SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO vom 5. Mai 1988 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Die Socité coopérative des asphalteurs belges (Belasco) und sieben ihrer Mitglieder beantragen die Aufhebung der Entscheidung der Kommission vom 10. Juli 1986 über ein Verfahren zur Anwendung von Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/31.371 — Dach- und Dichtungsbahnen) [1], hilfsweise die Aufhebung oder wenigstens Kürzung der festgesetzten Geldbußen.

2. In der angefochtenen Entscheidung kam die Kommission im wesentlichen zu dem Ergebnis, daß die sieben Mitglieder der Belasco gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag dadurch verstoßen hätten, daß sie mit Wirkung vom 1. Januar 1978 eine Kartellvereinbarung getroffen hätten, die mindestens bis zum 9. April 1984 angewendet worden sei, daß sie weiter gemeinsame Maßnahmen zur Durchführung und Ergänzung dieser Vereinbarung getroffen hätten, zu denen auch die gemeinsame Teilnahme an Vereinbarungen mit Nichtmitgliedern über Preisnachlässe beim Verkauf der betroffenen Produkte gehörten. Der Belasco selbst wird vorgeworfen, sie habe an der Durchführung der Kartellvereinbarung mitgewirkt.

3. Die Klägerinnen stützten ihre Klage zunächst auf eine ganze Reihe von Tatsachenargumenten, mit denen sie beweisen wollen, daß die Kommission in ihrer Entscheidung ein unzutreffendes Bild des relevanten Marktes und der relevanten Produkte sowie der Durchführung der beanstandeten Vereinbarung und ihrer Wirkungen gegeben habe. Auf der Rechtsseite werden drei Fehler der Kommission bei der Würdigung des Sachverhalts geltend gemacht, die sich auf den relevanten Markt, die Auswirkungen des belgischen Preisrechts und die Rolle der Klägerinnen in den Verhandlungen über den Ankauf eines Wettbewerbers, der UPM, eines früheren Mitglieds der Belasco, beziehen, die mit ihrer Beschwerde bei der Kommission das Verfahren ausgelöst hat.

4. An zweiter Stelle rügen die Klägerinnen eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften: Die Begründung der Entscheidung sei irrig, widersprüchlich und ungenügend. Der Großteil der von den Klägerinnen hierzu angezogenen Passagen der Entscheidung der Kommission beziehe sich auf anderswo beanstandete Punkte, insbesondere auf die praktischen Auswirkungen der Maßnahmen zur Durchführung der Kartellvereinbarung.

5. Dasselbe gilt für die Rüge einer Verletzung des Artikels 85 EWG-Vertrag, die die Klägerinnen darin sehen, daß einerseits der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht spürbar beeinträchtigt worden sei, andererseits ein Verstoß gegen diesen Artikel weder rechtlich noch tatsächlich nachgewiesen sei.

6. Hilfsweise schließlich machen die Klägerinnen für den Fall, daß der Gerichtshof den

* Originalsprache: Französisch.
1 — ABl. L 232 vom 19. 8. 1986, S. 15.

Tatbestand des Artikels 85 Absatz 1 für erfüllt ansehen sollte, eine Verletzung des Artikels 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 [2] und des Gleichheitsgrundsatzes geltend, was eine Aufhebung oder zumindest eine Kürzung der auferlegten Geldbußen rechtfertige.

7. Diese kurze Zusammenfassung der erhobenen Rügen, die im Sitzungsbericht detailliert dargestellt sind, zeigt auf, daß dieselben Tatsachen und dieselben Argumente mehreren Rügen zugrunde liegen. Um Wiederholungen und Verweisungen weitgehend zu vermeiden, werde ich sie nicht in der Reihenfolge ihres Vortrags prüfen; vielmehr werde ich versuchen, sie in vier Kapiteln zusammenzufassen, die den Tatbestandsmerkmalen des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag entsprechen.

8. In zwei Kapiteln werde ich untersuchen, ob die Kartellvereinbarung zum Zweck oder zum Ziel hatte, den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu beschränken oder zu verfälschen, und ob sie geeignet war, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dieser Prüfung muß jedoch ein Kapitel vorausgehen, in dem die von der Entscheidung der Kommission erfaßten Produkte genau umschrieben und die Stellung der Klägerinnen auf dem Markt dieser Produkte definiert wird; für eine richtige Würdigung der Frage, ob die Wettbewerbsbedingungen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 geändert wurden, und der Beeinträchtigung des Binnenhandels der Gemeinschaft sind ja der wirtschaftliche Kontext, in dem die Kartellvereinbarungen und die Maßnahmen zu ihrer Durchführung angewandt wurden, sowie der tatsächliche Rahmen zu berücksichtigen, innerhalb dessen der Wettbewerb ohne sie abgelaufen wäre.

2 — Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 — erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. vom 21. 2. 1962, S. 204).

9. Ein letztes Kapitel wird den Rügen gegen die Auferlegung der Geldbußen gewidmet sein.

10. Daraus ergibt sich folgender Aufbau dieser Schlußanträge:

A — Der relevante Markt und die relevanten Produkte

B — Die Wettbewerbsstörungen

C — Die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

D — Die Anwendung des Artikels 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17

1. Der vorsätzliche Charakter der Verstöße

2. Die Dauer der Verstöße

3. Die Schwere der Verstöße

4. Der Gleichbehandlungsgrundsatz

A — Der relevante Markt und die relevanten Produkte

11. Nach Auffassung der Klägerinnen stellt der Markt der bituminierten Dach- und Dichtungsbahnen, wie ihn die Kommission in ihrer Entscheidung angenommen hat, nur einen Teil des größeren Marktes der wei-

chen Dachabdeckungen dar, der auch die sogenannten synthetischen Produkte umfasse, die im wesentlichen aus Polymeren hergestellt seien und kein oder nur sehr wenig Bitumen enthielten. Diesen Markt hätte die Kommission für eine korrekte Würdigung der Wettbewerbssituation sowie des Marktanteils der Klägerinnen zugrunde legen müssen.

12. Die Kommission bestreitet, eine irrige Würdigung vorgenommen zu haben, indem sie die synthetischen Produkte nicht in ihre Definition des relevanten Marktes aufgenommen habe; sie behauptet, selbst wenn sie diese Produkte hätte berücksichtigen müssen, wären die Marktanteile der Klägerinnen von 1978 bis 1980 unverändert geblieben und hätten von 1981 bis 1984 nur unbedeutende Änderungen erfahren, so daß sie immer noch deutlich über 50 % gelegen hätten.

13. Die Kommission hat zu Recht darauf hingewiesen, daß der Definition der relevanten Produkte im Rahmen des Artikels 85 nicht genau dieselbe Bedeutung zukomme wie im Rahmen des Artikels 86. Im letzteren Falle dient die Definition der Feststellung, ob ein Unternehmen auf dem „relevanten" Markt bestimmter Erzeugnisse eine solche Stellung einnimmt, daß diese auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben als beherrschend angesehen weden muß. Die beherrschende Stellung, die wesentliches Tatbestandsmerkmal des Artikels 86 ist, ist begrifflich von einem bestimmten Markt abhängig.

14. Im Rahmen des Artikels 85 geht es hingegen in erster Linie darum, die Produkte zu beschreiben, die von einem Kartell erfaßt werden und auf deren Markt dieses eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Die Stellung und die Bedeutung der fraglichen Unternehmen auf diesem Markt werden erst in einer späteren Phase berücksichtigt, um zu bestimmen, ob die vom Kartell bezweckten oder bewirkten Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sowie die Beeinträchtigungen des Handels zwischen Mitgliedstaaten, die herbeizuführen sie geeignet sind, als wenig oder überhaupt nicht „spürbar" angesehen werden können.

