SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 6. Februar 1997 *

Inhaltsverzeichnis

Die Verordnung: Entstehungsgeschichte und Inhalt ..... I - 1383

Das Verfahren und die Entscheidung ..... I - 1387

Die beiden Klagen: Abgrenzung des Problems und Gliederung der Schlußanträge ..... I - 1391

I — Zulässigkeit (Rechtssache C-30/95) ..... I - 1394

a) Zur teilweisen Nichtigerklärung ..... I - 1395

b) Zur Klagebefugnis ..... I - 1396

c) Zur Anfechtbarkeit der Randnummer, die Potacan betrifft ..... I - 1399

d) Zum fehlenden Rechtsschutzinteresse ..... I - 1400

II — Begründetheit ..... I - 1401

a) Zur Nichterfüllung der Pflicht zur Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden (Rechtssache C-68/94) ..... I - 1401

b) Zu den Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem deutschen Markt (Rechtssache C-68/94) ..... I - 1404

c) Zu den Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem Gemeinsamen Markt außerhalb Deutschlands (Rechtssachen C-68/94 und C-30/95) ..... I - 1410

1. Die Abgrenzung des relevanten geographischen Marktes ..... I - 1410

2. Die Möglichkeit der Verwendung der Verordnung über Zusammenschlüsse für Eingriffe in kollektive beherrschende Stellungen ..... I - 1417

— Der Wortlaut ..... I - 1419

— Rechtsgrundlagen und Willen des Gesetzgebers ..... I - 1420

— Die Verfahrensgarantien ..... I - 1422

— Wirtschaftliche Erwägungen und Zielsetzung der Verordnung ..... I - 1425

3. Die unrichtige Verwendung des Begriffes der kollektiven beherrschenden Stellung im vorliegenden Fall ..... I - 1428

— Der Konzentrationsgrad des Marktes ..... I - 1431

— Die strukturellen Beziehungen zwischen K + S und SCPA ..... I - 1432

* Originalsprache: Italienisch.

— Die Merkmale des verdrängten Wettbewerbers ..... I - 1436

— Die Stellung der Wettbewerber ..... I - 1437

— Der Vergleich der Situation von K + S/MdK und SCPA ..... I - 1438

— Die Wirtschaftsmacht der Abnehmer ..... I - 1440

— Die Zugangsbeschränkungen ..... I - 1441

— Die Merkmale des Marktes und des Erzeugnisses ..... I - 1442

— Parallele Verhaltensweisen ..... I - 1442

d) Zur Erteilung von Bedingungen und Auflagen für Dritte, die am Zusammenschluß nicht beteiligt sind (Rechtssachen C-68/94 und C-30/95) ..... I - 1444

1. Zur Möglichkeit, Artikel 8 Absatz 2 auf am Zusammenschluß unbeteiligte dritte Unternehmen anzuwenden ..... I - 1445

2. Zur Geeignetheit der im vorliegenden Fall zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs erteilten Auflagen ..... I - 1446

— Zu der Auflage, die das Ausscheiden von K + S aus dem Kartell Kali-Export GmbH betrifft ..... I - 1447

— Zur Auflage der Lösung der Vertriebsbeziehungen zwischen K + S und SCPA ..... I - 1448

Ergebnis ..... I - 1449

1. Läßt sich die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [1] (im folgenden: die Verordnung) auf Oligopole anwenden? Und welche Grenzen sind der Kommission im Licht der Verordnung bei der Beurteilung der Zusammenschlüsse gesetzt?

Die Gelegenheit für eine Antwort u. a. auf diese Fragen, die für die Anwendung der Verordnung zweifellos erheblich sind, bieten dem Gerichtshof die Rechtssachen C-68/94 und C-30/95. Mit den Klagen in diesen Rechtssachen — die eine hat die französische Regierung, die andere haben die Société commerciale des potasses et de l'azote (im folgenden: SCPA) und die Entreprise minière et chimique (im folgenden: EMC) erhoben — wird die Rechtmäßigkeit der Entscheidung 94/449/EG der Kommission vom 14. Dezember 1993 [2] (im folgenden: die Entscheidung) in Frage gestellt.

2. Mit dieser Entscheidung genehmigte die Kommission das Vorhaben, die Kali- und

1 — ABl. 1990, L 395, S. 1.

2 — Entscheidung der Kommission in einem Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (Fall Nr. IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand); (ABl. 1994, L 186, S. 38).

Steinsalzaktivitäten der Kali und Salz AG (im folgenden: K + S) und der Mitteldeutschen Kali AG (im folgenden: MdK) in einem Gemeinschaftsunternehmen von K + S und Treuhandanstalt zusammenzufassen. Die Erklärung des Zusammenschlusses für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar hängt jedoch für diese Unternehmen von einigen Bedingungen ab, die insbesondere im Abbruch der Geschäftsbeziehungen mit SCPA und EMC bestehen.

Mit der Klage von SCPA und EMC (Rechtssache C-30/95) wird gerade die Nichtigerklärung der Entscheidung in dem Teil beantragt, in dem diese Bedingungen vorgesehen sind; die Klage der französischen Regierung (Rechtssache C-68/94) enthält hingegen andere Gesichtspunkte und hat daher eine weitere Bedeutung. Dennoch meine ich in Anbetracht dessen, daß sich der Gegenstand der beiden Verfahren nur teilweise unterscheidet und daß sich einige der Klagegründe und Argumente weitestgehend decken, daß es möglich und vor allem wünschenswert ist, sie — natürlich mit allen erforderlichen Differenzierungen — gemeinsam zu behandeln.

3. Bevor ich die Entscheidung darstelle und damit einen Rechtsstreit untersuche, der wegen der Grundsatzfragen, die er aufwirft, einen bedeutenden Schritt in der Rechtsprechung auf dem Gebiet des Wettbewerbs darstellen kann, halte ich es jedoch für erforderlich, die Entstehungsgeschichte der Verordnung, ihre wesentlichen Merkmale und den verfahrensrechtlichen Rahmen, innerhalb dessen die Kontrolle der Unternehmenszusammenschlüsse stattfindet, zu schildern. Auf diese Weise wird es leichter sein, einige allgemeine Gesichtspunkte herauszugreifen, die dann bei der Untersuchung der verschiedenen Fragen der Zulässigkeit und der Begründetheit, die die vorliegenden Klagen aufwerfen, ins Gedächtnis gerufen werden.

Die Verordnung: Entstehungsgeschichte und Inhalt

4. Im Unterschied zum EGKS-Vertrag (Artikel 66) enthält der EG-Vertrag keine besondere Bestimmung für Unternehmenszusammenschlüsse. Diese Lücke beruht auf einem präzisen politischen Willen, die Stärkung der Unternehmen in der Gemeinschaft auch durch Zusammenschlüsse zu fördern. Auch die Kommission nahm in einem Memorandum vom 1. Dezember 1965 eine grundsätzlich positive Haltung gegenüber Konzentrationserscheinungen ein, soweit sie der Stärkung der europäischen Industrie dienten, die noch zu schwach war, um auf den internationalen Märkten wettbewerbsfähig zu sein. In diesem Memorandum bestätigte sie ferner ihre Absicht, auf Zusammenschlüsse Artikel 86 und nicht Artikel 85 anzuwenden. Diese Lösung fand die Unterstützung des Gerichtshofes, der im Urteil Europemballage und Continental Can/Kommission feststellte, daß ein mißbräuchliches Verhalten im Sinne von Artikel 86 vorliegen kann, wenn ein Unternehmen, das sich bereits in beherrschender Stellung befindet, diese dergestalt verstärkt, „daß der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert" [3].

3 — Urteil vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72 (Slg. 1973, 215, Randnr. 26).

Die Anwendung des Artikels 86 konnte jedoch keine völlig befriedigende Antwort darstellen, nicht zuletzt, weil diese Bestimmung ein Eingreifen nur nachträglich ermöglicht, also in eine bereits bestehende beherrschende Stellung, während eine Regelung der Zusammenschlüsse vor allem den wettbewerbswidrigen Wirkungen vorbeugen sollte. Die Kommission legte daher bereits kurz nach dem Urteil Europemballage und Continental Can/Kommission dem Rat einen ersten Vorschlag einer Ad-hoc-Verordnung vor. Ihre nachfolgende Entscheidungspraxis brachte jedoch den Willen zum Ausdruck, die Anwendung des Artikels 85 auf Zusammenschlüsse durch den Mechanismus einer „präventiven Würdigung" [4]aufzuwerten. Diese Ausrichtung fand offensichtlich im Urteil BAT und Reynolds/Kommission [5] ihre Bestätigung, in dem der Gerichtshof festgestellt hat, daß die Übernahme einer Minderheitsbeteiligung durch ein Unternehmen am Kapital eines Konkurrenzunternehmens unter bestimmten Umständen zu einer mit Artikel 85 unvereinbaren Beschränkung führen kann.

5. Das soeben erwähnte Urteil nährte die Diskussion über das Thema und gab der Kommission einen neuen Impuls, die 1988 einen neuen Vorschlag vorlegte. Auf der Grundlage dieses Vorschlags erließ der Rat die Verordnung, deren endgültiger Wortlaut nicht die manchmal tiefen Gegensätze verbirgt, die die Phase ihrer Ausarbeitung kennzeichneten [6].

Die positive Bewertung der Formen der Fusion von Unternehmen, die für ein Mittel gehalten werden, das es der europäischen Industrie ermöglicht, auf dem internationalen Markt wirksam zu konkurrieren, wurde beim Erlaß der Verordnung nicht aufgegeben. In deren Präambel wird nämlich hervorgehoben, daß die Zusammenschlüsse, die sich als Folge der Aufhebung der Binnengrenzen wegen der Verwirklichung des Binnenmarktes intensivieren werden, zu begrüßen sind, da sie den Erfordernissen eines dynamischen Wettbewerbs entsprechen und geeignet sind, zu einer Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie, zu einer Verbesserung der Wachstumsbedingungen und zur Anhebung des Lebensstandards in der Gemeinschaft zu führen. Die Förderung der Zusammenschlüsse und des Umstrukturierungsprozesses in der Industrie darf jedoch keine dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs verursachen, so daß das Gemeinschaftsrecht bei „Zusammenschlüsse[n] ..., die geeignet sind, wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich zu beeinträchtigen", eingreifen können muß (fünfte Begründungserwägung).

6. Die Verordnung wird vor allem auf Artikel 87 gestützt, soweit dieser Durchführungsbestimmungen zu den Artikeln 85 und

4 — In diesem Sinne z. B. Santamaria, *Diritto commerciale communitario*, Mailand, 1995, S. 92 ff., der als erstes Beispiel dieser Praxis die Entscheidung 85/78/EWG der Kommission (Mechaniver — PPG) vom 12. Dezember 1984 zitiert (ABl. 1985, L 35, S. 54).

5 — Urteil vom 17. November 1987 in den verbundenen Rechtssachen 142/84 und 156/84 (Slg. 1987, 4487). Vgl. jedoch als Beispiel für die Weigerung, dem Urteil BAT und Reynolds/Kommission über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung beizumessen, Bellamy, „Mergers outside the Scope of the New Merger Regulation. Implications of the Philip Morris Judgment", in *Fordham Corp. Law Institute*, 1988, S. 22.

6 — Vgl. die Darstellung bei Frignani-Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Turin, 1996, S. 685 f.

86 enthält. Da jedoch, wie es auch in der sechsten Begründungserwägung heißt, „die Artikel 85 und 86 des Vertrages ... [nicht ausreichen], um alle Zusammenschlüsse zu erfassen, die sich als unvereinbar mit dem vom Vertrag geforderten System des unverfälschten Wettbewerbs erweisen könnten", dient als Rechtsgrundlage auch Artikel 235.

Die Zusammenschlüsse sind in Artikel 3 Absatz 1 in Form eines sehr weiten Begriffes definiert, der neben der Fusion auch Sachverhalte umfaßt, in denen die rechtliche und sogar wirtschaftliche Selbständigkeit der Beteiligten bestehen bleiben kann [7]. Was einen Zusammenschluß über die Fälle einer Fusion im technischen Sinne hinaus kennzeichnet, ist der Erwerb der Kontrolle, die in Artikel 3 Absatz 3 als Möglichkeit definiert wird, „einen bestimmenden Einfluß auf die Tätigkeit eines Unternehmens auszuüben", insbesondere durch „Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens" oder durch „Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluß auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren". Die von Artikel 3 erfaßten Vorgänge unterliegen der Verordnung nur dann, wenn sie „gemeinschaftsweite Bedeutung" [8] haben. Die anderen Zusammenschlüsse fallen hingegen in die Zuständigkeit der nationalen Behörden.

7. Nach Artikel 2 Absatz 1 muß die Kommission bei der Prüfung der Vereinbarkeit der Zusammenschlüsse mit dem Gemeinsamen Markt „die Notwendigkeit, im Gemeinsamen Markt wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und zu entwickeln, insbesondere im Hinblick auf die Struktur aller betroffenen Märkte und den tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen", sowie eine Reihe von Kriterien, die für die Ermittlung der tatsächlichen Marktstellung der betroffenen Unternehmen angewandt werden [9], berücksichtigen. Die Aufzählung in der Bestimmung räumt der Kommission ein weites Ermessen ein, auch wenn keine Hierarchie zwischen den verschiedenen zu berücksichtigenden Umständen angegeben ist. Nicht unerheblich ist auch, daß die Verordnung keine Vermutung der Rechtswidrigkeit im

7 — Wörtlich: „a) [wenn] zwei oder mehr bisher voneinander unabhängige Unternehmen fusionieren oder [wenn] b) — eine oder mehrere Personen, die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren, oder — ein oder mehrere Unternehmen durch den Erwerb von Anteilsrechten oder Vermögenswerten, durch Vertrag oder in sonstiger Weise die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle über die Gesamtheit oder über Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen erwerben."

8 — Diese liegt vor, wenn „ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als 5 Milliarden ECU" und „ein gemeinschaftsweiter Gesamtumsatz von mindestens zwei beteiligten Unternehmen von jeweils mehr als 250 Millionen ECU" erreicht werden, was jedoch nicht gilt, „wenn die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres gemeinschaftsweiten Gesamtumsatzes in einem und demselben Mitgliedstaat erzielen" (Artikel 1 Absatz 2).

9 — Es handelt sich „um die Marktstellung sowie die wirtschaftliche Macht und die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, ihren Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, rechtlicher oder tatsächlicher Marktzutrittsschranken, die Entwicklung des Angebots und der Nachfrage bei den jeweiligen Erzeugnissen und Dienstleistungen, die Interessen der Zwischen- und Endverbraucher sowie die Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, sofern diese dem Verbraucher dient und den Wettbewerb nicht behindert".

Zusammenhang mit den Marktanteilen der Unternehmen und mathematischen Kriterien, die für die Bewertung verwendbar sind, enthält, die es hingegen in anderen Antitrust-Regelungen gibt [10].

Nach Artikel 2 Absätze 2 und 3 hängt die Beurteilung der Vereinbarkeit anhand der soeben dargestellten Kriterien letzten Endes davon ab, ob der betreffende Zusammenschluß eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, „durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde" [11].

8. Das Kontrollverfahren gliedert sich in zwei Abschnitte. Im ersten Abschnitt, der mit der Anmeldung beginnt [12] und einen Monat dauert, prüft die Kommission, ob der Zusammenschluß Anlaß zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt [13]. Ist dies nicht der Fall oder fällt der Zusammenschluß nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung, so wird das Verfahren im ersten Abschnitt durch eine Entscheidung der Kommission (Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben a und b der Verordnung) abgeschlossen. Wird keine Entscheidung erlassen, so gilt der Zusammenschluß als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar (Artikel 10 Absatz 6).

Gibt der Zusammenschluß jedoch Anlaß zu ernsthaften Bedenken und trifft die Kommission daher die Entscheidung, das förmliche Verfahren einzuleiten (Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung), so muß die Entscheidung innerhalb von vier Monaten erlassen werden. Ist dies nicht der Fall, so gilt der Zusammenschluß als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar. Die abschließende Entscheidung, die ergeht, kann den Zusammenschluß — gegebenenfalls verbunden mit Bedingungen und Auflagen (Artikel 8 Absatz 2) — für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären oder ihn für

10 — In den Vereinigten Staaten wurde durch die „Merger Guidelines" von 1984 der sogenannte Herfindhal-Hirschman-Index (HHI) eingeführt, der die Marktanteile sämtlicher an dem Zusammenschluß beteiligter Unternehmen zunächst mit sich selbst multipliziert und dann zusammenzählt. Zur Bestimmung der tatsächlichen Erhöhung des Grades der Konzentration des Marktes nach dem Zusammenschluß wird das Produkt der Marktanteile der beteiligten Unternehmen verdoppelt. Beträgt der HHI nach dem Zusammenschluß weniger als 1 000, wird er regelmäßig genehmigt. Beträgt er zwischen 1 000 und 1 800, wird der Zusammenschluß geprüft und kann verboten werden, wenn er zu einer Erhöhung um mehr als 100 führt. Wird der HHI schließlich mit mehr als 1 800 festgestellt, kann der Zusammenschluß auch dann verboten werden, wenn er zu einer Erhöhung um weniger als 50 führt.

11 — Die Einfügung des Wortes „erheblich" hat in der Lehre eine lebhafte Diskussion ausgelöst: Zu den Ansichten, die die meiste Zustimmung gefunden haben, gehört diejenige, die dies von dem Kriterium „de minimis" ableitet, in dem Sinne, daß nur Zusammenschlüsse für unvereinbar erklärt werden können, die erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb zeitigen, indem sie ihn beständig und dauerhaft verringern. Vgl. in diesem Sinne Langeheine, „Substantive Review under the EEC Merger Regulation", in: *Fordham Corporate Law Institute*, 1990, S. 484 ff. Zum Problem siehe auch Bellamy und Child, *Common Market Law of Competition*, 4. Auflage, London, 1993, S. 336 ff. Für die Bedeutung des Begriffes „wirksamer Wettbewerb" stellt der Gerichtshof auf die realen Voraussetzungen ab, unter denen der Wettbewerb bei Nichtvorliegen der streitigen Beschränkung stattgefunden hätte: Urteil vom 10. Dezember 1985 in der Rechtssache 31/85 (ETA, Slg. 1985, 3933, Randnr. 11). Siehe auch Dechery, „Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations", *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, S. 317, 323.

12 — Die Anmeldung des Zusammenschlusses muß innerhalb einer Woche nach dem Vertragsabschluß, der Veröffentlichung des Kauf- oder Tauschangebots oder des Erwerbs einer die Kontrolle begründenden Beteiligung erfolgen.

13 — Die Beurteilung eines Zusammenschlusses von „gemeinschaftsweiter" Bedeutung verlangt natürlich die Abgrenzung des wirtschaftlichen Referenzsektors sowohl in bezug auf das Erzeugnis als auch in bezug auf das zu berücksichtigende geographische Gebiet. Hierbei helfen die Angaben im Formblatt CO in Anhang I der Verordnung (EWG) Nr. 2367/90 der Kommission vom 25. Juli 1990 über die Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 (ABl. L 219, S. 5), die inzwischen durch die Verordnung (EG) Nr. 3384/94 der Kommission vom 21. Dezember 1994 (ABl. L 377, S. 1) aufgehoben und ersetzt wurde. In diesem Formblatt sind nämlich alle Angaben aufgeführt, die der Kommission bei der Anmeldung mitzuteilen sind.

unvereinbar erklären. Im letztgenannten Fall kann die Kommission, wenn der Zusammenschluß bereits vollzogen ist, alle Maßnahmen anordnen, die geeignet sind, wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen (Artikel 8 Absatz 4).

Das Verfahren und die Entscheidung

9. Am 14. Juli 1993 wurde bei der Kommission gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung das Vorhaben eines Zusammenschlusses angemeldet zwischen dem deutschen Unternehmen K + S, einer Tochtergesellschaft des Chemiekonzerns BASF, und der MdK, einem Unternehmen, in dem sämtliche Aktivitäten der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (DDR) im Bereich der Gewinnung und Verarbeitung von Kali- und Steinsalz zusammengefaßt sind und dessen einzige Aktionärin die Treuhand ist, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, deren Aufgabe es ist, die früheren staatlichen Betriebe der ehemaligen DDR umzustrukturieren.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, daß K + S im Zeitpunkt der Anmeldung des Zusammenschlußvorhabens der bei weitem größte europäische Kalierzeuger mit mehr als 2 000 000 t jährlich war, gefolgt von MdK mit 1 430 000 t jährlich. Insgesamt erreichte die deutsche Kalierzeugung daher im Jahr unmittelbar vor dem Zusammenschluß (1992) 3 500 000 t. An dritter Stelle steht mit ca. 1 000 000 t pro Jahr die Erzeugung der Mines de potasse d'Alsace (im folgenden: MPA), die im Eigentum der französischen öffentlichen Einrichtung EMC steht, die im übrigen 100 % des Kapitals der SCPA der Gesellschaft, die das betreffende Erzeugnis vermarktet, hält. Es folgten mit einer Erzeugung von weniger als 1 000 000 t pro Jahr drei spanische Unternehmen, die kürzlich in einer staatlichen Einrichtung mit der Bezeichnung INI zusammengefaßt wurden und die die eigenen Erzeugnisse über ein und dasselbe Unternehmen, die Coposa, vermarkten; es folgt das britische Unternehmen Cleveland Potash Limited (im folgenden: CPL).

10. Im Rahmen des Zusammenschlußvorhabens sollen die gesamten Tätigkeiten der Gewinnung und Verarbeitung von Kali und Steinsalz von K + S und MdK auf die Mitteldeutsche Kali GmbH (im folgenden: MdK), ein gemeinsames Unternehmen der K + S und der Treuhand, übertragen werden. Die K + S soll dem gemeinsamen Unternehmen alle Tätigkeiten auf dem betroffenen Sektor überlassen, während die Treuhand eine Bareinlage von mehr als einer Milliarde DM leisten soll. Die K + S und die Treuhand sollen mit 51 % bzw. 49 % des Stammkapitals und der Stimmrechte beteiligt sein.

Nach Prüfung des Vorhabens beschloß die Kommission am 16. August 1993 gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung, das förmliche Verfahren einzuleiten, da der Zusammenschluß Anlaß zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gebe. Die Kommission erließ daher am 14. Dezember 1993 die Entscheidung, mit der der Zusam-

menschluß genehmigt wurde [14], machte sie jedoch gemäß Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung von bestimmten Zusagen abhängig.

11. Der Markt für das betreffende Erzeugnis, wie er in der Entscheidung festgelegt wurde, betrifft im wesentlichen Kaliprodukte für die Landwirtschaft [15]. Es handelt sich um Mineraldünger, der entweder unmittelbar Verwendung findet oder zusammen mit anderen Stoffen, insbesondere Stickstoff und Phosphat, in sogenannten Mehrnährstoffdüngemitteln in den Boden eingebracht wird. In beiden Fällen ist Kali nicht gegen andere Stoffe austauschbar. Nach Ansicht der Kommission sind diese Erzeugnisse — unabhängig von ihrem Inhalt (unterschiedlicher Kalianteil), ihrer Form (Standardware oder Granulat) oder ihre Bestimmung (Landwirtschaft oder Mehrnährstoffdüngemittelindustrie) — objektiv für den Abnehmer weitgehend austauschbar, so daß sie einheitlich behandelt werden können [16].

Die Kommission hat darüber hinaus einen zweiten relevanten Markt neben demjenigen für Kaliprodukte im Markt für Magnesiumprodukte ermittelt und daneben festgestellt, daß auf diesem Sektor im wesentlichen — auf dem Gemeinschaftsmarkt insgesamt genommen — nur K + S und MdK tätig seien [17]. Obwohl die Kommission zu dem Ergebnis gelangte, daß diese Unternehmen nach dem Zusammenschluß eine Monopolstellung in der Gemeinschaft in bezug auf Magnesiumsulfit und Kieserit haben würden und daß das zusammengeschlossene Unternehmen auf diesem Spezialmarkt mit einem Anteil von 92 % eine beherrschende Stellung haben werde [18], hatte sie jedoch daraus keine Konsequenzen gezogen.

12. In bezug auf Kaliprodukte für landwirtschaftliche Zwecke, auf die allein sich praktisch die Entscheidung konzentriert, unterschied die Kommission indessen zwei geographisch relevante Märkte: Deutschland und die übrige Gemeinschaft [19].

In bezug auf den deutschen Markt stellte die Kommission fest, daß der untersuchte Zusammenschluß die beherrschende Stellung von K + S durch die Schaffung eines faktischen Monopols verstärke [20]. Die Kommission nahm Kenntnis von der Zahlungs-

14 — Die positive Stellungnahme des Beratenden Ausschusses für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, die mit Mehrheit in der Sitzung vom 3. Dezember 1993 abgegeben wurde, ist veröffentlicht im ABL. 1994, C 199, S. 5.

15 — Die Kommission ging nämlich davon aus, daß der Zusammenschluß in den Bereichen Industriekali und Salz nicht zur Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb in der Gemeinschaft oder einem wesentlichen Teil davon erheblich behindert würde (Randnr. 11 der Entscheidung).

16 — Siehe Randnrn. 13 bis 29 der Entscheidung.

17 — Siehe Randnrn. 30 und 45 der Entscheidung.

18 — Siehe Randnr. 69 der Entscheidung.

19 — Siehe Randnrn. 31 bis 44 der Entscheidung.

20 — Ohne die für den Eigenbedarf bestimmten Mengen (die ganz überwiegend auf konzerninterne Lieferungen von K+S an BASF entfallen) beträgt der Marktanteil von K + S ungefähr 79 % und derjenige von MdK 19 %; der zusammengefaßte Marktanteil von MdK beträgt daher 98 % (46. Begründungserwägung der Entscheidung).

unfähigkeit von MdK, die aus dem Markt ausscheiden müßte, wenn sie nicht kurzfristig von einem anderen Unternehmen übernommen würde, mit der Folge, daß K + S ihren Marktanteil gleichwohl übernehmen würde, und leitete daraus ab, daß die beherrschende Stellung auch im Falle eines Verbotes des beabsichtigten Zusammenschlusses entstehen würde [21].

Unter diesen Umständen folgte die Kommission dem Vorbringen der Parteien, die sich auf die Anwendung der Theorie der Failing company defence (Verteidigung des zahlungsunfähigen Unternehmens) stützten, wonach die zuständigen Behörden einen Zusammenschluß nicht verbieten dürfen, wenn eines der betroffenen Unternehmen vor dem Konkurs steht. In Anbetracht der Situation, die sich in Ostdeutschland in der Folge einer Schließung von MdK ergeben würde, erachtete die Kommission dieses Ergebnis als mit dem Erfordernis der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts der Gemeinschaft im Einklang stehend, auf das in der dreizehnten Begründungserwägung der Verordnung Bezug genommen wird [22].

13. In bezug auf den Markt, der alle Mitgliedstaaten außer Deutschland umfaßt, führt die Kommission aus, daß es nach dem beabsichtigten Zusammenschluß zwei Anbieter in beherrschender Stellung geben werde: K + S/MdK und SCPA [23].

Die Kommission stützt ihre Beurteilung einerseits darauf, daß das Angebot außerhalb der Gruppe K + S/MdK und SCPA zersplittert sei, und führt Wirtschaftsteilnehmer an, die nicht in der Lage seien, die Marktanteile des Duopols anzutasten [24], und zum anderen auf die Annahme, daß zwischen K + S und SCPA kein wirksamer Wettbewerb bestehen werde, und zwar sowohl wegen der Eigenschaften des betreffenden Marktes als auch wegen des Verhaltens der beiden Unternehmen in der Vergangenheit und schließlich wegen ihrer engen wirtschaftlichen Verflechtungen [25]. Diese Verflechtungen bestünden im wesentlichen a) in der Zusammenarbeit in dem Exportkartell Kali Export GmbH, einer Gesellschaft des österreichischen Rechts mit Sitz in Wien, die den Absatz von Kaliprodukten ihrer Mitglieder in Länder außerhalb der Gemeinschaft koordiniere (an diesem Kartell seien K + S, MdK, SCPA und Coposa mit je 25 % beteiligt), b) in der Kontrolle eines Gemeinschaftsunternehmens in Kanada, Potacan, an dem K + S und EMC/SCPA je einen Anteil von 50 % hielten, und c) in den langjährigen Lieferbeziehungen, aufgrund deren die SCPA in Frankreich die Erzeugnisse von K + S vertreibe.

21 — Siehe Randnr. 70 der Entscheidung.

22 — Siehe Randnr. 95 der Entscheidung.

23 — In der Tat würden, wie in Randnrn. 51 und 52 der Entscheidung ausgeführt wird, das zusammengeschlossene Unternehmen K+S/MdK und das französische Unternehmen SCPA insgesamt 80 % der Kaliproduktion in der Gemeinschaft auf sich vereinigen (K+S 35 %, MdK 25 % und SCPA 20 %). Ohne den Eigenverbrauch der betroffenen Unternehmen und somit nur auf der Grundlage der Verkäufe würde man zu einem zusammengefaßten Marktanteil von ca. 50 % (K + S 17 %, MdK 8 % und SCPA 25 %) gelangen. Da jedoch SCPA in erheblichem Umfang Kali anderer Produzenten (insbesondere auch Importe aus Drittländern) absetze, ergebe sich bei Betrachtung des gesamten von K+S, MdK und SCPA kontrollierten Absatzes in der Gemeinschaft außer Deutschland ein zusammengefaßter Marktanteil von 60 % (K+S 16 %, MdK 7 % und SCPA 37 %).

24 — Siehe Randnrn. 54 bis 56 der Entscheidung.

25 — Siehe Randnrn. 57 bis 62 der Entscheidung.

14. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen gelangte die Kommission daher zu dem Ergebnis, daß der Zusammenschluß zu einer kollektiven beherrschenden Stellung auf dem Gemeinschaftsmarkt außerhalb Deutschlands führen würde, der den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen könne. Um die nachteiligen Folgen dieses Ergebnisses zu vermeiden, machten die Parteien einige Zusagen, die in Randnummer 63 der Entscheidung angegeben sind; ich gebe sie wörtlich wieder:

„— *Kali-Export GmbH, Wien*

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

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

— *Vertrieb*

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

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

15. Nach Kenntnisnahme von den Bedenken der Kommission wegen der negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Gemeinschaft verpflichtete sich K + S ferner, wie in Randnummer 65 der Entscheidung ausgeführt ist, „bis zum 30. Juni 1994 die Struktur von Potacan in einer solchen Weise umzuwandeln, daß jeder Partner in die Lage versetzt wird, aus Potacan erlangtes Kali jeweils unabhängig von dem anderen Partner auf dem Markt der Gemeinschaft zu vermarkten".

