Aus diesen Gründen

hat

Der Gerichtshof

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Entscheidung der Kommission vom 19. April 1977 /77/327/ EWG), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 117 vom 9. Mai 1977, S. 1, wird aufgehoben.**

2. **Die Beklagte wird verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.**

Kutscher Sørensen Bosco Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 29. Juni 1978.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN-PIERRE WARNER VOM 23. MAI 1978 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Der Ursprung dieser Klage liegt in der „Ölkrise", die 1973/74 im Gefolge der im Oktober 1973 gefaßten Entscheidung bestimmter führender ölproduzierender Staaten eingetreten ist, ihre Preise für Rohöl jäh zu erhöhen und gleichzeitig die Förderung einzuschränken. Für einige ölimportierende Staaten, deren Haltung während des Yom-Kippur-Krieges man als der arabischen Sache feindselig ansah, wurde die folgende Ölknappheit durch ein von arabi-

1 — Aus dem Englischen übersetzt.

schen Regierungen gegen sie gerichtetes Verschiffungsembargo besonders akut. Zu den durch das Embargo betroffenen Ländern gehörten auch die Niederlande.

Mit der auf Artikel 173 des EWG-Vertrags gestützten Klage fechten drei holländische Gesellschaften, die direkt oder indirekt 100%ige Tochtergesellschaften der British Petroleum Company Ltd. sind, eine Entscheidung der Kommission vom 19. April 1977 (77/327/EWG, ABl. L 117 vom 9. Mai 1977) an, in welcher die Kommission das Verhalten dieser Gesellschaften während des Zeitraums von November 1973 bis März 1974, Motorenbenzinlieferungen an einen bestimmten Kunden stärker einzuschränken als an andere Kunden, als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 des EWG-Vertrags eingestuft hat. Die drei Gesellschaften sind die British Petroleum Maatschappij Nederland B.V., die British Petroleum Raffinaderij Nederland N.V. und die Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij B.V. Ich werde sie, der während des Verfahrens geübten Praxis folgend, zusammen als „BP" bezeichnen.

Nach Ansicht der Kommission hat BP damit gegen Artikel 86 des EWG-Vertrags verstoßen, doch sah die Kommission das Vorliegen mildernder Umstände als gegeben an, welche die Festsetzung einer Geldbuße gegen BP nach Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 unangebracht erscheinen ließen. BP ist dennoch an der Aufhebung der Entscheidung durch den Gerichtshof interessiert, und zwar, wie ihr Rechtsbeistand in ihrem Namen während der Verhandlung erklärte, nicht nur, um den Vorwurf des Rechtsbruchs von sich abzuwenden, sondern auch deshalb, weil die Entscheidung die Grundlage für eine Schadensersatzklage des betreffenden Kunden gegen sie vor den holländischen Gerichten bieten könnte.

Dieser Kunde ist die Aardolie Belangen Gemeenschap B.V. (oder „ABG"), die Einkaufszentrale der 19 Mitglieder der AVIA-Gruppe in den Niederlanden. AVIA ist ein Warenzeichen im Eigentum einer Schweizer Gesellschaft, die Lizenzen zur Verwendung des Zeichens an verschiedene Wiederverkäufer von Erdölserzeugnissen in verschiedenen Ländern vergibt. Zu diesen Ländern gehören neben den Niederlanden Belgien, die Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich und die Schweiz. Zwischen den Lizenznehmern des AVIA-Zeichens in den verschiedenen Ländern besteht anscheinend keine andere Beziehung als die, daß sie alle Lizenznehmer derselben Marke sind. Der Lizenznehmer in den Niederlanden ist die Avia Nederland C.V., zu der dieselben 19 Mitglieder gehören wie zur ABG.

Bei Ausbruch der Krise verteilten sich die Verkäufe der ABG wie folgt: etwa 49 % entfielen auf das Vertriebsnetz von AVIA, etwa 12 % gingen an andere Kunden im Rahmen von in der Entscheidung so bezeichneten „festen Verträgen", etwa 20 % entfielen auf regelmäßige Kunden ohne Vertragsbindung und etwa 20 % auf Spot-Lieferungen. Es gibt keinen Hinweis darauf, daß ABG jemals an Kunden außerhalb der Niederlande verkauft hätte.

Anlage 1 der Entscheidung enthält eine Übersicht darüber, von wem ABG beliefert wurde. Zur fraglichen Zeit befaßten sich in den Niederlanden neun Gesellschaften unmittelbar mit der Herstellung von Motorenbenzin (sowohl Super- wie Normalbenzin). Es handelte sich um BP selbst und sechs andere Gesellschaften, die der Einfachheit halber hier „Chevron", „Esso", „Gulf", „Mobil", „Shell" und „Texaco" genannt werden sollen. Darüber hinaus ließen „Fina" und „Total" große Mengen Motorenbenzin für sich in holländischen Raffinerien erzeugen. Im Dezember 1973 nahm eine für Total in Vlissingen gebaute Raffinerie die Produktion auf.

In dem Zeitraum von 12 Monaten von November 1972 bis Oktober 1973 bezog ABG 80,7 % seiner Gesamtvorräte von BP, 8 % von Gulf, 4,2 % von Shell, 1,6 % von Chevron und 5,5 % von 13 anderen Gesellschaften, die uns namentlich nicht bekannt sind, zu denen jedoch keines der neun genannten Unternehmen gehörte. Einige dieser 13 Gesellschaften scheinen ihren Sitz außerhalb der Niederlande gehabt zu haben, denn nach den Feststellungen der Kommission „[kaufte] ABG ... Motorenbenzin teilweise auf dem freien Markt. Ein Teil dieser Menge stammte aus den Ländern der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft" (Entscheidung, a.a.O. S. 12).

