SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL VOM 1. JUNI 1983

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Die Klägerin des Verfahrens, zu dem ich heute Stellung nehme, ist mit ihrer Tochtergesellschaft Telefunken Fernseh- und Rundfunk GmbH (TFR), die seit dem 1. Juni 1979 einen selbständigen Unternehmensbereich bei AEG bildet, durch Herstellung und Vertrieb von Fernseh-, Rundfunk-, Tonband-, Phono- und Audiovisionsgeräten am Markt für Unterhaltungselektronik beteiligt.

Für den Vertrieb wurde im Jahr 1973 beschlossen, ihn hinsichtlich eines bestimmten Teils der Erzeugung, des sogenannten „5-Sterne-Programms", selektiv zu gestalten, also nur ausgewählten Händlern anzuvertrauen. Diese Vertriebsbindung wurde bei der Kommission gemäß Artikel 4 der Verordnung Nr. 17/62 am 6. November 1973 angemeldet. Im Laufe der darüber geführten Gespräche kam es auf Verlangen der Kommission zu gewissen Änderungen des Vertriebssystems. Schließlich erklärte der Generaldirektor für Wettbewerb in einem Schreiben vom 17. Mai 1976 zu der Fassung des EG-Verpflichtungsscheins von Telefunken, die er am 16. März 1976 erhalten hatte, im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags bestünden keine Bedenken.

Die Vertriebsbindung wurde in der Weise angewandt, daß mit Fachgroßhändlern und Facheinzelhändlern, die bestimmte Voraussetzungen erfüllten, Vereinbarungen getroffen wurden, denen zufolge AEG-Telefunken verpflichtet ist, Vertragsware nur an Händler im Sinne des Verpflichtungsscheins zu liefern, und die Händler gehalten sind, Vertragsware innerhalb des Vertragsgebiets — der Europäischen Gemeinschaft — nur an Wiederverkäufer weiterzugeben, die zuvor die Unterzeichnung des Verpflichtungsscheins nachgewiesen haben. Die genannten Verträge schloß bis Ende 1978 die AEG, zugleich handelnd für TFR; danach trat in den Musterverträgen als Vertragspartner der Händler die AEG-Telefunken-Konsumgüter Aktiengesellschaft auf, handelnd namens und für Rechnung der AEG, zugleich handelnd für TFR. Der Vertrieb erfolgt in der Bundesrepublik Deutschland über die AEG-Vertriebsbüros oder -Niederlassungen, in anderen EWG-Staaten über die für den Vertrieb zuständigen AEG-Tochtergesellschaften, so zum Beispiel über die AEG-Telefunken France S.A. — „ATF" — und über die AEG-Telefunken S.A. Belge — „ATBG".

Im Laufe der Zeit gingen bei der Kommission Beschwerden von verschiedenen Händlern ein, die die Art und Weise der Handhabung der AEG-Vertriebsbindung beanstanden zu können glaubten. Dies veranlaßte die Kommission im Juni 1979 bei TFR, ATBG und ATF Nachprüfungen vorzunehmen, wie übrigens zu dieser Zeit auch bei anderen Unternehmen aus dem Bereich der Unterhaltungselektronik, die selektive Vertriebsbindungssysteme anwendeten, Ermittlungen durchführte. Aufgrund des vorgefundenen Materials leitete sie durch Beschluß vom 29. Mai 1980 ein Verfahren gemäß Artikel 9 der Verordnung Nr. 17 gegen die Klägerin des vorliegenden Verfahrens ein. Was die Kommission in bezug auf die Praktizierung des Vertriebsbindungssystems zu kritisieren hatte, faßte sie in Beschwerdepunkten vom 2. Juni 1980 zusammen. Dazu nahm die Klägerin in einer Erwiderung vom 5. August 1980, bei einer am

19. August 1980 durchgeführten Anhörung sowie in weiteren Schriftsätzen Stellung.

Am 6. Januar 1982 erging dann die abschließende Entscheidung der Kommission. Sie spricht nach einer ausführlichen Begründung, in der die tatsächliche Handhabung der Vertriebsbindung in Deutschland, Frankreich und Belgien kritisch dargestellt und im Hinblick auf Artikel 85 gewürdigt wird, in Artikel 1 aus, die von der Klägerin eingeführte Vertriebsbindung für Telefunken-Markenwaren stelle in der praktizierten Form, in der a) Händler, obwohl sie die Zulassungsvoraussetzungen erfüllten, keinen Zugang zu diesen Erzeugnissen hätten, und b) die Verkaufspreise der Vertragshändler unmittelbar oder mittelbar durch AEG festgesetzt würden, eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags dar. In Artikel 2 wird festgestellt, AEG sei verpflichtet, die in Artikel 1 erwähnte Zuwiderhandlung unverzüglich abzustellen. Artikel 3 setzt eine Geldbuße in Höhe von 1 Million ECU (= 2 445 780 DM) fest, die innerhalb einer Frist von drei Monaten, gerechnet von der Bekanntgabe der Entscheidung an, auf ein Konto der Kommission einzuzahlen sei.

Gegen diese Entscheidung hat AEG-Telefunken am 24. März 1982 den Gerichtshof angerufen und beauftragt, sie für nichtig zu erklären.

In einem besonderen Schriftsatz wurde gleichzeitig der Antrag gestellt, die Zwangsvollstreckung aus der angegriffenen Entscheidung auszusetzen. Dazu erging, nachdem die Klägerin — wie von der Kommission verlangt — am 17. März 1982 eine Bankbürgschaft gestellt hatte, am 6. Mai 1982 der Beschluß, der Vollzug des Artikels 3 der Entscheidung werde gegen Aufrechterhaltung der der Kommission gestellten Bürgschaft ausgesetzt.

Zu diesem Fall gebe ich folgende Stellungnahme ab.

I — Vorweg ist kurz auf den *Inhalt des EG-Verpflichtungsscheins von AEG-Telefunken* einzugehen, zu dem die Kommission keine Bedenken hatte, und in einer gedrängten Übersicht darzulegen, inwiefern die Kommission die praktische Handhabung des Vertriebsbindungssystems kritisieren zu müssen glaubt.

1. In dem genannten Verpflichtungsschein ist festgelegt, welche Voraussetzungen die Facheinzelhändler und die Fachgroßhändler erfüllen müssen, damit sie zum Vertrieb der Telefunken-Markenwaren zugelassen werden.

a) Für erstere gilt im wesentlichen, daß sie ein Fachgeschäft oder eine Fachabteilung der Rundfunk-, Fernseh- und Phonobranche unterhalten, daß sie zu einer sachgerechten Vorführung der Vertragsware und fachgerechten Beratung der Kunden in einem repräsentativen Verkaufsraum in der Lage sind, daß sie einen einwandfreien Garantie- und Kundendienst mit Hilfe einer Fachwerkstatt gewährleisten, daß sie eine lückenlose Nummernkontrolle durchführen und daß sie die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften beachten.

b) Für die Fachgroßhändler ist festgelegt, sie hätten Vertragsware auf eigene Rechnung und grundsätzlich nicht im Streckengeschäft zu beziehen und sie hätten entlastende Funktionen sowohl gegenüber dem Hersteller als auch gegenüber dem Einzelhandel durch regelmäßige Akquisition und entsprechende Belieferung von Facheinzelhändlern auszuüben. Außerdem gilt auch für sie die Verpflichtung, eine lückenlose Nummernkontrolle durchzuführen und keine Verstöße gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften zu begehen.

2. Die Kommission ist der Auffassung, die Klägerin habe sich in der Praxis nicht ausschließlich daran gehalten und es sei ihr deshalb vorzuwerfen, daß sie bei der Handhabung der Vertriebsbindung gegen Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags verstoßen habe.

a) So habe sie grundsätzlich die Politik verfolgt, nur den *herkömmlichen* Facheinzel- und -großhandel zu bedienen, nicht aber neuartige Vertriebsformen mit aggressiver Preispolitik wie Verbrauchermärkte. Belegen lasse sich dies anhand verschiedener Einzelfälle aus der Bundesrepublik Deutschland, aus Belgien und aus Frankreich, wo sich auch zeige, daß für die Zulassung zum Vertriebssystem zusätzliche Bedingungen gegolten hätten, die nicht als qualitative Auswahlkriterien anzusehen seien.

b) Weiterhin sei die Klägerin in Frankreich bestrebt gewesen, zugelassenen Händlern *Gebietsschutz* zu gewähren, was als Anwendung *quantitativer* Auswahlkriterien zu werten sei.

c) Schließlich habe die Klägerin im Zusammenhang mit der Vertriebsbindung die Politik verfolgt, die Einzelhandelspreise stabil zu halten und ein einheitlich hohes Preisniveau herbeizuführen. Zu diesem Zweck sei es zu Absprachen mit Abnehmern über die Einhaltung eines bestimmten Preisniveaus, zur Herbeiführung von Preisabsprachen zwischen französischen Händlern, zu der an Händler gerichteten Aufforderung, bestimmte Preise einzuhalten, wie auch zu mittelbaren Preisbeeinflussungen durch Gewährung bestimmter Vorteile gekommen.

II — Bevor ich auf die Stichhaltigkeit der von der Kommission erhobenen Vorwürfe und der von der Klägerin dazu vorgebrachten Verteidigungsargumente eingehe, erscheint es mir ferner angebracht, die bisherige *Rechtsprechung zu selektiven Vertriebssystemen* in Erinnerung zu bringen.

1. So wurde im Urteil der Rechtssache 26/76 [1] ausgesprochen, solche Vertriebssysteme seien mit Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags vereinbar, „sofern 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 sofern diese Voraussetzungen einheitlich für alle Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden" (Randnummer 20).

Entsprechende Feststellungen finden sich in den Urteilen der Rechtssachen 99/79 [2], 31/80 [3] und 126/80 [4]. Dabei wird in den beiden zuerst genannten Entscheidungen auch hervorgehoben, es sei, wenn der Zugang zu einem selektiven Vertriebsnetz von Voraussetzungen abhänge, die über eine bloße objektive Auswahl qualitativer Art hinausgingen, und insbesondere, wenn es auf quantitativen Kriterien beruhe, davon auszugehen, daß ein solches Vertriebssystem grundsätzlich unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 falle (Randnummer 17 des Urteils 99/79 und Randnummer 21 des Urteils 31/80). Außerdem ist darauf hinzuweisen — weil dies in der klägerischen Argumentation eine Rolle spielt —, daß im Urteil der Rechtssache 126/80 [4] statt von fachlicher Eignung der

1 — Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 — Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1977, 1875.

