SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIMONE ROZÈS VOM 1. FEBRUAR 1984 [1]

Herr Präsident,
Meine Herren Richter!

Mit Entscheidung vom 14. Dezember 1982 [2] hat die Kommission verschiedene durch fünf Hersteller von Zinkblechen begangene Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 EWG-Vertrag festgestellt. Zwei dieser Firmen, die Compagnie Royale Asturienne des Mines (im folgenden: Firma CRAM) und die Firma Rheinzink GmbH, die zu den wichtigsten Zinkherstellern in der Gemeinschaft gehören, haben gegen diese Entscheidung eine Klage erhoben, mit der sie beantragen, die Entscheidung zum Teil aufzuheben. Sie haben insbesondere zwei Gruppen von Zuwiderhandlungen im Auge, die ihnen die Kommission zur Last legt:

1. zum einen die Maßnahmen zum Schutz des Marktes, die sich ergeben:
   a) aus einem abgestimmten Verhalten der beiden Unternehmen zum Schutz des deutschen Marktes [3], für das die Kommission gegen die beiden Partner jeweils eine Geldbuße verhängt hat;
   b) aus der Aufnahme einer Klausel in die zwischen der Firma CRAM und einem belgischen Importeur, der Firma Gebr. Schiltz N.V., einerseits sowie der Firma Rheinzink und derselben Firma andererseits geschlossenen Verträge, die eine Verpflichtung zum Weiterverkauf in ein bestimmtes Land enthielt [4];
2. zum anderen den zwischen den Firmen CRAM, Rheinzink und Vieille Montagne, einem anderen Hersteller von Zinkblechen, geschlossenen Vertrag über gegenseitige Aushilfslieferungen [5].

Bevor ich nacheinander auf diese beiden Gruppen von Zuwiderhandlungen eingehe, muß ich noch darauf hinweisen, daß die Firma Rheinzink vorab die Auffassung vertritt, man könne ihr das Verhalten der Firma „Rheinisches Zinkwalzwerk GmbH & Co.", deren Nachfolger sie am 1. Oktober 1981 geworden sei, nicht zurechnen. Da die Entscheidung der Kommission die Firma Rheinzink jedoch nur beschweren kann, sofern die von der Kommission festgestellten Zuwiderhandlungen nachgewiesen werden und die Geldbuße verhängt wird, erscheint es mir insoweit folgerichtiger, diese Rüge nur in diesem Fall zu diskutieren, um so mehr als die Firma CRAM ebenfalls betroffen und in bezug auf einen Teil der angefochtenen Entscheidung Klägerin ist.

I — Die Maßnahmen zum Schutz des Marktes

1. Da der tatsächliche Ablauf der Dinge eine entscheidende Bedeutung für die rechtliche Beurteilung des angeblichen wettbewerbswidrigen Verhaltens der betroffenen Firmen hat, halte ich es für unabdingbar, den Sachverhalt im einzelnen darzustellen.

Die Preise der Firmen CRAM und Rheinzink auf dem Zinkblechmarkt sind in ein und demselben Land gleich, haben

1 — Aus dem Französischen übersetzt.

2 — Entscheidung 82/866/EWG, ABl. L 362 vom 23. 12. 1982, S. 40.

3 — Artikel 1 Absatz 1 der Entscheidung der Kommission.

4 — Artikel 1 Absatz 2.

5 — Artikel 3 der bereits zitierten Entscheidung 82/866.

aber von Staat zu Staat eine unterschiedliche Höhe. Diese Situation kann eine gewisse Spekulation fördern, die darin besteht, auf einem Markt, auf dem die Preise hoch sind (insbesondere Frankreich und Deutschland) den Zink zu verkaufen, der zu einem geringeren Preis in anderen Mitgliedstaaten (z. B. Belgien) gekauft worden ist.

Die Firma Kestermann, ein auf den Vertrieb und die Verarbeitung von Blechen spezialisiertes Unternehmen, suchte auf dem Umweg über einen Mittelsmann, die Firma Gebr. Schiltz N.V., Nutzen aus diesen Preisdifferenzen zu ziehen.

Nach einem ersten erfolglosen Versuch beschaffte sich die letztgenannte Firma schließlich bei den Firmen CRAM und Rheinzink Bleche, die ihren Angaben nach für die Wiederausfuhr in den Mittleren Osten, insbesondere nach Ägypten, bestimmt waren. Unter diesem Vorbehalt verpflichteten sich die beiden Firmen, ihr während des Jahres 1976 2 000 bzw. 1 252 t zu Preisen zu liefern, die 15 bis 20 % niedriger als die in der Bundesrepublik Deutschland geforderten Preise waren.

Nachdem die Firma CRAM die Hälfte der verlangten Mengen geliefert hatte, nahm sie drei neue Bestellungen entgegen, die erste vom 8. September 1976 über 240 t, lieferbar im Oktober, und die beiden anderen vom 11. Oktober über die Lieferung von 631 und 44 t Bleche für Ende November.

2. Die Kommission trifft nun in ihrer Entscheidung die folgenden Feststellungen:

— Am 21. Oktober habe die Firma CRAM ihre Lieferungen eingestellt; die letzte Lieferung sei am Vortag erfolgt. Zu diesem Zeitpunkt seien 220 der 240 t geliefert gewesen.

