

**SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS KARL ROEMER
VOM 21. NOVEMBER 1972**

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

In dem Verfahren, zu dem ich heute Stellung nehme, hat sich der Gerichtshof zum ersten Mal mit einer Entscheidung zu befassen, die die Kommission aufgrund von Artikel 86 des EWG-Vertrags erlassen hat, also gemäß der Vorschrift, nach der „mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“.

Zum Sachverhalt des Verfahrens muß ich zunächst folgendes vorausschicken. Die Continental Can Company Inc., New York („Continental“), ist eine international bedeutende Herstellerin von Metallverpackungen und anderem Verpackungsmaterial sowie von Maschinen zur Herstellung und Verwendung von Verpackungen. Sie verfügt über gewerbliche Schutzrechte, zu deren Verwertung sie international Lizenzen vergeben hat. Am 6. Februar 1969 hat sie die Kapitalmehrheit und damit die Kontrolle über die Schmalbach-Lubeca-Werke AG in Braunschweig („Schmalbach“), eine große Herstellerin von Leichtmetallverpackungen, anderen Verpackungen und Verschleißmaschinen, erlangt. Diese Beteiligung hat sie im gleichen Jahre auf 85,8 % des Grundkapitals erhöhen können.

Nach dieser Operation war Continental bemüht, ihre Aktivität und ihren Einfluß in Europa weiter auszudehnen. Sie entwarf einen Plan, der vorsah, im Zusammenwirken mit europäischen Unternehmen der Verpackungsindustrie eine Gesellschaft zu gründen, in die sie ihre europäischen Interessen einzubringen gedachte. An dieser Gesellschaft sollten

sich nach ihrem Vorschlag eine britische Produzentin von Verpackungsmaterial (The Metal Box Company Ltd. in London) sowie Lizenznehmer der Continental mit Sitz in Frankreich und in den Niederlanden beteiligen. Der Plan fand jedoch nicht die Zustimmung der angesprochenen Gesellschaften und ließ sich somit nicht verwirklichen. Darauf konzentrierte Continental ihre Bemühungen auf eine engere Verbindung mit einer niederländischen Lizenznehmerin, der Thomassen & Drijver-Verblifa NV in Deventer („Thomassen“), die Metallverpackungen und andere Verpackungen produziert. Am 16. Februar 1970 schloß Continental mit Thomassen eine Vereinbarung, die vorsah, daß Continental in Wilmington (im Staate Delaware der USA) eine Holdinggesellschaft, die Europemballage Corporation („Europemballage“), gründete und auf sie die Beteiligung an Schmalbach übertrug. Gemäß dem Abkommen mit Thomassen sollte Continental außerdem Europemballage veranlassen und in die Lage versetzen, den Aktionären von Thomassen (abgesehen von Metal Box und Continental) den Erwerb der Anteile an Thomassen gegen ein Entgelt von 140 Fl. pro Anteil anzubieten. Die Geschäftsleitung von Thomassen verpflichtete sich, ihren Aktionären eine Empfehlung zum Verkauf der Anteile an die Europemballage auszusprechen. Am 20. Februar 1970 erfolgte die Gründung der Europemballage, die von Continental zu 100 % beherrscht wird. Wie vorgesehen, wurden die Beteiligungen der Continental in Europa und damit auch an Schmalbach auf sie übertragen. Europemballage errichtete ein Büro in New York und ein Büro in Brüssel. Am 16. März 1970 veröffentlichte diese Holding das Kaufangebot an die Aktionäre von Thomassen. Das Übernahmeangebot wurde auch von der Geschäftsführung von Thomassen bekanntgegeben. Am 8. April 1970 erwarb Europ-

emballage für einen Gesamtbetrag von 44,7 Millionen Rechnungseinheiten Aktien und Wandelobligationen von Thomassen und brachte so ihre Beteiligung, die zunächst 10,4 % betrug, auf 91,07 % des Kapitals von Thomassen.

Diese Vorgänge haben die Aufmerksamkeit der Kommission erweckt. Die Kommission glaubte, Bedenken im Hinblick auf Artikel 86 des EWG-Vertrags geltend machen zu sollen. Entsprechende Mitteilungen richtete sie in Schreiben und Fernschreiben von März und April 1970 an die Beteiligten, nämlich an Continental, Thomassen, Schmalbach und Europemballage. Da die Äußerungen der Kommission eine Änderung der getroffenen Dispositionen nicht zur Folge hatte, beschloß sie am 9. April 1970, gegen Continental und Europemballage wegen des Erwerbs des beherrschenden Kapitalanteils an Thomassen ein Verfahren nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 (ABl. Nr. 13 vom 21. 2. 1962) einzuleiten.

Am 15. März 1971 wurden Europemballage in ihrer Geschäftsstelle in Brüssel die Beschwerdepunkte der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission zugestellt. Am 9. August 1971 erfolgte die Stellungnahme und nach dieser die Anhörung der Beteiligten in mündlicher Verhandlung.

Da die Kommission in den Verhandlungen eine Annäherung der gegensätzlichen Standpunkte nicht erkannte, erließ sie am 9. Dezember 1971 eine förmliche Entscheidung (ABl. 1972, L 7), die die rechtliche Würdigung des von ihr geprüften Vorganges und die daraus gezogenen rechtlichen Folgerungen enthält. In dieser Entscheidung wurde festgestellt, daß Continental in Deutschland, also auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes, durch Schmalbach eine beherrschende Stellung auf dem Markt der Leichtverpackungen für Fleisch- und Fischkonserven sowie der Metallverschlüsse für Einmachgläser innehat. Durch den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an dem konkurrierenden Unternehmen Thomassen in den Niederlanden sei die beherrschende Stellung so

verstärkt worden, daß ein Wettbewerb „praktisch“ entfalle. Damit sei eine mißbräuchliche Ausnutzung im Sinne von Artikel 86 des EWG-Vertrags gegeben. Da Thomassen und Schmalbach in der Lage gewesen seien, über die Grenzen, vor allem im westdeutschen und im Benelux-Raum, zu liefern, durch den Zusammenschluß also die Möglichkeit des grenzüberschreitenden Wettbewerbs ausgeschlossen worden sei, müsse auch gefolgert werden, die Verbindung der genannten Gesellschaften sei geeignet, die Handelsströme zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu beeinflussen, die für die Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann. Mit dieser Begründung wurde von der Kommission entschieden, Continental sei verpflichtet, die festgestellte Zuwiderhandlung gegen Artikel 86 abzustellen und der Kommission zu diesem Zwecke vor dem 1. Juli 1972 Vorschläge zu unterbreiten.

In weiteren Verhandlungen mit der Kommission versuchten die Vertreter der Gesellschaften, eine der Kommission annehmbar erscheinende Lösung zu finden. Weil Continental und Europemballage aber prinzipiell auch der Ansicht sind, die Kommission habe Artikel 86 zu Unrecht auf ihr Verhalten angewandt, kam es am 9. Februar 1972 zur Erhebung der Klage an unserem Gericht mit dem Ziel der Annullierung der von der Kommission erlassenen Entscheidung vom 9. Dezember 1971.