15. Unter den relevanten Produkten, den bituminierten Dach- und Dichtungsbahnen, auf die sich die Belasco-Vereinbarungen und die zu ihrer Durchführung getroffenen Maßnahmen beziehen, hat die Kommission in den Randnummern 3 und 4 ihrer Entscheidung unterschieden zwischen

— den bituminierten Filzen und ähnlichen Erzeugnissen, also den Belasco-Produkten;

— den durch Kunststoffzusatz verbesserten Produkten, also den neuen Produkten, und

— geteerten Filzen.

16. In Randnummer 5 hat sie hinzugefügt, daß die Mitglieder der Belasco noch andere Erzeugnisse, Nebenprodukte, auf den Markt bringen, die an die gleichen Kunden geliefert und großenteils in Verbindung mit bituminierten Dach- und Dichtungsbahnen verwendet werden.

17. Die Behauptung der Klägerinnen, die Kartellvereinbarung habe nur auf die traditionellen sogenannten Belasco-Produkte

Anwendung gefunden, nicht auf die neuen oder verbesserten Produkte, die es erst seit Ende der 70er Jahre auf dem Markt gebe, scheint mir vom Wortlaut des Punktes 1 b des Kapitels „Gegenstand der Vereinbarung" widerlegt, wonach unter Produkten zu verstehen sind „die bituminierten Filze aller Art, und zwar sowohl diejenigen, die derzeit im Handel unter dem Namen ‚bituminierte Filze' gehandelt werden, als auch diejenigen Materialien gleicher Art, die künftig zur Deckung desselben Bedarfs hergestellt werden".

18. In diesem Zusammenhang bedeutet der Umstand, daß die Entscheidung der Kommission nicht an Derbit gerichtet wurde, die ausschließlich neue Produkte herstellt (Randnr. 30 der Entscheidung), im Gegensatz zur Auffassung der Klägerinnen nicht, daß die Entscheidung für diese Produkte nicht gelte, und erst recht nicht, daß die Kartellvereinbarung sie nicht erfasse; er findet seine Erklärung vielmehr in der Feststellung, daß Derbit nicht nur kein Mitglied der Belasco ist, sondern auch nicht als Nichtmitglied an den Vereinbarungen mit den Mitgliedern teilgenommen hat. Ein Widerspruch in der Begründung der Entscheidung der Kommission liegt somit nicht vor; diese hat die relevanten Produkte korrekt definiert.

19. Das bedeutet nicht, daß sämtliche Maßnahmen zur Durchführung der Kartellvereinbarungen notwendig auch die neuen Produkte erfaßten. Eine solche Erstreckung erfolgte nur „teilweise" und „zunehmend" wie die Kommission in Randnummer 74 xi der Entscheidung ausdrücklich klargestellt hat.

20. Zur Frage, ob die so definierten Produkte einen eigenen Markt oder den Teil eines größeren Marktes bildeten, auf dem sie in direktem Wettbewerb mit anderen Produkten standen, die dieselben Funktionen haben oder denselben Zwecken dienen, gehen die Klägerinnen selbst davon aus, daß es nicht einen einzigen Markt für die Abdichtung und das Decken von Dächern gibt; sie unterscheiden vielmehr zwischen dem Markt der Ziegel und Schiefer und dem der weichen Dachabdeckungen.

21. Funktion und Verwendung sind nicht die einzigen Kriterien für die Austauschbarkeit, derentwegen unterschiedliche Produkte im allgemeinen zum selben Markt gehören. Andere Kriterien sind die Eigenschaften und Preise der betroffenen Produkte in dem Sinne, daß im Grundsatz nur Produkte, die wegen dieser Gesichtspunkte vom Verwender als ähnlich betrachtet werden, Teil desselben Marktes sind.

22. Produkte, die grundsätzlich denselben Zwecken dienen können, können nämlich gelegentlich in der Praxis aus anderen Gründen von den Verwendern nicht ohne Unterschied angewandt werden.

23. Die Klägerinnen erkennen selbst an, daß die synthetischen Produkte besondere, teilweise grundsätzlich andere Merkmale aufweisen als die herkömmlichen bituminierten Materialien, und zwar insbesondere hinsichtlich ihrer Zusammensetzung und der Technik ihrer Verlegung.

24. Nach Auffassung der Kommission erfordert die besondere Art der Verlegung ein hochqualifiziertes, besonders ausgebildetes Personal, so daß ein Verwender (Bauunternehmen oder Dachdecker) nicht von einem Tag auf den anderen von bituminiertem

Dach- und Dichtungsbahnen zu synthetischen Produkten wechseln könne; insbesondere werde eine erhebliche Nachschulung des Personals erforderlich. Das von den Klägerinnen im Anhang C zu ihrer Klage und im Anhang I zu ihrer Erwiderung vorgelegte Papier des Centre scientifique et technique de la construction (CSTC) bestätigt diese Auffassung zumindest für eine wesentliche Gruppe dieser Produkte, nämlich diejenigen auf der Grundlage von Elastomeren oder Plastomeren (vgl. Punkt 3.21, S. 12).

25. Die Kommission macht weiter geltend — die Klägerinnen haben dies in der mündlichen Verhandlung anerkannt — daß die Preise der synthetischen Produkte erheblich höher sind, so daß sie wirtschaftlich gesehen keine wirklichen Alternativen für normalerweise mit bituminierten Dach- und Dichtungsbahnen ausgeführte Dichtungsarbeiten darstellen.

26. Unter diesen Umständen ist die Annahme nicht irrig, die synthetischen Produkte würden für besondere Anwendungen verwendet und stünden nicht in einem echten Substitutionswettbewerb mit den bituminierten Dach- und Dichtungsbahnen.

27. Auch in der Praxis fühlten sich die Klägerinnen offensichtlich nicht im Wettbewerb mit den Herstellern der synthetischen Produkte, wie einerseits der Umstand belegt, daß die Mitglieder der Belasco bei ihren häufigen Kartellversammlungen, auf denen sie das Marktgeschehen genauestens verfolgten, sich hierüber kaum Sorgen machten, zum anderen der Umstand, daß sie dieses Argument in dem zur angefochtenen Entscheidung der Kommission führenden Verwaltungsverfahren nicht vorgebracht haben.

28. Nicht überraschend ist es daher, daß sie erst in der Gegenerwiderung (Seite 46) versucht haben, zu beziffern, welche Auswirkungen die Einbeziehung der synthetischen Produkte in den relevanten Markt auf ihren von der Kommission in Randnummer 8 der Entscheidung definierten Marktanteil hätte.

29. Dort erkennen sie an, daß eine entsprechende Schätzung sehr schwierig sei, behaupten aber, daß ihr Marktanteil in der Zeit von 1981 bis 1983 um 10 bis 15 % geringer wäre, wenn man sämtliche Substitutionsprodukte berücksichtigte, so daß er 1981 nur 47 bis 50 % und 1983 nur 42 bis 45 % anstelle von 58,7 bzw. 59,6 % betrage.

30. Dazu ist folgendes zu bemerken:

1. Die Behauptung bezieht sich nur auf die Jahre 1981 bis 1983, was die Schlußfolgerung erlaubt, daß der Marktanteil der Klägerinnen in den Jahren 1978 bis 1980 unverändert bliebe.

2. Selbst eine derartige Kürzung führte nicht dazu, daß der klägerische Marktanteil als „minimal" (vgl. Seite 36 der Klageschrift) bezeichnet werden könnte.