2 — Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 99/79 — SA Lancôme und Cosparfrance Nederland BV/Etos BV und Albert Heyn Supermarkt BV —, Slg. 1980, 2511.

3 — Urteil vom 11. Dezember 1980 in der Rechtssache 31/80 NV l'Oréal und SA l'Oréal/PVBA De nieuwe Amck —, Slg. 1980, 3775.

4 — Urteil vom 16. Juni 1981 in der Rechtssache 126/80 — Maria Salonia/Giorgio Poidomani und Franca Giglio, verwitwete Baglieri —, Slg. 1981, 1563.

Wiederverkäufer von ihrer „Leistungsfähigkeit (capacité)" gesprochen wird.

Erwähnenswert ist darüber hinaus, daß im Urteil der Rechtssache 26/76 [1] betont wird, bei diesen Vertriebssystemen liege der Schwerpunkt im allgemeinen nicht ausschließlich und nicht einmal vorwiegend auf dem Preiswettbewerb und das Bestreben, für den Fachgroß- und -einzelhandel ein gewisses Preisniveau aufrechtzuerhalten, sei ein Ziel, das verfolgt werden dürfe, ohne daß dabei zwangsläufig gegen das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 verstoßen werde (Randnummer 21). Andererseits wird in diesem Urteil auch hervorgehoben, die Kommission habe darauf zu achten, daß die Starrheit der Preisstruktur nicht noch stärker werde, was geschehen könnte, wenn die Anzahl der selektiven Vertriebsnetze für den Absatz desselben Erzeugnisses größer werden sollte (Randnummer 22).

2. Danach lassen sich ohne weiteres einige für das vorliegende Verfahren bedeutsame Feststellungen treffen:

a) Was die Zulassung zu einem selektiven Vertriebssystem angeht, so können — weil für alle Wiederverkäufer gleiche qualitative Voraussetzungen zu gelten haben — nicht für eine besondere Gruppe, im vorliegenden Fall etwa die Märkte, andere und strengere Voraussetzungen angewandt werden. Sind die qualitativen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, so können Händler nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, die Zahl der in einem bestimmten Gebiet vorhandenen zugelassenen Absatzmittler sei für die Versorgung ausreichend, da dies eine quantitative Auswahl bedeuten würde. Ebensowenig können, wenn die allgemein festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind, zusätzliche Bedingungen wie die Zusage der Einhaltung eines bestimmten Preisniveaus oder die Beschränkung des Weiterverkaufs auf bestimmte Abnehmer festgelegt werden.

Hinzufügen möchte ich hier auch noch, daß die Klägerin meines Erachtens nicht recht hat, wenn sie aus der Verwendung des Begriffs „Leistungsfähigkeit" im Urteil der Rechtssache 126/80 [2] folgert, damit sei — als zulässiges qualitatives Kriterium — die *finanzielle* Leistungsfähigkeit von Händlern gemeint. Dagegen spricht nicht nur der in der französischen Fassung des Urteils verwendete Begriff „capacité", sondern auch der Umstand, daß sich „Leistungsfähigkeit" sowohl auf den Wiederverkäufer als auch auf sein Personal bezieht, bei dem es offensichtlich keinen Sinn hat, von *finanzieller* Leistungsfähigkeit zu sprechen. „Leistungsfähigkeit" dürfte also in Wahrheit nichts anderes bedeuten als die fachliche Eignung, von der in den anderen angeführten Urteilen die Rede ist.

b) Wenn in dem Urteil der Rechtssache 26/76 [1] auch das zulässige Bestreben erwähnt wird, für den Fachgroß- und -einzelhandel ein gewisses Preisniveau aufrechtzuerhalten, so deutet noch nichts in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die Verfolgung dieses Ziels — gleich mit welchen Mitteln — keineswegs unter Artikel 85 Absatz 1 fallen könne. Wird ein solches Ziel mit Hilfe von Absprachen zwischen den Partnern eines Vertriebsbindungsvertrags oder durch Herbeiführung von Absprachen zwischen den Wiederverkäufern verfolgt, so möchte ich ein solches Vorgehen keinesfalls als unbedenklich bezeichnen, weil hier offensichtlich ein Teil der in Artikel 85 Absatz 1 ausdrücklich genannten Tatbestandsmerkmale erfüllt wird. Auch hat meines

1 — Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 — Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1977, 1875.

2 — Urteil vom 16. Juni 1981 in der Rechtssache 126/80 — Maria Salonia/Giorgio Poidomani und Franca Giglio, verwitwete Baglieri —, Slg. 1981, 1563.

Erachtens der genannte Satz nicht einen Sachverhalt im Auge, in dem ein Hersteller seine Preisvorstellungen einseitig durchsetzt — etwa indem er androht, das Vertragsverhältnis aufzulösen —, denn dies wäre zweifellos der nachträglichen Einführung eines zusätzlichen und damit unzulässigen Zulassungskriteriums gleichzusetzen. Dagegen erscheint es wohl grundsätzlich vertretbar — soll der angeführte Satz überhaupt einen selbständigen vernünftigen Sinn haben —, anzunehmen, davon seien rein einseitige Preisempfehlungen im Sinne des Hinweises auf mögliche Marktpreise, die dem Handel eine unverbindliche Orientierung geben sollen, erfaßt und damit als unbedenklich anzusehen.

III — Nach diesen einleitenden Bemerkungen wende ich mich jetzt zunächst dem Teil des Falles zu, der sich auf das Problem der Diskriminierung bei der Zulassung von Händlern einschließlich der Gewährung eines Gebietsschutzes in bestimmten Fällen bezieht. Dabei werde ich mit der Untersuchung der in der Entscheidung angeführten Einzelfälle beginnen und im Anschluß daran auf das eingehen, was in der Entscheidung unter den Überschriften „die Einführungsphase", „allgemeine Vertriebspolitik in Deutschland" und „allgemeine Vertriebspolitik in Frankreich" an kritischen Feststellungen allgemeiner Art zu der hier interessierenden Frage angeführt ist.

1. Nichtzulassung von Händlern in Deutschland

Hier kommen zwei Fälle in Betracht: die Weigerung der Belieferung des im Mai 1976 in Kassel eröffneten Ratio-Markts, der zu der Kette von Einzelhandelsgeschäften (Verbrauchermärkten) der Firma Terfloth & Snoek GmbH gehört, sowie die Liefersperre, die im Dezember 1976 dem zugelassenen Großhändler Harder in Villingen gegenüber verhängt worden war, und die Vorgänge, die im Zusammenhang mit der angestrebten Aufhebung der Sperre eine Rolle spielen.

a) Zum Ratio-Markt in Kassel

Alle Einzelheiten dieses Falles brauche ich jetzt nicht darzustellen; ich verweise dazu auf den Sitzungsbericht und die Gerichtsakten. Die Klägerin ist der Meinung, von einer diskriminierenden Nichtzulassung könne nur gesprochen werden, wenn feststehe, daß ein Händler die Voraussetzungen für die Vertriebsbindung erfüllte. Bei Ratio lägen die Fachhandelskriterien nicht vor, und die Klägerin habe deshalb — dazu sei sie den zugelassenen Händlern gegenüber verpflichtet — den Ratio-Markt nicht in ihr Vertriebssystem aufnehmen können. Demgegenüber meint die Kommission, einer Gesprächsnotiz vom 6. April 1976 über einen ersten Besuch bei Ratio (Anlage 7 zur Klagebeantwortung) entnehmen zu können, die Vertreter der Klägerin selbst seien der Meinung gewesen, der Ratio-Markt habe „im wesentlichen" die Fachhandelskriterien erfüllt. Letztlich komme es aber darauf nicht an, da eine Diskriminierung auch vorliege, wenn ein anderer Umstand, etwa das befürchtete Preisverhalten, der entscheidende Grund für die Nichtzulassung gewesen sei. Davon sei im Falle Ratio auszugehen, weil für die Ablehnung der Belieferung die Tatsache im Vordergrund gestanden habe, daß es sich um einen „Markt" handele und daß — wie sich der genannten Gesprächsnotiz entnehmen lasse — eine Einigung über die Marktpreise nicht zustande gekommen sei. Außerdem müsse der Klägerin in jedem Fall vorgehalten werden, daß sie Ratio die Aufnahme gar nicht habe ermöglichen wollen, habe sie doch die angeblich fehlenden Zulassungsvoraussetzungen nicht genannt, auch nachdem Ratio in einem Schreiben vom 22. Dezember 1976 seine Bitte um Belieferung erneuert und dabei

ausdrücklich angeboten habe, jede von der Klägerin gestellte Bedingung zu erfüllen.

Meines Erachtens kann von einer diskriminierenden Anwendung der Vertriebsbindungskriterien nur gesprochen werden, wenn eine Belieferung trotz Erfüllung *aller* Zulassungsvoraussetzungen nicht erfolgt, für einen Abnehmer also *zusätzliche* Gesichtspunkte maßgebend sind. Die Frage des Vorliegens der Zulassungsvoraussetzungen kann also sicher nicht offenbleiben unter Hinweis darauf, für die Nichtbelieferung hätten in jedem Fall andere Motive im Vordergrund gestanden, käme man doch sonst unter Umständen zu einer Bestrafung für eine rein subjektive Einstellung, ohne daß ein objektiver Wettbewerbsverstoß erwiesen wäre.

In bezug auf den Ratio-Markt in Kassel kann sodann sicherlich nicht aus der Gesprächsnotiz vom 6. April 1976 gefolgert werden, die Klägerin selbst sei der Meinung gewesen, Ratio habe die Fachhandelskriterien „im wesentlichen" erfüllt, was im übrigen einer *vollständigen* Erfüllung nicht gleichkäme. Nach den am Ende des zweiten Absatzes des genannten Schreibens gewählten Formulierungen — verwendet wird das Wort „soll" — ist klar, daß hier nur Angaben von Ratio wiedergegeben werden. Es handelte sich also nicht um eine Bewertung durch die Vertreter der Klägerin, die damals auch noch nicht abschließend möglich war, weil das Geschäft noch nicht eröffnet war und für eine sinnvolle Beurteilung sicher der laufende Geschäftsbetrieb (Geräuschkulisse, vorhandenes Verkaufspersonal) eine Rolle spielt. Diese eigene Bewertung sollte vielmehr — auch das läßt sich der Notiz entnehmen — Ende Mai erfolgen.

