Schlußanträge des Generalanwalts

HERRN MAURICE LAGRANGE

24. Mai 1960

Aus dem Französischen übersetzt

GLIEDERUNG

I - *Sachverhalt und Klageanträge* 936

II - *Zulässigkeit* 938

III - *Hilfsantrag der Klage Nr. 40/59* 939

IV - *Hauptanklageanträge* 941

1. Allgemeine Erwägungen 941

2. Prüfung der drei Voraussetzungen 947

A. Aufhebung des Kriteriums betreffend den Absatz von 60 000 Tonnen Kohle aus der Gemeinschaft 947

B. Zweites Kriterium: Absatz einer Mindestmenge von Kohle aus der Gemeinschaft im Verkaufsbezirk 951

a) Prüfung im Hinblick auf Artikel 65 § 2 Buchstaben a und b 952

b) Prüfung im Hinblick auf Artikel 65 § 2 Buchstabe c 956

C. Dritte Voraussetzung: Absatz einer Mindestmenge von 6 000 Tonnen Kohle der Verkaufsgesellschaft 962

V - *Abschließende Anträge* 963

Herr Präsident, meine Herren Richter!

Ich habe Stellung zu nehmen einerseits zu den verbundenen Rechtssachen Nr. 36, 37 und 38/59, welche die Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaften Präsident, Geitling und Mausegatt sowie die in ihnen zusammengeschlossenen Bergwerksgesellschaften anhängig gemacht haben zum Zwecke der Nichtigerklärung bestimmter Vorschriften der Entscheidung der Hohen Behörde Nr. 36/59 vom 17. Juni 1959 betreffend die Handelsregelung der Verkaufsgesellschaften, und andererseits zu der von der Kohlen- und Baustoffgroßhandlung I. Nold KG, Darmstadt, gegen dieselbe Entscheidung gerichteten Klage.

Obwohl der Gerichtshof es nicht für angebracht gehalten hat, eine Verbindung dieser Rechtssachen anzuordnen, und zwar nicht einmal zum Zwecke der mündlichen Verhandlung, bitte ich Sie um die Erlaubnis, sie — lediglich der Klarheit wegen — zusammen prüfen zu dürfen. Die Anträge der Verkaufsgesellschaften wie auch diejenigen der I. Nold KG richten sich nämlich gegen dieselben Vorschriften der angefochtenen Entscheidung, d. h. gegen die Vorschriften über die Tonnenmenge, von der die Zulassung der Großhändler zur unmittelbaren Belieferung durch die Verkaufsgesellschaften abhängig gemacht wird. Diese Voraussetzungen sind zwar beträchtlich abgeschwächt worden, werden von der I. Nold KG jedoch noch als zu streng beurteilt, während es die Verkaufsgesellschaften beanstanden, daß die Hohe Behörde ihre Zustimmung zur Beibehaltung der bisherigen Voraussetzungen verweigert hat. Ausserdem geht es in den beiden Verfahren im wesentlichen um die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung im Hinblick auf dieselben Vertragsvorschriften, insbesondere Artikel 65 § 2.

I. — SACHVERHALT UND KLAGEANTRÄGE

Ich werde den Sachverhalt nicht darstellen, da er ihnen sowohl von früheren Prozessen her als auch, soweit erforderlich, auf Grund der äußerst vollständigen Berichte der Herren Berichterstatter zur Genüge bekannt ist.

Ich möchte Ihnen lediglich ins Gedächtnis rufen, daß in der angefochtenen Entscheidung im wesentlichen folgendes bestimmt ist (neuer Art. 6);

1) Die bisher geforderte erste Voraussetzung, nämlich der Absatz von 60 000 Tonnen Kohle aus der Gemeinschaft im voraufgegangenen Kohlenwirtschaftsjahr, wird aufgehoben (sie ist daher nicht mehr im verfügenden Teil der Entscheidung aufgeführt; das bedeutet, daß die Verkaufsgesellschaften nicht mehr auf dieser Voraussetzung bestehen dürfen).

2) Die zweite und die dritte Voraussetzung (Absatz einer Mindestmenge von Kohle aus der Gemeinschaft *in dem Verkaufsbezirk,* für welchen der Händler zugelassen werden soll; Absatz einer Mindestmenge von *Steinkohle der Verkaufsgesellschaft,* bei welcher der Händler zugelassen wird, ebenfalls innerhalb des Verkaufsbezirks) werden beibehalten, doch die Mindestmengen werden von 30 000 Tonnen auf 20 000 Tonnen im ersten Fall und von 9 000 auf 6 000 Tonnen im zweiten Fall herabgesetzt (Art. 6 Ziff. 1 und 2).

Auch den neuen Artikel 11 werden

„die weitergehenden Anträge der beteiligten Bergwerksgesellschaften betreffend die Handelsregelung"

abgelehnt. Dies bedeutet, daß die in der Handelsregelung von den Verkaufsgesellschaften aufgestellten Voraussetzungen insoweit unzulässig sind, als sie strenger sind als die in der Entscheidung aufgeführten Voraussetzungen. Gegen diese teilweise Ablehnung richten sich die Annullierungsanträge der Verkaufsgesellschaften.

Die I. Nold KG beantragt in erster Linie die Nichtigerklärung der Ziffern 1 und 2 von Artikel 6, demzufolge die Mengenkriterien 2 und 3 unter Herabsetzung der Tonnengrenze beibehalten werden.

Hilfsweise beantragt sie festzustellen, daß die erwähnten Vorschriften des Artikels 6 „nichtig oder nicht anwendbar" sind,

„insoweit . . ., als diejenigen Großhändler, die vor dem Erlaß dieser Entscheidung als Großhändler erster Hand beliefert worden

sind, dadurch von der weiteren Belieferung als Großhändler erster Hand ausgeschlossen werden würden".

II. — ZULÄSSIGKEIT

Im Hinblick auf die *Zulässigkeit* ist zu den Klagen der Verkaufsgesellschaften nichts und zur Klage der I. Nold KG nur wenig zu bemerken.

Es ergibt sich nämlich aus der Rechtsprechung (Urteil Nold vom 20. März 1959), daß Genehmigungsentscheidungen nach Artikel 65 § 2 nicht nur im Verhältnis zu den Antragstellern individueller Natur sind, sondern auch im Verhältnis zu Dritten, und zwar auch insoweit, als sie eine allgemeine Regelung zum Gegenstand haben, die dem Bereich des Privatrechts angehört. Es ist ausreichend, daß der klagende Dritte ein unmittelbares *Interesse* an der Nichtigerklärung hat: auf diesen Begriff bezieht sich das Urteil ganz offensichtlich, ohne ihn ausdrücklich zu verwenden. Es läßt sich nicht bestreiten und wird auch nicht bestritten, daß dies genau der Fall der I. Nold KG ist.

In der Gegenerwiderung jedoch erhebt die Hohe Behörde die Einrede der Unzulässigkeit hinsichtlich der *Hilfsanträge* der I. Nold KG, die angeblich in der Erwiderung unter geringfügiger Umstellung eine neue Fassung erhalten hätten. Die I. Nold KG habe die Rangfolge ihrer Anträge geändert und in erster Linie beantragt, entweder

„Artikel 6 Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Entscheidung für nichtig zu erklären, soweit dadurch bestimmte Händler vom Direktbezug ausgeschlossen werden",

oder

„diese Vorschrift gegenüber bestimmten Händlern für nicht anwendbar zu erklären".

Dieser Antrag weise in seiner ersten Alternativfassung in Wirklichkeit die Wesensmerkmale einer Untätigkeitsklage auf, bei der aber das Verfahren nach Artikel 35 nicht eingehalten worden sei, und in seiner zweiten Alternativfassung falle er aus dem Rahmen der Nichtigkeitsklage heraus.

In Wahrheit hat die Klägerin in der Erwiderung weder neue Anträge gestellt noch etwa den Inhalt ihrer ursprünglichen Anträge geändert; sie hat lediglich bemerkt (was offensichtlich ist), daß dann, wenn ihrem Hilfsantrag entsprochen würde, die in Artikel 6 aufgestellten Voraussetzungen ohne irgendwelche Nachteile für sie bestehenbleiben könnten, da diese Voraussetzungen dann nur für die Zukunft gelten würden.

Ich halte den Hilfsantrag für zulässig; mit diesem Antrag wird geltend gemacht, die Zustimmung der Hohen Behörde zur Anwendung einer Handelsregelung, in der bestimmte Tonnengrenzen festgelegt werden (Art. 6 Ziff. 1 und 2), *sei insoweit nicht regelmäßig*, als diese Grenzen zum Ausschluß derjenigen Händler aus der Gruppe der Großhändler erster Hand führen würden, welche bisher diese Eigenschaft besaßen. Mit anderen Worten: Eine strengere als die früher geltende Handelsregelung könne nur dann genehmigt werden, wenn sie die wohlerworbenen Rechte derjenigen beachte, welche die bisherigen Voraussetzungen erfüllten. Es liegt also keine Untätigkeitsklage vor. Es wird weiterhin die tatsächlich erteilte Genehmigung insoweit beanstandet, als *ihr* eine nach der Meinung des Klägers für ihre Rechtmäßigkeit wesentliche Vorschrift *fehlt*.