Von Bedeutung ist die Geschichte der Geschäftbeziehungen zwischen ABG und BP.

Bis 1968 wurde ABG von BP im Rahmen von Verträgen beliefert, in denen Preise, Mengen und sonstige Bedingungen jeweils für ein Jahr festgesetzt wurden. Ab 1968 erfolgten die Lieferungen aufgrund unbefristeter Verträge, die von der einen oder anderen Vertragspartei mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden konnten. Am 21. November 1972 kündigte BP den laufenden Vertrag zum Ende des Monats Mai 1973. Der Grund hierfür scheint darin gelegen zu haben, daß das Vorgehen der Regierungen jener Länder, in denen die Ölfelder von BP gelegen waren, die Sicherheit der Versorgung mit Rohöl beeinträchtigte — hier sind insbesondere die Verstaatlichung des Feldes in Libyen und die teilweise Übernahme der Produktion in Kuwait durch die dortige Regierung zu nennen. Jedenfalls hat die Kommission BP in keinem Verfahrensstadium wegen dieser Kündigung kritisiert. Die Beendigung des Vertrages wurde in zwei Schreiben vom 17. Januar 1973 von BP und ABG bestätigt. Seinerzeit wurde zwischen den Vertragsparteien vereinbart, daß BP nach Ende Mai 1973 von ABG gestelltes Rohöl für diese verarbeiten sollte.

Bis Mai 1973 stellte sich heraus, daß die Verhandlungen von ABG zum Ankauf von Rohöl nicht rechtzeitig abgeschlossen sein würden (obwohl, nach Angaben von BP, Rohöl auf dem Markt zur Verfügung stand). Man vereinbarte daraufhin, daß BP für ABG während der Zeit von Juni bis September 1973 250 000 Kubikmeter BP-eigenes Kuwaitöl raffinieren sollte, woraus neben anderen Produkten 41 500 Kubikmeter Motorenbenzin gewonnen werden sollten, Bedingung war, daß, kurz gesagt, ABG das Rohöl vor dem 1. Januar 1974 erstatten sollte.

Bis zum 30. September 1973 hatte ABG die vereinbarte Menge von 41 500 Kubikmetern Motorenbenzin noch nicht ganz abgenommen. Den Grund hierfür hat ABG der Kommission während des Verwaltungsverfahrens dargelegt: Hierzu verweise ich auf die Abschrift des Protokolls der nichtöffentlichen Anhörung von ABG vom 11. März 1975 (Anlage zur Gegenerwiderung), S. 26 und 27. Vergleicht man die damalige Erklärung von ABG hierzu mit der Übersicht in Anlage 1 der Entscheidung, so scheint es, als habe die Produktion von Gulf im Juli und August, und in geringerem Maß im September 1973, deren Lagerkapazität überschritten, so daß ABG Motorenbenzin von Gulf billiger einkaufen konnte als dies zu den Bedingungen des Vertrages mit BP möglich war. Daraus erklärt sich, warum ABG, statistisch gesehen, in der Zeit von November 1972 bis Oktober 1973 sich zu 8 % bei Gulf eingedeckt hat. Tatsächlich konzentrieren sich ihre Einkäufe bei Gulf auf diese drei Monate. Während der Zeit von Juni bis September 1973 tätigte ABG ebenfalls kleine Einkäufe bie Chevron und Shell sowie bedeutendere Einkäufe bei den 13 nicht namentlich bekannten Gesellschaften. Diese Einkäufe waren jedoch für ABG ihrer Art nach nicht ungewöhnlich.

Zur damaligen Zeit kannte BP den Grund für den Rückstand bei der vertraglich vereinbarten Abnahme von Mo-

torenbenzin durch ABG nicht. BP erklärte sich jedoch damit einverstanden, daß ABG den verbliebenen Rest der 41 500 Kubikmeter im Oktober 1973 abnahm. Dies führte dazu, daß ABG in diesem Monat zu 100 % von BP bezog.

Ende Oktober 1973 brach die Krise aus. Soweit ich dies der Entscheidung oder einem der anderen dem Gerichtshof vorgelegten umfangreichen Schriftstücke entnehmen kann, gab es zu dieser Zeit keinerlei Vereinbarung zwischen BP und ABG über die künftige Versorgung der ABG mit Motorenbenzin durch BP, abgesehen davon, daß über ein zweites Processing-Vertragsprojekt mit Wirkung vom 1. Januar 1974 verhandelt worden war.

Um der Krise zu begegnen, unternahm die holländische Regierung eine Reihe von Schritten.

Schon am 31. Oktober 1973 erließ sie eine Verordnung zur Einschränkung des Kraftfahrzeugverkehrs an Wochenenden (Anlage 23 zur Klageschrift). Diese Verordnung wurde mehrmals geändert und ergänzt (s. Anlagen 24 bis 27 zur Klageschrift).

Ebenfalls am 31. Oktober 1973 verkündete der Wirtschaftsminister aufgrund eines Bewirtschaftungsgesetzes von 1939 (die „Distributiewet") einen Erlaß, der Erdöl (Rohöl und Zwischenprodukte) sowie Erdölerzeugnisse dem Geltungsbereich dieses Gesetzes unterstellte (Anlage 11 zur Klageschrift). Durch eine Ministerialverfügung vom 13. November 1973 aufgrund desselben Gesetzes schuf der Minister ein nationales Amt für Erdölprodukte (das „Rijksbureau voor Aardolie Produkten" oder RBAP), das im Auftrag des Ministers für die Durchführung des Gesetzes in bezug auf Erdöl und Erdölerzeugnisse Sorge tragen sollte (s. Anlage 12 zur Klageschrift). In einer vom Minister im „Staatscourant" vom 14. November 1973 veröffentlichten Mitteilung heißt es unter anderem:

„Der Wirtschaftsminister hat ein nationales Amt für Erdölprodukte geschaffen. Aufgabe dieses Amtes ist es, die Versorgung mit Erdölprodukten zu regeln. Das Amt ist außerdem beauftragt mit der Ausarbeitung und gegebenenfalls der Durchführung eines Bewirtschaftungsplanes für Erdölprodukte, wenn die Umstände dies erforderlich machen sollten.

