

URTEIL DES GERICHTSHOFES  
31. März 1998 \*

In den verbundenen Rechtssachen C-68/94

**Französische Republik**, vertreten durch Edwige Belliard, stellvertretende Direktorin in der Direktion für Rechtsfragen des Ministeriums für Auswärtige Angelegenheiten, Catherine de Salins, Abteilungsleiterin in dieser Direktion, und Jean-Marc Belorgey, Chargé de mission in dieser Direktion, als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift: Französische Botschaft, 8 B, boulevard Joseph II, Luxemburg,

Klägerin,

gegen

**Kommission der Europäischen Gemeinschaften**, vertreten durch Berend Jan Drijber, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigten, Beistand: Rechtsanwalt Jacques Bourgeois, Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter: Carlos Gómez de la Cruz, Juristischer Dienst, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Beklagte,

unterstützt durch

**Bundesrepublik Deutschland**, vertreten durch Ministerialrat Ernst Röder und Oberregierungsrat Bernd Kloke, beide Bundesministerium für Wirtschaft, D-53107 Bonn, als Bevollmächtigte,

Streithelferin,

\* Verfahrenssprache: Französisch.

wegen Nichtigerklärung der Entscheidung 94/449/EG der Kommission vom 14. Dezember 1993 in einem Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (Fall Nr. IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (ABl. 1994, L 186, S. 38)

und C-30/95

**Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) und Entreprise minière et chimique (EMC)**, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Charles Price, Brüssel, Zustellungsanschrift: Kanzlei der Rechtsanwältin Lucy Dupong, 14 A, rue des Bains, Luxemburg,

Klägerinnen,

unterstützt durch

**Französische Republik**, vertreten durch Edwige Belliard, stellvertretende Direktorin in der Direktion für Rechtsfragen des Ministeriums für Auswärtige Angelegenheiten, Catherine de Salins, Abteilungsleiterin in dieser Direktion, und Jean-Marc Belorgey, Chargé de mission in dieser Direktion, als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift: Französische Botschaft, 8 B, boulevard Joseph II, Luxemburg,

Streithelferin,

gegen

**Kommission der Europäischen Gemeinschaften**, vertreten durch Berend Jan Drijber, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigten, Beistand: Rechtsanwalt Jacques Bourgeois, Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter: Carlos Gómez de la Cruz, Juristischer Dienst, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Beklagte,

unterstützt durch

**Kali und Salz GmbH** sowie **Kali und Salz Beteiligungs-AG**, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Karlheinz Quack, Berlin, und Georg Albrecht Kirchner, Frankfurt am Main, Zustellungsanschrift: Kanzlei des Rechtsanwalts Marc Loesch, 11, rue Goethe, Luxemburg,

Streithelferinnen,

wegen teilweiser Nichtigerklärung von Artikel 1 der Entscheidung 94/449/EG der Kommission vom 14. Dezember 1993 in einem Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (Fall Nr. IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (ABl. 1994, L 186, S. 38), soweit diese Entscheidung die Erklärung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt von der Einhaltung der in ihrer Randnummer 63 genannten Bedingungen abhängig macht, und wegen teilweiser Nichtigerklärung dieser Entscheidung, soweit darin die in ihrer Randnummer 65 erwähnte Zusage der Kali und Salz AG angenommen wird, bis zum 30. Juni 1994 die Struktur der Firma Potacan zu ändern,

erläßt

## DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten G. C. Rodríguez Iglesias, der Kammerpräsidenten C. Gulmann (Berichterstatter) und H. Ragnemalm sowie der Richter G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, P. J. G. Kapteyn, J. L. Murray, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch und P. Jann,

Generalanwalt: G. Tesaurò  
Kanzler: R. Grass

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der Parteien in der Sitzung vom 12. März 1996, in der die Französische Republik in den Rechtssachen C-68/94 und C-30/95 durch Jean-François Dobelle, stellvertretender Direktor in der Direktion für Rechtsfragen des Ministeriums für Auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigten und Jean-Marc Belorgey, die Kommission in den Rechtssachen C-68/94 et C-30/95 durch Berend Jan Drijber im Beistand von Rechtsanwalt Jacques Bourgeois, die Bundesrepublik Deutschland in der Rechtssache C-68/94 durch Ernst Röder, die Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) und die Entreprise minière et chimique (EMC) in der Rechtssache C-30/95 durch Rechtsanwalt Charles Price, sowie die Kali und Salz GmbH und die Kali und Salz Beteiligungs-AG in der Rechtssache C-30/95 durch die Rechtsanwälte Karlheinz Quack und Georg Albrechtskirchinger vertreten waren,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 6. Februar 1997,

folgendes

## Urteil

### Sachverhalt und Verfahren

- 1 Am 14. Juli 1993 wurde bei der Kommission gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. 1990, L 257, S. 14; im folgenden: Verordnung) das Vorhaben eines Zusammenschlusses der Kali und Salz AG (im folgenden: K + S), einer Tochtergesellschaft des Chemiekonzerns BASF, und der Mitteldeutschen Kali AG (im folgenden: MdK), deren einziger Aktionär, die Treuhandanstalt (im folgenden: Treuhand), eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist, deren Aufgabe es ist, die früheren Betriebe der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik umzustrukturieren, angemeldet.

- 2 K + S ist im wesentlichen in den Bereichen Kali, Steinsalz und Entsorgung tätig. In MdK sind die Kali- und Steinsalzaktivitäten der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik zusammengefaßt.
  
- 3 Das Zusammenschlußvorhaben beinhaltet die Umwandlung von MdK in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (MdK GmbH), in die K + S ihre Kali- und Steinsalzaktivitäten und die Treuhand 1 044 Millionen DM einbringen wird. An dem so entstandenen Gemeinschaftsunternehmen wird K + S mit 51 % und die Treuhand mit 49 % der Stimmrechte beteiligt sein.
  
- 4 Mit Schreiben vom 5. August 1993 teilte die Kommission den Beteiligten des beabsichtigten Zusammenschlusses ihre Entscheidung mit, gemäß den Artikeln 7 Absatz 2 und 18 Absatz 2 der Verordnung den Vollzug des angemeldeten Zusammenschlusses bis zum Erlaß der endgültigen Entscheidung auszusetzen.
  
- 5 Am 16. August 1993 entschied die Kommission gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung, das sogenannte Verfahren einer eingehenden Prüfung einzuleiten, da der angemeldete Zusammenschluß ernsthafte Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt aufwerfe.
  
- 6 Die Kommission teilte am 13. Oktober 1993 den Beteiligten die ihnen gegenüber geltend gemachten Einwände gemäß Artikel 18 der Verordnung mit. Nach ihrer Ansicht konnte der Zusammenschluß, wie er mit dem angemeldeten Vorhaben beabsichtigt war, eine gemeinsame beherrschende Stellung auf dem Markt der Gemeinschaft außer Deutschland und Spanien begründen.

- 7 Auf diese Mitteilung der Beschwerdepunkte hin machten die Beteiligten der Kommission bestimmte Zusagen, um ihre Bedenken zu beseitigen, daß der Zusammenschluß zu einer oligopolistischen beherrschenden Stellung auf dem relevanten Markt führen würde.
- 8 Die Kommission legte daraufhin dem Beratenden Ausschuß für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, der gemäß Artikel 19 Absätze 3 ff. der Verordnung gebildet wurde, den Entwurf einer Entscheidung vor; der Ausschuß gab in seiner Sitzung am 3. Dezember 1993 mit der Mehrheit seiner Mitglieder eine befürwortende Stellungnahme ab (Abl. 1994, C 199, S. 5).
- 9 Die Kommission erklärte mit der Entscheidung 94/449/EG der Kommission vom 14. Dezember 1993 in einem Verfahren nach der Verordnung Nr. 4064/89 (Fall Nr. IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (Abl. 1994, L 186, S. 38; im folgenden: streitige Entscheidung) den angemeldeten Zusammenschluß für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, macht dafür jedoch gemäß Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Verordnung zur Voraussetzung, daß bestimmte ihr gegenüber abgegebene Zusagen der Beteiligten eingehalten werden. Nach der erwähnten Bestimmung kann die Kommission nämlich ihre „Entscheidung [mit der ein Zusammenschluß für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird] mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um sicherzustellen, daß die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich der Änderung des ursprünglichen Zusammenschlußvorhabens eingegangen sind“.
- 10 Der Markt für das betreffende Produkt, wie er in der streitigen Entscheidung umschrieben wurde, betrifft Erzeugnisse auf Kalibasis für die Landwirtschaft, zu denen sowohl Kali für unmittelbare Verwendung in der Landwirtschaft als auch für die Herstellung von Mehrnährstoffdüngemitteln verkaufte Kali gehört. In geographischer Hinsicht bestimmte die Kommission zwei verschiedene Märkte für das betreffende Produkt: den deutschen Markt und den Markt der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands.
- 11 Zum deutschen Markt stellte die Kommission in Randnummer 46 der streitigen Entscheidung fest, daß der geplante Zusammenschluß zu einer faktischen Monopolstellung führe, da der Marktanteil von K + S 79 % und der Marktanteil

von MdK 19 % betrage, und sie gelangte in Randnummer 50 zu dem Ergebnis, daß nach dem beabsichtigten Zusammenschluß die marktbeherrschende Stellung von K + S auf dem deutschen Kalimarkt verstärkt sein werde. In Anwendung der Theorie der „Failing company defence“ (Theorie der Verteidigung der zahlungsunfähigen Gesellschaft) gelangte sie zu dem Ergebnis, daß der im vorliegenden Fall beabsichtigte Zusammenschluß nicht kausal für die Verstärkung der beherrschenden Stellung von K + S auf dem deutschen Markt sei. Hierzu wird in Randnummer 95 der streitigen Entscheidung ausgeführt, daß die Voraussetzungen der „Failing company defence“ erfüllt seien, d. h., daß „die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von K + S auch ohne den Zusammenschluß erfolgen wird, da MdK ohne die Übernahme durch ein anderes Unternehmen in naher Zukunft aus dem Markt ausscheiden wird, die Marktposition von MdK in diesem Fall auf K + S übergehen wird und praktisch ausgeschlossen werden kann, daß ein anderes Unternehmen als K + S die Gesamtheit oder einen wesentlichen Teil von MdK übernehmen wird“ (vgl. auch Randnr. 71 der streitigen Entscheidung). Die Kommission fügte im übrigen in Randnummer 95 hinzu, in Anbetracht der gravierenden Strukturschwäche der Regionen Ostdeutschlands, die von dem beabsichtigten Zusammenschluß betroffen seien, und der wahrscheinlich schwerwiegenden Konsequenzen einer Schließung von MdK für diese Regionen stehe dieses Ergebnis auch im Einklang mit dem grundlegenden Ziel der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhangs der Gemeinschaft, auf das in der dreizehnten Begründungserwägung der Verordnung Bezug genommen werde.

- 12 Zum Markt der Gemeinschaft außer Deutschland führt die Kommission in Randnummer 51 der streitigen Entscheidung aus, daß sich aufgrund des beabsichtigten Zusammenschlusses zwei Anbieter in einer beherrschenden Stellung befinden würden: K + S/MdK und die Société commerciale des potasses et de l'azote (im folgenden: SCPA), das mit dem Kalivertrieb betraute Tochterunternehmen des französischen Konzerns Entreprise minière et chimique (im folgenden: EMC).
- 13 Die Untersuchung der Kommission stützt sich zum einen auf die Feststellung, daß das Angebot außerhalb der Gruppe K + S/MdK und SCPA zersplittert sei und von Wirtschaftsteilnehmern ausgehe, die nicht in der Lage seien, den von dem Duopol gehaltenen Gesamtmarktanteil von ungefähr 60 % anzugreifen, und zum anderen auf erhebliche Anhaltspunkte dafür, daß zwischen K + S/MdK und SCPA kein wirksamer Wettbewerb bestehen werde, und zwar wegen der Eigenschaften des Kalimarktes, des Verhaltens von K + S und SCPA in der Vergangenheit und schließlich deren engen und alten kommerziellen Verflechtungen. Diese Verflechtungen bestünden im wesentlichen: a) in der Kontrolle über ein gemeinsames Unternehmen in Kanada, Potacan, an dessen Kapital K + S und SCPA jeweils

einen Anteil von 50 % hielten, b) in der Zusammenarbeit in dem Exportkartell Kali-Export GmbH, einer Gesellschaft österreichischen Rechts mit Sitz in Wien, die den Absatz von Kaliprodukten ihrer Gesellschafter in Drittländern koordiniere und an deren Kapital K + S, MdK, EMC/SCPA und der spanische Kaliproduzent Coposa mit jeweils 25 % beteiligt seien, und c) in den langjährigen Beziehungen, aufgrund deren SCPA in Frankreich nahezu alle Lieferungen von K + S tätige (vgl. Randnrn. 54 bis 61 der streitigen Entscheidung).

- 14 Unter diesen Umständen vertrat die Kommission in den Randnummern 57 und 62 die Ansicht, daß der Zusammenschluß, der die Hinzufügung der Marktanteile mit sich bringen würde, die MdK, der zweitgrößte Erzeuger in der Gemeinschaft, in der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands innehatte, zur Entstehung eines marktbeherrschenden Duopols aus K + S/MdK und SCPA führen würde.
- 15 Um zu verhindern, daß die Kommission den Zusammenschluß von K + S und MdK für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt, machten die Beteiligten dieses Zusammenschlusses bestimmte Zusagen, die in Randnummer 63 der streitigen Entscheidung wie folgt formuliert worden sind:

„— *Kali-Export GmbH, Wien*

K + S und das Gemeinschaftsunternehmen scheiden unverzüglich aus der Kali-Export GmbH, Wien, aus ...

In gleicher Weise werden K + S und das Gemeinschaftsunternehmen den mit Kali-Export GmbH bestehenden Vertretervertrag nach den dort vorgesehenen Kündigungsregelungen ... kündigen. Das Gemeinschaftsunternehmen wird ab diesem Zeitpunkt über eine eigene Vertriebsorganisation Kali-Export GmbH Wettbewerb machen ...

— *Vertrieb*

K + S und das Gemeinschaftsunternehmen werden in der EG — soweit nicht bereits vorhanden — eine eigene Vertriebsorganisation einrichten und ihre Produkte über dieses Vertriebsnetz zu allgemein üblichen, kaufmännischen Gepflogenheiten vertreiben. In Frankreich wird eine Vertriebsorganisation für Kaliprodukte einschließlich-spezialitäten errichtet werden, die den gesamten französischen Markt umfassen und nach Art und Umfang der Bedeutung des französischen Marktes Rechnung tragen wird. Dies geschieht unter Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit.

Die bisherige Zusammenarbeit mit der SCPA als Vertriebspartner für den französischen Markt wird ... beendet. Damit wird einerseits SCPA die Erfüllung bereits abgeschlossener Kontrakte mit eigenen Abnehmern, andererseits der Aufbau einer eigenen Vertriebsorganisation des Gemeinschaftsunternehmens ermöglicht. Ein Verkauf an SCPA zu marktüblichen Bedingungen ist möglich.“

Gerade unter Berücksichtigung dieser Zusagen erklärte die Kommission, wie in Randnummer 9 des vorliegenden Urteils festgestellt worden ist, den beabsichtigten Zusammenschluß für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar.

- <sup>16</sup> In Randnummer 65 der streitigen Entscheidung wird darauf hingewiesen, daß K + S die Bedenken der Kommission wegen der negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Wettbewerbsverhältnisse zur Kenntnis genommen und die Zusage gemacht habe, bis zum 30. Juni 1994 die Struktur von Potacan in einer solchen Weise umzuwandeln, daß jeder Partner in die Lage versetzt werde, von Potacan erlangtes Kali jeweils unabhängig von dem anderen Partner auf dem Markt der Gemeinschaft zu vermarkten. In Randnummer 67 der Entscheidung wird jedoch klargestellt, daß die Kommission davon abgesehen habe, diese Zusage zum Gegenstand einer förmlichen Auflage zu machen. Hierzu wird folgendes ausgeführt: „Sollte es K + S trotz aller Bemühungen nicht gelingen, ein Einvernehmen mit EMC zu erreichen, dann müßte eine geeignete Lösung der wettbewerblichen Probleme, die von der derzeitigen Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens Potacan herrühren, im Rahmen des nach der [Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. 1962, Nr. 13, S. 204] anhängigen Verfahrens [über die Anmeldung der Potacan-Vereinbarungen] gefunden werden.“

- 17 Die Französische Republik hat mit Klageschrift, die am 18. Februar 1994 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, gemäß Artikel 173 EG-Vertrag Klage erhoben auf Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung (Rechtssache C-68/94).
- 18 Die Bundesrepublik Deutschland ist durch Beschluß des Präsidenten des Gerichtshofes vom 9. September 1994 in dieser Rechtssache als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen worden.
- 19 SCPA und EMC haben mit Klageschrift, die am 25. Februar 1994 bei der Kanzlei des Gerichts erster Instanz eingegangen ist, gemäß Artikel 173 des Vertrages Klage erhoben auf teilweise Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung.
- 20 Im Rahmen des letztgenannten Verfahrens hat der Präsident des Gerichts durch Beschluß vom 10. Mai 1994 in der Rechtssache T-88/94 R (Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique/Kommission, Slg. 1994, II-263) den Vollzug von Artikel 1 der streitigen Entscheidung bis zum Erlaß des Beschlusses, der das Verfahren der einstweiligen Anordnung beendet, ausgesetzt, soweit er zur Auflösung der Kali-Export GmbH führen könnte, und im übrigen den Antrag auf einstweilige Anordnung zurückgewiesen.
- 21 Durch Beschluß des Präsidenten des Gerichts vom 15. Juni 1994 in der Rechtssache T-88/94 R (Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique/Kommission, Slg. 1994, II-401) ist der Vollzug von Artikel 1 der streitigen Entscheidung bis zum Erlaß des Urteils zur Hauptsache ausgesetzt worden, soweit er K + S/MdK zum Ausscheiden aus der Kali-Export GmbH verpflichtet.
- 22 Durch Beschluß des Präsidenten der Ersten Kammer des Gerichts vom 7. Juli 1994 ist die Französische Republik in der Rechtssache T-88/94 als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Klägerinnen zugelassen worden.

- 23 Durch Beschluß des Präsidenten der Zweiten erweiterten Kammer des Gerichts vom 18. Januar 1995 sind die Kali und Salz Beteiligungs-AG (ehemals K + S) sowie die Kali und Salz GmbH (ehemals MdK) in der Rechtssache T-88/94 als Streit-  
helferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen worden.
- 24 Da die Klagen, mit denen der Gerichtshof und das Gericht befaßt waren, die Gül-  
tigkeit desselben Rechtsakts betrafen, hat das Gericht die Rechtssache T-88/94  
durch Beschluß der Zweiten erweiterten Kammer vom 1. Februar 1995 (*Société  
commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique/  
Kommission, Slg. 1995, II-221*) an den Gerichtshof abgegeben, damit dieser über  
den Antrag auf Nichtigerklärung entscheiden kann. Diese Rechtssache ist am 8.  
Februar 1995 unter dem Aktenzeichen C-30/95 in das Register der Kanzlei des  
Gerichtshofes eingetragen worden.
- 25 Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des General-  
anwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung in den beiden Rechtssachen ohne  
vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

### Anträge der Parteien

#### *In der Rechtssache C-68/94*

- 26 Die Französische Republik beantragt,
- die streitige Entscheidung für nichtig zu erklären;
  - der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

- 27 Die Kommission beantragt,
- die Klage als unbegründet abzuweisen;
  - der Französischen Republik die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.
- 28 Die Bundesrepublik Deutschland, die dem Verfahren zur Unterstützung der Anträge der Kommission beigetreten ist, beantragt,
- die Klage abzuweisen.

*In der Rechtssache C-30/95*

- 29 SCPA und EMC beantragen,
- Artikel 1 der streitigen Entscheidung teilweise für nichtig zu erklären, soweit diese Entscheidung die Erklärung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt von der Einhaltung der in ihrer Randnummer 63 genannten Bedingungen abhängig macht;
  - die streitige Entscheidung teilweise für nichtig zu erklären, soweit darin die in ihrer Randnummer 65 erwähnte Zusage von K + S angenommen wird, bis zum 30. Juni 1994 die Struktur der Firma Potacan in einer solchen Weise umzuwandeln, daß jeder ihrer Gesellschafter in die Lage versetzt wird, von Potacan erlangtes Kali jeweils unabhängig von dem anderen Gesellschafter auf dem Markt der Gemeinschaft zu vermarkten;
  - der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen;
  - die als Streithelferinnen zugelassenen Unternehmen zu verurteilen, ihre eigenen Kosten zu tragen.