3. Die synthetischen Produkte müßten an dem neu definierten Markt einen Anteil von 20 bis 30 % haben, um zu einem Rückgang des Marktanteils der Klägerinnen um 10 bis 15 % führen zu können; während aber die Klägerinnen ihre Zah-

len in keiner Weise belegt haben, hatte die Kommission auf der Grundlage einer Marktuntersuchung einer deutschen Firma dargetan, daß der Anteil der synthetischen Produkte Ende 1981 10 % nicht überschritt; die Klägerinnen haben in der mündlichen Verhandlung übrigens zugestanden, daß die synthetischen Produkte zur fraglichen Zeit nur einen Anteil von 8 bis 10 % am Markt gehabt hätten.

4. Im übrigen ergibt sich aus dem von den Klägerinnen selbst vorgelegten Bericht Buytaert, daß die Kommission den Anteil der Klägerinnen an dem von ihr berücksichtigten Markt unterschätzt hat (vgl. Anlage III zur Klagebeantwortung).

31. Somit komme ich zu dem Ergebnis, daß die Auffassung der Kommission zutrifft, selbst wenn sie die synthetischen Produkte bei der Definition des relevanten Marktes hätte berücksichtigen müssen, wäre der Marktanteil der Mitglieder der Belasco in der Zeit von 1981 bis 1984 nur um 5 bis 7 % unter den in der angefochtenen Entscheidung enthaltenen Zahlen und damit immer noch deutlich über 50 % gelegen.

32. Angesichts der Höhe auch der so berichtigten Marktanteile hätten derartig geringfügige Schwankungen sicherlich keine abweichende rechtliche Würdigung des Sachverhalts gefordert. Wären der relevante Markt und die Bestimmung des Anteils der Klägerinnen daran tatsächlich falsch definiert worden — wie nicht —, so würde das allein zu einer Aufhebung der angefochtenen Entscheidung nicht genügen.

B — Die Wettbewerbsstörungen

33. Der Gerichtshof hat folgendes entschieden:

„Um beurteilen zu können, ob eine Vereinbarung wegen der Wettbewerbsstörungen, die sie bezweckt oder bewirkt, als verboten anzusehen ist, muß der Wettbewerb betrachtet werden, wie er ohne die fragliche Vereinbarung bestehen würde. Hierbei sind insbesondere Art und Menge der den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Erzeugnisse in Betracht zu ziehen; ferner ist zu prüfen, welche Stellung und Bedeutung die Parteien auf dem Markt dieser Erzeugnisse innehaben und ob die Vereinbarung für sich allein steht oder Bestandteil einer Gesamtheit von Vereinbarungen ist“ [3].

Diese Gesichtspunkte müssen die Feststellung erlauben, ob die Behinderung des Wettbewerbs spürbar ist, da Kartelle, die nur unbedeutende Wettbewerbsbeschränkungen zur Folge haben, nicht nach Artikel 85 Absatz 1 verboten sind.

34. Artikel 85 Absatz 1 betrifft Vereinbarungen, die eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezwecken *oder* bewirken. Bereits in seinem Urteil Maschinenbau Ulm [4] hat der Gerichtshof klargestellt, daß diese Merkmale

„wie das Bindewort ‚oder‘ erkennen läßt, — nicht kumulativ, sondern alternativ zu verstehen [sind]. Hieraus ergibt sich zunächst

3 — Siehe insbesondere die Urteile vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 99/79, Lancôme/Etos, Slg. 1980, 2511, Randnr. 24, und vom 11. Dezember 1980 in der Rechtssache 31/80, L'Oréal/De Nieuwe AMCK, Slg. 1980, 3775, Randnr. 19.

4 — Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65, Société technique minière/Maschinenbau Ulm GmbH, Slg. 1966, 281.

die Notwendigkeit, den eigentlichen Zweck der Vereinbarung in Betracht zu ziehen, wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind" (Slg. 1966, 303).

35. Die Art, wie die Kommission in den Randnummern 12 bis 21 ihrer Entscheidung die Kartellvereinbarung zwischen den Mitgliedern der Belasco beschreibt, entspricht getreulich deren Inhalt (wie er in Anhang 3 zur Mitteilung der Beschwerdepunkte wiedergegeben ist, der seinerseits als Anhang I der Klagebeantwortung beiliegt).

36. Die Kartellmitglieder haben den Zweck der Vereinbarung wie folgt definiert:

1) Die Festlegung von Mindestlieferpreisen und -bedingungen für ausnahmslos alle Lieferungen der nachstehend bezeichneten Produkte in Belgien sowie für die Ausführung aller Arbeiten der Mitglieder mit Hilfe von dieser Vereinbarung unterliegenden Produkten.

2) Die Festlegung der Mindesttarife und -bedingungen für die Ausführung und die Gewährleistung aller Dachabdichtungsarbeiten der in der Vereinbarung beschriebenen Art.

3) Die Festlegung von Quoten der Mitglieder.

4) Den Erlaß von Sanktionen bei Verstößen gegen die Verpflichtungen aus der Vereinbarung oder den aufgrund derselben gefaßten Beschlüssen.

5) Die Einrichtung eines Fonds, der die Einhaltung der Verpflichtungen verbürgt.

6) Den Schutz und die Förderung der Belange der Gesamtheit der Mitglieder auf jede nur mögliche Art, insbesondere in Verhandlungen mit dem Ausland und durch gemeinsame Werbemaßnahmen zugunsten der von ihnen hergestellten Produkte sowie der mit deren Hilfe ausgeführten Asphaltierungsarbeiten.

7) Die Untersuchung und Förderung aller Maßnahmen zur Normung und Rationalisierung der Produktion und des Vertriebs von geteerten und bituminierten Filzen.

37. Die übrigen Klauseln, auf die die Kommission besonders abstellt, finden sich in Artikel 1 Absatz 8 der Vereinbarung, die die Aufgaben der Hauptversammlung der Mitglieder betrifft, die insbesondere mit der Durchführung der Vereinbarung beauftragt ist, in Artikel 2, wonach ein „accountant" die Aufgabe hat, die Einhaltung der zugeteilten Verkaufsmengen und der Festpreise zu kontrollieren, in Artikel 3, wo die jedem Mitglied zugeteilten Lieferquoten festgesetzt und ein Ausgleichssystem vorgesehen ist, in Artikel 5, der bestimmte Pflichten der Mitglieder beschreibt und insbesondere in Absatz 4 vorsieht, daß sich die Hauptversammlung der Mitglieder das Recht vorbehält, den Lieferpreis für Nebenprodukte festzusetzen, sowie in Artikel 6, der das Verhalten der Mitglieder im Falle des Konkurses eines von ihnen regelt.

38. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß diese Vereinbarung insgesamt ebenso wie die meisten, wenn nicht alle erwähnten Klauseln tatsächlich eine Beschränkung des

Wettbewerbs *bezweckte,* und daß sie unter Berücksichtigung der Stellung der Mitglieder der Belasco auf dem belgischen Markt der relevanten Produkte in den Worten des Gerichtshofes im Urteil Maschinenbau Ulm

„eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs"

darstellen, um ihnen einen spürbaren Einfluß auf den normalen Wettbewerb zuzusprechen.

39. So werden die gemeinsame Festsetzung der Lieferpreise und der Verkaufsbedingungen sowie die Aufteilung der Märkte durch die Festsetzung von Lieferquoten in Artikel 85 Absatz 1 Buchstaben a und c EWG-Vertrag ausdrücklich erwähnt.

