SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS REISCHL VOM 19. SEPTEMBER 1978

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

In dem Verfahren, das uns heute beschäftigt, geht es um eine Entscheidung, die die Kommission der Europäischen Gemeinschaften aufgrund von Artikel 86 des EWG-Vertrags wegen „mißbräuchlicher Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt" erlassen hat.

Die Klägerin des Verfahrens ist die Muttergesellschaft der weltweit operierenden Hoffmann-La Roche-Gruppe mit Sitz in Basel und Tochtergesellschaften in fast allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft außer in Luxemburg und in Irland. Hoffmann-La Roche — künftig werde ich abkürzend von „Roche" sprechen — stellte unter anderem nicht abgepackte synthetische Vitamine her. Diese Produktion wurde zum Teil schon in den dreißiger und vierziger Jahren begonnen; die dafür geltenden Patente scheinen inzwischen abgelaufen zu sein. Roche hat im Gemeinsamen Markt rund 5 000 Kunden, die im Bereich der Arzneimittel-, Lebensmittel- und Futtermittelherstellung tätig sind. Mit einer Reihe von ihnen — es handelt sich um 22 Abnehmer, die sich im Gemeinsamen Markt als Hersteller und Verkäufer betätigen — wurden in der Zeit von 1963 bis 1973 Verträge über die Bedarfsdeckung abgeschlossen, auf deren zum Teil recht unterschiedlichen Inhalt nachher einzugehen sein wird. Nach der Darstellung der Kommission hatten sie den Zweck, die Hauptabnehmer von Vitaminen an die Klägerin zu binden, und zwar entweder mit Hilfe ausdrücklicher Bezugsverpflichtungen hinsichtlich des ganzen oder des größten Teils des Bedarfs oder aber mit Hilfe von — unterschiedlich ausgestalteten — Treueprämien oder Vorzugspreisen.

Diese Abmachungen — die Bindungen sollen bis Ende 1974 bestanden haben — hält die Kommission für gemeinschaftsrechtswidrig. Sie glaubt nämlich, eine beherrschende Position von Roche auf einer Reihe von Vitaminmärkten feststellen zu können, und ist der Meinung, derartige Vereinbarungen seien geeignet, die Wahlfreiheit und die Gleichbehandlung der Abnehmer zu beeinträchtigen.

Die Klägerin teilt diesen Standpunkt nicht. Sie hat aber — wie sie uns versicherte, schon nach einem ersten Besuch von Beamten der Kommission im Herbst 1974 — die Abänderung der beanstandeten Verträge in die Wege geleitet. Diese seien noch vor Erlaß der angegriffenen Entscheidung aufgehoben oder modifiziert worden. Neue Rahmenverträge sind offenbar im Januar 1975 der Kommission zur Begutachtung übermittelt worden. Außerdem wurden der Kommission anscheinend im Juni 1975 Neufassungen der Verträge zur Beurteilung vorgelegt, die mit der Firma Merck, einem der Abnehmer, um die es geht, abgeschlossen werden sollten.

Hinsichtlich des früher praktizierten Absatzsystems wurde aber gleichwohl im Juli 1975 ein Wettbewerbsverfahren gegen Roche eingeleitet. Dieses wurde, nachdem die Klägerin und ihre Vertragspartner ihre Stellungnahmen zu den von

der Kommission niedergelegten Beschwerdepunkten abgegeben hatten, nachdem die Beteiligten angehört und an die Kunden sowie an die Tochtergesellschaften der Klägerin im Gemeinsamen Markt gerichtete Auskunftsersuchen beantwortet worden waren, am 9. Juni 1976 mit dem Erlaß einer Entscheidung abgeschlossen.

In ihr stellte die Kommission fest, die Klägerin habe im Gemeinsamen Markt auf sieben Vitaminmärkten (Vitamine A, B_2, B_6, C, E, H und Pantothensäure) eine beherrschende Stellung. Der Klägerin könne im Hinblick auf die in verschiedener Weise bewirkte Bindung einer Reihe ihrer Abnehmer und deren unterschiedliche Behandlung ein Mißbrauch im Sinne des Artikels 86 des EWG-Vertrags vorgeworfen werden. Demgemäß wurde in Artikel 2 der Entscheidung verlangt, das beanstandete Verhalten unverzüglich abzustellen. Außerdem wurde mit der Begründung, der Verstoß gegen Artikel 86 sei vorsätzlich, zumindest aber fahrlässig begangen worden, eine Geldbuße nach Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 festgesetzt, wofür jedoch nur der Zeitraum von 1970 bis 1974 in Betracht gezogen wurde. Diese innerhalb von drei Monaten ab Zustellung der Entscheidung zahlbare Buße beläuft sich gemäß Artikel 3 der Entscheidung auf 300 000 Rechnungseinheiten und wurde, da die Klägerin eine Tochtergesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland hat, in der Entscheidung auf 1 098 000 DM umgerechnet.

Gegen diese Entscheidung hat Roche am 27. August 1976 Klage erhoben. Ihrem Hauptantrag zufolge soll die genannte Entscheidung im ganzen aufgehoben werden. Hilfsweise hat Roche beantragt, nur Artikel 3 der genannten Entscheidung, also die Festsetzung der Geldbuße, aufzuheben.

Nachdem der Streit in umfangreichen Schriftsätzen ausgiebig abgehandelt worden war — zu einem reichhaltigen Fragenkatalog des Gerichtshofs haben die Parteien noch eine Fülle zusätzlicher Erklärungen abgegeben — und nachdem eine gründliche Erörterung in der Verhandlung vom 31. Mai 1978 stattgefunden hat, nehme ich dazu nunmehr wie folgt Stellung.

I — Eine Zeitlang konnte Unklarheit bestehen, ob es der Klägerin nur auf die Annullierung der gegen sie verhängten Geldbuße, also des Artikels 3 der Entscheidung, oder aber auf die Aufhebung der gesamten Entscheidung ankommt. Insofern bestehen jetzt namentlich nach ausdrücklichen Erklärungen in der mündlichen Verhandlung keine Zweifel mehr. Die Klägerin hält auch am Hauptantrag fest, der die Annullierung der Feststellung betrifft, die Klägerin habe eine beherrschende Stellung auf einigen Vitaminmärkten, die sie mit der Ausgestaltung der von ihr früher abgeschlossenen Lieferverträge mißbraucht habe.

II — Die Untersuchung muß also mit der recht kontroversen Frage beginnen, ob die Klägerin zu der fraglichen Zeit, insbesondere von 1970 bis 1974, eine beherrschende Stellung innehatte. Daran anschließend werde ich prüfen, ob der Abschluß der erwähnten Lieferverträge als Mißbrauch im Sinne des Artikels 86 des EWG-Vertrags zu werten ist, und erst danach werde ich auf die übrigen Klagegründe eingehen, soweit sie nicht inzwischen fallengelassen worden sind wie die Rüge, die Kommission habe die Geldbuße zu Unrecht, nämlich unter Verletzung des Artikels 18 der Verordnung Nr. 17, in der Währung eines Mitgliedstaates festgesetzt.

1. Zu dem in Artikel 86 des EWG-Vertrags enthaltenen Begriff „beherrschende Stellung" gibt es schon eine gewisse Rechtsprechung.

Danach ist von beherrschender Stellung zu sprechen, wenn der Wettbewerb wesentlich behindert ist (Rechtssache 6/72, Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Urteil vom 21. Februar 1973, Slg. 1973, 215), wenn ein Unternehmen — wie es im Urteil der Rechtssache 78/70 (Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH/Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, Urteil vom 8. Juni 1971, Slg. 1971, 487) heißt — in der Lage ist, wirksamen Wettbewerb auf einem bedeutenden Teil des in Betracht kommenden Marktes zu verhindern. Zu berücksichtigen ist bei dieser Prüfung namentlich — das ergibt sich gleichfalls dem zuletzt genannten Urteil —, ob es Hersteller gibt, die gleichartige Erzeugnisse vertreiben, und welche Marktstellung diese haben.

Von Marktanteilen wurde in bezug auf Artikel 86 unter anderem in dem berühmten Zuckerfall (Rechtssachen 40 etc./73, Coöperative vereniging „Suiker Unie" UA und andere/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Urteil vom 16. Dezember 1975, Slg. 1975, 1663) gesprochen. Daraus läßt sich schließen, daß in diesem Fall, in dem die Anteile auf bestimmten abgrenzbaren Märkten sehr hoch sind (85, 90, 95 %) und die Einfuhren einen ganz geringen Umfang aufweisen, ohne weiteres, also ohne zusätzliche Untersuchungen davon ausgegangen werden kann, daß für das betreffende Unternehmen die Möglichkeit besteht, einen wirksamen Wettbewerb zu verhindern.

Eine wichtige zusätzliche Klärung ist auch in dem Urteil der Rechtssache 27/76 (United Brands/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Urteil vom 14. Februar 1978), auf das vor allem die Kommission hingewiesen hat, erfolgt. Aus ihm ist die allgemeine Feststellung wichtig, kennzeichnend für einen Marktbeherrscher sei, daß er in gewissem Maße auf Konkurrenten, Kunden und Verbraucher keine Rücksicht zu nehmen brauche. Ferner wurde in dem Urteil hervorgehoben, eine beherrschende Position ergebe sich im allgemeinen aus mehreren Faktoren; notwendig sei einmal die Prüfung der Struktur des betreffenden Unternehmens und andererseits der auf dem Markt bestehenden Wettbewerbssituation. Unter dem zuerst genannten Gesichtspunkt spielten im Urteil 27/76 eine ganze Reihe von Elementen eine Rolle, wie ausgeprägte vertikale Integration, Vorhandensein eigener Transportmittel, technische Kenntnisse, wirksame Markenwerbung, die eine Verbraucherpräferenz zur Folge hatte, beschränkte Kundenzahl und Knapphaltung der Erzeugnisse. Was die Wettbewerbssituation auf dem Markt angeht — wenn man so will, beziehen sich auch einige der bereits erwähnten Elemente darauf —, so kam dem Marktanteil der Klägerin, der zwischen 40 und 45 % ausmacht, Gewicht zu. Darüber hinaus wurde aber festgehalten — und erst danach kam der Gerichtshof zur Annahme einer beherrschenden Stellung —, die Klägerin sei die wichtigste Bananengruppe; ferner wurden Ermittlungen angestellt zur Zahl und zur Stärke der Konkurrenten, und es wurde festgestellt, daß sich trotz wiederholten, sehr heftigen Wettbewerbs auf einzelnen Märkten, dem die Klägerin widerstehen konnte, keine Verschiebung der Marktanteile ergeben habe. Nicht zuletzt spielte auch eine Rolle, daß der Marktzugang wegen des Erfordernisses umfangreicher Investi-

tionen erschwert ist, weswegen mit dem Erscheinen neuer Wettbewerber auf dem Markt nicht zu rechnen sei, während Überlegungen zur Rentabilität und zur Möglichkeit der Preisbestimmung nicht für wichtig erachtet wurden.

2. Nützlich erscheint mir sodann auch ein kurzer Blick auf die nationalen Rechtsordnungen, die den Begriff der Marktbeherrschung kennen. Nach dem, was sich dort an Lehrmeinungen und Praxis entwickelt hat, kann man tatsächlich den Eindruck haben, daß sich das soeben erwähnte Bananenurteil, was in Betracht kommende Marktanteile und darüber hinausreichende Prüfungen angeht, auf einer im allgemeinen für richtig gehaltenen Linie gewegt.

So ist von Interesse, daß in Frankreich vielfach Marktanteile um 50 % als relevant angesehen werden, wozu dann weitere Überlegungen — wie Stärke und Umfang anderer Wettbewerber, technische und kommerzielle Organisation und dergleichen — kommen (vgl. R. Collin in La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire, Semaine de Bruges 1977, S. 244 ff.). Auch im deutschen Recht haben derartige Größenordnungen von Marktanteilen Bedeutung (vgl. die Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 3. Juli 1976 und 16. Dezember 1976, Wirtschaft und Wettbewerb 1976, S. 783, und 1977, S. 255). Dazu kommen dann aber noch detaillierte Untersuchungen der Wettbewerbsverhältnisse, der Position von Konkurrenten, der Marktstruktur, der Marktentwicklung und des Verhaltens der Betroffenen; auch werden finanzielle und technische Ressourcen eines Marktführers berücksichtigt. Ähnliches scheint für die nordischen Länder zuzutreffen (vgl. La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire, Semaine de Bruges 1977, S. 301 ff.). So wird in Finnland von einer beherrschenden Position gesprochen, wenn über 50 % des Marktes kontrolliert werden. Soweit in anderen Rechtsordnungen (Norwegen, Dänemark und Schweden) Marktanteile von 25 % oder zwischen 25 und 50 % ausreichen, darf nicht vergessen werden, daß dort der relevante Markt sehr eng interpretiert wird. Schließlich weicht auch das Bild in den USA mit der dort vorhandenen reichhaltigen Praxis zum Monopolrecht kaum ab. Es wird treffend gekennzeichnet durch eine Rechtsprechungsübersicht, die Holley in der bereits erwähnten Veröffentlichung der Semaine de Bruges 1977 auf den Seiten 174 ff. gibt. Danach sind, wenn der Markt zu 90 % kontrolliert wird, weitere Argumente nicht erforderlich. Bei 75 % Marktanteil gilt dies schon nicht mehr; hier sind zusätzlich andere Faktoren zu berücksichtigen, freilich besteht eine so starke Vermutung für Marktbeherrschung, daß diese schwierig zu widerlegen ist. Bei darunterliegenden Marktanteilen (60 bis 70 %) wird das Gewicht der zusätzlich zu berücksichtigenden Faktoren größer; liegen die Marktanteile nur etwas über 50 %, müssen starke Indizien anderer Art für eine Marktbeherrschung sprechen, und bei Marktanteilen unter 50 % besteht nach US-amerikanischem Recht offenbar eine sehr schwere Beweislast für die Existenz einer marktbeherrschenden Position.

3. Wenn wir vor diesem Hintergrund an die Untersuchung des vorliegenden Falles gehen, so ist zunächst in Erinnerung zu bringen, daß die Kommission eine beherrschende Position der Klägerin vor allem im Hinblick auf die Größe ihrer Marktanteile auf den verschiedenen Vitaminmärkten und im Hinblick auf die Stellung der nächstgrößeren Produzenten angenommen hat. Von Bedeutung war für die Kommission aber auch die Tatsache, daß die Klägerin die größte Herstellerin von Vitaminen ist und über eine entsprechende Flexibilität und Kapitalkraft verfügt, daß sie ein sehr großes Vitaminsortiment aus eigener Produktion anbieten kann und daß sie gegenüber ihren Konkurrenten über einen technologischen und kommerziellen Vorsprung verfügt, wobei an das technische Know-how und an das stark entwickelte Vertriebsnetz der Klägerin zu denken ist.

Die Klägerin beanstandet daran einmal, daß die Kommission von unzutreffenden Werten ausgegangen sei; in Wahrheit habe die Klägerin bei den einzelnen Vitaminen geringere Marktanteile. Ferner seien einige zusätzlich von der Kommission verwertete Aspekte — breites Vitaminsortiment der Klägerin sowie ihre Finanzkraft — bei Berücksichtigung der Situation von Konkurrenten, was die Marktmacht der Klägerin angehe, ohne Aussagekraft. Außerdem habe die Kommission zu Unrecht die Berücksichtigung weiterer Faktoren unterlassen. Dabei denkt die Klägerin an die Prüfung der Marktlage und des Marktverhaltens über einen längeren Zeitraum hinweg, wobei namentlich von Bedeutung sei, daß sich der Vitaminmarkt in einem Zustand starker Expansion befinde; auch habe sie keine Preisbestimmungsmacht, vielmehr werde die Preisentwicklung durch den Druck anderer Konkurrenten, auch potentieller Wettbewerber, mitbestimmt. Außerdem habe die Kommission den Zugang zu den Beschaffungsmärkten nicht berücksichtigt, wo für die Klägerin, anders als für ihre Hauptkonkurrenten, Schwierigkeiten bestünden, weil sie in bezug auf Vorprodukte von anderen Herstellern abhängig sei.

4. Demnach ist es angebracht, zunächst auf die Marktanteile, die die Klägerin bei den einzelnen Vitaminen hat, einzugehen. Dabei herrscht Einigkeit darüber, daß die Vitaminmärkte getrennt zu untersuchen sind, weil für jedes Vitamin besondere Fabrikationsanlagen notwendig sind und die Vitamine untereinander nicht austauschbar sind. Im Verfahren konnte, nachdem die Kommission die Absatzzahlen der Konkurrenten der Klägerin offengelegt hatte, auch hinsichtlich einiger Werte Einigkeit erzielt werden, wie sich aus der gemeinsamen Stellungnahme der Parteien zu dem Fragenkatalog des Gerichtshofs ergibt. Soweit Streitpunkte verblieben sind, werde ich auf sie bei der Behandlung der einzelnen Vitaminmärkte eingehen.

a) Verhältnismäßig kurz fassen kann ich mich zum Vitamin A. Hierzu erklärte die Klägerin, daß die von der Kommission in der angegriffenen Entscheidung genannte Zahl — 47 % Marktanteil in der Gemeinschaft — als korrekt anzusehen sei und als repräsentativ für die Jahre 1970 bis 1974 gelten könne.

