SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PIETER VERLOREN VAN THEMAAT vom 12. November 1985 *

Inhalt

1. Einleitung 3049
2. Das schriftliche Vorbringen der Parteien 3050
2.1. Die Zulässigkeit der Klage 3050
2.2. Erste Rüge 3050
2.3. Zweite Rüge 3051
2.4. Dritte Rüge 3052
2.5. Vierte Rüge 3052
2.6. Fünfte Rüge 3052
2.7. Sechste Rüge 3053
2.8. Zusammenfassung 3054
3. Die verfahrensrechtlichen Rügen 3055
3.1. Vorbemerkung 3055
3.2. Die Zulässigkeit der Klage 3055
3.3. Die sechste Rüge 3056
4. Beurteilung der wesentlichen materiellrechtlichen Rügen 3057
4.1. Vorbemerkungen 3057
4.2. Die einschlägigen Ausführungen im Urteil Metro I 3058
4.3. Die vierte Rüge (Fehlen einer allgemeinen Marktuntersuchung) 3060
4.4. Die erste Rüge (Anwendung von Artikel 85 Absatz 1) 3062
4.5. Die zweite Rüge (Anwendung von Artikel 85 Absatz 3) 3065
4.6. Die übrigen Rügen 3070
5. Zusammenfassung, Schlußbemerkungen und Anträge 3070
5.1. Zusammenfassung 3070
5.2. Schlußbemerkungen 3071
5.3. Anträge 3072

* Aus dem Niederländischen übersetzt.

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Einleitung

1.1. Die zweite Rechtssache Metro, um die es hier geht, erscheint auf den ersten Blick banal. Sie betrifft eine Klage der Metro GmbH & Co. KG auf Aufhebung der Entscheidung der Kommission vom 21. Dezember 1983 (ABl. L 376, S. 41), mit der praktisch die Entscheidung vom 15. Dezember 1975, um die es in der ersten Rechtssache Metro (Rechtssache 26/76, Slg. 1977, 1875) ging, verlängert wird. Zwischen den Parteien ist nicht streitig, daß das SABA-Vertriebssystem, das die jetzt angefochtene Entscheidung betrifft, im Vergleich zu dem 1975 von der Kommission nicht beanstandeten System weniger geschlossen ist. Auf den ersten Blick scheint es also, daß der Gerichtshof in dieser Rechtssache aus den gleichen Gründen wie in der ersten Rechtssache Metro zur Abweisung der Klage kommen kann.

1.2. Der Schein trügt jedoch. In dieser zweiten Rechtssache Metro liegt der Schwerpunkt der von der Klägerin erhobenen Rügen nämlich auf dem Vorwurf, daß die Kommission in ihrer Entscheidung einer Reihe von Feststellungen unzureichend Rechnung getragen habe, die der Gerichtshof in seinem ersten Metro-Urteil getroffen hat und die Richtlinien für das zukünftige Vorgehen der Kommission enthalten. Diese Richtlinien hängen sämtlich mit der Struktur des Marktes für Unterhaltungselektronik im allgemeinen zusammen. Namentlich scheinen sie die Zulässigkeit eines selektiven Vertriebssystems eines einzelnen Herstellers davon abhängig zu machen, daß daneben noch andersartige Absatzwege anderer Hersteller bestehen und daß es nicht durch eine zu große Zahl selektiver Vertriebsnetze für dasselbe Erzeugnis zu einer Erstarrung der Marktstruktur kommt. Hierzu verweise ich auf die Randnummern 20, Satz 3 und 4, 21, Satz 5, 22, Satz 1 bis 3, und 50, Satz 3, dieses Urteils. Daß diese Ausführungen vor allem das zukünftige Vorgehen der Kommission betreffen, ergibt sich aus Randnummer 22, Satz 3, des ersten Metro-Urteils. Meines Erachtens folgt es aber auch aus dem Umstand, daß weder aus den Schlußanträgen von Generalanwalt Reischl noch aus dem Tatbestand oder den Entscheidungsgründen des Urteils hervorgeht, daß die Parteien zum Gesichtspunkt der allgemeinen Marktstruktur in der ersten Rechtssache Metro konkrete Angaben gemacht haben. Das Vorbringen der Parteien in jener Rechtssache war vielmehr vollständig auf das beanstandete SABA-System, ungeachtet der allgemeinen Marktstruktur, abgestellt.

In der vorliegenden Rechtssache ist die Frage der allgemeinen Marktstruktur zur Beurteilung der Entscheidung betreffend das SABA-Vertriebssystem dagegen von zentraler Bedeutung. Vor allem das Vereinigte Königreich hat als Streithelfer der Klägerin diesem Aspekt der Rechtssache grundlegende Bedeutung für das Vorgehen der Kommission im Hinblick auf selektive Vertriebssysteme im allgemeinen beigemessen. Besonders in der mündlichen Verhandlung hat es seinen Standpunkt in Beantwortung von Fragen des Gerichtshofes verdeutlicht.

1.3. Ich möchte Ihre Aufmerksamkeit nicht von diesem einzigen wirklich neuen und überdies grundlegenden Aspekt des Rechtsstreits ablenken und halte es daher nicht für erforderlich, in diesen Schlußanträgen eine vollständige Darstellung des Sachverhalts im Hinblick auf die Geschäftstätigkeit der Klägerin oder auf das selektive Vertriebssystem der SABA GmbH zu geben oder den Inhalt der jetzt angefochtenen Entscheidung zu übernehmen. An diesem Punkt beschränke ich mich auf die Feststellung, daß die Sachverhaltsdarstellung in der angefochtenen und veröffentlichten Entscheidung keine Angaben zur Marktstruktur (namentlich zu der Zahl und zu den Marktanteilen selektiver Vertriebssysteme sowie zur Preisent-

wicklung) enthält. Die rechtliche Begründung der Entscheidung geht auf diesen Aspekt ausschließlich und auch nur sehr kurz und ohne jede zahlenmäßige Erläuterung bei der Prüfung des SABA-Vertriebssystems an der Voraussetzung von Artikel 85 Absatz 3 Buchstabe b ein. Diese Voraussetzung besteht bekanntlich darin, daß die in Rede stehenden Beschränkungen den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, „für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten" (siehe hierzu II, B.4 Absätze 4 und 5 der Entscheidung). Auf die erwähnten Ausführungen im ersten Metro-Urteil und auf die Begründung der Entscheidung der Kommission in der vorliegenden Rechtssache werde ich bei der Untersuchung der Begründetheit der Klage noch ausführlich zurückkommen.

1.4. In meiner im *zweiten Abschnitt* dieser Schlußanträge gegebenen Zusammenfassung des Vorbringens der Parteien im schriftlichen Verfahren werde ich aus denselben Gründen auf das verfahrensrechtliche und das materiellrechtliche Vorbringen nur insoweit eingehen, als es mit dem erwähnten grundlegend neuen Aspekt dieser zweiten Rechtssache Metro im Zusammenhang steht. Nur soweit erforderlich werde ich am Ende meiner Schlußanträge auch noch auf das Vorbringen der Klägerin eingehen, das das SABA-Vertriebssystem als solches betrifft. Außerdem werde ich in diesem Abschnitt das Vorbringen der Parteien nur sehr kurz zusammenfassen. Ich gehe dabei davon aus, daß der Tatbestand des Urteils eine ausführlichere Zusammenfassung des Sachverhalts und des Verfahrensablaufs sowie des schriftlichen und mündlichen Vorbringens der Parteien enthalten wird und daß dieser Tatbestand — wie in Kartellsachen üblich — ebenfalls veröffentlicht wird. In meinen Schlußanträgen strebe ich damit zugleich an, eine doppelte Erläuterung der in dieser Hinsicht bestehenden Rechtspraxis und doppelte Arbeit für den Übersetzungsdienst und die Druckerei zu vermeiden. In meiner Beurteilung der Rechtssache werde ich auf das Vorbringen der Parteien aber selbstverständlich ausführlicher eingehen.

1.5. Im *dritten Abschnitt* meiner Schlußanträge werde ich das verfahrensrechtliche, im *vierten Abschnitt* das materiellrechtliche Vorbringen behandeln. Dabei werde ich auch die Ausführungen der Parteien in der mündlichen Verhandlung zur Verdeutlichung ihrer Standpunkte berücksichtigen. Im *fünften Abschnitt* werde ich dann wie gewöhnlich — nach einer Zusammenfassung meiner Feststellungen und einigen Schlußbemerkungen — meine Anträge im eigentlichen Sinne formulieren.

2. Das schriftliche Vorbringen der Parteien

2.1. Die *Zulässigkeit* der Klage wird ausschließlich von der SABA GmbH bestritten, von der Kommission dagegen ausdrücklich bejaht. Die SABA GmbH ist zum einen der Ansicht, daß die Klägerin kein Rechtsschutzinteresse habe, da sie keinen Großhandel, sondern Einzelhandel betreibe und die förmlichen Zulassungsvoraussetzungen des SABA-Vertriebssystems nicht erfülle. Zum anderen sei die Klägerin durch die streitige Entscheidung nicht unmittelbar und individuell betroffen, da diese nicht auf einen Antrag der Klägerin nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 ergangen sei. Es genüge nicht, daß die Klägerin als eine möglicherweise am Kauf von SABA-Erzeugnissen interessierte Partei angesehen werden könne. Auf das schriftliche und mündliche Vorbringen der Kommission zur Bejahung der Zulässigkeit werde ich in Abschnitt 3 meiner Schlußanträge näher eingehen.

2.2. Als *erste* materiellrechtliche *Rüge* macht die Klägerin geltend, die Kommission habe ermessensfehlerhaft gehandelt, indem sie bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 den vom Gerichtshof im Urteil in der

Rechtssache 26/76 aufgestellten Voraussetzungen nicht Rechnung getragen habe. Sie verweist dazu insbesondere auf Randnummer 22 der Entscheidungsgründe dieses Urteils. In ihrer Erwiderung weist sie darauf hin, daß selbst ein sogenanntes „einfaches" selektives Vertriebssystem nur dann mit Artikel 85 Absatz 1 vereinbar sei, wenn auf dem Markt ein wirksamer Wettbewerb herrsche. Die in dieser Hinsicht im ersten Metro-Urteil vom Gerichtshof aufgestellten Voraussetzungen habe die Kommission verkannt. Auch habe sie die Urteile vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 99/79 (Lancôme, Slg. 1980, 2511) und vom 11. Dezember 1980 in der Rechtssache 31/80 (L'Oréal, Slg. 1980, 3775) nicht berücksichtigt.

Auch nach Ansicht der *Regierung des Vereinigten Königreichs* hat die Kommission dem ersten Metro-Urteil und dem letztgenannten Urteil unvollkommen Rechnung getragen.

Die *Kommission* hat dieser ersten Rüge in ihrer Gegenerwiderung entgegengehalten, daß die Vereinbarkeit eines einfachen selektiven Vertriebssystems mit Artikel 85 Absatz 1 entgegen der Auffassung der Klägerin nicht davon abhänge, daß der Wettbewerb dadurch nicht spürbar beeinflußt werde. Folglich habe eine eventuelle Konzentration solcher Systeme keinerlei Einfluß auf deren Vereinbarkeit mit Artikel 85 Absatz 1. Die Existenz ähnlicher Systeme brauche nur bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 berücksichtigt zu werden.

Auch die *SABA GmbH* hält es für die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 für unerheblich, ob ein „einfaches" selektives Vertriebssystem den Selbstbedienungshandel vom Vertrieb ausschließe, wenn dieser die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfülle, ob der Markt einen hohen Konzentrationsgrad aufweise oder ob die Preisstruktur starr sei. Auch nach Ansicht der SABA GmbH kommt es auf diese Aspekte nur bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 an.

Die *Regierung der Bundesrepublik Deutschland* weist namentlich darauf hin, daß die Starrheit der Preisstruktur unabhängig von der Anzahl der selektiven Vertriebssysteme seit 1975 nicht zu-, sondern abgenommen habe, und zwar vor allem unter dem Druck der japanischen Konkurrenz.

Auf das schriftliche und mündliche Vorbringen der Parteien zur Erläuterung ihres jeweiligen Standpunkts werde ich bei der Beurteilung dieser Rüge zurückkommen.