Umgekehrt spricht einiges dafür, daß die dann vorgenommene Bewertung aus guten Gründen negativ ausfiel. So heißt es in einem Schreiben des Anwalts von Ratio vom 22. Dezember 1976 (Anlage 40 zur Klageschrift), Ende Mai sei beanstandet worden, daß bei Ratio eine geschlossene Fachabteilung fehle und daß zuviel originalverpackte Ware in den Verkaufsräumen gelagert werde; dies widerspricht aber den im EG-Verpflichtungsschein unter II 1 Buchstabe c genannten Erfordernissen einer „sachgerechten Vorführung" und des Vorhandenseins eines „repräsentativen Verkaufsraums". Entsprechendes wird auch eingeräumt in einem Schreiben des Anwalts von Ratio an die Kommission vom 2. Oktober 1980 (Anlage 7 zur Klagebeantwortung). Außerdem dürfte nicht nur von Interesse sein, daß Ratio nicht versucht hat, eine Belieferung gerichtlich durchzusetzen, und daß er keine Rechtsbehelfe gegen gerichtliche Entscheidungen eingelegt hat, die die Klägerin im Jahr 1978 deswegen erwirkte, weil sich Ratio vertriebsgebundene Ware unter Verletzung der Vertriebsbindung besorgt hatte. Bezeichnend ist auch, daß sich entsprechende Beanstandungen, deren Berechtigung die Firma Ratio nicht widerlegt hat, noch in einem Besuchsbericht vom 30. Oktober 1980 (Anlage 53 zur Klageschrift) finden und daß von der Klägerin — davon ist unter Hinweis auf konkrete Ermittlungen schon in der Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten die Rede — auch bemängelt werden konnte, Ratio verfüge nicht über ausreichendes Fachpersonal, weil nur für einen von drei für eine große Verkaufsfläche zuständigen Verkäufern eine fachliche Ausbildung belegt worden sei.

Darüber hinaus kann man meines Erachtens auch nicht den Eindruck haben, es sei ausreichend dargetan, daß *entscheidendes Motiv* für die Klägerin bei der Nichtbelieferung von Ratio der Umstand gewesen sei, daß es sich um einen „Markt" handelte und daß es zu keiner

Einigung über die Marktpreise gekommen sei. Zu dem an erster Stelle genannten Punkt ergibt sich nichts aus den zum Ratio-Fall vorgelegten Dokumenten. Was den zweiten Punkt angeht, so konnte die Kommission zwar auf den letzten Absatz der Gesprächsnotiz vom 6. April 1976 hinweisen, wo es heißt: „Über Marktpreisgestaltung wurde gesprochen, jedoch wurde hierüber keine Einigung erzielt. Die Marktpreisgestaltung hängt von dem Gespräch in Kassel ab." Insofern ist aber einmal nicht von der Hand zu weisen, daß sich der erste der zitierten Sätze auf die nicht vertriebsgebundene Waren betreffende „Ratio-Listing für das Jahr 1976" bezieht, von der im vorhergehenden Satz die Rede ist. Zum anderen wurde auch nicht nachgewiesen, daß tatsächlich der Marktpreisgestaltung entscheidende Bedeutung zugekommen sei. Dies hätte leicht durch eine Befragung von Ratio, die ja auch stattgefunden hat, festgestellt werden können. Auffällig ist jedoch, daß davon in den ausführlichen Bemerkungen, die Ratio im Oktober 1980 an die Kommission gerichtet hat, mit keinem Wort gesprochen wird.

Soweit von der Kommission schließlich kritisiert wird, Ratio sei auf die Bereitschaftserklärung im Schreiben vom 22. Dezember 1976 hin nicht durch die Nennung der fehlenden Zulassungsvoraussetzungen die Möglichkeit gegeben worden, alle Zulassungsbedingungen zu erfüllen, erscheint es mir außerordentlich fraglich, ob auch dies dazu berechtigen würde, von einer unkorrekten Handhabung der Vertriebsbindung zu sprechen. Außerdem hätte man — ganz abgesehen davon, daß, wie sich aus dem Schreiben von Ratio vom 22. Dezember 1976 ergibt, konkrete Beanstandungen genannt worden sind — zumindest einzuräumen, daß es sich hier um einen ganz neuartigen Gesichtspunkt zur Bewertung der Handhabung eines Vertriebsbindungssystems handelt und daß deshalb schwerlich ein Schuldvorwurf gemacht werden könnte, zumal nach deutschem Recht — die Klägerin hat dazu auf das Urteil der Rechtssache 14/68 [1] verwiesen — die *Bereitschaft,* Fachhandelskriterien zu erfüllen, nicht ausreicht, sondern verlangt wird, daß sie *tatsächlich vorliegen,* wenn ein Belieferungsanspruch geltend gemacht wird (vgl. das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 30. Juni 1981, KZR 11/80).

Der *Fall Ratio-Markt* ist also nicht geeignet, eine diskriminierende Zulassungspraxis der Klägerin zu belegen. Er muß deshalb bei der Beurteilung der Handhabung der Vertriebsbindung durch die Klägerin *außer Betracht* bleiben.

b) Harder (Villingen)

Hier geht es nicht um die erstmalige Zulassung eines Händlers als Fachgroßhändler, sondern darum, wie die Klägerin einen zugelassenen Händler behandelte, nachdem ihm gegenüber im Hinblick auf Verstöße gegen die Vertriebsbindung — wiederholte Lieferung größerer Mengen Ware an nicht gebundene Einzelhändler — Anfang Dezember 1976 eine Liefersperre ausgesprochen worden war (vgl. dazu das Schreiben des Vertriebsbüros Freiburg vom 15. Dezember 1976 — Anlage 55 zur Klage). In Anbetracht der Tatsache, daß in dem genannten Schreiben auch erklärt wird, Herr Harder sei bereit, zusätzlich zum Vertriebsbindungsrevers folgende Verpflichtungen ausdrücklich einzugehen:

„2) Ausdrückliche Erklärung, daß keine Verbrauchermärkte oder ähnliche Unternehmen von ihm mit unseren Produkten beliefert werden.

1 — Urteil vom 13. Februar 1969 in der Rechtssache 14/68 — Walt Wilhelm und andere/Bundeskartellamt —, Slg. 1969, 1.

3) Keine Aktivitäten mit unseren Produkten in EWG-Ländern zu entwikkeln",

kam die Kommission zu der Überzeugung, auch hier liege ein Fall diskriminierender Anwendung der Vertriebsbindung vor, eben weil sich die Klägerin nicht mit der Erfüllung der im EG-Verpflichtungsschein genannten fachlichen Voraussetzungen begnügt habe, die bei Harder offenbar vorgelegen hätten.

Nach meiner Ansicht hat die Kommission diesen Fall ebenso zu Unrecht als Beleg für eine diskriminierende Zulassungspraxis angeführt wie den Fall Ratio-Kassel.

Wichtig ist zunächst, daß wohl außer Streit steht, daß die Klägerin zu Recht Harder gegenüber eine Liefersperre ausgesprochen hat; denn gemäß VI Buchstabe a des EG-Verpflichtungsscheins kann die weitere Belieferung eines Händlers eingestellt werden, wenn er gegen die Verpflichtungen aus der Vertriebsvereinbarung verstößt, und die Kommission hat nie ernsthaft angezweifelt, daß Harder seine Verpflichtung gemäß V 2 des EG-Verpflichtungsscheins verletzt hat.

Ferner ist von Bedeutung, daß zu dem Gespräch über eine mögliche Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen, auf das sich das Schreiben vom 15. Dezember 1976 bezieht, nur festgehalten worden ist, Harder sei *bereit*, zusätzliche Verpflichtungen einzugehen; nicht erkennbar ist dagegen, daß dies vom Vertriebsbüro Freiburg der Klägerin als Voraussetzung für die Wiederaufnahme der Belieferung *verlangt* wurde. Selbst wenn aber anzunehmen wäre, daß eine derartige Initiative vom Vertriebsbüro Freiburg ausgegangen wäre, ist dies letztlich deswegen bedeutungslos, weil die endgültige Entscheidung über die Behandlung des Falles Harder, wie sich aus dem Schlußsatz des Schreibens vom 15. Dezember 1976 ergibt, bei TFR liegen sollte. Dazu aber hat sich im Verfahren ergeben, daß die definitive Lösung der Geschäftsbeziehungen durch TFR aus anderen Gründen erfolgte. Der uns vorgelegten Korrespondenz ist nämlich zu entnehmen, daß von Harder eine Aufklärung der Verstöße, die Abgabe einer Unterlassungserklärung und — wie es der Verpflichtungsschein vorsieht — die Zahlung der durch seine Verstöße verursachten Kosten verlangt wurde. In Anwaltsschreiben vom 29. August und 7. September 1977 wurde allein dies zur Bedingung für die Aufhebung der Liefersperre gemacht. Zur Erfüllung dieser Voraussetzungen aber ist es trotz verschiedener Mahnungen nicht gekommen. Vielmehr konnten weitere nicht zulässige Lieferungen wie auch unrichtige Angaben über Lieferwege und unberechtigte Ausflüchte festgestellt werden. Danach wurden offenbar die Beziehungen im September 1977 endgültig abgebrochen, ohne daß sich Harder in irgendeiner Weise um eine Wiederaufnahme bemüht hätte.

Der Fall Harder kann somit nicht als Beleg für eine diskriminierende Anwendung der Vertriebsbindung angesehen werden, da es sich lediglich um den Fall eines korrekten Ausschlusses wegen begangener Verstöße und fehlender Bereitschaft, Gewähr für eine korrekte Durchführung der Vertriebsbindung zu geben, handelt.

