

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
 GEORGES COSMAS
 vom 15. Juli 1997 *

Inhaltsverzeichnis

I — Sachverhalt und Verfahren vor dem Gericht erster Instanz	I-4131
II — Rechtsmittelgründe	I-4133
A — Zum Vorliegen von Formfehlern der angefochtenen Entscheidung der Kommission	I-4133
B — Zu den Gründen, die die Anwendung der Wettbewerbsbestimmungen betreffen	I-4135
1. Rechtliche Qualifizierung der Zuwiderhandlung	I-4135
a) Zur Bedeutung des Begriffes „abgestimmte Verhaltensweise“	I-4135
b) Zur Möglichkeit der rechtlichen Qualifizierung eines Verhaltens als „Absprache und abgestimmte Verhaltensweise“	I-4144
2. Verteilung der Beweislast	I-4145
3. Zur Richtigkeit des Begriffes der „einheitlichen Zuwiderhandlung“	I-4148
a) Vorbringen der Parteien	I-4149
b) Mein Vorschlag zur Lösung dieser Fragen	I-4150
i) Zur persönlichen Verantwortung der Unternehmen bei Verstößen gegen Artikel 85	I-4150
ii) Der Begriff der „einheitlichen Zuwiderhandlung“ in der Betrachtungsweise des Gerichts	I-4152
iii) Zur Begründetheit der einzelnen Argumente der Parteien	I-4154
4. Zum Vorliegen einer diskriminierenden (unterschiedlichen) Behandlung ..	I-4155
5. Zur Zurechnung der Zuwiderhandlung zu Lasten von Anic	I-4156
6. Zur Geldbuße	I-4158
III — Entscheidungsvorschlag	I-4161

In der vorliegenden Rechtssache hat der Gerichtshof zum einen über das nach Artikel 49 der EWG-Satzung des Gerichtshofes eingelegte Rechtsmittel der Kommission

der Europäischen Gemeinschaften und zum anderen über das Anschlußrechtsmittel der Enichem Anic SpA (nachstehend: Anic)¹ wegen Aufhebung des Urteils des Gerichts

1 — Das Anschlußrechtsmittel wurde gemäß Artikel 116 Absatz 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes mit der Einreichung der Rechtsmittelbeantwortung von Anic zu dem Rechtsmittelschriftsatz der Kommission eingelegt.

* Originalsprache: Griechisch.

erster Instanz vom 17. Dezember 1991² zu befinden. Mit dem angefochtenen Urteil wurde der Klage von Anic nach Artikel 173 EWG-Vertrag (nachstehend: Vertrag) gegen die Entscheidung der Kommission vom 23. April 1986³ teilweise stattgegeben. Diese Entscheidung betraf die Anwendung von Artikel 85 des Vertrages im Bereich der Herstellung von Polypropylen.

I — Sachverhalt und Verfahren vor dem Gericht erster Instanz

1. Bezüglich des Sachverhalts und des Verfahrens vor dem Gericht erster Instanz ergibt sich aus dem angefochtenen Urteil folgendes: Der westeuropäische Polypropylenmarkt wurde vor 1977 fast ausschließlich von zehn Herstellern beliefert, darunter Anic mit einem Marktanteil zwischen 3,7 % und 4,2 %. Nach dem Auslaufen der Patente der Firma Montedison traten ab 1977 sieben neue Erzeuger mit großen Produktionskapazitäten auf. Dem stand kein entsprechender Anstieg der Nachfrage gegenüber, so daß mindestens bis 1982 kein Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage bestand. Allgemein

war der Polypropylenmarkt während des größten Teils des Zeitraums von 1977 bis 1983 durch eine niedrige Rentabilität und/oder erhebliche Verluste gekennzeichnet.

2. Am 13. und 14. Oktober 1983 führten Beamte der Kommission im Rahmen ihrer Befugnisse aus Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962⁴ (nachstehend: Verordnung Nr. 17) gleichzeitig Nachprüfungen bei einer Reihe von im Bereich der Polypropylenherstellung tätigen Unternehmen durch. Im Anschluß an diese Nachprüfungen richtete die Kommission Auskunftsverlangen nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 an diese, aber auch an weitere Unternehmen mit ähnlichem Geschäftsgegenstand. Anhand des im Rahmen dieser Nachprüfungen und Auskunftsverlangen entdeckten Beweismaterials gelangte die Kommission zu der Auffassung, daß bestimmte Polypropylen-Hersteller, darunter Anic, in der Zeit von 1977 bis 1983 gegen Artikel 85 EWG-Vertrag verstoßen hätten. Am 30. April 1984 beschloß die Kommission deshalb, ein Verfahren nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 einzuleiten, und übermittelte den beschuldigten Unternehmen Mitteilungen der Beschwerdepunkte.

3. Am Ende dieses Verfahrens erließ die Kommission am 23. April 1986 die oben

2 — Rechtssache T-6/89 (Enichem Anic/Kommission, Slg. 1991, II-1623).

3 — IV/31.149 — Polypropylen (ABl. L 230, S. 1).

4 — ABl. 1962, Nr. 13, S. 204.

genannte Entscheidung mit folgendem Tenor:

schäftspolitik zu erörtern und festzulegen;

„Artikel 1

[Die Unternehmen]... Anic SpA... haben gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag verstoßen, indem sie... in Falle von Anic von etwa November 1977 bzw. 1978 bis weit ins Jahr 1982 oder Anfang 1983... an einer von Mitte 1977 stammenden Vereinbarung und abgestimmten Verhaltensweise beteiligt waren, durch die die Gemeinschaft mit Polypropylen beliefernden Hersteller:

b) von Zeit zu Zeit für den Absatz ihrer Erzeugnisse in jedem Mitgliedstaat der EWG Ziel- (oder Mindest-)preise festlegten;

c) verschiedene Maßnahmen trafen, um die Durchsetzung dieser Zielpreise zu erleichtern, (vor allem) unter anderem durch vorübergehende Absatzeinschränkungen, den Austausch von Einzelangaben über ihre Verkäufe, die Veranstaltung lokaler Sitzungen und ab Ende 1982 ein System der ‚Kundenführerschaft‘ zwecks Durchsetzung der Preiserhöhungen gegenüber Einzelkunden;

d) gleichzeitige Preiserhöhungen vornahmen, um die besagten Ziele durchzusetzen;

e) den Markt aufteilten, indem jedem Hersteller ein jährliches Absatzziel bzw. eine Quote (1979, 1980 und zumindest für einen Teil des Jahres 1983) zugeteilt wurde oder, falls es zu keiner endgültigen Vereinbarung für das ganze Jahr kam, die Hersteller aufgefordert wurden, ihre monatlichen Verkäufe unter Bezugnahme auf einen vorausgegangenen Zeitraum einzuschränken (1981, 1982).

a) miteinander Verbindung hatten und sich regelmäßig (von Anfang 1981 an zweimal monatlich) in einer Reihe geheimer Sitzungen trafen, um ihre Ge-

...

Artikel 3

Gegen die in dieser Entscheidung genannten Unternehmen werden wegen des in Artikel 1 festgestellten Verstoßes folgende Geldbußen festgesetzt:

...

- i) Anic SpA, eine Geldbuße von 750 000 ECU bzw. 1 103 692 500 LIT ...“

4. Vierzehn der fünfzehn Unternehmen, an die die genannte Entscheidung gerichtet war, darunter Anic, haben Klage auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung der Kommission erhoben. In der mündlichen Verhandlung, die vom 10. Dezember 1990 bis zum 15. Dezember 1990 vor dem Gericht stattfand, haben die Parteien mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet.

5. Mit dem erwähnten Urteil vom 17. Dezember 1991 hat das Gericht nach Anhörung des Generalanwalts der Klage von Anic teilweise stattgegeben und die gegen sie verhängte Geldbuße herabgesetzt. Die Kommission hat dieses Urteil beim Gerichtshof mit einem Rechtsmittel angefochten; sie beantragt, das Urteil teilweise aufzuheben, die gegen Anic verhängte Geldbuße wiederherzustellen und der Rechtsmittelgegnerin die Kosten aufzuerlegen.

6. Anic beantragt in ihrer Rechtsmittelbeantwortung zum einen, das Rechtsmittel der Kommission zurückzuweisen, und zum anderen unter Berufung auf eigene Rechtsmittelgründe, das Urteil des Gerichts teilweise aufzuheben.

Zugleich beantragt sie, der Kommission die gesamten Kosten sowohl des erstinstanzlichen als auch des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen.

7. Im Rechtsmittelverfahren hat die Gesellschaft DSM NV ihre Zulassung als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge von Anic beantragt. Der Gerichtshof hat diesen Antrag mit Beschluß vom 30. September 1992 als unzulässig zurückgewiesen.

II — Rechtsmittelgründe

A — Zum Vorliegen von Formfehlern der angefochtenen Entscheidung der Kommission

8. Nach Auffassung von Anic bestehen begründete Verdachtsmomente, daß die Kommission die Polypropylen-Entscheidung unter Verstoß gegen das vorgeschriebene Verfahren erlassen hat. Sie beruft sich

auf das Urteil des Gerichts in den vergleichbaren PVC-Sachen⁵ und auf die Erklärungen der Vertreter der Kommission vor dem Gericht in der mündlichen Verhandlung dieser Rechtssachen. Dem PVC-Urteil des Gerichts sei zu entnehmen, daß die Mißachtung der Verfahrensvorschriften, die für die Sprachenregelung der Rechtsakte der Kommission⁶ und deren Feststellung⁷ gälten, ohne weiteres zur Inexistenz der mit diesen Mängeln behafteten Entscheidung führten. Die Äußerungen der Vertreter der Kommission vor dem Gericht in der mündlichen Verhandlung der PVC-Sachen müßten zu dem Schluß führen, daß die vom Gericht in dieser Rechtssache festgestellten Formfehler wahrscheinlich auch bei der Polypropylen-Entscheidung vorlägen. Es bestünden ausreichende Indizien dafür, daß die Kommission beim Erlaß der Entscheidung grundlegende Verfahrensvorschriften nicht eingehalten habe. Auf jeden Fall könne der Gerichtshof, wenn er es für angemessen halte, die erforderlichen prozeßleitenden Verfügungen treffen, um festzustellen, ob erstens der Text der angefochtenen Entscheidung bei deren Annahme in italienischer Sprache vorgelegen habe, und zweitens, ob die verbindliche italienische Fassung der Entscheidung nach dem Verfahren des Artikels 12 der Geschäftsordnung der Kommission festgestellt worden sei. In Anbetracht dessen beantragt Anic, der Gerichtshof solle die Entscheidung für nichtexistent, hilfsweise für nichtig erklären, soweit sie von ihr betroffen sei. Sie weist insbesondere darauf hin, daß ihr Antrag im Rechtsmittelverfahren ordnungsgemäß nach Artikel 116 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes gestellt werde. Außerdem könne der Gerichtshof

im Rechtsmittelverfahren in Analogie zu den Möglichkeiten, die Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes biete, neue Tatsachen prüfen, die dem Gericht noch nicht zur Prüfung vorgelegen hätten, wenn diese Tatsachen nach Abschluß des erstinstanzlichen Verfahrens zutage getreten seien.

9. Die Kommission hält das Vorbringen von Anic für unzulässig, weil es keinen Rechtsfehler des angefochtenen Urteils erkennen lasse.

10. Dieses Vorbringen von Anic⁸ kann vom Gerichtshof im Rechtsmittelverfahren in der Tat nicht geprüft werden. Der Antrag von Anic, die betreffende Entscheidung der Kommission für inexistent oder für nichtig zu erklären, ist unzulässig, wenn nicht zugleich gerügt wird, daß das angefochtene Urteil einen Rechtsfehler aufweist. Er widerspricht offenkundig Artikel 49 der EWG-Satzung des Gerichtshofes, wonach Rechtsmittel nur gegen Entscheidungen des Gerichts und nicht gegen Akte anderer Gemeinschaftsorgane gerichtet werden können⁹.

8 — Es ist zweifelhaft, ob mit diesem Vorbringen ein Rechtsmittelgrund vorgebracht wird.

9 — Wie bereits ausgeführt, bringt Anic verschiedene tatsächliche Umstände vor, die vor dem Gericht nicht vorgetragen worden waren, sei es, weil sie nach Verkündung des Urteils in erster Instanz vorgefallen, sei es, weil sie während des Verfahrens erster Instanz nicht zur Kenntnis der Klägerin und des Gerichts gelangt sind. Solche Umstände können im Rechtsmittelverfahren nicht vorgebracht werden. Sie hätten unter Umständen einen Wiederaufnahmeantrag nach Artikel 41 der EWG-Satzung des Gerichtshofes und den Artikeln 125 und 128 der Verfahrensordnung des Gerichtes stützen können. Da sich Anic der Möglichkeiten, die ihm die Verfahrensvorschriften boten, nicht bedient hat, kann sie ihre Säumnis nicht dadurch ungeschehen machen, daß sie die betreffenden Umstände im Rechtsmittelverfahren vorbringt.

5 — Urteil vom 27. Februar 1992 in den verbundenen Rechtssachen T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 und T-104/89 (BASF u. a./Kommission, Slg. 1992, II-315).

6 — Artikel 3 der Geschäftsordnung der Kommission vom 15. April 1958 (ABl. 1958, Nr. 17, S. 401).

7 — Artikel 12 der Geschäftsordnung der Kommission.

B — Zu den Gründen, die die Anwendung der Wettbewerbsbestimmungen betreffen

1. Rechtliche Qualifizierung der Zuwiderhandlung

a) Zur Bedeutung des Begriffes „abgestimmte Verhaltensweise“

11. Grundlegende Bedeutung für die Gesamtwürdigung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung unter dem Blickwinkel des Wettbewerbsrechts kommt dem Problem der rechtlichen Einordnung des hier untersuchten Verhaltens der Polypropylen-Hersteller als „Vereinbarung“ und „abgestimmte Verhaltensweise“ zu. Die Definition des zweiten dieser Begriffe stellt im wesentlichen den Eckstein des gedanklichen Weges des Gerichts dar, weil sowohl die einheitliche Qualifizierung der betreffenden Verhaltensweise als „Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweise“ als auch die Auferlegung der Beweislast unmittelbar auf das zurückgehen, was den Vorwurf einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne des Artikels 85 des Vertrages ausmacht. Ein etwaiger Fehler bei der Festlegung dieses Begriffes wäre ein Grund, das Urteil des Gerichts aufzuheben.