Hierzu wird in Randnummer 67 folgendes ausgeführt: „Die Kommission hat davon abgesehen, die Zusage hinsichtlich Potacan zum Gegenstand einer förmlichen Auflage zu machen. Sie hat diese Zusage zur Kenntnis genommen und geht davon aus, daß

K + S nach besten Kräften darauf hinwirkt, mit EMC/SCPA ein Einvernehmen über eine Umwandlung von Potacan zu erreichen, die den oben beschriebenen Anforderungen gerecht wird." Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß EMC/SCPA nicht am Verfahren beteiligt ist und daß K + S und EMC die Bildung des Gemeinschaftsunternehmens Potacan nach der Verordnung Nr. 17 bei der Kommission angemeldet haben, fügt die Kommission hinzu: „Sollte es K + S trotz aller Bemühungen nicht gelingen, ein Einvernehmen mit EMC zu erreichen, dann müßte eine geeignete Lösung der wettbewerblichen Probleme, die von der derzeitigen Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens Potacan herrühren, im Rahmen des nach der Ratsverordnung [Nr. 17] anhängigen Verfahrens gefunden werden."

16. Die Kommission stellte fest, daß durch die in Rede stehenden Zusagen gewährleistet werde, daß die derzeit bestehenden Verflechtungen zwischen K + S und EMC/SCPA aufgelöst würden; sie erließ daher eine Entscheidung über die Vereinbarkeit, deren Artikel 1 wie folgt lautet: „Unter der Voraussetzung, daß den in den Verpflichtungserklärungen enthaltenen und in der Randnummer 63 dieser Entscheidung genannten Bedingungen und Auflagen nachgekommen wird, wird der angemeldete Zusammenschluß zwischen Kali und Salz AG, Mitteldeutsche Kali AG und Treuhandanstalt für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt."

Die beiden Klagen: Abgrenzung des Problems und Gliederung der Schlußanträge

17. Wie bereits ausgeführt worden ist, wurde die Entscheidung sowohl von der französischen Regierung (Rechtssache C-68/94 [26]) als auch von SCPA und EMC (Rechtssache C-30/95 [27]) angefochten. Die Unternehmen beantragen die teilweise Nichtigerklärung des Artikels 1, soweit er die Erklärung, daß der Zusammenschluß mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, von den in der 63. Begründungserwägung angeführten Bedingungen abhängig macht. Die Klägerinnen beantragen darüber hinaus die Nichtigerklärung der Entscheidung, soweit darin die (in Randnummer 65 erwähnte) Zusage von K + S angenommen wird, bis zum 30. Juni 1994 die Struktur des Unternehmens Potacan zu ändern.

Die Klägerinnen stützen ihre Klage auf sechs Gründe: Mit den ersten beiden Gründen rügen sie, daß die Auflagen im Sinne von Randnummer 63 in keinem Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt stünden; mit dem dritten Grund rügen sie, daß die Kommission die Zusage in bezug auf Potacan unter Verletzung ihrer Rechte angenommen habe; mit dem vierten und dem fünften Grund machen sie geltend, daß die Kommission sowohl bei der Festlegung des geographischen Marktes, der sich aus den Mitgliedstaaten mit Ausnahme Deutschlands zusammensetze, als auch bei der Würdigung einer angeblichen kollektiven beherrschenden Stellung auf dem Markt sachliche und rechtliche Fehler begangen habe; schließlich machen sie geltend, die Bestimmungen der Verordnung seien auf eine kollektive marktbeherrschende Stellung nicht anwendbar.

26 — In dieser Rechtssache ist die deutsche Regierung dem Rechtsstreit als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission beigetreten.

27 — In dieser Rechtssache ist die französische Regierung dem Rechtsstreit als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Klägerinnen beigetreten, während K + S und MdK als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen worden sind.

18. Ich halte es für wichtig, an dieser Stelle darauf hinzuweisen, daß SCPA und EMC, als die Rechtssache noch beim Gericht erster Instanz anhängig war [28], die Aussetzung des Vollzugs der angefochtenen Entscheidung beantragt hatten, soweit damit K + S verpflichtet wurde, ihre Anteile an der Kali-Export GmbH zu verkaufen und/oder zurückzuübertragen und die vertraglichen Vertriebsbeziehungen mit SCPA zu beenden, und daß sie die Aussetzung des von der Kommission eingeleiteten Verfahrens im Rahmen der Verordnung Nr. 17 in bezug auf den Fall Potacan beantragt hatten.

Nach einem ersten Beschluß im Verfahren der einstweiligen Anordnung [29] hat der Präsident des Gerichts mit Beschluß vom 15. Juni 1994 [30] dem Antrag der Klägerinnen teilweise stattgegeben und den Vollzug von Artikel 1 der Entscheidung ausgesetzt, soweit er K + S und das Gemeinschaftsunternehmen zum Ausscheiden aus der Kali-Export GmbH verpflichtet.

19. Im Unterschied zu den Klägerinnen SCPA und EMC beantragt die französische Regierung die vollständige Nichtigerklärung der Entscheidung (Rechtssache C-68/94). Sie macht geltend, die Kommission habe den aufgrund der Verordnung gebotenen Grundsatz einer engen und stetigen Verbindung mit den Behörden der Mitgliedstaaten verletzt, die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem deutschen Markt insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Anwendung der Theorie der Failing company defence auf den vorliegenden Fall falsch bewertet und darüber hinaus den Zusammenschluß auf dem Gemeinsamen Markt außerhalb Deutschlands falsch gewürdigt.

Mit diesem letzten Klagegrund, der sich seinerseits in mehrere Rügen aufgliedert, beanstandet die französische Regierung folgendes: a) die Abgrenzung des relevanten geographischen Marktes, der aus den Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Deutschland gebildet werde, b) die Anwendbarkeit der Fusionsverordnung auf kollektive beherrschende Stellungen, c) die falsche Verwendung des Begriffes der kollektiven beherrschenden Stellung im vorliegenden Fall und d) die Aufstellung von Bedingungen und die Erteilung von Auflagen für Dritte, die nicht am Zusammenschluß beteiligt seien.

20. Offensichtlich stimmen in bezug auf die angebliche falsche Würdigung des Zusammenschlusses auf dem Gemeinsamen Markt außerhalb Deutschlands die Rügen von SCPA und EMC praktisch vollständig mit denjenigen der französischen Regierung überein. Dies erlaubt es, wie bereits ausgeführt worden ist, die beiden Klagen in der Hauptsache gemeinsam zu behandeln, wobei, wo nötig, die unterschiedliche Argumentation hervorzuheben ist.

28 — Die Klage der Firmen SCPA und EMC wurde nämlich beim Gericht eingereicht und von ihm an den Gerichtshof verwiesen, da bei diesem die Klage der französischen Regierung (Rechtssache C-68/94) in bezug auf dieselbe Entscheidung anhängig war. Nachdem die Klägerinnen beantragt hatten, die beiden Rechtssachen gemeinsam vom Gerichtshof entscheiden zu lassen, hat sich das Gericht mit Beschluß vom 1. Februar 1995 gemäß Artikel 47 Absatz 3 der Satzung für nicht zuständig erklärt und die Akten dem Gerichtshof übersandt.

29 — Beschluß vom 10. Mai 1994 in der Rechtssache T-88/94 R (Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique/Kommission, Slg. 1994, II-263).

30 — Rechtssache T-88/94 R (a. a. O., II-401).

Bevor die Klagegründe der Parteien im einzelnen untersucht werden, halte ich es jedoch für angebracht, einige kurze allgemeine Ausführungen zu machen, um über die gleichwohl erheblichen Interessen, um die es geht, hinaus die grundsätzliche Bedeutung des vorliegenden Verfahrens herauszuarbeiten.

21. Zunächst möchte ich daran erinnern, daß das Wettbewerbsrecht wegen der Natur der geregelten Materie grundsätzlich den Verwaltungsbehörden ein weites Ermessen einräumt, deren Sache es ist, die Besonderheiten des konkreten Falles zu würdigen, um über sie zu entscheiden, wie es am angebrachtesten ist. Unstreitig ist es auch die Aufgabe des Gemeinschaftsrichters, in subjecta materia Grenzen des Ermessens in bezug auf die wirtschaftliche Bedeutung der Normen zu ziehen [31].

Diese Überlegungen gelten erst recht bei Zusammenschlüssen, deren Kontrolle, die notwendigerweise präventiv ist, eine Wertung seitens desjenigen, der die Verordnung auszulegen und anzuwenden hat, verlangt, die an und für sich Ermessenssache ist. Und tatsächlich besteht in allen Antitrust-Regelungen, auch in denjenigen, die mit Formen der Kontrolle ausgestattet sind, die auf Strukturdaten beruhen (Marktanteil der betroffenen Unternehmen und entsprechende Vermutungen), eine Neigung zur Abgabe von Urteilen, die sich auch auf qualitative Faktoren stützen und die der Besonderheit des einzelnen Falles Rechnung tragen [32]. Die Verwendung „qualitativer" Kriterien darf jedoch nicht zu einer unberechenbaren Praxis führen, die unbestreitbar eine erhebliche Beschneidung der Rechtmäßigkeitskontrolle zur unmittelbaren Folge haben würde [33]. Diese Kontrolle erweist sich als um so notwendiger, wenn man bedenkt, daß die Verdoppelung der Aufgaben der Kommission, die der Untersuchungs- und Ermittlungsbefugnis eine Entscheidungsbefugnis hinzufügt, dieser eine noch viel strengere Pflicht zur Beachtung der Verteidigungsrechte auferlegen muß [34].

22. Ich führe dies gerade deshalb aus, weil die besonderen Probleme, die sich im vorliegenden Fall stellen, für den Gerichtshof eine Frage mit allgemeinem Charakter aufwerfen, die die Grenzen des Ermessens der Kommission [35] und die

31 — Erhellend zur Rolle des Gerichtshofes im Wettbewerbsrecht sind die Ausführungen von Trabucchi, „Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria sulla concorrenza", in: *Rivista di diritto civile*, 1973, I, S. 497 ff.

32 — Siehe in bezug auf die Vereinigten Staaten Leddy, „The 1992 US Horizontal Merger Guidelines and Some Comparisons with EC Enforcement Policy", in: ECLR, 1993, S. 15.

33 — Unter dem Gesichtspunkt der formalen Rechtmäßigkeit führt eine solche Kontrolle zur Prüfung der Aspekte des Wettbewerbs, der Begründung, des ordnungsgemäßen Verfahrens und der Beachtung der Verteidigungsrechte; unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtmäßigkeit bedingt sie hingegen die Kontrolle der Richtigkeit der wirtschaftlichen Analyse, des Marktes, der wettbewerbswidrigen Auswirkungen und der Korrektheit der Rechtsfolgen (z. B. unter dem Aspekt der Qualifizierung des Sachverhalts), die sich aus dieser Untersuchung ergeben, ohne natürlich den Ermessensspielraum anzutasten, über den die Kommission bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsnormen verfügt. Siehe hierzu die Ausführungen von Canivet und Biancarelli in: *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations* (Akten des Seminars, das das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften am 22. und 23. November 1993 veranstaltet hat), Luxemburg, 1994, S. 25 bis 38 und 55 bis 65.

34 — Urteil vom 7. Juni 1983 in den verbundenen Rechtssachen 100/80, 101/80, 102/80 und 103/80 (Musique Diffusion française u. a./Kommission, Slg. 1983, 1825).

35 — Hierzu sei bemerkt, daß die wohlwollende Beurteilung der Zusammenschlüsse, die zuvor erwähnt worden ist, ihre Bestätigung in der pragmatischen Vorgehensweise der Kommission bei der Anwendung der Verordnung gefunden hat, die sich dadurch auszeichnet, daß „Verhandlungs"-Lösungen der Vorzug gegeben wird, die auf alle Fälle die untersuchten Vorhaben begünstigen. Letztlich wurde häufig auf die Befugnis zurückgegriffen, die Zusammenschlüsse unter Bedingungen und Auflagen zu genehmigen, während hingegen von der Verbotsbefugnis sehr begrenzt Gebrauch gemacht wurde. Siehe hierzu Van Bael-Bellis: *Il diritto della concorrenza nella CE*, 1995, S. 555 f.

entsprechenden gerichtlichen Eingriffsbefugnisse betrifft.

Daher muß der Gerichtshof mit großer Aufmerksamkeit die sozusagen „systematischen" Folgen würdigen, die seine Entscheidung vor allen Dingen im Bereich der Rechtssicherheit, der einheitlichen Behandlung und der Gewährleistung der Rechte Dritter haben wird, sowie ihre Auswirkungen auf die zukünftige Praxis bei der Kontrolle von Zusammenschlüssen. In diesem Zusammenhang halte ich es nicht für überflüssig, daran zu erinnern, daß die richterliche Kontrolle im wesentlichen auf der Definition der Regeln für Zusammenschlüsse beruht, und zwar auch in Systemen, in denen es im Unterschied zu unserem System bereits ein im voraus festgesetztes Bewertungskriterium gibt, das als Leitlinie für die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden gilt und die Praxis klar und vorhersehbar macht [36].

23. Auf den folgenden Seiten werde ich die Einreden der Unzulässigkeit untersuchen, die die Kommission gegen die Klagen der französischen Unternehmen erhebt (Rechtssache C-30/95) und die folgenden Gesichtspunkte betreffen: a) die Möglichkeit, die Entscheidung teilweise für nichtig zu erklären, wie es die Klägerinnen beantragen, b) ihre Klagebefugnis, c) die Anfechtbarkeit der Entscheidung, soweit sie die von K + S übernommene Verpflichtung zur Umwandlung der Struktur von Potacan (Randnr. 65) berücksichtigt, und schließlich d) das Rechtsschutzinteresse der Klägerinnen.

Sodann werde ich die Begründetheit beider Klagen prüfen. Als erstes werde ich die beiden Klagegründe untersuchen, die nur von der französischen Regierung vorgebracht werden, d. h. die mangelnde Beachtung des Grundsatzes einer engen und stetigen Verbindung mit den Behörden der Mitgliedstaaten, die der Kommission gemäß Artikel 19 der Verordnung obliegt (a), und die Stichhaltigkeit der Wertung der Kommission in bezug auf die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem deutschen Markt (b). Es folgt die Untersuchung der in beiden vorliegenden Rechtssachen erhobenen Rügen, die die Bewertung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Gemeinschaftsmarkt außerhalb Deutschlands betreffen (c). In diesem Zusammenhang werden vor allem die Aspekte der Abgrenzung des relevanten geographischen Marktes behandelt (1), sodann die Möglichkeit, aufgrund der Bestimmungen der Verordnung bei kollektiven beherrschenden Stellungen einzugreifen (2), sowie deren Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall (3), auch im Licht der von der Kommission in ihren vorhergehenden Entscheidungen entwickelten Kriterien. Schließlich werden die Aspekte der Rechtmäßigkeit des Vorschreibens von Bedingungen für Dritte im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen behandelt (d).

I — Zulässigkeit (Rechtssache C-30/95)

24. An erster Stelle ist die Stichhaltigkeit der Einreden der Unzulässigkeit zu prüfen, die die Kommission gegenüber den Klagen der französischen Unternehmen erhebt.

36 — Siehe zu den Erfahrungen in den Vereinigten Staaten die Ausführungen von Hawk, Public Private Enforcement of Merger Law in the United States, in *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations*, zitiert in Fußnote 33, S. 81 ff., insbesondere S. 83 f., wo es heißt: „The Legality of Mergers is ultimately determined in the Courts according to the judicial standards developped under Section 7 of the Clayton Act, although the Guidelines are increasingly consulted."

a) *Zur teilweisen Nichtigerklärung*

25. Die erste Einrede betrifft den Antrag auf teilweise Nichtigerklärung der Entscheidung. Die Kommission macht geltend, daß die Nichtigerklärung einer oder sämtlicher Bedingungen, die die Voraussetzungen für die Erklärung des Zusammenschlusses für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu Fall brächten, sie unweigerlich zwingen würde, die gesamte angefochtene Entscheidung zurückzunehmen.

Die Klägerinnen machen hingegen geltend, daß die angefochtenen Bedingungen sehr wohl vom Rest der Entscheidung abtrennbar seien und daß ihre Nichtigerklärung nichts anderes bewirke, als die Entscheidung selbst unbedingt zu machen. Da auf den vorliegenden Fall Artikel 8 Absatz 5 der Verordnung, der die Kommission ermächtige, die eigene Entscheidung im Falle der Nichteinhaltung einer Zusage durch die Parteien zu widerrufen [37], nicht anwendbar sei, könne die von der Kommission befürchtete Situation nicht eintreten.

26. Ich stelle fest, daß diese Einrede zusammen mit der Begründetheit der Klage zu prüfen ist. Nur so kann geprüft werden, ob sich eine Nichtigerklärung der Bedingungen tatsächlich auf den Rest der Entscheidung in der Weise auswirken kann, daß sie sie insgesamt nichtig macht.

Theoretisch wäre es hingegen auch im Licht des Artikels 10 Absatz 5 der Verordnung, der gerade die Möglichkeit einer teilweisen Nichtigerklärung regelt, wohl möglich, die von den Klägerinnen erwähnte „Trennung" vorzunehmen. Zu diesem Zweck ist festzustellen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, von denen die Gemeinschaftsrechtsprechung die Ausübung der Befugnis zur teilweisen Nichtigerklärung abhängig macht. Dabei geht es, wie das Gericht im Flachglas-Urteil [38] entschieden hat, „um die Prüfung, ob der verfügende Teil der Entscheidung im Licht ihrer Begründung in seiner sachlichen, persönlichen oder zeitlichen Tragweite so eingeschränkt werden kann, daß seine Wirkungen begrenzt werden, ohne daß er dadurch in seinem Wesen verändert wird". Bei dieser Prüfung ist die vom Gerichtshof anerkannte Möglichkeit einer teilweisen Nichtigerklärung zu berücksichtigen, die dadurch gerechtfertigt ist, „daß die Entscheidung im ganzen gesehen den Interessen der betroffenen Unternehmen günstig ist" [39].

27. Wie bereits ausgeführt worden ist, beruht die Festlegung der Bedingungen, von denen die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Vertrag abhängig ist, auf der Erwägung, daß nach Ansicht der Kommission der Zusammenschluß auf dem

37 — Nach dieser Bestimmung kann die Kommission „Entscheidungen nach Absatz 2 widerrufen: a) wenn die Vereinbarkeitserklärung auf unrichtigen Angaben beruht, die von einem der beteiligten Unternehmen zu vertreten sind, oder wenn sie arglistig herbeigeführt worden ist, oder b) wenn die beteiligten Unternehmen einer in der Entscheidung vorgesehenen Auflage zuwiderhandeln".

38 — Urteil vom 10. März 1992 in den verbundenen Rechtssachen T-68/89, T-77/89 und T-78/89 (Slg. 1992, II-1403, Randnr. 320).

39 — Urteil vom 23. Oktober 1974 in der Rechtssache 17/74 (Transocean Marine Paint/Kommission, Slg. 1974, 1063, Randnr. 21).

Gemeinsamen Markt außerhalb Deutschlands zu einem Duopol führen würde, das den Wettbewerb beschränken könnte und das nur durch die Einhaltung dieser Bedingungen beseitigt werden kann. Für eine teilweise Nichtigerklärung der Entscheidung müßte daher dargetan werden, daß diese Ansicht nicht stichhaltig ist, d. h., daß es nicht erforderlich ist, Bedingungen dafür aufzustellen, daß der Zusammenschluß für vereinbar erklärt wird, da er nicht die von der Kommission angenommene Wirkung hat.

Dies bestätigt, daß die Einrede nur gemeinsam mit der Begründetheit geprüft werden kann. An dieser Stelle sei nur darauf hingewiesen, daß eine mögliche teilweise Nichtigerklärung höchstens zur Anwendung des Artikels 10 Absatz 5 der Verordnung [40] führen könnte, d. h., daß die Frist erneut zu laufen beginnt und eine neue Untersuchung durch die Kommission erfolgt.

b) *Zur Klagebefugnis*

28. Die Kommission macht sodann geltend, daß die Klägerinnen von der angefochtenen Entscheidung nicht unmittelbar und individuell betroffen seien. Das gleiche machen die Unternehmen K + S und MdK geltend, die vortragen, sie seien die einzigen Adressaten der Bedingungen, die durch die Entscheidung aufgestellt würden.

Die Einrede ist meines Erachtens offensichtlich unbegründet. Da die französischen Unternehmen eine Entscheidung anfechten, deren förmliche Adressaten sie nicht sind, ist zu prüfen, ob sie von ihr im Sinne von Artikel 173 unmittelbar und individuell betroffen sind. Ich weise vor allem darauf hin, daß die angefochtene Entscheidung die Klägerinnen sicherlich *unmittelbar* betrifft, da der Schaden, den die französischen Unternehmen angeblich erlitten haben, von dieser Entscheidung abhängt.

29. In bezug auf das Erfordernis des individuellen Betroffenseins ist zu sagen, daß nach ständiger Rechtsprechung „Personen, an die eine Entscheidung nicht gerichtet ist, nur dann im Sinne von Artikel 173 Absatz 2 betroffen [sind], wenn die Entscheidung sie wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, sie aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und sie daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten" [41]. Im vorliegenden Fall befinden sich die Klägerinnen offensichtlich in einer tatsächlichen Situation, die sie deutlich aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebt.

Erstens ist es erheblich, daß die Klägerinnen im vorgerichtlichen Verfahren angehört wurden. Aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts in bezug auf die Befugnisse Dritter in den Bereichen Wettbewerb, Antidumping und Beihilfen

40 — Wörtlich: „Wird eine nach dieser Verordnung erlassene Entscheidung der Kommission durch Urteil des Gerichtshofs ganz oder teilweise für nichtig erklärt, so beginnen die in dieser Verordnung festgelegten Fristen mit dem Tage der Verkündung des Urteils von neuem."

41 — Urteile vom 15. Juli 1963 in der Rechtssache 25/62 (Plaumann/Kommission, Slg. 1963, 213), vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-198/91 (Cook/Kommission, Slg. 1993, I-2487, Randnr. 20) und vom 28. Oktober 1993 in der Rechtssache T-83/92 (Zunis Holding u. a./Kommission, Slg. 1993, II-1169, Randnr. 36).

ergibt sich nämlich, daß die Personen, denen eine Verordnung oder der Vertrag selbst das Recht zur Beteiligung an einem Verwaltungsverfahren verleiht, „zum Schutz ihrer legitimen Interessen" [42] Klage zu erheben, berechtigt sind.

30. Zweitens hat die Kommission die Wettbewerbssituation auf einem der beiden Märkte, die als die relevanten Märkte angesehen werden, und die Auswirkungen des Zusammenschlusses im wesentlichen und insbesondere unter Berücksichtigung der Situation von EMC/SCPA als Teil eines Duopols mit K + S beurteilt [43].

31. Drittens berühren alle Bedingungen, die den am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen auferlegt wurden, damit dessen Vereinbarkeit festgestellt werden konnte, unmittelbar und beinahe ausschließlich die Belange der Klägerinnen und sind geeignet, ihre Stellung auf dem Markt wesentlich zu beeinträchtigen [44]. Es wird sofort verständlich, daß die Erteilung von Auflagen für den Erlaß einer Entscheidung, die ein Unternehmen dazu zwingen, vertragliche oder gesellschaftliche Beziehungen zu einem Dritten zu ändern oder sogar zu beenden, erheblich in die Tätigkeit beider Unternehmen und nicht nur des Erstgenannten eingreift.

32. Diese Darlegung kann auch durch das Vorbringen der Kommission nicht widerlegt werden. Sicher kann der Umstand, daß das andere am Exportkartell Kali-Export beteiligte Unternehmen, die spanische Firma Coposa, ebenfalls von der Entscheidung betroffen ist, keinen Grund für den Ausschluß der Klagebefugnis von SCPA darstellen.

Vor allem ist SCPA auch durch die anderen Auflagen in der Entscheidung, die wiederum kein anderes Rechtssubjekt betreffen, unmittelbar und speziell betroffen; dies genügt, um sie aus dem Kreis aller übrigen Beteiligten herauszuheben und sie nach diesem Kriterium als Adressaten der Entscheidung zu bezeichnen. Zweitens wäre es unmöglich, einen unbestreitbar (und individuell) von einer Entscheidung Betroffenen nur deshalb daran zu hindern, zum Schutz seiner Interessen tätig zu werden, weil sich ein anderer in der gleichen Situation befindet.

33. Würde man der hier kritisierten Ansicht folgen, so liefe man Gefahr, den Anspruch auf gerichtlichen Schutz zu beeinträchtigen. Darüber hinaus läßt sich meines Erachtens diese Ansicht auch nicht durch eine richtige

42 — Urteile vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 (Metro/Kommission, Slg. 1977, 1875, Randnr. 13), vom 4. Oktober 1983 in der Rechtssache 191/82 (Fediol/Kommission, Slg. 1983, 2913, Randnrn. 28 ff.) und vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 169/84 (Cofaz u. a./Kommission, Slg. 1986, 391, Randnr. 23). In der neueren Rechtsprechung siehe die Urteile des Gerichts vom 18. Mai 1994 in der Rechtssache T-37/92 (BEUC und NCC/Kommission, Slg. 1994, II-285, Randnr. 36) und vom 24. Januar 1995 in der Rechtssache T-114/92 (BEMIM/Kommission, Slg. 1995, II-147, Randnr. 26).

43 — Urteile vom 6. November 1990 in der Rechtssache C-354/87 (Weddel/Kommission, Slg. 1990, I-3847, Randnrn. 20 bis 23) und vom 19. Mai 1994 in der Rechtssache T-2/93 (Air France/Kommission, Slg. 1994, II-323, Randnr. 45), in dem das Gericht die Klage der Air France gegen eine Entscheidung der Kommission, die einen Zusammenschluß zwischen zwei ihrer Konkurrenten betraf, auch deshalb für zulässig erklärt, weil „die Wettbewerbssituation auf den beiden Märkten, die als diejenigen angesehen worden waren, die in der Folge des Zusammenschlusses die betroffenen Märkte sein würden, von der Kommission vor allem unter Berücksichtigung der Situation der Klägerin beurteilt worden ist".

44 — Vgl., wenn auch im Kontext eines anderen Sachverhalts, das Urteil vom 28. Januar 1986, Cofaz u. a./Kommission (erwähnt in Fußnote 42, insbesondere Randnrn. 28 und 29).

Auslegung der Rechtsprechung zu Artikel 173 Absatz 4 des Vertrages bestätigen. Daß die Voraussetzung, „unmittelbar und individuell betroffen" zu sein, nur bei einer einzigen Person vorliegen muß, jedoch nicht bei mehreren Personen vorliegen kann, die konkret genau individualisierbar, weil unmittelbar von der Entscheidung berührt, sind, ließe sich nur durch eine unzulässig enge Auslegung rechtfertigen [45]. Es kommt in Wirklichkeit für die Klageberechtigung darauf an, daß die erwähnte Voraussetzung erfüllt ist, d. h., daß die tatsächliche Situation der Person sie aus dem Kreis aller übrigen Personen deutlich heraushebt; dies läßt sich im vorliegenden Fall nicht ernsthaft bestreiten.

34. Ferner sei bemerkt, daß im vorliegenden Fall auch der Kausalzusammenhang in dem Sinne vorliegt, daß die Situation der Klägerinnen als für die Entscheidung des Organs maßgebend besonders berücksichtigt worden ist und der Maßnahme selbst in ihrem angefochtenen Teil als Rechtfertigungsgrundlage dient [46]. Mit anderen Worten, der Sachverhalt der Rechtssache belegt selbst, daß die Situation der Klägerinnen nicht zufällig herausgehoben wird.

35. Schließlich halte ich die Berufung der Kommission auf das Urteil des Gerichts in der Rechtssache Zunis Holding u. a./Kommission [47] nicht für überzeugend. Nach Ansicht der Beklagten reicht eine bloße Beteiligung am Kapital einer von einem Zusammenschluß betroffenen Gesellschaft nicht aus, um deren tatsächliche Situation unter dem Gesichtspunkt der Berechtigung ihrer Anfechtung in gleicher Weise zu charakterisieren wie den Adressaten einer Entscheidung.

Hierzu möchte ich vor allem bemerken, daß die im Urteil Zunis Holding u. a./Kommission aufgestellten Grundsätze für die Klägerinnen galten, die Anteile der unmittelbar am Zusammenschluß beteiligten Gesellschaften hielten, sich also in einer Situation befanden, die sich völlig von derjenigen unterscheidet, in der sich EMC und SCPA im vorliegenden Fall befinden. Daneben hat das Gericht in der genannten Entscheidung überhaupt nicht festgestellt, daß das Eigentum an einem Aktienpaket nicht ausreiche, um die Stellung einer Person im Sinne des Artikels 173 zu charakterisieren, wie die Kommission geltend macht, sondern es hat nur festgestellt, daß es hierfür nicht ausreicht, daß eine Maßnahme die Beziehungen zwischen den verschiedenen Aktionären einer Gesellschaft beeinflussen kann, und daß ein Aktionär vielmehr nur bei Vorliegen besonderer Umstände als „unmittelbar und individuell betroffen" angesehen werden kann. Zu diesen Umständen kann vernünftigerweise, auch aufgrund einer nachvollziehbaren Auslegung des erwähnten Urteils, die besondere Ausgestaltung der Beteiligung gerechnet werden [48].

36. Letztere Ausführungen gelten sowohl für SCPA als auch für EMC. EMC wird daher auch von der Kommission als Adres-

45 — Wie der Gerichtshof in seinem Urteil Plaumann/Kommission (angeführt in Fußnote 41) festgestellt hat, rechtfertigen „Wortlaut und grammatikalischer Sinn [des Artikels 173] die weiteste Auslegung. Im übrigen dürfen die Bestimmungen des Vertrages über das Klagerecht nicht restriktiv interpretiert werden" (Slg. 1963, 211, 237).

46 — Siehe hierzu Barav und Vandersanden: *Contentieux communautaire*, Bruylant, Brüssel, 1977, S. 172.

47 — Urteil angeführt in Fußnote 41.

48 — Vgl. Urteil Zunis Holding u. a./Kommission (a. a. O., Randnrn. 34 bis 36) sowie Cook-Kerse, *EC Merger Control*, London, 1996, S. 200 f.

satin der Bedingung im Zusammenhang mit der Kali-Export GmbH betrachtet. Obwohl SCP allein an der in Rede stehenden Gesellschaft beteiligt ist, betrifft die Entscheidung EMC und SCPA gemeinsam, die somit — ob zutreffend oder nicht — als einheitliches Unternehmen behandelt werden [49]. Daher erscheint der Versuch der Kommission, die Stellung von EMC von derjenigen von SCPA zu trennen, um ihre Klageberechtigung auszuschließen, zumindest als konstruiert, und zwar auch dann, wenn man außer acht lassen wollte, daß EMC selbst geltend macht, ihr seien gegenüber SCPA „selbständige" Schäden vor allem aufgrund der Auflösung des Ausfuhrkartells entstanden. Diese Auflösung entzieht ihr tatsächlich ihr Vertriebsnetz für Drittländer und behindert auf diese Weise ihren „Fern"-Export.