Die Klägerin meint nur — und dies bezieht sich auf alle zu behandelnden Vitamine —, die Kommission habe nicht außer acht lassen dürfen, daß auf Teilmärkten — Zahlen wurden von der Klägerin genannt für Dänemark und Belgien sowie für die Jahre 1971 bis 1974 — zum Teil beträchtliche Schwankungen zu erkennen seien. Diesen Punkt kann man aber — und dies gilt für alle Vitamine gleichermaßen — schwerlich als erheblich ansehen, und zwar nicht nur dort, wo — wie für die Vitamine B_3 und B_6 — allein ein *Anwachsen* des Marktanteils in den genannten Gebieten zu konstatieren ist. Einmal sind nämlich die Ursachen der Schwankungen nicht geklärt; vor allem ist nicht auszuschließen, daß sie auf eine gewisse Marktstrategie zurückgehen. Aber selbst wenn man annimmt, daß die Schwankungen Ausdruck eines Wettbewerbs auf dem Markt sind, ist die Feststellung aus dem bereits erwähnten Bananenurteil von Bedeutung, daß selbst das Vorhandensein von Wettbewerb auf Teilmärkten die Annahme einer beherrschenden Stellung nicht ausschließt, wenn sich zeigt — und dafür ist die Stabilisierung des Marktanteils, bezogen auf den gesamten Gemeinsamen Markt, ein Indiz —, daß das fragliche Unternehmen den Bemühungen etwaiger Konkurrenten erfolgreich Widerstand leisten konnte.

Zum Vitamin A kann demnach festgehalten werden, daß ein Marktanteil in einer für Artikel 86 relevanten Größe besteht, der als Indiz für die Existenz einer beherrschenden Stellung zu werten ist.

b) Ziemlich unproblematisch ist die Situation auch bei Vitamin B_2. Nach den Angaben in der gemeinsamen Stellungnahme lagen die Marktanteile der Klägerin zwischen 1972 und 1974 — wenn man von den abgesetzten Mengen ausgeht — zwischen 74,8 und 84,5 % und — wenn man den Wert der Lieferungen zugrunde legt — zwischen 80,6 und 87 %. Für das Jahr 1971 hält die Klägerin dagegen allenfalls einen Anteil von rund 70 % für richtig.

Auf diese Werte, die sicherlich gleichfalls ausreichende Größenordnungen erreichen, können wir uns wohl stützen. Tatsächlich sind stichhaltige Einwendungen gegen die genannten Zahlen nicht zu erkennen. Dies gilt einmal für den klägerischen Hinweis auf den angeblich darunterliegenden Weltmarktanteil von Roche. Mit ihm allein läßt sich natürlich nicht belegen, daß die in erster Linie von der Kommission ermittelten Zahlen — wie die Klägerin meint — überhöht seien. Dies gilt auch für die Bezugnahme der Klägerin auf stillgelegte Fermentationskapazitäten, die sich offenbar vor allem in den USA befinden und mit deren Reaktivierung bei anziehenden Preisen zu rechnen sei. Denn bei der Berechnung von Marktanteilen ist selbstverständlich nur maßgebend, was auf den Markt gelangt, nicht aber ein potentieller Wettbewerb. Auf ihn ist erst in anderem Zusammenhang einzugehen.

c) Ganz ähnlich ist das Bild bei Vitamin B_6. Nach den Angaben in der gemeinsamen Stellungnahme lagen die Marktanteile der Klägerin in den Jahren 1972 bis 1974, berechnet auf der Basis der abgesetzten Mengen, zwischen 84,2 und 88,4 %. Auch daran können wir uns halten, weil sich die Klägerin für ihre Ansicht, daß niedrigere Werte maßgebend seien, lediglich auf ihre Vorstellungen über die Größe ihres Weltmarktanteils beziehen konnte.

Für die davorliegende Zeit — dazu hat die Kommission keine Zahlen genannt — mag dagegen als richtig gelten, daß, wie die Klägerin durch Schätzung ermittelt hat, ihr Anteil bei etwa 68 % lag. Selbst wenn man davon ausgeht, liegt nämlich bei Orientierung an den Werten, die sich unserer Rechtsprechung und der nationalen Praxis entnehmen lassen, immer noch ein sehr hoher, für die Marktbeherrschung im Sinne des Artikels 86 durchaus relevanter Anteil vor.

d) In bezug auf Vitamin H (Biotin) sind sich die Parteien dahin einig, daß die Klägerin bis 1970 ein hundertprozentiges Monopol hatte und daß sich ihr Marktanteil bis zum Jahre 1974 auf 93 % verringerte.

Fraglich ist hier — abgesehen von später anzustellenden Überlegungen zur Bedeutung der Marktphase — lediglich, ob dem Umstand Bedeutung zukommt, daß dieses Produkt, wie die Klägerin behauptet hat, in der Gärungsindustrie durch andere Erzeugnisse ersetzt werden kann. Dazu erscheint mir an sich — auf das Problem der Austauschbarkeit wird grundsätzlich später noch bei den Vitaminen C und E einzugehen sein — der Einwand der Kommission berechtigt, die Angaben der Klägerin seien zu unbestimmt und namentlich, was den Umfang der Austauschbarkeit, den die Kommission bestreitet, angeht, nicht einwandfrei belegt. Letztlich wird man auf eine Vertiefung dieser Frage jetzt aber doch einfach deswegen verzichten können, weil selbst bei Annahme der von der Klägerin genannten Werte — sie meint, ihr Marktanteil reduziere sich auf diese Weise um rund 15 % — immer noch ein außerordentlich hoher, den bisher genannten Werten durchaus vergleichbarer und somit für die Zwecke des Artikels 86 relevanter Marktanteil übrigbleiben würde.

e) Bei Vitamin C macht die Marktanteilsberechnung insofern keine Schwierigkeiten, als beide Parteien davon ausgehen, daß die Klägerin — zieht man nur das Vitamin in Betracht — von 1972 bis 1974 — nach Mengen berechnet — einen Anteil zwischen 63 und 64,4% oder — bei Zugrundelegung der Absatzwerte — einen solchen zwischen 64,8 und 66,2 % hatte. Für die Jahre 1970 und 1971 sollen die Anteile der Klägerin nach deren Angaben 1 bis 2 % darunter gelegen haben, was aber offensichtlich nichts an der relevanten Größenordnung ändert.

Problematisch ist hier jedoch — ich habe es schon angedeutet —, was von der von der Klägerin behaupteten Substitutionskonkurrenz zu halten ist. Sie trug hierzu vor, Vitamin C werde zu einem erheblichen Teil — die Klägerin geht davon aus, daß es sich um 30 % ihres Absatzes handelt (genaue Werte könne sie nicht nennen) — zu technologischen Zwecken, also nicht wegen seiner biologisch-nutritiven, sondern wegen seiner chemischen und physikalischen Eigenschaften verwendet, und zwar insbesondere als sogenanntes Antioxydans. In dieser Funktion sei es ersetzbar durch andere Produkte. Rechne man diese aber zu dem relevanten Markt hinzu — auch insofern ist die Klägerin auf Schätzungen angewiesen —, so verringere sich ihr Anteil, bezogen auf das Jahr 1974, auf 46 bis 47 %.

Was dieses Sonderproblem anbelangt, so kann zunächst einmal offenbleiben, ob die Klägerin tatsächlich, wie die Kommission meint, von überhöhten Zahlen ausgeht und schon deshalb eine Korrektur an ihren Berechnungen vorzunehmen wäre. Die Kommission denkt dabei bekanntlich an das Substitutionsprodukt Zi-

tronensäure, das in den klägerischen Berechnungen einen hohen Anteil (60 %) innehat. Lassen Sie mich dazu lediglich anmerken, daß zwar nach den seinerzeit schon geltenden Gemeinschaftsrichtlinien Nrn. 70/357 und 70/524 Zitronensäure nicht als Antioxydans gewertet wird, daß sie aber gleichwohl in diesem Zusammenhang in Betracht gezogen werden könnte, weil sie der Richtlinie Nr. 70/357 zufolge die antioxydative Wirkung anderer Stoffe verstärkt und damit Vitamin C teilweise ersetzen kann. Außerdem darf nicht übersehen werden, daß die Klägerin in ihren Berechnungen von der Gesamtmenge an Zitronensäure, die auf den Markt gelangt, nur etwa ein Viertel berücksichtigt hat.

Wesentlich ist nämlich, wie man den Begriff „Austauschbarkeit" im Wettbewerbsrecht zu verstehen hat. Insofern hat nach meiner Überzeugung die Kommission recht, wenn sie Austauschbarkeit nur in Fällen anerkennt, wo aus der Sicht des Käufers und des Gebrauchs, den er von einer Ware macht, gesagt werden kann, ein anderes Erzeugnis diene der Befriedigung gleicher Bedürfnisse. Dazu läßt sich auf die Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court und sein Verständnis von der „reasonable interchangeability" verweisen; Entsprechendes gilt auch nach deutschem Wettbewerbsrecht, wie sich aus dem bereits erwähnten Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 3. Juli 1976 und den darin enthaltenen Ausführungen zur funktionellen Austauschbarkeit aus der Sicht der Verbrauchsdisponenten ergibt. Für mich ist jedoch außerordentlich zweifelhaft, daß von einer solchen Austauschbarkeit in bezug auf Vitamin C und andere Antioxydantien gesprochen werden kann. In Wahrheit haben wir nur eine partielle Austauschbarkeit vor uns, da für Vitaminkäufer, die eine biologisch-nutritive Verwendung im Auge haben, eine Ersetzung durch andere Antioxydantien selbstverständlich nicht in Betracht kommt. Bei einem derartigen Sachverhalt — man kann hier auch an den im Bananenurteil verwendeten Begriff der geringen Austauschbarkeit denken — erscheint es tatsächlich nicht vertretbar, den Markt so zu umgrenzen, wie es die Klägerin für richtig hält, und danach, das heißt nach Hinzurechnung der reinen Antioxydantien, ihren Anteil zu bestimmen.

Woran man allenfalls denken könnte, ist, den Vitamin C-Anteil außer Betracht zu lassen, der für technologische Verwendung in Frage kommt — und dies, obwohl die Verwendung nicht genau kontrolliert und der Verwendungszweck beliebig geändert werden kann. Verfährt man aber so, so ergibt sich schwerlich eine Veränderung der Marktanteile in dem von der Klägerin behaupteten Sinne. Man muß nämlich — darin ist der Kommission zuzustimmen — davon ausgehen, daß auch die Konkurrenten der Klägerin einen entsprechenden Teil ihres Absatzes — die Aufklärung dieses Punktes ist offenbar äußerst schwierig — solchen Verwendungszwecken zuführen. Dafür spricht nicht zuletzt auch die Einlassung der Klägerin in Anlage 3 zu der gemeinsamen Stellungnahme auf die Fragen des Gerichtshofs, in der davon gesprochen wird, das angegebene Verhältnis (30 % des Vitaminverkaufs sei für technologische Verwendung bestimmt) sei für den Gesamtabsatz von Vitamin C in der Gemeinschaft repräsentativ.

Schließlich könnte noch darauf hingewiesen werden, daß, selbst wenn man die klägerischen Thesen zum Problem der Austauschbarkeit anerkennt und alle von ihr angeführten Schätzungen für zutreffend hält, immer noch ein Marktanteil übrigbliebe, der, gemessen an den Grö-

ßenordnungen des Bananenurteils, als für Artikel 86 durchaus relevant zu bezeichnen wäre. Es würde sich dann nur die Frage stellen — und auf sie ist nachher ohnehin einzugehen —, ob die zusätzlich von der Kommission angestellten Prüfungen ausreichen, auf diesem Markt von einer beherrschenden Position der Klägerin zu sprechen, und ob die von der Klägerin angeführten zusätzlichen Erwägungen ein solches vorläufiges Urteil erschüttern könnten.

f) Bei Vitamin E, wo sich das gleiche Problem stellt, beliefen sich die Marktanteile der Klägerin bei Außerachtlassung der Substitutionskonkurrenz nach den unbestrittenen Angaben der Kommission in den Jahren 1972 bis 1974 auf 50 bis 60 % — ausgehend von den abgesetzten Mengen — und auf 54 bis 64 % — bei Zugrundelegung des Absatzwertes —. Für die Jahre 1970 und 1971 sollen die Anteile nach den Angaben der Klägerin ungefähr sieben Punkte niedriger gelegen haben als 1972; es ist also bei Mengenberechnung ein Anteil von 43 % und bei Wertberechnung ein solcher von 47 % anzunehmen.

Würde man hier der klägerischen Ansicht zur Austauschbarkeit mit anderen Produkten folgen und die diesbezüglichen Berechnungen — 60 % des Absatzes sollen für technologische Verwendung bestimmt sein — als richtig anerkennen, so würden sich zwar, vorausgesetzt, daß die von der Klägerin in diesem Zusammenhang angenommenen Mengen stimmen, die Marktanteile für 1973 und 1974 noch nicht außerhalb der schon wiederholt angeführten Größenordnungen bewegen, da eine Verringerung um 14 %, wie sie die Klägerin für richtig hält, immer noch Anteile zwischen 40 und 44 % für 1974 und zwischen 46 bis 50 % für 1973 übrigließe. Für die davorliegende Zeit träfe dies aber kaum noch zu, ergäben sich doch für das Jahr 1972 nur noch Anteile von 36 bzw. 40 % und für die Jahre davor solche von 29 bzw. 33 %.

Indessen gilt auch hier das zur Austauschbarkeit bei Vitamin C Ausgeführte. Auch erscheint schon die Deduktion der Klägerin nicht überzeugend, nach der, weil der nach dem Futtermittelrecht notwendige Vitamin-E-Gehalt schon durch den natürlichen Gehalt des Mischfutters abgedeckt sei, angenommen werden müsse, daß allenfalls 20 % des zugesetzten Vitamins E biologisch-nutritiven Zwecken dienten, 80 % also wegen der antioxydativen Wirkung, die auch durch andere Stoffe erzielt werden könne, verwendet würden. Außerdem konnte die Kommission mit Recht auf Veröffentlichungen der Klägerin hinweisen, nach denen es für die Kunden vorteilhafter ist, Vitamin E statt anderer Antioxydantien einzusetzen, da Vitamin E auch andere Eigenschaften besitze, die für seine Verwendung bei der Tierzucht sprächen.

Hält man es aber — wie bei Vitamin C — allenfalls für zulässig, den Vitamin-E-Absatz für die technologische Verwendung außer Ansatz zu lassen, so würde sich auch hier das von der Kommission entworfene Bild der Marktanteile nicht grundlegend verändern. Auch für Vitamin E gilt nämlich — dies läßt sich der bereits erwähnten Stellungnahme der Klägerin entnehmen —, daß vom Absatz der Konkurrenten der Klägerin gleichfalls ein entsprechender Anteil für die technologische Verwendung bestimmt ist.

Somit läßt sich für Vitamin E ebenfalls festhalten, daß die Klägerin während des

gesamten hier interessierenden Zeitraums Marktanteile in einer Größenordnung besaß, die für Artikel 86 zweifellos relevant sind.

g) Zum Vitamin-B_3-Markt ergeben sich nach den in der gemeinsamen Stellungnahme der Parteien gelieferten Daten für Artikel 86 relevante Größenordnungen nur für das Jahr 1974, in dem der Anteil der Klägerin 41,2 % bei Mengenberechnung und 51 % bei Wertberechnung betragen haben soll. Für die davorliegenden Jahre wurden dagegen niedrigere Werte genannt: 23,4 bzw. 34,9 % für das Jahr 1973 und 18,9 bzw. 28,9 % für das Jahr 1972; außerdem sollen die Anteile der Klägerin in den Jahren 1970 und 1971 noch einmal sechs Punkte niedriger gewesen sein. Zum anderen liegen die Anteilsberechnungen, soweit sie sich auf den Absatzwert stützen, anders als bei den übrigen Vitaminen wesentlich über denen, bei denen Mengen zugrunde gelegt werden.

Aus diesen Daten kann man die Schlußfolgerung ziehen, daß von einem Indiz für eine marktbeherrschende Stellung nur für das Jahr 1974 gesprochen werden kann und daß sogar dies fraglich erscheint, wenn man sich an die Mengenberechnung hält und diese noch korrigiert werden soll, wie es die Klägerin für richtig hält. Was diesen Streitpunkt angeht, so meint die Kommission, die wertmäßige Berechnung sei zuverlässiger, weil Vitamine in unterschiedlicher Konzentration abgesetzt werden und deswegen, wie gerade Importe aus der Schweiz zeigen, ganz erhebliche Preisunterschiede bestehen. Die Klägerin dagegen ist für die Maßgeblichkeit der Mengenberechnung, da bei der Wertberechnung das Bild dadurch verfälscht würde, daß bei ihren Absätzen Endverkaufspreise zugrunde gelegt würden, während für Importe unverzollte Einfuhrpreise, die 30 % unter den Endverkaufspreisen lägen, zugrunde gelegt würden. Darüber hinaus meint sie zu den von der Kommission angestellten Mengenberechnungen, es sei zu Unrecht nicht berücksichtigt worden, daß ein Teil der Importe nicht der Klägerin zugerechnet werden könne und daß es sich bei Lieferungen aus der Schweiz zum Teil um konzerninterne Bewegungen von Waren gehandelt habe, die nicht auf den Markt gelangt seien.

Meiner Ansicht nach verdient grundsätzlich die Mengenberechnung den Vorzug. Hier scheint mir die bessere Vergleichbarkeit gegeben zu sein — die Umrechnung von Waren mit unterschiedlichem Konzentrationsgrad dürfte keine übergroßen Schwierigkeiten bereiten —, und so scheint auch der Bundesgerichtshof, wie sich den beiden angeführten Beschlüssen entnehmen läßt, in erster Linie vorgegangen zu sein. Zweifel habe ich allerdings daran, ob die Mengenberechnungen der Kommission tatsächlich in erheblichem Umfang korrigiert werden müssen. Dazu besteht allenfalls insofern Anlaß, als von den Importen aus der Schweiz der Klägerin angeblich 10 Tonnen zu Unrecht zugerechnet worden sind. Soweit die Klägerin geltend macht, die Kommission habe zu Unrecht auch 23 Tonnen rein Roche-interne Transporte in Rechnung gestellt, so kann dazu wohl auf Anlage 1 zu der gemeinsamen Stellungnahme der Parteien auf die Fragen des Gerichtshofs verwiesen werden, aus der sich ergibt,

daß Einfuhren aus der Schweiz Roche zugeschrieben wurden und damit unter der Rubrik „Importe", die für die Marktanteilberechnung wichtig ist, nicht weiter berücksichtigt wurden.

