

nehmen in beherrschender Stellung einen Ausbau der mißbräuchlichen Ausnutzung dieser Stellung zu gestatten.

8. Treuerabatte führen dazu, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen,

da zwei Abnehmer der gleichen Menge eines Erzeugnisses unterschiedliche Preise zahlen, je nachdem, ob sie ausschließlich bei dem Unternehmen in beherrschender Stellung beziehen oder ob sie ihre Bezugsquellen streuen.

In der Rechtssache 85/76

FIRMA HOFFMANN-LA ROCHE & CO. AG, Basel (Schweiz), Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte A. Deringer und J. Sedemund, Köln, Zustellungsbevollmächtigter: Rechtsanwalt E. Arendt, Luxemburg, Postfach 39,

Klägerin,

gegen

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Brüssel, vertreten durch ihren Rechtsberater E. Zimmermann, Zustellungsbevollmächtigter: Herr Mario Cervino, Jean-Monet-Gebäude, Luxemburg-Kirchberg,

Beklagte,

wegen Aufhebung der Entscheidung der Kommission vom 9. Juli 1976 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 EWG-Vertrag (IV/29.020 — Vitamine)

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Kutscher, der Kammerpräsidenten J. Mertens de Wilmars und Mackenzie Stuart, der Richter A. M. Donner, P. Pescatore, M. Sørensen, A. O'Keefe, G. Bosco und A. Touffait,

Generalanwalt: G. Reischl

Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

Der Sachverhalt und das Vorbringen der Parteien im schriftlichen Verfahren lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I — Sachverhalt und Verfahren

Mit Entscheidung vom 9. Juli 1976 (ABL. L 223 vom 16. August 1976, S. 27) stellte die Kommission, Beklagte des vorliegenden Rechtsstreits, fest, daß (Artikel 1) die Hoffmann-La Roche & Co. AG, Basel, (im folgenden „Roche“ genannt), Klägerin, eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 86 EWG-Vertrag begangen habe, „indem sie Verträge abgeschlossen hat, die für die Käufer die Verpflichtung oder — durch die Gewährung von Treueprämien — den Anreiz mit sich brachten, von Hoffmann-La Roche ausschließlich oder vorzugsweise die Gesamtheit oder den wesentlichen Teil ihres Bedarfs an Vitaminen zu beziehen“.

Nach Artikel 2 der Entscheidung hatte Hoffmann-La Roche die festgestellte Zuwiderhandlung unverzüglich abzustellen, und nach Artikel 3 wurde dem Unternehmen eine Geldbuße von 300 000 Rechnungseinheiten, das ist ein Betrag von 1 098 000 DM, auferlegt.

Die Klage richtet sich mit ihrem Hauptantrag an die Aufhebung der gesamten Entscheidung, hilfsweise auf die Aufhebung von Artikel 3 der Entscheidung.

Die Entscheidung betrifft 26 Verträge, welche Roche mit 22 namentlich bezeichneten Unternehmen abgeschlossen hat, die alle als Hersteller und/oder Verkäufer von Vitaminen zur Verwendung als Arzneimittel (25 %), bei Lebensmitteln (15 %) oder bei Futtermitteln (60 %) im Gemeinsamen Markt tätig sind.

Nach der angefochtenen Entscheidung bildet jede der 13 bekannten Vitamingruppen einen gesonderten Markt. Roche sei der größte Hersteller nicht abgepackter Vitamine der Welt, stelle 8 dieser 13 Gruppen her — A, B₁, B₂, B₃, (Pantothensäure), B₆, C, E und H (Biotin) — und trete bezüglich der übrigen — B₁₂, D, K, M (Folsäure) und PP — als Wiederverkäufer auf dem Markt auf.

All diese Vitamine finden aufgrund ihrer biologisch-nutritiven Eigenschaften Verwendung. Die Vitamine C und E werden ferner wegen ihrer chemischen Eigenschaften verwendet (technologische Verwendung), insbesondere als Antioxydantien und als Gärstoffe. In ihrer biologisch-nutritiven Verwendung stehen sie im Gegensatz zu ihrer technologischen Verwendung nicht in Wettbewerb mit anderen Erzeugnissen.

Die angefochtene Entscheidung betrifft die Märkte von 7 der 8 von Roche hergestellten Vitamingruppen (ausgenommen ist das Vitamin B₁). Auf jedem dieser Märkte nehme die Klägerin eine beherrschende Stellung ein, die sie vorsätzlich oder fahrlässig durch den Abschluß der streitigen Verträge mißbräuchlich ausgenutzt habe.

Die Entscheidung beruht auf folgenden Feststellungen:

A — Struktur des Vitaminmarktes

a) Die Analyse der *Produktions- und Angebotsstruktur* bei Vitaminen ergebe, daß

die Herstellung jeder der vorgenannten 13 Gruppen bedeutende Investitionen erfordere. Da der Herstellungsprozeß für jede Vitamingruppe überwiegend spezifischer Art sei, würden jeweils spezielle Anlagen benötigt. Deshalb richte sich die Kapazität der Werke nach dem in einem Zeitraum von 10 Jahren zu erwartenden Anstieg des Bedarfs. Dies habe, obwohl der Vitaminmarkt sehr expansiv ist, zu weltweiten Überkapazitäten geführt.

b) Roche sei nicht nur weltweit, sondern auch innerhalb des Gemeinsamen Marktes der bedeutendste Hersteller; das Produktionsprogramm umfasse zugleich die größte Zahl von Vitamingruppen (abgesehen von Philips-Duphar, dessen Produktion bei bestimmten Vitamingruppen jedoch praktisch bedeutungslos sei).

Bei Zugrundelegung des Umsatzes der einzelnen Hersteller erreichten die Marktanteile von Roche innerhalb des Gemeinsamen Marktes bei den von der Entscheidung betroffenen Vitamingruppen (vgl. Nr. 20 der Entscheidung) etwa folgende Höhe:

- Vitamin A: 47 %; auf den zweitgrößten Hersteller entfalle nur etwas mehr als die Hälfte dieses Anteils;
- Vitamin B₂: 86 %; der restliche Marktanteil verteile sich auf mehrere Hersteller;
- Vitamin B₃ (Pantothensäure): 64 %; ein anderer Hersteller erzeuge 30 %;
- Vitamin B₆: 95 %;
- Vitamin C: 68 %; der Marktanteil des zweitgrößten Herstellers belaufe sich auf weniger als ein Viertel des Marktanteils von Roche;
- Vitamin E: 70 %; der Marktanteil des zweitgrößten Herstellers betrage weniger als ein Drittel des Marktanteils von Roche;
- Vitamin H (Biotin): 95 %

Für von Roche nicht selbst hergestellte, aber weiterverkaufte Vitamine gelte folgendes:

- Vitamin B₁₂: 13 %
- Vitamin D: 10 %
- Vitamin K: 10 %
- Vitamin M (Folsäure): 47 %
- Vitamin PP: 68 %

Im Jahre 1974 habe der Marktanteil von Roche im Gemeinsamen Markt bei allen von ihr hergestellten Vitaminen 65 % betragen; bezogen auf sämtliche von Roche zum Verkauf angebotenen Vitamine habe er sich auf 60 % belaufen (Herstellung und Weiterverkauf).

Im Vitaminbereich habe Roche Tochtergesellschaften in Belgien, in den Niederlanden, der Bundesrepublik Deutschland, in Italien, Frankreich, Großbritannien und Dänemark. Die Niederlassungen in Deutschland, Frankreich und Großbritannien seien auch mit der Herstellung befaßt.

Weiter heißt es in der Entscheidung, Roche verfüge gegenüber ihren Konkurrenten über einen technologischen Vorsprung, weil sie bei der synthetischen Erzeugung mehrerer Vitamine Pionierarbeit geleistet habe, sowie über ein sehr umfassendes spezielles Vertriebsnetz.

c) Was die *Nachfrage*struktur bei Vitaminen im Gemeinsamen Markt betreffe, so sei diese durch den Umstand charakterisiert, daß die Nachfrage zwar breit gestreut sei (Roche habe cirka 5 000 Kunden), sich der Wettbewerb der Hersteller aber auf die Großabnehmer und multinationalen Unternehmensgruppen konzentriere, die bis auf einige wenige Ausnahmen von Roche mit großen Aufträgen die gesamte von dieser hergestellte Vitaminpalette kauften.

Die Vitaminkäufe der 22 Firmen, die mit Roche die streitigen Verträge abgeschlossen haben, hätten sich im Jahre 1974 innerhalb des Gemeinsamen Marktes auf etwa 26 % des Absatzes von Roche und auf 16 % des gesamten Vitaminabsatzes (sämtliche Erzeuger und Weiterverkäufer eingeschlossen) belaufen.

B — Verhalten der Klägerin

Roche habe bereits im Jahre 1964 sogenannte „Treueverträge“ geschlossen, die ihr die Allein- oder Vorzugsbelieferung von Kunden gesichert hätten. Diese Vereinbarungen hätten folgendes vorgesehen:

- Die Abnehmer decken ihren Bedarf an von Roche hergestellten Vitaminen ganz oder größtenteils bei Roche.
- Roche liefert zu dem auf dem nationalen Markt des Kunden jeweils günstigsten Preis.
- Roche zahlt den Kunden, die ihren Bedarf ganz oder überwiegend bei ihr gedeckt haben, alljährlich oder halbjährlich einen unter Zugrundelegung der Gesamtkäufe berechneten Rabatt. Die Rabatte reichen von 1 % bis 5 %; eine Ausnahme bildet ein Kunde, bei dem die Rabatte zwischen 12,5 % und 20 % liegen.
- Eine sogenannte „englische Klausel“ sieht vor, daß die Kunden Roche über ihnen von anderen bekannten Herstellern zugehende Preisangebote unterrichten, die unter denen von Roche liegen; sollte Roche ihre Preise nicht auch auf das Preiniveau der anderen Angebote herabsetzen, so ist es den Kunden freigestellt, von den anderen Herstellern zu beziehen, ohne daß sie den Treuerabatt für die bei Roche getätigten Käufe verlieren.

Durch mehrere interne Rundschreiben würden die Hauptmerkmale dieses „Treuesystems“ bestätigt und seine Vorteile für Roche herausgestellt.

Das in Rede stehende Verhalten sei verwirklicht worden einmal mit Hilfe von Verträgen zwischen Roche und den Muttergesellschaften der Verarbeitungsunternehmen (multinationale Verträge), und zum anderen durch Verträge zwischen den Tochtergesellschaften von Roche und solchen Kunden, die in den von ihnen bearbeiteten Gebieten ansässig sind (nationale Verträge). Mit den 22 betroffenen Unternehmen seien 26 Verträge abgeschlossen worden, davon 17 multinationale und 9 nationale.

C — Marktbeherrschende Stellung der Klägerin

Auf jedem der 7 berücksichtigten Märkte — A, B₂, B₆, C, E, Biotin (H) und Pantothenensäure (B₃) — habe Roche eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag inne, da sie in ihrem Verhalten insgesamt so unabhängig sei, daß sie einen wirksamen Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes verhindern könne.

Diese beherrschende Stellung ergebe sich aus folgendem:

1. Die Marktanteile von Roche reichten von 95 % für die Vitamine B₆ und H bis zu 47 % (der Anteil des zweitgrößten Herstellers sei nur etwa halb so groß) für das Vitamin A.
2. Roche stelle ein viel breiteres Vitaminsortiment her als ihre Wettbewerber. Da sich der Bedarf vieler Verbraucher auf mehrere Vitamingruppen erstreckte, könne Roche auf den einzelnen Märkten im Vergleich zu den übrigen Herstellern eine vom Wettbewerb viel unabhängigere Verkaufs- und vor allem Preisstrategie verfolgen.
3. Roche sei für alle Vitamine zusammen der größte Hersteller der Welt; ihr Umsatz übersteige den aller übrigen Hersteller zusammen.
4. Roche verfüge über einen technologischen Vorsprung vor ihren Wettbewerbern.

5. Roche verfüge über einen kommerziellen Vorsprung vor ihren Wettbewerben.
6. Mit ernsthaftem Wettbewerb sei nicht zu rechnen, da der Zugang zu den Vitaminmärkten umfangreiche Investitionen und langfristige Programme voraussetze.

D — Vorliegen einer mißbräuchlichen Ausnutzung

Das Verhalten von Roche stelle einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung dar, da es geeignet sei, die Wahlfreiheit und die Gleichbehandlung der Abnehmer zu beeinträchtigen und den Wettbewerb zwischen Herstellern von nicht abgepackten Vitaminen im Gemeinsamen Markt einzuschränken; außerdem sei es geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Hierfür gebe es folgende Gründe:

1. Durch die Ausschließlichkeiten für die Deckung des gesamten Bedarfs oder eines sehr bedeutenden Teils davon werde den Kunden jede Möglichkeit genommen, ihre Versorgungsquellen frei zu wählen. Bei Nichtbeachtung dieser Ausschließlichkeit verliere der Kunde den Treuerabatt für die Gesamtheit seiner Bezüge von Roche, gleichgültig, welche Vitamingruppe er anderswo beziehe.
2. Die Ausschließlichkeitsbindung bewirke außerdem eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen Vitaminherstellern.
3. Die sogenannte „englische Klausel“ ermögliche es Roche, von Fall zu Fall aufgrund der gegebenen Verhältnisse über den teilweisen Zugang eines Konkurrenten zu dem Markt zu entscheiden, den sie sich vorbehalten habe. Nur dann, wenn Roche es ablehne, ihren Preis zu ermäßigen, könne sich der Kunde an den Konkurrenten wenden. Außerdem werde diese Möglichkeit noch eingeschränkt, indem verlangt werde, daß es sich um das Angebot eines „bekannten“ Herstellers aus dem Gebiet des Kunden handeln müsse. Liege ein Auftrag vor, an dem Roche interessiert sei, weil es sich um

eine große Menge, ein wichtiges Vitamin oder um einen bekannten Konkurrenten handele, so sei Roche wegen ihrer starken Stellung auf dem Vitaminmarkt in der Lage, ihren Preis anzupassen und somit die Ausschließlichkeit der Versorgung des betreffenden Kunden aufrechtzuerhalten.

4. Die Treuerabatte führten zu einer nach Artikel 86 Buchstabe c) verbotenen Diskriminierung sowohl zum Nachteil der Roche-Kunden, die nicht in deren Genuß gelangten, als auch der Roche-Kunden, die geringere Rabatte erhielten.
5. Das beanstandete Verhalten sei geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, da es die Ein- und Verkaufsmöglichkeiten von in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Abnehmern und Lieferanten nicht abgepackter Vitamine einenge und sich somit unmittelbar auf die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten auswirke.

E — Geldbuße

Für die Festsetzung der Höhe der Geldbuße habe die Kommission nur den Zeitraum von 1970 bis Ende 1974 in Betracht gezogen, denn von 1970 an habe eine konsequente Politik der Treueverträge durch Roche vorgelegen, während Ende 1974 die ersten Verträge aufgelöst worden seien.

Da Roche seinen Firmensitz zwar außerhalb der Gemeinschaft habe, jedoch im Gemeinsamen Markt, unter anderem in der Bundesrepublik Deutschland, mehrere Tochtergesellschaften besitze, sei die Geldbuße in Deutsche Mark umgerechnet worden.

Mit Klageschrift vom 18. August 1976, in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen am 27. August 1976, hat die Firma Hoffmann-La Roche Anfechtungsklage gegen die Entscheidung vom 9. Juni 1976 erhoben.

Der Gerichtshof hat nach Anhörung des Generalanwalts die Parteien aufgefor-

dert, bestimmte Fragen zu beantworten, und jeder von ihnen Gelegenheit gegeben, sich zu diesen Antworten zu erklären.

II — Anträge der Parteien

Die Klägerin beantragt,

— *in erster Linie:*

die Entscheidung der Beklagten vom 9. Juni 1976 aufzuheben;

— *hilfsweise:*

Artikel 3 der vorgenannten Entscheidung aufzuheben,

— der Beklagten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Beklagte beantragt,

— die Klage als unbegründet abzuweisen und

— der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

III — Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien

Die Klage wird auf folgende Rügen gestützt:

1. Verletzung des allgemeinen Grundsatzes, daß eine Sanktionsnorm bestimmt und voraussehbar sein muß, bevor eine Verletzung dieser Norm zur Verhängung der angedrohten Sanktion führen kann.
2. Verletzung von Verfahrensvorschriften (fair trial) aus folgenden Gründen:
 - a) Die Entscheidung über die Eröffnung eines Verfahrens sei auf der Grundlage von Unterlagen getroffen worden, die auf rechtswidrige Weise in den Besitz der Beklagten gelangt seien;
 - b) die angefochtene Entscheidung gründe sich auf Beweisunterlagen, die nicht Gegenstand des nach Artikel 19 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages;

ABl. Nr. 13 vom 21. Februar 1962, S. 204) zugunsten der Beteiligten vorgesehenen Anhörungsverfahrens gewesen seien;

c) die angefochtene Entscheidung gründe sich auf Beweisunterlagen (insbesondere bezüglich der Marktanteile und der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der streitigen Verträge), von denen die Klägerin keine Kenntnis gehabt habe.

3. Verletzung von Artikel 18 der vorgenannten Verordnung Nr. 17, wonach für die Verhängung der Geldbußen und Zwangsgelder die für die Aufstellung des Haushaltsplans der Gemeinschaft vorgesehene Rechnungseinheit gelte, während Artikel 3 der angefochtenen Entscheidung die Geldbuße in Deutscher Mark festsetze.
4. Verletzung von Artikel 86 des Vertrages, da die Kommission in der angefochtenen Entscheidung die Begriffe „beherrschende Stellung“ und „mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, die geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“ unrichtig ausgelegt und jedenfalls unrichtig angewandt habe, indem sie das Vorliegen einer solchen Stellung für Roche bejaht und in den streitigen Verträgen die Verwirklichung des Mißbrauchstatbestands erblickt habe.
5. Verletzung von Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17, da die Klägerin die Zuwiderhandlung gegen Artikel 86 des Vertrages, selbst wenn eine solche unterstellt werde, weder vorsätzlich noch fahrlässig begangen habe.

Zur ersten Rüge: Verbot der Verhängung von Sanktionen, solange die unbestimmten Rechtsbegriffe „beherrschende Stellung“ und „mißbräuchliche Ausnutzung“ für Fallgestaltungen und Verhaltensweisen der hier vorliegenden Art noch nicht konkretisiert waren

Klage

Nach Ansicht der Klägerin zählen die Begriffe „beherrschende Stellung“ und „mißbräuchliche Ausnutzung“ einer solchen Stellung zu den unbestimmtesten und unklarsten Generalklauseln des Gemeinschaftsrechts sowie der nationalen Rechtsordnungen. Unter diesen Umständen folge aus dem fundamentalen Grundsatz „*nullum crimen sine lege*“, daß die Kommission die bei Verletzung von Artikel 86 vorgesehenen Sanktionen erst verhängen könne, wenn diese Begriffe zuvor durch eine Entscheidungspraxis oder durch die Rechtsprechung hinreichend konkretisiert worden seien, so daß sich die Anwendung von Artikel 86 auf den Fall von Roche und auf die fraglichen Verträge im Zeitpunkt ihres Abschlusses hätte vorhersehen lassen.

Die Klägerin bestreitet nicht die Befugnis der Beklagten, durch ihre Entscheidungen die unbestimmten Rechtsbegriffe aus Artikel 86 auszulegen und anzuwenden, doch dürfe sie keine Geldbußen in Fällen verhängen, die — wie hier — noch nicht konkretisiert worden seien. Der Grundsatz der notwendigen Bestimmtheit und Klarheit von Sanktionsnormen nach dem Prinzip „*nullum crimen sine lege*“ werde im übrigen sowohl durch Artikel 7 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten als auch vom Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland anerkannt und garantiert. Ferner habe das Bundesverfassungsgericht klargestellt (Entscheidung vom 14. Mai 1969, NJW 1969, 1759), daß die Anforderungen an die „Bestimmtheit“ und „Voraussehbarkeit“ einer Sanktionsnorm desto höher seien, je unbestimmter die Tragweite eines Straftatbestandes und je schwerer die Sanktion sei.

Klagebeantwortung

Die Kommission anerkennt in ihrer Klagebeantwortung, daß der Schutz der Grundrechte ein Anliegen des Gemeinschaftsrechts ist. Mit dem Grundsatz „*nullum crimen sine lege*“ werde jedoch

in erster Linie untersagt, strafbegründende oder strafverschärfende Vorschriften und Rückwirkung auszustatten. Dieses Prinzip sei hier beachtet worden. Artikel 86 des Vertrages in Verbindung mit Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17, auf denen die der Klägerin auferlegte Geldbuße beruhe, seien in Kraft gewesen, als die Klägerin die beanstandeten Verträge abgeschlossen habe.

Andererseits stehe nicht fest, ob die Grundsätze der erforderlichen „Bestimmtheit“ und „Voraussehbarkeit“ der Sanktionen im Bereich der Ordnungswidrigkeiten- oder Disziplinarrechts mit gleicher Strenge gelten; Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 bestimme jedenfalls ausdrücklich, daß die Geldbußen keinen strafrechtlichen Charakter haben.

Selbst wenn man schließlich unterstelle, daß die vorgenannten Grundsätze der „Bestimmtheit“ und „Voraussehbarkeit“ auch auf Geldbußen anwendbar seien, könnten die fraglichen Tatbestandsmerkmale („markbeherrschende Stellung“ und „Mißbrauch“) nicht als unbestimmt angesehen werden, denn das Wettbewerbsrecht müsse die Vielgestaltigkeit des Wirtschaftslebens erfassen, wenn es wirksam sein solle, und das Gemeinschaftsrecht könne nicht darauf verzichten, im Bereich des Wettbewerbsrechts allgemeine Begriffe zu verwenden, „die in besonderem Maße der Auslegung durch den Richter bedürfen“; im übrigen seien diese Begriffe Unternehmen, die — wie die Klägerin — im zwischenstaatlichen Handel tätig und mit den nationalen Wettbewerbsvorschriften vertraut sind, sehr wohl bekannt.

Erwiderung

Die Klägerin erwidert, die Erfordernisse der „Bestimmtheit“ und „Voraussehbarkeit“ seien nach deutschem Recht auch bei Sanktionsnormen, die Geldbußen ohne strafrechtlichen Charakter andro-

hen (Ordnungswidrigkeit), sowie bei Disziplinarstrafen gültig. Im übrigen sei allgemein anerkannt, daß es sich bei der gemeinschaftsrechtlichen Geldbuße materiell um eine Kriminalstrafe handele.

Die Klägerin wolle nicht etwa geltend machen, daß Artikel 86 dem Bestimmtheitsangebot widerspreche; vielmehr erfordere es der Grundrechtsschutz, daß von der Befugnis zur Verhängung von Geldbußen erst dann Gebrauch gemacht werde, wenn die betreffende Norm zuvor durch eine hinreichende Verwaltungspraxis konkretisiert worden sei.

Aus diesem Grunde werde in der Verordnung Nr. 17 unterschieden zwischen der Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 86, der Befugnis zum Erlass einer Verbotsentscheidung und der Verhängung einer Geldbuße. Auch zahlreiche Wettbewerbsregelungen — vor allem § 22 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) — erlaubten die Verhängung einer Sanktion erst im Falle einer (nachträglichen) Zuwiderhandlung gegen die Entscheidung, mit der ein Verstoß auf dem Gebiet des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht festgestellt worden sei.

Die Klägerin fügt hinzu, daß der Grundsatz der „Voraussehbarkeit“ der Sanktionsnorm auch in anderen Rechtsordnungen geschützt sei, vor allem in Italien und in Belgien, wo er aus der Regel „in dubio pro reo“ hergeleitet werde, die nicht nur bei Zweifeln an der Richtigkeit der strafbegründenden tatsächlichen Feststellungen, sondern auch dann gelte, wenn die Rechtsnorm selbst unklar sei.

Gegenerwiderung

Die Beklagte schickt in ihrer Gegenerwiderung voraus, wenn auch die in den Verfassungen der Mitgliedstaaten geschützten Grundrechte nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung seien, so bedeute dies nicht, daß die nach Gemeinschaftsrecht geschützten Grundrechte nach ihrem Wortlaut und nach ih-

rem Inhalt vollständig mit den nationalen Bestimmungen übereinstimmen müßten. Der Grundsatz der „Gesetzbestimmtheit“ gehe nach deutschem und italienischem Verfassungsrecht Hand in Hand mit der Zuständigkeit der richterlichen Gewalt zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen.

Andererseits stelle die Klägerin die „Bestimmtheit“ der Norm der „Voraussehbarkeit“ der Rechtsfolge gleich. Zur Anwendbarkeit eines Gesetzes — auch eines Strafgesetzes — sei nicht erforderlich, daß die Strafbarkeit für jedermann voraussehbar sei, sondern lediglich, daß Sinn und Umfang der strafbegründenden Tatbestandsmerkmale vom Richter durch Auslegung eindeutig ermittelt werden könnten.

Diese Feststellungen hätten, auch nach italienischem Recht, für das Strafrecht Gültigkeit; um so mehr hätten sie im Bereich verwaltungsrechtlicher Sanktionen zu gelten, insbesondere im Wirtschaftsverwaltungsrecht und vor allem im Wettbewerbsrecht, wo auf eine abstrahierende Beschreibung nicht verzichtet werden könne.

Die Klägerin leite aus dem Bestimmtheitsgrundsatz Folgerungen her, die selbst in der Bundesrepublik Deutschland daraus nicht gezogen würden. Insbesondere bestreitet die Kommission die Auslegung des § 37a GWB durch die Klägerin.

Zur zweiten Rüge: Verletzung von Verfahrensvorschriften

Klage

Die Klägerin macht drei Verfahrensverstöße geltend, die ihrer Ansicht nach zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führen müssen.

a) Zunächst seien bestimmte Dokumente, insbesondere die, welche als Anlagen 3, 4, 5, 6 und 7 zur Klageschrift ein-

gerecht worden seien, nämlich vier interne Unterlagen mit der Bezeichnung „Management Information“ und das Protokoll einer Sitzung der „European Bulk Managers“ vom 12. bis 13. Oktober 1972, auf rechtswidrige Weise in die Hände der Kommission gelangt; sie seien ihr nämlich durch einen Angestellten der Klägerin ausgehändigt worden, der sie sich rechtswidrig verschafft und sich aus diesem Grunde nach Schweizer Strafrecht strafbar gemacht habe. Diese rechtswidrige Herkunft der Dokumente führe zur Fehlerhaftigkeit des Verfahrens; außerdem habe die Kommission eine Völkerrechtsverletzung begangen, indem sie im Hoheitsgebiet eines souveränen Drittstaats Ermittlungen angestellt habe. Die Klägerin legt jedoch die genannten Unterlagen dem Gerichtshof im vollen Wortlaut als Anlage zur Klageschrift vor und stellt es unter diesen Umständen in das Ermessen des Gerichtshofes, welche Folgerungen aus dem behaupteten Verfahrensmangel zu ziehen seien.

b) Einen weiteren Verfahrensmangel sieht die Klägerin darin, daß in der angefochtenen Entscheidung bestimmte Dokumente angeführt seien, die in dem Anhörungsverfahren nach Artikel 19 der Verordnung Nr. 17 weder erörtert noch auch nur erwähnt worden seien. Es handele sich insbesondere um die fünf unter Nr. 12 der angefochtenen Entscheidung angeführten Beweisunterlagen¹ sowie um das Protokoll einer Sitzung Unilever — Roche vom 11. Dezember 1972 (Nr. 3 der Entscheidung am Ende). Somit liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und insbesondere eine Verletzung von Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission vom 25. Juli 1963 vor, der bestimme: „Die Kommission zieht in ihrer Entscheidung nur die Beschwerde-

punkte in Betracht, zu denen die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, gegen die sich die Entscheidung richtet, Gelegenheit zur Äußerung gehabt haben.“

c) Schließlich trägt die Klägerin vor, die angefochtene Entscheidung sei auf Beweisunterlagen gegründet, die ihr nicht zur Kenntnis gebracht worden seien und die sie nicht überprüfen könne, weil ihr die Kommission unter Hinweis auf die Pflicht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses die Einsichtnahme insoweit verweigert habe, als die Firmen, bei denen die Beweisunterlagen eingeholt worden seien, der Bekanntgabe widersprochen hätten. Dabei handele es sich einmal um Unterlagen von bestimmten Vitaminherstellern, die zur Berechnung der Marktanteile von Roche herangezogen worden seien, und zum anderen um Auskünfte von 16 Roche-Kunden über die mehr oder weniger enge Bindung infolge der streitigen Verträge. Nur eine kleine Anzahl dieser Kunden habe sich damit einverstanden erklärt, daß der Inhalt der sie betreffenden Ermittlungen mitgeteilt werde, und nur diese Ermittlungsberichte seien der Klägerin zugänglich gemacht worden.

Klagebeantwortung

a) Die Kommission widerspricht in aller Form der Behauptung, sie habe einen Angestellten der Klägerin dazu veranlaßt, ihr bestimmte interne Geschäftsunterlagen aus der Schweiz zu beschaffen. Sie habe auf dem Gebiet der Schweiz eigene Ermittlungshandlungen, die die Souveränität dieses Landes hätten beeinträchtigen können, weder vorgenommen noch vornehmen lassen. Die Kommission nimmt jedoch zur Kenntnis,

¹ — Anmerkung des Berichterstatters: Diese Dokumente sind identisch mit denen, auf die sich der Vorwurf der rechtswidrigen Beschaffung bezieht; es handelt sich um die „Management Information“ vom Dezember 1970, vom Mai (richtig: Mitte August) 1971, von Anfang August 1971, vom September 1970 (richtig: 8. September 1972) und das „European Bulk Managers Meeting“ aus dem Jahre 1971 (richtig: 12./13. Oktober 1972).

daß die Klägerin auf die Rüge des Verwertungsverbots bestimmter von der Kommission zusammengetragener Beweisunterlagen verzichtet.

b) Was die Frage anbelangt, daß bestimmte in der Entscheidung angeführte Unterlagen nicht Gegenstand des Anhörungsverfahrens gewesen seien, so bemerkt die Kommission, nach Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 sei sie verpflichtet, der Klägerin die von ihr in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte mitzuteilen; diese Verpflichtung bedeute lediglich, daß den beteiligten Unternehmen die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte mitgeteilt werden müßten, aus denen das Vorliegen einer Zuwiderhandlung hergeleitet werde; dagegen müßten nicht sämtliche Beweisunterlagen angeführt werden, die die Kommission besitze.

c) Die Kommission bestreitet auch, daß sie verpflichtet sei, in vor ihr anhängigen Verwaltungsverfahren den betroffenen Unternehmen volle Einsicht in ihre Aktenunterlagen zu gewähren. Im vorliegenden Falle habe sie die von der Klägerin gestellten Fragen beantwortet; insbesondere habe sie wegen der Marktanteile der Klägerin geantwortet, daß diese aufgrund von Angaben anderer Hersteller errechnet worden seien. Angaben über Marktanteile anderer Hersteller habe sie ohne deren Einwilligung an die Klägerin nicht weitergeben können. Nach Erlaß der angefochtenen Entscheidung habe die Kommission sich grundsätzlich mit der vollen Akteneinsicht durch die Klägerin einverstanden erklärt. Auch hier habe sie allerdings die Einsicht in Unterlagen, die Geschäftsgeheimnisse dritter Unternehmen enthalten hätten, von deren Einverständnis abhängig machen müssen; dieses Einverständnis sei von Konkurrenzunternehmen durchweg verweigert, von Roche-Kunden, bei denen Ermittlungen angestellt worden seien, nur zum Teil gegeben worden. Die Beklagte verweist insoweit auf das Urteil des Gerichts-

hofes vom 15. Juli 1970 (Rechtssache 45/69, Boehringer, Slg. 1970, 799).

Erwiderung

Die Vorenthaltung des Rechts auf volle Akteneinsicht stellt nach Ansicht der Klägerin im Rahmen von Ordnungswidrigkeitenverfahren einen Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und damit eine Grundrechtsverletzung dar. Im Urteil Boehringer, auf das sich die Kommission beziehe, sei gerade ein Anspruch auf Mitteilung der Beweisergebnisse im Verwaltungsverfahren anerkannt worden. Dabei handele es sich um den Ausfluß eines fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsatzes, wonach Unterlagen, zu denen ein Beteiligter sich nicht habe äußern können, bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden dürften. Ohne eine derartige vollständige Kenntnis könne die Klägerin nicht wissen, welche Ergebnisse in der Entscheidung nicht ausdrücklich angeführte Ermittlungen zur Folge gehabt hätten. Bezüglich der erwähnten Ermittlungen beharrt die Klägerin darauf, daß sie über die Ermittlungen bei sämtlichen 16 Kunden sowie über die Erklärungen dieser Kunden zur Mitteilung der Beschwerdepunkte hätte in Kenntnis gesetzt werden müssen.

Gegenerwiderung

a) Die Kommission legt in der Anlage zu ihrer Gegenerwiderung die Entscheidung des Strafgerichts Basel vom 1. Juli 1976 vor, aus der sich ergebe, daß die Behauptungen, sie habe einen Angestellten der Klägerin zur Beschaffung der Unterlagen aus der Schweiz veranlaßt, jeglicher Begründung entbehren.

b) Was die Akteneinsicht betreffe, so ist nach Ansicht der Kommission die Frage, ob und inwieweit ein an Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsvorschriften beteiligtes Unternehmen einen

förmlichen Anspruch auf Akteneinsicht hat, nach dem Urteil Boehringer noch nicht abschließend entschieden. Wie die Antwort auch laute, dürfe der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht mit dem etwaigen Recht auf volle Akteneinsicht gleichgesetzt werden. Im Gemeinschaftsrecht werde die Gewährung des rechtlichen Gehörs dadurch gewährleistet, daß den Beteiligten die Beschwerdepunkte mitzuteilen seien, die den Vorwurf einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln betreffen, und daß nicht mitgeteilte Beschwerdepunkte nicht verwertet werden dürften (Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63). Im vorliegenden Fall sei der Klägerin Einsicht in alle Unterlagen gewährt worden, die keine Geschäftsgeheimnisse dritter Unternehmen enthalten hätten; soweit darin Geheimnisse enthalten gewesen seien, sei Einsicht gewährt worden, wenn die betreffenden Unternehmen ihre Einwilligung erteilt hätten.