- 30 Die Kommission beantragt,
- die Klage als unzulässig abzuweisen;
  - die Klage als unbegründet abzuweisen;
  - den Klägerinnen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.
- 31 Die Französische Republik, die dem Rechtsstreit als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Klägerinnen beigetreten ist, beantragt,
- den Anträgen der Klägerinnen auf teilweise Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung stattzugeben;
  - der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.
- 32 Die Streithelferinnen Kali und Salz Beteiligungs-AG sowie Kali und Salz GmbH, die Rechtsnachfolgerinnen von K + S und MdK geworden sind, unterstützen die Anträge der Kommission und beantragen, den Klägerinnen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

### Zur Verbindung der Rechtssachen C-68/94 und C-30/95

- 33 Wegen des Zusammenhangs der beiden Rechtssachen, der in der mündlichen Verhandlung bestätigt worden ist, sind diese gemäß Artikel 43 der Verfahrensordnung zu gemeinsamer Entscheidung zu verbinden.

## Zur Zulässigkeit (Rechtssache C-30/95)

- 34 Obwohl sich die Kommission auf die Erörterung der Hauptsache einläßt, erhebt sie eine Einrede der Unzulässigkeit gegen die Nichtigkeitsklage von SCPA und EMC, die sich in drei Teilrügen aufgliedert. Erstens bestreitet sie die Möglichkeit einer teilweisen Nichtigkeitsklage im vorliegenden Fall. Zweitens macht sie geltend, die Klägerinnen seien von der streitigen Entscheidung weder unmittelbar noch individuell betroffen. Drittens rügt sie, daß die Zusage in bezug auf das Unternehmen Potacan, die die Kommission nur zur Kenntnis genommen habe, keinen Entscheidungscharakter habe.

## *Zur teilweisen Nichtigerklärung*

- 35 Die Kommission macht geltend, die Nichtigerklärung auch nur einer der Bedingungen, unter denen die Erklärung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt abgegeben worden sei, ändere den Kern der streitigen Entscheidung, da die Bedingungen für die Genehmigung des Zusammenschlusses nicht mehr erfüllt seien. Sie sähe sich dann gezwungen, die erwähnte Entscheidung insgesamt zu widerrufen.
- 36 Die Klägerinnen führen demgegenüber aus, daß sich die streitigen Bedingungen von der übrigen Entscheidung trennen ließen und daß ihre Nichtigerklärung nur dazu führe, daß die Entscheidung unbedingt werde. Daher sei Artikel 8 Absatz 5 der Verordnung, der die Kommission ermächtigt, ihre Entscheidung zu widerrufen, wenn die Beteiligten eine Zusage nicht einhielten, nicht anwendbar.
- 37 Wie der Generalanwalt in Nummer 26 seiner Schlußanträge ausgeführt hat, ist diese Rüge gleichzeitig mit der Begründetheit der Klage zu untersuchen, denn auf diese Weise wird es möglich sein, zu prüfen, ob sich die etwaige Nichtigerklärung der Bedingungen auf die Entscheidung im übrigen auswirken kann, indem sie deren vollständige Nichtigerklärung erfordert.

*Zur Klagebefugnis*

38 Die Kommission macht geltend, gemäß Artikel 173 des Vertrages könnten Privatpersonen, die im Verhältnis zu einer an andere Privatpersonen gerichteten Entscheidung der Organe Dritte seien, nur dann Klage auf Nichtigerklärung einer solchen Entscheidung erheben, wenn sie von dieser unmittelbar und individuell betroffen seien. Jedoch seien weder SCPA noch EMC von der streitigen Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen.

39 In diesem Zusammenhang führt sie insbesondere aus, daß die klagenden Unternehmen entgegen den Anforderungen der ständigen Rechtsprechung (Urteile vom 15. Juli 1963 in der Rechtssache 25/62, Plaumann/Kommission, Slg. 1963, 213, und vom 24. Februar 1987 in der Rechtssache 26/86, Deutz und Geldermann/Rat, Slg. 1987, 941) nicht wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, sie aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und daher in ähnlicher Weise individualisiert würden wie die Adressaten. Denn diese Unternehmen, die in der streitigen Entscheidung namentlich erwähnt würden, seien nicht am Verfahren vor der Kommission beteiligt gewesen, so daß sie nicht als von der Entscheidung individuell betroffen gelten könnten. Hierzu macht die Kommission insbesondere geltend, daß die klagenden Unternehmen entgegen dem im Urteil vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 169/84 (Cofaz u. a./Kommission, Slg. 1986, 391) aufgestellten Kriterien nicht von Anfang an am Verfahren beteiligt gewesen seien und nicht durch ihre Erklärungen den Verfahrensablauf weitgehend bestimmt hätten. Außerdem sei SCPA als Gesellschafterin der Kali-Export GmbH von der streitigen Entscheidung in gleicher Weise berührt wie der andere Gesellschafter des Kartells, Coposa, während sich EMC für ihre Ansicht, sie sei von einer Entscheidung über einen Zusammenschluß individuell betroffen, nicht darauf berufen könne, daß sie Gesellschafterin eines in diese Entscheidung einbezogenen Unternehmens sei (Urteil des Gerichts vom 28. Oktober 1993 in der Rechtssache T-83/92, Zunis Holding u. a./Kommission, Slg. 1993, II-1169). Schließlich reiche der Umstand, daß EMC zu 50 % an der Firma Potacan beteiligt sei, nicht aus, um sie als von der Entscheidung individuell betroffen zu betrachten, da die Zusage in bezug auf Potacan keinen Entscheidungscharakter habe.

40 Die als Streithelferinnen zugelassenen Unternehmen machen geltend, sie allein seien durch die von der Kommission aufgestellten Bedingungen betroffen. Diese Bedingungen könnten die Interessen der klagenden Unternehmen höchstens mit-

telbar berühren, was nach der Rechtsprechung kein hinreichender Grund sei, ihnen ein Klagerecht gegen sie zuzubilligen (Urteile vom 18. März 1975 in der Rechtsache 72/74, *Union syndicale Service public européen u. a./Rat*, Slg. 1975, 401, und vom 28. Oktober 1982 in der Rechtssache 135/81, *Groupement des agences de voyages/Kommission*, Slg. 1982, 3799).

- 41 Zur Begründung der Zulässigkeit ihrer Klagen machen die klagenden Unternehmen zunächst geltend, sie seien in der streitigen Entscheidung nicht nur namentlich bezeichnet, sondern stünden auch im Zentrum der Erwägungen und der Begründung der Kommission.
- 42 Ferner sei für die Feststellung, ob ein einzelner von einer Entscheidung individuell betroffen sei, nach der Rechtsprechung, insbesondere nach dem oben erwähnten Urteil *Cofaz u. a./Kommission*, zum einen der dem betreffenden Unternehmen entstandene Schaden und zum anderen die Rolle zu berücksichtigen, die dieses Unternehmen im Verfahren vor der Kommission gespielt habe.
- 43 Zum Schaden führen die klagenden Unternehmen aus, SCPA entstehe ein Schaden durch die Auflösung der *Kali-Export GmbH*, der sich unmittelbar aus dem zwangsweisen Rückzug von K + S aus der *Kali-Export GmbH* ergebe. Desgleichen bedeute die Verpflichtung von K + S, die Vertriebsbeziehungen zu SCPA zu beenden, für letztere notwendigerweise einen Schaden. Außerdem laufe der Umstand, daß die Kommission die Zusage von K + S, die Strukturen der Firma *Potacan* zu ändern, angenommen habe, auf die Anordnung einer Teilung der Produktion hinaus, die für EMC und *Potacan* sehr schädlich sei, jedoch im Gegensatz dazu für K + S sehr vorteilhaft sein könne. Was die zweite durch das Urteil *Cofaz u. a./Kommission* aufgestellte Voraussetzung angehe, sei erwiesen, daß die klagenden Unternehmen beide an dem Verfahren beteiligt gewesen seien, das zur streitigen Entscheidung geführt habe.
- 44 Schließlich erachten sich SCPA und EMC als durch diese Entscheidung wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften berührt.

- 45 SCPA sei bei ihren Verkäufen im Fernexport größtenteils von der Kali-Export GmbH abhängig, was sie deutlich von Coposa unterscheide: zwischen 50 % und 60 % der Ausfuhren von SCPA erfolgten über die Kali-Export GmbH, wobei die Verkäufe im Fernexport für sich genommen ungefähr 15 % ihres gesamten Absatzes darstellten. Die Lage von SCPA unterscheide sich auch dadurch von derjenigen von Coposa, daß das französische Unternehmen von der Bedingung im Zusammenhang mit der Lösung der Vertriebsbeziehungen zwischen ihr und K + S sowie von der die Firma Potacan betreffende Zusage betroffen sei. Auf alle Fälle ergebe sich aus dem zitierten Urteil Plaumann/Kommission nicht, daß nicht zwei oder mehrere Personen von derselben Entscheidung individuell betroffen sein könnten. Der Gerichtshof habe im Gegenteil mehrfach entschieden, daß von mehreren Personen erhobene Klagen alle für zulässig erklärt werden könnten (Urteile Cofaz u. a./Kommission, a. a. O., vom 13. Mai 1971 in den Rechtssachen 41/70 bis 44/70, International Fruit Company u. a./Kommission, Slg. 1971, 411, und vom 14. November 1984 in der Rechtssache 323/82, Intermills/Kommission, Slg. 1984, 3809).
- 46 Nach Ansicht der klagenden Unternehmen ist EMC von der streitigen Entscheidung unmittelbar betroffen. Diese beinhalte zum einen, daß K + S Änderungen der Struktur der Firma Potacan vorzuschlagen habe, die sowohl für diese als auch für EMC nachteilig seien, und führe zum anderen die Auflösung der Kali-Export GmbH herbei und nehme damit der Unternehmensgruppe EMC ihr Vertriebsnetz für den Fernexport. Im übrigen sei EMC Inhaberin sämtlicher Anteile an SCPA.
- 47 Zur Frage, ob sie von der streitigen Entscheidung unmittelbar betroffen seien, führen die klagenden Unternehmen aus, sowohl das Ausscheiden von SCPA aus der Kali-Export GmbH als auch die Lösung der bestehenden Vertriebsbeziehungen zwischen SCPA und K + S seien die unmittelbare Folge der erwähnten Entscheidung.
- 48 Vorab ist daran zu erinnern, daß nach Artikel 173 Absatz 4 des Vertrages eine natürliche oder juristische Person nur dann Klage gegen eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung erheben kann, wenn diese Entscheidung sie unmittelbar und individuell betrifft. Da die streitige Entscheidung an K + S, MdK und die Treuhand gerichtet ist, ist zu prüfen, ob die klagenden Unternehmen von ihr unmittelbar und individuell betroffen sind.

- 49 Zunächst ist zur Frage, ob die streitige Entscheidung die klagenden Unternehmen unmittelbar betrifft, festzustellen, daß die Bedingungen, von deren Einhaltung die Erklärung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt abhängig gemacht wurde, sich auf Zusagen der Beteiligten des Zusammenschlusses gegenüber der Kommission beziehen, deren Umsetzung die Lage von SCPA rechtlich wie tatsächlich berührt. Denn zum einen beeinträchtigt die Erfüllung der Bedingung, die das Ausscheiden von K + S/MdK aus der Kali-Export GmbH betrifft, im vorliegenden Fall den Fortbestand dieses Exportkartells selbst und somit insbesondere die Stellung von SCPA, die über kein Vertriebsnetz für den Absatz ihrer Erzeugnisse auf den Fernexportmärkten verfügt. Zum anderen umfaßt die Erfüllung der anderen Bedingung gemäß Artikel 1 des verfügenden Teils der streitigen Entscheidung die Auflösung der Vertriebsbeziehungen zwischen SCPA und K + S.
- 50 In bezug auf EMC geht aus der streitigen Entscheidung hervor, daß die Kommission annehmen muß, daß sie zusammen mit SCPA Teil einer gemeinsamen Einheit sei. Insbesondere wurde EMC in Randnummer 64 der streitigen Entscheidung gemeinsam mit SCPA als tatsächlicher Adressat der Bedingung bezüglich der Kali-Export GmbH betrachtet, obwohl formal nur SCPA an dem betreffenden Kartell beteiligt war. Im vorliegenden Fall findet die Verzahnung der beiden Gesellschaften ihre Grundlage in dem Umstand, daß EMC sämtliche Anteile an SCPA hält. Daher läßt sich im übrigen die Stellung von EMC in bezug auf die Klagebefugnis nicht anders als die von SCPA behandeln.
- 51 Schließlich können zwar die Bedingungen, mit denen die streitige Entscheidung der Kommission verbunden ist, die Interessen der klagenden Unternehmen nur insoweit berühren, als die Zusagen, auf die sie sich beziehen, von den Beteiligten des Zusammenschlusses in die Praxis umgesetzt werden. Da diese der Kommission gegenüber die Zusage abgegeben haben, als Gegenleistung für eine Erklärung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, kann jedoch kein Zweifel an der Festigkeit und der Konsequenz ihres Willens zur Einhaltung ihrer Zusagen bestehen, zumal die Kommission gemäß Artikel 8 Absatz 5 Buchstabe b ihre Entscheidung widerrufen kann, wenn die beteiligten Unternehmen einer darin vorgesehenen Auflage zuwiderhandeln (vgl. Urteil vom 17. Januar 1985 in der Rechtssache 11/82, Piraiki-Patraiki/Kommission, Slg. 1985, 207, Randnrn. 7 bis 9).

- 52 Daher sind SCPA und EMC als von der streitigen Entscheidung unmittelbar betroffen anzusehen, soweit diese die in Randnummer 49 des vorliegenden Urteils erwähnten Bedingungen enthält.
- 53 Zweitens ist zur Frage, ob die klagenden Unternehmen auch individuell betroffen sind, darauf hinzuweisen, daß, wie der Gerichtshof im erwähnten Urteil Plaumann/Kommission ausgeführt hat, wer nicht Adressat einer Entscheidung ist, nur dann geltend machen kann, von ihr individuell betroffen zu sein, wenn sie ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten.
- 54 Unter Berücksichtigung des Umstands, daß die Rechtsprechung des Gerichtshofes in diesem Zusammenhang der Rolle, die natürliche oder juristische Personen im vorprozessualen Verfahren gespielt haben, Gewicht beimißt (vgl. dahin gehend die Urteile vom 20. März 1985 in der Rechtssache 264/82, Timex/Rat und Kommission, Slg. 1985, 849, und Cofaz u. a./Kommission, a. a. O., Randnr. 24), ist zunächst auszuführen, daß die klagenden Unternehmen im Verwaltungsverfahren vor der Kommission Gelegenheit zur Abgabe von Erklärungen hatten, die die Kommission für die Zwecke der streitigen Entscheidung berücksichtigt hat. Insbesondere hat die Kommission nach den Akten aufgrund von Besorgnissen, die diese Unternehmen zum Ausdruck gebracht hatten, darauf verzichtet, aus der Zusage der Beteiligten des Zusammenschlusses bezüglich Potacan eine förmliche Bedingung für die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt zu machen.
- 55 Schließlich geht aus dem Text der streitigen Entscheidung selbst und insbesondere aus den Randnummern 51 bis 64 hervor, daß die Situation von EMC/SCPA bezüglich des betreffenden Zusammenschlusses diese deutlich aus dem Kreis der anderen in die Untersuchung einbezogenen Kalilieferanten heraushebt. Denn die Bedingungen, mit denen die Erklärung der Vereinbarkeit versehen ist, sind das Ergebnis der Beurteilung der sich aus dem Zusammenschluß ergebenden Wettbewerbsslage, die die Kommission unter Berücksichtigung hauptsächlich der Situation von EMC/SCPA als Bestandteil eines Duopols mit K + S/MdK vorgenommen hat.

- 56 Schließlich zeigt sich, daß diese Bedingungen, die auf die Entflechtung der Beziehungen zwischen K + S und EMC/SCPA abzielen, hauptsächlich die Interessen der letztgenannten Einheit betreffen und geeignet sind, deren Marktstellung erheblich zu beeinträchtigen.
- 57 Unter diesen Umständen kann der bloße Umstand, daß die Interessen von Coposa von einer der fraglichen Bedingungen, nämlich derjenigen bezüglich des Ausscheidens von K + S/MdK aus der Kali-Export GmbH, ebenfalls betroffen sind, für sich nicht ausschließen, daß die klagenden Unternehmen von der streitigen Entscheidung dadurch individuell betroffen sind, daß sie diese Bedingungen festlegt.
- 58 Somit ist festzustellen, daß die klagenden Unternehmen von der streitigen Entscheidung individuell betroffen sind, soweit sie die untersuchten Bedingungen enthält.
- 59 Daher ist der zweite Teil der von der Kommission erhobenen Einrede der Unzulässigkeit zurückzuweisen.

*Zur Möglichkeit, die streitige Entscheidung anzufechten, soweit sie die Zusage in bezug auf die Firma Potacan betrifft*

- 60 Die Kommission und die als Streithelferinnen zugelassenen Unternehmen machen geltend, daß der Teil der Entscheidung, der die Zusage in bezug auf die Firma Potacan betreffe, nicht einer Entscheidung gleichgestellt werden könne, die mit einer Klage gemäß Artikel 173 des Vertrages angefochten werden könne, denn sie könne keine verbindlichen Rechtswirkungen entfalten, die die Interessen der klagenden Unternehmen beeinträchtigen könnten. Diese Zusage sei nämlich nicht Gegenstand einer förmlichen Bedingung im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung. Die Kommission führt aus, sie habe die Zusage von K + S lediglich zur Kenntnis genommen.

- 61 Nach Ansicht der klagenden Unternehmen ist die von K + S abgegebene und von der Kommission angenommene Zusage einer Bedingung im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung gleichzustellen, da sie eine Verpflichtung von K + S schaffe. Die fragliche Zusage sei ähnlich wie die Verpflichtungserklärung der betroffenen Unternehmen in der Rechtssache „Zellstoff II“ (Urteil 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 Osakeyhtiö u. a./Kommission, Slg. 1993, I-1307) zu betrachten; in dieser Rechtssache habe der Gerichtshof die durch diese Erklärung der betroffenen Unternehmen begründeten Verpflichtungen mit Anordnungen zur Abstellung von Zuwiderhandlungen im Sinne von Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 gleichgesetzt.
- 62 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes sind alle Maßnahmen, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugen, welche die Interessen des Klägers durch einen Eingriff in seine Rechtsstellung beeinträchtigen, Handlungen oder Entscheidungen, gegen die die Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 des Vertrages gegeben ist (Urteil vom 11. November 1981 in der Rechtssache 60/81, IBM/Kommission, Slg. 1981, 2639, Randnr. 9).
- 63 Für die Feststellung, ob eine Handlung oder eine Entscheidung solche Wirkungen erzeugt, ist ihr Sachgehalt zu untersuchen.
- 64 Aus den Randnummern 65 und 67 der streitigen Entscheidung geht hervor, daß die Kommission zum einen die Zusage von K + S zur Kenntnis genommen hat, bis zum 30. Juni 1994 die Struktur von Potacan in einer solchen Weise umzuwandeln, daß jeder Partner in die Lage versetzt wird, aus Potacan erlangtes Kali jeweils unabhängig vom anderen Partner auf dem Markt der Gemeinschaft zu vermarkten, ohne diese Zusage jedoch zum Gegenstand einer förmlichen Auflage zu machen, und daß sie zum anderen davon ausgeht, daß K + S nach besten Kräften darauf hinwirkt, mit EMC/SCPA ein Einvernehmen über eine Umwandlung von Potacan zu erreichen, die den erwähnten Anforderungen gerecht wird.
- 65 In Randnummer 66 der streitigen Entscheidung wird ausgeführt, daß eine Umwandlung von Potacan nur im Einvernehmen mit dem französischen Partner bewirkt werden könne.