Fälle von ernsthaften Versorgungschwierigkeiten mit Erdölerzeugnissen können dem Amt schriftlich vorgetragen werden.".

(Anlage 14 zur Klageschrift).

Seit einigen Jahren bestand ein Verbindungsbüro der Erdölindustrie (die „Olie Contact Commissie" oder OCC) zur Pflege der Beziehungen zwischen Industrie und Regierung. Alle neun von mir erwähnten Gesellschaften waren darin vertreten. Der Vorsitzende des Büros wurde vom Minister als unbesoldeter Staatsbeamter ernannt. Es war dies Herr K. Schouten, ein früherer Manager von Shell. Der Minister ernannte Herrn Schouten ebenfalls zum Direktor des RBAP. Das Personal des RBAP bestand aus Beamten, unter denen sich Personen befanden, die aufgrund ihrer Sachkenntnis von den Ölgesellschaften abgestellt worden waren; ihr Eintritt in den öffentlichen Dienst erfolgte auf der Basis von zeitlich befristeten Vertragsverhältnissen.

Schließlich wurde ein Bewirtschaftungsplan eingeleitet, der jedoch nur vom 12. Januar von 4. Februar 1972 galt. Am 6. Dezember 1973 richtete der Minister an Herrn Schouten in dessen Eigenschaft als Vorsitzender der OCC die schriftliche Bitte, den Tankstellenbetreibern Weisungen („zu diesem Zeitpunkt noch ohne gesetzliche Grundlage") dahin gehend zu erteilen, die Abgabe von Motorenbenzin und Dieselkraftstoff in betimmter Weise einzuschränken. Der Minister bat gleichfalls darum, daß die Ölgesellschaften die Belieferung der Tank-

stellen mit Motorenbenzin um 20 % verringern sollten (Anlage 19 zur Klageschrift). Es war dies, die ich annehme, nicht die einzige Gelegenheit, bei welcher der Minister auf eine Einschränkung der Lieferungen um 15 bis 20 % drängte.

Der Endverkaufspreis für Motorenbenzin war in den Niederlanden aufgrund eines Gesetzes von 1961 (die „Prijzenwet") seit langem der Kontrolle durch die Regierung unterworfen. Diese Kontrolle wurde durch mehrere Verordnungen während der Krisenzeit aufrechterhalten, wenn auch der Berechnungsmodus durch eine Verordnung vom 22. Januar 1974 geändert wurde. Ich denke, die Einzelheiten sind hier nicht von Belang. Von einiger Bedeutung ist jedoch die Tatsache, daß die auf diese Weise festgestetzten Höchstpreise unter dem Weltpreisniveau lagen, so daß zu Weltmarktpreisen eingekauftes Benzin in den Niederlanden nur mit Verlust abgesetzt werden konnte. So erklärt BP denn auch, sie habe ihre gesamten Verkäufe in den Niederlanden während dieses Zeitraums mit Verlusten getätigt. ABG scheint ebenfalls ein Opfer der Preiskontrolle geworden zu sein.

Natürlich stand die Regierung in ihrer Reaktion auf die Krise nicht allein. Auch die Ölgesellschaften trafen weltweite Abwehrmaßnahmen, insbesondere indem sie Rohöllieferungen nach Rotterdam umleiteten, die aus nicht von dem Embargo betroffenen Herkunfsgebieten (wie Nigeria und Iran) stammten und für andere Zielorte bestimmt waren. Auf dem holländischen Markt konnte jedoch nicht die gesamte Produktion der holländischen Verarbeitungsanlagen abgesetzt werden. Im Laufe der Jahre hatten sich die Niederlande, und vor allem Rotterdam, zu einem großen Raffineriezentrum entwickelt, das neben dem holländischen zahlreiche andere Märkte, darunter insbesondere den deutschen, versorgte. Bei der Verteilung der verfügbaren Vorräte auf die nationalen Märkte scheinen die Ölgesellschaften oder scheint jedenfalls die British Petroleum Company Ltd. nach dem, wie sie es nannte, Grundsatz der „gleichen Not für alle" verfahren zu sein.

Innerhalb des holländischen Marktes unterteilte BP seine Abnehmer in drei Gruppen:

1. Kunden, zu denen vertragliche Bindungen betanden,
2. nicht vertragsgebundene, jedoch regelmäßige Kunden,
3. Kunden, denen gegenüber sie sich nicht in besonderem Maße verpflichtet fühlte.

Der ersten Gruppe räumte BP den Vorrang ein. Sie fühlte sich hierzu aus dem Gesichtspunkt der geschäftlichen Moral verpflichtet, da vor allem die Vertragskunden bereit gewesen waren, zu normalen Zeiten höhere Preise zu zahlen, um damit die Sicherstellung ihrer Versorgung in Knappheitsperioden zu erreichen. Auch rechtlich fühlte sie sich hierzu verpflichtet, da die Unterschreitung der einem Vertragskunden vertraglich zustehenden Liefermenge nur mit „höherer Gewalt" begründet werden kann. Die Kommission hat festgestellt, daß BP während der Zeit von November 1973 bis März 1974 ihre Lieferungen an Vertragskunden um durchschnittlich 13 % gekürzt hat (Entscheidung, S. 10).