III. — HILFSANTRAG DER KLAGE Nr. 40/59

Der Hilfsantrag erscheint mir zwar zulässig, er ist jedoch zweifellos unbegründet. Um nicht mehr auf diese Frage zurückkommen zu müssen, beginne ich hiermit ohne übermäßige Rücksicht auf den logischen Aufbau der Darstellung die Prüfung der Begründetheit der Klagen.

Es sei zunächst bemerkt, daß in der angefochtenen Entscheidung die auf Grund der bisher geltenden Entscheidungen erforderlichen mengenmäßigen Voraussetzungen *herabgesetzt* werden, und zwar in erheblichem Umfang. Übergangsbestimmungen werden im allgemeinen erlassen, wenn eine neue Regelung, die strenger ist als die ersetzte, zu einer Erschwerung der Lage führt, nicht jedoch dann, wenn sie abschwächende Wirkung hat. Wenn die Klägerin bisher die Eigenschaft als Großhändler erster Hand behalten hat, so verdankt sie dies

genau genommen allein der Aussetzung des Vollzugs der Entscheidungen Nr. 16 - 18/57, welche ihr der Gerichtshof anläßlich ihrer ersten Klage gegen diese Entscheidungen gewährt hat, und weiterhin der im Anschluß daran ausgesprochenen Nichtigerklärung dieser Entscheidungen. Vorher war ihr die in den Entscheidungen Nr. 5 - 7/56 für das Rechnungsjahr 1956/1957 genehmigte Übergangsregelung zustatten gekommen: Für diese Entscheidungen waren Übergangsbestimmungen gerechtfertigt, wenn auch nicht zwingend geboten, denn die dort vorgesehene Regelung verschärfte die Voraussetzungen für die unmittelbare Belieferung der Großhändler ganz beträchtlich. Ganz anders verhält es sich mit der angefochtenen Entscheidung. Die Klägerin kann somit nicht geltend machen, die Genehmigung hätte zu Recht nur erteilt werden dürfen, wenn gleichzeitig eine Übergangsregelung erlassen worden wäre; überdies ist die Wirkung einer Übergangsbestimmung ihrem Wesen nach notwendigerweise zeitlich begrenzt.

In Wahrheit beruft sich die Klägerin auf einen angeblichen „erworbenen Besitzstand", den sie auf ihre langjährige Tätigkeit als Großhändlerin erster Hand zurückführt. Sie bezieht sich in diesem Zusammenhang auf die Vorschriften des deutschen Rechts über den Schutz des Eigentums, der sich auf das Recht am Gewerbebetrieb erstreckt und der durch Artikel 14 des Grundgesetzes garantiert wird.

Dem ist entgegenzuhalten, daß es der Klägerin freisteht, bei den Gerichten ihres Landes eine entsprechende Klage in bezug auf die privatrechtliche Handelsregelung zu erheben, wenn sie das für sachdienlich hält. Es ist aber nicht Sache des Gerichtshofes, der die Rechtmäßigkeit der Genehmigungen nachprüft, die in diesem oder jenem Mitgliedstaat geltenden Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts anzuwenden, auch wenn es sich um Verfassungsrechtssätze handelt; zumindest darf er sie nicht *unmittelbar* anwenden (Urteil Stork vom 4. Februar 1959). Lediglich dann kann er gegebenenfalls solche Bestimmungen heranziehen, wenn er in ihnen den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes erblickt, der bei der Anwendung des Vertrages berücksichtigt werden kann.

Es läßt sich zwar durchaus einräumen, daß in allen sechs Ländern übereinstimmend Rechtsregeln anzutreffen wären über den Schutz des Eigentums und die Garantien, die für den Fall eines Eingriffs in dieses Recht, wie z. B. die Enteignung, vorgesehen sein müssen; es steht aber außer Zweifel, daß hier ein solcher Fall nicht gegeben ist. Auch wenn man den Eigentumsbegriff sehr weit faßt, so kann von einem Eingriff in das Eigentum durch die Hohe Behörde nicht gesprochen werden.

Andererseits liegt auch eine Diskriminierung nicht vor, wenn die Voraussetzungen für den Direktbezug objektiv festgelegt sind. Eine Diskriminierung wäre vielmehr dann gegeben, wenn über eine befristete Übergangszeit hinaus für unbegrenzte Zeit eine Ungleichheit der Kriterien beibehalten würde, die sich lediglich nach dem Alter des Großhandelsunternehmens richtet.

IV. — HAUPTKLAGEANTRÄGE

Ich komme nunmehr zu den Hauptanträgen der I. Nold KG und zu den Anträgen der Verkaufsgesellschaften, welche beide die Festlegung der Mengenkriterien betreffen. Alle Klägerinnen machen drei Klagegründe geltend: Verletzung wesentlicher Formvorschriften wegen mangelnder oder unzureichender Begründung, Verletzung des Vertrages und Ermessensmißbrauch.

1. Allgemeine Erwägungen

Ich möchte zunächst einige allgemeine Erwägungen zu der Frage der mangelnden oder unzureichenden Begründung insbesondere bei Genehmigungsentscheidungen der Hohen Behörde nach Artikel 65 § 2 vortragen.

Die Pflicht der Hohen Behörde, ihre Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen zu begründen, wie sie in Artikel 15 des Vertrages niedergelegt ist, entspricht einem zweifachen Erfordernis. Der öffentlichen Meinung gegenüber stellt sie zunächst eine Garantie gegen Willkür dar, da sie es ermöglicht, das Handeln eines mit bedeutsamen Befugnissen

ausgestatteten Exekutivorgans zu verstehen und zu überwachen. Dies ist insbesondere für das Parlament erforderlich. Dieser Umstand erklärt und rechtfertigt es, daß sämtliche Entscheidungen der Hohen Behörde der Begründungspflicht unterworfen sind, und zwar auch diejenigen, welche hauptsächlich in Ausübung einer Ermessensbefugnis ergangen zu sein scheinen.

Die Begründungspflicht ist aber auch zur Ermöglichung einer *gerichtlichen Nachprüfung* der Entscheidungen für den Fall erforderlich, daß sie beim Gerichtshof angefochten werden sollten. Es geht dabei um eine Nachprüfung der *Rechtmäßigkeit,* die gewöhnlich auf Grund einer Nichtigkeitsklage vollzogen wird. Da bei dieser Nachprüfung die Befugnisse des Richters begrenzt sind und sowohl die Kompetenz wie auch die Verantwortlichkeit zwischen dem Richter und der Exekutive geteilt ist — wobei die Grenzziehung häufig Schwierigkeiten bereitet —, ist es unbedingt erforderlich, daß in der Entscheidung alle diejenigen tatsächlichen Umstände klar angeführt werden, von denen anzunehmen ist, daß sie dem Richter die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung gestatten. Diese Auffassung hat der Gerichtshof übrigens im Urteil Nold vom 20. März 1959 vertreten, wo folgendes ausgeführt wird:

> „Die nach Artikel 15 des EGKS-Vertrages der Hohen Behörde obliegende Pflicht, ihre Entscheidungen mit Gründen zu versehen, dient jedoch nicht nur dem Schutz der der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes unterworfenen Personen, sondern sie hat überdies den Zweck, dem Gerichtshof die richterliche Nachprüfung der Entscheidungen, die ihm auf Grund des Vertrages obliegt, in vollem Umfang zu ermöglichen."

In dem Urteil wurde sogar die Folgerung gezogen:

> „Infolgedessen kann und muß der Gerichtshof einen etwaigen Mangel in der Begründung, der diese Nachprüfung erschweren würde, von Amts wegen aufgreifen".

Das setzt selbstverständlich voraus, daß eine *Rechtsverletzung* gerügt wurde, da andernfalls die *Klage* keine Begründung enthielte. Ist dies jedoch der Fall, so ist nicht erforderlich, daß sich der Kläger expressis verbis auf den Klagegrund der Verletzung wesentlicher Formvorschriften berufen hat: Sofern der

Gerichtshof sich außerstande sieht, anhand der in der Entscheidung angegebenen Gründe darüber zu befinden, ob die Entscheidung im Hinblick auf den Vertrag rechtmäßig ist oder nicht, „kann und muß" er sie wegen unzureichender Begründung für nichtig erklären.