Zur dritten Rüge: Verletzung von Artikel 18 der Verordnung Nr. 17

Klage

Die Klägerin meint, die Umrechnung der in Artikel 3 der Entscheidung in Rechnungseinheiten ausgedrückten Geldbuße in Deutsche Mark verletze Artikel 18 der Verordnung Nr. 17, der auf die für die Aufstellung des Haushaltsplans vorgesehene Rechnungseinheit verweise. Mit der Haushaltsordnung Nr. 68/313 vom 30. Juli 1968 (ABl. L 199, S. 1) sei der Gegenwert der Rechnungseinheit in den Währungen der Mitgliedstaaten festgelegt worden. Seither habe diese Parität keine Änderung erfahren.

Dem gemeinschaftlichen Charakter dieser Rechnungseinheit entspreche es, daß jeder Schuldner wählen können müsse, in welcher nationalen Währung er seine Schuld begleichen wolle. Die gegenteilige Lösung ergebe eine Diskriminierung zum Nachteil der Unternehmen, die in starker Währung zahlen müßten.

Klagebeantwortung

Die Kommission entgegnet, zwar verweise Artikel 18 der Verordnung Nr. 17 auf „die für die Aufstellung des Haushaltsplans der Gemeinschaft nach den Artikeln 207 und 209 des Vertrages vorgesehene Rechnungseinheit“; danach sei für die *Festsetzung* der Geldbuße diese Rechnungseinheit maßgebend. Die Erfahrung habe jedoch gezeigt, daß diese Regelung Fragen offen lasse, die die *Zahlung* der Geldbuße betreffen. Da es bei der Zwangsvollstreckung der Geldbuße in einigen Fällen zu Schwierigkeiten gekommen sei, habe sich bei der Kommission die Übung herausgebildet, den in Rechnungseinheiten ausgedrückten Betrag der Geldbuße in die nationale Währung des betroffenen Unternehmens umzurechnen. Habe das betroffene Unternehmen seinen Hauptsitz außerhalb der Gemeinschaft, so stelle die Kommission hierfür auf den Mitgliedstaat ab, in dem das betreffende Unternehmen eine bedeutende Tochtergesellschaft oder Niederlassung besitze, in deren Vermögen notfalls mit Erfolg vollstreckt werden könne.

Die Bezugnahme von Artikel 18 der Verordnung Nr. 17 auf die für die Aufstellung des Haushaltsplans vorgesehene Rechnungseinheit bedeute, daß die Unternehmen ähnlich wie die Mitgliedstaaten, die nach der Haushaltsordnung vom 25. April 1973 für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaft (73/91/EGKS, EWG, Euratom; ABl. L 116 vom 1. Mai 1973, S. 1 ff.) keine Möglichkeit mehr hätten, ihre Finanzbeiträge in einer anderen als ihrer eigenen Währung zu leisten, verpflichtet seien, den sich aus der Umrechnung in ihre Währung ergebenden Betrag der Geldbuße in dieser Währung zu entrichten.

Erwiderung

Für die Klägerin rechtfertigen es die Ausführungen zur Zwangsvollstreckung nicht, den eindeutigen Wortlaut und Sinn des Artikels 18 der Verordnung Nr. 17 zu umgehen; die entsprechenden Ar-

gumente könnten vor allem dann nicht angeführt werden, wenn es sich um ein zahlungswilliges Drittlandunternehmen handele, das in sämtlichen Mitgliedstaaten Tochtergesellschaften besitze. In einem Fall müsse jede Tochtergesellschaft in ihrer nationalen Parität die Geldbuße leisten können. Die von der Kommission angeführte Haushaltsordnung betreffe lediglich die Finanzbeiträge der Mitgliedstaaten.

Gegenerwiderung

Die Kommission führt aus, sie stütze ihre Ansicht nicht allein auf Artikel 18 der Verordnung Nr. 17, sondern auch auf Artikel 15 Absatz 2 dieser Verordnung sowie auf Artikel 192 EWG-Vertrag. Entscheidungen nach Artikel 15 Absatz 2 seien vollstreckbare Titel; deshalb bestehe eine sachliche Notwendigkeit, die Geldbuße auch in der nationalen Währung des Schuldners auszudrücken, damit nach Erteilung der Vollstreckungsklausel durch die zuständige nationale Stelle die Zwangsvollstreckung gewährleistet sei. Zwar könne die Geldbuße auch in einer anderen als der in der Entscheidung angegebenen nationalen Währung geleistet werden, doch bestehe die Kommission in einem solchen Fall darauf, daß der genaue Gegenwert zum Tageskurs des Tages der Zahlung geleistet werde. Auf diese Weise lege der in der Entscheidung in nationaler Währung angegebene Betrag die Schuld in verbindlicher Weise fest.

Zur vierten Rüge: Verletzung von Artikel 86 des Vertrages insoweit, als die angefochtene Entscheidung die Begriffe „beherrschende Stellung“ sowie „mißbräuchliche Ausnutzung“ einer solchen Stellung falsch auslegt oder jedenfalls unrichtig anwendet

A — Beherrschende Stellung

Die Klägerin wendet sich gegen die Analyse der Marktstruktur, auf die die Kommission ihre Überzeugung vom Vorliegen einer beherrschenden Stellung stützt; insbesondere wird beanstandet, daß die

Kommission zur Feststellung des Vorliegens einer solchen Stellung und vor allem zur Verneinung eines wirksamen Wettbewerbs ausschließlich auf die Marktanteile und die Marktstruktur abgestellt habe, ohne das Marktverhalten und die Marktergebnisse, vor allem aber die Preisentwicklung zu berücksichtigen, obwohl das Marktverhalten und die Marktergebnisse entscheidende Kriterien darstellten, deren Berücksichtigung unentbehrlich sei.

I. Erörterung der von der Kommission angestellten Analyse der Marktstruktur

Insoweit rügt die Klägerin in erster Linie, die folgenden von der Kommission angeführten Tatsachen seien teilweise unzutreffend und die daraus gezogenen Schlußfolgerungen verfehlt:

1. Die Marktanteile von Roche sowie der Umstand, daß diese weit über denen der einzelnen Wettbewerber lägen;
2. Roche stelle ein viel breiteres Vitaminsortiment her als ihre Wettbewerber;
3. Roche sei für alle Vitamine zusammen der größte Hersteller der Welt, und ihr Umsatz übersteige den aller übrigen Hersteller zusammen;
4. die Zahl der Wettbewerber;
5. Roche, die bei der synthetischen Erzeugung von Vitaminen Pionierarbeit geleistet habe, besitze trotz des Erlöschens der Patente einen technologischen Vorsprung vor ihren Wettbewerbern;
6. Roche verfüge über ein erstklassiges, speziell für Vitamine organisiertes Vertriebsnetz;
7. wegen der Höhe der erforderlichen Investitionen für einen Eintritt in den Vitaminmarkt gebe es keine potentielle Konkurrenz;

8. die Wettbewerber von Roche hätten einen leichteren Zugang zu den Beschaffungsmärkten.

Zu 1) Die Marktanteile von Roche

Klage

Die Klägerin räumt zwar ein, daß sie bei mehreren Vitaminsorten über beträchtliche Marktanteile verfügt, bestreitet jedoch nachdrücklich die von der Kommission daran geknüpfte Bewertung. Aus diesen Marktanteilen lasse sich keine beherrschende Stellung herleiten, weil es sich um einen in Expansion befindlichen Markt handele, in welchem die Klägerin keine Möglichkeit habe, den Beschaffungsmarkt, die Herstellung, den Absatz und insbesondere die Preise zu kontrollieren.

Aus einer Reihe von Gründen, die insbesondere auf dem Fehlen von Statistiken über die Produktion und der Unzulänglichkeit der verfügbaren Statistiken über die Ein- und Ausfuhr von Vitaminen beruhten, sei die Klägerin nicht in der Lage, von sich aus die Marktanteile mit hinreichender Sicherheit anzugeben. Jedoch seien mehrere in der Entscheidung angeführte Marktanteile weitaus überhöht. So sei der Marktanteil bei Pantothenäure statt mit 64 % mit 30 % anzusetzen, der für Vitamin PP statt mit 68 % mit weniger als 30 %; zu hoch angesetzt seien auch die Marktanteile für Vitamin B₆ und B₂. Im übrigen habe die Kommission bei der Festlegung und Bewertung der Marktanteile keine richtige Abgrenzung des betroffenen Marktes vorgenommen und die Tatsache unberücksichtigt gelassen, daß sich der Vitaminmarkt in Expansion befinde. Bezüglich der Marktabgrenzung bestreitet die Klägerin die Behauptung der Kommission, Vitamine seien mit anderen Erzeugnissen nicht austauschbar. Insbesondere fänden die Vitamine E und C in großem Umfang als Antioxydantien Verwendung und seien in diesem Bereich mit zahlreichen anderen Produkten austauschbar; gleiches gelte für Biotin in der Gärungs-

industrie. Die Klägerin habe in ihrer Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten (Anlage 1, S. 46, 47) im einzelnen ausgeführt, daß bei technologischer Verwendung zahlreiche Austauschmöglichkeiten bestünden. Werde dem bei der Marktabgrenzung Rechnung getragen, so verringere sich der Marktanteil allein bei Vitamin C um ungefähr zwei Drittel. Bei den Hauptprodukten, den Vitaminen A, E und C, lägen die Marktanteile danach bei etwa 50 %, teilweise erheblich darunter. Bei Vitamin B₂ sei noch der starke Druck durch die Gärungsindustrie zu berücksichtigen; diese könne, je nach der Preisentwicklung, jederzeit nicht benutzte Fermentationskapazitäten zur Herstellung von Vitamin B₂ einsetzen.

Was das Biotin (3 % der Vitaminsätze von Roche) anbelange, so habe hier bis zum Jahre 1971 kein Wettbewerb bestanden, da es mangels Nachfrage keinen Markt gegeben habe. Seit der Entdeckung neuer Absatzmöglichkeiten habe die Nachfrage zugenommen und Wettbewerber auf den Plan gerufen, die in ganz kurzer Zeit 10 % Marktanteil auf dem Weltmarkt erobert hätten. Es sei somit unrichtig, bei einem Markt, der sozusagen noch gar nicht existiert habe und sich neuerdings in einer starken Expansionsphase befinde, von einer „beherrschenden Stellung“ zu reden.

Was die Tatsache anbelange, daß der Markt sich in einer Expansionsphase befinde, so gelte dies für sämtliche Vitamine und habe bedeutenden Einfluß bezüglich der Bewertung der Marktanteile.

Dies werde für Biotin ausgeführt, doch gelte Entsprechendes für sämtliche Vitamine. Die Entdeckung und Vermarktung eines Erzeugnisses führe zunächst zur Phase der sogenannten Marktkreation, dann zur Experimentierphase und weiter zur Expansionsphase. Der Marktanteil, der während der Kreative- und Experimentierphase 100 % betragen könne, verringere sich während der Expansionsphase rapide, wenn er auch anfangs noch hoch sei.

Dieser erhöhte Marktanteil sei jedoch nicht Folge einer „Beherrschung“, da er nicht „auf Kosten der Konkurrenten“ erworben sei und auch nicht „durch Behinderung von Konkurrenten“ geschaffen worden sei. Der Marktanteil von 90 % bei Biotin zeige, daß die Wettbewerber seit Beginn der Expansionsphase in kürzester Frist 10 % Marktanteil an sich gerissen hätten. Ein bedeutender Marktanteil auf einem Markt, der sich in der Expansionsphase befinde, sei kein Indiz dafür, daß der Innovator einen wirksamen Wettbewerb behindern könne. Die Handlungsfreiheit des Innovators in der Expansionsphase des Marktes sei nicht Folge der Macht, Konkurrenten vom Markt fernzuhalten, sondern sei ausschließlich marktbedingt.

Klagebeantwortung

Die Kommission führt aus, sie habe, um sich ein zuverlässiges Bild von den Marktverhältnissen zu machen, gemäß Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 Auskünfte von allen Herstellern eingeholt, von denen bekannt sei, daß sie Vitamine im Gemeinsamen Markt absetzen. Diese Auskünfte seien durchweg erteilt worden. Es sei danach gefragt worden, welche Mengen die Hersteller jeweils 1974 wertmäßig im Gemeinsamen Markt abgesetzt hätten. Die angegebenen Umsätze seien addiert worden, und aufgrund des Gesamtergebnisses seien die Marktanteile der Klägerin errechnet worden. Die mit der Klägerin konkurrierenden Unternehmen hätten ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sie die von ihnen gemachten An-

gaben als Geschäftsgeheimnisse betrachteten. Sie hätten es abgelehnt, daß die Angaben der Klägerin offenbart werden. Unter diesen Umständen sei die Kommission gehindert gewesen, der Klägerin Einsicht in diese Unterlagen zu gewähren.

Bezüglich der Expansionsphase des Marktes vertritt die Kommission die Ansicht, in Wirklichkeit würden die Marktphasen nicht nur durch die Nachfrageentwicklung bestimmt; die einzelnen Marktphasen könnten nicht „idealtypisch“ voneinander scharf getrennt werden, sondern gingen ineinander über.

Im übrigen könne das in der Wirklichkeit anscheinend bestehende Bild einer Marktphase von dem in diesem Markt agierenden Unternehmen selbst beeinflußt werden.

Die Kommission bestreitet, daß sämtliche Erzeugnisse, die Gegenstand der angefochtenen Entscheidung seien, sich noch in der Expansionsphase befänden. Dies lasse sich bestenfalls für Biotin behaupten. Bezüglich dieses Produkts sieht die Kommission das entscheidende Kriterium nicht in den 10 % Marktanteil der Wettbewerber, sondern in dem Umstand, daß es der Klägerin gelungen sei, während einer ziemlich langen Zeitdauer einen hohen Marktanteil zu bewahren.

Erwiderung

Die Klägerin präzisiert die Marktanteile, die sie auf den einzelnen betroffenen Märkten halte und die ergäben, daß die von der Kommission vorgetragenen Zahlen überhöht seien:

- Für Vitamin A stelle die angefochtene Entscheidung selbst nur einen Marktanteil von 47 % fest.
- Für Vitamin C betrage der Marktanteil bei einer zutreffenden Abgrenzung des relevanten Marktes unter Berücksichtigung der möglichen Aus-

tauschprodukte wie der Antioxydantien bei industrieller Verwendung knapp 50 %.

- Ebenfalls bei zutreffender Abgrenzung des Marktes betrage der Marktanteil bei Vitamin E 40 %.
- Bei Pantothensäure belaufe sich der Marktanteil der Klägerin nur auf 30 %.
- Bei Biotin sei der Marktanteil unbeachtlich, weil er als Indiz für die Beherrschung eines in Expansion befindlichen Marktes nicht relevant sei.
- Bei Vitamin B₂ liege der Weltmarktanteil für 1970 bis 1974 knapp über 50 %, wenn von der möglichen Konkurrenz der Fermentationsindustrie und vor allem von den Kapazitäten der Antibiotikahersteller in den USA abgesehen werde, die jederzeit aktiviert werden könnten.
- Bei Vitamin B₆, das im Vergleich zu den übrigen Vitaminen unbedeutend sei, betrage der Marktanteil nicht 95 %, sondern 60 bis 70 %.

Die Klägerin ist angesichts der Rechtsprechung des Gerichtshofes, auf die sich die Kommission bezieht, sowie angesichts der Entscheidung der Kommission in der Sache „Continental Can“ der Ansicht, daß Marktanteile in der Größenordnung von 50 % für sich allein noch nicht ausreichen, um das Vorliegen einer beherrschenden Stellung zu bejahen.

In der *Zuckersache* (Urteil vom 16. Dezember 1975, Slg. 1975, 1663 ff.) hätten die Kommission und der Gerichtshof auch bei Marktanteilen von 85 % (Slg. 1975, 1996) bis 95 % (Slg. 1975, 2013) das Vorliegen sonstiger Umstände berücksichtigt.

Im übrigen hätte die Kommission in jener Rechtssache folgende Ansicht vertreten: Ein Marktanteil von 30 bis 50 % gestatte nicht ohne weiteres den Schluß auf eine beherrschende Stellung. Habe aber ein Unternehmen 90 bis 95 %, dann be-

stehe kein Zweifel, daß es „ohne große Rücksichtnahme auf Wettbewerber handeln“ könne (Slg. 1975, 1878).

In der Rechtssache *Commercial Solvents* (Urteil vom 16. März 1974, verbundene Rechtssachen 6 und 7/73, Slg. 1974, 223) habe es sich um ein „Weltmonopol“ gehandelt.

In der Rechtssache *Continental Can* (Urteil vom 21. Februar 1973, Rechtssache 6/72, Slg. 1973, 215) habe die Kommission nicht allein auf Marktanteile von 70 bis 90 %, sondern auch auf die Möglichkeit abgestellt, „für einen bedeutenden Teil der betreffenden Erzeugnisse die Preise zu bestimmen oder die Produktion oder die Verteilung zu kontrollieren“ (ABl. L 7 von 1972, S. 35).

Die Klägerin betont, daß Marktanteile nach anerkannter Auffassung in Literatur und Rechtsprechung nur in Verbindung mit der jeweiligen Marktphase aussagekräftig seien. Auch die Kommission habe sich diesen Standpunkt in ihrer Studie von 1966 zu eigen gemacht und folgerichtig in ihrer Entscheidung hervorgehoben, daß der Vitaminmarkt sehr expansiv sei. Leider habe sie es dann aber in derselben Entscheidung unterlassen, diese Tatsache in ihre Bewertung der Marktanteile einzubeziehen. Im Gegensatz zu ihrer Behauptung, daß sie bei ihrer Beurteilung der beherrschenden Stellung die „Gesamtheit der Umstände“ berücksichtigt habe, sehe sich die Kommission jetzt gezwungen, die Bedeutung der Expansionsphase zu leugnen, obwohl die angefochtene Entscheidung davon spreche (Nr. 3 der Entscheidung), daß der Markt „sehr expansiv“ sei und sämtlichen Wettbewerbern ein weitgestecktes Tätigkeitsfeld biete.

Gegenerwiderung

Nach Ansicht der Kommission wäre es Sache der Klägerin, die Angaben der Kommission substantiiert zu bestreiten, anstatt sich damit zu begnügen, auf ihre eigenen Schätzungen der Marktanteile zu verweisen, ohne die diesbezüglichen Grundlagen anzugeben.

Im einzelnen trägt die Kommission bezüglich der Vitamine C und E vor, die Klägerin habe keine genauen Angaben geliefert, welche die Feststellung erlaubten, in welchem Umfang sie selbst Vitamine zur technologischen Verwendung an Abnehmer geliefert habe und mit welchen anderen Produkten Vitamine im technologischen Bereich austauschbar seien, welche Produzenten diese Produkte herstellten und wie die Preisverhältnisse lägen.

Was die übrigen Vitamine anbelange, so beruhten die Behauptungen der Klägerin entweder auf einem *nicht aktuellen* potentiellen Wettbewerb (Vitamin B₂) oder auf Einfuhren, denen die Kommission Rechnung getragen habe (Pantothensäure), oder auf dem Fehlen wettbewerbswidriger Wirkungen hoher Marktanteile (Biotin und Vitamin B₆).

Nach Ansicht der Kommission hat die Klägerin nicht die zur objektiven Kontrolle der Richtigkeit der von ihr behaupteten Marktanteile erforderlichen Angaben geliefert.

Besitze ein Unternehmen hohe Marktanteile und stünden ihm Wettbewerber gegenüber, die wesentlich geringere Marktanteile besäßen und nicht über ein vergleichsweise breites Sortiment verfügten, so indiziert dies nach Ansicht der Kommission in der Regel eine beherrschende Stellung. Nur wenn sich ergeben sollte, daß besondere Umstände vorlägen, die die Handlungsfreiheit des Unternehmens tatsächlich stark einschränkten, könnten hohe Marktanteile als Indiz für eine beherrschende Stellung entkräftet werden.

Die Kommission habe nicht bestritten, daß den von der Klägerin angeführten

Entscheidungen des Gerichtshofes Fälle zugrunde gelegen hätten, in denen die Marktanteile mehr als 50 % betragen hätten.

Die Kommission habe in der angefochtenen Entscheidung nicht allein auf die Marktanteile der Klägerin bei den verschiedenen Vitamingruppen abgestellt, sondern auch auf die beträchtliche darunter liegenden Marktanteile der Wettbewerber sowie auf eine Reihe weiterer zur Bestimmung der Stellung der Klägerin auf dem Markt bedeutender Gesichtspunkte. Außerdem habe die Kommission anhand des Vortrags der Klägerin im Verwaltungsverfahren deren Preisverhalten und die Marktverhältnisse mitberücksichtigt. Im übrigen werde durch einen Marktanteil von 25 bis 30 % in mehreren Mitgliedstaaten (Vereinigtes Königreich, Bundesrepublik Deutschland) eine marktbeherrschende Stellung indiziert.

Bezüglich des Umstands, daß sich der Vitaminmarkt in Expansion befinde, trägt die Kommission vor, die These der Klägerin kranke daran, daß sie in undifferenzierter Weise Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaft, denen sie einen absoluten Wert beimesse, für ihre Auffassung in Anspruch nehmen wolle. Unter Berufung auf einige Stimmen aus dem Schrifttum macht die Kommission geltend, daß volkswirtschaftliche Lehrsätze logischer oder empirischer Art nicht in allen Fällen zwingend seien.

Die Marktentwicklung, die bei der Prüfung des Vorliegens einer beherrschenden Stellung sicherlich zu berücksichtigen sei, sei nicht gleichbedeutend mit Marktphase im Sinne der volkswirtschaftlichen Marktphasenlehre. Der in der Klagebeantwortung enthaltene Hinweis der Kommission auf eine „unerhörte Steigerung der Erzeugung und des Absatzes

der Klägerin“ sei ausschließlich im Rahmen der Beurteilung des Verhaltens der Klägerin und nicht unter dem Stichwort der beherrschenden Stellung gefallen.

Zu 2) Die angebotene Vitaminpalette

Klage

Bezüglich der von der Klägerin *angebotenen Vitaminpalette*, zu der es in der streitigen Entscheidung heiße, daß Roche „das einzige Unternehmen ist, das die ganze Vitaminpalette zum Verkauf anbietet“, und daß „sich der Bedarf vieler Verbraucher auf mehrere Vitamingruppen erstreckt“ (Nr. 3 letzter Absatz sowie Nr. 21 der Entscheidung), führt die Klägerin aus, der Bedarf zahlreicher Verbraucher betreffe nur einige der nicht nur von der Klägerin, sondern auch von ihren Wettbewerbern hergestellten Vitamine, erstrecke sich zugleich aber auf eine Großzahl komplementärer Produkte (Additive), die die Klägerin nicht führe, die jedoch von den wichtigsten Konkurrenten der Klägerin in großer Zahl angeboten werden könnten. Dies gelte insbesondere für den Futtermittelsektor, der 60 % der Gesamtnachfrage ausmache.

Die Bedarfsstruktur der Verbraucher sei somit nicht auf das breite Vitaminsortiment abgestellt und erlaube der Klägerin mit Sicherheit keine „unabhängigere Verkaufs- und vor allem Preisstrategie“. Die Breite des Vitaminsortiments sei somit kein Indiz für eine beherrschende Stellung.

Klagebeantwortung

Die Kommission betont, daß die Klägerin nicht bestreite, als Hersteller über ein wesentlich breiteres Sortiment an Vitaminen zu verfügen als ihre Wettbewerber; nach Auffassung der Klägerin werde ein solcher Vorteil jedoch dadurch aufgehoben, daß die Wettbewerber die ganze Reihe der auf dem Futtermittelsektor benötigten Zusatzstoffe (Additive) anbieten könnten. Damit stelle die Klägerin nur auf einen Futtermittelhersteller ab, der wenige Vitamine und viele andere Zusatz-

mittel benötige und diese nach Möglichkeit aus einer Hand beziehen wolle. Ein solcher Verbraucher sei jedoch nicht typisch für den Vitaminmarkt. Die Nachfrage nach Vitaminen in unverpackter Form sei wesentlich differenzierter. Auch seien auf dem Futtermittelmarkt, wie die Klägerin selbst eingeräumt habe, die weit-aus bedeutendsten Nachfrager nach Vitaminen die sogenannten „Premixer“ (Vormischbetriebe), die Vitamine und Additive jeweils für die einzelnen Futtermittel aufbereiteten und die Futtermittelhersteller belieferten. Im übrigen bereiteten große Unternehmen der Futtermittelindustrie die Zugaben auch selbst auf und mischten sie ihren Futtermitteln bei.

Für diese beiden Gruppen gelte, daß sie Vitamine und andere Additive auch von verschiedenen Herstellern beziehen könnten und dies auch machten. Für sie sei die Klägerin interessant, weil sie alle wesentlichen Vitamine, vor allem die der Gruppen A, B, C und E, anbieten könne. Die Einschätzung der Klägerin selbst gehe dahin, in dem Umstand, daß sie das breiteste Sortiment an Vitaminen herstelle, einen Vorteil für ihre Wettbewerbslage zu sehen.

Erwiderung

Die Klägerin wendet sich gegen die Argumentation der Beklagten, das von ihr angebotene breite Vitaminsortiment gestatte es ihr aufgrund der breiteren Streuung, wirtschaftliche Risiken besser aufzufangen. Die Klägerin trägt vor:

- a) Eine derartige Kompensation der Risiken sei nicht auf den Absatz von Vitaminen beschränkt, vielmehr gelte der allgemeine Satz, daß die Möglichkeiten eines Risikoausgleichs um so größer seien, je breiter das Produktionsprogramm eines Unternehmens sei;
- b) auf dem Vitaminmarkt seien ungleich stärkere Wettbewerber als die Klägerin tätig, denen sich sehr viel größere Möglichkeiten des Risikoausgleichs böten.

Das Argument, die Klägerin könne den Bedarf von Abnehmern aus der pharmazeutischen, Lebensmittel- und Futtermittelindustrie besser befriedigen, sei nur dann aussagekräftig, wenn die Abnehmer nur Vitamine benötigten, und zwar in einer Vielzahl, die die Wettbewerber der Klägerin nicht anbieten könnten. Sämtliche größere Konkurrenten der Klägerin seien jedoch ebenso wie diese in der Lage, den Vormischbetrieben alle für diese wesentlichen Vitamine zu liefern, darüber hinaus aber auch eine Vielzahl von Additiven, über die die Klägerin nicht verfüge.

Der Vitaminmarkt mache nur einen Teil der gesamten Additivpalette aus; daher werde die Marktstellung eines Anbieters nicht allein durch die von ihm vertriebenen Vitamine gekennzeichnet, sondern durch die Breite des von ihm angebotenen Sortiments an Additiven. Im Ergebnis könne die Klägerin somit nur feststellen, daß ihr die Breite des Vitaminsortiments keine unabhängige Verkaufs- und Preisstrategie erlaube. Was die Klägerin selbst angeführt habe, sei, daß ein breites Sortiment die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens indiziere, nicht aber eine Marktbeherrschung.

Gegenerwiderung

Die Kommission ist der Ansicht, die These der Klägerin zum Risikoausgleich vereinfache in unzulässiger Weise. Es sei keineswegs sicher, daß ein Unternehmen etwaige Verluste auf dem Vitaminsektor durch Gewinne auf anderen Gebieten ab-

decken könne. Zur Deckung des Bedarfs der Abnehmer bemerkt die Kommission, daß die Klägerin wiederum unter Vernachlässigung der Bereiche der pharmazeutischen und der Lebensmittelindustrie allein auf den Futtermittelsektor abgestellt habe, auf dem sie die vier wesentlichsten Vitamine in großen Mengen anbieten könne.

Zu 3) Roche sei für alle Vitamine zusammen der größte Hersteller der Welt, und ihr Umsatz übersteige den aller übrigen Hersteller zusammen

Klage

Die Feststellung, daß Roche „für alle Vitamine zusammen *der größte Hersteller der Welt ist*“ und „daß ihr Umsatz den aller übrigen Hersteller zusammen übersteigt“ (Nr. 21 Absatz 4 der Entscheidung), sei mehrdeutig. Soweit damit zum Ausdruck gebracht werden solle, daß die Klägerin den größten Anteil an der Vitaminproduktion besitze, werde damit nur das Argument der großen Marktanteile wiederholt. Solle dagegen gesagt werden, die Klägerin sei unter den Unternehmen, die Vitamine produzieren, unter Einbeziehung aller übrigen Produkte das größte, dann sei die Behauptung offensichtlich unzutreffend.

Mehrere Wettbewerber der Klägerin überträfen diese nach Umsatz, Kapitalkraft und Vertriebspotential um ein Mehrfaches. Im übrigen bewirke der ge-

ringere Diversifikationsgrad bei der Klägerin (23 % ihrer Umsätze und damit sehr viel mehr als bei ihren Wettbewerbern entfielen auf Vitamine) eine größere Anfälligkeit in ihrer Handlungsfreiheit, denn nicht der einzelne Produktmarkt, sondern die Gesamtheit der verschiedenen Produktmärkte, auf denen ein Unternehmen tätig sei — der „Unternehmensmarkt“ —, bestimme den Handlungsspielraum eines Unternehmens.

Das Kriterium der Größe eines Unternehmens könne zutreffend nur dann gewürdigt werden, wenn dabei sämtliche Faktoren der Marktstruktur konkret berücksichtigt würden und wenn sie im Verhältnis zur Größe der Mitbewerber gesehen werde.

Klagebeantwortung

Die Feststellung, daß die Klägerin der größte Hersteller der Welt sei, ist nach Ansicht der Kommission nicht gleichbedeutend mit dem Marktanteil, den die Klägerin innerhalb des Gemeinsamen Marktes besitze. Entscheidend sei, daß die Klägerin sowohl im Gemeinsamen Markt als auch auf dem Weltmarkt der größte Hersteller von Vitaminen sei, und darüber hinaus noch mehr Vitamine erzeuge als alle ihre Wettbewerber zusammengekommen. Darauf, daß andere Firmen die Klägerin nach Umsatz, Kapitalkraft und Vertriebspotential um ein Mehrfaches überträfen, komme es nicht an. Mit einem Jahresumsatz von fünf Milliarden Schweizer Franken besitze die Klägerin eine Finanzkraft, die es ihr unter Berücksichtigung des sehr hohen Diversifikationsgrades bei der Vitaminherstellung und des geringen Umsatzes, der auf die Vitaminerzeugung entfalle (23 % des Gesamtumsatzes, der Rest verteile sich auf die — sehr lukrative — Erzeugung von pharmazeutischen und chemischen Produkten), erlaube, mit etwaigen Schwierigkeiten auf den Vitaminmärkten spielend fertig zu werden.

Erwiderung

Nach Ansicht der Klägerin läßt die Beklagte die Tatsache außer acht, daß alle aktuellen und potentiellen Konkurrenten der Klägerin einen größeren Diversifikationsgrad hätten und damit in geringerem Maße von den Vitaminmärkten abhängig seien als die Klägerin. Die Auffassung, daß es auf Umsatz und Finanzkraft als solche nicht ankomme, befinde sich im Widerspruch zu dem Verordnungsentwurf der Beklagten über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen sowie zu ihrer Stellungnahme in der Sache „Continental Can“.

Außerdem beweise ein Jahresumsatz der Klägerin von fünf Milliarden Schweizer Franken gar nichts, solange er nicht in ein Verhältnis zum Umsatz der Wettbewerber gestellt werde, deren Kapitalkraft ungleich höher sei.

Gegenerwiderung

Die Beklagte weist darauf hin, daß es für die Klägerin auf die Größe, ausgedrückt in Umsatz, Kapital und Vertriebspotential, ankomme. Zur Beurteilung der Marktstellung der Klägerin auf dem Vitaminmarkt kommt es nach Ansicht der Beklagten entscheidend auf den Umstand an, daß die Klägerin nicht nur innerhalb des Gemeinsamen Marktes hohe Marktanteile besitze, sondern auch außerhalb, und daß sie in der Welt der größte Hersteller von Vitaminen sei, der mehr erzeuge als alle anderen Wettbewerber zusammengekommen. Die Klägerin werde dadurch in die Lage versetzt, unterschiedlichen Entwicklungen auf Regionalmärkten innerhalb und außerhalb der Gemeinschaft flexibel Rechnung zu tragen.

Zu 4) Die Zahl der Wettbewerber

Klage

Was die *Zahl der Wettbewerber* (und den Umfang der angebotenen Erzeugnisse) anbelangt, so wendet sich die Klägerin gegen die in Nr. 3 der Entscheidung veröffentlichte Tabelle, die die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Vitaminmarkt in einem völlig falschen Licht erscheinen lasse, weil diese weniger durch die Zahl der Hersteller, als vielmehr durch die Zahl der Anbieter (Erzeuger *und* Wiederverkäufer) bestimmt würden.

Die Tabelle lasse somit die entscheidende Rolle der großen Handelsfirmen für den Wettbewerb außer acht, die nicht nur das Vitaminsortiment, sondern auch ein breites Sortiment an Additiven führten, die die Klägerin nicht anbieten könne. Auch habe die Beklagte unberücksichtigt gelassen, daß die Klägerin seit Jahren einem starken Wettbewerbsdruck seitens der japanischen Hersteller und einem zunehmenden Druck bestimmter osteuropäischer Länder ausgesetzt sei.

Klagebeantwortung

Die Ansicht, daß die Anbieter (Hersteller *und* Wiederverkäufer) und nicht lediglich die Hersteller den Wettbewerb bestimmten, verkenne die Realitäten des Wirtschaftslebens.

Der Hersteller sei in aller Regel im Vorteil gegenüber dem Wiederverkäufer, da er nur mit seinen eigenen Kosten zu rechnen brauche, während der Wiederverkäufer erst einmal einkaufen, also einen Preis zahlen müsse, der die Kosten des Herstellers zuzüglich eines Gewinns decke, und dann selbst beim Weiterverkauf noch einen Gewinn erzielen müsse. Vor allem die Handelshäuser (brokers) verkauften regelmäßig zu Preisen, die nicht unwesentlich über denen der Hersteller lägen. Zu niedrigeren Preisen böten sie nur gelegentlich kleinere Mengen Ware an oder solche, die nicht immer frisch sei, also hinsichtlich der Qualität zu wünschen übrig lasse.

Erwiderung

Die Klägerin hält die Auffassung der Beklagten, daß bei der Bewertung der beherrschenden Stellung Wiederverkäufer nicht zu berücksichtigen seien, sachlich und rechtlich für verfehlt:

— Sie widerspreche der Rechtsprechung des Gerichtshofes in seinem Urteil vom 18. Februar 1971 (*Sirena*, Rechtsache 40/70, Slg. 1971, 84); danach sei bei der Prüfung der Marktbeherrschung insbesondere „das etwaige Vorhandensein und die Stellung von Herstellern *und* Verteilern zu berücksichtigen, die gleichartige oder substituierbare Waren vertreiben“.