Es braucht kaum hinzugefügt zu werden, daß sämtliche Erwägungen, die bisher in bezug auf die Einrede der Unzulässigkeit im Zusammenhang mit den subjektiven Voraussetzungen der Anfechtbarkeit der Maßnahme angestellt werden, auch zur Widerlegung des Vorbringens der Streithelferinnen dienen, das sich vor allem auf die fehlende Klageberechtigung der Klägerinnen stützt.

c) *Zur Anfechtbarkeit der Randnummer, die Potacan betrifft*

37. Mit der letzten Einrede hält die Kommission den Teil der Entscheidung, der die Gründung von Potacan betrifft, für unanfechtbar, da er keine bindenden Rechtswirkungen entfalten könne, die die Interessen der Klägerinnen beeinträchtigen könnten.

Hierzu möchte ich vor allem bemerken, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes für die Entscheidung, ob eine Handlung im Sinne von Artikel 173 anfechtbar ist, auf ihr Wesen abzustellen und zu prüfen ist, ob sie verbindliche Rechtswirkungen erzeugt, die geeignet sind, die Interessen des Anfechtenden durch einen erheblichen Eingriff in seine Rechtsstellung zu beeinträchtigen [50].

38. Es ist sicherlich einzigartig, daß die Kommission, obwohl sie ein Ad-hoc-Verfahren zur Prüfung der Vereinbarkeit von Potacan mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne von Artikel 85 des Vertrages durchgeführt hat, eine Lösung bereits in dem Kontext, der uns beschäftigt, vorsieht, ja sogar vorschlägt, indem sie eines der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen dazu veranlaßt, „nach besten Kräften darauf [hinzuwirken], mit EMC/SCPA ein Einvernehmen über eine Umwandlung von Potacan zu erreichen", das den Anforderungen der Kommission gerecht wird. An der Korrekt-

49 — Randnr. 60 der Entscheidung.

50 — Im Bereich des Wettbewerbsrechts vgl. Urteile vom 24. Juni 1986 in der Rechtssache 53/85 (AKZO Chemie/Kommission, Slg. 1986, 1965) und vom 11. November 1981 in der Rechtssache 60/81 (IBM/Kommission, Slg. 1981, 2639), allgemein zum Begriff der anfechtbaren Handlung gemäß Artikel 173 im Sinne dieser Schlußanträge Urteil vom 16. Juni 1993 in der Rechtssache C-325/91 (Frankreich/Kommission, Slg. 1994, I-3283, Randnr. 9) sowie Urteil vom 23. November 1995 in der Rechtssache C-476/93 P (Nutral/Kommission, Slg. 1995, I-4125, Randnr. 28).

heit dieser Lösung, die offensichtlich eine Vermengung von Verfahren darstellt, die zwar unterschiedliche Gegenstände und Beteiligte haben, sich aber letztlich wechselseitig beeinflussen, bestehen jedoch notwendigerweise Zweifel.

Nach allem ist indessen festzustellen, daß der Teil der Entscheidung, der hier behandelt worden ist, den Anforderungen, die Artikel 173 für die Anfechtung einer Maßnahme aufstellt, nicht genügen dürfte, genauer gesagt, daß er keine bindenden Rechtswirkungen für die Klägerinnen erzeugen kann.

39. Die angefochtene Entscheidung enthält nämlich in dem Teil, der hier erörtert wird, eine einfache „Kenntnisnahme" von einer Zusage, die K + S auch nur auf ausdrücklichen Vorschlag der Kommission abgab, das Potacan-Problem in Übereinstimmung mit EMC zu lösen. EMC wurde hingegen nicht verpflichtet, Verhandlungen aufzunehmen und die Vorschläge von K + S anzunehmen. Eine möglicherweise auch nur mittelbare Wirkung könnte der in Rede stehende Teil der Entscheidung, wie bereits ausgeführt worden ist, höchstens auf das Verfahren gemäß der Verordnung Nr. 17 [51] ausüben; es handelt sich jedoch um Folgen, die, wenn sie tatsächlich einträten, keinen Einfluß auf die Beurteilung der Anfechtbarkeit der in diesem Verfahren streitigen Maßnahme haben können.

Auch läßt sich im vorliegenden Fall nicht die Lösung des „Zellstoff"-Urteils [52], in dem der Gerichtshof eine Verpflichtungserklärung der Klägerinnen mit Anordnungen zur Abstellung von Zuwiderhandlungen im Sinne von Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 gleichgestellt hat, heranziehen. Ich möchte keine Ausführungen zum Unterschied der Sachverhalte machen, sondern nur darauf hinweisen, daß die Voraussetzung für diese Lösung, nämlich daß die Klägerinnen lediglich einer Entscheidung zugestimmt hätten, zu deren einseitigem Erlaß die Kommission befugt gewesen wäre, im vorliegenden Fall nicht gegeben ist.

40. Daher schlage ich vor, der Einrede der Kommission und der Streithelferinnen stattzugeben und die Klage der französischen Unternehmen in dem untersuchten Punkt als unzulässig abzuweisen.

d) *Zum fehlenden Rechtsschutzinteresse*

41. Die Streithelferinnen erheben schließlich die Einrede der Unzulässigkeit der Klage der französischen Unternehmen auch unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Rechtsschutz-

51 — Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204).

52 — Urteil vom 31. März 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 und C-129/85 (Ahlström Osakeyhtiö u. a./Kommission, Slg. 1993, I-1307, Randnr. 181).

interesses, da diese bereits die mit den Bedingungen der Entscheidung verbundenen Zusagen in vollem Umfang eingehalten hätten.

Hierzu sei vor allem gesagt, daß die Einrede in prozessualer Hinsicht unzulässig ist, da sie von der Kommission nicht schlüssig vorgetragen worden ist. Jedenfalls wird die Einrede durch die Ansicht des Gerichtshofes zu Fall gebracht, daß gemäß Artikel 176 selbst dann, wenn sich die Erfüllung der Verpflichtung aus diesem Artikel als unmöglich erweisen sollte, „für die Nichtigkeitsklage als Grundlage einer möglichen Haftungsklage noch immer ein Interesse [bestünde]" [53].

II — Begründetheit

42. Bei der Behandlung der Begründetheit werde ich zunächst nur das Vorbringen der französischen Regierung, d. h. das in der Rechtssache C-68/94, untersuchen. Konkret werde ich mit der Beurteilung der gerügten Verletzung der Pflicht zur Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden (a) beginnen und dann die gerügten Mängel der Beurteilung des Zusammenschlusses auf dem deutschen Markt (b) untersuchen. Schließlich werde ich die Gesichtspunkte im Zusammenhang mit den Fehlern prüfen, die angeblich bei der Beurteilung des Zusammenschlusses auf dem Gemeinschaftsmarkt außerhalb Deutschlands begangen wurden (c), einschließlich der Frage der Rechtmäßigkeit der Bedingungen und Auflagen, die am Zusammenschluß nicht beteiligten Dritten vorgeschrieben werden (d), die in beiden Verfahren aufgeworfen wurden und die daher in bezug auf die gemeinsame Argumentation zusammen zu behandeln sind.

a) *Zur Nichterfüllung der Pflicht zur Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden* (Rechtssache C-68/94)

43. Mit diesem Klagegrund rügt die französische Regierung, daß die Kommission unter mehreren Gesichtspunkten den Grundsatz einer engen und stetigen Verbindung mit den Behörden der Mitgliedstaaten, der in Artikel 19 der Verordnung verankert ist, nicht beachtet habe. Insbesondere seien die Angaben zur Aufteilung des Absatzes der verschiedenen Wirtschaftsteilnehmer auf jeden Mitgliedstaat und, in bezug auf SCPA, zur Unterscheidung zwischen den Verkäufen der eigenen Erzeugnisse und denjenigen der Erzeugnisse Dritter — die die französische Regierung für wesentlich hält für eine sachkundige Beurteilung sowohl der Einwände, die die Kommission gegenüber den anmeldenden Beteiligten erhoben habe, als auch des Entscheidungsvorschlags — den Mitgliedstaaten erst in der Sitzung des Beratenden Ausschusses vom 3. Dezember 1993 mitgeteilt worden. Die wiederholten entsprechenden Anträge der französischen Regierung seien am 5. November 1993 nur teilweise telefonisch beschieden worden. Schließlich macht die französische Regierung geltend, daß die falschen Angaben über die Verkäufe von SCPA in Belgien und Luxemburg, die die Kommission dem Beratenden Ausschuß mitgeteilt habe, eine bestmögliche

53 — Urteil vom 5. März 1980 in der Rechtssache 76/79 (Könecke/Kommission, Slg. 1980, 665, Randnr. 9).

Beurteilung des Vorgangs durch die Vertreter der Staaten verhindert hätten [54].

Die Kommission erwidert erstens, daß der Grundsatz einer engen und stetigen Verbindung mit den Mitgliedstaaten gemäß Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung keinen allgemeinen und absoluten Grundsatz darstelle, sondern im Zusammenhang mit der Beachtung der besonders kurzen Fristen stehe, die im Kontrollverfahren vorgeschrieben seien (Artikel 10 der Verordnung), sowie mit der Wahrung des Berufsgeheimnisses, das im vorliegenden Fall gerade in bezug auf die in den verschiedenen Ländern getätigten Verkäufe geltend gemacht worden sei. Zweitens obliege ihr nach der Verordnung die Befugnis, zu entscheiden, welche Unterlagen für die Zwecke der Übersendung an die Behörden der Mitgliedstaaten die wichtigsten seien. Im vorliegenden Fall hätten sowohl die Behörden der Mitgliedstaaten als auch der Beratende Ausschuß über alle erforderlichen Angaben verfügt, um eine ausgewogene Beurteilung des Einflusses des beabsichtigten Zusammenschlusses auf den Wettbewerb vornehmen zu können. Im übrigen könne nicht davon ausgegangen werden, daß die von der französischen Regierung hervorgehobene falsche Angabe, die im übrigen — und zwar ganz offensichtlich — nichts anderes als ein grober Druckfehler gewesen sei, die Untersuchung des Beratenden Ausschusses beeinflußt habe.

44. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß Artikel 19 der Verordnung die Kommission verpflichtet, „den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten binnen dreier Arbeitstage eine Kopie der Anmeldungen und sobald wie möglich die wichtigsten Schriftstücke, die in Anwendung dieser Verordnung bei ihr eingereicht oder von ihr erstellt werden", zu übermitteln (Artikel 19 Absatz 1). Nach dieser Bestimmung muß die Kommission ferner die vorgesehenen Verfahren „in enger und stetiger Verbindung mit den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durch[führen]; diese sind berechtigt, zu diesen Verfahren Stellung zu nehmen" (Artikel 19 Absatz 2). Diese Bestimmung sieht, soweit hier erheblich, auch die Beteiligung von Vertretern der nationalen Behörden im Rahmen eines Beratenden Ausschusses vor, der die Aufgabe hat, aufgrund „eine[r] Darstellung des Sachverhalts unter Angabe der wichtigsten Schriftstücke sowie ein[es] Entscheidungsentwurf[s]" eine Stellungnahme abzugeben (Artikel 19 Absatz 5).

Unstreitig hat die Kommission den Betroffenen rechtzeitig im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 sowohl die den Anmeldenden gegenüber erhobenen Einwände (14. Oktober 1993) als auch den Entwurf einer Entscheidung über den in Rede stehenden Zusammenschluß (26. November 1993) übermittelt, der u. a. die Angaben zu den Anteilen enthielt, den die Wirtschaftsteilnehmer des Sektors am Gemeinsamen Markt hatten; ferner wurden am 5. November 1993 der französischen Regierung auf deren Antrag, allerdings nur telefonisch, einige der Angaben zum Umfang des Absatzes der verschiedenen Wirtschaftsteilnehmer in den einzelnen Mitgliedstaaten übermittelt. Unstreitig wurden die von der französischen Regierung angeforderten Daten in der Sitzung des Beratenden Ausschusses vom 3. Dezember 1993 insgesamt sämtlichen Mitgliedstaaten übermittelt, und eine der

54 — Die gesamten Verkäufe von SCPA in Belgien und Luxemburg hätten nämlich 22 000 t betragen, während sich aus den von der Kommission übermittelten Unterlagen ein Wert von 221 000 t ergeben habe.

betreffenden Angaben, diejenige zum Absatz von SCPA in Belgien und in Luxemburg, war fehlerhaft.

45. Daher ist zu ermitteln, ob, wie die klagende Regierung ausführt, die verspätete Übermittlung der Angaben zum Umfang der Kaliverkäufe zusammen mit dem Fehler bei einer Angabe eine Verletzung der Verpflichtung der Kommission zur Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden darstellt.

In diesem Zusammenhang möchte ich zunächst bemerken, daß die verspätete Übermittlung dieser Angaben im vorliegenden Fall weder mit dem Interesse an der Geheimhaltung gerechtfertigt werden kann, das die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen geltend machen, denn in diesem Fall hätten die Daten nicht verspätet übermittelt werden dürfen [55], noch durch eine allgemeine Berufung auf das Ermessen, über das die Kommission bei der Entscheidung verfügt, welche Schriftstücke im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung die wichtigsten sind. Allerdings ist die rechtzeitige Übermittlung kein Selbstzweck, sondern sie ist notwendig, um den korrekten Ablauf des Verfahrens zu gewährleisten. Unter diesem Gesichtspunkt ist zu prüfen, ob die in Rede stehenden Angaben wesentlich für die Beurteilung der wettbewerbswidrigen Auswirkungen des Zusammenschlusses sind und ob ihre verspätete Übermittlung zu einer Verfälschung des Verfahrens geführt hat.

55 — Die Kommission führt im übrigen in ihren Schriftsätzen aus, daß es sich zumeist um leicht zugängliche statistische Angaben gehandelt habe und daß den Mitgliedstaaten in jedem Fall gemäß Artikel 19 der Verordnung der Zugang zu den Akten gewährleistet gewesen sei.

46. Ich gebe zu, einige Zweifel daran zu haben, ob die Angaben zum Umfang und zur Aufteilung der Verkäufe der verschiedenen Wirtschaftsteilnehmer des Sektors, die sicherlich wichtig sind, um eine vollständige Information über die Auswirkungen der Zusammenschlüsse zu erhalten, zu den wichtigsten Schriftstücken im Sinne des Artikels 19 Absatz 1 der Verordnung zu zählen sind. Meines Erachtens ist die Ansicht der Kommission nicht unhaltbar, daß die Angaben zu den Marktanteilen der jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer, die im Entscheidungsentwurf enthalten waren, für eine sachkundige Beurteilung des beabsichtigten Zusammenschlusses ausreichten.

Auf alle Fälle meine ich unter Berücksichtigung der besonders kurzen Frist, innerhalb deren die Entscheidung der Kommission zu ergehen hatte, und des Umstands, daß diese Angaben der französischen Regierung telefonisch bereits am 5. November 1993 übermittelt wurden, daß der Kommission nicht zur Last gelegt werden kann, gegenüber Frankreich ihre Verpflichtungen aus Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung verletzt zu haben. Hinzu kommt, daß nicht davon ausgegangen werden kann, daß die verspätete Übermittlung dieser Informationen die Gültigkeit der Entscheidung ohne weiteres beeinflussen konnte, da es hierfür vielmehr erforderlich ist, daß die gerügte Unregelmäßigkeit einen Verstoß gegen wesentliche Formvorschriften darstellt. In diesem Zusammenhang erinnere ich daran, daß nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes eine „Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ... nur dann zu einer Nichtigerklärung [führt], wenn das Verfahren ohne diese Verletzung zu einem anderen Ergebnis

hätte führen können" [56]. Im vorliegenden Fall hat die klagende Regierung nicht dargetan, daß die Entscheidung der Kommission anders hätte ausfallen können, wenn die geltend gemachte Verletzung der Verpflichtung zur ständigen Zusammenarbeit mit den zuständigen nationalen Behörden nicht erfolgt wäre, sondern nur vorgetragen, daß eine solche Möglichkeit nicht auszuschließen gewesen sei.

47. Es bleibt der Umstand zu untersuchen, der auch von der französischen Regierung angeführt wurde, daß der Beratende Ausschuß die maßgebenden Angaben, zu denen die fehlerhafte gehörte, erst in der Sitzung vom 3. Dezember 1993 erhielt, also am selben Tag, an dem er seine Stellungnahme abzugeben hatte. Artikel 19 Absatz 5 der Verordnung verlange jedoch, daß der Entscheidungsentwurf sowie die wichtigsten Schriftstücke im Zeitpunkt der Anberaumung der Sitzung, d. h. mindestens 14 Tage vor der Sitzung, in der die Stellungnahme abgegeben werden solle, übermittelt werden müßten [57].

Diese Rüge, die, wie die Kommission dargetan hat, eher die Einzelheiten der Einberufung und Anhörung des Beratenden Ausschusses betrifft, dürfte keine wesentlichen Folgen für die angefochtene Entscheidung haben. Erstens darf nämlich der Umstand nicht unterschätzt werden, daß der Beratende Ausschuß, der sich aus Sachverständigen des betreffenden Gebietes zusammensetzt, keine Rüge hierzu erhoben hat. Zweitens hat die klagende Regierung nicht dargetan, daß eine rechtzeitige Mitteilung der betreffenden Angaben und das Unterbleiben des Fehlers bei einer Angabe den Beratenden Ausschuß zur Abgabe einer anderen Stellungnahme veranlaßt hätte, und zwar um so weniger, als die endgültige Entscheidung der Kommission anders ausfiel [58]. Im Gegenteil, die Ausführungen der Kommission, die unbestritten sind, dürften diese Möglichkeit ausschließen.

b) *Zu den Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem deutschen Markt* (Rechtssache C-68/94)

48. Die französische Regierung erhebt zwei Rügen in bezug auf die Beurteilung des Zusammenschlusses auf dem deutschen Markt: Zum einen wirft sie der Kommission vor, sie habe im vorliegenden Fall die sogenannte Theorie von der Failing company

56 — Urteil vom 21. März 1990 in der Rechtssache C-142/87 (Belgien/Kommission, Slg. 1990, I-959, Randnr. 48). Im gleichen Sinn u. a. Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 30/78 (Distillers Company/Kommission, Slg. 1980, 2229, Randnr. 26) und Urteil vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 234/84 (Belgien/Kommission, Slg. 1986, 2263, Randnr. 30).

57 — Nach Artikel 19 Absatz 5 kann die Kommission diese Frist jedoch verkürzen, „um schweren Schaden von einem oder mehreren an dem Zusammenschluß beteiligten Unternehmen abzuwenden".

58 — In diesem Zusammenhang ist es sachdienlich, darauf hinzuweisen, daß die Kommission „soweit wie möglich die Stellungnahme des Ausschusses [berücksichtigt]. Sie unterrichtet den Ausschuß darüber, inwieweit sie seine Stellungnahme berücksichtigt hat" (Artikel 19 Absatz 6). Die Kommission kann somit die Stellungnahme des Ausschusses nicht befolgen oder ihren eigenen Standpunkt ändern und eine von dem Entwurf, der dem Ausschuß zur Stellungnahme vorgelegt wurde, abweichende endgültige Entscheidung treffen. Ein Beispiel dürfte hierfür der der Entscheidung 94/208/EG der Kommission vom 31. Januar 1994 zugrunde liegende Fall sein, in dem ein Zusammenschluß für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wurde (Fall Nr. IV/M.315 — Mannesmann/Vallourec/Ilva) (ABl. L 102, S. 15). In diesem Fall ging nämlich der Entscheidungsentwurf, zu dem der Beratende Ausschuß seine Stellungnahme abgegeben hatte, in die Richtung der Unvereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (siehe die Stellungnahme des Beratenden Ausschusses in ABl. 1994, C 111, S. 6), während die endgültige Entscheidung der Kommission — möglicherweise auch aufgrund der Minderheitsmeinung eines Teils der Mitglieder des Beratenden Ausschusses — sodann im gegenteiligen Sinn erging. Zu dem hier erörterten Problem siehe ferner in bezug auf den gemäß der Verordnung Nr. 17 einberufenen Beratenden Ausschuß Urteil vom 10. Juli 1991 in der Rechtssache T-69/89 (RTE/Kommission, Slg. 1991, II-485, Randnrn. 21 bis 27).

defence falsch angewandt, wonach der Erwerb eines Unternehmens, das sich in Konkurs befinde oder dem der Konkurs bevorstehe, unter bestimmten Voraussetzungen zu genehmigen sei, soweit er keine Wettbewerbsprobleme schaffe; zum anderen wirft sie ihr vor, die Genehmigung des Zusammenschlusses in bezug auf den betreffenden Markt bedingungslos erteilt zu haben, obwohl sie zur Schaffung eines echten Monopols (98 %) des gemeinsamen Unternehmens auf diesem Markt führe.

49. Zur ersten Rüge möchte ich vor allem darauf hinweisen, daß das amerikanische Antitrust-Recht — wenn auch in engen Grenzen —, um Mißbräuchen vorzubeugen, die Möglichkeit zuläßt, den Erwerb eines zahlungsunfähigen Unternehmens zu genehmigen, sofern die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen wie bei einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit nachweisen, daß a) das zu erwerbende Unternehmen sich in einer Situation befindet, die seinen baldigen Konkurs wahrscheinlich macht, daß es b) im Sinne von Kapitel 11 des Bankruptcy Acts nicht in der Lage ist, sich mit Erfolgsaussicht umzustrukturieren, daß es c) keine anderen Möglichkeiten gibt, die den Wettbewerb weniger beeinträchtigten als der Zusammenschluß, und daß d) das „zahlungsunfähige" Unternehmen aus dem Markt ausscheiden würde, wenn der Zusammenschluß nicht vollzogen würde [59].

Die Kommission hat, wie in der Entscheidung selbst ausdrücklich erläutert wird, die Theorie nicht unverändert angewandt, sondern eigene Beurteilungen eingeführt. Insbesondere stützt sie sich im vorliegenden Fall, obwohl sie von dieser Theorie ausgegangen ist, auf die folgenden drei Kriterien: 1. MdK wäre aus dem Markt ausgeschieden, wenn sie nicht von einem anderen Unternehmen erworben worden wäre; 2. K + S hätte die Quote von MdK nach deren Ausscheiden aus dem Markt gleichwohl übernommen, und 3. es hätten keine den Wettbewerb weniger beeinträchtigenden sonstigen Möglichkeiten des Erwerbs bestanden.

50. Die französische Regierung beanstandet im wesentlichen, daß sich die Kommission für eine Theorie, die in einem anderen System und für dieses entwickelt worden sei, unter teilweiser Änderung der Anwendungskriterien entschieden habe. Insbesondere habe die Kommission die Kriterien unter a und b der amerikanischen Theorie nicht berücksichtigt; sie habe willkürlich das Kriterium der Übernahme der Marktanteile eingeführt und schließlich weder hinreichend dargetan, daß MdK gleichwohl gezwungen gewesen wäre, aus dem Markt auszuscheiden, noch daß es keine anderen Möglichkeiten des Erwerbs gegeben habe.

Die französische Regierung räumt zwar ein, daß bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses das Ziel des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts im Sinne der Artikel J.2 und J.3 des Vertrages zu berücksichtigen sei, das auch in der dreizehnten Begründungserwägung der Verordnung erwähnt werde [60], macht jedoch geltend, daß dies nicht dazu führe, daß das Hauptziel der Kontrolle von Unternehmenszusammen-

59 — Vgl. zur Vermutung der „Guidelines" von 1992 Leddy, zitiert in Fußnote 32.

60 — Diese Begründungserwägung lautet: „Die Kommission muß sich bei ihrer Beurteilung an dem allgemeinen Rahmen der Verwirklichung der grundlegenden Ziele des Vertrages gemäß dessen Artikel 2, einschließlich des Ziels der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 130a des Vertrages orientieren."

schlüssen, das im Schutz des Wettbewerbs bestehe, verleugnet werde.

51. Sicher ist, daß die Kriterien, anhand deren die Vereinbarkeit der Zusammenschlüsse mit dem Gemeinsamen Markt zu beurteilen ist, wie sie von der Verordnung festgesetzt worden sind, das Vorherrschen einer strengen „wirtschaftlichen" Betrachtungsweise bedeuten, die somit — im wesentlichen — auf Erwägungen des Schutzes des Wettbewerbs beruht [61]. Allerdings steht auch fest, daß die dreizehnte Begründungserwägung, wie die französische Regierung selbst einräumt, den Erfordernissen des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts erhebliche Aufmerksamkeit zuwendet und auf diese Weise die Berücksichtigung — natürlich in den Grenzen, in denen der Schutz des Wettbewerbs nicht beeinträchtigt wird — als ebenfalls grundlegend erachteter Ziele des Vertrages rechtfertigt.

Es versteht sich daher von selbst, daß der Umstand, daß sich die Kommission von einer in einem anderen System ausgearbeiteten Theorie leiten ließ, jedoch deren Anwendungskriterien teilweise geändert hat, keinen Grund für die Ungültigkeit der Entscheidung darstellen kann. Worauf es hier ankommt ist, daß diese Theorie nicht im Gegensatz zu der Verordnung steht, daß die entsprechende Lösung in der Entscheidung fehlerfrei ist und daß schließlich die verwendeten Kriterien korrekt angewandt wurden.

52. Wie in der Entscheidung ausgeführt wird, ist die Kommission der Ansicht, daß eine Argumentation, die auf der Theorie der Failing company defence beruht, „nach Artikel 2 Absatz 2 der Fusionsverordnung unter dem Gesichtspunkt *der Kausalität eines Zusammenschlusses für die entstehende oder verstärkte marktbeherrschende Stellung* berücksichtigt werden kann" [62].

Unter diesem Blickwinkel soll die gerügte Einführung des Kriteriums, anhand dessen zu prüfen ist, ob das übernehmende Unternehmen auch den Marktanteil des übernommenen Unternehmens erwirbt, gerade beweisen, daß die Verstärkung der beherrschenden Stellung unausweislich wäre in dem Sinne, daß sie auch dann einträte, wenn der Zusammenschluß verboten würde.

53. In diesem Zusammenhang ist vor allem zu bemerken, daß die dargelegte Undurchdringlichkeit des deutschen Marktes und der ebenfalls in der Entscheidung dargelegte Umstand, daß K + S in der Lage war, ihre Produktion ohne Kostenanstieg zu erhöhen und zum einzigen Lieferanten auf dem deutschen Markt zu werden, zu dem unvermeid-

61 — Vgl. Artikel 2 Absatz 3. Die Praxis der Kommission scheint dieser Richtung gefolgt zu sein. Bis zu der angefochtenen Entscheidung finden sich nämlich keine Entscheidungen, in denen die wiedergegebenen Erwägungen sozialer Art vorrangig gegenüber der Wahrung des Wettbewerbs gewesen wären. Ich verweise hierzu auf die Entscheidung Aérospatiale-Alenia/de Havilland, in der die Kommission dem Vorbringen der Beteiligten, daß die Firma de Havilland wahrscheinlich aus dem Markt ausscheiden werde, nicht gefolgt ist, sondern dieses im Fall der Versagung der Genehmigung des Zusammenschlusses vielmehr als unwahrscheinlich erachtet hat (Entscheidung der Kommission vom 2. Oktober 1991 [91/619/EWG], Fall Nr. IV/M.053 — Aérospatiale-Alenia/de Havilland, ABl. L 334, S. 42).

62 — Randnr. 71 der Entscheidung, Hervorhebung von mir.

lichen Ergebnis führen, daß der Marktanteil von MdK im Falle ihres Ausscheidens aus dem Markt auf K + S übergehen würde; dies wird im übrigen auch von der französischen Regierung nicht ernstlich bestritten.

Vielmehr wendet sich die französische Regierung gegen die Anwendung dieses Kriteriums als Grundlage für die Erwägung, daß es auf diese Weise einem Unternehmen, das sich in einer beherrschenden Stellung befinde, erlaubt würde, seine Stellung nur wegen der Möglichkeit zu stärken, daß es in naher Zukunft gleichwohl letztlich den Marktanteil des anderen auf dem Markt präsenten Unternehmens übernehmen würde: Dies würde zu weit gehen und im Widerspruch zu dem Ziel des Schutzes des Wettbewerbs stehen. Diese an sich unwiderlegbare Behauptung berücksichtigt jedoch nicht, daß das betreffende Kriterium die Erfüllung zweier weiterer Voraussetzungen verlangt: Das betreffende Unternehmen muß dazu bestimmt sein, aus dem Markt auszuscheiden, und es darf keine anderen Lösungen als den Erwerb geben, die den Wettbewerb weniger schädigen.

54. Die beiden letztgenannten Kriterien wurden nach Ansicht der französischen Regierung, wie bereits dargelegt worden ist, jedoch auf den vorliegenden Sachverhalt nicht richtig angewandt. Was insbesondere das wahrscheinliche Ausscheiden von MdK aus dem Markt angehe, habe die Kommission tatsächlich nicht dargetan, daß die Erhaltung von MdK als staatliches Unternehmen beispielsweise dank der Gewährung mit den Artikeln 92 und 93 des Vertrages vereinbarer Beihilfen unmöglich wäre.

Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Denn die Treuhand, die mit der Privatisierung der Unternehmen der ehemaligen DDR beauftragte öffentliche Einrichtung und Eigentümerin von MdK, ist an dem zum Zweck des Zusammenschlusses geschaffenen Unternehmen mit 49 % des Gesellschaftskapitals beteiligt, und daher hat die Treuhand selbst (und somit der Staat) diesem Unternehmen eine ständige Beihilfe gewährt und gewährt diese immer noch. Auch beruht die Ansicht der Kommission auf folgenden Umständen: a) Die riesigen Verluste von MdK könnten von der Treuhand mit öffentlichen Beihilfen nicht dauerhaft ausgeglichen werden, da es sich jedenfalls um eine mit den Bestimmungen des Vertrages über staatliche Beihilfen unvereinbare Lösung handele; b) die Kosten einer möglichen Umstrukturierung wären auf alle Fälle höher als die beim Zusammenschluß vorgesehenen Beihilfen; c) die Erklärung der Treuhand im Rahmen der laufenden Privatisierungen, daß sie sämtliche Tätigkeiten von MdK beenden werde, wenn sie kein privates Unternehmen finde, das bereit sei, sie zu übernehmen. Daher ist die Kommission aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles (Privatisierung eines staatlichen Unternehmens, das nach den üblichen Kriterien für die Bewertung von Unternehmen nicht als lebensfähig gelten kann) zu dem Ergebnis gelangt, daß sie über hinreichende Nachweise dafür verfüge, daß MdK mittelfristig aus dem Markt ausscheiden würde.