- 66 Somit zeigt sich, daß die Zusage von K + S letztlich zum Gegenstand hat, Verhandlungen mit EMC/SCPA im Hinblick auf eine Umwandlung von Potacan aufzunehmen.
- 67 Selbst wenn man daher davon ausgeht, daß der Teil der streitigen Entscheidung, der die Zusage von K + S bezüglich Potacan betrifft, für K + S rechtlich verbindlich ist, kann er jedenfalls keine verbindlichen Rechtswirkungen erzeugen, die die Interessen der Einheit EMC/SCPA durch einen Eingriff in ihre Rechtsstellung beeinträchtigen. Denn die Rechtsstellung von EMC/SCPA kann im vorliegenden Fall nur dann beeinträchtigt werden, wenn sie willentlich dazu beiträgt. Dies kommt im vorliegenden Fall der Feststellung gleich, daß der Teil der streitigen Entscheidung, der die Zusage in bezug auf Potacan betrifft, EMC/SCPA nicht unmittelbar betrifft.
- 68 Allerdings ist, wie dies der Generalanwalt in Nummer 38 seiner Schlußanträge getan hat, auf die Mehrdeutigkeit des Vorgehens der Kommission hinzuweisen, durch das, wie aus der in Randnummer 16 des vorliegenden Urteils wiedergegebenen Randnummer 67 der streitigen Entscheidung hervorgeht, das Verfahren nach der Verordnung und das Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 in unglücklicher Weise miteinander vermengt wurden.
- 69 Nach allem ist dem dritten Teil der von der Kommission erhobenen Rüge der Unzulässigkeit stattzugeben.

*Zum mangelnden Rechtsschutzinteresse*

- 70 Die als Streithelferinnen zugelassenen Unternehmen machen geltend, da die beiden Zusagen, zu denen sie aufgrund der im verfügbaren Teil der streitigen Entscheidung aufgestellten Bedingungen gezwungen gewesen seien, bereits erfüllt worden seien, hätten die klagenden Unternehmen kein Interesse mehr an der Nichtigerklärung der Bedingungen durch den Gerichtshof, die damit obsolet geworden seien. Hingegen erhebt die Kommission nicht die Einrede eines mangelnden Rechtsschutzinteresses der klagenden Unternehmen.

- 71 Nach Ansicht der klagenden Unternehmen ergibt sich aus dem Urteil vom 5. März 1980 in der Rechtssache 76/79 (Könecke/Kommission, Slg. 1980, 665), daß der Umstand, daß eine Entscheidung durchgeführt worden sei, kein Hindernis für eine Nichtigkeitsklage darstelle, da der Kläger sein gesamtes Interesse an der Nichtigkeitsklage als Grundlage einer möglichen Haftungsklage behalte.
- 72 Hierzu ist auszuführen, daß nach Artikel 37 Absatz 4 der EG-Satzung des Gerichtshofes mit den aufgrund des Beitritts gestellten Anträgen nur die Anträge einer Partei unterstützt werden können. Der Streithelfer muß zudem nach Artikel 93 § 4 der Verfahrensordnung den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in der dieser sich zur Zeit des Beitritts befindet. Daraus folgt, daß Streithelfer nicht zur Erhebung einer Unzulässigkeitseinrede befugt sind und daß der Gerichtshof die von ihnen hierzu vorgebrachten Rügen daher nicht zu prüfen braucht (vgl. dahin gehend Urteil vom 15. Juni 1993 in der Rechtssache C-225/91, Matra/Kommission, Slg. 1993, I-3203, Randnrn. 11 und 12).
- 73 Der Gerichtshof kann jedoch, wie er im Beschluß vom 24. September 1987 in der Rechtssache 134/87 (Vlachou/Rechnungshof, Slg. 1987, 3633, Randnr. 6) festgestellt hat, gemäß Artikel 92 § 2 der Verfahrensordnung jederzeit von Amts wegen prüfen, ob die Klage wegen Fehlens einer unverzichtbaren Prozeßvoraussetzung unzulässig ist.
- 74 Unabhängig davon, ob die von den als Streithelferinnen zugelassenen Unternehmen erhobene Einrede eine unverzichtbare Prozeßvoraussetzung betrifft, bestünde jedoch nach Randnummer 9 des erwähnten Urteils Könecke/Kommission für die Nichtigkeitsklage als Grundlage einer möglichen Haftungsklage selbst dann noch immer ein Interesse, wenn sich die Erfüllung der Verpflichtung des Organs, dem das für nichtig erklärte Handeln zur Last fällt, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergebenden Maßnahmen zu ergreifen, aufgrund der Umstände als unmöglich erweisen sollte.
- 75 Nach allem hat sich auf alle Fälle nicht gezeigt, daß bei den klagenden Unternehmen ein mangelndes Rechtsschutzinteresse festgestellt werden könnte.

## Begründetheit

### *Vorbringen der Klägerinnen*

- 76 Die Französische Republik und die klagenden Unternehmen beantragen die vollständige bzw. die teilweise Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung. Ihre verschiedenen Klagegründe überschneiden sich teilweise und lassen sich in vier Hauptklagegründe aufteilen, von denen die ersten beiden nur von der französischen Regierung vorgetragen werden. Da die letzten beiden Klagegründe von allen Klägerinnen gemeinsam vorgetragen werden, werden sie zusammen behandelt. Erstens habe die Kommission ihre Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden nicht eingehalten. Zweitens habe sie die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den deutschen Markt falsch gewürdigt. Drittens habe sie den Zusammenschluß auf dem Markt der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands falsch beurteilt. Viertens erlaube die Verordnung nicht, die Erklärung der Vereinbarkeit von Bedingungen und Auflagen abhängig zu machen, die Auswirkungen auf nicht am Zusammenschluß beteiligte Dritte hätten.

### A — Zur Nichterfüllung der Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden

- 77 Mit diesem Klagegrund rügt die französische Regierung, daß die Kommission ihre Verpflichtungen aus Artikel 19 der Verordnung nicht eingehalten habe, zum einen in enger und stetiger Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten zu bleiben, insbesondere ihnen so bald wie möglich die wichtigsten bei ihr eingereichten oder von ihr erstellten Schriftstücke zu übermitteln, und zum anderen den Beratenden Ausschuß in die Lage zu versetzen, seine Stellungnahme in Kenntnis sämtlicher Umstände abzugeben.
- 78 Zur ersten Verpflichtung führt die französische Regierung aus, die Kommission habe den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nicht rechtzeitig Angaben

übermittelt, die für die Beurteilung unerlässlich gewesen seien, ob die Beschreibung der in Rede stehenden Märkte und der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb zutreffend gewesen sei. Im vorliegenden Fall handele es sich um Zahlen, auf die sich die Kommission in ihrer Mitteilung der Bedenken gestützt habe und die die Aufteilung der Verkäufe der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer auf die Mitgliedstaaten, ausgedrückt in Mengen, beträfen. Auf wiederholtes Ersuchen der französischen Behörden (Dienststelle des Ministeriums für Wirtschaft für Wettbewerb und Ausrichtung der Tätigkeiten) habe die Kommission lediglich fernmündlich einige der angeforderten Angaben gemacht. Obwohl die französische Behörde ein neues Schreiben an die Kommission gerichtet habe, mit dem sie um Übermittlung sämtlicher erforderlicher Angaben und schriftliche Bestätigung der mündlich gemachten Angaben ersucht habe, habe die Kommission erst am 3. Dezember 1993, dem Tag, an dem der Beratende Ausschuß zusammengetreten sei, die am 18. Oktober 1993 erbetenen Angaben förmlich übermittelt. Zudem sei in dem Dokument mit diesen Angaben fälschlicherweise der Absatz von SCPA in Belgien und Luxemburg mit 221 000 t statt mit 22 000 t beziffert worden.

- 79 Zur zweiten Verpflichtung macht die französische Regierung geltend, daß die Aushändigung der Zahlenangaben anlässlich der Sitzung des Beratenden Ausschusses viel zu spät erfolgt sei. Diese Angaben hätten spätestens zusammen mit dem Entscheidungsentwurf übermittelt werden müssen, der der mindestens vierzehn Tage vor der Sitzung vorzunehmenden Einberufung des Beratenden Ausschusses beigefügt sei. Auf diese Weise habe die Kommission verhindert, daß der Beratende Ausschuß in voller Kenntnis der Umstände eine Stellungnahme zu dem Entscheidungsentwurf abgegeben habe.
- 80 Im Ergebnis macht die französische Regierung geltend, die Kommission habe die für den Erlaß der streitigen Entscheidung wesentlichen Formvorschriften verletzt und diese Verletzung habe wahrscheinlich zu einem anderen Ergebnis führen können, als erzielt worden wäre, wenn diese Formvorschriften beachtet worden wären (vgl. Urteil vom 21. März 1990 in der Rechtssache C-142/87, Belgien/Kommission, Slg. 1990, I-959).
- 81 Die Kommission bestreitet, daß die Angaben zu den von den verschiedenen in der Gemeinschaft tätigen Unternehmen in jedem Mitgliedstaat in den Verkehr gebrachten Kalimengen zu den wichtigsten Schriftstücken des bei ihr laufenden

Verfahrens im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung gehörten. Auf alle Fälle seien diese Angaben den französischen Behörden am 5. November 1993 — wegen Fortdauer der Untersuchung der Kommission unter dem Vorbehalt der Nachprüfung — telefonisch mitgeteilt worden.

- 82 Die Mitteilung der Beschwerdepunkte, die der französischen Regierung am 14. Oktober 1993 übermittelt worden sei, und der Entscheidungsentwurf, der am 16. November 1993 übersandt worden sei, enthielten alle wichtigen Einzelheiten einschließlich der Marktanteile der in der Gemeinschaft präsenten Wirtschaftsteilnehmer, so daß die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten hinreichend unterrichtet gewesen seien, um eine begründete Stellungnahme abgeben zu können. Die Angabe der in den Verkehr gebrachten Kalimengen habe nur dazu gedient, die Angaben zu den Marktanteilen zu untermauern.
- 83 Der Schreibfehler in bezug auf die von SCPA in Belgien und Luxemburg verkaufte Kalimenge habe die Stellungnahme des Beratenden Ausschusses wegen seiner Offensichtlichkeit nicht beeinflussen können. Diese falsche Angabe habe sich weder bei den in der zweiten Spalte des den belgisch-luxemburgischen Markt betreffenden Teils der Tabelle aufgeführten Marktanteilen noch beim Gesamtbetrag des diesem Markt zugerechneten Absatzes niedergeschlagen. Daher sei es unwahrscheinlich, daß die Mitglieder des Beratenden Ausschusses, die Sachverständige auf dem Gebiet von Zusammenschlüssen seien, durch den erwähnten Schreibfehler hätten in die Irre geführt werden können.
- 84 Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung verpflichtet die Kommission, „den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten binnen dreier Arbeitstage eine Kopie der Anmeldungen und so bald wie möglich die wichtigsten Schriftstücke, die in Anwendung dieser Verordnung bei ihr eingereicht oder von ihr erstellt werden“, zu übermitteln. In Absatz 2 dieser Bestimmung heißt es: „Die Kommission führt die in dieser Verordnung vorgesehenen Verfahren in enger und stetiger Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durch.“ Schließlich sieht Artikel 19 die Beteiligung von Vertretern der nationalen Behörden an einem ad hoc

eingerrichteten Beratenden Ausschuß vor, der die Aufgabe hat, anhand einer Darstellung des Sachverhalts unter Angabe der wichtigsten Schriftstücke sowie eines Entscheidungsentwurfs eine Stellungnahme abzugeben.

- 85 Im vorliegenden Fall ist nicht bestritten, daß die Kommission den französischen Behörden und dem Beratenden Ausschuß rechtzeitig sowohl die den Beteiligten, die das Zusammenschlußvorhaben angemeldet hatten, entgegengehaltenen Einwände als auch den Entwurf der Entscheidung über den betreffenden Zusammenschluß übermittelt hat.
- 86 Letzterer enthält insbesondere folgende Angaben:

#### Zum deutschen Markt

- Die deutschen Kalierzeuger verfügten über ein Quasimonopol auf dem deutschen Markt, der aus verschiedenen Gründen für Einfuhren sehr schwer durchdringbar sei.

#### Zum Markt der Gemeinschaft außer Deutschland

- Coposa halte einen Anteil von ungefähr 85 % am spanischen Markt. Im Unterschied zu Deutschland führe Spanien jedoch zunehmend in erheblichem Umfang Kali von dem britischen Erzeuger Cleveland Potash Ltd (im folgenden: CPL) und in geringerem Umfang von Erzeugern aus Drittländern wie DSW (ein israelischer Erzeuger) ein;

- SCPA kontrolliere den Vertrieb in Frankreich nicht in gleichem Umfang wie K + S in Deutschland. CPL sei es nämlich gelungen, dort ihr eigenes Vertriebsnetz einzurichten. Im übrigen könne anders als unter den Verhältnissen in Deutschland die Palette von Kalidüngern, die die französischen Bergwerke erzeugen könnten, auch aus Quellen außerhalb Frankreichs bezogen werden;
  
- K + S/MdK und SCPA hielten zusammen Marktanteile von ungefähr 50 % (15 % bis 20 % bei K + S, weniger als 10 % bei MdK und ungefähr 25 % bei SCPA). Jedoch belaufe sich unter Berücksichtigung des Umstands, daß SCPA auch große Kalimengen anderer Erzeuger, insbesondere aus Drittländern eingeführte Erzeugnisse, vermarkte, der Gesamtanteil der von K + S/MdK sowie SCPA kontrollierten Verkäufe auf insgesamt ungefähr 60 %;
  
- die Einfuhren aus der Gemeinschaft Unabhängiger Staaten beliefen sich auf 8 % (ungefähr 5 %, wenn man die Einfuhren aus der GUS ausnehme, die über SCPA kanalisiert würden);
  
- CPL halte einen Marktanteil von 15 %;
  
- Coposa halte einen Marktanteil von weniger als 10 %;
  
- DSW halte einen Marktanteil von etwas mehr als 5 %;
  
- PCA (ein kanadischer Erzeuger) halte einen Marktanteil von weniger als 5 %;
  
- Canpotex (ein kanadischer Erzeuger) halte einen Marktanteil von weniger als 1 %;
  
- APC (ein jordanischer Erzeuger) halte einen Marktanteil von weniger als 1 %;

— alle Mitgliedstaaten mit Ausnahme Deutschlands führten unabhängig davon, ob es bei ihnen eine eigene Kalierzeugung gebe, in erheblichem Umfang aus anderen Mitgliedstaaten und mitunter aus Drittländern ein.

87 Daher kann das Dokument, in dem die Aufteilung der Verkäufe der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer auf die Mitgliedstaaten detailliert angegeben ist, nicht als eines der wichtigsten Schriftstücke angesehen werden, die die Kommission gemäß Artikel 19 der Verordnung zum einen so bald wie möglich den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten zu übermitteln und zum anderen in der Sachverhaltsdarstellung anzugeben hat, die der Einberufung des Beratenden Ausschusses beizufügen ist. Die in diesem Dokument enthaltenen Angaben können nämlich die Bestandsaufnahme des Marktes, die sich aus den im Entscheidungsentwurf enthaltenen und in Randnummer 86 des vorliegenden Urteils erwähnten Angaben ergibt, nicht in Frage stellen. Das gleiche gilt auch für die in diesem Dokument enthaltene Angabe über den Kaliabsatz von SCPA in Belgien und Luxemburg, von der sich, wie die Kommission zu Recht ausführt, aus den übrigen, zutreffenden Zahlenangaben im Dokument ergibt, daß sie falsch ist.

88 Daher erweist es sich im vorliegenden Fall nicht, daß die Kommission ihre Verpflichtungen aus Artikel 19 der Verordnung verletzt hätte.

89 Dieser erste Klagegrund ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

B — Zur falschen Würdigung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den deutschen Markt

90 Die französische Regierung rügt, daß die Kommission die Verordnung dadurch unrichtig angewandt habe, daß sie gemäß der Theorie der Verteidigung der zahlungsunfähigen Gesellschaft („Failing company defence“) und ohne eine Bedingung aufzustellen, einen Zusammenschluß genehmigt habe, der zur Schaffung eines Monopols auf dem deutschen Kalimarkt führe.

91 Zur unrichtigen Anwendung dieser Theorie verweist die französische Regierung darauf, daß es sich um eine aus der amerikanischen Antitrustregelung hervorgegangene Theorie handele, nach der ein Zusammenschluß nur dann als Ursache der Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung angesehen werden könne, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt seien:

- a) Eines der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen befinde sich in einer solchen Situation, daß es nicht in der Lage sein werde, seine Verpflichtungen in naher Zukunft zu erfüllen;
- b) es sei im Sinne von Kapitel 11 des Bankruptcy Act unfähig, sich mit Aussicht auf Erfolg umzustrukturieren;
- c) es gebe keine anderen, weniger wettbewerbsschädlichen Lösungen als den Zusammenschluß;
- d) das zahlungsunfähige Unternehmen würde aus dem Markt ausscheiden, wenn der Zusammenschluß nicht vollzogen würde.

92 Die Kommission habe sich auf die Theorie der Failing company defence bezogen, ohne alle in der amerikanischen Antitrustregelung verwendeten Kriterien, insbesondere die unter a und b zu berücksichtigen, obwohl nur die Anwendung der amerikanischen Kriterien insgesamt die Umsetzung einer Ausnahmeregelung gewährleiste, deren Anwendung nicht zur Verschlimmerung einer bereits verschlechterten Wettbewerbslage führen würde.

93 Die Kommission, die die Ansicht vertreten habe, daß K + S auf alle Fälle den Marktanteil von MdK in Deutschland übernehmen würde, habe willkürlich das Kriterium der Absorption von Marktanteilen eingeführt.

- 94 Die Absorption des Marktanteils von MdK durch K + S im Fall des Ausscheidens von MdK beweise, daß der deutsche Markt für den Wettbewerb undurchdringlich sei, erlaube jedoch nicht, den wettbewerbsschädlichen Charakter des Zusammenschlusses zu übergehen.
- 95 Im übrigen habe die Kommission nicht dargetan, daß die von ihr angewandten Kriterien des Ausscheidens des Unternehmens aus dem Markt und des Fehlens einer weniger wettbewerbsschädlichen Erwerbsoption im vorliegenden Fall tatsächlich erfüllt seien.
- 96 Zum angeblichen Ausscheiden von MdK aus dem Markt, wenn der Zusammenschluß nicht erfolgt, führt die französische Regierung aus, daß die Kommission völlig die Möglichkeit außer acht gelassen habe, daß MdK nach einem mit finanzieller Beihilfe durch die Treuhand unter Beachtung der Artikel 92 und 93 EG-Vertrag vollzogenen selbständigen Umstrukturierungsprozeß wieder rentabel werden könnte.
- 97 Schließlich habe die Kommission nicht dargetan, daß es keine andere, weniger wettbewerbsschädliche Möglichkeit gebe. Die bei MdK vertretenen Gewerkschaften hätten mangelnde Transparenz im Ausschreibungsverfahren gerügt.
- 98 Zum Fehlen der Voraussetzungen für die Genehmigung des Zusammenschlusses auf dem deutschen Markt macht die französische Regierung geltend, die streitige Entscheidung sei auf jeden Fall mit einem offensichtlichen Beurteilungsfehler behaftet und verstoße gegen Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung, soweit sie den Zusammenschluß auf dem deutschen Markt, auf dem das Unternehmen 98 % der Marktanteile halte, ohne irgendeine Bedingung genehmige. Es sei nämlich offensichtlich, daß der betreffende Zusammenschluß die beherrschende Stellung von K + S in Deutschland verstärke und dadurch der Wettbewerb auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes erheblich behindert werde.