Es zeigt sich also, daß sich die im Hinblick auf die Begründung gestellten Anforderungen mit der Art und dem Gegenstand der Entscheidung ändern: Soweit die Entscheidung ergeht auf Grund einer unter anderem weniger weitgehenden Ermessensbefugnis, sind diese Anforderungen zwangsläufig gering; es reicht aus, wenn die Begründung — zumindest dem ersten Anschein nach (und vorbehaltlich eines Gegenbeweises, durch den z. B. ein Ermessensmißbrauch dargetan wird) — die Feststellung erlaubt, daß die Entscheidung im Rahmen einer bestimmten Befugnis sowie im Einklang mit dem gemeinen Wohl und ohne Willkür erlassen wurde. Soweit die Ausübung der fraglichen Befugnis jedoch vom Gesetz (hier: vom Vertrag) an bestimmte Voraussetzungen geknüpft wird, muß sich doch aus den Gründen eindeutig entnehmen lassen, daß *alle* diese Voraussetzungen erfüllt waren und aus welchen rechtlichen und tatsächlichen Gründungen die Hohe Behörde das Vorliegen dieser Voraussetzungen annahm.

Meine Herren, es genügt, Artikel 65 zu lesen, um die Überzeugung zu gewinnen, daß die an die Begründung gestellten Anforderungen bei Genehmigungsentscheidungen nach § 2 besonders streng sein müssen. Die Bedeutung, welche der Vertrag im Hinblick auf das reibungslose Funktionieren des gemeinsamen Marktes der Beachtung des an die Spitze des Artikels gestellten Kartellverbots beimißt, der Ausnahmecharakter der Genehmigung (Ausnahme im rechtlichen Sinne des Wortes, d. h. ihrer Anwendung nach nicht notwendigerweise „selten", sondern abweichend von einer Grundsatznorm), schließlich die Fassung von § 2 mit der Aufzählung der drei Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Entscheidung (bei deren Vorliegen die Genehmigung zu erteilen ist) — alle diese Faktoren beengen die Hohe Behörde sehr stark in ihrer Bewegungsfreiheit und zwingen sie zu besonders genauen und konkreten Erklärungen.

Die Gründe einer Entscheidung nach Artikel 65 § 2 müssen sich somit hauptsächlich mit dem Vorliegen der dort unter den Buchstaben a, b und c festgelegten Voraussetzungen befassen und sich gegebenenfalls vorher noch mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Kartell gemäß § 1 gegeben ist. Dieses Erfordernis gilt auch dann, wenn die Entscheidung lediglich eine frühere Entscheidung abändert, soweit es um die Rechtfertigung der Änderungen geht; wenn auch die neuen Bestimmungen weniger streng sind als die bisherigen, so kann sich doch die Angabe von Gründen als notwendig erweisen, wenn die Begründung der früheren Entscheidungen als unzureichend angesehen werden sollte: Eben diese Grundsätze hat die Hohe Behörde in ihrer Antwort auf die Klagen der Verkaufsgesellschaften sehr zu Recht geltend gemacht.

Es ist jedoch selbstverständlich, daß selbst weniger strenge Entscheidungen — darunter verstehe ich solche Entscheidungen, durch welche die Zustimmung zu Vereinbarungen oder zu Teilen von Vereinbarungen wegen übermäßiger Strenge verweigert wird, obwohl diese früher bereits genehmigt worden waren — in dieser Hinsicht zu begründen sind, da sonst jeglicher Willkür die Tür geöffnet würde: Dies habe ich in meinen Schlußanträgen zu den Rechtssachen Nr. 16 - 18/59 ausgeführt und davon ausgehend die Ansicht vertreten, daß die sehr allgemeinen „Erwägungen" der damals angefochtenen Entscheidungen unzureichend gewesen wären, wenn man sie (was nicht der Fall war) als eine Entscheidung hätte ansehen müssen. Mit anderen Worten, die Hohe Behörde muß bei einer Änderung ihrer Auffassung selbst dann, wenn es sich um eine Abmilderung handelt, die Gründe hierfür angeben.

Ich möchte eine letzte Bemerkung allgemeiner Art anschließen, die mir wesentlich erscheint:

Wenn man Artikel 65 § 2 liest, erkennt man, daß in Wirklichkeit zwischen den beiden ersten Voraussetzungen (unter den Buchstaben a und b) einerseits und der dritten Voraussetzung des Buchstaben c andererseits ein Gegensatz besteht. Die Hohe Behörde hat sich zunächst zu vergewissern, daß die ihr unterbreitete Vereinbarung, welche eine Vereinbarung über

Spezialisierung oder über gemeinsamen Ein- und Verkauf sein muß, „zu einer merklichen Verbesserung der Produktion oder der Verteilung der genannten Erzeugnisse" beitragen wird, daß sie für die Erzielung dieser Wirkungen wesentlich ist und daß sie nicht weitergehende Einschränkungen vorsieht, als es ihr Zweck erfordert (in Wahrheit sind dies sogar drei Voraussetzungen). Wenn jedoch die Voraussetzungen gegeben sind, so hat sich die Hohe Behörde zusätzlich noch zu vergewissern (Voraussetzung c), daß die betreffende Vereinbarung

> „nicht geeignet ist, den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit zu geben, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Erzeugnisse auf dem gemeinsamen Markt die Preise zu bestimmen, *die Erzeugung oder den Absatz zu kontrollieren oder einzuschränken* noch diese Erzeugnisse dem *tatsächlichen Wettbewerb* anderer Unternehmen auf dem gemeinsamen Markt zu entziehen".

Wie Rechtsanwalt von Simson gegen Ende der mündlichen Verhandlung zutreffend ausgeführt hat, wägt der Vertrag einerseits das rein wirtschaftliche Ziel, das mit einer Vereinbarung zulässigerweise verfolgt werden darf, z. B. die Verbesserung der Verteilung, und andererseits die Wettbewerbsfreiheit gegeneinander ab. Solange nachgeprüft wird, ob die Voraussetzungen der Buchstaben a und b erfüllt sind, ist die Vereinbarung als Ganzes und auch in ihren Einzelheiten zu betrachten und ist daraufhin zu untersuchen, ob sie z. B. geeignet ist, die Verteilung zu verbessern, ohne dabei weitergehende Einschränkungen herbeizuführen, als es im *Hinblick auf dieses Ziel* erforderlich ist, gleichgültig ob die Vereinbarung, die zwar vielleicht die Gefahr mit sich bringt, den beteiligten Unternehmen eine *beherrschende Stellung* zu verschaffen: In diesem Fall ist dem Schutz des Wettbewerbs der Vorzug zu geben.

Wir stoßen hier auf das Kernproblem, das sich bei der Anwendung aller Kartellgesetze ergibt, gleichgültig ob sie sich auf den „Mißbrauchs"begriff oder auf die Theorie der „guten" und der „schlechten" Kartelle stützen und ungeachtet der zugrunde liegenden rechtlichen Konstruktion (Unwirksamkeit vorbehaltlich eines etwaigen Eingreifens der Verwaltung oder einer gerichtlichen Verfolgung usw. . .). Es kommt stets ein Punkt, an dem die zuständige Stelle, sei es ein Gericht oder

eine Verwaltungsbehörde, falls sie der Sache auf den Grund gehen will, die Vor- und Nachteile des Kartells *abzuwägen* und festzulegen hat, unter welchen Voraussetzungen die Vorteile überwiegen.

Im schriftlichen Verfahren und in der mündlichen Verhandlung ist auf interessante Entscheidungen des deutschen Bundeskartellamts verwiesen worden. Man erlaube mir, meinerseits eine der veröffentlichten Stellungnahmen des Technischen Ausschusses für Kartellwesen anzuführen, der in Frankreich trotz seiner lediglich beratenden Befugnisse die bedeutendste Rolle bei der Anwendung der Kartellvorschriften spielt. Es ging dabei um ein Kartell in der Brothefe-Industrie und im Brothefe-Handel. In jener Stellungnahme [1]) ist folgendes ausgeführt:

> „Im Zusammenhang mit Klauseln (insbesondere über die Festsetzung der Preise und der Verkaufskontingente) wurde eine Absatzorganisation eingeführt, welche kein besonderes Kartell darstellt, sondern die notwendige Folge der auf der Ebene der Erzeugung getroffenen Maßnahmen ist, und *die im wesentlichen eine Begrenzung der Zahl der Händler derart herbeiführt,* daß jeder Händler vorbehaltlich gewisser Ausnahmen das Alleinverkaufsrecht für Hefe in einem bestimmten Bezirk besitzt . . .".

Nach einer ablehnenden Stellungnahme zu diesem Kartell wegen seiner Auswirkungen auf die Verkaufspreise fügt der Ausschuß hinzu:

> „*Was die Verteilung angeht,* so ist zwar durch die gegenwärtige Organisation eine regelmäßige Belieferung der Bäcker sichergestellt; weiter erscheint auch die Beschränkung der Zahl der zum Verkauf von Hefe zugelassenen Händler geeignet, eine gewisse Ersparnis beim Transport und auf den Handelswegen zu gestatten; *es überwiegen aber die nachteiligen Folgen dieser Organisation gegenüber den Vorteilen;* insbesondere macht das dem alleinigen Verteiler für jeden Bezirk verliehene tatsächliche Monopol den Verbraucher in hohem Maße von einem einzigen Händler abhängig und hindert ihn daran, mit Aussicht auf Erfolg in Erörterungen über die Preise oder die Qualität der Dienstleistungen einzutreten . . .".