55. Abschließend bin ich der Meinung, daß die Ansicht der Kommission auch unter dem Gesichtspunkt zu teilen ist, daß es keine anderen Erwerbslösungen gibt, die den Wettbewerb weniger schädigten. Unstreitig haben nämlich, wie die Unterlagen über das Privatisierungsverfahren, die die Treuhand der Kommission überlassen hat, aufzeigen, alle Unternehmen, die ein Interesse am Erwerb von MdK bekundet hatten, dann auf die Verhandlungen verzichtet. Im übrigen hat die

Kommission eine zusätzliche Untersuchung durchgeführt und insbesondere den betroffenen Unternehmen mitgeteilt, wie hoch genau die Beihilfen waren, die für den Zusammenschluß gewährt wurden, und die somit auch beim Erwerb durch ein privates Unternehmen gewährt worden wären. Unbeschadet dessen hat sich kein anderes Unternehmen zum Erwerb von MdK bereit erklärt.

Unter diesen Umständen meine ich, daß dem Ergebnis, zu dem die Kommission gelangt ist, zugestimmt werden kann. Es bleibt noch die Tatsache zu beurteilen, daß die Kommission das nach der Erzielung der Einigung über den Fusionsvertrag von der Peine-Gruppe erteilte Angebot zum Erwerb des Bergwerks Bischofferode, d. h. eines der vier in Betrieb befindlichen Bergwerke von MdK, nicht als möglichen alternativen Erwerb gewertet hat. Dies ist darauf zurückzuführen, daß das Bergwerk Bischofferode keinen wesentlichen Teil von MdK darstellt, sowie nicht auf Gründe, die im Zusammenhang mit der behandelten Frage stehen.

56. Dieser letztere Gesichtspunkt, der allerdings letztlich bei der Anwendung der Theorie der Failing company defence auch in den Vereinigten Staaten große Bedeutung erlangt hat [63], ist meines Erachtens insbesondere wegen der Erfordernisse des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts, auf die wiederholt hingewiesen worden ist, maßgebend.

Der besondere Rahmen, in den sich die Zusammenschlüsse einfügen, der unvermeidlich industriepolitische Probleme in sich birgt, kann auch angesichts der Ziele einer Verstärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts aufgrund der Artikel 2 und 130b des Vertrages im Zusammenhang mit der Würdigung der Zusammenschlüsse eine angemessene Berücksichtigung beschäftigungs- und allgemein sozialpolitischer Gesichtspunkte rechtfertigen. Dies gilt zumindest für Fälle, in denen, wie hier, die verschiedenen Lösungen erhebliche Unterschiede gerade bei den Möglichkeiten der Beschäftigung aufweisen [64].

57. In diesem Zusammenhang weise ich darauf hin, daß das Gericht erster Instanz in zwei jüngst ergangenen Urteilen, allerdings in anderem Zusammenhang und zu anderen Zwecken, genauer, im Rahmen der Untersuchung der Klagebefugns der gewerkschaftlichen Vertreter der Arbeitnehmer der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen, entschieden hat, daß bei der Anwendung der Verordnung die Beachtung des Schutzes des Wettbewerbs im Rahmen der Beurteilung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Vertrag sehr wohl mit einer angemessenen Berücksichtigung seiner sozialen Folgen im Sinne von Artikel 2 des Vertrages einhergehen kann. In diesem Sinne kann die Kommission nach der Rechtsprechung des

63 — Die Theorie der Failing company defence hat ihren Ursprung nämlich in Bestrebungen der Wirtschaftspolitik und der Unternehmenseffizienz. Danach fanden in ihre Anwendung allerdings politische und soziale Erwägungen Eingang, beispielsweise im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Erhaltung der Beschäftigung. Vgl. hierzu die Entscheidung United States/General Dynamics Corp., 415, US 486, 507 (1974) und Areeda Turner, a. a. O., Band IV, 1980, S. 941.

64 — Im vorliegenden Fall umfaßt der Zusammenschluß Tätigkeiten für insgesamt 3 000 Arbeitsplätze, während das Alternativangebot der Peine-Gruppe auf den Erwerb von Tätigkeiten beschränkt war, die nur 536 Arbeitsplätze betrafen, d. h. 18 % der durch den Zusammenschluß garantierten Arbeitsplätze. Dem Gerichtshof ist auch die Abwägung von Zielen der Wettbewerbspolitik gegen andere Ziele des Vertrages, wiewohl sie vor allem Aufgabe des Gesetzgebers ist, nicht unbekannt; siehe z. B. das Urteil Europemballage und Continental Can/Kommission (zitiert in Fußnote 3) und das Urteil vom 18. März 1980 in den verbundenen Rechtssachen 154/78, 205/78, 206/78, 226/78, 227/78, 228/78, 263/78, 264/78, 31/79, 39/79, 83/79 und 85/79 (Valsabbia u. a./Kommission, Slg. 1980, 907).

Gerichts prüfen, ob der Zusammenschluß Auswirkungen auf die Lage der Arbeitnehmer in den beteiligten Unternehmen haben kann, „die den Beschäftigungsstand oder die Beschäftigungsbedingungen in der Gemeinschaft oder einem wesentlichen Teil der Gemeinschaft beeinflussen" [65]. Das Gericht hat es auch nicht versäumt, in diesen Urteilen auf die bereits erwähnte dreizehnte Begründungserwägung der Verordnung hinzuweisen.

Schließlich ist von Bedeutung, daß sich im vorliegenden Fall der Schutz der Beschäftigung in einen weiteren Kontext einfügt, der durch das Erfordernis gekennzeichnet ist, die Überwindung der Strukturmängel Ostdeutschlands, wo sich das Unternehmen MdK befindet, zu fördern. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist daher die Entscheidung sicherlich geeignet, dem Ziel des wirtschaftlichen Zusammenhalts im Sinne der dreizehnten Begründungserwägung zu dienen.

58. Die zweite Rüge der französischen Regierung, die in engem Zusammenhang mit der soeben geprüften steht, betrifft, wie bereits ausgeführt worden ist, die fehlende Aufstellung von Bedingungen und/oder Auflagen für die Genehmigung des Zusammenschlusses in bezug auf den deutschen Markt, unbeschadet des Umstands, daß auf diesem Markt bereits ein Monopol (98 % des Marktes) besteht. Insbesondere hätte die Kommission nach Ansicht der französischen Regierung die Beurteilung der Vereinbarkeit von einer genauen Verpflichtung der Unternehmen, den Wettbewerb auf dem deutschen Markt offenzuhalten, nach dem Muster der Entscheidung Nestlé/Perrier [66] abhängig machen müssen.

Die Kommission erwidert, daß die Entscheidung Nestlé/Perrier nicht erheblich sei, da im vorliegenden Fall die Öffnung des Marktes für den Wettbewerb nicht von dessen Struktur abhänge, wie in jenem Fall, sondern vom Verhalten der Käufer, d. h. von der Nachfrage und nicht vom Angebot. Auch habe die französische Regierung nicht klar ausgeführt, welche Verpflichtungen K + S und MdK hätten auferlegt werden können, um „den deutschen Markt für den Wettbewerb zu öffnen".

59. Zweifellos ist es zwar nicht Sache der französischen Regierung, wie diese ausgeführt hat, Lösungen für den Fall vorzuschlagen, da hierfür die Kommission als mit der Anwendung der Antitrust-Regelung betrautes Organ zuständig ist. Das Fehlen von Vorschlägen ihrerseits kann jedoch ein Anhaltspunkt für die Schwierigkeit sein, Bedingungen für den Zusammenschluß auf dem deutschen Markt zu finden, die geeignet sind, das Ziel zu erreichen, diesen Markt dem Wettbewerb zu öffnen.

Hierzu genügt die Feststellung, daß selbst dann, wenn man der Ansicht wäre, daß für

65 — Urteile vom 27. April 1995 in der Rechtssache T-96/92 (CCE de la Société générale des grandes sources u. a./Kommission, Slg. 1995, II-1213, Randnrn. 28 und 29) und in der Rechtssache T-12/93 (CCE Vittel u. a./Kommission, Slg. 1995, II-1247, Randnrn. 38 und 39).

66 — Entscheidung 92/553/EWG der Kommission vom 22. Juli 1992 in einem Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (Fall Nr. IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (ABl. L 356, S. 1).

die Öffnung des deutschen Marktes trotz der von der Kommission dargestellten Besonderheiten auf alle Fälle auf dessen Struktur einzuwirken ist, eine Lösung, wie sie im Fall Nestlé/Perrier gefunden wurde, nicht praktikabel war. Tatsächlich haben sich, wie bereits ausgeführt worden ist, im vorliegenden Fall keine alternativen Erwerbsmöglichkeiten gefunden. Daher bin ich der Ansicht, daß die Einwände der klagenden Regierung die Einschätzung der Kommission nicht widerlegen können.

60. Im Ergebnis schlage ich auch unter Berücksichtigung der bisherigen Erwägungen in bezug auf die dargelegten sozioökonomischen Besonderheiten des vorliegenden Falles vor, die fragliche Rüge zurückzuweisen, da die Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den deutschen Markt durch die Kommission insgesamt zu billigen ist.

c) *Zu den Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem Gemeinsamen Markt außerhalb Deutschlands* (Rechtssachen C-68/94 und C-30/95)

61. Sowohl die französische Regierung (Rechtssache C-68/94) als auch SCPA und EMC (Rechtssache C-30/95) beanstanden die Entscheidung in Zusammenhang mit der Beurteilung des Zusammenschlusses in bezug auf den zweiten relevanten geographischen Markt, der alle Mitgliedstaaten außer Deutschland umfaßt. Tatsächlich richten sich die Beanstandungen der Klägerinnen bereits gegen die Abgrenzung dieses Marktes, die Möglichkeit, die Verordnung auf kollektive beherrschende Stellungen anzuwenden, die falsche Verwendung des Begriffes der kollektiven beherrschenden Stellung und schließlich die Verhängung von Bedingungen und Auflagen zu Lasten Dritter, die nicht am Zusammenschluß beteiligt sind.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, daß ich mich, da die Argumente von SCPA und EMC weitestgehend in denjenigen der französischen Regierung enthalten sind (die sie im übrigen breiter und detaillierter ausgestaltet hat), bei meinen folgenden Ausführungen insbesondere auf das Vorbringen der französischen Regierung konzentrieren werde. Selbstverständlich werde ich die Besonderheiten jeder der behandelten Klagen hervorheben.

1. *Die Abgrenzung des relevanten geographischen Marktes*

62. Die Festlegung der Gemeinschaft (mit Ausnahme Deutschlands) als zweiten relevanten geographischen Markt für die Zwecke der Beurteilung des Zusammenschlusses ist nach Ansicht sämtlicher Klägerinnen nicht hinreichend begründet und beruht auf einer falschen und unvollständigen Würdigung der zu untersuchenden Einzelheiten. Insbesondere führt die französische Regierung aus, daß die von der Kommission für die Abgrenzung des in Rede stehenden geographischen Marktes verwendeten Kriterien die Kommission, wenn sie mit denjenigen übereinstimmten, die gewöhnlich in der Praxis bei der Anwendung der Verordnung verwendet würden, dazu hätten veranlassen müssen, das Vorhandensein eines einheitlichen Marktes,

der aus den anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft gebildet werde, zu verneinen. Es handele sich in Wirklichkeit um einen aus mehreren Gründen sehr heterogenen Markt.

Die Kommission erwidert, daß die Definition der gesamten Gemeinschaft mit Ausnahme Deutschlands als gesonderter geographischer Markt rechtmäßig und korrekt sei; diese Definition sei anhand des speziellen Falles, insbesondere der Art und der Merkmale des betreffenden Erzeugnisses, erstellt worden. Dies erkläre auch, weshalb der Rückgriff auf die in anderen Fällen angewandten Kriterien wenig angemessen gewesen wäre.

63. Vorab ist zu sagen, daß die Definition des relevanten geographischen Marktes als notwendige Voraussetzung für jede Prüfung eines angeblich wettbewerbswidrigen Verhaltens noch bedeutender wird, wenn, wie im vorliegenden Fall, das Vorliegen einer beherrschenden Stellung dargetan werden soll [67].

Obwohl die Kommission unbestreitbar auf diesem Gebiet über ein weites Ermessen verfügt, versteht es sich von selbst, daß der Gemeinschaftsrichter dennoch die Richtigkeit und Angemessenheit der Untersuchung in der Entscheidung, die der Feststellung einer kollektiven beherrschenden Stellung auf dem Markt der Gemeinschaft mit Ausnahme Deutschlands als Begründung dient [68], zu prüfen hat.

64. An dieser Stelle ist es angebracht, darauf hinzuweisen, daß die Verordnung keine klaren Anhaltspunkte für die Definition des relevanten geographischen Marktes liefert, sondern nur in Artikel 9 Absatz 7 notwendige Kriterien für die Beurteilung der Frage aufstellt, ob innerhalb eines Mitgliedstaats ein gesonderter Markt besteht und somit die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen die Kommission die Untersuchung eines angemeldeten Zusammenschlusses den zuständigen Behörden des Mitgliedstaats überläßt. Diese Kriterien sind in Abschnitt 5 des Formblatts CO [69] aufgeführt: „Der geographisch relevante Markt umfaßt das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten, insbesondere aufgrund merklich unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen, die in diesen Gebieten herrschen, abgrenzt. Maßgeblich für die Bestimmung des geographisch relevanten Marktes sind insbesondere Art und Eigenschaften der betroffenen Produkte oder Dienstleistungen, die Existenz von Marktzutrittsschranken oder Verbraucherpräferenzen, deutlich unterschiedliche Marktanteile der Unternehmen zwischen benachbarten Gebieten oder wesentliche Preisunterschiede."

67 — In bezug auf den Begriff des relevanten Marktes hat das Gericht im Urteil vom 21. Februar 1995 in der Rechtssache T-29/92 (SPO u. a./Kommission, Slg. 1995, II-289) hervorgehoben, daß dieser Gesichtspunkt bei der Anwendung des Artikels 86 von größerer Bedeutung ist als bei der Anwendung des Artikels 85. Die Ausführungen bei dieser Gelegenheit erscheinen mir auch im Zusammenhang mit einer beherrschenden Stellung, die Auswirkung eines Zusammenschlusses ist, anwendbar.

68 — Urteil vom 10. März 1992 (zitiert in Fußnote 38, Randnr. 360.

69 — Formblatt CO, geregelt in der Verordnung Nr. 2367/90 (zitiert in Fußnote 13).

Unter den nach den Bestimmungen im Formblatt CO zu berücksichtigenden einzelnen Punkten besteht daher keine Rangfolge, aus der sich ableiten ließe, daß einer davon gegenüber den anderen Vorrang oder im Vergleich zu ihnen höhere Bedeutung hätte. Daher ist, selbst wenn man dem Vorbringen der Kommission nicht folgen kann, daß die in den vorherigen Entscheidungen angewandten Kriterien im vorliegenden Fall ohne Einfluß seien, festzustellen, daß die früheren Entscheidungen nur einen Vergleichsparameter darstellen und daß die Angemessenheit und die Kohärenz der Festlegungen der Kommission nach Maßgabe des besonderen Kontextes des einzelnen Sachverhalts zu prüfen sind.

65. Sodann gehe ich zur Prüfung der einzelnen erhobenen Rügen über. Erstens soll die Kommission nach Ansicht der Klägerinnen einen Markt als homogen betrachtet haben, der sich zusammensetze aus Ländern ohne jede inländische Erzeugung (wie Belgien, die Niederlande, Dänemark und Griechenland), Erzeugerländern, in denen die Erzeugung strukturell höher als der Verbrauch sei (Spanien und das Vereinigte Königreich), und andere, in denen der Verbrauch strukturell größer sei als die Erzeugung (Frankreich). Hinzu komme, daß sich die Erwerbsstrategien der Einfuhrmitgliedstaaten wesentlich voneinander unterschieden, so daß praktisch der gesamte innergemeinschaftliche Handelsverkehr aus einer in eine Richtung verlaufenden Strömung und nicht aus einem wechselseitigen Austausch bestehe, der üblicherweise einen tatsächlich homogenen Markt kennzeichne.

Die Kommission hat daher nach Ansicht der französischen Regierung völlig unterschiedliche Sachverhalte miteinander vermengt, wobei sie eine gewisse Homogenität nur bei Staaten ohne Erzeugung habe ermitteln können. Der spätere Beweis für die mangelnde Homogenität des untersuchten Marktes ergebe sich aus einer Prüfung der Marktanteile der Lieferanten, die von Land zu Land erheblich voneinander abwichen, und aus der Konzentration des Angebots. Auch die Beurteilung der Merkmale der Nachfrage bestätige, daß kein relevanter geographischer Markt vorliege, der sich aus sämtlichen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Deutschlands zusammensetze. Die Beurteilung der Kommission in bezug auf die Ersetzbarkeit der Erzeugnisse sei falsch, da die Wahl der Kalierzeugnisse von der geologischen Natur des Bodens, der landwirtschaftlichen Fläche, den Gewohnheiten der Verbraucher und der Agrarpolitik sowie vom Vorhandensein einer regionalen Kaliindustrie abhänge [70].

66. Die Kommission erwidert, daß die Einbeziehung von Ländern ohne Erzeugung und Erzeugerländern in ein und denselben Markt keine falsche Abgrenzung des relevanten geographischen Marktes bedeute, so daß das Vorhandensein eines einzigen Erzeugers in einem Mitgliedstaat nicht maßgebend sei. Hingegen schließe das Vorhandensein von Handelsströmen in einer Richtung die Homogenität des betroffenen Marktes nicht aus, sondern sei nach der wirtschaftswissenschaftlichen Lehre völlig damit vereinbar. Andernfalls wäre es nicht möglich, die verschiedenen Erwerbsstrategien der Einfuhrmitgliedstaaten zu berücksichtigen, ins-

70 — Die klagenden Unternehmen scheinen jedoch mit der Kommission in bezug auf die Ersetzbarkeit der Erzeugnisse übereinzustimmen, machen allerdings geltend, daß dies von der Art und Weise der Definition des relevanten Marktes für das Erzeugnis abhänge und daher keinen Einfluß auf die Abgrenzung des relevanten geographischen Marktes habe.

besondere wegen des unterschiedlichen Marktanteils der wichtigsten Wirtschaftsteilnehmer in den verschiedenen Ländern, was bei der Abgrenzung des relevanten Marktes nicht maßgebend sei, da dieser beispielsweise von vorhandenen Handelsschranken oder tiefverwurzelten Gewohnheiten der Verbraucher abhängen könne.

Die Kommission ist der Ansicht, die Merkmale der Nachfrage nach den betreffenden Erzeugnissen seien hinreichend gewürdigt worden, und sie habe einerseits einen hohen Grad an Ersetzbarkeit festgestellt, da die Verbraucher in keinem Land außer Deutschland den örtlichen Erzeugnissen eindeutig den Vorzug gäben, und zum anderen die Fähigkeit sämtlicher Kalierzeuger der Gemeinschaft, verschiedene Arten dieser Produkte zu erzeugen. Es gebe also keinen geeigneten Anhaltspunkt, um aus der Struktur der Nachfrage das Vorhandensein unterschiedlicher nationaler Märkte herzuleiten; dies sei anders als in den Fällen, in denen sich eine Präferenz der Verbraucher für wohlbekannte Marken [71] oder für inländische Erzeugnisse [72] oder eine außerordentlich schwache Nachfrage auf einem in der Einführungsphase befindlichen Markt [73] habe feststellen lassen.

67. Zweitens ist nach Ansicht der Klägerinnen die Untersuchung der Transportkosten und der Preise innerhalb des Referenzmarktes, wie sie von der Kommission durchgeführt wurde, in keiner Weise nachvollziehbar. In bezug auf den ersten Punkt habe die Kommission in Wirklichkeit keine Untersuchung vorgenommen, sondern nur apodiktisch behauptet, daß die Transportkosten kein Hemmnis für die Handelsströme darstellten.

Ebenfalls mangelhaft sei die Untersuchung der Kalipreise in der Gemeinschaft: Die Kommission habe es unterlassen, eine vergleichende Untersuchung der von den verschiedenen Wirtschaftsteilnehmern in den einzelnen Mitgliedstaaten praktizierten Preise vorzunehmen, wie es erforderlich gewesen wäre. Zum Beweis dafür, daß es keine wesentlichen Unterschiede zwischen den verschiedenen Mitgliedstaaten beim Preisniveau gebe, habe sie fünf Jahre alte statistische Angaben vorgelegt, die daher nicht nachvollziehbar seien.

68. Die Kommission weist die Kritik an ihrer Prüfung zurück und wendet ein, daß das Fehlen von Handelsströmen zwischen Erzeuger- und Einfuhrländern nicht immer und nicht notwendigerweise durch die Transportkosten verursacht worden sei. Zum anderen beweise das Vorliegen eines Handelsverkehrs zwischen einigen nicht benachbarten Ländern (Deutschland und Portugal, Spanien und Belgien, Deutschland und Irland) und demgegenüber das Fehlen von Handelsströmen zwischen benachbarten Staaten (Großbritannien und Niederlande), daß die Transportkosten nicht prohibitiv seien. In diesem Zusammenhang verweist die Kommission auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 42), die bewiesen, daß die Kosten nicht so hoch seien, daß die Handelsströme in bezug auf den in Rede stehenden geographischen Markt behindert würden.

71 — Entscheidung der Kommission vom 29. Mai 1991 (91/403/EWG — Fall Nr. IV/M043 — Magneti Marelli), ABl. L 222, S. 38.

72 — Entscheidung der Kommission vom 6. November 1990 (Fall Nr. IV/M004 — Renault Volvo), ABl. C 281, S. 2.

73 — Entscheidung Nestlé/Perrier, zitiert in Fußnote 66.

Zu den in den Mitgliedstaaten außer Deutschland praktizierten Preisen führt die Kommission aus, daß es bei ihnen keine merklichen Unterschiede gebe. Der größte Preisunterschied innerhalb der Gemeinschaft betrage 10 %, während sich der Unterschied gegenüber Deutschland auf bis zu 20 % belaufe.

69. Schließlich hätte die Kommission nach Ansicht sämtlicher Klägerinnen bei der Beurteilung des Zusammenschlußvorhabens zumindest den französischen und den spanischen Markt abtrennen müssen, die wegen ihrer besonderen Merkmale im Vergleich zu den anderen Partnern in der Gemeinschaft keine homogenen Wettbewerbsbedingungen aufwiesen. Insbesondere weist nach Ansicht der französischen Regierung der spanische Markt mit dem deutschen Markt vergleichbare Merkmale auf, während sich der französische Markt in einer ganz besonderen Situation befinde, da die Erzeugung unter dem Verbrauch liege und es einen einzigen großen Wirtschaftsteilnehmer gebe.

Daß der Markt der beiden erwähnten Staaten nicht von demjenigen der übrigen Gemeinschaft abgetrennt worden sei, führe zu einer vollständigen Verfälschung der Untersuchung der Wettbewerbsbedingungen vor und nach dem Zusammenschluß und gebe ein verzerrtes Bild des tatsächlichen Kräfteverhältnisses zwischen K + S und SCPA ab.

70. Die Kommission erwidert, daß das Vorhandensein bedeutender Handelsströme, auch wenn sie nur in eine Richtung gingen, das Fehlen erheblicher Preisunterschiede und die Ersetzbarkeit der verschiedenen Kalierzeugnisse dazu zwängen, auch Spanien und Frankreich in den Gemeinschaftsmarkt mit Ausnahme Deutschlands einzubeziehen, zumal die in diesen beiden Ländern angewandten Vertriebsmethoden die gleichen seien wie die in der übrigen Gemeinschaft (mit Ausnahme Deutschlands) verwendeten.

In bezug auf Frankreich bestreitet die Kommission sodann, daß die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt dieses Landes sich vom Rest der Gemeinschaft unterschieden, und macht geltend, daß in diesem Zusammenhang dem Umstand, daß K + S und SCPA/EMC den französischen Markt künstlich vom Gemeinschaftsmarkt getrennt gehalten hätten, keine Bedeutung beigemessen werden könne. Dies ändere in keiner Weise die grundsätzliche Homogenität der beiden Märkte, die auf objektiven Faktoren beruhe.

71. Zunächst möchte ich bemerken, daß die Einseitigkeit der Handelsströme, die die Kommission selbst einräumt, zweifellos ein wichtiger Faktor bei der Festlegung des relevanten geographischen Marktes ist, da sie das Vorhandensein von Schranken bei der Einfuhr in die einzelnen Länder vermuten lassen könnte, die die Vermarktung der Erzeugnisse behindern und auf diese Weise die Existenz

nationaler Märkte beweisen könnten [74]. Diese Frage hätte allerdings einer vertieften Untersuchung seitens der Kommission bedurft, die sich jedoch darauf beschränkt hat, das Vorhandensein umfangreicher Handelsströme zwischen den betreffenden Mitgliedstaaten hervorzuheben.

Keinesfalls überzeugend ist auch, daß die Kommission den Umstand, daß die wichtigsten Wirtschaftsteilnehmer auf dem Sektor bedeutende Marktanteile im eigenen Land, die sich deutlich von denjenigen in den anderen Ländern unterscheiden, hielten und noch halten, und die geringe Bedeutung, die dem Grad der Konzentration des Angebots beigemessen wurde, nicht berücksichtigt hat.

72. Die aufgezeigten Mängel können jedoch die Beurteilung der Kommission nicht entwerten, die offensichtlich auf objektiven Umständen beruht, die im wesentlichen unbestritten geblieben sind.

Vor allem dürften im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für die Annahme nicht gegeben sein, daß die Struktur der Nachfrage unterschiedliche nationale Märkte aufdecke, zumal in der gesamten Gemeinschaft mit Ausnahme Deutschlands ein hoher Grad an Ersetzbarkeit der Kalierzeugnisse gegeben ist und es keine besonderen Präferenzen der Verbraucher für besondere Erzeugnisse gibt, die nur bei den örtlichen Erzeugern erhältlich wären.

73. Was die Beurteilung der Transportkosten angeht, eines Umstands, der gewöhnlich zu den bedeutendsten Faktoren für die Definition des Begriffes des relevanten Marktes gezählt wird, wie der Gerichtshof selbst in der Rechtssache Suiker Unie u. a./Kommission [75] eingeräumt hat, hat sich die Kommission allerdings auf allgemeine Behauptungen beschränkt [76]. Jedoch dürfte es der klagenden Regierung nicht gelingen, darzutun, daß die Kostenunterschiede „Schranken bei der Einfuhr" darstellten: Bekanntlich sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes unterschiedliche Transportkosten in diesem Zusammenhang unerheblich, sofern sie „nicht diskriminierend sind" [77].

Gleiches kann für die Untersuchung der Preise der fraglichen Erzeugnisse gelten, die einen weiteren zu prüfenden bedeutsamen Faktor darstellen, wie die Kommission in früheren Fällen festgestellt hat [78]. Zwar bestehen tatsächlich die einzigen von der Kommission gelieferten Angaben zum

74 — Andererseits wurde, um vom Gegenteil her zu argumentieren, die Gegenseitigkeit der Handelsströme von der Kommission als wichtiger oder sogar maßgebender Anhaltspunkt für die Zugehörigkeit zu ein und demselben geographischen Markt angesehen; vgl. die Entscheidung Mannesmann/Vallourec/Ilva, zitiert in Fußnote 58, 33. bis 37. Begründungserwägung. Siehe hierzu auch Cook und Kerse, zitiert in Fußnote 48, S. 145 f.

75 — Urteil vom 16. Dezember 1975 in den verbundenen Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73 (Slg. 1975, 1663, Randnr. 372).

76 — Beispielsweise behauptet sie in der Entscheidung, daß sich die Transportkosten „tendenziell unterschiedlich [gestalten] ... Es erscheint jedoch, daß die Transportkosten sich nicht auf einem Niveau bewegen, das Handelsströme in der EG außerhalb Deutschlands verhindern könnte" (Randnr. 42 der Entscheidung).

77 — Urteil vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76 (United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207, Randnrn. 52 und 53).

78 — So z. B. in der Entscheidung Magneti Marelli, zitiert in Fußnote 71.

Beweis des Fehlens deutlicher Preisunterschiede von Staat zu Staat aus einigen von der FAO stammenden statistischen Daten, für den Zeitraum 1987 bis 1989 und aus der Angabe der von K + S 1992 in Belgien, den Niederlanden und Deutschland praktizierten Preise, jedoch haben weder die französische Regierung noch die klagenden Unternehmen dem Ergebnis der Kommission Tatsachen entgegengehalten, die das Gegenteil beweisen. Die klagenden Unternehmen haben sogar ausgeführt, daß es keine grundlegenden Preisunterschiede gebe, auch wenn sie dies auf die Transparenz des Marktes und nicht auf dessen Homogenität zurückgeführt haben.

74. Wenn den bisherigen Ausführungen noch hinzugefügt wird, daß die Klägerinnen die wesentliche Einheitlichkeit der in den verschiedenen Staaten angewandten Vertriebsmethoden nicht bestritten haben, die geeignet ist, das Vorhandensein von Hindernissen bei der Einfuhr auszuschließen, die denen in Deutschland ähneln, so ist die Beurteilung durch die Kommission als im wesentlichen korrekt und hinreichend begründet zu betrachten.

Auch die Ausführungen der französischen Regierung, mit denen sie dartun möchte, daß Frankreich und Spanien selbständige Märkte darstellten, die mit dem Rest der Gemeinschaft nicht vermengt werden dürften, kann zu keinem anderen Ergebnis führen, obwohl der Standpunkt der Kommission einige Widersprüche enthält.

75. In diesem Zusammenhang ist jedoch einzuräumen, daß bei der Beurteilung der sogenannten „Schranken bei der Einfuhr" [79] das Bestehen des rechtlichen Monopols der SCPA (auch wenn sich dieses auf den Transit der Einfuhren aus Drittländern beschränkt), von dem die Kommission festgestellt hat, daß es eine bedeutende Schranke bei der Einfuhr nach Frankreich darstelle [80], bei der Entscheidung der Frage, ob Frankreich einen gesonderten Markt darstellen kann, nicht berücksichtigt wird.

Dieser Fehler läßt sich auch nicht, wie die Kommission geltend macht, mit der Unterscheidung zwischen Schranken, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr behindern, und Schranken, die den Handelsverkehr mit Drittländern hemmen, erklären. Es erscheint tatsächlich zumindest zweifelhaft, ob das Vertriebsmonopol der SCPA Auswirkungen im Bereich des Zugangs der Erzeugnisse von Drittländern zum Markt der anderen Mitgliedstaaten hat, während einige der Angaben der französischen Regierung, die von der Kommission nicht bestritten werden, das Gegenteil beweisen [81].