40. Die Klägerinnen machen jedoch in ihrer Klageschrift (Seite 15) geltend, der gemeinsame Tarif habe zu Sammelverlangen nach Preiserhöhungen gedient und es den Nichtmitgliedern erlaubt, durch ihre Kenntnis des Tarifs im Verhältnis zu diesen Preisen wettbewerbsmäßig vorzugehen. Der gemeinsame Tarif habe somit nur ermöglichen sollen, Sammelverlangen nach Preiserhöhungen zu stellen, und die Ausschaltung des Wettbewerbs unter den Kartellmitgliedern nicht bezweckt. Diese hätten zudem jedesmal den Nichtmitgliedern ein Riesengeschenk gemacht, indem sie sie über die gemeinsamen Preise informiert und es ihnen damit erlaubt hätten, ihre Produkte zu niedrigeren Preisen anzubieten und ihnen damit Konkurrenz zu machen.

41. Sie werden sich nicht wundern, meine Herren Richter, daß mich das nicht überzeugt.

42. Hätte der gemeinsame Tarif nur zu dem angegebenen Ziel gedient, so hätte es gemeinsamer Bestimmungen über die Nachlässe nicht bedurft. Er hatte sehr wohl zum Ziel, einen Preiswettbewerb unter den Mitgliedern zu verhindern.

43. Die Kommission hat im übrigen zu Recht unterstrichen, auch wenn die belgischen Behörden den Berufsvereinigungen tatsächlich empfohlen hätten, Sammelverlangen im Namen ihrer Mitglieder zu stellen, so hätten sie das nicht zur unumgänglichen Verpflichtung gemacht und auch nicht gefordert, daß die gestatteten Maximalerhöhungen unbedingt vollständig oder sofort angewandt würden.

44. Zwischen dieser Feststellung und dem Umstand, daß die Kommission im Anhang II zur Klagebeantwortung sowie im Anhang III zur Gegenerwiderung aufgezeigt hat, daß die Fristen zur Anwendung der genehmigten Erhöhungen in Wirklichkeit sehr unterschiedlich waren und daß die Erhöhungen nicht einheitlich und in vollem Umfang auf alle Produkte angewandt wurden, besteht kein Widerspruch. Da sowohl die Fristen wie die Erhöhungssätze je Produkt für alle Mitglieder der Belasco dieselben waren, beweist dies gerade, daß diese sich tatsächlich jedesmal über die Aufteilung der gestatteten Erhöhungen auf die verschiedenen Erzeugnisse und über den günstigsten Zeitpunkt für ihre Anwendung abgesprochen haben.

45. Nach alledem war die Tarifangleichung der Mitglieder der Belasco keine Folge des belgischen Preisrechts; auch hat die Kommission, die zu dieser Behauptung unter Randnummer 74 i ihrer Entscheidung ausdrücklich Stellung genommen hat, insoweit keine falsche Wertung vorgenommen.

46. Die Mitteilung der gemeinsamen Preisabsichten an Nichtmitglieder der Belasco hatte selbstverständlich zum Zweck, diese zur Anwendung derselben Preise zu bewegen.

47. Im übrigen gibt es nur drei Klauseln, deren restriktiven Charakter die Klägerinnen wirklich bestreiten (vgl. S. 8 und 9 der Klage), nämlich diejenigen über

1) das Verbot von Geschenken und von Verkäufen unter Verlust;

2) gemeinsame Werbemaßnahmen für die Belasco-Produkte;

3) Normungs- und Rationalisierungsmaßnahmen.

48. Die erste dieser Klauseln hat zum Ziel, wie die Kommission in Randnummer 73 ii ihrer Entscheidung zu Recht hervorhebt, zu vermeiden, daß die vereinbarte Preisregelung umgangen wird; es handelt sich somit keineswegs um die schlichte Umsetzung einer belgischen Vorschrift aus dem Recht gegen den unlauteren Wettbewerb[5], deren Ziel der Verbraucherschutz ist, in die Kartellvereinbarung.

49. Die beiden anderen Klauseln mögen in sich selbst keinen beschränkenden Charakter haben, wie die Kommission dies in ihrer Klagebeantwortung (S. 27 und 28) anerkennt. Da sie jedoch Teil einer Vereinbarung der vorliegenden Art sind, verstärken sie deren beschränkendes Ziel, indem sie insbesondere die Freiheit der Mitglieder beschränken, sich durch eine Differenzierung ihrer Produkte Konkurrenz zu machen (Randnr. 73 v und vi der Entscheidung).

50. So verstanden steht die Würdigung, die die Kommission insbesondere von der letzteren Klausel vorgenommen hat, in keinem Widerspruch zu dem Umstand, daß die Haupttätigkeit der Belasco die Erarbeitung von IBN-Normen ist, die unter der Führung des belgischen Normeninstituts erlassen werden. Außerdem hat die Kommission selbst in Randnummer 73 vi ihrer Entscheidung klargestellt, daß diese nicht die Beteiligung der Mitglieder der Belasco an dieser Tätigkeit betreffe. Die Rüge einer widersprüchlichen Begründung ist somit nicht begründet.

51. Dasselbe gilt für die neuen Produkte. Zwischen der Feststellung, dieses seien „von jedem Hersteller autonom entwickelt" worden (Randnr. 74 xi Absatz 3 der Entscheidung), und der Feststellung, daß die gemeinsame Festsetzung einiger ihrer Merkmale im Rahmen einer Kartellvereinbarung wie der vorliegenden wettbewerbsbeschränkenden Charakter habe, besteht kein Widerspruch, zumal eine solche Koordinierung in

5 — Gesetz vom 14. Juli 1971 über die Handelspraktiken, *Moniteur belge* vom 30. 7. 1971, S. 9087.

Ermangelung einer Norm notwendige Voraussetzung der Festsetzung gemeinsamer Preise ist.

52. Hinsichtlich der anderen Klauseln bestreiten die Klägerinnen im wesentlichen ihre *Durchführung* und ihre *Wirkungen.*

53. Einerseits ist festzustellen, daß nach Artikel 10 der Kartellvereinbarung die Entscheidungen der Mitgliederversammlung Bestandteil dieser Vereinbarung sind. Das erlaubt die schlichte Annahme, daß die zur Durchführung der beanstandeten Klauseln getroffenen Entscheidungen an deren beschränkendem Charakter teilhaben.

54. Außerdem ergibt sich aus den Randnummern 154 und 155 des Urteils Van Landewyck vom 29. Oktober 1980 [6], daß nicht mehr geprüft zu werden braucht, inwieweit Unternehmen von ihnen getroffene Bestimmungen tatsächlich durchgeführt haben, deren Ziel die spürbare Beschränkung des Wettbewerbs ist.

55. Man könnte versucht sein, die Prüfung des beschränkenden Charakters des Zieles des beanstandeten Kartells hier abzubrechen.

56. Im vorliegenden Fall ist freilich „die Absprache", wie es die Kommission in Randnummer 72 ihrer Entscheidung definiert hat, nicht nur eine Kartellvereinbarung unter Unternehmen, nämlich die Belasco-Vereinbarung, sondern auch eine ganze Reihe anderer Vereinbarungen, Maßnahmen und Entscheidungen zur Durchführung und zur Ergänzung. Außerdem betrifft die Entscheidung der Kommission nicht nur diese „Absprache", sondern auch die Vereinbarungen zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern über Preisnachlässe vom Mai und Oktober 1978 (Artikel 2 und 3 der Entscheidung).