12. i) In diesem Zusammenhang weist Anic auf den Unterschied zwischen „Vereinbarung“ und „abgestimmter Verhaltensweise“ hin. Der Unterschied bestehe vor allem darin, daß die abgestimmte Verhaltensweise

se im Gegensatz zur Vereinbarung das Bestehen einer nach außen zutage tretenden Betätigung auf dem Markt, eines spürbaren Verhaltens voraussetze, das außerdem Grundelement der Zuwiderhandlung sei und den Inhalt dessen, was die Unternehmen rechtswidrig vereinbart hätten, konkretisiere oder materialisiere.

13. Die Kommission verwirft das von Anic vorgeschlagene Auslegungskriterium, da es insoweit zu einer Verkürzung und Schwächung des Wettbewerbschutzes führe, wie ihn Artikel 85 biete, als es im Ergebnis schwierigere Beweisanforderungen für die abgestimmte Verhaltensweise als für die Vereinbarung bedinge. Ein solches Ergebnis widerspreche indessen der Ratio legis des Artikels 85, der das Verbot auf jede dem Wettbewerb abträgliche Abstimmung ausdehnen wolle, auch wenn diese sich weniger vollständig und konkret darstelle als eine Vereinbarung.

14. Unter Bezugnahme auf das vorstehend Ausgeführte könnte man annehmen, daß Kern der Auseinandersetzung die gegenseitige Abgrenzung der Begriffe „Vereinbarung“ und „abgestimmte Verhaltensweise“ im Sinne des Artikels 85 des Vertrages und insbesondere die Definition dessen ist, was unter „abgestimmte Verhaltensweise“ zu verstehen ist. Hier ist darauf hinzuweisen, daß sich die Wettbewerbswidrigkeit der fraglichen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen nach der Regelung des Artikels 85 aus ihrem „Zweck“ oder aus ihrer „Wirkung“ ableiten läßt. Folglich sind die vier folgenden Kombinationen rechtswidriger Verhaltensweisen möglich: Vereinbarung/Zweck, Vereinbarung/Wirkung, abgestimmte Verhaltensweise/Zweck und abgestimmte Verhaltensweise/Wirkung.

15. Der Begriff der Vereinbarung wirft im vorliegenden Fall keine Probleme auf und ist außerdem in einer umfangreichen Rechtsprechung aufgearbeitet worden. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes reicht es für eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 des Vertrages aus, daß eine Vereinbarung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt¹⁰.

16. Schwierigkeiten entstehen indessen bei der Festlegung des Begriffes der „abgestimmten Verhaltensweise“. Die bisher vom Gerichtshof entschiedenen Rechtssachen betrafen ausschließlich Fälle, in denen die abgestimmte Verhaltensweise eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkte. Der einschlägigen Rechtsprechung lassen sich folgende Ergebnisse entnehmen:

Erstens ist Ausgangspunkt des richterlichen Prüfungswegs regelmäßig die Würdigung des auf dem Markt festgestellten Ergebnisses;

zweitens sind die Rechtsbegriffe der „abgestimmten Verhaltensweise“ und der „Vereinbarung“ begrifflich zu trennen;

drittens ist die „Abstimmung“ unter den Parteien eine *Conditio sine qua non* der Rechtswidrigkeit.

17. Demgemäß hat der Gerichtshof folgendes entschieden¹¹:

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

18. Ich muß allerdings betonen, daß nicht jedwedes Verhalten eines Unternehmens, das sich auf dem Markt in ungefähr der gleichen Weise zeigt wie das eines anderen Unternehmens, einen Verstoß gegen Artikel 85 darstellt:

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

10 — Vgl. statt aller Urteil vom 13. Juli 1966 in den Rechtssachen 56/64 und 58/64 (Consten und Grundig/Kommission, Slg. 1966, 321).

11 — Urteil des Gerichtshofes vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 48/69 (ICI/Kommission, Slg. 1972, 619, Randnrn. 64 und 65; sog. „Farbenkartell-Fall“).

verkauft. Es ist zwar richtig, daß *dieses Selbständigkeitspostulat* nicht das Recht der Unternehmen beseitigt, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen; es steht jedoch streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht“¹² (Hervorhebung von mir).

19. Folglich ging es in den bisher vom Gemeinschaftsrichter untersuchten Fällen von „abgestimmten Verhaltensweisen“ stets darum, den Beweis zu führen, daß eine bestimmte Verhaltensweise, wie sie auf dem Markt sichtbar geworden war, auf eine Abstimmung zurückzuführen war¹³.

12 — Urteil des Gerichtshofes vom 16. Dezember 1975 in den Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73 (Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663, Randnrn. 173 und 174; sog. „Zuckerkartell-Fall“).

13 — In den vorerwähnten Rechtssachen handelt es sich um ein System mittelbarer Beweisführung, bei dem das parallele und einheitliche Verhalten als Indiz für eine Abstimmung ausgelegt werden kann, aber für sich genommen nicht ausreicht. Die Kommission muß „eindeutige und übereinstimmende Beweise“, anders ausgedrückt „ernsthafte, genaue und übereinstimmende Indizien“ beibringen, die die Überzeugung begründen, daß das parallele und einheitliche Verhalten der Unternehmen in Wahrheit das Ergebnis einer abgestimmten Verhaltensweise war (vgl. jeweils Urteile des Gerichtshofes vom 28. März 1984 in den Rechtssachen 29/83 und 30/83, CRAM und Rheinznk/Kommission, Slg. 1984, 1679, Randnr. 20, und vom 31. März 1993 in den Rechtssachen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 und C-125/85 bis C-129/85, Ahlström Osa-keyhtiö u. a./Kommission, Slg. 1993, I-1307, Randnr. 127). Dementsprechend „... brauchen die Klägerinnen [gegenüber einer derartigen Argumentation] nur Umstände nachzuweisen, die den von der Kommission festgestellten Sachverhalt in einem anderen Licht erscheinen lassen und damit eine andere Erklärung dieses Sachverhalts ermöglichen, als sie in der angefochtenen Entscheidung gegeben wird“ (Urteil CRAM und Rheinznk/Kommission, Randnr. 16). Vgl. ferner Urteil des Gerichtshofes vom 2. März 1994 in der Rechtssache C-53/92 P (Hilti/Kommission, Slg. 1994, I-667, Randnrn. 33 bis 38).

20. Es stellt sich daher die Frage, ob nach der erwähnten Rechtsprechung die Feststellung der Wirkungen einer von den Unternehmen erreichten Koordinierung auf dem Markt Begriffselement einer nach Artikel 85 verbotenen abgestimmten Verhaltensweise ist. Könnte man sich, falls dies zu bejahen ist, ein Verhalten vorstellen, das schon aufgrund seines Zweckes als abgestimmte Verhaltensweise definiert werden könnte? Die Frage läßt sich allerdings auch umkehren: Was sonst kann „Verhaltensweise“ noch bedeuten, wenn man davon ausgeht, daß die Zuwiderhandlung allein in der *Koordinierung*, d. h. der Fühlungnahme oder der Verständigung der Unternehmen, ohne jede Auswirkung auf den Markt besteht?

21. Diese Problematik ist vom Gerichtshof, und zwar in den Schlußanträgen der Generalanwälte, nur am Rande berührt worden. Diesen Schlußanträgen läßt sich entnehmen, daß zunächst der Gedanke vorherrschend war, daß das faktisch einheitliche Marktverhalten notwendig zur Abstimmung hinzukommen mußte, damit von einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 des Vertrages gesprochen werden konnte¹⁴; in den letzten Jahren konnte man

14 — Konkret hat Generalanwalt Gand in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache ACF Chemiefarma/Kommission (Urteil des Gerichtshofes vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 41/69, Slg. 1970, 661) dargelegt, daß man „... bei einer abgestimmten Verhaltensweise... nach herrschender Meinung voraussetzt, daß die Abstimmung sich konkret äußert, so daß sowohl ein tatsächliches Verhalten der Beteiligten als auch ein Zusammenhang zwischen diesem Verhalten und einem vorher gefaßten Plan nachgewiesen werden müssen“ (Slg. 1970, 719). Eine ähnliche Ausrichtung findet sich im wesentlichen auch in den Schlußanträgen von Generalanwalt Mayras in der sog. Farbstoffsache (Urteil des Gerichtshofes vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 48/69, ICI/Kommission, Slg. 1972, 619), der ausgeführt ist: „Doch muß auch ein objektives Merkmal gegeben sein, das dem Begriff der abgestimmten Verhaltensweise wesentlich ist, nämlich ein den beteiligten Unternehmen gemeinsames tatsächliches Verhalten. Dies ist der erste grundsätzliche Unterschied gegenüber dem Begriff der Vereinbarung. Diese fällt — vorausgesetzt, daß sie nachgewiesen ist und eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt — nach Ihrer Rechtsprechung unter Artikel 85, ohne daß ihre tatsächliche Auswirkung auf den Wettbewerb zu untersuchen wäre. Hingegen scheint mir die abgestimmte Verhaltensweise schon rein begrifflich nicht völlig von der tatsächlichen Wirkung losgelöst werden zu können, die sie auf die Wettbewerbsbedingungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes hat“ (Slg. 1972, 674).

hingegen ein Abgehen von diesem Standpunkt beobachten, wie die Schlußanträge von Generalanwalt Darmon in den sogenannten Zellstoffsachen belegen¹⁵.

22. Ich denke, daß sich die Rechtsprechung zu dieser Frage in der von Generalanwalt Darmon in seinen soeben zitierten Schlußanträgen angedeuteten Richtung weiterentwickeln sollte.

23. Das bedeutet im einzelnen: Es ist, so glaube ich, schon deutlich geworden, daß eine wörtliche Auslegung des Artikels 85 das Problem nicht in seiner ganzen Breite löst. Sie ermöglicht es eher, verschiedene denkbare Lösungen zu vertreten, die jedoch zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen führen. Worin eigentlich eine abgestimmte Verhaltensweise mit einem wettbewerbswidrigen „Zweck“ besteht, muß letztlich aufgrund sowohl einer die logische Kohärenz des Artikels 85 insgesamt sicherstellenden Lesart als auch und vor allem unter Berücksichtigung der Zielrichtung der Wettbewerbsvorschriften allgemein und des Artikels 85 insbesondere ermittelt werden (systematische und teleologische Auslegung).

¹⁵ — Generalanwalt Darmon hat in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache *Ahlström Osakehtiö u. a./Kommission* (zitiert in Fußnote 13) einen im Vergleich zum vorstehenden gegensätzlichen Standpunkt eingenommen und ausgeführt: „Nimmt man also an, daß ein übereinstimmendes tatsächliches Verhalten Bestandteil des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweise ist, so gelangt man entgegen der Systematik des Artikels 85 Absatz 1 zu einer besonders restriktiven Auffassung des Vertrages“ (Slg. 1993, I-1489, Nr. 185).

24. In diesem Rahmen hat der Gerichtshof meines Erachtens zu Recht als Modell des nach den Regeln des Wettbewerbs handelnden Unternehmers den Unternehmer zugrunde gelegt, der „*selbständig* bestimmt, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt“. So gesehen steht jedoch dieses Selbständigkeitspostulat „streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt,... einen solchen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht“ (Suiker Unie u. a./Kommission, Randnrn. 173 und 174).

25. Gegen den Geist der Wettbewerbsregeln wird daher bereits verstoßen, sobald eine *Fühlungnahme* zwischen Wettbewerbern zu dem Zweck stattfindet, sich mitzuteilen, welche Politik sie auf dem Markt zu befolgen gedenken. Von diesem Augenblick an ist das vom Gemeinschaftsrecht angestrebte Idealmodell freien Wettbewerbs durchkreuzt, dem zufolge jeder Unternehmer für sich die eigene zukünftige Marktpolitik aufgrund seiner persönlichen Einschätzung der Gegebenheiten des Marktes plant.

26. Der vorstehend erwähnte Denkansatz stellt ein klareres Verständnis der Begriffe des Artikels 85 sicher, untergräbt nicht den Schutz des Wettbewerbs und ist meines Erachtens systematisch der zutreffendste. Schließt man in den Bereich des Artikels 85 auch die abgestimmten Verhaltensweisen ein, die lediglich die Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezwecken, so wird man nicht nur dem Buchstaben, sondern auch

dem Geist der Wettbewerbsregeln vollständig gerecht.

27. An dieser Stelle ist nun eine Bemerkung zum Sinn des Ausdrucks „Verhaltensweise“ angebracht. Ist eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 auch im Fall einer abgestimmten Verhaltensweise/Zweck allein deshalb gegeben, weil die Unternehmen sich untereinander „abgestimmt“ haben (d. h. aufgrund der bloßen Beteiligung am rechtswidrigen Zweck einer konkreten Verständigung), dann bleibt der Begriff der Verhaltensweise ohne Bezug zu irgendeiner Auswirkung oder gar Betätigung auf dem Markt. In diesem Rahmen fällt das materielle und äußere Element, das dem Begriff der Verhaltensweise eigen ist, mit der Verständigung als solcher praktisch zusammen. Dagegen ließe sich der Einwand erheben, daß diese wesensmäßige Gleichstellung von Abstimmung und Verhaltensweise den Eindruck vermitteln könnte, der Gesetzeswortlaut enthielte einen Pleonasmus.

