung der Geldbuße unbeschränkt überprüfen und somit, wenn es will, sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens der Kommission setzen kann. In Wirklichkeit liegt also eine selbständige Ermessensausübung seitens des Gerichts vor. Nach meiner Meinung sollte sich das Gericht damit jedoch zurückhalten und die Entscheidung nur ändern, wenn es zu der

108 — Vgl. Bellamy und Child, a. a. O., S. 497, Fußnote 56.

Auffassung gelangt ist, daß die Kommission einen klaren Ermessensfehler begangen hat. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn sich zeigt, daß die Kommission ihrer Ermessensentscheidung eindeutig falsche Umsatz- oder Absatzzahlen zugrunde gelegt hat.

Schließlich ist die im vorliegenden Fall vertretene Auffassung abzulehnen, daß der Gleichheitsgrundsatz dadurch verletzt worden sei, daß die Kommission BP und AMOCO keine Geldbußen auferlegt habe, obwohl sie nach Ansicht einiger Klägerinnen an den Tätigkeiten des Kartells beteiligt gewesen seien. Diese Auffassung beruht meines Erachtens auf einem systematischen Denkfehler und verwechselt Beweis mit Sanktion. Wenn einmal festgestellt worden ist, daß BP und AMOCO mangels Beweises nicht belangt werden können, sind sie endgültig von der Bildfläche verschwunden, und der Fall dieser Unternehmen spielt für die Beurteilung der gegen die übrigen Unternehmen festgesetzten Geldbußen keine Rolle mehr.

Ein letzter Punkt, der in diesem Abschnitt zu behandeln ist, ist die von der Kommission in der mündlichen Verhandlung näher erläuterte Behauptung, ihr Hinweis in Randnummer 107 Absatz 2 der Entscheidung, daß BASF, Hoechst und ICI früher an Verstößen gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft beteiligt gewesen seien, bedeute nicht, daß der früheren Entscheidung rückfallbegründende Wirkung beigelegt worden sei. Der Hinweis sollte nach der Erklärung der Kommission in der mündlichen Verhandlung nur noch einmal belegen, daß es sich im Fall dieser Unternehmen um vorsätzliche Zuwiderhandlungen gehandelt habe. Die Kommission erklärt, daß sie keine rückfallbegründende Wirkung angenommen habe, da der frühere Sachverhalt mehr als 15 Jahre zurückliege und das allgemeine Bußgeldniveau inzwischen beträchtlich gestiegen sei. Es besteht kein Grund, diese Erklärung zu verwerfen; auch läßt sich meines Erachtens dazu nicht die Ansicht vertreten, daß in der Verneinung einer rückfallbegründenden Wirkung ein Verstoß gegen den Gleichheits- oder einen anderen Grundsatz liege.

F — *Umfang oder Intensität der Beteiligung der einzelnen Unternehmen*

1. *Der Umfang, wie er in der Entscheidung der Kommission behauptet wird*

Meines Erachtens kann es keine vernünftigen Zweifel daran geben, daß die Kommission zu Recht davon ausgegangen ist, daß die vier größten Hersteller, *Montedipe*, *Hoechst*, *ICI* und *Shell*, den Kern bei den durchgeführten Regelungen bildeten, und eine selbständige Führungsgruppe darstellten. Dies zeigen die getrennten Sitzungen dieser Unternehmen (vgl. Tabelle 5 im Anhang der Entscheidung) und die weiteren Hinweise in dem Beweismaterial auf die Rolle der vier großen Unternehmen. Der Kommission ist auch darin Recht zu geben, daß die vier großen Hersteller einen erheblichen Teil der Verantwortung für das Geschehen tragen. Auch wenn wohl keine Beweise für eine Anstiftung im eigentlichen Sinne vorliegen, haben die vier großen Unternehmen — beinahe hätte ich gesagt selbstverständlich — eine zentrale Rolle gespielt. Dies gilt insbesondere für Montedipe und ICI, von denen jede eine Zeitlang den Vorsitz im Kartell innehatte. Dies spricht in ganz erheblichem Maße für die Festsetzung empfindlicher Geldbußen gegen diese Unternehmen.

Es hat sich nicht feststellen lassen, weshalb Shell an den regelmäßigen Plenarsitzungen nicht teilnahm. Ich stimme jedoch der Kommission darin zu, daß die Nichtteilnahme an den Sitzungen sämtlicher Hersteller an sich nicht als mildernder Umstand angesehen werden kann. Shells Teilnahme ist daher in gleicher Weise wie die der übrigen Unternehmen zu beurteilen, soweit die Einbeziehung des Unternehmens durch Beweise gerechtfertigt ist. Dies habe ich vorstehend unter II J näher dargelegt.