In der mündlichen Phase dieses Verfahrens, in der wir uns befinden, ist es nunmehr meine Aufgabe, der Frage nachzugehen, ob die von der Kommission getroffene Entscheidung Bestand haben kann oder ob sie aus einem der von den Klägern angeführten Gründe (auf die ich im einzelnen gleich zu sprechen kommen werde) aufgehoben werden muß. Da die Prozeßparteien über eine Fülle tatsächlicher und rechtlicher Fragen im Streit sind, halte ich es für angezeigt, den Untersuchungen, die ich anstellen werde, einige programmatische Hinweise vorzuschicken. So will ich im folgenden zunächst einige Bemerkungen zur Klagebe-

fugnis machen. Dann werde ich mich der Rechtsfrage zuwenden, ob Artikel 86 des EWG-Vertrags überhaupt auf einen Sachverhalt wie den vorliegenden angewandt werden kann. Es schließen sich daran Untersuchungen vorwiegend ökonomischer Natur zu der Frage an, ob Schmalbach in der Bundesrepublik eine beherrschende Stellung innehatte und wie die Wettbewerbsverhältnisse zwischen Schmalbach und Thomassen gestaltet waren. Zum Schluß werde ich noch auf das Problem eingehen, ob der Kommission die Befugnis zusteht, einer in den USA domizilierten Gesellschaft gegenüber eine Entscheidung zu erlassen, und ob diese Gesellschaft für Handlungen einer Tochtergesellschaft verantwortlich gemacht werden kann. In diesem Zusammenhang sind auch eine Reihe verfahrensrechtlicher Rügen zu behandeln.

1. Zur Klagebefugnis

Gegen die Entscheidung der Kommission hat einmal Continental, New York, geklagt. Dazu ist nichts zu bemerken, denn in Artikel 3 der Entscheidung heißt es ausdrücklich, sie sei an die genannte Gesellschaft gerichtet. Außerdem wird in ihrem Tenor die Feststellung getroffen, die Continental habe eine beherrschende Stellung „mißbräuchlich“ ausgenützt und sie sei verpflichtet, die Zuwiderhandlung gegen Artikel 86 des EWG-Vertrags abzustellen und der Kommission dafür geeignete Vorschläge zu machen.

Daneben hat aber auch Europemballage (Europemballage Corporation, Brüssel) geklagt, d. h. die Tochtergesellschaft der Continental, die auf ihren Namen den beanstandeten Erwerb der Anteile der Thomassen durchgeführt hatte. Dafür wird geltend gemacht, die französische Fassung der Entscheidung, nach der Erklärung der Kommission die einzig verbindliche, erwähne im Rubrum ausdrücklich die Europemballage Corporation. Zudem sei der Begleitbrief für die Zustellung der Entscheidung an die Europemballage Corporation gerichtet und auch in ihm das Verfahren mit dem

Stichwort „Europemballage“ bezeichnet worden. — Tatsächlich kann auch gegen diese Einlassung nichts eingewendet werden. Zweifellos ist Europemballage ebenfalls unmittelbar von einer Entscheidung betroffen, in der beanstandet wird, daß ein Erwerb der Anteile durch sie erfolgt ist.

Es steht somit fest, daß beide Gesellschaften Klagebefugnis besitzen. Da im übrigen irgendwelche anderen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Klagen nicht zu erkennen sind, können wir uns ohne weitere Vorrede unmittelbar der Behandlung der streitigen Auseinandersetzungen zuwenden.

2. Dabei beschäftigt uns — wie gesagt — in erster Linie die Frage, ob Artikel 86 des EWG-Vertrags überhaupt auf Konzentrationsvorgänge angewandt werden kann.

Sie bedarf freilich zunächst einer gewissen Eingrenzung. — Einmal muß hervorgehoben werden, daß Artikel 86 sicher nicht eine Fusionskontrolle schlechthin erlaubt. Insofern gibt es keinen Streit zwischen den Parteien, und insofern genügt tatsächlich ein Vergleich mit der schon früher in Kraft getretenen und eine ausführliche Regelung für Zusammenschlüsse enthaltenden Vorschrift des Artikels 66 des Montanvertrages, um zu erkennen, daß die Autoren des EWG-Vertrags in Artikel 86 die Ziele und das Verfahren des Artikels 66 des Montanvertrages nicht übernehmen wollten. — Zum anderen ist ebenso sicher, daß sich nicht die These rechtfertigt, eine Veränderung der Marktstruktur durch Unternehmenszusammenschlüsse könne in keinem Falle von Artikel 86 erfaßt werden. Ich erinnere in diesem Zusammenhang nur an die in der Literatur allgemein und auch von den Klägern anerkannte Ansicht, Artikel 86 greife ein, wenn ein beherrschendes Unternehmen seine Marktmacht einsetzt und etwa mit Hilfe seiner Preisgestaltung Druck auf einen Wettbewerber ausübt, um ihn zur Aufgabe des Wettbewerbes und zum Zusammenschluß mit dem beherrschenden Unternehmen zu zwingen. In einem derartigen Sachverhältnis wird die Anwendung von

Artikel 86 im Hinblick darauf gutzuheißen sein, daß man es mit einem unlauteren Marktverhalten eines beherrschenden Unternehmens zu tun hat, dessen Ziel erkennbar auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet ist. Es ist allerdings sogleich hinzuzusetzen, daß die zuletzt genannte Auslegungsmöglichkeit im vorliegenden Fall keine Rolle spielt. Zwar gibt es gewisse Andeutungen der Kommission, die in diese Richtung zu zielen scheinen (etwa wenn sie davon spricht, die Beendigung der zwischen Continental und Thomassen bestehenden Lizenzverträge und die Notwendigkeit, neue Verträge auszuhandeln, könnten bei dem Entschluß der Leitung von Thomassen, gegenüber den Aktionären eine Verkaufsempfehlung abzugeben, von Bedeutung gewesen sein). Nach den Einlassungen der Kläger über Zeitpunkt und Gang der Linzenverhandlungen sowie über die Bedingungen des Aktienerwerbs ist letztlich aber eindeutig klar, daß die Kommission nicht so weit geht zu behaupten, es sei bei der Übernahme von Thomassen durch Europemballage (bei der ja die *Aktionäre* von Thomassen das entscheidende Wort hatten) zum Einsatz unlauterer Mittel gekommen.

Die im vorliegenden Verfahren allein interessierende Frage — das machen die soeben angestellten Eingrenzungsbemühungen deutlich — ist vielmehr lediglich die, ob Artikel 86 auch eingreift, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung durch den Erwerb eines anderen Unternehmens seine Marktstellung so sehr verstärkt, daß ein Wettbewerb von ökonomischer Bedeutung „praktisch“ nicht mehr übrig bleibt. Bekanntlich stellt dies die Grundthese der Kommission im gegenwärtigen Zusammenhang dar, und gerade dieser Standpunkt wird von den Klägern mit Nachdruck bekämpft.

Will man den so umrissenen Kernstreit des Verfahrens zutreffend würdigen, so gilt es eine Reihe von Erwägungen anzustellen.

Offensichtlich ist zunächst einmal, daß ein Sachverhalt wie der von der Kommission visierte von keiner der vier Ru-

briken des Artikels 86 Absatz 2 unmittelbar erfaßt wird. Das ergibt eine einfache Lektüre der dort aufgeführten Mißbrauchsfälle. Definitives über die Anwendung von Artikel 86 ist damit freilich nicht ausgesagt, denn bei den genannten Mißbrauchsfällen handelt es sich unstreitig — das zeigt schon die Verwendung des Wortes „insbesondere“ — um Beispiele und nicht um eine abschließende Aufzählung.

Sodann muß auch eingeräumt werden, daß der Wortlaut von Artikel 86 Absatz 1 mit der Wendung „mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt“ darauf hindeuten scheint, seine Anwendung komme nur in Betracht, wenn die Marktmacht als *Instrument* eingesetzt und in verwerflicher Weise gebraucht wurde; es seien diese Kriterien als Tatbestandsmerkmale für die Rechtsanwendung also notwendig. Wäre dem tatsächlich so, dann müßte eine Heranziehung des Artikels 86 im vorliegenden Fall sicher ausscheiden, ist doch auch — wie schon erwähnt — die Kommission der Ansicht, die Klägerin Continental habe nicht ihre durch Schmalbach vermittelte Marktmacht beim Erwerb der Thomassen-Aktien als Instrument gebraucht.