28. Wenn ich die Zielrichtung der Wettbewerbsregeln betrachte, bin ich allerdings nicht der Meinung, daß man sich auf ein derartiges Argument stützen kann, um zu befriedigenden Auslegungsergebnissen zu gelangen. Aus dieser Sicht ist die Verwendung des Begriffes der Verhaltensweise dahin zu verstehen, daß „der Vertrag... unter diesem Begriff die tatsächliche, faktische Abstimmung von der aus einer Vereinbarung resultierenden förmlichen Abstimmung [unterscheidet] und sie dieser gegenüber[stellt]“¹⁶. Für die Feststellung der Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 bleibt demnach auf jeden Fall die Abstimmung im

weiten Sinne maßgebend. Ihr Nachweis erfüllt ohne weiteres den „objektiven Tatbestand“ einer Zuwiderhandlung, unabhängig davon, ob sie ausdrücklich erfolgt ist (Hypothese der Vereinbarung) oder nicht (Hypothese der abgestimmten Verhaltensweise)¹⁷.

29. Die Annahme dieser rein „objektiven“ Natur der Zuwiderhandlung, die in der Beteiligung an einem Verhalten besteht, das objektiv betrachtet mit dem Wettbewerb unvereinbar ist, und der Verzicht auf die Prüfung der Wirkungen der Abstimmung

17 — Eine alternative Lösung des vorstehenden Problems hat der zum Generalanwalt bestellte Richter Vesterdorf dem Gericht in den gemeinsamen Schlußanträgen zu den Polypropylen-Sachen vorgeschlagen (Slg. 1991, II-869). Nach dieser Auffassung liegt der Zeitpunkt, zu dem die Zuwiderhandlung im Falle einer abgestimmten Verhaltensweise begangen wird, nach der Verständigung, konkret in dem Augenblick, in dem der an der Abstimmung Beteiligte auf dem Markt tätig wird. Welcher Art die Tätigkeit sein wird, wird notwendig durch die Abstimmung festgelegt, die damit ohne weiteres den Wettbewerb beeinträchtigt. Es ist daher unerheblich, ob das Marktverhalten einen bestimmten Inhalt oder gerade den Inhalt aufweist, der Zweck der Absprache war, und ob dieses Verhalten irgendwelche Auswirkungen hat (Slg. 1991, II-941 und 942). Auf diese Weise vollzieht sich die Koppelung der Zielsetzung des Artikels 85 mit einer „eindeutig“ wörtlichen Auslegung der Bestimmung, die den Begriff der „Verhaltensweise“ als Marktverhalten versteht.

Damit ist, wie ich glaube, deutlich geworden, daß ich das spezifische Argument nicht als entscheidend betrachte. Andererseits ist darauf hinzuweisen, daß das erstinstanzliche Urteil den Standpunkt von Herrn Vesterdorf nicht ausdrücklich übernommen hat. Zwar legt Randnummer 201 des Urteils etwas derartiges nahe: „Damit hat die Klägerin nicht nur das Ziel verfolgt, im voraus die Ungewißheit über das künftige Verhalten ihrer Wettbewerber zu beseitigen, sondern sie mußte bei der Festlegung der Politik, die sie auf dem Markt verfolgen wollte, zwangsläufig auch unmittelbar oder mittelbar die in diesen Sitzungen erhaltenen Informationen berücksichtigen. Auch ihre Wettbewerber mußten bei der Festlegung der Marktpolitik, die sie verfolgen wollten, zwangsläufig unmittelbar oder mittelbar die Informationen berücksichtigen, die ihnen die Klägerin über das Marktverhalten gegeben hatte, das sie selbst für sich beschlossen hatte oder in Erwägung zog.“ Ich glaube indessen, daß im Rahmen dieser Randnummer nicht jedwede Tätigkeit auf dem Markt als Teil des abgestimmten Verhaltens betrachtet wird; hier wird einfach nur versucht, den wettbewerbswidrigen Geist der Sitzungen der Polypropylen-Hersteller genau zu umreißen. Alles das, was jeder auf dem Markt tätige Hersteller notwendig berücksichtigen muß, ist in Wahrheit als Konkretisierung des Verlustes seiner Selbständigkeit anzusehen, der als solcher die Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 darstellt. Der praktische Unterschied zwischen beiden Auffassungen beschränkt sich allerdings grundsätzlich auf Extremfälle, bei denen auf die Abstimmung keinerlei Marktträchtigkeit folgt, was im vorliegenden Fall nicht festzustellen ist.

16 — Vgl. Schlußanträge von Generalanwalt Darmon in den in Fußnote 13 bereits erwähnten Zellstoff-Sachen (Slg. 1993, I-1490, Nr. 187).

auf dem Markt lassen als entscheidendes Element die Feststellung der Zuwiderhandlung den Inhalt eines bestimmten Verhaltens in den Vordergrund treten und grenzen die „Vereinbarung“ und die „abgestimmte Verhaltensweise“ begrifflich voneinander ab. Das Vorliegen einer „Vereinbarung“ setzt einfach einen höheren Grad an Verständigung zwischen den Parteien voraus, die die Form einer nach außen in Erscheinung tretenden Willensübereinstimmung annimmt. Diese Feststellung ist eine natürliche Konsequenz aus dem zuvor Gesagten, als von einer dem Geist der Wettbewerbsregeln entsprechenden Auslegung die Rede war¹⁸.

30. Ich komme damit zu dem Ergebnis, daß der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise/Zweck unabhängig von einer etwaigen Verwirklichung auf dem Markt ist. Um eine entsprechende Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 des Vertrages feststellen zu können, bedarf es keiner Feststellung von Auswirkungen auf den Handel in Form von Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen, die zu der vorausgegangenen Abstimmung in einem Verhältnis von Ursache und Wirkung stünden, wie Anic behauptet, oder in Form einer einfachen Betätigung dieser Unternehmen auf dem Markt.

31. ii) Ferner ist nun der Inhalt festzulegen, den eine Abstimmung aufweisen muß, um ein rechtswidriges Verhalten im Sinne des Artikels 85 des EG-Vertrages darzustellen¹⁹.

18 — In der Terminologie des Strafrechts wäre die „abgestimmte Verhaltensweise“ als Handlungs- wie auch als Erfolgsstrafat zu betrachten.

19 — Ich befasse mich hier nicht weiter mit der Frage, ob die betreffende rechtswidrige Verständigung eher als „abgestimmte Verhaltensweise“ oder als „Vereinbarung“ zu bezeichnen wäre. Ich werde im folgenden eingehender nachweisen, daß die Unterscheidung dieser beiden Rechtsbegriffe in verschiedenen Fällen wie auch dem vorliegenden von sekundärer Bedeutung ist.

32. Kriterium für die Rechtmäßigkeit der Unternehmertätigkeit bleibt die Erhaltung der Selbständigkeit jedes Unternehmers in der Wahl der Politik, die er auf dem Markt zu befolgen gedenkt. Wann aber wird diese Selbständigkeit beseitigt? Im sogenannten „Zucker“-Urteil²⁰ hat der Gerichtshof, wie bereits erwähnt, insoweit für erforderlich erklärt eine „... unmittelbare[...] oder mittelbare[...] Fühlungnahme zwischen Unternehmen...“, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht“ (Randnr. 174). Folglich reicht es aus, daß durch solche Fühlungnahmen Einfluß auf das Verhalten des Wettbewerbers genommen wird. Das angefochtene Urteil folgt genau diesem Kriterium, wenn es feststellt: „Durch ihre Teilnahme an diesen Sitzungen hat sich die Klägerin mit ihren Wettbewerbern an einer Abstimmung beteiligt, deren Zweck es war, deren Marktverhalten zu beeinflussen und offenzulegen, welches Marktverhalten die einzelnen Hersteller selbst in Erwägung zogen. Damit hat die Klägerin... das Ziel verfolgt, im voraus die Ungewißheit über das künftige Verhalten ihrer Wettbewerber zu beseitigen,... sie mußte... zwangsläufig auch unmittelbar oder mittelbar die... Informationen berücksichtigen“ (Randnrn. 200 und 201 des angefochtenen Urteils).

33. Später hat allerdings der Gerichtshof in den sogenannten „Zellstoff“-Sachen²¹, als er die Rechtmäßigkeit des auf diesem Markt eingerichteten Systems der vierteljährlichen Preismitteilungen zu prüfen hatte, auf die Pflicht jedes Unternehmens hin-

20 — Zitiert in Fußnote 12.

21 — Urteil Ahlström Osakeyhtiö u.a./Kommission (zitiert in Fußnote 13).

gewiesen, selbständig seine Politik zu bestimmen, und hat entschieden:

„Im vorliegenden Fall ergeben sich die Mitteilungen aus den Preisankündigungen gegenüber den Abnehmern. Sie stellen eine Handlung auf dem Markt dar, die für sich genommen nicht geeignet ist, die Unsicherheit jedes Unternehmens darüber, welche Haltung seine Konkurrenten einnehmen werden, zu verringern. Zum Zeitpunkt ihrer Vornahme durch das einzelne Unternehmen hat dieses nämlich keine Gewißheit über das künftige Verhalten der anderen Unternehmen“ (Randnr. 64).

Damit wollte der Gerichtshof klarstellen, daß in diesem Fall keine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 des Vertrages vorlag.

34. In diesem Urteil scheint der Gerichtshof letztlich ein strengeres Kriterium als in dem Urteil Suiker Unie u. a./Kommission herangezogen zu haben. Der „Einfluß“ auf das Verhalten eines Unternehmens im Sinne des Urteils „Suiker Unie“, der zwar auf eine „Verringerung der Unsicherheit“ bezüglich des Verhaltens, das seine Konkurrenten in Erwägung ziehen, hinausläuft, nicht aber gleichbedeutend ist mit einer „Sicherheit“ bezüglich des Verhaltens dieser Konkurrenten, erfüllt anscheinend nicht den objektiven Tatbestand des Artikels 85. Nach dem, was der Gerichtshof in den Zellstoff-Sachen entschieden hat, muß man sich deshalb fragen, ob es für die Annahme ei-

ner abgestimmten Verhaltensweise als erforderlich anzusehen ist, daß jeder der Teilnehmer an den entsprechenden Sitzungen *Gewißheit* über das Verhalten erlangt, das seine Konkurrenten an den Tag legen werden²².

35. Ich bin allerdings nicht der Auffassung, daß das Urteil des Gerichtshofes in den „Zellstoff“-Sachen auf den Komplex von Umständen übertragen werden kann, in dem sich das Problem des Vorliegens einer abgestimmten Verhaltensweise stellt. Dies würde den Anwendungsbereich der Rechtsnorm und den entsprechenden Schutz des freien Wettbewerbs in übertriebener Weise einschränken. In Wahrheit ist es besonders zweifelhaft, wie jemand „Gewißheit“ über das Verhalten seiner Konkurrenten erlangen kann, selbst wenn er mit ihnen Absprachen über die betreffenden Fragen getroffen hat. Auf jeden Fall würde diese Sichtweise erhebliche Schwierigkeiten für den Nachweis der abgestimmten Verhaltensweise schaffen, weil beim Informationsaustausch wie im vorliegenden Fall absolute Verlässlichkeit der Daten wie auch eine klare Verpflichtung vorauszusetzen wären, sich der mitgeteilten Daten zu bedienen, was beides mit dem „flexibleren“ Verständnis der abgestimmten Verhaltensweise unvereinbar wäre.

36. Außerdem gehe ich davon aus, daß der Gerichtshof das Kriterium der „Gewißheit“

22 — Diese Ansicht hat Generalanwalt Darmon in seinen (in Fußnote 13 zitierten) Schlußanträgen in den Zellstoff-Sachen vertreten (Nrn. 173 und 174). Das gleiche Ergebnis läßt sich auch dem Farbstoff-Urteil (zitiert in Fußnote 11) entnehmen, wo die Rede ist von einem „... koordinierte[n] Vorgehen, [das]... im voraus hinsichtlich der wesentlichen Faktoren dieses Vorgehens jede Unsicherheit über das wechselseitige Verhalten beseitigt ...“

wegen der besonderen Umstände der Zellstoff-Sachen und für die besondere Fallgestaltung der mittelbaren Fühlungnahme der Unternehmen mittels der Preismitteilung an die Abnehmer herangezogen hat. Ich kann daher nicht annehmen, daß die im Urteil Suiker Unie u. a./Kommission entwickelten Grundsätze die anderen Fälle berühren, in denen nach Feststellung einer unmittelbaren oder — a fortiori — geheimen Fühlungnahme zwischen den Unternehmen die Frage des Vorliegens einer abgestimmten Verhaltensweise zur Prüfung ansteht. Entscheidend bleibt immer die Feststellung, ob die Fühlungnahmen nach ihrem Inhalt die Einflußnahme auf das Marktverhalten eines bestimmten Unternehmens (oder mehrerer Unternehmen) bezweckten, indem dessen (oder deren) Ungewißheit über das Verhalten der Konkurrenten verringert wurde.

Folglich ist die rechtliche Qualifizierung der tatsächlichen Umstände im erstinstanzlichen Urteil auch unter diesem Aspekt zutreffend.

37. iii) An dieser Stelle ist eine letzte Frage zu prüfen, die ebenfalls die rechtliche Qualifizierung des in Rede stehenden Verhaltens betrifft und im Rahmen der vorliegenden Rechtssache von besonderem Interesse ist. Die Frage, die sich hier stellt, geht dahin, ob eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, wenn bei den Fühlungnahmen zwischen Unternehmen in der besonderen Form der Datenübermittlung keine Gegenseitigkeit im Informationsaustausch besteht, so daß es nur einigen Unternehmen gelingt, die Unsicherheit bezüglich des zukünftigen Verhaltens der Kon-

kurrenten zu begrenzen oder zu beseitigen²³.