— Ebenfalls am 21. Oktober habe die Firma Rheinzink der Firma Schiltz vorgeworfen, sie verstoße gegen die Ausfuhrklausel.

— Am 26. Oktober habe die Firma Rheinzink der Firma CRAM fernschriftlich eine Herabsetzung der Preise auf dem deutschen Markt um etwa 3 % mitgeteilt.

— Am 29. Oktober habe die Firma Rheinzink ihre Lieferungen sowie die Bearbeitung aller noch offenen Bestellungen eingestellt, nachdem sie die Bestätigung der „Umleitung" durch die Firma Schiltz erhalten habe.

— Am 8. November habe die Firma CRAM bei der Firma Schiltz die Begleichung von bestimmten noch nicht bezahlten Rechnungen angemahnt.

— Am 12. November habe sie bei der Firma Schiltz fernschriftlich die Begleichung von acht noch nicht bezahlten Rechnungen und — aufgrund von Informationen über die Wiederausfuhr der gelieferten 240 t nach Deutschland — die Vorlage aller Nachweise über die Ausfuhr dieses Erzeugnisses nach Ägypten angemahnt.

3. Die Kommission zieht aus den bewegten Beziehungen zwischen den Firmen CRAM, Rheinzink und Schiltz zwei Schlußfolgerungen:

a) Nur ein abgestimmtes Verhalten der Firmen CRAM und Rheinzink könne erklären:

— daß an demselben Tag (am 21. Oktober) die Firma CRAM alle Lieferungen an die Firma Schiltz einstelle und die Firma Rheinzink gegenüber dieser Firma zum erstenmal den Vorwurf der „Umleitung" erhebe;

— daß die Firma Rheinzink einen Wettbewerber von einer Herabsetzung der Preise um 3 % unterrichte (Fernschreiben vom 26. Oktober);

— daß schließlich die Firma CRAM die Ergebnisse der von der Firma Rheinzink vorgenommenen Untersuchung der Machenschaften der Firma Schiltz abwarte, bevor sie bei dieser die Begleichung der ihr geschuldeten Beträge anmahne (8. November).

Alle diese Punkte ließen ein gleichgerichtetes Verhalten gegenüber der Firma Schiltz erkennen: Das abgestimmte Verhalten habe das Ziel gehabt, die Preise auf dem deutschen Markt dadurch zu schützen, daß die Wiedereinfuhr von Blechen deutschen Ursprungs verhindert werde.

b) Die Vertragsbestimmung, nach der die Firma Schiltz zur Ausfuhr in ein bestimmtes Land verpflichtet war, die bei den Bestellungen vereinbart war und an die die Firmen CRAM und Rheinzink erinnert haben, sei ebenfalls insoweit eine Wettbewerbsbeschränkung, als sie dem Wiederverkäufer die Freiheit nehme, das Erzeugnis in einem Bestimmungsland seiner Wahl abzusetzen, und ermögliche es den beiden Lieferfirmen, die ähnlichen Preise, die sie auf dem französischen und dem deutschen Markt berechnen, dadurch zu schützen, daß sie Paralleleinfuhren innerhalb der Gemeinschaft beschränkten.

Ich werde an erster Stelle prüfen, ob ein abgestimmtes Verhalten der Klägerinnen vorliegt, und dann an zweiter Stelle das Problem der Vertragsbestimmung über den Weiterverkauf in ein bestimmtes Drittland.

A — Abgestimmtes Verhalten zum Schutz des deutschen Marktes

Zur Beurteilung des abgestimmten Verhaltens, durch das die Firmen CRAM und Rheinzink angeblich ihre jeweiligen Märkte schützen wollten, empfiehlt es sich, die verschiedenen Indizien zusammenzutragen, die die Kommission angeführt hat, um ihre Beurteilung des Sachverhalts in zwei Fragen zu stützen, zum einen in der Frage des gleichgerichteten Verhaltens der beiden Firmen, zum anderen in der Frage der in dem Fernschreiben vom 26. Oktober 1976 zum Ausdruck kommenden Beziehungen.

a) Haben die Firmen CRAM und Rheinzink gegenüber der Firma Schiltz ein gleichgerichtetes Verhalten gezeigt? (Abgestimmte Einstellung der Belieferung).

Die Entscheidung der Kommission stützt sich vor allem auf das Verhalten der Firma CRAM, die sich nach dem Verhalten der Firma Rheinzink gegenüber der Firma Schiltz gerichtet habe.

Erstes Indiz: Die Kommission stellt fest, daß die Firma Rheinzink, an dem Tag, an dem die Firma CRAM „ihre Lieferungen ohne ersichtlichen Grund einstellte, ... [der Firma] Schiltz vorgeworfen hat, sich nicht an die Bestimmungen über die Ausfuhr nach Ägypten zu halten" [1].

Sie folgert daraus, das Verhalten der Firma CRAM erkläre sich durch eine Abstimmung mit der Firma Rheinzink. Nachdem sie von dieser von den Täuschungsmanövern erfahren hatte, deren die Firma Schiltz verdächtigt wurde, habe sie am 21. Oktober alle Lieferungen eingestellt, was erkläre, daß die Bestellung von 240 t zu diesem Zeitpunkt nicht vollständig ausgeführt gewesen sei; von

1 — Entscheidung der Kommission a. a. O., S. 46.

diesem Gesamtumfang seien noch 20 t zu liefern gewesen.