Letzlich braucht dieser Punkt, der auch in der mündlichen Verhandlung kontrovers blieb, freilich nicht vertieft zu werden, wie auch die Frage offenbleiben kann, ob der in der Anlage 2 zur gemeinsamen Stellungnahme erfolgte Abzug für 45%ige Ware, der zur Umrechnung in 100%ige Ware für notwendig erachtet wurde, zur Korrektur der Importzahlen ausreicht. Selbst wenn man nämlich annimmt, daß die Mengenberechnung ein Indiz für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung, bezogen auf das Jahr 1974, liefert, so dürfte dies für den vorliegenden Fall schon deswegen ohne Bedeutung sein, weil die Lieferverträge, wie wir gehört haben, spätestens im Jahre 1973 zustande kamen, also zu einer Zeit, zu der die Klägerin auf dem B_3-Markt noch keine beherrschende Stellung hatte, und weil die Klägerin gleich nach dem ersten Besuch von Kommissionsbeamten im Herbst 1974 alles Erforderliche zur Beendigung der Verträge getan hat.

So gesehen läßt sich für den B_3-Markt tatsächlich sagen, daß er in der angegriffenen Entscheidung zu Unrecht bei der Anwendung des Artikels 86 berücksichtigt worden ist.

5. Nach diesen Bemerkungen zu den Marktanteilen, nach denen feststeht, daß für die Vitamine B_2, B_6, H und C die Frage der Marktbeherrschung kaum noch zusätzliche Prüfungen von einigem Gewicht verlangt — etwas anderes gilt allein in bezug auf Vitamin A sowie auf Vitamin E für einen Teil des hier zu prüfenden Zeitraums —, wende ich mich nunmehr den Faktoren zu, die die Kommission in ihrer Entscheidung ausdrücklich zusätzlich angeführt hat, um zu sehen, ob sich das vorläufige Urteil zur beherrschenden Marktposition der Klägerin verfestigen läßt.

a) An erster Stelle sind die Marktanteile der Konkurrenz der Klägerin von Bedeutung.

Insofern ergibt sich — bezogen auf das Jahr 1974 —, daß bei den Vitaminen B_2, B_6 und Biotin die nächstgrößeren Konkurrenten lediglich Anteile von 8, 3 und 7 % haben. Bei Vitamin C folgen auf die Klägerin ein Konkurrent mit 15 % Marktanteil und danach ein weiterer mit 7 %. Bei Vitamin A lauten die entsprechenden Zahlen 27 % und 18 %, bei Vitamin E 16 % und 6 % sowie bei Vitamin B_3 23 % und 3 %.

Für die noch interessierenden Vitamine muß danach der Eindruck bestehen, daß die Klägerin durchaus eine überragende Marktstellung innehat, die einen beträchtlichen Markteinfluß ermöglicht und Raum für unabhängiges Verhalten bietet. Dies läßt sich auch nicht in Zweifel ziehen für Vitamin A, wo es offenbar einen kapitalkräftigen und angriffslustigen Wettbewerber, die BASF, gibt, der sich den genannten Marktanteil in wenigen Jahren ab Markteintritt (1970) erworben hat. Immerhin nämlich konnte die Klägerin ihre Stellung behaupten und erreichen, daß ihr Marktanteil praktisch unverändert blieb. Entsprechendes gilt für Vitamin E, wo der Markteintritt von BASF im Jahre 1971 erfolgt sein soll. Hier ist der Marktanteil der Klägerin

von 1970 bis 1973 sogar beträchtlich angewachsen und weist auch 1974 immer noch eine Größenordnung auf, die die Feststellung erlaubt, die Klägerin sei durchaus in der Lage, ihre Marktposition zu verteidigen.

Dagegen besaß für Vitamin B_3 ein starker Konkurrent, eine japanische Gesellschaft, in den davorliegenden Jahren noch höhere Marktanteile, nämlich 1973 30,3 % und 1972 sogar 43 %.

b) Für die Kommission war ferner wichtig, daß die Klägerin ein breites Vitaminsortiment herstellt und daß sie das einzige Unternehmen ist, von dem alle wesentlichen Vitamine produziert werden. Dies übe auf Verbraucher, die vielerlei Vitamine benötigten, eine gewisse Anziehungskraft aus, und dieser Umstand sei daher geeignet, die Marktposition der Klägerin zu verstärken.

Die Klägerin weist demgegenüber darauf hin, ein Gleiches treffe für eine Reihe ihrer großen Konkurrenten zu, da nicht das Herstellungs-, sondern das Vertriebsprogramm maßgebend sei. Sie macht ferner geltend, ihre Vitaminpalette sei für die meisten Kunden bedeutungslos, da für diese nur wenige Vitamine in Frage kämen. Nicht zuletzt sei zu bedenken, daß Hauptabnehmer der Vitamine Lebensmittel- und Futtermittelhersteller seien. Für sie komme es auf vielerlei Zusatzstoffe (Additive) und nur wenige Vitamine, bei Lebensmitteln etwa nur auf Vitamin C, an, die nur einen geringen Anteil an den Zusatzstoffen ausmachten. Die wenigen benötigten Vitamine aber würden auch von den Hauptkonkurrenten der Klägerin angeboten, und diese hätten zusätzlich der Klägerin gegenüber den Vorteil, daß sie auch alle wesentlichen Zusatzstoffe liefern könnten.

Zu dieser Argumentation der Klägerin ist zunächst einmal zu bemerken, daß die angeführten großen Konkurrenten der Klägerin — wenn ich recht sehe — nicht alle Vitamine *herstellen* und bei weitem nicht die Mengen zu liefern imstande sind, die die Klägerin anbieten kann. Beides aber sind sicher Gesichtspunkte, die für die Stellung auf dem Markt wichtig sind und die dazu berechtigen, bei der Klägerin von einem gewissen Vorsprung zu sprechen.

Was das Argument anbelangt, die meisten Kunden der Klägerin bezögen nur wenig Vitamine, wie etwa im Jahr 1977 von 815 deutschen Kunden 589 nur ein, zwei oder drei Vitamine bezogen hätten, so kann es nicht auf die Zahl der Kunden, sondern allein auf den Umfang der Umsätze ankommen. Insofern steht aber nach dem Vorbringen der Kommission in ihrer Stellungnahme zu den Antworten der Klägerin auf die Fragen des Gerichtshofs fest, daß die Abnehmer der Klägerin, mit denen die hier interessierenden Verträge abgeschlossen worden sind — sie bilden zweifellos einen bedeutsamen Abnehmerkreis —, sowie andere angeführte Kunden durchweg eine Vielzahl von Vitaminen bei der Klägerin beziehen.

Hinsichtlich der anderen Zusatzstoffe bei den Lebensmittel- und Futtermittelherstellern, auf die ein großer Anteil am Vitaminabsatz entfällt, muß zwar anerkannt werden, daß das Vorhandensein von Additiven im Angebot von Konkurrenten — namentlich soweit es sich um knappe Stoffe oder gar um Monopolsituationen handelt — für die Beurteilung der Marktposition wichtig ist. Ich bin

aber andererseits der Ansicht, daß dieser Faktor nicht so bedeutend ist. Dies läßt sich einmal sagen, weil auch im Tierfutterbereich eine größere Anzahl von Vitaminen und nicht nur, wie die Klägerin meint, wenige notwendig sind; tatsächlich haben nach den Angaben der Kommission die Kunden der Klägerin, die im Tierfuttersektor tätig sind, durchweg eine größere Anzahl von Vitaminen bezogen. Zum anderen erscheint einleuchtend, daß die Anziehungskraft, die Additive im Angebot von Konkurrenten haben, eher für kleinere und mittlere Unternehmen eine Rolle spielt, während wichtige Futtermittelhersteller, die große Mengen beziehen, und namentlich die sogenannten „Vormischer" durchaus, wenn es ihnen interessant erscheint, die von ihnen benötigten Stoffe aus verschiedenen Quellen beziehen.

Insgesamt stellt deshalb die Tatsache, daß die Klägerin alle wichtigen Vitamine in großen Mengen aus eigener Erzeugung anbieten kann, auch wenn gewisse andere Additive fehlen, sicher einen Gesichtspunkt dar, der bei der Beurteilung der Marktmacht von Bedeutung ist. Er wird jedenfalls — die Klägerin selbst bezeichnet in ihren Marktinformationen vom August 1971 ihr breites Vitaminangebot als einen Vorteil — nicht völlig kompensiert durch den Umstand, daß die Klägerin wegen des Fehlens anderer Additive in ihrem Angebot in bestimmten Absatzbereichen und für bestimmte Abnehmer einen gewissen Wettbewerbsnachteil hat.

c) Weiter wurde von der Kommission in ihrer Entscheidung als erheblich angesehen, daß die Klägerin die größte Vitaminherstellerin auf der Welt ist und daß ihr Umsatz den Gesamtumsatz aller anderen Hersteller übersteigt. An diese weltweit überragende Marktstellung knüpft die Kommission die Folgerung, Roche habe weniger Rücksicht auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt zu nehmen, weil sie Konjunkturschwankungen besser aufzufangen in der Lage sei.

Auch dem konnte die Klägerin meines Erachtens nichts Entscheidendes entgegensetzen. Da es hier nicht um die Finanzkraft von Unternehmen schlechthin geht, kann ihr Hinweis auf den Gesamtumsatz und die Kapitalkraft von Konkurrenten, die auch Vitamine herstellen, die auf diesem Markt aber nur einen verhältnismäßig kleinen Anteil haben, nicht verfangen. Da weiterhin nur die Marktstellung auf dem Vitaminmarkt entscheidend ist, ist sicher nur von geringem Interesse, daß gewisse große Konkurrenten die Möglichkeit des Risikoausgleichs mit anderen Produkten haben. Außerdem trifft wohl zu, daß derartige große Unternehmen, die der Klägerin auf einigen Märkten Konkurrenz machen, ihre einzelnen Abteilungen vielfach dezentralisiert führen, was die Möglichkeit des Risikoausgleichs einschränkt, wie auch von Interesse ist, daß bei der Klägerin selbst die Vitamine lediglich rund ein Viertel ihres Gesamtumsatzes ausmachen.

d) Soweit die Kommission sodann auch auf den technologischen und kommerziellen Vorsprung der Klägerin hinweist, meint sie damit, daß diese als Pionier auf dem Gebiet der synthetischen Herstellung von Vitaminen und ihrer industriellen Verwendung, auch wenn die Verfah-

renspatente inzwischen erloschen sind, ein umfangreicheres und gründlicheres Know-how besitzt als ihre Konkurrenten. Damit wird zum anderen auf das stark ausgebaute spezielle Vertriebsnetz der Klägerin Bezug genommen, das — mit geschultem Personal — eine rasche und zuverlässige Belieferung mit stets frischen Vitaminen in großen Mengen und eine wertvolle Kundenberatung ermöglicht.

Dazu ist mein Eindruck nach dem Verfahren der, daß die Klägerin auch die Relevanz dieser Faktoren nicht wirklich erschüttern konnte.

aa) Was zunächst den technologischen Vorsprung der Klägerin angeht, so mag jetzt offenbleiben, ob der ursprünglich gemachte Hinweis der Kommission auf den entgeltlichen Time-sharing-service der Klägerin — Anfertigung von Computerprogrammen für die Futtermittelhersteller — tatsächlich einen wichtigen Gesichtspunkt aufzeigt. Die Klägerin konnte dazu immerhin anmerken, daß Entsprechendes bei vielen anderen Unternehmen anzutreffen ist, daß dieser Dienst bei ihr nur einen ganz geringen Umfang aufweist und daß er — dies wurde mit internen Dokumenten belegt — für die Abnehmer so gut wie bedeutungslos ist.

Offen bleiben kann auch, was es mit dem Einwand der Klägerin auf sich hat, es gebe viele Erfindungen für Vitaminherstellungsverfahren, und wesentliche Herstellungsverfahren für fünf andere Vitamine befänden sich in den Händen anderer Unternehmen. Hier geht es nämlich nur um bestimmte Vitamine und von ihnen (A, B_1, B_2, B_3, B_6, E und H) steht wohl außer Frage, daß die Klägerin wesentliche Pionierarbeit geleistet und auf dem Markt enormen Erfolg erzielt hat. Bei dieser Sachlage aber ist es keine bloße Vermutung, wenn die Kommission feststellt, die Klägerin sei aufgrund langjähriger Erfahrung in der Erzeugung großer Mengen in der Lage, bessere Qualität und einen erstklassigen Kundenservice mit entsprechender technischer Beratung zu bieten. Dazu kann außerdem nicht nur auf die klägerischen Erfahrungen bei der industriellen Verwendung von Vitaminen in der Lebensmittel- und Futtermittelherstellung verwiesen werden, dafür sprechen auch Erklärungen der Klägerin in ihren Veröffentlichungen, etwa soweit von „improvement of manufacturing methods" die Rede ist, wenn ihr technisches Know-how hervorgehoben oder betont wird, die Klägerin habe sich durch Erschließung neuer Anwendungsgebiete auf dem Markt behaupten können. Dies reicht für die Annahme eines technologischen Vorsprungs zweifellos aus.

bb) Was die Feststellung der Kommission zum Vertriebsnetz der Klägerin anlangt, so steht wohl außer Frage, daß die Klägerin über ein ausgezeichnetes Verteilungssystem verfügt. In den meisten Mitgliedstaaten erfolgt die Vitaminherstellung bei Tochterfirmen. Dort werden — in Kundennähe — Lager mit frischen Vitaminen unterhalten und ist Kundenberatung gewährleistet, worauf sich die Klägerin übrigens selbst in ihren Veröffentlichungen beruft.

Im Verfahren wurde von ihr lediglich geltend gemacht, zwei große Konkurrenten (BASF und AEC) hätten ein noch enge-

res Vertriebsnetz und sie hätten jedenfalls im Futtermittelsektor besseren Zugang zu Abnehmern, weil sie über ein Absatzsystem für Düngemittel und Pflanzenschutzmittel verfügten. Wichtig sei zudem, daß fast alle Vitamine lange Zeit lagerfähig seien.

Ich habe jedoch nicht den Eindruck, daß damit die von der Kommission angestellten Überlegungen entwertet oder in ihrem Gewicht wesentlich gemindert werden können. Dafür reicht es sicher nicht aus, auf das Absatzsystem von zwei Konkurrenten hinzuweisen, deren Vitaminabsatz weit hinter dem der Klägerin zurückbleibt und von denen außerdem anders als von der Klägerin nicht gesagt werden kann, sie seien auf Vitamine spezialisiert.

e) Schließlich hat die Kommission in ihrer Entscheidung auf die Schwierigkeiten des Zugangs zu den Vitaminmärkten hingewiesen, die mit der Notwendigkeit umfangreicher spezifischer Investitionen und einer langfristigen Kapazitätsplanung zusammenhingen. Daraus sei zu schließen, daß „derzeit" das Erscheinen neuer Wettbewerber die Stellung der Klägerin nicht merklich verändern könne.

Auch hierzu muß man den Eindruck gewinnen, daß die von der Kommission getroffene Feststellung in ihrem Kern nicht in Zweifel gezogen werden kann. Weil besondere Anlagen für jedes Vitamin erforderlich sind und die Kapazitäten nach dem langfristigen Bedarf ausgerichtet werden, bedarf es jedenfalls für die Errichtung neuer Anlagen — bei Erweiterungsinvestitionen mag es sich anders verhalten — großer Summen, die nur von starken Unternehmen, insbesondere der Großchemie, aufgebracht werden können. Von der Planung bis zur Produktion einschließlich Anlaufs- und Erfahrungszeit vergeht im allgemeinen sehr viel Zeit, wie gerade das Beispiel des Marktzutritts von BASF deutlich macht. Daher ist es nicht abwegig, anzunehmen, daß mit einer wesentlichen Änderung der Produktions- und Marktverhältnisse, namentlich für die ganze Vitaminpalette, in kurzer Zeit nicht zu rechnen sei. Dafür spricht unter anderem auch die Tatsache, daß BASF und AEC sich auf die Herstellung weniger Vitamine beschränken und daß Hoechst über das Experimentierstadium nicht hinausgekommen ist. Auch hat die Klägerin selbst bei ihrer Anhörung durch die Kommission ausgeführt, die Großchemie interessiere sich eher für andere Produktionszweige; unstreitig ist ferner daß auf der ganzen Welt für die Vitaminherstellung Überkapazitäten vorhanden sind. Wenn die Klägerin andererseits Beispiele für bevorstehende Kapazitätsausweitungen anführt (Klage, Seite 59), so kann diesen wohl schon deswegen kein entscheidendes Gewicht zukommen, weil sie sich offenbar vor allem auf Länder außerhalb der Gemeinschaft und andere als die hier interessierenden Vitamine beziehen. Außerdem wirken sie sich erst in der Zukunft aus und können daher auf die Beurteilung der Marktmacht der Klägerin während des hier entscheidenden Zeitraums keinen Einfluß haben.

f) Am Ende dieses Abschnittes können wir demzufolge festhalten, daß die zusätzlich von der Kommission angestellten

Erwägungen — was die Marktmacht der Klägerin anbelangt — durchaus von Bedeutung sind. Dies reicht für die Anerkennung der Richtigkeit des von der Kommission gewonnenen Urteils aus, soweit es sich um Vitamine mit einem sehr hohen Marktanteil handelt, wie die Vitamine B_2, B_6, H und C sowie — für Teile des hier interessierenden Zeitraumes — Vitamin E.