38. Man kann sich gewiß nur überaus schwer Fallgestaltungen vorstellen, in denen jede Spur von Gegenseitigkeit im weiten Sinne des Begriffes fehlt. Üblich ist nämlich die Schaffung eines Austauschsystems zwischen den Unternehmen mit Mitteilungen ähnlichen Inhalts, die in kürzesten Zeitabständen oder auch gleichzeitig gegenseitig übermittelt werden. Es ist aber zum Beispiel der Fall gegenseitig ausgetauschter einseitiger Mitteilungen²⁴ oder

23 — Angesichts des Sachverhalts in der vorliegenden Rechtssache stellt sich die Frage folgendermaßen: Kann ein handgeschriebener Vermerk eines Angestellten von ICI vom 28. Oktober 1982, der angeblich die „Bestrebungen“ der Klägerin bezüglich der Verkaufsmengen und ihre Vorschläge für die den anderen Herstellern zuzuteilenden Quoten zum Ausdruck bringt, ein ausreichendes Indiz sein, das den Schluß auf die Beteiligung von Anic an der Zuwiderhandlung im Zeitraum von Juli bis Oktober 1983 rechtfertigt?

Dieses Vorbringen betrifft nicht die Würdigung der Tatsachen durch das Gericht, wie die Kommission meint, sondern das Problem, ob die festgestellten tatsächlichen Umstände ausreichen, um die rechtliche Schlußfolgerung zu tragen, daß Anic im fraglichen Zeitraum an der abgestimmten Verhaltensweise beteiligt war. Folglich betrifft die entsprechende Rüge die Subsumtion der Tatsachen unter den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise durch das Gericht und kann daher zu Recht im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden.

Die Beurteilung der Begründetheit hängt allerdings von der Lösung der soeben geprüften Frage ab, und zwar deshalb, weil, wie auch das Gericht erkannt hat (Randnr. 176 des angefochtenen Urteils), der handschriftliche Vermerk von ICI im wesentlichen der einzige Beweis für eine Beteiligung von Anic gleich welcher Art an den Maßnahmen der Polypropylen-Hersteller während eines bestimmten Zeitraums ist. Für diesen Zeitraum also und weil Anic nicht an den folgenden Sitzungen der anderen Hersteller teilgenommen hat, lag keinerlei Gegenseitigkeit des Informationsaustauschs vor, sondern nur eine von eigenen Berechnungen in Zusammenhang mit dem Rückzug vom Polypropylenmarkt diktierte einseitige Initiative von Anic (vgl. Randnr. 176 des angefochtenen Urteils). Würde man daher der Auffassung folgen, daß die Gegenseitigkeit des Informationsaustauschs zum objektiven Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise gehört, müßte das Urteil des Gerichts unter diesem Aspekt aufgehoben werden.

24 — Es ist klar, daß die gegenseitig ausgetauschten einseitigen Mitteilungen letztlich das Kriterium der Gegenseitigkeit erfüllen, was auch Generalanwalt Darmon in seinen Schlußanträgen in der erwähnten Rechtssache Ahlström Osakeyhtiö u. a./Kommission (zitiert in Fußnote 13) anzuerkennen scheint, der sich außerdem auf das Container-Urteil des Supreme Court of the United States bezieht, das einen ähnlichen Inhalt hat (vgl. Fußnote 81 der Schlußanträge von Generalanwalt Darmon). Die hier anstehende Frage ist aber, ob eine abgestimmte Verhaltensweise zu beanstanden ist, obwohl der einzige konkrete Beweis die Verbreitung nützlicher Informationen durch eines, nicht aber durch alle anderen beteiligten Unternehmen ist.

einseitiger Informationen denkbar, die von unternehmerischen Erfordernissen oder Berechnungen verschiedenster Art bestimmt sind.

39. Nach einer Ansicht „[erfordert] die Abstimmung begriffsnotwendig eine Gegenseitigkeit von Mitteilungen zwischen den Wettbewerbern“²⁵.

40. Ich sehe jedoch keinen Grund, weshalb die Gegenseitigkeit als Merkmal des Begriffes der abgestimmten Verhaltensweise gelten sollte. Unerlässlich ist lediglich der Nachweis der „Abstimmung“ zwischen Unternehmen und nicht der Umstand, daß diese „Abstimmung“ auf Gegenseitigkeit beruht. Es kommt mit anderen Worten auf jeden Fall entscheidend darauf an, Kontakte zwischen den Konkurrenten festzustellen, die eine Verringerung der Unsicherheit bezüglich der künftigen Marktinitiativen bezwecken oder bewirken. Es kann meines Erachtens nicht als entscheidender Maßstab angesehen werden, ob in diesem Rahmen eine Übermittlung von Daten auf der Grundlage der Gegenseitigkeit festzustellen ist oder nicht.

41. Das durch die Bestimmungen des Artikels 85 geschützte Rechtsgut ist nicht die Selbständigkeit der unternehmerischen Tätigkeit jedes einzelnen Unternehmers, sondern der freie Wettbewerb als Institution, die sich genau im Modell des Unternehmers widerspiegelt, der auf dem Markt in voller Unabhängigkeit tätig wird. So gesehen ha-

ben Fühlungen zwischen Unternehmen, die die Ungewißheit *auch nur eines einzigen Unternehmens* bezüglich des Verhaltens seiner Konkurrenten beseitigen sollen, einen Zweck, der mit den Grundsätzen des Wettbewerbs unvereinbar ist²⁶. In diesem Fall sind an der „abgestimmten Verhaltensweise“ sowohl die Unternehmen, die Informationen geliefert haben, als auch diejenigen, die sie erhalten haben, beteiligt, unter der Voraussetzung freilich, daß die Teilnahme letzterer am rechtswidrigen Verhalten sichtbar wird oder sich nachvollziehen läßt²⁷.

42. Zusammenfassend stelle ich fest:

- der Begriff der „abgestimmten Verhaltensweise“ setzt nicht notwendig irgendein Verhalten auf dem Markt voraus;
- eine „abgestimmte Verhaltensweise“ liegt vor, wenn ein Verhalten festgestellt wird, das die Unsicherheit zwischen Konkurrenten bezüglich der Marktinitiativen vermindern soll, und

26 — Man beachte die Formulierung in Randnummer 64 des Urteils Ahlström Osakeyhtiö u. a./Kommission (zitiert in Fußnote 13): „Zum Zeitpunkt ihrer Vornahme durch das *einzelne* Unternehmen hat dieses nämlich keine Gewißheit über das künftige Verhalten der anderen Unternehmen.“

27 — Das erste und notwendige Merkmal, daß die Beteiligung an einer abgestimmten Verhaltensweise (aber auch an einer Vereinbarung) im Sinne des Artikels 85 festzustellen erlaubt, ist die konkrete Teilnahme am Verstoß selbst, die im vorliegenden Fall in der rechtswidrigen Verständigung zu sehen ist. Bei einseitiger Mitteilung von Informationen muß a fortiori nachgewiesen werden, daß der Empfänger der Informationen sie gebilligt oder zumindest geduldet hat, anderenfalls scheidet eine Verantwortung seinerseits aus.

25 — Vgl. die Schlußanträge von Generalanwalt Darmon (zitiert in Fußnote 13), Nr. 170. Generalanwalt Darmon bezieht sich insoweit auf die in Großbritannien im Rahmen der Sache *British Basic Slag Ltd's Application* (1962) 3 All.E.R. 247, entwickelten Definition des für das englische Recht kennzeichnenden Begriffes „arrangement“.

— eine „abgestimmte Verhaltensweise“ kann gegebenenfalls auch dann vorliegen, wenn einer der Konkurrenten allen anderen einseitig Informationen liefert.

b) Zur Möglichkeit der rechtlichen Qualifizierung eines Verhaltens als „Absprache und abgestimmte Verhaltensweise“

43. Eng verbunden mit der genauen Auslegung des Begriffes der abgestimmten Verhaltensweise ist die Frage, ob das Gericht zum einen die Einzelakte der Unternehmen zutreffend als „Vereinbarung“ oder „abgestimmte Verhaltensweise“ und zum anderen ihr Gesamtverhalten zutreffend als „Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweise“ qualifiziert hat.

44. Das Gericht hat insbesondere zum einen in Randnummer 202 entschieden, daß „... die Kommission die regelmäßigen Sitzungen der Polypropylen-Hersteller, an denen die Klägerin zwischen Ende 1978 oder Anfang 1979 und Mitte 1982 teilgenommen hat, und die von der Klägerin Ende Oktober 1982 an ICI gerichtete Mitteilung ihrer Bestrebungen, ausgedrückt in Verkaufsmengen für das erste Quartal 1983, zu Recht wegen ihres Zweckes hilfsweise als abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag angesehen [hat]“.

45. Zum anderen wird in Randnummer 205 des angefochtenen Urteils festgestellt: „Die Kommission hat diese einheitliche Zuwiderhandlung auch zu Recht als ‚eine Vereinbarung und aufeinander abgestimmte Verhaltensweise‘ qualifiziert, da diese Zuwiderhandlung sowohl Einzelakte aufwies, die als ‚Vereinbarungen‘ anzusehen sind, als auch Einzelakte, die ‚abgestimmte Verhaltensweisen‘ dargestellt haben. Angesichts einer komplexen Zuwiderhandlung ist die von der Kommission in Artikel 1 der Entscheidung vorgenommene doppelte Subsumtion nicht so zu verstehen, daß für jeden Einzelakt gleichzeitig und kumulativ der Nachweis erforderlich ist, daß er sowohl die Tatbestandsmerkmale einer Vereinbarung als auch die einer abgestimmten Verhaltensweise erfüllt. Sie bezieht sich vielmehr auf einen Komplex von Einzelakten, von denen einige als Vereinbarungen und andere als abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag anzusehen sind, der ja für diesen Typ einer komplexen Zuwiderhandlung keine spezifische Subsumtion vorschreibt.“

46. Nach Auffassung von Anic war jeder Aspekt dessen, was sich als angeblich rechtswidriges Verhalten der Unternehmen darstellt, rechtlich in unterschiedlicher Weise zu qualifizieren, d. h., es war festzustellen, inwieweit eine „Vereinbarung“ oder eine „abgestimmte Verhaltensweise“ vorlag. Das gleiche Kriterium habe nach dem Gesetz auch für die rechtliche Qualifizierung des Gesamtverhaltens gegolten. Die Prüfung der Richtigkeit der Auslegung des Artikels 85 ist nicht ohne Bedeutung, da sie auch die Lösung anderer Fragen wie etwa die Verteilung der Beweislast oder den Schutz des Anspruchs des Beschuldigten auf rechtliches Gehör beeinflusst.

47. Aufgrund meiner Darlegungen in den Nummern 11 bis 30 dieser Schlußanträge muß man wohl zu dem Schluß gelangen, daß die vier Gruppen von Zuwiderhandlungen keine unterschiedliche Rechtsnatur aufweisen. Entscheidend bleibt auf jeden Fall der Zweck oder die Wirkung der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise²⁸: Dies ist in großen Zügen das, was man im Untersuchungsverfahren durch Beweise zu erhärten versucht. Daß das Gericht den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise als rechtliche Hilfsqualifizierung dieses Verhaltens im Verhältnis zum Begriff der Vereinbarung verwendet hat (Randnr. 202 des Urteils), kann folglich nicht als fehlerhafte Auslegung des Artikels 85 betrachtet werden.

48. Auf der anderen Seite fußt auch die rechtliche Qualifizierung des Gesamtverhaltens als „Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweise“ auf der Wesensverwandtschaft dieser beiden Formen der Zuwiderhandlung²⁹. Die Kumulierung dieser beiden rechtlichen Qualifikationen zur Umschreibung eines Gesamtverhaltens bedeutet aber nicht, daß auch kumulativ nachzuweisen wäre, daß jeder Einzelakt sowohl eine Vereinbarung als auch eine abgestimmte Verhaltensweise darstellt. Zu Recht führt das Gericht in seinem Urteil

28 — Auch nach der Auffassung, daß eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, wenn in der Folge ein Marktverhalten der betreffenden Unternehmen festzustellen ist, ist der einzige Unterschied in Wahrheit der Zeitpunkt, zu dem die Zuwiderhandlung vollendet ist, nicht aber ihr mit dem freien Wettbewerb unvereinbarer Inhalt. Darüber hinaus hat die Willensübereinstimmung der Parteien, in bestimmter Weise vorzugehen, die als Beweis für eine Absprache erforderlich ist, im vorliegenden Fall nur beschränkte Bedeutung.

29 — Hier ist die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Qualifikation der beiden Handlungsweisen als „einheitliche Zuwiderhandlung“ (vgl. hierzu unten, Nrn. 61 ff. dieser Schlußanträge) unerheblich, jedoch muß festgestellt werden, ob und unter welchen Umständen diese kumulativ als „Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweise“ definiert werden können.

hierzu aus, daß „...die doppelte Subsumtion nicht so zu verstehen [ist], daß für jeden Einzelakt gleichzeitig und kumulativ der Nachweis erforderlich ist, daß er sowohl die Tatbestandsmerkmale einer Vereinbarung als auch die einer abgestimmten Verhaltensweise erfüllt“. Die beiden Begriffe des Artikels 85 verlieren trotz der Zusammengehörigkeit, die sie im vorliegenden Fall aufweisen, ihre Selbständigkeit nicht. Jeder Einzelakt kann letztlich eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise, nicht aber gleichzeitig beides sein³⁰. So gesehen kann nur der *Komplex* von Einzelakten mit dem allgemeinen Ausdruck „Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweise“ bezeichnet werden.

49. Demgemäß kann die doppelte rechtliche Qualifizierung durch das Gericht im angefochtenen Urteil im Rahmen der Tatsachen der vorliegenden Rechtssache nicht als fehlerhafte Anwendung des Artikels 85 des Vertrages betrachtet werden.

2. Verteilung der Beweislast

50. Anic macht geltend, das Gericht habe bei der Feststellung der Zuwiderhandlung die Vorschriften über die Beweislast verletzt. Sie verweist insbesondere auf Randnummer 110 des angefochtenen Urteils, wo das Gericht ausgeführt habe, daß die Beteiligung von Anic an den Preisinitiativen

30 — Die Unterscheidung von Vereinbarung und abgestimmter Verhaltensweise behält praktischen Wert im Zusammenhang mit der Verteilung der Beweislast in den Fällen, in denen das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise aufgrund der Feststellung eines Parallelverhaltens der Unternehmen auf dem Markt bejaht worden ist. Vgl. zu diesem Punkt die oben in Fußnoten 10 bis 12 zitierte Rechtsprechung.

durch ihre Teilnahme an den entsprechenden Sitzungen der Polypropylen-Hersteller bewiesen werde, und zugleich erklärt habe, es sei Sache von Anic, Anhaltspunkte für die gegenteilige Behauptung vorzutragen. Außerdem habe das Gericht als Beweis in diesem Sinne nicht berücksichtigt, daß Anic die Preisinitiativen nicht umgesetzt habe, die im Rahmen der Herstellersitzungen erörtert worden seien³¹.