2. Nichtzulassung eines Händlers in Belgien

Es handelt sich hier um den Großhändler Diederichs, mit dem — nachdem er seit langem durch geschäftliche Aktivitäten unter Umgehung der jeweiligen Ländervertretungen und durch Verkauf von Telefunken-Geräten unter den Abgabepreisen der ATBG aufgefallen war — im September 1977 Verhandlungen über

eine Normalisierung seiner Aktivitäten stattfanden (vgl. Aktennotiz vom 29. September 1977, Anlage 16 zur Klagebeantwortung). Darin wurde unter anderem festgehalten, Diederichs habe praktisch keine Verwaltung, elf Lkw-Fahrer bedienten ganz Belgien auf festgelegten Routen, und es existiere keine Außendienstorganisation. In einem Telex von Mitte Oktober 1977 (Anlage 64 zur Klage) wurde zu diesem Fall hervorgehoben, eine Einbeziehung in das Vertriebsbindungssystem, „sofern überhaupt die Kriterien der Vertriebsbindung erfüllt sind", könne erst erfolgen, wenn Erklärungen über die künftige Unterlassung von Wettbewerbsverletzungen schriftlich abgegeben worden seien. In einem Bericht von ATBG an TFR vom 24. Oktober 1977 (Anlage 16 zur Klagebeantwortung) findet sich weiter der Hinweis darauf, Diederichs habe einen Vertriebsbindungsvertrag mit der Firma Grundig abgeschlossen, und die Feststellung, ein solches Abkommen wäre auch für Telefunken möglich. Hinzugefügt war aber: „Il résulte des discussions, que Diederichs ne veut pas accepter une concertation des prix qui rendrait son activité compatible avec la nôtre." Schließlich wurde in einer Aktennotiz vom 28. Oktober 1977 (Anlage 65 zur Klage) zum Fall Diederichs festgehalten, es sollte — weil sich in weiteren Gesprächen ergeben habe, daß Herr Diederichs nicht bereit sei, sich an irgendein von der ATBG empfohlenes Preisniveau für die belgischen Einzelhändler zu halten, und weil daher eine erhebliche Preisunruhe auf dem gesamten belgischen Markt zu befürchten sei — aus vertriebspolitischen Gründen auf die Einschaltung von Diederichs verzichtet werden. Da außerdem keine juristischen Bedenken gegen eine Ablehnung des Vertriebsbindungsvertrags mit Diederichs erhoben worden seien — die bisherigen Verstöße reichten als Begründung aus —, gebe es keinen Anlaß, die mit Herrn Diederichs begonnenen Gespräche weiterzuführen.

Was diesen Fall angeht, so habe ich nach allem, was dazu im Verfahren ausgeführt worden ist, den Eindruck, daß er von der Kommission zu Recht als Beleg für eine unkorrekte Handhabung des Vertriebsbindungssystems angeführt worden ist und daß das Verteidigungsvorbringen der Klägerin — sie machte vor allem geltend, in Wahrheit habe Diederichs nicht die qualitativen Voraussetzungen für eine Zulassung erfüllt — wenig überzeugend erscheint.

Soweit sich die Klägerin auf früheres wettbewerbswidriges Verhalten von Diederichs beruft, ist einmal wichtig, daß der an letzter Stelle genannten Aktennotiz vom 28. Oktober 1977 zufolge die angebliche Verletzung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften durch Diederichs ganz eindeutig nicht das entscheidende Motiv für den Abbruch der Gespräche mit Diederichs war. Wenn zum anderen zwar einzuräumen ist, daß nach dem EG-Verpflichtungsschein die Händler gehalten sind, wettbewerbsrechtliche Vorschriften zu beachten, so gilt dies doch eindeutig nur für die Zeit *nach* der Aufnahme in die Vertriebsbindung. Früher begangene Verstöße können deshalb allenfalls relevant sein, wenn sie — nach Zahl und Bedeutung — die Befürchtung rechtfertigen, sie würden auch nach Aufnahme in die Vertriebsbindung fortgesetzt. Dafür liefert jedoch der Fall Diederichs keine ausreichenden Anhaltspunkte. In der Tat dürften insofern schwerlich genügen — mehr wurde nicht vorgebracht — der Hinweis der Klägerin auf eine im Jahr 1975 erfolgte und offenbar ohne Konsequenzen gebliebene Befassung des belgischen Wirtschaftsministeriums mit einem Fall unlauteren Wettbewerbs, der Diederichs vorgeworfen wurde, sowie der Hinweis auf eine Verurteilung Diederichs wegen irreführender

Werbung in einer Entscheidung des Handelsgerichts Tongeren vom 8. Januar 1976, die dann durch ein Urteil des Appellationsgerichts Antwerpen vom 27. Juni 1977 bestätigt worden ist.

Soweit die Klägerin ferner mit Nachdruck geltend gemacht hat, Diederichs habe in Wahrheit nicht die Fachhandelskriterien ihres EG-Verpflichtungsscheins erfüllt, ist sicher ihr Hinweis auf die finanzielle Lage von Diederichs, nach der man sich schon im September 1977 erkundigt hatte und zu der es in einem Schreiben vom 19. Oktober 1977 (Anlage 66 zur Klage) hieß, die Situation von Diederichs sei „prekär", nicht überzeugend. Zu Unrecht nämlich nimmt die Klägerin — wie schon dargelegt — an, auch die *finanzielle* Leistungsfähigkeit eines Händlers sei nach der einschlägigen Rechtsprechung als relevantes qualitatives Zulassungskriterium anzusehen. Entsprechendes gilt für ihren Hinweis darauf, Diederichs habe keine Garantie- und Kundendienstleistungen erbringen können — wozu die Kommission mit Recht geltend machte, derartiges obliege nach dem Verpflichtungsschein nicht den Groß-, sondern den Einzelhändlern —, wie auch für das Argument, Diederichs sei nicht bereit gewesen, notwendige Auskünfte zu erteilen, ist doch insofern in der Aktennotiz vom 29. September 1977 nur davon die Rede, Diederichs sei nicht bereit, seine Kundenliste zum Zweck einer Absprache darüber zur Verfügung zu stellen, welche Kunden von ihm nicht beliefert werden sollten, was schwerlich als Weigerung zur Auskunftserteilung schlechthin angesehen werden kann. Wenn im übrigen nach den Erklärungen der Klägerin im Gerichtsverfahren der Eindruck entstehen mochte, eine strenge Prüfung habe zu berechtigten Zweifeln am Vorliegen der Fachhandelskriterien bei Diederichs führen können — vor allem im Hinblick auf den geringen Personalbestand und die fehlende Außendienstorganisation, die regelmäßige Akquisition, Kundenprüfung und Kundenberatung gemäß dem Verpflichtungsschein unmöglich machten —, so hat die Kommission dieses Vorbringen wohl mit Recht für in Wahrheit nur nachgeschobene Gründe gehalten. Maßgebend ist nämlich, daß diese Gesichtspunkte in keinem der angeführten Dokumente als ausschlaggebend bezeichnet worden sind, vielmehr findet sich umgekehrt in dem Schreiben vom 24. Oktober 1977 die Feststellung, Diederichs habe einen — offenbar gleichartigen — Vertriebsbindungsvertrag mit Grundig abgeschlossen, und die daran geknüpfte Schlußfolgerung, „un tel accord pour Telefunken serait possible".

Was schließlich die die Preisgespräche betreffenden Einlassungen der Klägerin angeht — es habe sich nicht um die Einzelhandelspreise gehandelt, die Diederichs nicht gekannt habe, sondern um dessen Einkaufspreise, und es sei darum gegangen, im Falle Diederichs einen Verstoß gegen das belgische Recht auszuschließen, nach dem ATBG verpflichtet sei, die Netto-Basispreise für den Fachhandel beim Ministerium einzureichen und darauf nur bestimmte Höchstrabatte, also nicht eine besondere Spanne, wie von Diederichs verlangt, zu gewähren —, so ist dazu anzumerken, daß in keinem der vorgelegten Dokumente von dem zuletzt genannten Grund als einem Zulassungshindernis gesprochen wird. Ganz klar ist auch nach der Aktennotiz vom 28. Oktober 1977, in der der Abbruch der Gespräche mit Diederichs ohne weitere Vertiefung irgendwelcher sich auf die Fachhandelskriterien beziehender Fragen erwähnt wird, daß allein die fehlende Bereitschaft Diederichs von Bedeutung war, „sich an irgendein von der ATGB empfohlenes Preisniveau für die belgischen Einzel-

händler zu halten", was „eine erhebliche Preisunruhe auf dem gesamten belgischen Markt" befürchten ließ.

Danach läßt sich tatsächlich nicht bestreiten, daß die Kommission in der Behandlung des belgischen Großhändlers Diederichs mit Recht einen Fall diskriminierender Nichtzulassung vom Vertriebssystem erblickt hat, eben weil hier für den Ausschluß nicht die Fachhandelskriterien, sondern ein anderes, die Preisgestaltung betreffendes und damit unzulässiges Element maßgebend war.

3. Diskriminierung bei der Zulassung von Händlern in Frankreich

Hier interessieren drei Fälle, in denen die Zulassung zum Vertriebssystem der Klägerin erst nach Abgabe bestimmter Zusicherungen zur Preisgestaltung erfolgt sein soll.

a) Zum Fall der Handelskette *Auchan* entnehmen wir einem von der Kommission vorgelegten Dokument (Note vom 21. März 1978, Anlage 9 Teil A zur Klagebeantwortung), im Frühjahr 1971 sei festgestellt worden, Auchan verkaufe Erzeugnisse konkurrierender Hersteller „au prix coutant plus TVA", eine Filiale in Straßburg bereite seit zwei Jahren große Schwierigkeiten, weil sie Telefunken-Geräte zu „prix extrêmement bas" verkaufe, und es seinen deshalb Bestellungen von Auchan bisher nicht beachtet worden. Auf weiteres Drängen dieser Firma, zum Vertriebssystem zugelassen zu werden, wurden dann offenbar — wie die Klägerin unwidersprochen erklärt hat — im Juni 1978 Auskünfte zum Zwecke der Feststellung der Fachhandelskriterien verlangt, die allerdings nicht erteilt worden seien. Nachdem Vertreter der Klägerin bei Besuchen festgestellt hatten, die erforderlichen Voraussetzungen lägen vor, kam es Anfang November 1978 zur Aufnahme von Auchan in den Kreis der Fachhändler. Hierzu findet sich in einem ebenfalls von der Kommission vorgelegten Dokument (Note vom 20. Oktober 1978, Anlage 9 Teil C zur Klagebeantwortung) nicht nur die Feststellung, Auchan sei in der Lage, den Verpflichtungsschein der Klägerin zu unterzeichnen, sondern auch die Bemerkung — und auf sie kommt es der Kommission insbesondere an —: „D'autre part, il accepterait qu'en échange de nos livraisons ... il retirerait toute parution-presse sur nos téléviseurs, suivrait les prix conseillés que nous lui demanderions d'appliquer, à condition que dans la ville où ces produits seraient vendus, aucun magasin de quelque sorte que ce soit, ne pratique des prix inférieurs, auquel cas, il serait amené à s'aligner."