Auch gegenüber ihren regelmäßigen, jedoch nicht vertragsgebundenen Abnehmern fühlte sich BP verpflichtet. Man sieht sich hier an die Übung von Ladeninhabern erinnert, die im Falle der Knappheit dieser oder jener Ware mehr oder weniger deutliche Hinweise anbringen, wonach sie nur noch die Stammkundschaft bedienen können, oder die sogar ihre Vorräte an raren Artikeln „unter dem Ladentisch" ausschließlich für Stammkunden aufbewahren. Die Kommission hat festgestellt, daß BP ihre Lieferungen an diese Abnehmergruppe um durchschnittlich 29 % reduziert hat (a.a.O.).

In die dritte Gruppe reiht BP jene ein, die in der Vergangenheit nur gelegentlich ihre Kunden gewesen waren, und zu diesen gehörte ABG. Nach Ansicht von BP lag die Verantwortung für die Sicherstellung der Versorgung dieser Gruppe beim RBAP.

Innerhalb einer Woche nach seiner Einrichtung hatte das RBAP, zusammen mit der OCC, einen Motorenbenzin-Pool zur Zuteilung an die in Schwierigkeiten Geratenen geschaffen. Zu diesem Pool scheinen die neun großen Gesellschaften im Verhältnis ihres jeweiligen Anteils am holländischen Markt beigetragen zu haben. Mit einem Marktanteil von zwischen 9 und 10 % hatte BP 9 % aufzubringen (s. z. B. das Schreiben des Herrn Schouten vom 21. November 1973, das sich bei den Unterlagen befindet, die BP auf Aufforderung des Gerichtshofes vorgelegt hat). Dieser Pool reichte jedoch zur Deckung des Bedarfs von ABG nicht aus, mit dem man sich gesondert befassen mußte.

Der gewöhnliche Bedarf der ABG belief sich auf etwa 15 000 Kubikmeter monatlich. Das RBAP errechnete, daß ABG mit 7 000 Kubikmetern monatlich beliefert werden sollte. Dadurch sollte ABG in die Lage versetzt werden, die Nachfrage des AVIA-Netzes (ungefähr 49 % der Verkäufe von ABG) und der eigenen Vertragskunden (ungefähr 12 % ihrer Verkäufe), gemäß der Empfehlung des Ministers jeweils um 20 % gekürzt, zu befriedigen. Das RBAP stellte sich auf den Standpunkt, daß es selbst für den Bedarf der übrigen ABG-Kunden sorgen müsse. Unzweifelhaft geht diese Ansicht auf einen Vorschlag von BP zurück. Die Kommission sieht hierin etwas Ungutes. Mir scheint es jedoch ganz natürlich zu sein, daß man BP als den bisherigen Hauptlieferanten von ABG um Rat gefragt hat. Fraglicher ist allerdings, ob diese Einstellung einer von seiten des Ministers oft wiederholten Ermahnung gerecht wurde, bestehende Vertriebskanäle zu erhalten (s. z. B. das Schreiben des Wirtschaftsministers an Herrn Schouten vom 24. Dezember 1973 — Anlage 20 zur Klageschrift). Diese Einstellung schloß notwendigerweise die Konsequenz ein, daß die regelmäßigen, aber nicht vertragsgebundenen Kunden von ABG (mit einem Anteil von etwa 20 % ihrer Verkäufe) sich an anderer Stelle eindecken mußten und sich auf Dauer von ABG trennen würden.

Jedenfalls bezog ABG im November 1973 6 812 Kubikmeter und im Dezember 1973 7 265 Kubikmeter Motorenbenzin. Die Lieferungen kamen größtenteils von BP und Shell. Ein geringer Teil stammte von Chevron. Während dieser beiden Monate kaufte ABG ebenfalls beträchtliche Mengen von den 13 nicht namentlich bekannten Gesellschaften, womit ihre gesamten Einkäufe für November 1973 10 812 Kubikmeter und für Dezember 1973 10 761 Kubikmeter betrugen. Gegen Ende Dezember 1973 scheint ABG keinerlei Benzin mehr am Lager gehabt zu haben.

Am 4. Januar 1974 stellten ABG und Avia Nederland C.V. bei der Kommission einen Antrag nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17, mit dem die Verletzung von Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags durch BP, Chevron, Esso, Gulf, Mobil, Shell und Texaco geltend gemacht wurde. Dieser Antrag führte schließlich zu der hier in Frage stehenden Entscheidung. Angesichts gewisser Bemerkungen, die, insbesondere in der Gegenerwiderung und in der mündlichen Verhandlung, seitens der Kommission gemacht worden sind, lege ich Wert auf die Feststellung, daß die Kommission in einem frühen Stadium des aufgrund des Antrags in Gang gesetzten Verfahrens zu dem Schluß gekommen ist, es habe zwischen diesen Gesellschaften keine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise der durch Artikel 85 des EWG-Vertrags verbotenen Art gegeben, sowie darauf, daß die Kommission in einem späteren Stadium dieses Verfahrens festgestellt hat, die Umstände rechtfertigten nicht die Annahme, daß diese Gesellschaften oder

einige von ihnen „gemeinsam" eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Artikels 86 innegehabt hätten. Die Entscheidung ist nur gegen BP ergangen und beruht ausschließlich auf deren angeblich marktbeherrschender Stellung.

Um zum Sachverhalt zurückzukommen: Im Januar 1974 stellte das RBAP ein neues Programm zur Versorgung von ABG mit 7 000 Kubikmetern monatlich auf. Dieses sah Lieferungen zu unterschiedlichen Anteilen seitens der neun Gesellschaften vor. Der Anteil von BP sollte 3 300 Kubikmeter monatlich betragen. Tatsächlich erhielt ABG durch das RBAP im Januar 1974 6 594 Kubikmeter, im Februar 6 877 Kubikmeter und im März 6 584 Kubikmeter. BP gehörte zu den Gesellschaften, die mit ihren Lieferungen im Rückstand waren, was jedoch auf eine ausdrücklich von ABG an BP gerichtete Bitte um Lieferungsaufschub zurückzuführen zu sein scheint. ABG konnte im Januar 3 374 Kubikmeter von den 13 nicht namentlich bekannten Gesellschaften kaufen, nichts jedoch im Februar und nur 405 Kubikmeter im März.