51. Nach Auffassung der Kommission hat das Gericht die Beweislast nicht fehlerhaft umgekehrt, wenn es aus der Teilnahme an den Sitzungen geschlossen habe, daß der Zweck dieser Sitzungen gebilligt worden sei. Außerdem sei die fehlende Durchführung der getroffenen Entscheidungen unerheblich für die Frage, ob die Beteiligung an den Verstößen bewiesen sei oder nicht.

52. Was diese Rüge angeht, ist zunächst darauf hinzuweisen, daß das Gericht sich auf den Zweck der Sitzungen der Polypropylen-Hersteller — vor allem die Festlegung von Zielpreisen — gestützt hat, um daraus das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 abzuleiten. Diese Betrachtungsweise baut auf einer Auslegung des Artikels 85 auf, wonach es erstens möglich ist, eine abgestimmte Verhaltensweise festzustellen, auch ohne daß eine entsprechende Wirkung auf dem Markt vorläge, und zweitens ein Verhalten alternativ als „Vereinbarung“ oder als „abge-

stimmte Verhaltensweise“ zu qualifizieren³². So gesehen ist es wichtig, jedesmal den Inhalt des betreffenden Verhaltens und seine Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsregeln zu ermitteln.

53. Mithin oblag es der Kommission als „Anklageorgan“, den Nachweis zu führen, daß der Inhalt der Absprachen zwischen den Polypropylen-Herstellern mit Artikel 85 unvereinbar war. Im vorliegenden Fall hat die Kommission, wie Randnummer 109 des angefochtenen Urteils zu entnehmen ist, diese ihre Verpflichtung erfüllt, weil hinreichend bewiesen ist, daß Zweck der Sitzungen der Polypropylen-Hersteller Absprachen über Preisfestsetzungen waren.

54. Da die Teilnahme von Anic an den Sitzungen der Polypropylen-Hersteller nicht bestritten wird, entsteht das weitere Problem, ob aus dieser Teilnahme und allein aus ihr auf eine Beteiligung dieses Unternehmens am rechtswidrigen Zweck dieser Sitzungen geschlossen werden darf. Das Gericht hat tatsächlich festgestellt, daß Anic deshalb an den rechtswidrigen Absprachen oder abgestimmten Verhaltensweisen bei den Preisen beteiligt gewesen sei, weil sie zum einen an den Ad-hoc-Sitzungen teilgenommen und zum anderen keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen habe, daß die Teilnahme an den Sitzungen nicht zugleich als Beteiligung am rechtswidrigen Zweck dieser Sitzungen zu verstehen gewesen wäre (Randnr. 110 des angefochtenen Urteils).

55. Bei diesem Aspekt des Problems ist grundsätzlich einzuräumen — wie auch der

31 — Anic verweist darauf, daß dieser Umstand auch vom Gericht festgestellt worden sei, und bezieht sich insoweit auf Randnrn. 112 und 113 des angefochtenen Urteils.

32 — Vgl. hierzu meine Untersuchung in den Nrn. 22 ff. dieser Schlußanträge.

Formulierung der entsprechenden Randnummer des Urteils zu entnehmen sein dürfte —, daß theoretisch die Teilnahme an einer Sitzung, in der die übrigen Teilnehmer etwas Rechtswidriges beschließen, möglich ist, ohne daß man sich zugleich an der rechtswidrigen Handlung beteiligt. Insoweit läßt sich behaupten, die einfache Teilnahme reiche für sich genommen nicht aus, um hieraus eine Beteiligung und damit eine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsvorschriften abzuleiten³³.

56. Bedeutet dies indessen auch, daß die Kommission weitere Anhaltspunkte dafür beizubringen hat, daß die einfache *Teilnahme* zur *Beteiligung* geführt hat, anders ausgedrückt, daß wirklich eine Zuwiderhandlung begangen wurde? Die Antwort auf diese Frage muß nicht in allen Fällen gleich lauten. Beweisbenennung und -antritt des Beweisbelasteten werden nicht abstrakt bestimmt, sondern in Abhängigkeit von den Tatsachen jeden Falles. Was den vorliegenden Fall angeht, sollte folgendes beachtet werden: Die Teilnahme eines Unternehmers an einer einzigen Sitzung mit rechtswidrigem Zweck ist etwas anderes als die Teilnahme an einer Reihe rechtswidriger Sitzungen, die sich wie im vorliegenden Fall auf mehrere Jahre verteilen. Bei der letztgenannten Fallgestaltung ist der Beweis der Teilnahme an aufeinanderfolgenden Sitzungen mit dem gleichen rechtswidrigen Inhalt bereits für sich genommen ausreichend für die Feststellung, daß die Kommission grundsätzlich zu Recht davon ausgegangen ist, daß eine Beteiligung an der Zuwiderhandlung vorliegt. Es obliegt dann dem Gegner, Beweise bei-

zubringen, die diese Beweiswürdigung erschüttern.

57. Folglich hat das Gericht, das den Standpunkt der Kommission gebilligt hat, die Beweislast bei der Feststellung der Beteiligung von Anic an der Zuwiderhandlung richtig verteilt; Anic stand es frei, das Gegenteil zu beweisen.

58. Anic hat weiter die Frage aufgeworfen, ob nicht die fehlende Umsetzung der Initiativen zur Preisfestsetzung ein Indiz sein könne, das die Feststellungen bezüglich ihrer Beteiligung an dem rechtswidrigen Verhalten widerlege.

59. Hierzu ist zu bemerken, daß dieses Vorbringen sich auf die Wirkungen der in den Sitzungen der Polypropylen-Hersteller getroffenen Absprachen bezieht. Die fehlende Verwirklichung des Zweckes der Sitzungen wird als Beweis für die fehlende Beteiligung an den vereinbarten Vorhaben angeführt. Auf diese Weise verändert aber Anic, wenn sie geltend macht, daß keine abgestimmte Verhaltensweise vorliege, wenn diese nicht auf dem Markt umgesetzt werde, letztlich die rechtliche Grundlage ihres Vorbringens. Diese Auffassung ist bereits in einem früheren Abschnitt meiner Schlußanträge behandelt und abgelehnt worden³⁴.

33 — Vgl. die Schlußanträge von Generalanwalt Sir Gordon Slynn in den Rechtssachen 100/80 bis 103/80 (Urteil des Gerichtshofes vom 7. Juni 1983, *Musique Diffusion Française* u. a./Kommission, Slg. 1983, 1825). Vgl. auch das amerikanische Urteil *Hunt/Mobil Oil Corp.* (Supreme Court 1977) 465 F Supp. 195, 231.

34 — Vgl. Nrn. 22 ff. dieser Schlußanträge.

60. Wesentlicher Beweisgegenstand war im vorliegenden Fall, wie bereits bemerkt, der Zweck der fortlaufenden Sitzungen der Polypropylen-Hersteller. Anic kann nicht geltend machen, sie habe die bei diesen Sitzungen getroffenen Entscheidungen nicht durchgeführt, um damit zu belegen, daß sie nicht an den betreffenden Zuwiderhandlungen beteiligt gewesen sei. Folglich hat das Gericht, da es seine Schlußfolgerungen zu Recht allein darauf gestützt hat, daß Initiativen zu Preisfestsetzungen vereinbart worden seien (Randnrn. 112 und 113 des angefochtenen Urteils), nicht gegen die Beweislastregeln verstoßen, wenn es bei der Prüfung der Billigung oder Nichtbilligung des Zweckes dieser Sitzungen das Vorbringen von Anic nicht berücksichtigt hat, das sich auf die mehr oder weniger treue Durchführung der Ergebnisse dieser Sitzungen bezog. Dieses Vorbringen war insoweit unerheblich.

Ich komme folglich zu dem Ergebnis, daß dieser Rechtsmittelgrund insgesamt zurückzuweisen ist.

3. Zur Richtigkeit des Begriffes der „*einheitlichen Zuwiderhandlung*“

61. Hauptpunkt der Uneinigkeit von Kommission und Anic im Rechtsmittelverfahren ist die Definition des betreffenden Verhaltens als „*einheitliche Zuwiderhandlung*“, wie die Kommission es mit Billigung des Gerichts eingestuft hat, sowie die Be-

ziehung dieses Begriffes zu dem der „*kollektiven Verantwortlichkeit*“.

62. Auf diese Frage bezieht sich das gesamte einschlägige Vorbringen der Kommission zur Stützung ihres Rechtsmittels sowie ein Großteil des Anschlußrechtsmittels von Anic. Die Ähnlichkeit des von den Parteien aufgeworfenen Rechtsproblems bedingt eine einheitliche Prüfung der von ihnen vorgebrachten Argumente, die häufig nichts anderes sind als die Analyse ein und derselben Rechtsfrage aus zwei entgegengesetzten Blickwinkeln.

63. Zunächst ist an die Randnummern 203 und 204 des angefochtenen Urteils zu erinnern, die wie folgt lauten:

„Zu der Frage, ob die Kommission zu Recht zu dem Ergebnis gelangt ist, daß eine einzige, in Artikel 1 der Entscheidung als ‚eine Vereinbarung und aufeinander abgestimmte Verhaltensweise‘ bezeichnete Zuwiderhandlung vorliegt, weist das Gericht darauf hin, daß die verschiedenen abgestimmten Verhaltensweisen und Vereinbarungen, die von den Beteiligten eingehalten und abgeschlossen wurden, wegen ihres übereinstimmenden Zweckes Teil von Systemen regelmäßiger Sitzungen zur Festsetzung von Preis- und Quotenzielen waren.“

Diese Systeme waren wiederum Teil einer Reihe von Bemühungen der betroffenen Unternehmen, mit denen ein einziges wirtschaftliches Ziel verfolgt wurde, nämlich die normale Entwicklung der Preise auf dem Polypropylenmarkt zu verfälschen. Es wäre daher gekünstelt, dieses durch ein

einziges Ziel gekennzeichnete kontinuierliche Verhalten zu zerlegen und aus ihm mehrere selbständige Zuwiderhandlungen zu konstruieren. Tatsächlich hat sich die Klägerin — jahrelang — an einem Komplex integrierter Systeme beteiligt, die eine einheitliche Zuwiderhandlung darstellen. Diese einheitliche Zuwiderhandlung hat sich nach und nach sowohl durch rechtswidrige Vereinbarungen als auch durch rechtswidrige abgestimmte Verhaltensweisen entwickelt.“

a) Vorbringen der Parteien

64. Die Kommission konzentriert sich im wesentlichen darauf, die Verantwortung jedes einzelnen Polypropylen-Herstellers im Licht des Umstandes zu verdeutlichen, daß diese eine „einheitliche Zuwiderhandlung“ begangen hätten. Mit diesem Ausdruck soll vor allem der Gesamtkomplex der rechtswidrigen Absprachen der Polypropylen-Hersteller während eines längeren Zeitraums umschrieben werden. Aus der These der „einheitlichen Zuwiderhandlung“ folge die Feststellung der Verantwortung jedes einzelnen Unternehmens für den Komplex der rechtswidrigen Betätigung und für die Gesamtdauer seiner Beteiligung an den Absprachen unabhängig davon, ob es an jeder der Sitzungen teilgenommen habe oder an allen Bekundungen des insgesamt rechtswidrigen Verhaltens beteiligt gewesen sei. Dem Nachweis der Beteiligung an den einzelnen rechtswidrigen Tätigkeiten komme Bedeutung nur bei der Bemessung der Geldbuße zu.

65. Die Kommission betont, dies sei der Sinn dessen, was sie in der angefochtenen Polypropylen-Entscheidung entschieden habe. Folglich habe das Gericht mit seiner

Nichtigerklärung des Teils der Entscheidung, in dem die Verantwortlichkeit von Anic für einige der zu der „einheitlichen Zuwiderhandlung“ gehörenden Einzelakte festgestellt worden sei (konkret die Beteiligung erstens an den Preisinitiativen im Anschluß an das zweite Halbjahr 1982, zweitens an der Begrenzung ihrer monatlichen Verkäufe für das zweite Halbjahr 1982 und drittens an den Maßnahmen zur Förderung der Umsetzung der Preisinitiativen, vgl. Randnrn. 115, 178 und 127 des angefochtenen Urteils), die Polypropylen-Entscheidung falsch ausgelegt und ihr Feststellungen entnommen, die sie nicht enthalten habe. Zugleich sei die Verneinung der Verantwortlichkeit von Anic für diese Einzelakte aufgrund dieser Betrachtungsweise unvereinbar mit der Feststellung des Gerichts, daß die Kommission zu Recht eine „einheitliche Zuwiderhandlung“ der Polypropylen-Hersteller zugrunde gelegt habe (Randnrn. 203 und 204 des angefochtenen Urteils). Die Begründung des angefochtenen Urteils widerspreche in diesem Punkt dem Urteilstenor.

66. Die Kommission begehrt demnach die Aufhebung des Teils des angefochtenen Urteils, in dem die Verantwortlichkeit von Anic nicht für die gesamte Zuwiderhandlung während der Zeit ihrer Beteiligung bejaht und aus diesem Grund der Betrag der verhängten Geldbuße herabgesetzt worden ist.