Dem hält die Kommission jedoch die These entgegen, die erwähnte Überlegung (Einsatz der Marktmacht) spiele zwar in den Beispielfällen von Artikel 86 Absatz 2 Buchstaben a, c und d eine Rolle, sie sei aber offensichtlich in dem Beispielfall b als Tatbestandsmerkmal zurückgedrängt. Danach ist als Mißbrauch auch anzusehen die „Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher“, d. h. es kommen interne Vorgänge in Betracht, für welche die Marktmacht nicht instrumental ist, vorausgesetzt nur, daß eine Schädigung der Verbraucher, d. h. eine bestimmte *Wirkung* auf dem Markt eintritt. Von dieser Erkenntnis ausgehend, ist die Kommission vor allem bestrebt, ihre vorhin definierte These in Anlehnung an Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe b zu rechtfertigen und eine Verringerung des Wett-

bewerbs durch Vergrößerung der Marktmacht deswegen als mißbräuchlich zu bezeichnen, weil in einem solchen Fall durch die Einschränkung der Wahlmöglichkeiten der Verbraucher eine Gefährdung der Verbraucherinteressen eintreten kann. Dabei spielt für sie nicht zuletzt der Rückgriff auf die Vertragsgrundsätze und -ziele eine Rolle, wie sie der Präambel des Vertrages (Gewährleistung eines „redlichen Wettbewerbs“) und dem Artikel 3 f („Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt“) entnommen werden können. Außerdem leitet sie aus Artikel 85 3 b ein Grundprinzip ab, das für das Wettbewerbsrecht des Vertrages schlechthin maßgeblich sein soll, nämlich das Prinzip, es dürfe nicht „für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren“ der Wettbewerb ausgeschaltet werden.

Somit spitzt sich die entscheidende Fragestellung des Verfahrens dahin zu, ob wir der Kommission in diesen Deduktionen folgen können oder ob sich dazu — wie die Kläger meinen — schwerwiegende Bedenken ergeben. Nach Abwägung aller in Betracht kommenden Aspekte komme ich insofern zu der Überzeugung — und damit nehme ich das Ergebnis meiner Überlegungen vorweg —, daß sich gewichtige Bedenken gegen die Stichhaltigkeit der von der Kommission vertretenen These aufzeigen lassen.

Es ist ganz klar, daß die Kommission bestrebt ist, Artikel 86 *extensiv* auszulegen, indem sie einer Schädigung der Verbraucher infolge Einschränkung der Erzeugung aus einer beherrschenden Stellung heraus die Gefährdung von Verbraucherinteressen gleichsetzt, die sich bei Wegfall eines Wettbewerbers, also bei Einschränkung der Wahlmöglichkeiten, ergeben kann. Diese Interpretation muß prinzipiell bedenklich erscheinen bei einer so einschneidenden Norm wie der des Artikels 86, die ein Verbot (wahrscheinlich mit der Folge der zivilrechtlichen Nichtigkeit) enthält und für deren Verletzung eine Bestrafung vorgesehen ist. Hier hat in Wahrheit die These vieles für sich, es sei eine enge Auslegung, d. h.

Vorsicht bei Analogieversuchen geboten und — wie die Kläger es für richtig halten — zu verlangen, daß ein Verstoß zumindest von der Art der in Artikel 86 Absatz 2 a bis d aufgeführten Beispielfälle gegeben sei. Es sollte in diesem Zusammenhang also, mit anderen Worten gesagt, von dem Grundsatz „in dubio pro libertate“ ausgegangen werden, wie er zu der entsprechenden Vorschrift des § 22 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen von namhaften Autoren nachhaltig betont wurde mit dem Ziel, eine enge Anlehnung an den Wortlaut der Vorschrift zu erreichen.

In der Tat kann ja — und dies sage ich im Hinblick auf das wesentliche Erfordernis der Rechtssicherheit — nicht geleugnet werden, daß eine Schädigung der Verbraucher im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 b, der im gegenwärtigen Zusammenhang allein anziehbaren Norm, einen wesentlich präziseren Tatbestand darstellt als die Beeinträchtigung der Wahlmöglichkeiten der Verbraucher durch den Wegfall eines Wettbewerbers, die lediglich zu einer Schädigung führen *kann*. Gerade der vorliegende Fall macht mit Eindringlichkeit deutlich, wie schwierig die insofern anzustellenden ökonomischen Beurteilungen sind und wie sehr es daher an der Voraussehbarkeit der Rechtsfolgen im Falle der von der Kommission vertretenen These mangelt. Dieser Erkenntnis gegenüber hilft übrigens auch nicht der Hinweis auf die Möglichkeit, nach Artikel 2 der Verordnung Nr. 17 ein Negativattest zu erwirken, steht doch, abgesehen von der Dauer derartiger Verfahren, fest, daß eine legalisierende Wirkung von einem solchen Attest nicht ausgeht.

Soweit die Kommission zur Untermauerung ihres Standpunktes auf Vertragsgrundsätze und Vertragsziele Bezug nimmt, wie sie sich aus der Präambel des Vertrages und den Eingangsartikeln ableiten lassen, muß ihr außerdem folgendes entgegengehalten werden. Es besteht wohl Einhelligkeit darüber, daß es sich bei den in Bezug genommenen Texten um Erklärungen und Normen handelt, die für eine unmittelbare Anwendung

nicht in Betracht kommen. Das macht vor allem der Wortlaut von Artikel 3 deutlich; ihm zufolge wird offensichtlich in mancherlei Beziehung der Erlaß von Durchführungsnormen durch die Mitgliedstaaten oder den Rat vorausgesetzt bzw. — was mit der Wendung „nach Maßgabe dieses Vertrages“ zum Ausdruck kommt — auf im Vertrag selbst enthaltene Konkretisierungen hingewiesen. Im Hinblick auf Artikel 3 f, die jetzt interessierende Norm, ergibt sich eine entsprechende Erkenntnis nicht zuletzt aus der Unbestimmtheit der verwendeten Formulierungen. Tatsächlich kann ihnen ebensowenig mit Präzision entnommen werden, was unter „Verfälschung des Wettbewerbs“ zu verstehen ist, wie der Präambel des Vertrages ein genauer Maßstab für den Begriff „redlicher Wettbewerb“ zu entnehmen ist. Dafür bedarf es vielmehr eines Rückgriffes auf die konkretisierenden Artikel 85 und 86 des Vertrages. Aus Artikel 85 aber ist etwa zu entnehmen, daß eine Einschränkung des Wettbewerbs, also eine Durchbrechung des Grundsatzes vom unverfälschten Wettbewerb, durchaus hingenommen wird, wenn die Voraussetzungen seines Absatzes 3 vorliegen. Aus Artikel 86 folgt weiterhin, daß der Vertrag sogar das Fehlen jeglichen Wettbewerbs, also ein Vollmonopol, akzeptiert. Das läßt sich meines Erachtens deswegen sagen, weil Artikel 86 offensichtlich nicht zwischen verschiedenen Graden der Marktbeherrschung unterscheidet und weil er nicht, wie die bei der Vertragsredaktion durchaus bekannte Sektion 2 des Sherman act, bereits den Versuch, eine Monopolsituation zu schaffen, für verboten erklärt. Außerdem ist bedeutsam, daß Artikel 86 des EWG-Vertrags anders als Artikel 66 des EGKS-Vertrags und Artikel 85 3 b des EWG-Vertrags gerade nicht den Vorbehalt enthält, es dürfe „wirklicher Wettbewerb“ nicht verhindert werden (Art. 66 des EGKS-Vertrags), bzw. es dürfe nicht die Möglichkeit eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Ware den Wettbewerb auszuschalten (Art. 85 Abs. 3 b des EWG-Vertrags).