Am 31. März 1974 wurde das RBAP aufgelöst, und am 4. April 1974 erließ der Minister aufgrund eines Gesetzes über den wirtschaftlichen Wettbewerb (die „Wet economische mededinging") eine an die neun größten Gesellschaften gerichtete Verfügung, 3 000 Kubikmeter Motorenbenzin wöchentlich an ABG zu lieferen. Die Höhe der jeweiligen Beteiligung sollte sich nach dem Anteil bemessen, zu dem sie Motorenbenzin unter anderen als ihren eigenen Markennamen auf dem holländischen Markt verkauften. BP ist der Ansicht, daß sich ihre Lieferverpflichtungen gegenüber ABG demzufolge verringert hätten.

Bei einem Vergleich zwischen der der ABG durch das RBAP verschafften Menge von 7 000 Kubikmetern pro Monat und der vom Minister festgesetzten Menge von 3 000 Kubikmetern pro Woche sollte gerechterweise bedacht werden, daß einer von BP vorgelegten graphischen Darstellung (S. 31 der Erwiderung) zufolge die Lieferungen während April 1974 wieder zunahmen, obwohl sie erst im Juli 1974 wieder ihren normalen Stand erreichten.

Im Rahmen von Artikel 86 sind in jedem Fall drei Fragen zu prüfen:

1. Hatte das betreffende Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben inne?
2. Wenn ja, hat das Unternehmen diese Stellung mißbräuchlich ausgenutzt?
3. Wenn ja, konnte dieser Mißbrauch dazu führen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen?

Zur Prüfung der ersten Frage muß natürlich untersucht werden, welches der relevante Markt ist.

In der Entscheidung (S. 3) hat die Kommission festgestellt:

„Der relevante Markt ist der Markt für Super- und Normalbenzin zur Verbrennung in Viertaktmotoren ... Geographisch ist der relevante Markt der Markt der Niederlande, auf dem die Mitglieder von ABG ihre ganze Vertriebstätigkeit ausüben".

Auf den Seiten 8 und 9 der Entscheidung hat die Kommission diese Feststellung wiederholt.

Allerdings hat die Kommission nie behautet, BP habe jemals eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Motorenbenzin in den Niederlanden an sich gehabt. Die Kommission konnte dies auch nicht, da der Marktanteil von BP, wie ich bereits erwähnt habe, zur fraglichen Zeit zwischen 9 und 10 % betrug und auch sonst keine Besonderheiten aufwies.

Die Kommission hat ihre Auffassung von der marktbeherrschen Stellung von BP wie folgt begründet (Entscheidung, S. 9):

„In einer wirtschaftlichen Zwangslage wie in den Niederlanden während der Krise erhalten die bestehenden Handelsbeziehungen zwischen Lieferanten mit hohen Marktanteilen und Vorräten und ihren Abnehmern eine neue Qualität; aus Gründen, die sie nicht zu vertreten haben, werden diese Beziehungen so eng, daß diese Abnehmer schließlich völlig von ihren traditionellen Lieferanten, die über die knappen Erzeugnisse verfügen, abhängig sind; solche Lieferanten können gegenüber ihren Abnehmern in der beschriebenen Marktsituation eine beherrschende Stellung einnehmen.

Im Falle einer allgemeinen Verknappung sind alle Ölgesellschaften mit den gleichen Versorgungsproblemen ihrer Abnehmer konfrontiert; sie können normalerweise nicht für das Unvermögen anderer Gesellschaften eintreten; daher sind sie bezüglich der Versorgung ihrer jeweiligen Kunden nicht im Wettbewerb miteinander.

Unter den obwaltenden Umständen hatte jede dieser Gesellschaften eine beherrschende Stellung gegenüber ihren Abnehmern."

Nach dieser Argumentation war relevanter Markt der Markt für Motorenbenzin der BP, auf dem die „gewöhnlichen Abnehmer" von BP oder allenfalls die Kunden von BP in den Niederlanden im allgemeinen kauften, denn allein auf diesem Markt war BP, der Kommission zufolge, während der Ölkrise als Inhaber einer beherrschenden Stellung anzusehen.

Es erhebt sich sodann die Frage, ob dieser Markt einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellte. Im Hinblick auf die Beantwortung dieser Frage hat der Gerichtshof die Parteien aufgefordert, darüber Auskunft zu geben, wie groß der Anteil des holländischen Marktes am gemeinsamen Markt für Motorenbenzin nach ihrer Ansicht sei. Die Kommission hat ihn auf 4,6 %, BP auf 4,8 % geschätzt. Dies bedeutet unter Berücksichtigung des Anteils der BP am holländischen Markt von 10 %, daß der relevante Teil des Gemeinsamen Marktes 0,48 % nicht überstieg.