67. Anic macht ebenfalls einen Widerspruch zwischen Begründung und Tenor des angefochtenen Urteils geltend, allerdings unter einem anderen Blickwinkel. Das Gericht hätte, da es als entscheidendes Kriterium für das Vorliegen einer Verantwortlichkeit von Anic deren Teilnahme an den Sitzungen der Polypropylen-Hersteller

zugrunde gelegt habe, wegen der Einheitlichkeit der Zuwiderhandlung die Verantwortlichkeit von Anic für den Zeitraum verneinen müssen, in dem sie nicht an den Sitzungen teilgenommen habe (d. h. in dem auf den Monat Juni 1982 folgenden Jahr, vgl. Randnrn. 91 bis 100 des angefochtenen Urteils). Zugleich rügt Anic Mängel der Begründung in dem Teil des angefochtenen Urteils, der sich auf ihre Beteiligung an der Zuwiderhandlung nach Juni 1982 bezieht.

68. Anic ergänzt im übrigen ihre Kritik am Urteil des Gerichts, indem sie die Qualifizierung der Zuwiderhandlung als „einheitlich“ vor allem wegen der mit dieser Qualifizierung verbundenen Konsequenzen rügt, die ihres Erachtens auf eine Zurechnung kollektiver Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung hinauslaufen. Auf diese Weise würden ihr Verhaltensweisen zugerechnet, ohne daß ihre Beteiligung an ihnen bewiesen sei. Das stehe daher im Widerspruch zum allgemeinen Grundsatz der persönlichen Verantwortung im Strafrecht, der im Falle von Sanktionen wegen Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht analog anzuwenden sei. Das angefochtene Urteil sei zugleich mangelhaft begründet, da ihr Vorbringen bezüglich der kollektiven Verantwortlichkeit keine Antwort gefunden habe.

69. Anic rügt somit, daß die Begründung des angefochtenen Urteils seinem Tenor widerspreche, denn obwohl ihre Beteiligung an vier der fünf Einzelakte, die zusammen die „einheitliche Zuwiderhandlung“ ausmachten, nicht nachgewiesen sei,

sei ihr eine Verantwortung für diese Zuwiderhandlung zugerechnet worden³⁵.

b) Mein Vorschlag zur Lösung dieser Fragen

i) Zur persönlichen Verantwortung der Unternehmen bei Verstößen gegen Artikel 85

70. Die Besonderheit der im vorliegenden Fall zu prüfenden tatsächlichen Umstände und deren Umschreibung stellen den Kern der Rechtsfrage dar, die die Rechtsmittelführer mit ihrem hier geprüften Vorbringen aufwerfen. Die Bezeichnung der verschiedenen aufeinanderfolgenden und kombinierten Einzelakte der Polypropylen-Hersteller mit dem Ausdruck „einheitliche Zuwiderhandlung“ hat nach Ansicht beider Parteien unmittlere Auswirkungen für die genaue Beurteilung der Verantwortung, die denjenigen anzulasten ist, die gegen die Bestimmungen des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts verstoßen haben. Sehen wir uns daher vor allem an, was es mit dieser Verantwortung auf sich hat.

71. Die Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 werden von mehreren Unternehmen

35 — Dieses Vorbringen betrifft im wesentlichen den Inhalt und die Definition der Begriffe „einheitliche Zuwiderhandlung“ und „kollektive Verantwortlichkeit“ und bezieht sich daher eher auf die richtige oder unrichtige Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages durch das Gericht als auf die Feststellung eines Widerspruchs im Urteil erster Instanz. Aus diesem Grunde begehrt Anic zum anderen insoweit nicht die Aufhebung des angefochtenen Urteils wegen der Widersprüchlichkeit der Begründung, sondern beschränkt sich darauf, die Aufhebung nur in bezug auf die zeitlichen Grenzen ihrer Beteiligung an der Zuwiderhandlung zu beantragen.

begangen, die rechtswidrig ihr Verhalten koordinieren. Die *Koordinierung* des Verhaltens stellt das wichtigste Element der objektiven Grundlage des Verstoßes dar. Der Einzelbeitrag zu den rechtswidrigen Akten im Sinne des Artikels 85 kann mit dem Ausdruck „Beteiligung“ an der Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise bezeichnet werden.

72. Bereits an dieser Stelle ist indessen auf den Unterschied zwischen der Erfüllung des Tatbestands des Artikels 85 durch eine Gesellschaft und der Zurechnung des entsprechenden Verhaltens an diese aufmerksam zu machen. Die „Beteiligung“ an der Zuwiderhandlung erfolgt begrifflich auf einer anderen, der Verantwortlichkeit vorgelagerten Stufe. Die schließliche Zuweisung einer Verantwortlichkeit setzt einen Komplex von Tatbestandsmerkmalen voraus, deren erstes der objektive Tatbestand ist, d. h. die Verwirklichung des rechtswidrigen Verhaltens. Eine eventuelle Schuld (entscheidende Voraussetzung für die Festsetzung einer Geldbuße³⁶) kann nur insoweit vorliegen, als eine rechtswidrige Betätigung nachgewiesen ist, und zwar immer nur in Verbindung mit dieser.

73. Im hier untersuchten Fall liegt die Schwierigkeit im zusammengesetzten Charakter des rechtswidrigen Verhaltens. Es hat eine zeitliche Dimension, zerfällt in Einzelakte und betrifft einen Komplex von Unternehmen, deren Zusammensetzung und Beteiligung während der Dauer des

gemeinsamen Handelns nicht absolut konstant war³⁷. Wir sehen uns daher dem Phänomen der Teilnahme an den Sitzungen der Polypropylen-Hersteller in, je nach Gesellschaft, unterschiedlichen Zeiträumen sowie einer unterschiedlichen Beteiligung an den einzelnen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen gegenüber. Wie ist in einem solchen Fall die Einzelverantwortung jedes einzelnen Unternehmens zu ermitteln?

74. Die zweckmäßigste Lösung wäre meines Erachtens festzustellen, daß jedes Unternehmen nur für sein eigenes besonderes Verhalten verantwortlich gemacht werden kann. Es gilt also der Grundsatz des individuellen Charakters der Verantwortung, der es ausschließt, einem einzelnen Verstoße zuzurechnen, die er nicht selbst begangen hat, bei denen er nicht Täter, Mittäter oder Gehilfe war. Sicher ließe sich einwenden, daß dieser Grundsatz zum Bereich des Strafrechts gehöre, während in unserem Fall der Kommission keine strafrechtlichen Befugnisse zustünden. Für mich bleibt es indessen von Bedeutung, daß die Kommission im Rahmen der ihr nach Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 des Rates zustehenden Befugnisse ausschließlich eine in der Verhängung von Sanktionen bestehende Aufgabe ausübt³⁸.

75. Die Grundsätze der Rechtmäßigkeit und allgemeiner der Rechtsstaatlichkeit, die für die Gemeinschaftsrechtsordnung und die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

37 — Demgegenüber werfen die Fälle, die ich fälschlich als Normalfälle des Verstoßes gegen Wettbewerbsrecht bezeichnen möchte (in dem Sinne, daß sie bisher in der Rechtsprechung des Gerichtshofes behandelt worden sind), unter diesem Aspekt kein Problem der Zurechnung der Verantwortung auf. Die „Beteiligung“ an der einzelnen Zuwiderhandlung war die Grundlage für die Bejahung der jeweiligen Verantwortung.

36 — Vgl. Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates.

38 — Vgl. Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates.

grundlegend sind, fordern die Anerkennung des individuellen Charakters der Verantwortlichkeit unabhängig davon, ob die Mißbilligung eines bestimmten rechtswidrigen Verhaltens durch die Rechtsordnung die spezifischere Form einer strafrechtlichen Sanktion oder einer administrativen außerstrafrechtlichen Sanktion annimmt³⁹.

76. Gleichwohl löst die Anerkennung des individuellen Charakters der Verantwortung unser Problem nicht automatisch. Was hat in Wirklichkeit jeder dieser Polypropylen-Hersteller getan, um die Verantwortung hierfür übernehmen zu müssen? Die einleuchtende Antwort lautet, daß die Einzelverantwortung von der Teilnahme an mehreren Sitzungen und der Beteiligung am Zweck jeder dieser Sitzungen herrührt, der darauf abzielt, den freien Wettbewerb zu beeinträchtigen. Diese Verhaltensweisen, die sich (gleichgültig, ob sie nun Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen darstellten⁴⁰) rechtlich gesehen gleichen, folgten zeitlich aufeinander und waren darüber hinaus untereinander dadurch verbunden, daß sie demselben wirtschaftlichen Zweck in einer bestimmten Wirtschaftskonjunktur dienten. Als nach Raum und Zeit bestimmte Fakten der äußeren Welt behalten sie jedoch ihre Selbständig-

keit und ihre Besonderheit, umso mehr, als ihr spezifischer Gehalt jeweils verschieden ist. Folglich war es im vorliegenden Fall bei der Festlegung der von jedem einzelnen Unternehmen jeweils begangenen Zuwiderhandlung entscheidend, genau auf die einzelnen Punkte abzustellen, bei denen das Unternehmen selbst an rechtswidrigen Vereinbarungen teilgenommen und sein unternehmerisches Verhalten mit seinen Konkurrenten koordiniert hatte.⁴¹

77. Die entgegengesetzte Auffassung, die darauf besteht, daß die Verantwortung jedes einzelnen Unternehmens für die gesamte Dauer seiner Beteiligung an dem Komplex der „einheitlichen Zuwiderhandlung“ der Polypropylen-Hersteller unabhängig davon, ob die Mitbeteiligung dieses Unternehmens an jeder der einzelnen Aktionen nachgewiesen ist, abstrakt anzuerkennen sei, bewegt sich auf der Ebene einer rein deduktiven Logik und entspricht nicht dem Grundsatz des individuellen Charakters der Verantwortung.

ii) Der Begriff der „einheitlichen Zuwiderhandlung“ in der Betrachtungsweise des Gerichts

78. Es ist zunächst darauf hinzuweisen, daß das Gericht meines Erachtens mit der Verwendung des Begriffes der „einheitlichen

39 — Die Tendenz, die rechtliche Beurteilung außerstrafrechtlicher Sanktionen derjenigen der entsprechenden strafrechtlichen Sanktion anzunähern, wird durch das meines Erachtens korrektere und demokratischere Verständnis der Beziehungen Bürger/Staat und, allgemeiner, Privatmann/Öffentliche Gewalt nahegelegt. Sie herrscht in den letzten Jahren in den nationalen Rechtsordnungen vor, findet sich aber auch in den jüngsten Urteilen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (vgl. z. B. das Urteil vom 21. Februar 1984, Oztürk). Zum anderen könnte man über das hinaus, was sich dem klaren Wortlaut des Artikels 15 Absatz 4 der Verordnung Nr. 17 entnehmen läßt, durchaus die Auffassung vertreten, daß die Geldbußen, die bei Verstößen gegen die Wettbewerbsregeln verhängt werden können, gerade wegen ihrer Zielrichtung und ihres Gewichts „Strafcharakter“ haben. In diesem Fall müßte die Heranziehung des Grundsatzes des individuellen Charakters der Verantwortlichkeit als selbstverständlich gelten.

40 — Vgl. oben, Nrn. 22 ff. dieser Schlußanträge.

41 — Es steht nunmehr fest, daß die „Beteiligung“ eines bestimmten Unternehmens an dem uns hier beschäftigenden rechtswidrigen Verhalten in der Mitarbeit dieses Unternehmens an der Durchführung von Absprachen besteht, deren Zweck mit dem freien Wettbewerb unvereinbar ist. Dies ist der Akt, der dem objektiven Tatbestand des Artikels 85 im besonderen Fall entspricht und damit das Element, das in bezug auf jeden Aspekt der rechtswidrigen Betätigung angemessen, nachzuweisen ist.

Zu widerhandlung“ zur Kennzeichnung des Komplexes der Verhaltensweisen der Polypropylen-Hersteller den beteiligten Unternehmen im allgemeinen und von Anic im besonderen keine kollektive Verantwortung zuweisen wollte. Es hat mit anderen Worten den Grundsatz des individuellen Charakters der Verantwortung nicht verletzt.

79. Auf die Verwandtschaft und die Verknüpfung der Verhaltensweisen der Polypropylen-Hersteller habe ich schon hingewiesen: Sie haben durch aufeinanderfolgende und wiederholte Akte, die denselben Zweck anstrebten und sich in dieselbe Wirtschaftskonjunktur eingliederten, gegen dieselbe Rechtsnorm verstoßen. Diese Beobachtung führt zu der Feststellung, daß das gesamte fragliche Verhalten eine Kontinuität, ja eine Einheit aufweist, die rechtlich gesehen nicht ohne Auswirkungen bleiben kann.

80. Im Rahmen dieser Betrachtungsweise kann der zusammengesetzte Charakter des betreffenden Phänomens, wie gesagt, mit hinreichender Genauigkeit durch die Ausdrücke „fortgesetzte“ oder „einheitliche“ Zu widerhandlung wiedergegeben werden. Diese Definition, die dem Vorbild des Strafrechts folgt⁴², wird durch die Notwendigkeit eines rationelleren Gerichtsverfahrens bestimmt. Daraus folgt unter an-

derem eine einheitliche Berechnung der Verjährungsfrist, die mit dem Ende der fortgesetzten Zu widerhandlung zu laufen beginnt, und die Festlegung einer einzigen Sanktion für das komplexe rechtswidrige Verhalten eines jeden Teilnehmers.

81. Folglich bezieht sich die Qualifizierung eines Verhaltens als einheitliche oder fortgesetzte Zu widerhandlung auf tatsächliche Umstände, deren Beweis und rechtliche Definition sie voraussetzt und folgt. Sie ist der abstrakte Ausdruck für die Beziehung zwischen Einzelakten, von denen jeder, für sich betrachtet, eine vollständige und abgeschlossene Tat darstellt.

82. Der Begriff der einheitlichen oder fortgesetzten Zu widerhandlung umfaßt daher die einzelnen getrennten Taten: Aus diesem Grund stellt sie nicht einfach die Summe der Einzelakten dar, enthält aber auch nicht mehr als die besagten Einzelakten. Folgerichtig kann dieser Begriff, wenn ich als Abschluß meiner Argumentation ein möglichst treues Abbild der Wirklichkeit zeichne, nicht nachträglich für eine abweichende rechtliche Beurteilung der Elemente dieses Sachverhalts verwendet werden.