Die dargelegten Widersprüche dürften jedoch nicht als Begründung dafür ausreichen, daß dem Vorbringen der französischen Regierung gefolgt wird: Nach den ausdrücklichen Beurteilungen der Kommission, die unbestritten geblieben sind, weisen sowohl Spanien als auch Frankreich unter dem Gesichtspunkt der Ersetzbarkeit der Erzeugnisse, der Öffnung der Märkte (bestätigt durch den großen Umfang der Einfuhren), des Preisniveaus und der Vertriebssysteme

79 — Unter den Schranken bei der Einfuhr sind die staatlichen Vertriebsmonopole von gewisser Bedeutung: siehe z. B. Entscheidung der Kommission vom 29. April 1991 (Fall IV/M063 — ELF/Ertoil; ABl. C 124, S. 13).

80 — Nr. 53 der Gegenerwiderung.

81 — Aufgeführt in Nr. 78 der Erwiderung.

die gleichen wettbewerbsmäßigen Merkmale wie der Rest des Gemeinschaftsmarktes auf. Auch in bezug auf diese beiden Länder gibt es also hinreichende Anhaltspunkte, um die Entscheidung der Kommission, sie in den Markt sämtlicher Mitgliedstaaten mit Ausnahme Deutschlands einzubeziehen, als begründet zu erachten.

76. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen stelle ich fest, daß die Abgrenzung des geographischen Marktes in der Entscheidung in ihren Grundzügen und vor allem in ihrem Ergebnis zu billigen ist.

Die Kommission hätte ihre eigenen Wertungen, die bei genauer Prüfung einige Annäherungen enthalten, mit treffenderen Argumenten belegen können und vielleicht müssen. Doch bin ich der Ansicht, daß sich eine gewisse Homogenität der Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt aller Mitgliedstaaten mit Ausnahme Deutschlands wirksam widerlegen ließe, und vor allem belegen die Einwände der französischen Regierung nicht in überzeugender Weise das Gegenteil. Im übrigen sollte nicht vergessen werden, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die „Homogenität" der Wettbewerbsbedingungen für die in Rede stehenden Zwecke keine vollständige Gleichheit der Bedingungen in den verschiedenen Teilen des als relevanter Markt betrachteten Gebietes bedeutet. Erforderlich ist vielmehr, daß Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind, um nicht diskriminierend zu sein [82], so daß sie den Wirtschaftsteilnehmern gleiche Wettbewerbschancen einräumen.

77. Im vorliegenden Fall ermöglicht es das Vorbringen der klagenden Regierung nicht, die Wettbewerbsbedingungen innerhalb des von der Kommission als relevant festgelegten Marktes für nicht homogen zu erklären. Daher schlage ich vor, den von der französischen Regierung vorgebrachten Klagegrund zurückzuweisen.

2. *Die Möglichkeit der Verwendung der Verordnung über Zusammenschlüsse für Eingriffe in kollektive beherrschende Stellungen*

78. Die Bedingungen, von denen die Entscheidung die Genehmigung des untersuchten Zusammenschlusses abhängig macht, hatten, daran sei erinnert, gerade den Zweck, aufgrund der Untersuchung der Kommission die Voraussetzungen einer beherrschenden Stellung von K + S und SCPA auf dem betreffenden Markt zu beseitigen.

Sowohl die französische Regierung als auch SCPA und EMC, die jedoch das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung im vorliegenden Fall verneinen, machen geltend, daß die Verordnung auf solche Fälle gar nicht anwendbar sei.

82 — Urteil United Brands/Kommission (zitiert in Fußnote 77), Randnrn. 44 und 52 bis 53.

79. Die Klägerinnen tragen vor, daß bei der Anwendung der Bestimmungen über die Kontrolle von Zusammenschlüssen bereits theoretisch und allgemein betrachtet der Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung nicht heranzuziehen sei. Hierfür gebe es mehrere Gründe:

— Erstens stehe dem der Wortlaut entgegen. Denn Artikel 2 der Verordnung regele im Unterschied zu Artikel 86 des Vertrages — „... ein oder mehrere Unternehmen ..." — nicht ausdrücklich den Fall der kollektiven beherrschenden Stellung.

— Zweitens ließen weder die Rechtsgrundlagen der Verordnung — die Artikel 235 und 87 des Vertrages — noch die Absicht des Gesetzgebers die Anwendung der Bestimmungen über Zusammenschlüsse auf oligopolistische Sachverhalte zu.

— Schließlich lasse sich eine letzte Bestätigung in den Verfahrensgarantien erblicken, die die Verordnung Dritten biete; insbesondere seien die Schutzmöglichkeiten derjenigen, die an der kollektiven beherrschenden Stellung, jedoch nicht am Zusammenschluß beteiligt seien, unzureichend.

80. Auf dieses Vorbringen erwidert die Kommission:

— Der Inhalt der Verordnung, insbesondere der Umstand, daß der Fall einer beherrschenden Stellung „mehrerer Unternehmen" nicht ausdrücklich vorgesehen sei, lasse es nicht zu, ihre Anwendung auf Fälle der Begründung oder Verstärkung kollektiver beherrschender Stellungen auszuschließen. In diesem Zusammenhang sei es nicht unerheblich, daß Artikel 2 Absatz 3 für die beherrschende Stellung an Zusammenschlüsse und nicht an die betroffenen Unternehmen anknüpfe und dabei die Auswirkungen auf einen wirksamen Wettbewerb berücksichtige.

— Die Rechtsgrundlagen der Verordnung deuteten darauf hin, daß sie eine von den Artikeln 85 und 86 gelassene Lücke in der Kontrolle der oligopolistischen Beherrschung schließen solle. Die vorbereitenden Arbeiten bzw. die Erklärungen, auf die sich die französische Regierung berufe, enthielten nichts, was den Schluß erlaube, daß der Rat beabsichtigt habe, die Anwendung der Verordnung bei der Beurteilung und Beseitigung kollektiver beherrschender Stellungen auszuschließen.

— Eine Entscheidung über die Genehmigung eines Zusammenschlusses binde nur und ausschließlich die anmeldenden Unternehmen. Da die abschließende Entscheidung über das durch die Verord-

nung eingeführte Verfahren Dritten, auch solchen, die an der betreffenden beherrschenden Stellung beteiligt seien, keinen Schaden zufügen könne, könne nicht von fehlenden oder unzureichenden Garantien für Dritte gesprochen werden. Auf alle Fälle schützten die Modalitäten des Verfahrens zur Anwendung der Verordnung die Rechte und die Belange Dritter weitgehend.

— Die Möglichkeit, einen Zusammenschluß zu verbieten, der die oligopolistische Ausrichtung des Marktes verstärke, beruhe auf der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie, daß der Wettbewerb einen Schaden erleide, wenn bestimmte Voraussetzungen innerhalb eines oligopolistischen Marktes erfüllt seien. Die Verwendung der Verordnung für Eingriffe in kollektive beherrschende Stellungen sei daher unerläßlich, um einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten zu können.

— Der Wortlaut

81. Zunächst möchte ich bemerken, daß die Ansicht der Klägerinnen kaum zu widerlegen ist. Denn die Verordnung, insbesondere Artikel 2, enthält keine auch nur indirekte Verweisung auf den Begriff der oligopolistischen beherrschenden Stellung. Diese Lücke ist um so bemerkenswerter, wenn man bedenkt, daß, wie die Klägerinnen vortragen, Artikel 86 des Vertrages ausschließlich vorsieht, daß der Mißbrauch einer beherrschenden Stellung durch „ein oder mehrere Unternehmen" mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist.

Offensichtlich bezieht sich Artikel 2 Absatz 3, der ebenfalls, wie die Kommission vorträgt, auf die beherrschende Stellung im Zusammenhang mit dem Zusammenschluß und nicht mit den beteiligten Unternehmen abstellt, auf die beherrschende Stellung des Zusammenschlusses und nicht auch auf die beherrschende Stellung, die dritte Unternehmen im Zusammenhang mit dem Zusammenschluß ausüben. Unter diesen Umständen könnte man sich nur allzu leicht auf den bekannten Rechtsgrundsatz Ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit, berufen.

82. Zwar kann allerdings der Wortlaut nicht zu dem Ergebnis führen, daß die Verordnung nur Zusammenschlüsse bekämpfen soll, die eine beherrschende Stellung eines und desselben Unternehmens begründen oder verstärken, während sie nicht für solche gilt, die auf eine beherrschende Stellung mehrerer Unternehmen hinauslaufen [83], jedoch kann der Wortlaut des Artikels 2 der Verordnung nicht als maßgebend angesehen werden, da eine solche Bestimmung im Lichte der Verordnung insgesamt und nach deren Sinn und Zweck ausgelegt werden muß.

83 — In diesem Sinne z. B. Siragusa-Subiotto, Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi critica della decisioni della Commissione, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1992, I-233, insbes. I-271 f. Der Standpunkt einiger Autoren ist nuancierter, indem er sich darauf beschränkt, die Schwierigkeit der Befolgung der entgegengesetzten Meinung hervorzuheben; so u. a. Cook und Kerse, zitiert in Fußnote 48, S. 134 ff.; Korah, *EC Competition Law and Practice*, London, 1994, S. 242; Bellamy und Child, *Common Market Law of Competition*, London, 1993, S. 343 f.

So komme ich zu den übrigen Argumenten der Klägerinnen in bezug auf die Rechtsgrundlage, den Willen des Gesetzgebers (wie er aus den vorbereitenden Arbeiten hervorgeht und seinen Niederschlag im Wortlaut der Verordnung findet) und auf die Verfahrensgarantien sowie die von der Kommission geltend gemachten Überlegungen wirtschaftlicher Art, die in engem Zusammenhang mit dem Zweck des Wettbewerbsrechts stehen.

— Rechtsgrundlagen und Willen des Gesetzgebers

83. Ich möchte sogleich bemerken, daß ich tatsächlich nicht die Ansicht der Klägerinnen teile, daß die Wahl der Rechtsgrundlagen dafür spreche, daß die Verordnung auf kollektive beherrschende Stellungen nicht anwendbar sei. Grundsätzlich können die Artikel 87 und 235 sehr wohl zu diesem Zweck vermerkt werden. Für die gegenteilige Ansicht kann weder der Umstand herangezogen werden, daß die Verordnung im wesentlichen auf Artikel 235 anstatt auf Artikel 87 gestützt wurde, noch die Erklärung des Rates und der Kommission zu Artikel 22 der Verordnung in dem Teil, in dem er die Anwendbarkeit der Artikel 85 und 86 auf die Zusammenschlüsse ausschließt [84].

84 — Abgesehen davon, daß nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes mündliche Erklärungen nur beschränkte Gültigkeit haben (vgl. z. B. Urteil vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-292/89, Antonissen, Slg. 1991, I-745, Randnr. 18) und daß die betreffende Erklärung keinesfalls so verstanden werden kann, daß sie den Geltungsbereich der Artikel 85 und 86 beschränkt, kann auf eine solche Erklärung sicherlich nicht die Erkenntnis gestützt werden, daß die Rechtsgrundlage, die Artikel 87 des Vertrages bildet, in Wirklichkeit begrenzte Bedeutung hat, mit der Folge, daß der Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung mit Artikel 86 verknüpft werden könnte.

Es muß daher nicht hinzugefügt werden, daß nicht ersichtlich ist, auf welche Weise sonst der Zweck erreicht werden könnte, infolge von Zusammenschlüssen begründete oder verstärkte kollektive beherrschende Stellungen zu verhindern, es sei denn, es würde — was jedoch nicht sachdienlich wäre — festgestellt, daß der Vertrag selbst diese Möglichkeit ausschlösse.

84. Aus diesem Ergebnis kann ich jedoch im Unterschied zur Kommission nicht ableiten, daß die Verordnung tatsächlich mit ihrem gegenwärtigen Wortlaut Eingriffe in kollektive beherrschende Stellungen erlaubte. In diesem Zusammenhang möchte ich nur sagen, daß der Umstand, daß die gewählte Rechtsgrundlage sicherlich geeignet sein dürfte, bestimmte Befugnisse zu verleihen, nicht ohne weiteres bedeutet, daß diese Befugnisse tatsächlich verliehen wurden. Tatsache ist nämlich, daß, gestützt auf diese Rechtsgrundlage, einige Befugnisse vorgesehen sind, andere jedoch nicht.

Letztlich kommt es darauf an, ob der Wortlaut der Verordnung ausdrücklich oder auch implizit bestätigt, daß der Kommission die Befugnis verliehen wurde, in kollektive beherrschende Stellungen einzugreifen. Meines Erachtens spricht der Wortlaut insgesamt eher für eine restriktive Auslegung des Artikels 2.

85. Dafür spricht beispielsweise, wie die Klägerinnen geltend machen, der Wortlaut der fünfzehnten Begründungserwägung der

Verordnung, wonach bei „Zusammenschlüssen, die wegen des begrenzten Marktanteils der beteiligten Unternehmen nicht geeignet sind, wirksamen Wettbewerb zu behindern, ... davon ausgegangen werden [kann], daß sie mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind", und daß eine solche Vermutung dann besteht, „wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen ... 25 v. H. nicht überschreitet". Nach Ansicht der klagenden Unternehmen wäre die Wahl dieses Prozentsatzes unangemessen, wenn die Verordnung auch auf die kollektiven beherrschenden Stellungen anwendbar wäre [85].

Allerdings findet sich die Vermutung der Unvereinbarkeit einer beherrschenden Stellung aufgrund eines Gesamtmarktanteils, der 25 % überschreitet, die in den Begründungserwägungen enthalten ist, nicht im verfügenden Teil der Verordnung [86]. Andererseits bilden die Marktanteile in den Entscheidungen im Sinne der Verordnung nur den Ausgangspunkt für die Bewertung der Auswirkungen des Zusammenschlusses, und es sind viele weitere Faktoren zu berücksichtigen [87]. Will man jedoch der fünfzehnten Begründungserwägung irgendeine Bedeutung beimessen, so wäre es nicht unangebracht, sie als Anhaltspunkt für den Willen des Gesetzgebers zu betrachten, den Fall der kollektiven Beherrschung nicht in die Verordnung aufzunehmen, da der Anteil von 25 % sicherlich etwas zu niedrig ist, um für ein Oligopol zu sprechen [88].

86. Hinzu kommt, daß die vorbereitenden Arbeiten eher den Willen des Gesetzgebers bestätigen dürften, die Verordnung auf die kollektiven beherrschenden Stellungen *nicht* anzuwenden. Zwar ist der Wille der Kommission — der während des Verfahrens über den Erlaß der Maßnahme zutage trat und mehrfach zum Ausdruck gebracht wurde —, die bestehende Regelung auf die Oligopole anzuwenden, wohlbekannt [89], jedoch hat die Kommission selbst hervorgehoben, daß der gegenwärtige Wortlaut des Artikels 2 Absatz 3 auf einem mühsam erzielten Kompromiß in bezug auf die Frage der kollektiven beherrschenden Stellungen beruht [90].

In diesem Zusammenhang ist es nützlich, darauf hinzuweisen, daß aus einem Vergleich zwischen dem letzten Vorschlag, den die

85 — In diesem Sinne siehe auch Cook und Kerse (zitiert in Fußnote 48), S. 134.

86 — Die Kommission hat dies beispielsweise in der Entscheidung vom 18. Dezember 1991 (Fall IV/M165 — Alcatel/AEG Kabel) (ABl. 1992, C 6, S. 23), 22. Begründungserwägung, hervorgehoben.

87 — Zum Beispiel die Entscheidung 94/359/EG der Kommission vom 21. Dezember 1993, mit der die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt wird (Fall IV/M358 — Pilkington-Techint/SIV) (ABl. 1994, L 158, S. 24). Ferner erinnere ich daran, daß auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 86 der Marktanteil zwar einen erheblichen Anhaltspunkt für eine beherrschende Stellung bildet, wenn er mindestens 80 % erreicht, jedoch nicht notwendigerweise einen maßgebenden Umstand darstellt, sondern gemeinsam mit anderen Umständen zu prüfen ist; in diesem Sinne u. a. Urteil vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 247/86 (Alsatel, Slg. 1988, 5987, Randnr. 19).

88 — In diesem Zusammenhang sieht beispielsweise das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das auf einer strukturellen Konzeption beruht, die auf ein System von Vermutungen nach Maßgabe des Marktanteils der Unternehmen gestützt wird, Schwellenwerte von mindestens 50 % vor. Im einzelnen lautet § 23a Artikel 2 Absatz 2 dieses Gesetzes wie folgt: „Für die Zusammenschlußkontrolle gilt auch eine Gesamtheit von Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie
1. aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die auf einem Markt die höchsten Marktanteile und zusammen einen Marktanteil von 50 vom Hundert erreichen, oder
2. aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die auf einem Markt die höchsten Marktanteile und zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen ..."

89 — Hierfür genügt der Hinweis auf den *XVI. Bericht über den Wettbewerb* von 1986, insbesondere Nr. 333.

90 — Siehe S. 36 der Gegenerwiderung.

Kommission vorgelegt hat [91], und dem endgültigen Wortlaut hervorgeht, daß die Bezugnahme auf die Hemmnisse für die Aufrechterhaltung und die Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs, die in dem ersten Vorschlag enthalten war, dann durch den Begriff „beherrschende Stellung" ersetzt wurde, der unweigerlich an den Wortlaut des Artikels 86 erinnert. Unter diesen Umständen ergibt sich zwingend der Schluß, daß der endgültige Wortlaut die Frucht einer bewußt getroffenen Wahl ist, die, wie die Kommission einräumt, von der Schwierigkeit bestimmt war, zu einer Einigung in diesem Punkt zu gelangen.

87. Nun kann der Umstand, daß der Rat nach dem Willen einiger seiner Mitglieder und ohne das Einverständnis anderer entschieden hat, bedauert werden, er läßt sich jedoch nur vom Gesetzgeber selbst überwinden. Die Ansicht der Kommission, daß diese Situation in Ermangelung einer Bestimmung, die die Anwendbarkeit der Verordnung auf die kollektiven beherrschenden Stellungen ausdrücklich ausschließt, bedeute, daß die Frage offengelassen worden sei, erscheint mir nicht überzeugend. In jedem Fall meine ich nicht, daß die Kommission, wie sie jedoch geltend macht, davon ausgehen kann, daß ihr die Befugnis verliehen wurde, die Probleme zu lösen, die die Mitgliedstaaten absichtlich ungelöst gelassen haben.

Eine andere Ansicht würde, um dies klar zu sagen, darauf hinauslaufen, daß ein Kriterium sui generis der Subsidiarität aufgestellt würde, aufgrund dessen die Kommission immer dann, wenn sie es für angebracht oder geboten hielte, eine Ersatzrolle für die anderen Organe und insbesondere für den Gesetzgeber spielen könnte. In diesem Zusammenhang würde es den Spielregeln sicherlich eher entsprechen, wenn die Kommission die Initiative ergriffe, um eine Änderung der Verordnung im hier erörterten Sinn anzuregen. In Ermangelung dessen zögere ich sehr, zu behaupten, daß die Kommission und der Gerichtshof bei der Anwendung und/oder Auslegung Gesetzeslücken schließen könnten, die einer mit Absicht getroffenen Entscheidung des Gesetzgebers entsprechen [92].

88. Im Ergebnis scheinen die vorbereitenden Arbeiten zu bestätigen, daß der Wille des Gesetzgebers, wie er seinen Niederschlag im Wortlaut der Verordnung gefunden hat, dahin geht, daß diese nicht auf kollektive beherrschende Stellungen anwendbar sein soll. Diese Feststellung ist jedoch für die Zwecke, die hier erheblich sind, nicht maßgebend. Denn die vorbereitenden Arbeiten können höchstens Anhaltspunkte liefern, sind aber nicht maßgebend, da auf alle Fälle bei der Feststellung, ob eine Bestimmung richtig ausgelegt wird, der Wortlaut und der Zweck der betreffenden Regelung zu beachten sind.

— Die Verfahrensgarantien

89. Ich gehe damit zur Prüfung eines Gesichtspunkts über, der in diesem Zusammenhang zweifellos grundlegende Bedeutung hat. Sowohl die französische Regierung als

91 — Siehe KOM(88) 734/endg. — Revidierte Fassung.

92 — Bereits Trabucchi (zitiert in Fußnote 31), S. 503, hat in bezug auf die Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht ausgeführt: „Die häufige Bezugnahme auf wirtschaftliche Daten und die Bedeutung, die gerichtlichen Entscheidungen beigemessen wird, stehen nicht im Gegensatz zur *wesentlichen Funktion des Gerichtshofes, die darin besteht, den Vertrag und das davon abgeleitete Recht einzuhalten und für deren Einhaltung zu sorgen* ... Wo eine Norm besteht, ist sie in vollem Umfang zu beachten ..."

auch die klagenden Unternehmen machen nämlich, wie bereits ausgeführt worden ist, geltend, daß sich eine entscheidende Bestätigung des Umstands, daß die Verordnung nicht auf kollektive beherrschende Stellungen anwendbar sein solle und könne, daraus ergebe, daß keine geeigneten Verfahrensgarantien zum Schutz der Rechte der Unternehmen aufgestellt worden seien, die, obwohl sie vom Zusammenschluß nicht betroffen seien, an einer kollektiven beherrschenden Stellung beteiligt seien.

Bereits bei der Prüfung der Zulässigkeit der Klage der klagenden Unternehmen habe ich ausgeführt, daß die Ansicht der Kommission unbegründet ist, wonach die Maßnahme, die das im Sinne der Verordnung eingeführte Verfahren abschließt, nur die Beteiligten am Zusammenschluß binde, mit der Folge, daß Dritten in keinem Fall ein Schaden entstehen könne. Ganz zu schweigen von allem anderen bietet gerade der vorliegende Fall überaus bedeutsame Anhaltspunkte für das Gegenteil [93].

90. Nach diesen Vorbemerkungen ist an dieser Stelle zu bestimmen, ob die in der Verordnung vorgesehenen Verfahrensgarantien zum Schutze Dritter auch dann als angemessen angesehen werden können, wenn die „Dritten" an dem Oligopol beteiligt sind, über das die Kommission entscheidet.

Ich möchte sogleich feststellen, daß die Beteiligung der Dritten am Verfahren, wie sie in der Verordnung vorgesehen ist, im Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall nicht geeignet ist, einen angemessenen Schutz der Verteidigungsrechte zu gewährleisten. Erstens wird den vermutlichen Oligopolisten, die nicht am Zusammenschluß beteiligt sind, keine besondere Information zugeleitet. Zweitens findet gemäß Artikel 18 Absatz 4 die Anhörung Dritter nur dann statt, wenn die Kommission oder die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten es für erforderlich halten, auch andere natürliche oder juristische Personen anzuhören (zu denen offensichtlich auch Unternehmen gehören müssen, die im Verhältnis zum Zusammenschluß Dritte sind), oder auf deren Initiative, wenn sie ein entsprechendes Interesse dartun. Es handelt sich also, wie die Verordnung Nr. 2367/90 [94] (die zeitlich auf

93 — Es ist nämlich nur allzu offensichtlich, daß der den klagenden Unternehmen durch die Entscheidung entstandene Schaden die unmittelbare Folge des Verhaltens ist, das die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen bei der Befolgung der Forderungen der Kommission eingenommen haben. Dies hat bereits der Präsident des Gerichts erster Instanz, der im Verfahren der einstweiligen Anordnung angerufen worden war, erkannt. Im Beschluß vom 15. Juni 1994 (zitiert in Fußnote 30), mit dem der Vollzug des Artikels 1 der angefochtenen Entscheidung ausgesetzt wurde, wird in dem Teil, der sich mit dem Ausscheiden aus der Kali-Export GmbH befaßt, ausgeführt, daß nicht ausgeschlossen werden kann, daß die fragliche Bedingung „die Rechte Dritter — im vorliegenden Fall die der übrigen Gesellschafter der Kali-Export GmbH ... — beeinträchtigen könnte, die nicht am Verfahren vor der Kommission beteiligt waren" (Randnr. 28).

94 — Zitiert in Fußnote 13. Diese Verordnung regelt nämlich in gleicher Weise wie die Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates (ABl. 1963, Nr. 127, S. 2268) nur die Anhörung der Beteiligten am Zusammenschluß (Artikel 13 und 14), während sie für Dritte — als solche werden von der Kommission die im vorliegenden Fall klagenden Unternehmen betrachtet — eine Anhörungsregelung auf deren Antrag ohne jede Verfahrensgarantie vorsieht (Artikel 15). Die französische Regierung hat hierzu vorgetragen, daß diese Anhörungen in der Praxis in der bloßen Kontaktaufnahme mit Beamten der Kommission bestünden, die völlig ungeeignet seien, die Anforderungen an die Information und den Schutz in vollem Umfang am Verfahren beteiligter Personen wie der „Beteiligten" des Oligopols zu erfüllen, das aufgrund des Zusammenschlusses geschaffen worden sei. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, daß die Verordnung Nr. 2367/90 durch die Verordnung Nr. 3384/94 (zitiert in Fußnote 13) ersetzt wurde, deren Bestimmungen unter einigen Gesichtspunkten mehr Schutz bieten. Soweit im vorliegenden Verfahren erheblich, ist der Umfang des Problems im wesentlichen unverändert geblieben. Zwar können Dritte, die schriftliche Erklärungen abgegeben haben, nach Artikel 16 der neuen Verordnung an einer offiziellen Anhörung beteiligt werden, jedoch ist diese Möglichkeit in das Ermessen der Kommission gestellt worden.

den vorliegenden Fall anwendbar ist) bestätigt, um ein nicht zwingendes Verfahren, das informellen Charakter hat, da es ohne Beteiligung der Vertreter der Behörden der Mitgliedstaaten abläuft und ohne die für die Anhörung der Parteien vorgesehene feierliche Form und die dafür vorgesehenen Garantien. Es handelt sich im Kern um ein Verfahren, das geeignet ist, die Rechte eines (in jeder Hinsicht) wirklichen „Dritten" zu schützen, jedoch nicht diejenigen eines an der beherrschenden Stellung „Beteiligten".

91. Die Untersuchung der französischen Regierung, die die in der Verordnung Nr. 2367/90 gemäß Artikel 18 Absatz 4 der Verordnung vorgesehenen Verfahrensmodalitäten mit dem für die gemäß den Artikeln 85 und 86 durchgeführten Verfahren geregelten Mechanismus verglichen hat, bestätigt nur die Unzulänglichkeit der Garantien für die Verteidigungsrechte der Personen, die ein Oligopol bilden, jedoch nicht am Zusammenschluß beteiligt sind [95].

Diese Untersuchung zeigt nämlich gut, wie diejenigen, die an einem Oligopol, von dem behauptet wird, daß es durch einen Zusammenschluß begründet oder verstärkt wird, beteiligt sind, dem sie jedoch nicht angehören, im Unterschied zu den Unternehmen, die eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 einnehmen, als „Dritte" mit den unvermeidlichen negativen Folgen, die sich dafür im Bereich der Verteidigungsrechte ergeben, behandelt werden.

92. Es braucht jedoch nicht daran erinnert zu werden, daß die Wahrung der Verteidigungsrechte in den Verwaltungsverfahren einen unverzichtbaren Wert der Gemeinschaftsrechtsordnung darstellt. Wie der Gerichtshof wiederholt festgestellt hat, ist nämlich „die Gewähr des rechtlichen Gehörs in einem Verfahren, das zu einer den Betroffenen beschwerenden Maßnahme führen kann, ein fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts und selbst dann sicherzustellen, wenn es keine einschlägigen Verfahrensregeln gibt" [96].

Unter diesem Gesichtspunkt könnte die Ansicht der Kommission nicht völlig unberechtigt erscheinen, daß, da die Wahrung der Verteidigungsrechte ein Grundrecht darstelle, das eventuelle Fehlen von Ad-hoc-Verfahrensgarantien in der Verordnung für die Anwendbarkeit der Verordnung auf kollektive beherrschende Stellungen unerheblich sei. Auf alle Fälle bliebe nämlich das Recht des Dritten oder des Beteiligten, dem der

95 — Wie die französische Regierung hervorhebt (S. 20 bis 23 der Klageschrift), läuft nämlich das Verfahren gemäß Artikel 86 nach der Verordnung Nr. 17 (zitiert in Fußnote 51) und der Verordnung Nr. 99/63 (zitiert in der vorhergehenden Fußnote) ständig kontradiktorisch mit den Unternehmen ab, die als Inhaber beherrschender Stellungen ermittelt worden sind und die von Anfang an über das gegen sie eingeleitete Verfahren informiert und in den Stand versetzt werden, sich zu verteidigen.

96 — Urteil Belgien/Kommission (zitiert in Fußnote 56, Randnr. 27). Dies bedeutet, daß, wie im Urteil ausgeführt wird, „demjenigen, gegen den die Kommission ein Verwaltungsverfahren eingeleitet hat, im Laufe dieses Verfahrens Gelegenheit zu geben [ist], zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der behaupteten Tatsachen und Umstände sowie zu den von der Kommission für ihre Behauptung einer Verletzung des Gemeinschaftsrechts herangezogenen Unterlagen Stellung zu nehmen". Im gleichen Sinn bereits Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76 (Hoffmann-La Roche/Kommission, Slg. 1979, 461, Randnrn. 9 und 11).

notwendige Schutz gewährleistet würde, unangetastet.

93. Es handelt sich um eine sicherlich beeindruckende Darlegung, der ich jedoch nicht folgen kann. Zwar müssen die Verteidigungsrechte über die einzelnen ausdrücklichen Bestimmungen hinaus gewahrt werden, doch wäre es paradox, es der Kommission zu ermöglichen, sich dahinter zu verschanzen, wenn sie, obwohl sie eine einschlägige Ad-hoc-Verordnung, wie dies bei der Verordnung Nr. 2367/90 wohl der Fall ist, erlassen hat, die notwendigen Garantien für diejenigen, die durch die Anwendung der in Rede stehenden Regelung geschädigt werden können, aber nicht vorgesehen hat.

Nach dieser Vorbemerkung räume ich ein, daß der Gerichtshof das Problem, das uns beschäftigt, durch die Feststellung überwinden könnte, daß es genüge, die für die Beteiligten eines Zusammenschlusses vorgesehenen Garantien auf die Beteiligten des angeblichen Oligopols zu erstrecken. Trotzdem kann das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung in der Verordnung nur, wie die Klägerinnen geltend machen, bestätigen, daß die Verordnung nach der Absicht des Gesetzgebers nicht dazu bestimmt ist oder zumindest war, auf die kollektiven beherrschenden Stellungen angewandt zu werden. Schließlich braucht kaum hinzugefügt zu werden, daß im vorliegenden Fall die Wahrung der Verteidigungsrechte, auf die die klagenden Unternehmen (nach Ansicht der Kommission) dennoch Anspruch hätten, nicht sicher gewährleistet ist [97].