Er läßt sich die Auffassung vertreten, daß ein guter 0,5 % liegender Marktanteil kein „wesentlicher Teil" ist. Es ist jedoch in diesem Bereich meiner Ansicht nach gefährlich, die Aufmerksamkeit ausschließlich auf Prozentsätze zu richten. Das Gegenteil von „wesentlich" ist „zu vernachlässigend", und was unter einer an Prozentsätzen ausgerichteten Betrachtungsweise als zu vernachlässigend erscheinen mag, kann sich unter Zugrundelegung von absoluten Zahlen anders darstellen. Die Bevölkerung von Luxemburg macht, glaube ich, etwa 0,23 % der Bevölkerung der gesamten Gemeinschaft aus. Ich würde mich jedoch vor der Behauptung hüten, daß der Inhaber eines Monopols oder Quasi- Monopols für ein bestimmtes Produkt auf dem Luxemburger Markt nicht unter den Anwendungsbereich von Artikel 86 fiele. Ebenso würde ich mich vor der Ansicht hüten, daß der Anteil von BP am holländischen Markt für Motorenbenzin zu vernachlässigen war. Wenn auch gering im Verhältnis zum gesamten gemeinsamen Markt für Motorenbenzin, so war er doch nach meiner Meinung ein wesentlicher Teil jenes Marktes.

Die eigentliche Frage ist aus meiner Sicht, ob die Kommission Recht hat mit der Auffassung, Artikel 86 sei bei richtiger Auslegung auf eine Situation anzuwenden, in der die Kunden oder die „gewöhnlichen" Kunden jedes Lieferanten von diesem abhängig werden können, weil eine bestimmte Ware wegen einer plötzlichen Notlage vorübergehend knapp wird.

Ich denke dies nicht.

Nach meiner Ansicht ist die Güterzuteilung in einer Zeit des Mangels in erster Linie eine Aufgabe der Regierung. Eine Regierung kann sich dafür entscheiden, überhaupt nicht einzugreifen; in diesem Fall wird die Knappheit zu einem Stei-

gen der Preise führen, bis Angebot und Nachfrage wieder im Gleichgewicht sind. Unter heutigen Bedingungen gibt es jedoch Fälle, in denen eine Regierung es aus offenkundigen Gründen nicht dahin kommen lassen kann. Die Alternative liegt in einer Preiskontrolle in Verbindung mit einer Verteilungskontrolle in der einen oder anderen Form. Die Ansicht der Kommission scheint mir darauf hinauszulaufen, daß, wo immer sich Regierungsmaßnahmen als lückenhaft erweisen, diese Lücke durch Berufung auf Artikel 86 ausgefüllt werden kann.

Ich sollte hier vielleicht erläutern, daß ich bei der Verwendung des Begriffs „Regierung" in diesem Zusammenhang nicht nur nationale Regierungen im Auge habe. Je nach den Umständen kann es angemessenen sein, die notwendigen Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene oder auch auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene zu treffen. Auch eine Verbindung von Maßnahmen auf unterschiedlichen Ebenen kann angezeigt sein. In diesem Zusammenhang hat BP auf die Ratsrichtlinie Nr. 73/238/EWG vom 24. Juli 1973 (ABl. L 228 vom 16. August 1973) „über Maßnahmen zur Abschwächung der Auswirkungen von Schwierigkeiten bei der Versorgung mit Erdöl und Erdölerzeugnissen" hingewiesen, aus der deutlich hervorgeht, daß der Rat in diesem Bereich der Kommission gewisse Verantwortlichkeiten zugesteht.

Ich will auch keinerlei Kritik am Vorgehen der holländischen Regierung in diesem Fall üben. Ich habe das Vorbringen der BP zur Kenntnis genommen, daß die Maßnahmen der holländischen Regierung zur Preiskontrolle gegen Artikel 30 des Vertrages in seiner Auslegung in der Rechtssache 65/75 *Tasca* (Slg. 1976, 291) verstoßen hätten, da sie geeignet gewesen seien, Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten zu behindern. Dieser Punkt kann jedoch offenbleiben. Im vorliegenden Fall geht es nicht um Preise, sondern um die Vorratszuteilung. In dieser Hinsicht hatte die holländische Regierung, wie jede Regierung, die die Güterverteilung kontrollieren will, ursprünglich die Wahl zwischen zwei Methoden. Zum einen kann sie Zwang ausüben. Zum anderen kann sie Mechanismen schaffen, durch welche die freiwillige Unterordnung der betroffenen Händler unter die Wünsche der Regierung erreicht werden kann, immer natürlich mit der Drohung im Hintergrund, Zwang auszuüben, wenn sie sich nicht fügen. Mit der Einrichtung des RBAP, das sie nicht mit hoheitlicher Gewalt ausstattete, wählte die holländische Regierung hier zunächst die letztere Methode. Dies hätte wohl auch ausreichen können, wenn die Krise nur von kurzer Dauer gewesen wäre. Im April 1974 war die Regierung zu dem Schluß gekommen, daß dies nicht genügte, und griff zu Zwangsmaßnahmen. Der Unterschied zwischen dem, was im Wege der Freiwilligkeit erreicht werden konnte und dem, was durch Zwang erreicht wurde, erwies sich als der Unterschied zwischen 7 000 Kubikmetern pro Monat und 3 000 Kubikmetern pro Woche. Meines Erachtens war er lediglich gradueller Art.

Selbst wenn man jedoch in dieser Differenz den Ausdruck einer Lücke in den von der holländischen Regierung ergriffenen Maßnahmen sieht, bin ich nicht der Ansicht, daß dies eine Lücke der Art war, die Artikel 86 zu füllen vorgesehen oder geeignet ist.