Dazu hat die Klägerin in ihrer Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten geltend gemacht, Auchan sei immer schon durch reißerische Methoden in seinen Anzeigen und insbesondere durch Werbung unter Hinweis auf Einstandspreise und Niedrigstpreise aufgefallen. Dies lasse sich belegen durch eine Reihe von Schreiben der Firma Thomson-Brandt aus den Jahren 1977 bis 1980, wo von unzulässigen „prix d'appel" bei Auchan die Rede sei, die dann schließlich zur Einstellung der Belieferung dieses Unternehmens geführt hätten. Dazu könne auch verwiesen werden auf ein ATF-Dokument von November 1979, das durch Gegenüberstellung von Einkaufs- und Verkaufspreisen zeige, daß Auchan durch Gewährung kostenloser Garantie und eines kostenlosen Zahlungsziels von sechs Monaten offensichtlich unlauteren Wettbewerb treibe. Man habe also annehmen müssen, daß Auchan — was gegen französische Bestimmungen verstoße — zum Zwecke des Anlockens von Kunden unter seinen Selbstkosten verkaufe und damit den Ruf der Marke Telefunken schädige. Daraus hätten sich Beden-

ken gegen die Zulassung von Auchan im Hinblick auf das im Verpflichtungsschein festgelegte Gebot der Beachtung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften ergeben. Darauf allein hätten sich die Besprechungen von Oktober 1978 bezogen, ihr Sinn sei es also nur gewesen, die Einhaltung wettbewerbsrechtlich zulässiger Preise zu sichern, woran sich Auchan dann aber in Wirklichkeit doch nicht gehalten habe.

Ich würde meinen, daß wir auch in diesem Punkte der Klägerin nicht folgen können. Dabei kann offenbleiben, ob tatsächlich der systematische Einsatz von Lockvogelangeboten durch einen Händler zu seinem Ausschluß aus dem Vertriebssystem berechtigt und ob die Klägerin ausreichend belegt hat, Auchan habe sich in der Vergangenheit derart wettbewerbswidrig verhalten, wofür die von der Klägerin angezogenen, im wesentlichen aus der Zeit nach der Zulassung von Auchan stammenden Dokumente schwerlich ausreichen dürften. Maßgebend ist — daran konnte sich die Kommission halten — der Wortlaut der Note vom 20. Oktober 1978. In ihr ist ganz klar die Rede von einer Vereinbarung, keine Anzeigenwerbung für Telefunken-Fernsehgeräte zu machen; außerdem wird nicht von wettbewerbswidrigen Preisen gesprochen, sondern von der Einhaltung der von Telefunken empfohlenen Preise und der Möglichkeit, sich an niedrigere, in der jeweiligen Stadt praktizierte Preise anzupassen.

Es kann somit gesagt werden, daß für die Aufnahme von Auchan eine zusätzliche Bedingung gegolten hat, die mit den Fachhandelskriterien nichts zu tun hat, und zwar eine Bedingung, die auf den Ausschluß zulässigen Marktverhaltens gerichtet ist. Dies ist in der Tat nichts anderes als eine diskriminierende Handhabung der Vertriebsbindung, die von der Kommission angesichts der eingangs angeführten Rechtsprechung zu Recht beanstandet wurde.

b) Ähnlich gelagert ist nach Ansicht der Kommission der Fall *Mammouth* (Toulouse).

Sie bezieht sich dazu auf eine Note von ATF vom 20. Oktober 1978 (Anlage 10 zur Klagebeantwortung), wonach diese zur Belieferung dieses Warenhauses — die Zentrale von Mammouth war zu jener Zeit offenbar an der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit ATF nicht interessiert — erst bereit war, nachdem der Leiter der Radio- und Fernsehabteilung von Mammouth in Toulouse versprochen hatte, die „prix généralement pratiqués sur la ville de Toulouse" einzuhalten.

Die Klägerin hat hierzu in erster Linie eingewendet, der Fall Mammouth sei nicht in den Beschwerdepunkten aufgeführt, sondern zum erstenmal in der angegriffenen Entscheidung genannt worden, was wohl dahin zu verstehen ist, daß dieser Fall wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren außer Betracht zu bleiben habe. Im übrigen erklärte sie, der Vorgang sei nur richtig zu erfassen, wenn man wisse, daß der Einkäufer von Mammouth Toulouse, wie sich ebenfalls der Note vom 20. Oktober 1978 entnehmen lasse, zugelassene Großhändler mit der Drohung, eine Anzeige mit „prix cassés" Ende Oktober erscheinen zu lassen, zur Lieferung habe zwingen wollen. Dies sollte in erster Linie verhindert werden. Darüber hinaus sei es in den Gesprächen mit Mammouth Toulouse — wie eine Erklärung von ATF vom 15. Februar 1982 (Anlage 57 zur Klage) zeige — nur darum gegangen, Mammouth von im Verhältnis zu den Durchschnittspreisen unzulässigen Preisen, nämlich von einem Verkauf zu Einstandspreisen, abzuhalten, also im Grunde die Einhaltung der in II 1 F des Verpflichtungsscheins genannten Verpflichtung zu verlangen.

Was diese Einlassungen angeht, so ist zu ihrem ersten Teil zwar einzuräumen, daß

in einer Entscheidung nach Artikel 85 nur die in den Beschwerdepunkten genannten Zuwiderhandlungen angeführt werden dürfen und daß, wenn einem Unternehmen neue Tatsachen zur Last gelegt werden sollen, die Beschwerdepunkte zu ergänzen sind, damit der Betroffene Gelegenheit zur Äußerung erhält (Urteile der Rechtssachen 41/69 [1] und 51/69 [2]). Ebenso richtig ist aber auch, daß eine Entscheidung zusätzliche Beweismittel für bereits zur Last gelegte Tatsachen anführen kann (Urteil der Rechtssache 54/69 [3]) und daß eine Ergänzung der Beschwerdepunkte unter anderem nur angezeigt ist, wenn der Nachweis bestrittener Zuwiderhandlungen auf eine erheblich geänderte Grundlage gestellt werden soll (Urteil der Rechtssache 51/69 [2]). Im vorliegenden Fall ist in den Beschwerdepunkten der Vorwurf erhoben worden, sogenannte Märkte seien in Frankreich nur zur Vertriebsbindung zugelassen worden, wenn sie sich den Preisvorstellungen von ATF angepaßt hätten, und marktbeeinflussenden Unternehmen sei in Frankreich ein Spielraum für die Preisbestimmung nicht belassen worden. Danach kann man in der Tat der Ansicht sein, zu diesem Sachverhalt gehöre auch Mammouth, seine Anführung habe also nur die Bedeutung eines zusätzlichen Belegs für bereits erhobene Vorwürfe und es seien, weil damit nicht der Nachweis der Zuwiderhandlung auf eine erheblich geänderte Grundlage gestellt worden sei, in dieser Beziehung keine neuen Beschwerdepunkte erforderlich gewesen. Außerdem darf auch nicht übersehen werden, daß sich die Kommission auf ein Dokument stützt, das bei ATF mit dessen Wissen kopiert worden ist; für die Klägerin handelt es sich also nicht um eine unbekannte Unterlage, sondern um ein Dokument, mit dessen Verwendung sie zu rechnen hatte. Eine Verletzung der Verteidigungsrechte der Klägerin ist also trotz Fehlens einer besonderen Mitteilung zum Fall Mammouth nicht zu erkennen, und es braucht deshalb dieser Sachverhalt nicht beiseite gelassen zu werden.

Darüber hinaus werden wir auch der wettbewerbsrechtlichen Wertung der Kommission im Prinzip zuzustimmen haben. Zwar ist in dem Dokument vom 20. Oktober 1978 auch die Rede von einer Drohung mit einer „parution-presse à prix cassés", die annulliert werden konnte. Dies muß aber einmal nicht gleichbedeutend sein mit „prix d'achat", von denen in der Note vom 15. Februar 1982 gesprochen wird. Zum anderen ist wichtig, daß in dem entscheidenden Passus der zuerst genannten Note nur von „prix généralement pratiqué sur la ville de Toulouse" gesprochen wird, während ihr nichts dazu zu entnehmen ist, daß nur eine Vermeidung wettbewerbswidriger „prix d'achat" beabsichtigt gewesen sei.

Es kann also wohl — und zwar ohne daß es notwendig erscheint, Zeugen zum Sinn der getroffenen Absprache zu hören — festgestellt werden, daß auch im Fall Mammouth eine zusätzliche Bedingung für die Belieferung im Sinne des Verzichts auf einen bestimmten Preiswettbewerb gestellt worden ist und daß er damit zu Recht als Beleg für eine diskriminierende Praktizierung des Vertriebssystems angeführt wurde.

c) In dem dritten hier zu behandelnden Fall geht es um die Zulassung des Händ-

1 — Urteil vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 41/69 — ACF Chemiefarma NV/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1970, 661.

2 — Urteil vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 51/69 — Farbenfabriken Bayer AG/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1972, 745.

3 — Urteil vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 54/69 — SA Française de matières colorantes (Francolor)/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1972, 851.

lers *Iffli* in Metz, der dann auch noch in anderem Zusammenhang zu erwähnen sein wird.

Hier soll einmal die Zulassung von der Zustimmung der in Metz bereits zugelassenen Händler abhängig gemacht worden sein; zum anderen habe sich Iffli ATF gegenüber verpflichten müssen, die von dieser Gesellschaft vorgegebenen Einzelhandelsverkaufspreise einzuhalten.

aa) Zum ersten Punkt habe ich den Eindruck, daß die Kommission nicht ausreichend belegen konnte, daß ein derartiger — sicherlich sachfremder — Gesichtspunkt, der den Vorwurf einer diskriminierenden Handhabung der Vertriebsbindung rechtfertigen würde, tatsächlich maßgebend gewesen ist. Zwar heißt es in einer Note vom 30. Juni 1978 (Anlage 58 zur Klage), die Bewerbung Ifflis um Aufnahme in die Vertriebsbindung ergebe Probleme wegen der „exclusivité dont a bénéficié, jusqu'à présent, Le Roi de la Télé" (ein anderer in Metz bereits zugelassener Händler). In dieser Note wird aber auch betont, „l'arrivée de Darty" (einer bedeutenden Einzelhandelskette) „à Metz fait que cette exclusivité morale ne s'impose plus ...", und am Ende nur darauf hingewiesen, man müsse einen Vertreter von Le Roi de la Télé treffen „pour lui faire part de notre position et faire en sorte qu'il ne se trouve pas devant un fait accompli". Das allein — von Kontakten mit anderen zugelassenen Händlern wird nicht gesprochen — ist dann offenbar auch geschehen in einem Schreiben vom 11. Oktober 1978 (Anlage 61 zur Klageschrift), in dem es heißt: „Dans la mesure ... où certains revendeurs seraient en mesure de signer notre contrat 5 étoiles et répondraient ... aux critères que nous avons toujours recherchés, nous pourrions envisager de collaborer avec eux ...". Kurz danach, am 23. Oktober 1978, wurde dann von Iffli auch der EG-Verpflichtungsschein unterzeichnet.