— Wirtschaftliche Erwägungen und Zielsetzung der Verordnung

94. Weiter sind noch die von der Kommission vorgetragenen wirtschaftlichen Argumente zu prüfen, die eng mit dem Ziel verknüpft sind, einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten.

Im Kern ist es nach Ansicht der Kommission unerläßlich, oligopolistische Sachverhalte einer Kontrolle zu unterziehen [98], soweit daraus ein nicht minder schwerer Schaden für den Wettbewerb erwachsen kann als derjenige, der aus einer individuellen beherrschenden Stellung entsteht. Die Anwendbarkeit der Verordnung auf die kollektiven beherrschenden Stellungen dürfte sich

97 — Denn die Vertreter der klagenden Unternehmen, daran sei erinnert, wurden von den Beamten der Kommission nach wiederholten Anträgen erst am 1. Dezember 1993, d. h. zwei Tage vor der Sitzung des Beratenden Ausschusses und somit als das Spiel bereits gelaufen war, empfangen. Selbst wenn die — von den Klägerinnen bestrittenen — Behauptungen der Kommission richtig wären, daß die Vertreter von SCPA von den Beamten des Organs bereits am 3. November 1993 empfangen worden seien, hätte sich an der Lage nichts geändert, da dennoch eine grundlegende „Intransparenz" für Dritte während des gesamten Verfahrens aufrechterhalten worden wäre. Dies gilt um so mehr, als die Kommission behauptet, erst in der Sitzung vom 1. Dezember seien mit den Vertretern des französischen Unternehmens die von K + S übernommenen Verpflichtungen erörtert worden.

98 — Dieses Erfordernis wird dadurch bestätigt, daß alle wichtigen Antitrust-Regelungen die Normen betreffend die Fusionskontrolle auch im oligopolistischen Bereich anwenden: Für eine vergleichende Betrachtung siehe Briones, „Oligopolistic dominance: is there a common approach in different juridictions? A Review of the decisions adopted by the Commission under the Merger Regulation", in: ECLR, 6, 1995, S. 334 ff.

letztlich auf die Notwendigkeit einer Kontrolle der Oligopole zum Zweck der Wahrung des Wettbewerbs stützen [99].

95. In diesem Zusammenhang möchte ich zunächst darauf hinweisen, daß die Besorgnis der Kommission begründet ist, insbesondere wenn sie im Licht der wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen der Oligopole untersucht wird. Es braucht nämlich kaum erwähnt zu werden, daß das Oligopol, der sogenannte Markt der wenigen [100], nachteilige Wirkungen entfalten kann, die denjenigen annähernd gleichkommen, die gewöhnlich den Monopolen zugeschrieben werden [101]. Hinzu kommt, daß unleugbar zum einen ein bestimmter Zusammenhang zwischen Zusammenschluß und Marktmacht besteht, die als die Macht zu verstehen ist, die Preise durch Beschränkung der Produktion zu erhöhen und dadurch einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen, und daß zum anderen die Zusammenschlüsse ein kollusives Zusammenwirken zwischen Konkurrenten oder parallele, wenn nicht abgestimmte Verhaltensweisen fördern können.

Die Kommission hat im übrigen selbst ausgeführt, daß sich das Problem auch nicht über eine Heranziehung der Artikel 85 und 86 des Vertrages lösen läßt, da diese es in keiner Weise ermöglichen, wirksam auf Oligopole einzuwirken. Mitunter kann man dem Oligopol nämlich nicht auf der Ebene des Verbotes restriktiver Vereinbarungen begegnen, da, wie der Gerichtshof im Zellstoff-Fall klargestellt hat, ein Parallelverhalten, in dem sich der Gedanke des Oligopols zusammenfassen läßt, „nur dann als Beweis für eine Abstimmung angesehen werden kann, wenn es sich nur durch die Abstimmung einleuchtend erklären läßt. Denn Artikel 85 EWG-Vertrag verbietet zwar jede Form der heimlichen Absprache, die geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen; er beseitigt aber nicht das Recht der Unternehmen, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Konkurrenten auf intelligente Weise anzupassen." [102] Auf der anderen Seite stößt die Verwendung des Artikels 86 auf ihre Grenzen, die in der Natur dieses Artikels als Bestimmung begründet liegen, die geeignet ist, nur Fälle bereits bestehender beherrschender Stellungen zu beeinflussen.

96. Die aufgezeigten Lücken halte ich jedoch nicht für ausreichend, um die Verordnung auf die oligopolistische Beherrschung anzuwenden; ich bin auch nicht der Ansicht, daß sich dem Zellstoff-Urteil für die Ansicht der

99 — Gerade unter diesem Gesichtspunkt haben einige Autoren tatsächlich nicht ausgeschlossen, daß die Verordnung auch auf Sachverhalte oligopolistischer Beherrschung angewandt werden kann, wenn der wirksame Wettbewerb in erheblicher Weise von mehreren Unternehmen behindert wird, die gemeinsam in der Lage sind, unabhängig von den Konkurrenten und den Kunden zu handeln. Siehe z. B. Jones, Gonzales-Diaz, *The EEC Merger Regulation*, London, 1992, S. 168 ff.; ferner Venit, „The Evaluation of Concentrations under Regulation 4064/89: The nature of the beast", in: International Mergers and Joint Ventures, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1991, S. 519, insbesondere S. 540 ff.

100 — Von den Pionier-Ausführungen von Cournot, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris, 1848, an hat die wirtschaftliche Theorie des Oligopols eine große Anzahl wichtiger Beiträge erbracht: Siehe zusammenfassend Pigassou, *Les oligopoles et le droit*, Paris, 1983, Kap. III, S. 151 bis 260.

101 — Areeda und Turner, *Antitrust Law*, Vol. III, Boston/Toronto, 1978, S. 359: „Oligopoly with monopoly-like results". Diese Darlegung findet eine Stütze in der Wirtschaftstheorie, die bei derartigen Sachverhalten die gleichen Voraussetzungen für die Ausübung der Marktmacht feststellt, die die Anwendung der Antitrust-Regelung auf Monopole rechtfertigt, und die vor allen Dingen feststellt, daß das Oligopol größere Gefahren für den Wettbewerb als eine individuelle beherrschende Stellung hervorrufen kann, da diese dazu neigt, sich mit der Zeit unter dem Druck des Wettbewerbs der kleineren Unternehmen zu verringern, während ein starkes Oligopol unter bestimmten Umständen lange Zeit andauern kann. Vgl. dazu Scherer und Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, 1990.

102 — Zellstoff-Urteil (zitiert in Fußnote 52), Randnr. 71.

Kommission sprechende Gesichtspunkte entnehmen lassen: Der Umstand, daß nicht durch Artikel 85 sanktionierte Parallelverhaltensweisen vorliegen [103], bedeutet nicht ohne weiteres, daß diese Verhaltensweisen trotzdem mit einer Sanktion zu belegen wären, und er kann vor allen Dingen nicht die extensive Auslegung der Verordnung rechtfertigen, die von der Kommission vorgeschlagen wird.

Im übrigen belegt gerade die vorstehende Überlegung ziemlich deutlich die Inkohärenz des Standpunkts, den die Kommission im vorliegenden Fall einnimmt: Sie rügt, wie wir gesehen haben, die Unangemessenheit der normativen Instrumente, die die Artikel 85 und 86 für den Eingriff in Oligopole bereitstellen, die ihres Erachtens eine extensive Auslegung von Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung rechtfertigt. Jedoch besteht bei richtiger Betrachtung der Eingriff der Kommission in das angebliche Duopol K + S/SCPA/EMC in der „Auflage" für das erstgenannte Unternehmen, die vertraglichen Beziehungen zu den Letztgenannten abzubrechen. Weshalb sollte bei dieser Sachlage und angesichts offensichtlicher Indizien für eine „Absprache" nicht von Artikel 85 Gebrauch gemacht werden [104]?

97. Schließlich liefert auch die im Laufe des Verfahrens mehrfach für die Argumentation in Anspruch genommene Anwendungspraxis keine Argumente, die zu einer anderen Lösung führen könnten. Letztlich wurde in der Entscheidung Nestlé/Perrier, in der die Kommission mit ihrer Absicht nicht hinter dem Berg gehalten hat, einen selbständigen Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung herauszuarbeiten, die Anwendbarkeit der Verordnung auf die Oligopole im wesentlichen auf Artikel 3 Buchstabe g des Vertrages gestützt [105].

Auf diese Bestimmung wird allerdings in der ersten Begründungserwägung der Verordnung allgemein Bezug genommen, und sie muß, indem sie als Zweck den Schutz eines wirksamen Wettbewerbs festlegt, zwingend alle wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen erfassen, unabhängig davon, ob diese auf eines oder mehrere Unternehmen zurückgehen. Allerdings ist in dieser Bestimmung auch festgelegt, daß ihre Anwendung, dies darf nicht vergessen werden, nur „nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge" erfolgt.

98. Der Komplex der bisher untersuchten Umstände nährt nicht geringe Zweifel an der

103 — Zu dieser Frage in allen Einzelheiten vgl. die ausführlichen Schlußanträge von Generalanwalt Darmon im Zellstoff-Fall (Slg. 1993, I-1445). Vgl. ferner für eine neue umfassende Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung Soames, „An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference", in ECLR 1996, S. 24.

104 — Möglicherweise besteht die Antwort auf die Frage in der Dringlichkeit. Eine Bestätigung hierfür könnte beispielsweise der Umstand darstellen, daß eine der ursprünglich vorgesehenen Verpflichtungen, die das Unternehmen Potacan betrifft, die später in die formlose Kenntnisnahme umgewandelt wurde, die vorstehend (im Rahmen der Zulässigkeit) untersucht worden ist, in Wirklichkeit Gegenstand eines Verfahrens nach der Verordnung Nr. 17 war.

105 — Entscheidung 92/553, zitiert in Fußnote 66. In dieser Entscheidung wird weiter ausgeführt, daß, wenn die Verordnung nicht auf Oligopole anwendbar wäre, die nationalen Behörden, die vor ihrer Einführung solche Oligopole nach ihrem eigenen Recht hätten sanktionieren können, auf diese Kontrolle „ohne irgendeinen Ersatz auf Gemeinschaftsebene" (Randnr. 115) verzichtet hätten.

Möglichkeit, den Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung im Rahmen der Bestimmungen der Verordnung über die Konzentrationen zu verwenden. Im Ergebnis stelle ich fest, daß die Bestimmungen der Verordnung nicht auf kollektive beherrschende Stellungen anwendbar sind und daß dies die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen darstellt, die am ehesten nicht nur mit ihrem Wortlaut, sondern auch mit ihrem Sinn und Zweck und allgemein mit der gesamten Systematik in Einklang steht. Die gegenteilige Lösung findet zwar eine gewisse Rechtfertigung auf wirtschaftlicher Ebene, hätte jedoch mehr als eine negative Folge; vor allem würde sie letztlich, da es auch an vergleichbaren Gesetz- und/oder verordnungsrechtlichen Vergleichsparametern mit anderen Antitrust-Systemen fehlt, Unsicherheit hervorrufen. Dies würde auch gegen das wiederholt bestätigte Erfordernis verstoßen, daß Rechtsakte der Gemeinschaft eindeutig sein müssen und ihre Anwendung für die Betroffenen vorhersehbar sein muß [106].

Natürlich können und dürfen, wie ich bereits ausgeführt habe, die von der Kommission geäußerten Befürchtungen wegen der nachteiligen Folgen im Bereich der Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, die die Nichtanwendung der Verordnung auf die Oligopole haben könnte, nicht vernachlässigt werden. Es wäre jedoch korrekter, so glaube ich, diese Befürchtungen in ihre natürliche Dimension zu versetzen und sie zum Gegenstand eines Änderungsvorschlags zu machen, der die einschlägigen Bestimmungen ergänzt.

106 — Urteil vom 22. Februar 1984 in der Rechtssache 70/83 (Kloppenburg, Slg. 1984, 1075, Randnr. 11).

3. *Die unrichtige Verwendung des Begriffes der kollektiven beherrschenden Stellung im vorliegenden Fall*

99. Mit diesem Klagegrund rügen sowohl die französische Regierung als auch die Klägerinnen eine Reihe rechtlicher und tatsächlicher Fehler, die bei der Würdigung der Konzentration auf dem Gemeinsamen Markt außerhalb Deutschlands begangen worden seien.

Allgemein rügt die französische Regierung, daß die Kommission bei der Feststellung des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung weder die von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Artikel 86 aufgestellten noch die in ihren vorherigen Entscheidungen festgelegten Kriterien — die im übrigen flexibler als die vom Gemeinschaftsrichter vorgegebenen seien — befolgt habe. Die französische Regierung trägt zur Untermauerung ihrer Rügen eine Reihe punktueller Beanstandungen vor, die sämtliche in der Entscheidung berücksichtigten Untersuchungsfaktoren betreffen, und hebt gleichzeitig die Bedeutung der Kriterien hervor, die die Kommission zu erwägen unterlassen habe. Diese Beanstandungen sollen die Fehler, die die Entscheidung in bezug auf das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung aufweise, und jedenfalls die unzureichende Begründung dieser Entscheidung belegen.

Die Klägerinnen, die ebenfalls einige der in der Entscheidung berücksichtigten Faktoren mit ähnlichen Argumenten wie die französische Regierung beanstanden, rügen insbesondere, daß die Kommission das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Zusammenschluß und der angeblichen Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung nicht dargetan habe.

100. Die Kommission erwidert, die Kriterien, die sie in der angefochtenen Entscheidung verwendet habe, stünden nicht im Gegensatz zu denjenigen, die sie in früheren Entscheidungen benutzt habe. Sie habe sich nämlich zur Feststellung des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung im vorliegenden Fall im wesentlichen auf drei Kriterien gestützt: den Konzentrationsgrad des Marktes, der nach dem Zusammenschluß festgestellt worden sei, die Strukturelemente im Zusammenhang mit der Art des Marktes und den Merkmalen des Erzeugnisses sowie die strukturellen Beziehungen zwischen den betroffenen Unternehmen.

Der vorliegende Fall unterscheide sich wegen bestimmter besonderer Merkmale von anderen Fällen, in denen sie eingegriffen habe. Erstens habe bereits vor dem Zusammenschluß kein wirksamer Wettbewerb zwischen den beiden wichtigsten Lieferanten von Kalierzeugnissen bestanden, da K + S auf dem französischen Markt nicht aufgetreten sei und wegen der zwischen diesem Unternehmen und SCPA bestehenden Beziehungen. Zweitens nähmen K + S und SCPA wegen der Verstärkung des Wettbewerbs aufgrund des Zusammenschlusses mit MdK eine beherrschende Stellung gegenüber anderen Kalilieferanten ein.

101. Allgemeiner führt die Kommission auf die Einwände der französischen Regierung aus, daß die im Zusammenhang mit Artikel 86 entwickelten Kriterien, obwohl es an ihnen im vorliegenden Fall nicht fehle, im Bereich der Fusionskontrolle nicht ausschlaggebend seien. In diesem Zusammenhang könne nämlich das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung — im Unterschied zu dem Rahmen des Artikels 86, in dem sie hauptsächlich anhand der Marktanteile bestimmt werde — nur das Ergebnis einer auf die Zukunft gerichteten Untersuchung sein. Die Marktanteile stellten daher nur einen Ausgangspunkt dar; im übrigen sei das Wesentliche die Prüfung der Möglichkeit für die gegenwärtigen und potentiellen Kunden, ein Gegengewicht zu der möglicherweise beherrschenden Stellung des neuen Unternehmens zu bilden. Gerade nach einer solchen Prüfung seien nicht wenige Zusammenschlüsse trotz der Tatsache bedeutender Marktanteile, die praktisch sicher geeignet gewesen wären, zur Feststellung der Unvereinbarkeit gemäß Artikel 86 zu führen, im Sinne der Verordnung gebilligt worden.

Zu den in ihrer Entscheidungspraxis festgelegten Kriterien führt die Kommission zum einen aus, daß die Entscheidungen, auf die sich die französische Regierung stütze, mit Ausnahme der Entscheidung Nestlé/Perrier [107], alle nach der angefochtenen Entscheidung ergangen seien, und zum anderen, daß es von den Merkmalen des jeweiligen Einzelfalls abhänge, wenn einigen Kriterien höheres Gewicht als anderen oder ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werde. Daher habe sie den erwähnten Kriterien wegen der Besonderheiten des vorliegenden Falles entscheidenden Wert beigelegt.

102. Zunächst möchte ich darauf hinweisen, daß der Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung, wie er im Zusammenhang mit Artikel 86 des Vertrages entwickelt worden ist, nach dessen Wortlaut die betreffende beherrschende Stellung, die mißbraucht werden kann, sowohl auf ein einzelnes als auch auf mehrere Unternehmen zurückgehen

107 — Entscheidung zitiert in Fußnote 66.

kann [108], im Lauf der Jahre präzisiert wurde. Insbesondere im Urteil Flachglas hat das Gericht festgestellt, daß die gemeinsame beherrschende Stellung von mehreren Unternehmen eingenommen wird, die zwar unabhängig sind, jedoch auf dem Markt durch besonders enge wirtschaftliche Bande, wie beispielsweise die gemeinsame Verfügung über einen technologischen Vorsprung, verbunden auftreten, „der ihnen in spürbarem Maße die Möglichkeit zu unabhängigem Verhalten gegenüber ihren Wettbewerbern, Kunden und letztlich den Verbrauchern gäbe" [109]. Dieser Begriff wurde vom Gerichtshof im wesentlichen im Urteil Almelo u. a. mit der Feststellung bestätigt, daß die kollektive beherrschende Stellung voraussetzt, daß die betroffenen Unternehmen „so eng miteinander verbunden sind, daß sie auf dem Markt in gleicher Weise vorgehen können" [110].

Was die in der einschlägigen Entscheidungspraxis entwickelten Kriterien angeht, so hat zwar, wie die Klägerinnen vortragen, die Kommission bei der Bewertung von Zusammenschlüssen einen weiteren Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung ausgearbeitet, der sich teilweise von dem Begriff unterscheidet, den die Rechtsprechung im Zusammenhang mit Artikel 86 definiert hat. Im vorliegenden Fall muß allerdings jedoch eingeräumt werden, daß die Verordnung zwar auf die gleichen Merkmale verweist, die der Gerichtshof für die Annahme der beherrschenden Stellung verwendet, aber jede Definition vermeidet und auf diese Weise ein Überwiegen „struktureller" Wertungen und somit die Möglichkeit nicht ausschließt, einen in gewisser Weise gegenüber dem in Verbindung mit Artikel 86 entwickelten selbständigen Begriff aufzustellen [111].

103. Eindeutig besteht die Gefahr, daß ein neuer Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung, der sich von demjenigen unterscheidet, den die Rechtsprechung im Zusammenhang mit Artikel 86 entwickelt hat, obwohl er mit dem besonderen Charakter der Fusionskontrolle gerechtfertigt werden könnte, Gefahr läuft, die Anwendung des betreffenden Begriffes auf die Fusionsregelung noch problematischer und weniger vorhersehbar zu gestalten. Zwar gibt sodann Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung — stets in der Annahme, daß die dort für die Zwecke der Bewertung der Vereinbarkeit von Zusammenschlüssen mit dem Gemeinsamen Markt aufgeführten Kriterien auch auf den vorliegenden Fall anwendbar sind — keine Rangfolge zwischen den zu berücksichtigenden Umständen an, jedoch kann die Kommission nicht von den aufgeführten Kriterien

108 — Ungeachtet dessen zögerte der Gerichtshof ursprünglich bei der Anerkennung des Begriffes der Kollektiven beherrschenden Stellung auch wegen der auf das Schweigen der Norm zurückzuführenden Schwierigkeit, die notwendigen Merkmale seiner konkreten Definition festzulegen. So hat er einmal offensichtlich die Anwendung des Artikels 86 dem Fall einzelner beherrschender Stellungen vorbehalten. Im Urteil Hoffmann-La Roche (zitiert in Fußnote 96, Randnr. 39) hat der Gerichtshof nämlich ausgeführt, daß „eine beherrschende Stellung von parallelen Verhaltensweisen, wie sie oligopolistischen Situationen eigen ist, dadurch zu unterscheiden [ist], daß sich die Verhaltensweisen in einem Oligopol gegenseitig beeinflussen, während das Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung in großem Umfang einseitig festgelegt wird". Vgl. hierzu Korah, „Concept of a dominant position within the meaning of Article 86", in *Common Market Law Review*, 1980, S. 395, insbesondere S. 398.

109 — Urteil Flachglas (zitiert in Fußnote 38), Randnr. 358. Vgl. bereits Urteil Hoffmann-La Roche (zitiert in Fußnote 96, Randnrn. 38 und 48).

110 — Urteil vom 27. April 1994 in der Rechtssache C-393/92 (Slg. 1994, I-1477, Randnr. 42). Die Feststellungen im zitierten Urteil werden vom Gerichtshof im Urteil vom 17. Oktober 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-140/94, C-141/94 und C-142/94 (DIP SpA u. a., Slg. 1995, I-3257, Randnrn. 24 bis 26) bestätigt. Siehe hierzu die Schlußanträge des Generalanwalts Fennelly in dieser Rechtssache, der u. a. hervorhebt, daß der Begriff einer kollektiven Beherrschung nicht als Ersatz für einen unmittelbaren Beweis für das Vorliegen — und erst recht den Mißbrauch — einer beherrschenden Stellung dienen kann (Nr. 64).

111 — In diesem Sinne vgl. Venit, zitiert in Fußnote 99, S. 527 ff., insbesondere S. 530 f. Diese Orientierung wird auch durch die These bestätigt, daß der Begriff der Behinderung des Wettbewerbs in Artikel 2 Absatz 3 der Verordnung es der Kommission ermöglichen soll, einen neuen Begriff der „Beherrschung" auszuarbeiten, der auf einer Wahrscheinlichkeitsanalyse im Zusammenhang mit den Merkmalen des Marktes beruht. Vgl. Brittan, „The Law and Policy of Merger Control in the EEC", in *European Law Review*, 1990, S. 354.

absehen, und das ihr von der Verordnung eingeräumte Ermessen darf nicht zur Willkür werden. Alles in allem läßt sich sicherlich ausschließen, daß die Kommission die Kriterien *erfinden* kann, die sie im jeweiligen Einzelfall als angemessen erachtet.

Daher kann sich im übrigen die Praxis der Kommission, die zweifellos komplex und nicht frei von Widersprüchen ist, dennoch als wirksames Instrument erweisen, um etwaige Unstimmigkeiten und Widersprüche in der Entscheidung und im Verteidigungsvorbringen der Kommission zu ermitteln und somit auch auf diesem Weg zu einer Entscheidung darüber zu gelangen, ob die im vorliegenden Fall angewandten Kriterien richtig sind. Bei dieser Darstellung des Problems dürfte die Kommission meines Erachtens nicht behaupten können, daß die in nach der vorliegenden Entscheidung ergangenen Entscheidungen enthaltenen Kriterien und Wertungen nicht berücksichtigt werden dürften. Tatsächlich stellt die Praxis der Kommission, unabhängig davon, ob es sich um frühere Entscheidungen — wie den Fall Nestlé/Perrier, auf den sich die Klägerinnen häufig berufen haben [112] — oder um spätere Entscheidungen handelt, sicherlich keinen Parameter für die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung dar; sie gibt jedoch zumindest einen Hinweis auf die bisher bei der Anwendung der Verordnung auf kollektive beherrschende Stellungen angewandte Methode.

112 — Hierzu möchte ich noch bemerken, daß die Formulierung und die Methode der Entscheidung Nestlé/Perrier nicht frei von Kritik sein dürften, insbesondere weil sie darauf abzielen, ein Kriterium für die Überprüfung der kollektiven beherrschenden Stellung herauszuarbeiten, das juristisch eher unscharf ist. Vgl. hierzu Winckler und Hansen, „Collective dominance under the EC Merger Control Regulation", in *Common Market Law Review* (1993) 30, S. 787 ff., insbesondere S. 828, wo es heißt: „If the standard used in Nestlé/Perrier is, as suggested, one of ‚probability' oder ‚facilitation', then the Commission has not explained in sufficient detail what types of economic conduct (‚collective abuses') it wishes to avoid making ‚much easier'" (diese Feststellung bezieht sich auf Randnr. 120 der Entscheidung).

104. Dies vorausgeschickt, untersuche ich jetzt die Rügen der französischen Regierung sowie der klagenden Unternehmen in bezug auf die Kriterien, die in der Entscheidung für die Feststellung einer kollektiven beherrschenden Stellung herangezogen werden, die voraussichtlich zu einer signifikanten Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt.

Ich halte es für angebracht, sogleich nach dem zunächst zu untersuchenden Gesichtspunkt des Konzentrationsgrades des Marktes das Problem der strukturellen Beziehungen zu untersuchen, das, wie die Kommission selbst einräumt, den wesentlichen Umstand darstellt, auf den sie sich für die Feststellung des Vorhandenseins einer kollektiven beherrschenden Stellung von K + S/MdK und SCPA gestützt hat. Danach werde ich die übrigen in der Entscheidung verwendeten Kriterien sowie die Relevanz der in anderen Entscheidungen herangezogenen, jedoch in der vorliegenden völlig fehlenden Kriterien untersuchen.

— Der Konzentrationsgrad des Marktes

105. Die Wertung der Kommission wird vor allem auf die Steigerung des (bereits hohen) Konzentrationsgrades des Marktes gestützt, die für geeignet gehalten wird, voraussichtlich eine kollektive beherrschende Stellung zu verstärken, die den Wettbewerb in signifikanter Weise behindern kann.

Die französische Regierung und die Klägerinnen wenden sich gegen diese Wertung mit dem Argument, daß die Erhöhung nicht grundlegend sei, da die Marktanteile von K + S und SCPA durch den Zusammenschluß nur von 54 % auf 61 % gestiegen seien. Die französische Regierung macht weiter geltend, daß das Ergebnis der Kommission willkürlich sei, da sie einerseits nicht den Umstand berücksichtige, daß es nach dem Zusammenschluß nur noch 9 anstelle von 10 Kalilieferanten gebe, und zum anderen die Rolle zweier wichtiger Marktteilnehmer, CPL und Coposa, nicht angemessen berücksichtigt habe. Schließlich sei das Ergebnis der Kommission nicht glaubhaft, da sie die Marktanteile auf zweierlei verschiedene Weise, je nach dem zu erzielenden Resultat, berechne: Nach einer ersten Methode werde nur der Umfang der Verkäufe der verschiedenen Marktteilnehmer in der Gemeinschaft berücksichtigt, nach der zweiten Methode würden die Verkäufe auf dem französischen Markt wiederum dem Gesamtumfang der Verkäufe von SCPA zugerechnet und somit entsprechend vom Umfang der Verkäufe von K + S abgezogen.

106. An dieser Stelle sei vorausgeschickt, daß die bloße quantitative Erhöhung der Marktanteile der betroffenen Unternehmen, der die Kommission in der Entscheidung geradezu übermäßiges Gewicht beigemessen hat, für sich allein nicht ausreicht, um eine kollektive beherrschende Stellung festzustellen, wie auch im Flachglas-Urteil ausgeführt wird, in dem sich das Gericht zu diesem Punkt sehr klar geäußert hat. Dies gilt erst recht im vorliegenden Fall, in dem der Zusammenschluß zu einer Erhöhung um lediglich 7 % geführt hat.

Es ist daher einzuräumen, daß die Steigerung des Konzentrationsgrades des Marktes durch den Erwerb nicht besonders erheblich ist, da sie sowohl in bezug auf die Anzahl der auf dem Markt vorhandenen Wettbewerber (die von zehn auf neun verringert wird) als auch im Zusammenhang mit der Erhöhung des von K + S und SCPA auf demselben Markt zusammen gehaltenen Anteils begrenzt ist. Daher erscheint die Bedeutung, die diesem Kriterium in der Entscheidung beigemessen wird, übermäßig [113]. Auf alle Fälle kann die Untersuchung zu diesem Punkt höchstens aufzeigen, daß der Konzentrationsgrad des Marktes nicht geeignet ist, von vornherein das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung auszuschließen.

— Die strukturellen Beziehungen zwischen K + S und SCPA

107. Nach einhelliger Ansicht der Parteien besteht das zentrale Element der angefochtenen Entscheidung in der Feststellung zwischen K + S und SCPA „bestehende[r] außergewöhnlich enge[r] Verflechtungen, die sich über einen langen Zeitraum erstrecken" [114], die zu der Annahme eines fehlenden wirksamen Wettbewerbs zwischen den beiden Unternehmen führt. Gerade diese Beziehungen bildeten den entscheidenden Umstand, auf den sich die Kommission für ihre eigene Bewertung gestützt hat, zumal sie die Auflösung dieser Beziehungen im Wege der erteilten Auflagen als geeignet erachtet hat, die kollektive beherrschende Stellung zu beseitigen.

113 — Vgl. Randnrn. 52 bis 56.

114 — Randnr. 57 der Entscheidung.

108. Nach Ansicht der französischen Regierung sind der Kommission bei der Untersuchung der strukturellen Beziehungen zwischen K + S und SCPA eine Reihe von Beurteilungsfehlern unterlaufen; die Beziehungen seien in Wirklichkeit nicht geeignet, den Kausalzusammenhang zwischen dem Zusammenschluß und der Schaffung eines Duopols K + S/SCPA nachzuweisen, da sie nicht für den Beweis ausreichten, daß durch den in Rede stehenden Vorgang die Voraussetzungen für ein kollusives Verhalten der beiden Unternehmen geschaffen worden seien. Im einzelnen handele es sich um folgendes: 1. Die Beziehungen hätten einen begrenzten Einfluß auf Frankreich, da die Kommission den relevanten Markt in der Gemeinschaft außer Deutschland festgestellt habe; 2. die Entscheidung hätte in das Oligopol das spanische Unternehmen Coposa einbeziehen müssen [115]; 3. die geringe Präsenz von K + S auf dem französischen Markt genüge nicht für den Nachweis einer beherrschenden Stellung dieses Unternehmens gemeinsam mit SCPA; 4. es sei nicht nachgewiesen, daß der teilweise Erwerb von MdK durch K + S zur Begründung einer beherrschenden duopolistischen Stellung von K + S und SCPA habe führen können.