Erstens beinhaltet der Begriff der beherrschenden Stellung in Artikel 86, wie der Gerichtshof oftmals, zuletzt in der Rechtssache 27/76 *(United Brands/Kommission,* Urteil vom 14. Februar 1978, noch nicht veröffentlicht, Randnummer 65) ausgeführt hat, daß die Stellung des betreffenden Unternehmens wirtschaftlich derart stark sein muß, daß es zumindest in erheblichem Maß unabhängig von seinen Wettbewerbern und Abnehmern handeln kann. Die Kommission selbst definiert in der hier vorliegenden Entscheidung (S. 8) eine beherrschende Stellung als eine solche, die es dem be-

treffenden Unternehmen erlaubt, seine Geschäfte „ohne Rücksichtnahme auf die Reaktion der Wettbewerber und Abnehmer" zu führen. In einer zeitweiligen Notlage der in Frage stehenden Art kann ein Händler jedoch seine knappen Vorräte nicht ohne Rücksicht auf die Haltung seiner Abnehmer abgeben. Er muß daran denken, daß diese, wenn die Notlage einmal vorüber ist, sich daran erinnern werden, wie sie von ihm während der Mangelperiode behandelt worden sind. Vertragskunden werden die Vorzugsbehandlung erwarten, die sie nach ihren Verträgen beanspruchen können, und zwar sowohl aus rechtlichen Gesichtspunkten wie aus solchen der Geschäftsehre — BP hat darauf hingewiesen. Nicht vertragsgebundene, aber regelmäßige Abnehmer werden erwarten, daß die Treue, die sie in Zeiten gewöhnlichen Wettbewerbs gezeigt haben, durch die Treue ihres Lieferanten zu ihnen in der Zeit der Knappheit belohnt wird. Ein Lieferant kann diese Überlegungen nur auf die Gefahr hin außer acht lassen, nach Beendigung der Notlage Kunden an die Konkurrenz zu verlieren. Daher bin ich nicht der Ansicht, daß er während der Notlage eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 einnimmt.

Zweitens müßte sich aus Artikel 86, wenn man ihn für anwendbar auf einen Lieferanten in einer solchen Notlage hält, ausdrücklich oder stillschweigend eine Vorschrift ergeben, die Lieferanten in einer solchen Situation befolgen müßten. Eine derartige Vorschrift sehe ich nicht. Die Kommission hat uns auf Buchstabe c des Artikels 86 hingewiesen, wonach die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung insbesondere bestehen kann in „der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden". Bei allem Respekt gegenüber der Kommission, darum scheint es mir hier nicht zu gehen. Wir haben uns hier nicht mit den Bedingungen zu befassen, zu denen ein Händler verschiedene Abnehmer beliefert, sondern mit der von ihm getroffenen Auswahl der zu beliefernden Kunden und seiner Entscheidung über die jeweilige Liefermenge. Natürlich kann eine Lieferungsverweigerung die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen wie in den Rechtssachen 6 und 7/73 (*Commercial Solvents/Kommission,* Slg. 1974, 223), allerdings nicht nach Buchstabe c. Darüber hinaus handelte es sich in der Rechtssache *Commercial Solvents/Kommission* um einen Fall anderer Art. In ihrer Entscheidung in dem hier vorliegenden Fall hat die Kommission die Ansicht vertreten, daß insoweit „... als Mißbrauch im Sinne von Artikel 86 des Vertrages jede Handlung eines Unternehmens in marktbeherrschender Stellung angesehen werden [kann], die in unterschiedlichem Maße ohne objektive Rechtfertigung die Lieferungen an bestimmte Kunden in vergleichbarer Lage reduziert" (S. 9). Mit dieser Definition sind jedoch nicht auch schon die Begriffe „bestimmte Kunden in vergleichbarer Lage" und „objektive Rechtfertigung" geklärt. Die Kommission hat, wie ich meine, versucht, diese Fragen in den folgenden Absätzen der Entscheidung (S. 9 bis 11) zu klären. Sie hat dort jedoch keinerlei eindeutige Regel aufgestellt, außer der, daß der Lieferant ein statistisches Verfahren verwenden müsse. Er müsse anhand seiner Bücher feststellen, wieviel er während eines „Bezugszeitraums" vor Eintritt der Notlage (nach Vorschlag der Kommission ein Jahr) an jeden Abnehmer geliefert habe, und die einzelnen Kunden sodann entsprechend anteilig während der Versorgungskrise beliefern. Die Kommission räumt den Lieferfirmen die Möglichkeit ein „gewisse Eigenheiten und gewisse Unterschiede in der wirtschaftlichen Situation ihrer Kunden in Betracht zu ziehen", erläutert jedoch nicht, wie diese dabei vorgehen sollen, außer daß sie bemerkt, „vor allem [sei] nicht die Mög-

lichkeit [ausgeschlossen], Preise und sonstige Konditionen der Lieferverträge anzuwenden, noch die Möglichkeit, eine entsprechende und der Zwangssituation angemessene Referenzperiode auszuwählen" (Entscheidung, S. 10).

Meiner Ansicht nach kann eine derartige Regel, die offenkundig in Artikel 86 keinen Niederschlag gefunden hat, nur dann als stillschweigender Bestandteil dieser Vorschrift angesehen werden, wenn sie sich als billig, praktisch und allgemein anerkannt darstellt. Mir scheint, daß sie keine dieser Bedingungen erfüllt.

Sie wäre unbillig, da sie im Grunde über die besonderen Rechte von vertragsgebundenen und regelmäßigen Kunden eines Lieferunternehmens hinweggehen würde.

Sie wäre unpraktisch, da ein Lieferant nie genau wüßte, wann er sie befolgen sollte. Ein plötzlicher Versorgungsengpaß kann aus zahlreichen Gründen eintreten. Er kann auf einen Konflikt zurückzuführen sein, der in seiner Bedeutung zwischen einem größeren Krieg und einem örtlichen Streik liegen kann, oder er kann sich aus einer Naturkatastrophe ergeben, die zum Ausfall einer ganzen Ernte oder nur zum Schiffbruch eines einzelnen Frachters führen kann. Selten ist es bei Ausbruch einer Notlage möglich, deren Dauer oder Schweregrad abzuschätzen. Es ist darauf hinzuweisen, daß zu den „mildernden Umständen", welche die Verhängung einer Geldbuße gegen die BP nach Ansicht der Kommission als nicht angebracht erscheinen ließen, auch gehörte, daß „die Unkenntnis der möglichen weiteren Entwicklung der Krise ... auf dem niederländischen Markt für Mineralölprodukte zu Verwirrung geführt [hat]" und „hierdurch ... die Abschätzung der vorzunehmenden Liefereinschränkungen erschwert [war]" (Entscheidung S. 12).