Eine unzulässige zusätzliche Aufnahmebedingung in Form eines *Mitspracherechts* bereits zugelassener Händler ist also im Fall Iffli nicht zu erkennen, so daß dieser Vorwurf bei der Gesamtwürdigung des Falles außer Betracht bleiben muß.

bb) Zu dem zweiten Gesichtspunkt beruft sich die Kommission auf folgenden Satz der Note vom 30. Juni 1978: „Monsieur Iffli s'engage à respecter nos prix et nous donne l'assurance que s'il choisit Telefunken ce n'est pas pour casser la marque."

Dazu hat die Klägerin bemerkt, schon nach den verwendeten Formulierungen — „casser la marque" und „*nos* prix", was nur die Abgabepreise von ATF bedeuten könne — könne es allein darum gegangen sein, einen Verkauf unter dem Einstandspreis, also wettbewerbswidriges Verhalten, auszuschließen. Insofern habe bei Iffli berechtigte Sorge bestanden. Er habe nämlich schon früher andere Marken als Philips zu Kampfaktionen benutzt und insbesondere Ende 1977 Lockvogelangebote unter seinem Einstandspreis gemacht. Da im Frühjahr 1978 die als preisaggressiv bekannte Firma Darty in Metz eine Filiale errichtet habe, habe damit gerechnet werden müssen, daß Iffli ihr gegenüber auf einen Preiskrieg zusteuerte. Wie berechtigt die Befürchtungen von ATF gewesen seien — die sich in den zitierten Formulierungen ausgedrückt hätten —, habe sich dann im Frühjahr 1979 gezeigt, als es tatsächlich, wie in einem Schreiben des Vertreters der Klägerin an die Kommission vom 7. November 1980 im einzelnen dargelegt wurde, zu Anzeigen mit Lockvogelangeboten von Iffli — Telefunken-Geräte wurden zu Preisen, die 15 % unter den sonst üblichen Preisen lagen, offeriert — gekommen sei.

Mir scheint jedoch, daß wir in diesem Punkt eher der Kommission als der Deu-

tung der Klägerin folgen sollten. Dafür ist wichtig, daß nicht belegt wurde, Iffli habe sich vor seiner Zulassung — durch Lockvogelangebote — wettbewerbswidrig verhalten; dafür ist auch von Bedeutung, daß „casser la marque" nicht unbedingt Verkauf unter dem Einstandspreis bedeuten muß. Namentlich aber ist es nicht unberechtigt, „nos prix" mit der einige Absätze vorher gegebenen Erläuterung der Einzelhandelspreise und dem Hinweis darauf in Verbindung zu bringen, der Handelspolitik von Telefunken sei es gelungen „à faire maintenir les prix de vente détail et donc à préserver une marge convenable aux revendeurs". Auch hat die Kommission mit Recht darauf hingewiesen, daß wohl zur Verhinderung eines Verkaufs unter Einkaufspreis eine andere Formulierung gewählt worden wäre. Schließlich ist nicht zu verkennen, daß die Deutung der Kommission bestätigt wurde in einem Schreiben Ifflis vom 12. August 1980 (Anlage 8 zur Klage), in dem davon gesprochen wird, man habe Iffli erklärt, es sei vorzuziehen, daß „la concurrence des prix s'exerce sur d'autres marques", und in dem auch betont wird, die Gespräche hätten sich auf die Beachtung „de la marge imposée par Telefunken" sowie sein Versprechen bezogen, „de ne pas provoquer de concurrence de prix sur les TV Telefunken".

Es kann also — und zwar ohne weitere Beweiserhebung, da die von der Klägerin angezweifelte Glaubwürdigkeit Ifflis im gegenwärtigen Zusammenhang keine entscheidende Bedeutung hat — auch der Fall Iffli zu denen gerechnet werden, bei denen eine diskriminierende Zulassungspraxis zu erkennen ist, weil die Zulassung an das Versprechen gebunden war, bei den Einzelhandelspreisen keinen Wettbewerb zu veranstalten.

4. Ich komme danach zu den Sachverhalten, die in der Entscheidung der Kommission unter der Überschrift „*Gebietsschutz*" zusammengefaßt sind. Hierzu heißt es in der Entscheidung generell, gewissen Vertragshändlern sei in Frankreich ein bestimmtes Verkaufsgebiet mit der Zusicherung zugeteilt worden, die Händler würden innerhalb des zugeteilten Gebiets ohne Wettbewerber hinsichtlich der Telefunken-Waren bleiben, und deshalb sei die Zulassung anderer Händler, die sich beworben hätten, abgelehnt worden. Sollte sich dies belegen lassen, so müßte auch insofern von einer unzulässigen Handhabung der Vertriebsbindung gesprochen werden, weil wir es mit einer *quantitativen*, den Wettbewerb in einem bestimmten Gebiet beschränkenden Auswahl zu tun hätten, wie sie nach der Rechtsprechung nicht hingenommen werden kann. Dagegen gehören meiner Meinung nach hierher wohl nicht Fälle, in denen ein Hersteller, weil er im Rahmen seiner Verkaufsstrategie zu der Auffassung gelangt, ein Gebiet sei ausreichend versorgt, *von sich aus* ohne irgendeine Verpflichtung von der Anwerbung weiterer Händler absieht, was man eine tatsächliche oder moralische Exklusivität zugelassener Händler nennen mag.

a) Der erste hier interessierende Fall ist der des Handelshauses *Le Roi de la Télé* in Metz.

Hier habe ich nicht den Eindruck, daß uns das Vorliegen der in der Entscheidung genannten Tatbestandsmerkmale — Zusicherung eines Gebietsschutzes und Ablehnung weiterer Bewerber — belegt wurde.

Zum ersten Punkt konnte sich die Kommission nur auf zwei an den genannten Händler gerichtete Schreiben vom 3. Januar 1978 (Anlage 62 zur Klage) und 11. Oktober 1978 (Anlage 61 zur Klage) berufen. Soweit aus dem zuletzt genannten von der Kommission drei Sätze angeführt wurden, kann ihnen jedoch beim

besten Willen nicht entnommen werden, daß Le Roi de la Télé Gebietsschutz zugesichert worden sei. Dies gilt für die Bemerkung, „notre Direction Générale de Francfort nous a impérativement donné des instructions pour ne pas limiter à l'extrême notre réseau de clientèle ...", was durchaus im Sinne einer rein einseitigen Beschränkung verstanden werden kann; dies trifft aber auch zu für die allgemeine Zusicherung, „que nous nous sécurisons au maximum afin de ne pas créer l'anarchie dans notre distribution" sowie für die abschließende Feststellung, „qu'il est dans notre intérêt commun de limiter les attaques que nous subissons par une certaine souplesse bien orchestrée". Wenn andererseits in dem Schreiben vom 3. Januar 1978 die Rede ist von „notre souci de préserver votre position sur Metz", was man bisher bewiesen habe, so wurde doch — unter anderem mit Hilfe des übrigen Inhalts dieses Schreibens — gezeigt, daß dieser Brief lediglich eine Reaktion auf eine Beschwerde von Le Roi de la Télé darüber darstellt, daß der Händler Iffli unter wettbewerbswidriger Ausnutzung eines fremden Vertragsbruchs Telefunken-Geräte in Metz abgesetzt hat, als er noch nicht zur Vertriebsbindung zugelassen worden war.

Was den zweiten Punkt — Ablehnung weiterer Bewerber — angeht, so muß sicher außer Betracht bleiben die Erklärung im ersten Absatz des Schreibens von Iffli an die Kommission vom 12. August 1980, wonach ATF wegen der Le Roi de la Télé eingeräumten Exklusivität die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit Iffli abgelehnt habe, denn sie bezieht sich auf die Jahre *1969 bis 1972*, also einen Zeitraum, zu dem es das hier interessierende Vertriebsbindungssystem noch nicht gab. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch das bereits erwähnte Schreiben vom 11. Oktober 1978, in dem allgemein die Bereitschaft zum Ausdruck gebracht wird, jeden in das Vertriebsbindungssystem aufzunehmen, der die fachlichen Kriterien erfüllt. Soweit aber auf die spätere Behandlung von Iffli hingewiesen wird, ist nicht nur wesentlich, daß er tatsächlich als Absatzmittler zugelassen wurde; es kann auch nach der Darstellung des Ganges der Verhandlungen (vgl. das Schreiben der Klägerin an die Kommission vom 18. September 1980) nicht davon gesprochen werden, seine Aufnahme sei ungebührlich verzögert worden. Schließlich darf auch nicht übersehen werden — und dies spricht ganz wesentlich gegen die These der Kommission —, daß schon lange, bevor Iffli einen Aufnahmeantrag gestellt hatte, in Metz aufgrund einer individuellen Prüfung nicht nur Geschäfte von FNAC und Atlas, sondern auch ein Filialgeschäft von Darty zugelassen worden waren. In bezug auf diese Händler konnte ebenfalls nicht nachgewiesen werden, ihre Aufnahme sei so lange wie möglich verweigert worden; bei ihnen ist übrigens auch nicht die Rede vom Versuch, den Wettbewerb durch Zusicherung einer bestimmten Preisgestaltung zu beeinflussen.

b) Zu nennen ist ferner der Fall *„Lama"*.

Insofern beruft sich die Kommission lediglich auf ein Schreiben vom 23. Oktober 1978 (Anlage 14 zur Klagebeantwortung), in dem zu einer Beschwerde Lamas darüber, daß Einzelhandelsketten (Direct und Cart Expert) im Verkaufsgebiet von Lama mit Zustimmung von ATF aufträten, erklärt wurde, der Vertrieb durch Grossisten könne nicht mit dem Vertrieb durch Einzelhändler verglichen werden, und in dem sich dann noch die Feststellung findet, „lorsqu'il s'agit des grossistes, il est normal, quoique cela devienne illégal dans le cadre de la circulaire Scrivener, que nous nous accordions une exclusivité de fait sur un territoire donné."