Kann somit der Rückgriff auf die grundlegenden Vertragsartikel für die These der Kommission nichts hergeben, so können gegen ihre Stichhaltigkeit schließlich noch zwei weitere, nicht unerhebliche Überlegungen angeführt werden. — Einmal darf nicht vergessen werden, daß Artikel 86 ein Verbot ohne Ausnahme stipuliert, d. h. keine Legalisierungsmöglichkeit vorsieht. Würde man ihn also auf Fälle wie den vorliegenden anwenden, so könnte diese Interpretation unter Umständen zu industriepolitisch höchst unerwünschten Folgen führen. — Zum anderen könnte die Übernahme der These der Kommission, mit der sie wenigstens die schlimmsten Fälle unerwünschter Fusionen in den Griff bekommen möchte, zur Folge haben, daß die Aufmerksamkeit von dem allgemeinen Problem der Fusionskontrolle abgelenkt wird. Auch das wäre wohl mißlich. Demgegenüber ist es meines Erachtens im Interesse der Realisierung einer gesunden Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft sinnvoller, zu zeigen, daß sich Artikel 86 prinzipiell nicht für eine Fusionskontrolle eignet, als den Anschein zu erwecken, das bedeutsame Problem der Fusionskontrolle könne wenigstens teilweise bewältigt werden, indem man mit Hilfe einer extensiven Auslegung des Artikels 86 Fälle erfaßt, in denen ohnehin nur ein unbedeutender, marginaler Restwettbewerb verschwindet, und die wettbewerbsrechtlich nicht die gravierendsten sind. Dies stellt zwar nur eine Überlegung rechtspolitischer Natur ohne entscheidendes Gewicht dar. In der Gesamtwürdigung der Problematik wird man sie aber nicht ohne weiteres vernachlässigen dürfen. Somit kann ich am Ende all der aufgezeigten Überlegungen zu der Kernfrage des Verfahrens als Ergebnis nur dies festhalten. Nach meiner Überzeugung sind die von den Klägern aus Wortlaut und System der Wettbewerbsbestimmungen des Vertrages abgeleiteten Argumente, zu denen sich Hinweise auf die Vorgeschichte des Vertrages und Äußerungen bedeutender Wissenschaftler gesellen, so schwerwiegend, daß danach die von der

Kommission vertretene These zur Auslegung von Artikel 86 und seiner Anwendung auf Fälle der Verstärkung der Marktmacht, ohne daß sie in unlauterer Weise eingesetzt würde, nicht mehr fundiert erscheint. Die angegriffene Entscheidung ist demnach mit der Begründung zu annullieren, daß sie in Artikel 86 des Vertrages keine Rechtsbasis findet.

3. Wie schon angekündigt, werde ich jedoch die Untersuchung nach dieser Feststellung nicht abbrechen. Ich will vielmehr weiterhin noch auf die Frage eingehen, ob die Feststellung der Kommission, Continental habe über Schmalbach eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes, gerechtfertigt ist. Außerdem werde ich untersuchen, ob die Kommission die Auswirkungen der Vereinigung von Schmalbach mit Thomassen in der Holdinggesellschaft Europemballage auf die Wettbewerbsverhältnisse des Gemeinsamen Marktes zutreffend gewürdigt hat. Dabei ist es freilich — was in Anbetracht des Ergebnisses, zu dem ich bisher gelangt bin, verständlich erscheint — nicht mein Ziel, in der Untersuchung der sich stellenden, vorwiegend ökonomischen Fragen von einiger Komplexität erschöpfend zu sein. Meine Absicht ist es lediglich, auf einige der sich ergebenden Probleme hinzuweisen und eine summarische Würdigung zu versuchen.

a) Zunächst zur Frage der beherrschenden Stellung von Schmalbach.

Bei dieser Untersuchung geht die Kommission davon aus, eine beherrschende Stellung sei gegeben, wenn Raum für unabhängige Verhaltensweisen vorhanden ist, wenn ohne große Rücksichtnahme auf Wettbewerber, Abnehmer oder Lieferer gehandelt werden kann. Insofern befindet sie sich offensichtlich in Einklang mit der herrschenden Meinung und mit gesetzlich fixierten Maßstäben (wie sie sich etwa aus dem § 22 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und dem Artikel 66 des EGKS-Vertrages entnehmen lassen). Auch die Kläger stimmen der Kommission hierin

zu. Wichtig ist demnach insbesondere, daß die Kommission nicht, wie von manchen im Interesse einer weiten Anwendung des Artikels 86 gerade auf Zusammenschlüsse befürwortet wird, einen *wesentlichen Einfluß* auf den Markt genügen lassen will. Daß diese Grundeinstellung zutrifft, zeigen nicht zuletzt die Beispielfälle für mißbräuchliches Verhalten in Artikel 86. In der Tat sind sie nur vorstellbar bei Vorhandensein einer Marktmacht im Sinne der eingangs gegebenen Definition.

In der angegriffenen Entscheidung führt die Kommission weiter aus, von einer beherrschenden Stellung sei zu sprechen, wenn aufgrund des Marktanteils oder aufgrund des Marktanteils in Verbindung mit technischem Wissen, Rohstoffen oder Kapital die Möglichkeit bestehe, für einen bedeutenden Teil der Erzeugnisse die Preise zu bestimmen oder Produktion oder Verteilung zu kontrollieren. Davon ausgehend, untersuchte sie zunächst die Marktanteile, die Schmalbach in der Bundesrepublik auf dem Gebiet der Leichtverpackungen für Fleisch und Fisch sowie der Metallverschlüsse für Einmachgläser hält. Sie glaubte dabei zu folgenden Feststellungen gelangen zu können:

- i) Schmalbach habe auf dem Markt für Fleischdosen bei sehr schwachem Substitutionswettbewerb einen Anteil am deutschen Verbrauch in Höhe von 70 bis 80 %;
- ii) Schmalbach habe bei Fischdosen, wo der Anteil der Einmachgläser und der Kunststoffbehälter nicht groß sei, einen Anteil am deutschen Verbrauch in Höhe von 80 bis 90 %;
- iii) schließlich habe Schmalbach als einzige Lizenznehmerin für White-Cap-Verschlüsse in Deutschland bei Metallverschlüssen einen Marktanteil zwischen 50 und 55 %.

Zusätzlich war nach Ansicht der Kommission zu berücksichtigen, daß Schmalbach darüber hinaus Maschinen zur Produktion und zur Verwendung von Metallverpackungen herstelle, daß dieses Unternehmen einen durch Patente,

Know-how und Informationsaustausch mit anderen Lizenznehmern der Continental gesicherten technologischen Vorsprung besitze und daß sein Produktionsprogramm eine breite Streuung aufweise. Stelle man schließlich — so heißt es in der Entscheidung auch noch — die wirtschaftliche Bedeutung der Gruppe, wie sie sich aus einem Vergleich mit dem größten deutschen Konkurrenten ergebe, in Rechnung sowie ihre Möglichkeiten, Zugang zum Kapitalmarkt zu finden, so könne kein Zweifel daran bestehen, daß Schmalbach in Deutschland auf den bereits erwähnten Märkten eine beherrschende Stellung innehat.