— Ferner sei die Behauptung unrichtig, Wiederverkäufer müßten zwangsläufig zu höheren Preisen verkaufen, weil ihre Kosten diejenigen des Herstellers zuzüglich dessen Gewinnspanne umfaßten.

Gerade das Gegenteil sei richtig: Die Klägerin müsse außer ihren Herstellungskosten auch ihre Vertriebskosten decken, die mit 12 bis 14 % durchaus über den Vertriebskosten von Händlern und Brokern liegen könnten. Hersteller, die über Wiederverkäufer verkauften, hätten keine eigenen Vertriebskosten aufzuwenden. Der Einkaufspreis der Wiederverkäufer sei also tendenziell um die Vertriebskosten der Hersteller geringer.

Gegenerwiderung

Die Beklagte stellt klar, daß sie sich gegen die Gleichstellung von Herstellern

und Wiederverkäufern bei der Beurteilung der Wettbewerbslage gewandt, dagegen nicht bestritten habe, daß bei der Prüfung der Marktbeherrschung das „etwaige Vorhandensein und die Stellung von Herstellern und Verteilern zu berücksichtigen“ sei.

Die Behauptung, daß die Klägerin außer ihren Herstellungskosten auch ihre Vertriebskosten decken müsse, die mit 12 bis 14 % über den Vertriebskosten von Händlern und Brokern liegen könnten, übersehe, daß auch ein Hersteller, der über Handelsfirmen verkaufe, eigene Vertriebskosten habe, zu denen die Vertriebskosten des Handelsunternehmens hinzukämen.

Hinzu komme, daß die Klägerin durch die Gründung von Tochtergesellschaften ihre Erzeugung und den Vertrieb dezentralisiert habe und sich daher näher am Kunden befinde als ein Hersteller aus Japan oder aus dem Ostblock, der seine Ware über Wiederverkäufer vertreiben müsse.

Zu 5) Der technologische Vorsprung

Klage

Die Feststellung (Nr. 21 der Entscheidung), die Klägerin besitze ihren Wettbewerbern gegenüber einen technologischen und kommerziellen Vorsprung, stehe im Widerspruch zu der Feststellung, daß die Patente zur Herstellung von Vitaminen erloschen seien (Nr. 8 der Entscheidung) und daß die synthetische Herstellung der einzelnen Vitamine wissenschaftlich gesehen keine besonderen Schwierigkeiten bereite (Nr. 3 der Entscheidung).

Was die jüngste Entwicklung bei der industriellen Verwendung von Vitamin C (Antioxydants, Ferment für Brauereien usw.) (Nr. 8 der Entscheidung) und die „neuen Mischungen für Tiere“ betreffe, so handele es sich dabei um das Ergebnis von Forschungen, die durch Publikationen längst Allgemeingut geworden seien und durch die eine Marktausweitung ein-

getreten sei, die sowohl der Klägerin selbst als auch ihren Konkurrenten zugute gekommen sei.

Der „Time Sharing Service“, von dem in Nr. 8 der Entscheidung die Rede sei, sei keineswegs auf die Klägerin beschränkt; er habe im übrigen 1975 nur 7 Kunden von mehreren tausend Abnehmern (darunter keinen einzigen der 22 in der Entscheidung genannten Kunden) umfaßt. Die Bedeutungslosigkeit dieses Service gehe im übrigen auch aus den von der Beklagten vorgelegten Unterlagen hervor.

Klagebeantwortung

Die Kommission entgegnet, die Feststellung, daß die Klägerin über einen technologischen Vorsprung verfüge, stelle im Grunde eine Binsenwahrheit dar, die der eigenen Einschätzung der Klägerin entspreche, wie sie aus einer Reihe von Unterlagen ersichtlich werde.

Es wäre verwunderlich, wenn die Klägerin, die als Pionier in der Herstellung und der Anwendung synthetischer Vitamine tätig geworden sei, auch nach Ablauf des Patentschutzes nicht über technische Erfahrungen und Kenntnisse verfügen würde, die ihr einen Vorsprung gegenüber ihren Wettbewerbern verliehen.

Die Beklagte zitiert aus einer Unterlage der Klägerin, nach der als Grund dafür, daß multinationale Unternehmen daran interessiert sein sollten, Lieferverträge mit der Klägerin zu schließen, deren technisches know-how genannt werde.

Erwiderung

Die Klägerin bemerkt, statt eines Nachweises des behaupteten technologischen Vorsprungs bringe die Beklagte bloße Spekulationen. Zu dem von der Beklagten zitierten Dokument stellt die Klägerin fest, in dem know-how, das heutzutage mit jedem technischen Produkt verbunden sei, könne kein technologischer Vorsprung gesehen werden, der auch noch ein Indiz für Marktbeherrschung darstellen solle.

Gegenerwiderung

Die Beklagte teilt nicht die Ansicht, ein im Sinne der Marktbeherrschung relevanter technologischer Vorsprung sei nur dann gegeben, wenn er sich dazu verwenden lasse, Dritte am Marktzutritt zu hindern oder im Wettbewerb zu beschränken. Die Klägerin habe ihr technologisches Wissen, das sie bei der Herstellung und Anwendung synthetischer Vitamine erworben habe, einsetzen können, um ihre beherrschende Stellung mit Erfolg zu behaupten.

Zu 6) Das Vertriebsnetz

Klage

Auch bei ihrem Betriebsnetz (Nr. 8 der Entscheidung) habe die Klägerin keinen Vorsprung vor ihren Wettbewerbern. Einige von diesen (und dazu rechneten nicht nur pharmazeutische Unternehmen, sondern auch Chemieproduzenten) verfügten dank ihrer Aktivitäten auf dem Düngemittelsektor und dem Bereich der Pflanzenschutzmittel über ein Absatzsystem im Agrarbereich, das sie zum Verkauf von Vitaminen einsetzen könnten.

Klagebeantwortung

Die Beklagte sieht den Vorteil des Vertriebsnetzes von Roche darin, daß deren Wettbewerber zu einem nicht unerheblichen Teil selbständige Handelsunternehmen in den Vertrieb einschalten müßten, während die Klägerin durch ihre Tochtergesellschaften weltweit ein Vertriebsnetz ausgebaut habe, das auf die speziellen Bedürfnisse der Abnehmer von Vitaminen eingestellt sei, diese nicht nur fachmännisch berate, sondern auch beständig frische Vitamine auf Lager halte.

Erwiderung

Einen aus dem Vertriebsnetz folgenden Vorteil der Klägerin gebe es nicht. Zwei ihrer Hauptkonkurrenten verkauften ebenfalls über ihr eigenes Vertriebsnetz. Im übrigen komme es auch nicht darauf an, beständig „frische“ Vitamine auf La-

ger zu halten, da fast sämtliche Vitamine monatelang, teilweise bis zu fünf Jahren, lagerfähig seien.

In Wirklichkeit reduziere sich das behauptete „Vertriebsnetz“ auf die bloße Tatsache, daß die Klägerin bei den vorhandenen Tochtergesellschaften Vorräte unterhalte.

Gegenerwiderung

Die Beklagte stellt fest, daß die Klägerin im Grunde nicht bestreite, ein „umfassendes Vertriebsnetz“ zu besitzen; sie sei in allen wesentlichen Ländern durch Tochtergesellschaften vertreten. Das Vertriebsnetz der Wettbewerber von Roche, die als Hersteller von Vitaminen in der Bedeutung wesentlich hinter der Klägerin zurückständen, habe für diese nicht die gleiche Bedeutung. Auch wenn Vitamine längere Zeit auf Lager gehalten werden könnten, so bedürfe dies doch einer Kontrolle. Diese Kontrolle und der Service seien nur möglich, weil die Klägerin ihr Vertriebsnetz sehr gut ausgebaut habe.

Zu 7) Der potentielle Wettbewerb

Klage

Die Klägerin bestreitet die Behauptung der Kommission, es sei „... nicht anzunehmen, daß das etwaige Erscheinen neuer Wettbewerber auf diesem Markt [dem Vitaminmarkt] die Stellung von Roche derzeit merklich ändern kann“ (Nr. 21 a.E. der Entscheidung).

Die Beklagte stütze diese Behauptung auf die Erwägung, der Zugang zu den Vitaminmärkten sei nur dann rentabel,

wenn umfangreiche spezifische Investitionen vorgenommen und die Kapazitäten für lange Zeiträume geplant würden, woraus folge, daß „nur große pharmazeutische Unternehmensgruppen“ auf diesem Markt tätig werden könnten. Diese letztere Behauptung sei verfehlt, denn fast sämtliche Unternehmen der Großchemie seien potentielle Wettbewerber. Jedes dieser Chemieunternehmen sei in der Lage, in das Vitamingeschäft einzusteigen, sobald auf einem dieser Märkte der Wettbewerb nachlasse und höhere Gewinne zu erwarten seien. Die potentielle Konkurrenz übe also einen sehr wirkungsvollen aktuellen Einfluß auf die Preisentwicklung aus.

Was den erforderlichen Investitionsaufwand betreffe, so sei festzustellen, daß fast sämtliche aktuellen oder potentiellen Wettbewerber der Klägerin diese an Größe und Finanzkraft überragten. Im übrigen sei die Behauptung, jede Neuerichtung erfordere einen so hohen Investitionsaufwand, daß er nur von Großunternehmen aufgebracht werden könne, nicht zutreffend. Vielmehr könnten kleinere Produktionseinheiten den Großanlagen in bezug auf ihre Rentabilität gerade im Fall großer Überkapazitäten (die auf dem Weltmarkt zu verzeichnen seien) überlegen sein. Diese weltweite Überkapazität sei der Grund für einen erheblichen Wettbewerbsdruck, der von zur Zeit stillgelegten Produktionsstätten anderer Hersteller ausgehe. Auch Kapazitätsausweitungen der aktuellen Wettbewerber könnten einen wirksamen Druck auf das Wettbewerbsverhalten der Klägerin ausüben.

Zusammenfassend lasse sich sagen, daß die Entscheidung den permanent vorhandenen potentiellen Wettbewerb vollständig unberücksichtigt lasse und daher dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtsache 6/72 (*Europemballage*, Urteil vom 21. Februar 1973, Slg. 1973, 215), das dem potentiellen Wettbewerb eine entscheidende Bedeutung beigemessen habe, nicht Rechnung trage.

Klagebeantwortung

Entgegen dem Vorbringen der Klägerin habe die Beklagte die Frage des potentiellen Wettbewerbs sehr wohl geprüft, sei jedoch zu einer negativen Schlußfolgerung gelangt.

Sie habe in der Entscheidung zum Ausdruck gebracht, daß sich die Stellung von Roche auf den Vitaminmärkten in dem für die Entscheidung bedeutsamen Zeitraum (1964 bis 1974) seinerzeit nicht merklich hätte ändern können, wenn neue Wettbewerber auf diesem Markt aufgetreten wären. Daher liege neben der Sache, was die Klägerin über mögliche künftige Entwicklungen ausführe. Außerdem habe die Kommission zu den „großen pharmazeutischen Unternehmensgruppen“, die in Nr. 4 der Entscheidung genannt seien, auch die bedeutenden Chemiekonzerne gerechnet, auf die die Klägerin angespielt habe. Die Kommission bestreite jedoch, daß diese Unternehmen *sofort* in der ganzen Breite des Sortiments, das die Klägerin herstelle, in das *Vitamingeschäft* einsteigen könnten.

Erwiderung

Die Beklagte verkenne nach Ansicht der Klägerin das Wesen der potentiellen Konkurrenz. In der Regel habe der Druck, den potentielle Konkurrenten auf den Markt ausübten, zur Folge, daß das Preisniveau niedrig bleibe, um die Verwandlung eines potentiellen in einen aktuellen Konkurrenten nicht zu provozieren. Für diesen Effekt der potentiellen Konkurrenz spiele es keine Rolle, ob zwischen dem Investitionsentschluß und dem Markteintritt nur einige Monate oder einige Jahre lägen. Das Wesen der potentiellen Konkurrenz bestehe gerade darin, daß sie als Drohung wirksam sei. Entscheidend sei, daß potentielle Wettbewerber durch ihre bloße Existenz eine Wirkung auf den Markt ausübten. Die Beklagte lasse im übrigen die weltweite

Überkapazität außer acht, die einen zusätzlichen Druck auf den Wettbewerb ausübe. Schließlich könne auch die Beklagte nicht bestreiten, daß in dem genannten Zeitraum eine ganze Reihe von Unternehmen neu in den Markt eingetreten seien oder ihre Kapazitäten dort erweitert hätten.

Gegenerwiderung

Was die Klägerin über potentielle Konkurrenz und deren Auswirkung auf das Preisniveau vorbringe, das niedrig bleiben müsse, um die Verwandlung eines potentiellen in einen aktuellen Konkurrenten nicht zu provozieren, bestätigt nach Ansicht der Kommission die Richtigkeit ihrer Ausführungen zur Bedeutung des Preisrückgangs bei Erzeugnissen der Klägerin. Mit Rücksicht auf die erforderlichen bedeutenden Investitionen bezweifelt die Kommission weiterhin, daß mit dem Erscheinen neuer Wettbewerber zu rechnen sei.

Zu 8) Der Zugang zu den Beschaffungsmärkten

Klage

In der streitigen Entscheidung sei die Frage des Zugangs zu den Beschaffungsmärkten vollständig übergangen worden. Die Hauptkonkurrenten der Klägerin und fast alle potentiellen Konkurrenten verfügten als Hersteller chemischer Vor- und Zwischenprodukte über einen großen Teil der Ausgangsstoffe für die Vitaminherstellung, während die Klägerin in ihrer Rohstoffversorgung fast vollständig von dritten Unternehmen und teilweise sogar gerade von ihren aktuellen und potentiellen Wettbewerbern abhängt.

Klagebeantwortung

Die Kommission hält dem entgegen, die Klägerin habe ihre Behauptung, sie sei in ihrer Rohstoffversorgung fast vollständig von dritten Unternehmen, teilweise sogar von ihren Wettbewerbern abhängig, nicht näher nachgewiesen.

Erwiderung

Die Klägerin erwidert, sie habe im Verwaltungsverfahren eingehend auf die Frage der Rohstoffversorgung hingewiesen. Zwei Wettbewerber der Klägerin hätten als Basishersteller der Großchemie sicherlich einen wesentlich günstigeren Zugang zu den Ausgangsprodukten, die sie weitgehend selbst herstellten. Nach Ansicht der Klägerin ist gerade das Kriterium des Zugangs zu den Beschaffungsmärkten einer der wesentlichsten Beurteilungsmaßstäbe für die Marktbeherrschung.

Gegenerwiderung

Die Kommission stellt nicht in Abrede, daß die Frage des Zugangs zu den Beschaffungsmärkten für die Beurteilung der Marktstellung erheblich sein kann. Es handele sich dabei aber nur um eines von mehreren in Betracht kommenden Kriterien. Entscheidend sei insofern, ob die Klägerin diese Produkte auf dem Markt erhalten könne. Dies sei hier der Fall, denn als chemisches Unternehmen hätte die Klägerin die Erzeugung der Vorprodukte notfalls selbst aufnehmen können, habe es jedoch bislang als vorteilhafter angesehen, diese Produkte von anderen Unternehmen zu erwerben.

II. Marktverhalten der Klägerin und dessen Ergebnisse

Klage

Die Klägerin hebt hervor, die Entscheidung der Kommission lasse jede Prüfung

der Beurteilungskriterien vermissen, die sich auf die Marktergebnisse (performance) und das Marktverhalten (conduct) beziehen.

In der Literatur bestehe grundsätzliche Übereinstimmung darin, daß eine nur quantitative Marktstrukturuntersuchung „ungeeignet ist, das Maß der vom Wettbewerb unkontrollierten Handlungsfreiheit der Unternehmen zu bestimmen“ (Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, S. 370). Vielmehr müßten alle Umstände der Marktsituation und des Marktverhaltens berücksichtigt werden. Auf der Grundlage dieser Kriterien habe die Klägerin niemals annehmen können, daß sie keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sei und somit eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag besitze.

Die beiden Kriterien (Marktverhalten und dessen Ergebnisse) stünden wirtschaftlich im Verhältnis der Interdependenz. Insbesondere das Marktverhalten werde vielfach als „bedeutsamste Kriterium“ bezeichnet.

Im Rahmen des Marktverhaltens spiele es eine besondere Rolle, ob ein Unternehmen gezwungen sei, sich an den Marktpreisen zu orientieren, oder ob es seine Preise innerhalb eines nicht genau umrissenen Spielraums nach Gutdünken festsetzen könne.

Diese Auslegung habe die Beklagte selbst akzeptiert („Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt“, Brüssel 1966, sowie Nr. 22 der Entscheidung *Continental Can*, ABl. L 7 vom 8. Januar 1972, S. 25) ebenso der Gerichtshof (Urteil vom 18. Mai 1962, Rechtssache 13/60, *Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaften*, Slg. 1962, 177 ff., 214).

Die Prüfung der Marktergebnisse und des Marktverhaltens impliziere notwendig die Überprüfung der Entwicklung über einen längeren Beobachtungszeitraum. Insoweit komme es insbesondere darauf an, ob bei einem Unternehmen über einen längeren Zeitraum hinweg steigende Preise festgestellt werden könn-

ten oder ob das Unternehmen gezwungen gewesen sei, sich an den Marktpreisen zu orientieren und diese unter dem Druck der Konkurrenz zu senken.

Eine Prüfung der Preisentwicklung über mehrere Jahre hinweg seit der Einführung der betreffenden Vitamine bis zum Jahre 1974 zeige, daß etwa die Preise der wichtigsten Vitamine A, E, C, B₂ und B₆ ständig in starkem Ausmaß gesenkt worden seien. Es widerspreche jeder Lebenserfahrung, daß ein Unternehmen, das angeblich keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sei und die Preise im wesentlichen unabhängig von seinen Wettbewerbern, Lieferanten und Abnehmern bestimmen könne, die Preise in einem solchen Ausmaß senke, ohne durch den Wettbewerb hierzu gezwungen zu sein. Ferner seien die Preise der Klägerin, obwohl in den Jahren von 1970 bis 1974 Preissteigerungen von durchschnittlich 50 % eingetreten und auch die Kosten der Klägerin in diesem Zeitraum um 50 % oder mehr gestiegen seien, in diesem Zeitraum unter dem Druck des Wettbewerbs bei den meisten Vitaminen weiter erheblich gefallen (Vitamin A: Preissenkung um 25 %; Vitamin E: Preissenkung um mehr als 18 %; Pantothensäure: Preissenkung um durchschnittlich 50 %; Vitamine B₂ und B₆: geringfügige, aber tatsächlich doch vorliegende Preissenkung; lediglich die Preise für Vitamin C zeigten eine leicht steigende Tendenz). Diese Angaben ließen nur den Schluß zu, daß die Klägerin niemals eine „Preisbestimmungsmacht“ besessen habe. In einem Zeitraum, der durch starke Preissteigerungsraten gekennzeichnet sei, hätte die Klägerin niemals freiwillig derartige Preissenkungen mitvollzogen, wenn sie nicht durch einen äußerst wirksamen Wettbewerb dazu gezwungen worden wäre.

Die Unterlagen, die die Kommission in einseitiger Weise als Beleg für das mißbräuchliche Verhalten der Klägerin genannt und zitiert habe, lieferten insoweit genaue Anhaltspunkte. Wesentliche Beurteilungskriterien hierfür seien: Der „fortwährende Druck von japanischen, dänischen und deutschen Wettbewerbern“ bei Vitamin B₆ (Rundschreiben vom Dezember 1970), der bevorstehende Eintritt eines Wettbewerbers, dessen Marktpotential dasjenige der Klägerin um das Vierfache übersteige, auf dem Vitamin A- und Vitamin E-Markt (ebenfalls Rundschreiben vom Dezember 1970), das Erfordernis, „highly competitive prices“ bieten zu müssen, um einen Jahresvertrag von einem Großkunden zu erhalten (Rundschreiben vom August 1971), das Bestehen „starker Konkurrenz“ bei den Vitaminen A und E, die Unmöglichkeit, Vitamin C zu einem höheren Preis zu verkaufen, ohne Marktanteile zu verlieren, sowie ein Marktverlust von 17,5 % auf dem deutschen Markt für Pantothenate (Stellungnahme vom 12. und 13. Oktober 1972).

Diese Unterlagen sprächen objektiv gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung; erst recht werde dadurch bewiesen, daß die Klägerin zumindest subjektiv habe annehmen können, einem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt zu sein.

Die Klägerin legt eine Reihe interner Unterlagen vor, aus denen sich ergebe, daß der Wettbewerbsdruck in den Jahren 1971, 1972 und 1973 vor allem auf den Märkten für die Vitamine A, B₁, B₂, B₃, B₆ und E sehr lebhaft gewesen sei.

Klagebeantwortung

Zur Beantwortung der Frage, ob die Klägerin auf den Vitaminmärkten eine beherrschende Stellung einnimmt, ist nach Ansicht der Beklagten auf deren Marktanteile abzustellen. Erst wenn über diese Marktanteile, die bei den Hauptprodukten (Vitamin A, E und C) bei über 50 % lägen, Klarheit bestehe, sei es sinnvoll,

Tatsachen zu diskutieren, aus denen sich möglicherweise ergebe, daß die Klägerin trotz ihrer hohen Marktanteile einem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt gewesen sei. Relevante Märkte seien diejenigen der einzelnen Vitamingruppen, nämlich der Gruppen A, B₂, B₆, C, E, Biotin (H) sowie Pantothensäure (B₃). Jede dieser Vitamingruppen sei zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs geeignet und mit anderen Erzeugnissen nicht oder nur in Ausnahmefällen hinsichtlich eines bestimmten Bedarfs austauschbar.

Die Substitution durch andere Erzeugnisse scheide völlig aus. Als relevanter geographischer Markt sei der gesamte Gemeinsame Markt anzusehen.

Gegenüber dem Vorwurf, das Marktverhalten der Klägerin und dessen Folgen nicht berücksichtigt zu haben, erhebt die Beklagte einen formellen und einen sachlichen Einwand.

Zur formellen Seite bringt sie vor, sie sei verpflichtet, die von ihr getroffene Entscheidung zu begründen, sei aber nicht gehalten, alle Behauptungen zu widerlegen, die im Verwaltungsverfahren vorgebracht worden seien. Die Klägerin könne nicht verlangen, daß die Beklagte sich in der Entscheidung Behauptungen zu eigen mache, die sie nicht für richtig halte.

In sachlicher Hinsicht müsse die Beklagte den Vorwurf bestreiten, sie habe ausschließlich Kriterien der Marktstruktur berücksichtigt. Die Kommission selbst habe schon frühzeitig die Auffassung vertreten, daß „Marktbeherrschung in erster Linie eine wirtschaftliche Potenz (ist), und zwar die Fähigkeit, einen wesentlichen und für das beherrschende Unternehmen im Prinzip voraussehbaren Einfluß auf das Marktgeschehen auszu-

üben“ (vgl. die Studie „Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt“, 1966, Nr. 22); in der Entscheidung *Continental Can* habe sie diese Auffassung dann weiter präzisiert, dabei allerdings betont, daß die unabhängige Verhaltensweise jedenfalls dann gegeben sei, wenn die Unternehmen „aufgrund ihres Marktanteils oder ihres Marktanteils in Verbindung insbesondere mit der Verfügbarkeit von technischem Wissen, Rohstoffen oder Kapital die Möglichkeit haben, für einen bedeutenden Teil der betreffenden Erzeugnisse die Preise zu bestimmen oder die Produktion oder die Verteilung zu kontrollieren“.

Auch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes, vor allem in den Urteilen *Commercial Solvents* (Verbundene Rechtsachen 6 und 7/73, Slg. 1974, 223) und in den „Zuckersachen“ (Rechtssachen 40/73 u.a., *Suiker-Unie* u.a., Slg. 1975, 2005), sei die Tatsache, daß die betroffenen Unternehmen sehr hohe Marktanteile besäßen, als ausreichend anzusehen für die Feststellung, daß sie eine beherrschende Stellung innehatten. Besitze ein Unternehmen hohe Marktanteile und stünden ihm Wettbewerber gegenüber, die wesentlich geringere Marktanteile besäßen und nicht über ein vergleichsweise breites Sortiment verfügten, so indiziere dies in der Regel eine beherrschende Stellung des Unternehmens mit hohen Marktanteilen. Nur wenn sich ergeben sollte, daß besondere Umstände vorlägen, die die Handlungsfreiheit des Unternehmens tatsächlich stark einschränkten, ließen hohe Marktanteile nicht den Schluß auf eine beherrschende Stellung zu.

Die Kommission befaßt sich sodann mit den Schaubildern, aus denen hervorgehen solle, daß die Preise für die Vitamine A, E, C, B₂ und B₆ im Laufe der Jahre zurückgegangen seien; sie verweist auf die unerhörte Steigerung der Erzeugung der Klägerin während des betreffenden Zeitraums und meint, durch die Schaubilder werde lediglich bewiesen, daß eine starke Ausweitung des Mengenabsatzes die Preise sinken lasse.

Die Kommission nimmt eine prozentuale Gegenüberstellung der hergestellten Mengen mit den Preisen vor und entnimmt daraus, daß die Klägerin von 1970 bis 1974 ihren Absatz bei den meisten Vitaminen ganz wesentlich habe steigern können, daß sie bei den Preisen nur bei einigen Vitaminen Konzessionen gemacht habe und daß sie deshalb insgesamt ihre Erlöse wesentlich habe verbessern können.

Entgegen den Behauptungen der Klägerin seien die von der Beklagten in der Entscheidung genannten und zitierten Unterlagen (Nr. 12: Rundschreiben vom Dezember 1970, Rundschreiben vom Mai — richtig: August — 1971, *Versammlung der Europäischen „Bulk Manager“* vom 12. und 13. Oktober 1971 — richtig: 1972 —), mit denen das Vorliegen eines Mißbrauchs habe gezeigt werden sollen, kein Beweis für das Fehlen einer beherrschenden Stellung.

Es komme nicht darauf an, ob die Klägerin in der Gestaltung ihrer Preise völlig frei gewesen sei — dies seien nur Monopolisten —, sondern darauf, ob ihre Stellung von der Art gewesen sei, daß sie ohne wesentliche Rücksicht auf Wettbewerber, Lieferanten und Abnehmer handeln können.

Bestimmte von der Klägerin in der Anlage zur Klageschrift vorgelegte Unterlagen lieferten gerade den Beweis dafür, daß die Klägerin sehr wohl in der Lage gewesen sei, auf dem Vitaminmarkt neu auftretenden Wettbewerbern zu begegnen und daß sie die Ansicht, ihre überragende Marktstellung zu behaupten, positiv eingeschätzt habe.

Erwiderung

Die Klägerin stellt in ihrer Erwiderung fest, daß sich die Kommission zum Nachweis der beherrschenden Stellung trotz ihrer gegenteiligen Behauptungen prak-

tisch ausschließlich auf die Marktanteile stütze: Die Innehabung bedeutender Marktanteile und das Angebot eines vergleichsweise breiten Sortiments seien „Indizien“ für die beherrschende Stellung, die nur durch besondere Umstände entkräftet werden könnten. Die Kommission argumentiere gegen ihre eigenen früheren Äußerungen sowie gegen die Rechtsprechung des Gerichtshofes. Im übrigen kehre das Vorbringen der Kommission die Beweislast um.

Daß die Kommission in der streitigen Entscheidung im Rahmen der Feststellung der beherrschenden Stellung andere Kriterien als die Marktanteile, etwa die Preisbestimmungsmacht, nicht berücksichtigt habe, stelle eine Verletzung von Artikel 86 wegen unrichtiger Auslegung seiner Tatbestandsvoraussetzungen sowie gleichzeitig eine Verletzung von Artikel 190 des Vertrages dar, da die streitige Entscheidung einen Begründungsmangel enthalte.

Zu der von der Kommission angeführten Rechtsprechung sowie zu deren eigener Entscheidung vom 2. Januar 1973 bemerkt die Klägerin, es habe sich in jenen Fällen um Unternehmen mit sehr viel höheren Marktanteilen als den von der Klägerin gehaltenen 50 % gehandelt, und man könne daraus nicht herleiten, daß ein solcher Marktanteil die Berücksichtigung der Marktergebnisse und des Marktverhaltens erübrige und den Unternehmen den Nachweis einer „tatsächlich stark eingeschränkten Handlungsfreiheit“ auferlege.

Zum Vorbringen der Beklagten, sie sei nicht gehalten, auf alle „Einwendungen“ oder „Behauptungen“ der Klägerin einzugehen, bemerkt diese, die Kommission übersehe, daß es sich bei dem Kriterium der Preisbestimmungsmacht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes um eine zwingende Tatbestandsvoraussetzung des Artikels 86 handle, deren Nachweis der Kommission obliege.

Die mit der Klage vorgelegten Unterlagen zeigen nach Ansicht der Klägerin,

daß zwischen 1970 und 1974 ein wirksamer Wettbewerb bestanden habe.

Die Preissenkungen, die in den von der Klägerin beigebrachten Unterlagen für die Nachkriegszeit und vor allem für die Zeit vor 1970 bei den wesentlichen Vitaminen festgestellt würden, seien entgegen dem Vorbringen der Kommission nicht Folge der Steigerung der in einer Expansionsphase produzierten Mengen mit dem Ziel, die Stückkosten zu vermindern.

Eine Senkung der Stückkosten trete nur ein, solange in einer vorhandenen Produktionsanlage bisher nicht voll ausgelastete Kapazitätsreserven besser ausgenutzt werden könnten und solange die Produktionsmittelpreise nicht zunähmen. In einer Expansionsphase müßten jedoch die Produktionsanlagen zwangsläufig erweitert und zusätzliche Produktionsanlagen errichtet werden, so daß eine Kostendegression nicht eintrete.

Theorie und Praxis des Wirtschaftslebens zeigten, daß ein Unternehmen, das keinem Wettbewerb ausgesetzt sei, seine Preise nicht in dem Umfange ermäßige, wie dies hier der Fall gewesen sei. Wenn die Klägerin ihre Preise gesenkt habe, so sei dies nur aufgrund des Zwangs geschehen, den der Wettbewerb auf sie ausgeübt habe.

Bezüglich des Zeitraums von 1970 bis 1974 betont die Klägerin, daß die in diesem Zeitraum eingetretenen Preissenkungen bei Erzeugnissen der Klägerin mit einer außerordentlichen Preissteigerung in sämtlichen Ländern der Gemeinschaft einhergegangen sei. Trotz einer Kostensteigerung von 50 % und trotz einer Verdoppelung der Nachfrage habe die Klägerin bei vier Erzeugnissen Preissenkungen

von 17 % bis 29 % hinnehmen müssen und habe bei drei anderen Erzeugnissen keine höheren Einkünfte erzielen können (was schon einem Inflationsverlust von 20 % gleichzusetzen sei).

Mehrere Anlagen zur Klageschrift lieferten zusätzliche Beweise dafür, daß auf den betreffenden Märkten ein wirklicher Wettbewerb stattgefunden habe. Es sei bezeichnend, daß die Klägerin den Markteintritt bestimmter neuer Wettbewerber nicht habe verhindern können. Ferner hätten die in der streitigen Entscheidung beanstandeten Verträge lediglich eine „fall-clause“ enthalten, die ausschließlich eine Preissenkung vorgesehen habe, während es der Klägerin nicht gelungen sei, ihren Kunden gegenüber die heute allgemein verbreitete „rise-clause“ durchzusetzen, nach der sich im Falle von Kosten- oder Preiserhöhungen die vereinbarten Lieferpreise entsprechend erhöhen.

Gegenerwiderung

Die Beklagte macht geltend, sie habe das Marktverhalten der Klägerin und die Marktergebnisse geprüft und beurteilt, sei dabei jedoch zu anderen Ergebnissen gelangt als die Klägerin.

Sie habe aufgrund der Prüfung des Verhaltens der Klägerin und der Marktergebnisse nicht feststellen können, daß die Klägerin in der Unabhängigkeit ihres Verhaltens durch den Wettbewerb nennenswert eingeschränkt worden sei. Insoweit sei wesentlich, daß die Klägerin über eine längere Periode hinweg ihre hohen Marktanteile habe halten können.

Im übrigen habe die Beklagte nie in Abrede gestellt, daß sie die Beweislast für die Tatbestandsmerkmale des Artikels 86 trage. Die Verpflichtung der Klägerin, den Gerichtshof davon zu überzeugen, daß die Beklagte den von ihr geforderten Nachweis nicht geführt habe, bedeute keine verfassungswidrige Umkehr der Beweislast.

Die Beklagte bestreitet nicht, daß in den Fällen, in denen der Gerichtshof eine be-

herrschende Stellung bejaht habe, die Marktanteile über 50 % gelegen hätten. Sie habe in der ergangenen Entscheidung nicht nur die Marktanteile der Klägerin für die einzelnen Vitamingruppen berücksichtigt, sondern auch die — beträchtlich geringeren — Marktanteile der Wettbewerber sowie eine Reihe sonstiger für die Bestimmung der Marktstellung der Klägerin bedeutender Kriterien. Ferner habe die Beklagte — anhand des Vortrags der Klägerin im Verwaltungsverfahren — deren Preisverhalten und die Marktverhältnisse mitberücksichtigt.

Bezüglich der Preissenkung bestreitet die Beklagte die Behauptung der Klägerin, ein marktbeherrschendes Unternehmen habe ein Interesse daran, die Absatzmenge zu beschränken, um den Preis zu erhöhen.

Ein Unternehmen, das keine Monopolstellung innehatte, aber einen hohen Marktanteil und wachsendes Absatzvolumen aufweise, müsse darauf achten, durch überhöhte Preise nicht anderen Unternehmen einen Anreiz zu bieten, als Wettbewerber in den Markt einzutreten. Ein solches Unternehmen könne deshalb ein Interesse daran haben, die Preise entsprechend dem Mengenwachstum zu senken. Zur Preisentwicklung 1970 bis 1974 meint die Beklagte, die Klägerin sei nicht auf ihr Schaubild eingegangen, in dem die Preisentwicklung der Mengenentwicklung für 1970 bis 1974 gegenübergestellt worden sei; dasselbe gelte für das Schaubild, das nach Auskünften der Tochtergesellschaften der Klägerin im Gemeinsamen Markt eine Übersicht über die

Preise der Klägerin von 1971 bis 1974 gebe.