Für meine Begriffe ist damit nicht mehr belegt als eine „exclusivité de fait" in dem vorhin umschriebenen Sinne, was bedeutet, daß ATF von sich aus keine Anstrengungen zur Gewinnung weiterer Grossisten in dem Verkaufsgebiet von Lama unternommen hat. Jedenfalls wurde nicht gezeigt, daß mit Rücksicht auf Lama andere Interessenten vom Vertrieb ausgeschlossen worden sind, und daher eignet sich dieser Fall meines Erachtens nicht als Beleg für eine von der Klägerin betriebene quantitative Selektion.

c) Die beiden anderen in diesem Zusammenhang angeführten Fälle *(Radio du Centre* und *Schadroff)* betreffen — jedenfalls nach der Entscheidungsbegründung — einen anderen Aspekt des Gebietsschutzes; wegen des offensichtlich bestehenden Sachzusammenhangs soll auf sie aber doch an dieser Stelle eingegangen werden.

aa) Im ersten Fall spielt ein Schreiben eine Rolle, das ATF unter dem Datum des 2. März 1978 an Radio du Centre gerichtet hat (Anlage 13 zur Klagebeantwortung). In ihm ist die Rede von „accords de 1977 en ce qui concerne l'attribution de votre zone d'activité pour notre marque". Weiter wird erklärt, wegen des Geschäftsverlaufs sei angezeigt „une exploitation conjointe de votre société et de celle de la SNER, votre confrère de Roanne", und es wurde für 1978 eine entsprechende Änderung der Tätigkeitsgebiete dahin vorgenommen, daß — abgesehen von Gebieten, die als „zone d'activité" von Radio du Centre gelten sollten — ein Gebiet (Corrèze) zusammen mit CLEIS France und ein anderes (Puy de Dome) zusammen mit SNER bearbeitet werden sollten.

Hier geht es also nicht um die Ablehnung von Bewerbern und eine quantitative Auswahl, sondern um die *Festlegung von Tätigkeitsgebieten eines Großhändlers* und ihre Änderung. Man hat dies wohl so zu verstehen, daß bei der Aufnahme in das Vertriebsbindungssystem eine Abgrenzung von Tätigkeitsgebieten mit der Wirkung erfolgt, daß jeder Grossist sich an das ihm zugewiesene Gebiet hält und folglich von einem Wettbewerb in anderen Gebieten absieht. Dies zu beanstanden liegt durchaus nahe, weil es sich um ein Verhalten im Zusammenhang mit der Vertriebsbindung handelt. Wenn die Klägerin dazu bemerkt, man habe es nur mit der Festlegung regionaler Vertriebsschwerpunkte ohne Ausschließlichkeitsrechte zu tun, weil es ihr ja ohne weiteres möglich sei, Teile derartiger Gebiete anderen Händlern zuzuweisen, so kann ihr dazu nicht nur entgegengehalten werden, daß in dem angeführten Schreiben ausdrücklich von *Vereinbarungen (accords)* gesprochen wird. Das geschilderte Verhalten wäre wohl auch im Sinne der *Herbeiführung eines abgestimmten Verhaltens* relevant und wird deshalb von der Kommission zu Recht gerügt, zumal nicht gezeigt werden konnte, die Abgrenzungen seien in der Praxis bedeutungslos gewesen und die Händler hätten sich nicht daran gehalten.

Es kann also nicht von vornherein als unberechtigt bezeichnet werden, daß die Kommission den Fall von *Radio du Centre* in ihre Entscheidung aufgenommen hat.

bb) Ähnlich verhält es sich — zieht man nur den in der Entscheidungsbegründung erwähnten Sachverhalt in Betracht — mit dem Fall *Schadroff* (Randnummer 35 der Entscheidung).

Dazu beruft sich die Kommission auf ein Schreiben vom 13. April 1979 (Anlage 15 zur Klagebeantwortung). Ihm liegt offenbar eine Beschwerde Schadroffs darüber zugrunde, daß ein Großhändler aus Marseille im Tätigkeitsgebiet von Schadroff Angebote gemacht habe.

Hierzu heißt es, man sei „intervenue auprès du grossiste de Marseille pour qu'il ne continue pas sur votre secteur à faire de telles propositions (parole vous a d'ailleurs été donnée dans ce sens)". Am Ende des Briefes wird dann noch erklärt, Schadroff könne davon ausgehen, er habe „l'avantage d'avoir sur un territoire donné une exclusivité de fait que nous avons toujours défendue et nous vous en avons très souvent donné la preuve".

Tatsächlich kann man annehmen, daß dem ein Übereinkommen über die *Abgrenzung von Tätigkeitsgebieten* in dem vorhin besprochenen Sinn zugrunde liegt. Auch das wurde also von der Kommission zu Recht im Zusammenhang mit der Handhabung der Vertriebsbindung gerügt, zumal man den Eindruck haben muß, daß die Abgrenzung der Tätgkeitsgebiete durch die Klägerin wirksam gesichert werden konnte, zumindest durch Herbeiführung einer Einigung zwischen den betreffenden Großhändlern. Deswegen kann letztlich offenbleiben, ob auf den Großhändler in Marseille ein — sicherlich unzulässiger — Druck, etwa durch Androhung des Abbruchs der Geschäftsbeziehungen, ausgeübt worden ist.

Dagegen ist es der Kommission meines Erachtens nicht gelungen, auch darzutun — wovon übrigens erst im gerichtlichen Verfahren, nicht aber in den Beschwerdepunkten und in der Entscheidung selbst die Rede war —, es sei im Gebiet Schadroffs zu einer quantitativen Auswahl in Form der *Ablehnung der Belieferung* eines anderen Händlers gekommen. Daß Schadroff ohnehin keine absolute Exklusivität genießt, hat die Klägerin schon in ihrer Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten unter Hinweis auf die Tätigkeit von Filialketten in dem betreffenden Gebiet sowie unter Hinweis auf ein Schreiben von Schadroff vom 7. November 1977 klargemacht. Zu ihrer zusätzlichen Argumentation bezieht sich die Kommission bekanntlich auf einen Bescheid, den ATF auf eine Anfrage der Firma *Chapel* unter dem Datum des 23. Mai 1977 an diese Firma gerichtet hat (Anlage 12 Teil A zur Klagebeantwortung). In ihm wird darauf hingewiesen, ATF arbeite in dem betreffenden Departement seit fünfzehn Jahren mit dem Großhändler Schadroff zusammen, dieser vertreibe exklusiv die Telefunken-Farbfernsehgeräte, und es wurde die Anregung ausgesprochen, Chapel solle sich an diese Gesellschaft wenden.

Insofern muß man sich jedoch in Erinnerung rufen, was die Klägerin — ohne daß dies ernsthaft angezweifelt oder wiederlegt worden wäre — in ihrer Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten ausgeführt hat. So hat sich die Firma Chapel offenbar im Mai 1977, als sie lediglich einen Einzelhandel betrieb, allein für die Verkaufsbedingungen interessiert, und darauf hat wohl ATF zu Recht negativ reagiert, weil ein Kaufinteresse nicht erkennbar wurde. Erst im April 1978 sei es dann zur Gründung einer Großhandelsfirma mit dem Namen Semavem gekommen. Diese habe im September eine einmalige Bestellung ungewöhnlicher Art — je ein Gerät jeden Typs — aufgegeben und gleich darauf Anzeigen über alle bestellten Geräte publiziert. Dies und die Fortsetzung der Aktion, obwohl der Gerichtsvollzieher festgestellt hatte, daß Semavem nicht über die annoncierten Geräte verfüge, wurden von der Klägerin als Verstoß gegen die Wettbewerbsvorschriften (Abgabe von Lockvogelangeboten) angesehen, und deshalb sei es von ihr nicht zur Gegenzeichnung des Verpflichtungsscheines und damit zur Aufnahme von Semavem in das Vertriebssystem gekommen.

Bei dieser Sachlage, der weiter nachzugehen die Kommission unterlassen hat, kann man tatsächlich nicht davon ausge-

hen, die Nichtbelieferung der Firma Chapel und ihrer später gegründeten Großhandelsfirma sei ein ausreichender Beleg für die Sicherung einer Exklusivität Schadroffs und die Praktizierung einer quantitativen Auswahl in dessen Tätigkeitsgebiet.

5. Nachdem die Untersuchung der in der Entscheidung angeführten Einzelfälle gezeigt hat, daß nur ein Teil von ihnen Anlaß gibt, von einer unzulässigen Handhabung der Vertriebsbindung zu sprechen, wende ich mich nunmehr den Abschnitten der Entscheidungsbegründung zu, in denen von der *allgemeinen Politik* der Klägerin die Rede ist und versucht wird, anhand von Dokumenten allgemeiner Tragweite Anhaltspunkte für eine unkorrekte Praktizierung der Vertriebsbindung aufzuzeigen. Dabei soll — wie in der Entscheidung — unterschieden werden nach der „Einführungsphase", der allgemeinen Vertriebspolitik in Deutschland und der allgemeinen Vertriebspolitik in Frankreich.

a) Die Einführungsphase

Hierzu wurden von der Kommission vier Dokumente angeführt, denen sich eine grundsätzliche Festlegung dahingehend entnehmen lassen soll, Absatzmittler nicht zu beliefern, von denen eine Gefahr für das von der Klägerin erstrebte Preisniveau ausgehen könnte, und die somit auf die Anwendung anderer als rein qualitativer Auswahlkriterien schließen lassen sollen.

aa) Von ihnen ist meines Erachtens *nicht beweiskräftig* die Notiz vom 7. September 1973 — vorgelegt auf Verlangen des Gerichtshofes als Anlage 3 des Schreibens der Kommission vom 16. Dezember 1982 —, die die Überschrift trägt „EG-Vertriebsbindung/Gedanken aus einem Gespräch am 31. August 1973 in Berlin" und in der es heißt: „Der Handel braucht . . . eine Minimalmarge. Um diese sicherzustellen, gibt es zwei Möglichkeiten:

a) Die Industrie liefert diese Produkte zu Preisen, die dem Handel seine Marge sicherstellen, oder

b) die Industrie sorgt dafür, daß die Ware nicht in solche Kanäle fließt, die diese hohe Marge nicht brauchen. Gemeint sind Cash- und Carry-Geschäfte, die das Preisniveau zerreißen und die Existenz des Fachhandels gefährden."