Diese letztere Feststellung beruht auf einem Versehen: Wie die Kommission nämlich auf die von der Firma CRAM eingereichten Erklärungen hin einräumt, war die Bestellung der 240 t am 20. Oktober vollständig ausgeführt, und es handelt sich dabei nicht um einen Fehler im Detail, da infolge dieses Fehlers jeder logische Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Firma Rheinzink und der Einstellung der Lieferungen im Rahmen der Bestellung der 240 t durch die Firma CRAM entfällt.

Die Kommission ist jedoch der Meinung, die Firma CRAM habe die Firma Schiltz vom 21. Oktober an nicht mehr beliefert, da die Bestellungen von 631 und 44 t mit Bestimmungsland Ägypten bzw. Iran trotz Bestätigung durch die Firma CRAM am 11. Oktober 1976 niemals ausgeführt worden seien. In der Verkaufsbestätigung für die 631 t ist aber angegeben, daß die Lieferung „nach dem Verkauf Nr. 3446 und in jedem Fall vor Ende November erfolgen wird": Zwischen der Lieferung der 240 t (Verkauf Nr. 3446) und der Lieferung der 631 t war daher nach Auffassung der Kommission keine Unterbrechung vorgesehen, die Einstellung der Lieferungen sei deshalb zu Recht auf den 21. Oktober 1976 datiert.

Ich teile die Beurteilung der Kommission in bezug auf die Bedeutung der Übereinstimmung im Datum nicht. Die Schlußfolgerung, die die Kommission aus der die Lieferfrist betreffenden Angabe in der Verkaufsbestätigung für die 631 t zieht, wird in keiner Weise durch den Wortlaut dieser Verkaufsbestätigung bekräftigt, aus dem zwar hervorgeht, daß die Lieferung nach der Lieferung der 240 t ausgeführt werden sollte, der aber für die Lieferungen eine Zeitspanne zwischen dem 21. und dem 30. November als dem spätesten Zeitpunkt vorsieht. Man kann daher die Einstellung der Lieferungen durch die Firma CRAM nicht auf das Verhalten der Firma Rheinzink am 21. Oktober zurückführen.

Zweites Indiz: Die Firma CRAM habe die Ergebnisse der Nachforschungen der Firma Rheinzink bei der Firma Schiltz am 29. Oktober 1976 abgewartet, bevor sie bei der letztgenannten Firma am 8. November die Begleichung der noch nicht bezahlten Rechnungen angemahnt hat.

Die hier gezogene Parallele wird meiner Ansicht nach auch hier durch die Tatsachen nicht bestätigt, wie die Kommission selbst einräumen muß. Lange vor dem angegebenen Zeitpunkt waren zwischen den Firmen CRAM und Schiltz bereits Streitigkeiten über die Begleichung bestimmter Rechnungen für Lieferungen im September entstanden. Mit Fernschreiben vom 14. Oktober und dann vom 2. November mahnte die Firma CRAM die Bezahlung dieser Rechnungen bei der Firma Schiltz an. Die Begleichung der Rechnungen für die im Oktober lieferbaren 240 t führte zu Problemen der gleichen Art, wie ein Fernschreiben vom 12. November zeigt.

Ganz allgemein kann man daher das Verhalten der Firma CRAM nicht allein durch die angenommene Übermittlung von Informationen durch die Firma Rheinzink erklären, die sich auf die Ergebnisse der Nachforschungen beziehen, welche diese bei der Firma Schiltz vorgenommen hatte. Im Gegenteil ergibt sich aus zahlreichen Fernschreiben zwischen der Firma CRAM und ihrem Kunden eindeutig, daß die Firma CRAM vor allem darum besorgt war, die Bezahlung der durchgeführten Lieferungen zu erreichen, und die Nachweise für die Ausfuhr erst verspätet und nur zusätzlich anmahnte (Fernschreiben vom 12. November 1976). Es ist folglich nicht richtig,

der Firma CRAM vorzuwerfen, sie habe die Einstellung der Lieferungen „ohne ersichtlichen Grund" beschlossen, wie die Kommission vorträgt, da ihr Kunde Schiltz die Begleichung der noch nicht bezahlten Rechnungen anscheinend aufgrund von Schwierigkeiten verzögerte, die Zweifel an seiner Zahlungsfähigkeit zuließen.

Aufgrund des zeitlichen Ablaufs der Ereignisse kann man zwar den Eindruck einer logischen Aufeinanderfolge der — im übrigen innerhalb eines ziemlich kurzen Zeitraums liegenden — jeweiligen Verhaltensweisen der Klägerinnen gewinnen. Die von der Kommission angegebenen Indizien genügen jedoch nicht, um das Vorliegen irgendeines Kausalzusammenhangs zwischen den Entscheidungen der Firmen CRAM und Rheinzink nachzuweisen.

b) Welche Beweiskraft ist nun dem Fernschreiben vom 26. Oktober 1976 zuzuerkennen, das die Kommission zur Unterstützung ihrer Beweisführung vorgelegt hat? Verrät dieses Fernschreiben, daß ein abgestimmtes Verhalten vorliegt?