Wie unter II F ausgeführt, scheint die Rolle von *Hercules* etwas unklar zu sein. Ich meine jedoch ebenso wie die Kommission, daß es nicht als mildernder Umstand anzusehen ist, daß Hercules die anderen Unternehmen über die eigenen Verkaufszahlen nicht unterrichtete, da das Unternehmen im übrigen an dem Kartell beteiligt war und daraus Vorteile zog oder zu ziehen versuchte.

Nach Randnummer 109 Absatz 6 sieht die Kommission keinen Grund, bezüglich der *anderen Unternehmen*, das heißt der, die nicht zu den vier großen Herstellern gehören, einen wesentlichen Unterschied zu machen. Ich bin ebenfalls der Meinung, daß das Beweismaterial keine sichere Beurteilung zuläßt, welche Unternehmen am eifrigsten und welche am wenigsten bemüht waren, die Zusammenarbeit in Gang zu bringen. Der allgemeine Eindruck ist, daß alle eindeutig interessiert waren und die Unterschiede namentlich darin bestanden, wer mehr und wer weniger optimistisch war. Wie bereits gesagt, machte Solvay in der Sitzung im Mai 1982 den vernünftigen Vorschlag, keine Sitzungen mehr abzuhalten, da sich Angebot und Nachfrage im Gleichgewicht befänden. Dies könnte als Beleg eines weniger eifrigen Engagements angesehen werden, wenn Solvay nicht auch nach diesem Zeitpunkt am Kartell weiter beteiligt gewesen wäre.

Einige kleinere Hersteller wurden von den anderen von Zeit zu Zeit als Störenfriede und als aggressiv bezeichnet. In diesem Zusammenhang kann dies als Ausdruck dafür genommen werden, daß sie etwas weniger Engagement zeigten als die anderen. Bezeichnend ist jedoch, daß sie ihre Interessen auf jeden Fall im Rahmen des Kartells stärker zur Geltung zu bringen versuchten. Daß es einigen gelang, sich einen nicht unbedeutenden Marktanteil während des Zeitraums, in dem das Kartell existierte, zu erkämpfen, läßt sich also nicht als Zeichen dafür werten, daß ihr Engagement geringer als das der übrigen gewesen war, eher waren sie geschickter darin, das Kartell zu ihren Zwecken auszunutzen, nämlich sich auf „wohlgeordnete Weise" eine bessere Marktposition zu sichern.

Schließlich weist die Kommission in Randnummer 109 Absatz 7 der Entscheidung darauf hin, daß drei Unternehmen kürzer als die anderen beteiligt gewesen seien. Zu bemerken ist, daß Petrofina nach dem Beweisergebnis, zu dem ich gekommen bin, nur von März 1982 und nicht von 1980, wie von der Kommission behauptet, beteiligt war.

Somit lassen sich die Unternehmen zunächst in zwei Gruppen einteilen, nämlich die vier großen Hersteller und die anderen.

2. *Die vier großen Hersteller*

Im Fall der vier Großen hat die Kommission, wie sich aus der Entscheidung ergibt, Montedipe und ICI aufgrund ihrer jeweiligen Führungsrolle in einem gewissen Zeitraum höhere Geldbußen auferlegt, wobei die Geldbuße für ICI den vorliegenden Angaben zufolge dann wieder aufgrund einer gewissen Zusammenarbeit bei der Aufklärung herabgesetzt wurde. Die Geldbußen scheinen für beide Unternehmen im Verhältnis zu ihrem Umsatz im Polypropylensektor einigermaßen gleich bemessen worden zu sein. Die Kommission hat, wie zu bemerken ist, den Einwand nicht berücksichtigt, daß nur der externe Polypropylenabsatz der Unternehmen zugrunde zu legen sei. Sie hat offensichtlich eher auf den Umsatz abgestellt, der dem Marktanteil entsprach, von dem die Unternehmen untereinander ausgegangen sind. Ich halte dies für einen korrekten Maßstab für die Bemessung der Geldbuße. Ungeachtet der Tatsache, daß der Gesamtumsatz der Unternehmen in dem Verfahren nicht erörtert wurde, spricht nicht viel dafür, daß die Kommission diesem bei der Bemessung der Geldbuße besonderes Gewicht beigelegt hätte, was kaum verwunderlich ist, da es auf jeden Fall um sehr große Unternehmen geht, deren Stärke auf dem Markt und deren Fähigkeit, eine Geldbuße in der betreffenden Größenordnung zu bezahlen, außer Zweifel stehen. Somit sind die Gelbußen von 11 bzw. 10 Millionen ECU, die gegen Montedipe und ICI festgesetzt worden sind, offenkundig recht ausgewogen. Gleiches gilt bezüglich der Geldbußen von 9 Millionen ECU, die gegen Shell und Hoechst verhängt worden sind, die eindeutig als Teil des Kartellkerns angesehen wurden, ohne jedoch die führende Rolle von Montedipe oder ICI gehabt zu haben.