Dem treten jedoch die Kläger mit Nachdruck entgegen. Sie haben Einwendungen zur Bestimmung der Marktanteile, sei es, was die genannten Märkte in der Bundesrepublik Deutschland angeht, oder sei es im Hinblick auf den zu berücksichtigenden Substitutionswettbewerb sowie die maßgebliche geographische Basis, namentlich die Einbeziehung der Einfuhren in die Bundesrepublik Deutschland. Sie weisen des weiteren auf die Macht der Nachfrager hin sowie die Möglichkeit der Selbstherstellung durch die verpackende Industrie, und sie machen (ohne daß diese Aufzählung vollständig wäre) geltend, gegen die Annahme einer beherrschenden Stellung von Schmalbach spreche nicht zuletzt das Marktverhalten dieses Unternehmens und die Entwicklung seiner Gewinne. Sehen wir also auch zu, was von dieser Auseinandersetzung zu halten ist.

Wenn wir dabei mit den von der Kommission ermittelten Anteilen am deutschen Markt beginnen, so zeigt sich schnell, daß Probleme nicht bestehen hinsichtlich der Marktdaten für Fisch- und Fleischdosen, sondern allenfalls hinsichtlich derjenigen für Metallverschlüsse. Tatsächlich wird von den Klägern — wenn ich recht sehe — die Errechnung des Fischdosenanteils nicht bestritten. Zum Fleischdosenanteil brachten die Kläger zwar vor, er verringere sich auf 65 %, falls — was die Kommission nicht getan habe — eine Reihe anderer deutscher Produzenten und die Importe be-

rücksichtigt würden. Im Verfahren ist indessen klargeworden, daß die von den Klägern gemeinten anderen deutschen Produzenten in der Berechnung der Kommission enthalten sind und daß auch die Importe nicht vernachlässigt wurden. Daß sich die letzteren in der Berechnung schließlich nicht auswirkten, erklärt sich einfach aus der Erkenntnis, daß sie ungefähr den Umfang der Exporte erreichen, die natürlich gleichfalls (und zwar durch Abzug) bei der Ermittlung des Marktanteils in Rechnung zu stellen waren. — Allein zum Marktanteil bei Metallverschlüssen sind demnach Bemerkungen zu machen. Hier soll sich nach Meinung der Kläger nicht eine Zahl zwischen 50 und 55 %, sondern lediglich ein Wert von 42 % rechtfertigen, und dies im Hinblick darauf, daß die deutsche Statistik infolge eines Übermittlungsfehlers eines Schmalbach-Werkes eine zu niedrige Gesamtproduktionszahl angenommen hat. Wie es sich damit verhält, ist jedoch nicht völlig geklärt. Die Kommission meinte, die Einlassung der Kläger sei wenig glaubhaft, weil sie, gehe man von dem unstrittigen Marktanteil der Schmalbach bei Metallverschlüssen insgesamt aus, einen prozentualen Marktanteil der Schmalbach bei Kronenkorken in einer Höhe ergebe, die unhaltbar erscheine. Die Kläger dagegen blieben auch in der mündlichen Verhandlung bei ihrer entgegengesetzten Darstellung. In Anbetracht der umstrittenen Werte wäre somit in diesem Punkte eine weitere Aufklärung angebracht, es sei denn, man bekenne sich zu der Ansicht, die umstrittenen Werte seien in jedem Falle für eine Beurteilung ausreichend, weil sie keinesfalls einen bedeutenden Marktanteil widerspiegeln.

Was die Marktanteilsberechnung angeht, so soll nach Ansicht der Kläger das Bild aber auch deswegen falsch sein, weil sich die Kommission allein auf die Bundesrepublik bezogen, den Außenhandel also nicht berücksichtigt habe, und weil der Wettbewerb durch Substitutionsprodukte außer Betracht geblieben sei. — Dazu ist meines Erachtens folgendes anzumerken. Zum Außenhandel mit Fleischdosen

habe ich schon angedeutet, aus welchen Gründen er im gegenwärtigen Zusammenhang nicht ins Gewicht fällt. Entsprechendes gilt — wenn ich recht sehe — für den Fischdosenmarkt, der anscheinend nur einen bescheidenen Außenhandel kennt. Allenfalls bei Metallverschlüssen könnten die Außenhandelswerte dagegen von Bedeutung sein. Tatsächlich spielen hier Entfernungen für die Lieferung nicht die gleiche Rolle wie bei Fleischdosen und Fischdosen, und es kommt offenbar auch der Tatsache, daß sie in Lizenz hergestellt werden (jedenfalls soweit White-Cap-Verschlüsse in Frage stehen), keine Bedeutung zu, weil den verschiedenen Lizenznehmern territoriale Lieferbeschränkungen nicht auferlegt sind. Dementsprechend scheinen (wie sich übrigens aus der angegriffenen Entscheidung selbst ergibt) Einfuhrlieferungen französischer, britischer und anderer Hersteller einen bedeutenden Umfang aufzuweisen. Da sie überdies wesentlich höher sind als die Ausfuhren aus der Bundesrepublik, wäre es in diesem Punkt also gerechtfertigt, von einem anderen geographischen relevanten Markt als von der Kommission angenommen auszugehen und den Marktanteil womöglich noch niedriger anzusetzen als nach der von den Klägern verlangten Korrektur. — Desgleichen erscheint nicht völlig irrelevant, was die Kläger zum Fleisch- und Fischdosenmarkt hinsichtlich des Wettbewerbs durch Substitutionsprodukte aus Glas und Plastik vorgetragen haben. Tatsächlich kann man sich nicht des Eindrucks erwehren, diesem Gesichtspunkt sei in der Entscheidung zu geringes Gewicht beigemessen worden. Immerhin gibt zu denken, was die Kläger zu der Frage der Investitionen, die für einen Übergang von einer Verpackungsart zu einer anderen notwendig sind, und zu der Tatsache vorgebracht haben, daß eine Reihe von Verpackern ohnehin über Abfüllanlagen für alle möglichen Verpackungsmittel verfügt. Weiterhin ist bemerkenswert, was der Supreme Court der USA (die Kläger zitieren dies unwidersprochen auf Seite 36 ihrer Stellungnahme zu den Be-

schwerdepunkten) zum Wettbewerb zwischen Glas- und Metallbehältern ausgeführt hat. Zu denken gibt außerdem, was die Kläger (unter Anführung von Fakten) hinsichtlich des Trends zunehmender Substitution und der Entwicklung von Plastikverpackungen durch potente Unternehmen angeführt haben. Daran kann meines Erachtens nicht einfach vorbeigegangen werden, auch wenn zweifellos allerlei Faktoren dem Substitutionswettbewerb bestimmte Grenzen setzen. So gesehen ist aber vorstellbar, daß eingehendere Marktuntersuchungen, die man in der Entscheidung vermißt, zu der Erkenntnis führen, die eingangs erwähnten Marktanteilszahlen seien zu korrigieren und ihre ohnehin beschränkte Aussagekraft werde damit weiter vermindert.

