

In der Rechtssache 6/72

EUROPEMBALLAGE CORPORATION, Brüssel (Belgien), und CONTINENTAL CAN COMPANY INC., New York (USA), Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Alfred Gleiß, Helmuth Lutz, Christian Hootz, Martin Hirsch und Partner, zugelassen in Stuttgart, sowie Rechtsanwalt Jean Loyrette, zugelassen bei der Cour d'appel Paris, Zustellungsbevollmächtigter: Rechtsanwalt Georges Reuter, 7, avenue de l'Arsenal, Luxemburg,

Klägerinnen,

gegen

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, vertreten durch ihre Rechtsberater Bastiaan Van der Esch und Jochen Thiesing als Bevollmächtigte, Zustellungsbevollmächtigter: Herr Emile Reuter, Rechtsberater der Kommission, 4, boulevard Royal, Luxemburg,

Beklagte,

wegen Aufhebung der Entscheidung der Kommission vom 9. Dezember 1971 über ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/26 811 — Continental Can Company) (ABl. 1972, L 7)

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten R. Lecourt, der Kammerpräsidenten R. Monaco (Berichterstatter) und P. Pescatore, der Richter A. M. Donner, A. Trabucchi, J. Mertens de Wilmars und H. Kutscher,

Generalanwalt: K. Roemer

Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

I — Sachverhalt und Verfahren

1. Die Continental Can Company Inc. (Continental) in New York (USA), die

Metallverpackungen, Verpackungsmaterial aus Papier und Kunststoff sowie Maschinen zur Herstellung und zur Verwendung solcher Verpackungen produziert, hat durch mehrere Käufe im Jahre

1969 nach und nach ihre Beteiligung an der Firma Schmalbach-Lubeca-Werke AG (SLW) in Braunschweig (Deutschland) auf 85,8 % des Grundkapitals erhöht.

Im selben Jahre faßte Continental mit der Firma The Metal Box Company Ltd. (MB) in London den Plan, eine europäische Verpackungsholdinggesellschaft zu gründen; die Lizenznehmer von Continental in den Niederlanden und in Frankreich, Thomassen & Drijver-Verblifa NV (TDV) in Deventer bzw. J. J. Carnaud et Forges de Basse-Indre (Carnaud) in Paris, sollten aufgefordert werden, sich zu beteiligen. Carnaud teilte jedoch Ende August 1969 mit, sie könne sich an dieser geplanten Holdinggesellschaft nicht beteiligen.

Am 16. Februar 1970 wurde zwischen Continental und TDV eine Vereinbarung („agreement“) unterzeichnet, die unter anderem folgendes vorsah:

- a) Continental wird in Delaware eine Gesellschaft („Europemballage Corporation“) gründen, in die sie ihre gegenwärtigen Beteiligungen an SLW einbringen wird.
- b) Continental wird Europemballage veranlassen, den Aktionären von TDV mit Ausnahme von MB und Carnaud einen Barbetrag von 140 Gulden für eine TDV-Aktie mit einem Nennbetrag von 20 Gulden anzubieten. Jeder TDV-Aktionär, der seine Aktien anbietet, wird gleichzeitig ein Zertifikat über ein Vorzugsrecht für den Kauf von öffentlich angebotenen Stammaktien der Europemballage erhalten. Continental wird Europemballage die zum Ankauf der TDV-Aktien erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen, indem sie zusätzliche Aktien von Europemballage erwirbt.

Aufgrund dieser Vereinbarung

- ist am 20. Februar 1970 in Wilmington nach dem Recht des Bundesstaates Delaware (USA) die Holdinggesellschaft Europemballage Corporation (Europemballage) gegründet worden;

— hat TDV am 16. März 1970 das Kaufangebot von Europemballage veröffentlicht.

Im März und April machte die Kommission die Beteiligten auf die mögliche Unvereinbarkeit des Vorhabens mit den Bestimmungen des Artikels 86 EWG-Vertrag sowie auf die rechtlichen und finanziellen Folgen aufmerksam, die für sie daraus entstehen könnten. MB teilte daraufhin mit, daß sie ihre Pläne, sich Europemballage anzuschließen, aufgeschoben habe.

Am 8. April 1970 kaufte Europemballage die zu diesem Zeitpunkt angebotenen Aktien und Obligationen der TDV an und erhöhte so die ursprüngliche Beteiligung der Continental an TDV auf 91,07 %.

2. Am 9. April 1970 entschied die Kommission, gegen Continental und ihre Tochtergesellschaft Europemballage wegen des Erwerbs der Aktienmehrheit von TDV durch Europemballage von Amts wegen ein Verfahren (nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 17/62) einzuleiten. Das Verfahren endete damit, daß die Kommission am 9. Dezember 1971 eine Entscheidung nach Artikel 86 des Vertrages erließ: Die Entscheidung legt zunächst die Gründe dar, auf denen sie beruht und bei denen insbesondere auf die Besonderheiten der betroffenen Unternehmen, die personelle, finanzielle, vertragliche und technische Verflechtung sowie — namentlich was SLW und TDV anbelangt — die Besonderheiten ihrer Erzeugung, der Verkäufe auf ihren jeweiligen Märkten, der Exporte jedes der beiden Unternehmen in das Gebiet des anderen, ihre wettbewerbsrechtliche Lage usw. eingegangen wird; sodann trifft die Entscheidung folgende Feststellungen:

Artikel 1

Es wird festgestellt, daß die Continental Can Company Inc. in New York, die über ihre Tochtergesellschaft, die Schmalbach-Lubeca AG, Braunschweig, auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes eine beherrschende Stellung auf dem Markt der Leichtverpackungen für Fleisch-, Fleischwaren-,

Fisch- und Krustentierkonserven sowie auf dem Markt der Metalldeckel für Glasbehälter innehat, diese Stellung mißbräuchlich ausgenutzt hat, indem sie im April 1970 über ihre Tochtergesellschaft Europemballage Corp. etwa 80 % der Aktien und Wandelobligationen des niederländischen Unternehmens Thomassen & Drijver-Verblifa NV, Deventer, erworben und dadurch den Wettbewerb für die genannten Verpackungen auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes praktisch ausgeschaltet hat.

Artikel 2

Continental Can Company Inc. ist verpflichtet, die in Artikel 1 festgestellte Zuwiderhandlung gegen Artikel 86 des Vertrages zur Gründung der EWG abzustellen. Zu diesem Zweck muß sie der Kommission vor dem 1. Juli 1972 Vorschläge unterbreiten.

Artikel 3

Diese Entscheidung ist an Continental Can Company Inc., New York, gerichtet. Diese im Amtsblatt der EG vom 8. Januar 1972 (ABl. L 7) mit dem Vermerk veröffentlichte Entscheidung, daß „nur der französische Text . . . verbindlich [ist]“, wurde sowohl der Europemballage am 14. Dezember 1971 als auch der Continental auf dem Postwege im Laufe desselben Monats zugestellt. Der deutsche Wortlaut der Entscheidung wurde außerdem am 20. Dezember 1971 den Prozeßbevollmächtigten der Klägerinnen mitgeteilt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende, am 9. Februar 1972 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingereichte Klage.

3. In der Klageschrift und sodann durch besonderen Schriftsatz, der am 23. Februar 1972 bei der Kanzlei eingegangen ist, hatten die Klägerinnen nach Artikel 185 EWG-Vertrag einen Antrag auf Aussetzung des Vollzugs von Artikel 2 der angefochtenen Entscheidung gestellt. Der Präsident des Gerichtshofes hat diesen Antrag nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Parteien durch Verfügung vom 21. März 1972 abgelehnt.

Der Gerichtshof hat auf den Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts die Parteien aufgefordert, vor dem 1. September 1972 eine Reihe von Fragen zu beantworten, und beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen.

Die Parteien haben in der Sitzung vom 20. September 1972 mündlich zur Sache verhandelt.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 15. November 1972 vorgetragen.

II — Anträge der Parteien

Die *Klägerinnen* beantragen, der Gerichtshof möge erkennen:

1. Die Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 9. Dezember 1971 „IV/26 811 — Europemballage“, in der festgestellt wird, daß die Continental Can Company Inc. in New York mit dem Erwerb von etwa 80 % der Anteile der Thomassen & Drijver-Verblifa NV in Deventer durch ihre Tochtergesellschaft Europemballage Corporation gegen Artikel 86 des EWG-Vertrags verstoßen, diese Zuwiderhandlung abzustellen und zu diesem Zwecke der Kommission vor dem 1. Juli 1972 Vorschläge zu unterbreiten habe, ist nichtig.
2. Die Europäische Kommission hat gemäß Artikel 73 Buchstabe b der Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften die für das Verfahren notwendigen Kosten der Klägerinnen zu erstatten.

Die *Beklagte* beantragt,

— die Klage auf Kosten der Klägerinnen abzuweisen.

III — Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien

A — Allgemeine Bemerkungen

Die *Klägerinnen* machen geltend, das Vorverfahren weise Mängel auf, die sich auch auf die angefochtene Entscheidung ausgewirkt hätten:

- Zum einen seien die den Beteiligten in der Mitteilung der Kommission vom 15. März 1971 dargelegten Beschwerdepunkte unzureichend begründet, da sich die Kommission darauf beschränkt habe, ihre Rechtsauffassung mitzuteilen, ohne den Versuch zu machen, sie zu begründen.
- Zum anderen bringe die angefochtene Entscheidung im wesentlichen eine Wiederholung der in der genannten Mitteilung der Kommission dargelegten Beschwerdepunkte, ohne in dessen auf den Schriftsatz der Klägerinnen vom 9. August 1971 („Erwiderung“) zu diesen Beschwerdepunkten zu reagieren und ohne eine Begründung für die Rechtsauffassung der Kommission zu geben.
- Diese Verfahrensweise verkenne die Rechtsnatur der in Artikel 7 der Verordnung Nr. 99/63 vorgeschriebenen Anhörung, die im vorliegenden Fall unzureichend gewesen sei, denn die Kommission habe sich darauf beschränkt, Einwände gegen die Sachdarstellung in der „Erwiderung“ vom 9. August 1971 zu erheben, ohne daß ihre Vertreter und die Vertreter der anderen an der Anhörung teilnehmenden Behörden irgendwelche Fragen gestellt hätten.

Die Klägerinnen unterstreichen, daß es Sache der Kommission sei, die Gründe für die erhobenen Beschwerdepunkte anzugeben, sie nehmen sodann Bezug auf den Wortlaut der erwähnten „Erwiderung“ und bemerken, auf diese „Erwiderung“ werde ergänzend verwiesen, soweit nicht das darin enthaltene Vorbringen durch die Klage überholt sei.

Die *Beklagte* entgegnet insbesondere:

- Die Mitteilung der Beschwerdepunkte entspreche den Erfordernissen von Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63, wenn sie die wesentlichen Tatsachen, auf die die Kommission sich stützt, sei es auch nur in gedrängter Form, klar angebe. Die Kommission habe in den Beschwerdepunkten nicht nur den Sachverhalt geschildert, sondern außerdem dargelegt, inwiefern die

Continental-Gruppe eine beherrschende Stellung einnehme und durch den Erwerb der Aktienmehrheit an der TDV diese Stellung mißbräuchlich ausgenutzt habe.

- In einem Verwaltungsverfahren nach der Verordnung Nr. 17/62 sei die Kommission nicht verpflichtet, die Zurückweisung von Vorbringen der Beteiligten zu begründen. Außerdem weiche die Entscheidung in verschiedenen Punkten zugunsten der Klägerinnen von der Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 15. März 1971 ab.
- Nach Artikel 7 der Verordnung Nr. 99/63 sei die mündliche Anhörung nur zur Ergänzung und Erläuterung der nach Artikel 5 bereits abgegebenen schriftlichen Äußerung bestimmt. Angesichts der sehr eingehenden schriftlichen Äußerungen der Klägerinnen hätten die Beamten der Beklagten und der Mitgliedstaaten in der Anhörung vom 21. September 1971 keine Fragen zu stellen gehabt. Im übrigen habe die Kommission die angefochtene Entscheidung aufgrund einer sorgfältigen Prüfung der Beschwerdepunkte, der „Erwiderung“ vom 9. August 1971 und der Niederschrift über die Anhörung getroffen.

B — Verfahrensrügen

Die *Klägerinnen* führen eine Reihe von Formfehlern an, die der Kommission vorzuwerfen seien und ausreichen, die Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung herbeizuführen:

- Die angefochtene Entscheidung sei Continental nicht „zugestellt“ worden, jedenfalls nicht auf die normale Art, also auf diplomatischem Wege, denn Continental habe im Dezember 1971 nur einen oder zwei Briefe von der Kommission durch die Post bekommen, die sie auf den Rat ihrer Anwälte der Kommission zurückgeschickt habe.
- Im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 8. Januar 1972 sei das gegen Continental eröffnete Ver-

fahren fehlerhaft bezeichnet, denn der französische Text trage im Rubrum die Bezeichnung „Europemballage Corporation“.

- Ferner liege ein Verstoß gegen die Vorschriften über die Regelung der Sprachenfrage (Art. 3 der Verordnung Nr. 1 des Rates, ABl. 1958, Nr. 17) darin, daß die Kommission den französischen Text der Entscheidung als verbindlich bezeichnet habe, obgleich der zur Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission bevollmächtigte Anwalt mit Begleitschreiben zu seiner „Erwiderung“ deren deutsche Fassung als maßgeblich bezeichnet habe.
- Das rechtliche Gehör sei verletzt, weil die angefochtene Entscheidung sich in Artikel 2 an Continental wende, obgleich die Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission (die nur an Europemballage gerichtet gewesen sei) diesem Unternehmen nicht zugestellt worden sei, das infolgedessen auch nicht die in Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 vorgeschriebene Gelegenheit zur Äußerung erhalten habe.
- Die Kommission habe im vorliegenden Fall ihre Befugnisse überschritten, denn die Artikel 1 bis 3 der angefochtenen Entscheidung seien an die Continental gerichtet: Da diese aber keinen Sitz im Gebiet der EWG-Mitgliedstaaten habe und dort keine Geschäfte betreibe, unterliege sie nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen nicht der Verwaltungshoheit der Kommission und auch nicht der Jurisdiktion des Gerichtshofes.

Die *Beklagte* entgegnet:

- Das Gemeinschaftsrecht verlange keine Zustellung auf diplomatischem Wege. Selbst wenn im übrigen die Bekanntgabe der Entscheidung fehlerhaft wäre, würde dieser Mangel nicht den Klageantrag rechtfertigen, die Entscheidung für nichtig zu erklären.
- Die Bezeichnung des Verfahrens im

Amtsblatt sei für die Gültigkeit der angefochtenen Entscheidung unerheblich. Andererseits sei unbestreitbar, daß Continental als mittelbare und Europemballage als unmittelbare Erwerberin der Aktienmehrheit von TDV anzusehen sei.

- Da Continental ihren Sitz in einem Drittstaat habe, habe die Kommission nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 1 eine der vier Amtssprachen der Gemeinschaft wählen können. Sie habe die französische Sprache vor allem deshalb gewählt, weil Europemballage, die die Aktien von TDV im Auftrag von Continental erworben habe, ein Büro in Brüssel unterhalte und ihrerseits ihre schriftliche Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten der Kommission in französischer Sprache abgefaßt habe.
- Die Behauptung, Continental habe keine Gelegenheit gehabt, sich zu den von der Kommission dargelegten Beschwerdepunkten zu äußern, werde durch eine ganze Reihe von das streitige Verfahren kennzeichnenden aktenkundigen Umständen sowie durch die Schlußfolgerung widerlegt, die man aus den von Herrn Charles B. Stauffacher, „Vice-Chairman of the Board of Continental Can Company“ und „Chairman of the Board of Europemballage Corporation“ bei der Anhörung vom 21. September 1971 abgegebenen Erklärungen ziehen könne.
- Auch bei strikter Anwendung des sogenannten Territorialitätsprinzips unterliege es keinem Zweifel, daß die Staaten (und die Gemeinschaft) befugt seien, ihre Rechtsvorschriften auf die innerhalb ihres Hoheitsgebietes vorgenommenen Handlungen anzuwenden, ohne daß es darauf ankomme, welche Staatsangehörigkeit die handelnden Personen besitzen. Continental habe gerade innerhalb der Gemeinschaft durch eine Tochtergesellschaft gehandelt, die zwar eigene Rechtspersönlichkeit, aber keinerlei wirtschaftliche Selbständigkeit besitze.

Die *Klägerinnen* heben hervor, die Kommission besitze gegenüber Continental keine Zuständigkeit; sie führen hierzu aus, man könne diesem Unternehmen das Verhalten seiner Tochtergesellschaft nicht zurechnen, ohne gegen den fundamentalen Grundsatz der Autonomie der Rechtspersönlichkeit zu verstoßen. Außerdem sei die juristische Person, die angeblich den Mißbrauch begangen habe (Europemballage) nicht mit der juristischen Person identisch, welche die beherrschende Stellung innehatte (SLW).

Die *Beklagte* wendet ein, diese Ausführungen beruhen auf einer formalistischen Betrachtungsweise. Berücksichtige man, zu welchem Zweck Continental die Europemballage gegründet habe und daß Europemballage zwar eigene Rechtspersönlichkeit, jedoch keine wirtschaftliche Selbständigkeit besitze, so könne man die Rechtspersönlichkeit von Europemballage für die Anwendung der Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts nicht in Betracht ziehen. Außerdem gehe aus einem von Continental am 14. April 1970 an die Beklagte gerichteten Telegramm hervor, daß Europemballage noch nicht einmal voll organisiert gewesen sei, als sie im März 1970 ihr Kaufangebot veröffentlicht habe. Sie habe also damals gar keine Vertreter gehabt, die sich wenigstens theoretisch hätten weigern können, die Weisungen der Muttergesellschaft auszuführen. Überdies lasse sich nicht bestreiten, daß SLW, die eine beherrschende Stellung auf dem deutschen Markt einnehme, unmittelbar von Europemballage und mittelbar von Continental kontrolliert werde.

Schließlich seien die in dem Memorandum von Rechtsanwalt Loyrette enthaltenen Zitate über die Rechtslage in den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft für das Verhalten der Tochtergesellschaft unrichtig, wenn man von der Regelung ausgehe, die dieses Problem in Deutschland, den Niederlanden und in Belgien gefunden habe. Dem amerikanischen Anti-Trust-Recht sei zu entnehmen, daß die Gesellschaften, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, auch rechtlich als Einheit

behandelt würden, selbst wenn sie verschiedene Rechtspersönlichkeiten hätten. Die Beklagte wendet sich schließlich dagegen, daß die Klägerinnen einen Schriftsatz des New Yorker Anwalts der Continental, Mr. Helmer Johnson, überreicht haben. Dieses Verfahren sei unzulässig, zum einen, weil Mr. Johnson sich nicht auf die Vorschriften von Artikel 17 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes berufen könne, und zum anderen deshalb, weil dieser Schriftsatz nicht die Voraussetzungen des Artikels 29 § 3 der Verfahrensordnung erfülle. Vorbehaltlich dieser Einwände bemerkt die Beklagte, das Vorbringen von Mr. Johnson zum Problem der „Zuständigkeit“ beruhe auf Begriffen des amerikanischen Rechts und sei für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht maßgeblich, vielmehr genüge es hierfür, daß die Wirkungen des im vorliegenden Fall beanstandeten Verhaltens innerhalb des Gemeinsamen Marktes eingetreten seien.

C — Zur Begründetheit

Was die Begründetheit der Klage anbelangt, so streiten die Parteien über die *Rechtsfragen* im Zusammenhang mit der *Auslegung* des Artikels 86 EWGV und seiner Anwendung auf Unternehmenszusammenschlüsse sowie über den *Sachverhalt*, auf dem die angefochtene Entscheidung beruht.

1. Auslegung des Artikels 86: „beherrschende Stellung“ und „mißbräuchliche Ausnutzung“ einer beherrschenden Stellung

Die *Klägerinnen* machen geltend, der von der Kommission benutzte Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung (Teil II Begründungserwägung C 23 der angefochtenen Entscheidung) gehe von einer Rechtsauffassung aus, deren Ziel es sei, Artikel 86 des Vertrages entgegen dem objektiven Inhalt und dem objektiven Sinn dieser Bestimmung zum Instrument der Konzentrationskontrolle zu gestalten.

Diese Auffassung sei mit den Ergebnissen einer objektiven Analyse des Artikels

86 anhand mehrerer Auslegungskriterien unvereinbar:

— Schon der Wortlaut dieses Artikels zeige, daß er weder etwas über die Entstehung oder Verstärkung beherrschender Stellungen noch über ihre Verhinderung oder Entflechtung aussage. Die Materialien zum Vertrag enthielten nichts, was dieser Feststellung entgegenstehe. Außerdem erlaube ein Vergleich zwischen dem EGKS-Vertrag und dem EWG-Vertrag die Feststellung, daß zwar Artikel 65 EGKS-Vertrag sich im wesentlichen mit Artikel 85 EWG-Vertrag decke, Artikel 66 des ersteren Vertrages aber nur hinsichtlich der „beherrschende Stellung“ betreffenden Teils (§ 7) in Artikel 86 des Vertrages von Rom eingegangen sei. Hätte der Gesetzgeber auch im Rahmen des EWG-Vertrages eine Konzentrationskontrolle und eine Entflechtungsmöglichkeit einführen wollen, dann würde nichts näherlegen haben, als dem Artikel 66 §§ 1 bis 6 EGKS-Vertrag entsprechende Bestimmungen in den EWG-Vertrag aufzunehmen.

In dem Bemühen, auf dem Gebiet der Wettbewerbspolitik zu einem bestimmten Ergebnis zu gelangen, habe die Kommission so die Grenzen einer teleologischen oder dynamischen Auslegung weit überschritten. Sie könne sich, um dieses gesuchte Ergebnis zu rechtfertigen, nicht auf Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag berufen, denn dort werde nur eine Rahmenvorschrift gegeben, welche die Mitgliedstaaten in Artikel 86 nur insoweit konkret ausgeführt hätten, als sie bestimmte Formen der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung verboten hätten, ohne das *strukturelle* Phänomen der Entstehung oder Erweiterung dieser beherrschenden Stellung zu erfassen.

— Diese Schlußfolgerungen würden durch eine Analyse der Tatbestandsmerkmale des Artikels 86 bestätigt. Die Kommission habe in ihrer Entscheidung die Begriffe „beherrschende Stellung“ und „mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung“ definiert und dabei innerhalb des „Beherrschungs“-

prozesses eine Unterscheidung eingeführt, von der in Artikel 86 keine Rede sei. Sie behaupte zwei Stufen der Beherrschung: Die erste lasse „Raum für unabhängige Verhaltensweisen“, die zweite sei die „Verstärkung der beherrschenden Stellung mit Ausschaltung des potentiellen oder tatsächlichen Restwettbewerb“; die Kommission habe den Begriff der „mißbräuchlichen Ausnutzung“ dieser zweiten Stufe gleichgesetzt.

Die erste Stufe bedeute nur die Fähigkeit des Unternehmers, wesentlichen Einfluß auf das Marktgeschehen auszuüben, was das natürliche Streben jedes Unternehmens und ein typisches Kennzeichen der marktwirtschaftlichen Ordnung sei. Deshalb werde diese Stufe von Artikel 86 nicht erfaßt. Erst die zweite Stufe erfülle den Tatbestand, daß die wirtschaftliche Stärke die Intensität erreiche, die der Begriff der „beherrschenden Stellung“ voraussetze. Indem die Kommission aber irrtümlicherweise diese zweite Phase dem Fall der „mißbräuchlichen Ausnutzung“ gleichsetze, verkenne sie Sinn und Aufbau des Artikels 86 des Vertrages.

Sie sei so zu einer unzutreffenden Konzeption der Begriffe der beherrschenden Stellung und der mißbräuchlichen Ausnutzung dieser Stellung sowie zu einer fehlerhaften Anwendung dieser Begriffe auf den vorliegenden Fall gelangt.

a) Beherrschende Stellung

Der Begriff der „beherrschenden Stellung“, wie er der angefochtenen Entscheidung (in Teil II Begründungserwägung B 3) zugrunde gelegt sei, hat nach Meinung der Klägerinnen rein theoretische Bedeutung. Zunächst beruhe er auf einem unrealistischen Tatbestandsmerkmal, das kaum justiziabel sei. In der gesamten Entscheidung seien keine „unabhängigen Verhaltensweisen“ — etwa überhöhte Preise, Verknappung der Ware oder Verschlechterung der Qualität — nachgewiesen worden. Wäre es so, wie die Kommission behaupte, dann müßte die Continental-Gruppe in der Lage sein, ihre Gewinne ohne Rücksicht auf Wettbewerber zu erhöhen, mindestens aber, sie zu halten. Das Gegenteil sei aber seit

dem Erwerb der TDV-Anteile der Fall, denn der Nettogewinn von SLW sei im Jahre 1971 gegenüber dem Jahre 1969 gesunken.

Zweitens bezögen sich die einzigen von der Kommission für ihre Beanstandung vorgetragenen Tatsachen auf den Marktanteil, den dieses Unternehmen halte. Aber selbst wenn man unterstelle, daß dieser Anteil richtig berechnet sei, reiche er für sich allein nicht aus, den Nachweis für eine beherrschende Stellung zu erbringen, weil er keinen Hinweis auf den tatsächlichen Handlungsspielraum des Unternehmens gebe. Vorliegen oder Aufrechterhaltung einer beherrschenden Stellung sei nicht notwendig von dem Marktanteil abhängig, über den das Unternehmen verfüge, sondern von mehreren Faktoren, die den relevanten Markt in jedem Zeitpunkt kennzeichnen könnten. Wegen der wachsenden Dynamik der Technik und der heutigen Märkte könne eine beherrschende Stellung sich heute noch schneller als die sachlichen und geographischen Grenzen des Marktes, auf dem sie angeblich ausgeübt wird, bis zu ihrem völligen Verschwinden verändern.

Zum Nachweis einer beherrschenden Stellung — der die Abgrenzung des relevanten Marktes voraussetze — dürften im übrigen andere Produktionen als die der betroffenen Erzeugnisse nicht berücksichtigt werden; auf solche sei vielmehr erst im Rahmen des Problems des Substitutionswettbewerbs einzugehen.

Die *Beklagte* entgegnet, die Anwendung des Artikels 86 auf den streitigen Fall beruhe durchaus auf tatsächlichen Gegebenheiten, welche die Klägerinnen nicht bestreiten könnten. Es treffe nicht zu, daß die beherrschende Stellung im vorliegenden Fall durch die von den Klägerinnen angeführten „Verhaltensweisen“ hätten bewiesen werden müssen. Solche Verhaltensweisen stellten nämlich die „mißbräuchliche Ausnutzung“ einer beherrschenden Stellung dar. Auch das auf die Gewinnentwicklung von SLW gestützte Vorbringen könne das Vorliegen einer beherrschenden Stellung nicht in Frage stellen. Wenn die Gewinne von

SLW im Jahre 1971 zurückgegangen seien, sei nicht verständlich, daß Continental vor wenigen Wochen den noch vorhandenen freien Aktionären von SLW, die noch rund 14 % des Aktienkapitals hielten, das Angebot gemacht habe, die Aktien zu einem Kurs von 375 % zu kaufen.

Die *Klägerinnen* erwidern, der Erwerb des Restes der SLW-Aktien sei von Continental beschlossen worden, um das Verhältnis zu den Minderheitsaktionären zu bereinigen. Hierzu bemerkt die *Beklagte*, um einen „Gewinnverfall“ darzutun, genügten Zahlen allein nicht, vielmehr seien zahlreiche Faktoren zu berücksichtigen, die sich auf mehrere Wirtschaftsjahre beziehen müßten.

b) *Mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung*

Die *Klägerinnen* beanstanden sodann den der angefochtenen Entscheidung (in Teil II Begründungserwägung C 23 und 24) zugrunde gelegten Begriff der „mißbräuchlichen Ausnutzung“, da er auf einer unzutreffenden Auslegung der Tragweite des Artikels 86 beruhe.

Dieser Artikel führe in Absatz 2 das Unternehmensverhalten auf, das als Mißbrauch angesehen werde. Das Wort „insbesondere“ zeige zwar, daß es sich um keine erschöpfende Aufzählung handle, doch ließen in einer Gesetzesvorschrift — sei es auch nur beispielhaft — aufgeführte Fälle die Intention des Gesetzgebers erkennen und umschrieben implizite die Art der Verhaltensweisen, an die der Gesetzgeber gedacht habe.

Dieser Aufzählung sei zu entnehmen, daß die Art der von Artikel 86 erfaßten Verhaltensweisen solche mit direkter Marktwirkung seien. Diese Folgerung gelte auch für den unter Buchstabe b des Absatzes 2 genannten Fall. Die ausdrückliche Erwähnung der Nachteile, den die dort genannten Verhaltensweisen für den Verbraucher hätten, zeige, daß es sich hier nicht nur um ein unternehmensinternes oder strukturelles Verhalten handeln könne. Es sei gewiß nicht ausgeschlossen, daß von dem Wort „insbesondere“ der Fall der Erzwingung eines Zusammenschlusses unter Einsatz

der Marktmacht erfaßt werden könne. Wenn aber der Zusammenschluß, wie im vorliegenden Fall, ohne jeden Druck, vielmehr durch ein günstiges Preisangebot an die Anteilseigner ermöglicht werde, könne von Mißbrauch keine Rede sein.

Auch wenn man das alles beiseite lasse, so fordere Artikel 86 doch wenigstens eine *Kausalität* zwischen der beherrschenden Stellung und ihrer mißbräuchlichen Ausnutzung. In diesem Sinne könne Continental wegen Verletzung von Artikel 86 nur verfolgt werden, wenn festgestellt würde, daß sie die angeblich beherrschende Stellung der SLW in der Bundesrepublik Deutschland ausgenutzt habe, um die Anteile der TDV in den Niederlanden zu erwerben. Ein solcher Zusammenhang fehle jedoch im vorliegenden Fall, daher sei auch nicht von einer beherrschenden Stellung im vorgenannten Sinne Gebrauch gemacht worden. Continental hätte die Anteile der TDV auf dem Kapitalmarkt erwerben können, auch ohne die Kontrolle über SLW zu besitzen und sogar unabhängig von der Existenz dieses Unternehmens. Überdies wäre es im vorliegenden Fall sogar unmöglich gewesen, eine solche Stellung auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse auszunutzen.

Aus der in der angefochtenen Entscheidung selbst gegebenen Definition der beherrschenden Stellung und des ursächlichen Zusammenhangs gehe ferner hervor, daß die mißbräuchliche Ausnutzung auf *demselben Markt* wie dem angeblich beherrschten oder zumindest auf einem Markt gleichartiger Erzeugnisse stattfinden müsse. Auch diese Voraussetzung sei vorliegend nicht erfüllt.

Continental habe die Anteile der TDV weder auf dem Markt der Erzeugnisse erworben, für die nach Auffassung der Kommission in Deutschland eine beherrschende Stellung gegeben sei, noch auf dem deutschen Markt für andere Erzeugnisse der Verpackungsindustrie. Ebenso wenig habe sich der Erwerb der TDV-Anteile auf diese Erzeugnisse in den Niederlanden bezogen, sondern habe ausschließlich Aktien und Obligationen be-

troffen. Der stetige Erwerb der Anteile der TDV habe also sowohl in sachlicher Hinsicht als auch der geographischen Begrenzung nach auf einem anderen Markt als dem angeblich beherrschten stattgefunden.

Die *Beklagte* ist gleichfalls der Auffassung, daß Artikel 86 keine Grundlage für ein wirksames und *vorheriges* Eingreifen in einen Konzentrationsprozeß biete. In dessen habe die angefochtene Entscheidung nichts mit dem Problem der vorherigen Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im Sinne von Artikel 66 EGKS-Vertrag zu tun, so daß das Vorbringen der Klägerinnen hierzu gegenstandslos sei.

Der Beklagten sei im übrigen nicht ersichtlich, worauf die Klägerinnen ihre Schlußfolgerungen hinsichtlich der Absichten des Gesetzgebers bei der Redaktion des Artikels 86 des Vertrages stützen, da die Materialien über die Verhandlungen der Regierungskonferenz, die den Vertragstext in den Jahren 1956/1957 ausgearbeitet hat, nicht veröffentlicht worden seien. Inhalt und Tragweite des Artikels 86 könnten nur aufgrund des Textes dieser Vorschrift selbst unter Berücksichtigung der Ziele der Gemeinschaft bestimmt werden. Die von der Beklagten befolgte Auslegungsmethode stehe im Einklang mit der Natur des Vertrages als eines Rahmenvertrags, der der Kommission die Aufgabe übertrage, unter Kontrolle durch den Gerichtshof für die Anwendung des Vertrages zu sorgen, um das ordnungsgemäße Funktionieren und die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zu gewährleisten. Da der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung in Artikel 86 nicht präzisiert sei, müßten in erster Linie die Ziele, die der Vertrag der Gemeinschaft gesetzt habe, und sodann die in Artikel 86 selbst aufgeführten Beispiele eines mißbräuchlichen Verhaltens berücksichtigt werden.

Nach Artikel 2 EWG-Vertrag sei es unter anderem Aufgabe der Gemeinschaft, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft und eine beschleunigte He-

bung der Lebenshaltung in den Mitgliedstaaten zu fördern. Die Vertragsparteien seien dabei von der Erkenntnis ausgegangen, daß es zur Verwirklichung dieser Ziele erforderlich sei, einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten (Art. 3 Buchstabe f des Vertrages). Im Rahmen eines solchen Systems sei es als mißbräuchlich anzusehen, wenn sich ein Unternehmen im Hinblick auf die Zielsetzung des Vertrages „objektiv“ fehlerhaft verhalte. Da ein „objektives“ Fehlverhalten genüge, um einen vertragswidrigen Mißbrauch darzutun, sei mit dem Begriffe der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 ein Schuldvorwurf sittlicher oder moralischer Art nicht verbunden. Es komme zum Beispiel nicht darauf an, ob die Klägerinnen — wie sie behaupten — den Aktionären von TDV einen angemessenen Kaufpreis gezahlt haben. In Wahrheit gehe es darum, ob die Klägerinnen durch diesen Erwerb den bis dahin vorhandenen oder wenigstens möglichen Wettbewerb zwischen TDV und SLW bei diesen Erzeugnissen praktisch beseitigt haben.

Mißbräuchliches Verhalten könne sich sowohl gegenüber (derzeitigen oder potentiellen) Wettbewerbern als auch gegenüber Lieferanten und Verbrauchern zeigen. Die Behauptung, daß sich das Verbot des Artikels 86 nur gegen bestimmte mißbräuchliche Verhaltensweisen auf dem Markt richte, sei unbegründet, wie sich aus Artikel 86 Buchstabe b ergebe. Bei dem in dieser Vorschrift angeführten Beispiel mißbräuchlichen Verhaltens gehe es nicht um ein Marktverhalten, sondern um interne Maßnahmen eines Unternehmens. Der Vertrag lege aber marktbeherrschenden Unternehmen auch hinsichtlich ihres internen Verhaltens Beschränkungen auf, um die Verbraucher vor Schaden zu schützen. Dabei genüge es für die Annahme eines Mißbrauchs, daß sich das Verhalten tatsächlich zum Schaden der Verbraucher *auswirkt*.

Die Klägerinnen gingen im übrigen von einer irrtümlichen Auffassung über die *Kausalität* im Sinne des Artikels 86 aus,

und zwar namentlich was die Ansicht anbelange, die mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung müsse auf demselben Markt stattfinden, auf dem das Unternehmen die beherrschende Stellung inne habe.

Für die Beurteilung, ob eine mißbräuchliche Ausnutzung vorliege, komme es darauf an, welche Lage auf dem Markt geschaffen werde, auf dem das marktbeherrschende Unternehmen tätig sei.

Die Beklagte bemerkt abschließend, da sich der relevante Markt mindestens auf die Benelux-Staaten und die nördlichen und mittleren Gebiete der Bundesrepublik Deutschland erstreckte, sei durch die mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung auch der zwischenstaatliche Handel im Sinne des Artikels 86 des Vertrages beeinträchtigt.

Die *Klägerinnen* erwidern, in praktischer Hinsicht wäre das betroffene Unternehmen bei nachträglicher Fusionskontrolle in einer noch schlechteren Lage als bei vorheriger Kontrolle, dies um so mehr, als sich Artikel 86 im Gegensatz zu Artikel 3 EWG-Vertrag und Artikel 66 EGKS-Vertrag darauf beschränke, die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung schlechthin zu verbieten, ohne daß eine Legalisierungsmöglichkeit bestände.

Zweitens müsse die Kommission im vorliegenden Fall prüfen, ob ein Mißbrauch einer beherrschenden Stellung, also ein Fehlverhalten, vorliege, das zu einem Schaden der konkurrierenden Lieferanten oder der Kunden führe. Sie könne sich diesem Mißbrauchsbegriff nicht entziehen, um sich allein auf so unbestimmte Begriffe wie „die Vertragsziele“ zu stützen.

Im übrigen habe es die Beklagte selbst als unerlässlich angesehen, daß das Verhalten des beherrschenden Unternehmens tatsächlich in einem den Verbrauchern zugefügten Schaden erkennbar werde, was gerade vorliegend nicht der Fall sei. Außerdem setze Artikel 86 Buchstabe b das „tatsächliche“ und nicht nur das theoretische Vorliegen eines solchen Schadens voraus. Wenn die Kommission diese Vorschrift mittelbar an-

wenden wolle, könne sie sich nicht darauf berufen, daß der Erwerb der TDV-Anteile eine „Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes . . .“ mit sich gebracht habe, da die Produktion von Feinstblechverpackungen und die technische Entwicklung zu immer günstigeren Preisen durch Continental in Europa zum Nutzen der Verbraucher gefördert worden seien. Wenn die Kommission dagegen Artikel 86 Buchstabe b als Beispiel herangezogen habe, könne sie nicht fortfahren, dieses Beispiel als „interne Maßnahmen eines Unternehmens“ anzusehen, denn aus den Worten „zum Schaden der Verbraucher“ in Artikel 86 Buchstabe b werde ganz klar, daß auch dieses als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung qualifizierte Verhalten den Markt betreffen müsse, auf dem sich ja der Verbraucher befinde. Die Klägerinnen glauben schließlich, die Wurzeln der von der Kommission vertretenen Theorie freilegen zu können:

- Sie lägen einmal in einer grundlegend irrigen Auffassung hinsichtlich der Auslegung, die die Kommission dazu veranlaßt habe, die Wettbewerbsregeln des Vertrages nach den Maßstäben des amerikanischen Anti-Trust-Rechts auszulegen, dessen Quellen, dessen Philosophie und dessen Entwicklungsgeschichte nun einmal von völlig anderer Art als das Wettbewerbsrecht der sechs Mitgliedstaaten seien.
- Diese Wurzeln seien ferner in einigen theoretischen Untersuchungen über den Wettbewerb zu sehen, welche die Klägerinnen kurz analysieren.

Die Klägerinnen berufen sich sodann für ihre Auffassung auf einen Teil der Rechtslehre und bemerken abschließend, es bestehe ein offensichtlicher Widerspruch zwischen dem Verbot der Fusion bedeutender Unternehmen und der von der Kommission, dem Europäischen Parlament und dem Wirtschafts- und Sozialausschuß befürworteten Industriepolitik. Die *Beklagte* führt in der Gegenerwidmung aus, die Klägerinnen seien zu Unrecht der Auffassung, daß die Unterneh-

men sich bei nachträglicher Kontrolle in einer ungünstigeren Lage befänden als bei vorheriger Fusionskontrolle.

Bei dieser Argumentation verkennten die Klägerinnen, daß Artikel 66 EGKS-Vertrag sämtliche Zusammenschlüsse der vorherigen Genehmigung unterwerfe und die Handlungsfreiheit der Unternehmen dadurch stärker eingeschränkt sei als in den Fällen, in denen die Behörde nachträglich ausnahmsweise eine Entflechtungsmaßnahme verlangt. Außerdem biete das Gemeinschaftsrecht den Unternehmen die Möglichkeit, sich Gewißheit über die Beurteilung eines bestimmten Vorhabens durch die Kommission zu verschaffen, da sie ein Negativattest im Sinne des Artikels 2 der Verordnung Nr. 17 beantragen könnten.

Die Beklagte präzisiert ihren Standpunkt noch weiter, indem sie angesichts des Schweigens der Vorschriften den Versuch unternimmt, die Tragweite von Artikel 86 aufgrund der in Absatz 2 aufgeführten Beispiele, insbesondere des unter Buchstabe b genannten Falls, herauszuarbeiten. Dieses letztere Beispiel zeige, daß auch sogenannte „interne“ Maßnahmen, d. h. Handlungen, die nicht unmittelbar auf den Markt gerichtet sein müßten, den Tatbestand der mißbräuchlichen Ausnutzung erfüllen und damit verboten seien, wenn sie sich zum Schaden der Verbraucher auswirkten. Der Grund für dieses Verbot liege auf der Hand. Verfügt ein oder mehrere Unternehmen über eine beherrschende Stellung, so ergebe sich daraus eine Einschränkung des Wettbewerbs und eine ernsthafte Beeinträchtigung der Ausweichmöglichkeiten der Verbraucher auf andere Angebote. Artikel 86 untersage deshalb gerade die mißbräuchliche Ausnutzung dieser Abhängigkeit der Verbraucher von diesen Unternehmen. Die Schädigung der Verbraucher nehme noch wesentlich gravierendere Formen an, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung durch Zusammenschluß mit den restlichen Konkurrenten die Ausweichmöglichkeiten seiner Abnehmer zusätzlich einenge. Dies gelte erst recht in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die Klägerin-

nen durch Zusammenschluß mit dem letzten noch ernst zu nehmenden Konkurrenten praktisch jeden noch bestehenden Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt hätten.

Außerdem vermittele eine Auslegung der Generalklausel des Artikels 86 Absatz 1 in Verbindung mit den Beispielen des Absatzes 2 die Erkenntnis, daß Artikel 86 den Unternehmen in beherrschender Stellung Verhaltensweisen verbiete, die einem „normalen“ Unternehmen gestattet seien. Damit würden diese Handlungen, von einem normalen Unternehmen vorgenommen, keineswegs als den Vertragszielen entsprechend angesehen; sie seien jedoch für Handelspartner, Konkurrenten und Verbraucher weniger gefährlich, da das normale Unternehmen, das dem Wettbewerb ausgesetzt sei, auf längere Zeit Gefahr laufe, seine Kundschaft an andere Anbieter auf dem Markt zu verlieren. Das Unternehmen in beherrschender Stellung sei dagegen diesem Risiko nicht unterworfen. Eine „Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes...“ führe infolge der Machtstellung unmittelbar zu einer Schädigung der Verbraucher, denen nur ungenügende oder gar keine Möglichkeiten zur Verfügung ständen, auf Angebote anderer Unternehmen auszuweichen.

Ebenso könne ein Zusammenschluß von zwei kleineren, bisher miteinander konkurrierenden Unternehmen zwar eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs nach sich ziehen, führe jedoch in keinem Fall zur Beseitigung der vollen Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, weil Handelspartner und Verbraucher weiterhin genügende Ausweichmöglichkeiten besäßen. Schalte dagegen ein Unternehmen in beherrschender Stellung durch Zusammenschluß mit dem letzten ernst zu nehmenden Konkurrenten den Wettbewerb völlig aus, so seien derartige Ausweichmöglichkeiten nicht mehr gegeben.

Damit werde die These der Klägerinnen unhaltbar, es müsse ein unmittelbarer *Kausalzusammenhang* zwischen der beherrschenden Stellung und dem Erwerb der Aktienmehrheit der TDV in dem Sin-

ne bestehen, daß die beherrschende Stellung als Instrument eines Mißbrauchs zielgerichtet eingesetzt worden sei. Ein solcher Einsatz der beherrschenden Stellung möge zwar bei den Beispielfällen des Artikels 86 Absatz 2 Buchstaben a, c und d im Vordergrund stehen, für den Fall des Buchstaben b und den hier vorliegenden Fall habe dieser Gesichtspunkt aber keine Bedeutung.

2. Der der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt

Die *Klägerinnen* sind der Auffassung, die Begründung der angefochtenen Entscheidung sei unzureichend, lückenhaft und fehlerhaft, und zwar sowohl hinsichtlich des *Sachverhalts* als auch hinsichtlich der *Schlußfolgerungen*, welche die Kommission daraus ziehe. Die Sachverhaltsschilderung enthalte insbesondere eine Reihe von „Hintergrundbehauptungen“, die irrelevant seien und bei oberflächlichen Betrachtungen den Anschein erwecken könnten, daß eine umfassende Verschwörung gegen den Wettbewerb im Gange sei. Es könne keine Rede von einem Plan der Continental sein, ihre europäischen Beteiligungen im Rahmen der Europemballage zusammenzuschließen. Außerdem komme es für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht darauf an, was die Firmen Continental und Europemballage möglicherweise beabsichtigt hätten, sondern darauf, was sie getan hätten.

Die *Beklagte* wendet ein, die Sachverhaltsschilderung sei keineswegs unrichtig oder unzureichend, sondern gebe im Zusammenhang mit den Schlußfolgerungen ein präzises Bild der tatsächlichen Marktverhältnisse. Es wäre ein völlig falsches Bild entstanden, wenn die angefochtene Entscheidung die Stellung von Continental in der Verpackungsindustrie und insbesondere auf dem Markt aller Leichtmetallverpackungen sowie ihre wirtschaftliche, finanzielle und technische Bedeutung nicht berücksichtigt hätte.

Die *Beklagte* bleibt im übrigen dabei, daß ein Plan der Continental bestanden habe, durch den Kauf der bestehen-

den Unternehmen ihre beherrschende Stellung in Europa zu verstärken. Sie verweist hierzu auf einen Passus (S. 7 und 8) der Anlage 1 zur Erwiderung. Die Klägerinnen und die Beklagte erörtern sodann mehrere Punkte der Entscheidungsbegründung, insbesondere folgende Passagen:

„Sachverhalt“ (Teil I der Entscheidungsbegründung)

Merkmale der SLW: Begründungserwägung B 2

Die *Klägerinnen* erklären, die Zahl der Beschäftigten der SLW, der Gewinn und das Anlagevermögen des Unternehmens seien im Jahre 1971 geringer gewesen, als die Kommission angebe. Außerdem seien vier der in der Entscheidung erwähnten Werke mangels Rentabilität geschlossen worden.

Die *Beklagte* entgegnet, die in der Entscheidung enthaltenen Angaben schilderten den Zustand zur Zeit der zu beurteilenden Vorgänge. Wenn sich die Zahl der Beschäftigten im Jahre 1971 verringert habe, so sei dies vermutlich auf Rationalisierungsmaßnahmen nach dem Zusammenschluß mit TDV zurückzuführen.

Die Absatzfreiheit der Lizenznehmer von Continental: Begründungserwägung D 1

Die *Klägerinnen* machen geltend, entgegen den Ausführungen in der Entscheidung sei der Lizenznehmer von Continental „immer“ und nicht nur „grundsätzlich“ frei, die unter die Lizenz fallenden Erzeugnisse außerhalb seines Gebiets zu verkaufen. Der Verkauf der unter Lizenz hergestellten Erzeugnisse von Konkurrenten der Klägerinnen sei nicht durch die Lizenzen behindert, sondern durch die in den verschiedenen Ländern von den Abnehmern gewünschten abweichenden Spezifikationen.

Auf den Hinweis der *Beklagten*, daß die Lizenznehmer im Rahmen des in der Begründungserwägung D 4 b beschriebenen sogenannten Marktinformationsverfahrens Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart hätten, erwidern die *Klägerin-*

nen, das Marktinformationsverfahren habe mit der Streitfrage nichts zu tun.

Gesamtumsätze der SLW an Metall-dosen: Begründungserwägung E 4

Die *Klägerinnen* bestreiten die Richtigkeit der in der angefochtenen Entscheidung genannten Zahlen über den prozentualen Anteil der Dosen für Fleischwaren an den Gesamtumsätzen der SLW. In diesen Zahlen seien nämlich die Umsätze an *Tierfutterdosen* enthalten, die eine eigene, ganz andere Kategorie darstellten. Um einen Überblick über die Gesamtlage der SLW zu gewinnen, müsse man außer den Leichtmetallverpackungen jede andere Aktivität der SLW auf dem Verpackungsgebiet (Kunststoffverpackungen, Wellpappe, Papier sowie Maschinen und Geräte usw.) berücksichtigen. Die geringeren prozentualen Anteile innerhalb des Gesamtumsatzes von SLW zeigten in der Tat, daß diesen Zahlen nicht die ihnen von der Kommission beigelegte Bedeutung zukomme (hierzu verweisen die Klägerinnen auf die Anlage 8 zur Klageschrift).

Die *Beklagte* weist darauf hin, daß die Aufstellung über die Gesamtumsätze von SLW und TDV im Jahre 1969 auf den Angaben beruhe, die SLW und TDV der Kommission gemacht hätten. SLW selbst habe also nicht zwischen Dosen für Fleischwaren und Dosen für Tierfutter unterschieden. Diese letztgenannten Dosen stellten im übrigen keine eigene, ganz andere Kategorie im Verhältnis zu Fleischdosen dar. Die amtliche deutsche Statistik enthalte keine besondere Kategorie mit der Bezeichnung „Dosen für Tierfutter“. Da es in der Entscheidung nur um Leichtmetallverpackungen gehe, bei denen die Klägerinnen über SLW eine beherrschende Stellung einnehmen, seien weitere Angaben nicht erforderlich gewesen. In der Entscheidung werde nicht behauptet, daß Continental (über Europemballage sowie über SLW und TDV) eine beherrschende Stellung bei anderen Verpackungsarten besitze. Die Angaben in der Anlage 8 zur Klageschrift bestätigten im übrigen, daß der

Umsatz von SLW überwiegend aus Metallverpackungen bestehe.

Die *Klägerinnen* erwidern, Dosen für Tierfutter und Fleischdosen seien zwei getrennte Kategorien, die sich insbesondere nach ihrem Verwendungszweck unterscheiden. Wenn SLW die Zahlen für Tierfutterdosen nicht getrennt melde, so deshalb, weil das Statistische Bundesamt aus Gründen der Geheimhaltung zwischen diesen beiden Kategorien nicht unterscheide und dies auch nicht dürfe.

Die *Beklagte* wendet ein, die Dosen für Tierfutter hätten keine besonders charakteristischen Eigenschaften: Sie ließen sich mit anderen Nahrungsmitteln, insbesondere Fleisch für die Ernährung von Menschen, füllen. Im übrigen trügen die Klägerinnen selbst vor, daß SLW der einzige Hersteller von Tierfutterdosen in Deutschland sei. Folge man der Ansicht der Klägerinnen, daß es sich bei dem Markt für diese Erzeugnisse um einen besonderen Markt handle, so gelange man zu dem Ergebnis, daß sie auf diesem Markt eine Monopolstellung innehätten.

Marktanteile der TDV: Begründungserwägung F

Die *Klägerinnen* führen aus, der Marktanteil von TDV für Fleischdosen in Holland sei nicht so groß, wie die Kommission angebe, denn Importe der Cebal (Frankreich) nähmen einen kleinen Marktanteil weg. Auch für Bierdosen treffe der angegebene Prozentsatz wegen der Importe der Firma Kaiser-Aluminium (Deutschland), die nach der Konzentration ein ernst zu nehmender Konkurrent für den Markt dieser Verpackungsart in den Niederlanden geworden sei, nicht mehr zu. Im übrigen gehörten diese Dosen nicht zum relevanten Markt und hätten nichts mit Fleischdosen zu tun, denn schon der zur Herstellung dieser Dosen erforderliche Maschinentyp sei in beiden Fällen ein anderer.

Was schließlich die Dosen für Fische und Krustentiere anbelange, so gebe der von der Kommission mitgeteilte Prozentsatz insofern ein schiefes Bild von der wirklichen Lage, als in Holland für diesen Bereich ein nur ganz geringfügiger Markt

vorhanden sei, auf dem der Umsatz der TDV im Jahre 1970 eine rasch fallende Tendenz gezeigt habe.

Die *Beklagte* entgegnet, zur Zeit des umstrittenen Zusammenschlusses sei TDV in den Niederlanden praktisch der einzige Lieferant von Dosen für Fleischwaren und für Bier gewesen. Die Einfuhren von Cebal und Kaiser-Aluminium seien gering gewesen; sie hätten im wesentlichen erst nach dem Zusammenschluß begonnen. Bei Dosen für Fische und Krustentiere sei TDV auch jetzt noch der einzige Hersteller in den Niederlanden. Selbst wenn dieser Markt eine etwas rückläufige Tendenz aufweise, so werde dies durch die rasche Entwicklung des Marktes für Bierdosen bei weitem kompensiert.

Substitutionsprodukte: Begründungserwägung H

Die *Klägerinnen* sind der Auffassung, die Bedeutung der Substitutionskonkurrenz würde deutlicher, wenn unter Ziffer 3 dieser Begründungserwägung angegeben worden wäre, daß 99 % des in Kleinpakungen verkauften Bieres in Glasflaschen abgefüllt werde und daß Glas bei Obstkonserven, Konfitüren, Pulverkaffee und Babynahrung weit überwiege.

Die *Beklagte* wendet ein, da allgemein bekannt sei, daß bei einer Reihe von Konserven eine Substitutionskonkurrenz — nämlich von Glasverpackungen — bestehe, wäre es unnötig gewesen, dies besonders zu erwähnen. Gleichwohl weise die Entscheidung auf diesen Umstand ausdrücklich hin.

Änderung der Verpackungsart: Begründungserwägung I

Die *Klägerinnen* sind der Auffassung, die Kommission habe den Hinweis unterlassen, daß nicht die in der Entscheidung erwähnten „*verschiedenen Kriterien*“ für die Wahl der Verpackungsart durch die Benutzer bestimmend seien, denn alle großen Verpacker könnten praktisch jederzeit von einem Verpackungsmittel auf ein anderes umschalten und täten dies auch.

Auf die Entgegnung der *Beklagten*, daß ein Wechsel der Verpackungsart, der er-

hebliche Investitionen voraussetze, für kleine und mittlere Unternehmen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sei, aber auch für große Unternehmen Probleme aufwerfe, legen die *Klägerinnen* eine Kostenschätzung für eine Glasabfüllungslinie mit einer Kapazität von 150 Gläsern in der Minute vor.

Die *Beklagte* wendet ein, der Übergang von einer Verpackungsart auf eine andere sei nicht nur eine Kostenfrage. Er sei vielmehr wegen der Eigenart der zu verpackenden Erzeugnisse sowie der Gewohnheiten der Verbraucher nur begrenzt möglich.

3. Die „wirtschaftliche Würdigung“ des von der Kommission zugrunde gelegten Sachverhalts

a) Die „beherrschende Stellung“

— Die Marktanteile der SLW

Der Markt der Konservendosen für Fleischwaren und Fisch: Teil II Begründungserwägung B 5 und 6

Die *Klägerinnen* bestreiten, daß SLW in der Bundesrepublik einen Marktanteil bei Konservendosen für *Fleischwaren* zwischen 70 und 80 % habe. Nachdem die *Beklagte* für ihre Schätzung Zahlen vorgelegt hat, erwidern sie, die Berechnung sei nicht richtig, weil die Zahlen über die anderen Konkurrenten außer Züchner wie auch die Zahlen über Einfuhren fehlten. Die *Klägerinnen* legen ihrerseits eine neue Berechnung vor, die ergebe, daß der Marktanteil von SLW bei *Fleischdosen* 65 % betrage.

Was ferner den Markt für *Fischdosen* betreffe, habe die Kommission nicht berücksichtigt, daß Einmachgläser und Kunststoffbehälter mit etwa 30 % Marktanteil und zunehmender Tendenz wesentlichen Wettbewerb zwischen diesen Erzeugnissen und Feinstblechdosen bedeuteten.

Zu dem Einwand der *Beklagten*, bei *Fischkonserven* ständen Einweckgläser und Kunststoffbehälter einerseits sowie *Metall Dosen* andererseits kaum in Wettbewerb miteinander, weil sie fast ausschließlich zur Verpackung verschiedenartiger Erzeugnisse dienten, bemerken die *Klägerinnen*, auch Feinstblech werde

für nicht sterilisierte Produkte verwendet und Glas auch für „echte“ Konserven.

Die *Beklagte* entgegnet, angesichts der schwachen Stellung der anderen Hersteller und Importeure würde ein Marktanteil von 65 % bei *Fleischdosen* bereits genügen, um eine beherrschende Stellung von SLW auf diesem Markt anzunehmen. Tatsächlich müsse jedoch der Marktanteil von SLW wesentlich höher sein. Die Schätzungen der *Klägerinnen* seien unrichtig, weil sie zwar die nach Deutschland eingeführten Dosen, nicht aber die aus Deutschland ausgeführten Dosen berücksichtigten. Es sei anzunehmen, daß Ein- und Ausfuhr von Dosen für Fleisch und Tierfutter ungefähr im selben Verhältnis ständen (etwa 6:5), wie dies in der angefochtenen Entscheidung (Teil I Begründungserwägung J 1) für Ein- und Ausfuhr offener Konservendosen jeder Art im Jahre 1969 angegeben sei.

Was den Markt für *Fischdosen* anbelangt, so verweist die *Beklagte* auf einen Passus aus dem Geschäftsbericht von SLW für 1969, aus dem sich ergebe, daß SLW bei diesem Erzeugnis eine Umsatzsteigerung erzielt habe (Gegenerwidmung S. 16).

Der Markt der Metallverschlüsse: Begründungserwägung B 7

Die *Klägerinnen* tragen vor, es treffe nicht zu, daß SLW in der Bundesrepublik einen Marktanteil von 50 bis 55 % bei *Metallverschlüssen* habe. Außerdem weise der Markt für *Metallverschlüsse* Besonderheiten auf, die hier das Fehlen jeglicher Beherrschung noch deutlicher machten als bei *Fisch-* und *Fleischdosen*. Zum einen spiele das Transportproblem bei diesen Erzeugnissen keine Rolle und zum anderen würden „White Caps“ in ungefähr 47 Ländern von Lizenznehmern hergestellt, die für den Verkauf ihrer Erzeugnisse an keine geographischen Grenzen gebunden seien und tatsächlich diese Waren auch auf dem relevanten Markt absetzten.

Die *Beklagte* legt in der Klagebeantwortung eine Berechnung vor, die sie aufgrund der amtlichen deutschen Statistik für 1969 und der eigenen Angaben von

SLW erstellt habe: Hieraus ergebe sich, daß der Marktanteil von SLW bei Metalldeckeln für Glasbehälter (Typ „twist-off“) in Deutschland 52 % betrage.

Was im übrigen die Besonderheiten des Marktes betreffe, so sei es zwar theoretisch richtig, daß in Deutschland andere Metallverschlüsse ohne besondere Schwierigkeiten und ohne hohe Transportkosten bezogen werden könnten, doch bevorzugten die Benutzer die für Continental patentrechtlich geschützten Deckel vom Typ „twist-off“, die nur von den Lizenznehmern dieser Klägerin hergestellt werden dürften. In Deutschland sei SLW praktisch das einzige Unternehmen, das Metalldeckel vom Typ „twist-off“ und die für ihre Verwendung erforderlichen Maschinen anbiete, denn die Lizenznehmer in anderen Ländern führten diese Deckel nur ausnahmsweise nach Deutschland aus.

Die *Klägerinnen* erwidern, entgegen den Berechnungen der Beklagten betrage der Marktanteil der SLW bei Metalldeckeln nur etwa 42 %. Die Schätzung der Kommission beruhe auf einer Lücke in der offiziellen deutschen Statistik, die auf einen — inzwischen korrigierten — Übermittlungsfehler eines der SLW-Werke zurückzuführen gewesen sei.

Die *Klägerinnen* bestreiten außerdem, daß die Lizenznehmer anderer Exportländer nur ausnahmsweise „twist-off“-Deckel nach Deutschland ausführen. So beliefere zum Beispiel Metal Box eine Anzahl deutscher Kunden, und auch die Firma Le Bouchage Mécanique, die dem Saint-Gobain-Konzern angehöre, tue dies. Die Nachfragepräferenz für Deckel dieses Typs könne nicht den *Klägerinnen* zur Last gelegt werden, denn es gebe genügend Substitutionskonkurrenz bei Metalldeckeln für Gläser.

Die *Beklagte* widerspricht dem Vorbringen der *Klägerinnen*, daß die amtlichen Statistiken in diesem Punkt unzutreffend seien. Unterstelle man nämlich dieses Vorbringen als richtig, so hätten die *Klägerinnen* nicht weniger als 46 % ihrer Produktion an Metalldeckeln zu melden vergessen, was wenig glaubhaft erscheine. Außerdem ließen sich die Behauptun-

gen der *Klägerinnen* nicht mit ihren eigenen Angaben über den Marktanteil von SLW bei Metallverschlüssen insgesamt vereinbaren (Teil I der Entscheidung, Begründungserwägung F d). Wenn der Marktanteil für Metalldeckel dem Vorbringen der *Klägerinnen* gemäß herabgesetzt werde, müßte der Marktanteil für Kronenkorken entsprechend erhöht werden, damit wieder der von SLW angegebene Gesamtmarktanteil erreicht werde: Der Anteil der Kronenkorken würde dann aber eindeutig höher liegen, als ihn SLW nach den Ermittlungen der Beklagten im Jahre 1969 erreicht habe.

In der Entscheidung sei auch berücksichtigt, daß Metallverschlüsse (einschließlich der Metalldeckel) nach Deutschland eingeführt worden seien (hierzu verweist die *Beklagte* auf Teil I, Begründungserwägungen G und J 1 c der Entscheidung).

Schließlich könne keine Rede davon sein, daß den *Klägerinnen* die Abnehmerpräferenz für „twist-off“-Deckel zur Last gelegt werde. Glasbehälter könnten mit drei verschiedenen Deckeln („twist-off“, „Pano“- oder „Omnia“-Deckeln) verschlossen werden, sie würden jedoch jeweils für einen bestimmten Deckeltyp hergestellt. TDV stelle alle drei Arten von Deckeln her, so daß die *Klägerinnen* jetzt auch die Substitutionserzeugnisse für „twist-off“-Deckel anbieten könnten. Zur Zeit des Zusammenschlusses habe TDV Metallverschlüsse in ziemlich großem Umfange nach Deutschland ausgeführt. Inzwischen seien zwei Fertigungsstraßen von TDV für „twist-off“-Deckel nach Deutschland verlegt worden.

Der Markt der Metallverpackungen für Getränke: Begründungserwägungen B 8 a und b

Die unter a durch die Kommission gegebene Darstellung des Getränkeverpackungsmarkts erweckt nach Meinung der *Klägerinnen* den Eindruck, daß die Stellung von SLW, obwohl selbst nach Ansicht der Kommission nicht beherrschend auf dem *gesamten* Getränkeverpackungsmarkt, doch dafür bei Konservendosen sehr stark sei. Eine starke Stellung bei Konservendosen für Bier und andere Ge-

tränke habe aber aber nichts zu bedeuten, da zum Beispiel 99 % des abgepackten Bieres in Flaschen abgefüllt würden und bei Frischmilch die Metalldose praktisch überhaupt keinen Marktanteil habe (hierzu verweisen die Klägerinnen auf die Anlage 9 zur Klageschrift).

Unter 8 b suche die Kommission offenbar den Eindruck zu erwecken, daß SLW eine starke Marktstellung auch bei Kunststoffverpackungen für Fisch halte. Dabei sei unberücksichtigt, daß Fisch, abgesehen von Fischkonserven und mariniert, in erster Linie als Frischfisch, tiefgefroren oder geräuchert, auf den Markt gebracht werde. Dazu komme häufig Fisch in Behältern von Selbstherstellern. Die *Beklagte* führt aus, die Entscheidung selbst hebe hervor, daß zur Verpackung von flüssigen Nahrungsmitteln in erster Linie Glasbehälter verwendet würden. Sie stelle aber mit Recht fest, daß SLW mit dem angegebenen Marktanteil eine starke Stellung auf dem Gebiet der Metallverpackung für Getränke habe.

Unter b stelle die Entscheidung fest, daß SLW auch Kunststoffverpackungen für verschiedene Verwendungszwecke herstelle, so daß sie in der Lage sei, solche Verpackungen für Fischwaren zu liefern. Das Argument, daß Fisch in erster Linie in frischem Zustand oder tiefgefroren auf den Markt gebracht werde, habe keinen Wert. Das gleiche treffe auch für Fleisch, Obst und Gemüse zu.

Die *Klägerinnen* bemerken, es komme nicht darauf an, ob SLW in der Lage wäre, auch Kunststoffverpackungen für Fisch zu liefern, sondern ob SLW tatsächlich solche Lieferungen ausführe.

Das Angebot an Maschinen und der Umfang des Produktionsprogramms: Begründungserwägungen B 9, 10, 11 und 13

Die *Klägerinnen* tragen vor, der Vorteil der Continental, daß sie gewisse *Maschinen* zur Produktion und Verwendung von Leichtmetallverpackungen selbst herstelle, begründe keine beherrschende Stellung für SLW in Deutschland. Kein *Kunde* von SLW benutze Continental-Maschinen zur Herstellung von Dosen,

weil die Dosen ja von SLW fertig gekauft würden. Selbstherstellende Verpacker verwendeten ausschließlich Maschinen anderer Maschinenhersteller als Continental. Im übrigen laufe keine von Continental hergestellte Dosenverschließmaschine bei Kunden von SLW.

Die *Diversifikation der Erzeugung* von SLW komme zum großen Teil durch verschiedene Arten und Abmessungen der hergestellten Erzeugnisse zustande. Die kleinen Unternehmen seien beweglicher als SLW, da sie ein relativ breites Programm bei nur halbautomatischer Fertigung hätten, die sich leicht auf viele verschiedene Erzeugnisse umstellen lasse. SLW müsse nun, um die Kundschaft nicht an solche kleineren Hersteller zu verlieren, ohne Rücksicht auf die Kosten zu viele verschiedene Erzeugnisse anbieten: Das bedeute offensichtlich keine Stärkung der Marktstellung. Schließlich seien die Schlußfolgerungen, zu denen die Kommission in den Begründungserwägungen 10, 13 und 14 hinsichtlich der Stellung gelange, die Continental auf dem relevanten Markt insbesondere aufgrund ihrer technischen Erfahrung und ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Stärke innehave, in tatsächlicher Hinsicht unzureichend begründet und unbewiesen.

Die *Beklagte* wendet ein, der Umstand, daß ein Unternehmen nicht nur Verpackungen, sondern auch die Maschinen herstelle, die für die Anfertigung und den Gebrauch der Verpackungen notwendig sind, müsse diesem Unternehmen zwangsläufig auf die Dauer einen technologischen Vorsprung und damit einen Wettbewerbsvorteil vor Konkurrenten verschaffen, die nur Verpackungen produzieren. Wenn die *Klägerinnen* behaupteten, daß keine von Continental hergestellte Verschließmaschine für Dosen bei Kunden von SLW laufe, so berücksichtigten sie anscheinend nicht, daß sowohl SLW als auch die International Machinery Corporation (Belgien) unter Lizenz von Continental solche Maschinen für den Verkauf in Europa herstellten. Die *Klägerinnen* könnten außerdem nicht bestreiten, daß die in der Begründungser-

wägung 10 aufgeführten großen Hersteller von Metallverpackungen Lizenznehmer der Continental seien und auf deren „Know-how“ angewiesen seien.

Schließlich sei unbestreitbar, daß das umfassende Produktionsprogramm es der SLW ermögliche, den Benutzern nahezu alle gewünschten Arten von Verpackungsmitteln anzubieten. SLW habe dadurch einen Vorteil im Wettbewerb, weil die Benutzer aus Vereinfachungsgründen am liebsten alle von ihnen benötigten Verpackungsmittel von demselben Lieferanten bezögen. Schließlich sei die in der Begründungserwägung 13 getroffene Feststellung unbestreitbar, daß Continental dank ihrer Größe leichter Zugang zum internationalen Kapitalmarkt habe als kleinere Unternehmen.

Die *Klägerinnen* erwidern hinsichtlich des Angebots an Maschinen, es gebe genug von den Klägerinnen unabhängige Lieferanten von Verpackungsmaschinen, um auszuschließen, daß SLW auf die Dauer einen technologischen Vorsprung und damit einen Vorteil im Wettbewerb vor Konkurrenten habe, die nur Verpackungen herstellten. SLW stelle keine Verschleißmaschinen unter Benutzung von Continental-Lizenzen her, außerdem gebe es eine Fülle konkurrierender Anbieter solcher Maschinen.

Zum Produktionsprogramm tragen die Klägerinnen vor, es möge für die Abnehmer bequem sein, alle gewünschten Verpackungen bei demselben Hersteller zu kaufen. Entscheidend sei aber, daß sie die freie Wahl des Bezugs bei anderen hätten. Europemballage habe natürlich durch Continental einen wesentlichen finanziellen Rückhalt. Aber das unterscheide sie nicht von anderen Unternehmen, die auf dem europäischen Verpackungsmarkt tätig sind. American Can, Saint-Gobain und Metal Box zum Beispiel hätten den gleichen Zugang zu den Kapitalmärkten, dieser Zugang sei also keine besondere Eigenschaft der Continental-Gruppe.

Die *Beklagte* bemerkte demgegenüber, für die Abnehmer sei es nicht nur bequem, sondern nahezu unvermeidlich, alle Dosen von demselben Hersteller zu

kaufen. Es sei ferner notwendig, zum Füllen und Verschließen der Dosen Maschinen und sonstiges Zubehör zu verwenden, das der Hersteller der Dosen zur Verfügung stelle. Viele der von den Unternehmen der Gruppe Continental hergestellten Dosen seien so beschaffen, daß sie nur mit bestimmten Maschinen gefüllt und verschlossen werden könnten.

Soweit diese Notwendigkeit nicht aus technischen Gegebenheiten folge, stellten die Unternehmen der Continental-Gruppe sie künstlich her, indem sie den Abnehmern Maschinen und sonstiges Zubehör nur mietweise unter der Bedingung überließen, sie nur für die Verarbeitung der von ihnen hergestellten Dosen zu verwenden. Das ergebe sich zum Beispiel aus § 1 Buchstabe b des von SLW in Deutschland verwendeten Formularmietvertrags.

Im übrigen sei die Behauptung, daß SLW keine Verschleißmaschinen unter Benutzung von Continental-Lizenzen herstelle, wenig zuverlässig. Sie sei mit dem Jahresbericht von SLW für 1969 wie auch mit der während der Untersuchung des Falles getroffenen Feststellung unvereinbar, daß sich von insgesamt 37 mit SLW abgeschlossenen Lizenzverträgen 7 auf Continental-Verschleißmaschinen bezögen.

Der Substitutionswettbewerb: Begründungserwägung B 16 a

Die *Klägerinnen* bestreiten, daß Leichtmetallverpackungen nicht durch andere Verpackungen *ersetzt* werden könnten. Es sei nicht richtig, daß in Metallverpackungen der Inhalt nach Verschließen schneller als bei Glasverpackungen sterilisiert oder pasteurisiert werden könne. Obst werde in der Bundesrepublik mehr in Glas als in Metallverpackungen verkauft. In Holland werde ungesüßte Kondensmilch praktisch nur in Glas, in der Bundesrepublik zwar in Metall, aber hauptsächlich von Selbstherstellern verkauft. Außerdem würden in der Bundesrepublik Speiseöle und -fette nur zu 16,9 % in Metallverpackungen, chemisch-technische Erzeugnisse hingegen

überwiegend in Kunststoffverpackungen angeboten.

Die *Beklagte* stellt fest, die Klägerinnen bestritten nicht, daß Fleisch- und Fischkonserven überwiegend in Metall Dosen verpackt würden; sie führt dann aus, in der Entscheidung sei hierzu nicht auf einen bestimmten nationalen Markt Bezug genommen. Die Behauptung der Klägerinnen hinsichtlich der Verpackung der Speiseöle und -fette widerlege im übrigen nicht das Argument, daß Olivenöl hauptsächlich in Metallverpackungen verkauft werde.

Die *Klägerinnen* erwidern zu diesem letzteren Punkt, es gebe keinen gesonderten Markt für Olivenöl — der nur 5 % des gesamten Pflanzenölmarktes umfasse —, und auch für Olivenöl würden Glasflaschen neben Metallverpackungen verwendet.

*Der Wettbewerb der Großabnehmer:
Begründungserwägung B 18*

Die *Klägerinnen* bringen ihr Erstaunen über die Schlußfolgerungen zum Ausdruck, zu denen die Kommission in dieser Begründungserwägung gelangt. Man könne, so meinen sie, nicht ernstlich behaupten, daß der technische Vorsprung und der günstige Preis „mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten“ seien. Wegen dieser Vorteile zögen es die Großabnehmer vor, Konservendosen bei SLW und TDV zu erwerben, obwohl sie diese aufgrund ihrer Marktmacht selbst herstellen könnten.

Wie übrigens unter anderem aus einem Bericht der „British Monopolies Commission“ aus dem Jahre 1970 hervorgehe, baue die heute in Großbritannien so dynamische und starke Konservendosenindustrie auf der aus den Vereinigten Staaten eingeführten Technologie auf. In diesem Rahmen seien die Lizenzgewährungen für die Lizenznehmer von unschätzbarem Wert gewesen.

Sodann tragen die *Klägerinnen* vor, fünf Kunden nähmen bei SLW 27 % der Fleischdosenproduktion und vier Kunden bis zu 53 % der Fischdosenproduktion ab. Zwei dieser Kunden besäßen mehr Marktmacht als SLW und stellten selbst zu anderen Zwecken bestimmte

Verpackungen her. Hier sei eine Entwicklung zu beobachten, die durch eine Verringerung der Kundenzahl und eine Erhöhung ihres proportionalen Anteils an den Käufen bei SLW gekennzeichnet sei; diese Entwicklung werde sich zwangsläufig so lange fortsetzen, wie die Nachfrage der Kunden zunehme.

Die *Beklagte* entgegnet zum ersten Punkt, dieser Abschnitt der Entscheidung wolle keineswegs technischen Vorsprung und günstigere Preise als mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar untersagen, sondern beschränke sich auch hier auf die objektive Feststellung der Elemente, aus denen sich das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung ergebe.

Man könne im übrigen die Bedeutung der Beziehungen zwischen Continental und ihren europäischen Lizenznehmern kaum hoch genug einschätzen. Kennzeichnend hierfür sei ein Vermerk von Herrn P. C. Hietrink über eine Sitzung des Verwaltungsrates von TDV am 15. Oktober 1969.

Zum zweiten Punkt bemerkt die *Beklagte*, zwar verteilten sich 27 % der Fleischdosenproduktion von SLW auf fünf Kunden, doch würden 73 % dieser Produktion an eine große Zahl von Abnehmern geliefert, so daß man auf diesem Sektor von einer Nachfragemacht der Abnehmer nicht sprechen könne. Auch bei Fischdosen, wo die Verhältnisse möglicherweise etwas ungünstiger lägen, könne von einer besonders starken Stellung der Abnehmer keine Rede sein, zumal die restlichen 47 % der Produktion an zahlreiche kleinere Abnehmer geliefert würden. Außerdem beriefen sich die *Klägerinnen* selbst ständig darauf, daß der Markt für Fischdosen ein schrumpfender und verhältnismäßig unwichtiger Markt sei.

Die *Klägerinnen* erwidern, was die Nachfragemacht der Abnehmer von SLW anlangt, daß zum Beispiel Unilever als größter Kunde für Fleischdosen und Fischdosen jederzeit in der Lage sei, selbst diese Dosen herzustellen, was dieses Unternehmen in anderen Bereichen im übrigen auch tue. Sowohl SLW als

auch TDV könnten nur dann ihre Dosen an Unilever absetzen, wenn sie die Wünsche von Unilever erfüllten und ihr keine Veranlassung gäben, die Dosen selbst herzustellen. Das gleiche gelte für die anderen Kunden. Wenn auch nur einer der fünf großen Abnehmer für Fleischdosen von SLW nicht mehr bei SLW kaufe, würde das die ganze Produktion zum Nachteil aller anderen Abnehmer gefährden, jedenfalls aber verteuern. Die Klägerinnen stützten ihr Vorbringen auf die Prozentsätze der im Jahre 1969 von SLW getätigten Verkäufe an Fleischdosen. Wenn bei Fischdosen der Markt schrumpfe, so könne dies die Nachfragemacht der Kundschaft nur noch verstärken.

Die *Beklagte* führt hierzu aus, in Wahrheit garantiere der technologische Vorsprung von Continental auch ihre beherrschende Stellung gegenüber den Abnehmern der Dosen; diese würden nämlich sehr großen Schwierigkeiten begegnen, wenn sie versuchten, eine eigene Dosenproduktion aufzunehmen.

Die Schwierigkeiten, denen nach Darstellung der Klägerinnen ein Dosenhersteller begegne, wenn er den Lieferanten von Weißblech wechseln wolle (vgl. hierzu die nachstehenden Ausführungen zur Begründungserwägung C), würden für einen Abnehmer, der mit der eigenen Dosenherstellung erst beginnen wolle, noch viel größer sein, weil ihm alle Erfahrungen und Kenntnisse fehlten, über die die Continental-Gruppe für die Herstellung technisch vollkommener Dosen verfüge. Diesen Hindernissen gegenüber sei auch die Finanzkraft eines Unternehmens wie Unilever machtlos. Im übrigen sei dieses Unternehmen kein besonders großer Abnehmer von Metallverpackungen, weil es für den größten Teil seiner Erzeugnisse andere Verpackungsmittel verwende.

b) Die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung

Der potentielle Wettbewerb zwischen SLW und TDV: Begründungserwägung C 25

Die *Klägerinnen* machen geltend, wenn die Kommission Fischdosen unter die

drei Märkte zähle, auf denen SLW angeblich beherrschend sei, dann entfalle dieser Markt schon für den Vergleich mit TDV, denn Fischdosen hätten praktisch in Holland keinen Markt.

Außerdem seien die Behauptungen, SLW hätte zu TDV in den Benelux-Ländern über die Firma Schuybroek (Antwerpen) und TDV zu SLW in Deutschland über die Firma Tedeco (Hamburg) in Wettbewerb treten können, rein theoretisch und unzureichend begründet. Zunächst betrage die Beteiligung von SLW an Schuybroek nur 45 % und die von TDV an Tedeco nur 50 %. Solche Beteiligungen reichten nicht aus, um die zum Teil gemeinsame Gesellschaft zum Verkauf von Erzeugnissen des konkurrierenden — wenn auch beteiligten — Unternehmens zu veranlassen.

Es dürfe auch nicht übersehen werden, daß an der Firma Tedeco, die sich im übrigen auf einem anderen Markt (dem für Plastikbehälter) betätige, ein mit unabhängiger Entscheidungsbefugnis ausgestattetes amerikanisches Unternehmen („Illinois Tool Works“) in Höhe von 50 % beteiligt sei.

Zweitens sei ein Wettbewerb zwischen TDV und SLW auf dem deutschen Markt gerade wegen der fehlenden Standardisierung der Abmessungen und der Dosenspezifikationen nicht möglich. Bei Fleischdosen sei die deutsche Produktion fast ganz für den heimischen Verbrauch bestimmt, während mehr als 75 % der von TDV hergestellten Dosen Exportanforderungen genügten. Bei Fischdosen hätten die deutschen Verbraucher die Typen und Spezifikationen der TDV-Dosen nicht verwenden wollen und wollten dies auch heute noch nicht. Im übrigen werde ein Wettbewerb zwischen diesen Unternehmen auf dem Benelux-Markt dadurch erschwert, daß Weißblech in der Bundesrepublik seit langer Zeit teurer sei als in diesen Ländern. Auf die Bemerkung der *Beklagten* zu diesem letzteren Punkt, ein so großer Verbraucher wie SLW könne seinen Bedarf auch bei anderen Herstellern in der Gemeinschaft, vor allem in den Benelux-Ländern, oder in dritten Ländern (zum

Beispiel in Japan) zu günstigen Preisen decken, erwidern die *Klägerinnen*, diese Bemerkung sei nicht realistisch. Die moderne Technologie für die Herstellung von Weißblechbehältern erfordere eine sehr enge Zusammenarbeit zwischen dem Lieferer dieses Metalls und dem Kunden. Den Lieferer zu wechseln, würde hohe Kosten für den Dosenhersteller nach sich ziehen, und eine lange Anpassungszeit wäre unvermeidlich. Neben anderen Faktoren seien Angebote aus anderen Ländern (zum Beispiel aus Japan) schon angesichts der notwendigen sehr engen Zusammenarbeit zwischen Lieferer und Verarbeiter keine echte Ausweichmöglichkeit, von den Frachtkosten einmal ganz abgesehen.

Im übrigen habe nicht nur zwischen TDV und SLW praktisch vor dem Zusammenschluß kein Wettbewerb über die Grenzen bestanden (und könne auch heute aus mit dem Zusammenschluß nicht zusammenhängenden Gründen nicht entstehen), sondern auch aus anderen Ländern, die mindestens für einen Teil der Erzeugnisse noch frachtgünstig lägen, seien keine Aufträge gekommen und kämen auch heute kaum Aufträge (z. B. aus Frankreich, Dänemark und England).

Wenn andererseits die Kommission so großen Wert auf den potentiellen Wettbewerb lege, müsse sie auch den potentiellen Wettbewerb nach der Erweiterung der Gemeinschaft in Betracht ziehen, zum Beispiel den von Metal Box für Metallverschlüsse des Typs „White Caps“, bei denen die Entfernung keine Rolle spiele, und von Hastrup (Dänemark) für Fleischdosen, weil Dänemark so nahe an dem relevanten Markt liege. Es sei übrigens ein Widerspruch, daß die Kommission einerseits keinen wesentlichen Wettbewerb von Herstellern außerhalb der Continental-Gruppe erwarte, auf der anderen Seite aber erwarte, daß potentieller Wettbewerb bei einer Auflösung des Zusammenschlusses SLW-TDV entstehen könne. Denn auch die französische Firma Ferembal, die an den von der Kommission behaupteten wettbewerbsbeschränkenden Abmachungen nicht be-

teiligt sei, habe nur sehr wenig nach Belgien und Deutschland exportiert, obwohl ihre geographische Lage dies gut ermöglichte.

Dem Einwand der *Beklagten*, daß Ferembal, die im übrigen mit Carnaud verbunden sei, sich zwar bemühe, in den deutschen Markt einzudringen, doch dafür praktisch nur einzelne süddeutsche Gebiete in Betracht kämen, begegnen die *Klägerinnen* mit dem Hinweis, es sei nicht ersichtlich, weshalb Ferembal nicht weiter vordringen könne, da die Kommission selbst sage, daß eine Entfernung von 1 000 km kein wirtschaftliches Hindernis für Verpackungstransporte sein müsse.

Die *Beklagte* führt noch aus, angesichts des von TDV in den Jahren 1967 bis 1970 bei Fischdosen erzielten Umsatzes könne man nicht behaupten, daß es in den Niederlanden praktisch keinen Markt für Fischdosen gebe. Entscheidend sei, daß TDV Fischdosen herstelle und auf diesem Markt mit SLW in Deutschland hätte in Wettbewerb treten können, dies um so mehr, als bei kleineren Verpackungen Transporte über Entfernungen bis zu 1 000 km auch wirtschaftlich möglich seien.

Die *Beklagte* bleibt im übrigen bei ihrem Standpunkt, daß zwischen SLW und TDV Wettbewerb hätte entstehen können. Sie ist der Auffassung, daß SLW mit Hilfe der Beteiligung an der Firma Schuybroek und TDV mit Hilfe der Beteiligung an der Tedeco besonders leicht im Gebiet des jeweils anderen Unternehmens hätten tätig werden können. Dies erscheine vor allem bei Tedeco einleuchtend, die auf einem ganz anderen Markt als TDV tätig sei und deshalb zu ihr nicht in Wettbewerb trete. Im übrigen betrage die Beteiligung von TDV an Tedeco zwar nur 50 %, die restlichen 50 % stellten aber nur eine finanzielle Beteiligung dar, die auf die Geschäftsführung keinen Einfluß nehme. Was die Firma Schuybroek anbelange, so stelle diese nur Kronenkorken und „general-line“-Dosen her, so daß sich das Erzeugungsprogramm von SLW nur zu 44 % mit dem von Schuybroek decke. Es sei

also sehr wohl denkbar, daß Schuybroek wenigstens für die übrigen 56 % der Produktion von SLW auf dem Markt der Benelux-Länder tätig werden könne.

Die Schwäche des Wettbewerbs in der Verpackungsindustrie beruhe darauf, daß die großen Unternehmen sämtliche Lizenznehmer von Continental seien und ferner miteinander durch mannigfache Beziehungen und Vereinbarungen verbunden seien. Die kleinen Unternehmen könnten sich wegen der Überlegenheit der großen Unternehmen praktisch nur in solchen geographischen und sachlichen Märkten betätigen, die ihnen die großen Unternehmen überließen. Was die Möglichkeit eines Wettbewerbs durch die Gruppe PLM-Haustrup anbelange, so habe dieses Unternehmen (Lizenznehmer der Continental in Skandinavien) bisher — vermutlich aus den oben angedeuteten Gründen — davon abgesehen, auf dem Markt für Metallverpackungen mit SLW und TDV in Wettbewerb zu treten.

Die *Klägerinnen* widersprechen dem Vorbringen der Beklagten zu den Konsequenzen, die das beanstandete Lizenzsystem für den Wettbewerb in der Verpackungsindustrie habe. Die Lizenznehmer von Continental hätten ganz andere Gründe gehabt, sich zunächst auf ihre Heimatmärkte zu konzentrieren, und hätten dabei unter keinerlei Einfluß von Continental, auch nicht im Zusammenhang mit den Lizenzen, gestanden. Die Gründe seien hauptsächlich die Produktspezifikationen, die Verpackungsspezifikationen und die Verbraucherpräferenzen. Die kleineren Unternehmen betätigten sich nicht nur auf Märkten, die ihnen die *Klägerinnen* „überließen“, sondern bedrängten die *Klägerinnen* auch mit Preisunterbietungen.

Die *Beklagte* bleibt bei ihrem Standpunkt und bemerkt abschließend zum potentiellen Wettbewerb SLW—TDV, das auf den Weißblechpreis in Deutschland gestützte Argument sei außerdem zweischneidig, denn wenn SLW wirklich Weißblech teurer bezahlen müsse als TDV, so müsse TDV um so leichter auf dem deutschen Markt mit SLW in Wett-

bewerb treten können. Die *Beklagte* bemerkt ferner, die genannten Zahlen über Ein- und Ausfuhren von Konservendosen nach Deutschland (Teil I Begründungserwägung J 1 c der angefochtenen Entscheidung) bewiesen, daß die Behauptungen der *Klägerinnen* stark übertrieben seien, wonach die abweichenden Spezifikationen und die Verbraucherpräferenzen den Austausch von Dosen zwischen verschiedenen Ländern, insbesondere zwischen den Benelux-Staaten und der Bundesrepublik Deutschland, praktisch unmöglich machten. Wenn diese Behauptungen zuträfen, so wären weder das Marktinformationsverfahren noch die 1968 gebildete „Kaufmännische Kommission“ (Teil I der Begründungserwägung D 4 b und c der angefochtenen Entscheidung) für Continental notwendig gewesen. Zweck dieser Einrichtungen sei es gewesen, den zwischenstaatlichen Wettbewerb sowohl unter den Teilnehmern wie seitens dritter Unternehmen einzuschränken oder zu kontrollieren.

Die Selbstherstellung durch die Großabnehmer: Begründungserwägung C 30 e

Die *Klägerinnen* tragen vor, es treffe nicht zu, daß — wie in dieser Begründungserwägung behauptet werde — nur die Großabnehmer gegenüber der Gruppe SLW-TDV die Möglichkeit hätten, die Verpackungsmittel, die sie benötigen, selbst herzustellen. Die belgische Firma Talpe — ein mittleres Unternehmen, das Gemüsekonserven herstelle — habe 1971 begonnen, alle Dosen selbst herzustellen. Die *Beklagte* bemerkt, ihre Feststellung werde nicht durch die Tatsache abgeschwächt, daß in einem Einzelfall ein mittleres Unternehmen der Konservenindustrie begonnen habe, selbst Gemüsedosen herzustellen (außerdem seien Dosen für Gemüse technisch am einfachsten herzustellen). Hierauf erwidern die *Klägerinnen*, es genüge, daß einige der größeren Abnehmer zur Selbstherstellung übergangen, um die Anlagen von SLW unrentabel werden zu lassen (im übrigen wird auf die Ausführungen oben zur Begründungserwägung I B 18 verwiesen).

Entscheidungsgründe

- 1 Die Klägerinnen begehren mit ihrer am 9. Februar 1972 eingereichten Klage die Aufhebung der Entscheidung der Kommission vom 9. Dezember 1971, mit der der Continental Can Company Inc. (im folgenden Continental genannt) vorgeworfen wird, insbesondere dadurch gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßen zu haben, daß sie über die Europemballage Corporation (im folgenden Europemballage genannt) etwa 80 % der Aktien und Wandelobligationen des Unternehmens Thomassen & Drijver-Verblifa NV (im folgenden TDV genannt) erworben hat.

A — Zur Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsverfahrens

- 2 a) Die Klägerinnen machen geltend, die angefochtene Entscheidung sei deshalb fehlerhaft, weil Continental keine Gelegenheit erhalten habe, sich gemäß Artikel 19 der Verordnung Nr. 17/62 des Rates und Artikel 7 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission im Verwaltungsverfahren zu äußern. Die Entscheidung verletze daher das rechtliche Gehör.
- 3 Die Klägerinnen haben unstreitig mit Schreiben vom 14. Mai 1970 über ihre jetzigen Prozeßbevollmächtigten die Kommission, die zuvor ihre Fragen hinsichtlich des Erwerbs der TDV-Aktien und -Wandelobligationen an Continental gerichtet hatte, aufgefordert, sich in Zukunft an Europemballage zu wenden. Aus der von den Klägerinnen genehmigten Niederschrift über die Anhörung der Beteiligten vom 21. September 1971 geht außerdem hervor, daß sich unter den Personen, die an dieser Anhörung teilgenommen haben, auch Herr Charles B. Stauffacher in seiner Eigenschaft als Mitglied des Verwaltungsrats beider klagenden Gesellschaften befand. Sonach hat Continental offensichtlich Gelegenheit gehabt, sich im Verwaltungsverfahren zu äußern.
- 4 b) Die Klägerinnen tragen außerdem vor, die Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 15. März 1971 sei unzureichend mit Gründen versehen, denn die Kommission habe lediglich die in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte angeführt, ohne die sie tragenden Gründe mitzuteilen. Die Begründung der Entscheidung sei auch deshalb unzulänglich, weil sie die Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 15. März 1971 lediglich wiederhole, ohne die Stellungnahme der Betroffenen vom 9. August 1971 zu berücksichtigen, und weil sie ebensowenig die tragenden Gründe für die in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte angebe.

- 5 Was die erste Rüge anbelangt, so bestimmt Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63, daß die Kommission in ihren Entscheidungen nur die Beschwerdepunkte in Betracht zieht, zu denen sich der Adressat äußern konnte. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte erfüllt diese Voraussetzung, da sie die wesentlichen Tatsachen, auf welche die Kommission sich stützt, in zwar gedrängter aber doch klarer Form bezeichnet. In ihrer Mitteilung vom 15. März 1971 hat die Kommission die wesentlichen Tatsachen, auf die sie die vorgebrachten Beschwerdepunkte stützte, klar dargelegt und angegeben, inwiefern Continental eine beherrschende Stellung einnehme und diese mißbräuchlich ausgenutzt habe. Die hinsichtlich der Mitteilung der Beschwerdepunkte erhobenen Rügen sind daher nicht begründet.
- 6 Was die zweite Rüge betrifft, so ist die Kommission zwar verpflichtet, ihre Entscheidung mit Gründen zu versehen, sie braucht jedoch nicht alles zu widerlegen, was während des Verwaltungsverfahrens vorgebracht wird.
- 7 c) Die Klägerinnen sehen sodann noch einen Formfehler der angefochtenen Entscheidung darin, daß das streitige Verwaltungsverfahren im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 8. Januar 1972 die Bezeichnung „Continental Can Company“ trage, während im Titel der allein verbindlichen französischen Fassung der Entscheidung die „Europemballage Corporation“ genannt werde.
- 8 Dieser Umstand kann indessen wegen der wirtschaftlichen und rechtlichen Bindungen zwischen Continental und Europemballage die Gültigkeit der angefochtenen Maßnahme nicht beeinträchtigen.
- 9 d) Die Klägerinnen machen ferner geltend, die streitige Entscheidung sei fehlerhaft, weil sie Continental nicht ordnungsgemäß zugestellt worden sei. Das Unternehmen habe im Dezember 1971 einen oder zwei Briefe von der Kommission auf dem Postwege erhalten, obgleich die Entscheidung auf diplomatischem Wege hätte zugestellt werden müssen.
- 10 Eine Entscheidung ist im Sinne des Vertrages ordnungsgemäß zugestellt, wenn sie ihrem Adressaten zugeht und dieser in die Lage versetzt worden ist, von ihr Kenntnis zu nehmen. Dies war vorliegend der Fall, denn die streitige Entscheidung ist Continental tatsächlich zugegangen, und das Unternehmen kann sich auch nicht, um diesen Zugang wirkungslos zu machen, auf seine eigene Weigerung berufen, von der Entscheidung Kenntnis zu nehmen.
- 11 e) Die Klägerinnen führen schließlich noch an, die Kommission habe gegen Artikel 3 der Verordnung Nr. 1/58 des Rates über die Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft verstoßen, weil sie anstelle

der deutschen Fassung der angefochtenen Entscheidung die französische als verbindlich bezeichnet habe.

- 12 Nach Artikel 3 der genannten Verordnung sind Schriftstücke, die ein Organ der Gemeinschaft an eine der Hoheitsgewalt eines Mitgliedstaats unterstehende Person richtet, in der Sprache dieses Staates abzufassen. Da die Klägerinnen ihren Sitz in einem Drittland haben, war im vorliegenden Fall für die Wahl der Amtssprache der Entscheidung darauf abzustellen, welche Beziehungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes zwischen den Klägerinnen und diesem oder jenem Mitgliedstaat der Gemeinschaft bestehen. Europemballage hatte in Brüssel ein Büro eröffnet und ihre schriftliche Stellungnahme im Verwaltungsverfahren in französischer Sprache abgefaßt. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, daß die Wahl der französischen Sprache als Amtssprache der Entscheidung gegen Artikel 3 der Verordnung Nr. 1/58 des Rates verstieße.
- 13 Die auf Verfahrensfehler gestützten Klagegründe sind sonach zurückzuweisen.

B — Zur Zuständigkeit der Kommission

- 14 Die Klägerinnen machen geltend, nach den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts unterliege Continental als Unternehmen mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft weder der Verwaltungshoheit der Kommission noch der Jurisdiktion des Gerichtshofes. Die Kommission habe daher keine Zuständigkeit besessen, um gegenüber Continental die streitige Entscheidung zu erlassen und an sie die in Artikel 2 dieser Entscheidung enthaltene Aufforderung zu richten. Überdies sei das von der Kommission verfolgte rechtswidrige Verhalten nicht unmittelbar Continental, sondern der Firma Europemballage zuzurechnen.
- 15 Die Klägerinnen können nicht bestreiten, daß die am 20. Februar 1970 von Continental gegründete Firma Europemballage eine Tochtergesellschaft von Continental ist. Der Umstand, daß die Tochtergesellschaft eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, vermag noch nicht auszuschließen, daß ihr Verhalten der Muttergesellschaft zugerechnet werden kann. Dies gilt namentlich dann, wenn die Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt.
- 16 Es steht fest, daß Continental die Firma Europemballage veranlaßt hat, in den Niederlanden den Aktionären von TDV ein Kaufangebot zu machen, und hierfür die erforderlichen Mittel bereitgestellt hat. Am 8. April 1970 hat Europemballage die zu diesem Zeitpunkt angebotenen Aktien und Obligationen der TDV angekauft. Somit ist diese Transaktion, aufgrund deren die Kommission die streitige Entscheidung getroffen hat, nicht nur Europemballage,

sondern auch und in erster Linie Continental zuzurechnen. Auf einen solchen Erwerb, der die Marktbedingungen innerhalb der Gemeinschaft beeinflusst, ist das Gemeinschaftsrecht anwendbar. Der Umstand, daß Continental keinen Sitz im Hoheitsgebiet eines der Mitgliedstaaten hat, reicht nicht aus, um dieses Unternehmen dem Zugriff des Gemeinschaftsrechts zu entziehen.

- 17 Die Rüge der Unzuständigkeit ist daher zurückzuweisen.

C — Zu Artikel 86 des Vertrages und zum Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung

- 18 In den Artikeln 1 und 2 der Entscheidung der Kommission vom 9. Dezember 1971 wird der Firma Continental vorgeworfen, gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßen zu haben, indem sie die beherrschende Stellung mißbräuchlich ausgenutzt habe, die sie angeblich über die Schmalbach-Lubeca-Werke AG in Braunschweig (im folgenden SLW genannt) in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes auf dem Markt der Leichtverpackungen für Fleisch-, Fleischwaren-, Fisch- und Krustentierkonserven sowie auf dem Markt der Metalldeckel für Glasbehälter innehatte. Nach Artikel 1 besteht die mißbräuchliche Ausnutzung darin, daß Continental im April 1970 über ihre Tochtergesellschaft Europemballage etwa 80 % der Aktien und Wandelobligationen von TDV erworben hat. Dadurch sei der Wettbewerb für die genannten Verpackungen auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes praktisch ausgeschaltet worden.
- 19 Die Klägerinnen machen geltend, die Kommission versuche durch ihr Vorgehen, gestützt auf eine irriige Auslegung des Artikels 86 EWG-Vertrag, unter Überschreitung ihrer Befugnisse mit Hilfe dieser Vorschrift eine Kontrolle über Unternehmenszusammenschlüsse einzuführen. Ein solcher Versuch laufe dem Willen der Verfasser des Vertrages zuwider, wie er nicht nur aus einer wörtlichen Auslegung des Artikels 86, sondern auch aus einem Vergleich des EWG-Vertrags mit dem EGKS-Vertrag und den nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten deutlich werde. Die in Artikel 86 angeführten Beispiele für eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung bestätigten diese Schlußfolgerung, denn sie zeigten, daß der Vertrag nur Praktiken meine, die sich auf den Markt auswirken und die Verbraucher oder Handelspartner schädigen. Außerdem lasse Artikel 86 erkennen, daß der Gebrauch der mit einer beherrschenden Stellung verbundenen wirtschaftlichen Stärke nur dann als eine mißbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung anzusehen sei, wenn er das Mittel darstellt, mit dem der Mißbrauch begangen wird. Strukturelle Maßnahmen der Unternehmen — wie z. B. die Verstärkung einer beherr-

schenden Stellung im Wege des Zusammenschlusses — erfüllten dagegen nicht den Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung dieser Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages. Die angefochtene Entscheidung sei daher wegen Fehlens der erforderlichen Rechtsgrundlage aufzuheben.

- 20 Artikel 86 Absatz 1 des Vertrages erklärt für „mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten . . . die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“. Es ist zu prüfen, ob in Artikel 86 mit dem Ausdruck „mißbräuchliche Ausnutzung“ nur solche Verhaltensweisen von Unternehmen gemeint sind, die sich unmittelbar auf den Markt auswirken können und nachteilig für Erzeugung oder Absatz, Abnehmer oder Verbraucher sind, oder ob er sich auch auf Veränderungen der Struktur eines Unternehmens bezieht, die zu schweren Beeinträchtigungen des Wettbewerbs auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes führen.
- 21 Auf die Unterscheidung zwischen Maßnahmen, welche die Struktur des Unternehmens betreffen, und Verhaltensweisen, die sich auf den Markt auswirken, kann es indessen nicht ankommen, denn jede strukturelle Maßnahme kann die Marktverhältnisse beeinflussen, sofern sie das Unternehmen größer und wirtschaftlich stärker macht.
- 22 Für die Entscheidung dieser Frage muß auf Geist, Aufbau und Wortlaut von Artikel 86 sowie auf System und Ziele des Vertrages zurückgegriffen werden. Die hier anstehenden Probleme lassen sich daher nicht durch einen Vergleich zwischen diesem Artikel und einigen Bestimmungen des EGKS-Vertrags lösen.
- 23 Artikel 86 gehört zu dem Kapitel, das den gemeinsamen Regeln über die Politik der Gemeinschaft auf dem Gebiet des Wettbewerbs gewidmet ist. Diese Politik beruht auf Artikel 3 Buchstabe f des Vertrages, wonach die Tätigkeit der Gemeinschaft die Errichtung eines Systems umfaßt, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt. Das Vorbringen der Klägerinnen, diese Bestimmung enthalte nur einen allgemeinen, rechtlich unverbindlichen Programmsatz, verkennt, daß Artikel 3 die Verfolgung der Ziele, die er aufstellt, als unerläßlich für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft ansieht. Was insbesondere das in Buchstabe f genannte Ziel angeht, so regelt der Vertrag Näheres hierzu in mehreren Bestimmungen, für deren Auslegung diese Zielsetzung maßgebend ist.
- 24 Wenn aber Artikel 3 Buchstabe f die Errichtung eines Systems vorsieht, das den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen

schützt, so fordert er erst recht, daß der Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird. Dieses Erfordernis ist so wesentlich, daß bei seinem Fehlen zahlreiche Vertragsvorschriften gegenstandslos wären. Es entspricht überdies dem Gebot des Artikels 2 des Vertrages, demzufolge die Gemeinschaft die Aufgabe hat, „eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft . . . zu fördern“. Somit finden die Wettbewerbsbeschränkungen, die der Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen deshalb zuläßt, weil die verschiedenen Vertragsziele miteinander in Einklang gebracht werden müssen, in den Erfordernissen der Artikel 2 und 3 eine Grenze, bei deren Überschreiten die Gefahr besteht, daß eine Abschwächung des Wettbewerbs den Zielsetzungen des Gemeinsamen Marktes zuwiderläuft.

- 25 Der Wahrung der Grundsätze der Artikel 2 und 3 EWG-Vertrag und der Erreichung der dort aufgezeigten Ziele dienen die in den Artikeln 85 bis 90 enthaltenen allgemeinen Vorschriften für die Unternehmen. Artikel 85 betrifft Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, während Artikel 86 das einseitige Tätigwerden eines oder mehrerer Unternehmen zum Gegenstand hat. Auf verschiedenen Ebenen streben die Artikel 85 und 86 das gleiche Ziel der Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt an. Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die verboten ist, wenn sie das Ergebnis eines unter Artikel 85 fallenden Verhaltens ist, kann nicht dadurch zulässig werden, daß dieses Verhalten unter dem Einfluß eines beherrschenden Unternehmens zum Erfolg führt und in einen Zusammenschluß der beteiligten Unternehmen mündet. In Ermangelung ausdrücklicher Vorschriften kann dem Vertrag, der in Artikel 85 bestimmte den Wettbewerb beeinträchtigende, jedoch nicht beseitigende Beschlüsse gewöhnlicher Unternehmensvereinigungen untersagt, nicht unterstellt werden, er habe es in Artikel 86 erlauben wollen, daß Unternehmen durch ihren Zusammenschluß zu einer organischen Einheit eine so beherrschende Stellung erlangen, daß jede ernst zu nehmende Wettbewerbsmöglichkeit praktisch ausgeschlossen ist. Eine so unterschiedliche rechtliche Behandlung würde in das gesamte Wettbewerbsrecht eine Bresche schlagen, die das ordnungsmäßige Funktionieren des gemeinsamen Marktes in Frage stellen könnte. Wenn es zur Umgehung der Verbote des Artikels 85 ausreichte, die Verbindungen zwischen den Unternehmen so eng zu gestalten, daß sie der Verbotsvorschrift des Artikels 85 entgingen, ohne in den Anwendungsbereich von Artikel 86 zu fallen, so würde damit im Widerspruch zu den grundlegenden Prinzipien des Gemeinsamen Marktes die Abschottung eines wesentlichen Teils dieses Marktes erlaubt. Das Bestreben der Verfasser des Vertrages, auch in den Fällen, in denen Wettbewerbsbeschränkungen zugelassen sind, auf dem Markt einen tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerb zu erhalten, hat in Artikel 85 Absatz 3 Buchstabe b des Vertrages seinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden. Wenn Artikel 86 nicht die glei-

che ausdrückliche Bestimmung enthält, so erklärt sich das daraus, daß die dort für beherrschende Stellungen getroffene Regelung im Gegensatz zu Artikel 85 Absatz 3 keine Ausnahmen vom Verbot kennt. Bei einer solchen Regelung ergibt sich die Bindung an die grundlegenden Vertragsziele, insbesondere an das des Artikels 3 Buchstabe f, aus der zwingenden Geltung dieser Ziele. Jedenfalls können die Artikel 85 und 86 nicht in einander widersprechendem Sinne ausgelegt werden, da sie der Verwirklichung desselben Zieles dienen.

- 26 Im Lichte dieser Erwägungen ist das Tatbestandsmerkmal des Artikels 86 auszulegen, wonach die Ausnutzung einer beherrschenden Stellung mißbräuchlich sein muß, um unter das Verbot zu fallen. Die Vorschrift zählt eine Reihe von mißbräuchlichen Verhaltensweisen auf, die sie untersagt. Sie gibt lediglich Beispiele, also keine erschöpfende Aufzählung der Arten der nach dem Vertrag verbotenen mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung. Wie ferner die Buchstaben c und d von Absatz 2 erkennen lassen, bezieht sich die Bestimmung nicht nur auf Verhaltensweisen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs, von dem Artikel 3 Buchstabe f des Vertrages handelt, Schaden zufügen. Ein mißbräuchliches Verhalten kann daher vorliegen, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dergestalt verstärkt, daß der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, daß also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.
- 27 Bei diesem Sinn und dieser Tragweite des Artikels 86 EWG-Vertrag kommt es auf die von den Klägerinnen aufgeworfene Frage des ursächlichen Zusammenhangs, der nach ihrer Ansicht zwischen der beherrschenden Stellung und der mißbräuchlichen Ausnutzung bestehen muß, nicht an, denn die Verstärkung der Stellung eines Unternehmens kann ohne Rücksicht darauf, mit welchen Mitteln und Verfahren sie erreicht worden ist, mißbräuchlich und nach Artikel 86 des Vertrages verboten sein, sofern sie die vorstehend beschriebenen Wirkungen hervorruft.

D — Zu dem in der Entscheidungsbegründung festgestellten Sachverhalt

- 28 Die Kommission hat ihre Entscheidung unter anderem darauf gestützt, daß der Erwerb der Mehrheitsbeteiligung an einem konkurrierenden Unternehmen durch ein Unternehmen oder eine Unternehmensgruppe in beherrschender Stellung unter bestimmten Umständen eine mißbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung darstellen könne. Dies sei der Fall, wenn ein Unternehmen in beherr-

schender Stellung diese im Wege eines Zusammenschlusses derart verstärkte, daß der tatsächliche oder potentielle Wettbewerb für die betroffenen Waren in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes praktisch ausgeschaltet werde.

- 29 In der Tat kann es unabhängig von einem Verschulden als mißbräuchlich angesehen werden, wenn ein Unternehmen eine so beherrschende Stellung einnimmt, daß durch eine wesentliche, die Handlungsfreiheit des Verbrauchers auf dem Markt ernstlich gefährdende Änderung der Angebotsstruktur die Vertragsziele umgangen werden; ein solcher Fall ist notwendig gegeben, wenn praktisch jeder Wettbewerb ausgeschaltet wird. Obwohl eine so einschränkende Voraussetzung wie die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs nicht in allen Fällen gegeben zu sein braucht, mußte die Kommission, wenn sie ihre Entscheidung auf eine solche Ausschaltung des Wettbewerbs stützte, hierfür rechtlich zureichende Gründe anführen oder zumindest nachweisen, daß der Wettbewerb so wesentlich beeinträchtigt war, daß die verbleibenden Wettbewerber kein ausreichendes Gegengewicht mehr bilden konnten.
- 30 Zur Begründung ihrer These hat die Kommission die Folgen des streitigen Zusammenschlusses unter verschiedenen Blickwinkeln untersucht. Hierzu sind in der Entscheidungsbegründung vier wesentliche Gesichtspunkte zu unterscheiden:
- a) der derzeitige Marktanteil der zusammengeschlossenen Unternehmen bei den betroffenen Erzeugnissen,
 - b) die relativen Größenverhältnisse der durch den Zusammenschluß geschaffenen neuen Unternehmenseinheit im Vergleich zur Größe etwaiger Wettbewerber auf diesem Markt,
 - c) die wirtschaftliche Stärke der Abnehmer gegenüber der neuentstandenen Unternehmenseinheit und
 - d) der potentielle Wettbewerb entweder von Herstellern der gleichen Erzeugnisse, die in anderen geographischen Märkten ansässig sind, oder von im Gemeinsamen Markt ansässigen Herstellern anderer Waren.

Bei der Prüfung dieser verschiedenen Faktoren stützt sich die Entscheidung einerseits auf den sehr hohen Marktanteil, den SLW bei Metall Dosen bereits innehatte, auf die schwache Wettbewerbsstellung der auf dem Markt verbleibenden Konkurrenten, auf die wirtschaftliche Schwäche der meisten Verbraucher gegenüber der neuen Unternehmenseinheit und auf die zahlreichen rechtlichen und tatsächlichen Bindungen zwischen Continental und etwaigen Konkurrenten; andererseits geht sie von den finanziellen und technischen Schwierigkeiten aus.

rigkeiten des Eindringens in einen durch eine starke Konzentration gekennzeichneten Markt aus.

- 31 Die Klägerinnen bestreiten die Richtigkeit der Angaben, auf welche die Kommission ihre Entscheidung stützt. Daraus, daß der Marktanteil von SLW bereits 70 bis 80 % bei Dosen für Fleischkonserven, 80 bis 90 % bei Dosen für Fische und Krustentiere sowie 50 bis 55 % bei Metallverschlüssen mit Ausnahme der Kronenkorken betragen habe — Prozentsätze, die im übrigen zu hoch angesetzt seien und von der Beklagten nicht hätten bewiesen werden können —, könne nicht geschlossen werden, daß dieses Unternehmen den Markt für Leichtmetallverpackungen beherrsche. Die Entscheidung habe außerdem die Möglichkeit eines Wettbewerbs von Substitutionserzeugnissen (Glas- und Plastikverpackungen) ausgeschlossen und sich dafür auf Gründe berufen, die einer Prüfung nicht standhielten. Die Feststellungen über Möglichkeiten tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbs sowie über die angeblich schwache Stellung der Verbraucher seien daher unzutreffend.
- 32 Für die Beurteilung der beherrschenden Stellung von SLW und der Folgen des streitigen Zusammenschlusses ist die Abgrenzung des betroffenen Marktes von wesentlicher Bedeutung, denn die Wettbewerbsmöglichkeiten lassen sich nur nach Maßgabe derjenigen Merkmale der fraglichen Erzeugnisse beurteilen, die sich zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders geeignet und mit anderen Erzeugnissen nur in geringem Maße austauschbar erscheinen lassen.
- 33 In diesem Zusammenhang befassen sich die Begründungserwägungen 5 bis 7 des zweiten Teils der Entscheidung nacheinander mit einem „Markt der Leichtverpackungen für Fleischkonserven“, einem „Markt der Leichtverpackungen für Fischkonserven“ und einem „Markt der Metallverschlüsse für die Konservenindustrie, mit Ausnahme der Kronenkorken“, die alle drei von SLW beherrscht würden und auf denen der streitige Zusammenschluß den Wettbewerb auszuschalten drohe. In der Entscheidung wird jedoch nicht näher angegeben, welche Besonderheiten diese drei Märkte voneinander unterscheiden und deshalb zu deren getrennter Betrachtung nötigen. Ebensovienig wird gesagt, durch welche Besonderheiten sich diese drei Märkte von dem allgemeinen Markt für Leichtmetallverpackungen, namentlich dem Markt der Metallverpackungen für Obst- und Gemüsekonserven, Kondensmilch, Olivenöl, Fruchtsäfte und chemisch-technische Erzeugnisse, unterscheiden. Es kann aber nur dann davon ausgegangen werden, daß die fraglichen Erzeugnisse einen besonderen Markt haben, wenn sie nicht nur durch die bloße Tatsache zu individualisieren sind, daß sie für die Verpackung bestimmter Erzeugnisse verwendet werden, sondern außerdem durch besondere Produktionsmerkmale,

die ihnen für diese Zweckbestimmung eine spezifische Eignung verleihen. Hiernach kann eine beherrschende Stellung auf dem Markt der Leichtmetallverpackungen für Fleisch- und Fischkonserven nicht ausschlaggebend sein, solange nicht nachgewiesen ist, daß die Wettbewerber aus anderen Bereichen des Marktes für Leichtmetallverpackungen nicht in der Lage seien, dank einer einfachen Umstellung auf diesem Markt mit hinreichender Stärke aufzutreten, um ein ernst zu nehmendes Gegengewicht zu bilden.

- 34 Im übrigen finden sich auch in der Entscheidung selbst Anhaltspunkte, die daran zweifeln lassen, daß die drei Märkte von anderen Märkten für Leichtmetallverpackungen getrennt zu sehen sind, vielmehr den Schluß nahelegen, daß sie Teile eines größeren Marktes sind. Im ersten Teil der Begründung, wo sie sich unter Buchstabe J mit dem wichtigsten Konkurrenten von SLW in Deutschland und von TDV in den Beneluxstaaten befaßt, erwähnt die Entscheidung ein deutsches Unternehmen, das einen größeren Anteil an der Erzeugung von Leichtmetallverpackungen für Obst- und Gemüsekonserven halte als SLW, und ein anderes Unternehmen, das 38 bis 40 % der deutschen Nachfrage nach Kronenkorken decke: Dies scheint zu bestätigen, daß die Erzeugung von Metall Dosen für Fleisch- und Fischkonserven nicht getrennt von der Metall Dosenproduktion für andere Zweckbestimmungen gesehen werden darf und daß bei der Beurteilung der Erzeugung von Metallverschlüssen die Kronenkorken nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Weiterhin beschränkt sich die Entscheidung bei der Untersuchung der Möglichkeiten für einen Substitutionswettbewerb in Nr. 16 ihres zweiten Teils nicht auf die drei fraglichen „Märkte“, sondern befaßt sich auch mit dem Markt der Leichtmetallverpackungen für andere Zwecke; in diesem Zusammenhang führt sie aus, daß diese Verpackungen nur im begrenzten Umfang durch Verpackungen aus anderem Material ersetzt werden könnten. Der Umstand, daß die Kommission diese Behauptung angesichts der von den Klägerinnen vorgebrachten Tatsachen im Rechtsstreit nicht aufrechterhalten konnte, beweist schon für sich allein, wie notwendig es ist, den zu berücksichtigenden Markt hinreichend genau abzugrenzen, damit sich die relative Stärke der Unternehmen auf einem solchen Markt beurteilen läßt.

- 35 Da in der Entscheidung Angaben darüber fehlen, aufgrund welcher besonderen Merkmale die Metallverpackungen für Fleisch- und Fischkonserven sowie die Metallverschlüsse für die Konservenindustrie mit Ausnahme der Kronenkorken je eigene Märkte haben sollen, die von dem Hersteller mit dem größten Anteil auf diesem Markt beherrscht werden können, haftet ihr von Grund aus eine Unsicherheit an, die sich auf die anderen Feststellungen auswirkt, aus denen die Entscheidung das Fehlen eines tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbs auf dem fraglichen Markt ableitet. Was insbesondere den Wettbe-

werb anderer Metallverpackungshersteller anbelangt, so hat die Kommission im Rechtsstreit vorgetragen, daß die Lizenznehmer von Continental „im Rahmen des . . . unter D 4 b beschriebenen sogenannten Marktinformationsverfahrens Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart haben“, doch macht sie andererseits geltend, TDV und SLW hätten „die Möglichkeit [gehabt], miteinander in Wettbewerb zu treten“. Das in der 19. Begründungserwägung vorgebrachte Argument, die Werke einiger Hersteller in den Nachbarländern Deutschlands lägen von der Mehrzahl der deutschen Verbraucher zu weit entfernt, als daß sich diese entschließen könnten, ständig von ihnen zu beziehen, wird nicht begründet und ist im übrigen schwer mit der Behauptung in der 25. Begründungserwägung (Buchstabe a) zu vereinbaren, daß die Rentabilitätsgrenzen beim Transport der leeren Verpackungen zwischen 150 und 300 km bei verhältnismäßig großen Verpackungen und zwischen 500 und 1 000 km bei kleineren Verpackungen lägen. Außerdem spielen für die Metalldeckel die Transportkosten unstreitig keine wesentliche Rolle.

36 Im übrigen wird in der angefochtenen Entscheidung bezüglich des potentiellen Wettbewerbs durch Großabnehmer, die Eigenhersteller werden können, unter Nr. 18 behauptet, ein solcher Wettbewerb scheide wegen der Höhe der für eine integrierte Fabrikation erforderlichen Investitionen und wegen des technologischen Vorsprungs der Continentalgruppe auf diesem Gebiet aus, wohingegen im letzten Absatz der Begründungserwägung J Nr. 3 ausgeführt wird, daß auf dem belgischen Markt die Konservenfabrik Marie Thumas durch ihre Tochtergesellschaft Eurocan Blechverpackungen für den eigenen Verbrauch und für den Verkauf an andere Verbraucher herstelle. Dieser Widerspruch ist ein weiteres Indiz für die Unsicherheit der Kommission hinsichtlich der Abgrenzung des oder der betroffenen Märkte. In Buchstabe e der 30. Begründungserwägung der Entscheidung heißt es ferner, daß „abgesehen von Marie Thumas/Eurocan . . . die Eigenhersteller nicht über ihren eigenen Verbrauch hinaus [produzieren] und sie . . . auf dem Markt keine leeren Metallverpackungen an[bieten]“, während in der Begründungserwägung K Nr. 2 zweiter Absatz dagegen die Rede davon ist, daß einige deutsche Eigenhersteller ebenfalls begonnen hätten, ihre überschüssige Produktion von Metallverpackungen in den Handel zu bringen. Aus alledem geht hervor, daß einige Unternehmen, die bereits zur integrierten Fabrikation von Verpackungen übergegangen sind, die technologischen Schwierigkeiten überwinden konnten, daß aber der Entscheidung keine Anhaltspunkte für die Beurteilung der Wettbewerbsfähigkeit dieser Unternehmen zu entnehmen sind. Diese Begründungserwägungen lassen somit neue Widersprüche erkennen, die gleichfalls die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung beeinträchtigen.

37 Nach alledem hat die Entscheidung die Tatsachen und Bewertungen, auf die sie sich stützt, nicht hinlänglich dargetan. Sie ist daher aufzuheben.

Kosten

Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Die Beklagte ist mit ihrem Vorbringen unterlegen.

38

Aufgrund der Prozeßakten,

nach Anhörung des Berichtes des Berichterstatters,
nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Parteien,
nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts,
aufgrund des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere seiner Artikel 2, 3, 85 und 86,
aufgrund des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft,
aufgrund der Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften

hat

DER GERICHTSHOF

unter Abweisung aller weitergehenden oder gegenteiligen Anträge für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Entscheidung der Kommission vom 9. Dezember 1971 über ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/26 811 — Continental Can Company) wird aufgehoben.
2. Die Beklagte wird verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Lecourt

Monaco

Pescatore

Donner

Kutscher

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 21. Februar 1973.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

R. Lecourt