Die Mitteilung einer Herabsetzung der Preise an einen Mitbewerber kann gewiß ein Indiz für ein abgestimmtes Verhalten der Betroffenen darstellen, vor allem da die Hersteller auf einem oligopolistischem Markt wie dem Zinkmarkt von ihrer eigenen Kundschaft schnell über die Entwicklung der Preise ihrer Wettbewerber unterrichtet werden. Darüber hinaus hat die Firma CRAM ebenso wie die Firma Rheinzink eingeräumt, daß derartige Beziehungen eher selten seien. Schließlich sieht die Kommission in dem Vertrag über gegenseitige Hilfslieferungen einen zusätzlichen Beweis für die zwischen den beiden Unternehmen bestehenden Kontakte.

Die Kommission hat jedoch selbst anerkannt, daß das Fernschreiben ein Hilfsindiz darstellt. Es bestätigte die in dem gleichgerichteten Verhalten der Firmen CRAM und Rheinzink zum Ausdruck kommende Abstimmung, konnte aber deswegen für sich allein noch nicht den Beweis dafür liefern, da es nicht ausdrücklich im Zusammenhang mit den Machenschaften der Firma Schiltz stand. Die diesem Fernschreiben vom 26. Oktober zugeschriebene Tragweite wäre im übrigen eher entscheidend gewesen, wenn die Kommission in der Lage gewesen wäre, gegebenenfalls die Folgerungen zu benennen, die die Firma CRAM daraus für ihre eigenen Preise gezogen hat. Die anderen Indizien für Kontakte zwischen den Firmen CRAM und Rheinzink sind ebenfalls nur Hilfsindizien. Man kann lediglich festhalten, daß dann, wenn alle diese Kontakte so eng waren, wie die Kommission anscheinend nahelegt, schwer zu begreifen ist, daß die Firma CRAM so lange wartete, bis sie die Nachweise für die Ausfuhr anmahnte, obwohl die Firma Rheinzink seit dem 21. Oktober Kenntnis von den Machenschaften der Firma Schiltz hatte; im gleichen Sinne ist auch festzustellen, daß in einer *rein internen* Mitteilung der Firma Rheinzink vom 5. November 1976, die die Machenschaften der Firma Schiltz betrifft, in keiner Weise erwähnt ist, daß die Firma CRAM ebenfalls Opfer desselben Vorgehens geworden sei.

Angesichts aller dieser Feststellungen reichen die von der Kommission zusammengestellten Indizien nicht für den Beweis aus, daß die Firmen CRAM und Rheinzink „bewußt eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs" haben treten lassen [1]. Die Kommission hat keine „ausreichend klare[n], übereinstimmende[n] Beweisanzeichen [zusammengetragen, die] die Überzeugung be-

1 — Urteil vom 14. 7. 1972, Rechtssache 48/69, ICI, Slg. 1972, 619, Randnummer 64.

gründen, daß das Parallelverhalten das Ergebnis einer Abstimmung, einer gleichgerichteten Politik ist" [1].

Die Rügen der Klägerinnen in bezug auf Artikel 1 Absatz 1 der Entscheidung der Kommission, mit dem ein abgestimmtes Verhalten der Firmen CRAM und Rheinzink gegenüber der Firma Schiltz festgestellt wird, bestehen also zu Recht; die durch die Entscheidung allein für diese Zuwiderhandlung verhängten Geldbußen sind infolgedessen ebenfalls aufzuheben [2].

Die vorgeschlagene Entscheidung macht die Diskussion der von der Firma Rheinzink erhobenen verfahrensrechtlichen Rüge, die Kommission habe sich eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Gewährung des rechtlichen Gehörs schuldig gemacht, indem sie der Firma Rheinzink die Einsicht in bestimmte Schriftstücke vorenthalten habe, gegenstandslos. Ich teile im übrigen in allen Punkten die von der Kommission vertretene Auffassung, daß diese Rüge unbegründet ist.

B — Die Vertragsbestimmung über den Weiterverkauf in ein bestimmtes Land

Nach Auffassung der Kommission nimmt die Verpflichtung zum Weiterverkauf in ein bestimmtes Drittland, so wie sie sich aus den Bestellungen der Firma Schiltz sowohl bei der Firma CRAM als auch bei der Firma Rheinzink ergibt, dem Käufer die Freiheit, das Erzeugnis in der Gemeinschaft abzusetzen, und schützt dadurch das hohe Niveau der von den beiden Herstellern auf ihren jeweiligen Märkten berechneten Preise. Sie bezwecke und sie bewirke also eine Beschränkung des Wettbewerbs und beeinträchtige im übrigen auch den Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Nur die Firma Rheinzink wendet sich gegen diese Beurteilung, deren verschiedene Bestandteile nacheinander zu prüfen sind.

a) Nach Meinung der Kommission ist es *gerade der Zweck* der Vertragsbestimmung, den Wettbewerb zu beschränken. Der Konsens der Vertragspartner in bezug auf die Ausfuhr der Bleche in Verbindung mit der Praxis der je nach Bestimmungsland differenzierten Preise führe zu einer Einschränkung der Freiheit des Käufers, über die gelieferte Ware zu verfügen.