Daß die besagte Regel nicht allgemein anerkannt ist, scheint mir gerade aus den Umständen dieses Falles selbst eindeutig hervorzugehen. Das RBAP versuchte anfänglich, seinen Pool durch Lieferungen der Erzeugergesellschaften im Verhältnis zu deren Marktanteil zu erstellen. Als es um die Schaffung eines besonderen Pools zur Versorgung von ABG ging, legte es eine *Ad-hoc*-Berechnungsformel zugrunde, die wir nicht genau kennen. In seiner Verfügung vom 4. April 1974 hat der niederländische Wirtschaftsminister eine ausgeklügelte Formel verwendet, die auf dem Anteil der großen Ölgesellschaften am Markt für Motorenbenzin beruhte, den diese durch Verkäufe unter anderen als ihren eigenen Markennamen erzielten. Es gab also keine allgemein anerkannte Regel.

Aus diesen Gründen bin ich der Meinung, daß ein Fall dieser Art überhaupt nicht von Artikel 86 erfaßt wird.

Für den Fall jedoch, daß Sie, meine Herren Richter, meine Auffassung insoweit nicht teilen, muß ich kurz auf die Frage eingehen, ob BP, falls sie eine beherrschende Stellung der von der Kommission behaupteten Art innehatte, diese Stellung mißbräuchlich ausgenutzt hat.

Der Kernpunkt des Vorbringens von BP war, daß es zwischen ihr und ABG keine Rechts- oder Geschäftsbeziehungen gegeben habe, die sie zur Belieferung von ABG während der Krise verpflichtet hätten, daß das RBAP gerade die Aufgabe gehabt habe, Probleme wie das der ABG zu lösen, und daß die Pflichten der BP sich darauf beschränkt hätten, den Aufforderungen seitens des RBAP zur Belieferung der ABG nachzukommen, was sie stets getan habe, da sie solche Aufforderungen, wie auch immer die Rechtslage gewesen sein mochte, als bindend angesehen habe.

Der Kernpunkt des Vorbringens der Kommission war, BP habe dadurch, daß sie ABG während der Krise nicht mehr im Verhältnis zu ihren Lieferungen während des Vorjahres beliefert hat, das RBAP vor eine Aufgabe gestellt, zu deren Bewältigung dieses weder geschaffen noch in der Lage gewesen sei. Die

Kommission hat allerdings, wenn auch nur als „mildernde Umstände", eingeräumt, daß „die Maßnahme des Rijksbureau, die allerdings keinen zwingenden Charakter hatte und an freiwillige Beiträge der Gesellschaften appellierte, ... bei diesen Zweifel hinsichtlich ihrer Verpflichtungen gegenüber ihren Abnehmern aufkommen lassen [konnte]" und daß „BP ... annehmen [konnte]", ihre Benzinlieferungen als Vorschuß auf Rohöllieferungen zur Verarbeitung im Processing-Verfahren in den Anlagen von BP würden sie „teilweise" ihrer Lieferverpflichtung gegenüber ABG während der Krise entheben (Entscheidung S. 12).

Nach meiner Meinung hat BP unter Berücksichtigung aller Umstände einen rechtmäßigen Standpunkt eingenommen. Daher kann nicht davon gesprochen werden, daß sie eine beherrschende Stellung, wenn sie wirklich eine solche eingenommen hat, mißbräuchlich ausgenutzt hat.

Ich wende mich auch kurz der Frage zu, ob unter der von mir verneinten Voraussetzung der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch BP diese mißbräuchliche Ausnutzung dazu führen konnte, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Hierzu hat die Kommission zweierlei vorgebracht. Zunächst ist sie auf die Möglichkeit eingegangen, daß das Verhalten von BP zum Verschwinden von ABG und damit des AVIA-Vertriebsnetzes vom Motorenbenzinmarkt der Niederlande hätte führen können. Die Kommission hat allerdings die Richtigkeit der von BP gegebenen Darstellung klar erkannt, wonach in Wirklichkeit niemals die Gefahr bestanden hat, daß ABG vom Markt verdrängt würde. Daher hat die Kommission weiter argumentiert, ABG hätte sich aufgrund ihrer Erfahrungen während der Krise möglicherweise vertraglich an eine oder mehrere der großen Ölgesellschaften gebunden und auf diese Weise ihre Möglichkeiten eingeschränkt oder verloren, ihren Bedarf durch Importe aus anderen Mitgliedstaaten zu decken. Dies scheint mir aus folgenden Gründen ein schwaches Argument zu sein: 1. Es besteht Übereinstimmung darüber, daß auf dem Markt für Motorenbenzin in den Niederlanden in normalen Zeiten Wettbewerb herrscht; 2. offenbar gibt es auf diesem Markt zahlreiche nicht vertragsgebundene Einkäufer; 3. wir wissen, daß ABG in den 12 Monaten vor der Krise weniger als 5,5 % ihrer Ware aus anderen Mitgliedstaaten bezogen hat. Es ist daher meines Erachtens unwahrscheinlich, daß ABG durch ihre Erfahrungen während der Krise zu einer Einkaufspolitik veranlaßt worden wäre, die ihre Einfuhrfreiheit eingeschränkt hätte. Ich vermute, daß sie aufgrund dieser Erfahrungen im Falle einer zukünftigen Krise eher die Regierung drängen wird, früher und mit größerem Nachdruck einzugreifen.

Ich schlage daher vor, die Entscheidung der Kommission für nichtig zu erklären und der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.