B — Mißbräuchliche Ausnutzung

Gegenüber der Feststellung, es liege eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung vor, bestreitet die Klägerin in erster Linie bestimmte tatsächliche Umstände, vor allem hinsichtlich der mit den Firmen Unilever und Merck abgeschlossenen Verträge. Sie wendet sich auch gegen die von der Kommission der englischen Klausel gegebene Auslegung. Ferner widerspricht sie der Auslegung und Anwendung, welche die Kommission Artikel 86 hinsichtlich der Wettbewerbsbeschränkung gegeben habe, die sich aus den in den streitigen Verträgen enthaltenen Treueklauseln ergebe. Schließlich lugnet sie insbesondere, daß die streitigen Verträge aufgrund der darin vorgesehenen Rabatte oder Nachlässe die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber den Handelspartnern zur Folge gehabt hätten, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt worden seien (Artikel 86 Buchstabe c).

I. Erörterung einiger von der Kommission behaupteter Tatsachen

Klage

Die Klägerin will zunächst einige Fakten richtigstellen, von denen die Kommission ihrer Ansicht nach ein unrichtiges Bild vermittelt hat. Vor allem betont sie, daß die Exklusiv- oder Vorzugsverträge namentlich dem Wunsch der Kunden nach Sicherstellung ihrer Versorgung, gleichbleibender Qualität und günstigen Preisen entgegenkämen.

Ferner habe die Kommission die Rabatte für Biotin zu Unrecht als Treuerabatte angesehen. Die von der Kommission in Nr. 12 ihrer Entscheidung angeführten Unterlagen ergäben eindeutig, daß es sich hierbei um gewöhnliche „Einführungsrabatte“ gehandelt habe, die gemeinhin einer ausgesuchten Gruppe von

Abnehmern gewährt würden, die bereit seien, die Promotion einer Ware zur Ausweitung der Absatzmöglichkeiten zu übernehmen.

Die Klägerin bestreitet auch, daß die mit den Firmen Merck und Unilever abgeschlossenen Verträge dem System der „Treueverträge“ zuzurechnen seien. Die Firma Unilever pflege regelmäßig einheitlich für alle kontinentalen Konzerngesellschaften größere Bedarfsmengen an Vitaminen über einen längeren Zeitraum bei der Klägerin zu bestellen, und die Verträge hätten keinerlei Verpflichtung für Unilever vorgesehen, diese Aufträge etwa exklusiv an die Klägerin zu vergeben.

Bei den mit der Firma Merck abgeschlossenen Verträgen seien die eingeräumten Rabatte durch die bezogenen Mengen gerechtfertigt, zumal es sich nicht um „Treuerabatte“, sondern um Funktionsrabatte gehandelt habe, weil der größte Anteil der bezogenen Vitamine von Merck weitervertrieben werde.

Daher sei es unzulässig, die Bezüge von Merck und Unilever kurzerhand mit den Umsätzen der übrigen Kunden zusammenzuzählen (Nr. 10 a.E. der Entscheidung), um auf diesem Wege zu dem Ergebnis zu gelangen, daß die Vitaminkäufe der 22 betroffenen Kunden im Jahre 1974 innerhalb des Gemeinsamen Marktes 16 % des gesamten Vitaminabsatzes ausgemacht hätten. In Wahrheit hätten die von den Verträgen mit Treuerabatten erfaßten Verkäufe in den Jahren 1970 bis 1974 lediglich 4 % des Gesamtabsatzes im Gemeinsamen Markt ausgemacht.

Klagebeantwortung

Die Beklagte bestreite das Vorbringen der Klägerin, die beanstandeten Verträge hätten in erster Linie den Wunsch der Kunden nach Sicherstellung ihrer Versorgung, gleichbleibender Qualität und günstigen Preisen entsprochen. Wenn dies der Fall gewesen wäre, hätte es genügt, in den Verträgen eine Lieferverpflichtung

der Klägerin vorzusehen. Die Klägerin könne nicht gut bestreiten, daß die genannte Verpflichtung ihrem eigenen Interesse diene, die Kunden an sich zu binden, um den hohen Marktanteil zu behalten.

Die Kommission wendet sich ferner gegen die Behauptung, die im Biotinsektor gewährten Rabatte seien „Einführungsrabatte“ gewesen. In den Verträgen mit Unilever und Merck seien zwar Treueprämien nicht ausdrücklich vereinbart worden, doch seien die beiden Firmen praktisch gleichwohl verpflichtet gewesen, ihren gesamten Bedarf bei der Klägerin zu decken. Anderenfalls wäre es sinnlos gewesen, eine englische Klausel in diese Verträge aufzunehmen.

Erwiderung

Wenn es sich bei allen als „Treueprämien“ beanstandeten Rabatten in Wirklichkeit wegen der englischen Klausel nicht um echte Treuerabatte gehandelt habe, so gelte dies erst recht für die Rabatte bei Biotin, die nur für solche Abnehmer vorgesehen gewesen seien, die bereit gewesen seien, besondere Promotionsleistungen zur Erschließung neuer Anwendungsgebiete zu erbringen.

Die Klägerin führt weiter aus, aufgrund der englischen Klausel sei es unmöglich gewesen, daß der Kunde „exklusiv“ gebunden gewesen sei. Es sei nicht richtig, von „Alleinbezugsverpflichtungen“ zu reden, obgleich der Kunde unstreitig jedes günstigere Konkurrenzangebot wahrnehmen könne, dem die Klägerin nicht folge. Nur ein geringer Teil der Verträge enthalte Alleinbezugsverpflichtungen, während die Kunden in allen übrigen Fällen durch die bloßen Rabatt-Zusagen gerade nicht gebunden gewesen seien, weil durch die englische Klausel jede „Sogwirkung“ ausgeschlossen gewesen sei.

Daß die Klägerin aufgrund der englischen Klausel entscheiden müsse, ob sie in ein günstigeres Konkurrenzangebot eintrete oder nicht, treffe auch für jedes andere Geschäft zu, das im Preiswettbewerb

umkämpft werde; ein Argument für eine Exklusivbindung sei es nicht. Die Beklagte könne nicht bestreiten, daß die Klägerin niemals auch nur den Versuch unternommen habe, einen Kunden an irgendeiner Bezugsverpflichtung festzuhalten oder ihm Nachteile anzudrohen, weil er von einem anderen Lieferanten bezogen habe.

Was die Verträge mit Unilever und Merck anbelange, so sei die Annahme der Kommission nicht richtig, die Vereinbarung der „englischen Klausel“ sei ein Beweis dafür, daß Unilever verpflichtet gewesen sei, ihren gesamten Bedarf bei der Klägerin zu decken, denn die Rechtfertigung für die Klausel liege allein in der Dauer des Vertrages.

Der Standpunkt der Kommission laufe letztlich darauf hinaus, der Firma Unilever zu verbieten, von sich aus und ohne dazu verpflichtet zu sein, einen Liefervertrag mit der Klägerin über ihren Jahresbedarf zu schließen; eine solche Auffassung würde in unerträglicher Weise in die Wahlfreiheit der Abnehmer eingreifen. Die bloße Tatsache, daß ein Abnehmer seinen Bedarf überwiegend oder insgesamt bei der Klägerin decke, ohne dazu durch irgendeine Absprache verpflichtet zu sein, könne in keinem Falle gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, daß die Verträge eine Höchstmenge für die Lieferverpflichtung der Klägerin vorgesehen hätten, sowie eine Mindestmenge für die Abnahmeverpflichtung von Unilever, denn bei langfristigen Verträgen über größere Rohstoffmengen seien solche Regelungen absolut marktüblich.

Bei den Verträgen mit der Firma Merck habe es sich um derart große Mengen an Vitaminen B₆ und E gehandelt, daß die Klägerin deren Herstellung nur unter der Voraussetzung habe vornehmen können, daß die Abnahme dieser Mengen gesichert gewesen sei.

Gegenerwiderung

Bei den Rabatten für Biotin habe es sich nicht um Einführungsrabatte gehandelt, da sie „an die Voraussetzung gebunden“ gewesen seien, daß der Abnehmer seinen Bedarf ausschließlich oder überwiegend bei der Klägerin decke, und zwar zu dem Zweck, den erworbenen Marktanteil zu sichern („You should protect your market through fidelity contracts ...“, Management Information Biotin, S. 2).

Die Kommission habe in der angefochtenen Entscheidung deutlich zwischen Klauseln unterschieden, durch die auf *direkte* Weise eine Ausschließlichkeitsbindung herbeigeführt worden sei (fidelity contracts), und solchen, in denen durch einen preislichen Anreiz, nämlich durch die Gewährung einer Treueprämie, eine solche Bindung *indirekt* hergestellt worden sei. Es sei nicht richtig, daß die englische Klausel „die Exklusivität von vornherein ausschließt“, denn die Ausschließlichkeit betreffe die Bezugsbindung, die englische Klausel dagegen die Festlegung der Preise.

Insoweit sei es bei langfristigen Verträgen gängig, daß sich der Verkäufer zur Berücksichtigung der Konkurrenzpreise verpflichte. Die Kommission bestreite nicht, daß es zum Wesen des Wettbewerbs gehöre, Kunden auf Kosten der Wettbewerber an sich zu ziehen und sich treue Kunden als Stammkundschaft zu erhalten, doch dürfe ein Unternehmen in beherrschender Stellung zu diesem Zweck nicht Verträge mit Exklusivbindungen einsetzen.

Zu den Verträgen mit den Firmen Unilever und Merck bemerkt die Beklagte folgendes:

- a) Auf das Argument von Roche, die Vereinbarung der englischen Klausel in den Verträgen mit Unilever erlaube nicht den Schluß, daß Unilever verpflichtet gewesen sei, ihren gesamten Bedarf bei Roche zu decken, erwidert die Kommission, daß ihr sehr wohl bekannt sei, daß die sogenannte „englische Klausel“ auch bei langfristigen Lieferverträgen vereinbart werde, die über bestimmte Mengen lauteten und nicht die gesamte Bedarfsdeckung erfaßten. In solchen Fällen verpflichte sich aber der Verkäufer, in niedrigere Konkurrenzpreise einzutreten mit der Folge, daß der Kunde weiterhin abnahmepflichtig sei. Anders sei die Rechtslage nach der in den streitigen Verträgen vereinbarten englischen Klausel. Da die Verkäuferin Roche nicht verpflichtet sei, in niedrigere Preise der Konkurrenten einzutreten, finde die Klausel nur zur Durchsetzung einer Verpflichtung des Käufers Anwendung, seinen gesamten Bedarf oder den überwiegenden Teil bei Roche zu decken.
- b) Die außergewöhnlichen Bezugsmengen an Vitaminen B₆ und E der Firma Merck, die nach dem Vorbringen der Klägerin die Vereinbarung einer Exklusivbindung gerechtfertigt hätten, hätten nach Ansicht der Kommission auch durch andere Methoden sichergestellt werden können, etwa dergestalt, daß der Kunde in zeitlichen Abständen von einem halben oder einem Jahr bestimmte Mengen in Auftrag gegeben hätte.

II. Erörterung der Auslegung der englischen Klausel

Klage

Zur „englischen Klausel“ bemerkt die Klägerin, es sei unrichtig, daß die Kunden danach verpflichtet gewesen seien, die Klägerin über die ihnen von anderen bekannten Herstellern unterbreiteten niedrigen Preisangebote zu unterrichten. In keinem Falle habe die Identität des

Konkurrenten preisgegeben werden müssen. Da die Anonymität des Konkurrenten somit gewährleistet gewesen sei, habe sich die Klägerin praktisch in derselben Lage befunden wie bei jeder Preisverhandlung mit einem Abnehmer.

Was die Wirkungsweise der „englischen Klausel“ betreffe, so habe diese die Ausschließlichkeit von Bezugsverpflichtungen, soweit solche überhaupt bestanden hätten, von vornherein ausgeschlossen. Jedem Kunden habe es freigestanden, sich um günstigere Preise und/oder Konditionen von Wettbewerbern zu bemühen. Diese Feststellungen hätten ebenso für die Einführungs- oder Vorzugsrabattverträge wie für die Exklusivverträge Gültigkeit. Der Kunde, der von einem günstigeren Konkurrenzangebot Gebrauch mache, verliere nicht den Rabatt, den er auf die übrigen Bezüge erhalte. Insoweit unterscheide sich der vorliegende Fall vollständig von der sogenannten „Zucker“-Sache (Urteil vom 16. Dezember 1975, *Suiker-Unie u.a.* gegen Kommission, verbundene Rechtssachen 40 bis 48/73 u.a., Slg. 1975, 2005), denn hier habe die Gefahr des Wegfalls des Rabatts überhaupt nicht bestanden (vgl. „Zucker“-Urteil, Randnummer 504).

Klagebeantwortung

Die Kommission meint, die Klägerin habe Bedeutung und Sinn der englischen Klausel verharmlost. Wenn auch die Klausel dem Interesse des Kunden bezüglich der Preise diene, so sei der Kunde doch erst dann frei, bei einem Dritten zu kaufen, wenn die Klägerin dies erlaube, indem sie nicht in das Konkurrenzangebot eintrete.

Erwiderung

Entgegen der Ansicht der Beklagten diene die englische Klausel nach ihrem Sinn und Zweck eindeutig dem Schutz des Kunden und nicht des Verkäufers. Ziel der Klausel sei der Verbraucherschutz, weil sie automatisch für die Anwendung der niedrigsten Preise Sorge. Sie sei daher typisch für Nachfragemacht, nicht aber für Angebotsmacht.

Die englische Klausel habe nicht die Sogwirkung der Treuerabatte, von denen in der vorgenannten Zuckersache die Rede gewesen sei, weil es dort um einen Fall gegangen sei, in dem der Käufer auf alle Fälle den gesamten Rabatt verloren habe, sobald er auch nur die geringste Teilmenge seines Bedarfs von einem Konkurrenten bezogen habe. Die englische Klausel besage vielmehr ausdrücklich, daß der Jahresrabatt durch den Einkauf bei günstiger anbietenden Konkurrenten nicht entfalle. Die Klägerin legt Zahlenmaterial vor, um nachzuweisen, daß ihre Abnehmer tatsächlich und gerade aus diesen Gründen in vielen Fällen weit über 50 % ihres Bedarfs von Konkurrenten der Klägerin bezogen hätten.

Gegenerwiderung

Die Kommission erwidert, der wahre Sinn der englischen Klausel liege darin, daß sie es dem beherrschenden Unternehmen gestatte, auf Preisbewegungen der Konkurrenz zu reagieren, ohne Gefahr zu laufen, Kunden an die Konkurrenz zu verlieren. Da die Entscheidung darüber, ob ein Kunde von einem Wettbewerber beziehen könne, bei der Klägerin liege, habe sie es in der Hand, die Wettbewerber von der Lieferung der durch diese Verträge gebundenen Kunden auszuschließen. Der Umstand, daß die Kunden der Klägerin in vielen Fällen mehr als 50 % ihres Bedarfs bei Konkurrenten getätigt hätten, sei nicht entscheidend für die Frage, ob die Klägerin ihre beherrschende Stellung mißbräuchlich ausgenutzt habe, indem sie ihren Kunden eine übermäßige vertragliche Verpflichtung auferlegt habe.

III. Erörterung der wettbewerbswidrigen und „mißbräuchlichen“ Wirkung der sich aus den streitigen Verträgen ergebenden Ausschließlichkeitsverpflichtung oder Präferenz

Klage

Die Klägerin erläutert die Tragweite der englischen Klausel und stellt dann fest, deren Anwendung könne keinen „Mißbrauch“ im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag darstellen. Unerlässlich sei hier eine Interessenabwägung, aus der sich hier für die streitigen Verträge ergebe,

- daß diese die Versorgung der Kunden sichergestellt und eine gleichbleibende Qualität gewährleistet hätten,
- daß sie der Klägerin eine Produktionsplanung gestattet hätten,
- daß sie den Verbrauchern die preisgünstigste Versorgung garantiert hätten.

Demgegenüber verlange Artikel 86, daß zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Verhalten des betreffenden Unternehmens ein Zusammenhang bestehe; das fragliche Verhalten des Unternehmens müsse machtbedingt sein und dürfe ihm nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung möglich sein. Die Bindung von Abnehmern sei jedoch auf dem Vitaminsektor durchaus marktüblich, und es gebe nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, daß der Klägerin der Abschluß der beanstandeten Verträge lediglich aufgrund ihrer angeblichen Marktmacht möglich gewesen sei. Ganz im Gegenteil seien es, wie sich aus einer Erklärung der Firma Animedica ergebe, die Kunden gewesen, die Lieferanten mit den höchsten Rabatten bevorzugt hätten. Das Verhalten der Klägerin habe auch den Marktzugang nicht beeinträchtigt, denn die Hauptkonkurrenten der Klägerin seien, wie bereits dargelegt worden sei, auf den Hauptabsatzmärkten mit einem wesentlich breiteren Produktangebot etabliert.

Unter Abwägung all dieser Umstände lasse sich im Ergebnis feststellen, daß die angebliche Beschränkung des Marktzugangs der Konkurrenten niemals ein Ausmaß erreicht habe, das die Annahme eines Mißbrauchs im Sinne von Artikel 86 rechtfertigen könne.

Klagebeantwortung

Die Kommission rechtfertigt ihre in Nr. 21 der streitigen Entscheidung zum Ausdruck gekommene Bewertung des Verhaltens von Roche als mißbräuchlich durch folgende Erwägungen:

- Die „Treueverträge“ hätten die Abnehmer zum ausschließlichen Bezug ihres Bedarfs bei der Klägerin verpflichtet oder über einen Preisvorteil (Treueprämie) das gleiche Ergebnis erreicht und damit den Abnehmern die Möglichkeit genommen, ihre Versorgungsquellen frei zu wählen, indem sie an die Klägerin als ihre Lieferantin gebunden worden seien.
- Die betreffenden Verträge bewirkten außerdem eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen Vitaminherstellern, denn durch die zwischen der Klägerin und ihren Abnehmern vereinbarte Ausschließlichkeitsklausel werde den anderen Vitaminherstellern der Zugang zu diesen Abnehmern gesperrt.
- Die sogenannte „englische Klausel“ stelle zwar eine Lockerung dieser Bindung dar, weil sie Raum für eine Anpassung der Preise lasse. Die Klausel belasse den gebundenen Abnehmern jedoch nicht die Freiheit, nach ihrer Wahl von der Klägerin oder deren Wettbewerbern zu beziehen. Nur wenn es die Klägerin ablehne, in niedrigere Preise einzutreten, könne der Abnehmer von dem Wettbewerber beziehen.

Bei ihrer Beurteilung der Rechtmäßigkeit dieser Klausel gehe die Klägerin zu Un-

recht von dem Grundsatz aus, daß es bei der Feststellung, ob ein Mißbrauch einer beherrschenden Stellung vorliege oder nicht, entscheidend auf die Interessen der Marktteilnehmer ankomme. Es sei auch nicht richtig, zu verlangen, daß das fragliche Verhalten machtbedingt sein müsse und nur aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung möglich sein dürfe, um unter das Verbot des Artikels 86 zu fallen.

Vielmehr verfügten Unternehmen in beherrschender Stellung über einen Handlungsspielraum, der es ihnen erlaube, ohne wesentliche Rücksicht auf Wettbewerber zu handeln. Daher seien ihnen Handlungsweisen nicht erlaubt, die für andere, im Wettbewerb stehende Unternehmen durchaus legitim sein könnten.

Dagegen sei es — im Gegensatz zu Artikel 85 — zur Anwendung von Artikel 86 nicht erforderlich, daß eine „spürbare“ Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliege. Ein Unternehmen in beherrschender Stellung sei per definitionem keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt. Nutze es seine Stellung mißbräuchlich aus, so komme damit die Zielsetzung des Vertrages, den Wettbewerb zu schützen, in Gefahr. Außerdem diene das in Artikel 86 niedergelegte Verbot ersichtlich dem Zweck, die Partner von marktbeherrschenden Unternehmen zu schützen.

Jedenfalls machten die laufenden Verträge vor allem auf den beiden Sektoren Lebensmittel und Futtermittel 26 % des Absatzes der Klägerin aus; selbst wenn man die Verträge mit Unilever und Merck abziehe, blieben immer noch 14 % übrig.

Erwiderung

Die Klägerin kommt auf ihre Ausführungen in der Klageschrift (S. 91 ff.) über Vor- und Nachteile der streitigen Verträge für die Kunden zurück und betont, eine Interessenabwägung sei durchaus gerechtfertigt, zumal dieses Erfordernis im Rahmen der Anwendung von Artikel 86 EWG-Vertrag sowohl vom Gerichtshof

(Urteil vom 21. März 1974, Rechtssache 127/73, *BRT-SABAM*, Slg. 1974, 317) als auch von der Kommission in ihrer Entscheidung Nr. 72/268 („GEMA“, ABl. L 166 vom 24. Juli 1972) anerkannt worden sei. Ein gerechter Interessenausgleich habe hier bestanden, weil die Kunden für ihre Produktion auf längerfristige Versorgung angewiesen gewesen seien und Verträge gefordert und erhalten hätten, die ihnen eine langfristige Versorgung gewährleisten hätten, während andererseits die Klägerin zwar langfristige Verpflichtungen eingegangen sei, aber die Sicherheit gehabt habe, ihre Produktion absetzen zu können. Außerdem sei jedem Kunden aufgrund der englischen Klausel in den Verträgen die preisgünstigste Versorgung garantiert und jedem konkurrenzfähigen Wettbewerber die Chance eingeräumt gewesen, durch ein günstigeres Angebot zum Zuge kommen zu können; dadurch sei im Verbraucherinteresse automatisch für die niedrigsten Preise gesorgt worden.

Nach Ansicht der Klägerin setzt Artikel 86 nach seinem Wortlaut einen gewissen ursächlichen Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Verhalten des betreffenden Unternehmens voraus. Der angebliche Mißbrauch müsse also „machtbedingt“ sein; es genüge nicht, daß er lediglich marktbedingt sei.

Die Beklagte selbst habe diese Auffassung in ihrer Studie „Unternehmenskonzentration“ von 1966 bestätigt; danach liege ein Mißbrauch vor, wenn der Marktbeherrscher seine Stellung „dazu ausnutzt, um sich Vorteile zu verschaffen, die er ... bei wirksamem Wettbewerb nicht erlangen könnte.“

Die Klägerin habe einem Kunden niemals eine Vereinbarung oder auch nur eine bestimmte Klausel aufgezwungen. Sie hätte im Gegenteil lieber echte Ausschließlichkeitsverträge abgeschlossen

und hätte es vorgezogen, auf die englische fall-clause zu verzichten und stattdessen feste Preise bzw. eine rise-clause in die Verträge aufzunehmen und ihre Kunden langfristig zu binden, statt ihnen kurzfristige Kündigungsrechte einzuräumen.

Bezüglich der Treueverträge, die lediglich 4 % des Vitaminmarktes bei den fraglichen 7 Produkten erfaßt hätten, bestreitet die Klägerin, daß diese im Gemeinsamen Markt den Wettbewerb ausgeschlossen oder die Integration beeinträchtigt hätten. Dieser minimale Marktanteil sei nicht geeignet, den Zugang der Wettbewerber der Klägerin zum Markt zu beeinträchtigen. Artikel 86 setze voraus, daß die Absatzmöglichkeiten der Konkurrenten wesentlich beeinträchtigt werden. Dies sei nicht der Fall, wenn der Marktzugang für 96 % der Nachfrage völlig frei und auch die restlichen 4 % keinesfalls dem Wettbewerb entzogen seien, wie der Umfang des Gebrauchs der „englischen Klausel“ eindeutig beweise.

Es müsse überraschen, daß nach Auffassung der Beklagten für das Kriterium der „Spürbarkeit“ bei der Anwendung von Artikel 86 kein Raum sei. Angesichts des Urteils des Gerichtshofes und der Schlußanträge des Generalanwalts in der Rechtssache 23/67 (Urteil vom 12. Dezember 1967, *Haecht*, Slg. 1967, 543) und unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Artikel 85 und 86 dasselbe Ziel verfolgten, könne nicht angenommen werden, daß eine äußerst lockere Bindung von Abnehmern an Roche, die nicht über 4 % der Nachfrage hinausgehe und selbst bei diesem geringfügigen Teil aufgrund der „englischen Klausel“ zu einem starken Angebotswettbewerb führe, bereits eine spürbare Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels darstelle.

Gegenerwiderung

Zur Interessenabwägung macht die Kommission geltend, daß es dann, wenn das Verhalten eines marktbeherrschenden Un-

ternehmens die Wettbewerbsordnung beeinträchtigt, nicht darauf ankomme, ob die Beeinträchtigung den Interessen der Beteiligten entspreche. Das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache *BRT-SABAM* sowie die „GEMA“-Entscheidung der Kommission hätten das besondere Verhältnis einer Urheberrechts-Verwertungsgesellschaft zu ihren Mitgliedern betroffen; die entsprechenden Überlegungen ließen sich nicht auf den vorliegenden Fall übertragen.

Auf das Vorbringen, die Klägerin habe keinen Druck auf ihre Kunden ausgeübt, erwidert die Kommission, die Annahme eines Mißbrauchs setze weder den Nachweis eines Verschuldens noch überhaupt subjektive Momente oder die Feststellung einer Sittenwidrigkeit voraus, vielmehr sei unter Mißbrauch ein sittlich indifferenter, objektiv fehlerhafter Gebrauch zu verstehen.

Was die Klägerin zu den Auswirkungen der Treueverträge ausführe, sei für die Frage, ob ein Mißbrauch vorliege, nicht relevant. Diese Ausführungen könnten allenfalls für die Beurteilung der Schwere der Zuwiderhandlung bei der Bemessung der Geldbuße Bedeutung erlangen.

Auch die Bezugnahme auf das Urteil in der Rechtssache *Brasserie de Haecht* sei verfehlt. Die Frage, ob eine Reihe einzelner Exklusivverträge von Herstellern mit Kunden, die diese ausschließlich an den Hersteller binden, auf dem betreffenden Markt eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckten oder bewirkten, sei ganz offensichtlich nicht in der gleichen Weise zu beurteilen wie die hier zu erörternde Frage, ob Ausschließlichkeitsverträge, die von einem Unternehmen angewandt werden, das keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sei, als Mißbrauch im Sinne des Artikels 86 anzusehen seien.

Die Kommission betont abschließend, daß die vorliegenden Verträge im wesentlichen bedeutende Abnehmer der Sekto-

ren Lebensmittel und Futtermittel betreffen, deren Tätigkeit sich nicht auf einzelne Mitgliedstaaten beschränke, sondern die durchweg in der gesamten Gemeinschaft tätig seien.

IV. Erörterung der diskriminierenden Wirkung der streitigen Verträge

Klage

Die Klägerin trägt vor, nach Nr. 26 der angefochtenen Entscheidung sei der Tatbestand des Artikels 86 Buchstabe c) erfüllt, weil die je nach Abnehmer unterschiedlichen Rabatte zu einer Diskriminierung zum Nachteil anderer Kunden geführt hätten.

Hierzu bemerkt die Klägerin, Artikel 86 Buchstabe c) stelle noch die zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung auf, daß die Kunden „dadurch im Wettbewerb benachteiligt worden sind“; daran fehle es hier. Da der Vitaminanteil in den von den Kunden hergestellten Produkten minimal sei und höchstens 5 % — in der Regel allenfalls 1 % — betrage, ließen sich die angeblichen Wettbewerbsnachteile infolge einer Rabattdifferenz von 1,2 % oder selbst von 5 % kaum noch errechnen. Bei einem Lebensmittelhersteller würde eine Rabattdifferenz selbst von 5 % nur mit 0,05 % seiner Verkaufspreise zu Buche schlagen und könne damit seine Preisgestaltung niemals beeinträchtigen.

Klagebeantwortung

Eine „Benachteiligung im Wettbewerb“ ist nach Ansicht der Kommission nicht gleichzusetzen mit „Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit“; auch Preisdiskriminierungen von 1 bis 2 % — jedenfalls aber solche von 5 % — seien grundsätzlich geeignet, Kunden im Wettbewerb zu benachteiligen.

Der Gerichtshof habe vor allem in seinem Urteil in den verbundenen Rechtssachen 40 bis 48/73 (*Suiker-Unie* u. a., Urteil vom 16. Dezember 1975, Slg. 1975, 2008) einen entsprechenden Einwand mit

der Feststellung zurückgewiesen, daß es „Abnehmer der SZV (gibt), namentlich unter den industriellen Großverbrauchern, die in einem Konkurrenzverhältnis zu anderen Abnehmern der Gesellschaft stehen“. Im übrigen zeigten die Unterlagen, die die Klägerin vorgelegt habe, welche Bedeutung sie selbst und die Abnehmer den Treuerabatten beigemessen hätten.

Erwiderung

Nach Ansicht der Klägerin führt die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes in der „Zuckersache“ nicht weiter, denn die Diskriminierung habe in jener Rechtssache darin bestanden, daß der „untreue Abnehmer“ den gesamten Rabatt verloren habe. Eine solche Wirkung sei im vorliegenden Fall durch die englische Klausel ausgeschlossen. Soweit einige Kunden niedrigere Rabatte erhalten hätten, habe es sich hierbei um unterschiedliche Leistungen, Mengen und Zeitpunkte gehandelt. Die Auffassung der Beklagten, jede Preiskonzession müsse sich exakt an den nachweisbaren Kosteneinsparungen ausrichten, sei in der Praxis völlig undurchführbar und würde zu einer — wettbewerbspolitisch äußerst unerwünschten — Erstarrung des Preiswettbewerbs führen.

Gegenerwiderung

Die Kommission verweist auf ihre Ausführungen in der Klagebeantwortung.

Zur fünften Rüge: Verletzung des Artikels 15 der Verordnung Nr. 17 durch Artikel 3 der angefochtenen Entscheidung, da eine Geldbuße verhängt worden sei, obwohl nicht nachgewiesen sei — und sich auch nicht nachweisen lasse — daß die Klägerin vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hätte.

Klage

Diese Rüge im Zusammenhang mit der Geldbuße wird hilfsweise erhoben; dabei werden in erster Linie die Argumente wiederholt, die bereits im Zusammenhang mit der ersten Rüge vorgebracht wurden.

Zum Verschulden, das unter Nr. 28 der angefochtenen Entscheidung festgestellt worden sei, trägt die Klägerin vor, man könne ihr nur dann einen schuldhaften Verstoß gegen Artikel 86 des Vertrages vorwerfen, wenn

- sowohl über die Auslegung der Begriffe „Marktbeherrschung“ und „Mißbrauch“ Klarheit bestehe und
- das Unternehmen keinem tatsächlichen Irrtum über das Bestehen wirksamen Wettbewerbs unterliege.

Der Klägerin habe es beim Abschluß der beanstandeten Verträge aber in jedem Fall vollständig am erforderlichen Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gefehlt. Ferner habe sie sich wegen der unklaren Auslegung der betreffenden Tatbestandsmerkmale in einem das Verschulden ausschließenden Verbotsirrtum befunden. Hinzu komme ein Tatsachenirrtum, der nach allgemein anerkannter Auffassung das Verschulden ausschließe.

Klagebeantwortung

Die Kommission erwidert, der Klägerin seien alle ihre Stellung auf den Vitaminmärkten betreffenden wesentlichen Tatsachen bekannt gewesen. Zum Bewußtsein der Rechtswidrigkeit meint die Kommission, im vorliegenden Fall habe bezüglich des verbotenen Verhaltens kein entschuldigbarer Irrtum vorgelegen. Falls die Klägerin nicht gewußt haben sollte, daß ihr Verhalten verboten gewesen sei, hätte sie dies bei entsprechender Anspannung ihres Gewissens erkennen müssen. Sie hätte sich darüber Rechenschaft geben müssen, daß die Marktstellung, die sie bei einer Großzahl von Vitaminen eingenommen habe, nach Artikel 86 des Vertrages als beherrschend angesehen wer-

den konnte und daß die mit den Ausschließlichkeitsbindungen und den Treuprämien-Verträgen verfolgten Zwecke den Tatbestand der „mißbräuchlichen Ausnutzung“ erfüllen konnten.

Erwiderung

Die Klägerin erwidert, bezüglich des fehlenden Nachweises eines Verschuldens der Klägerin übergehe die Beklagte bewußt die Tatsache, daß selbst echte Treuerabatte, wie sie hier noch nicht einmal vorlägen, wettbewerbsrechtlich grundsätzlich zulässig seien (Urteil des Gerichtshofes vom 11. Juni 1968, Rechtsache 22/67, *De WendellKommission*, Slg. 1968, 394). Die „Erwartung der Wirkungen“ eines grundsätzlich zulässigen Treuerabatts könne demnach kein Verschulden begründen.

Die Beklagte habe in diesem Verfahren Auffassungen vertreten, die sie noch niemals zuvor geäußert habe und die sowohl ihrer eigenen Praxis als auch der Rechtsprechung des Gerichtshofes widersprächen; insbesondere sei vorgetragen worden,

- die Marktanteile der Klägerin von nur ca. 50 % indizierten bereits eine marktbeherrschende Stellung;
- die unbestrittene Tatsache der Expansion aller Vitaminmärkte sei ohne Bedeutung;
- auf das Marktverhalten und die Marktergebnisse komme es nicht an;
- der Nachweis der Preisbestimmungsmacht sei nicht erforderlich;
- die Marktbeherrschung sei trotz des Gegenbeweises zu bejahen, daß die Klägerin unter dem Druck eines „harten“ und „schweren“ Wettbewerbs durch „agressive“ Konkurrenten die Preise habe erheblich senken und be-

- achtliche Verluste an Marktanteilen habe hinnehmen müssen;
- die unbestreitbar weitaus größere Finanzkraft ihrer Wettbewerber spiele keine Rolle;
 - eine Interessenabwägung sei im Rahmen des Artikels 86 unmöglich;
 - auf die Auswirkungen der beanstandeten Verhaltensweisen könne es nach Artikel 86 nicht ankommen.

Außerdem stütze sich die Beklagte auf das „Zuckerurteil“ vom 16. Dezember 1975 und räume damit de facto ein, daß eine Reihe von Beschwerdepunkten in der Zeit von 1964 bis 1973 nicht voraussehbar gewesen seien. Bezüglich der beherrschenden Stellung sowie bezüglich des Mißbrauchs seien Entscheidungskriterien, die in der Zuckerentscheidung maßgeblich für die Anwendung des Artikels 86 und die Schwere des Verstoßes gewesen seien, im vorliegenden Falle nicht gegeben.

Gegenerwidmung

Die Kommission erwidert, es komme entscheidend darauf an, ob der Klägerin bezüglich der Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens ein entschuldbarer Verbotsirrtum zugute gehalten werden könne. Es habe von der Klägerin erwartet werden können, daß sie sich für ihre Tätigkeit in der Gemeinschaft vergewisserte, ob die von ihr praktizierten Verträge Bedenken begegneten oder nicht. Da sie dies nicht getan habe, habe sie nach Lage der Dinge in Kauf genommen, daß diese Verträge als mißbräuchlich im Sinne von Artikel 86 angesehen werden konnten.