57. Die Kommission hat die Randnummern 22 bis 68 ihrer Entscheidung der tatsächlichen Beschreibung der von den Belasco-Mitgliedern getroffenen Entscheidungen und Vereinbarungen zur Durchführung der Kartellvereinbarung einschließlich der Vereinbarungen mit Nichtmitgliedern gewidmet. Dabei hat sie sich sehr weitgehend auf interne Unterlagen der Belasco, Protokolle der Mitgliederversammlungen und Berichte des „accountant" gestützt. In Randnummer 74 hat sie diese Entscheidungen und Vereinbarungen im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 1 rechtlich gewürdigt.

58. Die Existenz dieser Unterlagen und die Richtigkeit der ihnen entnommenen Zitate sind unbestreitbar. So erkennen die Klägerinnen an, daß

— die gemeinsamen Tarife für die Belasco-Produkte tatsächlich erlassen wurden,

— sie ihre einschlägigen Absichten vorab den anderen belgischen Erzeugern mitgeteilt hätten,

— sie sich auch wiederholt über die Preise der neuen Produkte und der Nebenprodukte abgestimmt hätten,

6 — Verbundene Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125, 3270.

— sie den Grundsatz der „Kristallisierung der Kundschaft" eingeführt hätten, wonach jedes Mitglied bei seiner eigenen Kundschaft zu bleiben hat und sich um die Kunden der anderen nicht bemühen darf,

— es eine Vereinbarung sowie Vereinbarungsbemühungen einerseits unter den Mitgliedern, andererseits zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern über Nachlässe vom gemeinsamen Tarif gegeben habe,

— unter Kontrolle des „accountant" eine Quotenregelung tatsächlich durchgeführt wurde.

59. Die allgemeine Verteidigungslinie der Klägerinnen gegen die Mehrzahl dieser Tatsachen besteht in der Behauptung, die getroffenen Entscheidungen seien wirkungslos geblieben oder in der Praxis nicht beachtet worden oder die eingeführten Regelungen hätten nicht entsprechend ihren Wünschen funktioniert.

60. Das erkennt die Kommission in einer bestimmten Zahl von Fällen selbst an, und zwar insbesondere hinsichtlich der Beachtung der gemeinsamen Preise für die Nebenprodukte (Randnr. 74 v), des Grundsatzes der Kristallisierung der Kundschaft (Randnr. 74 vi) und des Preises der neuen Produkte (Randnr. 74 xi).

61. Zur Quotenregelung hat die Kommission festgestellt, daß die Verkäufe zweier der sieben Mitglieder der Belasco die diesen zugeteilten Quoten bei weitem überschritten (Randnr. 26). Das bedeutet freilich nicht, daß diese Regelung insgesamt nicht funktioniert hätte, noch, daß diese beiden Mitglieder sie ungestraft hätten verletzen können, ohne dafür den anderen Mitgliedern Ausgleichszahlungen zu leisten.

62. Die Klägerinnen behaupten, die Zahlen im Anhang 4 zur Mitteilung der Beschwerdepunkte in der Rubrik „Ausgleichszahlungen" bezögen sich nicht auf irgendwelche Vertragsstrafen, die für allfällige Quotenüberschreitungen geschuldet seien, sondern auf Anpassungen der Anteile der Mitglieder an den Funtkionskosten der Belasco (Seite 28 der Erwiderung). Die Kommission hat freilich überzeugend dargetan (Seite 17 der Erwiderung mit Anhängen VI und VII), daß ein Mitglied, wenn dies wahr wäre, sich an den Funktionskosten überhaupt nicht beteiligt hätte, vielmehr mit 119 858 BFR begünstigt gewesen wäre, während ein anderes Mitglied 1983 beinahe ein Drittel der Funktionskosten getragen hätte.

63. Die Mitglieder der Belasco machen weiter geltend, die Verteidigungsmaßnahmen gegen den Wettbewerb der IKO, die in den Mitgliederversammlungen diskutiert worden seien, seien über Erklärungen nicht hinausgekommen; die Vorschläge seien wirkungslos geblieben. Die Kommission konnte jedoch mit Zitaten aus zahlreichen Protokollen der Mitgliederversammlungen belegen, daß „die beschlossene Aktion" bzw. die „begonnene Aktion" gegen diese Firma es drei Kartellmitgliedern erlaubt habe, dieser Firma Kunden abzunehmen (Randnrn. 60 und 74 vii der Entscheidung, Randnr. 36 der Mitteilung der Beschwerdepunkte und Protokolle der Mitgliederversammlung im Anhang VIII der Gegenerwiderung).

64. Hinsichtlich der Nachlaßregelung hat die Kommission dargetan, daß die spätestens am 30. Oktober 1978 geschlossene Vereinbarung bis zu ihrem vom Konkurs der UPM am 4. Juli 1980 ausgelösten Zusammenbruch im Juli/August 1980 angewandt wurde. Daß zwei Kunden der ATAB und ein Kunde der Asphaltco im Laufe dieser Zeit Nachlässe erhielten, die über die festgesetzte Höchstgrenze hinausgingen, sowie der Umstand, daß die Nachlaßregelung ab 1981 allgemein wesentlich weniger beachtet wurde (Randnr. 74 iii) und daß die erste Vereinbarung mit Nichtmitgliedern vom Mai 1978 scheiterte (Randnr. 54), erlauben nicht, die Tatsache der Einführung einer solchen Regelung zu leugnen. Das beweisen die Beschwerden derer, die sie beachtet haben.

65. Nun brauchen

„im Rahmen des Artikels 85 Absatz 1 ... die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt zu werden, wenn diese bezweckt, den Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen“ [7].

66. Die verschiedenen Entscheidungen über die *Durchführung* der Kartellvereinbarung haben zweifelsohne beschränkende Ziele. Ihre Wirkungen sind, wie die Kommission in Randnummer 76 ihrer Entscheidung zu Recht festgehalten hat, nur bei der Bemessung der Schwere der Verstöße für die Festsetzung der Geldbußen zu berücksichtigen.

7 — Urteil vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache BNIC/Clair, Slg. 1985, 391, Randnr. 22; vgl. auch das Urteil vom 27. Januar 1987 in der Rechtssache 45/85, Verband der Sachversicherer/Kommission, Slg. 1987, 405, Randnr. 39.

C — Die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

67. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes, wie sie insbesondere im Urteil Remia vom 11. Juli 1985 [8] zusammengefaßt ist,

„ist eine Vereinbarung zwischen Unternehmen geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß sie den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell in einem zur Erreichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteiligen Sinne beeinflussen kann“.

68. Hierzu ist festzustellen, daß die Kartellvereinbarung ausdrücklich gemeinsame Maßnahmen gegen ausländische Wettbewerber vorsah, da sie der Mitgliederversammlung die Aufgabe übertrug, Schutzmaßnahmen zu ergreifen, wenn aus irgendeinem außerhalb des Kreises der Mitglieder liegenden Umstand das Ziel der Vereinbarung bedroht ist, beispielsweise durch eine Verstärkung des Wettbewerbs seitens ausländischer Unternehmen (Artikel 1 Absatz 8 Buchstabe b). Wenn man sich aber bemüht, durch gemeinsame Maßnahmen eine Verstärkung des Wettbewerbs aus anderen Mitgliedstaaten zu verhindern, so kommt das dem Versuch gleich, die Warenströme und die Verwirklichung eines einheitlichen Marktes zu verhindern. Ebenso verboten sich die Mitglieder der Belasco, ohne vorherige Genehmigung der Mitgliederversmmlung ihre Ein- oder Ausrüstungen für die Rechnung Dritter zu verwenden (Punkt I

8 — Rechtssache 42/84, Remia u. a./Kommission, Slg. 1985, 2545, Randnr. 22; vgl. auch das Urteil Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, 303.

der Einleitung zur Vereinbarung, in der Mitte) oder sie ihnen zu verkaufen oder zu vermieten oder im Falle ihrer Ersetzung sie zu verleihen oder abzutreten (Artikel 5 Absatz 3). Diese Bestimmungen sollten insbesondere verhindern, daß ausländische Firmen sich in Belgien unter Verwendung vorhandener Produktionskapazitäten ansiedeln konnten.