Diese Analyse wird meiner Ansicht nach durch die Tatsachen nicht bestätigt. In den Fernschreiben und den Bestellscheinen, die die Geschäftsbeziehungen zwischen den Firmen Rheinzink und Schiltz wiedergeben, ist ausdrücklich das Drittland angegeben, für das die Waren bestimmt sind. Diese Angabe ist die Voraussetzung für den günstigen Preis, den der Hersteller seinem Kunden einräumt: Der Bestimmungsort der gelieferten Ware wird *vom Käufer selbst nach seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen zur Erzielung eines erheblichen Rabatts* bestimmt. Was die Differenzierung der bei der Ausfuhr berechneten Preise gegenüber den Gemeinschaftspreisen angeht, so läßt sich diese sowohl durch das Bemühen, auf einem neuen Markt Fuß zu fassen, als auch durch die Absicht, die Produktionskapazitäten so gut wie möglich auszunutzen, rechtfertigen.

Die Angabe des Bestimmungslandes hat meiner Ansicht nach eine doppelte Bedeutung: als conditio sine qua non für den eingeräumten Rabatt muß sie in den Vertragsunterlagen angegeben sein; dadurch stellt sie außerdem die *Garantie* dafür dar, daß das Erzeugnis tatsächlich ausgeführt wird, da ein Verstoß gegen

1 — Rechtssache 48/69, a. a. O., Schlußanträge des Generalanwalts Mayras, S. 677.

2 — Artikel 2 der Entscheidung der Kommission.

diese Bedingung den Verlust des eingeräumten kommerziellen Vorteils nach sich ziehen wird. Letztlich hat die Kommission nicht nachgewiesen, daß eine derartige Vertragsbestimmung den Zweck hätte, den deutschen Markt dadurch zu schützen, daß sie „den Abnehmer in seiner Freiheit [beschränkt], die gelieferte Ware nach seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen zu verwenden" [1]. Es bleibt jedoch die Tatsache, daß diese Vertragsbestimmung eine solche Wirkung haben kann.

b) Nach Auffassung der Kommission ergibt sich die *einschränkende Wirkung* der Vertragsbestimmung aus dem Verhalten des Lieferanten, der nach der Entdeckung des Täuschungsmanövers der Firma Schiltz alle Lieferungen eingestellt habe. Diese Reaktion sowohl der Firma CRAM als auch der Firma Rheinzink erkläre sich aus dem Bemühen, die von diesen auf ihren jeweiligen Märkten berechneten Preise zu schützen, und zeige eindeutig, daß es einem durch eine derartige Klausel gebundenen Wiederverkäufer unmöglich sei, seine Ware im Gemeinsamen Markt frei abzusetzen, was notwendigerweise den zwischenstaatlichen Handel beeinflusse. Ich kann der Argumentation der Kommission nicht folgen.

— Ihre Entscheidung stützt sich auf eine situationsgebundene, begrenzte und isolierte Willensäußerung von zwei Firmen, deren Verhalten sich im übrigen durch die Täuschung rechtfertigen läßt, deren die Firma Schiltz sich dadurch schuldig gemacht hat, daß sie gegen eine entscheidende Bedingung der Verträge verstoßen hat, im vorliegenden Fall gegen die Bedingung über die Gewährung eines Rabatts bei der Ausfuhr in ein Drittland, und bei der Firma CRAM auch durch den Zahlungsverzug dieser gegenüber.

Die Kommission hat meiner Meinung nach nicht dargetan, daß die streitige Vertragsbestimmung für sich allein eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben kann: Dabei hätte ihre Argumentation gewonnen, wenn sie darauf gestützt worden wäre, daß ein systematisches Vorgehen auf diesem Gebiet nachgewiesen worden wäre. Selbst in diesem Fall würde es sich in Wahrheit jedoch nur um ein Indiz handeln, das dazu dienen könnte, das Vorliegen einer Abstimmung über die Preise zu beweisen.

— Meiner Ansicht nach lassen sich nämlich die Wettbewerbsbeschränkung und die nachfolgende Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, die sich angeblich aus der Klausel ergeben, nicht ohne ein Mindestmaß an Abstimmung über die Höhe der *differenzierten* Preise verstehen, die diese beiden Hersteller berechnen, wie sich eindeutig aus der Entscheidung der Kommission in ihrer Gesamtheit und insbesondere aus der Weigerung der Kommission ergibt, auf die beanstandete Klausel Artikel 85 Absatz 3 anzuwenden. Die Beibehaltung der festgestellten Preisdifferenzierung stelle nämlich den Hintergrund dieser Rechtssache dar; ohne diese Differenzierung könne der Wettbewerb zwischen den Herstellern zu einer Verringerung der Preise für Zinkbleche führen, die sich daraus ergebe, daß die Weiterverkäufer das Erzeugnis im Gemeinsamen Markt frei absetzen könnten. Die Angaben in diesem Zusammenhang sind kaum von entscheidender Bedeutung: Die Preisstatistiken erstrecken sich nämlich nur auf einen kurzen Zeitraum von drei Monaten (Januar bis März 1976); im übrigen ist festzustellen, daß diese Statistiken nicht alle Verträge betreffen, die die Firma Schiltz mit der Firma Rheinzink einerseits oder mit der Firma CRAM an-

1 — Urteil vom 14. 12. 1983, Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est, Rechtssache 319/82, Slg. 1983, 4173, Randnummer 6.

dererseits abgeschlossen hat, da einige dieser Verträge nach dem Monat März 1976 abgeschlossen worden sind.

— Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß das Vorhandensein einer Klausel über den Weiterverkauf in ein Drittland, selbst wenn sie mittelbar die Wirkung hat, die Wiedereinfuhr der Ware in den Gemeinsamen Markt zu verhindern, im Zusammenhang mit dem Zweck der Gewährung eines erheblichen Rabatts auf den Preis der Ware zu beurteilen ist, der zur Erschließung eines neuen Marktes unbedingt erforderlich und damit eine notwendige geschäftliche Voraussetzung für den Abschluß eines derartigen Vertrages sein kann, wie die Firmen Rheinzink und CRAM vorgetragen haben, ohne daß ihnen die Kommission widersprochen hätte.

Mit Rücksicht auf alle diese Überlegungen bin ich der Auffassung, daß die Kommission nicht mit hinreichender Sicherheit nachgewiesen hat, daß die beanstandete Vertragsbestimmung einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 darstellt: In diesem Punkt ist daher den von der Firma Rheinzink erhobenen Rügen stattzugeben.

II — Die Vereinbarung über gegenseitige Aushilfslieferungen

1. Die Firmen CRAM, Rheinzink und Vieille Montagne verpflichten sich in dieser Vereinbarung, sich „im Falle von technisch bedingten Betriebsstörungen oder auch sonstigen Betriebsstörungen, die zu einem wesentlichen Produktionsausfall führen", d. h. zu einem Produktionsausfall von mehr als 20 t pro Tag oder 200 t insgesamt, gegenseitig zu beliefern (Artikel 1). Die Lieferungen sind auf einen Höchstbetrag von 1 500 t monatlich beschränkt, wenn ein Unternehmen betroffen ist, oder 2 000 t, wenn zwei Unternehmen betroffen sind (Artikel 4.2 und 4.3).

Der Vertrag wurde im Jahr 1977 wegen eines Streiks bei der Firma Vieille Montagne (Lieferung von 2 427 t Bleche zwischen April und Juni durch die Firma CRAM und von 850 t zwischen Mai und August durch die Firma Rheinzink) und nach technischen Problemen bei der Firma CRAM (Lieferung von 550 t durch die Firma Rheinzink) angewandt.

2. Die Kommission ist der Auffassung, ein derartiger Vertrag stelle einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 dar.

Die Vereinbarung über die gegenseitige Aushilfslieferungen, die von unbestimmter Dauer sei, da sie jährlich stillschweigend verlängert werden könne (Artikel 11.1), setze erhebliche Höchstmengen für die Lieferung fest, die mehr als ein Drittel der Monatsproduktion der Betroffenen darstellten. Es handele sich daher nicht um einen Liefervertrag oder einen Vertrag über den Austausch von punktuellen Leistungen, der sich auf ein Erzeugnis von festgelegter Qualität sowie eine Menge und einen Preis erstrecke, die im voraus festgelegt seien. Nach Auffassung der Kommission hat man es mit einem Rahmenvertrag zu tun, durch den die Vertragspartner sich für die Zukunft verpflichten, dem in Schwierigkeit geratenen Unternehmen verarbeiteten Zink in Standardqualität (Artikel 3.1) in unbestimmter Menge und zu einem veränderlichen Preis (Artikel 6.4) zu liefern.

Eine derartige Vereinbarung verpflichte die drei Unternehmen im Hinblick auf die Möglichkeit einer Aushilfslieferung, im voraus einen Teil ihrer Produktionskapazität zu reservieren, um gegebenenfalls einem Hilfsersuchen nachkommen zu können. Der Vertrag nehme ihnen folglich dadurch, daß sie eine kollektive

Verpflichtung zur gegenseitigen Hilfeleistung eingingen, die Möglichkeit, die Schwierigkeiten eines Wettbewerbers individuell auszunutzen.

Schließlich beeinträchtige die Vereinbarung, da sie die drei wichtigsten Hersteller von Zinkblech betreffe, den Handel zwischen Frankreich und Deutschland, wo die Firmen CRAM und Vieille Montagne zum einen und die Firma Rheinzink zu andern niedergelassen seien.

3. Gegenüber dieser Beurteilung bringt die Firma Rheinzink vor, die in Frage stehende Vereinbarung beeinträchtige den Wettbewerb nicht. Dabei stützt sie sich auf die folgenden Argumente:

— Der Vertrag habe den Zweck gehabt, die Belieferung der Kundschaft bei jeder Unterbrechung zu gewährleisten, die auf Umstände zurückzuführen sei, auf die die Vertragspartner keinen Einfluß hätten.

— Der Vertrag sei im übrigen nur während drei Zeiträumen im Jahr 1977, insbesondere wegen Streiks, angewandt worden, und eine gegenseitige Aushilfe sei in diesem Fall durchaus denkbar.

4. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Sie läßt das Wesen der geschlossenen Vereinbarung außer acht, das sich sowohl aus deren unbestimmter Dauer als auch aus den Ereignissen ergibt, die zur Anwendung der Vereinbarung führen können. Diese Ereignisse sind nämlich nicht definiert; es handelt sich um technisch bedingte Betriebsstörungen oder „auch *sonstige* Betriebsstörungen", bei denen der Vertrag keine Angabe dahin gehend enthält, daß es sich notwendigerweise um Umstände handeln muß, die unabhängig vom Willen der Unternehmen sind, wobei die Bezugnahme auf den Streik in diesem Zusammenhang fragwürdig ist.