3. *Die kleineren Hersteller*

Die übrigen kleineren Hersteller lassen sich unterteilen in diejenigen, die die ganze Zeit über an dem Kartell beteiligt gewesen sind, und diejenigen, die im Laufe der Zeit in das Kartell eingetreten oder aus ihm ausgeschieden sind.

Bezüglich der erstgenannten Gruppe scheint das Bußgeldniveau im Verhältnis zum Absatz innerhalb der Gemeinschaft ebenfalls einigermaßen gleich zu sein; dies muß grundsätzlich auch so sein, wenn bezüglich der Intensität oder des Umfangs der Beteiligung kein Unterschied gemacht wird und auf den Gesamtumsatz der Unternehmen offensichtlich nicht entscheidend abgestellt wird. Der Prozentsatz, den die Geldbußen vom Absatz ausmachen, liegt im allgemeinen etwas niedriger als im Fall der großen Hersteller. Bezüglich der BASF AG war zwischen den Parteien streitig, inwieweit die Verkaufszahlen aus der Produktion der Rheinische Olefinwerke GmbH, die ein Gemeinschaftsunternehmen (50/50) der BASF und von Shell ist, in die Bemessungsgrundlage für die Geldbuße einbezogen werden soll. Die BASF beruft sich allein darauf, daß sie den Teil der Produktion, der Shell zugekommen sei, als deren Agent verkauft habe. Die Frage ist ziemlich ungeklärt geblieben und hätte von der Kommission zu einem früheren Zeitpunkt im Verfahren näher untersucht werden müssen. Das muß meines Erachtens dazu führen, daß stärker auf die eigenen Zahlen von BASF abzustellen und als Folge davon die Geldbuße für dieses Unternehmen angemessen herabzusetzen ist.

Diese Herabsetzung sollte wahrscheinlich bei 10 % liegen, so daß sich die Geldbuße für die BASF insgesamt um 30 % mindert.

Gegen die letztgenannte Gruppe von Unternehmen, das heißt *Anic*, *Petrofina* und *Rhône-Poulenc*, sind verhältnismäßig geringe Geldbußen festgesetzt worden, wie der Entscheidung zu entnehmen ist. Wenn man davon absieht, daß die Geldbuße im Fall von Petrofina wegen des kürzeren Zeitraums, für den ihre Teilnahme meines Erachtens als bewiesen angesehen werden kann, weiter herabzusetzen ist, scheinen auch hier die Geldbußen, die diesen Unternehmen auferlegt worden sind, sowohl untereinander als auch im Verhältnis zu den Geldbußen der übrigen recht ausgewogen zu sein. Die Geldbuße, die gegen Rhône-Poulenc festgesetzt wurde, ist herabzusetzen mit Rücksicht darauf, daß einerseits der Zeitraum, für den Beweise für die Beteiligung des Unternehmens vorliegen, wesentlich kürzer als von der Kommission angenommen ist, und daß andererseits der Zeitraum, der somit außer Betracht bleibt, dadurch gekennzeichnet war, daß sich das Kartell in einer Aufbauphase befand. Die Geldbuße von Rhône-Poulenc ist somit insgesamt um 40 % herabzusetzen. Petrofina war wesentlich kürzer beteiligt als von der Kommission behauptet, und einen Teil des Zeitraums, der nicht zu berücksichtigen ist, lag nach dem Zeitpunkt, zu dem das Kartell seine endgültige Form gefunden hatte. Aufgrund dessen schlage ich vor, daß die Geldbuße von Petrofina um die Hälfte herabzusetzen ist. Ein besonderes Problem wirft die Frage auf, inwieweit die Kommission bei der Berechnung der Geldbuße von Anic Umsätze von SIR in die Berechnungsgrundlage einbezogen hat. Berechnungsgrundlage sind nach den vorliegenen Angaben die Umsatzzahlen (= Marktanteil) für das Jahr 1982. Es besteht jedoch kein Zweifel, daß der Marktanteil, den SIR 1982 besaß, bevor sie — für einen kurzen Zeitraum — für Rechnung von Anic produzierte, sehr bescheiden war. Selbst wenn es keinen Grund gibt, der Ansicht von Anic, daß auch die Umsatzzahlen aus früheren Jahren zu berücksichtigen seien, in stärkerem Maße zu folgen, sollte meiner Meinung nach berücksichtigt werden, daß Anic eben nur im ersten Halbjahr 1982 an dem Kartell beteiligt war, weshalb die Geldbuße in einem gewissen, geringeren Maße herabzusetzen ist. Die Geldbuße von Anic sollte somit um 30 % herabgesetzt werden.