Die Klägerinnen konzentrieren ihre Aufmerksamkeit vor allem auf den letztgenannten Gesichtspunkt und machen geltend, daß der Standpunkt der Kommission einige grundlegende Widersprüche enthalte, insbesondere den Umstand, daß der Zusammenschluß nach Ansicht der Kommission eine kollektive beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt geschaffen und nicht bloß verstärkt habe.

115 — Ich erinnere daran, daß es sich um die Gesellschaft handelt, die den von einigen spanischen Unternehmen, die vor kurzem in einer öffentlichen Einrichtung mit der Bezeichnung INI zusammengefaßt wurden, erzeugten Kali vertreibt.

109. Zum ersten dieser Argumente möchte ich bemerken, daß tatsächlich die Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen unmittelbar oder mittelbar nur den französischen Markt betreffen; nur auf diesem Markt könnten sie daher also als geeignet betrachtet werden, tatsächlich das Konkurrenzverhältnis zwischen K + S und SCPA zu beeinflussen. Dies gilt in erster Linie für die Auflösung der Vertriebsbeziehungen zwischen K + S und SCPA, die ausschließlich auf dem französischen Markt bestehen. Dies gilt jedoch zweitens auch für die Beteiligung am Kartell Kali-Export. Nach Ansicht der Kommission kann sich diese Beteiligung nämlich, obwohl sie nicht den Absatz auf dem Gemeinschaftsmarkt, sondern nur die Ausfuhr in Drittländer betrifft, mit dem Absatz in Frankreich überlagern. Diese Behauptung ist in Ermangelung von Beweismitteln nicht nachprüfbar [116]; wäre sie jedoch nachgewiesen, so würde sie höchstens zeigen, daß es an einem wirksamen Wettbewerb zwischen K + S und SCPA auf dem französischen Markt, d. h. auf einem Markt, der nach Ansicht der Kommission selbst keinen selbständigen relevanten Markt darstellt, fehlt. Daraus folgt, daß, falls die Ansicht der Kommission zutrifft, auch die Beteiligung am Ausfuhrkartell auf Gemeinschaftsebene nur den französischen Markt beeinflussen würde, der, dies sei wiederholt, keinen relevanten Markt im Sinne der Entscheidung darstellt.

In diesem Zusammenhang erscheint daher die Ansicht der französischen Regierung als zutreffend, daß die Kommission nicht

116 — Die Kommission hat nämlich in ihren Schriftsätzen die Ansicht vertreten, sie habe in den Randnrn. 57, 59, 61 und 67 der Entscheidung hinreichend dargetan, daß solche Überlagerungen bestünden. Die Untersuchung dieser Randnummern zeigt jedoch, daß sich die Kommission darin darauf beschränkt hat, die strukturellen Beziehungen hervorzuheben, die zwischen K + S und SCPA bestanden.

dargetan habe, in welcher Weise der Erwerb von MdK durch K + S zum Entstehen eines Duopols geführt hat, das den Wettbewerb auf dem Markt der Gemeinschaft außer Deutschland behindern könnte. Hierfür reicht es nämlich nicht aus, sich auf die vorhandenen Beziehungen zwischen K + S und SCPA in Frankreich, das keinen selbständigen Markt darstellt, zu stützen.

110. Zu dem Gesichtspunkt im Zusammenhang mit dem spanischen Unternehmen Coposa macht die französische Regierung geltend, daß die Kommission dieses Unternehmen zu Unrecht nicht in das angebliche Oligopol einbezogen habe, das von K + S und SCPA gebildet werde. Auf alle Fälle könne die Kommission nicht behaupten, daß Coposa in signifikanter Weise nach Frankreich exportiere, um die Richtigkeit der Auswahl des geographischen Marktes in der Gemeinschaft außer Deutschland darzutun und dann, jedoch zum Zweck der Darlegung einer kollektiven beherrschenden Stellung, zu behaupten, daß dieselbe Firma Coposa in Frankreich wenig präsent sei und jedenfalls ihr Absatz kanalisiert sei.

Hierzu möchte ich vorausschicken, daß das Verteidigungsvorbringen der Kommission, wonach die Beziehungen zwischen K + S und SCPA geeignet seien, ihre Verbindungen gegenüber allen anderen Wirtschaftsteilnehmern zu charakterisieren, und daß die Einbeziehung von Coposa in das Oligopol gleichwohl für die Zwecke der Entscheidung unerheblich sei, da diese nur eine Verstärkung der kollektiven beherrschenden Stellung bewirken würde, wenig überzeugend ist. Es ist nämlich nur allzu offensichtlich, daß die genaue Ermittlung der Bestandteile eines Oligopols eine gegenüber dessen Bewertung vorrangige Frage ist, ebenso wie die Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse außerhalb dieses Oligopols [117]. Im vorliegenden Fall dürfte es daher schwierig sein, anhand der vorhandenen Angaben und unter Verwendung der gleichen Kriterien, wie sie herangezogen wurden, um K + S und SCPA in die kollektive beherrschende Stellung einzubeziehen, Coposa von diesem Oligopol auszuschließen. In diesem Zusammenhang genügt an dieser Stelle der Hinweis, daß auch Coposa an dem Kartell Kali-Export beteiligt ist und daß dieses Unternehmen in Frankreich im wesentlichen über SCPA verkauft.

111. Ebenfalls nicht maßgebend für die Feststellung des fehlenden Wettbewerbs zwischen K + S und SCPA und somit des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung dieser Unternehmen, erscheinen mir die von der Regierung als drittes Argument geltend gemachten Umstände, daß K + S in Frankreich wenig präsent sei und daß sie für einen Teil ihres Absatzes in diesem Land die Vertriebskanäle von SCPA benutze. Der erste Umstand könnte nämlich mehr als eine Rechtfertigung finden, in der Struktur des französischen Marktes, den Vorlieben der Verbraucher und den Unternehmensstrategien der deutschen Gesellschaft. Im übrigen müßte man sich, wenn man diesem Gesichtspunkt größere Bedeutung beimessen wollte, fragen, weshalb ähnliche Situationen, d. h. das Fehlen auf bedeutenden nationalen Märkten, bei allen größeren Wirtschaftsteilnehmern des Sektors zu verzeichnen sind und insbesondere, weshalb die Kommission in der angefochtenen Entscheidung, die den deutschen Markt behandelt, das Fehlen von

117 — Hierzu möchte ich beispielsweise bemerken, daß die Prüfungsliste für die Fusionskontrolle, die das deutsche Bundeskartellamt 1990 erstellte (in englischer Fassung veröffentlicht in *Fordham Corporate Law Institute*, 1991, S. 161 ff.), das Fehlen des Wettbewerbs zwischen den Oligopolisten und den „externen" Wettbewerbern als wesentlichen Faktor für die Einstufung des Oligopols als beherrschend betrachtet.

SCPA nicht auf die Beziehungen zu K + S, sondern auf strukturelle Faktoren dieses Marktes zurückgeführt hat.

Zu den Verkäufen der Erzeugnisse von K + S über SCPA sei hier darauf hingewiesen, daß zwar ein großer Teil der französischen Einfuhren von K + S-Erzeugnissen über SCPA erfolgt, jedoch handelt es sich um eine so geringe Menge (1,4 % des relevanten Marktes), daß sie keinen ausreichenden Beleg für die Ansicht der Kommission darstellen kann.

112. Schließlich komme ich zum letzten Argument der französischen Regierung, das die Folgen des teilweisen Erwerbs von MdK durch K + S betrifft. Im einzelnen macht sie geltend, die Kommission habe nicht dargetan, daß durch diesen Erwerb eine für den Wettbewerb nachteilige duopolistische beherrschende Stellung geschaffen worden sei. Auch die Klägerinnen haben ähnlich argumentiert und insbesondere auf die Widersprüchlichkeit des Standpunkts der Kommission hingewiesen, die einerseits die Theorie der Failing company defence auf die Annahme angewandt habe, daß MdK auf alle Fälle aus dem Markt ausgeschieden wäre, da sie sich in einem irreparablen Krisenzustand befunden habe, zum anderen jedoch festgestellt habe, daß der teilweise Erwerb von MdK durch K + S — und damit die sich daraus ergebende Konzentration — eine duopolistische beherrschende Stellung habe schaffen können, die geeignet sei, den Wettbewerb zu behindern.

Hierauf erwidert die Kommission, daß die Schaffung der kollektiven beherrschenden Stellung von K + S/MdK und SCPA tatsächlich eine Folge des Zusammenschlusses sei, da dieser die strukturellen Marktbedingungen erheblich geändert habe. Im einzelnen hebt die Kommission folgende Umstände hervor: a) Auf MdK entfielen 25 % der gesamten Kalierzeugung in der Gemeinschaft; b) im Zeitpunkt der Entscheidung sei der Ausnutzungsgrad der Herstellungskapazität von MdK auf 50 % herabgesetzt gewesen; c) schließlich stelle der Marktanteil von 7 % einen maßgebenden Umstand dar, da das Angebot außerhalb der Gruppe K + S/MdK und SCPA in kleinste Teile aufgesplittert sei und der Marktanteil dieser Gruppe erhöht werden solle.

113. Zunächst möchte ich bemerken, daß das dargestellte Vorbringen der Kommission die Einwände der Klägerinnen nicht beantwortet. Sowohl die französische Regierung als auch die klagenden Unternehmen machen nämlich geltend, es fehle am Kausalzusammenhang zwischen der *Begründung* der oligopolistischen Stellung und dem Zusammenschluß, was darauf zurückzuführen sei, daß MdK nach der Untersuchung, die die Kommission selbst in diesem Zusammenhang angestellt habe, auf alle Fälle aus dem Markt ausscheiden solle. Alles in allem, wie hätte der Erwerb von MdK zur Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung führen sollen, wo doch — mit oder ohne Zusammenschluß — der Marktanteil von MdK auf alle Fälle nach ihrem Ausscheiden aus dem Markt von den anderen Wirtschaftsteilnehmern des Sektors übernommen worden wäre?

Selbst wenn man die Ansicht der Kommission für richtig hielte, daß nicht vernünftiger-

weise festgestellt werden könne, daß der Anteil von MdK am Markt der Gemeinschaft außerhalb Deutschlands praktisch sicher auf K + S übergegangen sei [118] und daß daher eines der Kriterien, von denen die Anwendbarkeit der Failing company defence abhänge, nicht erfüllt sei, so bleibt es doch dabei, daß die gesamte Konstruktion der Kommission unter dem absolut unumgänglichen Gesichtspunkt des Kausalzusammenhangs zwischen dem Zusammenschluß und der Schaffung einer kollektiven beherrschenden Stellung von K + S und der SCPA eher schwach erscheint. Daraus folgt, daß die in diesem Zusammenhang dem Anteil von MdK von 7 % am relevanten geographischen Markt beigemessene Bedeutung absolut nicht entscheidend ist.

— Die Merkmale des verdrängten Wettbewerbers

114. Nach Ansicht der französischen Regierung hat es die Kommission im Unterschied zu der Wertung in der Entscheidung Nestlé/Perrier unterlassen, die Merkmale des infolge des Zusammenschlusses vom Markt verdrängten Wettbewerbers, also von MdK, zu untersuchen. Diese Merkmale hätten notwendigerweise zu dem Ergebnis geführt, daß das Ausscheiden von MdK aus dem Markt keinerlei Einfluß auf die Konzentration haben konnte, da es sich im übrigen nach Ansicht der Kommission selbst um ein Unternehmen gehandelt habe, das auf alle Fälle zumindest mittelfristig zum Ausscheiden aus dem Markt bestimmt gewesen sei.

118 — Vgl. Randnr. 79.

Das Argument der französischen Regierung ist nicht unbegründet. In der Entscheidung im Fall Nestlé/Perrier, in dem der verdrängte Wettbewerber (Perrier) einen zwischen 35,9 % und 44,2 % schwankenden Marktanteil hatte, stellte die Kommission folgendes fest: „Die Reduzierung von drei auf zwei Anbieter (Duopol) ist nicht eine rein kosmetische Änderung der Marktstruktur. Der Zusammenschluß würde zur Ausschaltung eines bedeutenden Unternehmens führen, das die größten Kapazitätsreserven und Verkaufsvolumen auf dem Markt hat. Die Marken und Brunnen von Perrier würden auf die beiden verbleibenden Anbieter aufgeteilt werden. Außerdem würde eine Reduzierung von drei auf zwei landesweite Anbieter wettbewerbsfeindliches paralleles Marktverhalten, das zu kollektivem Mißbrauch führt, wesentlich erleichtern." [119] Auf diese Weise hat die Kommission die Bedeutung und die Wirkungen des Erwerbs des Unternehmens Perrier hervorgehoben, das nach seinem Umfang und seinem Marktanteil ein wesentlicher Faktor des wirksamen Wettbewerbs war.

115. Im vorliegenden Fall bleibt hingegen die Untersuchung in der Entscheidung zumindest lückenhaft. Selbst wenn man der bescheidenen Größe des Anteils von MdK am Markt der Gemeinschaft (7 %) [120] eine übermäßige Bedeutung beilegen wollte, sind unvermeidlich Zweifel am tatsächlichen Einfluß des Ausscheidens von MdK auf den Wettbewerb am Platze. Im übrigen enthält die Entscheidung keinen Hinweis auf die „eindrucksvolle Produktionskapazität" von MdK, die die Kommission in ihrem Verteidigungsvorbringen erwähnt [121], die im

119 — Entscheidung 92/553, zitiert in Fußnote 66, 120. Begründungserwägung.

120 — Diese Quote entspricht im übrigen derjenigen der Firma SIV, deren Erwerb durch die Firmen Pilkington und Techint ohne Auflagen mit der in Fußnote 87 zitierten Entscheidung 94/359 genehmigt wurde.

121 — Siehe S. 32 der Erwiderung.

übrigen kaum damit vereinbar sein dürfte, daß das Unternehmen als nicht lebensfähige [122] Wirtschaftseinheit eingestuft wird. Schließlich enthält die Entscheidung keine Anhaltspunkte dafür, daß MdK über ihre tatsächliche Bedeutung hinaus eine wesentliche Rolle bei der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs spielte.

Im Ergebnis stelle ich fest, daß die Kommission nicht dargetan hat, daß das Ausscheiden von MdK aus dem Markt der Gemeinschaft außer Deutschland die Begründung eines Duopols aus K + S/MdK und SCPA, das den Wettbewerb signifikant beeinträchtigen könnte, auslösen oder zumindest dazu beitragen könnte.

— Die Stellung der Wettbewerber

116. Die französische Regierung rügt sodann eine widersprüchliche und unzureichende Untersuchung der Stellung der auf dem betreffenden Markt vorhandenen Wettbewerber in der Entscheidung. Insbesondere sei der Standpunkt der Kommission, die die Marktposition von CPL und Coposa als geringfügig betrachte, während sie für die Zwecke der Bestimmung des relevanten geographischen Marktes das Gewicht gerade auf die Ausfuhren Spaniens und des Vereinigten Königreichs in andere Mitgliedstaaten lege, inkohärent. Die französische Regierung bestreitet ferner die Ansicht der Kommission, daß die Kanalisierung der Einfuhren aus Drittländern über SCPA belege, daß ein Wettbewerbsdruck dieser Länder auf das Duopol praktisch nicht vorhanden sei.

Auch unter diesem Gesichtspunkt dürfte das Vorbringen der französichen Regierung einige objektive Lücken der Entscheidung aufzeigen.

117. Erstens kann die Methode der Kommission nicht gebilligt werden, die, um das Fehlen eines Wettbewerbsdrucks auf das angebliche Oligopol darzutun, zum Beleg die Kanalisierung der Einfuhren aus Drittländern nach Frankreich über SCPA anführt [123]. Vor allem stellt Frankreich nämlich für die in Rede stehenden Zwecke keinen selbständigen Markt dar. Daher kann die Untersuchung der Faktoren für die Bewertung des Zusammenschlusses nicht ausschließlich im Hinblick auf den französischen Markt erfolgen, sondern sie muß auch und auf alle Fälle das Gebiet berücksichtigen, das als für die Entscheidung relevanter Markt ermittelt wurde, den Markt, der aus der gesamten Gemeinschaft außer Deutschland gebildet wird.

122 — Siehe Randnr. 76 der Entscheidung.

123 — Siehe S. 33 und 34 der Klagebeantwortung sowie S. 54 der Gegenerwiderung.

Ebenso unzureichend und widersprüchlich erscheinen mir die Erwägungen der Kommission zum Umfang der Einfuhren von CSI, die nach den Angaben der französischen Regierung [124] — denen die Kommission nicht widerspricht — stetig bis auf 11 % des Absatzes innerhalb der Gemeinschaft, ein sicherlich nicht unerhebliches Niveau, gestiegen sind. Zu bedenken ist sodann, daß die neun auf dem Markt verbliebenen Wirtschaftsteilnehmer nach dem Zusammenschluß über Anteile verfügen, die eine Situation schaffen können, in der das Gewicht der Wettbewerber des angeblich von K + S/MdK und SCPA gebildeten Duopols zweifellos relevant ist [125].

— Der Vergleich der Situation von K + S/MdK und SCPA

118. Die französische Regierung rügt im übrigen bei der Kritik an den Kriterien, die für die Behauptung einer oligopolistischen Beherrschung angewandt werden, sowohl das übermäßige Gewicht, das die Kommission dem Gesamtmarktanteil von K + S und SCPA beigemessen hat, als auch die mangelnde Berücksichtigung der fehlenden Symmetrie zwischen den beiden Unternehmen, die ihrerseits in früheren Entscheidungen einen bedeutsamen Faktor für die Negierung einer oligopolistischen beherrschenden Stellung gebildet habe.

Die Kommission erwidert, daß ein Marktanteil von 60 % sehr wohl das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung belege, insbesondere dann, wenn, wie im vorliegenden Fall, ein deutlicher Unterschied zu den Marktanteilen der Wettbewerber bestehe. Zwar wiesen die betroffenen Unternehmen erhebliche Unterschiede auf, jedoch könne ein Duopol nicht nur dann angenommen werden, wenn es um Unternehmen gehe, die ähnliche Merkmale hätten.

119. Zu dem ersten Gesichtspunkt möchte ich vor allem bemerken, daß die Kommission in der Vergangenheit selbst die Möglichkeit ausgeschlossen hat, Schwellenwerte für die Vermutung kollektiver beherrschender Stellungen festzulegen, daß sie aber gleichwohl in neueren Entscheidungen [126] Zusammenschlüsse mit gleichen Gesamtmarktanteilen genehmigt hat, wie sie in der vorliegenden Rechtssache errechnet wurden. Daher läßt sich zwar abstrakt eine gewisse Erheblichkeit eines Marktanteils von 60 % nicht leugnen, jedoch kann dieser jedenfalls nicht ohne weiteres ausschlaggebende Bedeutung haben und einen Beweis für das Vorliegen einer oligopolistischen Stellung bilden.

Hinzu kommt, daß die von der Kommission angeführten Präzedenzfälle nicht einschlägig sind, da sie sich auf individuelle beherrschende Stellungen beziehen [127], was als Schwellenwert für die Vermutung einen Marktanteil zwischen 45 % und 80 % rechtfertigt. Der Marktanteil wird in diesen Urteilen daneben stets zusammen mit anderen

124 — Siehe S. 42 der Gegenerwiderung.

125 — Siehe die Angaben in der Tabelle auf S. 43 der Erwiderung der französischen Regierung, die die Kommission nicht bestritten hat.

126 — Vgl. z. B. die Entscheidung 94/359, zitiert in Fußnote 87.

127 — Angeführt werden die Urteile Hoffmann-La Roche/Kommission, zitiert in Fußnote 96, vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81 (Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461) und vom 3. Juli 1991 in der Rechtssache C-62/86 (AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359).

Faktoren, wie beispielsweise dem Unterschied (von mindestens 50 %) zwischen dem ersten und dem zweiten auf dem Markt vorhandenen Unternehmen, untersucht.

120. Ebensowenig kann ich den Standpunkt der Kommission in bezug auf den zweiten Gesichtspunkt teilen, der die mangelnde Berücksichtigung der fehlenden Symmetrie zwischen den Unternehmen betrifft, die angeblich eine kollektive beherrschende Stellung einnehmen.

Vor allem möchte ich bemerken, daß die im vorliegenden Fall unbestrittene [128] fehlende Symmetrie zwischen den betroffenen Unternehmen von der Kommission in anderen Fällen als maßgebendes Argument für den Ausschluß eines Duopols herangezogen wurde [129], und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt der Marktanteile, insgesamt und in bezug zu den Märkten der einzelnen Länder betrachtet, als auch unter dem Gesichtspunkt der „Wirtschaftsmacht" und schließlich unter dem Gesichtspunkt der Produktionskapazität. Hierzu sei bemerkt, daß die Kommission in der Entscheidung Nestlé/Perrier die Folgen der Symmetrie der betroffenen Unternehmen und die Gründe für ihre Berücksichtigung bei der Bewertung der Auswirkungen des Zusammenschlusses dargestellt hat [130], wobei sie insbesondere dargetan hat, wie die Symmetrie der Unternehmen den Wettbewerb eindeutig verhindert und koordinierte und kollusive Verhaltensweisen erleichtert. Daher stelle ich fest, daß das Verteidigungsvorbringen der Kommission, das sich darauf beschränkt, die Unerheblichkeit des Unterschieds zwischen K + S und SCPA für die Bildung eines Duopols zu behaupten, unangemessen ist. Auch glaube ich, daß die Ansicht der Kommission nicht gerechtfertigt ist, im vorliegenden Fall sei ihre Praxis der Anwendung der Verordnung völlig irrelevant. Zwar stellt die Praxis tatsächlich einen nicht zwingenden Vergleichsparameter dar, der nach Maßgabe des konkreten Falles angepaßt werden kann, doch kann man sie im vorliegenden Zusammenhang nicht als gänzlich wertlos betrachten.

121. Die bisher angestellten Erwägungen zeigen eine Reihe von Lücken und Widersprüchen bei der Bewertung und Anwendung der von der Kommission ausgearbeiteten Kriterien auf, die zu dem Ergebnis führen könnten, daß die Entscheidung nicht kohärent begründet sei. Der Kommission ist es nämlich nicht gelungen, selbst nach Maßgabe ihrer eigenen Praxis, angemessen darzutun, daß auf dem relevanten Markt eine kollektive beherrschende Stellung von K + S/MdK und SCPA vorliegt, die durch den beabsichtigten Zusammenschluß begründet würde.

Dies veranlaßt mich, die weiteren Argumente der französischen Regierung in bezug auf die übrigen in der Entscheidung berücksichtigten Faktoren nur kurz zu behandeln. Genauer gesagt, werde ich mich auf die Art und Weise beschränken, in der die Gesichtspunkte der Wirtschaftsmacht der Abnehmer,

128 — Siehe Klagebeantwortung der Kommission, S. 37 bis 58.

129 — Zum Beispiel in Pilkington-Techint/SIV (zitiert in Fußnote 87, 55. Begründungserwägung); umgekehrt wurde in Mannesmann/Vallourec/Ilva (zitiert in Fußnote 58) die Symmetrie der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen, die Marktanteile von 36 % und 33 % hielten, von der Kommission als Anreiz für parallele Verhaltensweisen betrachtet.

130 — In Fußnote 66 zitierte Entscheidung, 123. Begründungserwägung.

der Zugangsschranken und der Merkmale des Marktes und des Erzeugnisses sowie der Parallelität der Verhaltensweisen untersucht wurden.

— Die Wirtschaftsmacht der Abnehmer

122. Die französische Regierung rügt, daß die Kommission tatsächlich das Kriterium der Wirtschaftsmacht der Abnehmer nicht in Erwägung gezogen habe und insbesondere Art und Gewicht der Erzeuger und der Importeure von Kalisalz nicht untersucht habe, was zu dem Ergebnis habe führen können (und müssen), daß die Schaffung einer oligopolistischen beherrschenden Stellung von K + S/MdK und SCPA höchst unwahrscheinlich sei.

Die Kommission räumt die Bedeutung der Wirtschaftsmacht der Abnehmer als „Gegengewicht" zum Duopol ein, die von parallelen Verhaltensweisen abschrecken könne, fügt jedoch hinzu, daß es sich dabei nur um einen der zahlreichen Faktoren handele, die zu berücksichtigen seien, um zu einer abschließenden Wertung der Auswirkungen des betreffenden Zusammenschlusses zu gelangen.

123. Zweifellos wurden im vorliegenden Fall das Gewicht und die Merkmale der verschiedenen Arten von Abnehmern der betreffenden Erzeugnisse nicht berücksichtigt. Dies ermöglicht nicht die Feststellung, ob die großen multinationalen Erzeuger von Mischdünger tatsächlich, wie die französische Regierung geltend macht, über eine solche Kaufkraft verfügen, daß sie die Oligopolisten von der Verstärkung ihrer Stellung abhalten können, oder ob vielmehr, wie die Kommission behauptet, die „Bulk-blenders", d. h. die Unternehmen, die in großem Umfang Mischdünger herstellen, einen erheblichen Anteil der Abnehmer darstellen. Ebensowenig wird angegeben, ob diese „Bulk-blenders" tatsächlich die kleinen und mittleren Unternehmen sind, die keinen angemessenen Druck auf die Erzeuger ausüben können, oder, ob, wie die klagende Regierung ausführt, ihre Tätigkeit auch von den Tochterunternehmen der großen multinationalen Unternehmen ausgeführt wird. Offensichtlich ist eine Antwort auf diese Frage unerläßlich für die Feststellung, ob die Abnehmer tatsächlich über Verhandlungsmacht verfügen.

Der Standpunkt der Kommission erscheint daher schwach, zumal die Verhandlungsmacht der Abnehmer bei der Ermittlung der Wettbewerbsbedingungen zweifellos erheblich ist, da sie von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen abschrecken kann. In diesem Sinn sind im übrigen die Wertungen der Kommission sowohl im Fall Pilkington-Techint/SIV als auch im Fall Nestlé/Perrier [131] auszulegen.

131 — In dieser in Fußnote 66 angeführten Entscheidung wurde das Gewicht der Abnehmerschaft nach einer punktuellen Untersuchung, an der es im vorliegenden Fall fehlt, als ungeeignet erachtet, einen wirklichen Druck auf die Erzeuger auszuüben (siehe insbesondere die 77. bis 89. Begründungserwägung).

124. Die bisher aufgeführten Unsicherheiten erlauben es, andere Aspekte der Merkmale der Abnehmer, die die französische Regierung behandelt, außer acht zu lassen. Der Klarheit halber sei hier nur hinzugefügt, daß die Feststellung des Gerichts im Flachglas-Urteil, wonach die Kommission „nicht gehalten [ist], sich in ihren Entscheidungen mit jedem Vorbringen der betroffenen Unternehmen auseinanderzusetzen" [132], entgegen dem Vorbringen der Kommission in diesem Verfahren ihre Ansicht nicht stützt.

Der Gesichtspunkt der Wirtschaftsmacht der Abnehmer stellt nämlich kein Argument dar, das die Kläger im Verwaltungsverfahren angeführt hätten und das in der Entscheidung nicht behandelt worden wäre, sondern einen Untersuchungsfaktor, der maßgebend für die Feststellung ist, ob eine oligopolistische beherrschende Stellung vorliegt. Als solcher muß er notwendigerweise untersucht werden, da seine fehlende Beurteilung zu einer Argumentationslücke in der Entscheidung führen kann, die deren Begründetheit zu beeinträchtigen geeignet ist. Im übrigen hat das Gericht in seinem soeben angeführten Urteil in bezug auf Artikel 86 bestätigt, daß eine Analyse der Gesichtspunkte des Marktes, deren mangelnde Berücksichtigung die Klägerinnen gerügt haben, „unerläßlich für die Beurteilung der Frage einer beherrschenden Stellung" sei [133], und damit die Notwendigkeit bestätigt, daß die Kommission ihre Feststellungen auf Untersuchungen stützt, die so vollständig und erschöpfend wie möglich sind.

132 — Urteil Flachglas, zitiert in Fußnote 38, Randnr. 363.
133 — A. a. O., Randnr. 363.

— Die Zugangsbeschränkungen

125. Der Kommission wird vorgeworfen, in dem Teil der Entscheidung, der das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung behandelt, keine Untersuchungen zum Vorliegen von Zugangsbeschränkungen angestellt zu haben, ein Faktor, dem in der Praxis der Kommission große Bedeutung beigemessen werde. Dies sei um so unerklärlicher, als das Fehlen von Hindernissen dieser Art in der Entscheidung selbst für die Abgrenzung des geographisch relevanten Marktes angeführt werde.

Tatsächlich räumt die Kommission das Vorhandensein von Zugangshemmnissen innerhalb der Gemeinschaft ein. Sie fügt jedoch hinzu, daß es im vorliegenden Fall zwei Arten von Zugangsbeschränkungen für die Unternehmen von Drittländern gebe, nämlich die Antidumpingmaßnahmen für die Einfuhren von CSI sowie das gesetzliche Monopol von SCPA, aufgrund dessen alle Einfuhren aus Drittländern nach Frankreich über dieses Unternehmen kanalisiert würden.

126. Ich möchte vorausschicken, daß ich nicht geringe Zweifel daran habe, daß die aufgezählten Einzelheiten Zugangsbeschränkungen bilden können. Sicherlich gilt dies nicht für die Antidumpingzölle, die nach dem ausdrücklichen Eingeständnis der Kommission den Wettbewerb stabilisieren

und nicht den Handelsverkehr behindern sollen [134]. Hinzu kommt, daß ihr tatsächlicher Einfluß auf den Umfang der Einfuhren in keiner Weise dargetan ist, erst recht nicht durch objektive Daten. Vielmehr sind die Wertungen in bezug auf die verschiedenen nationalen Märkte, die in der Entscheidung enthalten sind (Randnr. 64) eher geeignet, das Gegenteil anzunehmen.

In bezug auf das Monopol von SCPA möchte ich sodann sagen, daß in diesem Punkt wieder der mangelhafte Ansatz auftaucht, der bereits mehrfach festgestellt worden ist, d. h. die Neigung der Kommission, eine auf Frankreich beschränkte Untersuchung vorzunehmen, als ob der französische Markt den relevanten geographischen Markt im Sinne der Entscheidung bildete. Selbst wenn ich mich nicht weiter mit der Tragweite der Wirkungen dieses Monopols beschäftigen möchte, spricht das von der Kommission eingeräumte [135] Vorhandensein beständiger Einfuhrströme aus Drittländern, die sogar einen überwiegenden Teil des Marktes bilden, eher dafür, daß das Bestehen von Zugangsbeschränkungen nicht dargetan ist.