IV — Antworten der Parteien auf die Fragen des Gerichtshofes

Mit Schreiben vom 21. Oktober 1977 hat der Gerichtshof die Parteien aufgefordert, vor der Eröffnung der mündlichen Verhandlung je nach Sachlage entweder

gemeinsam oder jede für sich auf eine Anzahl von Fragen zu antworten. Diese Fragen betrafen (A) die Vorlage von Unterlagen und die Präzisierung von in den Schriftsätzen oder den ihnen beigelegten Unterlagen genannten Daten, (B) die Möglichkeit, daß die Parteien sich über eine Anzahl Sachfragen hinsichtlich der Marktanteile der Klägerin einigen könnten und (C) den Umfang, in dem die Kunden, mit denen Roche die streitigen Verträge geschlossen hat, sich tatsächlich bei deren Wettbewerber abdecken.

A — Zu den angeforderten Unterlagen

Die Kommission hat den Bericht über die am 11. Dezember 1972 in London abgehaltene Sitzung Unilever-Roche, die in Nr. 3 der angefochtenen Entscheidung erwähnt wird, sowie die Unterlagen über ihre Erhebungen bei bestimmten Kunden von Roche vorgelegt. Ferner haben die Parteien nähere Angaben zu bestimmten Daten und Unterlagen gemacht, die sie in ihren Schriftsätzen erwähnt hatten, insbesondere hinsichtlich der Preisentwicklung in den verschiedenen Mitgliedstaaten, der gelieferten Mengen (in Kilogramm und Tonnen) und der technologischen Verwendung der Vitamine C und E.

B — Zu den Marktanteilen

Der Gerichtshof hat die Parteien aufgefordert, eine Anzahl von Daten zu präzisieren, die beide zur Schätzung der Marktanteile von Roche im Gemeinsamen Markt verwendet hatten, insbesondere, indem sie sie auf die Jahre 1970 bis 1974 erstreckten und dabei die Mengen aus Drittländern berücksichtigten, die von Wiederverkäufern vertrieben wur-

den, die Mengen und die Preise anzugeben und sich vor allem zu bemühen, dem Gerichtshof Sachangaben zu machen, über die sich die Parteien soweit irgend möglich einigen sollten.

Daraufhin haben die Parteien einerseits eine gemeinsame Stellungnahme vorgelegt, die diejenigen bezifferten Daten enthält, über die sie sich einigen konnten, und andererseits getrennte Unterlagen, in denen jede für sich auf die Fragen antwortet, auf die eine gemeinsame Antwort nicht erreicht werden konnte. Ferner hat jede Partei Erklärungen zu den von der anderen Partei eingereichten gesonderten Unterlagen abgegeben.

Die wesentlichen sachlichen Angaben, die sich aus den derart vorgelegten Ergänzungen ergeben, werden in der Tabelle (Seite 504 und 505) wiedergegeben; sie geben Anlaß zu folgenden Bemerkungen:

- a) Roche erklärt, sie habe von den von der Kommission berücksichtigten Gesichtspunkten und deren Berechnung der Marktanteile Kenntnis nehmen können.
- b) Beide Parteien gehen davon aus, daß der Marktanteil von Roche hinsichtlich Vitamin A mit 47 % repräsentativ ist.
- c) Für die Vitamine B₃ (Pantothensäure), C, E und H (Biotin) gelangen die Parteien zu einer gemeinsamen Ansicht von den einerseits nach dem Wert, andererseits nach der Menge berechneten Marktanteilen (vgl. Tabelle). Nach Ansicht der Kommission sind jedoch die Werte am ehesten repräsentativ, nach Ansicht von Roche die Mengen. Letztere be ruft sich in dieser Hinsicht auf den „Vitamin-B₁₂“-Beschluß des Bundesgerichtshofes vom 3. Juli 1976 (WuW/E, BGH 1435, 1442 f.), aus dem sich ergebe, daß für den Schluß auf eine marktbeherrschende Stellung im wesentlichen auf die mengenmäßigen Anteile, nicht so sehr auf die wertmäßigen Anteile abzustellen sei.
- d) Die Marktanteile bei den Vitaminen B₂ und B₆ für die Jahre 1972 bis 1974 berechnet die Kommission für Wert wie für Menge auf 75 bis 90 %. Roche hebt hervor, sie sei hinsichtlich der Verkäufe der Konkurrenten weitgehend auf bloße Vermutungen angewiesen und könne keinen Gegenbeweis erbringen, nach ihren eigenen internen Schätzungen reduziere sich aber ihr Marktanteil um 20 bis 30 Prozentpunkte für Vitamin B₂; für Vitamin B₆ überschreite er 50 % nicht.
- e) Roche weist auf die erheblichen jährlichen Marktanteilsschwankungen hin (Antwort auf die Frage I. 5f); das belege das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs.
- f) Die Parteien sind darüber einig, daß die Vitamine C und E neben ihrer biologisch-nutritiven Verwendung auch technologische Anwendung finden, z. B. als Antioxydantien, als Farbstoffe oder zum Schutz gegen Geschmacks-, Geruchs- und Farbbeeinträchtigungen. Dagegen konnte keine Übereinstimmung hinsichtlich des Umfangs dieser Verwendung der Vitamine und der hieraus zu ziehenden Folgerungen erzielt werden.

Nach Ansicht von Roche handelt es sich um etwa 30 % bei Vitamin C und etwa 60 % bei Vitamin E. Da diese Vitamine für ihre technologische Verwendung auf den Wettbewerb anderer Antioxydantien, Farbstoffe oder Zusatzstoffe träfen, müß-

Anteile der Roche an den Vitaminmärkten innerhalb des Gemeinsamen Marktes

Vitaminmärkte, auf denen eine beherrschende Stellung bestehen soll (Nr. 22 der Entscheidung)	Verwendung nach HLR (Antwort auf die Frage 1.4 des Gerichtshofes)	Schätzung der Kommission nach dem Wert (1974) (Nr. 5 der Entscheidung und Anlage IV zur Klagebeantwortung)	Schätzung der HLR nach der Menge (1974) (S. 26 der Erwiderung)
Vitamine			
A	Futtermittel 81 % Lebensmittel 7 % Arzneimittel 12 %	47 % (die anderen Hersteller: 27, 18, 7, 1 %)	47 %
B ₂	Futtermittel 74 % Lebensmittel 4 % Arzneimittel 22 %	86 % (nächstkleinerer Hersteller: 8 %)	50 %
B ₃ (Pantothensäure)	Futtermittel 81 % Lebensmittel 2 % Arzneimittel 17 %	64 % (einanderer Hersteller: 32 %)	ca. 30 %
B ₆	Futtermittel 14 % Lebensmittel 1 % Arzneimittel 85 %	95 % (einanderer Hersteller: fast 3 %)	60 bis 70 % weltweit
C	Futtermittel 7 % Lebensmittel 43 % Arzneimittel 50 %	68 % (die anderen Hersteller: 15, 7, 5, 3 %)	50 %
E	Futtermittel 72 % Lebensmittel 3 % Arzneimittel 25 %	70 % (zwei andere Hersteller: 21,8 %)	ca. 40 %
H (Biotin)	Futtermittel 57 % Lebensmittel 6 % Arzneimittel 37 %	95 % (einanderer Hersteller: 5 %)	über 90 % (S. 68 bis 70 der Klageschrift)

HOFFMANN-LA ROCHE / KOMMISSION

Im Anschluß an die Fragen des Gerichtshofes berichtigt

Zahlen, über die sich die Parteien einig sind (gemeinsame Stellungnahme)			Schätzungen, über die die Parteien uneins sind						
Menge: Berechnung der Roche Wert: Berechnung der Kommission			Berechnung der Kommission nach Wert und Menge (gemeinsame Stellungnahme)			Berechnung der eigenen Marktanteile der Roche nach Menge (Frage I.2 a des Gerichtshofes)			
1972 6 Länder	1973 9 Länder	1974 9 Länder	1972 6 Länder	1973 9 Länder	1974 9 Länder	1972 6 Länder	1973 9 Länder	1974 9 Länder	
45	48	47							
Die Parteien gehen davon aus, daß der Marktanteil nach dem Wert repräsentativ ist									
			W	87	81,2	80,6			
			M	84,5 191 t	74,8 271 t	80,8 298 t	M	188 t 268 t 297 t	
28,9	34,9	51							
18,9 115 t	23,4 222 t	41,2 256 t							
			H + B ₀ : 1 Tarifstelle im GZT						
			W	87	90	83,9			
			M	84,2 139 t	86 296 t	88,4 404 t	M	262 t 347 t 407 t	
65,7	66,2	64,8				46 bis 47 %, unter Berücksichtigung der Substituierbarkeit: 33 % technologische Verwendung (Frage I.3, I.5 a, b des Gerichtshofes)			
64,4 2979 t	63,8 3673 t	63 3988 t							
54	64	58				40 %, unter Berücksichtigung der Substituierbarkeit: 60 % technologische Verwendung (Frage I.3, I.5 a, b des Gerichtshofes)			
50 463 t	60 793 t	54 890 t							
100	→	93							

ten diese letzteren Erzeugnisse in den Markt des Vitamins mit einbezogen werden, das sie substituieren könnten. Der Markt, um den es gehe, sei also für die Vitamine C und E sehr viel größer, als die Kommission vortrage, und die Anteile von Roche an diesen beiden Märkten seien unter Berücksichtigung des auf die substituierbaren Erzeugnisse entfallenden Anteils mit ungefähr 46 % für das Vitamin C und ungefähr 40 % für das Vitamin E anzusetzen. Die Klägerin meint, ihr Standpunkt werde durch das Urteil des US-Supreme Court im Cellophan-Fall (E.I. Du Pont de Nemours and Co, 118 F. Supp. 41 D. Del 1953; aff'd, 351 US 377, 1956 Trade Cases, §§ 68 369 bis 71 597) bestätigt.

Die Kommission bestreitet diese Ansicht. Die technologisch verwandten Mengen seien erheblich geringer als von der Klägerin angegeben. Im übrigen gehörten die Erzeugnisse, die für die technologische Verwendung an die Stelle der Vitamine C und E treten könnten, nicht zu den durch die Entscheidung betroffenen Märkten, jedenfalls nicht zu den Märkten der biologisch-nutritiven Zwecken zugeführten Vitamine C und E, denn es gebe zwischen diesen beiden Gruppen von Erzeugnissen keine „reasonable interchangeability“.

Dagegen gehörten die technologisch verwendeten Vitamine C und E trotzdem zu den gleichen Märkten wie die für biologisch-nutritive Zwecke bestimmten Vitamine, denn wegen der doppelten Eigenschaft dieser Vitamine stehe es den Herstellern — insbesondere auf einem expandierenden Markt — frei, diese Erzeugnisse der Bestimmung zuzuführen, die ihnen am besten passe.

Selbst wenn man schließlich unterstelle, daß die von der Klägerin zu technologischen Zwecken verkauften Vitamine von den betroffenen Märkten auszuschließen seien, so müsse das gleiche bei den Wettbewerbern geschehen, so daß die Marktanteile unverändert blieben.

g) Als Anlage IV zu ihrer gemeinsamen Antwort haben die Parteien Tabellen zur Entwicklung der Vitaminpreise in den verschiedenen Mitgliedstaaten in den Jahren 1970 bis 1976 vorgelegt. Da es für bestimmte Vitamine eine beträchtliche Anzahl von Verkaufsformen gibt (beispielsweise 100 Verkaufsformen für Vitamin A), haben sich die Parteien geeinigt, das jeweils repräsentativste Erzeugnis auszuwählen. Diese Zahlen zeigen sowohl nach unten wie nach oben in den verschiedenen Mitgliedstaaten eine nicht unerheblich — obwohl nicht grundlegend — unterschiedliche Entwicklung.

h) Zur Unterstützung ihrer Auffassung, Roche habe eine marktbeherrschende Stellung, hat sich die Kommission darauf berufen, daß die Klägerin ein breites Vitaminsortiment herstelle und folglich in der Lage sei, sämtliche Bedürfnisse ihrer verschiedenen Kunden zu erfüllen. Roche hat diese Folgerung bestritten und bemerkt, die meisten ihrer Kunden bezögen nur 1 bis 3 verschiedene Vitamine. Vom Gerichtshof hierzu befragt (Frage I.6) hat die Kommission eine Tabelle erarbeitet (Bemerkungen der Kommission zur Antwort von Roche auf die Fragen des Gerichtshofes, S. 6), aus der sich ergibt, daß 13 Firmen, darunter 11, mit denen die streitigen Verträge abgeschlossen wurden (Animedica, Beecham, Dawe's, Guyomarc'h, Organon, Protector, Provimi, Radar, Ralston, Ramikal, Trouw), bei Roche eine große Anzahl verschiedener Vitamine gekauft haben, die oben genannten Firmen insbesondere alle Vitamine, auf die sich die Entscheidung bezieht.

Die Klägerin ihrerseits hat als Ergebnis von Ermittlungen auf dem deutschen Markt mitgeteilt (Antwort auf die Frage I.6), daß von 815 Kunden 589, also 72,3 %, nur 1,2 oder maximal 3 Vitamine bezogen hätten.

i) Allgemein bemerkt die Kommission, daß die auf Verlangen des Gerichtshofes durchgeführten Ermittlungen mit Ausnahme des Vitamins B₃ (Pantothensäure) insgesamt die in der angefochtenen Entscheidung genannten Marktanteile bestätigten. Die Klägerin hingegen ist der Ansicht, daß die festgestellten Unterschiede kennzeichnend und hinreichend bedeutend seien, um die Auffassung der Kommission vom Vorliegen einer beherrschenden Stellung in Zweifel zu ziehen.

C — Zu den streitigen Verträgen

a) Die Parteien konnten sich zwar zur Bestimmung der Marktanteile von Roche auf eine gewisse Anzahl von Feststellungen einigen, jedoch nicht hinsichtlich der Analyse der 26 seit 1964 mit 22 Kunden geschlossenen Verträge, die die Kommission für Treueverträge erachtet, deren Abschluß einen Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstelle, während es sich nach der Analyse von Roche im wesentlichen um Mengen- oder Delkredererabatte handelt. Die Kommission hat Berichte über Nachprüfungen bei neun Kunden von Roche zu den Akten gegeben; diese Nachprüfungen sollten die Beurteilung ermöglichen, wie die Verträge zwischen Roche und ihren Kunden ausgeführt wurden. Sie hat ferner Auszüge aus Berichten über Nachprüfungen bei sieben Kunden von Roche, die sie mit dem Buchstaben A bis G bezeichnete und die sich gegen die Offenlegung ihrer Identität gewandt hatten, zu den Akten gegeben.

b) Bei der Beantwortung der Fragen des Gerichtshofes zur Wirkung der englischen Klausel betont die Kommission (Antwort der Kommission auf die Fragen des Gerichtshofes, S. 13 ff.), daß nach

den streitigen Verträgen im allgemeinen für die Befreiung des Kunden von seiner Verpflichtung, sich ausschließlich oder vorwiegend von Roche beliefern zu lassen, nur Angebote von „ebenbürtigen Konkurrenten“ oder „reputable manufacturers as distinct from brokers or dealers“ berücksichtigt würden und daß es sich meistens um Angebote auf dem lokalen Markt handeln müsse. Sie unterstreicht ferner, sie wende sich nicht gegen die Verwendung der englischen Klausel, hält aber daran fest, diese Klausel hebe die Wettbewerbsbehinderung durch die mit einem Treuerabatt verbundenen Exklusivlieferungsverträge nicht auf.

c) Die Klägerin antwortet auf die Fragen des Gerichtshofes zu den streitigen Verträgen wie folgt:

Zur wettbewerbsbeschränkenden Wirkung der streitigen Verträge bemerkt sie, der Anteil der Kunden, mit denen diese Verträge geschlossen worden seien, an den Vitaminverkäufen habe sich nach der Aufhebung der Verträge nicht verringert, sondern sogar erhöht, was zeige, daß die Verträge den Wettbewerb nicht beschränkt hätten (Antwort auf die Fragen II.1 und II.3). Die Klägerin bezieht sich ferner auf die Entscheidung der Kommission vom 5. Dezember 1969 in der Rechtssache Pirelli-Dunlop (ABl. L 323, S. 21), aus der man schließen müsse, daß nach Ansicht der Kommission selbst die Aufnahme der englischen Klausel Ausschließlichkeitsbedingungen ihren wettbewerbsbeschränkenden Charakter nehme.

Sie fügt hinzu, sie müsse annehmen, daß ihre Wettbewerber mit ihren Kunden Verträge gleicher Art geschlossen hätten, wie sie die Kommission verurteilt habe (Antwort auf die Frage II.4). In Beantwortung der Frage II.6 stellt sie klar, sie habe nach Aufhebung der streitigen Verträge mit dem Großteil ihrer Kunden noch keine neuen Verträge geschlossen, da die Gespräche mit der Kommission über einen neuen Musterkontrakt erst im November 1977 abgeschlossen worden seien. Neue Verträge, die der Antwort in der Anlage beigefügt seien, seien jedoch mit Merck, Unilever, Animedica und Dawe's geschlossen worden.

In ihrer Antwort auf die Fragen II.7 und II.8 hält die Klägerin daran fest, daß zwischen den Treuerabatten und den in verschiedenartiger Form in den streitigen Verträgen enthaltenen Klauseln ein wesentlicher Unterschied bestehe. Ein Treuerabatt entfalle vollständig, sobald der Kunde von einem Dritten beziehe. Demgegenüber behielten die Kunden von Roche ihre bereits erworbenen Rabatte, wenn sie von Dritten bezögen. Die Klägerin erklärt mit Nachdruck, sie habe keine Möglichkeit, die korrekte Anwendung der englischen Klausel durch ihre

Kunden zu überprüfen, und sie habe von den in den Verträgen vorgesehenen Sanktionen niemals Gebrauch gemacht.

V — Mündliche Verhandlung

Die Parteien haben in der öffentlichen Sitzung vom 31. Mai 1978 mündlich zur Sache verhandelt und eine Reihe von Fragen der Richter und des Generalanwalts beantwortet.

Die Klägerin hat mit Zustimmung der Beklagten eine Reihe von Unterlagen zur Stützung ihres mündlichen Vortrags eingereicht und bestätigt, daß sie die Art und Weise, in der einige Dokumente in den Besitz der Beklagten gelangt seien (vgl. zweite Rüge, zu a), nicht mehr rügen wolle. Sie hat außerdem wiederholt, daß sie in ihrem Schreiben vom 17. April 1978 auch auf die Rüge verzichtet habe, die auf die Verletzung des Artikels 18 der Verordnung Nr. 17 gestützt sei (dritte Rüge).

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 19. September 1978 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

Die am 27. August 1976 eingereichte Klage der schweizerischen Gesellschaft Hoffmann-La Roche & Co. AG (im folgenden Roche genannt) mit Sitz in Basel zielt in erster Linie auf die Aufhebung der der Klägerin am 14. Juni 1976 zugestellten, im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 223 vom 16. August 1976 veröffentlichten Entscheidung der Kommission vom 9. Juni 1976 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG -Vertrags (IV/29.020 — Vitamine), hilfsweise auf die Aufhebung des Artikels 3 dieser Entscheidung, worin der Klägerin eine Geldbuße von 300 000 Rechnungseinheiten, das ist ein Betrag von 1 098 000 DM, auferlegt worden ist.

2 In dieser Entscheidung wird festgestellt, Roche habe innerhalb des Gemeinsamen Marktes auf den Märkten der Vitamine A, B₂, B₃ (Pantothensäure), B₆, C, E und H (Biotin) eine beherrschende Stellung im Sinne des Artikels 86 des Vertrags inne; sie habe diese Stellung mißbräuchlich ausgenutzt und dadurch eine Zuwiderhandlung gegen diesen Artikel begangen, denn sie habe seit 1964, insbesondere aber in den Jahren 1970 bis 1974, mit 22 Käufern dieser Vitamine Verträge geschlossen, die für diese die Verpflichtung oder — durch die Gewährung von Treueprämien — den Anreiz mit sich gebracht hätten, von Roche ausschließlich oder vorzugsweise die Gesamtheit oder den wesentlichen Teil ihres Bedarfs an Vitaminen zu beziehen (Artikel 1 der Entscheidung). Nach Artikel 2 dieser Entscheidung hat Roche die festgestellte Zuwiderhandlung unverzüglich abzustellen, in Artikel 3 wird ihr die genannte Geldbuße auferlegt.

3 Zur Begründung ihrer Klage rügt die Klägerin folgendes:

Erste Rüge: Die angefochtene Entscheidung verletze den fundamentalen Grundsatz der Bestimmtheit und Voraussehbarkeit von Sanktionsnormen.

Zweite Rüge: Die angefochtene Entscheidung sei aufgrund der Unregelmäßigkeiten des ihr vorausgegangenen Verwaltungsverfahrens in mehreren Punkten formfehlerhaft.

Dritte Rüge: Die angefochtene Entscheidung verletze Artikel 86 des Vertrages insofern, als die Kommission die Begriffe der beherrschenden Stellung und der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, die zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten führen könne, unrichtig ausgelegt, jedenfalls aber unrichtig angewandt habe, indem sie Roche eine solche Stellung zugeschrieben und in den streitigen Verträgen eine solche mißbräuchliche Ausnutzung gesehen habe.

Vierte Rüge: Die angefochtene Entscheidung verletze Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (ABl. Nr. 13, S. 204), denn es sei Roche eine Geldbuße auferlegt worden, obschon die behaupteten Zuwiderhandlungen, soweit sie festgestellt werden könnten, weder vorsätzlich noch fahrlässig begangen worden seien.

Die Klägerin hatte sich in ihrer Klageschrift außerdem auf die Verletzung von Artikel 18 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 und der Haushaltsordnung Nr. 68/313 vom 30. Juli 1968 (ABl. L 199, S. 1) inso-

weit berufen, als die Geldbuße in Deutsche Mark umgerechnet worden war; sie hat diese Rüge jedoch im Laufe des Verfahrens fallenlassen, so daß nur die genannten vier Rügen zu erörtern sind.

Erste Rüge: Verletzung des Grundsatzes der Bestimmtheit und Voraussehbarkeit von Sanktionsnormen

- 4 Nach Ansicht der Klägerin zählen die in Artikel 86 des EWG-Vertrags genannten Begriffe „beherrschende Stellung“ und „mißbräuchliche Ausnutzung“ einer solchen Stellung zu den unbestimmtesten und unklarsten Generalklauseln des Gemeinschaftsrechts sowie der nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Aus dem fundamentalen Rechtsgrundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege“ folge somit, daß die Kommission die bei Verletzung der genannten Bestimmungen vorgesehenen Sanktionen erst verhängen dürfe, wenn diese Begriffe durch eine Entscheidungspraxis oder durch die Rechtsprechung so hinreichend konkretisiert worden seien, daß die Unternehmen wüßten, woran sie sich zu halten hätten.
- 5 Die Klägerin bestreitet nicht, daß die Kommission für die Auslegung und Konkretisierung dieser Begriffe in den Entscheidungen, die sie gegenüber Unternehmen erläßt, zuständig ist; sie spricht ihr nur die Befugnis ab, Sanktionen zu verhängen, solange diese Begriffe noch nicht präzisiert seien; so verhalte es sich im vorliegenden Fall.
- 6 Hieraus folgt, daß sich diese Rüge nur auf die auferlegte Geldbuße bezieht; sie ist deshalb nachstehend im Zusammenhang mit den anderen Rügen gegen die Auferlegung dieser Geldbuße zu erörtern.

Zweite Rüge: Unregelmäßigkeiten des Verwaltungsverfahrens

- 7 Hierzu hatte die Klägerin in ihrer Klageschrift in erster Linie geltend gemacht, das gemäß den Artikeln 3 und 15 der Verordnung Nr. 17 des Rates gegen sie eingeleitete Ermittlungsverfahren beruhe auf internen Geschäftsunterlagen, die rechtswidrig in den Besitz der Kommission gelangt seien. Vor dem Gerichtshof hat sie jedoch im schriftlichen Verfahren und in der mündlichen Verhandlung erklärt, sie verzichte auf diese Rüge; sie hat selbst unter anderem die Unterlagen zu den Akten gereicht, deren Verwendung durch

die Kommission sie zuvor für rechtswidrig erachtet hatte. Die Rüge kann unter diesen Umständen ohne weitere Erörterung auf sich beruhen; eine Prüfung von Amts wegen hält der Gerichtshof nicht für erforderlich.

- 8 In zweiter Linie trägt die Klägerin vor, in der angefochtenen Entscheidung seien Dokumente, die im Verwaltungsverfahren nicht benannt worden seien, und Beweisunterlagen angeführt worden, in die Einsicht zu nehmen ihr die Kommission unter Hinweis auf ihre Pflicht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verweigert habe. Diese Rüge bezieht sich zum einen auf die in Nr. 12 der angefochtenen Entscheidung aufgeführten Dokumente, nämlich auf vier interne Rundschreiben von Roche, die laut der Entscheidung von September 1970 (richtig: 8. September 1972), vom Dezember 1970, vom Mai 1971 (richtig: Mitte August 1971) und vom August 1971 datieren, sowie auf ein Protokoll einer Sitzung der europäischen Bulk Manager vom 12. und 13. Oktober 1971 (richtig: 12. und 13. Oktober 1972). Zum anderen betrifft sie die Beweisunterlagen, die die Kommission bei anderen Vitaminherstellern eingeholt und mit deren Hilfe sie die Roche zugerechneten Marktanteile ermittelt hat, sowie die von Kunden der Klägerin auf Ersuchen erlangten Auskünfte, deren Abschluß die Kommission als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung betrachtet, die den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigten.
- 9 Die Gewährung des rechtlichen Gehörs stellt in allen Verfahren, die zu Sanktionen, namentlich zu Geldbußen oder zu Zwangsgeldern führen können, einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts dar, der auch in einem Verwaltungsverfahren beachtet werden muß. In Durchführung dieses Grundsatzes verpflichtet Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 des Rates die Kommission, den Beteiligten vor Erlaß einer Bußgeldentscheidung Gelegenheit zu geben, sich zu den ihnen gegenüber in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten zu äußern. Ferner zieht die Kommission nach Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission vom 25. Juli 1963 (ABl. S. 2268) über die Anhörung nach Artikel 19 der Verordnung Nr. 17 in ihren Entscheidungen nur die Beschwerdepunkte in Betracht, zu denen die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, gegen die sich die Entscheidung richtet, Gelegenheit zur Äußerung gehabt haben.

- 10 Zwar hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 15. Juli 1970 (Rechtssache 45/69, Boehringer, Slg. 1970, 769) festgestellt, daß diesen Erfordernissen bei der Mitteilung der Beschwerdepunkte — dem ersten Abschnitt des Verwaltungsverfahrens — Genüge getan ist, wenn diese, sei es auch nur in gedrängter Form, die wesentlichen Tatsachen klar angibt, auf die sich die Kommission stützt; doch gilt dies nur, wenn die Kommission „die zur Verteidigung notwendigen Angaben im Laufe des Verwaltungsverfahrens macht“.
- 11 Somit folgt aus den genannten Bestimmungen sowie aus dem ihnen zugrunde liegenden allgemeinen Grundsatz, daß die Gewährung des rechtlichen Gehörs es erfordert, dem betroffenen Unternehmen im Laufe des Verwaltungsverfahrens Gelegenheit zu geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der behaupteten Tatsachen und Umstände sowie zu den von der Kommission für ihre Behauptung einer Verletzung von Artikel 86 des Vertrages herangezogenen Unterlagen Stellung zu nehmen.
- 12 Die Kommission bestreitet nicht, daß sie in der Annahme, zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet zu sein, die Mitteilung von Daten verweigert hat, die sie bei Konkurrenten oder Kunden von Roche eingeholt hatte; aufgrund dieser Daten hatte sie unter anderem die Marktanteile errechnet und auf sie ihre Beurteilung gestützt, daß die streitigen Verträge wettbewerbsbeschränkenden Charakter hätten.
- 13 Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 bestimmt: „Die Kommission und die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sowie ihre Beamten und sonstigen Bediensteten sind verpflichtet, Kenntnisse nicht preiszugeben, die sie bei Anwendung dieser Verordnung erlangt haben und die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen, die Artikel 19 und 21 bleiben unberührt.“ Diese Bestimmung muß jedoch, wie der ausdrückliche Hinweis auf Artikel 19 bestätigt, mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör in Einklang gebracht werden.
- 14 Artikel 20 bietet den Unternehmern, bei denen Auskünfte erhoben werden, die Gewähr, daß ihre von der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses abhängigen Interessen nicht gefährdet werden. Er erlaubt es so der Kommission, im größtmöglichen Umfang die für die Erfüllung ihrer Aufgaben nach den Artikeln 85 und 86 des Vertrages erforderlichen Daten zu sammeln, ohne daß die Unternehmen ihr dies verweigern könnten. Er gestattet ihr jedoch deswegen nicht, zu Lasten eines in ein Verfahren nach der Verordnung Nr. 17

- verwickelten Unternehmens Tatsachen, Umstände oder Unterlagen zu berücksichtigen, die sie ihrer Auffassung nach nicht weitergeben kann, wenn diese Weigerung die Möglichkeiten dieses Unternehmens beeinträchtigt, zum Vorliegen oder zur Tragweite dieser Umstände, zu diesen Unterlagen oder schließlich zu den daraus gezogenen Schlußfolgerungen der Kommission Stellung zu nehmen.
- 15 Unregelmäßigkeiten dieser Art haben jedoch nicht notwendig die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zur Folge, wenn sie während des Verfahrens vor dem Gerichtshof geheilt worden sind, es sei denn, der Anspruch auf rechtliches Gehör bleibe trotz der späten Heilung verletzt.
- 16 Die Klägerin meint mit ihrer Rüge in erster Linie die in Nr. 12 der angefochtenen Entscheidung genannten Unterlagen. Dies sind dieselben, hinsichtlich derer sie die Art und Weise beanstandet hatte, auf die sie in den Besitz der Kommission gelangt waren, die sie aber in der Folge selbst zu den dem Gerichtshof vorgelegten Akten eingereicht hat, so daß über sie streitig verhandelt werden konnte und auch wurde. Was andererseits die Beweisunterlagen betrifft, aufgrund derer die Kommission die Marktanteile berechnet und die Auswirkungen der streitigen Verträge untersucht hat, haben die Parteien während des schriftlichen Verfahrens im Anschluß an einen vom Gerichtshof angeregten Informationsaustausch eine gemeinsame Stellungnahme vorgelegt, aus der sich ergibt, daß die Kommission hinsichtlich aller fraglichen Vitamine die Grundlagen ihrer Berechnung der wertmäßigen Marktanteile in den Jahren 1972, 1973 und 1974 offengelegt hat; Roche war daher in der Lage, ihre Marktanteile bei den verkauften Mengen zu schätzen, indem sie von den Verkäufen ausging, die in den von der Kommission beigebrachten Unterlagen bestimmten Konkurrenten zugeschrieben werden.
- 17 Auf diese Weise haben sich die Parteien für die Vitamine A, B₃ und H über die Schätzung der wert- und mengenmäßigen Marktanteile einigen können — wobei weiter streitig ist, welcher Gesichtspunkt maßgeblich ist —; für die Vitamine C und E gilt, vorbehaltlich der Prüfung des relevanten Marktes wegen der bei bestimmten Verwendungen bestehenden Austauschbarkeit dieser beiden Vitamine mit anderen Erzeugnissen, das gleiche; nur die Marktanteile bei den Vitaminen B₂ und B₆ sind strittig geblieben.

- 18 Schließlich hat die Kommission ebenfalls im Laufe des schriftlichen Verfahrens auf Ersuchen des Gerichtshofes den unter Nr. 3 der angefochtenen Entscheidung genannten Bericht über die Sitzung Unilever-Roche sowie die Ermittlungsberichte ihrer Beamten über einen Teil der Kunden von Roche, die die streitigen Verträge geschlossen hatten, beziehungsweise — über diejenigen Firmen, die ungenannt bleiben wollten — einen diese Berichte zusammenfassenden Vermerk vorgelegt.
- 19 Unter diesen Umständen kann die auf die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gestützte Rüge keinen Erfolg mehr haben.

Dritte Rüge: Verletzung von Artikel 86 des Vertrages

- 20 Nach Ansicht der Klägerin hat die Kommission Artikel 86 des Vertrages in folgenden Punkten verletzt:
- I. Die angefochtene Entscheidung gehe zu Unrecht von einer beherrschenden Stellung der Klägerin aus, lege diesen Begriff unzutreffend aus und subsummiere den vorliegenden Fall unrichtig unter ihn; dies gelte insbesondere im Hinblick auf die Berechnung und die Erheblichkeit sowohl der Marktanteile wie auch der anderen für das Vorliegen der behaupteten beherrschenden Stellung zugrunde gelegten Indizien.
 - II. Die angefochtene Entscheidung gehe jedenfalls zu Unrecht davon aus, daß die Klägerin eine solche Stellung mißbräuchlich ausgenutzt habe, denn die Kommission habe die Verträge, deren Abschluß die mißbräuchliche Ausnutzung und die wettbewerbsbeschränkende Wirkung dieser Verträge begründet haben solle, unzutreffend gewürdigt.
 - III. Die angefochtene Entscheidung gehe zu Unrecht davon aus, daß das Verhalten der Klägerin geeignet gewesen sei, den innergemeinschaftlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen.

I — Das Vorliegen einer beherrschenden Stellung

Teil 1: Die Abgrenzung der relevanten Märkte

- 21 Zur Beurteilung der Frage, ob Roche die behauptete beherrschende Stellung innehat, sind die relevanten Märkte sowohl in räumlicher Hinsicht wie im Hinblick auf das Erzeugnis abzugrenzen.