- 99 Das in den Artikeln 2 und 3 Buchstabe j EG-Vertrag genannte Ziel der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts, an das auch in der dreizehnten Begründungserwägung der Verordnung, auf die die Kommission in ihrer Entscheidung verweise, erinnert werde, sei zwar bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen zu berücksichtigen, könne jedoch keinesfalls eine Genehmigung rechtfertigen, die das wesentliche Ziel der gemeinschaftlichen Fusionskontrolle, das im Schutz des Wettbewerbs bestehe, vereitele. Letztlich hätte die Kommission nur dann den Zusammenschluß unter Berufung auf das Ziel der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts genehmigen dürfen, wenn die anmeldenden Unternehmen wie die Firma Nestlé in der Entscheidung 92/553/EWG der Kommission vom 22. Juli 1992 betreffend ein Verfahren nach der Verordnung Nr. 4064/89 (Fall Nr. IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (ABl. L 356, S. 1; im folgenden: Nestlé/Perrier-Entscheidung) genaue und ausreichende Zusagen über die Öffnung des betreffenden Marktes für den Wettbewerb abgegeben hätten.
- 100 Die Kommission räumt ein, daß sie sich in der Entscheidung die amerikanische Theorie der „Failing company defence“ nicht vollständig zu eigen gemacht habe. Sie vermag jedoch nicht zu erkennen, inwiefern dies die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung beeinträchtigen könne.
- 101 Im übrigen meint sie, hinreichend dargetan zu haben, daß die Kriterien, die sie für die Anwendung der Theorie der „Failing company defence“ angewandt habe, im vorliegenden Fall tatsächlich erfüllt seien.
- 102 Zur Gefahr eines schnellen Ausscheidens von MdK aus dem Markt, wenn sie nicht von einem anderen Wirtschaftsteilnehmer übernommen werde, verweist die Kommission darauf, daß sie in den Randnummern 76 und 77 der angefochtenen Entscheidung festgestellt habe, daß von der Treuhand nicht erwartet werden könne, auf Dauer die Verluste eines wirtschaftlich nicht mehr lebensfähigen Unternehmens durch staatliche Finanzmittel abzudecken, und daß die Stilllegung von MdK mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft erwartet werden könne, auch wenn diese aus sozial-, regional- oder allgemeinen politischen Erwägungen vielleicht nicht unmittelbar bevorstehen möge.

- 103 Schließlich sei nicht bestritten, daß der Marktanteil von MdK in Deutschland aller Wahrscheinlichkeit nach von K + S übernommen würde.
- 104 Zu der Voraussetzung, daß es keine weniger wettbewerbsschädliche Alternative für den Erwerb von MdK gebe, verweist die Kommission auf die Randnummern 81 bis 90 der streitigen Entscheidung. Ferner macht sie geltend, die französische Regierung habe nicht dargetan, inwiefern die Beanstandungen der bei MdK vertretenen Gewerkschaften ihre Beurteilung in Frage stellen könnten. Im übrigen habe sie sich nicht mit der Feststellung begnügt, daß die Ausschreibung es nicht ermöglicht habe, einen anderen Erwerber zu finden, sondern sie habe selbst eine ergänzende Untersuchung angestellt.
- 105 Zum Fehlen der Voraussetzungen für die Genehmigung des Zusammenschlusses auf dem deutschen Markt führt die Kommission aus, daß die französische Regierung nicht genau angebe, welche Zusagen K + S und MdK in bezug auf die Öffnung des deutschen Marktes für den Wettbewerb hätten abgeben können. Die französische Regierung könne sich nicht mit Erfolg auf die erwähnte Entscheidung Nestlé/Perrier berufen. In dieser Entscheidung habe der Zusammenschluß aufgrund bestimmter Zusagen in bezug auf die Struktur des Wettbewerbs auf dem Markt für das betreffende Erzeugnis genehmigt werden können. Im vorliegenden Fall müsse jedoch für die Öffnung des deutschen Marktes für den Wettbewerb nicht nur die Wettbewerbsstruktur, sondern auch das Verhalten der Käufer geändert werden. Selbst wenn das Mittel zur Öffnung des Marktes struktureller Art habe sein können, habe sich keine weniger wettbewerbsschädliche Lösung für den Erwerb von MdK ergeben.
- 106 Die deutsche Regierung macht geltend, gemäß Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung sei die Untersagung eines Zusammenschlusses nur dann gerechtfertigt, wenn dieser zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse führe. Es fehle jedoch an einem Kausalzusammenhang zwischen dem Zusammenschluß und seinen Auswirkungen auf den Wettbewerb, wenn ohne den Zusammenschluß die gleiche Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen zu erwarten wäre. Dies sei dann der Fall, wenn die drei von der Kommission aufgestellten Voraussetzungen erfüllt seien.

- 107 Die deutsche Regierung ist im Gegensatz zur französischen Regierung der Ansicht, die Kommission habe hinreichend dargetan, daß die von ihr aufgestellten Voraussetzungen erfüllt seien. Erstens sei MdK allein nicht lebensfähig, d. h. eine Sanierung unter Beibehaltung der Selbständigkeit des Unternehmens sei nicht möglich. Die Kommission habe in Randnummer 76 der streitigen Entscheidung substantiiert begründet, daß MdK bei Beibehaltung der 100 %igen Beteiligung der Treuhand langfristig nicht sanierungsfähig sei. Zweitens unterliege es keinem Zweifel, daß der Marktanteil von MdK automatisch K + S zufallen würde, da diese nach dem Ausscheiden von MdK allein auf dem betreffenden Markt verbleiben würde und da es sich in diesem Zusammenhang um eine zentrale Voraussetzung handele. Drittens habe die Kommission umfassend begründet, daß eine alternative Möglichkeit des Erwerbs von MdK nicht gegeben sei.
- 108 Zur Genehmigung des Zusammenschlusses auf dem deutschen Markt ohne Bedingungen und Auflagen führt die deutsche Regierung aus, daß in Ermangelung eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Zusammenschluß und der Verstärkung einer beherrschenden Stellung eine der Voraussetzungen für den Erlaß einer untersagenden Entscheidung gemäß Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung nicht erfüllt sei. Daher sei der Zusammenschluß ohne Auflagen und Bedingungen zu genehmigen gewesen.
- 109 Vorab ist darauf hinzuweisen, daß gemäß Artikel 2 Absatz 2 der Verordnung „Zusammenschlüsse, die keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, ... für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären [sind]“.
- 110 Daher ist ein Zusammenschluß für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären, wenn er nicht zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führt, durch die die Wettbewerbssituation auf dem betreffenden Markt erheblich beeinträchtigt würde.

111 Aus Randnummer 71 der streitigen Entscheidung ergibt sich, daß nach Ansicht der Kommission ein Zusammenschluß, der normalerweise als zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung des erwerbenden Unternehmens führend zu sehen wäre, als nicht ursächlich für diese Marktstellung angesehen werden kann, wenn der Erwerber im Fall einer Untersagung des Zusammenschlusses zwangsläufig ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung erlangen oder verstärken würde. In derselben Randnummer wird festgestellt, daß allgemein ein Zusammenschluß nicht kausal für die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur sei, wenn feststehe,

— daß das erworbene Unternehmen ohne die Übernahme durch ein anderes Unternehmen kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde,

— daß die Marktposition des erworbenen Unternehmens im Falle seines Ausscheidens aus dem Markt dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen würde,

— daß es keine weniger wettbewerbschädliche Erwerbsalternative gebe.

112 Erstens ist es für sich genommen kein Grund für die Ungültigkeit der streitigen Entscheidung, daß sich die von der Kommission für den Schluß auf das Nichtvorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Zusammenschluß und der Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur aufgestellten Voraussetzungen nicht vollständig mit den im Rahmen der amerikanischen Theorie der „Failing company defence“ zugrunde gelegten Kriterien decken. Denn nur der Umstand, daß die von der Kommission aufgestellten Voraussetzungen nicht geeignet wären, die Ursächlichkeit eines Zusammenschlusses für die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur des Marktes auszuschließen, könnte einen Grund für die Ungültigkeit der streitigen Entscheidung darstellen.

113 Im vorliegenden Fall bestreitet die französische Regierung die Stichhaltigkeit des Kriteriums, daß zu prüfen ist, ob das erwerbende Unternehmen auf jeden Fall den Marktanteil des erworbenen Unternehmens erhalten würde, wenn dieses aus dem Markt ausschiede.

- 114 Jedoch könnte ohne dieses Kriterium ein Zusammenschluß, sofern die übrigen Kriterien erfüllt wären, selbst dann als nicht kausal für die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur des Marktes angesehen werden, wenn sich zeigen würde, daß das erwerbende Unternehmen ohne den Zusammenschluß nicht den gesamten Marktanteil des erworbenen Unternehmens erhielte. So könnte das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Zusammenschluß und der Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur des Marktes selbst dann verneint werden, wenn ohne den Zusammenschluß die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur des Marktes geringer ausfiele.
- 115 Die Einführung dieses Kriteriums soll nämlich gewährleisten, daß das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Zusammenschluß und der Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur des Marktes nur dann ausgeschlossen werden kann, wenn die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur, zu der es nach dem Zusammenschluß kommt, auch ohne diesen in gleicher Weise eintreten würde.
- 116 Obwohl die Kommission das Kriterium der Absorbierung der Marktanteile allein selbst nicht als ausreichend erachtet, um die Schädlichkeit des Zusammenschlusses für den Wettbewerb auszuschließen, bietet es doch mit Gewähr für die Neutralität des genannten Vorgangs in bezug auf die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur des Marktes, was dem Kausalitätsbegriff des Artikels 2 Absatz 2 der Verordnung Nr. 4064/89 entspricht.
- 117 Zu der Rüge, die Kommission habe nicht dargetan, daß MdK ohne den Zusammenschluß unausweichlich aus dem Markt ausscheiden würde, ist auszuführen, daß die Kommission in Randnummer 73 der streitigen Entscheidung festgestellt hat, daß MdK auch nach ihrer zum 1. Januar 1993 beendeten Umstrukturierung im Lauf des ersten Quartals weiter erhebliche Verluste erlitten habe. Die schwierige wirtschaftliche Situation von MdK sei im wesentlichen auf ihre veraltete Betriebsstruktur und die Absatzkrise zurückzuführen, die insbesondere auf das Wegbrechen der Märkte in Osteuropa zurückzuführen sei. Auch fehle es MdK an einem leistungsfähigen Vertriebsapparat (vgl. Randnummern 74 und 75 der streitigen Entscheidung).

- 118 In Randnummer 76 der streitigen Entscheidung hob die Kommission hervor, daß MdK ihren Betrieb bisher nur dank des Eingreifens der Treuhand habe fortsetzen können, die ihre Verluste ständig abgedeckt habe. Die Verluste von MdK könnten jedoch nicht auf Dauer von der Treuhand mit Hilfe staatlicher Beihilfen gedeckt werden, da eine solche Lösung auf alle Fälle mit den Beihilferegeln des Vertrages unvereinbar sei.
- 119 Nach allem kann nicht beanstandet werden, daß die Kommission ausgeführt hat, MdK sei wirtschaftlich nicht mehr lebensfähig und werde, auf sich allein gestellt, wahrscheinlich auch dann auf Dauer Verluste erwirtschaften, wenn ihm von der Treuhand die gleichen Finanzmittel zu Sanierungszwecken zur Verfügung gestellt würden, wie sie im Rahmen des beabsichtigten Zusammenschlusses vorgesehen seien.
- 120 Daher kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Prognose der Kommission, ohne Übernahme durch ein Privatunternehmen sei die Stilllegung von MdK in naher Zukunft sehr wahrscheinlich, nicht auf schlüssigen Beweisen beruht.
- 121 Schließlich ist daran zu erinnern, daß die Rüge der französischen Regierung bezüglich der Voraussetzung, daß es keine weniger wettbewerbsschädliche Alternative für den Erwerb von MdK gebe, dahin geht, daß die Kommission wegen der fehlenden Transparenz im Ausschreibungsverfahren die Erfüllung dieser Voraussetzung nicht dargetan habe.
- 122 Hierzu genügt die Feststellung, daß die französische Regierung nur ausgeführt hat, die bei MdK vertretenen Gewerkschaften hätten mangelnde Transparenz im Ausschreibungsverfahren gerügt, und daß sie keine erläuternden Angaben dazu gemacht hat, worin dieser angebliche Mangel an Transparenz bestanden haben soll.

- 123 Da diese Rüge in keiner Weise erläutert worden ist, kann sie nicht durchgreifen.
- 124 Nach allem konnte das Fehlen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Zusammenschluß und der Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur auf dem deutschen Markt nicht stichhaltig in Frage gestellt werden. Daher ist festzustellen, daß der Zusammenschluß in bezug auf diesen Markt dem in Artikel 2 Absatz 2 der Verordnung aufgestellten Kriterium entspricht, so daß er ohne Änderungen für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden konnte. Entgegen dem Vorbringen der französischen Regierung würde es demnach dieser Feststellung widersprechen, wenn verlangt würde, daß die Kommission ihre Erklärung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses bezüglich des deutschen Marktes mit irgendeiner Bedingung versehen würde.
- 125 Daher ist der zweite Klagegrund als unbegründet zurückzuweisen.

C — Zur unrichtigen Beurteilung des Zusammenschlusses auf dem Markt der Gemeinschaft außer Deutschland

- 126 Mit diesem Klagegrund rügen die französische Regierung sowie SCPA und EMC, die Kommission habe erstens den geographischen Markt außerhalb Deutschlands falsch abgegrenzt, zweitens die Verordnung so ausgelegt, daß sie für kollektive beherrschende Stellungen gelte, und drittens den Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung falsch ausgelegt.

1. Zur Abgrenzung des relevanten geographischen Marktes

- 127 Nach Ansicht der Klägerinnen ist die Festlegung der Gemeinschaft außer Deutschland als gesonderter geographisch relevanter Markt für Kali nicht hinreichend begründet und beruht auf einer falschen und auf alle Fälle unvollständigen Beurteilung der zu berücksichtigenden Umstände. Die Kommission habe im übrigen völlig heterogene Wettbewerbssituationen miteinander vermischt.

- 128 So habe die Kommission Staaten ohne inländische Erzeugung, Erzeugerstaaten wie Spanien und das Vereinigte Königreich, in denen die Erzeugung strukturell mindestens so hoch wie der Verbrauch sei, und Erzeugerstaaten wie Frankreich, in denen die Erzeugung strukturell unter dem Verbrauch liege, auf eine Stufe gestellt.
- 129 Die französische Regierung macht geltend, daß praktisch der gesamte innergemeinschaftliche Handelsverkehr in einer Richtung verlaufe und nicht aus gegenseitigem Austausch bestehe, der einen wirklich homogenen Markt kennzeichne. Die Mitgliedstaaten ohne eigene Erzeugung führten ausschließlich ein, Spanien führe nur aus dem Vereinigten Königreich ein und führe nichts aus, Frankreich führe aus Deutschland, Spanien und dem Vereinigten Königreich ein, exportiere jedoch praktisch nichts, und das Vereinigte Königreich schließlich führe viel aus Deutschland ein, führe jedoch dorthin nur unbedeutende Mengen aus.
- 130 Im übrigen seien die Einkaufsstrategien der Mitgliedstaaten unterschiedlich. Frankreich erhalte zwischen den drei anderen Erzeugerstaaten verhältnismäßig ausgeglichene Lieferungen und führe auch aus Drittländern ein. Hingegen kämen die Einfuhren in das Vereinigte Königreich im wesentlichen aus Deutschland. Von den Staaten, die über keine Erzeugung verfügten, führten Irland und Portugal ausschließlich Kali mit Ursprung in der Gemeinschaft ein, während Dänemark, Belgien und Luxemburg ungefähr ein Viertel ihres Verbrauchs und Italien sowie die Niederlande mehr als die Hälfte aus Drittländern einführten.
- 131 Ein weiterer Beweis für die fehlende Homogenität des relevanten Marktes ergebe sich aus einer Untersuchung der Marktanteile der Lieferanten, die sich von einem Staat zum anderen stark unterschieden. Tatsächlich sei nur K + S in allen Mitgliedstaaten, allerdings mit Ausnahme Spaniens, präsent.

- 132 Im übrigen sei der Konzentrationsgrad des Angebots in Spanien, Frankreich und Belgien/Luxemburg hoch. Dies spreche grundsätzlich für eine Lösung, die in der Abtrennung der Märkte mit einer solchen Konzentration bestehe.
- 133 Auch eine Untersuchung der Merkmale der Nachfrage bestätige, daß im vorliegenden Fall kein geographischer Markt bestehe, der aus allen Mitgliedstaaten außer Deutschland gebildet werde. Denn die Beurteilung der Austauschbarkeit der Erzeugnisse durch die Kommission sei falsch, da die Auswahl der Kalierzeugnisse von der geologischen Beschaffenheit des Bodens, der landwirtschaftlichen Fläche, den Gewohnheiten der Verbraucher und der Agrarpolitik sowie dem Vorhandensein einer örtlichen Kaliindustrie abhängen. So werde im Vereinigten Königreich beinahe doppelt so viel Kali wie in Italien und in Belgien/Luxemburg dreimal so viel wie in den Niederlanden verkauft, wobei die Größe der Staaten vergleichbar sei. In Portugal werde zwölfmal weniger Kali verkauft als in Dänemark.
- 134 Die Klägerinnen bestreiten die Zuverlässigkeit der Untersuchung der Transportkosten und der Kalipreise innerhalb des Referenzmarkts durch die Kommission. In bezug auf die Transportkosten beschränke sich die Kommission im wesentlichen auf die Behauptung, es zeige sich, daß sie die Handelsströme nicht behinderten. Insbesondere der Umstand, daß es keinen Handelsstrom vom Vereinigten Königreich nach Italien und von Spanien in die Niederlande oder nach Dänemark gebe, erlaube es, einen fehlenden Einfluß der Transportkosten auf die Lieferungen zu bezweifeln. In bezug auf die Preise habe es die Kommission unterlassen, eine vergleichende Untersuchung der von den verschiedenen Wirtschaftsteilnehmern in den einzelnen Mitgliedstaaten praktizierten Preise vorzunehmen. Die französische Regierung macht geltend, die Kommission habe ihre Beurteilung der Transportkosten und der Preise nur auf einige von K + S gemachte Angaben und auf fünf Jahre alte Statistiken gestützt.
- 135 Die Kommission hätte den spanischen und den französischen Markt abtrennen müssen, die wegen ihrer besonderen Merkmale Wettbewerbsbedingungen aufwiesen, die mit denjenigen in den anderen Mitgliedstaaten nicht vergleichbar seien. Insbesondere weise der spanische Markt ähnliche Merkmale wie der deutsche

Markt auf, während sich der französische Markt von den anderen nationalen Märkten durch eine Erzeugung, die niedriger als der Verbrauch sei, und durch das Vorhandensein eines weitgehend vorherrschenden großen Wirtschaftsteilnehmers deutlich unterscheide.

- 136 Die Kommission erwidert, es bedeute keine falsche Abgrenzung des relevanten geographischen Marktes, wenn Mitgliedstaaten, die über keine inländische Erzeugung verfügten oder deren inländische Erzeugung höher oder niedriger als der Verbrauch sei, in ein und denselben Markt einbezogen würden. Auch schliesse das Vorliegen einseitiger Handelsströme auf dem abgegrenzten geographischen Markt nach der wirtschaftswissenschaftlichen Lehre nicht aus, daß dieser in bezug auf die Wettbewerbsbedingungen homogen sei.
- 137 Die mehr oder weniger erhebliche Präsenz von Erzeugern eines bestimmten geographischen Gebietes auf dem Markt eines anderen geographischen Gebietes sei mit den Absatzstrategien der Lieferanten zu erklären, die es aus unterschiedlichen Gründen vorzögen, ihre Anstrengungen auf ein bestimmtes geographisches Gebiet zu konzentrieren. Die angeblichen Einkaufsstrategien der Mitgliedstaaten deuteten als solche nicht auf das Fehlen hinreichend homogener Wettbewerbsbedingungen hin.
- 138 Zum Argument mit den beträchtlichen Unterschieden der Marktanteile der Lieferanten von einem Mitgliedstaat zum anderen wendet die Kommission ein, daß diese Unterschiede nicht als solche als Beweis dafür angesehen werden könnten, daß die Lieferanten die Märkte nicht durchdringen könnten und daß daher unterschiedliche geographische Märkte vorlägen. Daher stelle dieses Kriterium keinen ausschlaggebenden Faktor für die Festlegung des relevanten geographischen Marktes dar.
- 139 Der verhältnismäßig hohe Konzentrationsgrad des Angebots in bestimmten Mitgliedstaaten sei auch kein maßgebendes Kriterium für die Abgrenzung eines getrennten Marktes, insbesondere wenn zwischen diesen Mitgliedstaaten umfangreiche Handelsströme beständen.