6. Da die Prüfung der Marktanteile aber in einigen Bereichen (Vitamin A und zum Teil Vitamin E; Vitamin B_3 kann aus anderen Gründen außer Betracht bleiben) nur zu Werten geführt hat, die an der Grenze relevanter Größenordnungen liegen, und da insofern in dem bereits erwähnten Bananenurteil sehr gründliche zusätzliche Prüfungen mancherlei Art angestellt worden sind, will ich jetzt auch noch auf die von der Klägerin angeführten Aspekte eingehen, die Zweifel an ihrer Marktmacht rechtfertigen sollen.

a) Für die Klägerin stehen dabei Überlegungen im Vordergrund, die die Marktergebnisse und das Marktverhalten betreffen, insbesondere die Preisentwicklung auf den hier interessierenden Märkten. Dabei werde deutlich, daß es ihr an der Preisbestimmungsmacht fehle; sie könne die Vitaminpreise keineswegs nach Gutdünken festsetzen, sondern habe sich nach den Marktpreisen zu orientieren. Auffällig sei insbesondere, daß bei den Vitaminen zum Teil beträchtliche Preissenkungen stattgefunden hätten, und zwar trotz allgemeiner Kostensteigerungen und einer Ausweitung der Nachfrage.

aa) Hier läßt sich wohl schon die Richtigkeit der These anzweifeln, nach der Konzeption des EWG-Vertrags könne eine beherrschende Stellung nur angenommen werden, wenn Preisbestimmungsmacht gegeben sei. Auch der Hinweis auf den Montanvertrag und die dazu bestehende Rechtsprechung (Rechtssache 13/60, Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaften „Geitling", „Mausegatt" und „Präsident"/Hohe Behörde der EGKS, Urteil vom 18. Mai 1962, Slg. 1962, 177) kann diese These nicht stützen. Dagegen erscheint mir die Feststellung aus dem schon zitierten Bananenurteil wichtig, auf Fragen der Rentabilität und der Preisbestimmungsmacht komme es nicht entscheidend an, auch das Vorhandensein von Wettbewerb schließe die Annahme einer beherrschenden Position nicht aus, wenn dafür genügend starke andere Indizien sprächen. Jedenfalls dürfte es auf die Preisbestimmungsmacht dann nicht ankommen, wenn es wie hier um einen Mißbrauchsfall geht, der sich nicht auf das Gebiet der Preisgestaltung, sondern auf die Zementierung der Wettbewerbsstruktur und den Marktzutritt anderer Konkurrenten bezieht.

bb) Will man aber gleichwohl die Preisentwicklung in die Betrachtung miteinbeziehen, so ist vorweg weiterhin zu betonen, daß es nicht angezeigt wäre, sich an die Schaubilder aus der Klageschrift zu halten, die Mengen- und Preistrends auf dem Weltmarkt spiegeln sollen. Diese haben im vorliegenden Zusammenhang geringen Wert, nicht nur, weil es sich allein um „Trends" handelt, sondern auch, weil die Wahl verschiedener Indikatoren für Preis und Menge zu einem schiefen Bild führt. Interessant ist aber immerhin, daß sich ihnen auch Preisanstiege entneh-

men lassen. Dies trifft für die Zeit von 1970 bis 1974 für die Vitamine C und B_2 zu, für die Vitamine A, B_6, E und B_3 sind Preisanhebungen wenigstens während der Jahre 1972 bis 1974 zu verzeichnen.

cc) Hält man sich an die anderen im Verfahren vorgelegten Tabellen, die unter Zugrundelegung von Durchschnittspreisen in der Gemeinschaft für die Verkaufsformen, die etwa 70 % des Umsatzes ausmachen, erstellt wurden, so ergeben sich im einzelnen folgende Feststellungen:

Bei *Vitamin A* sind die Preise von 1970 bis 1972 gefallen, um dann wieder anzusteigen und im Jahre 1974 fast das Niveau von 1971 zu erreichen. Bei *Vitamin E* sind die Preise ebenfalls von 1970 bis 1972 gefallen, dann aber wieder angestiegen und lagen 1974 über dem Niveau von 1971. Bei *Vitamin C* — hier ist die Ausgangszahl die des Jahres 1971 — sind die Preise von 1971 bis 1972 angestiegen, dann bis 1973 gefallen, um anschließend wieder über das Niveau von 1971 anzuziehen. Bei *Vitamin B_2* sind die Preise von 1970 bis 1971 kräftig gestiegen, sind dann etwas, aber nicht auf das Niveau von 1970, zurückgefallen und hatten auch 1974 ein Niveau, das beträchtlich, nämlich um etwa 50 %, über dem von 1970 lag. Bei *Vitamnin B_6* sind die Preise von 1970 bis 1972 gefallen, dann aber wieder angestiegen und lagen auch 1974 um 6 % über dem Niveau von 1970. Bei *Vitamin H* sind die Preise von 1970 bis 1971 geringfügig gefallen, dann wieder im Jahr 1972 leicht angestiegen, um anschließend wieder zu fallen. Bei *Vitamin B_3* schließlich, wo sich eine beherrschende Position der Klägerin allenfalls für das Jahr 1974 annehmen läßt, stiegen die Preise eindeutig von 1973 bis 1974, fielen danach aber wieder beträchtlich.

Aus dieser Darstellung ergibt sich zunächst einmal, daß die Preisentwicklung keineswegs einheitlich verlaufen ist, und zwar nicht einmal auf Märkten, für die die Klägerin — wie für Vitamin A, E und B_3 — besonders angriffslustige Konkurrenten benannt hat.

Wichtig ist es zum anderen auch, die Entwicklung der Marktanteile der Klägerin und die ihrer Produktion sowie ihres Umsatzes in die Betrachtung miteinzubeziehen. Von den Marktanteilen ist bereits bekannt, daß sie teils so gut wie keine Veränderung erfuhren (Vitamine A und C), daß sie zum Teil sogar größer wurden (Vitamine B_3 und B_6) oder daß allenfalls gewisse, keineswegs spektakuläre Einbrüche zu erkennen sind (wie Vitamin E im Jahre 1974, in dem ein Preisanstieg zu verzeichnen ist, bei Vitamin B_2 im Jahre 1973 und bei Vitamin H, wenn man die Jahre 1970 und 1974 vergleicht).

Noch interessanter ist die Entwicklung der Absatzmengen und der Umsatzzahlen der Klägerin zu der fraglichen Zeit im Gemeinsamen Markt. Die abgesetzte Menge nahm eindeutig zu in den Jahren 1970 und 1974 bei Vitamin A (43 %), bei Vitamin E (150 %), bei Vitamin C (54 %), bei Vitamin B_2 (33 %), bei Vitamin B_6 (100 %), bei Vitamin H (186 %) und bei Vitamin B_3 (25 %). Nach den unbestrittenen Ausführungen der Kommission (vgl. ihre Stellungnahme zu den Antworten der Klägerin auf die Fragen des Gerichtshofes, S. 9) konnte der wertmäßige Absatz der Vitamine A und E, bei denen ein besonders intensiver Wettbe-

werb behauptet wurde, in den Jahren 1972 bis 1974 in allen Mitgliedstaaten gesteigert werden. Angesichts dieser Fakten — bemerkenswert ist etwa die Vergrößerung des Marktanteils von Vitamin B_6 bei gleichzeitigem Preisrückgang und angeblicher zeitweiliger Verknappung; ähnlich ist die Situation bei Vitamin E — kann tatsächlich die Annahme nicht von der Hand gewiesen werden, die Preisentwicklung sei von der Klägerin selbst im Interesse der Absatzausweitung mitbestimmt worden, also keineswegs allein auf den Wettbewerb zurückzuführen, wozu man etwa hinsichtlich des Eintritts der BASF in den Vitamin-A-Markt auf eine Managementinformation der Klägerin aus dem Jahre 1970 verweisen kann. Jedenfalls läßt sich aus der erkennbaren Markt- und Wettbewerbssituation keineswegs folgern, die Klägerin habe sich, obwohl sie ihre Marktanteile erfolgreich verteidigt hat, nicht in einer beherrschenden Position befunden.

b) Weiterhin verweist die Klägerin auf den potentiellen Wettbewerb, den die Kommission außer acht gelassen habe, obwohl er im Continental-Can-Urteil (Rechtssache 6/72, Urteil vom 21. Februar 1973, Slg. 1973, 215) als wichtig bezeichnet worden sei. Auch von einem solchen Wettbewerb könne ein Druck auf den Markt ausgehen, so daß trotz hoher Marktanteile eine beherrschende Posititon nicht vorliege.

Nach meiner Überzeugung können auch diese Überlegung und die dazu im einzelnen vorgetragenen Argumente die von der Kommission getroffene Feststellung schwerlich erschüttern.

So ist zu den nicht genutzten Fermentationskapazitäten, die sich vor allem in den USA befinden sollen, in bezug auf den Vitamin-B_2-Markt wichtig, daß sie offenbar keine Auswirkungen auf die Preisentwicklung hatten, denn gerade für Vitamin B_2 läßt sich von 1970 bis 1974 ein Preisanstieg um 50 % ausmachen.

Über die weltweit bestehenden Überkapazitäten für die Vitaminherstellung wurde uns nichts Genaueres vorgetragen. Außerdem läßt sich dazu — unterstellt man, sie hätten Auswirkungen auf das Marktverhalten und die Marktergebnisse gehabt — auf die Tatsache hinweisen, daß die Klägerin jedenfalls über Jahre hinweg ihre Stellung auf den in diesem Verfahren interessierenden Vitaminmärkten behaupten konnte.

Zu der Möglichkeit großer Chemiekonzerne, jederzeit die Vitaminproduktion aufzunehmen, soweit sie Vitamine nicht schon herstellen, ist schließlich von Interesse, daß dies bisher nur auf wenigen Märkten erfolgt ist, ohne die Stellung der Klägerin zu erschüttern. Dabei mögen die bereits erwähnten Überkapazitäten sowie die im Verfahren getroffene Feststellung eine Rolle gespielt haben, daß die Interessen dieser Konzerne grundsätzlich anders orientiert sind. Jedenfalls erscheint es mir höchst unwahrscheinlich, daß dadurch — nicht zuletzt weil die Realisierung von Investitionsprogrammen lange Zeit beansprucht — effektiv ein Druck auf die Marktpreise ausgeübt werden könnte und sich so die Feststellung rechtfertigen lassen sollte, der Klägerin fehle trotz beträchtlicher Marktanteile ein überragender Markteinfluß.

c) Wichtig ist es auch, zu berücksichtigen, in welcher Phase sich der unter-

suchte Markt befinde. Für die Vitaminmärkte sei kennzeichnend, daß sich seit vielen Jahren eine sehr starke Expansion feststellen lasse, die immer noch anhalte. Bei einer solchen Lage aber hätten hohe Marktanteile eine geringere Bedeutung als bei einem stagnierenden Markt, denn der Markt sei für alle Interessenten ausreichend offen und gebe allen Teilnehmern genügend Spielraum.

Diesem Gedanken wird man wohl nicht jede Berechtigung absprechen können, auch wenn es bei den Vitaminen, abgesehen von Biotin, eher naheliegt, von einer Ausreifungsphase zu sprechen, da ja ihre künstliche Herstellung seit langer Zeit mit Erfolg betrieben wird. Letztlich berechtigt er aber doch kaum dazu, im vorliegenden Fall die Existenz einer marktbeherrschenden Position der Klägerin zu verneinen.

Dafür kommt es meines Erachtens nicht entscheidend auf die Möglichkeit an, anderen Konkurrenten den Marktzutritt unmöglich zu machen oder erheblich zu erschweren. Auch wenn andere Hersteller durchaus in der Lage sind, sich auf dem Markt zu bestätigen, ist vielmehr entscheidend, daß die Klägerin in einem stark expandierenden Markt über viele Jahre hinweg ihre überragende Position behaupten konnte und dem Wettbewerb von Newcomern erfolgreich begegnet ist, wozu höchstwahrscheinlich auch die anschließend zu beurteilenden Exklusivverträge beigetragen haben.

Was Biotin im besonderen angeht, so ist wohl richtig, daß sich ein Markt erst in jüngster Zeit entwickelt hat. Den von der Klägerin vorgelegten Dokumenten kann man entnehmen, daß sie ihre Erzeugung Ende der vierziger Jahre begonnen, daß sie mit dem Verkauf Mitte der fünfziger Jahre angefangen hat und daß erst vor einigen Jahren eine Reihe japanischer Wettbewerber zusätzlich auf dem Markt erschienen ist. Ich würde es aber auch insofern und ungeachtet der Tatsache, daß der Umsatz aller Marktteilnehmer stark zunimmt, für entscheidend halten, daß die Klägerin ihre anfangs vorhandene Monopolstellung nahezu aufrechterhalten konnte, hat sie doch auch nach vier Jahren Wettbewerb immer noch einen Marktanteil von 93 %. Dazu dürfte beigetragen haben, daß sie auf den Markteintritt der Konkurrenten mit Fidelity Contracts reagiert hat; insofern scheint außerdem eine Rolle zu spielen — dazu verweise ich auf die als Anlage 7 zur Klage vorgelegte Aufzeichnung über ein European Bulk Managers Meeting —, daß die Produkte der Klägerin Vorzüge aufweisen, die den Erzeugnissen der Konkurrenten fehlen.

d) Schließlich macht die Klägerin — unter anderem unter Hinweis auf § 22 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen — geltend, bei der Beurteilung der Marktstellung sei auch, was die Kommission ebenfalls unterlassen habe, der Zugang zu den Beschaffungsmärkten zu berücksichtigen. In dieser Hinsicht sei die Situation dadurch gekennzeichnet, daß die Hauptkonkurrenten der Klägerin, große Chemieunternehmen, chemische Vor- und Zwischenprodukte für die Herstellung von Vitaminen selbst herstellen, während die Klägerin in bezug auf die Rohstoffe fast völlig von Dritten abhängig und bei einigen sogar auf Lieferungen von Konkurrenten angewiesen sei. So beziehe sie Rohstoffe für die Herstellung von Vitamin B_6 weitgehend von BASF, Hoechst und einem Unternehmen des AEC-Konzerns, Roh-

stoffe für die Herstellung von Vitamin A in großem Umfang von BASF und solche für die Herstellung von Vitamin E in Zukunft weitgehend von BASF. Außerdem kämen Rohstoffe für die Herstellung von Vitamin C von einer französischen Firma, die in enger Verbindung mit dem AEC-Konzern stehe, sowie von einer amerikanischen Firma.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich freilich, daß auch dieser Gesichtspunkt im vorliegenden Falle keine entscheidende Bedeutung haben kann.

So ist schon wichtig, daß es sich nicht um Stoffe handelt, die nur in begrenztem Umfang in der Natur vorkommen, sondern um Erzeugnisse, die in beliebigem Umfang hergestellt werden können. Zugang zu ihnen hat nicht nur, wer sie selbst herstellt — was die Klägerin als chemisches Unternehmen offenbar auch selbst könnte —, sondern wer sie ohne Schwierigkeiten auf dem Markt erhalten kann. Dafür aber, daß die Klägerin solchen Schwierigkeiten begegnet, wurde im Verfahren nichts vorgetragen.

Was namentlich das Verhältnis der Klägerin zu einigen ihrer Konkurrenten angeht, so hat sich im Verfahren ergeben, daß die Hersteller von Vorprodukten für Vitamin B_6 dieses Vitamin nicht selbst herstellen und daß Hoechst, *ein* Erzeuger des Vorprodukts für Vitamin A, dieses Vitamin ebenfalls nicht selbst produziert. Lediglich bei Vitamin A kann von einem Konkurrenzverhältnis gesprochen werden, weil Vorprodukte dafür von BASF bezogen werden und BASF selbst Vitamin A herstellt. Dieser Umstand allein, ohne nähere Ausführungen über irgendwelche Lieferprobleme, berechtigt aber sicher nicht dazu, im Falle der Klägerin, bei der auch in bezug auf Vitamin A vieles für eine beherrschende Position spricht, eine solche letztlich doch in Zweifel zu ziehen.

7. Nach alledem ist davon auszugehen, daß die Kommission in der angegriffenen Entscheidung zu Recht festgestellt hat, die Klägerin habe eine beherrschende Posititon auf den Märkten für Vitamin A, B_2, B_6, C, E und H. Ein abweichendes Urteil läßt sich allein für Vitamin B_3 rechtfertigen. Zwar hatte auch für dieses Erzeugnis die Klägerin im Jahre 1974 einen Marktanteil in einer für Artikel 86 relevanten Größenordnung. Angesichts der Größe der Marktanteile von Konkurrenten und der Preisentwicklung für dieses Vitamin, namentlich aber weil die hier interessierenden Verträge spätestens 1973 zum Abschluß kamen, sollte dieser Teilmarkt außer Betracht bleiben.

III — Danach ist weiter zu prüfen, ob die Klägerin tatsächlich ihre beherrrschende Position mißbraucht hat.

Die Kommission erblickt einen solchen Mißbrauch im Abschluß von 26 Verträgen mit 22 Abnehmern der Klägerin, die sich auf die Jahre 1963 bis 1973 verteilen. Diese Verträge hätten in verschiedener Weise die Abnehmer hinsichtlich des Bezugs einzelner Vitamine oder aller von dem jeweiligen Kunden benötigten Vitamine an Roche gebunden. Außerdem hätten sie den Kunden unterschiedliche, nicht nach den bei Roche entstandenen

Kostenersparnissen bemessene Vorteile eingeräumt. Weil auf diese Weise die Wahlfreiheit der Abnehmer beeinträchtigt, der Wettbewerb zwischen Herstellern und Vitaminen eingeschränkt und anderen Herstellern der Zugang zu diesen Abnehmern versperrt worden sei, könne von einem Verstoß gegen den Grundsatz des Artikels 3 f) des EWG-Vertrags gesprochen werden, nach dem der Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen sei. Außerdem liege eine Mißachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Sinne des Artikels 86 Absatz 2 Buchstabe c) vor.