---

[1]) Journal officiel de la République française, édition des documents administratifs, 1960, S. 9.

Die Stellungnahme enthält weiterhin zahlreiche tatsächliche Erwägungen und gelangt schließlich zu einer Reihe von Empfehlungen, in denen die Voraussetzungen aufgezeigt werden, welche das Kartell nach Ansicht des Ausschusses erfüllen muß, wenn es mit dem Gesetz übereinstimmen soll.

Zweifellos bestehen nur sehr entfernte Ähnlichkeiten zwischen dem französischen Brothefe-Handel und dem Ruhrkohlenhandel; es sind auch die Klauseln der Vereinbarungen in beiden Fällen höchst unterschiedlich. Ich war aber doch der Meinung, diese Stellungnahme zitieren zu sollen, um darzutun, in welchem Geiste meines Erachtens die Prüfung eines Genehmigungsantrags anhand der Antikartellvorschriften des Vertrages zu erfolgen hat: Es muß eine auf Grund einer möglichst weitgehenden Berücksichtigung der konkreten Tatsachen möglichst weitgehende *vergleichende Prüfung* vorgenommen werden einerseits der Vorteile, welche die Vereinbarung bei Verwirklichung ihres Ziels, im vorliegenden Fall der Verbesserung der Verteilung, zum Ergebnis hat, und andererseits der Nachteile derselben Vereinbarung in Gestalt der durch sie verursachten Wettbewerbsbeschränkungen. In Zweifelsfällen ist die Lösung dem Vertrag selbst unter Buchstabe c zu entnehmen: Falls die Vereinbarung geeignet erscheint, den beteiligten Unternehmen eine beherrschende Stellung zu verleihen, kann sie nicht genehmigt werden.

2. Prüfung der drei Voraussetzungen

Ich wende mich nunmehr der Prüfung der drei Kriterien zu, die Gegenstand der Rechtsstreitigkeiten sind. Ich werde die angefochtene Entscheidung zu jedem der drei Punkte sowohl unter dem Gesichtspunkt unzureichender Begründung als auch unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Vertrages untersuchen.

A. AUFHEBUNG DES KRITERIUMS BETREFFEND DEN ABSATZ VON 60 000 TONNEN KOHLE AUS DER GEMEINSCHAFT

Es braucht nicht betont zu werden, daß die Entscheidung in diesem Punkt nur von den Verkaufsgesellschaften angegriffen wird.

Die diesbezüglichen Gründe der Entscheidung stehen auf Seite 738/59 des *Amtsblatts*, Spalte 1, erste und zweite Erwägung. Mit der ersten Erwägung wird ganz allgemein die Erleichterung der Voraussetzungen und mit der zweiten insbesondere die Aufhebung des 60 000-Tonnen-Kriteriums begründet.

Betrachtet man diese Gründe im einzelnen, so stößt man zunächst auf zwei tatsächliche Feststellungen.

1. Diese Voraussetzung habe zum Ausschluß einer verhältnismäßig hohen Zahl von *freien* mittelständischen Großhändlern vom Direktbezug geführt. Es gibt zwar in der Tat freie Unternehmen bedeutenden Umfangs und abhängige Unternehmen (d. h. zechenverbundene Handelsunternehmen) lediglich mittleren Umfangs. Dies ist aber die Ausnahme. Es steht außer Zweifel, daß sich eine Verschärfung der mengenmäßigen Voraussetzungen verhältnismäßig stärker zugunsten der abhängigen Händler auswirkt. Das ergibt sich aus den vorgelegten Schriftstücken und ist unbestritten.

2. Durch das 60 000-Tonnen-Kriterium werde im Ergebnis die Mehrzahl der Händler, welche eine Zulassung als Händler erster Hand anstreben, praktisch dazu gezwungen, sich allen drei Verkaufsgesellschaften anzuschließen; dies sei eine Folge des Umstands, daß in einer großen Anzahl von Fällen und insbesondere in bestimmten Verkaufsbezirken lediglich Ruhrkohle verbraucht wird. Somit wird das 3. Kriterium (Absatz von 9 000 Tonnen Kohle derjenigen Verkaufsgesellschaft, bei welcher der Händler zugelassen werden will) praktisch gegenstandslos.

Welche Folgerungen ergeben sich aus diesen beiden Feststellungen?

a) *Zur ersten Feststellung* (allzu weitgehende Verringerung der Zahl der freien Händler) bemerkt die Hohe Behörde,

> „daß die Absatzorganisationen des Ruhrreviers vor Errichtung des gemeinsamen Marktes eine wesentlich (sensiblement) niedrigere Tonnengrenze angewandt haben".

(Die Kennzeichnung „sensiblement" im französischen Text ist recht bescheiden: es genügten *6 000* Tonnen!). Sie zieht daraus folgende Schlußfolgerung:

„ . . . dieses Kriterium (das 60 000-Tonnen-Kriterium [bedeutet] eine erhebliche, durch den Zweck — Verbesserung der Verteilung — nicht gerechtfertigte Erschwerung des unmittelbaren Zugangs zu den Verkaufsgesellschaften."

(Das Wort „répartition" im französischen Text ist von der Hohen Behörde offenbar irrtümlich verwendet worden: Es muß natürlich heißen „distribution").

Diese Überlegungen sind meines Erachtens unvollständig: Die Hohe Behörde macht nicht geltend (was sie vielleicht hätte tun können), daß das neue Kriterium ohne merklichen Einfluß auf die Verbesserung der Verteilung ist, daß es nicht zu einer solchen Verbesserung beiträgt; sie bringt lediglich vor, die angestrebte Verbesserung habe nicht eine derart weitgehende Beschränkung des unmittelbaren Zugangs zu den Verkaufsgesellschaften notwendig gemacht, die den Ausschluß einer großen Anzahl freier Händler zur Folge hatte, gibt jedoch keine Gründe hierfür an. In Wirklichkeit hat die Hohe Behörde allein die Buchstaben a und b von Artikel 65 § 2 berücksichtigt, während sie die Frage *im Hinblick auf die Bestimmungen des Buchstaben c* hätte prüfen, d. h. die Vorteile der Verbesserung der Verteilung (die sie ja nicht bestritt) und die Nachteile, welche dieses neue Kriterium *hinsichtlich des Wettbewerbs* mit sich bringt, gegeneinander hätte *abwägen* müssen. Die Verringerung der Zahl der freien Händler steht nicht begriffsnotwendig einer Verbesserung der Verteilung entgegen; das Gegenteil könnte vielleicht sogar der Fall sein. Dagegen steht aber fest, daß sie sich im Sinne einer Beschränkung des Wettbewerbs und einer Begünstigung der beherrschenden Stellung der Unternehmen auf der Handelsebene auswirkt.

Dieser Gedanke wird zwar in sehr allgemeiner Form am Ende der letzten Erwägung von Seite 737, die auf Seite 738, 1. Spalte oben, endet, ausgesprochen, wenn es dort heißt, daß die bisherigen Erfahrungen

„gezeigt [haben], daß die von den Verkaufsgesellschaften bisher angewandten Mengenkriterien *auf der Handelsebene* einschränkendere Wirkungen zur Folge hatten, als die Verbesserung der Verteilung erfordert".

(Auch hier steht im französischen Text an Stelle von „distribution" „répartition"!). Aber diese Feststellung, auf die es we-

sentlich ankommt, mußte im Hinblick auf das 60 000-Tonnen-Kriterium wiederholt und *begründet* werden.

b) Demgegenüber gibt die *zweite Feststellung* (für die Mehrzahl der Großhändler bestehe die Notwendigkeit, sich allen drei Verkaufsgesellschaften anzuschließen) Anlaß zu einer schlüssig begründeten Folgerung, welche die Beseitigung dieses Kriteriums in entscheidender Weise rechtfertigt: Dieses Kriterium, so stellt die Hohe Behörde fest,

> *„führt weiter dazu, daß die Unabhängigkeit der Verkaufsgesellschaften beeinträchtigt wird".*

Die Unabhängigkeit der Verkaufsgesellschaften, welche insbesondere „eine voneinander unabhängige Absatzpolitik entwickeln" sollten, war nämlich eine der wesentlichen Voraussetzungen, die die Hohe Behörde zum Grundsatz gemacht hat für die Genehmigung des Absatzkartells der Bergwerksgesellschaften des Ruhrreviers. Der Gerichtshof hat dieses Erfordernis im Urteil Geitling, Rechtssache Nr. 2/56, RsprGH III d. 43 Absatz 5, erwähnt, und mein Kollege Roemer hat in seinen Schlußanträgen (a. a. O. S. 78) auf diese Voraussetzung besonderes Gewicht gelegt. Es liegt aber auf der Hand, daß eine Regelung, die zur Folge hat, daß die Mehrzahl der Großhändler erster Hand allen drei Verkaufsgesellschaften angeschlossen sind, ja sogar angeschlossen sein müssen, von vornherein die Möglichkeit zunichte macht, daß die Verkaufsgesellschaften eine voneinander unabhängige Politik entwickeln: Sie sind in jedem Bezirk durch dieselben Händler vertreten! Wie sollte einer dieser Vertreter ein Interesse daran haben, den Absatz der Erzeugnisse der einen Verkaufsgesellschaft mehr zu begünstigen als den der anderen?