- 140 Zu den Merkmalen der Nachfrage nach Kalierzeugnissen verweist die Kommission darauf, daß sie bereits festgestellt habe, daß es zum einen einen hohen Grad der Austauschbarkeit gebe, da die Kunden in keinem Staat, mit Ausnahme Deutschlands, den inländischen Erzeugnissen eindeutig den Vorzug gäben, und daß zum anderen alle Gemeinschaftserzeuger des betreffenden Sektors zur Herstellung der verschiedenen Sorten Kali in der Lage seien. Trotz der erheblichen Unterschiede zwischen den in den verschiedenen Mitgliedstaaten verbrauchten Kalimengen werde Kali in nicht unerheblichen Mengen in der gesamten Gemeinschaft außerhalb Deutschlands verkauft. Letztlich belege im vorliegenden Fall nichts, daß die Struktur der Nachfrage für getrennte nationale Märkte spreche.
- 141 Die Kommission bestreitet, daß ihre Analyse der Transportkosten oberflächlich oder unrichtig sei. Zur Begründung wendet sie ein, daß das Fehlen von Handelsströmen zwischen Hersteller- und Einfuhrländern nicht notwendigerweise durch die Transportkosten verursacht werde. Andererseits beweise das Vorhandensein von Handelsströmen zwischen bestimmten Nachbarstaaten, daß die Transportkosten kein Hindernis seien. Die Kalipreise in den Mitgliedstaaten mit Ausnahme Deutschlands wiesen unerhebliche Unterschiede auf. Denn die größte Preisdifferenz zwischen den anderen Mitgliedstaaten als Deutschland betrage 10 %, während sie gegenüber Deutschland niemals unter 15 % liege.
- 142 Schließlich könnten weder der spanische noch der französische Markt als unterschiedliche relevante Märkte betrachtet werden. Der spanische Markt sei mit seinen 16 % Einfuhren offener als der deutsche Markt, auf dem die Einfuhren nur einen Anteil von 2 % ausmachten. Im übrigen wachse der Anteil von Einfuhren auf dem spanischen Markt zu Lasten des Marktanteils von Coposa. Auch könnten die Kalierzeugnisse der anderen Mitgliedstaaten außer Deutschland weitgehend spanische Kalierzeugnisse ersetzen. Schließlich bestünden keine erheblichen Unterschiede zwischen dem Kalipreis in Spanien und in der übrigen Gemeinschaft außerhalb Deutschlands. Zum französischen Markt führt die Kommission aus, er werde sogar in weit größerem Umfang durch Einfuhren versorgt als der spanische Markt. Im übrigen gälten die Erwägungen, die sie in bezug auf die Preise und die Austauschbarkeit der spanischen Kalierzeugnisse angestellt habe, entsprechend

auch für die französischen Erzeugnisse. Auch glichen die in diesen beiden Mitgliedstaaten angewandten Vertriebsmethoden denjenigen, die in der übrigen Gemeinschaft mit Ausnahme Deutschlands angewandt würden.

- 143 Vorab ist darauf hinzuweisen, daß die angemessene Festlegung des relevanten Marktes eine notwendige Voraussetzung für jede Beurteilung des Einflusses eines Zusammenschlusses auf den Wettbewerb ist. Im Zusammenhang mit der Anwendung der Verordnung, wie sie im vorliegenden Fall beabsichtigt ist, besteht der relevante geographische Markt aus einem abgegrenzten räumlichen Bereich, in dem das relevante Erzeugnis vertrieben wird und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind, um eine vernünftige Einschätzung der Auswirkungen des angemeldeten Zusammenschlusses auf den Wettbewerb zu ermöglichen (vgl. Urteil vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207, Randnrn. 11 und 44).
- 144 Es steht fest, daß alle Mitgliedstaaten mit Ausnahme Deutschlands erhebliche Mengen Kali aus anderen Mitgliedstaaten und mitunter aus Drittländern einführen. So führt Spanien, dessen inländischer Erzeuger, Coposa, von allen Erzeugern in der Gemeinschaft die am stärksten gefestigte Stellung auf seinem Heimatmarkt hat, Kali im Umfang von mehr als 15 % des spanischen Marktes ein. Frankreich führt Kali im Umfang von mehr als 20 % seines Marktes, das Vereinigte Königreich im Umfang von mehr als 50 % seines Marktes ein. Die anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft außer Deutschland verfügen über keine eigene Erzeugung und sind daher notwendigerweise von Einfuhren abhängig.
- 145 Wie aus den Randnummern 53 und 56 der streitigen Entscheidung hervorgeht, halten die Erzeuger aus Drittländern in der Gemeinschaft mit Ausnahme Deutschlands einen Anteil am freien Markt für Kali von ungefähr 15 %. Diese Angabe wird im übrigen durch die Zahlen bestätigt, die in dem im Verwaltungsverfahren vorgelegten, in den Randnummern 78 ff. des vorliegenden Urteils erwähnten Dokument enthalten sind, das die Aufteilung der Verkäufe der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer auf die Mitgliedstaaten im Detail wiedergibt.

- 146 Ein geographischer Raum wie derjenige, um den es im vorliegenden Fall geht, bildet grundsätzlich ein für den Wettbewerb offenes Gebiet, da er sich für den Verkehr sowohl von Kali mit innergemeinschaftlichem Ursprung als auch von Kali mit außergemeinschaftlichem Ursprung als sehr durchdringbar erweist.
- 147 Im übrigen steht fest, daß sich die Verbraucher in den verschiedenen Mitgliedstaaten außer Deutschland mit weitgehend substituierbaren Kalierzeugnissen eindecken und Spezialitäten, die nur bei den inländischen Erzeugern erhältlich sind, einen besonderen Vorrang einräumen.
- 148 Außerdem geht aus Angaben der Ernährungs- und Landwirtschafts-Organisation der Vereinten Nationen hervor, daß im Zeitraum 1987 bis 1989 die Kalipreise in den einzelnen Mitgliedstaaten außer Deutschland nicht erheblich voneinander abwichen, während die deutschen Preise 20 % höher als die in den anderen Mitgliedstaaten praktizierten waren. Zudem waren nach den Angaben der Parteien die von K + S 1992 beispielsweise in Belgien und in den Niederlanden praktizierten Preise für Kornkali (ein Magnesium enthaltendes Kalierzeugnis) und für Kaligranulat 40/8 genau gleich hoch, jedoch verglichen mit den deutschen Preisen für die gleichen Erzeugnisse um 15 % bzw. 20 % niedriger (vgl. Randnr. 43 der streitigen Entscheidung). Diese Angaben bieten, obwohl sie sehr grob sind, wie die französische Regierung erklärt hat, einen Anhaltspunkt dafür, daß die in der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands praktizierten Preise ziemlich homogen sind und erheblich von den in Deutschland praktizierten abweichen.
- 149 Schließlich stellen die Transportkosten, wie die Kommission ausgeführt hat, kein Hemmnis für die Handelsströme innerhalb der Gemeinschaft mit Ausnahme Deutschlands dar. Dafür spricht der Umstand, daß Handelsströme zwischen nicht aneinander angrenzenden Staaten wie dem Vereinigten Königreich und Spanien, Spanien und Irland, Spanien und Italien, Spanien und Belgien/Luxemburg, Deutschland und Irland, Deutschland und Portugal, Deutschland und Italien sowie Frankreich und den Niederlanden bestehen.

150 Schließlich bestreiten die Klägerinnen nicht die Behauptung der Kommission, es deute auf der Vertriebsstufe nichts darauf hin, daß für den Zugang von Erzeugnissen in der Gemeinschaft mit Ausnahme Deutschlands ähnliche Schranken in Deutschland bestünden.

151 Daher und wegen des Fehlens maßgebender entgegenstehender Umstände erweist sich die wirtschaftliche Einschätzung der Kommission, daß die Gemeinschaft mit Ausnahme Deutschlands ein hinreichend homogenes Ganzes darstellt, das insgesamt als getrennter geographischer Markt angesehen werden kann, als rechtlich genügend untermauert, insbesondere bei einer Gegenüberstellung mit dem deutschen Markt, auf dem die Einfuhren unbedeutend sind, da K + S und MdK tatsächlich 98 % des nationalen Kalimarktes halten.

## 2. Zur Anwendbarkeit der Verordnung auf kollektive beherrschende Stellungen

152 Die französische Regierung und die klagenden Unternehmen vertreten die Ansicht, daß die Verordnung die Kommission nicht dazu ermächtigt, sie auf Fälle einer kollektiven beherrschenden Stellung anzuwenden. Der Wortlaut der Verordnung, insbesondere Artikel 2, erwähne im Unterschied zu Artikel 86 EG-Vertrag nicht ausdrücklich den Fall der kollektiven beherrschenden Stellung. Denn während nach Artikel 86 „die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung ... durch ein oder mehrere Unternehmen“ verboten sei, seien nach Artikel 2 der Verordnung mit dem Gemeinsamen Markt zum einen Zusammenschlüsse, die keine wettbewerbswidrige beherrschende Stellung begründeten oder verstärkten, vereinbar und zum anderen solche, die eine derartige Stellung begründeten oder verstärkten, unvereinbar.

153 Im übrigen rechtfertigten die Rechtsgrundlagen der Verordnung nicht die Auslegung der Kommission. Die Verordnung sei nämlich keine Regelung zur Durchführung des Artikels 86 des Vertrages. Nach Ansicht der französischen Regierung beruhe die Verordnung im wesentlichen auf Artikel 235 EG-Vertrag, und wenn sie

auch auf Artikel 87 des Vertrages gestützt sei, der die Kommission ermächtigte, alle zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 niedergelegten Grundsätze zu erlassen, so gerade deshalb, weil der Rat trotz der Anerkennung der Möglichkeit, Artikel 86 für die Kontrolle bestimmter Zusammenschlüsse heranzuziehen, durch den Gerichtshof (Urteil vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72, Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215) den Geltungsbereich der Verordnung insbesondere dadurch eingeschränkt hat, daß er in Artikel 22 Absatz 1 bestimmt habe, daß „[f]ür Zusammenschlüsse im Sinne des Artikels 3 ... allein diese Verordnung [gilt]“.

- 154 Auch erlaube nichts an den Arbeiten vor dem Erlaß der Verordnung den Schluß, daß der Gesetzgeber auch die kollektiven beherrschenden Stellungen habe erfassen wollen. Nähme man an, daß diese Fallgruppe von der Verordnung erfaßt werde, so käme dies einer Festlegung auf ein außerordentlich weites und vor allem sehr unsicheres Feld von Verboten oder bedingten Genehmigungen gleich. Wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber, zu dessen wesentlichen Bestrebungen die Gewährleistung der Rechtssicherheit der Unternehmen gehöre, diesen Begriff in die Verordnung hätte einbeziehen wollen, so hätte er dies daher wie bei Artikel 86 des Vertrages ausdrücklich getan.
- 155 EMC und SCPA machen geltend, die von der Kommission vertretene Auslegung der Verordnung führe zu einer Verfälschung von deren Systematik. Sie begründen diese Ansicht damit, daß die erwähnte Auslegung dazu führen könne, daß die Verordnung entgegen ihrer fünfzehnten Begründungserwägung auch dann angewandt werde, wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben 25 % nicht überschreite. Nach der angegebenen Begründungserwägung bestehe das Indiz dafür, daß die Zusammenschlüsse nicht geeignet seien, wirksamen Wettbewerb zu behindern, und daher als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden könnten, insbesondere dann, wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben 25 % nicht überschreite.
- 156 Schließlich bestätigt das Fehlen angemessener Verfahrensgarantien für Dritte nach Ansicht der Klägerinnen, daß die Verordnung nicht als Rahmen für die Verwendung des Begriffes der kollektiven beherrschenden Stellung gedacht sei. So seien Unternehmen, die an dem im Rahmen der Verordnung untersuchten Zusammenschluß nicht beteiligt seien, jedoch in den Augen der Kommission zusammen mit

den an dem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen ein Oligopol bildeten, nicht von vornherein Adressaten einer speziellen Information, die ihnen angeben könne, welche Folgen das laufende Verfahren für sie haben könnte. Zwar hätten die Kommission oder die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 18 Absatz 4 Satz 1 der Verordnung die Möglichkeit, am Zusammenschluß nicht beteiligte Dritte und damit gegebenenfalls die Vertreter von daran nicht beteiligten Unternehmen anzuhören; diese Maßnahme sei jedoch nicht zwingend und wenn sie stattfinde, habe sie keinen förmlichen Charakter und biete nicht die für die Anhörung der Beteiligten des Zusammenschlusses vorgesehenen Garantien. Im übrigen würden Dritte, die als an einer kollektiven beherrschenden Stellung beteiligt angesehen würden, von der Entscheidung, die die Kommission zu erlassen beabsichtige, nicht unterrichtet und auch nicht in die Lage versetzt, von der in Artikel 18 Absatz 4 Satz 2 vorgesehenen Möglichkeit, ihre Anhörung zu beantragen, wirksam Gebrauch zu machen.

- 157 Die Kommission erwidert, der Wortlaut der Verordnung ermögliche es nicht, auszuschließen, daß dieses Instrument auch der Verhütung der Begründung oder Verstärkung kollektiver beherrschender Stellungen diene. Insbesondere verknüpfe Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung die beherrschende Stellung mit dem Zusammenschluß und nicht mit den betroffenen Unternehmen und regele die Folgen des beabsichtigten Zusammenschlusses auf die Wettbewerbsstruktur; somit beziehe sich die Bestimmung auf einen objektiven Sachverhalt.
- 158 Auch zeige die gemeinsame Verwendung der Artikel 87 und 235 des Vertrages als Rechtsgrundlage der Verordnung, daß deren Ziel darin bestehe, in bezug auf die Kontrolle oligopolistischer beherrschender Stellungen eine von den Artikeln 85 und 86 des Vertrages offengelassene Lücke zu schließen.
- 159 Nach Ansicht der Kommission erlaubt nichts an den vorbereitenden Arbeiten den Schluß, daß der Rat ausschließen wollte, daß die Verordnung zur Vorbeugung gegen Fälle kollektiver Marktbeherrschung dienen kann, d. h. gegen beherrschende Stellungen, die mit der Präsenz mehrerer stark voneinander abhängiger Wirtschaftseinheiten zusammenhängen. Als sich gezeigt habe, daß die Delegationen der Mitgliedstaaten zur Frage der Kontrolle von Oligopolyen geteilter Ansicht gewesen seien, habe eine Einigung auf eine neutrale Formulierung gefunden werden können, die die Frage offengelassen habe. Diese Formulierung sei schließlich in Artikel 2 der Verordnung aufgenommen worden.

- 160 Im übrigen hätte die von der französischen Regierung vertretene Auslegung zur Folge, daß nach dem Erlaß der Verordnung Zusammenschlüsse, die vorher in bestimmten Mitgliedstaaten einer Oligopolkontrolle unterlegen hätten, jetzt nur noch der Gemeinschaftskontrolle in bezug auf das Vorliegen einer individuellen beherrschenden Stellung unterlägen.
- 161 Die Einzelheiten des Verfahrens zur Anwendung der Verordnung schützten in weitem Umfang die Interessen Dritter, da sie es ihnen ermöglichten, ihren Standpunkt geltend zu machen. Jedenfalls binde eine Entscheidung über die Genehmigung eines Zusammenschlusses auch dann nur die Beteiligten des Zusammenschlusses, wenn sie, wie es Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung erlaube, unter Bedingungen und Auflagen erteilt werde. Denn die Bedingungen und Auflagen seien dazu bestimmt, die Einhaltung der gegenüber der Kommission abgegebenen Zusagen der Beteiligten des Zusammenschlusses zu gewährleisten. Hilfsweise vertritt die Kommission die Ansicht, da das Recht auf Anhörung ein Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts sei, das selbst dort anzuwenden sei, wo es nicht ausdrücklich niedergelegt sei, könne vom Fehlen einer Erwähnung des Anhörungsrechts Dritter nicht abgeleitet werden, daß die Verordnung Maßnahmen hätte ausschließen wollen, die die Interessen Dritter beeinträchtigen könnten.
- 162 Schließlich führt die Kommission aus, daß die Möglichkeit, einen den oligopolistischen Charakter des Marktes verstärkenden Zusammenschluß zu untersagen, zum einen auf der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie beruhe, daß der Wettbewerb auf einem oligopolistischen Markt nicht angemessen funktioniere, soweit bestimmte Voraussetzungen erfüllt seien, und zum anderen auf der Notwendigkeit, gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln.
- 163 Nach Ansicht der deutschen Regierung findet die Verordnung auf Fälle einer kollektiven beherrschenden Stellung insbesondere deshalb Anwendung, weil sie ein die Artikel 85 und 86 des Vertrages ergänzendes Instrument ist und erlassen worden ist, um das allgemeine Ziel in Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag (jetzt Artikel 3 Buchstabe g EG-Vertrag) zu erreichen. Denn mit der Verordnung solle eine wirksame Kontrolle der Zusammenschlüsse erreicht werden, die sich als mit dem System unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar erweisen könnten. Die Wirksamkeit einer solchen Kontrolle setze die Möglichkeit voraus, alle Zusammenschlüsse, die zur Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führen könnten, zu verhindern, unabhängig davon, ob diese Stellung von einem oder von mehreren Unternehmen eingenommen werde.

- 164 Wenn man die Verordnung so auslegte, daß ihr Anwendungsbereich auf eine von einem einzelnen Unternehmen eingenommene beherrschende Stellung beschränkt sei, hätte dies zur Folge, daß Zusammenschlüsse, die nach der Verabschiedung der Verordnung erfolgten und die zuvor der Fusionskontrolle eines Mitgliedstaats unterfallen seien, nicht der Kontrolle unterlägen.
- 165 Erstens kann dem Argument der Klägerinnen, die Wahl der Rechtsgrundlagen spreche für sich genommen dafür, daß die Verordnung nicht auf kollektive beherrschende Stellungen anwendbar sei, nicht gefolgt werden. Denn, wie der Generalanwalt in Nummer 83 seiner Schlußanträge ausgeführt hat, können die Artikel 87 und 235 des Vertrages grundsätzlich als Rechtsgrundlage für eine Regelung verwendet werden, die ein vorbeugendes Tätigwerden gegenüber Zusammenschlüssen ermöglicht, die eine kollektive beherrschende Stellung begründen oder verstärken, die geeignet ist, den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen.
- 166 Zweitens läßt sich dem Wortlaut von Artikel 2 der Verordnung nicht entnehmen, daß nur Zusammenschlüsse unter diese Verordnung fallen, die eine individuelle beherrschende Stellung begründen oder verstärken, d. h. eine beherrschende Stellung, die von den Beteiligten des Zusammenschlusses eingenommen wird. Denn Artikel 2 der Verordnung schließt nicht insofern, als er „Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken“, erfaßt, als solcher die Möglichkeit der Anwendung der Verordnung auf Fälle aus, in denen die Zusammenschlüsse zur Begründung oder Verstärkung einer kollektiven beherrschenden Stellung führen, d. h. einer beherrschenden Stellung, die die Beteiligten des Zusammenschlusses gemeinsam mit einer an diesem Zusammenschluß nicht beteiligten Einheit einnehmen.
- 167 Drittens geht in bezug auf die vorbereitenden Arbeiten aus den Akten hervor, daß nicht davon ausgegangen werden kann, daß sie die Absicht der Verfasser der Verordnung in bezug auf die Bedeutung des Ausdrucks „beherrschende Stellung“ eindeutig zum Ausdruck bringen. Unter diesen Umständen können die vorbereitenden Arbeiten keine sachdienlichen Anhaltspunkte für die Auslegung des streitigen Begriffes liefern (vgl. dahin gehend Urteil vom 1. Juni 1961 in der Rechtssache 15/60, Simon/Gerichtshof, Slg. 1961, 241).