Nach Ansicht der Kläger ist bei der Untersuchung etwaiger Marktmacht auch zu berücksichtigen, daß es eine Nachfragemacht großer Käufer gibt und daß die Drohung, zur Selbsterstellung überzugehen (eine Drohung, wie sie gelegentlich verwirklicht wird), gegenüber den Lieferanten einen mäßigenden Einfluß hat. Dazu ist zu bemerken, daß den Klägern in diesem Zusammenhang genannten Zahlen und gegebenen Darlegungen eine gewisse Bedeutung sicher nicht abgesprochen werden kann. Sie haben aber letztlich doch nur einen begrenzten Aussagewert. Tatsächlich versagen diese Argumente gegenüber der unbestrittenen Vielzahl kleiner Abnehmer, denen die Nachfragemacht der großen Käufer mangels Markttransparenz nicht unbedingt zugute kommen muß und die auch aus einleuchtenden Gründen nicht ohne Schwierigkeiten zur Selbsterstellung übergehen können. Ich bin deshalb der Meinung, daß mit Hilfe der soeben erwähnten Argumente, sollte eine Marktmacht vorhanden sein, die Existenz einer beherrschenden Stellung nicht zweifelsfrei bestritten werden kann, und ich sehe deshalb davon ab, die von den Klägern angeführten Einwendungen jetzt in alle zum Teil strittigen Details weiterzuverfolgen.

Hat sich aber bisher immerhin schon ge-

zeigt, daß die Berechnungen der Marktanteile durch die Kommission nicht über jeden Zweifel erhaben sind, und hält man sich zudem vor Augen, daß aus Marktanteilen allein ohnehin zwingende Schlüsse auf die Existenz einer Marktmacht nur selten möglich sind, so wird klar, daß im gegenwärtigen Zusammenhang den zusätzlichen Überlegungen der Kommission, die zur Belegung einer beherrschenden Stellung von Schmalbach angestellt worden sind, um so größere Bedeutung zukommt. Das sind die Überlegungen, nach denen zur Marktmacht der Schmalbach auch die Tatsache beiträgt, daß dieses Unternehmen außerdem den Verpackungssektor interessierende Maschinen produziert, und nach denen der technologische Vorsprung der Gruppe sowie der Umstand zu berücksichtigen seien, daß wettbewerbsbeschränkende Absprachen existieren.

Indessen zeigt sich wiederum schnell, daß auch zu diesen Erwägungen gewichtige Bedenken von den Klägern vorgetragen werden konnten. Nicht die geringsten beziehen sich auf den zuletzt genannten Punkt, nämlich die Wettbewerbsbeschränkungen, die durch Lizenzverträge, durch ein Marktinformationsverfahren und eine kaufmännische Kommission bewirkt worden sein sollen. Tatsächlich ist nach den bestreitenden Einlassungen der Kläger nicht ganz klar, welche Auswirkungen auf den Markt von den angeführten Faktoren ausgingen und ausgehen. Auch kann man der Meinung sein, sie hätten mit dem gegenwärtigen Verfahren nichts zu tun, weil gegen eine derartige Sicherung von Marktmacht mit Hilfe des Artikels 85 des Vertrages vorgegangen werden kann. — Zum Problem des technologischen Vorsprungs wurde zu Recht die Frage aufgeworfen, ob die Kommission ihre Ansicht genügend deutlich begründet hat. Tatsächlich müßte in diesem Zusammenhang natürlich eingehend gewürdigt werden, welchen Umfang und welche Bedeutung die der Gruppe zustehenden, in Bezug genommenen Patente und Lizenzverträge haben und wie es im einzelnen mit dem technischen Know-how bestellt ist,

das in dieser Industrie anscheinend von besonderem Wert ist. — Schließlich bliebe hinsichtlich der Herstellung und des Vertriebes von Maschinen zur Produktion und zum Verschließen von Verpackungsmitteln, ehe aus diesem Faktor zwingende Schlüsse für den vorliegenden Fall gezogen werden können, noch zu klären, welche Bedeutung Mietverträge über Verpackungsmaschinen mit Klauseln über die Verwendung bestimmten Verpackungsmaterials haben und wie es sich andererseits mit der Möglichkeit verhält, derartige Maschinen — den Behauptungen der Kläger entsprechend — aus vielerlei anderen Quellen zu beziehen. — Auch in dem soeben behandelten, wichtigen zusätzlichen Bereich kann man demnach den Eindruck gewinnen, die Kommission habe die erforderlichen Untersuchungen nicht bis zu einem Punkt getrieben, der tatsächlich erlaubt, zur Frage der Marktmacht ein einwandfreies Urteil aufgrund zuverlässiger Unterlagen zu bilden.

Endlich stehen wir noch vor der Erkenntnis, daß die Kommission nicht ein Marktverhalten von Schmalbach aufzeigen konnte, aus dem auf eine beherrschende Stellung geschlossen werden könnte. Dieser Nachweis ist zwar für die Anwendung von Artikel 86 nicht unerlässlich; bei einem Sachverhalt wie dem vorliegenden wäre er aber von beträchtlichem Indizwert. Soweit sich die Kommission in diesem Zusammenhang darauf beruft, die Konkurrenten von Schmalbach hätten deren Preispolitik im allgemeinen befolgt, hat sich im Verfahren gezeigt — und das ist sicherlich wichtig —, daß die Kläger unwidersprochen Beispiele für abweichendes Verhalten anführen konnten. Auch ist von Interesse, was sich zu den Gewinnen von Schmalbach und ihrer Entwicklung über mehrere Jahre ergeben hat. Wenn sich aus diesen Daten und insbesondere aus einem Vergleich mit Gewinnzahlen anderer Produzenten von Verpackungsmitteln und Industrieunternehmen von vergleichbarer Größe keine Anzeichen für ein marktbeherrschendes Verhalten ableiten lassen, so kann dies bei einer Ge-

samtwürdigung des Sachverhalts sicher nicht ohne Einfluß sein.

Da die Kommission offenbar auch nicht (was zu Art. 86 unerläßlich erscheint) eine Marktbeobachtung über einen längeren Zeitraum hinweg vorgenommen und namentlich Entwicklungstendenzen eines sich anscheinend schnell ändernden Marktes (unter Einschuß von Marktneuzugängen) zu ermitteln versucht hat, muß am Ende aller dieser Überlegungen in der Tat festgehalten werden, daß es höchst zweifelhaft ist, ob der Kommission im Hinblick auf Schmalbach der Nachweis einer beherrschenden Stellung gelungen ist.

b) Wie schon gesagt, soll der Mißbrauch der beherrschenden Stellung nach der Ansicht der Kommission darin zu erblicken sein, daß nach dem Erwerb der Anteile von Thomassen durch Europemballage jeglicher Wettbewerb auf den einschlägigen Märkten praktisch entfiel. Zu diesem Teil der von der Kommission angestellten ökonomischen Erwägungen möchte ich jetzt gleichfalls noch einige Anmerkungen machen. Dabei ergibt sich folgendes Bild.

Den Einwendungen der Kläger entsprechend ist von der Frage auszugehen, ob vor dem Erwerb der Thomassen-Aktien durch Europemballage zwischen Schmalbach und Thomassen überhaupt ein Wettbewerb in solchem Umfange bestand, daß sein Wegfall dazu berechtigt, von einer spürbaren, also relevanten Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse zu sprechen. Insofern lassen sich jedoch nach den bekanntgewordenen Fakten beträchtliche Zweifel anmelden. In der Tat ergeben nicht nur die in der Entscheidung selbst enthaltenen Zahlen, sondern auch die Antworten auf die Fragen des Gerichtshofes das Bild eines außerordentlich bescheidenen Außenhandels zwischen den Niederlanden und der Bundesrepublik in beiden Richtungen auf den jetzt interessierenden Gebieten, und dies namentlich, was die Beteiligung der zu betrachtenden Unternehmen an diesem Handelsverkehr anbelangt. Nach meinem Eindruck trifft dies jedenfalls für Fleisch- und Fischdosen zu; nur bei Me-

tallverschlüssen, also auf einem Gebiet, auf dem der Marktanteil von Schmalbach ohnehin kaum zu der Annahme einer beherrschenden Stellung berechtigt, hat der grenzüberschreitende Absatz einige Bedeutung erlangt.