Es ist richtig — und die Klägerinnen versäumen nicht, darauf hinzuweisen —, daß es sich hier nicht um eine Änderung der wirtschaftlichen Lage seit dem Erlaß der ersten Entscheidung handelt, durch welche dieses Kriterium — ja sogar ein noch strengeres Kriterium (Mindesttonnengrenze 75 000 Tonnen) — gebilligt wurde. Es ist ebenfalls richtig, daß es schwerlich einer „Erfahrung" mehrerer Jahre bedurfte, um eine Auswirkung zu entdecken, die man mit Hilfe einer einfa-

chen Multiplikation (dreimal neun gibt immer nur 27) mit Sicherheit hätte voraussehen können, konnte es doch der Hohen Behörde nicht verborgen sein, daß die Ruhrkohle in einem großen Teil der Gemeinschaft, insbesondere in Deutschland, allein auf Grund der natürlichen Gegebenheiten ein Quasi-Monopol hat. Die Tatsache, daß dieser Irrtum, den die Hohe Behörde im übrigen förmlich anerkannt hat, unterlaufen war, machte es um so erforderlicher, ihn bei einer späteren Genehmigung zu beheben. Artikel 65 § 2 Absatz 4 hätte es der Hohen Behörde sogar gestattet, die Genehmigung vorzeitig zu widerrufen, sobald sie festgestellt hatte, daß

> „die tatsächlichen Folgen dieser Vereinbarung oder ihrer Anwendung zu den für ihre Genehmigung geforderten Bedingungen im Widerspruch stehen".

Die Aufhebung des Kriteriums 1 ist somit nicht nur hinlänglich begründet, sondern auch nach Artikel 65 im Rahmen der Genehmigung eines gemeinsamen Verkaufs gerechtfertigt.

B. *ZWEITES KRITERIUM: ABSATZ EINER MINDESTMENGE VON KOHLE AUS DER GEMEINSCHAFT IM VERKAUFSBEZIRK*

Dieses Kriterium ist beibehalten, jedoch die Tonnengrenze von 30 000 auf 20 000 Tonnen herabgesetzt worden.

Hinsichtlich der Frage, ob die Begründung ausreichend ist, bin ich der Meinung, daß höhere Anforderungen an die Rechtfertigung des *Kriteriums selbst* zu stellen sind als an die Rechtfertigung der als Grenze gewählten Zahl, wenn für das Kriterium Rechtfertigungsgründe beigebracht worden sind, denn diese Grenzziehung ist im wesentlichen Sache des Beurteilungsermessens der Hohen Behörde; eine solche Würdigung kann der Gerichtshof, wie ich bereits ausgeführt habe, zwangsläufig nur in einem beschränkteren Umfang nachprüfen.

Die wesentliche Frage ist daher, ob dieses Kriterium *grundsätzlich* gerechtfertigt ist, (wobei vorausgesetzt wird, daß die Notwendigkeit des dritten Kriteriums (abgesehen von seiner Höhe) unbestritten ist.

a) *Prüfung im Hinblick auf Artikel 65 § 2 Buchstaben a und b*

Der angefochtenen Entscheidung zufolge (S. 738, 2. Spalte, 1. Erwägung)

> „dient [das in Rede stehende Kriterium] dazu, den Umfang der Geschäftstätigkeit eines Großhändlers erster Hand zu bestimmen. Die Verkaufsgesellschaften können von einem Großhändler erster Hand verlangen, daß sein Absatz sich auf einen breiten Arten- und Sortenfächer erstreckt. Voraussetzung dafür ist, daß der Absatz des Großhändlers an Kohle insgesamt einen bestimmten Umfang erreicht. Dieses Kriterium kann außerdem dazu dienen, die Großhändler erster Hand von den größeren Einzelhändlern — die in der Verteilung eine andere Funktion erfüllen — abzugrenzen".

Es werden mithin zwei Gründe angeführt:

1) Das Großhandelsunternehmen erster Hand muß einen ausreichenden Umfang haben, d. h. einen „breiten Arten- und Sortenfächer" aufweisen.

2) Der Großhändler muß vom Einzelhändler unterschieden werden.

Der erste Punkt ist von der Hohen Behörde sowohl in den Schriftsätzen als auch in ihrer Antwort auf die vom Gerichtshof in der Rechtssache Nold gestellten Fragen sehr breit erörtert worden; die Verkaufsgesellschaften haben ihrerseits umfassende Ausführungen dazu gemacht. Das Erfordernis eines breiten Arten- und Sortenfächers wurde durch folgende Erfordernisse ergänzt: Kreditwürdigkeit, Möglichkeit der Lagerhaltung, großer Kundenkreis. All diese Voraussetzungen sollen angeblich unabweislich sein, damit ein Großhändler erster Hand der Aufgabe gerecht wird, deren Erfüllung man von ihm in der Verteilung erwartet. Überdies machen die Verkaufsgesellschaften geltend, es sei ein Gebot rationeller Vertriebsorganisation, daß sie unmittelbar nur eine verhältnismäßig geringe Anzahl von Händlern zu beliefern hätten, denn andernfalls werde ihr Verteilungsapparat ohne Nutzen aufgebläht.

Meine Herren, ich gestehe offen, daß ich durch alle diese Ausführungen, wie ansprechend sie auch dargestellt und wie breit sie auch entwickelt sein mögen, nicht überzeugt worden bin.

Es leuchtet mir sehr wohl ein, daß es für die *Bergwerksgesellschaften* erforderlich ist, einer gemeinsamen Einrichtung den Vertrieb zu übertragen, da sie andernfalls gezwungen wären, jede für sich eine Vertriebsorganisation aufzubauen und zu unterhalten: In dieser Hinsicht ist eine Rationalisierung am Platze, und dieser Umstand rechtfertigt grundsätzlich die Schaffung von Einrichtungen für den Gemeinschaftsverkauf, die im übrigen seit jeher bestanden haben und deren Berechtigung überdies nicht in Zweifel gezogen wird. Ich verstehe auch, daß man diesem Erfordernis ein größeres Gewicht beigemessen hat als den mit den Wettbewerbsbeschränkungen verbundenen Nachteilen, welche sich aus einer derartigen Organisation ergeben.

Ich verstehe des weiteren, zumindest grundsätzlich, die Voraussetzungen, deren Vorliegen für die Zulassung bestimmter Verbraucher zum unmittelbaren Bezug von den Bergwerksgesellschaften verlangt wird (Verbraucher, die große Mengen beziehen, der sogenannte „Landabsatz" usw. . .), obwohl, vergessen wir es nicht, dem Handel dadurch der größte Teil der an der Ruhr geförderten Kohle entzogen wird.

Ich verstehe schließlich auch die Unterscheidung zwischen Groß- und Einzelhandel, welche den natürlichen Gegebenheiten entspricht.