83. So gesehen stellt die Beurteilung des Verhaltens der Polypropylen-Hersteller durch das Gericht als einheitliche Zu widerhandlung keine Schwierigkeit dar. Sie ist eine Qualifizierung der Tatsachen, die aufgrund der Gegebenheiten des vorliegenden Falles gerechtfertigt ist. In diesem Sinne dürfte meines Erachtens auch die Bemerkung des Gerichts auszulegen sein, daß es „... gekünstelt [wäre], dieses durch ein einziges Ziel gekennzeichnete kontinuierliche Verhalten zu zerlegen und aus ihm mehrere selbständige Zu widerhandlungen

42 — Vgl. zum Begriff der „fortgesetzten Handlung“ Stephani G., Levasseur G. und Boulouc B.: *Droit pénal général*, 15. Aufl., Dalloz, Paris 1994, S. 188 ff. Es ist darauf hinzuweisen, daß die fortgesetzte Straftat, auch wenn sie der Dauerstrafat unter verschiedenen Aspekten ähnlich ist (Verjährungsfrist und -unterbrechung, einheitliches Strafverfahren, einheitliche Strafe), doch nicht mit ihr identisch ist: Sie stellt einen Zwischenaspekt zwischen Einzelstrafat und Dauerstrafat dar. Genauer gesagt handelt es sich um punktuelle wiederholte Taten, die Elemente der Fortsetzung und der Einheit aufweisen. Aus diesen Gründen ist der Ausdruck „fortgesetzte Zu widerhandlung“ rechtlich korrekter als der Ausdruck „einheitliche Zu widerhandlung“. Im vorliegenden Fall sind die beiden Ausdrücke als Synonyme anzusehen.

zu machen“. Betrachtet man diesen Satz aus dem Zusammenhang gelöst, so weckt er Zweifel bezüglich seiner Bedeutung. Mit dieser Wendung unterstreicht indessen das Gericht im wesentlichen das verbindende Gewebe, das das rechtswidrige Verhalten der Polypropylen-Hersteller verknüpft und vereinheitlicht, ohne damit dem Inhalt der Verantwortung vorzugreifen, die sich jedes Unternehmen im einzelnen zurechnen lassen muß⁴³.

iii) Zur Begründetheit der einzelnen Argumente der Parteien

84. Das Vorbringen der Kommission, daß das Gericht ihre Entscheidung falsch ausgelegt habe, macht im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens nur Sinn, wenn man davon ausgeht, daß es eine Rüge wegen Rechtsverletzung in sich birgt. Das Gericht hat indessen in der Frage der Verantwortung, die im vorliegenden Fall Anic aufgrund des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages trifft, keinen Fehler begangen.

85. Andererseits ist aber anscheinend auch das Vorbringen von Anic unbegründet, wonach ihr eine Verantwortung für Verhaltensweisen angelastet werde, an denen sie persönlich nicht beteiligt gewesen sei. Sie will am abgestimmten Verhalten insoweit nicht beteiligt gewesen sein, als sie nie auf dem Markt umgesetzt habe, was auf den Sitzungen zwischen den Polypropylen-Herstellern abgesprochen worden sei. Dies ist indessen für die Feststellung der Beteili-

gung an einer abgestimmten Verhaltensweise unerheblich, wenn diese einen Zweck aufweist, der mit den Wettbewerbsregeln unvereinbar ist.

86. In diesem Bereich kommt das Gericht mit Recht zu dem Ergebnis, daß der Kommission „rechtlich der Beweis gelungen ist, daß die Klägerin sämtliche Tatbestandsmerkmale dieser Zuwiderhandlung während der Dauer ihrer Teilnahme an dem System regelmäßiger Sitzungen der Polypropylen-Hersteller erfüllt hat, und daß die Kommission die Klägerin somit nicht für das Verhalten anderer Hersteller verantwortlich gemacht hat“ (Randnr. 206 der angefochtenen Entscheidung). Folglich hat das Urteil erster Instanz weder ausdrücklich noch im Ergebnis eine wie immer geartete kollektive Verantwortung anerkannt.

87. Damit bleibt das Vorbringen von Anic zu prüfen, daß das angefochtene Urteil insoweit einen Widerspruch aufweise, als das Gericht ihre Beteiligung an der einheitlichen Zuwiderhandlung mit ihrer Teilnahme an den Sitzungen der Polypropylen-Hersteller verknüpfe, ihre Verantwortung indessen über den Zeitpunkt hinaus ausdehne, zu dem sie ihre Teilnahme an diesen Sitzungen eingestellt habe. Der Gesichtspunkt, den das Gericht herangezogen habe, um ihr eine Verantwortung auch für die zweite Jahreshälfte 1982 anzulasten — nämlich die Übermittlung eines Schriftstücks Ende Oktober 1982 mit den „Bestrebungen“ von Anic bezüglich der Verkaufsmengen für das erste Vierteljahr 1983 — reiche nicht aus, um einen Verstoß

43 — Um diese Verantwortung festzustellen, untersucht das Gericht — nach dem Gesagten zu Recht —, ob jedes Unternehmen einzeln und insbesondere Anic an jeder Phase des betreffenden Verhaltens beteiligt war und für welchen Zeitraum.

gegen Artikel 85 in diesem Zeitraum zu belegen⁴⁴.

88. Die Auffassung von Anic beruht im wesentlichen auf der Erwägung, daß einer der entscheidenden Gesichtspunkte für die Qualifizierung der Zuwiderhandlung als einheitlich das Vorliegen eines Systems periodischer Sitzungen als solches ist. Meines Erachtens ist ein solcher Gesichtspunkt nicht von grundlegender Bedeutung. Die Einheitlichkeit der Zuwiderhandlung ergibt sich, wie bereits gesagt, aus der Einheit des Zweckes und aus der Identität der rechtlichen Qualifizierung der betreffenden Verhaltensweisen. Da diese Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen darstellen, ist namentlich der Gesichtspunkt der Koordinierung, der Abstimmung notwendig. Die Art und Weise jedoch, in der diese Abstimmung jeweils stattfindet, ist ohne Bedeutung. Sie kann im Rahmen von Sitzungen, bei Telefonaten, durch Schriftwechsel oder durch eine Kombination dieser Methoden oder durch ein ganz anderes System erfolgen. Es reicht sicherlich aus, das Vorliegen und den Zweck der Abstimmung verläßlich nachzuweisen. Folglich bedeutet der Umstand, daß im vorliegenden Fall die Praxis periodischer Sitzungen verfolgt wurde, nicht, daß der Begriff der einheitlichen Zuwiderhandlung nur das beinhalten könne, was zu diesen Sitzungen gehörte. Jedwedes andere Verhalten, das einen Verstoß gegen Artikel 85 darstellt und dem gleichen Ziel dient, die normale Entwicklung der Polypropylen-Preise zu verfälschen, kann ebensogut unter den Begriff der einheitlichen Zuwiderhandlung fallen. Folglich ist es mit dem Umstand, daß im vorliegenden Fall die Zuwiderhandlung

als eine einheitliche angesehen wurde, nicht unvereinbar, daß Anic die Verantwortung auch für den Zeitraum nach Ende ihrer Teilnahme an den Sitzungen der Polypropylen-Hersteller angelastet wurde⁴⁵.

89. Aus dem Gesagten ergibt sich somit, daß das Gericht die Anic in der vorliegenden Sache angelastete Verantwortung richtig festgestellt hat, ohne daß bei der Darlegung seines Gedankengangs ein Widerspruch festzustellen wäre. Mithin sind der einzige Rechtsmittelgrund der Kommission und die von Anic angeführten Rechtsmittelgründe, die sich auf die einschlägigen Randnummern des Urteils erster Instanz beziehen, als unbegründet zurückzuweisen.

4. Zum Vorliegen einer diskriminierenden (unterschiedlichen) Behandlung

90. Anic rügt ferner eine diskriminierende Behandlung zu ihren Lasten, weil die Kommission das Urteil des Gerichts lediglich angefochten habe, soweit sie, Anic, betroffen sei, nicht aber in der Rechtssache Shell/Kommission⁴⁶, in der das Gericht die von der Kommission verhängte Geldbuße ebenfalls herabgesetzt habe und bei der Ermittlung der Verantwortung des betreffenden Unternehmens einem ganz ähnli-

44 — Vgl. zu diesem Vorbringen oben, Nrn. 37 ff. dieser Schlußanträge.

45 — Natürlich sobald die Beteiligung, wenn schon nicht an den Sitzungen, so doch an den inhaltlichen Abstimmungen nachgewiesen ist.

46 — Es handelt sich um das Urteil des Gerichts vom 10. März 1992 in der Rechtssache T-11/89 (Slg. 1992, II-757), die ebenfalls zu den Polypropylen-Sachen gehört.

chen Gedankengang wie dem in der Rechtssache Anic gefolgt sei.

91. Es genügt insoweit der Hinweis, daß das Vorbringen von Anic, wie auch die Kommission zu diesem Punkt mit Recht ausgeführt hat, sofern es denn als Anführung eines Rechtsmittelgrundes betrachtet werden kann, als unzulässig zurückzuweisen ist, da mit ihm kein Mangel des angefochtenen Urteils geltend gemacht wird.

5. Zur Zurechnung der Zuwiderhandlung zu Lasten von Anic

92. Nach dem Vorbringen von Anic zu diesem Punkt hat das Gericht einen Rechtsfehler begangen, indem es sich bei der Festlegung des Unternehmens, dem die fragliche Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 anzulasten gewesen sei, auf ein doppeltes Kriterium gestützt habe. Konkret habe das Gericht als Tatsacheninstanz bei der Zurechnung der betreffenden Verantwortung alternativ das Kriterium der rechtlichen Kontinuität und das der wirtschaftlich-funktionalen Kontinuität eines bestimmten Unternehmens angewandt. Auf diese Weise werde die Rechtssicherheit erschüttert, während den Unternehmen die Möglichkeit eröffnet werde, sich durch Fusion mit anderen oder den Verkauf ihres gesamten Geschäftsbereichs an verschiedene Erwerber die Straffreiheit für etwaige Verstöße zu sichern.

93. Außerdem führe der Rechtsfehler des Gerichts bei dem Kriterium der Zurechnung der Verantwortung zu einer abweichenden rechtlichen Behandlung von Anic

im Verhältnis zu den übrigen Unternehmen. Zu rügen sei eine unterschiedliche Behandlung durch die Kommission zu Lasten der Zweiergruppe Anic/SIR im Verhältnis zu der Zweiergruppe Saga Petrokjemi/Statoil. Während nämlich die Fusion von Saga Petrokjemi mit der Gesellschaft Statoil dazu geführt habe, nur der letztgenannten die Verantwortung zuzurechnen, sei im vorliegenden Fall Anic nicht nur die Verantwortung für die Zuwiderhandlungen der Gesellschaft SIR, die sie 1980 erworben habe, sondern auch für den Zeitraum nach Überlassung ihrer Betriebstätigkeiten im Bereich der Herstellung von Polypropylen an Monte zugerechnet worden.

94. Nach Auffassung der Kommission ist dieser Rechtsmittelgrund ungenau formuliert und daher unzulässig. Außerdem habe das Gericht bei der Zurechnung der Verantwortung von Anic kein doppeltes Kriterium herangezogen, sondern lediglich das Vorbringen von Anic zurückgewiesen, wonach eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zur Gesellschaft Saga Petrokjemi vorliege. Die Kommission verweist hierzu darauf, daß die Gesellschaft Saga Petrokjemi von Statoil übernommen worden sei, so daß sich die Verantwortung der letztgenannten für Akte der erstgenannten Gesellschaft als natürliche Folge der Übernahme ergeben habe. Demgegenüber habe die Übertragung des Polypropylen-Bereichs an Monte durch Anic nicht das Ende der Rechtspersönlichkeit von Anic bedeutet. Die Kommission unterstreicht in diesem Zusammenhang den Unterschied zwischen einem Produktionsbereich und dem Gesamtunternehmen. Anic sei auf dem Markt als ein Unternehmen aufgetreten und habe nicht aus so vielen Unternehmen bestanden, wie es von ihr betriebene Produktionsbereiche gegeben habe; daraus folge auf der anderen Seite, daß es eine einheitliche Ge-

schäftspolitik gegeben habe. Schließlich sei Anic, wie auch in den Randnummern 241 und 242 des angefochtenen Urteils festgestellt werde, nie eine Verantwortung für die Handlungen von SIR zugerechnet worden.

95. Mit dem hier zu prüfenden Rechtsmittelgrund bekämpft Anic das Kriterium, das das Gericht herangezogen hat, um „die natürliche oder juristische Person zu ermitteln, die für den Betrieb des Unternehmens zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung verantwortlich war, damit sie zur Rechenschaft gezogen werden kann“ (Randnr. 236 des angefochtenen Urteils). Was Anic betrifft, stellt das Gericht fest: „Im Falle der Klägerin hat die juristische Person, die für den Betrieb des Unternehmens zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung verantwortlich war, bis zum Erlaß der Entscheidung rechtlich fortbestanden. Folglich hat ihr die Kommission zu Recht die Zuwiderhandlung zugerechnet“ (Randnr. 238 des angefochtenen Urteils).

96. Nach den vorangegangenen Ausführungen macht der von Anic vorgebrachte Rechtsmittelgrund nur Sinn und wird grundsätzlich nur insoweit zulässigerweise geltend gemacht, als es um die Zurechnung der Verantwortung an ebendiese Gesellschaft nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen des Gerichts geht.