Man muß sich daher der Beurteilung, die die Kommission in bezug auf den Inhalt der Vereinbarung über gegenseitige Aushilfslieferungen abgegeben hat, anschließen. Wir haben es mit einem Rahmenvertrag zu tun, durch den sich die Vertragspartner gegenseitig ihren Marktanteil trotz der Schwierigkeiten jeglicher Art garantieren, von denen sie betroffen werden könnten. Dadurch haben die drei Hersteller an die Stelle des mit dem Wettbewerb verbundenen Risikos eine Zusammenarbeit gesetzt, die den Tatbestand einer durch Artikel 85 Absatz 1 verbotenen Vereinbarung erfüllt.

Gewiß könnte man sich fragen, ob Artikel 85 Absatz 3 anwendbar ist: Es trifft zu, daß die wirtschaftlichen Schwierigkeiten, in denen sich die europäische Zinkindustrie gegenwärtig befindet, wie der Vertreter der Firma CRAM in der mündlichen Verhandlung zu erkennen gegeben hat, die Absicht der Hersteller erklären könnten, Störungen abzumildern, die sich entweder aus der Aufstellung leistungsfähigerer Anlagen oder — allgemeiner — aus allen Umständen ergeben könnten, die die Zinkindustrie gegenüber den Wettbewerbern von außerhalb der Gemeinschaft schwächen könnten. Man müßte daher im Fall einer Anwendung der in Artikel 85 Absatz 3 vorgesehenen Freistellung den Zustand des Vergleichsmarkts genau berücksichtigen, um letztlich darüber entscheiden zu können, ob ein Vertrag über gegenseitige Aushilfslieferungen zwischen Wettbewerbern mit Artikel 85 vereinbar ist. Es läßt sich aber bezweifeln, daß eine derartige Vereinbarung zwischen den drei wichtigsten europäischen Zinkherstellern ohne Folgen für die Wettbewerbsposition der anderen Hersteller ist.

Da die Klägerin die in Frage stehende Vereinbarung weder angemeldet noch auch später die Absicht geäußert hat, dies zu tun, kann die Ausnahme des Ab-

satzes 3 in jedem Fall nicht zur Geltung kommen.

Mit Rücksicht auf diese Feststellungen ist die Entscheidung der Kommission aufrechtzuerhalten, soweit sie die im Hinblick auf den Vertrag über gegenseitige Aushilfslieferungen festgestellte Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 betrifft.

5. Ich komme nun zu der Rüge der Firma Rheinzink, die sich darauf bezieht, ob ihr eine Zuwiderhandlung der Firma „Rheinisches Zinkwalzwerk GmbH & Co" zuzurechnen sei, deren Nachfolger sie seit dem 1. Oktober 1981 sei.

Die Firma Rheinzink trägt nämlich vor, nur bei Nachweis einer Einheit des vorwerfbaren Verhaltens der beiden aufeinander folgenden Unternehmen könne die Kommission ihre Entscheidung an sie — die Klägerin — richten. Diese Voraussetzung fehle im vorliegenden Fall, da der zur Last gelegte Sachverhalt zeitlich vor der Gründung der neuen Gesellschaft liege. Die Firma Rheinzink stützt ihre Argumentation auf eine Auslegung Ihres Urteils in der Sache „Suiker Unie", in der der Gerichtshof hervorgehoben habe, daß „eine offensichtliche Handlungseinheit", die die in Frage stehenden Unternehmen verbinde, erforderlich sei, um das Nachfolgeunternehmen als verantwortlich für die Handlungen des verschwundenen Unternehmens ansehen zu können [1].

Die Kommission ist dagegen der Meinung, die Frage der Nachfolge sei im Hinblick auf die funktionelle Identität aus wirtschaftlicher Sicht zu beurteilen, die zwischen den Unternehmen bestehe. Ausschlaggebend seien die *wirtschaftliche* Handlungseinheit und nicht die rechtlichen Beziehungen zwischen den aufeinander folgenden Gesellschaften. Die Kommission beruft sich in dieser Frage ebenfalls auf Ihre Entscheidung in der Rechtssache „Suiker Unie".

In diesem Urteil, in dem es um eine Gesellschaft von Genossenschaften ging, die Nachfolger der früheren Gesellschaft und von deren Mitgliedsgenossenschaften geworden war, haben sie entschieden, daß das Verhalten der beiden Gesellschaften „sich ... durch eine offensichtliche Handlungseinheit [auszeichnete], die es rechtfertigt, dieses Verhalten der Klägerin zuzurechnen" (Randnummer 87). Diese Schlußfolgerung war jedoch das Ergebnis von drei konvergenten Indizien, aufgrund deren Sie festgestellt hatten:

— daß sämtliche Rechte und Verbindlichkeiten der Mitgliedsgenossenschaften der alten Gesellschaft auf die Klägerin übergegangen waren (Randnummer 84),

— daß die Klägerin nicht bestritten hatte, daß die Bezeichnung „Suiker Unie" „dieselben Unternehmen erfaßt hat, die weitgehend von denselben Personen geleitet wurden und ihren Sitz an ein und derselben Adresse hatten" (Randnummer 85),

— und schließlich, daß sie nicht behauptet hatte, sich auf dem Bezugsmarkt anders verhalten zu haben als die alte Gesellschaft (Randnummer 86).