Es leuchtet mir jedoch weniger ein, daß es *erforderlich* sein soll, innerhalb des Großhandels eine Art Untergliederung zwischen dem sogenannten Großhandel „erster Hand" und dem Großhandel „zweiter Hand" vorzunehmen: Eine derartige Unterscheidung hat nämlich an sich keinen Sinn. Die Hohe Behörde selbst führt folgendes aus (Antwort auf die 5. Frage des Gerichtshofes):

> „Innerhalb des Großhandels — nämlich des Großhandels erster und zweiter Hand — *besteht hinsichtlich des Kundenkreises keine Abgrenzung.*"

Unter diesen Umständen hat die Unterscheidung, wie die Hohe Behörde auch einräumt, lediglich den Zweck, die Zahl der bei den Verkaufsgesellschaften zugelassenen Großhändler zu *beschränken.*

Die Gründe, welche zur Stützung einer derartigen Beschränkung herangezogen werden (Notwendigkeit eines breiten Arten- und Sortenfächers, Kreditwürdigkeit usw. . . .) beziehen sich jedoch *eben* auf *diejenigen* Kriterien, welche gewöhnlich den Großhändler vom Einzelhändler unterscheiden: Will man sich hiervon überzeugen, so braucht man lediglich Artikel 6 Ziffer 3 der angefochtenen Entscheidung heranzuziehen, dessen Rechtmäßigkeit weder von den Verkaufsgesellschaften noch von der I. Nold KG bestritten wird und der im übrigen aus den früheren Entscheidungen übernommen worden ist:

> „Der Händler", so lautet diese Vorschrift (es handelt sich um den Händler, der Zulassung zur unmittelbaren Belieferung begehrt) *„muß die Voraussetzungen erfüllen, die üblicherweise an einen Großhändler gestellt werden* (z. B. Kreditwürdigkeit, ausreichende Sicherheitsleistung, Niederlassung im Verkaufsbezirk, Lagerhaltung, Markt- und Warenkenntnisse, großer Kundenkreis, *Absatz in breitem Arten- und Sortenfächer).*"

Der Text stellt anschließend die Tragweite der die Lagerhaltung betreffenden Voraussetzungen klar. Diese erscheint sehr genau den insofern beschränkten Erfordernissen zu entsprechen, von denen in der mündlichen Verhandlung die Rede war, denn die Kohle wird grundsätzlich unmittelbar an den Verbraucher oder an den Einzelhändler geliefert.

Was also ist darüber hinaus noch erforderlich?

Unter diesen Umständen scheint mir von den Erfordernissen der „Rationalisierung" nur der Vorteil übrigzubleiben, daß es die Verkaufsgesellschaften nur mit einer möglichst geringen Anzahl von Großhändlern zu tun haben. Dieser Vorteil wiegt sehr leicht im Verhältnis zu der damit verbundenen Beschränkung. Es ist auch zu berücksichtigen, daß bereits die Verkaufsgesellschaften zu dem Zweck geschaffen wurden, den Bergwerksgesellschaften die Last einer eigenen Vertriebsorganisation abzunehmen, und daß es eben ihre Aufgabe ist, die Großhändler zu beliefern.

Überdies erscheint die Befürchtung, daß die Zahl der Großhändler erster Hand übermäßig zunimmt, tatsächlich nicht begründet. Die jüngsten Erfahrungen haben gezeigt, daß seit

der Herabsetzung der Kriterien lediglich ein Teil der Großhändler, welche die Voraussetzungen bis dahin nicht erfüllt hatten, aber die neuen Voraussetzungen erfüllen, Zulassung als Großhändler erster Hand beantragt hat. Dieser Umstand soll der Hohen Behörde zufolge beweisen, daß die 20 000-Tonnen-Grenze vernünftig ist und auch so annähernd wie möglich derjenigen Grenze entspricht, welche tatsächlich den Großhändler erster Hand vom Großhändler zweiter Hand scheidet. Warum soll jedoch mit bindender Wirkung eine Grenze eingeführt werden, die, wie wir gesehen haben, einem Erfordernis des Handels nicht entspricht? Der von der Hohen Behörde festgestellte Tatbestand beweist vielmehr, daß *die Freiheit bei der gegebenen Sachlage der beste Ordnungsfaktor ist,* denn die Verkaufsgesellschaften haben zwar das Recht zu fordern, daß die von ihnen unmittelbar belieferten Händler die gewöhnlichen Eigenschaften eines Großhändlers aufweisen (wir haben gesehen, daß ihrem Begehren insoweit auch entsprochen wurde), es *ist* aber kein Großhändler *verpflichtet,* seine Zulassung zu beantragen. Er kann es vorziehen, sich auf die Befriedigung des Bedarfs seiner Kundschaft zu beschränken, wobei dann sein Verdienst in einem Teil des Handelsrabatts besteht, welchen ihm der Großhändler erster Hand überläßt, wie uns erklärt wurde.

Die angebliche Notwendigkeit einer Grenzziehung entsprechend der vom Einzelhandel erreichbaren Tonnenhöchstmenge leuchtet mir noch weniger ein, denn der Einzelhändler kann ungeachtet seines Umsatzes oder seiner jährlich abgesetzten Tonnenmenge niemals Anspruch auf unmittelbare Belieferung erheben.

Es sei schließlich darauf hingewiesen, daß man sich vor Errichtung des gemeinsamen Marktes (außer in Süddeutschland, wo eine besondere Regelung bestand) mit einem Kriterium begnügte, nach dem der Absatz von 6 000 Tonnen Ruhrkohle verlangt wurde; diese Grenze liegt jetzt bei 6 000 Tonnen Kohle der *Verkaufsgesellschaft im Verkaufsbezirk.*

Wenn ich zusammenfasse, so erscheint mir nicht dargetan, daß die Festsetzung einer niedrigeren Tonnengrenze in bezug

auf die im Verkaufsgebiet pro Jahr abgesetzte Kohle aus der Gemeinschaft zusätzlich zu den Voraussetzungen, die üblicherweise von einem Großhändler verlangt werden, geeignet ist, die Verteilung „merklich zu verbessern". Bereits in dieser Hinsicht scheint mir die angefochtene Entscheidung nicht rechtmäßig zu sein.

b) *Prüfung im Hinblick auf Artikel 65 § 2 Buchstabe c*

Ich bin aber der Meinung, daß sich die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung noch aus zwei weiteren Gesichtspunkten ergibt, die im übrigen von ungleicher Tragweite sind.

1. *Der erste Gesichtspunkt* betrifft die mögliche Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Verkaufsgesellschaften, jener „unabhängigen Politik", welche sie, wie ich bereits bei Prüfung des ersten Kriteriums betonte, betreiben sollten. Dieses erste Kriterium (6 000 Tonnen) ist zwar aufgehoben worden, das dritte ist aber von 9 000 Tonnen auf 6 000 Tonnen herabgesetzt worden, so daß das zweite, um das es jetzt geht, trotz seiner Herabsetzung (von 30 000 auf 20 000 Tonnen) immer noch ein wenig mehr als das Dreifache des Kriteriums 3 beträgt. Mit anderen Worten, ein Händler müßte, falls er sich lediglich mit Kohle der in den Verkaufsgesellschaften zusammengeschlossenen Bergwerksgesellschaften befassen würde, doch im Ergebnis immer noch seine Zulassung bei allen drei Verkaufsgesellschaften betreiben, um die Voraussetzung zu erfüllen (dreimal 6 gleich 18; 20 000 Tonnen sind erforderlich). Tatsächlich verhält es sich zwar nicht immer so, weil von den 20 000 Tonnen ein Teil auf andere Erzeugnisse als Steinkohle, insbesondere Braunkohle und Gaskoks, entfallen kann; die von der Hohen Behörde in Beantwortung einer der ihr gestellten Fragen als Anlage II vorgelegte Übersicht zeigt, daß ein beträchtlicher Teil der neu zugelassenen Großhändler erster Hand lediglich Zulassung bei einer Verkaufsgesellschaft begehrt hat, obwohl sie in zahlreichen Fällen weit weniger als 20 000 Tonnen Kohle dieser Verkaufsgesellschaft absetzten; sie erreichten aber die 20 000-Tonnen-Grenze mit Hilfe von Braunkohle und Gaskoks.

Obwohl das 20 000-Tonnen-Kriterium weniger einschränkend ist als das bisherige Kriterium, so weist es doch noch, wenn auch in geringerem Ausmaß, den aufgezeigten Nachteil auf, wie die Hohe Behörde im übrigen einräumt (Gegenerwiderung in der Rechtssache Nold, Ziff. 25): Es steht außer Zweifel, daß eine bestimmte Anzahl von Händlern noch gezwungen ist, Kohle von zwei oder sogar drei Verkaufsgesellschaften abzusetzen, um bei einer von ihnen zugelassen zu werden. Im übrigen ist nicht ersichtlich, weshalb der Verkauf von Braunkohle und Gaskoks, d. h. von Erzeugnissen, die nicht von den Verkaufsgesellschaften geliefert werden, geeignet sein sollte, die Voraussetzungen für die Verteilung der Erzeugnisse der in Frage stehenden Verkaufsgesellschaften zu verbessern.

Das Argument behält somit seine rechtliche Durchschlagskraft, denn im Rahmen der Regelung, für welche die Hohe Behörde ihre erste Genehmigung erteilt hat (Entscheidungen Nr. 5 - 7/56) — auch die angefochtene Entscheidung gehört immer noch in diesen Rahmen — war die Unabhängigkeit der Verkaufsgesellschaften eine wesentliche Voraussetzung für die Genehmigung des Gemeinschaftsverkaufs selbst. Jede Beschränkung, die geeignet ist, diese Unabhängigkeit zu beeinträchtigen, ist daher grundsätzlich zu untersagen; aus eben diesem Grund schien mir die Aufhebung des 60 000-Tonnen-Kriteriums rechtlich begründet.