- 168 Da die wörtliche und die historische Auslegung der Verordnung, insbesondere des Artikels 2, nicht die Beurteilung ihrer genauen Bedeutung in bezug auf die Art der erfaßten beherrschenden Stellung ermöglichen, ist für die Auslegung der betreffenden Regelung sowohl auf ihre Zielsetzung als auch auf ihre Systematik abzustellen (vgl. dahin gehend Urteil vom 7. Februar 1979 in der Rechtssache 11/76, Niederlande/Kommission, Slg. 1979, 245, Randnr. 6).
- 169 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die Verordnung, wie sich aus ihren ersten beiden Begründungserwägungen ergibt, auf der Prämisse beruht, daß das Ziel der Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt, wesentlich für die Verwirklichung des einheitlichen Binnenmarktes bis zum Jahr 1992 und für seinen späteren Ausbau ist.
- 170 Im übrigen geht aus der sechsten, siebten, zehnten und elften Begründungserwägung hervor, daß die Verordnung im Unterschied zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages auf alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftswweiter Bedeutung angewandt werden soll, sofern sich diese wegen ihrer Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur in der Gemeinschaft als unvereinbar mit dem vom Vertrag geforderten System des unverfälschten Wettbewerbs erweisen könnten.
- 171 Ein Zusammenschluß, der eine beherrschende Stellung der Beteiligten gemeinsam mit einer am Zusammenschluß unbeteiligten Einheit begründet oder verstärkt, kann sich als unvereinbar mit dem vom Vertrag geforderten System des unverfälschten Wettbewerbs erweisen. Wenn daher davon ausgegangen würde, daß nur solche Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung der an ihnen Beteiligten begründen oder verstärken, von der Verordnung erfaßt würden, so wäre deren Zielsetzung so, wie sie sich insbesondere aus den erwähnten Begründungserwägungen ergibt, teilweise gefährdet. Der Verordnung würde auf diese Weise ein nicht unerheblicher Teil ihrer praktischen Wirksamkeit genommen, ohne daß dies in Anbetracht der allgemeinen Systematik der gemeinschaftlichen Fusionskontrollregelung geboten wäre.
- 172 In diesem Zusammenhang ist festzustellen, daß weder das Argument mit dem Fehlen von Verfahrensgarantien noch das Argument mit der fünfzehnten Begründungserwägung der Verordnung geeignet ist, die Anwendbarkeit der Verordnung auf Fälle einer kollektiven beherrschenden Stellung, die auf einem Zusammenschluß beruht, in Frage zu stellen.

- 173 Zum ersten Argument ist festzustellen, daß die Verordnung nicht ausdrücklich vorsieht, daß am Zusammenschluß unbeteiligten Unternehmen, die als externer Pol des beherrschenden Oligopols betrachtet werden, Gelegenheit gegeben werden muß, ihren Standpunkt sachdienlich zum Ausdruck zu bringen, wenn die Kommission die „Genehmigung“ des Zusammenschlusses von sie besonders belastenden Bedingungen oder Auflagen abhängig machen möchte. Das gleiche gilt für den Fall, daß die Kommission einen Zusammenschluß, der nur zur Begründung oder Verstärkung einer individuellen beherrschenden Stellung führt, von dritte Unternehmen belastenden Bedingungen oder Auflagen abhängig machen möchte.
- 174 Wenn man unterstellt, daß die Feststellung der Kommission, daß der beabsichtigte Zusammenschluß eine kollektive beherrschende Stellung der beteiligten Unternehmen einerseits und eines dritten Unternehmens andererseits begründet oder verstärkt, für sich genommen letzteres beschweren kann, ist auf jeden Fall daran zu erinnern, daß die Beachtung der Verteidigungsrechte in allen Verfahren, die zu einer eine bestimmte Person beschwerenden Maßnahme führen können, ein fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist, dem auch dann Rechnung zu tragen ist, wenn es an einer Regelung für das betreffende Verfahren fehlt (vgl. dahin gehend die Urteile vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, Hoffmann-La Roche/Kommission, Slg. 1979, 461, und vom 24. Oktober 1996 in der Rechtssache C-32/95 P, Kommission/Lisrestal u. a., Slg. 1996, I-5373, Randnr. 21).
- 175 Angesichts dieses Grundsatzes und unter Berücksichtigung der Zielsetzung der Verordnung, wie sie zuvor herausgearbeitet worden ist, kann es nicht als entscheidender Beleg für die Unanwendbarkeit der Verordnung auf kollektive beherrschende Stellungen betrachtet werden, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen der Verordnung nicht ausdrücklich ein Verfahren vorgesehen hat, das die Verteidigungsrechte dritter Unternehmen, die zusammen mit den am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen als mutmaßliche Inhaber einer kollektiven beherrschenden Stellung angesehen werden, gewährleistet.
- 176 Zum zweiten Argument ist festzustellen, daß die in der fünfzehnten Begründungserwägung der Verordnung aufgeführte Vermutung der Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt, bei denen die beteiligten Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von weniger als 25 % halten, im verfügenden Teil der Verordnung nicht dargelegt ist.

- 177 Die fünfzehnte Begründungserwägung der Verordnung ist nämlich insbesondere im Hinblick auf die ihr zugrunde liegenden Marktverhältnisse so auszulegen, daß bei einem Zusammenschluß, der den an ihm beteiligten Unternehmen zusammen keinen Anteil von mindestens 25 % am Referenzmarkt verschafft, davon auszugehen ist, daß er eine wettbewerbswidrige beherrschende Stellung dieser Unternehmen weder begründet noch verstärkt.
- 178 Nach allem sind die kollektiven beherrschenden Stellungen nicht vom Geltungsbereich der Verordnung ausgeschlossen.

### 3. Zur Feststellung des Bestehens einer kollektiven beherrschenden Stellung im vorliegenden Fall

- 179 Mit diesem dritten Teil des Klagegrundes machen sowohl die französische Regierung als auch EMC und SCPA geltend, daß die Begründung der Kommission für die angebliche Schaffung eines beherrschenden Duopols auf einer irrigen tatsächlichen und rechtlichen Würdigung beruhe und auf alle Fälle unzureichend sei. Die Kommission habe ihre Untersuchung der kollektiven beherrschenden Stellung auf Kriterien gestützt, die in der Rechtsprechung zu Artikel 86 des Vertrages nicht angewandt würden, und sie habe im übrigen offensichtliche Fehler bei der Anwendung der Kriterien begangen, die sie selbst in anderen Entscheidungen für die Klärung der Frage festgelegt habe, ob eine kollektive beherrschende Stellung begründet werde.
- 180 Die Kommission erwidert, daß die Kriterien, die sie in der streitigen Entscheidung angewandt habe, keineswegs im Widerspruch zu denjenigen stünden, die sie in anderen Entscheidungen zu Fällen einer kollektiven beherrschenden Stellung benutzt habe. Denn für die Feststellung des Bestehens einer kollektiven beherrschenden Stellung im vorliegenden Fall habe sie sich im wesentlichen auf drei Kriterien gestützt: den Konzentrationsgrad des Marktes, der sich aus dem Zusammenschluß ergebe, die strukturellen Einzelheiten in bezug auf die Natur des Marktes und die Merkmale des Erzeugnisses sowie die strukturellen Beziehungen zwischen den betroffenen Unternehmen. Im übrigen müßten die Kriterien für die Feststellung des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung im Rahmen von Artikel 86 des Vertrages und im Rahmen der Verordnung nicht die gleichen sein.

Bei Artikel 86 sei auf die Vergangenheit abzustellen, während im Rahmen der Verordnung die Untersuchung auf die Zukunft auszurichten sei, da ihr Ziel in der Wahrung einer wirksamen Wettbewerbsstruktur und nicht darin bestehe, den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung abzustellen.

a) Zum Konzentrationsgrad des Marktes

181 Die französische Regierung und die klagenden Unternehmen führen aus, die Erhöhung des Konzentrationsgrades des Marktes sei nicht erheblich, denn die Marktanteile von K + S und SCPA seien aufgrund des Zusammenschlusses von 54 % auf 61 % gestiegen. Nach Ansicht der französischen Regierung ist die Untersuchung der Kommission unvollständig, denn zum einen berücksichtige sie nicht, daß sich auf den Zusammenschluß hin die Zahl der Wettbewerber auf dem Markt nur von zehn auf neun verringert habe, und zum anderen würdige sie die Rolle zweier bedeutender Wirtschaftsteilnehmer wie CPL und Coposa nicht gebührend.

182 Die Kommission erwidert, ihre Untersuchung berücksichtige vollauf die Marktanteile sämtlicher Erzeuger in der Gemeinschaft und sämtlicher auswärtiger Beteiligter. Sie habe die Existenz von CPL und Coposa keineswegs verkannt, sondern festgestellt, daß diese beiden Gemeinschaftserzeuger ihren Absatz nicht erhöhen könnten, um einen Teil des Marktes von K + S/MdK und SCPA zu erobern.

b) Zum Zustand des ausgeschalteten Wettbewerbers

183 Die französische Regierung macht geltend, aus der erwähnten Entscheidung Nestlé/Perrier gehe hervor, daß die Kommission bei ihrer Beurteilung der Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung dem Umstand besondere Bedeutung beigemessen habe, daß der Zusammenschluß zur Ausschaltung eines Wettbewerbers führe, der wegen seiner Größe und der von ihm eingenommenen

Stellung auf dem Markt einen wesentlichen Faktor eines wirksamen Wettbewerbs darstelle. Im vorliegenden Fall sei es jedoch offensichtlich, daß die Übernahme von MdK durch K + S nicht zur Ausschaltung eines solchen Wettbewerbers führe, denn MdK halte nur 7 % am relevanten Markt. Im übrigen sei die Frage der „beeindruckenden Erzeugungskapazitäten“ von MdK, die die Kommission in ihrer Klagebeantwortung anführe, in der streitigen Entscheidung nicht angeschnitten worden.

- 184 Die Kommission, die außerdem die Ansicht vertreten habe, daß MdK sich in großen Schwierigkeiten befinde, hätte zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß dieses Unternehmen kein Wettbewerber sei, dessen Ausschaltung zu einer wesentlichen Änderung der Marktstrukturen führen würde, aus der sich die Bildung eines Duopols ergeben könne.
- 185 Die Kommission vertritt unter Bezugnahme auf Randnummer 120 der erwähnten Entscheidung Nestlé/Perrier die Ansicht, ob die Verringerung der Anzahl der Erzeuger bei der Feststellung des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung zu berücksichtigen sei, hänge wesentlich davon ab, ob diese Verringerung mehr als eine rein formale Änderung der Marktstruktur sei. Dies sei bei der Übernahme von MdK durch K + S durchaus der Fall. In diesem Zusammenhang führt die Kommission aus, daß MdK über eindrucksvolle Erzeugungskapazitäten verfüge, die nach einer beschleunigten Umstrukturierung ein ganz erhebliches Wettbewerbspotential darstellen würden. Außerdem ergebe sich die Bedeutung von MdK als Wettbewerber auf dem Markt der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands auch daraus, daß nicht mit hinreichender Sicherheit dargetan sei, daß die Wettbewerbssituation beim Ausscheiden von MdK aus dem Markt und bei der Durchführung des Zusammenschlusses praktisch die gleiche sei.

### c) Zur Stellung der Wettbewerber

- 186 Nach Ansicht der französischen Regierung läuft die Untersuchung der Kommission in bezug auf den Grad des Wettbewerbsdrucks, der von den Konkurrenten auf das angebliche von K + S/MdK und SCPA gebildete Duopol ausgeübt werden könne, auf ein verfälschtes Bild der tatsächlichen Wettbewerbssituation auf dem

Markt der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands hinaus. Denn die Kommission trachte danach, die Bedeutung verschiedener Wirtschaftsteilnehmer herunterzuspielen, die ein Gegengewicht zur angeblichen Vormacht führender Unternehmen bilden könnten.

- 187 Die Untersuchung der Kommission sei teilweise inkohärent. Während die Kommission bei der Festlegung des geographischen Marktes das Gewicht auf die begrenzten Erzeugungskapazitäten von CPL und Coposa lege, hebe sie die Bedeutung der Ausfuhren Spaniens und des Vereinigten Königreichs in andere Mitgliedstaaten hervor. Ferner spiele sie die Bedeutung der Einfuhren aus Drittländern mit der Feststellung herunter, daß Frankreich der wichtigste Kaliverbraucher in der Gemeinschaft sei und daß seine Einfuhren aus Drittländern über SCPA kanalisiert würden. Auf diese Weise beurteile die Kommission die Stellung der Wettbewerber sowohl in bezug auf den französischen Markt als auch in bezug auf den Markt der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands in unlogischem Widerspruch zu ihrer eigenen Beschreibung des relevanten geographischen Marktes. Außerdem gebe es entgegen der Behauptung der Kommission Kalieinfuhren aus der GUS immer noch, und ihr Marktanteil habe sich nicht verringert, wie die Einleitung einer Überprüfung der Verordnung (EWG) Nr. 3068/92 des Rates vom 23. Oktober 1992 zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren von Kaliumchlorid mit Ursprung in Rußland, der Ukraine und Weißrußland (ABl. L 308, S. 41; im folgenden: Antidumpingverordnung) beweise. Nach den Quellen IFA und Zoll seien die Einfuhren aus der GUS auf 11 % des Absatzes in der Gemeinschaft im Jahr 1993 gestiegen.

- 188 Die Argumentation der Kommission sei tatsächlich mit einem grundlegenden Fehler behaftet, denn sie beruhe auf dem Bestehen eines geographischen Marktes, der alle Mitgliedstaaten der Gemeinschaft außer Deutschland umfasse, obwohl es offensichtlich sei, daß Frankreich wegen seiner besonderen Merkmale in bezug auf Erzeugung, Einfuhr und Vertrieb von Kalierzeugnissen nicht hätte einbezogen werden dürfen.

- 189 Nach Ansicht der Kommission besteht kein Widerspruch zwischen der Feststellung des Bestehens erheblicher Ausfuhrströme aus Spanien in andere Mitgliedstaaten und der Feststellung, daß Coposa kein Gegengewicht gegen das Duopol bilde.
- 190 Daß die Einfuhren aus Drittländern über eines der Mitglieder des Duopols, SCPA, in einen erheblichen Teil des relevanten geographischen Marktes, Frankreich, kanalisiert würden, das der wichtigste Markt sei, bedeute, daß der Wettbewerbsdruck der Drittländer auf dieses Duopol notwendigerweise begrenzt sei.
- 191 Sie habe sich keineswegs darauf beschränkt, Kriterien anzuwenden, die ausschließlich den französischen Markt betreffen. In bezug auf die Einfuhren aus der GUS habe sie nur festgestellt, daß sich der Marktanteil von K + S/MdK und SCPA in Zukunft nicht nur wegen des erwarteten Rückgangs der Einfuhren aus der GUS, sondern auch deshalb weiter erhöhen werde, weil der letzte unabhängige Kalierzeuger in Kanada, PCA, durch ein Mitglied des Ausfuhrkartells Canpotex, PCS, übernommen worden sei, dessen Lieferungen nach Frankreich und Irland über SCPA liefen. Auch stelle die Überprüfung von Antidumpingmaßnahmen keinen Beweis dafür dar, daß die Kalieinfuhren aus der GUS fortgesetzt würden. Die Kommission habe nämlich in diesem Zusammenhang festgestellt, daß der Absatz des wichtigsten Kalivertriebs der GUS in der Gemeinschaft seit dem Erlaß der Antidumpingzollverordnung auf ein Achtel seiner Höhe von 1992 zurückgegangen sei.

d) Zur Marktposition von K + S/MdK und SCPA

- 192 Erstens rügt die französische Regierung, daß die Kommission unter den Kriterien, die sie angewandt habe, um das Vorliegen einer oligopolistischen beherrschenden Stellung festzustellen, dem gemeinsamen Marktanteil von K + S/MdK und SCPA übermäßiges Gewicht beigelegt habe.

- 193 Zweitens habe die Kommission die fehlende Symmetrie zwischen den beiden Einheiten, die angeblich das Duopol bildeten, nicht berücksichtigt, während dieses Fehlen im Gegensatz dazu in früheren Entscheidungen einen maßgebenden Umstand für die Verneinung des Vorliegens einer oligopolistischen beherrschenden Stellung dargestellt habe. Zwischen den Marktanteilen von K + S/MdK (23 %) und von SCPA (37 %) bestehe ein beträchtlicher Unterschied. Im übrigen habe die Kommission zahlreiche tatsächliche Umstände außer acht gelassen, aus denen sich ein offensichtliches Ungleichgewicht zwischen SCPA und K + S/MdK ergebe, wie ihre Erzeugungskapazität, ihre Wirtschaftskraft und ihre unterschiedliche vertikale Eingliederung.
- 194 Die Kommission weist darauf hin, daß nach ständiger Rechtsprechung ein Marktanteil von ungefähr 60 % sehr wohl den Beweis für das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung liefere, insbesondere, wenn, wie im vorliegenden Fall, ein erheblicher Unterschied zu den Marktanteilen der Wettbewerber bestehe.
- 195 Zwar räumt die Kommission ein, daß zwischen K + S/MdK und SCPA Unterschiede bestünden, sie wendet sich jedoch gegen die Ansicht, daß ein Duopol nur in Fällen vorstellbar sei, in denen die Positionen der betreffenden Unternehmen ähnlich seien, zumal wenn, wie im vorliegenden Fall, bedeutende Beziehungen zwischen diesen Unternehmen bestünden, die einen wirksamen Wettbewerb verhinderten.

e) Zur Wirtschaftskraft der Abnehmer

- 196 Die französische Regierung rügt, daß die Kommission das Kriterium der Wirtschaftskraft der Abnehmer nicht berücksichtigt habe. Die Untersuchung dieses Umstands hätte die Kommission zu der Feststellung veranlaßt, daß die Abnehmer ein geeignetes Gegengewicht bildeten, um die Begründung des angeblichen Duopols in Frage zu stellen. Auch stelle der erhebliche Rückgang der Nachfrage nach Kali wegen der Änderungen der gemeinsamen Agrarpolitik einen intensiven Wettbewerbsfaktor für die Kalierzeuger dar. Dies gelte um so mehr, als die Nach-

frage nach Kali von 1988 bis 1993 in Europa um beinahe 30 % gefallen sei, während sich die Einfuhren im selben Zeitraum nur um 23 % verringert hätten.

197 Die Kommission erwidert, zwar habe sie in einigen ihrer Entscheidungen angesichts des auf der Seite der Käufer existierenden Gegengewichts zu dem Ergebnis gelangen können, daß keine beherrschende Stellung vorliege; es handele sich jedoch nur um einen Faktor unter anderen, die sie berücksichtige. Zwar sei ein Rückgang der Nachfrage nach Kali eingetreten, betreffe jedoch alle Erzeuger in der Gemeinschaft. Außerdem sei dieser Rückgang in Anbetracht der begrenzten Elastizität der Nachfrage nicht sehr stark, da Kali ein Dünger von wesentlicher Bedeutung für die Landwirtschaft sei, der nicht durch einen anderen ersetzt werden könne.

f) Zu den Beschränkungen für den Zugang von Kalierzeugnissen zur Gemeinschaft

198 Die französische Regierung macht geltend, die Kommission habe in dem Teil der Entscheidung, der den geographischen Markt betreffe, Einzelheiten hervorgehoben, die in die Richtung eines offenen und „leicht angreifbaren“ Marktes gingen. Bei der Feststellung des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung von K + S/MdK und SCPA habe die Kommission jedoch das geringe Ausmaß der Beschränkungen für den Zugang von Kalierzeugnissen zur Gemeinschaft völlig verkannt.

199 Die von der Kommission erstmals in ihrer Klagebeantwortung vorgebrachten Argumente, die sich auf die Antidumpingzölle und das gesetzliche Monopol von SCPA stützten, belegten nicht, daß es Beschränkungen für den Zugang zum geographischen Referenzmarkt gebe. Was das erste Argument angehe, so seien die Antidumpingzölle Maßnahmen, die die Wiederherstellung der Wettbewerbsbedingungen und nicht die Einführung einer Maßnahme zur Beschränkung des grenzüberschreitenden Handels bezweckten. Zum anderen Argument, das das

gesetzliche Monopol von SCPA betrifft, führt die französische Regierung aus, daß dieses Monopol zwar eine Beschränkung für den Zugang zum französischen Markt schaffen könne, jedoch keine Auswirkungen auf den Zugang von Erzeugnissen aus Drittländern zu den Märkten der anderen Mitgliedstaaten habe, die zusammen mit dem französischen Markt den geographisch relevanten Markt darstellten.