Aus diesen Entscheidungsgründen ergibt sich, daß die von der Firma Rheinzink vorgenommene Auslegung zu restriktiv ist; sie räumt einem der genannten Indizien (der Kontinuität des Verhaltens) einen Vorrang ein und verlangt anscheinend, daß die Handlungseinheit an einer Kontinuität des vorwerfbaren Verhaltens abzulesen ist.

Die Kommission ihrerseits entwickelt eine Argumentation, die die rechtlichen

1 — Verbundene Rechtssachen 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 und 114/73, Suiker Unie und andere, Slg. 1975, 1663, Randnummer 87.

Gesichtspunkte der Nachfolge außer acht läßt und den Akzent auf die zwischen den aufeinander folgenden Firmen bestehende wirtschaftliche Einheit legt: Bei einer so extensiven Auslegung besteht die Gefahr, daß nur ein zu lockerer Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit der Unternehmen festgestellt wird.

Bevor ich meine eigenen Anmerkungen mache, ist es notwendig, auf die allgemeinen Erfordernisse hinzuweisen, nach denen wir uns auf diesem Gebiet richten müssen. Bei der Suche nach der Lösung des Problems sind ausschließlich die Normen des Gemeinschaftsrechts zugrunde zu legen: Man kann die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht von Vorschriften des innerstaatlichen Rechts abhängig machen, ohne die einheitliche Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsgrundsätze zu gefährden.

In dieser Hinsicht darf man — wie Generalanwalt Mayras sehr richtig in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache „Suiker Unie" festgestellt hat — die praktische Wirksamkeit der Verordnung Nr. 17 des Rates nicht aufs Spiel setzen [1]. Wie wäre es in Wirklichkeit um die Tragweite der von der Kommission ausgeübten Kontrolle bestellt, wenn es genügte, daß ein Unternehmen sich nach den Vorschriften des innerstaatlichen Rechts umwandelte, um sich der Beachtung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag zu entziehen? Generalanwalt Mayras nannte als bezeichnendes Beispiel den Fall, daß die Umwandlung eines Unternehmens nach der Vornahme der wettbewerbswidrigen Handlungen, aber vor der Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften des Vertrages durch die Kommission erfolgt. In einem derartigen Fall könnte man nämlich ganz besonders die Befürchtung haben, daß die Unternehmensnachfolge dem Nachfolger ermöglichen könnte, den gemeinschaftsrechtlichen Sanktionen zu entgehen, und daß sie damit die Befugnisse der Kommission inhaltlich aushöhlen würde.

Wie steht es damit im vorliegenden Fall? Man muß zunächst feststellen, daß die oben genannte Fallgestaltung genau der Lage entspricht, die die Klägerin beschreibt, deren Gründung nach 1976 aber vor der Entscheidung der Kommission erfolgte. Diese Feststellung reicht nicht aus, sie veranlaßt mich aber, die Auffassung der Kommission wieder aufzugreifen, wobei ich sie allerdings ergänze. Ich teile nämlich die Beurteilung der Kommission in bezug auf die funktionelle Einheit zwischen den beiden aufeinander folgenden Gesellschaften: Sie üben die gleiche wirtschaftliche Tätigkeit aus, was die Klägerin im übrigen nicht bestritten hat.

Ich stelle außerdem fest, daß sie in die Rechte und Verpflichtungen der Firma „Rheinisches Zinkwalzwerk" eingetreten ist, wie es sich unzweideutig aus dem Handelsregister ergibt und wie die Firma Rheinzink selbst unter Bezugnahme auf die Vorschriften des deutschen Rechts anerkennt.

Sie hat auch nicht bestritten, daß der Sitz und die Geschäftsleitung des Unternehmens unverändert geblieben sind.

Gewiß sind die beiden aufeinander folgenden Unternehmen nicht identisch: Die Firma und die Rechtsform sind unterschiedlich. Ich bin jedoch der Auffassung, daß die festgestellten Indizien eindeutig genug erkennen lassen, daß man sowohl aufgrund der wirtschaftlichen als auch der rechtlichen Verbindungen zwischen den beiden Unternehmen ihre Handlungen als kontinuierlich ansehen kann, so daß es gerechtfertigt ist, die zur Last gelegten Zuwiderhandlungen der Firma Rheinzink zuzurechnen.

1 — Suiker Unie, bereits zitiert, S. 2097.

Im Ergebnis schlage ich vor,

1. der von den Firmen CRAM und Rheinzink eingereichten Klage stattzugeben und die Aufhebung der Entscheidung auszusprechen, mit der die Kommission

   — die Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 EWG-Vertrag festgestellt hat, die sich

      a) aus dem abgestimmten Verhalten zwischen den Firmen CRAM und Rheinzink gegenüber der Firma Schiltz und

      b) den Vertragsbestimmungen über den Weiterverkauf in ein bestimmtes Land in den zwischen den Firmen CRAM beziehungsweise Rheinzink und der Firma Schiltz geschlossenen Verträgen ergeben,

   — für die erstgenannte Zuwiderhandlung Geldbußen gegen die Klägerinnen verhängt hat;

2. die Entscheidung der Kommission aufrechtzuerhalten, soweit sie den Vertrag über gegenseitige Aushilfslieferungen betrifft.