Die Klägerin macht dazu geltend, es könne nicht von einem einheitlichen Absatzsystem die Rede sein; insbesondere wiesen die Abmachungen mit Unilever und Merck Merkmale auf, die eine gesonderte Betrachtung rechtfertigen. Wichtig sei weiterhin, daß die Verträge nicht aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung zustande gekommen, also nicht machtbedingt seien und außerdem im Geschäftsverkehr auch durchaus als üblich anzusehen seien. Zumindest sei bei ihrer Bewertung eine Interessenabwägung angebracht und namentlich zu berücksichtigen, daß die in den Verträgen enthaltene sogenannte englische Fallklausel dem Wettbewerb ausreichend Spielraum gelassen habe. Was die von der Kommission in Betracht gezogenen Unterschiede angehe, so seien sie zumindest zum Teil gerechtfertigt im Hinblick auf unterschiedliche, bei Roche entstandene Kosten. In keinem Fall hätten sie einen Umfang, der zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit der Abnehmer geführt hätte. Endlich seien auch die Auswirkungen der Verträge auf den Markt in Rechnung zu stellen. Lasse man die als unbedenklich zu qualifizierenden Abmachungen beiseite, so könne keinesfalls angenommen werden, daß der Wettbewerb und der Handel zwischen den Mitgliedstaaten *spürbar* beeinträchtigt worden seien.

1. Bei der Beurteilung dieser Auseinandersetzung beginne ich mit einigen allgemeinen, von der Klägerin vorgebrachten Argumenten.

a) So ist zwar sicher der Klägerin zuzustimmen, wenn sie sich dagegen wendet, daß von einem einheitlichen System der Verträge gesprochen wird. In der Tat zeigt schon eine oberflächliche Analyse der Verträge eine große Vielgestaltigkeit, was den sachlichen und örtlichen Anwendungsbereich, den Abschlußzeitpunkt, die Laufzeit und die übrige inhaltliche Ausgestaltung angeht. Für die rechtliche Beurteilung hat dies aber nach meiner Meinung keine entscheidende Bedeutung. Artikel 86 setzt in einem Fall wie dem vorliegenden keineswegs voraus, daß Liefertermine Ausdruck eines einheitlichen Konzepts sind und insgesamt ein kohärentes System bilden. Wichtig ist nur, ob die Wirkungen der Verträge, mit denen nach ihrem Wortlaut zu rechnen ist, allesamt in die Mißbrauchskategorien eingeordnet werden können, um die es geht. Dies wird nachher im einzelnen zu untersuchen sein. Jetzt will ich nur noch hinzufügen, daß es tatsächlich nicht abwegig erscheint, wenn die Kommission betont, es lasse sich für die Verträge ein beherrschender Grundgedanke, nämlich derjenige der Erhaltung des Marktanteils und des Schutzes gegen unerwünschten Wettbewerb, ausmachen. Dafür kann auf interne Papiere der Klägerin verwiesen werden, die sie uns selbst im Verfahren vorgelegt hat, nämlich auf ein Rund-

schreiben vom 8. Mai 1971, auf Management Informations und Anlagen dazu sowie auf eine Aufzeichnung über ein European Bulk Managers Meeting.

b) Soweit die Klägerin weiterhin geltend macht, Verträge wie die vorliegenden seien handelsüblich, genügen zwei Bemerkungen.

Einmal ist dies für den Vitaminmarkt keineswegs belegt. Dafür reichen einige Beispielsfälle, von denen im Verfahren gesprochen wurde, sicher nicht aus. Zum anderen kann, unterstellt, solche Verträge seien weitverbreitet, nicht davon ausgegangen werden, daß das, was für Unternehmen zulässig ist, die im Wettbewerb stehen, gleichermaßen für Unternehmen in beherrschender Posititon gilt. Im ersten Fall wird nämlich vorhandener Wettbewerb durch Bezugsbedingungen nur in einem gewissen Maß eingeschränkt. Im zweiten Fall dagegen hat ein Unternehmen die Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb zu verhindern und somit Lieferanten/Kundenbeziehungen mit der Folge einer Konsolidierung und Verstärkung ohnehin bestehender, bedenklicher Marktpositionen zu verfestigen.

c) Nicht gelten lassen kann man ferner den Standpunkt der Klägerin, das nach Artikel 86 kritisierte Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens müsse als „machtbedingt" zu bezeichnen sein. Die Klägerin betont, daß es hieran im vorliegenden Fall fehle, weil es zum Abschluß der Verträge nicht aufgrund der Marktmacht der Klägerin gekommen sei; insbesondere sei die englische Klausel den Abnehmern nicht aufgezwungen worden, sondern gehe vielfach auf die Nachfragemacht der Abnehmer zurück.

Ein derartiges Verständnis des Begriffes „Mißbrauch" mag nämlich möglicherweise für einige Tatbestände des Artikels 86 zutreffen, etwa soweit von der Erzwingung unangemessener Preise (Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe a) gesprochen wird, sicher aber nicht generell für Artikel 86. Dies wurde im Urteil des Continental Can-Falles (Rechtssache 6/72, Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Urteil vom 21. Februar 1973, Slg. 1973, 215) klargestellt, in dem es um den Erwerb eines wichtigen Konkurrenten durch ein beherrschendes Unternehmen ging. Dort wurde betont, nicht der Einsatz der Marktmacht sei ausschlaggebend, vielmehr müsse von Mißbrauch schon gesprochen werden, wenn ein Unternehmen in beherrschender Posititon durch seine Handlungen die Wettbewerbsstruktur beeinflusse. Damit weist der vorliegende Fall insoweit eine gewisse Ähnlichkeit auf, als es auch hier im Kern um eine Beeinflussung der Marktstruktur durch Bindungen der Abnehmer geht. Man kann also auch hier gleichsam von einem objektiven Mißbrauchsbegriff ausgehen. Darüber hinaus würde ich aber auch meinen, daß dasselbe für den Vorwurf der Ungleichbehandlung der Abnehmer gilt. Auch sie setzt keineswegs den Einsatz von Marktmacht voraus, da sie auf einem Markt erfolgt sein soll, dem es insoweit an Transparenz fehlt.

2. Bei der weiteren Untersuchung des Falles werde ich mich zunächst mit dem Tatbestand der Bindung der Abnehmer der Klägerin befassen. Dabei sollen allerdings — der Argumentation der Klägerin

folgend — die Verträge mit Unilever und Merck vorläufig ausgeklammert werden, weil sie angeblich besondere Merkmale aufweisen, die in jedem Falle eine abweichende Beurteilung notwendig machten.

Zwei Arten von Bindungen sind in den Verträgen anzutreffen: einmal ausdrückliche Bezugsverpflichtungen, verbunden mit Rabattzusagen, und andererseits Bindungen, die allein auf Treuerabatten, wenn man die zugesagten Vorteile einmal abkürzend so kennzeichnen will, beruhen.

a) Beginnen wir mit den Verträgen, die *ausdrückliche Bezugsverpflichtungen* enthalten. Diese beziehen sich auf den Gesamtbedarf, einen bestimmten Prozentsatz des Bedarfs (schwankend zwischen 70 und 90 %) oder den überwiegenden Teil des Bedarfs des jeweiligen Abnehmers und gelten für *alle* Vitamine, alle im vorliegenden Verfahren interessierenden Vitamine oder bestimmte, einzeln aufgeführte Vitamine. Hierher gehören die Verträge mit Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Purina und Upjohn (Gesamtbedarf), die Verträge mit Cyanamid (mindestens 90 % des Bedarfs), Animedica (mindestens 80 % des Gesamtbedarfs), Guyomarc'h (mindestens 70 % des Gesamtbedarfs) sowie die Abmachungen mit Nitrovit und Isaac (sie betreffen den überwiegenden Teil der Geschäfte).

Insofern muß man sicher die Auffassung der Kommission teilen, daß derartige Bezugsverpflichtungen, wenn der Lieferant eine beherrschende Position hat, mit den Wettbewerbsregeln des Vertrages nicht zu vereinbaren sind. Sie nehmen den Abnehmern ihre Wahlfreiheit beim Einkauf und schließen andere Konkurrenten von diesen Märkten aus, sorgen also für eine Verfestigung der Wettbewerbsverhältnisse und für eine Verstärkung der ohnehin bestehenden, beherrschenden Marktposition. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Gesamtbedarf oder nur ein Teil des Bedarfes beim Marktbeherrscher gedeckt werden muß, jedenfalls soweit es, wie hier, um den überwiegenden Teil des Bedarfes geht. Auch kann es nicht darauf ankommen, ob alle Vitamine, die der Abnehmer benötigt, oder nur bestimmte Vitamine erfaßt werden, da Roche ja auf allen im Verfahren interessierenden Märkten — abgesehen von Vitamin B_3 — eine beherrschende Position innehat.

Zu überlegen ist hier allenfalls einmal, ob von Bedeutung ist, daß einige Abmachungen auf ein Jahr befristet sind oder Kündigungsklauseln enthalten, also nur eine begrenzte oder verhältnismäßig kurzfristig aufhebbare Bindung bewirken, sowie zum anderen, ob die Existenz der englischen Fallklausel etwas an der grundsätzlichen Beurteilung ändern kann.

aa) Vor allem zum ersten Punkt hat die Klägerin — wenn ich recht sehe — den Gesichtspunkt der *Interessenabwägung* ins Spiel gebracht. Seine Relevanz leitet sie aus der GEMA-Entscheidung der Kommission (Amtsblatt 1972, L 166) her. Außerdem verweist sie dazu auf das Urteil der Rechtssache 127/73 (Belgische Radio en Televisie und Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs/SV/SABAM und NV Fonior, Urteil vom 21. März 1974, Slg. 1974, 313), in dem zu Artikel 86 betont wurde, es komme darauf an, ob eine Exklusivbindung das zulässige Maß überschreite, wobei die Interessen der Beteiligten, für die ein ausgewogenes Verhältnis bestehen müsse, zu berücksichtigen seien. Im vorliegenden Fall sei in diesem Sinne einmal wichtig, daß

die Abnehmer selbst ein Interesse an den Verträgen hätten. Diese erlaubten eine Einkaufsrationalisierung zu günstigen Preisen und sorgten für eine Sicherheit der Belieferung auf einem zum Teil chaotischen Markt ohne Rücksicht auf zeitweilige Verknappungen. Vielen Abnehmern liege außerdem an einer Garantie gleichbleibender Qualität, nämlich insoweit, als Vormischungen selten geändert würden, sowie dort, wo spezielle Fabrikanlagen keine Veränderungen beim Einkauf gestatteten. Das Interesse des Lieferanten gehe dahin, für eine sinnvolle Produktionsplanung die Absatzmengen zuverlässig zu kennen; außerdem seien ihm einseitige Lieferverpflichtungen ohne Abnahmegarantie nicht zuzumuten. Schließlich werde den Interessen Dritter wie auch den Interessen der Abnehmer durch eine zeitliche Begrenzung der Abmachungen sowie durch die englische Fallklausel Rechnung getragen, die eine Berücksichtigung günstigerer Angebote Dritter ermögliche.

Was dieses Problem angeht, so ist einzuräumen, daß im Urteil 127/73 tatsächlich der Gedanke einer Interessenabwägung anklingt. Wahr ist zudem, daß solche Überlegungen auch in der Literatur auftauchen (vgl. Von Gamm, „Das Kartellrecht der EWG", Seite 81, der von der Notwendigkeit einer Interessenabwägung spricht und nach dem ein Mißbrauch nur angenommen werden kann, wenn berechtigte Belange der Mitbewerber oder Verbraucher in einer gegen das Anstandsgefühl verstoßenden Weise beeinträchtigt werden). Man kann aber einmal daran zweifeln, ob dies als gefestigte Rechtsansicht zu Artikel 86 angesehen werden kann. Zweifelhaft mag zum anderen erscheinen, ob sich die Erwägungen, die in dem zitierten Urteil zu einem besonders gearteten Sachverhalt angestellt worden sind, ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen lassen. Außerdem ist es wohl fraglich, ob es auf dem Vitaminmarkt tatsächlich üblich und weit verbreitet ist, daß größere Abnehmer ihren Jahresbedarf auf einmal ordern und daß demgemäß gewichtige Interessen der Abnehmer für die Zuverlässigkeit einer derartigen Bindung sprächen. Immerhin scheint wohl festzustehen, daß nur ein kleiner Teil der Abnehmer der Klägerin derartige Verträge abgeschlossen hat.

Letztlich mag dies aber aus den folgenden Überlegungen dahingestellt bleiben.

So hat für einige Verträge mit ausdrücklichen Bezugsverpflichtungen, nämlich für die Verträge mit Guyomarc'h, Purina und Upjohn, keine zeitliche Begrenzung gegolten. Hier könnten also die angestellten Überlegungen, die wohl allenfalls dazu berechtigen, Bindungen für kürzere Zeiträume zu akzeptieren, ohnehin nicht durchgreifen.

Andere Verträge sehen zwar eine Beschränkung auf ein Jahr vor (Isaac), sie sind für die Dauer eines Jahres abgeschlossen mit der Möglichkeit der Verlängerung, wenn nicht vor dem 1. Oktober bzw. dem 31. Oktober gekündigt wurde (Afico, Cyanamid, Animedica, Organon), oder sie sehen die Möglichkeit der Kündigung unter Einhaltung unterschiedlicher Fristen — 30 Tage, 2 oder 3 Monate — vor (Isaac, Nitrovit, Dawe's, Provimi). Insoweit darf aber nicht übersehen werden, daß hier überall auch die Rabattgewährung eine Rolle spielt. Für diese Verträge stellt sich also zumindest die Frage, ob durch den Rabattvorteil nicht eine relevante Bindung bewirkt wird, die von der Aufhebung der Geschäftsbeziehungen abhält. Aus diesem Grund ist es meines Erachtens nicht vertretbar, die angeführten Verträge jetzt als unbedenk-

lich aus der Untersuchung auszuklammern; sie müssen vielmehr richtigerweise bei der Prüfung der Bindung mit Hilfe von Rabatten, zu der wir nachher kommen, berücksichtigt werden.

bb) Was andererseits die sogenannte *englische Fallklausel* anbelangt, nach der günstigere Angebote von Konkurrenten eine Rolle spielen können, so ist zwar einzuräumen, daß auf diese Weise dem Wettbewerb ein gewisser Spielraum bleibt. Wesentlich ist aber, daß — abgesehen davon, daß im Vertrag mit Guyomarc'h die Klausel völlig fehlt — auf diese Weise die Bindung an die Klägerin nicht beseitigt, sondern allenfalls gelokkert wird. In aller Regel ist die erwähnte Klausel nämlich so ausgestaltet, daß die Abnehmer bei Vorliegen eines günstigeren Angebotes nicht einfach frei wurden, sondern die Klägerin zu unterrichten hatten und ihr die Möglichkeit des Eintritts in die günstigeren Bedingungen lassen mußten. Dies gilt bei einer vernünftigen Auslegung auch für den Vertrag mit Afico; denn die Formulierung „falls Roche ... nicht zu einem konkurrenzfähigen Preis liefern kann" muß sicherlich dahin verstanden werden, daß Roche die Gelegenheit zu einer solchen Lieferung zu geben war. Es hing demnach allein von der Entscheidung der Klägerin ab, ob Konkurrenten aufgrund der englischen Fallklausel zum Zuge kamen oder nicht. Zudem muß daran erinnert werden, daß die Klausel in mancher Hinsicht recht eng formuliert war. So kamen nur Angebote von Erzeugern — nicht von Händlern — in Betracht (Animedica) oder gar nur von namhaften Erzeugern (Afico, Cyanamid, Provimi) oder ebenbürtigen konkurrierenden Herstellern (Organon), was möglicherweise — dies kann jetzt aber offenbleiben — bedeutete, daß die Indentität des Konkurrenten zu offenbaren war. In einigen Fällen ist auch die Rede von ernsthaften schriftlichen Angeboten (Isaac, Nitrovit) und von einer vergleichbaren regelmäßigen Belieferung.

Bei dieser Sachlage kann man tatsächlich nicht im Hinblick auf die englische Fallklausel, von der die Kommission zu Recht sagte, daß sie den Abschluß der Exklusivverträge wahrscheinlich erleichtert hat, das Vorliegen einer mißbräuchlichen Bindung verneinen. Eine andere Beurteilung mag allenfalls für den Vertrag mit Upjohn zutreffen, weil sich in ihm nur eine einfache Konkurrenzklausel findet („unter der Voraussetzung ... daß die Preise von Roche konkurrenzfähig sind"). Hier läßt sich sagen, daß Roche kein Einfluß auf den Bezug bei anderen Herstellern zugestanden wurde, und so könnte man dazu neigen, diese Art Bindung für unbedenklich zu halten, wenn man in diesem Fall nicht der Tatsache entscheidende Bedeutung zuerkennen will, daß es sich um eine Bindung ohne zeitliche Begrenzung handelte.

b) Die andere Art *Bindung,* die die Kommission beanstandete, ist — wie schon gesagt — diejenige *mit Hilfe von Rabatten.*

Insoweit muß sicher anerkannt werden, daß sich, wenn Liefervorteile im Hinblick auf Kundentreue und nicht nach Maßgabe von Kostenersparnissen beim Lieferanten gewährt werden, eine Anziehungskraft begründen läßt, die derjenigen einer ausdrücklichen Bindung sehr angenähert ist. Erhält nämlich ein Abnehmer Rabatt nach Maßgabe seiner Gesamt-

bezüge (Gesamtumsatzrabatt) sowie unter der Voraussetzung, daß er den ganzen oder einen großen Teil seines Bedarfs beim Rabattgewährer deckt, so kann ein Konkurrent nur zum Zuge kommen, wenn er mit seinem Angebot den Rabattverlust ausgleicht. Dies wird vielfach — auch wo der Rabatt nicht sehr hoch ist — außerordentlich schwierig oder gar unmöglich sein, so daß eben faktisch der Zugang zu solchen Kunden versperrt ist. Dementsprechend wurden in dem bereits erwähnten Zuckerfall (Rechtssachen 40 etc./73, Coöperative vereniging „Suiker Unie" UA und andere/Kommission der Europäischen Gemeinschaften) ein für den Fall ausschließlicher Bedarfsdeckung gewährter Treuerabatt als Mißbrauch gewertet. Auch im nationalen Wettbewerbsrecht werden derartige Abmachungen sehr kritisch betrachtet. Ich verweise dazu auf Mestmaecker, „Europäisches Wettbewerbsrecht", Seite 390, sowie auf eine Entscheidung des deutschen Bundeskartellamts vom 10. September 1971 (WuW/E BKartA 1361). Aus dem französischen Recht ist von Interesse ein Urteil des Tribunal de grande instance de Paris vom 5. Februar 1966 (J.C.P. 67, II. 15029) und eine Stellungnahme der Commission Technique des Ententes et des Positions dominantes vom 28. März 1973 (J.O. D.A. Nr. 66, S. 2609). Zum belgischen Recht kann auf ein Urteil der Cour d'Appel de Bruxelles vom 16. Mai 1963 (J.T. 1963, S. 434 ff.) hingewiesen werden; außerdem ist insofern der Report on Supply of Flat Glass der britischen Monopolies Commission von 1968 von Interesse.

Unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich für die im Verfahren streitigen Verträge folgendes Bild:

In einer Reihe von ihnen ist der Rabatt an die Voraussetzung gebunden, daß der gesamte Bedarf bei der Klägerin gedeckt wird (Dawe's, Organon, Provimi, Radar, Purina); andere Verträge sehen Rabattgewährung für den Fall vor, daß ein bestimmter Teil des Bedarfes bei der Klägerin gedeckt wird (Cyanamid, Animedica, Guyomarc'h, Protector, Ramikal, Trouw); in einer dritten Gruppe spielen gestaffelte Umsatzrabatte, die von einem bestimmten Mindestumsatz an gewährt werden, eine Rolle (Afico, Beecham, Capsugel, Nitrovit, Sandoz, Upjohn, Wyeth); ihnen verwandt sind schließlich solche Verträge, in denen sich gestaffelte Rabatte danach richten, welcher Teil des geschätzten Geschäftsumfanges bei Roche gedeckt wird (Beecham, Isaac, Pauls). Dabei legt auch dort, wo der Rabatt nicht ausdrücklich an den Exklusivbezug gebunden ist, eine Auslegung der Verträge — zum Teil verwenden sie den Begriff „Treuerabatt", zum Teil ist ein Vergleich mit Parallelabmachungen aufschlußreich — einen solchen Zusammenhang nahe (wie im Falle von Afico, Cyanamid, Organon, Protector, Provimi und Purina).

Angesichts dieser Sachlage muß man tatsächlich zu der Schlußfolgerung gelangen, daß die Kommission grundsätzlich zu Recht alle diese Verträge als vom Mißbrauchstatbestand des Artikels 86 erfaßt angesehen hat.

Daran kann der Versuch der Klägerin, die Rabatte zum Teil als Mengen- und Vorausdispositionsrabatte zu qualifizieren, die im Hinblick auf die Einsparung von Vertriebskosten und wegen des Wegfalls technischer Beratung bei Großverbrauchern gerechtfertigt seien, nichts ändern. Tatsächlich beziehen sich die Ra-

batte ja auf den gesamten Umsatz, das heißt, sie gelten auch für kleine Liefermengen einzelner Vitamine, wo von solchen Einsparungen schwerlich die Rede sein kann. Außerdem läßt sich den Managementinformations der Klägerin entnehmen, daß bei allen Käufen im Rahmen von Treueverträgen der für die fragliche Menge günstigste Preis anzuwenden sei, was bedeutet, daß die in Betracht kommenden Mengen schon bei der Preisgestaltung berücksichtigt wurden.

Auch die Ansicht, es habe sich, wo (wie bei Afico, Capsugel, Provimi und Upjohn) diese Bezeichnung verwendet worden sei, um echte Delkredere-Rabatte gehandelt, kann zu keiner anderen Beurteilung führen. Dazu hat die Kommission mit Recht hervorgehoben, bei Tochtergesellschaften renommierter großer Gruppen, und um solche handelt es sich durchweg, könne von einem echten Zahlungsrisiko, das abgedeckt und honoriert werden müsse, nicht gesprochen werden. Interessant ist zudem, daß insofern die Rabattbezeichnung in den Verträgen zum Teil gewechselt hat (vgl. etwa die Verträge mit Afico und Provimi).

Somit stellt sich auch in diesem Zusammenhang allein die Frage, ob die Existenz der englischen Fallklausel etwas an der Beurteilung ändert. Dies wird man aber auch hier — wenn ich dies gleich sagen darf — für den größten Teil der Abmachungen verneinen müssen. Dabei ist nicht so sehr entscheidend, daß diese Klausel bei Preisgleichheit offenbar nicht eingreift und daß sie — wie Roche selbst einräumt — nicht die Wirkung hat, daß die Bezüge bei Konkurrenten in die Rabattberechnung einbezogen werden, was bedeutet, daß der entsprechende Rabattverlust von Konkurrenten ausgeglichen werden muß. Wichtig ist vielmehr auch hier, daß nach der Ausgestaltung der Klausel Roche über die Möglichkeit des Bezugs bei Dritten entscheidet — dies gilt nach meiner Überzeugung auch für den Vertrag mit Capsugel — und daß der Abnehmer im Falle des Eintritts von Roche nicht mehr frei ist, sondern bei anderweitigem Bezug die Voraussetzungen für die Rabattgewährung nicht mehr erfüllen würde. Außerdem ist auch hier von Bedeutung, daß die englische Klausel zum Teil recht restriktiv gestaltet ist, soweit sie nur erlaubt, Angebote von Erzeugern in Betracht zu ziehen (Ramikal, Trouw), soweit die Rede ist von namhaften Erzeugern, erstklassigen Fabrikanten oder namhaften erstklassigen Herstellern (Radar, Purina, Sandoz, Weyth), soweit ernsthafte schriftliche Angebote verlangt werden (Beecham, Paul's) oder soweit von vergleichbarer regelmäßiger Belieferung oder gleichen Lieferbedingungen die Rede ist (Beecham, Paul's, Trouw).

Nur in einem Fall (Protector) oder, wenn man den bereits in anderem Zusammenhang erwähnten Vertrag mit Upjohn miteinbezieht, in zwei Fällen kann man anders urteilen, weil insofern eine einfache Konkurrenzklausel gilt und ein Eintrittsrecht für Roche nicht vorgesehen ist. Hier läßt sich wohl der Standpunkt vertreten, daß die Bindung so weit aufgelokkert und so viel echter Spielraum für Konkurrenten geschaffen wurde, daß von einer mißbräuchlichen Behinderung des Wettbewerbs nicht mehr gesprochen werden kann.

c) Schließlich ist zum Bindungstatbestand, ehe das Vorliegen eines Mißbrauchs im Sinne des Artikels 86 definitiv

festgestellt werden kann, dem Vorbringen der Klägerin gemäß noch die Frage zu stellen, ob die *tatsächliche Handhabung der Verträge in der Praxis* bei ihrer Beurteilung eine Rolle spielt. Dazu hat die Klägerin ausgeführt, es sei in weitem Umfang von der englischen Fallklausel Gebrauch gemacht worden und große Bezüge seien bei Konkurrenten getätigt, diese also nicht in wesentlichem Umfang ausgeschlossen worden. Dabei hätten die Abnehmer vielfach Roche entgegen der Formulierung der englischen Fallklausel gar nicht informiert, und es sei auch in den Fällen nicht zu einem Rabattverlust gekommen, in denen Roche keine Gelegenheit zum Eintritt in günstigere Angebote erhalten habe. Dafür beruft sich die Klägerin unter anderem auf Berichte über Nachprüfungen bei ihren Kunden, die von der Kommission im Verfahren vorgelegt worden sind; außerdem verweist sie auf die Stellungnahmen zu den von der Kommission angeführten Beschwerdepunkten, wie sie von einigen Vertragspartnern der Klägerin im Verwaltungsverfahren abgegeben worden seien.

Meiner Ansicht nach liegen solche Überlegungen indes neben der Sache. Ich halte den Standpunkt der Kommission für zutreffend, daß allein die Fassung der Verträge und die Auswirkungen, mit denen danach vernünftigerweise zu rechnen war, für die Beurteilung der Frage ausschlaggebend sind, ob ein Mißbrauch im Sinne des Artikels 86 vorliegt oder nicht. Dieser Standpunkt läßt sich schon deswegen rechtfertigen, weil man davon ausgehen kann, daß Vertragsklauseln, um die offenbar zum Teil hart gerungen worden ist, auch praktische Bedeutung hatten.

Woran daher allenfalls gedacht werden kann, ist, die tatsächlichen Auswirkungen des Absatzsystems der Klägerin zu berücksichtigen, wenn es um die Schwere des ihr zur Last gelegten Verstoßes—Beeinträchtigung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Gemeinsamen Markt — bei der Bemessung der gegen sie verhängten Geldbuße geht. Darauf wird gegebenenfalls in einem späteren Zusammenhang zurückzukommen sein.

3. Nachdem sich so gezeigt hat, daß die Kommission mit Recht — jedenfalls hinsichtlich der Mehrheit der vorliegenden Verträge — eine mißbräuchliche Bindung an die Klägerin angenommen hat, will ich jetzt noch auf die mit der Firma Merck und der Firma Unilever abgeschlossenen Verträge eingehen, um zu sehen, ob sich insoweit eine besondere Beurteilung rechtfertigt.

a) Mit der Firma Merck hat die Klägerin drei Verträge über die Lieferung der Vitamine A, E und B_6 abgeschlossen. Sie betrafen den gesamten Bedarf der Abnehmerin oder den über die Produktionskapazität von Merck hinausreichenden zusätzlichen Bedarf und sollten für die Dauer von fünf Jahren gelten sowie jeweils um zwei Jahre verlängert werden, wenn nicht vorher eine Kündigung rechtzeitig erklärt wurde. Der Firma Merck waren Rabatte in Höhe von 20 % für Vitamin B_6 zugesagt; bezüglich der beiden anderen Vitamine galten Mindest- und Höchstrabatte zwischen 12,5 (15) und 20 % je nach der Preisentwicklung. Zwei Verträge enthielten auch die englische Fallklausel mit dem Recht für Roche, in günstigere Preis- und Geschäftsbedingungen anderer Fabrikanten einzutreten.

Die Klägerin beruft sich — was die Rabatte angeht — vor allem darauf, es habe sich bei den Vitaminen E und B_6 um Mengenrabatte und bei Vitamin A um Funktionsrabatte gehandelt, weil die

Firma Merck dieses Erzeugnis weiterverkaufe und der Klägerin Vertriebskosten erspare. Außerdem macht sie geltend, die Firma Merck habe wegen ihrer eigenen Produktionsplanung Interesse an einer sicheren Belieferung mit großen Mengen und lege Wert auf Bezug bei einem einzigen Lieferanten, weil sie nach außen als Herstellerin auftrete.

Nach meiner Auffassung rechtfertigt jedoch all dies nicht, die mit Merck abgeschlossenen Verträge als nicht von der Mißbrauchsvorschrift des Artikels 86 erfaßt anzusehen. Dabei kann die Frage der Qualifizierung der Rabatte offenbleiben, da es der Kommission — wie wir gehört haben — nicht in erster Linie darum, sondern um die Exklusivbindung geht. Diese Bindung aber, vor allem ihre lange Dauer, wird man auch hier beanstanden müssen. Selbst wenn man ein Interesse von Merck an einer ständigen und sicheren Belieferung als schutzwürdig anerkennt, kann dies doch nicht eine Bindung von der gewählten Dauer und Intensität rechtfertigen. Auch kann man mit der Kommission Zweifel daran haben, ob das Interesse von Merck insoweit beachtenswert und schutzwürdig ist, als das Bestreben besteht, nach außen als Hersteller aufzutreten, wo in Wirklichkeit nur die Funktionen eines Wiederverkäufers wahrgenommen werden. Schließlich gilt für die englische Fallklausel, daß die Bindung damit nicht beseitigt, sondern lediglich aufgelockert wurde, nämlich soweit Roche es zuließ, und dies auch nur, soweit es um andere *Hersteller*, nicht also Händler, ging.

b) Zu dem mit Unilever abgeschlossenen Vertrag ist festzuhalten, daß er eine Pflicht zur Deckung des geschätzten Bedarfs an Vitamin A für das Jahr 1974 und eine entsprechende Pflicht für das folgende Jahr, für das die geschätzte Menge im Dezember 1974 mitzuteilen war, vorsah. Hier gab es keine Rabatte, sondern Vorzugspreise, wozu vorgesehen war, daß die Differenz zwischen Rechnungspreisen und Kontraktpreisen jeweils nachträglich zwischen der Unilever-Spitze und Roche ausgeglichen werden sollte. Auch galt eine englische Fallklausel mit dem Wahlrecht für Roche, sich niedrigeren Preisen anderer Hersteller anzupassen.

Die Klägerin meint dazu vor allem, die vereinbarten Sonderpreise seien nicht zu beanstanden. Sie rechtfertigten sich wegen langjähriger Geschäftsbeziehungen und im Hinblick auf den Umfang der Lieferungen, nicht zuletzt aber, weil Roche geringere Vertriebskosten hatte und den technischen Anwendungsservice ersparen konnte. Überdies seien sie zustande gekommen unter dem Druck von Konkurrenzangeboten, wie sich einem Protokoll über ein Treffen mit Roche im Dezember 1972 in London entnehmen lasse. Die Art der Abrechnung habe dabei keine spezifische Bedeutung, sie erkläre sich einfach aus buchungstechnischen und steuerlichen Gründen.

Wenn ich recht sehe, geht es der Kommission hier gleichfalls nicht in erster Linie um die vereinbarten Sonderpreise, sondern um die für Unilever begründete Pflicht zur Bedarfsdeckung bei Roche. Für ihre Beurteilung kann aber auch hier nichts anderes gelten als bei den bereits behandelten Verträgen. Dies läßt sich wiederum sagen im Hinblick auf die Ver-

tragsdauer — auch große Abnehmer ordern nicht notwendig für zwei Jahre —; dazu läßt sich außerdem auf das verweisen, was zu der Ausgestaltung der englischen Fallklausel im Zusammenhang mit den anderen Verträgen bereits ausgeführt worden ist. Hinzufügen kann man überdies noch, daß es nicht abwegig erscheint, wenn die Kommission aus dem Abrechnungsmodus folgert, er habe wohl auch der Kontrolle der Einhaltung der Bedarfsdeckungspflicht gedient. Tatsächlich ist ja nicht recht einzusehen, welche zwingenden Umstände dagegen sprechen könnten, daß von den Konzernspitzen ausgehandelte Kontraktpreise unmittelbar von ihren Tochtergesellschaften angewandt werden.

c) Es besteht demnach sicher kein Anlaß, die mit Merck und Unilever abgeschlossenen Verträge anders zu beurteilen. Auch sie sind als Mißbrauch zu qualifizieren, und zwar zumindest im Hinblick auf die Bezugsverpflichtung der Abnehmer, also wegen der Einengung ihrer Wahlfreiheit und wegen der Erschwerung des Zugangs Dritter zu diesen Märkten.

4. Ich komme danach zum zweiten Mißbrauchstatbestand, der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen, wie sie in Artikel 86, Absatz 2 Buchstabe c) für marktbeherrschende Unternehmen für unzulässig erklärt worden ist. Auch dazu kann auf den Zuckerfall verwiesen werden, in dem gerade zu Treuerabatten eine solche Kritik mit der Begründung erhoben worden ist, die Abnehmer würden auf diese Weise im Wettbewerb benachteiligt. Außerdem ist von Interesse, daß sich auch im nationalen Recht derartige Bewertungen finden, etwa, wenn nach französischem Recht untersagt ist, Preisunterschiede zu praktizieren, die nicht durch unterschiedliche Einstandspreise gerechtfertigt sind; ähnliches gilt nach englischem Recht (vgl. den Bericht der Monopolies and Restrictive Practices Commission „on supply of insulated electric wires and cables").

Daß im vorliegenden Fall die Abnehmer, was die Rabattbemessung angeht, unterschiedlich behandelt wurden, kann nicht in Zweifel gezogen werden und wurde von der Klägerin auch nicht bestritten. Sieht man sich die gestaffelten Gesamtumsatzrabatte an, so ergeben sich zum Teil erhebliche Abweichungen bezüglich der erforderlichen Mindestmengen und der sich auf die Mengen beziehenden Rabatte, und zwar sowohl, wenn man Verträge, die auf die gleiche Währung lauten und sich auf den gleichen Zeitraum beziehen, miteinander vergleicht, als auch, wenn man Verträge einander gegenüberstellt, die auf verschiedene Währungen lauten. Dasselbe trifft für die anderen Treuerabatte einschließlich der sogenannten Delkredererabatte zu, wo die Sätze zwischen einem Prozent und 7,5 Prozent schwanken, wenn man die als Mengenrabatte qualifizierten Nachlässe in dem Vertrag mit Merck außer Betracht läßt. Diese Abweichungen lassen sich auch nicht unter Berufung auf die Zeiträume, für die die Vereinbarungen galten — zum Teil decken sie sich —, oder unter Hinweis auf den Umfang der Bedarfsdeckung oder die tatsächlichen Bezüge rechtfertigen, die uns für das Jahr 1974 mitgeteilt worden sind. Im einzelnen brauche ich dies jetzt nicht zu belegen; eine sorgfältige Analyse der Verträge erlaubt insofern nicht den geringsten Zweifel.