200 Die Kommission weist darauf hin, daß es keine Beschränkungen für den Zugang zur Gemeinschaft gebe. Jedoch gebe es zwei Arten von Beschränkungen für den Zugang von Erzeugnissen von Unternehmen dritter Länder: die Antidumpingmaßnahmen für die Einfuhren aus der GUS und das gesetzliche Monopol von SCPA, das dazu führe, daß sämtliche französischen Einfuhren aus Drittländern über dieses Unternehmen kanalisiert werden müßten. Die Antidumpingzölle stellten Zugangsbeschränkungen dar, denn sie begrenzten gemeinsam mit den Transportkosten die für die Importeure verfügbare Preisspanne. Im übrigen sei der Umstand, daß alle Einfuhren aus Drittländern nach Frankreich, das der wichtigste Markt mit einem dreimal so hohen Verbrauch wie der zweitgrößte Markt sei, über SCPA kanalisiert würden, eine Zugangsbeschränkung für Einfuhren in den Gemeinschaftsmarkt allgemein.

g) Zu den Merkmalen des Marktes und des Erzeugnisses

201 Die französische Regierung ist der Ansicht, daß die von der Kommission in Randnummer 57 der streitigen Entscheidung angestellte Untersuchung der für die Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung förderlichen objektiven Umstände, auf die sie in früheren Entscheidungen wie insbesondere in den Entscheidungen Nestlé/Perrier, a. a. O., und 94/359/EG der Kommission vom 21. Dezember 1993 zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (Sache IV/M.358 — Pilkington-Techint/SIV) (ABl. 1994, L 158, S. 24) Gewicht gelegt habe, vage und nicht überzeugend sei. Die Kommission habe grundlegende Untersuchungskriterien wie die Preise, ihre Entwicklung, die Elastizität der Nachfrage und die Kosten der beiden Unternehmen, die angeblich das Duopol bildeten, völlig außer acht gelassen. Im übrigen seien bestimmte Erwägungen der Kommission nicht stichhaltig. Zur Homogenität des Erzeugnisses weist die französische Regierung darauf hin, daß der allgemeine Begriff Kali vielfältige Erzeugnisse umfasse. Die Behauptung der Kommission, der Kalimarkt sei transparent, stehe im Widerspruch dazu, daß die Kommission

Schwierigkeiten bei der Erstellung einer klaren und schnellen Übersicht über den Markt in bezug auf Wert und Umfang gehabt habe.

- 202 Die Kommission entgegnet zunächst, sie habe die Strukturelemente deutlich erwähnt, die sich auf die Merkmale des Marktes und des Erzeugnisses bezögen. Die streitige Entscheidung sei zu einem anderen Sachverhalt ergangen als die von der französischen Regierung angeführten Entscheidungen. Der Hintergrund dieser Entscheidung sei ein Sachverhalt, bei dem es bereits vor dem Zusammenschluß keinen wirksamen Wettbewerb zwischen den beiden wichtigsten Kalilieferanten in der Gemeinschaft gegeben habe. Unter diesen Umständen seien die Einzelheiten, die die französische Regierung bei den erwähnten Entscheidungen geprüft habe, nur einer der zu berücksichtigenden Faktoren. Zur Homogenität des Erzeugnisses macht die Kommission geltend, daß Kali sowohl chemisch betrachtet als auch von der Verwendung her identisch sei. Was die Transparenz des Marktes angehe, kenne jeder Erzeuger seine Position und diejenige seiner Wettbewerber. Denn die Produktionszahlen und die Preise seien allgemein bekannt, und es gebe Statistiken zum Kaliverbrauch sowie eingehende Untersuchungen zum Kalimarkt.

#### h) Zum Vorliegen von parallelen Verhaltensweisen

- 203 Die französische Regierung führt aus, die Kommission suche das Fortbestehen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen von K + S und SCPA mit der Feststellung zu belegen, obwohl eine in den 70er Jahren zwischen diesen beiden Unternehmen geschlossene Kooperationsvereinbarung für mit Artikel 85 des Vertrages unvereinbar erklärt worden sei (Entscheidung 73/212/EWG der Kommission vom 11. Mai 1973; ABl. L 217, S. 3) und unbeschadet der Erzeugungsüberkapazitäten in Deutschland gebe es nur sehr geringe Handelsströme zwischen Deutschland und Frankreich, die nicht über SCPA kanalisiert würden. Erstens sei es für den Nachweis einer kollektiven beherrschenden Stellung wesentlich, daß das wettbewerbswidrige Verhalten erst seit kurzem erfolge. Zweitens hätten die für mit Artikel 85 unvereinbar erklärten Praktiken die gesamte Gemeinschaft betroffen. Doch sei die einzige Tatsache, mit der die Kommission zu belegen suche, daß die erwähnte

Vereinbarung fortbestehe, der Handelsverkehr von Deutschland nach Frankreich. Drittens sei die Geringfügigkeit des Handelsverkehrs, der nicht über SCPA kanalisiert werde, sehr relativ. Denn die Lieferungen nach Frankreich beliefen sich nur auf 87 000 t, d. h. 6 % des französischen Verbrauchs, von denen nur 47 000 t über SCPA kanalisiert würden. Schließlich sei die Ansicht der Kommission unzutreffend, daß die geringe Präsenz von K + S auf dem französischen Markt für den Nachweis des Vorliegens eines Duopols von K + S/MdK und SCPA in der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands ausreiche.

- 204 Die Kommission führt aus, sie habe in der streitigen Entscheidung nicht behauptet, sich für die Herleitung einer kollektiven beherrschenden Stellung auf eine in den 70er Jahren geschlossene Kooperationsvereinbarung gestützt zu haben. Sie habe festgestellt, daß das weitgehende Fehlen von K + S auf dem französischen Markt und die Kanalisierung eines überwiegenden Teils ihrer Einfuhren über SCPA Anhaltspunkte für das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung seien.

i) Zum Vorliegen struktureller Verflechtungen zwischen den Unternehmen

- 205 Nach Ansicht der französischen Regierung sind die drei von der Kommission zwischen K + S und SCPA festgestellten Verflechtungen, nämlich das gemeinsame Unternehmen Potacan, die Zusammenarbeit im Exportkartell Kali-Export GmbH und die Kanalisierung der Lieferungen von K + S in Frankreich über SCPA, nicht geeignet, die Begründung eines Duopols infolge des Erwerbs von MdK durch K + S darzutun. Zweck des Exportkartells Kali-Export GmbH sei es, den Kaliexport seiner Mitglieder im Gebiet außerhalb der Gemeinschaft zu fördern und zu koordinieren. Dieses Kartell berühre jedoch nicht ihren Absatz innerhalb der Gemeinschaft. Die Befürchtung der Kommission, die Zusammenarbeit innerhalb dieses Kartells beschränke den Wettbewerb zwischen K + S und SCPA in der Gemeinschaft, sei durch kein Beweismittel belegt.

- 206 In bezug auf Potacan machen die klagenden Unternehmen geltend, die Kommission habe ihre Behauptung nicht belegt, die gegenwärtige Struktur von Potacan hindere ihre Gesellschafter, K + S und SCPA, sich in unabhängiger Weise bei ihrer gemeinsamen Tochtergesellschaft für die Belieferung der Märkte der Europäischen Gemeinschaft einzudecken.
- 207 Die französische Regierung rügt in ihrer Erwiderung vier Beurteilungsfehler. Erstens lege die Kommission in ihrer Untersuchung der Verflechtungen zwischen K + S und SCPA keine Verbindung zwischen diesen Verflechtungen und ihren Folgen für den gesamten relevanten Markt dar, sondern zeige nur, daß diese Verflechtungen lediglich in Frankreich von Bedeutung seien. So ziehe die Kommission aus dem Umstand, daß zwischen K + S und SCPA in dem Staat, der den größten Teil des erzeugten Kalis verbrauche, kein Wettbewerb bestehe, den Schluß, daß sich diese Unternehmen in einer beherrschenden Stellung auf dem gesamten Markt der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands befänden. Dies stehe im Widerspruch zu dem Argument der Kommission, daß die jeweilige nationale Lage kaum von Bedeutung sei, da feststehe, daß der Referenzmarkt von der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands gebildet werde.
- 208 Zweitens führt die französische Regierung aus, daß die Kommission für die Zwecke ihrer Darlegung einmal die Ansicht vertrete, Coposa führe selbständig erhebliche Mengen nach Frankreich aus (im Rahmen der Beschreibung des relevanten geographischen Marktes), und ein anderes Mal geltend mache, daß das spanische Unternehmen in Frankreich wenig präsent sei und daß ein erheblicher Teil seines Absatzes kanalisiert werde (um zu belegen, daß die Zusammenarbeit in der Kali-Export GmbH das Wettbewerbsverhalten der Mitglieder des Kartells in der Gemeinschaft beeinflusse). So wie die Kriterien von der Kommission angewandt worden seien, hätten sie genausogut zu der Feststellung eines Oligopols von K + S/MdK, SCPA und Coposa führen können. Die streitige Entscheidung sei in diesem Punkt zumindest unzureichend begründet.
- 209 Drittens meint die französische Regierung, daß in Frankreich ein Teil der Kalilieferungen von K + S, der nur 1,4 % des Verbrauchs des Referenzmarktes betrage, über SCPA kanalisiert werde, könne nicht als Anhaltspunkt dafür betrachtet werden, daß nach dem Erwerb von MdK durch K + S ein Duopol auf diesem Markt begründet worden sei. Der relativ geringe Absatz von K + S in Frankreich genüge

nicht für die Feststellung, zwischen K + S und SCPA bestünden wettbewerbswidrige Verflechtungen, denn es könne sehr wohl verschiedene Rechtfertigungsgründe geben. Einer könne sich z. B. aus dem französischen Markt oder der industriellen Strategie von K + S ergeben. Hierzu führt die französische Regierung aus, die Ausfuhrpolitik von K + S orientiere sich in Richtung auf Länder außerhalb Europas, auf Mitgliedstaaten, die keine Erzeugung hätten, und auf einen Erzeugerstaat, der, wie das Vereinigte Königreich, Nachfrager nach Kali sei.

- 210 Hierzu machen die klagenden Unternehmen geltend, die einzige Vertriebsbeziehung zwischen K + S und SCPA bestehe in einem Vertrag über den Vertrieb von Kieserit, ein nicht aus Kali bestehendes Erzeugnis, das einem anderen Produktmarkt angehöre. Die Beziehungen zwischen K + S und SCPA bei Kalierzeugnissen umfaßten dagegen keine Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Vertriebs und beschränkten sich strikt auf Beziehungen zwischen Lieferant und Käufer entsprechend den üblichen Marktbedingungen.
- 211 Viertens rügt die französische Regierung, die Kommission habe keinen Kausalzusammenhang zwischen der Übernahme von MdK und der angeblichen Begründung eines Duopols zwischen K + S/MdK und SCPA nachgewiesen. Weder der Umstand, daß der gemeinsame Marktanteil von K + S und SCPA nach dem Zusammenschluß von 54 % auf 61 % gestiegen sei, noch der Umstand, daß MdK einer der wichtigsten Erzeuger in der Gemeinschaft sei, seien Faktoren der Begründung eines Duopols auf dem relevanten Markt.
- 212 Die klagenden Unternehmen machen geltend, nachdem die Kommission bei der Prüfung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den deutschen Markt festgestellt habe, daß MdK auf alle Fälle aus dem Markt ausscheiden werde, habe sie nicht zu dem Ergebnis gelangen können, daß die Übernahme von MdK durch K + S zur Begründung einer beherrschenden Stellung von K + S/MdK und SCPA führen werde.
- 213 In bezug auf Potacan führt die Kommission aus, es ergebe sich insbesondere aus ihrer Organisationsstruktur, daß keine wichtige Entscheidung auf dem Gebiet der Unternehmenspolitik gegen den Willen eines der Partner getroffen werden könne. So sei die Eindeckung der französischen Unternehmensgruppe mit Kali in erheblichen Mengen nicht möglich, wenn K + S sich dem widersetze.

- 214 Zur Kali-Export GmbH genüge die Feststellung, daß ein Exportkartell den Absatz seiner Mitglieder in der Gemeinschaft nicht berühre, nicht für den Nachweis, daß es den Wettbewerb zwischen diesen in der Gemeinschaft nicht beschränke. Wegen der verschiedenen gegenseitigen Abhängigkeiten von K + S und SCPA gebe es zwischen den beiden Bestandteilen des Oligopols in der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands keinen wirksamen Wettbewerb. Die Kommission führt aus: i) Obwohl das französische Hoheitsgebiet für Kalierzeugnisse in der Gemeinschaft der wichtigste Absatzmarkt sei und es keine Zugangsbeschränkung dahin gebe, sei K + S trotz ihrer Erzeugungskapazität, mit der sie weitgehend den gesamten Markt der Gemeinschaft beliefern könne, auf dem französischen Markt nur am Rande präsent; ii) obwohl K + S in allen Mitgliedstaaten ein gut ausgebautes Vertriebsnetz eingerichtet habe, verfüge sie bisher in Frankreich über kein eigenes Vertriebsnetz; iii) CPL habe Zugang zum französischen Markt erst nach dem Ausscheiden der Kali-Export GmbH erhalten und innerhalb von sechs Jahren einen Anteil am französischen Markt von 13 % erobern können; Coposa als Mitglied der Kali-Export GmbH sei auf dem französischen Markt kaum präsent, und ein erheblicher Anteil ihres Kalis werde in Frankreich über SCPA verkauft. Aus diesen Umständen schließt die Kommission, daß es einen eindeutigen Zusammenhang zwischen der Beteiligung an der Kali-Export GmbH und dem Absatz in Frankreich gebe.
- 215 In ihrer Gegenerwiderung führt die Kommission erstens aus, sie habe einen offensichtlichen Zusammenhang zwischen den Verflechtungen zwischen K + S und SCPA, die nur Frankreich betreffen, und dem Fehlen eines Wettbewerbs auf dem gesamten Markt der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands nachgewiesen (Randnrn. 57, 59, 61 und 67 der streitigen Entscheidung).
- 216 Zweitens habe sie keineswegs behauptet, daß Coposa in erheblichem Umfang nach Frankreich ausführe. Sie habe im Gegenteil festgestellt, daß es zwar Einfuhren von Coposa nach Frankreich gebe, diese jedoch beschränkt seien und zum großen Teil über SCPA kanalisiert würden. Coposa sei nicht in das Duopol zwischen K + S/MdK und SCPA einzubeziehen, denn sie sei mit K + S und SCPA nur durch ihre Beteiligung an der Kali-Export GmbH verbunden. Außerdem führe sie trotz der geographischen Nähe der deutschen Mineralien und trotz des Umstands, daß in Deutschland die Erzeugung viermal höher als der Verbrauch sei, mehr Kali nach Frankreich aus als K + S. Im übrigen seien die Vertriebsbeziehungen zwischen K + S und SCPA vor langer Zeit geknüpft worden.

- 217 Drittens stellt die Kommission fest, daß die Strukturen des französischen Marktes CPL nicht daran gehindert hätten, ohne den Weg über SCPA nach Frankreich vorzudringen. Auch sei die Geschäftspolitik von K + S, die darin bestehe, in Frankreich nicht zu verkaufen, auf kommerzieller Ebene unverständlich, da Frankreich ebenfalls ein Staat mit Nachfrage nach Kali sei, eine erhebliche Überkapazität in Deutschland herrsche und die deutschen Mineralien sich in geographischer Nähe befänden.
- 218 Viertens stellt die Kommission fest, daß die Übernahme von MdK die strukturellen Voraussetzungen des Marktes grundlegend verändert und aus folgenden Gründen zur Schaffung einer kollektiven beherrschenden Stellung von K + S/MdK und SCPA geführt habe: i) MdK bestreite 25 % der gesamten Kalierzeugung in der Gemeinschaft (Randnr. 51 der streitigen Entscheidung) und verfüge über erhebliche Kalireserven; ii) die Kapazitätsauslastung bei MdK betrage zur Zeit nur ungefähr 50 % (Randnr. 73 der streitigen Entscheidung), was bedeute, daß die Erzeugung leicht erhöht werden könnte; iii) der Marktanteil von MdK von 7 % sei der maßgebende Faktor bei der Begründung der gemeinsamen beherrschenden Stellung (Randnr. 62 der streitigen Entscheidung), da das Angebot außerhalb der Unternehmensgruppe K + S/MdK und SCPA zersplittert sei (Randnr. 54 der streitigen Entscheidung) und da der Marktanteil von K + S/MdK und SCPA noch steigen dürfte (Randnr. 53 der streitigen Entscheidung).
- 219 Vor der Prüfung der Rügen, die die Klägerinnen gegen die Anwendung des Begriffes der kollektiven beherrschenden Stellung durch die Kommission im vorliegenden Fall vorbringen, ist daran zu erinnern, daß die Kommission das Ergebnis, daß eine kollektive beherrschende Stellung von K + S/MdK und SCPA begründet werde, die geeignet sei, den Wettbewerb auf dem Markt der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands erheblich zu behindern, insbesondere auf folgende Feststellungen in der streitigen Entscheidung stützt:
- Der Kalimarkt sei ein ausgereifter Markt, der durch ein weitgehend homogenes Produkt und das Fehlen technischer Innovationen gekennzeichnet sei (Randnr. 57 der streitigen Entscheidung);

- die Marktverhältnisse seien in hohem Maße transparent, so daß Informationen über Produktion, Nachfrage, Absatz und Preise generell verfügbar seien (Randnr. 57 der streitigen Entscheidung);
  
- seit langer Zeit bestünden außergewöhnlich enge Verflechtungen zwischen K + S und SCPA, die für sich genommen Anhaltspunkt für das Fehlen eines wirksamen Wettbewerbs zwischen diesen beiden Unternehmen sein könnten; diese hielten im übrigen rund 53 % des Marktes der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands, berechnet anhand des Absatzes einschließlich, neben den Verkäufen aus der eigenen Erzeugung von K + S und SCPA, der Verkäufe von SCPA von Kali, das unmittelbar aus Drittländern stamme und über dieses Unternehmen eingeführt werden müsse, das auf diese Weise die Versorgung von außerhalb der Gemeinschaft kontrollieren könne (Randnrn. 52, 56 und 57 der streitigen Entscheidung);
  
- trotz der Überproduktion in Deutschland gebe es immer noch geringfügige Kalilieferungen von K + S nach Frankreich, die nicht über SCPA kanalisiert würden, da Frankreich der bei weitem größte Verbraucherstaat für Kali in der Gemeinschaft sei (Randnrn. 56 und 57 der streitigen Entscheidung);
  
- K + S und MdK, die nach dem Zusammenschluß ein gemeinsames Unternehmen bildeten, sowie SCPA vereinigten 35 %, 25 % und 20 % der gesamten Kalierzeugung in der Gemeinschaft auf sich (Randnr. 51 der streitigen Entscheidung);
  
- MdK sei der zweitgrößte Kalierzeuger in der Gemeinschaft, obwohl der Auslastungsgrad der Kapazität des Unternehmens gegenwärtig nur ungefähr 50 % betrage (Randnrn. 51 und 73 der streitigen Entscheidung);
  
- nach dem Zusammenschluß werde die Unternehmensgruppe K + S/MdK und SCPA, betrachtet nach dem Absatz, einen zusammengefaßten Marktanteil von ca. 60 % halten (Randnr. 52 der streitigen Entscheidung);

- das Angebot außerhalb dieser Unternehmensgruppe sei zersplittert (Randnr. 54 der streitigen Entscheidung);
  
  - die übrigen Erzeuger verfügten nicht über die Absatzbasis auf dem Markt, um gegenüber einem Duopol K + S/MdK und SCPA bestehen zu können (Randnr. 62 der streitigen Entscheidung).
- 220 Wie bereits ausgeführt worden ist, sind gemäß Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.
- 221 In bezug auf eine angebliche kollektive beherrschende Stellung muß die Kommission daher anhand einer Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung des Referenzmarktes prüfen, ob der Zusammenschluß, mit dem sie befaßt ist, zu einer Situation führt, in der ein wirksamer Wettbewerb auf dem relevanten Markt von den zusammengeschlossenen Unternehmen und einem oder mehreren dritten Unternehmen, die insbesondere aufgrund der zwischen ihnen bestehenden verbindenden Faktoren zusammen die Macht zu einheitlichem Vorgehen auf dem Markt und in beträchtlichem Umfang zu einem Handeln unabhängig von den anderen Wettbewerbern, ihrer Kundschaft und letztlich den Verbrauchern besitzen, erheblich behindert wird.
- 222 Ein solcher Vorgang erfordert eine aufmerksame Untersuchung insbesondere der Umstände, die sich nach Lage des Einzelfalls als maßgebend für die Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb auf dem Referenzmarkt erweisen.