— Die Merkmale des Marktes und des Erzeugnisses

127. Schließlich möchte ich, was die Merkmale des Marktes und des Erzeugnisses, die üblicherweise als bedeutsame Umstände der Untersuchung betrachtet werden, mit der französischen Regierung nur bemerken, daß sich unter den Wertungen der Kommission, die sich im übrigen durch eine gewisse Kürze auszeichnen, keine tiefgreifenden und eingehenden Untersuchungen der von K + S sowie SCPA praktizierten Preise finden [136], die einen ganz wesentlichen Faktor bei der Ermittlung der Transparenz des Marktes (die bekanntlich einheitliche Verhaltensweisen erleichtert) und für die Bewertung der Elastizität der Nachfrage darstellen, ebensowenig der Kostenstruktur der beiden Unternehmen, die, wenn sie unterschiedlich ist, einen Anreiz für wettbewerbsmäßiges Handeln darstellt.

Es braucht nicht wiederholt zu werden, daß solche Unterlassungen, die maßgebliche Gesichtspunkte betreffen, zur Schwächung der von der Kommission durchgeführten Untersuchung und ihrer Ergebnisse beitragen. Ich stelle daher fest, daß die übrigen hier erörterten „strukturellen" Elemente, wie beispielsweise diejenigen, die die Homogenität des Erzeugnisses betreffen und in bezug auf die ich im übrigen entsprechend meinen Ausführungen bei der Untersuchung der Abgrenzung des relevanten geographischen Marktes den von der französischen Regierung eingenommenen Standpunkt nicht teile, nicht vertieft zu werden brauchen.

— Parallele Verhaltensweisen

128. Die einschlägigen Wertungen der Kommission sind, wie die französische Regierung richtig ausführt, tatsächlich nicht

134 — Siehe S. 61 der Gegenerwiderung.
135 — Siehe S. 61 der Gegenerwiderung.
136 — Vgl. hierzu meine vorstehenden Ausführungen zur Abgrenzung des geographischen relevanten Marktes.

überzeugend. Tatsächlich erweisen sich die Umstände, von denen die Kommission den Nachweis des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung von K + S/MdK und SCPA herleiten wollte, vor allem dann, wenn sie mit denjenigen verglichen werden, die in anderen Entscheidungen gewürdigt wurden, als unerheblich.

Es ist nämlich nur allzu offensichtlich, daß die 1973 für mit Artikel 85 unvereinbar erklärte [137] Absprache zwischen K + S und SCPA als zu schwacher Anhaltspunkt für die Vermutung — mehr als 20 Jahre später — des fehlenden Wettbewerbs zwischen K + S und SCPA betrachtet werden muß [138]. Als ebensowenig maßgeblich erweisen sich unter dem soeben untersuchten Gesichtspunkt die Erwägungen zur geringen Präsenz von K + S auf dem französischen Markt, die sich, wie ich bei der Untersuchung des Gesichtspunkts der strukturellen Beziehungen zwischen K + S und SCPA ausgeführt habe, sehr wohl auf andere Gründe zurückführen lassen.

129. Die angestellten Erwägungen finden im übrigen ihre Bestätigung in dem Umstand, daß die für die betreffenden Zwecke in früheren Entscheidungen berücksichtigten Gesichtspunkte ganz anderer Art sind. In der Entscheidung Nestlé/Perrier hob die Kommission zunächst den ziemlich geringen Wettbewerb unter dem Gesichtspunkt der Preise hervor und stellte dann ein hohes Maß an Parallelität bei den Preisen fest, die von den drei am Zusammenschluß beteiligten Herstellern praktiziert wurden, zusammen mit der Einführung von Transparenzinstrumenten, die geeignet waren, eine Koordinierung der Preispolitik und eine wechselseitige Preiskontrolle zu erleichtern [139]. Im selben Fall berücksichtigte die Kommission daneben als Anhaltspunkt für die Beziehungen zwischen den betroffenen Unternehmen deren Reaktion auf den Erwerbsversuch eines Außenseiters, die als „gemeinsame Aktion zur Abwehr eines neuen Markteintritts" gesehen wurde [140]. Hingegen stellte die Kommission im Fall Pilkington-Techint/SIV fest, daß abgestimmte Verhaltensweisen der betroffenen Unternehmen, die 1988, also nur fünf Jahre vor der Entscheidung, und vom Bundeskartellamt erst wenige Monate vor der Entscheidung verurteilt wurden, wettbewerbswidrige parallele Verhaltensweisen fördern konnten [141].

Es handelt sich bereits auf den ersten Blick um signifikantere und beweiskräftigere Umstände als diejenigen, die im vorliegenden Fall berücksichtigt wurden.

130. Im Licht sämtlicher bisher angestellten Erwägungen stelle ich fest, daß die Kommission im vorliegenden Fall die von ihr selbst für die Feststellung des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung erarbeiteten Kriterien nicht in kohärenter Weise ange-

137 — ABl. 1973, L 217, S. 3. Zu diesem Punkt siehe Randnr. 57 der Entscheidung.

138 — Dies sogar dann, wenn man systematisch den im Urteil Flachglas zum Ausdruck gebrachten Grundsatz nicht berücksichtigen würde, wo festgestellt wurde, daß es „bei der Feststellung eines Verstoßes gegen Artikel 86 EWG-Vertrag ... nicht genügt, die einen Verstoß gegen Artikel 85 begründenden Tatsachen in der Weise ‚wiederzuverwenden', daß daraus die Feststellung abgeleitet wird, daß die an einer Vereinbarung oder rechtswidrigen Verhaltensweise Beteiligten zusammen einen bedeutenden Marktanteil halten, allein aufgrund dieser Tatsache eine kollektive beherrschende Stellung haben und ihr rechtswidriges Verhalten deren Mißbrauch darstellt" (Urteil zitiert in Fußnote 38, Randnr. 360).

139 — Siehe Randnrn. 59, 121 und 122 der Entscheidung.

140 — Siehe Randnr. 127 der Entscheidung.

141 — Entscheidung 94/359, zitiert in Fußnote 87, 32. Begründungserwägung. Es sollte an dieser Stelle hinzugefügt werden, daß der in Rede stehende Umstand nicht als Anlaß betrachtet wurde, Auflagen zu erteilen, und erst recht nicht, die Genehmigung des Zusammenschlusses zu verweigern.

wandt hat. Das ist nicht alles; auch wenn man, wie ich dies bereits erwogen habe, die Möglichkeit einräumt, den Begriff der kollektiven beherrschenden Stellung den Besonderheiten der Fusionskontrolle und den Merkmalen des vorliegenden Falles anzupassen, bleibt doch die Notwendigkeit, daß die Kommission bei der Prüfung von Zusammenschlüssen hinreichende Anhaltspunkte angibt, die den Kausalzusammenhang zwischen dem Zusammenschluß und der kollektiven beherrschenden Stellung beweisen [142].

Im vorliegenden Fall fehlt von solchen Anhaltspunkten jede Spur; vielmehr sprechen nicht zu vernachlässigende Umstände dafür, daß die Ansicht der Kommission zurückzuweisen ist. Im Ergebnis stelle ich fest, daß die Kommission tatsächlich nicht dargetan hat, daß der untersuchte Zusammenschluß eine kollektive beherrschende Stellung von K + S/MdK und SCPA begründet, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen könnte.

d) *Zur Erteilung von Bedingungen und Auflagen für Dritte, die am Zusammenschluß nicht beteiligt sind* (Rechtssachen C-68/94 und C-30/95)

131. Die Würdigung der Rüge der Rechtswidrigkeit von Auflagen für am Zusammenschluß nicht beteiligte Dritte setzt natürlich einerseits voraus, daß eine kollektive beherrschende Stellung für die Zwecke der Anwendung der Verordnung erheblich ist, und zum anderen, daß die Kommission tatsächlich dargetan hat, daß im vorliegenden Fall eine kollektive beherrschende Stellung existiert.

Angesichts des Ergebnisses, zu dem ich insbesondere in bezug auf die Verwendung des Begriffes der kollektiven beherrschenden Stellung im vorliegenden Fall gelangt bin, dürfte es nicht erforderlich sein, die betreffende Rüge zu prüfen. Der Vollständigkeit halber halte ich es jedoch für angebracht, auch zu den von den Klägerinnen vorgebrachten Rügen Stellung zu nehmen.

132. Die französische Regierung führt aus, daß die Verordnung, selbst wenn man sie für auf kollektive beherrschende Stellungen anwendbar hielte, es dennoch nicht ermögliche, die Erklärung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses von Bedingungen und Auflagen abhängig zu machen, die, wie im vorliegenden Fall, unmittelbaren Einfluß auf die Stellung von am Zusammenschluß nicht beteiligten Dritten hätten. In diesem Zusammenhang macht sie geltend, daß es Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung der Kommission nur ermögliche, seitens der anmeldenden Unternehmen Zusagen entgegenzunehmen, die den Zusammenschluß im engeren Sinn beträfen, nicht jedoch Zusagen, die im wesentlichen Auswirkungen auf Dritte hätten.

Die klagenden Unternehmen stimmen zwar mit der französischen Regierung im Hinblick darauf überein, daß es unmöglich sei, aufgrund der Verordnung Bedingungen und

142 — Wäre dies nicht so, so würde schließlich die Feststellung einer den Wettbewerb schädigenden kollektiven beherrschenden Stellung von einer Prognose abhängen, die sich auf bloße Vermutungen stützt, denen jeder konkrete Anhaltspunkt fehlt und die schon deshalb völlig unzuverlässig sind.

Auflagen zu erteilen, die Dritte belasteten, machen jedoch im Kern geltend, daß selbst dann, wenn im vorliegenden Fall das Bestehen einer kollektiven beherrschenden Stellung als nachgewiesen gelten könne, der Umstand bliebe, daß die vorgesehenen Bedingungen für die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt weder geeignet noch angemessen seien.

1. *Zur Möglichkeit, Artikel 8 Absatz 2 auf am Zusammenschluß unbeteiligte dritte Unternehmen anzuwenden*

133. Ich möchte vorausschicken, daß die Ansicht der französischen Regierung nicht geteilt werden kann. Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung ermächtigt die Kommission nämlich nur, die Erklärung der Vereinbarkeit „mit Bedingungen und Auflagen [zu] verbinden, um sicherzustellen, daß die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich der Änderung des ursprünglichen Zusammenschlußvorhabens eingegangen sind". Eine derartige Formulierung ist so zu verstehen, daß die Kommission tatsächlich nicht befugt ist, gegenüber Wirtschaftsteilnehmern, die am Zusammenschluß nicht beteiligt sind, tätig zu werden, selbst wenn sie feststellt, daß diese gemeinsam mit den anmeldenden Unternehmen ein Oligopol bilden.

Mit anderen Worten, Artikel 8 Absatz 2 beschränkt ausdrücklich und eindeutig die Befugnisse der Kommission darauf, von den betroffenen Unternehmen unmittelbare Zusagen hinsichtlich der „Änderung des ursprünglichen Zusammenschlußvorhabens" einzuholen; daher schließt diese Bestimmung jede Möglichkeit aus, strukturelle Änderungen des wettbewerbsmäßigen Kontextes anzuordnen, in dem der Zusammenschluß erfolgt. Die Befugnis zur Änderung des Vorhabens kann daher, da es an einer ausdrücklichen Bestimmung in diesem Sinne fehlt, nicht in eine allgemeine Befugnis zur Umstrukturierung eines ganzen Marktes und/oder eines Marktsektors umgewandelt werden.

134. Dieses Ergebnis läßt sich durch die Argumentation der Kommission nicht ernstlich entkräften, wonach a) die Entscheidung Bedingungen und Auflagen — die zur Gewährleistung der Einhaltung der von Anmeldenden erteilten Zusagen dienten — nur für die am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen verfügt habe und b) das Verbot eines Zusammenschlusses deswegen, weil die fraglichen Bedingungen die Interessen Dritter schädigen könnten, den mit der Verordnung verfolgten Zielen entgegenstehe und nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar sei.

In bezug auf den letztgenannten Gesichtspunkt verweise ich auf meine Ausführungen bei der Prüfung der Anwendbarkeit der Verordnung auf die kollektiven beherrschenden Stellungen unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Erwägungen und der Erwägungen im Hinblick auf die Zielsetzung der Verordnung selbst [143]. Zum erstgenannten Gesichtspunkt genügt die Feststellung, daß es zwar, wie die Kommission geltend gemacht hat, in der Natur der Fusionskontrolle liegt, daß die von den anmeldenden Parteien eingegangenen Zusagen zumindest mittelbare Auswirkungen auf Dritte haben können, daß es sich jedoch im vorliegenden

143 — Siehe oben, Nrn. 94 bis 98.

Fall sicherlich nicht um Bedingungen handelt, die Auswirkungen auf Dritte haben, sondern um Bedingungen, die objektiv und subjektiv Dritte betreffen, und zwar mindestens in gleicher Weise, in der sie die Beteiligten betreffen. Auch die Praxis, auf die sich die Kommission beruft, kann den Problembereich nicht verlagern: Es handelt sich nämlich um Entscheidungen, die keine Bedingungen enthalten, die unmittelbar Dritte betreffen, und sie sind daher nicht mit der angefochtenen Entscheidung vergleichbar [144]. Auf alle Fälle bleibt es daher dabei, daß „eine schlichte Praxis die Vorschriften des EWG-Vertrags nicht überspielen [kann]" [145]; und, so füge ich hinzu, sie kann nicht Bestimmungen des abgeleiteten Rechts überspielen, die eindeutig der Praxis der Kommission zuwiderlaufen. Wie bereits bei anderer Gelegenheit ausgeführt worden ist, wäre es nämlich paradox, wenn man zuließe, daß eine Zuwiderhandlung gegen Rechtsvorschriften nur deshalb rechtmäßig würde, weil sie wiederholt wird!

2. Zur Geeignetheit der im vorliegenden Fall zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs erteilten Auflagen

135. Mit diesem Gesichtspunkt befassen sich insbesondere die klagenden Unternehmen, indem sie geltend machen, es handele sich um Auflagen, die weder erforderlich noch geeignet seien, um einen wirksamen Wettbewerb auf dem betreffenden Markt aufrechtzuerhalten; als solche seien die Auflagen ungeeignet zur Erreichung des Zieles des Artikels 2 Absatz 2 der Verordnung.

Im Kern heben SCPA und EMC den willkürlichen Charakter der in der angefochtenen Entscheidung vorgesehen Auflagen hervor, die das Zusammenschlußvorhaben weder betroffen hätten noch in irgendeiner Weise beträfen, sondern ausschließlich vertragliche und gesellschaftsrechtliche Beziehungen berührten, die damit subjektiv und objektiv nichts zu tun hätten und obendrein in einer anderen geographischen Umgebung als dem betreffenden Markt Anwendung fänden [146].

136. In diesem Zusammenhang möchte ich vorab darauf hinweisen, daß an der Wirksamkeit der auf der Wettbewerbsebene vorgesehenen Auflagen nicht wenige Zweifel bestehen, sowohl wegen des bereits erwähnten geographischen Auseinanderfallens des Objektes der Auflagen und des relevanten Marktes als auch wegen des Fehlens von Belegen für den Nachweis der Eignung solcher Auflagen, die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit der Verordnung zu gewährleisten. Unter diesem Gesichtspunkt meine ich, daß die Ansicht der klagenden Unternehmen geteilt werden kann, daß sich die Kommission auf ernsthafte und eingehende Wertungen und nicht bloß auf hypothetische Erwägungen wie diejenigen stützen

144 — Insbesondere führt die Kommission die Entscheidungen vom 4. Mai 1993, Fall KNP/BT/VRG (ABl. L 217, S. 35), vom 19. Dezember 1991, Fall Courtaulds/SNIA (ABl. C 333, S. 16), und vom 31. Juli 1991, Fall Varta/Bosch (ABl. L 320, S. 26), an.

145 — Urteil vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-327/91 (Frankreich/Kommission, Slg. 1994, I-3641, Randnr. 36).

146 — Die Tragweite dieser Auflagen zeigt vielmehr, daß die Kommission, wenn sie es für angebracht gehalten hätte, gegen die angeblichen Beteiligten am Duopol (SCPA/EMC und K + S) unter Verwendung anderer Instrumente, insbesondere des Artikels 85 hätte vorgehen können, wie sie es im übrigen parallel zu der vorliegenden Angelegenheit im Zusammenhang mit der gemeinsamen kanadischen Tochtergesellschaft Potacan getan hat, gegen die eine Untersuchung im Sinne der Verordnung Nr. 17 (zitiert in Fußnote 51) durchgeführt wurde.

muß, die in ihrem Verteidigungsvorbringen zur Begründung der Rechtmäßigkeit der im vorliegenden Fall verfügten Auflagen geltend gemacht wurden.

Da ich, daran möchte ich erinnern, die Klage der Unternehmen in dem Teil als unzulässig erachtet habe, in dem sie darauf gerichtet ist, die Nichtigerklärung der Auflagen für das gemeinsame Unternehmen Potacan zu erreichen, soll die folgende kurze Untersuchung den Auflagen gewidmet werden, die das Ausscheiden aus der Kali-Export GmbH und die Kündigung der Vertriebsverträge betrifft, wobei allerdings auf diejenigen Gesichtspunkte nur verwiesen wird, die bereits in der Untersuchung der strukturellen Beziehungen zwischen K + S und SCPA erschöpfend behandelt wurden [147].

Die Kommission erwidert, nach der Struktur des betreffenden Marktes lasse sich nicht ausschließen, daß die Zusammenarbeit von K + S und SCPA im Kartell Kali-Export GmbH mittelbare Auswirkungen auf das wettbewerbswidrige Verhalten der Mitglieder des Kartells auf dem Gemeinschaftsmarkt habe. Insbesondere hebt sie hervor, daß a) K + S auf dem französischen Markt in ganz geringem Umfang präsent sei, b) CPL Zugang zum französischen Markt habe und ihren Absatz erst nach dem Ausscheiden aus dem Kartell Kali-Export GmbH innerhalb von sechs Jahren um 13 % habe steigern können und c) Coposa auf dem französischen Markt kaum präsent sei, auf dem im übrigen ein bedeutender Teil des von ihr erzeugten Kalis von SCPA verkauft werde.

— Zu der Auflage, die das Ausscheiden von K + S aus dem Kartell Kali-Export GmbH betrifft

137. Die klagenden Unternehmen machen vor allem geltend, das Bestehen der Kali-Export GmbH und die Beteiligung von K + S, MdK und SCPA an diesem Unternehmen könnten nicht die geringste Auswirkung auf die Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Gemeinschaft haben. Ferner habe die Kommission auf alle Fälle die wettbewerbswidrige Auswirkung der Beteiligung von K + S am Kartell Kali-Export GmbH in keiner Weise dargetan.

138. Das dargestellte Vorbringen der Kommission kann die Rügen der klagenden Unternehmen nicht widerlegen. Die Kommission hat nämlich nicht dargetan, daß die geringe Präsenz von K + S auf dem französischen Markt auf die Zugehörigkeit zum Ausfuhrkartell Kali-Export GmbH zurückzuführen ist, obwohl dieser Umstand, wie die klagenden Unternehmen ausgeführt haben, sehr wohl auf historischen und geographischen Umständen beruhen kann. Im übrigen können zwar, wie die Kommission vorgetragen hat, nicht die Grundsätze für die Anwendung der Artikel 85 und 86 gelten, doch kann die Kommission ihre Wertung sicherlich nicht auf reine Annahmen und Vermutungen stützen. Auf alle Fälle muß sie nämlich dartun, daß die in Rede stehenden Auflagen erforderlich sind, um die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu gewährleisten.

147 — Siehe oben, Nrn. 107 bis 113.

Im vorliegenden Fall hat die Kommission nicht nur nicht in überzeugender Weise erläutert, inwiefern eine fehlende Zusammenarbeit im Rahmen eines Kartells, das seine Wirkungen auf dem Markt außerhalb der Gemeinschaft entfaltet, einen wirksamen Wettbewerb auf dem Gemeinschaftsmarkt mit Ausnahme Deutschlands gewährleisten kann, sondern auch nicht dargetan, daß die geringe Präsenz von K + S oder Coposa auf dem französischen Markt auf die Zugehörigkeit zu dem betreffenden Kartell zurückzuführen wäre. Es versteht sich von selbst, daß der Umstand, daß CPL ihre Ausfuhren nach Frankreich erst nach dem Ausscheiden aus der Kali-Export GmbH gesteigert haben soll, gerade auf die Entscheidung von CPL zurückzuführen sein kann, sich auf den Gemeinschaftsmarkt zu konzentrieren, oder, wie die klagenden Unternehmen vor der Kommission unbestritten vorgetragen haben, auf die betrieblichen Schwierigkeiten, die CPL in der Zeit bewältigen mußte, in der sie der Kali-Export GmbH angehörte.

— Zur Auflage der Lösung der Vertriebsbeziehungen zwischen K + S und SCPA

139. Nach Ansicht der klagenden Unternehmen hat die Kommission nicht dargetan, inwiefern die Lösung der Vertriebsverträge zwischen K + S und SCPA die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt der Gemeinschaft mit Ausnahme Deutschlands gewährleisten soll. Diese Beziehungen hätten sich nämlich ausschließlich auf den französischen Markt ausgewirkt. Im übrigen sollen die in Rede stehenden Beziehungen in einem Vertrag vom 28. Juni 1985 über den Vertrieb von Erzeugnissen, die kein Kali, sondern Kieserit enthielten, bestanden haben. Außerdem habe sich SCPA auf den Erwerb von Kali beschränkt, der von EMC selbst verwendet worden oder zum Verkauf außerhalb des französischen Marktes bestimmt gewesen sei. Schließlich erwerbe SCPA von K + S magnesiumhaltige Kalierzeugnisse, die in Frankreich verkauft würden, doch gehörten solche Erzeugnisse, wie in der Entscheidung selbst hervorgehoben werde, nicht zum Markt für das in Rede stehende Erzeugnis.

140. Angesichts des soeben beschriebenen Sachverhalts, der im übrigen von der Kommission nicht bestritten wird, die nur die Bedeutung der Einrichtung einer eigenen Vertriebsorganisation auf dem französischen Markt durch K + S hervorhebt, scheint es nur allzu offensichtlich, daß K + S und SCPA keine privilegierte Beziehung für den Vertrieb von Kalierzeugnissen unterhielten. Allerdings, darauf sei hingewiesen, hat die Formulierung der Entscheidung K + S dazu veranlaßt, die einzige zu SCPA bestehende Vertriebsbeziehung zu lösen, und zwar den Vertrag über Kieserit, d. h., ich wiederhole dies, ein Erzeugnis, das nach der Entscheidung nicht zu dem relevanten Markt gehörte.

Dieser Umstand bestätigt über die sonstigen Wertungen hinaus die Begründetheit des Vorbringens der klagenden Unternehmen in bezug auf den unmittelbaren Einfluß der Entscheidung auf ihre Interessen; er verstärkt daneben den Zweifel an der Sachdienlichkeit der Auflagen, die zum Zweck der Beseitigung der duopolistischen beherrschenden Stellung erteilt wurden, die angeblich durch den Zusammenschluß begründet worden ist.

Ergebnis

141. Die bisher angestellten Erwägungen zeigen meines Erachtens, daß im vorliegenden Fall Fehler bei der Auslegung und der Anwendung der Bestimmungen der Zusammenschlußverordnung begangen wurden.

In diesem Stadium geht es um die Feststellung, ob diese Fehler die vollständige Nichtigerklärung der Entscheidung oder ihre nur teilweise Nichtigerklärung, die sich auf den Teil bezieht, der die Auflagen für die klagenden Unternehmen enthält, rechtfertigen. Aus den Gründen, die ich jetzt erläutern werde, stelle ich fest, daß die letztgenannte Lösung die geeignetste ist.

142. Vor allem ist die Ansicht der Kommission unbegründet, daß die teilweise Nichtigerklärung der Entscheidung eine Art Eingriff in das institutionelle Gleichgewicht darstelle, da der Gemeinschaftsrichter nicht befugt sei, die Entscheidung der Kommission abzuändern und sich bei der Würdigung des Zusammenschlusses an deren Stelle zu setzen.

In diesem Zusammenhang beschränke ich mich auf die Feststellung, daß sich aus der Verordnung selbst sowie aus der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofes [148] die Möglichkeit ergibt, daß der Gerichtshof in subiecta materia ergangene Entscheidungen nur teilweise für nichtig erklärt. Im übrigen wäre die Ansicht paradox, daß es eine Verletzung der Zuständigkeiten und der Befugnisse der Kommission bedeutete, wenn der Gerichtshof von einer ihm ausdrücklich zugewiesenen Befugnis Gebrauch macht. Vielmehr sei darauf hingewiesen, daß es für eine teilweise Nichtigerklärung erforderlich ist, daß die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind, die im Kern dahin gehen, zu gewährleisten, daß die teilweise Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung nicht letztlich jeden Inhalt nimmt [149].

148 — Urteil vom 20. März 1957 in der Rechtssache 2/56 (Ruhrkohlenverkaufsgesellschaft/Hohe Behörde, Slg. 1957, 11).
149 — So bereits das Urteil vom 28. Juni 1972 in der Rechtssache 37/71 (Jamet/Kommission, Slg. 1972, 483, Randnrn. 11 f.).

143. Nach allem stelle ich fest, daß eine teilweise Nichtigerklärung der Entscheidung sehr wohl möglich ist und daß diese Lösung unabhängig davon praktikabel ist, welcher der von den Parteien vorgebrachten und von mir nicht als unbegründet erachteten Rügen der Gerichtshof stattgeben möchte. Denn unabhängig davon, ob sich der Gerichtshof für die grundsätzliche Unanwendbarkeit der Verordnung auf die kollektiven beherrschenden Stellungen entscheidet oder ob er feststellt, daß keine beherrschende Stellung vorliegt oder daß das Vorliegen einer solchen beherrschenden Stellung nicht hinreichend dargetan ist, wird die Voraussetzung hinfällig, aufgrund deren die Kommission die von den klagenden Unternehmen angefochtenen Auflagen erteilt hat. Diese sollten nämlich verhindern, daß der Zusammenschluß eine oligopolistische beherrschende Stellung schafft, die den Wettbewerb auf dem Markt der Gemeinschaft behindern kann.

Das gleiche gilt für den Fall, daß der Gerichtshof nach Überwindung der mit der Anwendung der Verordnung auf die Oligopole verbundenen Probleme und der Feststellung des Vorliegens einer kollektiven beherrschenden Stellung zu dem Ergebnis gelangen müßte, daß Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung die Kommission nicht ermächtigt, Auflagen zu erteilen, die sich unmittelbar auf die Interessen am Zusammenschluß nicht beteiligter Dritter auswirken. Ebenso würde, falls die fraglichen Auflagen als unwirksam für die Gewährleistung der Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt erachtet würden, die beste Lösung in der Nichtigerklärung der Auflagen und somit der teilweisen Nichtigerklärung der Entscheidung bestehen.

144. Schließlich wäre es in allen untersuchten Fällen möglich, die Auflagen aufzuheben, ohne der Entscheidung insgesamt ihren Kern zu nehmen [150]. In diesem Zusammenhang braucht kaum hervorgehoben zu werden, daß die Würdigung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Markt der Gemeinschaft — in deren Rahmen sich die angefochtenen Auflagen einfügen — gegenüber derjenigen in bezug auf den deutschen Markt selbständig ist, weshalb eine Beschränkung Ratione materiae des Tenors vorstellbar ist, die die Anforderungen der einschlägigen Rechtsprechung erfüllen kann.

Auch ist die teilweise Nichtigerklärung der Entscheidung nicht geeignet, deren Tragweite grundlegend zu ändern. Ich möchte noch hinzufügen, daß im vorliegen-

150 — In diesem Fall wäre es im übrigen vorstellbar, daß die Kommission wegen der Wiedereröffnung der Frist des Artikels 10 Absatz 5 der Verordnung entweder neue Auflagen festlegt oder die Wirksamkeit der ursprünglichen Auflagen auf der Ebene des Schutzes des Wettbewerbs weiter und detaillierter erläuterte. Diese Möglichkeit ist zwar grundsätzlich völlig zulässig, erscheint mir jedoch unwahrscheinlich, da sie die Überprüfung eines Vorgangs bedeutete, der bereits Wirkungen gezeitigt hat, die eine Würdigung im Licht des Statuts quo ante ziemlich schwierig gestalten würden.

den Fall die angefochtene Entscheidung insgesamt für die betroffenen Unternehmen günstig ist, was nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ein maßgeblicher Umstand dafür ist, einer Klage auf teilweise Nichtigerklärung stattzugeben [151].

145. In bezug auf die Kosten schlage ich gemäß Artikel 69 § 3 der Verfahrensordnung vor, diese in der Rechtssache C-68/94 gegeneinander aufzuheben. In der Rechtssache C-30/95 schlage ich hingegen aufgrund derselben Bestimmung vor, daß die Kommission, da sie im wesentlichen unterlegen ist, zur Tragung der Kosten einschließlich der Auslagen der als Streithelferinnen zugelassenen Unternehmen zu verurteilen ist. Die in den Rechtssachen als Streithelfer zugelassenen Regierungen haben hingegen ihre eigenen Kosten zu tragen.

146. Aufgrund all dieser Erwägungen schlage ich daher vor,

— *in der Rechtssache C-68/94:*

a) Artikel 1 der Entscheidung 94/449/EG der Kommission vom 14. Dezember 1993 in einem Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (Fall Nr. IV/M.308 — Kali und Salz/MdK/Treuhand) in dem Teil für nichtig zu erklären, in dem die Erklärung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses davon abhängig gemacht wird, daß den in Randnummer 63 genannten Bedingungen und Auflagen nachgekommen wird;

b) die Klage im übrigen abzuweisen;

c) die Kosten des Verfahrens gegeneinander aufzuheben, wobei die deutsche Regierung die Kosten ihrer Streithilfe selbst zu tragen hat.

— *in der Rechtssache C-30/95:*

a) die Klagen der Firmen SCPA und EMC mit Ausnahme des Klagegrunds, der die Zusage in bezug auf das kanadische Unternehmen Potacan betrifft, für zulässig zu erklären;

151 — Urteil Transocean Marine Paint/Kommission (angeführt in Fußnote 39, Randnr. 21).

b) Artikel 1 der Entscheidung 94/449/EG der Kommission vom 14. Dezember 1993 in einem Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates (Fall Nr. IV/M.308 — Kali und Salz/MdK/Treuhand) in dem Teil für nichtig zu erklären, in dem er die Erklärung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses davon abhängig macht, daß den in der Randnummer 63 genannten Bedingungen und Auflagen nachgekommen wird;

c) der Kommission die Kosten des Verfahrens einschließlich der Auslagen der als Streithelferinnen zugelassenen Unternehmen aufzuerlegen und die französische Regierung ihre eigenen Kosten tragen zu lassen.