Unter den Vorbehalten, die sich aus den vorstehenden Ausführungen ergeben, bin ich somit nicht der Meinung, daß die Kommission einen Ermessensfehler begangen hat.

Aufgrund dessen schlage ich vor, die Geldbußen wie folgt festzusetzen:

Anic SpA	525 000 ECU
Atochem	1 400 000 ECU
BASF AG	1 750 000 ECU
DSM NV	2 200 000 ECU
Hercules Chemicals NV	2 200 000 ECU
Hoechst AG	7 200 000 ECU
Hüls AG	2 200 000 ECU
ICI PLC	8 000 000 ECU
Chemische Werke Linz AG	800 000 ECU
Montedipe SpA	8 800 000 ECU
Petrofina SA	300 000 ECU
Rhône-Poulenc SA	300 000 ECU
Shell International Chemical Co. Ltd.	7 200 000 ECU
Solvay & Cie	2 000 000 ECU

IV — Entscheidungsvorschlag

Nach alledem schlage ich vor, die Rechtssachen wie folgt zu entscheiden:

1) *Artikel 1 der Entscheidung der Kommission vom 23. April 1986 (IV/31.149 — Polypropylen) ist für nichtig zu erklären, soweit darin festgestellt wird, daß*

— die Klägerinnen Anic, Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz, Solvay, Atochem, BASF, DSM und Hüls in der Zeit vor Herbst 1979 an einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise beteiligt waren,

— die Klägerinnen Hoechst, Shell, ICI und Montedipe an der genannten Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise von etwa Mitte 1978 bis Herbst 1979 beteiligt waren,

— Anic SpA an der genannten Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise nach Mitte 1982 beteiligt war,

— Petrofina SA an der genannten Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise vor März 1982 beteiligt war,

— Hercules Chemicals NV detaillierte Informationen über ihre Lieferungen gab,

— die Hersteller ihre Lieferungen auf Überseemärkte umlenkten, um dadurch eine Verknappung in Westeuropa herbeizuführen,

— die Klägerinnen den Markt unter sich aufteilten, indem sie jedem Hersteller eine „Quote" für die ersten beiden Quartale 1983 zuteilten, und

— die Hersteller 1981 (abgesehen von den ersten Monaten des Jahres) und 1982 voneinander verlangten, ihre monatlichen Verkäufe auf der Grundlage des Absatzes in einem vorausgegangenen Zeitraum zu beschränken.

2) *Artikel 3 der Entscheidung ist dahin zu ändern, daß die dort angeführten Geldbußen auf folgende Beträge festgesetzt werden:*

Anic SpA	525 000 ECU
Atochem	1 400 000 ECU
BASF AG	1 750 000 ECU
DSM NV	2 200 000 ECU
Hercules Chemicals NV	2 200 000 ECU
Hoechst AG	7 200 000 ECU
Hüls AG	2 200 000 ECU
ICI PLC	8 000 000 ECU
Chemische Werke Linz AG	800 000 ECU
Montedipe SpA	8 800 000 ECU
Petrofina SA	300 000 ECU
Rhône-Poulenc SA	300 000 ECU
Shell International Chemical Co. Ltd.	7 200 000 ECU
Solvay & Cie	2 000 000 ECU

3) *Im übrigen werden die Klagen abgewiesen.*

4) *Kosten*

Zu den Kosten ist zu bemerken, daß die Kommission in den meisten Rechtssachen überwiegend recht bekommen hat. Jedoch ist gegen die Entscheidung berechtigte Kritik vorgebracht worden, so daß verschiedene Punkte für nichtig zu erklären sind. Die Klagen sind also nicht grundlos erhoben worden, so daß ich es für richtig halte, Artikel 69 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes, der nun als Artikel 87 § 3 in der Verfahrensordnung des Gerichts steht, anzuwenden und jede Partei ihre eigenen Kosten tragen zu lassen. Dies gilt in den Rechtssachen T-1/89, T-3/89, T-4/89 und T-6/89 bis T-15/89. In der Rechtssache T-2/89, Petrofina, sollte die Kommission im Hinblick auf den Ausgang dieser Sache neben ihren eigenen die Hälfte der Kosten der Klägerin tragen.