2. Man kann sich jedoch schlecht der Einsicht verschließen, daß diese Erwägungen in *tatsächlicher* Hinsicht jede Wirklichkeitsnähe verloren haben, denn es steht heute fest, daß es eine „unabhängige Absatzpolitik" der Verkaufsgesellschaften nie gegeben hat, was die Hohe Behörde in den Gründen ihrer Entscheidung Nr. 17/59 ausdrücklich anerkannt hat, und daß es zweifelhaft ist, ob eine derartige Politik dadurch rasch gefördert werden kann, daß einige Händler erster Hand neu hinzukommen.

Es erscheint mir daher angebracht, eine andere Frage anzuschneiden, die ihrerseits unmittelbar zum Kern des Problems führt. Das entsprechende Angriffsmittel wurde im übrigen in der Klage Nold ausdrücklich vorgetragen (Klage, Ziff. 3, Buchst. c unter dem Gesichtspunkt mangelnder Begründung

und Ziff. 4 Buchst. f a. E. unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Vertrages). Es wurde in der Erwiderung weiter entwickelt unter Ziffer 9. Es geht um die Frage, ob die angefochtene Entscheidung im Hinblick auf Artikel 65 § 2 *Buchstabe c* gerechtfertigt ist, eine Frage, die, wie wir gesehen haben, für die ordnungsmäßige Ausübung der Genehmigungsbefugnis ausschlaggebend ist. Eine Vereinbarung darf selbst dann, wenn sie die Voraussetzungen der Buchstaben a und b erfüllt, nicht geeignet sein, den betreffenden Unternehmen eine beherrschende Stellung zu verschaffen, welche es ihnen insbesondere gestattet, die Erzeugung *oder den Absatz* der in Frage stehenden Erzeugnisse zu kontrollieren oder einzuschränken. Dieses Erfordernis hat die Hohe Behörde im übrigen in der angefochtenen Entscheidung anerkannt (S. 739, 1. Spalte oben).

Das Vorhandensein einer angemessenen Handelsregelung ist das notwendige Gegenstück zur Genehmigung des Absatzkartells der Erzeuger. Dies hat mein Kollege Roemer in seinen Schlußanträgen zur Rechtssache Nold (Nr. 18/57) mit folgenden Worten betont:

> „Geht man aber davon aus, daß der Grundsatz des gemeinsamen Verkaufs der Ruhrkohle durch drei Verkaufsgesellschaften rechtmäßig ist — ich habe keine Veranlassung, dieser Frage im vorliegenden Verfahren weiter nachzugehen —, so schließt sich hieran die unabdingbare Forderung, die Durchführung des Verkaufs in einer Weise zu regeln, die Willkürmaßnahmen seitens der Verkaufsgesellschaften ausschließt. Mit anderen Worten: Mit der Einführung der Handelsregelung war nicht etwa die Fortsetzung alter Kohlenverkaufsgewohnheiten geplant, sondern sie war unerläßlich für eine gerechte Regelung des Kohlenmarktes, da es ohne eine solche Ordnung den Verkaufsgesellschaften freigestellt wäre, ihre Absatzbedingungen nach eigenem Gutdünken zu regeln und zu verändern."

Um dies zu erreichen, ist es absolut erforderlich, daß die Handelstätigkeit von Händlern wahrgenommen wird, die zumindest in weitem Umfang von den Verkaufsgesellschaften unabhängig sind: Andernfalls würden die Unternehmen, die auf Grund des Absatzkartells die Möglichkeit haben, die Erzeugung zu gestalten und einen Druck auf die Preise auszuüben (wenn nicht gar sie zu „bestimmen", was untersagt ist), außerdem über die Händler den Absatz kontrollieren.

Die Hohe Behörde ist sich im übrigen dieser Gefahr völlig bewußt. So findet sich in der Antwort auf die Klage der Verkaufsgesellschaften unter Ziffer 26 folgender, besonders bezeichnender Abschnitt:

> „Die Klägerinnen halten es für notwendig, die großen Handelsunternehmen, die auf Grund ihrer bedeutenden Umsätze und ihrer Finanzkraft ohnehin eine starke Stellung auf dem Kohlenmarkt haben, vor den Unternehmen des mittleren Großhandels zu schützen, indem sie letztere vom Direktbezuge ausschließen. Bedenkt man, daß die großen Handelsgesellschaften zum größten Teil zechenverbundene Gesellschaften sind, so wird deutlich, daß hier *Interessen der Bergwerksgesellschaften verfochten werden.* Die in drei Verkaufskartellen zusammengefaßten Bergwerksgesellschaften des Ruhrreviers möchten den Absatz über den Handel auf *die ihnen nahestehenden großen Handelsgesellschaften konzentrieren* und damit ihren *ohnehin starken Markteinfluß auch auf der ersten Verteilungsstufe uneingeschränkt sicherstellen.*" [1])

Unter diesen Umständen erhebt sich die Frage, was von der Feststellung in der soeben erwähnten Erwägung der angefochtenen Entscheidung zu halten ist (S. 738 a. E. und 739):

> „Mit Rücksicht auf die Anzahl der zur unmittelbaren Belieferung zugelassenen Großhändler haben dadurch *weder die Bergwerksgesellschaften* noch einzelne Großhändler die Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der Brennstoffe den Absatz zu kontrollieren oder einzuschränken."

Zunächst ist hier nur von der Anzahl der *Großhändler* die Rede, was unzureichend ist, denn weit mehr kommt es auf die Anzahl der *freien* Händler an. Außerdem gibt die Anzahl kein hinreichendes Bild: Es kommt weit mehr auf das *gegenseitige Verhältnis* der vom freien Handel und der vom zechenverbundenen Handel abgesetzten Tonnenmengen an. Zu diesen beiden Hauptpunkten enthält die Entscheidung keinerlei Angaben. Im Hinblick auf Artikel 65 § 2 c ist sie daher wegen offensichtlich unzureichender Begründung fehlerhaft.

Auch hier aber bin ich der Ansicht, daß es sich nicht lediglich um eine unzureichende Begründung der Form nach handelt; es ist vielmehr festzustellen, daß nach dem Stand der von

---

[1]) Die Unterstreichungen entstammen dem Originaltext.

der Hohen Behörde selbst durchgeführten Ermittlungen und nach dem vom Gerichtshof zusammengetragenen schriftlichen Beweismaterial die angefochtene Entscheidung im Hinblick auf Artikel 65 nicht gerechtfertigt ist.

Die hauptsächlichen Anhaltspunkte, welche mir zur Verfügung stehen, werden im folgenden dargestellt; sie betreffen die Sachlage *seit* der Anwendung der angefochtenen Entscheidung unter Berücksichtigung der Berichtigung, die notwendig wurde infolge eines von der Hohen Behörde — übrigens sehr freimütig — zugestandenen Irrtums bei der Eingruppierung eines sehr wichtigen nichtdeutschen Händlers.

1. Die *Zahl* der freien Händler beträgt der Hohen Behörde zufolge 205 gegenüber 181 zechenverbundenen Händlern; erstere machen demnach 53% der Händler aus. In der mündlichen Verhandlung wurden diese Zahlen geringfügig berichtigt: 204 freie Händler gegenüber 175 zechenverbundenen Händlern, so daß die Gesamtsummen nicht mehr völlig übereinstimmen. Es darf nicht übersehen werden, daß es sich hierbei notwendigerweie um einen Annäherungswert handelt. In ihrer Antwort auf die Klagen der Verkaufsgesellschaften erklärt die Hohe Behörde jedoch folgendes (Ziff. 14):

> „Bei diesem Anteil *sind nur solche Unternehmen berücksichtigt, bei denen die Zechenverbundenheit einwandfrei nachgewiesen ist.*"

2. Was das Verhältnis der von den beiden Kategorien von Händlern abgesetzten *Tonnenmengen* anbelangt, so beträgt der Prozentsatz der Lieferungen an die freien Händler 43% gegenüber 57% an die abhängigen Händler (nach der Regelung der früheren Entscheidungen betrug der Prozentsatz 39% bzw. 61%). In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Hohen Behörde sogar erklärt:

> „*Zwei Drittel* des Absatzes [gehen] über zechenverbundene Handelsunternehmen."

3. Die freien *nichtdeutschen* Händler setzen 375 000 Tonnen Ruhrkohle ab, während die zechenverbundenen nichtdeutschen Händler ungefähr 1 160 000 Tonnen absetzen.

Meine Herren, diese Zahlen sprechen für sich selbst, um eine stehende Redensart zu gebrauchen. Es läßt sich daraus nicht nur entnehmen, daß der größte Teil der Lieferungen über den zechenverbundenen Handel abgesetzt wird, sondern auch, daß die zechenverbundenen Händler durchschnittlich einen größeren Geschäftsumfang aufweisen als die freien Händler. Es läßt sich daraus weiterhin entnehmen, daß der Direktbezug von den Verkaufsgesellschaften, zu dem die nichtdeutschen Händler ohnehin nur in sehr beschränktem Ausmaß zugelassen sind, sich darüber hinaus mengenmäßig zu mehr als drei Vierteln über zechenverbundene Händler abwickelt, von denen einer zusätzlich noch besonders ins Gewicht fällt, da er allein 1 102 800 Tonnen absetzt!