2.3. Mit der *zweiten Rüge* macht die Klägerin eine ermessensfehlerhafte Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 geltend. Unter Hinweis auf den von der Kommission vorgelegten Mackintosh-Bericht führt sie zu dem von mir als zentral bezeichneten Problem namentlich aus, daß die selektiven Vertriebssysteme in Wahrheit dazu dienten, zum Nachteil der Verbraucher die Geschäfte auszuschließen, die durch den Verkauf zu niedrigeren Preisen das „Image" des Erzeugnisses beeinträchtigen könnten. In diesem Zusammenhang weist die Klägerin im Hinblick auf das Kriterium des „Vorteils für die Verbraucher" auch auf Schritte hin, die das Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 am 25. Juli 1980 unternommen habe. Diese Vereinigung habe ihre Besorgnis über eine erneute Freistellung des SABA-Vertriebssystems und der Zunahme selektiver Vertriebssysteme in diesem Sektor zum Ausdruck gebracht. Das übrige Vorbringen zur Begründung dieser Rüge bezieht sich auf die SABA-Verträge im besonderen. Auch das Vereinigte Königreich bezieht sich in seinem schriftlichen Vorbringen besonders auf das SABA-Vertriebssystem, hat jedoch auch seinerseits einen Bericht über die Marktstruktur vorgelegt. Auf die Marktstruktur ist das Vereinigte Königreich aber erst bei der Behandlung der vierten Rüge näher eingegangen.

Auch die Kommission und die SABA GmbH sind im schriftlichen Verfahren in bezug auf

diese Rüge ausschließlich auf das SABA-Vertriebssystem und seinen Marktanteil eingegangen. Neben der Klägerin hat sich nur die Regierung der Bundesrepublik Deutschland im schriftlichen Verfahren auch zur Marktstruktur im allgemeinen Sinn geäußert. Nach Ansicht der Regierung der Bundesrepublik Deutschland darf ein Händler nicht die Möglichkeit haben, den Herstellern seine Absatzpolitik aufzuzwingen. Die Entwicklung der verschiedenen Vertriebsformen müsse statt dessen ausschließlich von der Wahl der Verbraucher abhängen. Diese Wahlfreiheit werde durch die große Zahl europäischer und japanischer Lieferer mit je verschiedenen Vertriebssystemen und durch eine große Auswahl von Vertriebsformen gewährleistet. Die selektiven Vertriebssysteme in der Bundesrepublik Deutschland schlössen auch den Selbstbedienungsgroßhandel nicht allgemein vom Vertrieb der in Rede stehenden Erzeugnisse aus. Der Marktanteil dieser Vertriebsform sei vielmehr — auch auf dem deutschen Markt — nicht unbedeutend.

2.4. Mit ihrer *dritten Rüge* wirft die Klägerin der Kommission Ermessensfehlgebrauch vor, weil sie der tatsächlichen Anwendung der SABA-Verträge nicht Rechnung getragen habe. Diesen Vorwurf hat die Klägerin ausführlich erläutert.

2.5. Mit der *vierten Rüge* macht die Klägerin geltend, die Kommission habe ermessensfehlerhaft gehandelt, indem sie die streitige Entscheidung auf begrenzte, unvollständige und in ihrem Ergebnis überholte Sachermittlungen gestützt habe. Auf den Mackintosh-Bericht lasse sich die Entscheidung nicht stützen, denn dieser Bericht sei erst zwei Monate nach Erlaß der angefochtenen Entscheidung fertiggestellt worden und behandele die im vorliegenden Fall relevanten Probleme nicht. Gleichwohl sei dieser Bericht der einzige Beweis, den die Kommission zur Rechtfertigung ihrer Entscheidung angeführt habe. Eine eigene Untersuchung der Klägerin vom August 1984 über die Gewinnspannen der Einzelhändler auf dem Markt für Farbfernsehgeräte in der Bundesrepublik Deutschland und im Vereinigten Königreich habe völlig andere Ergebnisse erbracht.

Auch die *Regierung des Vereinigten Königreichs* wirft der Kommission insoweit vor, daß sie die relevanten Aspekte des Falles nicht erneut vor dem Hintergrund der aktuellen Marktbedingungen untersucht habe. Folglich seien die Argumente, die die Kommission in der angefochtenen Entscheidung für ihre Schlußfolgerung anführe, offenkundig unzureichend. Die verfügbaren Beweise trügen diese Schlußfolgerung nicht. Die Kommission habe den Veränderungen in der allgemeinen Vertriebsstruktur bei den betreffenden Erzeugnissen, den Folgen dieser Veränderungen für den Wettbewerb und der verstärkten Konzentration auf der Herstellerebene im betroffenen Sektor nicht hinreichend Rechnung getragen. Die Regierung des Vereinigten Königreichs weist in diesem Zusammenhang auf eine eigene Untersuchung von R. M. Grant von der London Business School über das Bestehen und die Anwendung selektiver Vertriebssysteme im Vereinigten Königreich hin.

Die *Kommission* hält dem entgegen, daß sie in der streitigen Entscheidung die relevanten Aspekte der Marktstruktur in der gesamten Gemeinschaft behandelt habe. Sie bestreitet ferner, daß die Wettbewerbsstruktur auf dem Markt durch die in jüngster Zeit verstärkte Konzentration in dem betroffenen Sektor spürbar beeinflußt werde, und verweist insoweit auf die Feststellungen in dem im Februar 1984 erstellten Mackintosh-Bericht.

2.6. Mit ihrer *fünften Rüge* macht die Klägerin geltend, die Kommission habe der SABA GmbH und der Thomson-Brandt-Gruppe mit der Freistellung des SABA-Vertriebssystems nach Artikel 85 Absatz 3 den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung

auf dem Markt für Unterhaltungselektronik im allgemeinen und für Farbfernsehgeräte und Videorecorder im besonderen ermöglicht. Nach ihrer Übernahme bildeten die Unternehmen der Thomson-Brandt-Gruppe eine wirtschaftliche Einheit, die in jedem der Teilmärkte des Marktes für langlebige Verbrauchsgüter der Unterhaltungselektronik nach den Kriterien, die der Gerichtshof in seinen Urteilen vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76 (Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461) und vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 48/69 (ICI, Slg. 1972, 619) entwickelt habe, über eine beherrschende Stellung verfüge. Mit der Einführung ihres wettbewerbsbeschränkenden Vertriebssystems und namentlich ihrer Weigerung, die Klägerin zu beliefern, habe die SABA GmbH diese Stellung mißbraucht im Sinne der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofes (Urteile vom 21. Februar 1984 in der Rechtssache 86/82, Hasselblad, Slg. 1984, 883, und vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76, United Brands, Slg. 1978, 207).

Nach Ansicht der *Kommission* haben die einzelnen Unternehmen der Thomson-Brandt-Gruppe auf der Vertriebsebene ihre Unabhängigkeit behalten. Ihre Vertriebssysteme unterschieden sich in wesentlichen Punkten voneinander. Somit müsse für die Untersuchung, ob eine beherrschende Stellung vorliege, von der Marktposition der SABA GmbH und nicht von derjenigen der Thomson-Brandt-Gruppe insgesamt ausgegangen werden. Die Klägerin habe nicht nachgewiesen oder auch nur behauptet, daß der Marktanteil der SABA GmbH auf dem relevanten Markt, der 1977 5 bis 10 % betragen habe, seither zugenommen habe. Auch wenn man unterstelle, daß die Klägerin zu Recht die Marktanteile der Unternehmen der Thomson-Brandt-Gruppe insgesamt berücksichtige, lasse sich den von ihr selbst vorgetragenen Zahlen keine beherrschende Stellung entnehmen. Auf dem Gebiet der Herstellung von Unterhaltungselektronik verfüge diese Gruppe nicht über eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt insgesamt oder einem wesentlichen Teil desselben, so daß die Frage eines Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung keiner Untersuchung bedürfe.

Die *SABA GmbH* betont, daß die deutschen Unternehmen der Thomson-Brandt-Gruppe keine marktbeherrschende Stellung einnähmen. Andernfalls hätte das Bundeskartellamt zwischen 1979 und 1983 die Übernahme deutscher Unternehmen durch die Thomson-Brandt-Gruppe nicht zugelassen.

Auch die *Regierung der Bundesrepublik Deutschland* bestreitet die Behauptung der Klägerin, daß die Thomson-Brandt-Gruppe oder die SABA GmbH über eine marktbeherrschende Stellung verfügten. Im übrigen sei auch ein marktbeherrschendes Unternehmen berechtigt, gegenüber einem Händler die Lieferung zu verweigern, der die qualitativen Kriterien für die Zulassung als Vertragshändler nicht erfülle. Insbesondere dann, wenn das betreffende Unternehmen, schon lange bevor es marktbeherrschend geworden sei, einen selektiven Vertrieb angewandt habe, fehle es an der Ausnutzung einer beherrschenden Stellung.

2.7. Mit ihrer *sechsten Rüge* macht die Klägerin geltend, daß die angefochtene Entscheidung angesichts der wesentlichen Änderungen, die die SABA GmbH an ihrem ursprünglichen System vorgenommen habe, nicht lediglich eine Verlängerung der ersten Freistellungsentscheidung darstelle, sondern eine neue Freistellung enthalte. Ohne erneute und förmliche Anmeldung des geänderten SABA-Vertriebssystems gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 sei die Kommission nicht zum Erlaß einer Freistellungsentscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag befugt gewesen. In jedem Fall weiche die konkrete Handhabung des SABA-Vertriebssystems erheblich von den ursprünglich angemeldeten Vertriebsbedingungen und den in den neuen Musterverträgen aufgestellten Bedingungen ab.

In der *Erwiderung* führt die Klägerin aus, die Kommission selbst habe die früheren von den derzeit geltenden SABA-Verträgen unterschieden, indem sie in der Entscheidung erklärt habe, daß die Verträge mehrfache Änderungen erfahren hätten. Sie verweist insoweit auf das Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 30/78 (Distillers, Slg. 1980, 2229).

Nach Ansicht der *Kommission* bedurfte es dagegen nach der Verordnung Nr. 27 der Kommission vom 6. Februar 1962 (ABl. 1962, S. 1118) im vorliegenden Fall keiner neuen Anmeldung, da es um die Verlängerung einer Freistellungsentscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 gegangen sei, deren Geltungsdauer abgelaufen gewesen sei. Die ursprüngliche Anmeldung des SABA-Vertriebssystems decke die späteren Änderungen und Verbesserungen, die ordnungsgemäß bei der Kommission angemeldet worden seien. In einem solchen Fall schreibe Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 nur vor, daß das Unternehmen einen Antrag stelle. Selbst wenn man dem Vorbringen der Klägerin folge, ändere dies nichts an der Befugnis der Kommission, für das SABA-Vertriebssystem in seiner heutigen Form eine Freistellung zu erteilen, sondern könne lediglich den Widerruf der der SABA GmbH erteilten Freistellung nach Artikel 8 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 rechtfertigen.

In der *Gegenerwiderung* führt die Kommission aus, die Anmeldung nach der Verordnung Nr. 17 stehe einfach einem Freistellungsantrag gleich und lege einen Zeitpunkt fest, über den eine rückwirkende Freistellung normalerweise nicht hinausgehen könne. Nach Anmeldung einer Vereinbarung genüge es, der Kommission spätere Änderungen mitzuteilen, ohne daß es einer förmlichen Anmeldung bedürfe, um der in Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 17 niedergelegten und mit Geldbuße bewehrten Verpflichtung zu richtigen und vollständigen Angaben zu genügen.

Nach Ansicht der *SABA GmbH* brauchen bei einem Verlängerungs- oder Erneuerungsantrag nach Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 keine Förmlichkeiten eingehalten zu werden. Das gelte auch für die Änderungen der Vereinbarungen, die der Kommission während des Verfahrens mitgeteilt würden. Eine Wiederholung der Anmeldung mittels des Formblatts A/B bei jeder Änderung des Vereinbarungstextes wäre eine sinnlose Formalität.

Die *Regierung der Bundesrepublik Deutschland* teilt diese Auffassung der Kommission und der SABA GmbH. Die von der Klägerin postulierte Verfahrensweise wäre ein überflüssiger Formalismus und würde das Verfahren impraktikabel machen.

2.8. *Zusammenfassung*

Die zu Beginn dieser Schlußanträge aufgeworfene grundlegend neue Frage, ob die Kommission der allgemeinen Marktstruktur bei Unterhaltungselektronik ausreichend — und namentlich im Einklang mit dem ersten Metro-Urteil — Rechnung getragen hat, wird insbesondere bei der ersten Rüge (Anwendung von Artikel 85 Absatz 1), der zweiten Rüge (Anwendung von Artikel 85 Absatz 3) und der vierten Rüge (tatsächliche Grundlagen der Entscheidung) behandelt. Ein beschränkterer Aspekt der zentralen Frage (angeblicher Mißbrauch einer beherrschenden Stellung) wird ferner in der fünften Rüge behandelt. Die sechste Rüge ist verfahrensrechtlicher Art. Ich werde sie deshalb wie angekündigt zusammen mit der Frage der Zulässigkeit im folgenden Abschnitt behandeln.

3. Die verfahrensrechtlichen Rügen

3.1. *Vorbemerkung*

Die von der SABA GmbH aufgeworfene Frage nach der Zulässigkeit der Klage und die sechste Rüge der Klägerin stehen deutlich im Zusammenhang miteinander. Für die SABA GmbH ergibt sich die Unzulässigkeit der Klage unter anderem aus dem von der Kommission im vorliegenden Fall angewandten Verfahren zur Verlängerung der ersten Freistellungsentscheidung (die nicht in Anwendung von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 ergangen sei). Dieses Verfahren hält auch die Klägerin selbst für nicht vereinbar mit der Verordnung Nr. 17. Ich werde diese beiden prozeßrechtlichen Gesichtspunkte daher in diesem Abschnitt behandeln.

3.2. *Die Zulässigkeit der Klage*

Die Kommission hat ihren Standpunkt in der Zulässigkeitsfrage in der mündlichen Verhandlung ausführlich erläutert. Die Zulässigkeit ergibt sich für sie im weiteren Rahmen von Klagen Dritter gegen Freistellungsentscheidungen nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag. Die Klägerin erfülle die Voraussetzung, durch die angefochtene Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen zu sein. Die Entscheidung betreffe die Klägerin *unmittelbar*, weil sie Artikel 85 Absatz 1 für nicht anwendbar auf das selektive Vertriebssystem der SABA GmbH erkläre. Individuelle Freistellungsentscheidungen dieser Art und Entscheidungen nach Artikel 9 der Verordnung Nr. 17 begünstigten eine bestimmte Person und beschwerten eine andere Person, wie Generalanwalt Roemer in der Rechtssache 25/62 (Plaumann, Slg. 1963, 243) zu Recht ausgeführt habe. Die beschwerende Wirkung ergebe sich bei solchen Freistellungsentscheidungen unmittelbar aus der Entscheidung selbst. Durchführungsmaßnahmen seien dazu nicht erforderlich. Die Beschwer liege im übrigen nicht in der Beeinträchtigung bloßer geschäftlicher Möglichkeiten, Chancen oder Aussichten auf dem Markt, sondern treffe rechtlich geschützte Belange der betroffenen Unternehmen. Dieser rechtliche Schutz ergebe sich direkt aus der unmittelbaren Wirkung des Verbots des Artikels 85 Absatz 1. Der Gerichtshof habe nicht nur diese unmittelbare Wirkung von Artikel 85 Absatz 1 in ständiger Rechtsprechung ausdrücklich bekräftigt. Er habe auch wiederholt festgestellt, daß dieses Verbot für die einzelnen Rechte schaffe, die in zivilrechtlichen Streitigkeiten geltend gemacht werden könnten. Die Kommission weist in diesem Zusammenhang unter anderem auf Randnummer 16 des Urteils vom 30. Januar 1974 in der Rechtssache 127/73 hin (BRT/Sabam, Slg. 1974, 51).

Wenn das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 individuelle Rechte zugunsten der Personen schaffe, die von den Auswirkungen eines Kartells betroffen seien, entziehe eine Entscheidung, mit der dieses Verbot für nicht anwendbar erklärt werde, diese individuellen Rechte. Die Kommission illustriert die Bedeutung dieser Schlußfolgerung anhand des vorliegenden Falls. Ohne die Freistellungsentscheidung wären die SABA GmbH und ihre anerkannten Händler zwar nicht verpflichtet, aber doch frei gewesen, jeden Abnehmer, also auch nicht anerkannte Händler, zu beliefern, und die Klägerin wäre normalerweise in der Lage gewesen, die SABA-Erzeugnisse auf die eine oder andere Weise zu beziehen. Im Falle einer Verkaufsverweigerung aufgrund einer abgestimmten Verkaufspolitik der SABA GmbH und ihrer Händler hätte die Klägerin Schadensersatzklage erheben können.

Die Kommission hält die Klägerin auch für *individuell* betroffen durch die angefochtene Entscheidung. Anhand der vom Gerichtshof entwickelten Kriterien lasse sich die Klägerin von anderen, ebenfalls unmittelbar durch die Entscheidung betroffenen Unternehmen namentlich dadurch unterscheiden, daß sie

vor und nach der auf Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 gestützten Veröffentlichung der Absicht der Kommission, erneut eine Freistellungsentscheidung zugunsten des selektiven SABA-Vertriebssystems zu erlassen, schriftliche Bemerkungen bei der Kommission eingereicht habe. Im Abschnitt I.C der Entscheidung seien unter anderen auch die Bemerkungen der Klägerin ausdrücklich erwähnt und in Teil II der Entscheidung verworfen worden. Nach Ansicht der Kommission wird die Klägerin durch die Einreichung dieser Bemerkungen in der gleichen Weise individualisiert wie durch die Einreichung einer (auf Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 gestützten) Beschwerde, um die es sich im ersten Metro-Urteil gehandelt habe. Ein Antrag auf Anhörung oder die Einreichung schriftlicher Bemerkungen aufgrund einer Veröffentlichung nach Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung sei sogar der normale Weg, Einwände gegen eine beabsichtigte Freistellung vorzubringen. Aufgrund der damit erlangten Informationen könne die Kommission dann eventuell die beantragte Freistellung verweigern. Für die betroffenen dritten Unternehmen gebe es aus den genannten Gründen keinen Anlaß, nach Abgabe ihrer Bemerkungen noch weitere Schritte gegen das Kartell zu unternehmen. Werde eine Freistellung aufgrund dieser Bemerkungen verweigert, müsse aufgrund der Anmeldung davon ausgegangen werden, daß die betroffenen Unternehmen nach Ablehnung des Freistellungsantrags die Vertragsregeln beachteten und deshalb die Kartellvereinbarung nicht weiter anwendeten, auch ohne daß ihnen eine dahin gehende Verpflichtung auferlegt werde. Klagebefugt seien schließlich auch nicht nur Unternehmen, die besondere Beziehungen zur Kommission hergestellt hätten. Zum Beispiel individualisiere auch die Beteiligung an einem Zivilrechtsstreit vor einem nationalen Gericht gegen eines oder mehrere Mitglieder des in Rede stehenden Kartells ein drittes Unternehmen hinreichend, um seine Klage für zulässig zu halten, sofern dieser Zivilrechtsstreit bei Erlaß der angefochtenen Entscheidung bereits anhängig gewesen sei.

Soweit sich dieses Vorbringen auf die Frage der Zulässigkeit einer Klage Dritter gegen eine Freistellungsentscheidung bezieht, halte ich es für überzeugend. Auch nach meiner Ansicht ist also die Klage, die die von der Kommission zutreffend dargelegten Voraussetzungen erfüllt, zulässig. Die Kommission hat erkennbar Wert darauf gelegt, ihre Ansicht so umfassend darzulegen, daß sie auch in anderen Fällen Anwendung finden kann. Ich habe es daher für die Rechtspraxis für nützlich erachtet, die Auffassung der Kommission umfassend wiederzugeben. Da das Vorbringen der SABA GmbH, mit dem diese sich gegen die Zulassung der Klage wendet, implizit widerlegt ist, gehe ich darauf nicht mehr besonders ein.

3.3. *Die sechste Rüge der Klägerin*

Wie schon dargelegt ist die Klägerin der Auffassung, daß die angefochtene Entscheidung keine Verlängerung der ersten Freistellung, sondern eine neue Freistellung enthalte. Diese hätte jedoch nur nach erneuter förmlicher Anmeldung des geänderten SABA-Vertriebssystems gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 erfolgen dürfen. Aus den von der Kommission angeführten Gründen, die ich bereits wiedergegeben habe, bin ich mit dieser jedoch der Ansicht, daß es sich im vorliegenden Fall sehr wohl um einen Antrag auf Verlängerung einer Freistellung handelte, für den nach Artikel 8 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 die Einreichung eines Antrags — nach einfacher Mitteilung der vorgenommen Änderungen — genügt. Wie die SABA GmbH und die Regierung der Bundesrepublik Deutschland ausgeführt haben, wäre die Wiederholung der Anmeldung mittels eines Formblatts A/B bei jeder Änderung des Textes einer Vereinbarung eine sinnlose Formalität. Die sechste Rüge der Klägerin ist daher meines Erachtens zurückzuweisen.

4. Beurteilung der wesentlichen materiellrechtlichen Rügen

4.1. *Vorbemerkungen*

a) In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission nochmals ihren Standpunkt dargelegt, daß im vorliegenden Fall der EWG-Markt insgesamt als der räumlich relevante Markt anzusehen sei.

Das selektive Vertriebssystem der SABA GmbH gilt in der Tat für die gesamte EWG. Dieser Umstand schließt jedoch keineswegs aus, daß *auch* der deutsche Markt als ein im vorliegenden Fall räumlich relevanter Markt angesehen werden muß. Wie ich in meinen Schlußanträgen vom 21. Juni 1983 in der Rechtssache 322/81 (NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461, 3529) bereits ausgeführt habe, kann „ein Unternehmen durchaus auf dem Weltmarkt tätig sein, ohne dort eine beherrschende Stellung einzunehmen, und gleichzeitig auf dem Gemeinsamen Markt oder auf dem nationalen Markt eines oder mehrerer Mitgliedstaaten eine beherrschende Stellung innehaben". Das gilt entsprechend für eine Kartellabsprache im allgemeinen oder ein selektives Vertriebssystem im besonderen, das auf einem bestimmten nationalen Markt eine stärkere wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben kann als auf einem anderen nationalen Markt oder auf dem Gemeinsamen Markt insgesamt. Das kann eine Folge sowohl des eigenen Marktanteils als auch der betreffenden nationalen Marktstruktur im allgemeinen sein. Dabei ist bei selektiven Vertriebssystemen besonders zu berücksichtigen, ob es ein koordiniertes oder unkoordiniertes paralleles Verhalten anderer Hersteller gibt.

Ferner gibt es einen allgemeinen und einen besonderen Grund, warum *auch* der deutsche Markt als ein relevanter Markt für die Beurteilung des SABA-Vertriebssystems angesehen werden muß.

Der allgemeine Grund ist, daß der Gemeinsame Markt noch keineswegs voll verwirklicht ist. Das hat die Kommission in einem Weißbuch unlängst noch einmal eindrucksvoll dargelegt. Der freie Warenverkehr wird vor allem noch durch zahlreiche technische, administrative und fiskalische Handelshemmnisse eingeschränkt, zu denen natürlich auch die Hindernisse auf dem Gebiet des Straßengüterverkehrs gerechnet werden müssen. Die Kommission schätzt die jährlichen Kosten dieser Handels- und Verkehrshemmnisse für die Wirtschaft insgesamt auf etwa 125 Milliarden HFL. Die technischen und fiskalischen Handelshemmnisse wie auch die Transportkosten betreffen auch Farbfernsehgeräte, die die Klägerin aus anderen Mitgliedstaaten beziehen wollte. Nach dem im Auftrag der Kommission erstellten Mackintosh-Bericht bestehen technische Handelshemmnisse in diesem Sektor insbesondere auch in der Bundesrepublik Deutschland. Solange solche Handelshemmnisse bestehen, sind auch nationale Märkte der Mitgliedstaaten als relevante Märkte für die Anwendung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag anzusehen. In meinen Schlußanträgen vom 19. Juni 1985 in der Rechtssache 161/84 (Pronuptia, Slg. 1986, 355) habe ich bereits ausgeführt, daß aus diesem Grund aus der amerikanischen Rechtsprechung zu vertikalen Vertriebsbindungen nur unter Vorbehalt Schlüsse für die EWG-Praxis gezogen werden können.

Für selektive Vertriebssysteme in der Bundesrepublik Deutschland kommt noch ein besonderer Grund hinzu, der den deutschen Markt als relevanten Markt erscheinen läßt. Im Verfahren hat sich herausgestellt, daß solche selektiven Vertriebssysteme nach deutschem Recht nur dann rechtmäßig (im Hinblick auf Klagen wegen unlauteren Wettbewerbs) sind, wenn sie lückenlos gehandhabt werden. Aus diesem Grund sind Hersteller, die in Deutschland ein solches System anwenden wollen, praktisch verpflichtet, auch die Einfuhr oder Wiederein-

fuhr über andere Vertriebskanäle als das selektive Vertriebssystem zu verhindern. Das gemeinschaftsweite System der SABA GmbH bezweckt mit anderen Worten in der Praxis auch, die Paralleleinfuhr über andere Vertriebskanäle als die anerkannten ausländischen SABA-Händler zu verhindern.

b) Wie schon dargelegt, steht in der Klageschrift der Vorwurf im Mittelpunkt, daß die Kommission mit ihrer Entscheidung dem im ersten Metro-Urteil aufgestellten Erfordernis, daß auch die Marktstruktur bei den betreffenden Erzeugnissen im allgemeinen zu untersuchen ist, nicht hinreichend Rechnung getragen habe. Dieser Vorwurf wird in bezug auf die Anwendung sowohl von Artikel 85 Absatz 1 als auch von Artikel 85 Absatz 3 in der Klageschrift näher ausgeführt und in der vierten Rüge allgemein erläutert.

Ich werde daher im folgenden zunächst die betreffenden Ausführungen im ersten Metro-Urteil näher analysieren (4.2). Danach werde ich die vierte Rüge der Klägerin prüfen, mit der dieser Vorwurf in seiner allgemeinsten Form erhoben wird (4.3). Sodann werde ich nacheinander (unter 4.4) die erste Rüge der Klägerin (mit der aus diesem Hauptvorwurf Schlüsse im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 1 gezogen werden) (unter 4.5), die zweite Rüge (betreffend die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3) und (unter 4.6) die fünfte Rüge (Mißachtung von Artikel 86) beurteilen. Abschließend werde ich dann meine Stellungnahme zu den wichtigsten materiellrechtlichen Rügen der Klägerin zusammenfassen.

4.2. *Die einschlägigen Ausführungen im Urteil Metro I*

Die Bedeutung, die das erste Metro-Urteil der allgemeinen Marktstruktur für die Beurteilung der Anwendbarkeit von Artikel 85 auf selektive Vertriebssysteme beimißt, geht *vor allem* aus Satz 3 von Randnummer 20 der Entscheidungsgründe hervor. Der Gerichtshof stellt dort fest, daß bei langlebigen, hochwertigen und technisch hochentwickelten Verbrauchsgütern „die Marktstruktur nicht [hindert], daß es *unterschiedliche*, den Eigenheiten der verschiedenen Hersteller *und den Bedürfnissen der verschiedenen Verbrauchergruppen angepaßte Vertriebswege* gibt" (Hervorhebungen von mir). In Satz 4 folgert der Gerichtshof daraus, daß „die Kommission zu Recht anerkannt [hat], daß selektive Vertriebssysteme *neben anderen* ein mit Artikel 85 Absatz 1 vereinbarer Bestandteil des Wettbewerbs sind, sofern ..." (es folgt das Erfordernis objektiver und qualitativer Auswahlgesichtspunkte). Mit dem Wort „anderen" weist der Gerichtshof meines Erachtens erkennbar auf andersartige Vertriebskanäle als die im davorstehenden Satz genannten hin.

Satz 5 von Randnummer 21 lautet:

„Das Bestreben, für den Fachgroß- und -einzelhandel ein gewisses Preisniveau aufrechtzuerhalten, welches mit dem Bestreben einhergeht, im Interesse des Verbrauchers die Möglichkeit des Fortbestands dieses Vertriebsweges *neben neuen Vertriebsformen* mit andersartiger Wettbewerbspolitik zu erhalten, gehört zu den Zielen, die verfolgt werden dürfen, ohne daß dabei zwangsläufig gegen das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 verstoßen würde, und kann, sollte letzteres ganz oder teilweise der Fall sein, den Tatbestand des Artikels 85 Absatz 3 erfüllen."

Diese Ausführungen werden in der folgenden Randnummer 22 wie folgt zusammengefaßt und ergänzt:

„Die von beiden Seiten zur Frage des Vorhandenseins eines Preiswettbewerbs zwischen den SABA-Händlern angeführten Zahlen gestatten zwar die Feststellung einer gewissen Starrheit der Preisstruktur, sie rechtfertigen jedoch insbesondere wegen des Vorhandenseins anderer Faktoren des Wettbewerbs zwischen Erzeugnissen derselben Marke (intra-brand) sowie des Vorhanden-

seins eines wirksamen Wettbewerbs zwischen verschiedenen Marken nicht die Schlußfolgerung, daß der Wettbewerb im Bereich der Unterhaltungselektronik beschränkt oder ausgeschaltet sei. Allerdings wird die Kommission darauf zu achten haben, daß diese Starrheit der Preisstruktur nicht noch stärker wird, was geschehen könnte, wenn die Anzahl der selektiven Vertriebsnetze für den Absatz desselben Erzeugnisses größer werden sollte. Die Kommission hat die beantragte Freistellung nur für den Zeitraum bis zum 21. Juli 1980 erteilt. Sie hat sich dadurch die Möglichkeit vorbehalten, binnen angemessener Frist die diesbezüglichen Auswirkungen ihrer Entscheidung erneut zu prüfen."

Aus der bereits getroffenen Feststellung, daß die Kommission in der ersten SABA-Entscheidung — ebenso, mit Ausnahme eines Abschnitts, wie in der hier angefochtenen zweiten SABA-Entscheidung — ihre Ermittlungen auf das SABA-Vertriebssystem beschränkt hat, ziehe ich den Schluß, daß der Gerichtshof mit diesen Ausführungen zum Ausdruck gebracht hat, daß es bei der Beurteilung eines individuellen selektiven Vertriebssystems der hier in Rede stehenden Art nach Artikel 85 Absätze 1 und 3 entscheidend darauf ankommt, ob neben dem betreffenden Vertriebssystem in ausreichender Zahl andere „Vertriebswege" (Randnr. 20) oder „neue Vertriebsformen" (etwa Supermärkte und Discountläden) zur Verfügung stehen (Randnr. 21), die „den Bedürfnissen der verschiedenen Verbrauchergruppen angepaßt" sind (Randnr. 20). Damit wird an die ältere Rechtsprechung, namentlich das auch in diesem Verfahren zitierte erste Haecht-Urteil angeknüpft (Rechtssache 23/67, Slg. 1967, 543), wo es (S. 556) zu der fraglichen Brauerei-Vereinbarung heißt:

„Eine Vereinbarung darf also für die Entscheidung, ob sie unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fällt, nicht aus diesem Zusammenhang, d. h. aus den tatsächlichen oder rechtlichen Begleitumständen, die dazu führen, daß sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt, gelöst werden. Für die Prüfung, ob die Vereinbarung auf derartige Wirkungen gerichtet ist, kann es auf das Bestehen gleichartiger Verträge dann ankommen, wenn die Verträge in ihrer Gesamtheit geeignet sind, die Freiheit des Handels einzuschränken."

Wie ich schon in meinen Schlußanträgen vom 19. Juni 1985 in der Rechtssache 161/84 (Pronuptia) unter 3.3 ausgeführt habe, ergibt sich aus Randnummer 5 des Urteils in der Rechtssache 43/69 (Bilger/Jehle, Slg. 1970, 127), daß der Gerichtshof in diesem Zusammenhang auch an Vertriebssysteme mit ähnlichen Ausschlußwirkungen zu Lasten Dritter (dort anderer Erzeuger) gedacht hat, die von anderen Herstellern angewandt werden.

Für die Beurteilung des vorliegenden Falls ist dabei von Bedeutung, daß sich aus den beiden letztgenannten Urteilen deutlich ergibt, daß die parallele wettbewerbsbeschränkende Wirkung mehrerer Alleinvertriebssysteme (in jenen Urteilen Brauereiverträge, hier selektive Vertriebssysteme) bereits bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 und nicht nur bei der Anwendung von Absatz 3 dieses Artikels berücksichtigt werden muß.

In meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Pronuptia habe ich ferner darauf hingewiesen, daß auch die amerikanische Rechtsprechung seit dem Sylvania-Urteil von 1977 in bezug auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (ausschließliche Bezugsregelungen) für den Handel im allgemeinen für erforderlich hält zu berücksichtigen, ob ein tatsächlicher Wettbewerb mit anderen Produkten besteht. Dabei muß dann natürlich auch das Bestehen unterschiedlicher Vertriebssysteme berücksichtigt werden. Wie ich in diesen Schlußanträgen ebenfalls dargelegt habe, unterschied die amerikanische

Rechtsprechung zur Zeit des Sylvania-Urteils noch nicht zwischen den einzelnen Arten ausschließlicher Vertriebssysteme, wie Alleinvertriebsverträgen, selektiven Vertriebssystemen und Franchiseverträgen. Dieser Unterschied wird, wie die von mir angeführte Literatur zeigt, erst später gemacht. Wie dem auch sei, meines Erachtens steht die im Sylvania-Urteil vertretene Auffassung und die damit übereinstimmende Auffassung, die der Gerichtshof in den Urteilen Haecht I, Bilger/Jehle und Metro I vertritt, im Einklang mit dem Erfordernis einer aus wirtschaftlicher Sicht realistischen Haltung in der Frage eines durch die Kartellpolitik aufrechtzuerhaltenden tatsächlichen Wettbewerbs. Es ist nicht realistisch, dabei ausschließlich die Wirkungen eines Vertriebssystems oder einer vertikalen Vereinbarung zu berücksichtigen und parallele Wirkungen anderer Vertriebssysteme oder vertikaler Vereinbarungen außer acht zu lassen. Wie ich in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Pronuptia ebenfalls dargelegt habe, ist individuelle vertikale Preisbindung ein weiteres eindeutiges Beispiel dafür, daß eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung vertikaler Vereinbarungen häufig nicht von der einzelnen individuellen Vereinbarung ausgeht, sondern in erster Linie von der Gesamtwirkung gleichartiger Vertriebspraktiken einer Reihe von Herstellern.

In bezug auf selektive Vertriebssysteme im besonderen bin ich der Ansicht, daß es für die Beurteilung eines individuellen Vertriebssystems in der Tat gemäß Satz 4 der Randnummer 20 des ersten Metro-Urteils ausreicht, daß „die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen, und [daß] diese Voraussetzungen einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden". Wenn es eine ausreichende Zahl anderer Hersteller und andersartiger Vertriebssysteme im Sinne des Satzes 3 dieser Randnummer gibt, wird der Wettbewerb mit anderen Absatzsystemen (einschließlich „neuer Vertriebsformen" im Sinne der Randnummer 21) wohl dafür sorgen, daß die „objektiven Gesichtspunkte qualitativer Art" nicht zu hoch geschraubt werden. Diese Gewähr entfällt jedoch, wenn die wichtigsten Wettbewerber mit dem gleichen Vertriebssystem arbeiten, durch das bestimmte Absatzformen (wie etwa „Cash and carry"-Betriebe ohne fachkundiges Personal und ohne die damit verbundene Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen vor und nach dem Verkauf) von der Belieferung ausgeschlossen werden. Die Entwicklungsgeschichte des aus den dreißiger Jahren stammenden (aber nach dem Krieg noch viele Jahre lang geltenden) niederländischen Niederlassungsrecht für den Einzelhandel, das ebenfalls ausschließlich auf „objektive Gesichtspunkte qualitativer Art" abstellte, ist ein beredtes Beispiel dafür, in welchem Maße solche objektiven Qualitätsgesichtspunkte bei allgemeiner Anwendung wettbewerbsbeschränkend wirken können. Diese den Marktzugang durch hohe qualitative Anforderungen beschränkenden Wirkungen waren anfangs auch ausdrücklich beabsichtigt, und der tatsächliche Eintritt dieser Wirkungen (der sich in einem regelmäßigen Sinken der Zahl der Einzelhändler ausdrückte) wurde selbst nach dem Krieg zunächst noch als ein Beweis für den Erfolg dieser Gesetzgebung angesehen. Aufgrund der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen für „neue Vertriebsformen", namentlich für nicht auf bestimmte Erzeugnisse spezialisierte Einzelhändler, wurde die gesetzliche Regelung jedoch später gründlich überarbeitet, um auch für diese neuen Vertriebsformen Platz zu schaffen.

4.3. *Die vierte Rüge*

Mit der vierten Rüge wirft die Klägerin der Kommission, wie schon gesagt, vor, ermes-

sensfehlerhaft gehandelt zu haben, indem sie die streitige Entscheidung auf begrenzte, unvollständige und in ihrem Ergebnis überholte Sachermittlungen gestützt habe.

Sowohl die Klägerin als auch die sie unterstützende Regierung des Vereinigten Königreichs werfen der Kommission insbesondere vor, daß sie ihre Entscheidung nicht, wie im ersten Metro-Urteil gefordert, auf eine allgemeine Marktuntersuchung gestützt habe.

Diese Rüge greift meines Erachtens durch. Die Lektüre der angefochtenen Entscheidung zeigt, daß weder die Sachverhaltsdarstellung noch die rechtliche Beurteilung der Entscheidung tatsächliche Angaben zur allgemeinen Marktstruktur enthalten. Diese Lücke erscheint um so schwerwiegender, als in I. C der Entscheidung als von betroffenen Dritten geltend gemachte Bedenken gegen eine Freistellung des SABA-Vertriebssystems ausdrücklich angeführt werden, „seine schädlichen Wirkungen seien um so gravierender, als auch zahlreiche andere Hersteller in dieser Branche ähnliche Vertriebssysteme eingeführt hätten und einer Freistellung eine negative Präzedenzwirkung zukäme".

In der rechtlichen Beurteilung der Entscheidung heißt es zwar zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 Buchstabe b: „Die Kommission kann ebenfalls nicht feststellen, daß infolge der Verbreitung selektiver Vertriebssysteme ... bestimmte Vertriebsformen, wie Verbrauchermärkte und Selbstbedienungsgroß- und -einzelhändler, vom Absatz dieser Erzeugnisse grundsätzlich ausgeschlossen werden." Die Entscheidung läßt jedoch nirgendwo erkennen, daß sich diese wichtige Schlußfolgerung auch auf Tatsachenermittlungen stützt. Die Kommission hat in der mündlichen Verhandlung selbst eingeräumt, daß der von ihr im Verfahren angeführte Untersuchungsbericht (Mackintosh-Bericht) erst zwei Monate nach Erlaß der Entscheidung erstellt worden ist. Das bestätigt, daß der Entscheidung keine allgemeine Marktuntersuchung zugrunde lag. Damit erhält der soeben zitierte Abschnitt der rechtlichen Beurteilung der Entscheidung einen etwas merkwürdigen Beigeschmack. Auf andere gegen diese Feststellung gerichtete Rügen komme ich bei der Beurteilung der zweiten Rüge der Klägerin noch zurück. Praktisch läuft diese Feststellung darauf hinaus, daß der Anerkennung von Händlern, die „neue Vertriebsformen" praktizieren, dann nichts im Wege steht, wenn sie bereit sind, ihre kostensenkenden Wettbewerbsvorteile preiszugeben. Die Regierung des Vereinigten Königreichs hat in der mündlichen Verhandlung als Antwort auf eine Frage des Berichterstatters ausführlich erläutert, welche tatsächlichen Gegebenheiten hinsichtlich der Marktstruktur in diesem Zusammenhang zum Beispiel von Bedeutung sind, in der Entscheidung jedoch nicht behandelt worden sind:

a) die Verbreitung selektiver Vertriebssysteme (d. h. ob sie angemeldet sind oder nicht, ob sie sich auf die Aufstellung objektiver Kriterien im Sinne des ersten Metro-Urteils beschränkten oder nicht und ob sie wie das SABA-System zusätzliche übermäßige Verpflichtungen für den Handel enthalten oder nicht);

b) die wirkliche wirtschaftliche Bedeutung des Umstands, daß die SABA GmbH zur Thomson-Brandt-Gruppe gehört;

c) die praktischen Folgen eines selektiven Vertriebs für den relevanten Markt. Hierfür komme es zum Beispiel darauf an, inwieweit die Lagerhaltungs- und Abnahmeverpflichtungen eines Händlers diesen an einen bestimmten Hersteller bänden, welche Auswirkungen die sich aus dieser und anderen Verpflichtungen (etwa hinsichtlich unentgeltlicher Serviceleistungen) ergebenden Kosten für Handelsspannen und Preise hätten (Auswirkungen auf die Starrheit des Preisgefüges), welchen Einfluß die bestehenden

Vertriebssysteme auf Preisunterschiede von einem Mitgliedstaat zum anderen hätten und inwieweit Qualitätsanforderungen für den Einzelhandel auch für den Großhandel gelten müßten;

d) die Frage, ob die von einer Reihe von Herstellern aufgestellten Qualitätserfordernisse im Hinblick auf *alle* betroffenen Erzeugnisse gerechtfertigt seien.

Zu diesen Fragen, die auch ich für relevant halte, möchte ich nur bemerken, daß sowohl die Entscheidung der Kommission als auch der später erstellte Macintosh-Bericht insoweit keine klaren Antworten enthalten. Tatsächlich sind im Macintosh-Bericht nur drei Seiten und drei Tabellen der Vertriebsstruktur gewidmet. Sie enthalten nur sehr allgemeine Angaben.

4.4. *Die erste Rüge*

Mit der ersten Rüge wirft die Klägerin, wie schon gesagt, der Kommission vor, ermessensfehlerhaft gehandelt zu haben, indem sie bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 den vom Gerichtshof im Urteil in der Rechtssache 26/76 aufgestellten Voraussetzungen nicht Rechnung getragen habe. Wegen der Analyse dieser Voraussetzungen verweise ich auf Abschnitt 4.2 dieser Schlußanträge.

Schon aus den Gründen, die ich bei der Behandlung der vierten, allgemeiner formulierten Rüge genannt habe, halte ich auch diese Rüge für begründet. Im Hinblick auf die Bedeutung der dargelegten Lücke in der Entscheidung für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 möchte ich dem jedoch noch folgendes hinzufügen.

Meine Analyse der Rechtsprechung des Gerichtshofes zeigt bereits, daß die Frage, ob andere Vertriebssysteme, die ebenfalls bestimmte Gruppen von Lieferern oder Abnehmern ausschließen, bereits bei der Prüfung berücksichtigt werden muß, ob ein vertraglich festgelegtes Vertriebssystem unter Artikel 85 Absatz 1 fällt. Das gilt sicher dann, wenn im Verwaltungsverfahren gerade gegen die Vermehrung derartiger Systeme Bedenken von ausgeschlossenen Unternehmen geltend gemacht wurden. Wie schon dargelegt, wird in der Entscheidung selbst festgestellt, daß dies der Fall war. Im Falle eines Vertriebssystems, das durch ein Bündel von selektiven Kriterien und Verpflichtungen nur die Belieferung von Fachhändlern oder Händlern mit Fachabteilungen zuläßt, sind insoweit alle Vertriebssysteme zu berücksichtigen, die ebenfalls nur die Belieferung von Fachhändlern oder von Händlern mit Fachabteilungen zulassen. Für die Frage der Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 halte ich es dabei nicht für erheblich, ob ausschließlich einfache objektive Kriterien qualitativer Art betreffend die Sachkunde des Personals oder auch Kriterien angewandt werden, die die Ausstattung des Betriebs, die Bevorratungs- und Abnahmeverpflichtungen, Umsatzverpflichtungen in bezug auf die betroffenen Erzeugnisse und Verpflichtungen zur Erbringung von Serviceleistungen vor und nach dem Verkauf betreffen. Auch wenn sich aus dem Nebeneinander einer großen Zahl „einfacher" selektiver Vertriebssysteme insgesamt eine marktbeherrschende Wirkung ergibt, kann diese Ansammlung „einfacher" Systeme zum Ausschluß etwa von Discountläden und Supermärkten ohne Fachabteilung führen und damit bestimmte Geschäftsformen als Wettbewerber ausschließen. Bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 ist daher auch zu berücksichtigen, ob derartige „einfache" selektive Vertriebssysteme bestehen. Tatsächlich geht aus Abschnitt II. A der Entscheidung aber hervor, daß die Kommission bei der Beurteilung der Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 weder die Existenz anderer „stärker entwickelter" selektiver Vertriebssysteme noch die Existenz anderer „einfacher" selektiver Vertriebssysteme berücksichtigt hat. In bezug auf andere „einfache" Systeme geht dies namentlich aus Punkt 6 dieses Abschnitts her-

vor. Auch im Verfahren vor dem Gerichtshof hat die Kommission ihren Standpunkt erläutert, daß einfache selektive Vertriebssysteme auch bei allgemeiner Anwendung nicht als wettbewerbsbeschränkend im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 anzusehen seien. Sie hält derartige einfache Systeme auch nicht für anmeldepflichtig. Daraus ist wohl abzuleiten, daß der Kommission bei Erlaß der Entscheidung auch keine vollständige Übersicht über solche Systeme zur Verfügung stand.

Die in der mündlichen Verhandlung von der Kommission vertretene Auffassung, daß die Randnummern 22 und 50 des ersten Metro-Urteils ausschließlich für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 Buchstabe b von Belang seien, halte ich aufgrund meiner Analyse der Rechtsprechung ebenfalls für unzutreffend. Wie ich bereits dargelegt habe, beruft sich die Kommission dabei ebenfalls zu Unrecht auf Randnummer 21 dieses Urteils.

Am Ende der mündlichen Verhandlung hat der Bevollmächtigte der Kommission in Beantwortung einiger von mir gestellter Fragen zu diesem Gesichtspunkt noch ausgeführt, ihr Standpunkt gegenüber einfachen selektiven Vertriebssystemen bedeute, daß sie den Belangen der Hersteller Vorrang einräume. Diese seien nach Ansicht der Kommission frei, den Vertrieb ihrer Erzeugnisse nach Belieben zu regeln und dabei die Belange des nichtspezialisierten Handels unberücksichtigt zu lassen. Der Grund dafür liege nicht darin, daß die betroffenen nichtspezialisierten Händler die Erzeugnisse nicht erfolgreich verkaufen könnten, sondern darin, daß der Hersteller es nicht der Entscheidung des Händlers überlassen wolle, ob dieser Serviceleistungen für seine Kunden erbringen und Qualitätsstandards aufrechterhalten wolle oder nicht. Die Kommission hat dabei eingeräumt, daß die Entscheidung eines Herstellers durch das Bestehen einer großen Zahl einfacher selektiver Vertriebssysteme beeinflußt werden könne. Der Hersteller könne dann durch die fehlende Bereitschaft des Fachhandels, seine Erzeugnisse zu anderen Bedingungen zu kaufen, gezwungen sein, ebenfalls ein selektives Vertriebssystem anzuwenden. Die Kommission hält die Belange des nichtspezialisierten Handels (d. h. des Handels, der die aufgestellten Kriterien nicht erfüllen könne oder wolle) nicht für schutzwürdig (nach Artikel 85). In erster Linie sei der Verbraucher geschützt. Solange Hersteller davon überzeugt seien, daß sie ihre Gewinne durch selektiven Vertrieb maximieren könnten, und solange wirksamer Wettbewerb bestehe, seien die Interessen des Verbrauchers ausreichend geschützt. Wenn die Verbraucher dieses selektive Vertriebssystem nicht in Anspruch nehmen wollten, könnten sie sich mit ihrer Nachfrage dem nichtspezialisierten Handel zuwenden und damit die Hersteller zwingen, den selektiven Vertrieb aufzugeben. Solange die Mehrheit der Verbraucher mit dem selektiven Vertrieb zufrieden sei, gebe es also keinen Grund, vom ersten Metro-Urteil abzuweichen. Diese Antwort der Kommission auf meine Fragen ist unter mehreren Gesichtspunkten erhellend für ihren Standpunkt.

Erstens bestätigt der vollständige Text diese Antwort, daß die Kommission ihre Politik auf diesem Gebiet ausschließlich auf Artikel 85 Absatz 3 stützt. Damit braucht nach Ansicht der Kommission bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 nicht berücksichtigt zu werden, ob selektive Vertriebssysteme in großer Zahl nebeneinander bestehen. Wie schon gesagt halte ich diesen Standpunkt für nicht vereinbar mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes. Vor einem Eingehen auf eventuelle positive Wirkungen selektiver Vertriebssysteme im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 müssen erst die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 festgestellt werden. Dabei sind auch gleichgerichtete Wirkungen paralleler Systeme der bereits beschriebenen Art

zu berücksichtigen. Bei der Anwendung der ersten Voraussetzung von Artikel 85 Absatz 3 muß eine „wirtschaftliche Abwägung" zwischen wettbewerbsbeschränkenden und positiven Folgen festgestellter Wettbewerbsbeschränkungen vorgenommen werden.

Wie zweitens die von mir ausführlich zusammengefaßte Antwort auf meine dahin gehende Frage erkennen läßt, räumt die Kommission ein, daß die Hersteller sich in dem Fall, daß der Fachhandel über einen großen Marktanteil verfügt, wegen eines anderenfalls drohenden Boykotts durch diese Fachhändler gezwungen sehen können, ein selektives Vertriebssystem anzuwenden. Von der von der Kommission behaupteten Entscheidungsfreiheit der Hersteller und von dem von der Kommission am Ende ihrer Antwort behaupteten entscheidenden Einfluß des Verbrauchers bleibt dann in der Praxis nicht viel übrig. Die Entscheidung über das anzuwendende Vertriebssystem liegt dann im Gegenteil beim Fachhandel. Die Kommission hat an anderer Stelle anerkannt, daß dieser Fachhandel in der Bundesrepublik Deutschland einen sehr großen Marktanteil innehat. Im Makkintosh-Bericht heißt es, daß Discountläden und Supermärkte in der Bundesrepublik Deutschland einen Marktanteil von nur 5 % hätten (gegenüber 15 % in Frankreich und 16 % im Vereinigten Königreich). Der unabhängige Fachhandel verfüge dagegen über einen Marktanteil von 55 %, die spezialisierten Vermietungsbetriebe über einen Marktanteil von 4 % und Filialbetriebe und Warenhäuser zusammen über einen Marktanteil von 27 %. Es kann angenommen werden, daß wenigstens ein Teil der Händler der beiden letztgenannten Gruppen auch über Fachabteilungen verfügt, doch enthält der Bericht über diesen wichtigen Punkt keine näheren Angaben. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission erklärt, daß der größte deutsche Versandhändler (der zu der Restgruppe mit einem Marktanteil von 9 % gehört) die Anforderungen des SABA-Vertriebssystems erfüllt. Die Gefahr einer Boykottdrohung seitens des Fachhandels scheint damit in der Bundesrepublik Deutschland in jedem Fall zu bestehen.

Schließlich fällt die ausdrückliche Erklärung der Kommission auf, daß sie die Interessen der nichtspezialisierten Händler nicht als schutzwürdig ansieht. Frankreich (mit seinem schon alten Verbot der Verkaufsverweigerung) und die Niederlande (mit der erwähnten Änderung des Niederlassungsrechts und ihrem wiederholten kartellrechtlichen Vorgehen gegen den Boykott neuer Vertriebssysteme der im ersten Metro-Urteil angesprochenen Art durch Hersteller von Markenartikeln, und zwar auch dann, wenn dieser Boykott die Folge eines vom Fachhandel ausgeübten Drucks war) haben insoweit ebenso wie das Vereinigte Königreich erkennbar einen anderen Standpunkt, den auch ich aus dem Gesichtspunkt der Wettbewerbspolitik und namentlich auch für die Auslegung von Artikel 85 für richtiger halte. Für einen solchen anderen Standpunkt lassen sich verschiedene Argumente anführen. In der niederländischen Wettbewerbspolitik steht das Prinzip im Vordergrund, daß der Boykott bestimmter Betriebsformen den Grundsatz der Niederlassungs- und Berufsfreiheit verletzt. Vielleicht hat aber auch die jahrhundertealte niederländische Sorge um einen effizienten Handel als Quelle des Wohlstands hier eine Rolle gespielt. In dieser Antwort der Kommission und auch in der Stellungnahme der Regierung der Bundesrepublik Deutschland scheint völlig außer acht gelassen zu werden, daß die unabhängige Rolle des Handels und eine Vielzahl unabhängiger Vertriebsformen wichtige Wettbewerbsfaktoren bilden. Die Regelung des Vertriebs gilt grundsätzlich als Sache der Hersteller. In Frankreich spielt neben dem Verbot des „refus de vente" sicher der Umstand eine Rolle, daß die Kartellgesetzgebung der Nachkriegszeit — verstanden als Teil der Preisgesetzgebung — in den fünfziger Jahren ursprünglich vor allem als

Instrument angesehen wurde, um im Kampf gegen die Inflation Preiserhöhungen zu begegnen und Preissenkungen (unter anderem durch neue und kostengünstigere Vertriebsformen) zu fördern. Die kartellpolitischen Auffassungen des Vereinigten Königreichs scheinen mir durch pragmatische Erwägungen, genaue Marktanalysen und vielleicht durch die englische und amerikanische Literatur zur „workable competition" beeinflußt zu sein. Freier Zugang zu einem Markt wird in der Literatur als ein sehr wichtiges, wenn nicht als das wichtigste Kriterium für wirksamen Wettbewerb angesehen. Dieses Kriterium läßt einen kollektiven Boykott — sei er bewußt koordiniert oder nicht — bestimmter Betriebsformen im Handel nicht zu. Für den deutschen Standpunkt, wie er sich aus der Unterstützung des Vorbringens der Kommission in der vorliegenden Sache ergibt, habe ich keine eindeutige Erklärung, da die Bundesrepublik Deutschland bekanntlich im allgemeinen gerade eine strengere Kartellpolitik verfolgt als die genannten drei anderen Mitgliedstaaten. Vielleicht spielen auch hier historische Traditionen, die auf die Zeit vor dem letzten Weltkrieg zurückgehen, eine Rolle. Das besonders in der Bundesrepublik Deutschland schon lange bestehende Verbot der Verbindung von Groß- und Einzelhandel könnte in diese Richtung weisen. In vielen anderen Ländern gilt ein solches Verbot als unerwünschtes Hindernis für eine Kostensenkung im Handel. Im Hinblick auf die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 steht für mich indessen, wie gesagt — auch angesichts der Rechtsprechung des Gerichtshofes —, fest, daß der Standpunkt der Kommission nicht haltbar ist. Nach dem Wortlaut von Artikel 85 Absatz 1 ist es meines Erachtens offenkundig, daß auch der Ausschluß bestimmter Betriebsformen im Handel (hier der nichtspezialisierten Händler, die vor und nach dem Verkauf der in Rede stehenden Erzeugnisse keine Dienstleistungen erbringen und dafür niedrigere Preise verlangen) grundsätzlich eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Der Wortlaut enthält keinen Hinweis darauf, daß Artikel 85 nur den Wettbewerb zwischen Herstellern und nicht auch den Wettbewerb zwischen Händlern schützen soll. Aufgrund der vom Gerichtshof im ersten Metro-Urteil und in der früheren Rechtsprechung entwickelten „rule of reason" gilt das jedenfalls dann, wenn die betroffenen Hersteller allein oder ein großer Teil der betroffenen Hersteller (auch ohne Abstimmung untereinander) gemeinsam einen solchen Ausschluß vornehmen und diese Hersteller zusammen (und einige auch gesondert) einen Marktanteil innehaben, der weit über der „Bagatellgrenze" liegt, von der die Kommission ausgeht und die auch der Gerichtshof grundsätzlich anerkannt hat. Jedenfalls was Artikel 85 Absatz 1 betrifft, müssen die Interessen neuer Betriebsformen im Handel somit sicherlich als schutzwürdig angesehen werden. Inwieweit dies auch für Artikel 85 Absatz 3 gilt, werde ich im folgenden untersuchen.

4.5. *Die zweite Rüge*

a) Mit der zweiten Rüge macht die Klägerin eine ermessensfehlerhafte Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 geltend. Zu der von mir als zentral bezeichneten Frage führt sie namentlich aus, daß die selektiven Vertriebssysteme in diesem Sektor in Wahrheit dazu dienten, zum Nachteil des Verbrauchers die Geschäfte auszuschließen, die den betroffenen Herstellern zufolge durch den Verkauf zu niedrigeren Preisen das Image ihres Erzeugnisses beeinträchtigen könnten. In diesem Zusammenhang weist die Klägerin zum Kriterium des „Vorteils für die Verbraucher" namentlich auf die Schritte hin, die das Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 27 am 25. Juni 1980 bei der Kommission unternommen hat. Das BEUC gab dabei seine Besorgnis wegen einer erneuten Freistellung zugunsten der SABA GmbH und wegen der Vermehrung selektiver Vertriebssysteme in diesem Sektor zu erkennen.

b) In bezug auf diese Rüge weise ich zunächst darauf hin, daß meine Ausführungen zur Begründetheit der vierten Rüge der Klägerin auch für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 gelten. Wie der Wortlaut der Entscheidung erkennen läßt, hat die Kommission bei der Prüfung des geänderten SABA-Vertriebssystems anhand der ersten drei Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift nämlich insgesamt die parallelen Wirkungen anderer selektiver Vertriebssysteme nicht berücksichtigt. Nur bei der Prüfung des vierten Tatbestandsmerkmals von Artikel 85 Absatz 3 scheint die Kommission auf den ersten Blick das Bestehen anderer selektiver Vertriebssysteme berücksichtigt zu haben. Wie ich bei der Beurteilung der vierten Rüge bereits festgestellt habe, beruhte die Schlußfolgerung der Kommission hinsichtlich dieses Tatbestandsmerkmals jedoch nicht auf einer Marktuntersuchung (die mit dem Mackintosh-Bericht erst zwei Monate nach Erlaß der Entscheidung zur Verfügung stand und überdies keineswegs Klarheit über die vom Vereinigten Königreich zu Recht als erheblich angesehenen Fragen schuf).

c) Die Prüfung des SABA-Vertriebssystems anhand des *ersten Tatbestandsmerkmals* von Artikel 85 Absatz 3 wird in der Entscheidung also auf die Wirkungen dieses — isoliert gesehenen — Systems beschränkt. Von einem wirtschaftlichen Gleichgewicht zwischen der Gesamtheit der Wettbewerbsbeschränkungen und den objektiven Vorteilen des SABA-Vertriebssystems ist somit keine Rede. Dabei fällt zum Beispiel die Feststellung in Absatz 3 des Abschnitts B.1 auf, daß „die Verpflichtung der direkt belieferten SABA-Großhändler, im voraus Jahresumsatzverträge und Tertialumsatzverträge unter Spezifizierung von Typen und Stückzahlen abzuschließen ..., ... eine genaue Produktions- und Absatzplanung und damit eine kontinuierliche Versorgung unter gleichzeitiger Rationalisierung der Fertigung und des Vertriebs" gestattet. Weder aus dieser Feststellung noch aus den folgenden Erwägungen ist ersichtlich, daß die Kommission sich die Frage gestellt hat, ob die Möglichkeit einer solchen „genauen Produktions- und Absatzplanung" nicht auf einen grundlegenden Mangel an wirksamem Wettbewerb in diesem Sektor hinweist. Eine derartige genaue Planung ist nämlich bei wirksamem Wettbewerb gerade nicht möglich.

In Absatz 4 dieses Abschnitts der Entscheidung heißt es: „Der Umstand, daß die Großhändler für die Laufzeit der Umsatzverträge die im Rahmen ihrer Gesamtdisposition auf SABA entfallenden Umsätze nicht mehr auf andere Hersteller verteilen können, ist im Verhältnis zu den genannten Vorteilen kein Nachteil, der ins Gewicht fällt." Hier und in der folgenden Erläuterung wird also eingeräumt, daß das System zur Folge haben kann, daß die Abnehmer der SABA-Großhändler (und als Folge davon auch die Abnehmer der SABA-Einzelhändler) bei diesen Händlern nicht mehr frei zwischen den wichtigsten konkurrierenden Marken wählen können, was für die Prüfung des Systems anhand des zweiten Tatbestandsmerkmals von Artikel 85 Absatz 3 von Bedeutung ist. Im übrigen steht die zur Erläuterung dieser Erwägung getroffene Feststellung, daß die Großhändler ihr Programm „in freier unternehmerischer Entscheidung" zusammengestellt haben, wohl im Widerspruch zum Inhalt (namentlich zum Umfang) ihrer Abnahmeverpflichtungen gegenüber der SABA GmbH, wie sie sich aus der Darstellung des Sachverhalts in der Entscheidung ergibt und in Absatz 5 des Abschnitts II.B.1 der Entscheidung zusammengefaßt ist.

Da diesem Abschnitt II.B.1 der Entscheidung keine Marktuntersuchung zugrunde liegt, hängt auch ihr letzter Satz in der Luft. Dort heißt es: „Sie (nämlich die angeführten, auf die Förderung des Absatzes von SABA-Erzeugnissen gerichteten Verpflichtungen) fördern damit den Wettbewerb zwischen SABA und anderen Marken, ohne

daß der Wettbewerb zwischen den SABA-Händlern beeinträchtigt wird." Auf einem oligopolistischen Markt, wie er nach Satz 2 der Randnummer 17 des ersten Metro-Urteils schon damals in Rede stand (acht Hersteller mit insgesamt 91 % Marktanteil), kann ein solches System bei Anwendung durch die Mehrheit der Hersteller sehr wohl zur Festschreibung der jeweiligen Marktanteile und damit zu einer fühlbaren Beschränkung des Wettbewerbs mit anderen Marken führen. Ich habe bereits darauf hingewiesen, daß die praktische Durchführbarkeit der vereinbarten Absatz- und Produktionsplanung deutlich in diese Richtung weist. Die Kommission hätte diesen Schluß daher nicht ohne eine vorherige sorgfältige Marktuntersuchung ziehen dürfen. Der hier untersuchte Abschnitt der Begründung der Entscheidung bestätigt somit, daß die für begründet erachtete vierte Rüge auch für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 relevant ist.

d) Mit der zweiten Rüge wirft die Klägerin der Kommission jedoch insbesondere die Nichtbeachtung der *zweiten Voraussetzung* für die Gewährung einer Freistellung vor, nämlich der Voraussetzung „angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn" (der sich im vorliegenden Fall aus einer Verbesserung der Herstellung und des Absatzes ergeben soll). Schon aus einem Vergleich des Abschnitts B.2 der Entscheidung mit der anderslautenden Beurteilung des BEUC ergibt sich, daß die Kommission hier auf etwas paternalistische Weise ihr eigenes Urteil an die Stelle einer Untersuchung über die Meinung der Verbraucher selbst gesetzt hat. Dieses eigene Urteil beruht überdies nicht auf einer eigenen Marktuntersuchung, sondern auf einer theoretischen Hypothese, heißt es doch in Absatz 2 des Abschnitts IIB.2 der Entscheidung: „Hinsichtlich der Vorteile, die sich aus der Rationalisierung der Fertigung und des Vertriebs von SABA ergeben, *kann davon ausgegangen werden*, daß SABA wegen des im Bereich der Unterhaltungselektronik *bestehenden starken Wettbewerbs* zur Weitergabe dieser Vorteile veranlaßt wird. Dies gilt um so mehr, als alle SABA-Groß- und -Einzelhändler *berechtigt sind, auch Konkurrenzerzeugnisse zu vertreiben.*" (Hervorhebungen von mir).

Zu diesem und dem folgenden Absatz (der die gleiche Aussage enthält) möchte ich folgendes bemerken.

Die erste von mir unterstrichene Passage bestätigt, daß auch die Prüfung der zweiten Voraussetzung von Artikel 85 Absatz 3 nicht auf eine Marktuntersuchung, sondern auf eine Annahme gestützt ist, was die Kommission in der mündlichen Verhandlung auch eingeräumt hat.

Da die Entscheidung nicht auf eine Marktuntersuchung gestützt ist, hängt auch die zweite von mir unterstrichene Feststellung (bestehenden starken Wettbewerbs) völlig in der Luft.

Die dritte hervorgehobene Feststellung (Berechtigung der Händler, „auch Konkurrenzerzeugnisse zu vertreiben") steht im Widerspruch zu der früheren Feststellung, daß sich die Großhändler während der Laufzeit der Vertriebsbindungsverträge nicht mehr an andere Hersteller wenden können.

Wie schon gesagt hat die Kommission ferner in Beantwortung einer von mir in der mündlichen Verhandlung gestellten Frage eingeräumt, daß die Verbraucher frei sein müssen, sich mit ihrer Nachfrage an den nichtspezialisierten Handel zu wenden (soweit sie die dort gewährten Preisvorteile höher bewerten als die sich in höheren Preisen niederschlagenden Verpflichtungen des Fachhandels zur Bevorratung und zur Erbringung von Dienstleistungen). Gleichzeitig hat die Kommission jedoch auch eingeräumt, daß eine Ausbreitung selektiver Vertriebssysteme (z. B. unter dem Druck des Fachhandels) diese Möglichkeit für den Verbraucher praktisch ausschließen kann. Dem Schluß, den die Kommission in der

Antwort auf meine Frage zieht, sie sehe „keinen Grund, vom ersten Metro-Urteil abzuweichen, solange die Mehrheit der Verbraucher mit dem selektiven Vertrieb zufrieden" sei, fehlt in einer solchen Lage außerdem auch jede tatsächliche Grundlage. Der Verbraucher *kann* gar nicht zum Ausdruck bringen, daß er Supermärkte oder Selbstbedienungsläden mit breitem Sortiment und niedrigen Preisen, aber ohne die vom Fachhandel angebotenen Dienstleistungen vorzieht. Überdies halte ich die in dieser Schlußfolgerung vorgenommene Auslegung des ersten Metro-Urteils, wie schon dargelegt, für nicht vereinbar mit dem Wortlaut dieses Urteils.

Abschließend möchte ich bemerken, daß ich es für unhaltbar erachte, wenn die Kommission ihre Beurteilung der Vorteile der Verbraucher aufgrund einer theoretischen Annahme (siehe Abschnitt II.B.2 Absatz 2 der Entscheidung) und ohne Marktuntersuchung an die Stelle der Beurteilung des BEUC setzt. Der „starke Wettbewerb", auf den sie sich bei dieser Unterstellung beruft, besteht nach Ansicht des BEUC in diesem Sektor wegen der Zunahme selektiver Vertriebssysteme gerade nicht. Ich glaube hier die Theorie vom „vernünftigen Verbraucher" wiederzuerkennen, die in der Bundesrepublik viele Anhänger hat, dort aber auch bestritten ist. In dieser Theorie wird die Beurteilung des Interesses der Verbraucher durch eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht an die Stelle des Urteils der Verbraucher selbst über das, was ihr Interesse ist, gesetzt. Ich bin dieser Theorie vom „vernünftigen Verbraucher" in anderem Zusammenhang auch schon in Abschnitt 2.1 meiner bereits erwähnten Schlußanträge vom 21. Juni 1983 in der Rechtssache NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin entgegengetreten, dort übrigens in Übereinstimmung mit der Ansicht der Kommission.

e) Der Abschnitt II.B.3 der Entscheidung betrifft das Tatbestandsmerkmal der Unerläßlichkeit. Insoweit beschränke ich mich auf die Feststellung, daß auch hier ausschließlich das isoliert gesehene SABA-Vertriebssystem beurteilt wurde, nicht aber Parallelwirkungen gleichgearteter Systeme berücksichtigt worden sind. Aufgrund meiner Beurteilung der vierten Rüge halte ich auch das für unannehmbar.

f) Dagegen halte ich eine gesonderte Erörterung der Ansicht der Kommission zum vierten Tatbestandsmerkmal von Artikel 85 Absatz 3 (Abschnitt II.B.4 der Entscheidung) für angebracht.

Die Feststellung in Absatz 4 dieses Abschnitts, wonach „der Markt für Unterhaltungselektronik ... durch eine besondere Wettbewerbsintensität gekennzeichnet [ist], die vor allem aus der Vielzahl der Hersteller, der raschen technologischen Entwicklung und der Vielfalt der Handelsstrukturen resultiert", leidet zunächst wieder unter dem allgemeinen Mangel der Entscheidung, daß sie nicht auf einen Untersuchungsbericht gestützt ist (der erst zwei Monate später erstellt wurde). Damit fehlt auch Satz 2 dieses Abschnitts eine klare tatsächliche Grundlage. Dieser Satz lautet: „Obwohl eine Reihe anderer bedeutender Hersteller von Unterhaltungselektronik EG-weite Vertriebsbindungsverträge praktiziert, bei denen es sich jedoch zum Teil nur um einfache Fachhandelsbindungen handelt, konnte die Kommission daher nicht feststellen, daß die weite Verbreitung dieser Systeme zu einer Erstarrung des Preisgefüges führt." Außerdem wird hier ausschließlich die gesamte EWG als relevanter Markt angesehen, während ich bereits dargelegt habe, daß die Kommission auch den deutschen Markt gesondert als relevanten Markt hätte untersuchen müssen. Schließlich geht dieser Absatz daran vorbei, daß eine „Erstarrung des Preisgefüges" auch durch die einheitliche preiserhöhende Wirkung von den Händlern auferlegten Bevorratungs-, Abnahme-, Vertriebseinrichtungs-, Personal- und Dienstlei-

stungsverpflichtungen bewirkt werden kann. Da die dadurch entstehenden Vertriebskosten berücksichtigt werden müssen, kann die so bewirkte Starrheit des Preisgefüges nur in beschränktem Maße durch Preiswettbewerb zu Lasten der verbleibenden Handelsspannen kompensiert werden. Gerade diese Wirkung auf das Preisgefüge ist es, die die Verbraucher andere Vertriebsformen mit niedrigeren Preisen wählen läßt. Bei einer Vermehrung selektiver Vertriebssysteme (einschließlich „einfacher" selektiver Vertriebssysteme) ist der Verbraucher in seinen Wahlmöglichkeiten jedoch beschränkt. Wie im ersten Metro-Urteil bereits festgestellt wurde, kommt es für die Beurteilung selektiver Vertriebssysteme im übrigen nicht ausschließlich auf die Folgen für die Preise an. Auch die Verfügbarkeit alternativer Vertriebsformen ist hier von Belang. Die Kommission hat insoweit in der mündlichen Verhandlung das Vorbringen der Klägerin nicht bestritten, wonach keiner der von ihr angeführten großen Hersteller, die in der Bundesrepublik Deutschland zusammen einen Marktanteil von 82 % innehaben, bereit sei, sie zu beliefern. Diesem Marktanteil muß außerdem nach den Angaben der Kommission selbst noch der Marktanteil des japanischen Herstellers Sony hinzugerechnet werden, der ebenfalls ein selektives Vertriebssystem handhabt. Die von der Klägerin genannten Hersteller sind Grundig, Philips, die drei Unternehmen der Thomson-Brandt-Gruppe, ITT, Blaupunkt und Loewe-Opta. Einige Geräte von Philips konnte die Klägerin nur mittelbar aus Italien und unter anderem Markennamen als Philips beziehen. Da „einfache" selektive Vertriebssysteme nach Ansicht der Kommission nicht bei ihr angemeldet zu werden brauchen, konnte die Kommission ohne eine bei Erlaß der Entscheidung noch nicht verfügbare Marktuntersuchung auch nicht feststellen, wie viele solcher „einfachen" Systeme es auf dem deutschen Markt gab und in welchem Umfang Hersteller unter dem Druck des Fachhandels ausschließlich den Fachhandel beliefern, wie es die Kommission in der Antwort auf meine Frage als möglich bezeichnet hat. Auch der Mackintosh-Bericht enthält hierzu keine Angaben. Ich habe bereits ausgeführt, daß der Fachhandel nach diesem später bei der Kommission eingegangenen Untersuchungsbericht in der Bundesrepublik Deutschland (anders als in Frankreich und im Vereinigten Königreich) einen Marktanteil von 55 % innehat, dem noch die Marktanteile der Händler mit Fachabteilungen hinzugerechnet werden müssen.

Bezeichnend für die Auffassung der Kommission, daß Händler ohne Dienstleistungs- und andere ihnen von den Herstellern auferlegte Verpflichtungen, wie Verbrauchermärkte („Discountläden", „Cash-and-carry" und ähnliche) und Selbstbedienungsgroß- und -einzelhändler (mit einem Marktanteil in der Bundesrepublik Deutschland von 5 %), keinen Schutz verdienen, ist schließlich Absatz 5 des Abschnitts II.B.4 der Entscheidung. Dort heißt es: „Die Kommission konnte ebenfalls nicht feststellen, daß infolge der Verbreitung selektiver Vertriebssysteme ... [diese] Vertriebsformen ... vom Absatz dieser Erzeugnisse grundsätzlich ausgeschlossen werden. Denn die Kriterien der SABA-Vertriebsbindung sind nicht derart, daß sie nicht grundsätzlich auch von den genannten Vertriebsformen erfüllt werden könnten, wenngleich dies auch eine teilweise Änderung deren besonderer Absatzmethoden bedeutet." Wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung zu Recht geltend gemacht hat, wird dadurch bestätigt, daß die Kommission den Wettbewerb der in diesem Absatz angesprochenen Vertriebsformen nicht für schutzwürdig hält, solange sie nicht auf ihre besonderen Kostenvorteile verzichten. Nur von diesem Standpunkt aus brauchte die Kommission nicht der Frage nachzugehen, ob diese Betriebsformen nicht nur „im Grundsatz", sondern auch tatsächlich nicht vom Verkauf der SABA-Erzeugnisse ausgeschlossen sind.

Ich halte diesen Standpunkt, aufgrund dessen (ungeachtet des Lippenbekenntnisses der Kommission zu dem einzelnen Verbrauchergruppen letztlich zustehenden Recht, diesen Vertriebsformen mit niedrigeren Kosten und Preisen den Vorzug zu geben) selbst eine völlige Ausschaltung des nichtspezialisierten Handels gerechtfertigt werden kann, für nicht vereinbar mit dem Wortlaut und dem Zweck von Artikel 85.

Daher greift meines Erachtens auch die zweite Rüge der Klägerin durch.

4.6. *Die übrigen Rügen*

Da ich in den von mir für begründet erachteten Rügen 1, 2 und 4 der Klägerin schon einen hinreichenden Grund für die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung sehe, halte ich eine ausführliche Befassung mit den verbleibenden Rügen 3 und 5 der Klägerin nicht für erforderlich.

Mit der *dritten Rüge* wirft die Klägerin der Kommission vor, sie habe ermessensfehlerhaft gehandelt, indem sie die tatsächliche Anwendung der SABA-Verträge nicht berücksichtigt habe. Da ich den Hauptvorwurf der Klägerin, wie er mit der ersten, zweiten und vierten Rüge erhoben wird, für begründet halte, brauche ich nicht auf die verwikkelten tatsächlichen Fragen einzugehen, die bei einer Prüfung der dritten Rüge zu untersuchen wären und deren Erheblichkeit, aber auch Kompliziertheit sich aus einigen anderen Urteilen über selektive Vertriebssysteme ergibt (siehe etwa das Urteil in der Rechtssache 107/82, AEG-Telefunken/Kommission, Slg. 1983, 3151).

Die *fünfte Rüge* der Klägerin weist einen gewissen Zusammenhang mit dem Hauptvorwurf gegen die Kommission auf. Mit dieser Rüge macht die Klägerin geltend, die Kommission habe, indem sie das SABA-Vertriebssystem nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt habe, der SABA GmbH und der Thomson-Brandt-Gruppe den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem Markt für Unterhaltungselektronik im allgemeinen und für Farbfernsehgeräte im besonderen zugestanden. Sie beruft sich hierfür auf die von mir bei der Zusammenfassung der Rügen angeführten Urteile.

Schon aufgrund des Begriffs der beherrschenden Stellung, wie er in den Randnummern 26 und 30 des Urteils vom 11. Dezember 1980 in der Rechtssache 31/80 (L'Oréal, Slg. 1980, 3775) unter Bezugnahme auf das Urteil in der Rechtssache Hoffmann-La Roche definiert wird, läßt sich meines Erachtens die Auffassung vertreten, daß die SABA GmbH oder die Thomson-Brandt-Gruppe, ungeachtet ihres beschränkten Marktanteils, über eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 verfügen. Vor allem die der SABA GmbH gebotene Möglichkeit, Produktion und Absatz für vier Monate bzw. ein Jahr bindend festzulegen, weist meiner Ansicht darauf hin, daß die Stellung dieses Unternehmens auf dem Markt „ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten". Hersteller mit einem vergleichbaren System hätten dann ebenfalls eine beherrschende Stellung inne. So wurde in den Niederlanden mehrfach kartellrechtlich gegen vergleichbare parallele beherrschende Stellungen vorgegangen, die durch den Boykott bestimmter Vertriebsformen mißbraucht wurden. Aufgrund des Vorbringens der Verfahrensbeteiligten halte ich es jedoch nicht für möglich und aus den angeführten Gründen auch nicht für erforderlich, zu dieser Rüge abschließend Stellung zu nehmen.

5. Zusammenfassung, Schlußbemerkungen und Anträge

5.1. *Zusammenfassung*

Meine Untersuchung hat zu folgenden Teilergebnissen geführt:

a) Die Klage ist namentlich aus den in der mündlichen Verhandlung von der Kommission vorgebrachten Gründen zulässig.

b) Die sechste Rüge der Klägerin, die sich gegen das Verwaltungsverfahren der Kommission richtet, ist unbegründet und daher zu verwerfen.

c) Die vierte Rüge der Klägerin, mit der sie der Kommission namentlich vorwirft, ihre Entscheidung nicht gemäß den vom Gerichtshof im ersten Metro-Urteil aufgestellten Richtlinien auch auf eine Untersuchung der allgemeinen Marktstruktur gestützt zu haben, ist begründet.

d) Die erste und die zweite Rüge der Klägerin, mit der sie der Kommission die fehlerhafte Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 und Absatz 3 vorwirft, sind — namentlich unter Berücksichtigung der für begründet befundenen vierten Rüge — ebenfalls begründet.

e) Die somit bei der Untersuchung der vierten, der ersten und der zweiten Rüge zutage getretenen Mängel der angefochtenen Entscheidung sind so schwerwiegend, daß die Entscheidung aus diesen Gründen aufzuheben ist.

f) Die übrigen materiellrechtlichen Rügen der Klägerin bedürfen danach keiner Prüfung.

5.2. *Schlußbemerkungen*

a) Mit meiner Untersuchung hoffe ich, deutlich gemacht zu haben, daß die vorliegende Rechtssache tatsächlich nicht so banal ist, wie es auf den ersten Blick scheint. Daran ändert auch nichts, daß sich die von mir vorgeschlagene Entscheidung des Rechtsstreits nach meiner Ansicht unmittelbar aus den im ersten Metro-Urteil für das Vorgehen der Kommission festgelegten Richtlinien ergibt. Obwohl dieser Aspekt für die Beurteilung der Rechtssache an sich nicht von Belang ist, wird die Bedeutung der Rechtssache durch den Umstand unterstrichen, daß gemäß dem Urteil vom 13. Februar 1969 in der Rechtssache 14/68 (Walt Wilhelm, Slg. 1969, 1) im Falle der Billigung der in der angefochtenen Entscheidung zum Ausdruck kommenden Wettbewerbspolitik der Kommission die Kartellbehörden von drei Mitgliedstaaten (Frankreich, Niederlande und Vereinigtes Königreich) ihre anders orientierte Politik in der Frage des Boykotts bestimmter Vertriebsformen nicht ungeändert weiterverfolgen könnten.

b) Da die Entscheidung aus sich heraus und anhand der im Verfahren gegebenen Erläuterungen zu beurteilen ist und da sich dabei herausgestellt hat, daß die Entscheidung dem im ersten Metro-Urteil aufgestellten Erfordernis einer Marktuntersuchung nicht oder kaum Rechnung trägt, halte ich es für verfahrensrechtlich nicht vertretbar, in meinen Schlußanträgen auch noch ausführlich auf Untersuchungsergebnise einzugehen, die der Kommission erst zwei Monate nach Erlaß der Entscheidung zur Verfügung standen. Aus dem Text der Entscheidung geht deutlich hervor, daß die Kommission diese allgemeinen Angaben über die Marktstruktur für unerheblich für ihre Entscheidungsfindung gehalten hat. Hiergegen richtet sich zu Recht der Hauptvorwurf der Klägerin. Wie die Entscheidung der Kommission gelautet hätte, wenn diese Informationen in ihr berücksichtigt worden wären, läßt sich im übrigen nachträglich nicht rekonstruieren. Jedenfalls kann in einem Verfahren vor dem Gerichtshof die Begründung einer Entscheidung nicht durch eine völlig andere Begründung ersetzt werden, in der ein festgestellter grundlegender Fehler der Entscheidung berichtigt wird. Ich habe auch bereits dargelegt, daß der Mackintosh-Bericht diesem Mangel nur sehr unzureichend abhilft.

c) Abgesehen von der erwähnten Ausnahme bezüglich der vierten Voraussetzung für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3

ist die Entscheidung der Kommission aus den angeführten Gründen und nach ihrem eindeutigen Wortlaut ausschließlich auf eine Untersuchung des SABA-Vertriebssystems gestützt, das losgelöst von der Struktur des betroffenen Marktes gesehen wird. In meiner Untersuchung habe ich dargelegt, daß diese Vorgehensweise der Kommission zu Schlüssen geführt hat, die unhaltbar oder doch zumindest auf reine Hypothesen oder vorgefaßte Meinungen gestützt sind. Aufgrund meiner Untersuchung des Hauptvorwurfs der Klägerin und dessen Folgen für die hier erfolgte Anwendung von Artikel 85 Absätze 1 und 3 habe ich daher eine besondere Prüfung der sich auf das SABA-Vertriebssystem beziehenden Argumente durch den Gerichtshof für überflüssig erachtet.

d) Die Angaben, die die Kommission in Beantwortung einer Frage des Berichterstatters in der mündlichen Verhandlung gemacht hat, habe ich aus den in meiner ersten Schlußbemerkung genannten Gründen ebensowenig berücksichtigt wie den Makintosh-Bericht. Die Angaben über der Kommission bekannte und nicht als vertraulich geltende Informationen über die Verbreitung selektiver Vertriebssysteme in dem betroffenen Sektor sind jedoch auch deshalb von beschränktem Wert, weil die Kommission, wie schon gesagt, einfache selektive Vertriebssysteme nicht für anmeldepflichtig hält. Andererseits ist nicht ersichtlich, inwieweit das betreffende Forschungsinstitut (Gesellschaft für Konsumforschung Nürnberg) Kenntnis von nichtangemeldeten selektiven Vertriebssystemen hat. Aufgrund der inzwischen erfolgten Stellungnahme der Klägerin müssen diese (in *Neue Medien* Nr. 5 vom Mai 1985 veröffentlichten) und die übrigen vorgelegten Informationen meines Erachtens in Zweifel gezogen werden. Die Klägerin kommt in ihrer Stellungnahme nach einem ausführlichen Überblick zu dem Schluß, daß acht Hersteller von Fernsehgeräten mit einem formalen selektiven oder gleichwertigen Vertriebssystem in Deutschland einen Marktanteil von 58 % und neun andere Hersteller mit informellen selektiven Vertriebssystemen gleicher Wirkung einen Marktanteil von 33 % innehaben. Insgesamt hätten die Klägerin und gleichartige Händler somit nur zu einem Marktanteil von 9 % normalen Zugang. Die Angaben, auf die die Klägerin diese Berechnungen stützt, sind sicherlich genauer als die Berechnungsgrundlage der Kommission. Wie schon gesagt messe ich diesen von der Kommission und der Klägerin nach der mündlichen Verhandlung in Beantwortung von Fragen des Gerichtshofes gemachten Angaben letztlich vor allem aus anderen Gründen keine wesentliche Bedeutung bei. Falls der Gerichtshof insoweit anderer Ansicht sein sollte, müßte die mündliche Verhandlung meiner Ansicht nach wiedereröffnet werden, da die auf zuverlässiger Grundlage beruhenden Zahlenangaben der Klägerin nicht mit denen der Kommission übereinstimmen.

5.3. *Anträge*

Abschließend beantrage ich daher,

1) die Klage zuzulassen;

2) die erste, zweite und vierte Rüge der Klägerin für begründet zu erklären;

3) die Entscheidung der Kommission vom 21. Dezember 1983 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 (SABA-EG-Vertriebssystem; Entscheidung 83/672/EWG, ABl. 1983, L 376, S. 41) aus den genannten Gründen aufzuheben;

4) der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen mit Ausnahme der den Streithelfern entstandenen Kosten, da diese nicht beantragt haben, der unterliegenden Partei die Kosten aufzuerlegen, und ihre Kosten sonach selbst zu tragen haben.