Wenn die Kommission diesen Erkenntnissen gegenüber auf dem Standpunkt steht, es seien in Wahrheit wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen für den erwähnten bescheidenen Außenhandel ursächlich gewesen, so wird man dazu wohl anmerken müssen, daß die wenigen von der Kommission vorgetragenen Anhaltspunkte (aus denen sie übrigens nur eine Vermutung ableitet) in diesem wesentlichen Punkte ein ausreichendes Urteil nicht gestatten. — Andererseits ist nach allem, was uns vorgetragen wurde, nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, daß sich der geringe Außenhandel aus unterschiedlichen Spezifikationen (spezifische Eigenschaften der Erzeugnisse wie Maße, Formen, Gewichte, verwendete Materialien) der Dosenhersteller in den verschiedenen Ländern erklärt. So soll — wie die Kläger ausgeführt haben — der Schwerpunkt des deutschen Marktes für Fleischdosen auf dem Gebiete der Dosen für Wurstkonserven und in den Niederlanden auf dem Gebiete der Dosen für Schinkenkonserven liegen, die speziell für den Export gedacht sind und besondere Eigenschaften und Abmessungen aufweisen. Von Bedeutung mag auch die Erkenntnis sein, daß der niederländische Fischdosenmarkt nur einen geringen Umfang mit schrumpfender Tendenz hat und als solcher natürlich nicht geeignet ist, ausländischen Wettbewerbern Anreiz zum Eindringen in diesen Markt zu geben. Zumindest — das läßt sich sicher sagen — hätten in dieser Hinsicht weitere Ermittlungen größere Klarheit geben können. Sie hätten nicht nur erwiesen, wie es mit der Beeinflussung des aktuellen Wettbewerbs durch den krisisierten Zusammenschluß steht; sie hätten zugleich ein zuverlässiges Bild vermittelt über den zwischen Schmalbach und Thomassen *möglichen* Wettbewerb, auf den die Kommission letztlich den Hauptakzent gelegt hat.

Zu dieser Frage des *potentiellen Wettbewerbs* ist im übrigen nach den Ausführungen der Kläger auch zu sagen, daß nicht vollkommen geklärt erscheint, ob er sich auf dem von der Kommission visierten Wege hätte realisieren lassen, nämlich mit Hilfe des Absatzes über die Gesellschaften, an denen Thomassen und Schmalbach jeweils beteiligt sind und die im Gebiet des potentiellen Wettbewerbers ihren Sitz haben. Zu denken gibt insofern, daß die genannten Firmen wohl nicht als von Schmalbach oder Thomassen beherrscht angesehen werden können. Außerdem dürfte für die Bereitschaft, Absatz für Schmalbach und Thomassen zu tätigen, das eigene Produktionsprogramm eine Rolle spielen. Zu starke Überschneidungen der Erzeugung können hier sicher ähnlich hinderlich sein wie zu große Abweichungen.

Schließlich hätte wohl auch — darin ist den Klägern ebenfalls recht zu geben —, wenn schon potentiell Wettbewerbsentscheidende Bedeutung beigemessen wird, die Untersuchung in diesem sicherlich schwierigen Gebiet ausgedehnt und erwogen werden müssen, wie sich, ausgehend von dem in jedem Fall noch vorhandenen Wettbewerb unter Berücksichtigung erkennbarer Entwicklungstendenzen (etwa was den Importtrend oder Neuzugänge zum Markt angeht), die künftige Entwicklung auf dem gegenwärtig interessierenden Gebiet voraussichtlich gestalten wird. Dazu wurde immerhin vorgetragen, es seien beträchtliche Mengen an Metallverschlüssen aus Frankreich und England in den relevanten Markt geliefert worden und es hätten auch Lieferungen von Fleisch- und Fischdosen aus Frankreich sowie in gewissem Umfang sogar aus Dänemark stattgefunden. Dies zu berücksichtigen und zu überlegen, welcher Ausbau des auch nach der Verbindung von Schmalbach mit Thomassen bestehenden Wettbewerbs im Marke mit Dritten bei fortschreitender Verwirklichung und Ausdehnung des Gemeinsamen Marktes vernünftigerweise zu erwarten sei, hätte sicher zu einer umfassenden Betrachtung

der sich der Kommission stellenden Probleme gehört.

Auch hinsichtlich des Problems der Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse kommt man demnach nicht an der Erkenntnis vorbei, daß die Feststellungen der Kommission nicht zweifelsfrei belegt sind, und auch in diesem Punkt der ökonomischen Beurteilung kann folglich kaum davon die Rede sein, die Entscheidung der Kommission habe ein gesichertes, nicht angreifbares Fundament.

4. Zwei weitere Einwände der Kläger, zu denen ich jetzt nur kursorisch Stellung nehmen möchte, betreffen allein die Rechtsposition von Continental.

Mit ihnen wird einmal darauf hingewiesen, der beanstandete Anteilserwerb sei durch Europemballage, eine Tochtergesellschaft von Continental mit eigener Rechtspersönlichkeit, vorgenommen worden. Bei dieser Situation sei es zweifelhaft, ob das Verhalten der Tochtergesellschaft ohne weiteres der Muttergesellschaft zugerechnet werden, die Gruppe Continental also als Einheit behandelt werden könne. — Zum anderen wird geltend gemacht, die Continental sei im Gemeinsamen Markt nicht gewerblich tätig, und es müsse deshalb der internationalen Praxis gemäß davon ausgegangen werden, daß die Gemeinschaftsinstanzen keine Hoheitsgewalt über sie besitzen.

Daß diese Einwendungen nicht durchgreifen, läßt sich indessen ohne lange Ausführungen zeigen.

a) Tatsächlich bedarf es, was den ersten Punkt angeht, nicht des Hinweises auf die nationalen Rechte (unter Einfluß des amerikanischen Rechts), um zu zeigen, in welchem Umfange eine Verantwortung herrschender Unternehmen für ihre Tochtergesellschaften angenommen werden kann und wie weit gerade im Wettbewerbsrecht darauf abgestellt wird, das Mutter- und Tochtergesellschaften wirtschaftliche Einheiten bilden. Insofern läßt sich vor allem auf Ihre bisherige Rechtsprechung verweisen, etwa das Urteil in der Rechtssache 22/71, aber auch die Teerfarbenurteile gegenüber Unternehmen aus dritten Ländern. Tat-

sächlich manifestiert sich in ihnen dieselbe Tendenz. Daß diese Linie auch jetzt zu befolgen, gegen die Ansicht der Kläger also davon auszugehen ist, Europemballage habe kein autonomes Verhalten gezeigt, zu der fraglichen Zeit keine wirtschaftliche Selbständigkeit besessen, folgt meines Erachtens schon aus der Tatsache, daß die Mittel für den Erwerb der Anteile an Thomassen der Europemballage von Continental zur Verfügung gestellt worden sind und daß in dem Zeitpunkt, in dem Continental Europemballage zur Abgabe eines Kaufangebots veranlaßt hat, letztere noch nicht voll organisiert war. Eine etwaige rechtliche Selbständigkeit der Europemballage wurde von der Kommission daher mit Recht außer acht gelassen.

b) Des weiteren erlaubt die bisherige Rechtsprechung auch eine klare Lösung des von den Klägern aufgeworfenen Problems der jurisdiktionellen Zuständigkeit. Nach der Rechtsprechung ist nämlich für ein Eingreifen der Gemeinschaftsinstanzen aufgrund des Wettbewerbsrechtes der Gemeinschaft ausreichend, daß sich ein bestimmtes Verhalten im Gemeinsamen Markt gezeigt hat (Rechtssache 52/69, Slg. 1972, 787), daß die Wirkungen von Handlungen, die Unternehmen in dritten Staaten vorgenommen haben, im Gemeinsamen Markt eintreten (Rechtssache 22/71, Slg. 1971, 949). Weil die Kommission aber auf den Erwerb der Anteile an Thomassen im Gemeinsamen Markt und die dadurch bedingte Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse im Gemeinsamen Markt abstellt, kann so gesehen nicht geleugnet werden, daß ihr auch einem amerikanischen Unternehmen gegenüber, das diese Veränderungen bewirkt hat, Hoheitsgewalt zusteht.