Berücksichtigt man außerdem noch die von mir bereits angeführte Tatsache, daß der Teil der Ruhrkohleförderung, welcher über den Handel abgesetzt wird, beträchtlich geringer ist als derjenige Teil, an dessen Absatz der Handel nicht beteiligt ist, so läßt sich, ohne daß der Umstand in Betracht gezogen zu werden brauchte, daß die Grubenindustrie zum großen Teil von der Hüttenindustrie kontrolliert wird und daß gleichzeitig umfangreiche Querverbindungen zwischen den Bergwerksgesellschaften selbst bestehen, zweifelsfrei erkennen, daß im Widerspruch zu den in der angefochtenen Entscheidung enthaltenen Ausführungen die Bergwerksgesellschaften in der Lage sind, den Absatz eines bedeutenden Teils der von ihnen geförderten Brennstoffe zu kontrollieren und einzuschränken: Demgemäß ist die Entscheidung im Hinblick auf Artikel 65 § 2 nicht gerechtfertigt. Gleiches gilt im Hinblick auf Artikel 3 Buchstabe b des Vertrages, nach dem die Organe der Gemeinschaft allen in vergleichbarer Lage befindlichen Verbrauchern des gemeinsamen Marktes gleichen Zugang zur Produktion zu sichern haben.

Die Hohe Behörde ist zwar der Ansicht, sie sei *nicht befugt,* den Gesellschaften Änderungen im Aufbau ihrer Unternehmen vorzuschreiben. Dies ist völlig zutreffend, ebenso wie die Feststellung, die der Gerichtshof im Urteil Nr. 2/56 getroffen hat (RsprGH III d. 44):

„. . . die Hohe Behörde war jedenfalls nicht verpflichtet, eine zur Genehmigung unterbreitete Vereinbarung inhaltlich abzuändern, damit sie genehmigungsfähig werde."

Die Hohe Behörde hat aber das Recht, ihre Genehmigung an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen (Art. 65 § 2 Abs. 3); sie hat im übrigen häufig von diesem Recht Gebrauch gemacht. Stellt sich heraus, daß die Unabhängigkeit des Handels notwendige Voraussetzung einer Genehmigung ist, so ist es ihre Aufgabe, darauf zu bestehen; es ist ihr hierbei lediglich verwehrt, im einzelnen festzulegen, in welcher Art und Weise diese Voraussetzung erfüllt werden kann im Hinblick auf das mit ihr verfolgte Ziel, das genehmigte Kartell daran zu hindern, auf dem Umweg über einen eng mit den Erzeugern verbundenen Handel eine Stellung zu erringen, welche die Kontrolle des Absatzes gestattet. Erklären sich die Betroffenen mit diesen Bedingungen einverstanden, so ist es ihre Aufgabe, sie ihren Abnehmern aufzuerlegen; die Sachlage weist in diesem Fall eine sehr weitgehende Ähnlichkeit mit dem Tatbestand des Artikels 63 auf. Erklären sie sich nicht einverstanden, dann bleibt der Hohen Behörde kein anderer Weg, als die Genehmigung zu versagen.

Abschließend sei noch bemerkt, daß ich die Frage der Unabhängigkeit des Handels deshalb auf so breitem Raum erörtern zu sollen glaubte, weil sie mir eine der wesentlichen Voraussetzungen jeder Genehmigung zu sein scheint, und zwar vor allem auch dann, wenn (was heute nicht zur Beurteilung steht) auf Grund der Krisenlage die Rechtmäßigkeit eines Einheitskartells anerkannt würde; die Unabhängigkeit des Handels ist ein zwingendes Gebot ebensosehr im Krisenfall wie auch in Zeiten einer Mangellage.

C. *DRITTE VORAUSSETZUNG: ABSATZ EINER MINDESTMENGE VON 6000 TONNEN KOHLE DER VERKAUFSGESELLSCHAFT*

Zu diesem Punkt ist nur wenig zu sagen. *Grundsätzlich* ist die Berechtigung dieser Voraussetzung unbestritten. Ihre Höhe scheint mir in vernünftiger Weise festgelegt zu sein, denn eine Menge von 6 000 Tonnen wurde auch früher vor Errichtung des

gemeinsamen Marktes verlangt. Die I. Nold KG vertritt die Meinung, diese Menge müsse in Anbetracht der gegenwärtigen Krise und des stockenden Absatzes in der Kohlewirtschaft auf 4 000 oder 5 000 Tonnen gesenkt werden. Dieses Argument schlägt aber nicht durch, denn die Aufhebung der beiden anderen Voraussetzungen kann in gewissem Umfang eine Heraufsetzung der Tonnengrenze im Interesse einer besseren Verteilung rechtfertigen, so daß letzten Endes die Beibehaltung der gegenwärtigen Zahl gerechtfertigt erscheinen mag. Die Hohe Behörde besitzt hier einen Beurteilungsspielraum, der eine Nachprüfung seitens des Gerichtshofes grundsätzlich nicht zuläßt.

Wenn Sie sich jedoch hinsichtlich der anderen Punkte meiner Betrachtungsweise anschließen, insbesondere was die Notwendigkeit angeht, in erster Linie Gewicht auf die Unabhängigkeit des Handels zu legen, so ist die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß sich der Aspekt der Frage ändert. Wenn nämlich, wie ich glaube, die tatsächliche Herstellung der Unabhängigkeit des Handels wesentliche Voraussetzung jeder Genehmigung ist, so wird es vielleicht möglich sein, nach Erfüllung dieser Voraussetzung im Hinblick auf Rationalisierungsmaßnahmen zum Zwecke der Verbesserung der Verteilung mehr Großzügigkeit obwalten zu lassen. Unterstellt man z. B., daß alle zum Direktbezug bei den Verkaufsgesellschaften zugelassenen Großhändler ohne jede Bindung zu den Bergwerksgesellschaften sind (eine zweifellos extreme Unterstellung), so würde eine Verringerung der Zahl dieser Händler lediglich einen Vorteil bedeuten, vorausgesetzt natürlich, daß dies in vernünftigem Umfang und unter Beachtung der Vorschriften von Artikel 65 § 2 Buchstaben a und b geschieht.

Ich bin daher der Meinung, daß die Entscheidung in diesem Punkt gleichfalls für nichtig zu erklären ist.

V. — ABSCHLIESSENDE ANTRÄGE

Hinsichtlich der Anträge befinde ich mich in einiger Verlegenheit. Da nämlich der Gerichtshof eine Verbindung nicht angeordnet hat und es wenig wahrscheinlich ist, daß er ledig-

lich ein einziges Urteil zu erlassen gedenkt, hängt alles von der Reihenfolge ab, in der die beiden Urteile ergehen werden.

Es steht jedoch zu vermuten, daß sie in der Reihenfolge des Eingangs der Klagen ergehen werden, d. h. daß zunächst über die Klagen der Verkaufsgesellschaften entschieden wird. In diesem Fall sind die Klagen abzuweisen, denn die Angriffs- und Verteidigungsmittel, auf Grund deren ich zu dem Ergebnis gelangt bin, daß die Entscheidung für nichtig zu erklären ist, stehen in offenem Widerspruch zu der These der Verkaufsgesellschaften, wurden von diesen nicht geltend gemacht und könnten zweifellos auch nicht von Amts wegen berücksichtigt werden. Es ist lediglich zu bemerken — ohne daß diese Bemerkung jedoch rechtliche Auswirkungen auf den Urteilstenor haben könnte —, daß die eventuelle Nichtigerklärung im Verfahren Nold geeignet ist, sich in einem Punkt gegebenenfalls zugunsten der Verkaufsgesellschaften auszuwirken, nämlich dann, wenn auf Grund der von mir für notwendig erachteten Voraussetzungen die untere Grenze von 6 000 Tonnen, die grundsätzlich gerechtfertigt ist, heraufgesetzt werden sollte.

Ich beantrage daher:

1. **in den Rechtssachen Nr. 36, 37 und 38/59, anhängig gemacht durch die Klagen der Verkaufsgesellschaften und der in ihnen zusammengeschlossenen Gesellschaften,**

   — **die Klagen abzuweisen,**

   — **den Klägerinnen die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen;**

2. **in der Rechtssache Nr. 40/59, anhängig gemacht durch die Klage der I. Nold KG,**

   — **Artikel 6 Ziffern 1 und 2 der Entscheidung Nr. 17/59 in der Fassung der angefochtenen Entscheidung für nichtig zu erklären,**

   — **der Hohen Behörde die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.**