69. Man könnte versucht sein, einzuwenden, daß die ausländischen Erzeuger oder Importeure sich den Umstand zunutze machen könnten, daß die Belasco-Mitglieder mit ihrem Kartell auf dem belgischen Markt relativ hohe Preise aufrechterhielten, um diesen durch billigere Verkäufe einen Teil des Marktes abzunehmen. Jedoch besteht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, daß solche ausländischen Wettbewerber sich bei angesprochenen Kunden besonders günstigen Gegenangeboten von Belasco-Mitgliedern ausgesetzt sähen. Dank der günstigen Preise, die diese sich zumindestens teilweise von ihrer Dauerkundschaft sichern konnten, wären sie nämlich in der Lage gewesen, kurzfristig Opfer zu erbringen, um das Eindringen eines ausländischen Wettbewerbers auf dem belgischen Markt zu verhindern.

70. Der Umstand, daß die Einfuhren nach Belgien trotzdem stiegen, läßt sicherlich vermuten, daß das Vorgehen der Belasco-Mitglieder nicht vollends wirksam war. Das ändert aber nichts daran, daß die Absicht, eine Erhöhung der Einfuhren zu verhindern, sehr wohl bestand, und daß die Einfuhren ohne das Kartell vielleicht wesentlich stärker gestiegen wären.

71. In den Randnummern 61 und 62 ihrer Entscheidung hat die Kommission im übrigen gezeigt, daß abgestimmte Angriffe gegen Importeure und auländische Erzeuger tatsächlich vorgeschlagen oder beschlossen wurden. Freilich konnte sie keine Angaben dazu machen, was auf diese Vorschläge oder Entscheidungen hin geschah.

72. Das läßt jedoch die fraglichen Maßnahmen nicht aus dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 herausfallen, da eine „potentielle" Beeinträchtigung des Warenaustauschs, die mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit" nachgewiesen ist, für sich allein bereits dem Kriterium genügt.

73. Somit besteht auch kein Widerspruch zwischen dem Eingeständnis der Kommission, sie habe keine Hinweise, was auf diese Entscheidungen und Vorschläge hin geschehen sei, und der Feststellung in Randnummer 88 ihrer Entscheidung, es sei bereits dargetan worden, „daß ein solches Vorgehen keineswegs hypothetischer Natur war", die nur besagen will, daß die einschlägigen Bestimmungen der Kartellvereinbarung nicht toter Buchstabe geblieben sind, sondern angewandt wurden, ohne daß es darauf ankäme, ob auch Ergebnisse erzielt wurden.

74. Beim Konkurs der UPM im Jahre 1980 bemühten sich die Klägerinnen sehr darum, dazu beizutragen, daß diese Firma nicht von Wettbewerbern insbesondere aus dem Ausland übernommen werde. Auch hier besteht kein Widerspruch zwischen dieser Feststellung der Kommission (Randnrn. 63, 64 und 74 viii der Entscheidung) und der von der Kommission nicht bestrittenen Behauptung der Klägerinnen, sie treffe keine Verantwortlichkeit am Konkurs der UPM: Der Kommission geht es nicht um die Gründe für diesen Konkurs noch um diejenigen für

das Scheitern der Rettungsmaßnahmen für UPM, sondern um den Umstand, daß die Belasco-Mitglieder getreu dem Buchstaben und dem Geist der genannten Bestimmungen der Kartellvereinbarung gemeinsam gehandelt haben, sobald es um einen Aufkauf der UPM durch Wettbewerber ging. Da es nur um das Verhalten der Kartellmitglieder gegenüber einer allfälligen Übernahme der UPM durch ein ausländisches Unternehmen ging, kann man der Kommission auch nicht vorwerfen, die Rolle der regionalen Wirtschaftsbehörden in diesem Zusammenhang vernachlässigt zu haben.

75. Die Klägerinnen machen weiter geltend, ihre Entscheidungen über Preise und Quoten beträfen nur die von ihnen hergestellten Erzeugnisse, nicht aber Einfuhrprodukte.

76. Das trifft zu; insoweit unterscheidet sich die vorliegende Rechtssache ganz klar vom Fall der Vereinigung der niederländischen Zementhändler (Urteil vom 17. Oktober 1972 in der Rechtssache 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren/Kommission, Slg. 1972, 977), die in der Entscheidung der Kommission zitiert wird.

77. Wie Generalanwalt Mayras in seinen Schlußanträgen ausgeführt hat (S. 1002), wurden 2/3 des eingeführten Zements von den der Vereinigung angeschlossenen Händlern abgesetzt (die Inlandsproduktion deckte nur 2/3 des Zementbedarfs der Niederlande); diese Verkäufe unterlagen auch dem System der Richtpreise und Verkaufsbedingungen.

78. Das ändert nun nichts daran, daß nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes „der Umstand, daß ein ... Kartell ... nur den Vertrieb bestimmter Erzeugnisse in einem einzigen Mitgliedstaat zum Gegenstand hat, ... nicht aus[reicht], um auszuschließen, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann“ [9],

zumal wenn dieses Kartell sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats erstreckt.

79. Die Belasco-Vereinbarung erstreckte sich nun auf das gesamte belgische Gebiet. In Punkt 1 des Kapitels „Gegenstand der Vereinbarung“ heißt es ausdrücklich, daß die festzulegenden Mindestlieferpreise und -bedingungen „ausnahmslos für alle Lieferungen in Belgien“ gelten.

80. Außerdem haben wir hier eine Vereinbarung vor uns, die ausdrücklich den Erlaß von Schutzmaßnahmen gegen eine Verstärkung des Wettbewerbs seitens ausländischer Unternehmen vorsieht. Die Vereinbarung war somit geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Es bleibt zu prüfen, ob diese Beeinträchtigung als spürbar angesehen werden kann. Das ist für mich die schwierigste Frage des ganzen Falles. In einem Fall der vorliegenden Art hängt das vor allem von der Stellung ab, die die Kartellmitglieder auf dem relevanten Markt einnehmen (vgl. insbesondere Randnr. 27 des Urteils Papiers peints), und von ihrem gemeinsamen Vermögen, auf Versuche ausländischer Wettbewerber zu reagieren, auf den Markt einzudringen.

81. Wie der Gerichtshof weiter in seinem Urteil Miller vom 1. Februar 1978 [10] ausge-

9 — Urteil vom 26. November 1975 in der Rechtssache 73/74, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique u. a./Kommission, Slg. 1975, 1491, Randnr. 25.

10 — Rechtssache 19/77, Miller/Kommission, Slg. 1978, 131; vgl. auch das Urteil vom 11. November 1986 in der Rechtssache 226/84, British Leyland/Kommission, Slg. 1986, 3263, Randnr. 20.

führt hat, fordert Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag

„für das Verbot der Vereinbarungen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, nicht den Nachweis, daß derartige Vereinbarungen diesen Handel tatsächlich spürbar beeinträchtigt haben — ein Nachweis, der in den meisten Fällen ohnehin nur schwer in rechtlich hinreichender Form geführt werden könnte —, er verlangt vielmehr den Nachweis, daß diese Vereinbarungen geeignet sind, eine derartige Wirkung zu entfalten" (Randnr. 15).