5. Schließlich bleibt noch eine Reihe von Form- und Verfahrensrügen übrig, zu der ebenfalls nur wenige Worte nötig sind.

a) Zwei von ihnen lassen sich sicher ohne Schwierigkeiten zurückweisen, nämlich diejenige, mit der geltend gemacht wird, die Bezeichnung des Verfahrens im Amtsblatt vom 8. Januar 1972

sei nicht korrekt erfolgt, sowie die andere, nach der eine Zustellung der Entscheidung an die Continental auf diplomatischem Wege hätte erfolgen müssen. Offensichtlich liegen diese Rügen neben der Sache, weil sie Vorgänge nach Erlaß der Entscheidung zum Gegenstand haben, die auf die Gültigkeit der Entscheidung keinen Einfluß haben können.

b) Ebenso kurz kann meine Stellungnahme zum Vorwurf des Begründungsmangels sein, mit dem geltend gemacht wurde, die Kommission habe keine Motivierung für ihre Rechtsauffassung zu Artikel 86 gegeben und sie habe praktisch nicht auf das Vorbringen der Kläger zu den Beschwerdepunkten reagiert, sondern sich in der Entscheidung im wesentlichen auf eine Wiederholung dieser Beschwerdepunkte beschränkt.

Insofern ist evident, daß die Entscheidung von den Beschwerdepunkten tatsächlich nicht unerheblich abweicht, was zeigt, daß die Kommission das Vorbringen der Kläger berücksichtigt hat. — Auch läßt die Entscheidung, wengleich sie dogmatische Ausführungen nicht enthält, klar die Rechtsauffassung erkennen, von der die Kommission bei der Beurteilung des vorliegenden Falles im Hinblick auf Artikel 86 des Vertrages ausgegangen ist. — Da nach der Rechtsprechung endlich auch feststeht, daß mit der Begründung einer Entscheidung eine Zurückweisung divergierender rechtlicher Auffassungen nicht gegeben werden muß (Rechtssachen 56 und 58/64, Slg. 1966, 321), kann somit insgesamt festgehalten werden, daß der Vorwurf des Begründungsmangels nichts hergibt.

c) Zu dem Vorwurf, die Kommission habe beim Erlaß ihrer Entscheidung die Vorschriften über die Wahl der maßgeblichen Sprache mißachtet (nämlich Art. 3 der Verordnung Nr. 1 vom 15. 4. 1958, ABl. Nr. 17 vom 6. 10. 1958), ist zu sagen, daß gerade aus der angeführten Bestimmung geschlossen werden muß, die Kommission sei in der Wahl der Sprache frei, wenn sie eine Entscheidung an ein Unternehmen mit Sitz in einem dritten Staat richtet. Da überdies die Klägerin zu 1) ein Büro in Brüssel unterhält und die

Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten der Kommission zum Teil in französischer Sprache abgefaßt worden ist, kann die Redaktion der Entscheidung in der französischen Sprache sicher nicht beanstandet werden.

d) Somit bleiben nur noch einige Rügen übrig, die die Art der Anhörung der Kläger vor Erlaß der Entscheidung betreffen, genau gesagt: die Fragen, ob die Beschwerdepunkte ausreichend ausführlich waren, ob die mündliche Anhörung sachgerecht durchgeführt wurde und ob auch Continental gebührend beteiligt wurde.

Dazu kann meines Erachtens in Kürze folgendes festgehalten werden.

aa) Nach der Rechtsprechung steht fest, daß die im Kartellverfahren den Betroffenen zuzustellenden Beschwerdepunkte nur die wesentlichen Tatsachen in gedrängter Form enthalten müssen (Rechtssache 41/69; Slg. 1970, 661, 687). Dem dürfte — das ergibt sich aus einer Lektüre der Beschwerdepunkte — im vorliegenden Fall genügt sein, auch wenn die Beschwerdepunkte nicht alle ökonomischen Details anführen (wie etwa das Produktionsprogramm von Schmalbach) und selbst wenn sie darüber hinaus die von der Kommission zu Artikel 86 vertretene Rechtsauffassung nicht im einzelnen erläutern.

bb) Wenn die Kläger weiterhin beanstanden, bei der mündlichen Anhörung hätten die Vertreter der Kommission und der anderen Behörden keinerlei Fragen gestellt, so gilt es zu bedenken, daß die mündliche Anhörung nach Artikel 7 der Verordnung Nr. 99 der Ergänzung und Erläuterung des schriftlichen Vorbrin-

gens dient und daß sie somit in gedrängter Form erfolgen kann, wenn die schriftlichen Darlegungen sehr ausführlich gehalten sind. Da letzteres im gegenwärtigen Fall aber geschehen ist, muß man es verständlich finden, wenn in der mündlichen Anhörung auf weitere Fragen verzichtet worden ist. Anlaß zu einem Vorwurf an die Adresse der Kommission kann in diesem Zusammenhang also nicht bestehen.

cc) Zu der Frage schließlich, ob Continental ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme im Laufe des Verwaltungsverfahrens erhalten hat, konnte die Kommission nachweisen, daß auch an diese Gesellschaft während der Dauer des Verwaltungsverfahrens stets Schreiben gerichtet worden sind. Ich verweise dazu auf die eingehenden Darlegungen in der Klagebeantwortung. Da es im übrigen in einem Schreiben des jetzigen Prozeßbevollmächtigten der Kläger an das seinerzeit für Wettbewerbsfragen zuständige Mitglied der Kommission vom 14. Mai 1970 heißt, die Kommission solle ihre Fragen im Zusammenhang mit dem Erwerb von Thomassen-Aktien nicht an Continental richten, sondern an Europemballage, und da an der mündlichen Anhörung auch der Vizepräsident der Continental beteiligt war, kann nicht nur angenommen werden, daß auch die Continental durchaus Kenntnis von den Beschwerdepunkten erhalten hat, sondern daß sie ganz allgemein in ausreichendem Maße Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten hat. Für die Begründung der Klage wäre demnach unter den soeben genannten Aspekten gleichfalls nichts zu gewinnen.

6. Lassen Sie mich nach alledem meine Meinung zu den Schlußanträgen zusammenfassen.

Mit Rücksicht auf meinen Standpunkt zur grundsätzlichen Frage der Anwendung von Artikel 86 auf Vorgänge wie die jetzt zu beurteilenden, aber auch, weil mir die von der Kommission zu dem Problem der beherrschenden Stellung und der Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse angestellten ökonomischen Erwägungen nicht völlig stichhaltig zu sein scheinen, muß die von

Europemballage und Continental eingereichte Klage für begründet erklärt werden. Die von der Kommission am 9. Dezember 1971 erlassene Entscheidung ist demgemäß zu annullieren. Außerdem sind die Kosten des Verfahrens antragsgemäß der Kommission aufzuerlegen.