- 223 In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die Grundregeln der Verordnung, insbesondere Artikel 2, der Kommission ein bestimmtes Ermessen namentlich bei Beurteilungen wirtschaftlicher Art einräumen.
- 224 Daher muß die Kontrolle der Ausübung einer solchen Befugnis, die bei der Beschreibung der Regeln für Zusammenschlüsse wesentlich ist, durch den Gemeinschaftsrichter unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums erfolgen, der den Bestimmungen wirtschaftlicher Art, die Teil der Regelung für Zusammenschlüsse sind, zugrunde liegt.
- 225 Davon ausgehend ist festzustellen, daß die Untersuchung des Zusammenschlusses und seiner Auswirkungen auf den relevanten Markt so, wie sie von der Kommission durchgeführt wurde, bestimmte Fehler enthält, die die wirtschaftliche Beurteilung des betreffenden Zusammenschlusses beeinträchtigen.
- 226 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die Unternehmen K + S/ MdK und SCPA, wie aus den Randnummern 51 und 52 der streitigen Entscheidung hervorgeht, nach dem Zusammenschluß anhand des Absatzes berechnete Anteile von 23 % und 37 % an dem relevanten Markt haben werden. Ein auf diese Weise aufgeteilter Marktanteil von zusammen ungefähr 60 % kann jedoch für sich genommen keinen maßgeblichen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung der Unternehmen darstellen.
- 227 Zu den angeblichen strukturellen Verflechtungen von K + S und SCPA, die den wesentlichen Faktor darstellen, auf den sich die Kommission für ihre eigene Beurteilung gestützt hat, ist zu bemerken, daß einige der Rügen der Klägerinnen, die darauf abzielen, die Bedeutung dieser Verflechtungen als Anhaltspunkt für die Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung der beiden betroffenen Unternehmen als geringer erscheinen zu lassen, begründet sind.

228 So zeigt sich, daß die Feststellung der Kommission, die Beteiligung von K + S und SCPA am Ausfuhrkartell Kali-Export GmbH könne Auswirkungen auf ihr Wettbewerbsverhalten in der Gemeinschaft haben, nicht durch hinreichend signifikante und überzeugende Beweismittel erhärtet wird. Die Kommission führt nämlich in diesem Zusammenhang nur aus, daß der britische Erzeuger CPL mit dem unabhängigen Vertrieb seiner Erzeugnisse auf dem französischen Markt erst begonnen habe, nachdem er das Kartell 1987 verlassen habe, da er den geplanten direkten Wettbewerb mit SCPA in Frankreich nicht mit einer weiteren Mitgliedschaft in dem Kartell habe vereinbaren können (Randnr. 60 der streitigen Entscheidung). Selbst wenn man von dem Umstand absehen würde, daß das Argument der Kommission nur die angeblichen Auswirkungen der Zugehörigkeit zum Kartell auf einen Teil des Marktes der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands betrifft, ist zu bemerken, daß der spanische Erzeuger Coposa, obwohl er ebenfalls Mitglied des Kartells Kali-Export GmbH ist, in Frankreich unabhängig eine Kalimenge vertreibt, die etwas mehr als 5 % des französischen Verbrauchs entspricht. Eine solche Menge stellt ungefähr 47 % der Ausfuhren von Coposa in den relevanten Markt und zugleich beinahe zwei Drittel seiner Ausfuhren nach Frankreich dar, und wurde im übrigen im Rahmen der Beschreibung des relevanten geographischen Marktes als erheblich erachtet (Randnr. 38 der streitigen Entscheidung). Daher zeigt sich, daß die Kommission das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen der Zugehörigkeit von K + S und SCPA zum Ausfuhrkartell und ihrem wettbewerbswidrigen Verhalten auf dem relevanten Markt nicht rechtlich hinreichend dargetan hat.

229 Zu den angeblichen Verflechtungen zwischen K + S und SCPA im Zusammenhang mit den Lieferungen von K + S in Frankreich ist zu bemerken, daß die Kommission zum einen K + S auferlegt hat, die gegenwärtige Zusammenarbeit mit SCPA als Vertriebspartner für den französischen Markt zu beenden, und daß sie zum anderen zugelassen hat, daß K + S zu marktüblichen Bedingungen Verkäufe an SCPA abschließt (Randnr. 63 der streitigen Entscheidung). Somit ist die Kommission davon ausgegangen, daß zwischen K + S und SCPA eine partnerschaftliche Beziehung für den Vertrieb von deutschem Kali in Frankreich bestand.

230 Nach den Akten bezogen sich jedoch die einzigen besonderen Vertriebsbeziehungen zwischen den beiden Unternehmen auf Kieserit, d. h. ein Erzeugnis,

das nicht zum relevanten Produktmarkt gehört. Im übrigen beschränkte sich SCPA darauf, bei K + S zu marktüblichen Bedingungen Kali zu kaufen, das von EMC benutzt wurde oder zum Verbrauch außerhalb des französischen Marktes bestimmt war.

- 231 Somit zeigt es sich, daß K + S und SCPA keine privilegierte Beziehung für den Vertrieb von Kalierzeugnissen unterhielten.
- 232 Nach allem ist das Gewebe der strukturellen Verflechtungen zwischen K + S und SCPA, das, wie die Kommission selbst einräumt, im Mittelpunkt der streitigen Entscheidung steht, insgesamt nicht so dicht und nicht so schlüssig erwiesen, wie dies die Kommission darzustellen versucht hat.
- 233 Im übrigen hat die Kommission in der streitigen Entscheidung festgestellt, daß zwischen K + S und SCPA auf dem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb bestehe. In Randnummer 57 der streitigen Entscheidung heißt es, daß „der Grund für die Annahme fehlenden wirksamen Wettbewerbs zwischen K + S und SCPA in den zwischen den beiden Unternehmen bestehenden außergewöhnlich engen Verflechtungen [liegt], die sich über einen langen Zeitraum erstrecken.“
- 234 Weiter geht aus der erwähnten Randnummer der streitigen Entscheidung hervor, daß die Übernahme von MdK durch K + S aufgrund des Zusammenschlusses für das letztgenannte Unternehmen eine Hinzufügung der Marktanteile von MdK bedeuten würde, die die Kommission in ihren Ausführungen als beträchtlich bezeichnet.
- 235 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß MdK über den Marktanteil von 7 % hinaus, den sie in der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands hält, nach K + S der zweitgrößte Kalierzeuger in der Gemeinschaft ist, obwohl ihre Anlagen nur zu 50 % ausgelastet sind (siehe Randnrn. 51, 52, 62 und 76 der streitigen Entscheidung).

- 236 Daher wird der Zusammenschluß eine erhebliche Stärkung der industriellen Kapazität von K + S nach sich ziehen. Denn K + S und MdK bestreiten 35 % bzw. 25 % der gesamten Kalierzeugung in der Gemeinschaft, während diejenige von SCPA maximal 20 % beträgt und ihre heimischen Kalireserven bis 2004 völlig erschöpft sein werden (siehe Randnrn. 51 und 66 der streitigen Entscheidung).
- 237 Im übrigen geht aus den Akten hervor, daß K + S eine Tochtergesellschaft eines der wichtigsten Düngemittelverarbeiter, der BASF, ist, deren Wirtschaftskraft sehr viel höher als diejenige der Unternehmensgruppe EMC ist, der SCPA angehört.
- 238 Schließlich steht fest, daß die Nachfrage nach Kali von 1988 bis 1993 in Europa insbesondere wegen der eingetretenen Änderungen in der gemeinsamen Agrarpolitik um beinahe 30 % zurückgegangen ist. Im allgemeinen wird jedoch davon ausgegangen, daß ein rückläufiger Markt grundsätzlich den Wettbewerb zwischen den Unternehmen des betroffenen Sektors fördert.
- 239 Unter diesen Umständen und unter Berücksichtigung dessen, daß sich die Bedeutung der strukturellen Verflechtungen zwischen K + S und SCPA als bedeutend geringer erweist, als dies die Kommission behauptet, erscheint das der Feststellung der Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung von K + S/MdK und SCPA zugrunde liegende Argument, daß die „bedeutende“ Angliederung von MdK an das einzelne Unternehmen K + S bei der deutschen Unternehmensgruppe und SCPA ein gemeinsames Interesse aufrechterhalten werde, nicht in einen aktiven Wettbewerb untereinander einzutreten, in Ermangelung anderer maßgebender Umstände nicht hinreichend stichhaltig.

- 240 Zum übrigen Vorbringen, auf das die Kommission ihr Ergebnis stützt, daß die Übernahme von MdK durch K + S zur Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung führe, ist auf Randnummer 57 der streitigen Entscheidung zu verweisen. Dort wird folgendes festgestellt: „Der Kalimarkt ist ein ausgereifter Markt, der durch ein weitgehend homogenes Produkt und das Fehlen technischer Innovationen gekennzeichnet ist. Die Marktverhältnisse sind in hohem Maße transparent. Informationen über Produktion, Nachfrage, Absatz und Preise sind in diesem Markt generell verfügbar. Ferner sind die Marktanteile von K + S und SCPA in den letzten vier Jahren stabil geblieben ... Schließlich gab es in der Vergangenheit eine Vereinbarung zwischen K + S und SCPA, die sich unter anderem auf die gemeinsame Festlegung der Mengen und der Qualität der von den Parteien jeweils exportierten Kaliprodukte bezog. Diese Vereinbarung wurde ... für unvereinbar mit Artikel 85 des EWG-Vertrags erklärt. In diesem Zusammenhang ist gleichwohl festzuhalten, daß es auch nach dieser Entscheidung und ungeachtet der Überproduktion in Deutschland immer noch nur einen geringfügigen grenzüberschreitenden Handel von Deutschland nach Frankreich gibt, der nicht über SCPA kanalisiert ist.“
- 241 Im vorliegenden Fall können diese Angaben jedoch nicht als ausschlaggebend zugunsten des Ergebnisses der Kommission betrachtet werden. Insbesondere stellt die Vereinbarung zwischen K + S und SCPA, die 1973 für mit Artikel 85 des Vertrages unvereinbar erklärt wurde (Abl. 1973, L 217, S. 3), wegen des Zeitraums von zwanzig Jahren, der zwischen der Erklärung der Unvereinbarkeit und der Anmeldung des Zusammenschlußvorhabens vergangen ist, einen äußerst schwachen, wenn nicht gar unerheblichen Anhaltspunkt für die Vermutung eines fehlenden Wettbewerbs zwischen K + S und SCPA und erst recht zwischen K + S/MdK und SCPA dar. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die Behauptung der Kommission, es bestehe immer noch nur ein geringfügiger grenzüberschreitender Handelsstrom von Deutschland nach Frankreich, der nicht über SCPA kanalisiert sei, im vorliegenden Fall den Wert der erwähnten Vereinbarung als Anhaltspunkt im Sinne der von der Kommission vertretenen Auffassung nicht untermauert. Erstens stellt der angeblich geringfügige grenzüberschreitende Handelsstrom dennoch beinahe die Hälfte des Kaliabsatzes von K + S in Frankreich dar. Zweitens ist die Untersuchung der Kommission, da sie sich allein auf den französischen Markt beschränkt, auf jeden Fall unvollständig, weil der relevante Markt der Markt der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands ist.
- 242 Zu der Untersuchung der Kommission in bezug auf den Grad des Wettbewerbsdrucks, der von den Konkurrenten auf die angeblich durch K + S/MdK und SCPA

gebildete Gruppe ausgeübt werden kann, ist darauf hinzuweisen, daß die Kommission in ihrer streitigen Entscheidung ausgeführt hat, die Einfuhren aus der GUS, die 1992 8 % des Marktes der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands (einschließlich der über SCPA kanalisierten Einfuhren) ausgemacht hätten, seien anscheinend seit dem Erlaß der Antidumpingverordnung zurückgegangen (Randnr. 53 der streitigen Entscheidung).

- 243 Nach den von der Kommission nicht bestrittenen Angaben der französischen Regierung erreichten diese Einfuhren 1993 11 % des Absatzes innerhalb der Gemeinschaft.
- 244 Daher läßt sich unter Berücksichtigung des Umstands, daß der deutsche Markt für ausländische Erzeuger sehr schwer zugänglich ist und daß es sich nicht erwiesen hat, daß das Größenverhältnis von ungefähr 4 zu 1 zwischen dem Markt der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands und dem deutschen Markt sich inzwischen geändert hätte, folgern, daß die Kalieinfuhren aus der GUS zwar 1993 11 % des Absatzes innerhalb der Gemeinschaft erreichten, jedoch bestimmt einen höheren Prozentsatz des Absatzes in der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands ausmachen.
- 245 Daher entspricht die Behauptung der Kommission in Randnummer 53 der streitigen Entscheidung, daß die erwähnten Einfuhren im Rahmen des Marktes der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands seit dem Erlaß der Antidumpingverordnung zumindest teilweise zurückgegangen seien, nicht der Wirklichkeit, da damit verdeckt wird, daß der Marktanteil der GUS auf dem Referenzmarkt zugenommen hat.
- 246 Ferner beruht unter Berücksichtigung der Entwicklung der Einfuhren von der GUS in die Gemeinschaft außerhalb Deutschlands im Jahr 1993 die Feststellung, daß der Wettbewerbsdruck, den diese Einfuhren auf die Gruppe K + S/MdK und SCPA ausüben können, auf die Qualität der Erzeugnisse und die Schwierigkeiten der Gewährleistung rascher und fristgerechter Lieferungen betreffenden Gründen begrenzt sei, auf einer zumindest wenig konsequenten Begründung. Denn um die

Auswirkungen, die ein Zusammenschluß auf den Wettbewerb auf dem relevanten Markt hervorbringen kann, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit beurteilen zu können, muß man sich notwendigerweise auf eine gründliche Untersuchung des Gewichtes der Wettbewerber stützen.

- 247 In bezug auf Coposa, die einen Anteil am Markt der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands von etwas weniger als 10 % hält, behauptet die Kommission, daß ihre Erzeugungskapazität vom kommenden Jahr an wegen der Schließung eines ihrer Bergwerke erheblich zurückgehen werde. Die französische Regierung trägt hierzu von der Kommission unbestritten vor, daß die Überkapazität von Coposa derzeit ungefähr 70 % betrage. Daher konnte aus der bloßen Feststellung, daß sich die Erzeugungskapazität von Coposa in Kürze erheblich verringern werde, ohne nähere Angaben nicht hergeleitet werden, daß sie nicht über die notwendige Grundlage verfüge, um ihren Marktanteil zu halten oder zu erhöhen und damit Zwang auf das angebliche Duopol auszuüben, zumal der Kalimarkt, wie in Randnummer 238 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, rückläufig ist.
- 248 Es zeigt sich somit, daß es der Kommission nicht gelungen ist, das Fehlen eines wirksamen Gegengewichts im Wettbewerb zu der angeblich aus K + S/MdK und SCPA gebildeten Gruppe darzutun.
- 249 Nach allem zeigt es sich, daß die Kommission, ohne daß entschieden zu werden braucht, ob ihre Feststellungen in der streitigen Entscheidung ausgereicht hätten, auf das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung zu schließen, wenn die zuvor aufgeführten Fehler nicht begangen worden wären, auf jeden Fall rechtlich nicht hinreichend dargetan hat, daß der Zusammenschluß eine kollektive beherrschende Stellung von K + S/MdK und SCPA begründen würde, die ein erhebliches Hemmnis für einen wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt bilden könnte.
- 250 Dem dritten Teil des Klagegrundes ist daher zu folgen.

## Zur vollständigen oder teilweisen Nichtigerklärung

- 251 Die französische Regierung beantragt die vollständige Nichtigerklärung der Entscheidung, während die klagenden Unternehmen den Gegenstand ihrer Nichtigkeitsklage ausdrücklich auf die Bedingungen beschränkt haben, mit denen die in der Entscheidung erfolgte Vereinbarkeitsklärung versehen ist.
- 252 Nach Ansicht der klagenden Unternehmen würde die teilweise Nichtigerklärung den Kern der streitigen Entscheidung unberührt lassen, die lediglich unbedingt würde.
- 253 Die Kommission macht geltend, daß die Bedingungen, mit denen die streitige Entscheidung versehen sei, in keiner Weise eingeschränkt werden dürften, denn sie bildeten einen Teil des eigentlichen Kerns der Entscheidung.
- 254 Der Abschnitt des verfügenden Teils, mit dem der in Rede stehende Zusammenschluß für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird, begünstigt die Interessen der Unternehmen, an die die Entscheidung förmlich gerichtet ist, und ist von den klagenden Unternehmen nicht als beschwerend angesehen worden.
- 255 Die französische Regierung hat zwar in ihren Schriftsätzen die vollständige Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung beantragt, im Verfahren vor dem Gerichtshof jedoch klargestellt, daß sie nicht bezwecke, ein Verbot des Zusammenschlusses von K + S und MdK zu erwirken.
- 256 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist die teilweise, auf die mit der Entscheidung verbundenen Bedingungen beschränkte Nichtigerklärung einer Ent-

scheidung möglich, soweit sich die Bedingungen vom übrigen Teil der Entscheidung abtrennen lassen (siehe dahin gehend die Urteile vom 28. Juni 1972 in der Rechtssache 37/71, *Jamet/Kommission*, Slg. 1972, 483, Randnr. 11, und vom 23. Oktober 1974 in der Rechtssache 17/74, *Transocean Marine Paint/Kommission*, Slg. 1974, 1063, Randnr. 21). Die teilweise Nichtigerklärung einer Entscheidung der Kommission auf dem Gebiet der Fusionskontrolle gehört im übrigen zu den in Artikel 10 Absatz 5 der Verordnung ausdrücklich geregelten Fällen.

- 257 Jedoch ist eine Nichtigerklärung, die auf den die in Randnummer 63 enthaltenen Bedingungen und Zusagen betreffenden Abschnitt des verfügenden Teils der streitigen Entscheidung beschränkt wäre, nicht möglich, ohne daß der Kern der Entscheidung verändert würde.
- 258 In diesem Zusammenhang ergibt sich aus der Entscheidung und den Akten insgesamt, daß die erwähnten Bedingungen mit der im verfügenden Teil enthaltenen Vereinbarkeitserklärung eine untrennbare Einheit bilden. Denn die Bedingungen folgen aus einer negativen Beurteilung des Zusammenschlusses in der angemeldeten Form durch die Kommission und werden von der Kommission als unerlässlich dafür erachtet, daß der Zusammenschluß für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden kann.
- 259 Daher ist der gesamte verfügende Teil der streitigen Entscheidung für nichtig zu erklären.

### **Kosten**

- 260 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. In der Rechtssache C-68/94 sind daher der

Kommission die Kosten aufzuerlegen. In der Rechtssache C-30/95 sind die Kosten ebenfalls der Kommission aufzuerlegen, da die Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) und die Entreprise minière et chimique (EMC) im Kern obsiegt haben. Nach Artikel 69 § 4 Unterabsatz 2 der Verfahrensordnung, wonach der Gerichtshof entscheiden kann, daß ein Streithelfer seine eigenen Kosten trägt, tragen die Kali und Salz GmbH und die Kali und Salz Beteiligungs-AG ihre eigenen Kosten.

- 261 Nach Artikel 69 § 4 Unterabsatz 1 der Verfahrensordnung tragen die Mitgliedstaaten, die dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetreten sind, ihre eigenen Kosten. Daher tragen die Regierungen, die dem vorliegenden Rechtsstreit als Streithelferinnen beigetreten sind, ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen

hat

## DER GERICHTSHOF

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Entscheidung 94/449/EG der Kommission vom 14. Dezember 1993 in einem Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (Fall Nr. IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) wird für nichtig erklärt.
2. In der Rechtssache C-68/94 trägt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die Kosten des Verfahrens.

3. In der Rechtssache C-30/95 trägt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die Kosten des Verfahrens. Die Kali und Salz GmbH und die Kali und Salz Beteiligungs-AG tragen ihre eigenen Kosten.
  
4. Die Bundesrepublik Deutschland, Streithelferin in der Rechtssache C-68/94, und die Französische Republik, Streithelferin in der Rechtssache C-30/95, tragen ihre eigenen Kosten.

Rodríguez Iglesias

Gulmann

Ragnemalm

Mancini

Moitinho de Almeida

Kapteyn

Murray

Edward

Puissochet

Hirsch

Jann

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 31. März 1998.

Der Kanzler

Der Präsident

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias