II

(Nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte)

KOMMISSION

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 23. Dezember 1992

in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag gegen Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG

(Sachen IV/31.533 und IV/34.072)

(Nur der deutsche Text ist verbindlich)

(93/405/EWG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft,

gestützt auf die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrags [1], zuletzt geändert durch die Akte über den Beitritt Spaniens und Portugals, insbesondere auf die Artikel 3 Absatz 1,

im Hinblick auf die von der Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG gemäß Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 getätigte Anmeldung eines Musters einer „Eisliefe-rungs-Vereinbarung",

im Hinblick auf den Antrag der Mars GmbH gemäß Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 gegen die Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG wegen wettbewerbswidriger Behinderung des Vertriebs von Speiseeiserzeugnissen der Antragstellerin in Deutschland,

im Hinblick auf den Beschluß der Kommission vom 19. Dezember 1991, das Verfahren einzuleiten,

im Hinblick auf die Entscheidung der Kommission vom 25. März 1992 (einstweilige Maßnahmen),

nachdem dem Unternehmen gemäß Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 und gemäß der Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates [2] Gelegenheit gegeben wurde, sich zu den Beschwerdepunkten der Kommission zu äußern,

nach Anhörung des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. SACHVERHALT

1. Der Gegenstand des Verfahrens

(1) Auf Antrag der Mars GmbH (nachfolgend „Mars" genannt) vom 18. September 1991 hat die Kommission am 19. Dezember 1991 beschlossen, gegen die Langnese—Iglo GmbH (nachfolgend „L—I" genannt) und die Schöller Lebensmittel GmbH & Co.

[1] ABl. Nr. 13 vom 21. 2. 1962, S. 204/62.

[2] ABl. Nr. 127 vom 20. 8. 1963, S. 2268/63.

KG (nachfolgend „SLG" genannt) Verfahren aufgrund der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag einzuleiten.

(2) Die weltweit tätige Mars-Unternehmensgruppe stellt Speiseeisriegel für den europäischen Vertrieb zentral in Frankreich her. Der landesweite deutsche Vertrieb dieser Riegel in Einzelportionen und Multipacks begann 1990. Mars macht geltend, daß der Vertrieb ihrer Speiseeiserzeugnisse in Deutschland durch Ausschließlichkeitsvereinbarungen wettbewerbswidrig behindert werde, die L—I und SLG mit einer Vielzahl von Einzelhändlern geschlossen hätten.

(3) Am 25. März 1992 hat die Kommission in einer Entscheidung (nachfolgend „E/25.3.92" genannt) festgestellt, daß die von SLG aufgrund eines als „Eislieferungs-Vereinbarung" bzw. „Eislieferungs- und Sondervereinbarung" (nachstehend „Liefervereinbarung" genannt) bezeichneten Formularvertrages geschlossenen Vereinbarungen, soweit sie den Vertrieb ihres in Einzelportionen vorverpackten Speiseeises betreffen, das ohne jede weitere Dienstleistung angeboten wird, nach erstem Anschein einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag darstellen.

(4) SLG hatte am 7. Mai 1985 ein Muster der „Liefervereinbarung" bei der Kommission angemeldet. Mit Schreiben vom 20. September 1985 teilte die Generaldirektion für Wettbewerb der Kommission SLG mit, daß nach den bekannten Tatsachen, die im wesentlichen auf der in der Anmeldung enthaltenen Darstellung beruhten, der angemeldete Mustervertrag mit den Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrags vereinbar sei. Bei dieser Beurteilung, die auf der Grundlage des gesamten deutschen Speiseeismarktes erfolgte, wurde davon ausgegangen, daß der Zugang dritter Unternehmen zur Einzelhandelsstufe gewährleistet bleibe. Mit Schreiben vom 29. November 1991 kündigte die Generaldirektion für Wettbewerb der Kommission an, daß das Verfahren fortgeführt werde.

(5) Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, im Anschluß an E/25.3.92 eine endgültige Entscheidung aufgrund von Artikel 85 EWG-Vertrag über diese „Liefervereinbarungen" zu treffen. Die Kommission behält sich vor, die anderen eventuellen Verstöße gegen die gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften, die in E/25.3.92 angeführt wurden, ebenfalls einer endgültigen Prüfung zu unterziehen.

(6) Die Vereinbarkeit der Ausschließlichkeitsverträge, an denen L—I beteiligt ist, mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften wird in einem Parallelverfahren geprüft. L—I erzeugt und vertreibt Speiseeis und Tiefkühlkost. Dieses Unternehmen ist ein Tochterunternehmen der Deutschen Unilever GmbH. Schwerpunkt des Außenumsatzes der deutschen Unilever-Gruppe ist der Lebensmittelbereich.

2. Das Unternehmen

(7) SLG erzeugt und vertreibt Speiseeis, Tiefkühlkost und Backwaren. Dieses Unternehmen erzielte 1991 einen Gesamtumsatz von [> 1 000] (1) Millionen DM (1990: [> 1 000] Millionen DM), davon [> 900] Millionen DM (1990: [> 800] Millionen DM) mit Speiseeis. Die Unternehmensgruppe hatte 1991 einen konsolidierten Umsatz von [> 1 500] Millionen DM.

(8) Mehrheitsgesellschafter von SLG ist Herr Konsul Schöller. 49 % des Kapitals wird von der Südzucker AG direkt und indirekt gehalten, die auch eine Beteiligung von 75 % an der Milchhof Eiskrem GmbH & Co. KG („Eismann") innehat (Randnummer 36). Der Südzucker-Konzern wies für das Geschäftsjahr 1990/91 einen Umsatz in Höhe von 4 540 Millionen DM aus.

(9) Die Stellung von SLG im deutschen Markt ist zum Teil auf erfolgreiche Übernahmen zurückzuführen. 1978 erwarb SLG die Südmilch-Eiskrem- und Tiefkühlkost GmbH & Co, 1987 das „traditionelle" Eisgeschäft der Firma Dr. August Oetker Nahrungsmittel, 1988 die Muku Eiscreme Graf GmbH, 1989 die Marke „Motta", das „traditionelle" Eiskremgeschäft der Firma Milli-Eiskrem und die Ellingstedter Eiskremfabrik.

(10) Innerhalb der Gemeinschaft erzeugt SLG Speiseeis in mehreren deutschen Fabriken und in einer belgischen Produktionsstätte. Die letztere ist für den Benelux- und den französischen Markt zuständig. Die Versorgung des britischen Marktes erfolgt über Großhändler.

(11) Am 24./30. September 1991 hat SLG mit der Jacobs Suchard Manufacturing GmbH & Co. KG (nachfolgend „Jacobs Suchard" genannt) einen Kooperationsvertrag geschlossen. Jacobs Suchard ist ein Unternehmen der Philip-Morris-Gruppe, die weltweit Nahrungs- und Genußmittel vermarktet. Gegenstand dieses Vertrages ist die Entwicklung, Herstellung und der Vertrieb von Speiseeis- und Eisriegel-Produkten.

3. Das Erzeugnis

(12) Speiseeis wird aus verschiedenen Rohstoffen in unterschiedlicher Zusammensetzung industriell und handwerklich hergestellt. Dieses Erzeugnis ist für den Verzehr durch den Verbraucher — mit oder ohne weitere Zutaten — in der stofflichen Gestalt bestimmt, die es durch die Herstellung erlangt.

(1) In der veröffentlichten Fassung dieser Entscheidung wurden gemäß Artikel 17 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 über die Nichtweitergabe von Geschäftsgeheimnissen einige Informationen ausgelassen. Zum besseren Verständnis des Textes werden jedoch innerhalb eckiger Klammern einige allgemeine Informationen gegeben, sofern dies ohne eine Verletzung der Pflicht zur Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen möglich ist.

(13) Das Portionieren zum Verzehr in Einzelportionen erfolgt entweder durch den Verbraucher selbst, als Dienstleistung durch den Verkäufer oder von vornherein durch den Hersteller. Von unbedeutenden Ausnahmen abgesehen, findet man handwerklich hergestelltes Speiseeis nur in der mittleren Gruppe, während industriell hergestelltes Speiseeis alle drei Gruppen umfaßt. Industriell hergestelltes Speiseeis wird daher branchenüblich in die Gruppen Haushaltseis, Eis für Großverbraucher und Kleineis eingeteilt.

(14) Die in einer Einzelportion gespeicherte Kälteenergie ist nach kurzer Zeit verbraucht. Der Verzehr erfolgt daher zwangsläufig in unmittelbarer Nähe der letzten Kühlmöglichkeit.

(15) Im Gegensatz zu handwerklichen Speiseeis, das dem Verbraucher zum Verzehr in der Regel am Ort der Herstellung angeboten wird, verfügt industriell hergestelltes Speiseeis über Vertriebswege, die den Ort des Verzehrs vom Ort der Herstellung unabhängig machen. Dieses Speiseeis erreicht den Verbraucher zu den verschiedensten Anlässen, auf die die einzelnen Produktgruppen ausgerichtet sind. Teilweise unterscheiden sich die Erzeugnisse dieser Produktgruppen lediglich durch ihre Verpackung, teilweise ist die Eismasse identisch, dem jeweiligen Erzeugnis werden aber unterschiedliche weitere Zutaten hinzugefügt, teilweise sind die Erzeugnisse völlig unterschiedlich.

(16) Industrielles Eis für Großverbraucher und Kleineis (vom Hersteller verpackte Einzelportionen) sowie handwerklich hergestelltes Speiseeis zielen auf den Bedarf des Verbrauchers außerhalb seiner Wohnung, also räumlich entfernt von seiner eigenen Kühlmöglichkeit. Im Gegensatz zu handwerklich hergestelltem Speiseeis und Eis für Großverbraucher eignet sich industrielles Kleineis jedoch grundsätzlich nicht als Gegenstand für weitere Dienstleistungen durch den Verkäufer, weil es in seiner endgültigen Form zum sofortigen Verzehr „aus der Hand" angeboten wird.

(17) Werden vom Hersteller vorverpackte Einzelportionen zu Multipacks zusammengefaßt, wird nicht mehr auf den Verzehr außerhalb der Wohnung, sondern wie bei Haushaltseis auf den Verzehr zu Hause gezielt [1]. Das gleiche gilt für Verbraucher, die zwecks Vorratshaltung einen oder mehrere Kartons mit Einzelportionen erwerben. Es kommt nur vereinzelt vor, daß Multipacks oder ganze Kartons mit Einzelportionen zum sofortigen Verzehr „aus der Hand" gekauft werden.

(18) Der jeweils unterschiedliche Bedarf der Verbraucher bestimmt den Vertriebsweg für industrielles Speiseeis. Haushaltseis und Multipacks werden überwiegend durch den Lebensmittelhandel und die Heimdienste angeboten, Großverbraucherpackungen gehen an die Gastronomie (im weitesten Sinne), Kleineis findet sich in allen Vertriebskanälen [2]. Der Vertriebsweg für Kleineis außerhalb des Lebensmittelhandels und der Heimdienste sowie für Großabnehmereis wird branchenüblich als „traditioneller Handel" bezeichnet. Kleineis wird zu etwa 55 % über den „traditionellen Handel", zu etwa 35 % über den Lebensmittelhandel und zu etwa 10 % über die Heimdienste angeboten.

(19) Die „Preisliste '91" von SLG enthält u. a Kleineis („Impulseis") und Multipackungen. Ein Vergleich der neun Artikel in Form von Multipackungen mit den entsprechenden Artikeln in Form von Kleineis ergibt, daß der Preis je Einzelportion in Multipakkungen durchweg niedriger ist als der für Kleineis. Auch der Lebensmittelhandel bietet Multipacks in der Regel zu Preisen an, die je Einzelportion niedriger sind als die für Kleineis.

(20) Industrielles Speiseeis, das von Großverbrauchern aus „Dosen" ausportioniert wird [3], ist für den Wiederverkäufer je Einzelportion preisgünstiger als Kleineis. Durch die Dienstleistung des Ausportionierens gleichen sich jedoch die Abgabepreise im wesentlichen an die für Kleineis berechneten an.

4. Der deutsche Speiseeismarkt

a) *Gesamtmarkt*

(21) Anfang der 60er Jahre begannen mehrere Unternehmen, darunter auch SLG, industriell hergestelltes Speiseeis zu vertreiben. Zu diesem Zeitpunkt wurde auf dem Markt fast ausschließlich handwerklich hergestelltes Speiseeis angeboten. Zur Erschließung des Marktes tätigten SLG und die anderen hieran beteiligten Unternehmen erhebliche Investitionen, insbesondere in Kühltruhen für den Einzelhandel.

(22) Der im November 1989 einsetzende Vereinigungsprozeß der beiden Teile Deutschlands eröffnete den

[1] Der Bundesverband der Deutschen Süßwarenindustrie e.V. — Fachsparte Eiskrem — gibt folgende Erläuterung zur Artikelgruppe „Multipacks": „Beim Inhalt handelt es sich um Kleinpackungen, die zu mehreren Stücken zu einer Haushaltspakkung zusammengefaßt sind." (Erläuterungen zur Artikelgruppierung, Stand: 21. Mai 1990).

[2] Die in Fußnote [1] genannten Erläuterungen besagen, daß die Heimdienste die Kleinpackungen nicht als Einzelstücke, sondern in Kartons zu mehreren Stücken liefern. Diese Kartons können als Multipacks angesehen werden.

[3] Zum Eis für Großverbraucher zählt auch von Herstellern vorportionierte Ware, die auf die Gastronomie ausgerichtet ist (Törtchen, Petit Fours, vorgeschnittene Eisbomben usw.).

Herstellern industriellen Speiseeises in der ehemaligen DDR neue Vertriebsmöglichkeiten. Diese wurden insbesondere auch von SLG wahrgenommen. Hiervon unabhängig wird erwartet, daß der Speiseeisumsatz in Deutschland auch zukünftig steigen wird. SLG schätzt, daß die Gesamtzahl der erschlossenen Verkaufspositionen mittelfristig um 10 bis 15 % erweitert werden könne.

(23) Eine statistische Erfassung des Absatzes handwerklichen Speiseeises ist nicht bekannt. Diesbezüglich liegen jedoch Schätzungen des Bundesverbandes der Deutschen Süßwarenindustrie e.V. — Fachsparte Eiskrem — (nachfolgend „Fachsparte" genannt) vor. Hiernach hat sich der Absatz zwischen 1970 und 1990 von 85 Millionen Liter auf 133 Millionen Liter erhöht.

(24) Über den Absatz industriellen Speiseeises bestehen Erhebungen der Fachsparte bei ihren Mitgliedern (1), die nach Menge (Liter/Stück) und Wert aufgegliedert sind. Die nach Wert erhobenen Angaben basieren auf den von den Herstellern empfohlenen Endverbraucherpreisen inklusive Mehrwertsteuer. Nachfolgend wird auf die Liter-Angaben abgestellt (2):

(in Millionen Litern)

	1988	1989	1990	1991
Kleineis	89,8	98,5	131,8	155,0
Multipacks	17,9	20,8	26,0	34,6
Haushaltspackungen	183,4	194,1	212,0	244,6
Großverbraucherpackungen	65,3	68,3	69,6	72,1
	356	382	439	506

b) *Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG*

(25)

(in Millionen Litern)

	1988	1989	1990	1991
Kleineis	[...]	[...]	[...]	[...]
Multipacks	[...]	[...]	[...]	[...]
Haushaltspackungen	[...]	[...]	[...]	[...]
Großverbraucherpackungen	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]

(26) SLG vermarktet ihr Speiseeis unter den Marken „Schöller", „Mövenpick" und „Motta". Einen Teil der Produktion gibt SLG unter Handelsmarken ab:

(in Millionen Litern)

	1988	1989	1990	1991
Kleineis	[...]	[...]	[...]	[...]
Multipacks	[...]	[...]	[...]	[...]
Haushaltspackungen	[...]	[...]	[...]	[...]
Großverbraucherpackungen	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]

(27) SLG ist landesweit mit allen Produktgruppen in sämtlichen Vertriebskanälen vertreten. Eine Aufgliederung des Kleineisabsatzes nach Vertriebskanälen ergibt für 1991 folgendes Bild (in Millionen Litern):

— Heimdienste [...]

— traditioneller Handel [...]

— Lebensmittelhandel [...]

[...]

63 % der Kunden kaufen jährlich bei SLG für höchstens 5 000 DM brutto ein. Diese Kundengruppe sorgt für weniger als 10 % des SLG-Brutto-Umsatzes. Dagegen realisieren 1 % aller Kunden fast 60 % des Umsatzes.

c) *Sonstige Marktteilnehmer*

(28) Die Mitgliederliste der Fachsparte, des Interessenverbandes der deutschen industriellen Hersteller von

(1) Die nachfolgenden Angaben für den Gesamtmarkt sind geringfügig zu niedrig, weil einige wenige Anbieter industriellen Speiseeises, darunter auch Mars, an den Erhebungen nicht teilnehmen.

(2) Für SLG, die überwiegend Markenartikel herstellt, bedeutet diese Beurteilungsgrundlage eine gewisse Unterschätzung der Marktstellung.

Speiseeis, weist 14 Unternehmen aus. Weitere Unternehmen von Bedeutung, die in Deutschland industrielles Speiseeis vermarkten, sind nicht bekannt.

(29) Neben SLG hat lediglich L—I eine deutlich hervorragende Marktstellung. Selbst die größten der übrigen Unternehmen haben sowohl am Gesamtabsatz als auch in den anderen Produktgruppen als Multipacks einen Anteil von weniger als 10 %. Diese Unternehmen sind darüber hinaus zu einem erheblichen Teil Lieferanten der Eigenmarken des Handels und der Heimdienste. Bei den Multipacks sind Oetker, L—I und neuerdings auch Mars die größten Anbieter.

d) *Die Vertriebskanäle*

— Der Lebensmittelhandel

(30) Fast die Hälfte allen Speiseeises, das in Deutschland über den Lebensmittelhandel abgesetzt wird, stammt von L—I (SLG etwa 20 %, Oetker etwa 9 %, Handelsmarken etwa 11 %, alle übrigen etwa 10 %).

(31) Wie dargelegt (Randnummer 18), wird über den Lebensmittelhandel ca. 35 % des gesamten Kleineis-Absatzes vermarktet (1991: ca. 54 Millionen Liter), und zwar über etwa 92 000 Verkaufsstätten. In diesem Vertriebskanal hat SLG am Absatzvolumen somit einen Anteil von ca. [...] %. Bei dieser Produktgruppe ist die Stellung von L—I mit einem Anteil von etwa [...] % besonders stark.

— Der „traditionelle Handel"

(32) Der „traditionelle Handel" kann in die Bereiche „Fachhandel" und „Gastronomie" aufgeteilt werden. Der Fachhandel umfaßt eine Vielzahl von Verkaufsstätten-Typen: Tankstellen, Kioske, Bäckereien, Theater, Kinos, Sportstätten usw. Innerhalb der Gastronomie kann zwischen den Sektoren HoReCa und Catering (Kantinen, Krankenhäuser, Heime usw.) unterschieden werden.

(33) Über den „traditionellen Handel" werden insbesondere Großverbrauchereis und Kleineis sowie in geringerem Umfang Multipacks vertrieben. Haushaltspackungen werden hier kaum angeboten. Kleineis wird über den Fachhandel und die Gastronomie, Großverbrauchereis ausschließlich über die Gastronomie verkauft. Die in diesem Bereich vermarkteten Mengen Kleineis betrugen 1990 etwa 72 Millionen Liter und 1991 85 Millionen Liter (etwa 55 % des gesamten Kleineis-Absatzes).

(34) Die Kommission nimmt aufgrund der ihr vorliegenden Informationen an, daß von der Gesamtanzahl der Verkaufsstätten des „traditionellen Handels" etwa 225 000 Verkaufsstätten Kleineis führen.

(35) SLG hatte 1991 im „traditionellen Handel" insgesamt etwa [> 50 000] Kleineiskunden. Das Absatzvolumen von SLG betrug in diesem Bereich [...] Millionen Liter, wovon [...] Millionen Liter über Vertragsgroßhändler verkauft wurden. Der SLG-Kleineis-Anteil im „traditionellen Handel" betrug 1991 somit [> 25] % ([...] Millionen Liter von 85 Millionen Litern). Einen Großteil der von SLG belieferten Verkaufsstellen des „traditionellen Handels" hat dieses Unternehmen selbst für den Vertrieb von Speiseeis geworben.

(36) Wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, ist die Stellung von SLG gegenüber L—I im Bereich des „traditionellen Handels" stärker als im Lebensmittelhandel. Ansonsten sind noch die Firmen Warncke und Milchhof/Eismann landesweit sowie eine größere Anzahl von Unternehmen regional tätig. Selbst Warncke und Milchhof/Eismann haben jedoch nur Anteile in diesem Bereich, die weit unter 10 % liegen.

5. Die Vertriebsorganisation der Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG für Speiseeis

(37) Der Vertrieb an den Lebensmittelhandel erfolgt über zentrale Anlieferungslager der großen Lebensmittelhandelsunternehmen und über sogenannte „Broker". Die Funktion der Broker besteht darin, daß sie ihre Abnehmer mit dem gesamten Sortiment des Marktes beliefern. Kennzeichnend für deren Sortiment ist die Führung mehrerer Marken. Mit Brokern bestehen keine Ausschließlichkeitsbindungen.

(38) Die Funktion der Broker ist aus dem Bedürfnis des Handels entstanden, das gesamte Sortiment aus einer Hand beziehen zu können. Die Bündelung der Anlieferung auf einen Broker und auf einen einheitlichen Zeitpunkt ist kostengünstiger als die Belieferung durch mehrere Anlieferfirmen.

(39) Im Bereich des „traditionellen Handels" sind für SLG Vertragsgroßhändler, Agenten und Spezialgroßhändler tätig. Die Vertragsgroßhändler dürfen sich am Vertrieb von Speiseeiserzeugnissen für Gastronomie und traditionellen Handel anderer Hersteller weder unmittelbar noch mittelbar beteiligen. Ansonsten erfolgt die Belieferung der Verkaufsstätten des „traditionellen Handels" unmittelbar durch die SLG-Vertriebsorganisation.

6. Die „Liefervereinbarungen"

a) *Für das vorliegende Verfahren relevanter Inhalt*

(40) Der angemeldete Mustervertrag enthält eine Verpflichtung der SLG, den Kunden mit „Speiseeis-Erzeugnissen" zu beliefern. Demgegenüber ist der Kun-

de verpflichtet, „in seiner ... genannten Verkaufsstelle ausschließlich von Schöller direkt bezogenes Speiseeis oder speiseeisähnliche Erzeugnisse zu verkaufen". SLG stellt dem Kunden eine oder mehrere Tiefkühltruhen leihweise zur Verfügung. In den Leihtruhen dürfen nur von Schöller hergestellte oder vertriebene Erzeugnisse eingelagert werden.

(41) Der Kunde erhält die bei Abschluß der Vereinbarung gültige Preisliste. Allerdings ändert sich die Zusammenstellung der jeweiligen Preislisten jährlich. So waren z.B. auf der ab 1. Februar 1991 gültigen Preisliste neun neue „Impulseis"- und „Premium-Impulseis"-Artikel.

(42) Der Mustervertrag sieht vor, daß die Vereinbarung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt gilt. Diese Laufzeit verlängert sich jeweils um ein Jahr, wenn die Vereinbarung nicht unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum jeweiligen Vertragsende schriftlich gekündigt wird. Die Vereinbarung kann erstmals auch mit sechsmonatiger Frist zum Ablauf von zwei Jahren seit ihrem Inkrafttreten gekündigt werden, wenn als Vertragsende ein späterer Zeitpunkt vereinbart ist.

(43) SLG behält sich „aus Gründen der Rentabilität" vor, die Vereinbarung mit einer Frist von einem Monat zu kündigen, wenn der Umsatz des Kunden während der letzten zwölf Monate unter 950 DM bleibt. In diese Umsatzkategorie fallen etwa 14 % aller Kunden. Tatsächlich trennt sich SLG in der Regel erst von Abnehmern, wenn diese jährlich für weniger als 150 DM einkaufen.

b) *Betroffene Vertriebskanäle und Produktgruppen*

(44) SLG benutzt den Mustervertrag auf Einzelhandelsebene im Bereich des „traditionellen Handels" für sämtliche in diesem Vertriebskanal vermarkteten Produktgruppen (Randnummer 33). Vereinbarungen diesen Inhalts werden von SLG ausschließlich aufgrund dieses Mustervertrages geschlossen.

(45) Von ihren [...] Kleineiskunden in diesem Bereich hatten 1991 [...] „Liefervereinbarungen" geschlossen. Diese Kunden bezogen von SLG [...] Millionen Liter Kleineis.

c) *Dauer*

(46) Die von SLG im Einzelfall vereinbarte Festlaufzeit ergibt sich aus der dem Außendienst als Dienstanweisung aufgegebenen Formel: Festlaufzeit = Abschlußjahr + maximal zwei Jahre. Am 10. Januar 1992 teilte SLG der Kommission mit, daß bei 78 % aller laufenden Vereinbarungen die verbleibende Festlaufzeit weniger als ein Jahr betrage bzw. die Festlaufzeit bereits abgelaufen sei. In unbedeutender Anzahl schließt SLG „Lieferverträge" auch in der Variante, daß die Laufzeit fünf Jahre ohne Verlängerung beträgt.

d) *Die Branchenüblichkeit der „Liefervereinbarungen"*

(47) Die im Bereich des „traditionellen Handels" tätigen Hersteller und Großhändler schließen branchenüblich Ausschließlichkeitsverträge ab, die weitgehend mit den „Liefervereinbarungen" von SLG identisch sind. Von L—I ist bekannt, daß fast [...] % ihrer Kunden in diesem Bereich gebunden sind, ausschließlich von ihr direkt bezogenes Speiseeis zu verkaufen.

e) *Finanzierungsvereinbarungen*

(48) Im Zusammenhang mit „Liefervereinbarungen" schließt SLG mit bestimmten Kunden Zusatzvereinbarungen. Hiermit gewährt SLG dem betreffenden Kunden ein Darlehen bzw. eine Rückvergütungsvorauszahlung. Die Zahlung wird unter der Voraussetzung gewährt, daß die „Liefervereinbarung" bis zu einem bestimmten Zeitpunkt wirksam ist. Bei vorzeitiger Beendigung der Geschäftsbeziehung verpflichtet sich der Kunde, den Betrag anteilig zurückzuzahlen. Am 31. Dezember 1991 war SLG an [...] derartigen Verträgen beteiligt.

f) *Großhändler-Verträge*

(49) Die für SLG im Bereich des „traditionellen Handels" tätigen Großhändler (Randnummer 39) schließen zugunsten des SLG-Sortiments Ausschließlichkeitsverträge, die am Inhalt der „Liefervereinbarungen" ausgerichtet sind. Auskünfte der Vertragsgroßhändler über die Anzahl der Kunden, die mit ihnen einen Eislieferungsvertrag abgeschlossen haben, sowie deren Umsätze erhält SLG nur in Einzelfällen, in denen Vertragsgroßhändler ihr Geschäft aufgeben und ihren Kundenstamm an SLG veräußern wollen. Aus diesen Erfahrungen folgert SLG, daß die Vertragsgroßhändler im Durchschnitt ca. die Hälfte ihrer Absatzstätten binden und ein Viertel ihres Umsatzes auf Basis von Ausschließlichkeitsvereinbarungen tätigen.

7. Zentralabsprachen

(50) Innerhalb des „traditionellen Handels" bestehen für Tankstellen Zentralabsprachen.

(51) [...]

(52) [...]

(53) [...]

(54) [...]

8. Das Aufstellen von Kühltruhen im Einzelhandel

(55) Die großflächige Distribution von Speiseeis, die Voraussetzung für die industrielle Herstellung dieses Produkts ist, erfordert bis zum Verzehr eine ununterbrochene Kühlkette. Für den Bereich des „traditionellen Handels" meint SLG, daß die Übernahme des Investitionsrisikos für Kühltruhen durch die Speiseeishersteller eine Vielzahl von Verkaufsstätten erschließe, die ohne diese Risikoübernahme gar kein Eis führen würden. Dagegen verfüge der Lebensmittelhandel über die notwendigen finanziellen und technischen Mittel, um ausreichende Lagermöglichkeiten für tiefgefrorene Produkte bereitzuhalten (1).

(56) Die Leihbedingungen sind Bestandteil der „Liefervereinbarungen" oder werden von Wiederverkäufern, die keine „Liefervereinbarung" geschlossen haben, bei der Entgegennahme der Geräte anerkannt. Diese Präsentationsfläche wird ausschließlich für SLG-Produkte zur Verfügung gestellt. SLG duldet insbesondere auch im Lebensmittelhandel keine Abweichungen von der Zweckbindung dieser Geräte, die den Jahresabsprachen zugrunde liegt.

(57) Am 31. Dezember 1991 hatte SLG [. . .] Kühltruhen aufgestellt, hiervon [. . .] im „traditionellen Handel" und [. . .] im Lebensmittelhandel; [. . .] waren dem Großhandel, [. . .] Brokern zur Verfügung gestellt. Die Großbetriebsformen des Lebensmittelhandels sind dazu übergegangen, nur noch für Kleineis Truhenverträge zu schließen.

(58) Die Größe der bereitgestellten Kühltruhen ist auf den von SLG erwarteten Absatz der Verkaufsstätten und den Belieferungsrhythmus ausgerichtet. Die Kühltruhen werden im allgemeinen wöchentlich, teilweise sogar täglich oder mehrmals täglich aufgefüllt.

9. Stellungnahme von SLG

(59) SLG hat vorgetragen, daß die „Liefervereinbarungen" durch die sachlichen Notwendigkeiten des Vertriebs bedingt seien. SLG werde es somit ermöglicht, die fortlaufende Belieferung einer großen Anzahl von Verkaufsstätten genau zu planen und die Kosten des Vertriebs so niedrig wie möglich zu halten. Stünde es jeder Verkaufsstätte frei, nach ihrem Gutdünken ab und zu einen kleineren oder größeren Teil der Produkte von Dritten zu beziehen, wäre dieser Belieferungsrhythmus ernsthaft gestört. Die Effizienz des Transportsystems könnte nicht sichergestellt, seine Wirtschaftlichkeit weder geplant noch aufrechterhalten werden. Beim Wegfall der Ausschließlichkeit fürchtet SLG, zu denjenigen Verkaufsstätten die Beziehung abbrechen zu müssen, deren Umsatz mit SLG-Erzeugnissen keine wirtschaftlich sinnvolle Belieferung mehr erlaube. Die Versorgung der Letztverbraucher mit Speiseeis würde sich gegenüber dem jetzigen Zustand deutlich verschlechtern.

10. Speiseeis in der Gemeinschaft

(60)

	Vereinigtes Königreich	Deutschland	Italien	Frankreich	Spanien	Belgien/Luxemburg	Übrige (1)
Herstellung industriellen Speiseeises (1989, in Millionen Litern)	473,5	381,8	317,3	270,6	160,6	160,0	194,5
Anzahl Hersteller	14	13	11	25	14	9	29
Pro-Kopf-Verbrauch (1990, in Litern)	7,4	7,3 (2)	12,6	6,2	5,0	8,0	(3)

(1) Für Portugal liegen keine Angaben vor.
(2) 8,0 Liter in den alten Bundesländern.
(3) Zwischen 10,3 (Dänemark) und 3,4 (Portugal).

(61) Für handwerklich hergestelltes Speiseeis liegen keine verläßlichen Angaben vor. Italien und Deutschland scheinen jedoch hier an der Spitze zu liegen.

(62) EG-weit sind nur die Gruppen Unilever und Mars tätig, wobei Unternehmen der Unilever-Gruppe im Vereinigten Königreich, Deutschland, Italien, Spanien, den Niederlanden, Belgien/Luxemburg, Dänemark, Irland und Portugal die jeweils stärksten Anbieter sind. In Frankreich ist das Unilever-Unternehmen gleichstark mit einem Nestlé-Unternehmen hinter der führenden Miko/Ortiz-Gruppe. Die

(1) Die vertragliche Bindung ihrer Wiederverkäufer bezüglich der Benutzung von tiefkühlenden Lager- und Verkaufsgeräten hat SLG am 8. Juli 1992 bei der Kommission angemeldet.

ruppen Miko/Ortiz, Artic/Beatrice, Nestlé und Schöller bieten Speiseeis in mehreren Mitgliedstaaten an.

(63) Den SLG-„Liefervereinbarungen" vergleichbare Verträge werden branchenüblich außer in Deutschland auch in Frankreich, Italien und Dänemark geschlossen. Zweckgebundene Hersteller-Kühltruhen auf Einzelhandelsebene finden sich branchenüblich in der gesamten Gemeinschaft.

(64) In der Gemeinschaft sind die Herstellungsvorschriften für Speiseeis nicht harmonisiert. Die bestehenden Unterschiede, insbesondere bezüglich der zugelassenen Fettarten (Milch-/Pflanzenfett), können Produkt- und Kostenunterschiede zur Folge haben.

(65) Die in den einzelnen Mitgliedstaaten angebotenen SLG-Sortimente unterscheiden sich in der Zusammensetzung und den benutzten Marken. Die durchschnittlichen Einzelhandelspreise für gewisse in mehreren Mitgliedstaaten angebotene Mars- und Unilever-Artikel weichen erheblich voneinander ab.

(66) Nach den Erkenntnissen der Kommission erfolgt ein Großteil des Handels mit Speiseeis zwischen Mitgliedstaaten zwischen Unternehmen, die zur selben Gruppe gehören.

II. RECHTLICHE BEURTEILUNG

A. ARTIKEL 85 ABSATZ 1

1. Beschränkung des Wettbewerbs

(67) In den „Liefervereinbarungen" wird für den Wiederverkäufer SLG als einzige Bezugsquelle bestimmt. Diese Vertragsbestimmung zielt einerseits auf den Bezug der Vertragswaren (Alleinbezugsverpflichtung) und verbietet andererseits den Bezug von Wettbewerbserzeugnissen (Konkurrenzverbot).

a) *Alleinbezugsverpflichtung*

(68) Der Wiederverkäufer verpflichtet sich, die Vertragswaren nur von SLG zu beziehen. Angebote von Vertragswaren, die von anderen Lieferanten ausgehen, können wegen dieses vertraglichen Verbots vom Wiederverkäufer nicht berücksichtigt werden. Der Wettbewerb um den Wiederverkäufer zwischen SLG und anderen Lieferanten von Vertragswaren wird ausgeschlossen (Beschränkung des Intrabrand-Wettbewerbs).

(69) Alleinbezugsverpflichtungen wirken sich jedoch indirekt auch auf den Wettbewerb zwischen Anbietern von Waren des gesamten relevanten Marktes aus (Inter-brand-Wettbewerb). Sie erschweren oder verhindern die Bildung von unabhängigen Vertriebsstrukturen, die für den Zutritt von neuen Wettbewerbern in den betreffenden Markt oder den Ausbau einer bereits erreichten Marktstellung erforderlich sind.

b) *Wettbewerbsverbot*

(70) Das vertragliche Gebot, ausschließlich die Vertragswaren zu beziehen, beinhaltet gleichzeitig das Verbot, mit den Vertragswaren in Wettbewerb stehende Waren zu vertreiben (Beschränkung des Interbrand-Wettbewerbs).

c) *Interessenlage*

(71) Alleinbezugsverpflichtung und Wettbewerbsverbot sind komplementär. Die Kombination beider Absprachen, wie sie im vorliegenden Fall gegeben ist, verstärkt die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen.

2. Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

(72) Sowohl die Alleinbezugsverpflichtung als auch das Konkurrenzverbot bezwecken und bewirken, daß der betreffende Wiederverkäufer auf das Angebot seitens SLG beschränkt ist. Anbieter von Vertragswaren und von Waren, die mit diesen in Wettbewerb stehen, sind unabhängig von ihrer geographischen Niederlassung und der Herkunft der Waren vom Wettbewerb um den betreffenden Wiederverkäufer ausgeschlossen. Die „Liefervereinbarungen" sind somit geeignet, den deutschen Markt gegenüber Waren aus anderen Mitgliedstaaten abzuschotten, wie z. B. gegenüber den Speiseeiserzeugnissen von Mars, die in Frankreich hergestellt werden.

3. Spürbarkeit

(73) Die „Liefervereinbarungen" erfüllen die Tatbestandsvoraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 jedoch nur dann, wenn sie den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigen. Für die Beurteilung der Spürbarkeit muß zuerst der relevante Markt bestimmt werden, innerhalb dessen die „Liefervereinbarungen" ihre Wirkung entfalten.

(74) Vertragswaren der Alleinbezugsverpflichtung sind „Speiseeis-Erzeugnisse" des jeweiligen SLG-Sortiments. Da SLG „Liefervereinbarungen" nur auf der Einzelhandelsstufe des „traditionellen" Handels schließt, sind vor allem die Produktgruppen Kleineis und Eis für Großverbraucher betroffen.

(75) Gegenstand des Wettbewerbsverbots sind „Speiseeis oder speiseeisähnliche Erzeugnisse". Das Wettbewerbsverbot ist jedoch nur insoweit relevant, als die bezeichneten Erzeugnisse mit den Vertragswaren in Wettbewerb stehen.

(76) Es ist somit zu bestimmen, welche Waren in Wettbewerb zu Kleineis und Eis für Großverbraucher des SLG-Sortiments in welchem geographischen Gebiet stehen und somit Gegenstand von Angebot und Nachfrage sind.

a) *Produktmarkt*

(77) Zum Produktmarkt gehören grundsätzlich alle Waren, die vom Verbraucher aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage oder ihres Verwendungszwecks als gleichartig angesehen werden. Aus Verbrauchersicht lassen sich nach diesen Kriterien folgende drei Produktgruppen unterscheiden:

(78) Speiseeis, das als Teil gastronomischer Dienstleistungen angeboten wird, bildet wegen dieser Besonderheit einen eigenen Produktmarkt (1). Hierzu gehört im wesentlichen (2) ein Teil des industriellen Eises für Großverbraucher und des handwerklichen Speiseeises.

(79) Wegen des produktspezifischen Zusammenhangs zwischen Kühlmöglichkeit und Verzehr ist der Ort des Verzehrs bei Speiseeis von entscheidender Bedeutung für die Bestimmung der wettbewerbsrechtlichen Gleichartigkeit. Das vom Verbraucher erworbene Speiseeis muß entweder sofort am Ort des Erwerbs verzehrt oder als Vorrat schnellstmöglich in der eigenen Kühlmöglichkeit zu Hause gelagert werden. Dieser Vorrat steht aber nur für den Bedarf zu Hause zur Verfügung. Wegen der fehlenden Verfügbarkeit der diesbezüglichen Artikelgruppen für den Bedarf außer Haus, und insbesondere für den außer Haus „impulsartig" geweckten kurzfristigen Bedarf, bilden Multipacks und Haushaltseis einen eigenen Produktmarkt. Hierzu gehört auch Kleineis, das von den Heimdiensten als Haushaltsvorrat für die privaten Kühltruhen geliefert wird. In der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist anerkannt, daß selbst identische Produkte zu verschiedenen Produktmärkten gehören können, wenn sie eine spezifische Nachfrage befriedigen (3).

(80) Aus Verbrauchersicht sind somit der Teil des industriellen Eises für Großverbraucher und des handwerklichen Speiseeises, der nicht im Rahmen gastronomischer Dientleistungen zum Verzehr „aus der Hand" ausportioniert wird, sowie das industrielle Kleineis, das nicht über die Heimdienste vertrieben wird, gleichartig.

(81) Die Verbrauchersicht ist allerdings nicht allein ausschlaggebend. Aus den folgenden Gründen ist in der vorliegenden Sache wegen der unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse auf den verschiedenen Vertriebsstufen und bezüglich der nebeneinander bestehenden Vertriebswege, auf denen die fraglichen Erzeugnisse zum Verbraucher gelangen, eine differenzierende Betrachtung erforderlich.

(82) Die „Liefervereinbarungen" werden zwischen SLG und Wiederverkäufern auf der Einzelhandelsstufe geschlossen und zielen auf den Wettbewerb zwischen Herstellern und/oder Großhändlern um den Zugang zum Einzelhandel. Sie betreffen daher das Angebot von und die Nachfrage nach Speiseeis auf dieser Vertriebsstufe, die aus dem Lebensmittelhandel und dem „traditionellen Handel" besteht.

(83) Der Lebensmittelhandel und der „traditionelle Handel" sind Vertriebskanäle für sämtliche Sorten industriellen Speiseeises. Dagegen wird diesen Einzelhandelsformen handwerkliches Speiseeis weder angeboten noch besteht diesbezüglich eine Nachfrage. Auf dem Markt, dessen Angebotsseite aus industriellen Speiseeisherstellern und Großhändlern und dessen Abnahmeseite aus Einzelhändlern besteht, ist handwerklich hergestelltes Speiseeis kein Handelsobjekt. So hat sich auch die nachfolgende Erörterung der Frage, ob den „Liefervereinbarungen" der eventuell bestehende Vorteil der Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1984/83 der Kommission (4) gemäß Artikel 14 Buchstabe b) der Verordnung zu entziehen ist, auf die Wettbewerbsverhältnisse der von den „Liefervereinbarungen" betroffenen Vertriebsstufe zu beschränken. Handwerkliches Speiseeis, das zum Verzehr „aus der Hand" ausportioniert wird, gehört daher nicht zum Produktmarkt, der im vorliegenden Zusammenhang zu berücksichtigen ist.

(84) Bezüglich industriellen Kleineises und zu Einzelportionen zum Verzehr „aus der Hand" ausportionierten Eises für Großverbraucher in „Dosen" (Scooping-Eis) erfüllt der Einzelhandel unterschiedliche Vertriebsfunktionen (5), die durch die unterschiedlichen Produkteigenschaften bedingt sind und dazu führen, daß sich die Vertriebswege dieser beiden Artikelgruppen nur am Rande berühren.

(1) Urteil des Gerichtshofes vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89, „Henninger", Urteilsgrund 17, Slg. 1991, S. I-935.

(2) SLG trägt vor, daß auch Produkte des Kleineissortiments zu gastronomischen Zwecken eingesetzt werden. Wegen des offensichtlich geringen Umfangs dieser Verwendungsart werden zugunsten von SLG die hiervon betroffenen Mengen aus dem Produktmarkt nicht ausgegrenzt.

(3) Urteil des Gerichtshofes vom 6. März 1973, Rechtssachen 6 und 7/73, „Commercial Solvents", Slg. 1974, S. 223, 250ff.: Aminobutanol als Ausgangsstoff für die Herstellung von Tuberkuloseheilmittel und als Emulgator für die Farbenindustrie; Urteil des Gerichtshofes vom 13. Februar 1979, Rechtssache 85/76, „Vitamine", Slg. 1979, S. 461, 515ff.: Bionutritive und technologische Verwendung der Vitaminarten C und E; Urteil des Gerichtshofes vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81, „Michelin", Slg. 1983, S. 3461: Neureifen für die Erstausrüstung von Kraftfahrzeugen und für das Ersatzteilgeschäft.

(4) ABl. Nr. L 173 vom 30. 6. 1983, S. 5.

(5) Die Berücksichtigung der Struktur der Nachfrage bei der Abgrenzung des Produktmarktes wurde vom Gerichtshof ausdrücklich anerkannt (Urteil vom 9. November 1983, Rechtssache 322/81, „Michelin", a.a.O., S. 3504ff).

(85) Kleineis wird vom Einzelhandel in der Form erworben, in der es an die Verbraucher weitergegeben wird. Es eignet sich insbesondere auch für die Verbraucher-Selbstbedienung. Eis für Großverbraucher in „Dosen" bedarf dagegen eines weiteren Verarbeitungsvorgangs, des Ausportionierens. Der hierdurch geschaffene Mehrwert wird über die im Verhältnis zu Kleineis im allgemeinen höheren Handelsmargen abgegolten. Diese Unterschiede bewirken, daß Kleineis und Eis für Großverbraucher in „Dosen" in nennenswertem Umfang lediglich in der Gastronomie zusammen angeboten werden, und dort zum Teil sogar zu unterschiedlichem Verzehr (Eis für Großverbraucher in „Dosen" im Rahmen gastronomischer Dienstleistung, Kleineis im Straßenverkauf zum Verzehr „aus der Hand"). Der Lebensmittelhandel und der „traditionelle Fachhandel", die (zusammen mit den Heimdiensten) den weitaus größten Teil des industriellen Kleineises vertreiben, sind im allgemeinen auf den Verkauf von Eis für Großverbraucher nicht eingestellt.

(86) Kleineis und Eis für Großverbraucher in „Dosen" sind auch produkttechnisch unterschiedliche Erzeugnisse. Kleineis ist ein Endprodukt, das im allgemeinen wegen seiner Verbindung von Eismasse mit anderen Zutaten hohe Ansprüche an Technologie und Know-how stellt. Dosen/Wannen-Eis ist ein Vorprodukt, das erst durch die Dienstleistung des Ausportionierens seine Besonderheiten erwirbt.

(87) Die betreffenden Artikelgruppen gehören daher zu unterschiedlichen Produktmärkten. Der für das vorliegende Verfahren relevante Produktmarkt umfaßt somit das industrielle Kleineis in allen Vertriebskanälen mit Ausnahme der Heimdienste [1].

(88) An der vorliegenden wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der „Liefervereinbarungen" würde sich aber selbst dann nichts ändern, wenn die Abgrenzung des Produktmarktes ausschließlich auf die Verbrauchersicht abstellte (Randnummer 80). Die Hersteller von handwerklichem Speiseeis kommen als Abnehmer von industriellem Kleineis nicht in Betracht. Auf diesen Vertriebskanal wirken sich die „Liefervereinbarungen" nicht aus. Dagegen betreffen diese Vereinbarungen insbesondere auch Eis für Großverbraucher, das allein über den „traditionellen Handel" vertrieben wird. Die wettbewerbsrelevanten Wirkungen der „Liefervereinbarungen" auf letztere Artikelgruppe sind daher in diesem Bereich mit denen auf industrielles Kleineis vergleichbar.

(89) SLG widerspricht dieser Abgrenzung des Produktmarktes. Sie ist der Meinung, daß die Abgrenzung ausschließlich aus der Sicht des Verbrauchers geschehen muß. Eine solche Abgrenzung führe zum Ergebnis, daß sämtliches Speiseeis zum Produktmarkt gerechnet werden müsse, da der Genuß einer Portion Speiseeis in jedem Fall ein und denselben Bedarf nach einer „süßen, kühlen Erfrischung" zu vergleichbaren Preisen befriedige.

(90) Diese Art der Marktabgrenzung berücksichtigt unzureichend den Umstand der Ortsgebundenheit der Verfügbarkeit von Speiseeis und des impulsartig auftretenden, aber nicht andauernden Bedarfs. Speiseeis, das der Verbraucher zu Hause in seiner Kühltruhe lagert, ist selbst durch einen identischen Artikel außer Haus nicht substituierbar, weil außer Haus nicht verfügbar.

(91) Darüber hinaus weist SLG zur Begründung ihrer Meinung darauf hin, daß Kleineis in sämtlichen Vertriebskanälen und in der Regel zusammen mit anderen Artikelgruppen vertreten ist.

(92) Diese Tatsache wird nicht bestritten. Es steht aber fest, daß in den unterschiedlichen Vertriebskanälen Kleineis jeweils mit anderen Artikelgruppen angeboten wird: in der Gastronomie zusammen mit Großverbrauchereis, im Lebensmittelhandel und bei den Heimdiensten zusammen mit Speiseeis in Hauspackungen und Multipacks wie auch im „traditionellen Fachhandel", dort allerdings die übrigen Artikelgruppen in wesentlich geringerem Umfang. Im übrigen ist bei Verbrauchsgütern das Angebot von Erzeugnissen, die zu unterschiedlichen Produktmärkten gehören, eher die Regel als die Ausnahme.

(93) SLG wendet sich schließlich gegen die Ausgrenzung der Multipacks aus dem Produktmarkt. Sie weist darauf hin, daß diese Artikelgruppe auch im „traditionellen Handel" vertrieben wird und somit dem Bedarf außer Haus zur Verfügung steht.

(94) Unstreitig ist jedoch, daß der weitaus überwiegende Teil der Multipacks über den Lebensmittelhandel und die Heimdienste zur Lagerung in den Kühltruhen der Verbraucher verkauft wird. Bei sämtlichen Artikelgruppen sind in den Randzonen gewisse Überschneidungen zu verzeichnen, die sich im vorliegenden Zusammenhang teilweise zugunsten [2], teilweise zuungunsten der betroffenen Unternehmen auswirken. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung sind diese Erkenntnisse daher unerheblich.

b) *Geographischer Markt*

(95) Obwohl die Herstellung von industriellem Speiseeis einen deutlichen Trend zur Internationalisierung erkennen läßt, ist der Vertrieb durchweg national organisiert. Die nationalen Eigenheiten spiegeln sich

[1] Die Kommission sieht zur Zeit keinen Anlaß, die Wirkungen der „Liefervereinbarungen" auf dem Markt für industrielles Speiseeis für Großverbraucher von Amts wegen zu prüfen.

[2] Siehe Fußnote [2] auf Seite 9.

in den unterschiedlichen Marktstrukturen, Sortimenten und Preisen wider. Die jeweiligen Verbraucherpräferenzen sind an unterschiedliche Marken gebunden. Die „Liefervereinbarungen" und vergleichbare Absatzsicherungsverträge werden auf nationaler Ebene geschlossen. Die Herstellungsvorschriften für Speiseeis sind nicht harmonisiert. Im vorliegenden Fall ist daher bei der Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften auf den deutschen Markt abzustellen (1).

c) *Stellung der Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG auf dem relevanten Markt*

(96) Der relevante Markt hatte 1991 ein Volumen von etwa 140 Millionen Liter (Gesamtabsatz Kleineis, davon 10 % über Heimdienste). SLG setzte [...] Millionen Liter ([...] Millionen Liter gesamt, davon [...] Millionen Liter über Heimdienste) im relevanten Markt ab. Ihr Marktanteil betrug 1991 somit etwa [> 20] %.

(97) Von den im relevanten Markt tätigen Unternehmen gehören allein L—I und Mars zu Gruppen, deren wirtschaftliche Bedeutung die von SLG übersteigt. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß SLG Ende 1990 eine Kooperation mit einem Unternehmen der Philip-Morris-Unternehmensgruppe (Jacobs Suchard) eingegangen ist, einer der weltweit führenden Gruppen im Bereich Lebens- und Genußmittel, die auf den relevanten Markt zielt. Alle übrigen hier tätigen Unternehmen haben eine deutlich geringere wirtschaftliche Bedeutung.

(98) Im Lebensmittelhandel und im „traditionellen Handel" nimmt SLG zusammen mit L—I eine hervorragende Stellung ein. Dies nicht nur im relevanten Produktmarkt, sondern auch bei anderen Speiseeisprodukten. SLG ist ebenfalls in den benachbarten Märkten der Tiefkühlkost und Backwaren tätig.

(99) Die SLG-Erzeugnisse im relevanten Markt sind überwiegend Markenartikel mit hohem Bekanntheitsgrad. Diese Tatsache stärkt die Stellung von SLG insbesondere auch gegenüber dem Handel und gleicht die eventuell vorhandene Nachfragemacht aus.

(100) Die Marktstellung von SLG ist auf allen Vertriebsebenen in vielfacher Weise vertraglich abgesichert: im „traditionellen Handel" über Vereinbarungen mit Großhändlern (Randnummer 39) sowie durch Zentralabsprachen (Randnummer 50) und im gesamten relevanten Markt durch die Zweckbindung der diesen Markt weitgehend abdeckenden SLG-Kühltruhen (Randnummer 55).

d) *Die quantitative Bedeutung der von SLG geschlossenen Ausschließlichkeitsvereinbarungen im relevanten Markt*

(101) Im relevanten Markt setzte SLG 1991 etwa [...] Millionen Liter über „Liefervereinbarungen" (Randnummer 45) und etwa [...] Millionen Liter über ausschließlich gebundene Großhändler ab (Randnummern 35 und 39). Dies waren etwa [> 10] % des gesamten im relevanten Markt abgesetzten Volumens.

(102) SLG hat von den etwa 225 000 Verkaufsstätten des „traditionellen Handels" und 92 000 Verkaufsstätten des Lebensmittelhandels, die zum relevanten Markt gehören, [...] (Randnummer 45) mittels „Liefervereinbarungen" an ihre Erzeugnisse gebunden (ebenfalls etwa [> 10] %).

e) *Die Beurteilung der Auswirkungen der „Liefervereinbarungen"*

(103) Ausgangspunkt der Prüfung ist das Netz der gleichartigen Verträge des Unternehmens, dessen Verträge der wettbewerbsrechtlichen Prüfung unterliegen. Sofern dieses Netz für sich genommen keine spürbaren Wirkungen entfaltet, sind die Wirkungen gleichartiger Vertragsnetze anderer im relevanten Markt tätigen Unternehmen in die Prüfung mit einzubeziehen.

(104) In ihrer Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung (2) hat die Kommission den Begriff „spürbar" durch quantitative Kriterien konkretisiert. Hiernach fallen Vereinbarungen wegen fehlender Spürbarkeit nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1, wenn die Vertragsprodukte einen Anteil am relevanten Markt haben, der nicht mehr als 5 % beträgt, oder wenn die beteiligten Unternehmen einen Gesamtumsatz von höchstens 200 Millionen ECU erzielen.

(105) Bezüglich dieser Kriterien ist festzustellen, daß die „Liefervereinbarungen" etwa [> 10] % der Verkaufsstätten und des Absatzvolumens im relevanten Markt erfassen. Auch der Umsatz von SLG überschreitet bei weitem die Schwelle, die im Zusammenhang mit Vereinbarungen von geringer Bedeutung genannt wird. Bereits diese Umstände lassen die Schlußfolgerung zu, daß durch die „Liefervereinbarungen" den inländischen Mitbewerbern und den Mitbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten die Möglichkeiten spürbar beschränkt werden, auf dem relevanten Markt Fuß zu fassen oder ihren Anteil an diesem Markt zu vergrößern. Es bedarf im vorliegenden Zusammenhang daher keiner Prüfung der Wirkungen der Netze gleichartiger Verträge, die andere Unternehmen im relevanten Markt abgeschlossen haben.

(1) Siehe Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache „Henninger", a.a.O., Urteilsgrund 18.

(2) ABl. Nr. C 231 vom 19. 9. 1986, S. 2.

(106) SLG verweist demgegenüber auf die Grundsätze, die der Gerichtshof in seinem Urteil vom 12. Dezember 1967 in der Rechtssache 23/67, „Haecht I" (1), aufgestellt hat und die im Urteil vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89, „Henninger" (2), präzisiert wurden. Die angeführte Rechtsprechung ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht einschlägig. Nur wenn das Netz der gleichartigen Verträge des Unternehmens, dessen Verträge der wettbewerbsrechtlichen Prüfung unterliegen, nicht bereits selbst die Voraussetzung der Spürbarkeit erfüllt, ist gemäß der angeführten Rechtsprechung auf die kumulativen Wirkungen nebeneinanderbestehender Netze zurückzugreifen. In einem solchen Falle gelten einerseits niedrigere Schwellen (auf der Grundlage des Urteils des Gerichtshofes vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89, „Henninger" (3), hat die Kommission diese niedrigeren Schwellen für Bierlieferungsverträge bestimmt (4)), andererseits aber für die Spürbarkeit höhere Anforderungen. Die kumulative Wirkung nebeneinanderbestehender Vertragsnetze wird jedoch auf der Grundlage der angeführten Rechtsprechung nachfolgend dann in die Betrachtung miteinbezogen, wenn es auf die Beurteilung der Verhältnisse im gesamten relevanten Markt ankommt.

(107) Die „Liefervereinbarungen" beschränken somit den „Inter-brand"-Wettbewerb im relevanten Markt spürbar und sind geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Diese Beurteilung gilt für die Gesamtheit der bestehenden „Liefervereinbarungen". Artikel 85 Absatz 1 läßt es nicht zu, Einzelverträge oder Vertragsnetze so aufzuteilen, daß ein „nicht spürbarer" Teil dem Kartellverbot entzogen wird. Dies ergibt sich insbesondere auch aus Artikel 85 Absatz 2, dessen Rechtsfolge, die Nichtigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, aus Gründen der Rechtssicherheit insbesondere bei Vertragsnetzen einer solchen Aufteilung entgegensteht.

B. ARTIKEL 85 ABSATZ 3

1. Gruppenfreistellung

(108) Artikel 85 Absatz 1 könnte gemäß Artikel 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1984/83 auf die „Liefervereinbarungen" nicht anwendbar sein. Hierfür wäre insbesondere erforderlich, daß die in den Liefervereinbarungen genannten Waren im Sinne dieser Vorschriften „bestimmt" sind und daß die Verträge nicht für einen unbestimmten Zeitraum geschlossen werden (Artikel 3 Buchstabe d) der Verordnung).

a) *Bestimmtheit der Vertragswaren*

(109) Vertragswaren der Alleinbezugsverpflichtung sind die „Speiseeis-Erzeugnisse" des jeweiligen SLG-Sortiments (Randnummer 40).

(110) Warensortimente können „Waren" im Sinne von Artikel 1 der Verordnung sein (Ziffer 38 der Bekanntmachung der Kommission zu den Verordnungen (EWG) Nr. 1983/83 und (EWG) Nr. 1984/83 (5)). Solche Warensortimente erfüllen das Bestimmtheitserfordernis, wenn sie „unter Angabe der Marke oder sonstigen Benennung" spezifiziert sind (Ziffer 36 der Bekanntmachung). Zweck des Bestimmtheitserfordernisses ist es, eine eindeutige wettbewerbsrechtliche Beurteilung zu ermöglichen und den Wiederverkäufer davor zu schützen, daß der Lieferant den Umfang der Vertragswaren einseitig ausdehnt.

(111) Das Sortiment wird durch die beim Abschluß der „Liefervereinbarung" übergebene Preisliste konkretisiert. Die Artikel des Kleineissortiments der Marken „Schöller" und „Mövenpick" werden somit zu Vertragswaren. Die Bezugsverpflichtung umfaßt jedoch das „jeweilige" Sortiment, dessen Zusammenstellung sich jährlich verändert. Die jährlichen Änderungen der Zusammenstellung der diesbezüglichen Preisliste betreffen aber nur gewisse Artikel dieses Sortiments, ohne daß hierdurch die Eindeutigkeit dieses Sortiments in Frage gestellt würde (6). Die „Liefervereinbarungen" genügen insoweit den Anforderungen des Artikels 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1984/83.

b) *Vertragsdauer*

(112) Die „Liefervereinbarungen" werden mit fester Laufzeit von maximal zwei Jahren und anschließender automatischer Verlängerung geschlossen (Randnummer 46). Sie sind im Sinne von Artikel 3 Buchstabe d) der Verordnung (EWG) Nr. 1984/83 „für einen unbestimmten Zeitraum" geschlossen (siehe Ziffer 39 der Bekanntmachung), weil ihre Beendigung von einem ungewissen zukünftigen Ereignis abhängt. Artikel 1 der Verordnung ist somit nicht anwendbar.

(113) Gegen dieses Ergebnis kann nicht eingewendet werden, daß die „Liefervereinbarungen" zunächst für einen bestimmten Zeitraum und nach dessen Ablauf dann wieder für durch die Kündigungsfrist bestimmte weitere Zeiträume laufen, die Laufzeit also insgesamt bestimmt ist. Dies würde bedeuten, daß Verträge im Sinne der genannten Vorschrift nur dann auf

(1) Slg. 1967, S. 543ff.
(2) A.a.O.
(3) A.a.O.
(4) ABl. Nr. C 121 vom 13. 5. 1992, S. 2.
(5) ABl. Nr. C 101 vom 13. 4. 1984, S. 2.
(6) Zur Prüfung des Bestimmtheitserfordernisses bei einem Bierlieferungsvertrag siehe Urteil des Gerichtshofes vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89, „Henninger", a.a.O. (Urteilsgrund 36).

„unbestimmte" Zeit laufen, wenn weder das Vertragsende noch eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart wurde. Entscheidend ist, daß bei einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Verträge die Laufzeit nicht feststeht, da sie von der Initiative einer der Vertragsparteien abhängt.

2. Einzelfreistellung

(114) Die „Liefervereinbarungen" sind bei der Kommission angemeldet. Es ist somit zu prüfen, ob diese Verträge den Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 genügen.

a) *Verbesserung der Warenverteilung*

(115) Dem fünften Erwägungsgrund der Verordnung (EWG) Nr. 1984/83 ist zu entnehmen, daß Alleinbezugsvereinbarungen im allgemeinen eine Verbesserung der Warenverteilung zur Folge haben. Sie erlauben es dem Lieferanten, den Absatz seiner Waren genauer und für längere Zeit im voraus zu planen, und sichern dem Wiederverkäufer während der Vertragsdauer die regelmäßige Befriedigung seines Bedarfs. Die beteiligten Unternehmen erhalten dadurch die Möglichkeit, die Risiken von Marktschwankungen zu begrenzen und die Vertriebskosten zu senken. Gemäß dem achten Erwägungsgrund der genannten Verordnung ist in der Regel ein Konkurrenzverbot erforderlich, um die mit dem Alleinbezug angestrebte Verbesserung der Warenverteilung zu erreichen, weil der Wiederverkäufer hierdurch gezwungen wird, seine Verkaufsbemühungen auf die Vertragswaren zu konzentrieren.

(116) SLG trägt vor, daß die „Liefervereinbarungen" für sie selbst und ihre Vertragspartner die vorstehend beschriebenen vorteilhaften Wirkungen entfalten (Randnummer 59). Es sind keine Umstände ersichtlich, die diese Behauptung bezüglich SLG in Frage stellen würden. Ob dies in jedem Fall auch für den einzelnen Vertragspartner zutrifft, der seine kommerzielle Freiheit aufgibt, kann dahinstehen.

(117) Für eine „Verbesserung" im Sinne des Artikels 85 Absatz 3 reicht es jedoch nicht aus, daß die Absprachen für die beteiligten Unternehmen vorteilhaft sind. Sie müssen vielmehr für die Allgemeinheit spürbare objektive Vorteile mit sich bringen, die geeignet sind, die mit diesen Absprachen verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen [1].

(118) Ein für die Allgemeinheit denkbarer Vorteil wäre die Stärkung des Inter-brand-Wettbewerbs (sechster Erwägungsgrund der Verordnung (EWG) Nr. 1984/83). Es ist in der Tat davon auszugehen, daß die „Liefervereinbarungen" eine erhebliche Stärkung der Stellung von SLG gegenüber ihren aktuellen und potentiellen Wettbewerbern bewirken. Bei einem derart marktstarken Unternehmen wie SLG führt eine solche Stärkung aber nicht zu mehr, sondern zu weniger Wettbewerb, weil das Netz dieser Verträge eine wichtige Marktzutrittsschranke darstellt (Randnummer 127).

(119) Die flächendeckende und regelmäßige Versorgung der Verbraucher wäre ein anderer Gesichtspunkt, der bei der wirtschaftlichen Bilanz zugunsten der „Vertriebsvereinbarungen" zu berücksichtigen wäre. Auf diesen Gesichtspunkt weist SLG ebenfalls hin. SLG befürchtet, daß sie die Belieferung bestimmter Verkaufsstätten mit niedrigen Umsätzen aus Kostengründen einstellen müßte, wenn sich diese Umsätze auf mehrere Lieferanten verteilen würden.

(120) Diese Befürchtung betrifft nur eine kleine Anzahl von Verkaufsstätten (Randnummer 43). Der Wettbewerb zwischen Lieferanten bezieht sich darüber hinaus auch auf die Kosten des Vertriebssystems. Eine mögliche Entscheidung von SLG, aus Kostengründen die Belieferung einer Verkaufsstätte einzustellen, wäre insoweit Folge des Wettbewerbs und würde dem erfolgreichen Wettbewerber als Lohn den SLG-Umsatzanteil bringen. Es ist anzunehmen, daß kleinere lokale Speiseeishersteller Verkaufsstätten in ihrer unmittelbaren Nähe kostengünstiger beliefern können als Hersteller mit einem landesweiten Vertriebssystem. Selbst wenn man aber von dem wenig wahrscheinlichen Fall ausginge, daß sich kein Wettbewerber bereit fände, den Belieferungsanteil von SLG zu übernehmen, könnte die Vertriebsfunktion von unabhängigen Zwischenhändlern übernommen werden, die verschiedene Angebote zusammenfassen und den gesamten Bedarf der Verkaufsstätte befriedigen. Die Tatsache, daß gegenwärtig ein solcher unabhängiger Zwischenhandel nicht vorhanden ist, ist auch Folge der branchenüblichen Alleinbezugsverpflichtungen, die aufgrund des vorliegenden Verfahrens zum großen Teil untersagt werden. Diese Öffnung des Marktes kommt auch SLG zugute, die durch zukünftige (Mit-) Belieferung der zur Zeit von L—I ausschließlich gebundenen Verkaufsstätten — und somit durch Erhöhung ihrer Vertriebsdichte — Kostennachteile durch Verminderung der Verkaufsstätten-Einzelumsätze ausgleichen könnte.

(121) Weitere wesentliche Gesichtspunkte, die in diesem Zusammenhang bei der wirtschaftlichen Bilanz zugunsten der „Liefervereinbarungen" zu berücksichtigen wären, fehlen. Diese Vereinbarungen führen daher nicht zu einer Verbesserung der Warenverteilung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3.

[1] Urteil des Gerichtshofes vom 13. Juli 1966 in den Rechtssachen 56 und 58/64, „Grundig—Consten", Slg. 1966, S. 281 und 397; ständige Rechtsprechung und Verwaltungspraxis der Kommission.

b) *Angemessene Beteiligung der Verbraucher*

(122) Eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem durch die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen entstehenden Gewinn ist ebenfalls nicht anzunehmen. Eine solche Beteiligung der Verbraucher an den Vorteilen kann nur dann angenommen werden, wenn die Parteien wegen des Drucks wirksamen Wettbewerbs gezwungen sind, den aus den wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen resultierenden Gewinn weiterzugeben. Wegen der Branchenüblichkeit der Exklusivitätsverträge, die zu einer Gleichartigkeit und Transparenz dieses Vertriebsinstruments führen, ist dies aber nicht der Fall.

(123) Darüber hinaus beschränken die Ausschließlichkeitsvereinbarungen die Wahlmöglichkeiten des Verbrauchers. In den gebundenen Verkaufsstätten findet der Verbraucher ausschließlich das Speiseeissortiment eines bestimmten Herstellers. Selbst wenn in der Nähe der gebundenen Verkaufsstätte eine andere (gebundene) Verkaufsstätte das Sortiment eines anderen Herstellers anbietet, stellt dies keine gleichwertige Alternative zur Auswahl in der einzelnen Verkaufsstätte dar. Zum einen ist dieser Umstand keinesfalls die Regel, zum anderen ist es für den Verbraucher umständlich, die Verkaufsstätte zu wechseln, falls er bestimmte Artikel verschiedener Sortimente erwerben möchte. Zur Deckung seines impulsartigen, nicht andauernden Bedarfs wird er diese Umstände nicht in Kauf nehmen.

c) *Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren*

(124) Im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist davon auszugehen, daß die in Artikel 85 Absatz 3 enthaltene negative Voraussetzung der „Ausschaltung" des Wettbewerbs vorliegt, wenn im relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb besteht [1]. Es ist daher zu prüfen, ob der relevante Markt gegen Wettbewerb von außen abgeschottet ist (Marktzutrittsschranken) und wie sich die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb dieses Marktes darstellen.

— Marktzutrittsschranken

(125) Der relevante Markt setzt sich aus dem „traditionellen Handel", über den ca. 61 %, und den Lebensmittelhandel, über den ca. 39 % des Gesamtvolumens des relevanten Marktes abgesetzt werden, zusammen. Die Wettbewerbsverhältnisse in diesen beiden Bereichen weichen erheblich voneinander ab.

(126) Im Lebensmittelhandel erschweren es die überragenden Stellungen von L—I und SLG, die zusammen weit über zwei Drittel des in diesem Vertriebskanal erzielten Absatzvolumens realisieren, sowie die Konzentration der Nachfrage den Mitbewerbern, in diesem Vertriebskanal Fuß zu fassen oder ihren Anteil zu vergrößern. Dies gilt insbesondere für Hersteller, die die Nachfrage des Handels nach Kleineis eigener (Handels-)Marke nicht berücksichtigen. SLG hat vorgetragen, daß die Kosten, die im Zusammenhang mit dem Vertrieb über den Lebensmittelhandel auftreten, nur bei großen Absatzmengen zu rechtfertigen sind. SLG weist darauf hin, daß der Neuaufbau eines solchen Vertriebssystems selbst Unternehmen von einer Bedeutung, die ihrer eigenen vergleichbar sei, überfordern würde (schriftliche Stellungnahme vom 20. August 1992, S. 34). Im übrigen stellt eine starke Konzentration der Angebotsseite an sich eine Marktzutrittsschranke dar, weil sie die Wahrscheinlichkeit und Wirksamkeit einer Reaktion der etablierten Unternehmen gegen Newcomer zwecks Verteidigung der angestammten Marktstellung erhöht [2].

(127) Im Bereich des „traditionellen Handels" vermarkten L—I und SLG weit mehr als drei Viertel des Absatzvolumens. Der Zutritt zu diesem Bereich wird darüber hinaus weitgehend durch die bestehenden Ausschließlichkeitsverträge verhindert. Die Bedeutung dieser Verträge als Marktzutrittsschranke hängt von der Zahl der auf diese Weise an die inländischen Erzeuger gebundenen Verkaufsstellen im Verhältnis zu der Zahl der nichtgebundenen Verkaufsstellen, von den durch diese Vereinbarungen erfaßten Mengen im Verhältnis zu den Mengen, die über nichtgebundene Verkaufsstellen abgesetzt werden, sowie von der Dauer der Verträge ab [3]. In diesem Zusammenhang kommt es auf die kumulative Wirkung der Gesamtheit der Ausschließlichkeitsvereinbarungen an.

(128) SLG hat im Bereich des „traditionellen Handels" den überwiegenden Teil ([...] %) ihrer Verkaufsstätten gebunden (Randnummer 45). Von L—I ist bekannt, daß dieses Unternehmen in diesem Bereich mit etwa [...] % ihrer Verkaufsstätten ausschließliche Lieferverträge schließt. Wegen der hohen Anteile dieser beiden Unternehmen am Absatzvolumen des „traditionellen Handels" und der Branchenüblichkeit dieser Vertragspraxis kann davon ausgegangen werden, daß der entsprechende Bindungsgrad insgesamt in diesen Größenordnungen liegt.

(129) Der Bindungsgrad des SLG-Absatzvolumens im Bereich des „traditionellen Handels" unterscheidet sich nur unwesentlich von dem, der sich für die Anzahl der Absatzstätten ergibt. Von den [...] Millionen Litern Kleineis, die SLG 1991 in diesem Bereich absetzte (Randnummer 35), wurden [...] Millionen Liter (Randnummer 45) von „Liefervereinbarungen" erfaßt ([...] %). Rechnet man die [...]

(1) Urteil des Gerichtshofes vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72, „Continental Can", Slg. 1973, S. 215, 245ff., Urteilsgrund 25.

(2) Entscheidung 92/553/EWG der Kommission — Nestlé/Perrier, ABl. Nr. L 356 vom 5. 12. 1992, S. 1, Randnummer 98.

(3) Urteil des Gerichtshofes vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89, „Henninger", a.a.O., Urteilsgrund 19.

Millionen Liter hinzu, die SLG über ausschließlich gebundene Großhändler an den „traditionellen Handel" abgibt, so ergibt sich sogar eine Größe, die über den Bindungsgrad der Verkaufsstätten hinausgeht. Es sind jedoch Anzeichen dafür vorhanden, die für den gesamten Bereich des „traditionellen Handels" auf Umstände hinweisen, die von den für SLG geltenden Angaben abweichen (1).

(130) Die von den Exklusivitätsverträgen ausgehende Abschottungswirkung könnte jedoch durch kurze Vertragslaufzeiten gemindert sein. Hierzu ist von vornherein zu bemerken, daß zu jedem beliebigen Zeitpunkt die vorstehend herausgestellten Marktverhältnisse bestehen. Was allerdings möglich ist, ist die Teilnahme am Wettbewerb um den Abschluß von Ausschließlichkeitsverträgen. Dieser Wettbewerb kann aber keinesfalls einen freien Zugang zum Einzelhandel ersetzen. Da Exklusivitätsverträge dem Wiederverkäufer als Gegenleistung für die Beschränkung seiner kommerziellen Freiheit besondere wirtschaftliche Vorteile bringen (2), zeigt sich in der Praxis, daß sich die Mehrheit der Wiederverkäufer im relevanten Markt für diese Vorteile und gegen die kommerzielle Freiheit entscheidet, wenn das zu vermarktende Sortiment kein wirtschaftliches Risiko darstellt.

(131) Im Wettbewerb um den Abschluß von Exklusivitätsverträgen sind die Unternehmen benachteiligt, deren Marketing-Strategie den Abschluß solcher Verträge nicht vorsieht. Diese Unternehmen werden entgegen ihren kommerziellen Einsichten zu diesen Maßnahmen gezwungen. Das gleiche gilt für Unternehmen, die neu in den Markt eintreten. Die Wiederverkäufer haben in der Regel bezüglich der etablierten Produkte höhere Umsatzerwartungen als bezüglich der Produkte, die sich erst noch auf dem Markt bewähren müssen. Insbesondere wenn sich die Exklusivität auf vollständige Sortimente bezieht, wird bei den Wiederverkäufern wenig Neigung bestehen, diesbezüglich zu experimentieren. Schließlich sind die Anbieter von Teilsortimenten vom Wettbewerb um den Abschluß von Exklusivitätsverträgen ausgeschlossen.

(132) In einem Markt, in dem der Abschluß von Exklusivitätsverträgen branchenüblich ist, wird somit der Abschottungseffekt dieser Verträge im Fall geringer Laufzeiten nur gegenüber den Unternehmen verringert, die von ihrer Marktstellung her organisatorisch und produktmäßig auf den Wettbewerb um den Abschluß dieser Art von Vereinbarungen eingestellt sind. Im übrigen können feste Laufzeiten von bis zu zwei Jahren mit anschließend unbestimmter Laufzeit nicht als geringe Laufzeiten angesehen werden. Sie liegen an der Obergrenze, die bei ansonsten wirksamem Wettbewerb hingenommen werden kann (Artikel 3 Buchstabe d) der Verordnung (EWG) Nr. 1984/83).

(133) Eine weitere Marktzutrittsschranke stellt die Zersplitterung der Nachfrage im Bereich des „traditionellen Handels" dar. Um einen kostenmäßig vertretbaren Vertrieb zu errichten, muß geographisch konzentriert eine erhebliche Zahl von Abnehmern gewonnen werden, die über regionale Depots/Zentrallager beliefert werden können. Weil ein unabhängiger Zwischenhandel fehlt und wegen der branchenüblichen Alleinbezugsverpflichtungen auch nicht entstehen kann, bleibt einem Anbieter, der in diesem Bereich des relevanten Marktes in zumutbaren Zeiträumen Fuß fassen oder seine vorhandene Stellung geographisch ausweiten will, nur die Zusammenarbeit mit einem etablierten Hersteller oder dessen Übernahme. Für einen Wettbewerber, der im gesamten Markt innerhalb überschaubarer Zeit einen nennenswerten Marktanteil erreichen will, stehen zur Verwirklichung dieses Zieles allein L—I und SLG zur Verfügung. Ihre starken Marktstellungen verhindern, daß über eine Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen diesen Marktführern wirksamer Konkurrenz gemacht werden könnte. Dies gilt selbst für wirtschaftlich so starke Unternehmen wie Jacobs Suchard und Mars. Derartige Kooperationen bewirken im übrigen eine Verfestigung der bestehenden Marktstrukturen.

(134) Ohne sämtliche Zutrittsschranken zum relevanten Markt erschöpfend darstellen zu wollen (es wären z.B. insbesondere noch die für die Produktion von Kleineis erforderliche Technologie und das hierzu erforderliche Know-how und die durch langjährige Erfahrung und hohe Werbeaufwendungen gebildeten Verbraucherpräferenzen zu nennen), bleibt der sich auf den gesamten relevanten Markt auswirkende Abschottungseffekt der Zweckbindung der von den etablierten Herstellern flächendeckend im Einzelhandel aufgestellten Kühltruhen hervorzuheben (Randnummer 55).

(135) Die keine oder die nicht sämtliche Kosten dieser Leistung offen in Rechnung stellende Gebrauchsüberlassung dieser Geräte, die für den Verkauf von Speiseeis notwendig sind, führt dazu, daß der Einzelhandel unter Aufgabe seiner kommerziellen Freiheit entsprechende eigene Initiativen unterläßt. Selbst Unternehmen, die bereit und in der Lage sind, diese branchenübliche Handelspraxis mitzumachen, sind im Wettbewerb beschränkt. Sie müssen die Wiederverkäufer entweder zum Austausch der Kühltruhen bewegen oder erreichen, daß die Wiederverkäufer bereit sind, zusätzliche Kühltruhen aufzustellen.

(136) Der Austausch von Kühltruhen führt zum Verzicht auf den Umsatz mit den Erzeugnissen des bisherigen Aufstellers. Ist dieser ein marktstarkes Unternehmen wie SLG und ist der Wettbewerber im Markt weni-

(1) L—I schätzt, daß 1990 etwa [...] Millionen Liter aufgrund von Exklusivitätsverträgen verkauft wurden. Auf einen Gesamtabsatz von 131,8 Millionen Litern Kleineis und 69,9 Millionen Litern Eis für Großverbraucher bezogen, beträgt der gebundene Anteil des Gesamtabsatzvolumens im „traditionellen Handel" somit etwa [> 55] %.

(2) Siehe Urteil des Gerichtshofes vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89, „Henninger", Urteilsgrund 12.

ger bekannt oder bietet keine volle Alternative zu dem ursprünglichen Sortiment (Teilsortimente), wird der Handel den Austausch nicht vornehmen.

(137) Die zusätzliche Aufstellung von Kühltruhen stößt an ihre Grenzen, wenn entweder räumlich hierfür kein Platz vorhanden oder vorhandener Platz anderen kommerziellen Zwecken als dem Eisverkauf vorbehalten ist. Im „traditionellen Handel" wird es eine Reihe von Verkaufsstätten geben, die keinen Platz für weitere Kühltruhen haben. Die Meinung, daß sich in den übrigen Geschäften im allgemeinen „schon irgendwo ein Platz für eine (kleine) Kühltruhe finden wird", verkennt offensichtlich die Bedingungen, innerhalb deren sich insbesondere der Lebensmitteleinzelhandel vollzieht. Zum einen kann Kleineis nicht „irgendwo", sondern muß, da für den sofortigen Verzehr bestimmt, in unmittelbarer Nähe des Kassenbereichs angeboten werden [1]. Darüber hinaus hat jeder Teil der Gesamtfläche eines Einzelhandelsgeschäfts in der Regel eine bestimmte Funktion. Die vorhandenen Kühltruhen sind am Gesamtbedarf der Verkaufsstätte ausgerichtet. Es ist im allgemeinen auch nicht zu erwarten, daß sich der Speiseeisumsatz wesentlich erhöht, wenn weitere Kühltruhen aufgestellt werden. Die für die Aufstellung zusätzlich erforderlichen Aufwendungen und Fläche gehen für andere kommerzielle Zwecke verloren, ohne zusätzlichen Umsatz zu bringen.

(138) Der einzige Umstand, der für eine gewisse Öffnung des relevanten Marktes spricht, ist dessen andauernde Expansion. Soweit diese Ausweitung des Marktes zu Umsatzsteigerungen in den gebundenen Verkaufsstätten führt, handelt es sich um keinen Gesichtspunkt, der den Marktzutritt erleichtert. Anders verhält es sich, wenn neue Verkaufsstätten entstehen. Die Branchenüblichkeit der Exklusivitätsverträge führt jedoch dazu, daß sich der Wettbewerb um die neuen Verkaufsstätten wie bei frei werdenden bestehenden Verkaufsstätten auf den Abschluß dieser Art von Verträgen reduziert. Die Erschließung der neuen Bundesländer ist ein konkretes Beispiel für eine solche Entwicklung. Die Expansion des relevanten Marktes führt unter diesen Umständen somit nur zu unzureichenden Möglichkeiten des Marktzutritts oder des Wachstums innerhalb des Marktes, und dies insbesondere für neue Wettbewerber und Anbieter von Teilsortimenten.

(139) Die Prüfung der Gesamtheit der Exklusivitätsverträge und der vorstehend erörterten übrigen wirtschaftlichen und rechtlichen Begleitumstände ergibt, daß im relevanten Markt der Zugang zur Einzelhandelsstufe und somit der Zutritt zum Markt wesentlich erschwert ist. Die „Liefervereinbarungen" tragen in einem erheblichen Umfang zu dieser Marktabschottung bei. Diese Einschätzung wird durch die Beobachtung bestätigt, daß es offensichtlich seit langem keinem neuen Anbieter gelungen ist, die Struktur des relevanten Marktes zu seinen Gunsten wesentlich zu verändern.

(140) Zu der vorstehenden Schlußfolgerung käme man selbst dann, wenn handwerkliches und industrielles Eis für Großverbraucher in den Produktmarkt miteinbezogen würde (Randnummer 77):

— Der Marktzutritt als handwerklicher Hersteller von Speiseeis unterliegt, soweit ersichtlich, keiner wesentlichen Beschränkung, ist aber für die Struktur des Marktes völlig bedeutungslos. Dagegen ist ein Marktzutritt für Hersteller von industriellem Kleineis über die Hersteller von handwerklichem Speiseeis ausgeschlossen.

— Bezüglich industriellen Eises für Großverbraucher sind das branchenübliche Vertriebsinstrument wie bei Kleineis Ausschließlichkeitsverträge (Randnummer 44). Hierbei ist zu berücksichtigen, daß für diese Artikelgruppe der „traditionelle Handel" der einzige Vertriebskanal ist. Die wettbewerbsrelevanten Wirkungen der „Liefervereinbarungen" sind daher in diesem Bereich für alle Artikelgruppen vergleichbar.

— Schließlich wäre es unangemessen, einem Hersteller von industriellem Kleineis entgegenzuhalten, daß ein Marktzutritt mit dieser Artikelgruppe zwar versperrt sei, der Vertrieb anderer Artikelgruppen jedoch weniger Probleme beinhalte.

— Wettbewerb innerhalb des relevanten Marktes

(141) Die vorstehend für den Zutritt zum relevanten Markt dargestellten Schranken verhindern auch innerhalb des Marktes, daß es zu wesentlichen Verschiebungen der Marktanteile kommt.

(142) SLG behauptet allerdings, daß zumindest in ihrem Verhältnis zu L—I wirksamer Wettbewerb besteht.

(143) Bei der überragenden Stellung von L—I im Bereich des Lebensmittelhandels (Randnummer 31) gilt diese Einschätzung zumindest nicht für diesen Bereich. Dies gilt nicht nur wegen des hohen Anteils von L—I am Absatzvolumen dieses Vertriebskanals, sondern insbesondere auch unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Stärke, seiner hervorragenden Stellung auf dem benachbarten Markt der Tiefkühlkost und seiner Zugehörigkeit zur Unilever-Gruppe, einem der bedeutendsten Lieferanten des Lebensmittelhandels im geographischen Markt.

[1] Die Bedeutung der Präsentationsfläche innerhalb von Einzelhandelsgeschäften für die Wettbewerbsbeziehungen der angebotenen Waren hat die Kommission bereits in ihrer Entscheidung 78/172/EWG (IV/29.418 — Gewürze), ABl. Nr. L 53 vom 24. 2. 1978, S. 20, unterstrichen.

(144) Im Bereich des „traditionellen Handels" beruht der Wettbewerb zwischen SLG und L—I weitgehend auf einem Wettbewerb um den Abschluß von Ausschließlichkeitsverträgen, der andere Wettbewerbsparameter für die Zeit der Dauer der Verträge ausschließt.

(145) Insgesamt ist anzunehmen, daß bei einer duopolistischen Marktstruktur, wie sie im relevanten Markt festzustellen ist, die Tendenz besteht, daß der Wettbewerb zwischen den Duopolisten beschränkt ist. Jedes aggressive Verhalten eines der beiden Unternehmen führt mit hoher Wahrscheinlichkeit unmittelbar zu entsprechenden Reaktionen des anderen Unternehmens, dessen Marktpotential vergleichbar ist. Hieraus entsteht die Überzeugung, daß es im Interesse der gemeinsamen Gewinnmaximierung liegt, aktiven Wettbewerb im gegenseitigen Verhältnis zu unterlassen.

(146) Es ergibt sich somit, daß im Sinne der in Artikel 85 Absatz 3 enthaltenen negativen Voraussetzung im relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb besteht. Die „Liefervereinbarungen" haben Wirkungen, die mit den in Artikel 85 Absatz 3 vorgesehenen Voraussetzungen unvereinbar sind. Insbesondere erschweren sie anderen Lieferanten wesentlich den Zugang zur Einzelhandelsstufe.

(147) Es bleibt zu klären, ob die „Liefervereinbarungen" insoweit aufgeteilt werden können, daß nur einem Teil die vorstehend erörterten negativen Wirkungen zuzuschreiben sind und für den darüber hinausgehenden Teil Artikel 85 Absatz 3 anwendbar ist. Es kann dahinstehen, ob in anderen wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhängen eine solche Aufteilung geboten ist. Wegen der starken Marktstellung von SLG und der auch ohne die „Liefervereinbarungen" bestehenden vielfachen Absicherung dieser Stellung durch Marktzutrittsschranken und Vereinbarungen (Zentralabsprachen — Randnummer 50 — und insbesondere die Zweckbindung der Kühltruhen — Randnummer 55) erfüllt die Gesamtheit dieser Verträge nicht die Voraussetzungen der genannten Vorschrift. Im übrigen sind die mit Vertragsgroßhändlern, die [...] Millionen Liter vom im „traditionellen Handel" getätigten SLG-Kleineisumsatz erzielten, geschlossenen Ausschließlichkeitsverträge (Randnummer 49) nicht Gegenstand der vorliegenden Maßnahmen, die nur die „Liefervereinbarungen" betreffen, die SLG mit Wiederverkäufern auf Einzelhandelsebene schließt.

C. VERTRAUENSSCHUTZ

(148) SLG ist der Meinung, daß sich die Kommission von der im Verwaltungsschreiben ihrer zuständigen Dienststelle vom 20. September 1985 enthaltenen Beurteilung nicht lösen könne. Zwar stehe diese Mitteilung unter dem Vorbehalt der wesentlichen Änderung der juristischen oder tatsächlichen Umstände. Diese Voraussetzung sei aber nicht erfüllt; die wesentlichen Marktdaten seien seit der Anmeldung im Jahr 1985 unverändert.

(149) Zum einen ist darauf hinzuweisen, daß in dem fraglichen Schreiben eindeutig hervorgehoben wurde, daß die Beurteilung „im wesentlichen auf der (in der Anmeldung enthaltenen) Darstellung" beruhte. Der Sachvortrag war aber insoweit unvollständig, als weder auf das „Agreement" innerhalb der Fachsparte über die gegenseitige Anerkennung der Ausschließlichkeitsvereinbarungen (Brief der Kommission vom 29. November 1991 in der Sache IV/31.533) noch auf die Bedeutung und den Umfang der Zweckbindungen der durch SLG und andere Hersteller im Lebensmittelhandel aufgestellten Kühltruhen, noch auf sonstige Umstände hingewiesen wurde, die es der zuständigen Dienststelle der Kommission ermöglicht hätten, weitere Marktzutrittsschranken zu erkennen. Das gleiche gilt für den Sachvortrag von SLG zur Abgrenzung des relevanten Marktes.

(150) Entgegen der Meinung von SLG haben sich jedoch auch die tatsächlichen Umstände geändert. Bereits der Marktzutritt von Mars und Jacobs Suchard sind tatsächliche Umstände, die eine Überprüfung der vorgenommenen Beurteilung rechtfertigen. Diese Überprüfung ist darüber hinaus auch deshalb geboten, weil sich erst in diesen neueren Zusammenhängen die Geschlossenheit des Marktes verdeutlichte.

(151) Die Kommission ist somit nicht gehindert, eine von der im Verwaltungsschreiben vom 20. September 1985 abweichende Beurteilung der „Liefervereinbarungen" vorzunehmen.

D. ARTIKEL 3 DER VERORDNUNG Nr. 17

(152) Aus den vorstehenden Gründen stellt die Kommission gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 auf Antrag von Mars fest, daß die „Liefervereinbarungen" einen Verstoß gegen Artikel 85 darstellen.

(153) Die beurteilten „Liefervereinbarungen" sind noch in Kraft. Es ist daher erforderlich, SLG zu verpflichten, auf ihre die Ausschließlichkeit der Verkaufsstätte zum Inhalt habenden vertraglichen Rechte zu verzichten und diesen Verzicht ihren Vertragspartnern mitzuteilen. Wegen der Besonderheiten des vorliegenden Falls ist SLG jedoch Gelegenheit zu geben, das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften um Rechtsschutz gegen die vorliegende Entscheidung zu ersuchen. Das Wirksamwerden dieser Entscheidung wird daher auf drei Monate nach ihrer Bekanntgabe verschoben.

(154) Die Abstellungsverfügung würde jedoch ins Leere gehen, wenn es SLG gestattet wäre, die derzeitigen „Liefervereinbarungen" unmittelbar durch neue zu ersetzen. Es ist somit notwendig, SLG den Neuab-

schluß solcher Verträge für einen Zeitraum zu untersagen, der die Möglichkeit zu einer wesentlichen Änderung der Marktverhältnisse eröffnet. Die Kommission geht davon aus, daß wegen der gegenwärtig festgefügten Marktstruktur und der übrigen oben dargestellten Marktzutrittsschranken ein Zeitraum von fünf Jahren angemessen ist. Darüber hinaus steht es SLG frei, falls sich bereits innerhalb dieses Zeitraums die Marktverhältnisse wesentlich ändern, die vorzeitige Aufhebung des Verbots zu beantragen —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die von der Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG geschlossenen Vereinbarungen, wonach Einzelhändler mit Sitz in Deutschland verpflichtet sind, zum Zweck des Wiederverkaufs Kleineis [1] ausschließlich von dem genannten Unternehmen zu beziehen (Verkaufsstätten-Ausschließlichkeit), verstoßen gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag.

Artikel 2

Eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag für die in Artikel 1 bezeichneten Vereinbarungen wird hiermit versagt.

Artikel 3

Die Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG wird verpflichtet, den Wiederverkäufern, mit denen sie noch laufende Vereinbarungen der in Artikel 1 genannten Art geschlossen hat, innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe der vorliegenden Entscheidung den Wortlaut der vorstehenden Artikel 1 und 2 unter Hinweis auf die Nichtigkeit der diesbezüglichen Vereinbarungen mitzuteilen.

Artikel 4

Der Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG wird bis zum 31. Dezember 1997 untersagt, Vereinbarungen der in Artikel 1 bezeichneten Art abzuschließen.

Artikel 5

Diese Entscheidung ist an die Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, Bucher Straße 137, D-W-8500 Nürnberg, gerichtet.

Brüssel, den 23. Dezember 1992

Für die Kommission

Leon BRITTAN

Vizepräsident

(1) Im Sinne der Erläuterungen zur Artikelgruppierung, Stand 21. Mai 1990, der Fachsparte Eiskrem des Bundesverbandes der Deutschen Süßwarenindustrie e.V.