82. In der Rechtssache Miller hat der Gerichtshof den Umstand für ausreichend erachtet, daß die Kommission aufgrund bestimmter Tatsachen nachgewiesen hatte, daß die *Gefahr* einer spürbaren Beeinträchtigung bestand. So verhält es sich wohl auch im vorliegenden Fall.

83. Wie bereits angegeben, erfaßte das Kartell das gesamte belgische Gebiet; die Lieferungen der Belasco-Mitglieder stellten, in Quadradmetern, ungefähr 60 % des Verbrauchs bituminierter Dach- und Dichtungsbahnen in Belgien im Jahre 1983 dar; ihre Produktion entsprach 70 % der belgischen Produktion. Selbst wenn die Kommission in ihre Definition des relevanten Marktes auch die synthetischen Produkte hätte aufnehmen müssen, hätten die Verkäufe der Belasco-Mitglieder immer noch mehr als 50 % des Marktes ausgemacht.

84. Es läßt sich somit nicht leugnen, daß ausländische Erzeuger, die auf den belgischen Markt exportieren wollten, sich einem sehr beeindruckenden Block nationaler Erzeuger gegenübersahen, die sich zum abgestimmten Kampf gegen eine Zunahme der Einfuhren verpflichtet hatten. Wenn die erfolgreich gegen die IKO durchgeführte Maßnahme auch einen belgischen Wettbewerber betraf, so beweist sie doch, daß die Belasco-Mitglieder durchaus fähig waren, wirkungsvoll gegen einen Wettbewerber vorzugehen.

85. Alles in allem bin ich deshalb der Auffassung, daß der Schluß zulässig ist, das Kartell sei geeignet gewesen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.

D — Die Anwendung des Artikels 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17

86. Nach Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 kann die Kommission gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Geldbußen bis zu 10 % des im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festsetzen, wenn sie „vorsätzlich oder fahrlässig" gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßen. Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist „neben der Schwere des Verstoßes auch die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen".

87. Die Klägerinnen bringen zur Stützung ihres Hilfsantrags auf Aufhebung oder Kürzung der Geldbußen vor, die Kommission habe zu den Argumenten über den vorsätzlichen Charakter und die Dauer der angeblichen Verstöße nicht Stellung genommen, die sie in ihren Antworten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgebracht hätten.

88. Auch habe die Kommission die Schwere der Verstöße nicht nach Maßgabe ihrer Wirkungen auf den Markt beurteilt und sie gegenüber Nichtmitgliedern der Belasco diskriminiert, denen keine Geldbußen auferlegt worden seien.

89. Die erste Behauptung läßt sich durch schlichte Lektüre der Entscheidung selbst widerlegen. In Randnummer 109 bezieht sich die Kommission ausdrücklich darauf, daß die Belasco-Mitglieder im Laufe des Verfahrens ihren guten Glauben behauptet hätten, um dieses Vorbringen sofort zurückzuweisen. In Randnummer 106 äußert sie sich klar zur Dauer des Verstoßes, wie sie ihn auffaßt.

90. Ganz allgemein hat der Gerichtshof im übrigen stets hervorgehoben, daß die Kommission aufgrund der Begründungsverpflichtung, die sie nach Artikel 190 EWG-Vertrag trifft,

„nicht auf alle sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte einzugehen braucht, die im Verwaltungsverfahren behandelt worden sind" [11].

91. Zu prüfen bleibt somit nur, ob die Würdigung dieser beiden Punkte durch die Kommission in der Sache zutrifft.

1. *Der vorsätzliche Charakter der Verstöße*

92. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß der Tatbestand des Artikels 15 Absatz 2 nur verlangt, daß der Verstoß gegen Artikel 85 „fahrlässig" erfolgt ist. Diese Mindestvoraussetzung ist im vorliegenden Fall jedenfalls erfüllt.

93. Dann ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere aus dem Urteil Miller [12] und dem Urteil BMW vom 12. Juli 1979 [13], daß ein Verstoß ungeachtet dessen, ob die Betroffenen sich der Zuwiderhandlung gegen das Verbot des Artikels 85 bewußt waren, schon dann als vorsätzlich angesehen werden kann, wenn sich die Betroffenen nicht in Unkenntnis darüber befinden konnten, daß die beanstandeten Maßnahmen und Handlungen, die sie getroffen oder vorgenommen hatten, eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckten.

94. So aber verhielt es sich ganz sicherlich im vorliegenden Fall, da das in der Vereinbarung selbst angegebene Ziel des Kartells hinreichend belegt, daß die Mitglieder ebenso die Beschränkung des Wettbewerbs untereinander bezweckten wie die Bekämpfung jeden Wettbewerbs durch Nichtmitglieder einschließlich ausländischer Unternehmen.

2. *Die Dauer der Verstöße*

95. Unter dem Kapitel „Dauer der Gültigkeit und Ablauf der Vereinbarung" lesen wir:

„Diese Vereinbarung ist auf sechs Jahre abgeschlossen; sie läuft vom 1. Januar 1978 bis zum 31. Dezember 1983. Wird sie nicht gekündigt, so verlängert sie sich stillschweigend um jeweils fünf Jahre."

96. Trotz ihrer Behauptungen, die Vereinbarung sei niemals, auch nicht stillschweigend, verlängert worden, haben die Klägerinnen keine Kündigung vorlegen können. Damit konnte die Kommission zu Recht annehmen, daß sie mindestens bis zum 9. April

11 — Siehe zuletzt das Urteil vom 17. November 1987 in den verbundenen Rechtssachen 142 und 156/84, British-American Tobacco und Reynolds Industries/Kommission, Slg. 1978, 4469, 4487, Randnr. 72.

12 — Slg. 1978, 131, Randnr. 18.

13 — Verbundene Rechtssachen 32, 36 bis 82/78, BWM/Kommission, Slg. 1979, 2435, Randnr. 44.

1984 gültig blieb, an dem sie die erste Prüfungsmaßnahme vornahm, zumal Erörterungen über Änderungen der geltenden Vereinbarung über den ersten Januar 1984 hinaus fortgeführt wurden: Die Mitgliederversammlung hatte sich nach diesem Zeitpunkt noch viermal getroffen (vgl. Punkt 53 der Mitteilung der Beschwerdepunkte und Punkt 120 der Gegenerwiderung).

97. Selbst wenn die Kommission zu Unrecht angenommen hätte, daß die Vereinbarung bis 9. April 1984 dauerte, so hätte das nicht notwendig eine Kürzung der Geldbußen zur Folge, weil sich der Irrtum nur auf weniger als 100 Tage von insgesamt 6 Jahren bezogen hätte. Einerseits nämlich stellt die Dauer der Verstöße nur einen der Gesichtspunkte bei der Festsetzung der Geldbußen dar. Andererseits läßt sich nicht von vorneherein ausschließen, daß die Wirkungen der Vereinbarung auch über den 31. Dezember 1983 hinaus angedauert hätten, selbst wenn diese zu diesem Termin ihr Ende gefunden hätte. Dann aber wäre auch Artikel 85 weiterhin anwendbar gewesen [14].

3. *Die Schwere der Verstöße*

98. Die Rügen der Klägerinnen, die Kommission habe die Schwere der Verstöße nicht nach Maßgabe ihrer Wirkungen auf den Markt gewürdigt, sind nicht begründet.