- 22 Wie sich aus den Nrn. 3 und 6 der angefochtenen Entscheidung ergibt, erfaßt der berücksichtigte räumliche Markt den gesamten Gemeinsamen Markt, also bis zum 31. Dezember 1972 sechs, danach neun Mitgliedstaaten.
- 23 Die angefochtene Entscheidung betrifft nicht abgepackte, zu dreizehn Vitamingruppen gehörende Erzeugnisse, von denen Roche acht herstellt und vertreibt — nämlich A, B₁, B₂, B₃(Pantothensäure), B₆, C, E und H (Biotin) — und fünf bei den Erzeugern kauft und weiterverkauft — B₁₂, D, PP, K und M. Die Kommission hat bei sieben der acht von Roche hergestellten Vitamingruppen eine beherrschende Stellung festgestellt, nämlich bei A, B₂, B₃, B₆, C, E und H. Zwischen den Parteien besteht Einvernehmen zum einen darüber, daß jede dieser Gruppen in je besonderer Weise stoffwechselwirksam und folglich nicht gegen die übrigen austauschbar ist, zum anderen darüber, daß die fraglichen Vitamine in den drei diesen Gruppen gemeinsamen Verwendungsmöglichkeiten, nämlich bei Lebensmitteln, Futtermitteln und Arzneimitteln, nicht im Wettbewerb mit anderen Erzeugnissen stehen.
- 24 Unter Berücksichtigung all dessen war die Kommission der Auffassung (Nr. 20 der angefochtenen Entscheidung), daß jede Vitamingruppe einen gesonderten Markt bilde. Roche hatte zunächst vorgetragen, mehrere Gruppen könnten zusammen einen Markt bilden, später aber der Kommission mit der Einschränkung zugestimmt, daß die Vitamingruppen C und E jeweils zusammen mit anderen Erzeugnissen Teil eines ausgedehnteren Marktes seien. Demzufolge ist zu untersuchen, ob die Kommission die Märkte zutreffend abgegrenzt hat, zu denen die Vitamingruppen C und E gehören.
- 25 Es steht fest, daß die Vitamine C und E neben ihrer Verwendung in der pharmazeutischen Industrie sowie in Lebensmitteln und Futtermitteln — diese Verwendungen werden als bio-nutritiv bezeichnet — unter anderem als Antioxydantien, Fermente und Zusätze — sogenannte technologische Verwendungen — gehandelt werden und daß sie im Rahmen des Bedarfs für technologische Verwendungen mit anderen hierfür geeigneten Erzeugnissen im Wettbewerb stehen.

- 26 Roche ist der Ansicht, hieraus folge, daß die Vitamingruppen C und E Teil größerer, andere Erzeugnisse umfassender Märkte seien, und daß die Kommission die einschlägigen Marktanteile von Roche übertrieben dargestellt habe, weil sie diese anderen Erzeugnisse nicht erfaßt habe.
- 27 Demgegenüber ist die Kommission der Ansicht, die Erzeugnisse, mit denen die Vitamine C und E bei technologischen Verwendungen austauschbar seien, könnten nicht den gleichen Märkten wie diese Vitamine zugerechnet werden, da der Grad der Austauschbarkeit dieser Erzeugnisse mit den fraglichen Vitaminen gerade wegen deren doppelter Verwendungsmöglichkeit hierfür nicht ausreiche. Auch ließen sich die schließlich zu bio-nutritiven Zwecken und die zu technologischen Verwendungen gebrauchten Vitamine nicht auf zwei besondere Märkte aufteilen, da es aufgrund der doppelten Verwendungsmöglichkeit dieser Erzeugnisse im Belieben der Hersteller und der Käufer liege, sie — vor allem auf einem expandierenden Markt — der Bestimmung zuzuführen, die sie für die vorteilhafteste hielten. Gehe man aber davon aus, daß die von Roche zu technologischen Zwecken verkauften Vitamine von den relevanten Märkten auszunehmen seien, so müsse bei den anderen Herstellern ebenso verfahren werden, so daß die Marktanteile keine Änderung erführen.
- 28 Wenn ein Erzeugnis zu unterschiedlichen Zwecken verwandt werden kann und diese unterschiedlichen Verwendungen auch unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechen, so kann dieses Erzeugnis gegebenenfalls getrennten Märkten angehören, die möglicherweise ihrerseits sowohl nach der Wettbewerbsstruktur wie nach den Wettbewerbsbedingungen unterschiedliche Merkmale aufweisen. Diese Feststellung rechtfertigt jedoch nicht den Schluß, daß ein solches Erzeugnis gemeinsam mit allen anderen Erzeugnissen, mit denen es in seinen möglichen unterschiedlichen Verwendungen austauschbar ist und gegebenenfalls in Wettbewerb steht, einen einzigen einheitlichen Markt bildet. Der Begriff des relevanten Marktes setzt nämlich die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs zwischen den zu ihm gehörenden Erzeugnissen voraus, so daß ein hinreichender Grad von Austauschbarkeit zwischen allen zum gleichen Markt gehörenden Erzeugnissen im Hinblick

auf die gleiche Verwendung erforderlich ist. Jedenfalls zur fraglichen Zeit bestand keine solche Austauschbarkeit zwischen sämtlichen Vitaminen der Gruppen C und E und sämtlichen Erzeugnissen, die jeweils in den — auch in sich sehr unterschiedlichen — technologischen Verwendungen gegen die eine oder andere dieser Vitamingruppen austauschbar sind.

- 29 Demgegenüber sind Zweifel daran möglich, ob für die Abgrenzung der jeweiligen Märkte der Vitamingruppen C und E sämtliche Vitamine jeder dieser beiden Gruppen unabhängig von ihrer weiteren Verwendung in einem dieser Gruppe entsprechenden Markt zusammenzufassen sind oder ob im Gegenteil jede dieser Gruppen auf zwei getrennte Märkte aufzuteilen ist, von denen der eine die bio-nutritiv, der andere die technologisch zu verwendenden Vitamine umfaßt.
- 30 Für die richtige Berechnung der Marktanteile von Roche und ihrer Konkurrenten ist eine Beantwortung dieser Frage jedoch nicht erforderlich. Sollte nämlich diese Aufteilung notwendig sein, dann müßte sie, wie die Kommission zu Recht bemerkt, sowohl bei den Konkurrenten von Roche wie bei dieser selbst vorgenommen werden, und zwar — mangels einer anderen Angabe der Klägerin — im gleichen Verhältnis, so daß die in Prozentsätzen ausgedrückten Marktanteile unverändert blieben. Schließlich hat Roche auf eine Frage des Gerichtshofes mitgeteilt, daß sämtliche Vitamine einer jeden Gruppe unabhängig von der weiteren Bestimmung des Erzeugnisses der gleichen Preisregelung unterlägen, so daß man sie nicht auf eigene Märkte aufteilen könne. Die Kommission hat folglich in ihrer angefochtenen Entscheidung die relevanten Märkte zutreffend abgegrenzt.

Teil 2: Die Struktur der relevanten Märkte

- 31 Wenn auch jede Vitamingruppe einen eigenen Markt darstellt, so weisen diese getrennten Märkte doch bei den Herstellungs- und Vertriebsstrukturen gemeinsame Züge auf, die herauszuarbeiten sind.
- 32 Zunächst besteht zwischen den Parteien Einvernehmen darüber, daß die Märkte sämtlicher Vitamingruppen in den Jahren 1950 bis 1974 — wenn

auch in unterschiedlichem Umfang — sehr stark expandiert haben und daß die Produktion unablässig zunahm.

- 33 Insbesondere zur *Produktion* sind sich die Parteien weiter darin einig, daß die synthetische Herstellung der Vitamine jedenfalls nach Erlöschen der zu einem nicht unwesentlichen Teil von Roche gehaltenen Patente zwar keine besonders schwierigen technischen Probleme aufwirft, jedoch bedeutende Investitionen erfordert und daß hierfür jeweils spezielle Anlagen benötigt werden, die für jede Vitamingruppe weitgehend spezifischer Art sind. Deshalb richtete sich die Kapazität der Werke während des genannten Zeitraums nach dem über einen Zeitraum von zehn Jahren zu erwartenden Anstieg des Bedarfs. Diese Marktstruktur hatte trotz der erwähnten erheblichen Expansion bei den meisten Vitamingruppen eine weltweite Überkapazität zur Folge. Dies belegt eindrucksvoll die Bemerkung in dem Protokoll der Sitzung Unilever-Roche vom 11. Dezember 1972, die Gesamtkapazität von Roche reiche für sich allein zur Deckung des Weltbedarfs aus; Roche sei damals nur zu 50 % ihrer Kapazität ausgelastet gewesen.
- 34 Diese Produktionskapazität war in dem von der Kommission berücksichtigten Zeitraum, was die im Gemeinsamen Markt tätigen Erzeuger betrifft, in den Händen einer beschränkten Anzahl von Firmen — nach der in Nr. 4 der angefochtenen Entscheidung enthaltenen Übersicht insgesamt neun — konzentriert, wobei die Anzahl der Hersteller je Gruppe noch geringer war; es waren vier bei Vitamin A, drei bei Vitamin B₂, drei bei Vitamin B₃, vier bei Vitamin B₆, fünf bei Vitamin C, vier bei Vitamin E und zwei bei Vitamin H. Einige Erzeuger kauften ferner Vitamine, die sie nicht selbst herstellten, und verkauften sie weiter, während ungeklärte Vitaminmengen von bedeutenden Handelshäusern auf den Markt gebracht wurden, die sie nicht von den neun in der Entscheidung genannten Herstellern, sondern aus anderen Quellen bezogen.
- 35 Die *Nachfrage* nach nicht abgepackten Vitaminen ist im Gemeinsamen Markt durch eine relativ hohe Anzahl von Abnehmern — bei Roche ca. 5 000 —

gekennzeichnet. Ein beachtlicher Teil dieser Nachfrage — bei Roche ca. 25 % ihrer Verkäufe auf dem Gemeinsamen Markt — war jedoch zur fraglichen Zeit in den Händen von 22 bedeutenden Firmen konzentriert, von denen sieben zur pharmazeutischen Industrie, fünf zur Lebensmittelindustrie und zehn zur Futtermittelindustrie gehörten. Alle diese Abnehmer kauften unabhängig von ihrem Tätigkeitsgebiet eine große Anzahl, wenn nicht alle fraglichen Vitamine; dies gilt nicht für die Firma Unilever, die — jedenfalls von Roche — nur Vitamine der Gruppe A gekauft zu haben scheint.

Teil 3: Die Bedeutung der Indizien, auf die sich die Kommission stützt, für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung

- 36 Die Auffassung der Kommission, daß Roche eine beherrschende Stellung auf den sieben relevanten Märkten (A, B₂, B₃, B₆, C, E, H) innehatte, stützt sich einerseits auf das Verhältnis der Marktanteile der Klägerin zu denen ihrer Konkurrenten, andererseits auf eine Reihe von Umständen, die Roche nach Meinung der Kommission eine ausgesprochene Vormachtstellung auf den relevanten Märkten sichern, soweit der Marktanteil für sich allein nicht ausreiche. Hieraus zieht die Kommission folgenden Schluß (Nr. 21 der Entscheidung): „Auf den relevanten Märkten ist Roche in ihrem Verhalten insgesamt so unabhängig, daß sie einen wirksamen Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes verhindern kann und somit eine beherrschende Stellung auf diesen Märkten erhält.“
- 37 Roche greift die Berechnung ihrer Marktanteile sowie das Vorliegen und die Erheblichkeit der anderen in der angefochtenen Entscheidung aufgeführten Indizien an. Sie wirft der Kommission weiter vor, es unterlassen zu haben, ihr Verhalten auf den relevanten Märkten, insbesondere aber das ständige, erhebliche Fallen der Vitaminpreise, zu untersuchen und zu berücksichtigen: Es beweise das Bestehen eines wirksamen Wettbewerbs, dessen Druck Roche habe nachgeben müssen.

- 38 Artikel 86 ist ein Ausfluß des allgemeinen, der Tätigkeit der Gemeinschaft in Artikel 3 Buchstabe f) gesetzten Ziels, ein System zu errichten, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt. Er verbietet die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes durch ein Unternehmen, soweit diese dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Mit der beherrschenden Stellung in diesem Sinne ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.
- 39 Eine solche Stellung schließt im Gegensatz zu einem Monopol oder einem Quasi-Monopol einen gewissen Wettbewerb nicht aus, versetzt aber die begünstigte Firma in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder wenigstens merklich zu beeinflussen, jedenfalls aber weitgehend in ihrem Verhalten hierauf keine Rücksicht nehmen zu müssen, ohne daß ihr dies zum Schaden gereichte. Ferner ist eine beherrschende Stellung von parallelen Verhaltensweisen, wie sie oligopolistischen Situationen eigen ist, dadurch zu unterscheiden, daß sich die Verhaltensweisen in einem Oligopol gegenseitig beeinflussen, während das Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung in großem Umfang einseitig festgelegt wird. Das Vorliegen einer beherrschenden Stellung kann sich aus dem Zusammentreffen mehrerer Faktoren ergeben, die jeweils für sich genommen nicht ausschlaggebend sein müssen, unter denen jedoch das Vorliegen erheblicher Marktanteile in hohem Maße kennzeichnend ist.
- 40 Ein beträchtlicher Marktanteil ist als Beweismittel für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung keine unveränderliche Größe; seine Bedeutung schwankt von Markt zu Markt insbesondere nach der jeweiligen Produktions-, Angebots- und Nachfragestruktur. Wenn auch jede Vitamingruppe einen eigenen Markt darstellt, so weisen diese unterschiedlichen Märkte

doch, wie sich aus der Untersuchung ihrer Struktur ergeben hat, eine hinreichende Anzahl gemeinsamer Züge auf, so daß die Bedeutung der Marktanteile für die Annahme einer beherrschenden Stellung nach den gleichen Kriterien beurteilt werden kann.

- 41 Wenn die Bedeutung der Marktanteile auch von einem Markt zum anderen unterschiedlich sein kann, so kann man doch zu Recht annehmen, daß besonders hohe Anteile — von außergewöhnlichen Umständen abgesehen — ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern. Ein Unternehmen, das während längerer Zeit einen besonders hohen Marktanteil innehat, befindet sich allein durch den Umfang seiner Produktion und seines Angebotes in einer Position der Stärke, die es zu einem nicht zu übergehenden Geschäftspartner macht und ihm bereits deswegen, jedenfalls während relativ langer Zeit, die Unabhängigkeit des Verhaltens sichert, die für eine beherrschende Stellung kennzeichnend ist; die Inhaber von erheblich geringeren Anteilen wären nicht in der Lage, kurzfristig die Nachfrage zu befriedigen, die sich vom Marktführer abwenden wollte.
- 42 Die angefochtene Entscheidung stellt neben den Marktanteilen auf eine Reihe anderer Punkte ab, die Roche in bestimmten Fällen in Verbindung mit ihren Marktanteilen eine beherrschende Stellung sichern sollen. Diese Indizien, die die Kommission als zusätzliche Kriterien bezeichnet, sind die folgenden:
- a) Nicht nur die Marktanteile von Roche seien bedeutend, es bestehe auch ein erheblicher Abstand zwischen ihren Anteilen und denen der nächstkleineren Wettbewerber (Nrn. 5 und 21 der Entscheidung);
 - b) Roche stelle ein viel breiteres Vitaminsortiment her als ihre Wettbewerber (Nr. 21 der Entscheidung);
 - c) Roche sei der größte Vitaminhersteller der Welt; ihr Umsatz übersteige den aller übrigen Hersteller zusammen; sie stehe an der Spitze einer multinationalen Gruppe, die aufgrund ihres Umsatzes die größte pharmazeutische Unternehmensgruppe der Welt sei (Nrn. 5, 6 und 21 der Entscheidung);

- d) obwohl ihre Patente zur Herstellung von Vitaminen erloschen seien, verfüge Roche aufgrund der Pionierarbeit, die sie auf diesem Gebiet geleistet habe, weiterhin über einen technologischen Vorsprung gegenüber ihren Konkurrenten, der sich in einem erstklassigen und sehr versierten Service in Form von Kundeninformationen und technischer Hilfe äußere (Nrn. 7 und 8 der Entscheidung);
- e) Roche verfüge über ein sehr umfassendes, spezielles Vertriebsnetz (Nr. 8 der Entscheidung);
- f) es fehle an einem potentiellen Wettbewerb (Nr. 21 der Entscheidung).

Weiter hat die Kommission im Laufe des Verfahrens vor dem Gerichtshof als Indiz für die beherrschende Stellung von Roche deren Fähigkeit angeführt, trotz eines lebhaften Wettbewerbs ihre Marktanteile im wesentlichen zu halten.

- 43 Zunächst ist zu untersuchen, ob die von der Kommission berücksichtigten Indizien, deren Erheblichkeit die Klägerin bestreitet, unter Berücksichtigung der Besonderheiten der relevanten Märkte und der Marktanteile ihrer Natur nach geeignet sind, eine beherrschende Stellung nachzuweisen, und im Anschluß daran, ob sie im Falle von Roche tatsächlich gegeben sind.
- 44 Als Indiz kann in diesem Zusammenhang nicht die Erhaltung der Marktanteile anerkannt werden; denn diese kann ebensogut die Folge eines wirksamen Wettbewerbsverhaltens wie in einer Stellung sein, die Roche ein wettbewerbsunabhängiges Verhalten ermöglicht. Die Kommission hat das Vorliegen eines Wettbewerbs zugestanden, aber keine Umstände angeführt, auf denen die festen Marktanteile dort beruhen könnten, wo sie festgestellt wurden. Liegt jedoch eine beherrschende Stellung vor, dann kann die Erhaltung der Marktanteile die Erhaltung der beherrschenden Stellung belegen. Ferner können die zur Erhaltung der beherrschenden Stellung angewandten Methoden unter Umständen eine mißbräuchliche Ausnutzung im Sinne des Artikels 86 des Vertrages darstellen.
- 45 Ebensowenig kann dem Umstand Beweiswert zuerkannt werden, daß Roche angeblich ein breiteres Vitaminsortiment als ihre Wettbewerber herstellt. Die

Kommission sieht in diesem Umstand ein Indiz für eine beherrschende Stellung, denn „da sich der Bedarf vieler Verbraucher auf mehrere Vitamingruppen erstreckt, kann Roche auf den einzelnen Märkten im Vergleich zu den übrigen Herstellern eine vom Wettbewerb viel unabhängigere Verkaufs- und vor allem Preisstrategie verfolgen“.

- 46 Die Kommission hat jedoch selbst festgestellt, daß jede Vitamingruppe einen gesonderten Markt bildet und gegen andere Gruppen oder Erzeugnisse nicht oder nur in geringem Maße ausgetauscht werden kann (Nr. 20 der Entscheidung); daher sind Vitamine verschiedener Gruppen untereinander ebenso unterschiedliche Erzeugnisse wie Vitamine im Verhältnis zu anderen Arznei-, Lebens- oder Futtermitteln. Im übrigen ist unbestritten, daß die Wettbewerber von Roche, insbesondere, soweit sie Chemieunternehmen sind, neben den von ihnen hergestellten Vitaminen andere Erzeugnisse auf den Markt bringen, die ebenfalls Gegenstand der Nachfrage seitens der Vitaminbezieher sind: Der Umstand, daß Roche mehrere Vitamingruppen anbieten kann, sichert ihr somit für sich allein keinen Vorteil gegenüber Wettbewerbern, die neben einem weniger breiten oder einem schmalen Vitaminsortiment andere von den Beziehern dieser Vitamine ebenfalls benötigte Erzeugnisse anbieten können.
- 47 Aus ähnlichen Erwägungen kann auch nicht als Indiz anerkannt werden, daß Roche der größte Vitaminhersteller der Welt ist, daß ihr Umsatz den aller übrigen Hersteller zusammen übersteigt und daß sie an der Spitze der größten pharmazeutischen Unternehmensgruppe der Welt steht. Nach Ansicht der Kommission stellen diese drei Umstände ein Merkmal einer beherrschenden Stellung dar; sie führt hierzu aus: „Nicht nur im Gemeinsamen Markt, sondern weltweit besitzt die Klägerin eine überragende Marktstellung. Dadurch genießt sie zusätzliche Handlungsfreiheit, denn diese Stellung erlaubt es ihr, unterschiedlichen Entwicklungen auf regionalen Märkten flexibler Rechnung zu tragen. Ein Unternehmen, das auf dem gesamten Weltmarkt operiert und einen Marktanteil besitzt, mit dem es alle anderen Wettbewerber weit hinter sich läßt, braucht auf Wettbewerber, die im Gemeinsamen Markt auftreten, weniger Rücksicht zu nehmen.“ Eine solche, auf Größenvorteile und die Möglichkeit einer jeweils unterschiedlichen Strategie für die einzelnen regionalen Märkte gestützte Argumentation ist dann nicht schlüs-

sig, wenn man davon ausgeht, daß jede Vitamingruppe eine Gruppe eigenständiger Erzeugnisse darstellt, die spezifische Investitionen erfordert und einen eigenen Markt bildet, denn der Umfang der Gesamtproduktion unterschiedlicher Erzeugnisse bietet Roche keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber Wettbewerbern insbesondere aus der chemischen Industrie, die auf Weltenebene neben Vitaminen andere Erzeugnisse herstellen und im Grunde die gleichen Marktkompensationsmöglichkeiten haben, wie sie eine beträchtliche Gesamtproduktion von Erzeugnissen bietet, die sich so voneinander unterscheiden wie die verschiedenen Vitamingruppen untereinander.

48 Demgegenüber stellen das Verhältnis zwischen den Marktanteilen von Roche und seinen Wettbewerbern, insbesondere den nächstkleineren, der technologische Vorsprung eines Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern, ein erstklassiges Vertriebsnetz und das Fehlen eines potentiellen Wettbewerbs taugliche Indizien dar, und zwar das erste, weil es die Berechnung der Wettbewerbsfähigkeit der Wettbewerber des fraglichen Unternehmens gestattet, das zweite und dritte, weil sie schon an sich technische und Handelsvorteile darstellen, und das vierte, weil es das Ergebnis der Errichtung von Schranken gegen das Auftreten neuer Wettbewerber auf dem Markt ist. Zum potentiellen Wettbewerb ist jedoch festzustellen, daß sich zwar — das gilt für alle betroffenen Vitamingruppen — die Kapazität der Werke aufgrund des Umfangs der erforderlichen Investitionen nach der über einen längeren Zeitraum zu erwartenden Expansion richtet und dadurch der Marktzugang für neue Erzeuger erschwert wird, daß aber auch berücksichtigt werden muß, daß die erheblichen unausgenützten Produktionskapazitäten unter den eingeführten Herstellern zu einem potentiellen Wettbewerb führen. Roche befindet sich jedoch in dieser Hinsicht in einer privilegierten Position, da ihre Produktionskapazität, wie sie selbst zugibt, zu der von der angefochtenen Entscheidung erfaßten Zeit für sich allein ausgereicht hätte, die gesamte Weltnachfrage zu befriedigen, ohne daß diese Überkapazität sie in wirtschaftliche oder finanzielle Schwierigkeiten gebracht hätte.

49 Im Lichte dieser Erwägungen sind die Anteile von Roche an jedem der relevanten Märkte und ergänzend die Indizien zu prüfen, die in Verbindung mit den Marktanteilen den Nachweis einer beherrschenden Stellung ermögli-

chen. Anschließend sind die von Roche zur Aussagekraft ihres Verhaltens auf dem Markt insbesondere hinsichtlich der Preise vorgebrachten Argumente darauf zu untersuchen, ob sie die Feststellungen beeinflussen können, die sich aus der Prüfung der Marktanteile und der anderen berücksichtigten Indizien möglicherweise ergeben.

Teil 4: Subsumtion der einzelnen Vitamingruppen unter die erheblichen Kriterien

a) Vitamingruppe A

50 Die Parteien gehen einvernehmlich davon aus, daß der Marktanteil von Roche auf dem Gemeinsamen Markt sowohl wert- wie mengenmäßig mit 47 % angesetzt werden kann. Nach den von der Kommission vorgelegten, von Roche nicht bestrittenen Angaben errechnen sich die Anteile der anderen Hersteller im Jahre 1974 auf 27 %, 18 %, 7 % und 1 %.

51 Da der relevante Markt somit die Wesenszüge eines engen oligopolistischen Marktes aufweist, auf dem der Wettbewerb ohnehin bereits abgeschwächt ist, belegt der Anteil von Roche, der gleich der Summe der Anteile ihrer beiden nächstkleineren Wettbewerber ist, daß Roche über eine besondere Handlungsfreiheit bei der Bestimmung ihres Wettbewerbsverhaltens verfügt. Der technologische Vorsprung von Roche gegenüber ihren Wettbewerbern, der auf den für sie geschützten Patenten für ihre zahlreichen Erfindungen im Zusammenhang mit Vitamin A beruht und selbst nach deren Erlöschen fortbesteht, stellt ein zusätzliches Indiz für ihre beherrschende Stellung dar. Wie bereits angegeben, gilt das gleiche für das Fehlen des potentiellen Wettbewerbs durch neue Unternehmen, während der auf der Überkapazität in den bestehenden Unternehmen beruhende potentielle Wettbewerb sich mehr zugunsten von Roche auswirkte, wie sich aus folgendem Auszug aus der Management Information von Mitte August 1971 ergibt: „Although BASF will continue to intensify its activities, we expect to achieve a further steady increase of our turnover. However, the present overcapacity of production is such, that a firming of prices cannot be expected for the next few years. Such a development would, of course, be accelerated if one of our smaller competitors ceased production“.

- 52 Auf dem Markt von Vitamin A ist die Kommission somit zu Recht von einer beherrschenden Stellung der Klägerin ausgegangen. An dem Ergebnis der Kommission ändert sich nichts dadurch, daß Roche die Rohstoffe für die Herstellung der Vitamine der Gruppe A von einer chemischen Fabrik beziehen mußte, die selbst Vitamin A herstellte und folglich ihr Konkurrent war, denn Roche hat niemals behauptet, hinsichtlich der Lieferfolge oder der Preise irgendwelchen Schwierigkeiten ausgesetzt gewesen zu sein.

b) Vitamingruppe B₂

- 53 In der angefochtenen Entscheidung hatte die Kommission den Marktanteil von Roche mit 86 % bemessen. In der im Laufe des schriftlichen Verfahrens gemeinsam erarbeiteten Stellungnahme hat sie ihre Berechnungsgrundlagen für die wert- wie mengenmäßigen Marktanteile von Roche offengelegt. Aus den vorgelegten Tabellen ergibt sich ferner, daß alle statistisch erfaßten Vitamineinfuhren in den Gemeinsamen Markt berücksichtigt worden sind. Auf der Grundlage dieser Daten gelangt die Kommission zu folgenden Zahlen:

Vitamin B ₂ Marktanteil von Roche	1972 (6 Mitgliedstaaten)	1973 (9 Mitgliedstaaten)	1974 (9 Mitgliedstaaten)
Wertmäßig	87,0 %	81,2 %	80,6 %
Mengenmäßig	84,5 %	74,8 %	80,8 %

- 54 Roche beschränkt sich im wesentlichen auf folgende Aussage: „Da [Roche] jedoch hinsichtlich der Konkurrenz auf bloße Schätzungen angewiesen ist, sieht [sie] sich . . . nicht in der Lage, einen Gegenbeweis anzutreten.“ Sie erachtet aber ihren Anteil am Weltmarkt für weitaus niedriger und ist der Auffassung, daß ihr Anteil am Gemeinsamen Markt 50 % nicht überschreite. Zur Begründung dieser von derjenigen der Kommission abweichenden Beurteilung trägt sie folgendes vor: „Bei Hinzurechnen der seit etwa Anfang

1970 stillgelegten Fermentationskapazitäten, insbesondere in den USA, von 200 bis 300 jato [Jahrestonnen], die jederzeit reaktiviert werden können, vermindert sich der Anteil auf rund 50 %.“ Sie beruft sich damit — ohne weitere Klarstellung — entweder auf das Vorliegen eines potentiellen Wettbewerbs oder auf die Verringerung ihrer eigenen Produktionskapazität in den Vereinigten Staaten.

- 55 Sollte der erste Fall gegeben sein, so ließe dies vermuten, daß Wettbewerber von Roche nach dem Jahre 1970 teilweise vom Markt verdrängt worden sind. Geht man aber davon aus — was nicht klargelegt worden ist —, daß Roche sich auf die Stilllegung eigener Produktionskapazitäten bezieht, so ist dieser Umstand nicht geeignet, die Berechnungen der Kommission zu entkräften, solange nicht nachgewiesen ist, daß die Wettbewerber keine entsprechenden Kapazitäten stillgelegt haben. Jedenfalls aber fehlt es an dem Nachweis dafür, daß diese Stilllegungen notwendig zu einer Verringerung der Marktanteile von Roche am Gemeinsamen Markt und nicht eher zu einer Rationalisierung der Produktion geführt haben. Ferner können zwar Produktionsüberkapazitäten gegebenenfalls einen Faktor des potentiellen Wettbewerbs darstellen, der geeignet ist, das Vorliegen einer beherrschenden Stellung fraglich erscheinen zu lassen — wenn auch bereits festgestellt wurde, daß dieser Fall für Roche während der fraglichen Zeit nicht gegeben war —, doch können sie die Bewertung tatsächlicher Marktanteile nicht beeinflussen.
- 56 Die berichtigten Berechnungen der Kommission, die im übrigen hinreichend zuverlässig erscheinen, um zugrunde gelegt zu werden, können unter diesen Umständen nicht aufgrund der genannten Einwendungen angezweifelt werden. Die auf diese Weise belegten Marktanteile sind so bedeutend, daß sie für sich allein eine beherrschende Stellung beweisen.

c) Vitamingruppe B₃ (Pantothensäure)

- 57 die Kommission hat zugestanden, daß die der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegten Zahlen berichtigt werden müssen. Zwischen den Parteien besteht Einvernehmen darüber, daß die Marktanteile wie folgt anzusetzen sind:

Vitamin B ₃ Marktanteil von Roche	1972 (6 Mitgliedstaaten)	1973 (9 Mitgliedstaaten)	1974 (9 Mitgliedstaaten)
Wertmäßig	28,9 %	34,9 %	51,0 %
Mengenmäßig	18,9 %	23,4 %	41,2 %

- 58 Wert- oder mengenmäßige Marktanteile dieser Größenordnung, die in der gemeinsamen Stellungnahme der Parteien noch durch die Angabe ergänzt werden, daß die Zahlen für das Jahr 1971 ca. 6 Prozentpunkte niedriger als 1972 lagen, indizieren für den größeren Teil des von der Kommission berücksichtigten Zeitraums nicht für sich allein hinreichend eine beherrschende Stellung. Es hat sich im Gegenteil gezeigt, daß die erforderliche Berichtigung darauf beruhte, daß die Kommission Einfuhren eines japanischen Wettbewerbers unberücksichtigt gelassen hatte, der im Jahre 1973 einen Marktanteil von 30 % innehatte. Im übrigen hat die Kommission gerade für diesen Markt nicht angegeben, welche zusätzlichen Indizien dennoch in Verbindung mit dem — berichtigten — Marktanteil auf eine beherrschende Stellung hindeuten könnten. Dies führt zu dem Ergebnis, daß eine beherrschende Stellung von Roche bei Vitamin B₃ während des fraglichen Zeitraums nicht hinreichend nachgewiesen ist.

d) Vitamingruppe B₆

- 59 Die Kommission hatte den Marktanteil von Roche mit 95 % bemessen, während Roche keine Angaben für den Gemeinsamen Markt vorgelegt hat, aber einen Anteil am Weltmarkt in der Größenordnung von 60 bis 70 % zugesteht. Auch nach Gegenüberstellung ihrer Daten (Anlagen 1 e und 2 g zur gemeinsamen Stellungnahme) konnten sich die Parteien nicht auf eine gemeinsame Berechnung einigen. Die Kommission hat ihre Berechnung wie folgt berichtet:

Vitamin B ₆ Marktanteil von Roche	1972 (6 Mitgliedstaaten)	1973 (9 Mitgliedstaaten)	1974 (9 Mitgliedstaaten)
Wertmäßig (B ₆ + H)	87,0 %	90,0 %	83,9 %
Mengenmäßig	84,2 %	86,0 %	88,4 %

- 60 Da die Vitamine der Gruppen B₆ und H zur gleichen Zollrubrik gehören, umfassen jedenfalls die wertmäßigen Anteile diese beiden Gruppen. Roche hat jedoch nicht bestritten, daß dies die sich daraus ergebenden Größenordnungen nicht ändert. Sie trägt, ohne sich näher zu erklären, vor, ihre eigenen Schätzungen lägen um mindestens 20 Prozentpunkte niedriger. Selbst wenn man dies ohne weiteres übernehme, so blieben die Anteile von Roche doch so bedeutend, daß sie eine beherrschende Stellung bewiesen. Dies gilt um so mehr, als zur fraglichen Zeit keiner der vier nächstkleineren Wettbewerber einen Anteil von 10 % erreichte und die Anteile einiger Wettbewerber höchstwahrscheinlich sogar unter 5 % lagen.

e) Vitamingruppe C

- 61 In der angefochtenen Entscheidung hatte die Kommission den Marktanteil von Roche auf 68 % berechnet, während Roche im Laufe des Verfahrens einen Anteil von 50 % vorgetragen hat. Nach Gegenüberstellung ihrer Ansichten haben sich die Parteien für den Fall, daß nur der Vitaminmarkt berücksichtigt wird, auf folgende Berechnung der Marktanteile geeinigt:

Vitamin C Marktanteil von Roche	1972 (6 Mitgliedstaaten)	1973 (9 Mitgliedstaaten)	1974 (9 Mitgliedstaaten)
Wertmäßig	65,7 %	66,2 %	64,8 %
Mengenmäßig	64,4 %	63,8 %	63,0 %

- 62 Nach Auffassung von Roche muß diese Berechnung berichtigt werden, da der relevante Markt auch die Konkurrenzprodukte für Vitamin C in seinen technologischen Verwendungen umfassen müsse. Nach dieser Berechnung überschreite ihr Marktanteil 47 % nicht.
- 63 Die vorstehend dargelegten Erwägungen zur Abgrenzung des relevanten Marktes bei Vitaminen, die gleichzeitig zu bio-nutritiven und technologi-

schen Verwendungen bestimmt sind, haben zur Zurückweisung der von Roche vertretenen Auffassung geführt. Folglich müssen die Marktanteile, über die sich die Parteien für den Markt von Vitamin C als solchem geeinigt haben, zugrunde gelegt werden. Diese beweisen das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Auch auf diesem Markt — auf dem im übrigen im Jahre 1971 eine Mangellage bestand — bestätigt der Abstand zwischen den Anteilen von Roche (64,8 %) und denen der nächstkleineren Wettbewerber (14,8 % und 6 %) die Schlußfolgerung der Kommission.

f) Vitamingruppe E

- 64 In der angefochtenen Entscheidung hatte die Kommission den Marktanteil von Roche bei Vitamin E auf 70 % berechnet. Roche hat im Laufe des Verfahrens ihren Anteil mit 40 % angegeben. Nach Gegenüberstellung ihrer Ansichten haben sich die Parteien für den Fall, daß nur der Markt von Vitamin E berücksichtigt wird, in ihrer gemeinsamen Stellungnahme auf folgende Berechnung der Marktanteile geeinigt:

Vitamin E Marktanteil von Roche	1972 (6 Mitgliedstaaten)	1973 (9 Mitgliedstaaten)	1974 (9 Mitgliedstaaten)
Wertmäßig	54 %	64 %	58 %
Mengenmäßig	50 %	60 %	54 %

Nach der Berechnung von Roche soll ihr Anteil in den Jahren 1970 und 1971 noch um 7 Prozentpunkte unter dem von 1972 gelegen haben.

- 65 Roche zufolge muß der relevante Markt aus den bereits hinsichtlich Vitamin C vorgetragenen Gründen auch die Erzeugnisse umfassen, die mit Vitamin E in dessen technologischer Verwendung in Wettbewerb stehen. Nach dieser Berechnung soll ihr Marktanteil im Jahre 1974 40 % nicht überschritten haben.
- 66 Der Standpunkt von Roche zur Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes ist aus den oben angegebenen Gründen zurückgewiesen worden. Es ist

deshalb von denjenigen Marktanteilen auszugehen, auf die sich die Parteien geeinigt haben. Die Bedeutung dieser Anteile, die für sich bereits erheblich ist, wird noch dadurch verstärkt, daß sich die Anteile der Wettbewerber von Roche nach der oben genannten Berichtigung für das Jahr 1974 wertmäßig auf 16 %, 6 % und 1 % für die übrigen Hersteller und auf 19 % für einen oder mehrere Importeure — im allgemeinen Handelshäuser, die von Drittländern aus tätig sind — bemessen. Dieser Sachverhalt entspricht in noch höherem Maße als bei Vitamin A den Merkmalen eines engen oligopolistischen Marktes, auf dem der Anteil von Roche weit über der Summe der Anteile der beiden nächstkleineren Wettbewerber liegt. Die Kommission hat deshalb zu Recht eine beherrschende Stellung auf diesem Markt festgestellt.

g) Vitamingruppe H

- 67 Die Klägerin gesteht zu, 100 % dieses Marktes gehalten zu haben. Während der betroffenen Zeit belief sich ihr Anteil immer noch auf 93 %; sie hat deshalb eine Monopolstellung inne.

h) Zusammenfassung

- 68 Aus all diesen Erwägungen folgt, daß die Tatbestandsmerkmale für eine beherrschende Stellung auf den Märkten der Vitamingruppen A, B₂, B₆, C, E und H erfüllt waren, während eine solche Stellung auf dem Markt von Vitamin B₃ nicht nachgewiesen ist.

Teil 5: Das Verhalten der Klägerin auf dem Markt

- 69 Es ist jedoch noch zu erörtern, ob diese Schlußfolgerungen nicht durch das Verhalten der Klägerin auf den relevanten Märkten widerlegt werden. Dieses Verhalten soll nach ihrem Vortrag nicht nur das Vorliegen eines lebhaften Wettbewerbs, sondern auch den Druck aufzeigen, dem sie durch diesen Wettbewerb ausgesetzt gewesen sei. Sie macht hierzu insbesondere geltend, die Preise für die einzelnen Vitamingruppen seien ständig gefallen und ihre

Marktanteile seien in bestimmten Mitgliedstaaten zurückgegangen. Sie bezieht sich auch auf die Angaben in verschiedenen internen Unterlagen, insbesondere in den von ihr regelmäßig verbreiteten „Management Informations“ und „Marketing News“, die eine Analyse des Marktzustandes für jede Vitamingruppe enthielten, sowie auf die Dokumentation über die Versammlung der europäischen Bulk Manager, die Roche im Oktober 1972 in Basel durchgeführt hatte.

- 70 Der Gerichtshof hat bereits insbesondere in seinem Urteil vom 14. Februar 1978 (United Brands, Rechtssache 27/76, Slg. 1978, 207) festgestellt, daß ein selbst lebhafter Wettbewerb auf einem gegebenen Markt eine beherrschende Stellung auf diesem Markt nicht ausschließt, da eine solche Stellung wesentlich durch die Fähigkeit gekennzeichnet ist, daß man sein Verhalten in der Marktstrategie ohne Rücksichtnahme auf diesen Wettbewerb bestimmen kann, ohne aufgrund dieser Haltung Nachteile hinnehmen zu müssen.
- 71 Jedoch ist es in der Regel mit der Unabhängigkeit des Verhaltens, die für eine beherrschende Stellung charakteristisch ist, unvermeidbar, wenn ein Unternehmen unter dem Druck der Preissenkungen seiner Wettbewerber ebenfalls die Preise senken muß. Die Klägerin hat mit ihrer Klageschrift eine Reihe von graphischen Darstellungen mit zwei unterschiedlichen Indikatoren vorgelegt, von denen der eine die Preissenkungen, der andere die Produktionserhöhungen bei den einzelnen Roche-Vitamingruppen auf dem Weltmarkt im Laufe eines Zeitraums wiedergibt, der je nach Fall in den Jahren 1940 bis 1954 beginnt und bis zum Jahre 1974 reicht.
- 72 Hierzu ist anzumerken, daß diese graphischen Darstellungen den Weltmarkt betreffen. Roche hat selbst des öfteren Wert auf die zwischen den Mitgliedstaaten unterschiedlichen Preisbewegungen gelegt; sie kann folglich nicht vortragen, daß die Veränderungen auf dem Weltmarkt notwendig der Preisentwicklung in der Gemeinschaft entsprechen. Selbst wenn man davon ausgeht, daß die wiedergegebenen Preisentwicklungen auf dem Weltmarkt als Spiegelbild der allgemeinen Preistrends im Gemeinsamen Markt betrachtet werden können, so läßt doch eine genauere Prüfung der graphischen Darstellungen erkennen, daß die Preise der einzelnen Vitamingruppen größtenteils in erheblichem Ausmaß gefallen sind, solange die Produktion nur langsam anstieg, daß der Preisverfall sich aber erheblich verlangsamte und schrittweise sogar

einer ausgeprägten Stabilität Platz machte, sobald die Produktion der jeweiligen Vitamingruppe stark anstieg, nämlich seit 1964 bei Vitamin A, seit 1956 bei Vitamin B₂, seit 1966 bei Vitamin B₆, seit 1958 bei Vitamin C, seit 1960 bei Vitamin B₃ und seit 1965 bei Vitamin E, während die bis zum Jahre 1970 stabile Preiskurve für Vitamin H (Biotin) sich seitdem langsam senkt, die Produktion aber zunimmt. Diese Daten deuten eher auf eine Beziehung zwischen Preisen einerseits und Produktionsumfang sowie Kosten andererseits als auf einen Zusammenhang zwischen Preisen und Wettbewerbsdruck hin.

- 73 Auf die Fragen des Gerichtshofes hat Roche eine Reihe von Tabellen vorgelegt (Anlagen 4 a bis i zur gemeinsamen Stellungnahme), in denen die Preisschwankungen des nach Meinung von Roche jeweils repräsentativsten Vitaminprodukts einer Gruppe in den Jahren 1970 bis 1976 für jeden Mitgliedstaat sowie die aus den nationalen Preisen errechneten Durchschnittspreise für die gesamte Gemeinschaft enthalten sind.
- 74 Diese Tabellen lassen in der Tat Preisschwankungen nach oben und nach unten erkennen, die nicht vernachlässigt werden dürfen. Diese Schwankungen sind jedoch für ein und dasselbe Erzeugnis während der gleichen Zeit in den verschiedenen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich. Das zeigt eine Abschottung der Märkte und läßt eine entsprechende Preisstrategie vermuten. Bemerkenswerterweise sind, wie sich aus Anlage 4 zur gemeinsamen Stellungnahme der Parteien ergibt, bei Vitamin H (Biotin), bei dem Roche nach eigenen Angaben einen Marktanteil von 100 % im Jahre 1970 und von 93 % im Jahre 1974 hielt, ebenfalls merkliche Preissenkungen festzustellen: Die Preise in Schweizer Franken und in Durchschnittszahlen fielen für den gesamten Gemeinsamen Markt von 40,54 Schweizer Franken im Jahre 1970 auf 30,72 Schweizer Franken im Jahre 1973 und auf 29,85 Schweizer Franken im Jahre 1974. Diese Preissenkungen können bei einem Unternehmen mit einem Marktanteil von 93 % bis 100 % nicht dem Konkurrenzdruck zugeschrieben werden. Sie sind eher das Ergebnis einer bewußt und frei gewählten Preispolitik; jedenfalls widerlegen sie nicht das Vorliegen einer beherrschenden Stellung.
- 75 Diese Feststellungen finden in erheblichem Umfange in den oben genannten internen Dokumenten ihre Bestätigung. Insbesondere für Vitamin H (Biotin)

ergibt sich aus der „Management Information“ vom 8. September 1972, daß ein erster Wettbewerber — die Firma Sumitomo —, die Ende 1971 mit der Herstellung von Biotin begonnen hatte, es vorzog, einen Teil seiner Erzeugung an Roche zu verkaufen und den Rest in den Vereinigten Staaten abzusetzen, und daß Roche, die das Auftreten eines weiteren Erzeugers im Jahre 1973 vorhersah, beschloß, ihm zuvorzukommen und ihre unflexible Preispolitik sofort aufzugeben. Gerade im Jahr 1973 ist eine bedeutende Preissenkung bei Vitamin H festzustellen.

- 76 All dies zeigt, daß Roche nicht nur keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt war, sondern kraft ihrer Stellung in der Lage war, eine Preispolitik zu verfolgen, die diesem Druck zuvorkommen sollte. Im übrigen empfiehlt die gleiche Nummer der „Management Information“ unter anderen vorbeugenden Maßnahmen den Abschluß von Treueverträgen.
- 77 Für Vitamin C, wo der Marktanteil von Roche sich in den Jahren 1972 bis 1974 auf ungefähr 65 % belief, empfehlen die „Marketing News“ vom 6. Dezember 1971 angesichts der Mangellage bei diesem Erzeugnis den Vertretern und Tochtergesellschaften von Roche unter Berücksichtigung der langfristigen Marktstrategie, die Lebensmittelindustrie bei der Versorgung und beim Preis gegenüber der pharmazeutischen Industrie zu bevorzugen, die sich teilweise bei Maklern eindecken könne.
- 78 Zwar lassen die vorgelegten Zahlen und Unterlagen erkennen, daß es auf den einzelnen Vitaminmärkten zu teilweise nicht unerheblichen Preisschwankungen kam. Diese Schwankungen stehen jedoch in einigen Fällen nicht in Zusammenhang mit dem Wettbewerb, während es in den übrigen Fällen meist Roche selbst ist, die zumindest die Rolle des Preisführers spielt. Aus den vorgelegten Unterlagen ergibt sich ferner, daß Roche über eine erstrangige Vertriebs- und Marketingorganisation verfügt: Diese ist nicht nur in der Lage, systematisch Marktforschung zu betreiben, sondern auch, jede Absicht möglicher Wettbewerber zu erfassen, auf den Markt eines Erzeugnisses vorzudringen, und sie ist fähig, sofort hierauf zu reagieren und solchen Ver-

suchen durch geeignete Maßnahmen zuvorkommen. Aus alledem folgt, daß die behaupteten und tatsächlich festgestellten Preisschwankungen keinen Wettbewerbsdruck beweisen, der den beachtlichen Grad von Unabhängigkeit in Frage stellen könnte, dessen sich Roche in ihrer Marktstrategie erfreute; sie sind nicht geeignet, die bei den einzelnen Vitamingruppen aufgrund der Marktanteile in Verbindung mit den übrigen Indizien gewonnene Feststellung zu entkräften, daß eine beherrschende Stellung besteht.

- 79 Somit hat die angefochtene Entscheidung eine solche Stellung auf den Märkten der Vitamine A, B₂, B₆, C, E und H zu Recht, auf dem Markt von Vitamin B₃ jedoch zu Unrecht angenommen.

II — Die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung

Teil 1: Vorbemerkungen

- 80 Nach der angefochtenen Entscheidung soll die Klägerin ihre beherrschende Stellung durch den Abschluß von Kaufverträgen mit 22 bedeutenden Vitaminabnehmern mißbräuchlich ausgenutzt haben; insgesamt handle es sich um ungefähr 30 Verträge, von denen manche nur einen früheren Vertrag mit oder ohne Änderung fortgesetzt hätten. In einem Teil dieser Verträge sollen sich die Abnehmer verpflichtet haben, ihren Bedarf an Vitaminen oder an bestimmten ausdrücklich bezeichneten Vitaminen insgesamt oder zu einem wesentlichen Teil ausschließlich von Roche zu beziehen; in anderen Verträgen soll ihnen hierzu durch die Vereinbarung von Nachlässen, die die Kommission als Treuerabatte ansieht, ein Anreiz geboten worden sein. Nach Ansicht der Kommission (Nrn. 22 bis 24 der angefochtenen Entscheidung) stellen die beanstandeten Ausschließlichkeitsverträge und Treuerabatte eine mißbräuchliche Ausnutzung im Sinne des Artikels 86 des Vertrages zum einen deswegen dar, weil sie den Wettbewerb zwischen Erzeugern dadurch verfälschten, daß sie den Kunden des Unternehmens in beherrschender Stellung jede Möglichkeit nähmen, ihre Bezugsquellen frei zu wählen, zum anderen deswegen, weil sie dazu führten, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen und sie im Wettbewerb zu benachteiligen; Roche verlange nämlich von zwei Abnehmern unterschiedliche Preise für die

gleiche Menge eines Erzeugnisses je nach dem, ob diese Abnehmer darauf verzichteten, bei Wettbewerbern von Roche zu beziehen oder nicht.

81 Die Verträge betreffen den Verkauf von Vitaminen einer oder mehrerer der Gruppen, für deren Markt eine beherrschende Stellung festgestellt wurde, an Abnehmer, die im Gemeinsamen Markt Betriebe besitzen, für die diese Vitamine ganz oder teilweise bestimmt sind. Diese Verträge, die in der Folge mit dem Namen des Abnehmers bezeichnet werden, lassen sich wie folgt auflisten:

1. Afico/Nestlé: *ein* Vertrag mit einer Laufzeit von einem Jahr ab 1. Januar 1968, die sich verlängert, wenn der Vertrag nicht gekündigt wird;
2. American Cyanamid: *ein* Vertrag mit einer Laufzeit von einem Jahr ab 1. Januar 1971, die sich verlängert, wenn der Vertrag nicht gekündigt wird;
3. Animedica: *zwei* Verträge, ein multinationaler vom 12. Januar 1973 und ein weiterer, der die Lieferungen in die Bundesrepublik Deutschland betrifft, vom 9. Mai 1972, mit einer Laufzeit von jeweils einem Jahr, die sich verlängert, wenn die Verträge nicht gekündigt werden;
4. Beecham: *drei* aufeinanderfolgende Vereinbarungen vom 1. April 1972, vom 1. April 1973 und vom 31. Dezember 1973; die den Zeitraum vom 1. April 1972 bis zum 31. März 1973, vom 1. April 1973 bis zum 31. Dezember 1973 bzw. das Jahr 1974 betrafen;
5. Capsugel/Parke Davis: *ein* Vertrag vom 22. März 1967 mit Wirkung vom 15. März 1967;
6. Dawe's: *ein* Vertrag mit Wirkung vom 1. August 1971 ohne Laufzeitvereinbarung;
7. Guyomarc'h: *ein* Vertrag mit Wirkung vom 1. Mai 1972 und einer Laufzeit von einem Jahr, die sich verlängert, wenn der Vertrag nicht gekündigt wird;
8. Isaac Spencer: *zwei* Verträge, der erste für die Zeit vom 1. Juli bis zum 31. Dezember 1973, der zweite für das Jahr 1974;
9. Merck: *drei* Verträge, der erste vom 3. März 1972 über Vitamin A, fest abgeschlossen auf eine Laufzeit von fünf Jahren, die sich jeweils um zwei Jahre verlängert, wenn der Vertrag nicht gekündigt wird; der zweite vom 3. März 1972 über Vitamin E mit einer fast identischen Vereinbarung über die Laufzeit; der dritte vom 5. Juli 1971 über Vitamin B₆ mit einer ersten Laufzeit bis zum 31. Dezember 1976, die sich jeweils um zwei Jahre verlängert, wenn der Vertrag nicht gekündigt wird;

10. Nitrovit/Imperial Foods: *zwei* Verträge, der eine vom 22. Dezember 1972, der andere vom 11. Januar 1974, gültig jeweils für ein Jahr;
11. Organon: *ein* Vertrag vom 15. April 1970, geändert am 10. Oktober 1974, gültig jeweils für ein Jahr; die Laufzeit verlängert sich, wenn der Vertrag nicht gekündigt wird;
12. Pauls and Whites: *drei* Verträge vom 2. März 1972, vom 16. Juli 1973 und vom 22. Januar 1974, gültig vom 1. April 1972 bis zum 31. März 1973, vom 1. April 1973 bis zum 31. Dezember 1973 sowie für das Jahr 1974;
13. Protector: *ein* Vertrag mit Wirkung vom 1. Juli 1968 für das Jahr 1968, praktisch Jahr um Jahr verlängert, jedenfalls bis Ende 1972;
14. Provimi: *ein* Vertrag vom 30. September 1972 ohne Laufzeitvereinbarung, geändert am 27. November 1974;
15. Radar: *ein* Vertrag vom 23. Februar 1971 für das Jahr 1971, der sich auf eine frühere entsprechende Vereinbarung für das Jahr 1970 bezieht;
16. Ralston Purina: *ein* Vertrag vom 19. Januar 1970 für das Jahr 1970, mindestens bis Ende 1974 verlängert;
17. Ramikal: *ein* Vertrag vom 22. August 1972 mit Wirkung vom 1. Januar 1972 für unbestimmte Zeit, der einen Vertrag aus dem Jahre 1964 ersetzt;
18. Sandoz: *ein* Vertrag mit Wirkung für das Jahr 1965, dessen Laufzeit sich um je ein Jahr verlängert, wenn er nicht gekündigt wird;
19. Trouw: *ein* Vertrag vom 1. Juli 1971 mit Wirkung vom 1. Januar 1971, geändert am 27. November 1972;
20. Unilever: *drei* Verträge vom 9. Januar 1974, die beiden ersten über die Lieferung von Vitamin A, Typ B, bzw. der anderen Typen von Vitamin A in das Vereinigte Königreich, der dritte über die Lieferung von Vitamin A auf dem Kontinent, gültig jeweils für die Jahre 1974 und 1975;
21. Upjohn: *ein* Vertrag mit Wirkung vom 1. November 1967 ohne Laufzeitvereinbarung;
22. Wyeth: *ein* Vertrag mit Wirkung vom 1. Januar 1964 ohne Laufzeitvereinbarung.

Teil 2: Analyse der streitigen Verträge

- 82 Diese Verträge sind zwar zu verschiedenen Zeiten und in nicht immer gleicher Form abgefaßt; sie können jedoch, was den Umfang der vom Abnehmer eingegangenen Bezugsverpflichtungen betrifft, in drei Gruppen eingeteilt werden.
- 83 In einem Teil der Verträge verpflichteten sich die Abnehmer bindend, ausschließlich bei Roche zu beziehen, und zwar
- a) ihren gesamten oder nahezu gesamten Bedarf an von Roche hergestellten, unverpackten Vitaminen: Afico/Nestlé, Dawe's, Organon, Provimi (mit Ausnahme von 10 % für Kontrollkäufe), Ralston Purina, Upjohn (alle Vitamine mit Ausnahme von vier Vitaminspezialitäten der Gruppe A für Tierernährung, für die Roche Upjohn eine Lizenz für ihre Marke Injacom erteilt),
 - b) ihren Gesamtbedarf an bestimmten ausdrücklich bezeichneten Vitaminen: Merck (Vitamin A, bei Vitamin B₆ den über die von Merck selbst hergestellten 200 jato hinausgehenden Bedarf, Vitamin E),
 - c) einen im Vertrag angegebenen Prozentsatz des Gesamtbedarfs (American Cyanamid, Animedica Deutschland und Animedica International: 80 %) oder des Bedarfs an bestimmten bezeichneten Vitaminen (Guyomarc'h: 75 % des Bedarfs an den Vitaminen A, B, C und E) oder schließlich
 - d) den überwiegenden Teil (major part) ihres Bedarfs an Vitaminen oder bestimmten Vitaminen (Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Ramikal, Trow).
- 84 In anderen Verträgen verpflichteten sich die Abnehmer, „to give preference to Roche“ (Wyeth), oder gaben der Absicht Ausdruck, ausschließlich bei Roche zu beziehen (Capsugel/Parke Davis) oder ihren Tochtergesellschaften dies zu empfehlen (Sandoz), und zwar entweder ihren gesamten Vitaminbedarf oder bestimmte bezeichnete Vitamine (Capsugel/Parke Davis: A, B₁, B₂, B₆, C, E und H) oder schließlich einen bestimmten Prozentsatz ihres Gesamtbedarfs (Protector: 80 %).
- 85 Die Verträge mit Merck und Unilever schließlich weisen Besonderheiten auf, die eine getrennte Prüfung der in ihnen enthaltenen Verpflichtungen wünschenswert erscheinen lassen.

- 86 Die meisten Verträge waren auf unbestimmte Dauer geschlossen, entweder nach ihrem Wortlaut oder weil sich ihre Laufzeit verlängerte, wenn sie nicht gekündigt wurden; sie sollten offenkundig mehrjährige Geschäftsbeziehungen begründen. Die große Mehrzahl wurde seit dem Jahr 1970 geschlossen und galt während des gesamten Zeitraums von 1970 bis 1974 oder während eines Teils dieses Zeitraums.
- 87 Mit Ausnahme der beiden Verträge mit Unilever sehen sämtliche aufgeführten Verträge unter unterschiedlichen Benennungen Rabatte oder Nachlässe vor, die sich nach den Gesamtvitaminkäufen im Laufe eines bestimmten Zeitraums von üblicherweise einem oder einem halben Jahr ungeachtet der Gruppe errechnen, zu der die Vitamine gehören. Die Verträge Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls und Whites, Sandoz und Wyeth weisen die Besonderheit auf, daß kein einheitlicher Nachlaß vorgesehen ist, daß sich dieser vielmehr — im allgemeinen von 1 % bis 3 % — nach den jährlich gekauften Mengen erhöht. Mit Ausnahme der Verträge Animedica International, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector und Upjohn enthalten die Verträge eine Klausel, die „englische Klausel“, wonach die Kunden — unter unterschiedlichen, noch zu prüfenden Modalitäten — Roche günstigere Angebote der Konkurrenz mit der Folge vorhalten können, daß der Kunde, falls Roche nicht entsprechende Preise einräumt, für diesen Kauf von einer etwa bindend vereinbarten ausschließlichen Bezugsverpflichtung frei ist, in jedem Fall aber bei dem genannten Wettbewerber kaufen kann, ohne dadurch die Rabatte für bereits durchgeführte oder noch durchzuführende Käufe zu verlieren.
- 88 Im Lichte dieser Besonderheiten ist zu untersuchen, ob Roche mit den streitigen Verträgen ihre beherrschende Stellung mißbräuchlich ausgenutzt hat.

Teil 3: Subsumtion der ausschließlichen Bezugsverpflichtungen und des Rabattsystems unter Artikel 86 des Vertrages

- 89 Ein Unternehmen, das auf einem Markt eine beherrschende Stellung einnimmt und Abnehmer, sei es auch auf deren Wunsch, durch die Verpflich-

tung oder Zusage, ihren gesamten Bedarf oder einen beträchtlichen Teil desselben ausschließlich bei ihm zu beziehen, an sich bindet, nützt seine Stellung im Sinne des Artikels 86 des Vertrages mißbräuchlich aus, ohne daß es darauf ankäme, ob die fragliche Verpflichtung ohne weiteres oder gegen eine Rabattgewährung eingegangen worden ist. Das gleiche gilt, wenn ein solches Unternehmen die Abnehmer nicht durch eine förmliche Verpflichtung bindet, sondern kraft Vereinbarung mit den Abnehmern oder einseitig Treuerabatte gewährt, also Nachlässe, deren Gewährung voraussetzt, daß der Kunde — unabhängig von dem größeren oder geringeren Umfang seiner Käufe — seinen Gesamtbedarf oder einen wesentlichen Teil hiervon ausschließlich bei dem Unternehmen in beherrschender Stellung deckt.

- 90 Sowohl ausschließliche Bezugsverpflichtungen dieser Art, unabhängig davon, ob sie gegen eine Rabattgewährung eingegangen wurden, als auch die Gewährung von Treuerabatten, die die Abnehmer zum ausschließlichen Bezug bei dem Unternehmen in beherrschender Stellung veranlassen soll, sind mit dem Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt unvereinbar: Von Ausnahmefällen abgesehen, die eine Vereinbarung zwischen Unternehmen im Rahmen von Artikel 85, insbesondere Absatz 3 zulässig machen können, beruhen sie nicht auf einer wirtschaftlichen Leistung, die die Belastung oder den Vorteil rechtfertigt, sondern zielen darauf ab, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren und anderen Herstellern den Zugang zum Markt zu verwehren. Im Unterschied zu Mengenrabatten, die ausschließlich an den Umfang der bei dem betroffenen Hersteller getätigten Käufe anknüpfen, dient der Treuerabatt dazu, die Kunden auf dem Wege über die Gewährung eines finanziellen Vorteils vom Bezug bei konkurrierenden Herstellern abzuhalten. Außerdem führen Treuerabatte dazu, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen, da zwei Abnehmer der gleichen Menge eines Erzeugnisses unterschiedliche Preise zahlen, je nachdem, ob sie ausschließlich bei dem Unternehmen in beherrschender Stellung beziehen oder ob sie ihre Bezugsquellen streuen. Schließlich dienen diese Praktiken eines Unternehmens in beherrschender Stellung, insbesondere auf einem expandierenden Markt, zur Stärkung dieser Stellung durch einen nicht auf Leistungen begründeten und folglich verfälschten Wettbewerb.

- 91 Der Qualifizierung als einer mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung läßt sich auch nicht die von der Klägerin vorgeschlagene Auslegung entgegenhalten, der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung setze voraus, daß die durch eine beherrschende Stellung erlangte Wirtschaftskraft als Mittel für die Verwirklichung des Mißbrauchs eingesetzt werde. Der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung ist vielmehr ein objektiver Begriff. Er erfaßt die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.

Teil 4: Art der streitigen Rabatte

- 92 Die Klägerin trägt jedoch vor, die vereinbarten Rabatte seien keine Treue-, sondern Mengenrabatte, jedenfalls aber entsprächen sie einer wirtschaftlichen Leistung des Kunden, die eine derartige Gegenleistung rechtfertige.
- 93 Bei der Prüfung dieses Vorbringens ist danach zu unterscheiden, ob die Verträge einheitliche oder steigende Rabatte vorsehen.

a) Die Verträge mit einheitlichen Rabatten

- 94 Zunächst kann der Auffassung der Klägerin bei den Verträgen mit einheitlichen Rabatten nicht gefolgt werden.
- 95 Unbeschadet dessen, daß bei einer förmlichen Ausschließlichkeitsbindung die Gewährung eines Rabatts letztlich irrelevant ist, enthält keiner der Verträge Verpflichtungen, die sich auf bestimmte oder auch nur geschätzte Mengen belaufen oder die an den Umfang der Käufe anknüpfen; vielmehr betreffen

sie sämtlich den „Bedarf“ oder einen Bruchteil davon. Ferner haben die Parteien in der Mehrzahl der Fälle die Klausel selbst als Treuerabatt bezeichnet (American Cyanamid, Organon, Provimi, Ralston, Purina, Trouw) oder Ausdrücke verwendet, die die Verbindung zwischen der Ausschließlichkeit und dem gewährten Rabatt deutlich hervorheben.

- 96 Im Vertrag mit Dawe's ist vereinbart, daß der Nachlaß als „Gegenleistung“ (in return) für die Ausschließlichkeit gewährt wird. Im Vertrag mit Ramikal ist von einem „vertraulichen Jahresbonus“ die Rede, der „eine echte Vergütung auf Ihre Bezüge von Roche darstellt“, die gewährten Mengenrabatte daher nicht berührt. In vier Verträgen, nämlich den Verträgen mit Afico/Nestlé, Capsugel/Parke Davis, Provimi (seit 1974) und Upjohn werden die Rabatte auf die Gesamtkäufe nach dem Wortlaut dieser Verträge zwar dafür gewährt, daß diese Kunden Roche die Begleichung der Rechnungen für unmittelbare Bestellungen ihrer Tochterfirmen garantieren. Es kann jedoch schwerlich angenommen werden, daß Rabatte, die in jeder Hinsicht auf der gleichen Grundlage wie solche berechnet werden, die in anderen Verträgen als Treuerabatte anerkannt sind, die Gegenleistung für die Verpflichtung von Weltfirmen wie Nestlé, Parke Davis und Upjohn sein sollen, Roche hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit ihrer Tochterfirmen Sicherheit zu bieten. Auch dem weiteren Vorbringen von Roche kann nicht gefolgt werden, es handle sich jedenfalls bei bestimmten Vitaminen, beispielsweise bei Biotin (Vitamin H), um Einführungsrabatte: Die Verträge unterscheiden weder selbst nach der Funktion der unterschiedlichen Rabatte, die allgemein und einheitlich für den Gesamtbedarf eines jeden Kunden oder für einen bedeutenden Bruchteil dieses Bedarfs gewährt werden, noch erlauben sie eine solche Unterscheidung.

b) Die Verträge mit steigenden Rabatten

- 97 Ein Teil der streitigen Verträge, nämlich die Verträge mit Beecham (1972, 1973, 1974), Isaac Spencer (1973, 1974), Nitrovit (1973, 1974) und Pauls and Whites (1972, 1973, 1974) enthalten einerseits eine Bezugsverpflichtung für den „überwiegenden Teil“ des Bedarfs des Abnehmers, andererseits eine Rabattklausel; diese sieht einen Nachlaß vor, dessen Prozentsatz sich — im allgemeinen von 1 auf 2 und dann auf 3 % — je nach dem erhöht, wie groß

der Prozentsatz des geschätzten Bedarfs des Abnehmers ist, der im Laufe eines Jahres gedeckt wird. Die genannten Verträge enthalten in allen Fällen eine wertmäßige Schätzung des Gesamtbedarfs (in £) und in zwei Fällen (Pauls and Whites 1972, Beecham 1972) darüber hinaus noch eine mengenmäßige Schätzung für jede der im Vertrag genannten Vitamingruppen. Beispielsweise läßt sich der Vertrag mit Beecham (1. April 1972 bis 31. März 1973) anführen, in dem der Jahresbedarf auf höchstens 300 000 £ geschätzt und ein Nachlaß von 1 % für Käufe über 60 % entsprechend 180 000 £, von 1,5 % für Käufe über 70 % entsprechend 210 000 £ und von 2 % für Käufe über 80 % entsprechend 240 000 £ eingeräumt wird. In den anderen Verträgen werden entsprechende Formeln verwandt, wobei die Bedarfsschätzung von Fall zu Fall und von Jahr zu Jahr schwankt, offenkundig um sie der Abnahmefähigkeit des Kunden anzupassen.

- 98 Wenn diese Verträge auch Elemente enthalten, die zunächst im Hinblick auf ihre Verbindung mit der Gewährung eines Gesamtrabatts als solche quantitativer Art erscheinen könnten, so enthüllt ihre Prüfung doch, daß es sich in Wirklichkeit um eine besonders ausgefeilte Form von Treuerabatten handelt.
- 99 Zunächst fällt auf, daß sich diese Sonderform von Rabatten gerade in den Verträgen findet, in denen die Bezugsverpflichtung am wenigsten zwingend abgefaßt ist, in denen sie sich nämlich auf „den überwiegenden Teil des Bedarfs“ bezieht und damit dem jeweiligen Abnehmer einen beachtlichen Freiraum läßt. Die unbestimmte Art einer solchen Verpflichtung wird in großem Umfang durch die Schätzung des Jahresbedarfs und durch die Gewährung eines Nachlasses ausgeglichen, der entsprechend dem Prozentsatz des gedeckten Bedarfs steigt, wobei dieser steigende Satz offenkundig einen erheblichen Anreiz darstellt, den höchstmöglichen Prozentsatz des Bedarfs bei Roche zu decken.
- 100 Diese Art der Rabattberechnung weicht von der Gewährung eines Mengenrabattes, der ausschließlich an den Umfang der beim Hersteller getätigten Käufe anknüpft, in dem Punkt ab, daß die streitigen Rabatte nicht objektiv festgesetzten und für sämtliche Abnehmer geltenden Mengen entsprechen, sondern Schätzungen, die von Fall zu Fall für jeden Kunden nach dessen vermuteter Abnahmefähigkeit angestellt werden, wobei das verfolgte Ziel nicht die größtmögliche Menge, sondern der höchstmögliche Prozentsatz des Bedarfs ist.

- 101 Somit hat die Kommission auch zu Recht festgestellt, daß diese Verträge Treuerabatte enthalten, die eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen.

Teil 5: Die englische Klausel

- 102 Mit fünf Ausnahmen (Animedica International, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector und Upjohn) enthalten alle fraglichen Verträge eine sogenannte englische Klausel. Hiernach kann der Kunde Angebote der Konkurrenz, die unter den Vertragspreisen liegen, Roche mitteilen und sie auffordern, ihm entsprechende Preise einzuräumen. Kommt Roche dieser Aufforderung nicht nach, so steht es dem Kunden frei, in Abweichung von seiner ausschließlichen Bezugsverpflichtung bei der Konkurrenz zu beziehen, ohne daß er seinen Anspruch auf den im Vertrag vorgesehenen Treuerabatt für die bereits bei Roche getätigten oder noch zu tätigenden Käufe verlore.
- 103 Nach Ansicht der Klägerin beseitigt diese Klausel die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Ausschließlichkeitsvereinbarungen wie der Treuerabatte. Insbesondere bei den Verträgen, die keine ausdrückliche ausschließliche Bezugsverpflichtung enthalten, soll die englische Klausel die „Anziehungskraft“ der Rabatte aufheben, da der Kunde nicht vor die Alternative gestellt werde, die weniger günstigen Angebote von Roche anzunehmen oder die Treuerabatte für die gesamten bereits bei Roche getätigten Käufe zu verlieren.
- 104 Unbestreitbar können aufgrund dieser Klausel einige unbillige Folgen beseitigt werden, die sich aus ausschließlichen Bezugsverpflichtungen, die für relativ lange Zeiträume vereinbart sind, oder aus allgemeinen Treuerabatten für die Abnehmer ergeben könnten. Anzumerken ist jedoch, daß die Abnehmer geringere Möglichkeiten zur Ausnutzung des Wettbewerbs haben, als es zunächst scheinen mag.
- 105 Die fragliche Klausel fehlt zunächst in den Verträgen Guyomarc'h, Merck B₆, Animedica International, Protector und Upjohn. Im übrigen enthält sie Bestimmungen, die ihre Tragweite beschränken und Roche in weitem Um-

fange die Beurteilung überlassen, ob sich der Kunde auf sie berufen kann. In einem Teil der Verträge wird klargestellt, daß das Angebot nicht nur von ernsthaften, sondern auch von bedeutenden Wettbewerbern des gleichen Niveaus wie Roche stammen müsse oder daß die Angebote nicht nur hinsichtlich der Qualität des Erzeugnisses, sondern auch hinsichtlich der Kontinuität des Angebotes vergleichbar sein müßten; das verstärkt die Ausschließlichkeit, da ein günstigeres Gelegenheitsangebot ausgeschlossen wird. In anderen Fällen ist vereinbart, daß das Angebot unter Ausschluß von Maklern oder Händlern von Herstellern stammen müsse. Dadurch werden außereuropäische Wettbewerber ausgeschlossen, die auf dem Markt durch Handelshäuser agieren, wie es anlässlich der Erörterung der Marktanteile nachgewiesen wurde, die die Parteien auf Ersuchen des Gerichtshofes vorgenommen haben. In einer Reihe von Verträgen ist die englische Klausel unmittelbar mit der Versicherung von Roche verbunden, die günstigsten Preise „auf dem örtlichen Markt“ zu gewährleisten; sie wirkt sich nur in diesem Rahmen aus. Das beschränkt nicht nur ihre Tragweite, sondern führt zu einer Abschottung der Märkte, die mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist.

106 Außerdem schließt die englische Klausel nicht die sich aus den Treuerabatten ergebende Diskriminierung zwischen Kunden in gleicher Lage danach aus, ob sie sich ihre Bezugsfreiheit vorbehalten oder nicht.

107 Insbesondere ist festzustellen, daß die englische Klausel auch unter günstigsten Umständen keine merkliche Milderung der Wettbewerbsverzerrung bewirkt, welche die ausschließlichen Bezugsverpflichtungen und Treuerabatte auf einem Markt schaffen, der bereits eine geschwächte Wettbewerbsstruktur aufweist, weil auf ihm ein Unternehmen in beherrschender Stellung tätig ist: Die englische Klausel verpflichtet nämlich die Kunden, Roche die günstigeren Angebote der Konkurrenz mit den oben genannten näheren Angaben offenzulegen, so daß Roche die Identifizierung des Wettbewerbers erleichtert wird; damit aber gelangt die Klägerin aufgrund der Klausel ohne weiteres in den Besitz von Informationen über die Marktlage sowie über die Mög-

lichkeiten und das Vorgehen der Wettbewerber, die für ihre Marktstrategie außerordentlich wertvoll sind. Wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung von seinen Kunden vertraglich die Zusage verlangt oder erhält, ihm die Angebote der Konkurrenz mitzuteilen, während die Kunden ein offenkundiges Geschäftsinteresse daran haben können, diese nicht offenzulegen, so verstärkt dies den mißbräuchlichen Charakter der Ausnutzung der beherrschenden Stellung. Schließlich bleibt es Roche nach der englischen Klausel selbst überlassen, zu entscheiden, ob sie durch Anpassung ihrer Preise den Wettbewerb zuläßt.

- 108 Auf diese Art kann Roche ihre eigene Marktstrategie gegenüber ihren Kunden und ihren Wettbewerbern aufgrund der von ersteren beigebrachten Informationen variieren. Aus alledem ergibt sich, daß die Auffassung der Kommission, die streitigen Verträge seien trotz der englischen Klauseln als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung anzusehen, auf einer zutreffenden Auslegung und Anwendung des Artikels 86 beruht.

Teil 6: Subsumtion der streitigen Verträge (mit Ausnahme der Verträge mit Unilever und Merck) unter die berücksichtigten Kriterien

- 109 Die Verträge, die eine ausdrückliche Ausschließlichkeitsbindung für den Gesamtvitaminbedarf der Abnehmer (Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Ralston Purina, Upjohn) oder für einen sehr erheblichen Prozentsatz dieses Bedarfs (Animedica Deutschland, Animedica International, Animedica Cyanamid und Guyomarc'h) oder ihres Bedarfs an bestimmten namentlich bezeichneten Vitamingruppen enthalten, erfüllen die Kriterien für das oben beschriebene wettbewerbswidrige Verhalten, das einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung darstellt. Das gleiche gilt für die Verträge, in denen sich die Käufer verpflichten, den überwiegenden Teil (major part) ihres Bedarfs bei Roche zu beziehen (Beecham, Pauls and Whites, Nitrovit, Isaac Spencer,

Ramikal, Trouw), und zwar um so mehr, als die dem Wortlaut nach schwächere Bindung, wie oben aufgezeigt, durch die Gewährung von Rabatten verstärkt wird, die eigens zu diesem Zweck vorgesehen sind.

- 110 Gleiches muß für die Verträge gelten, bei denen zwar zweifelhaft sein kann, ob sie eine bindende Bezugsverpflichtung enthalten, die aber durch die — bereits untersuchte — Gewährung von Rabatten einen starken Anreiz bieten, den Gesamtbedarf an Vitaminen oder an bestimmten Vitamingruppen oder einen Teil hiervon ausschließlich bei Roche zu beziehen. Zu Recht geht die Kommission davon aus (Nrn. 11 und 24 der angefochtenen Entscheidung), daß dieser Anreiz noch dadurch verstärkt wird, daß der Rabatt für die Gesamtbezüge der verschiedenen Vitamingruppen gewährt wird: Der Kunde ist so, wenn er sich — abgesehen von der hinsichtlich ihrer Tragweite bereits untersuchten englischen Klausel — wegen eines Vitamins an einen konkurrierenden Hersteller wenden will, hieran gehindert, weil er derart auch den Rabatt für alle anderen, weiterhin bei Roche bezogenen Vitamine verlore.
- 111 Ferner stellt dieses allgemeine Rabattsystem angesichts des von der Klägerin wie von der Kommission zugestandenen Umstands, daß die einzelnen Vitamingruppen nicht austauschbar sind und getrennte Märkte darstellen, einen Mißbrauch im Sinne des Artikels 86 Absatz 2 Buchstabe d) dar, der in „der an den Abschluß von Verträgen geknüpften Bedingung“ besteht, „daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen“. Roche trägt zwar vor, wenn der Kunde seine ausschließliche Bezugsverpflichtung mißachte, so laufe er deswegen nicht Gefahr, wegen Vertragsbruchs verklagt zu werden, sondern dies führe nur zum Verlust der Rabatte. Doch selbst wenn dem so wäre, enthalten diese Verträge immer noch einen so starken Anreiz zum ausschließlichen Bezug bei Roche, daß sie allein deshalb als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung zu qualifizieren sind.

Teil 7: Subsumtion der Verträge mit Merck und Unilever unter diesen Kriterien

a) Die Verträge mit Merck

- 112 Roche hat mit Merck drei Verträge geschlossen, von denen der erste über den Bezug von Vitamin B₆ durch Merck vom 5. Juli 1971, der zweite über den Bezug von Vitamin A vom 3. März 1972 und der dritte über den Bezug von Vitamin E vom gleichen Tage datiert.
- 113 Nach der Präambel zum ersten Vertrag über ein Erzeugnis, bei dem der Marktanteil der Klägerin bei ungefähr 80 % liegt, erweitert „Roche . . . seine Produktionsanlagen, die eine Kapazität von ca. 500 jato haben, in nächster Zeit um weitere 500 jato und ist daher interessiert, einen Teil des Bedarfs von Merck zu decken. Merck ist bereit, seinen über die derzeitige Produktionskapazität von ca. 200 jato hinausgehenden Bedarf unter den nachstehend genannten Voraussetzungen bei Roche zu decken.“ Nach den Paragraphen 6 und 7 dieses Vertrages basiert der Lieferpreis an Merck auf dem Durchschnitts-Verkaufserlös von Roche an Dritte abzüglich eines Rabatts von 20 %. Doch wird „Roche . . . Merck in jedem Fall die günstigsten Preise und/oder Bedingungen einräumen“. Nach Paragraph 12 bedarf die Weiterlieferung von Roche-Ware an B₆-Konkurrenten der Zustimmung von Roche. Nach Paragraph 14 erklärt sich Merck bereit, den Gesamtbedarf von Roche in „Pyridoxal-5'-phosphorsäureester“ entsprechend den Bedingungen für den Bezug von Vitamin B₆ durch Merck zu decken. Nach Paragraph 13 gilt der Vertrag zunächst für fünf Jahre und verlängert sich dann jeweils um zwei Jahre, falls er nicht gekündigt wird. Der Vertrag enthält keine sogenannte englische Klausel.
- 114 Die beiden anderen Verträge vom 3. März 1972 über den Bezug von Vitamin A und E durch Merck weisen im allgemeinen die gleichen Merkmale auf. Untereinander unterscheiden sie sich darin, daß sich in dem Vertrag über Vitamin E in der Präambel erneut die Erklärung findet, daß „Roche . . .

seine Produktionsanlagen für Vitamin E in der nächsten Zeit wesentlich erweitern [wird] und ... daher interessiert [ist], die regelmäßige Belieferung von Merck zu übernehmen“, nicht aber in dem Vertrag über Vitamin A. Die beiden Verträge vom 3. März 1972 sehen im Gegensatz zum Vertrag vom 5. Juli 1971 keine gegenseitige ausschließliche Belieferung vor, enthalten jedoch eine Klausel, wonach Merck von ihrer ausschließlichen Abnahmepflicht befreit ist, wenn sie anderweitig ein günstigeres Angebot erhält und Roche nicht in der Lage ist, diesem Preis zu folgen. Schließlich bedarf nach beiden Verträgen die Weiterlieferung von Roche-Ware an Produzenten des jeweiligen Vitamins der Zustimmung von Roche.

- 115 Aus diesen Besonderheiten ergibt sich, daß die von Merck übernommenen ausschließlichen Bezugsverpflichtungen bei den Vitaminen B₆ und E zum Ziel hatten, Roche von Anfang an einen gesicherten Absatzmarkt für eine vorgesehene Produktionsausweitung zu sichern und zumindest einen nicht erheblichen Teil dieser zusätzlichen Produktion den Risiken des Wettbewerbs zu entziehen. Verlangt ein Unternehmen in beherrschender Stellung zu seinen Gunsten eine ausschließliche Bezugsverpflichtung dieser Art und Dauer, so stellt dies eine mißbräuchliche Ausnutzung im Sinne des Artikels 86 des Vertrages dar. Wenn das gleiche Ziel für Vitamin A auch nicht zum Ausdruck gelangt ist und wenn auch nicht auszuschließen ist, daß dieser Vertrag dem Wunsch von Merck entspricht, eine regelmäßige, gleichbleibende Versorgung mit einem Erzeugnis sicherzustellen, von dem sie selbst nur geringe Mengen herstellt, wie es mehrere strenge technische Bestimmungen im Vertragstext vermuten lassen, so ändert dies doch nichts daran, daß es einem Unternehmen in beherrschender Stellung untersagt ist, seine Abnehmer durch ausschließliche Bezugsverpflichtungen jedenfalls über einen so langen Zeitraum zu binden, wie er in diesem Vertrag vorgesehen ist. In Verbindung mit der Gewährung sehr erheblicher Rabatte (von 12,5 bis 20 % bei Vitamin A, von 15 bis 20 % bei Vitamin E und von 20 % bei Vitamin B₆) und dem Verbot der Weiterlieferung an Vitaminhersteller beweist die ausschließliche Bezugsverpflichtung die Absicht, den Wettbewerb zu beschränken.

116 In Fällen der vorliegenden Art mag sich insbesondere bei dem Vertrag über gegenseitige ausschließliche Bezugsverpflichtungen vom 5. Juli 1971 die Frage stellen, ob das umstrittene Verhalten nicht unter Artikel 85 des Vertrages und gegebenenfalls unter dessen Absatz 3 fällt. Daß Verträge dieser Art unter Artikel 85, insbesondere unter seinen Absatz 3, fallen können, schließt die Anwendung von Artikel 86 jedoch nicht aus. Diese Bestimmung betrifft nämlich ausdrücklich Sachverhalte, die ihren Ursprung offenkundig in vertraglichen Bindungen finden. In diesen Fällen steht es der Kommission insbesondere unter Berücksichtigung der Art der wechselseitig übernommenen Verpflichtungen und der wettbewerbsmäßigen Stellung der Vertragspartner auf dem einschlägigen Markt oder den einschlägigen Märkten frei, ein Verfahren nach Artikel 85 oder nach Artikel 86 durchzuführen.

b) Die Verträge mit Unilever

117 Roche hat am 9. Januar 1974 mit Unilever drei Verträge geschlossen.

118 Im ersten Vertrag, den die Food Industries Ltd. als Bevollmächtigte von Unilever mit der Tochtergesellschaft von Roche im Vereinigten Königreich geschlossen hat, wird zunächst der Bedarf der Käuferin an synthetischem Vitamin A, Typ B, auf 130- bis 134tausend Milliarden (m.m.) internationale Einheiten für das Jahr 1974 geschätzt. Weiter ist vorgesehen, daß der Vertrag auch für das Jahr 1975 gilt und daß die Käuferin deshalb die Höhe ihres Bedarfs spätestens im Dezember 1974 mitteilt. Der zweite, zwischen den gleichen Parteien geschlossene Vertrag betrifft Lieferungen von anderem Vitamin A als Vitamin A, Typ B; er enthält im übrigen die gleichen Bestimmungen wie der erste Vertrag. Der dritte Vertrag ist unmittelbar zwischen Roche, Basel, und Unilever Inkoop Mij, Rotterdam, geschlossen; er enthält eine Bestimmung, wonach Roche „has agreed to supply the requirements of your group (Continent only) for the following products:

— Vitamin A for margarine about 30 m.m. in 1974: between 27 and 33 m.m. in 1975

— β -Carotene (all forms) about 6 000 kg in 1974: between 5 400 kg and 6 600 kg in 1975“.

- 119 Die drei Verträge enthalten die vereinbarten Preise, die in den Verträgen mit Food Industries Ltd. durch eine Wechselkursklausel ergänzt sind. In den drei Verträgen sind keine Rabatte vorgesehen. In den zwei Verträgen mit Food Industries garantiert Roche jedoch, daß sie Unilever jeweils den niedrigsten Preis einräumen wird, zu dem sie an Dritte verkauft. In dem Vertrag für den Kontinent ist demgegenüber für den Fall, daß Unilever von einem anderen Hersteller günstigere Angebote erhält, vorgesehen, daß Roche entweder zu diesem Preis liefert oder es dem Käufer gestattet, die fragliche Menge beim Konkurrenten zu kaufen.
- 120 Die Verträge lassen keinen Zweifel daran, daß sie die Deckung des Gesamtbedarfs von Unilever an den fraglichen Vitaminen während der Jahre 1974 und 1975 betreffen. Da es sich um eine förmliche ausschließliche Bezugsverpflichtung handelt, kommt es für die Subsumtion unter Artikel 86 des Vertrages nicht darauf an, ob zusätzlich eine Rabattgewährung vorgesehen ist. Eine mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vertragspartner von Roche selbst ein mächtiges Unternehmen und der Vertrag offenkundig nicht Ergebnis eines von Roche auf ihren Partner ausgeübten Drucks ist. Diese Ausnutzung besteht im vorliegenden Fall nämlich in dem auf der Ausschließlichkeit des Bezugs beruhenden zusätzlichen Eingriff in die Wettbewerbsstruktur eines Marktes, auf dem der Wettbewerb durch die Anwesenheit eines Unternehmens in beherrschender Stellung bereits geschwächt ist. Verträge dieser Art könnten allenfalls unter den in Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages vorgesehenen Voraussetzungen zulässig sein; keiner der Vertragspartner hat es jedoch für angebracht gehalten, diese Möglichkeit in Anspruch zu nehmen.
- 121 Die Untersuchung der Verträge mit Merck und Unilever läßt somit keine Besonderheiten erkennen, auf Grund derer diese nicht unter den Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung fielen, der im Grundsatz jede ausschließliche Bezugsverpflichtung zugunsten eines Unternehmens in beherrschender Stellung erfaßt.

III — Die Beschränkung des Wettbewerbs und die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

- 122 Die Klägerin bestreitet, daß die Unterschiede zwischen den Preisen, die sie ihren Kunden über die Gewährung der Treuerabatte je nachdem einräumt, ob diese sich verpflichten, ausschließlich von ihr zu beziehen, oder nicht, derart sind, daß die Kunden im Sinne des Artikels 86 Absatz 2 Buchstabe c) des Vertrages im Wettbewerb benachteiligt werden, denn diese Unterschiede könnten keinen spürbaren Einfluß auf den Wettbewerb der Kunden untereinander haben. Außerdem vertritt sie in der Erwiderung anscheinend die Meinung, das ihr vorgeworfene Verhalten könne den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht behindern.
- 123 Was den ersten Punkt betrifft, so ergibt sich sowohl aus den streitigen Verträgen wie aus den Erwägungen in der „Management Information“ und im Protokoll der Sitzung Unilever-Roche in London vom 11. Dezember 1972 klar, welche Bedeutung Roche selbst den von ihr gewährten Rabatten beimißt. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, daß diese Rabatte für die Kunden keinerlei Bedeutung haben. Da es sich zudem um das Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung auf einem hierdurch in seiner Wettbewerbsstruktur bereits geschwächten Markt handelt, kann im Geltungsbereich des Artikels 86 jede zusätzliche Beschränkung dieser Wettbewerbsstruktur eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen.
- 124 Zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten steht zunächst fest, daß der Markt jedes der Vitamine sich auf das gesamte Gebiet der Gemeinschaft von zunächst sechs, später neun Mitgliedstaaten erstreckte.
- 125 Die Verbote der Artikel 85 und 86 müssen im Lichte des Artikels 3 Buchstabe f) des Vertrages — der die Errichtung eines Systems vorsieht, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt — und des Artikels 2 des Vertrages ausgelegt und angewendet werden, der der Gemeinschaft die Aufgabe zuweist, „eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft ... zu fördern“. In-

dem er die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Markt verbietet, soweit diese dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, zielt Artikel 86 daher sowohl auf Praktiken, durch die die Verbraucher unmittelbar geschädigt werden können, als auch auf Verhaltensweisen, die sie mittelbar dadurch benachteiligen, daß sie einen Zustand wirksamen Wettbewerbs im Sinne des Artikels 3 Buchstabe f) des Vertrages beeinträchtigen.

- 126 Im übrigen führt ein Teil der englischen Klauseln bereits nach deren Wortlaut zu einer Fortdauer der Abschottung der Märkte, da sie insbesondere die Anwendung von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlichen Preisen erlauben. Diese Feststellung wird noch durch den bereits erwähnten Umstand bekräftigt, daß sich die Preise für ein bestimmtes Vitamin zu einer bestimmten Zeit von einem Mitgliedstaat zum anderen sehr unterschiedlich entwickelten.
- 127 Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß das streitige Verhalten geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Vierte Rüge: Die Geldbuße

a) Die Unbestimmtheit der Sanktionsnormen

- 128 Die Klägerin macht geltend, wegen der Allgemeinheit und Unbestimmtheit der in Artikel 86 des Vertrages enthaltenen Begriffe der „beherrschenden Stellung“ und ihrer „mißbräuchlichen Ausnutzung“ hätte ihr die Kommission Geldbußen wegen Verstoßes gegen diese Bestimmung nur auferlegen dürfen, wenn diese Begriffe durch Verwaltungspraxis oder Rechtsprechung bereits derart konkretisiert gewesen wären, daß die Bürger gewußt hätten, woran sie sich zu halten hätten.
- 129 Nach Artikel 87 des Vertrages hatte der Rat die Bestimmungen zu erlassen, die erforderlich waren, um insbesondere „die Beachtung der in Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 86 genannten Verbote durch die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern zu gewährleisten“. Demgemäß erließ er die Verordnung Nr. 17 vom 16. Februar 1962, nach deren Artikel 15 Absatz 2 die Kommission gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch

Entscheidung Geldbußen bis zu einem bestimmten Höchstbetrag verhängen kann, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig gegen Artikel 85 Absatz 1 oder Artikel 86 des Vertrages verstoßen. Andererseits kann die Kommission nach Artikel 2 der Verordnung „auf Antrag der beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen feststellen, daß nach den ihr bekannten Tatsachen für sie kein Anlaß besteht, gegen eine Vereinbarung, einen Beschluß oder eine Verhaltensweise aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 oder von Artikel 86 des Vertrages einzuschreiten“.

- 130 Somit wußten die Unternehmen seit 1962 einerseits, daß ihnen im Falle des Verstoßes gegen die Verbote des Artikels 86 Geldbußen drohten, und andererseits, daß sie sich in einem eigens vorgesehenen Verfahren Klarheit über den Geltungsbereich dieser Verbote verschaffen konnten, soweit diese sie betrafen. Die Art dieser Verbote und die Voraussetzungen, die für ihre Anwendbarkeit erfüllt sein müssen, sind im übrigen trotz des notwendig allgemeinen Wortlauts des Artikels 86 nicht, wie die Klägerin behauptet, unbestimmt oder unvorhersehbar.
- 131 Aufgrund seiner früheren Anwendung war Artikel 86 des Vertrages in der Zeit von 1970 bis 1974, auf die die Kommission bei der Festsetzung der Geldbuße abgestellt hat, bei weitem ausreichend bestimmt, so daß Roche ihn bei ihrem Verhalten angemessen berücksichtigen konnte, und zwar sowohl hinsichtlich ihrer beherrschenden Stellung wie hinsichtlich der ihr vorgeworfenen Praktiken.
- 132 Soweit Artikel 86 das Vorliegen einer beherrschenden Stellung erfaßt und deren mißbräuchliche Ausnutzung verbietet, fügt er sich in ein System von Bestimmungen ein — dazu gehören Artikel 3 Buchstabe f), Artikel 37 Absatz 1, Artikel 40 Absatz 3 Unterabsatz 2 sowie die Artikel 85 und 90 des Vertrages —, die sämtlich das Ziel verfolgen, daß auf einem Markt, der die Merkmale eines einzigen Marktes aufweist, ein wirksamer, unverfälschter Wettbewerb hergestellt wird. Im übrigen wird in Artikel 86 mit den Ausdrücken „beherrschende Stellung“ und „mißbräuchliche Ausnutzung“ auf Begriffe Bezug genommen, die nicht neu, sondern im wesentlichen in den meisten Mitgliedstaaten bereits durch die Praxis der für die Kontrolle und Bekämpfung

wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zuständigen Behörden konkretisiert worden sind.

- 133 Was insbesondere den Begriff der beherrschenden Stellung anbelangt, kann es für einen umsichtigen Unternehmer nicht zweifelhaft sein, daß bedeutende Marktanteile zwar nicht notwendig und immer das allein ausschlaggebende Indiz für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung sind, daß ihnen aber in dieser Hinsicht eine beträchtliche Bedeutung zukommt, die er in seinem Marktverhalten notwendigerweise berücksichtigen muß. In dieser Beurteilung der Tragweite des Artikels 86 bestand für Roche jedenfalls auf den meisten relevanten Märkten kein Element der Unbestimmtheit noch auch der verständlichen Unsicherheit.
- 134 Was die Vereinbarkeit der Treuerabatte mit Artikel 86 betrifft, so war die Anwendung dieser Bestimmung auf ein System mit ausschließlichen Bezugsverpflichtungen und Rabatten, wie es die Klägerin ausgearbeitet hatte, nicht unvorhersehbar; dafür sprechen nicht nur die Erfahrungen, die jedes auf dem gesamten Gemeinsamen Markt tätige Unternehmen von der Bedeutung der Klägerin mit der Praxis der Kartellbehörden der Mitgliedstaaten haben mußte, sondern auch die klaren Formulierungen in Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe b), der die Einschränkung des Warenabsatzes betrifft, in Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe d), der es verbietet, den Abschluß von Verträgen an die Bedingung zu knüpfen, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die in keiner Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen, sowie insbesondere in Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe c), der die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen gegenüber Handelspartnern bei gleichwertigen Leistungen betrifft. Von einer Unvorhersehbarkeit kann um so weniger die Rede sein, als ein aufmerksamer Unternehmer zumindest die Möglichkeit, wenn nicht gar die Wahrscheinlichkeit dieser Anwendung in Betracht ziehen mußte und Artikel 2 der Verordnung Nr. 17 es erlaubte, die Anwendung von Artikel 86 auf Zweifelsfälle vorab klären zu lassen. Die Klägerin glaubte jedoch, von dieser Möglichkeit, die Rechtssicherheit zu erlangen, deren Fehlen sie jetzt beklagt, keinen Gebrauch machen zu sollen.
- 135 Die Klägerin beruft sich schließlich auf die Entscheidung der Kommission vom 5. Dezember 1969 (ABl. L 323, S. 21) über ein Verfahren nach Artikel

85 des EWG-Vertrags (IV-24. 470/471, Pirelli/Dunlop). Aus dieser Entscheidung ergebe sich, daß wechselseitige ausschließliche Bezugsvereinbarungen zulässig seien, wenn ihnen eine englische Klausel beigefügt sei.

- 136 Die angezogene Entscheidung betrifft eine Vereinbarung zwischen Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellung über die Herstellung von Reifen für wechselseitige Rechnung, die beiden Vertragspartnern die Erschließung des Marktes des jeweils anderen Partners erleichtern sollte. Außerdem war die Preisangleichungsklausel in der Vereinbarung Dunlop/Pirelli nicht mit den zahlreichen Einschränkungen und Modalitäten ausgestattet, die sich in den streitigen Verträgen finden und deren Tragweite außerordentlich einschränken. Ein Unternehmen in beherrschender Stellung konnte nicht ernsthaft annehmen, daß ein unter solchen Umständen ausgestelltes Negativattest als Präzedenzfall dafür dienen könnte, sein eigenes Verhalten im Rahmen des Artikels 86 zu rechtfertigen.
- 137 Aus alledem folgt, daß die auf die Unbestimmtheit der Begriffe in Artikel 86 gestützte Rüge zurückzuweisen ist.

b) Die Anwendung von Artikel 15 der Verordnung Nr. 17

- 138 Die Klägerin macht weiter geltend, aus dem Gesamthalt der Akten und aus ihrem Verhalten ergebe sich, daß ihr Handeln nicht als vorsätzlich oder fahrlässig erachtet werden könne, denn zum einen habe sie angenommen, auf den relevanten Märkten keine beherrschende Stellung zu haben, und zum anderen habe sie die streitigen Verträge für mit Artikel 86 des Vertrages vereinbar gehalten.
- 139 Die in den Management Informations und den übrigen internen Geschäftsunterlagen enthaltenen Anregungen und Hinweise zur Frage der Bedeutung und der erwarteten Wirkungen des Abschlusses von Ausschließlichkeitsverträgen und des Systems der Treuerabatte für die Erhaltung der Marktanteile von Roche zeigen, daß die Klägerin vorsätzlich eine Handelspolitik verfolgt hat, durch die neuen Wettbewerbern der Zugang zum Markt verwehrt werden sollte. Daß sich die Zahl der Verträge, die einen ausschließlichen Bezug vorsahen oder einen Anreiz hierzu boten, seit 1970 vervielfacht hat, bestätigt

diesen Vorsatz. Außerdem folgt aus der — jedenfalls bei den meisten Vitamingruppen gegebenen — Größe der Marktanteile der Klägerin, daß ihre Überzeugung, sie habe keine beherrschende Stellung innegehabt, nur das Ergebnis einer ungenügenden Prüfung der Struktur der Märkte, auf denen sie tätig war, oder der Weigerung sein kann, diese Strukturen zu berücksichtigen. Die Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 15 der Verordnung Nr. 17 liegen somit vor.

c) Der Betrag der Geldbuße

140 Bei der Untersuchung dieser Rechtssache haben sich jedoch Irrtümer der Kommission hinsichtlich der Beurteilung der beherrschenden Stellung der Klägerin auf dem Markt der Vitamingruppe B₃ ergeben. Im übrigen hat die Kommission hinsichtlich der Marktanteile, die eine beherrschende Stellung beweisen sollten, genaue Unterlagen nur für die Jahre 1972, 1973, 1974 und in gewissem Umfange für das Jahr 1971 beigebracht, so daß die bei der Festsetzung der Geldbuße zu berücksichtigende Dauer der Zuwiderhandlung sich auf einen Zeitraum von nur etwas mehr als drei Jahren, mithin auf einen kürzeren Zeitraum beläuft als die fünf Jahre, die die Kommission zugrunde gelegt hat. Schließlich steht fest, daß sich Roche bereits im Verwaltungsverfahren bereit erklärt hat, die streitigen Verträge zu ändern, und daß sie diese Änderung tatsächlich im Einvernehmen mit den Dienststellen der Kommission vorgenommen hat.

141 Nach allem ist die Geldbuße herabzusetzen. Es erscheint angemessen, sie auf 200 000 Rechnungseinheiten, das sind 732 000 DM, festzusetzen und die Klage im übrigen abzuweisen.

Kosten

142 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Nach Absatz 3 desselben Artikels kann der Gerichtshof die Kosten ganz oder teilweise gegeneinander aufheben, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt oder wenn ein außergewöhnlicher Grund gegeben ist. Jede Partei ist teilweise unterlegen. Die Kosten sind somit gegeneinander aufzuheben.

Aus diesen Gründen hat

DER GERICHTSHOF

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die der Firma Hoffmann-La Roche AG in Artikel 3 Absatz 1 der Entscheidung (IV-29.020) der Kommission vom 9. Juni 1976 auferlegte Geldbuße von 300 000 Rechnungseinheiten, das ist ein Betrag von 1 098 000 Deutsche Mark, wird auf 200 000 Rechnungseinheiten, das ist ein Betrag von 732 000 Deutsche Mark, herabgesetzt.
2. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Kosten werden gegeneinander aufgehoben.

Kutscher	Mertens de Wilmars	Mackenzie Stuart	Donner	Pescatore
Sørensen	O'Keefe	Bosco	Touffait	

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 13. Februar 1979.

Der Kanzler
A. Van Houtte

Der Präsident
H. Kutscher

INHALTSVERZEICHNIS

Tatbestand

I — Sachverhalt und Verfahren	465
A — Struktur des Vitaminmarktes	465
B — Verhalten der Klägerin	467
C — Marktbeherrschende Stellung der Klägerin	467
D — Vorliegen einer mißbräuchlichen Ausnutzung	468
E — Geldbuße	468
II — Anträge der Parteien	469
III — Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien	469
Erste Rüge: Verletzung des allgemeinen Grundsatzes, daß eine Sanktionsnorm bestimmt und voraussehbar sein muß	469
Zweite Rüge: Verletzung von Verfahrensvorschriften (fair trial)	471
Dritte Rüge: Verletzung von Artikel 18 der Verordnung Nr. 17	474
Vierte Rüge: Verletzung von Artikel 86 durch unrichtige Auslegung und Anwendung der Begriffe „beherrschende Stellung“ sowie „mißbräuchliche Ausnutzung“	475
A — Beherrschende Stellung	475
I. Erörterung der von der Kommission angestellten Analyse der Marktstruktur	475
1. Die Marktanteile von Roche	475
2. Die angebotene Vitaminpalette	475
3. Roche sei für alle Vitamine zusammen der größte Hersteller der Welt, und ihr Umsatz übersteige den aller übrigen Hersteller zusammen	475
4. Die Zahl der Wettbewerber	475
5. Der technologische Vorsprung	475
6. Das Vertriebsnetz	475
7. Der potentielle Wettbewerb	475
8. Der Zugang zu den Beschaffungsmärkten	476
II. Marktverhalten der Klägerin und dessen Ergebnisse	487

B — Mißbräuchliche Ausnutzung	493
I. Erörterung einiger von der Kommission behaupteter Tatsachen	493
II. Die englische Klausel	495
III. Die Ausschließlichkeitsverpflichtung als Mißbrauch	497
IV. Die Diskriminierung	500
Fünfte Rüge: Verletzung von Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 durch Artikel 3 der angefochtenen Entscheidung	500
IV — Antworten der Parteien auf die Fragen des Gerichtshofes	502
A — Auf Verlangen des Gerichtshofes vorgelegte Unterlagen	502
B — Antworten hinsichtlich der Marktanteile	502
C — Antworten hinsichtlich der streitigen Verträge und ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb	507
V — Mündliche Verhandlung	508

Entscheidungsgründe

Problemstellung	508
Erste Rüge: Verletzung des Grundsatzes der Bestimmtheit und Voraussehbarkeit von Sanktionsnormen	510
Zweite Rüge: Unregelmäßigkeiten des Verwaltungsverfahrens	510
Dritte Rüge: Verletzung von Artikel 86 des Vertrages	514
I — Das Vorliegen einer beherrschenden Stellung	514
Teil 1: Die Abgrenzung der relevanten Märkte	514
Teil 2: Die Struktur der relevanten Märkte	517
Teil 3: Die Bedeutung der Indizien, auf die sich die Kommission stützt, für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung	519
Teil 4: Subsumtion der einzelnen Vitamingruppen unter die erheblichen Kriterien	525
a) Vitamingruppe A	525
b) Vitamingruppe B ₂	526
c) Vitamingruppe B ₃	527
d) Vitamingruppe B ₆	528
e) Vitamingruppe C	529
f) Vitamingruppe E	530
g) Vitamingruppe H	531
h) Zusammenfassung	531
Teil 5: Das Verhalten der Klägerin auf dem Markt	531

II — Die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung	535
Teil 1: Vorbemerkungen	535
Teil 2: Analyse der streitigen Verträge	538
Teil 3: Subsumtion der ausschließlichen Bezugsverpflichtungen und des Rabattsystems unter Artikel 86 des Vertrages	539
Teil 4: Art der streitigen Rabatte	541
a) Die Verträge mit einheitlichen Rabatten	541
b) Die Verträge mit steigenden Rabatten	542
Teil 5: Die englische Klausel	544
Teil 6: Subsumtion der streitigen Verträge (mit Ausnahme der Verträge mit Unilever und Merck) unter die berücksichtigten Kriterien	546
Teil 7: Subsumtion der Verträge mit Merck und Unilever unter diese Kriterien	548
a) Die Verträge mit Merck	548
b) Die Verträge mit Unilever	550
III — Die Beschränkung des Wettbewerbs und die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten	552
Vierte Rüge: Die Geldbuße	553
a) Die Unbestimmtheit der Sanktionsnormen	553
b) Die Anwendung von Artikel 15 der Verordnung Nr. 17	556
c) Der Betrag der Geldbuße	557
Kosten	557