97. Zwar geht die Begründung des Gerichts insoweit über den Rahmen des vorliegenden Falles hinaus, als sie auch die Fallgestaltung ansprechen will, bei der zwischen dem Zeitpunkt der Zuwiderhandlung und dem Zeitpunkt, zu dem das betreffende Unternehmen zur Rechenschaft gezogen werden soll, die für den Betrieb dieses Unternehmens verantwortliche Gesellschaft

aufgehört hat, rechtlich zu existieren (Randnr. 237 des angefochtenen Urteils). Dies ist die Stelle des Urteils, die Anic im wesentlichen angreift, wenn sie die Verwendung eines „doppelten Kriteriums“ für die Zurechnung der Verantwortung rügt. Gleichwohl dürfte das Vorbringen zu diesem Punkt nicht das Kriterium in Frage stellen, nach dem die Verantwortung von Anic festgestellt wurde, und das, wie bereits ausgeführt, ein einziges war: Die Gesellschaft bestand zum Zeitpunkt der Festsetzung der Verwaltungssanktionen als juristische Person weiter. Soweit es an der betreffenden Stelle nicht um die Zurechnung der Verantwortung an ebendiese Gesellschaft geht, ist das Vorbringen von Anic als unerheblich zurückzuweisen⁴⁷.

98. Dagegen rügt Anic, wenn sie beanstandet, das Gericht habe rechtswidrig zwischen ihrer Verantwortung und der anderen Unternehmen zugerechneten unterschieden, zulässigerweise einen Begründungsmangel des angefochtenen Urteils. Insoweit genügt jedoch der Hinweis, daß der Fall von Saga Petrokjemi, wie das Gericht in Randnummer 239 des angefochtenen Urteils zu Recht hervorgehoben hat, ein anderer Fall ist und damit nicht mit dem von Anic verglichen werden darf, weil er eine Gesellschaft betrifft, die zum Zeitpunkt der Verhängung der Verwaltungssanktionen als juristische Person rechtlich nicht mehr bestand.

99. Außerdem unterstreicht das Gericht, daß Anic keine Verantwortung für Handlungen von SIR zugerechnet worden seien

47 — Erst recht sind im Rahmen dieser Auseinandersetzung, wie das Gericht zu Recht ausgeführt hat, die Fallgestaltungen ohne Interesse, bei denen ein Unternehmen sowohl als juristische Person als auch als Wirtschaftseinheit aufgehört hat zu existieren oder ein Unternehmen, das zu einem Konzern gehört, eine Zuwiderhandlung begangen hat.

(Randnr. 241 des angefochtenen Urteils). Diese Handlungen hätten, sobald ein Verwaltungsverfahren in der Sache eingeleitet worden wäre, SIR selbst zugerechnet werden müssen, die als juristische Person, wenn auch nur für die Zwecke der Liquidation, fortbestanden habe (Randnr. 242 des angefochtenen Urteils). Damit ist das Gericht eindeutig bei SIR dem gleichen Kriterium für die Zurechnung der Verantwortung gefolgt, das es bei Anic herangezogen hat.

Nach alledem ist festzustellen, daß die Begründung des Gerichts in diesem Punkt keinerlei Anlaß zu Beanstandungen gibt.

6. Zur Geldbuße

100. Nach Auffassung von Anic hätte das Gericht die gegen sie verhängte Geldbuße noch weiter herabsetzen müssen, weil die festgestellte Zuwiderhandlung, soweit es sie betreffe, im Juni und nicht erst im Oktober 1982 beendet worden sei. Außerdem habe das Gericht die Schwere der ihr vorgeworfenen Zuwiderhandlung nicht zutreffend gewürdigt. Vor allem sei die außergewöhnlich beschränkte Rolle, die sie im Kartell der Polypropylen-Hersteller gespielt habe, nicht berücksichtigt worden. Ähnlich habe das Gericht bei der Prüfung der Wirkungen der Zuwiderhandlung (Randnr. 280 des angefochtenen Urteils) nicht das individuelle Verhalten von Anic berücksichtigt und damit die gegen sie zu verhängende Geldbuße unter Mißachtung des Grundsatzes des individuellen Charakters der Verantwortung bemessen. Schließlich habe das Gericht bei der Würdigung der Schwere ihres Verhaltens irrtümlicherweise die dem Gericht von der Kommission angegebenen Zahlen bezüglich der Marktanteile von Anic zugrunde gelegt. Diese Zah-

len seien nicht nur unzutreffend gewesen, sondern hätten sich außerdem auf das Jahr 1983 und nicht auf das Jahr 1982 bezogen, in dem die Zuwiderhandlung von Anic beendet gewesen sei. Zum anderen habe die Kommission den Umfang ihres Umsatzes irrtümlicherweise aufgrund des 1982 gültigen Wechselkurses Lira/ECU berechnet; sie hätte aber den im Jahr 1986 gültigen Kurs heranziehen müssen, da in diesem Jahr die Geldbuße verhängt worden sei.

101. Nach Auffassung der Kommission ist das Vorbringen von Anic bezüglich der zeitlichen Beschränkung ihrer Beteiligung an der Zuwiderhandlung als unzulässig zu behandeln, weil es die Tatsachenfeststellung des Gerichts in Zweifel zieht. Gleichfalls unzulässig seien auch die Behauptungen von Anic bezüglich der Feststellungen des Gerichts zur Schwere der Zuwiderhandlung, weil in Randnummer 280 des angefochtenen Urteils der Grundsatz des individuellen Charakters der Verantwortung nicht verletzt werde. Die Höhe der verhängten Geldbußen schwanke zu Recht je nach der Schwere des Verstoßes jedes einzelnen Unternehmens.

102. Im übrigen macht die Kommission geltend, sie habe bei der Bemessung der Geldbußen die Tabelle für das Jahr 1983 mit den Marktanteilen der Gesellschaften auf dem Polypropylenmarkt nicht berücksichtigt. Auf jeden Fall sei die Festsetzung der Höhe der Geldbuße nicht auf eine rein mathematische Berechnung gestützt worden, noch könne sie sich darauf stützen. Schließlich sei auch der Umsatz von Anic

der gleiche, ob man ihn nun in Lire oder in ECU berechne, weil nämlich rechtlich entscheidend der durchschnittliche Wechselkurs der beiden Währungen im Jahre 1982 sei.

103. Es ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die Möglichkeit der Verhängung einer Geldbuße bei Verstößen gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages ausdrücklich in Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates vorgesehen ist. Die nach dieser Bestimmung zu berücksichtigenden Kriterien für die Bemessung der Geldbuße sind die Schwere und die Dauer des Verstoßes.

104. Von diesen beiden Kriterien ist insbesondere das der Schwere des Verstoßes näher zu spezifizieren. Der Gerichtshof hat hierzu festgestellt, daß „... die Schwere der Zuwiderhandlungen anhand einer Vielzahl von Gesichtspunkten zu ermitteln ist, zu denen u. a. die besonderen Umstände der Rechtssache, ihr Kontext und die Abschreckungswirkung der Geldbußen gehören, ohne daß es eine zwingende oder abschließende Liste von Kriterien gäbe, die auf jeden Fall berücksichtigt werden müssen“⁴⁸.

105. In diesem Bereich ist das Gericht als Tatsacheninstanz allein zuständig, die Art und Weise zu prüfen, in der die Kommis-

sion im Einzelfall die Schwere des Verstoßes bewertet. Gegenstand der Überprüfung im Rechtsmittelverfahren ist lediglich die Frage, ob in der Tatsacheninstanz in rechtlich nicht zu beanstandender Weise alle wesentlichen Faktoren in jeder Rechtssache berücksichtigt worden sind, um die Schwere bestimmter Verhaltensweisen im Lichte des Artikels 85 zu würdigen. Die Prüfung im Rechtsmittelverfahren erstreckt sich indessen nicht darauf, wie das Gericht von Fall zu Fall diese Faktoren bewertet hat.

106. Im vorliegenden Fall ist auf folgendes hinzuweisen: Grundsätzlich ist das Vorbringen von Anic, wie ich bereits in einem der vorstehenden Abschnitte meiner Schlußanträge⁴⁹ ausgeführt habe, zurückzuweisen, soweit es die zeitlichen Grenzen ihrer Beteiligung an der Zuwiderhandlung der Polypropylenhersteller gegen Artikel 85 betrifft.

Anic ist der Auffassung, daß die Gesamtwürdigung aller Wirkungen des Verstoßes als Kriterium für die Bemessung der individuell gegen sie verhängten Geldbuße nicht rechtens ist. Es gibt indessen einen Unterschied zwischen den Wirkungen eines Verhaltens der in Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages umschriebenen Art — eine Frage, die im vorliegenden Fall von Interesse ist — und der spezifischen Rolle jedes einzelnen Unternehmens im Rahmen dieses Verhaltens.

107. Auch diese beiden Kriterien müssen bei der Würdigung der Schwere der Zuwi-

48 — Beschluß des Gerichtshofes vom 25. März 1996 in der Rechtssache C-137/95 (SPO u. a./Kommission, Slg. 1996, I-1611, Randnr. 54). Vgl. Urteile des Gerichtshofes vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 45/69 (Boehringer Mannheim/Kommission, Slg. 1970, 769), Musique Diffusion Française u. a./Kommission (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 120) und vom 8. November 1983 in den Rechtssachen 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82 (IAZ/Kommission, Slg. 1983, 3369, Randnr. 52).

49 — Vgl. Nrn. 87 bis 89.

derhandlung berücksichtigt werden. Folglich hat das Gericht in richtiger Auslegung und Anwendung der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften und nach der Klarstellung, daß „die Kommission für die Bestimmung des allgemeinen Niveaus der Geldbußen nicht die Auswirkungen des von einem Unternehmen behaupteten tatsächlichen Verhaltens, sondern die der gesamten Zuwiderhandlung, an der das Unternehmen beteiligt war, berücksichtigt hat“ (Randnr. 280 des angefochtenen Urteils), festgestellt, daß diese Gesichtspunkte ordnungsgemäß berücksichtigt worden sind (Randnr. 282).

108. Anic beanstandet weiter den Teil des angefochtenen Urteils, der die Würdigung des persönlichen Tatbeitrags zur gesamten Zuwiderhandlung betrifft, und macht geltend, das Gericht habe die Geringfügigkeit ihrer Beteiligung nicht richtig gewürdigt. Dem angefochtenen Urteil ist zu entnehmen, daß das Gericht dem Vorbringen von Anic bezüglich ihrer Rolle bei der Zuwiderhandlung nicht gefolgt ist, vielmehr auf ihre vorsätzliche Beteiligung an der Zuwiderhandlung hingewiesen und ihre Rolle von der der „vier großen“ Polypropylenhersteller unterschieden hat (Randnrn. 262 bis 266 des angefochtenen Urteils). Folglich hat das Gericht das angefochtene Urteil in diesem Punkt ausreichend begründet; seine Würdigung der Tatsachen ist im Rechtsmittelverfahren nicht überprüfbar.

109. Damit bleibt noch der Teil des Vorbringens von Anic zu prüfen, der sich mit dem System der Berechnung ihres Marktanteils im Polypropylen Sektor und ihrem Gesamtumsatz als Kriterien für die Bemes-

sung der gegen sie verhängten Geldbuße befaßt. Diese beiden Gesichtspunkte sind in der Tat wichtig für die Bestimmung der Größe und der Wirtschaftskraft eines Unternehmens und damit auch für die Bemessung der zu verhängenden Geldbuße. Außerdem bestimmt Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17, daß die verhängte Geldbuße auf keinen Fall 10 % des Gesamtumsatzes des Jahres, das der Zuwiderhandlung vorausgegangen ist, überschreiten darf.

110. Von dieser Begrenzung abgesehen liegt jedoch die Würdigung der anderen Gesichtspunkte bei der endgültigen Festsetzung der Geldbuße im Ermessen der Kommission und kann in der Tatsacheninstanz, d. h. vom Gericht, überprüft werden. Auf jeden Fall sind die einschlägigen Kriterien von der Kommission zu bewerten, die in dieser Hinsicht über einen Ermessensspielraum verfügt, weil die endgültige Höhe der Geldbuße nicht durch eine mathematische Berechnung anhand der genannten Gesichtspunkte ermittelt wird. In der vorliegenden Rechtssache hat das Gericht ordnungsgemäß festgestellt (Randnr. 273 des angefochtenen Urteils), daß die Kommission unter den in Nummer 109 der „Polypropylen“-Entscheidung festgehaltenen Kriterien sowohl den Umsatz jedes Unternehmens in der Gemeinschaft als auch den Gesamtumsatz jedes dieser Unternehmen berücksichtigt hat. Die Frage, ob hierbei der Umsatz von Anic im Jahre 1983, wie Anic selbst behauptet, oder der des Jahres 1982 zugrunde gelegt wurde, wie die Kommission versichert, gehört in den Bereich der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts in der Tatsacheninstanz; eine spätere Beanstandung der Beweismittel betrifft die Tatsachenfeststellung

durch das Gericht und ist daher im Rechtsmittelverfahren unzulässig.

111. Anic macht schließlich geltend, die gegen sie verhängte Geldbuße hätte anhand des in ECU errechneten Umsatzes und nach dem 1986 gültigen Wechselkurs Lire/ECU berechnet werden müssen.

buße maßgebende Zeitpunkt der Beginn des Geschäftsjahres, das der Zuwiderhandlung vorausgeht. Folgerichtig hat daher die Umrechnung der einzelnen Währungen in ECU für die Ermittlung des Umsatzes jedes Unternehmens grundsätzlich anhand des Wechselkurses zu erfolgen, der in dem der Zuwiderhandlung vorausgegangenen Geschäftsjahr galt.

112. Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 ist meines Erachtens in diesem Punkt eindeutig. Danach werden die Geldbußen in Rechnungseinheiten (ECU) ausgedrückt und ist der für die Berechnung der Geld-

Die Würdigung des Gerichts entspricht daher in diesem Punkt den Gemeinschaftsbestimmungen und ist folglich rechtmäßig; das hiergegen gerichtete Vorbringen ist unbegründet.

III — Entscheidungsvorschlag

113. Nach allem schlage ich dem Gerichtshof vor,

1. das Rechtsmittel der Kommission insgesamt zurückzuweisen;
2. das Rechtsmittel der Gesellschaft Enichem Anic SpA insgesamt zurückzuweisen;
3. jeder der Parteien ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.