Die Rechtfertigungsversuche der Klägerin sehen deshalb auch ganz anders aus. So meinte sie bei der Anhörung durch

die Kommission im Verwaltungsverfahren, die Rabatte und Rabattunterschiede seien wegen der Währungsfluktuationen nicht spürbar gewesen. Ferner machte sie geltend, in keinem Fall sei die Wettbewerbsfähigkeit der Kunden beeinträchtigt worden. Fast alle Abnehmer verarbeiteten nämlich die Vitamine. In den Endprodukten aber spielten die Vitamine nur eine untergeordnete Rolle; namentlich bei der Futtermittel- und Lebensmittelherstellung, der der größte Teil der Absätze zugeflossen sei, hätten sie nur einen ganz geringen Anteil am Endpreis, nämlich ein Prozent oder weniger. Deshalb habe sich sogar eine Rabattdifferenz von 5 % auf die Wettbewerbsverhältnisse nicht auswirken können.

Mir scheint jedoch, daß die Klägerin mit dieser Einlassung den Mißbrauchsvorwurf nicht ausräumen kann. Zum ersten Teil genügt es, daran zu erinnern, daß sich Abweichungen in den Rabattsätzen auch in Verträgen finden, die auf gleiche Währung lauten. Was den zweiten Teil der klägerischen Argumentation angeht, so weist die Kommission meines Erachtens mit Recht darauf hin, daß die in Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe c) enthaltene Wendung „im Wettbewerb benachteiligt" nicht gleichbedeutend ist mit Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit. Dementsprechend wird auch in der Literatur (Siragusa in „Semaine de Bruges 1977", Seite 425) hervorgehoben, Diskriminierungen seien auch unzulässig, wo kein Wettbewerb zwischen den betreffenden Abnehmern existiere. Außerdem darf nicht vergessen werden, daß die Abnehmer den Rabatten offenbar große Bedeutung beigemessen haben, woraus zu schließen ist, daß sie für ihre Marktstellung und ihre wirtschaftlichen Dispositionen durchaus Gewicht hatten; auch sei daran erinnert, daß auch im Zuckerfall Preisdifferenzen von 5 % vom Gerichtshof für ausreichend erachtet wurden, um von einer Verletzung des Artikels 86 Absatz 2 Buchstabe c) zu sprechen.

Demnach kann nur festgehalten werden — und zwar, ohne daß es notwendig wäre, auf das offensichtlich neben der Sache liegende Argument einzugehen, auch Konkurrenten der Klägerin hätten Rabatte in dieser Größenordnung angewandt —, daß die Kommission in der angegriffenen Entscheidung zu Recht auch einen Mißbrauch im Hinblick auf die Gewährung unterschiedlicher Geschäftsbedingungen festgestellt hat.

5. Nach diesen grundsätzlichen Erkenntnissen zum Mißbrauch einer beherrschenden Stellung ist jetzt noch der Frage nachzugehen, ob die von der Kommission getroffene Wertung, die — wie wir gesehen haben — größtenteils Bestand haben kann, unter Hinweis auf das von den Verträgen erfaßte Geschäftsvolumen zu erschüttern ist. Es muß also noch überlegt werden, ob es auf eine *spürbare* Wettbewerbsbeeinträchtigung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ankommt und ob im vorliegenden Fall entsprechend der Auffassung der Klägerin die Anwendung des Artikels 86 ausgeschlossen werden kann, weil es daran fehlt. Dazu macht sie namentlich geltend, das kritisierte Absatzsystem habe — lasse man die Verträge mit Merck und Unilever beiseite und beschränke man sich unter Ausschluß der Gesamtumsatzrabatte auf reine Treueverträge — im Durchschnitt der Jahre 1970 bis 1974 lediglich vier Prozent des Vitaminverkaufs im Gemeinsamen Markt erfaßt.

Nach meiner Überzeugung können wir der Klägerin auch in diesem Punkt nicht folgen. Mit Recht weist die Kommission darauf hin, daß die Theorie von der Spürbarkeit zu Artikel 85 entwickelt worden ist, also zu einem Bereich, wo an sich vorhandener wirksamer Wettbewerb durch Absprachen und dergleichen eingeschränkt wird. Bei Sachverhalten, die von Artikel 86 erfaßt werden, ist dagegen der Wettbewerb praktisch eliminiert, da ein beherrschendes Unternehmen einem wirksamen Wettbewerb nicht ausgesetzt ist. Hier erscheint es tatsächlich nicht angängig, das Verhalten eines solchen Unternehmens, das nach den Kriterien des Artikels 86 als mißbräuchlich zu werten ist, mangels Spürbarkeit der Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse außer Betracht zu lassen.

Selbst wenn man es aber für vertretbar hielte, Mißbräuche zu vernachlässigen oder sie wenigstens straffrei zu lassen, wo es sich gleichsam nur um „quantités négligeables" handelt, muß doch ernsthaft angezweifelt werden, daß der vorliegende Fall in diese Kategorie gehört. Wie wir gesehen haben, können die Verträge mit Merck und Unilever keineswegs außer Betracht bleiben, sondern allenfalls diejenigen mit Protector und Upjohn, die jedoch vom gesamten Vitaminverkauf in der Gemeinschaft im Jahr 1974 weniger als ein halbes Prozent erfaßten. Wichtig ist auch, daß es sich um Verträge mit bedeutsamen Abnehmern der Klägerin handelt, die sich auf das Gebiet der Lebensmittel- und Futtermittelherstellung konzentrieren. Gleichgültig aber, ob man ihr Geschäftsvolumen mit dem Gesamtabsatz der Klägerin oder — wie es die Klägerin will — mit dem Gesamtabsatz an Vitaminen im Gemeinsamen Markt vergleicht, keinesfalls haben wir Größenordnungen vor uns, die es, auch bei Berücksichtigung der englischen Fallklausel, erlauben, von ganz unbedeutenden Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse zu sprechen. Da es sich außerdem um Verträge mit Vitaminverarbeitern handelt, deren Tätigkeit sich nicht auf das Gebiet eines Mitgliedstaats beschränkt, berechtigt dies gleichzeitig dazu, auch eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einem Ausmaß anzunehmen, das für Artikel 86 von Bedeutung ist.

IV — Lassen Sie mich, nachdem die bisherigen Überlegungen gezeigt haben, daß die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Kommission, soweit sie den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung feststellt, zum überwiegenden Teil nicht in Zweifel gezogen werden kann, nunmehr der weiteren Frage nachgehen, ob die Verhängung der Geldbuße kritisiert werden kann.

Hierzu kommen vor allem drei Überlegungen in Betracht:

— Eine erste stützt sich auf den Umstand, daß Artikel 86 unbestimmte Begriffe (Marktbeherrschung, Mißbrauch) verwendet. Die Klägerin meint dazu, sie hätten — was bei Abschluß der vorliegenden Verträge noch nicht geschehen sei — zunächst durch Verwaltungsentscheidungen und möglichst auch Gerichtsurteile konkretisiert werden müssen, ehe an die Verhängung einer Geldbuße hätte gedacht werden können.

— Eine weitere Überlegung betrifft das Erfordernis des Verschuldens, das nach Artikel 15 der Verordnung

Nr. 17 gilt. Insofern macht die Klägerin geltend, sie habe sich in einem Verbotsirrtum befunden, der einen Schuldvorwurf ausschließe.

— Schließlich beruft sich die Klägerin auch auf den Grundsatz der Gleichbehandlung, da bei vergleichbaren Sachverhalten — insbesondere denkt sie an die Treuerabatte in dem bereits erwähnten Zuckerfall — Geldbußen nicht festgesetzt worden seien.

1. Zum ersten Gedanken hat die Klägerin auf den § 22 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, nach dem ein mißbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen an sich nicht mit Bußgeld belegt ist, und auf andere nationale Wettbewerbsvorschriften hingewiesen, die Bußen nur für den Fall vorsehen, daß konkrete Anordnungen der Kartellbehörden nicht befolgt werden. Außerdem hat sie daran erinnert, daß durch ein Gesetz aus dem Jahre 1973 ein zusätzliches Untersagungsverfahren in das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit der Begründung eingeführt worden sei, Bußgeldbestimmungen seien zur Klärung der damit zusammenhängenden Fragen nicht geeignet. Wenn ich recht sehe, geht sie aber dennoch nicht so weit, daraus zu folgern, die Bußgeldbestimmung des Artikels 15 der Verordnung Nr. 17 sei, soweit sie sich auf Artikel 86 des EWG-Vertrags bezieht, insgesamt unzulässig. Sie ist nur der Auffassung, dieser Artikel 15 müsse grundrechtskonform ausgelegt werden in dem Sinne, daß Bußen erst dann verhängt werden könnten, wenn verdeutlichende Verwaltungsentscheidungen bereits ergangen seien.

Wichtiger Ausgangspunkt für diese Ansicht ist die These, daß im vorliegenden Fall der Abschluß bestimmter Verträge gerügt werde, die durchaus üblich und kartellrechtlich unbedenklich seien und deren Unzulässigkeit nur bei Vorliegen einer beherrschenden Stellung angenommen werden könne. Zu der Frage der Marktbeherrschung aber müsse eingeräumt werden, daß sie schwierige tatsächliche Wertungen mit sich bringe und daß dazu, weil es nicht nur auf Marktanteile und Marktstruktur, sondern auf eine ganze Reihe ergänzender Fragen ankomme, im vorliegenden Fall zumindest begründete Zweifel bestehen müßten. Die Verhängung einer Geldbuße in einer solchen Situation gerate also in Konflikt mit dem Grundsatz, daß Strafvorschriften, ehe sie angewandt werden könnten, ausreichend bestimmt sein müßten. Dieser Grundsatz der Bestimmtheit, der mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit zusammenhänge, sei, wie sich der Literatur und der Rechtsprechung entnehmen lasse, zum Teil im nationalen Verfassungsrecht (Artikel 103 des deutschen Grundgesetzes; Artikel 25 Absatz 2 der italienischen Verfassung) verankert; außerdem habe er — wie sich ebenfalls der Lehre entnehmen lasse — in Artikel 7 der Menschenrechtskonvention Ausdruck gefunden. Für Rechtsordnungen, in denen eine solche Verfassungsbestimmung, die sich übrigens nicht nur auf Kriminalstrafen, sondern auch auf Ordnungswidrigkeiten beziehe, fehle, könne wie etwa für das belgische Recht auf den Grundsatz „in dubio pro reo" oder — und dies treffe für andere Mitgliedstaaten zu — auf das Prinzip „nullum crimen sine lege" verwiesen werden. Auch

daraus könne abgeleitet werden — und zwar auch in bezug auf Ordnungswidrigkeiten —, daß eine Bestrafung entfalle, wenn die Begriffe unklar seien und Zweifel an ihrer Auslegung bestünden. Zumindest seien danach unbestimmte Gesetze eng zu interpretieren.

Die Kommission hatte zu diesen Überlegungen eine Reihe von Bedenken und Einwendungen, die namentlich die Tragweite der angezogenen Verfassungsbestimmungen, der Vorschrift aus der Menschenrechtskonvention sowie des im belgischen Recht anzutreffenden Grundsatzes betreffen und nach denen bezweifelt werden müsse, ob ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des von der Klägerin behaupteten Inhalts bestehe. Sie wies darauf hin, daß sich ein derartiger Grundsatz nur im Verfassungsrecht zweier Mitgliedstaaten, die eine gerichtliche Kontrolle der Legislative kennen, auszumachen sei, daß es sich um einen neuartigen Grundsatz handele, und daß er sich vor allem auf das Strafrecht beziehe, während noch nicht endgültig geklärt sei, ob er auch im Ordnungswidrigkeitenrecht, zu dem die Bußen nach Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 zu rechnen seien, Geltung habe. In jedem Falle müsse angenommen werden, daß sich danach keine übermäßig strengen Schlußfolgerungen rechtfertigten. Sowohl im deutschen als auch im italienischen Recht habe man hingenommen, daß in Gesetzesvorschriften allgemeine, nicht eindeutig zu bestimmende Begriffe vorkämen, und es sei danach vor allem wichtig, ob der gezogene Rahmen eine Auslegung durch den *Richter* gestatte und eine zuverlässige Grundlage für die Rechtsprechung abgebe. Nicht zuletzt treffe dies für das Wettbewerbsrecht zu, in dem wegen der Vielgestaltigkeit des Wirtschaftslebens auf allgemeine Begriffe nicht verzichtet werden könne. Hier sei es ausreichend, wenn sich der genaue Inhalt einer Bestimmung unter Rückgriff auf die Zielsetzung der Normengesamtheit ermitteln lasse, und dabei spiele in einem Fall wie dem vorliegenden sicher auch eine Rolle, daß ein großes, im internationalen Handel tätiges Unternehmen genügend Anhaltspunkte für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit seines Verhaltens aus der Kenntnis der verschiedenen nationalen Rechtsordnungen gewinnen könne.

Zu dieser Auseinandersetzung — und deshalb habe ich sie verhältnismäßig ausführlich dargestellt — ist sicher zu sagen, daß es außerordentlich reizvoll wäre, den aufgeworfenen Problemen im einzelnen nachzugehen. Im vorliegenden Fall besteht dazu aber aus Gründen, die nachher gleich verständlich werden, kein zwingender Anlaß.

Schwerlich vertretbar erscheint mir die These, daß in keinem Fall an eine Anwendung der Bußgeldvorschrift der Verordnung Nr. 17 vor dem Erlaß von Verwaltungsentscheidungen gedacht werden könne, die den Artikel 86 konkretisierten. Ganz offensichtlich ginge dies zu weit, denn sicherlich gibt es Sachverhalte, die sich ohne Schwierigkeiten unter die Vorschriften des Artikels 86 subsumieren lassen, wo also keine ernsthaften Zweifel am Vorliegen einer marktbeherrschenden Position sowie eines Mißbrauches im Sinne der im Artikel 86 angeführten Beispielfälle bestehen.

Soweit es daneben aber Grauzonen und Grenzbereiche gibt, solange sich die Verwaltungspraxis noch nicht ausreichend entwickelt hat, dürfte es wohl in den meisten Fällen möglich sein, dem gebührend

mit Erwägungen Rechnung zu tragen, die sich auf den Schuldvorwurf beziehen. So dürfte es sich zumindest im vorliegenden Fall verhalten, und deshalb ist es nach meiner Meinung angezeigt, den Schwerpunkt der Untersuchung auf dieses Thema, also auf die zweite von der Klägerin angestellte Überlegung, zu legen.

2. Zu der Frage, ob die Klägerin schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig, ihre beherrschende Stellung mißbraucht habe, wurde von ihr die interessante Rechtsfigur des entschuldbaren Verbotsirrtums in die Debatte eingeführt.

Mit Hilfe gründlicher rechtsvergleichender Darlegungen ist es der Klägerin auch gelungen, zu zeigen, daß es sich um einen weitverbreiteten Rechtsgedanken handelt und daß es demnach naheliegt, ihn als fortschrittliches Element auch für den EWG-Bereich und die hier geltenden Bußgeldvorschriften anzuerkennen. Ich verweise hierzu auf die Ausführungen der Klägerin zur Geltung des Verbotsirrtums im deutschen Recht, und zwar auch im Ordnungswidrigkeitenrecht, sowie zum dänischen, niederländischen und französischen Recht — jedenfalls was die dortige Lehre angeht —, und ich erinnere daran, daß Jeschek in seiner Abhandlung „Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften" (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1953, S. 497, ff.) die Ansicht vertreten hat, ein entsprechender Grundsatz lasse sich für das Montanrecht aus dessen Artikel 36 herleiten. Dagegen dürfte schwerlich ins Gewicht fallen, daß insofern im englischen und italienischen Recht noch eine gewisse Zurückhaltung festzustellen ist.

Akzeptiert man diesen Standpunkt, so ist die entscheidende Frage, ob im vorliegenden Fall tatsächlich von einem entschuldbaren Irrtum der Klägerin gesprochen werden kann, was ihre beherrschende Position und das von der Kommission gerügte Verhalten anbelangt.

Dabei ist, was die *beherrschende Position* betrifft — und ganz abgesehen von einem möglichen Tatsachenirrtum, für den der Weltmarktanteil der Klägerin eine Rolle spielen mag —, folgendes zu erwägen:

Auf einigen Märkten (Vitamine A und E) bewegt sich der Anteil der Klägerin offensichtlich im Grenzbereich des Relevanten. Soweit sich das sagen läßt, mag von Bedeutung sein, daß es in der Entscheidungspraxis, die vor Abschluß der Verträge der Klägerin mit ihren Kunden existierte, durchweg um Monopole oder sehr hohe Marktanteile ging. Unwidersprochen wurde uns vorgetragen, daß nach der deutschen Praxis vor der Gesetzesänderung des Jahres 1973 auch sehr hohe Marktanteile für die Annahme einer beherrschenden Position nicht ausreichten, wenn gleichwohl ein Qualitätswettbewerb zu verzeichnen war. Eine Rolle spielen kann in diesem Zusammenhang auch, was sich im Verfahren zur Preisentwicklung auf den Vitaminmärkten und zu einem gewissen Preiswettbewerb ergeben hat, namentlich in Verbindung mit der Tatsache, daß es nach dem Montanvertrag für eine beherrschende Position auf die Preisbestimmungsmacht ankommt. Schließlich kann für die Meinung der Klägerin, sie habe wirksamen Wettbewerb nicht ausschließen können,

auch die Kenntnis von der Finanzkraft großer Konkurrenten wichtig gewesen sein, wie auch nicht von der Hand zu weisen ist, daß ihre Beurteilung der Lage durch die Erkenntnis beeinflußt sein konnte, daß sie sich in einem sehr stark expansiven Markt betätigte.