99. Einerseits hat die Kommission ein ganzes Kapitel ihrer Entscheidung, nämlich die Randnummern 76 bis 82, der Prüfung der konkreten Wirkungen der Absprache gewidmet, und zwar ausdrücklich unter dem Gesichtspunkt der Bemessung der Schwere der Verstöße. Eine schlichte Lektüre dieses Kapitels zeigt augenfällig, daß die Kommission in diesem Zusammenhang diejenigen Durchführungsmaßnahmen der Belasco-Vereinbarung nicht in Rechnung gestellt hat, bei denen sie eingestandenermaßen nicht nachweisen konnte, daß sie tatsächlich Wirkungen gezeitigt hätten.

100. Zum anderen gibt die Kommission in dem Teil ihrer Entscheidung, der der Würdigung aller Gesichtspunkte für die Bemessung der Geldbuße gewidmet ist, zunächst an, einige der beanstandeten Maßnahmen stellten „die schwersten Beeinträchtigungen der Wettbewerbsfreiheit" dar (Randnr. 105), um dann auf die „bereits erwähnten" Wirkungen des Kartells (Randnr. 106) einzugehen und klarzustellen, daß „bei der Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlungen ... berücksichtigt [wurde], daß die Mitglieder für die neuen Produkte ... in mehrfacher Hinsicht eine weniger strenge Regelung anwandten" (Randnr. 107).

101. Diese Feststellungen erlauben es auch, die Rüge einer deswegen ungenügenden Begründung zurückzuweisen, weil die Kommission auf das Vorbringen der Klägerinnen in ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte zu den Wirkungen des Kartells auf den Markt nicht geantwortet habe.

102. Zu prüfen bleibt, ob diese Feststellungen sich angemessen in der Höhe der Geldbuße widerspiegeln, die die Kommission verhängt hat.

103. Hierzu ist zunächst festzustellen, daß die Schwere der Verstöße nur einer der Gesichtspunkte ist, der bei der Bestimmung der

14 — Vgl. hierzu das Urteil vom 3. Juli 1985 in der Rechtssache 243/83, Binon/AMP, Slg. 1985, 2015, Randnr. 17.

Geldbuße Berücksichtigung findet. Nach Randnummer 104 der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission neben der Dauer der Zuwiderhandlung auch den „Gesamtumsatz jedes einzelnen der betroffenen Unternehmen sowie sein[en] Umsatz an Dach- und Dichtungsbahnen in Belgien und im Fall von Belasco ihre jährlichen Ausgaben berücksichtigt".

104. Im übrigen verfügt die Kommission — genauso wie der Gerichtshof bei der Ausübung seiner Befugnis zu ungeschränkter Nachprüfung der Entscheidung im Sinne von Artikel 172 EWG-Vertrag, die ihm Artikel 17 der Verordnung Nr. 17 überträgt — über ein weites Ermessen bei der Beurteilung des Einflusses, den diese Gesichtspunkte jeweils auf die schließlich festzusetzende Geldbuße haben. Das gilt auch hinsichtlich der Gesichtspunkte, die bei der Würdigung der Schwere der Zuwiderhandlungen zu berücksichtigen sind.

105. Schließlich werden in Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 nur ein Mindestsatz (1 000 Rechnungseinheiten) und ein Höchstsatz (10 % des von dem einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes) für die von der Kommission zu verhängenden Geldbußen festgesetzt.

106. Im vorliegenden Fall betragen die Geldbußen 0,75 bis 2,5 % des im Jahr 1983 von den betroffenen Unternehmen erzielten Umsatzes, wie sich aus Anhang I der Entscheidung der Kommission ergibt. Damit läßt sich nicht sagen, die Kommission habe allfällige „mildernde" Umstände nicht hinreichend berücksichtigt. Da die Kommission zu dem Ergebnis kam, alle müßten für die Abrede als gleichermaßen verantwortlich angesehen werden (Randnr. 108 der Entscheidung), finden die unterschiedlichen Prozentsätze ihre Erklärung in dem Umstand, daß die Kommission auch die mit der Lieferung von bituminierten Dach- und Dichtungsbahnen in Belgien erzielten Umsätze berücksichtigt hat.

4. *Der Gleichbehandlungsgrundsatz*

107. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht verletzt worden.

108. Sicherlich dürfen nach der von den Klägerinnen zitierten ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes

„nach diesem Grundsatz vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden ..., es sei denn, daß eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre" [15].

109. Im vorliegenden Fall hat die Kommission aber zu Recht dargelegt, daß die Situation der Belasco-Mitglieder und der Belasco einerseits und der Nichtmitglieder andererseits gerade nicht vergleichbar ist.

110. Die Nichtmitglieder, International Roofing, UPM und Al-Asfalt, waren niemals Mitglieder des beanstandeten Kartells. Die einzigen bei ihnen festgestellten Zuwiderhandlungen betrafen die Vereinbarungen über die Nachlässe, die sie im Mai und Ok-

15 — Vgl. auch das Urteil vom 12. März 1987 in der Rechtssache 215/85, BALM/Raiffeisen Hauptgenossenschaft, Slg. 1987, 1279, Randnr. 23.

tober 1978 mit den Mitgliedern geschlossen hatten und von denen überdies nicht feststeht, daß sie sie tatsächlich beachtet haben. Anders als das Kartell zwischen den Mitgliedern bezogen diese Vereinbarungen sich im übrigen nicht auf die neuen Produkte und dauerten nach Juli/August 1980 nicht an.

111. Damit konnte die Kommission zu Recht entscheiden, IR und Al Asfalt keine Geldbußen aufzuerlegen, ihnen aber gleichwohl aufzugeben, die genannten Zuwiderhandlungen, soweit diese andauern, unverzüglich abzustellen und von allen Vereinbarungen, abgestimmten Verhaltensweisen oder Maßnahmen abzusehen, die das gleiche bezweckten oder bewirkten (vgl. Artikel 5 der Entscheidung).

112. Gegen die UPM, die in der Vergangenheit Belasco-Mitglied war und der Vereinbarung von 1966, nicht aber derjenigen von 1978 angehört hatte, konnte die Kommission kein Verbot verhängen, da UPM seit dem 4. Juli 1980 in Konkurs war.

113. Da der Gleichheitsgrundsatz es nicht nur verbietet, gleiches unterschiedlich zu behandeln, sondern auch, unterschiedliches gleich zu behandeln [16], erlaubt er im vorliegenden Fall weder eine Kürzung noch eine Aufhebung der den Mitgliedern der Belasco und der Belasco selbst auferlegten Geldbußen, deren Beteiligung an den Preisvereinbarungen mit den Nichtmitgliedern in Wirklichkeit nur eine vergleichsweise bescheidene Rolle unter den Vorwürfen spielt, die ihre Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1 betreffen.

Antrag

114. Nach alledem hat die Kommission Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag auf die fraglichen Vereinbarungen und Entscheidungen korrekt angewandt und weder gegen Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 noch gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, indem sie den Mitgliedern der Belasco und der Belasco die fraglichen Geldbußen auferlegt hat.

115. Ich beantrage deshalb, die Klage insgesamt abzuweisen und den Klägerinnen die Kosten einschließlich derjenigen des Streithelfers aufzuerlegen.

16 — Vgl. insbesondere das Urteil vom 26. März 1987 in der Rechtssache 58/86, Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons/Receveur des douanes de Saint-Denis und Directeur régional des douanes de la Réunion, Slg. 1987, 1525, Randnr. 15.