Zu dem von der Kommission kritisierten Verhalten kann — soweit es um den Tatbestand der *Ungleichbehandlung der Abnehmer* geht — in Betracht gezogen werden, daß sich die Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit in Grenzen hielten und daß für die Marktteilnehmer seinerzeit nicht ohne weiteres erkennbar war, daß es darauf für Artikel 86 nicht entscheidend ankommt. Soweit es um die *Bindung der Abnehmer* geht, sind meines Erachtens anzuerkennende Überlegungen, daß Treuerabatte im Montanrecht und in bezug auf Artikel 86 zum Teil auch von der Lehre nicht kritisiert werden (vgl. Van Hecke, „Kartelle und Monopole im modernen Recht", 1. Band, Seite 338) und daß es zur Zeit des Abschlusses der kritisierten Verträge noch keine Entscheidung zu echten oder unechten Treuerabatten gab. Insbesondere wurden derartige Verträge nach den unwidersprochenen Äußerungen der Klägerin offenbar sowohl in den USA, als auch in der deutschen Praxis bislang nicht mit Geldbußen geahndet. Nicht völlig abwegig erscheint es auch, daß die Klägerin der Meinung war, in der Expansionsphase des Marktes seien derartige Bindungen weniger bedenklich, weil für alle Marktteilnehmer — anders als in einem stagnierenden Markt — ausreichend Spielraum verbleibe. Auch kann man es nicht als gänzlich verfehlt bezeichnen, wenn sie dem Grundsatz der Interessenabwägung Bedeutung beimaß, von dem immerhin in der GEMA-Entscheidung der Kommission in bezug auf eine Ausschließlichkeitsbindung und im Sabam-Urteil des Gerichtshofes in bezug auf einen ähnlichen Fall die Rede war. Nicht zuletzt dürfte in diesem Zusammenhang die in allen Verträgen enthaltene englische Fallklausel sowie ihre tatsächliche Handhabung durch die Klägerin eine Rolle spielen, und dies namentlich im Hinblick auf die Tatsache, daß eine solche Klausel auf Betreiben der Kommission selbst in deren Dunlop-Entscheidung (ABl. 1969, L 323, S. 21) aufgenommen worden ist.

Angesichts all dieser Überlegungen — denen gegenüber meines Erachtens nicht überzeugend darauf verwiesen werden kann, die Klägerin habe sich durch Einholung von Rechtsauskünften absichern können und es habe für sie aufgrund der Kenntnisse des nationalen Rechts, das tatsächlich zum Teil erheblich divergiert, Anlaß zur Vorsicht bestanden — sollte man nicht zögern, von einem entschuldbaren Rechtsirrtum in bezug auf die Anwendung des Artikels 86 auf ihren Fall zu sprechen. Zumindest läßt sich die Annahme vertreten, es liege ein so geringes Maß an Schuld vor, daß für die Verhängung einer Geldbuße kein Anlaß bestand, und dies namentlich einem Unternehmen gegenüber, das sich im Verwaltungsverfahren anerkanntermaßen außerordentlich kooperativ verhalten und sich sogleich zur Einstellung des gerügten Verhaltens bereit gefunden hat.

3. Danach braucht auf den Gesichtspunkt der Ungleichbehandlung bei der Verhängung der Geldbuße im Grunde nicht mehr eingegangen zu werden. Will man es trotzdem noch tun, so wäre dazu in aller Kürze zu bemerken, daß dieser Gesichtspunkt im vorliegenden Fall für die Klägerin in Wahrheit nicht hilfreich

sein kann. Soweit sich die Klägerin in diesem Zusammenhang auf den Zuckerfall bezogen hat, muß nämlich daran erinnert werden, daß in ihm eine Geldbuße auch wegen der Verletzung des Artikels 86 durch Gewährung von Treuerabatten ausgesprochen worden ist und daß diese vom Gerichtshof lediglich, wenn auch in beträchtlichem Umfang, herabgesetzt worden ist.

4. Desgleichen erübrigen sich — wenn man die Annullierung der Bußgeldentscheidung für richtig hält — Überlegungen dazu, ob nicht wenigstens ihre Bemessung zu korrigieren wäre. Ich will dazu aber doch wenigstens anmerken, daß eine solche Korrektur in jedem Fall angezeigt wäre, da nach den Ergebnissen des Verfahrens eine Marktbeherrschung bei Vitamin B_3 zu verneinen ist und da sich auch der Vorwurf des Mißbrauchs, was die Bindung der Abnehmer angeht, in bezug auf zwei Verträge schwerlich halten läßt. Darüber hinaus wäre in diesem Zusammenhang möglicherweise der Tatsache Rechnung zu tragen, daß ein erheblicher Teil der klägerischen Lieferungen technologischen Zwecken diente, also auf einen Markt kam, für den eine beherrschende Stellung der Klägerin nicht nachgewiesen wurde. Außerdem wären hier wohl auch die tatsächlichen Auswirkungen in Rechnung zu stellen, die von den gerügten Verträgen ausgingen. Ich erinnere insofern an die Behauptungen der Klägerin, deren Richtigkeit sie zum Teil unter Hinweis auf die Stellungnahmen ihrer Abnehmer zu den Beschwerdepunkten der Kommission zu belegen versuchte, die Abnehmer hätten sich nicht zuletzt dank der englischen Fallklausel und ihrer großzügigen Handhabung durch die Klägerin in ihren Kaufentscheidungen weithin frei gefühlt. Ich erinnere auch an die Einlassungen der Kommission, nach denen offenbar — kontrolliert wurde dies anscheinend nicht immer — die festgelegten Verpflichtungen nicht durchweg eingehalten worden sind und der Anreiz, der von der Rabattgewährung ausging, nicht überall so groß war wie befürchtet. So muß man es jedenfalls verstehen, wenn die Kommission zusammenfassend festhält, die jetzt interessierenden 22 Abnehmer der Klägerin hätten zum *überwiegenden* Teil ihren Bedarf ausschließlich oder *im wesentlichen* bei der Klägerin gedeckt. Einzelheiten will ich jetzt nicht weiter nachgehen. Ich verweise dazu auf die Ausführungen der Kommission auf Seite 52 ff. ihrer Duplik und in ihrer Stellungnahme zu den Fragen des Gerichtshofs (Seite 12 ff.) sowie auf die uns vorgelegten Berichte über Nachprüfungen bei den Kunden der Klägerin.

V — Die Prüfung des Falles ist damit aber noch nicht abgeschlossen. Es ist noch auf zwei Argumente einzugehen, die nach Ansicht der Klägerin die Rechtmäßigkeit der Entscheidung insgesamt in Frage stellen, nämlich die Verletzung des Verbots der Verwertung illegal beschaffter Unterlagen und die Verletzung des rechtlichen Gehörs.

1. Zum ersten Punkt kann ich mich ziemlich kurz fassen.

Die Klägerin brachte dazu vor, interne Unterlagen seien von einem ihrer früheren Angestellten unbefugterweise der Kommission überlassen worden, was nach Schweizer Recht — dies ergebe sich aus einem gegen diesen Angestellten ergangenen Strafurteil — strafbar sei. Den Aussagen dieses Angeklagten vor der Polizei zufolge sei diese Handlung auf Veranlassung der Kommission vorgenommen worden. Damit habe die Kom-

mission völkerrechtswidrig Ermittlungshandlungen ohne Zustimmung der Schweiz auf deren Hoheitsgebiet vorgenommen. Ein solcher Eingriff in die Souveränität eines Nichtmitgliedslandes führe notwendig zu dem Verbot der Verwertung der auf diese Weise beschafften Unterlagen, und dies um so mehr, als sich in Anbetracht der Tatsache, daß sich der fragliche Sachverhalt ohne weiteres aus den von der Klägerin übergebenen Verträgen ergibt, sagen läßt, eine derartige Überschreitung der Befugnisse sei für die Kommission gar nicht unerläßlich gewesen und stehe daher im Widerspruch zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Die Kommission bestreitet vor allem, den früheren Angestellten der Klägerin zu den genannten Handlungen veranlaßt zu haben. Nichts dergleichen ergebe sich aus dem bereits erwähnten Strafurteil. Dafür spreche außerdem der Umstand, daß die Schweiz keineswegs wegen zu Unrecht auf ihrem Hoheitsgebiet vorgenommener Ermittlungshandlungen bei der Gemeinschaft vorstellig geworden sei.

Im einzelnen kann all dies jetzt aber wohl auf sich beruhen. Wichtig ist nämlich, daß die Klägerin die betreffenden Unterlagen schließlich von sich aus noch in das Verfahren eingeführt hat. Sie hat auch erklärt, daß sie darauf verzichte, das Verwertungsverbot geltend zu machen, und es ausdrücklich in das Ermessen des Gerichtshofes gestellt, dieses Problem aufzugreifen und zu klären. Dazu besteht jedoch nach der Beurteilung des Falles, zu der ich bis jetzt gelangt bin, keine Veranlassung. Ich meine daher, daß wir davon absehen sollten, die aufgeworfene delikate Frage weiter zu verfolgen, und dies nicht zuletzt auch, weil dafür in jedem Falle noch zu klären wäre, welche Rolle die Kommission und ihre Beamten bei der Beschaffung der erwähnten Unterlagen spielten.

2. Was zum anderen die Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs angeht, so beschwert sich die Klägerin einmal darüber, daß bestimmte Beweisunterlagen, auf die in der angegriffenen Entscheidung eingegangen wird, nicht zum Gegenstand einer Anhörung gemacht worden sind. Sie beanstandet ferner, daß ihr bestimmte, von der Kommission verwendete Marktdaten (Marktanteile von Konkurrenten, Vitaminabsatz in der Gemeinschaft, Einfuhrzahlen) nicht zugänglich gemacht worden seien und daß sie keine oder keine vollständige und rechtzeitige Einsicht in von ihren Kunden erteilte Auskünfte, in Berichte über Nachprüfungen bei ihren Kunden und in die von den Kunden zu den Beschwerdepunkten der Kommission abgegebenen Stellungnahmen bekommen habe. Endlich ist sie noch ganz generell der Ansicht, daß ihr zu Unrecht volle Akteneinsicht verweigert worden sei, die es ermöglicht hätte, auf nicht verwertete entlastende Umstände hinzuweisen.

Zu diesem Vorbringen ist zunächst hervorzuheben, daß die Unterlagen, von denen die Klägerin meint, sie hätten zum Gegenstand einer Anhörung gemacht werden müssen, von ihr selbst stammten und ihr Inhalt der Klägerin daher bekannt war. Wesentlich ist sodann auch, daß nach den für solche Verfahren in der Gemeinschaft geltenden Regeln grundsätzlich nur die Verpflichtung zur Mitteilung der Beschwerdepunkte besteht. Diese haben — wie in der Rechtsprechung schon geklärt worden ist — die wesentlichen tatsächlichen Umstände des Falles und die sich darauf beziehenden rechtlichen Überlegungen anzuführen, wogegen von einer Angabe der Un-

terlagen, auf die sich die Kommission bezieht, nirgends die Rede ist. Hält man aber dafür, daß es Sachverhalte geben kann, bei denen eine Erörterung derartiger Unterlagen mit dem oder den Betroffenen angezeigt erscheint — etwa, wenn sie mehrere Deutungen zulassen oder die Annahme naheliegt, sie seien unvollständig und könnten von dem Betroffenen mit entlastenden Dokumenten ergänzt werden —, so ist für den vorliegenden Fall doch wichtig, daß nichts dergleichen im Verfahren geltend gemacht worden ist. Da außerdem die durch die fraglichen Unterlagen belegten Tatsachen (Bindung der Abnehmer durch Treueprämien) in den Beschwerdepunkten deutlich angeführt worden sind und da sie zudem im Gerichtsverfahren ausgiebig erörtert worden sind, besteht sicher kein Anlaß, die Entscheidung der Kommission wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs in diesem Punkte aufzuheben.

Zu dem weiterhin von der Klägerin behaupteten Anspruch auf volle Akteneinsicht bemerkte die Kommission meines Erachtens zu Recht, daß nichts dergleichen im Gemeinschaftsrecht ausdrücklich vorgesehen ist und daß sich auch kein allgemeiner Rechtsgrundsatz dieses Inhalts aufzeigen läßt. Von besonderem Interesse ist dabei, was sie zu dem stark ausgebauten deutschen Kartellverfahrensrecht (§ 53 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) ausgeführt hat. Danach gilt im Verwaltungsverfahren lediglich der Grundsatz, daß die Betroffenen Gelegenheit haben müssen, zu den ihnen gegenüber erhobenen Vorwürfen Stellung zu nehmen, und daß eine Entscheidung nicht auf Tatsachen gestützt werden kann, die den Beteiligten unbekannt geblieben sind. Dieser Grundsatz wird vom Bundeskartellamt offenbar dahin praktiziert, daß den Betroffenen nur der wesentliche Inhalt von Schriftsätzen mitgeteilt und daß sie lediglich über den wesentlichen Inhalt der Stellungnahmen anderer Beteiligten unterrichtet werden. Nicht einmal im Beschwerdeverfahren, das ein gerichtliches Verfahren ist, gibt es ein Recht auf volle Akteneinsicht. Einsicht in Vorakten, Beiakten, Gutachten und Auskünfte wird nach § 71 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur mit Zustimmung der Betroffenen gewährt, und es wird, wenn die Zustimmung unter Berufung auf die Geheimhaltungspflicht verweigert wird, lediglich ihr Inhalt vorgetragen, damit er im Verfahren verwertet werden kann.

Von diesen Grundsätzen ausgehend ist danach zu den einzelnen von der Klägerin vorgebrachten Beanstandungen nur noch folgendes zu bemerken:

Abgesehen davon, daß Fragen der Klägerin in einem Schreiben der Generaldirektion Wettbewerb vom 13. August 1975 beantwortet worden sind und daß gewissen klägerischen Anträgen, wie sich einem Schreiben der Kommission vom 16. Juli 1976 entnehmen läßt, im wesentlichen stattgegeben worden ist, ist bezüglich der Marktanteile anderer Konkurrenten, zu denen sich die Kommission anfangs in Anlehnung an das Urteil 45/69 (Boehringer Mannheim GmbH gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Urteil vom 15. Juli 1970, Slg. 1970, S. 769) auf ihre Geheimhaltungspflicht berufen hat, von Bedeutung, daß diese Werte in einer anonymisierten Form dann doch wenigstens im Gerichts-

verfahren der Klägerin mitgeteilt worden sind, was es bekanntlich ermöglicht hat, in bezug auf die Marktanteile weithin zu übereinstimmenden Wertungen zu gelangen.

Bezüglich der Stellungnahmen der Abnehmer der Klägerin zu den von der Kommission übermittelten Beschwerdepunkten würde ich meinen, daß die Frage, ob sie von der Kommission zu Recht als geheim behandelt worden sind, jetzt offenbleiben kann. In jedem Fall nämlich hätten sie für das gegenwärtige Verfahren nur einen sehr begrenzten Wert, und dies ganz abgesehen von Überlegungen, zu denen ich gleich noch komme, schon deswegen, weil sie im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 85 abgegeben worden sind, in dem sich die Vertragspartner der Klägerin gleichsam als Angeschuldigte betrachten mußten.

Zu den von den Kunden der Klägerin eingeholten Auskünften schließlich und den bei ihnen durchgeführten Nachprüfungen ist von Bedeutung, daß nur ein Teil der Kunden die Zustimmung zur Weiterleitung dieser Dokumente an die Klägerin gegeben hat. Mit dieser Maßgabe hat die Klägerin von den genannten Dokumenten Kenntnis erhalten, wie ihr auch Unterlagen über weitere Kunden in anonymisierter Form zugänglich gemacht worden sind. Auf diese Dokumente würde es zudem nur ankommen, wenn für die Beurteilung der angegriffenen Entscheidung die tatsächlichen Auswirkungen des Absatzsystems der Klägerin von Relevanz wären, was nach meiner Auffassung aber, wenn man die Geldbuße aufhebt, nicht zutrifft.

Auch wenn man also den Eindruck haben kann, daß die Kommission im Verwaltungsverfahren von ihr verwertete Dokumente mit der Klägerin hätte eingehender erörtern können und daß sie, unter Beachtung der Geheimhaltungspflicht, eine weiterreichende Unterrichtung der Klägerin über wesentliche Fakten schon im Verwaltungsverfahren und nicht erst im Gerichtsverfahren hätte ins Auge fassen sollen, so wird man im vorliegenden Fall letztlich doch nicht von einer Verletzung wesentlicher Verteidigungsrechte sprechen können, die eine vollständige Aufhebung der angegriffenen Entscheidung nach sich ziehen müßte.

VI — Lassen Sie mich danach meine Meinung noch einmal zusammenfassen.

Ich bin der Auffassung, daß die angegriffene Entscheidung Bestand haben kann, soweit sie eine beherrschende Stellung der Klägerin auf den Märkten von sechs Vitaminen, also nicht auf dem Markt von Vitaminen B_3, annimmt und soweit sie der Klägerin eine mißbräuchliche Bindung von zwanzig Abnehmern, also nicht der Firmen Protector und Upjon, sowie eine mißbräuchlich unterschiedliche Behandlung der in der Entscheidung angeführten Unternehmen vorwirft. Die Verhängung einer Geldbuße wegen Verletzung von Artikel 86 erscheint mir dagegen mangels ausreichenden Verschuldens der Klägerin nicht gerechtfertigt. Mit dieser Maßgabe ist der Klage der Firma Hoffmann-La Roche stattzugeben; im übrigen ist sie zurückzuweisen. Bei dieser Beurteilung erscheint es mir außerdem angebracht, auszusprechen, daß jede Partei ihre eigenen Kosten zu tragen hat.