Dabei ist für mich nicht so sehr von Bedeutung, daß die Verwendung des Wortes „Gedanken" auf unverbindliche Äußerungen hinweist, daß es sich nicht um ein Dokument der Geschäftsführung von TFR handelt, daß es aus einer Zeit stammt, in der die Vertriebsbindung noch nicht angemeldet und eine letzte Entscheidung dazu bei der Klägerin noch nicht gefallen war, und daß in ihm nicht gesagt wird, derartige Absatzmittler würden selbst dann nicht zugelasen, wenn sie die Fachhandelskriterien erfüllten. Wichtig ist vor allem, daß in einem Satz vor dem zitierten erklärt wird: „Unsere heutigen und noch mehr die künftigen erklärungsbedürftigen Telefunken-Produkte erfordern einen großen Kapitaleinsatz seitens des Handels: Repräsentation, Demonstration, Service, geschultes Personal." Im Anschluß daran findet sich dann die — nach dem Metro-Urteil [1] zutreffende — Feststellung, der Handel brauche dafür eine Minimalmarge. Wenn danach in bezug auf Cash- und Carry-Geschäfte, das heißt Geschäfte, bei denen es in aller Regel an einem Kundendienst fehlt, gesagt wird,

1 — Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 — Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1977, 1875.

sie sollten nicht bedient werden, so ist das im Zusammenhang mit der Feststellung zu sehen, sie brauchten „diese hohe Marge nicht". Damit wird nichts anderes zum Ausdruck gebracht, als daß sie keine besonderen Leistungen erbringen und somit die Kriterien nicht erfüllen, die insoweit zu Recht für maßgebend erachtet werden (Repräsentation usw.). So verstanden aber kann gegen den generellen Ausschluß derartiger Absatzmittler aus dem besonders ausgestalteten selektiven Vertriebsbindungssystem sicher nichts eingewendet werden.

bb) Entsprechendes gilt offensichtlich auch für die Ausführungen des Vertriebsbüros Münster über die Vertriebspolitik vom 22. September 1975 (vorgelegt als Anlage 3 zur Duplik), in denen zu Verbrauchermärkten festgehalten wurde, es bestehe auch bei ihnen ein gewisser Trend zur Fachhandelsabteilung, in denen es aber auch heißt, man versuche diese Abnehmerkreise auszuschalten.

Zwar halte ich insofern nicht so sehr für maßgebend, was die Klägerin — unter Anführung von Zitaten aus Wörterbüchern — dazu ausgeführt hat, daß Cash- und Carry-Geschäfte, Verbrauchermärkte, Selbstbedienungsgeschäfte und Discounter schon nach dem normalen Sprachgebrauch nicht die Voraussetzungen erfüllen, die an einen Facheinzelhändler gestellt werden, weil dies natürlich nicht ausschließt, daß im Einzelfall doch die Fachhandelskriterien erfüllt werden können. Von Bedeutung ist aber schon eher der Umstand, daß die Notiz von einem *Vertriebsbüro* stammt, das natürlich nicht für TFR die Politik verbindlich festlegen konnte, und daß ein großer Betrieb, wie der der Klägerin, sicher nicht alle Äußerungen von Mitarbeitern, auch wenn ihnen nicht widersprochen worden ist, gegen sich gelten lassen muß. Darüber hinaus ist es nicht vertretbar, eine solche grundsätzliche interne Festlegung, die allenfalls eine gewisse Vermutung begründen mag, für die Annahme einer unzulässigen Handhabung der Vertriebsbindung als ausreichend anzusehen. Vielmehr müßte, wenn daran eine Straffolge geknüpft wird, nachgewiesen werden — und das ist nicht geschehen —, daß die interne Festlegung auch in die Praxis umgesetzt worden ist. Demgegenüber hat sich nicht nur bei der Prüfung der Einzelfälle ergeben, daß kein Verbrauchermarkt unzulässig ausgeschlossen worden ist. Die Klägerin hat auch durch Vorlage von zwei im Jahr 1976 an deutsche Verbrauchermärkte gerichtete Schreiben ihre grundsätzliche Bereitschaft deutlich gemacht, auch solche Absatzmittler in die Vertriebsbindung aufzunehmen; sie hat ferner dazu dargetan (Stellungnahmen zu den Beschwerdepunkten Seite 38 ff.), daß solche Absatzmittler in beträchtlicher Zahl, und ohne daß hier überall der Versuch einer Preisbeeinflussung nachgewiesen werden konnte, aufgenommen worden sind — in Deutschland (7), in Frankreich (6), in den Niederlanden (7) sowie in Belgien (2).

cc) Damit ist eigentlich auch alles Notwendige zu einer Notiz vom 5. Juli 1976 über eine die Vertriebspolitik betreffende Besprechung vom 21. Juni 1976 (Anlage 24 zur Klagebeantwortung) gesagt. Wenn hier zu einer Diskussion über verschiedene Vertriebskonzepte unter 1) festgehalten wurde:

„Fortsetzung unseres derzeit gültigen Vertriebskonzepts, das heißt Trennung unseres Lieferprogramms einerseits in ein freies, allen Absatzmittlern unserer Branche zugängliches Programm sowie andererseits in ein gebundenes Programm, das aufgrund seiner Beratungs- und Serviceintensität (zum Beispiel Farbfernseh- und Hi-Fi-Geräte) nur über den herkömmlichen Facheinzel- und Großhandel abgesetzt wird",

so kann daraus — läßt man außer acht, daß zu Beginn dieses Schriftstücks ganz allgemein von der „konsequenten Ausrichtung unserer Vertriebspolitik im Sinne der in unserem Vertriebsbindungssystem festgelegten Kriterien" gesprochen wird — allenfalls geschlossen werden, daß ein Vertriebskonzept, wie in dem Zitat umschrieben, grundsätzlich festgelegt worden ist. Es kann aber — ich erinnere an meine Ausführungen zu dem Dokument vom 22. September 1975 — sicher nicht gesagt werden, damit sei belegt, daß *ausschließlich* an den herkömmlichen Facheinzel- und Großhandel verkauft werde und neuartige Vertriebswege in keinem Fall zugelassen würden.

dd) Schließlich sind meines Erachtens auch überzeugend die Einlassungen der Klägerin zu den „Richtlinien zur Vertriebsbindung" vom 8. Oktober 1973 — also zu einem Dokument, das ebenfalls vor der Anmeldung der Vertriebsbindung und ihrer eigentlichen Praktizierung ausgearbeitet worden ist und demnach grundsätzlich nichts über ihre Umsetzung in die Wirklichkeit aussagen kann.

In ihnen (vgl. Anlage A zum Schriftsatz der Klägerin vom 24. Februar 1983) heißt es im Anschluß an die grundsätzliche Aufforderung, gewissenhaft zu prüfen, ob alle Kriterien der Vertriebsbindung erfüllt werden:

„Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, daß zum Beispiel Filialbetriebe in einigen Filialen alle geforderten Fachhandelsfunktionen erfüllen, jedoch nicht das gesamte Unternehmen. Grundsätzlich muß auch hier eine Nichtbelieferung ausgesprochen werden. Sollten Sie jedoch hier auf besondere Schwierigkeiten stoßen und eine Belieferung der Fachhandelsabteilungen dieser Unternehmen mit vertriebsgebundener Ware als zweckmäßig erachten, bitten wir Sie, nur in vorheriger Abstimmung mit Hannover diese Gespräche zu führen."

Mit der Klägerin meine ich, daß die grundsätzliche Nichtbelieferung in solchen Fällen nicht zu beanstanden ist, weil die Gefahr besteht, daß vertriebsgebundene Ware an Filialen weitergegeben wird, die die Voraussetzungen nicht erfüllen, und so der Ruf der Marke durch eine unsachgemäße Behandlung geschädigt werden kann. Wenn aber in Fällen, in denen gleichwohl eine Lieferung für zweckmäßig erachtet wird, eine vorherige Abstimmung mit der Zentrale von TFR verlangt wird, dann dürfte dies — insoweit konnte sich die Klägerin auf ein Urteil des Bundesgerichtshofes vom 30. Juni 1981 beziehen — deswegen nicht zu bemängeln sein, weil die Zentrale die größere Übersicht darüber hat, ob auch andere Filialen als die für die Belieferung in Aussicht genommenen die Fachhandelskriterien erfüllen und eine Gewähr dafür gegeben ist, daß die Ware nicht in ungeeignete Filialen weitergeleitet wird.

ee) Als Zwischenergebnis läßt sich also festhalten, daß *die in dem Abschnitt „die Einführungsphase" angeführten Dokumente für sich allein nicht geeignet sind, zur Begründung des Vorwurfs der unzulässigen Handhabung der Vertriebsbindung etwas Entscheidendes beizutragen.*

b) Unter der Überschrift *„Allgemeine Vertriebspolitik"* bezieht sich die Kommission dann weiter auf das Protokoll betreffend eine Verkaufsleitertagung vom 24. Mai 1976 (von der Kommission vorgelegt auf Verlangen des Gerichtshofes als Anlage 4 zu ihrem Schriftsatz vom 16. Dezember 1982).

In ihm heißt es einmal: „Auf die Vertriebsbindung wird seitens der Märkte Druck ausgeübt. Die Entscheidungen konnten bislang aufgeschoben werden." Ferner ist davon die Rede, die Vertriebsleiter sähen bei einer Freigabe der Vertriebsbindung negative Auswirkungen (Fachhandel) auf sich zukommen; sie

glaubten jedoch, daß auf Sicht diese Entwicklung unausweichlich sei. Schließlich heißt es noch auf Seite 5:

„Um eine Konfrontation durch ein allzu starres Verhalten gegenüber den Märkten zu vermeiden, wurde folgende Regelung vereinbart:

— Festlegung qualitativer Merkmale für Märkte.

— Sofern nur einzelne Häuser der Verbrauchermarktfirmen die Bedingungen erfüllen, muß der Markt die Bereitschaft der Selektierung akzeptieren.

— Auswahl der Märkte erfolgt in enger Abstimmung zwischen Büro und TFR.

— Die wesentlichen Fachhandelsgruppen werden von TFR über das Vorgehen informiert. Sollten die zu führenden Gespräche auf Unverständnis bei den Gruppen stoßen, muß konsequenterweise für die Vertriebsbindung prozessiert werden."

Nach dem Wortlaut dieses Schriftstücks muß man wohl anerkennen, daß es von der Kommission grundsätzlich zu Recht im Sinne ihres Vorwurfs bewertet wurde, zeigt es doch, daß es bis dahin offenbar abgelehnt worden ist, bei Märkten das Vorliegen der Fachhandelskriterien zu prüfen, und daß nur „auf Sicht" die Freigabe der Vertriebsbindung gegenüber Märkten als unausweichlich angesehen wurde. Dies deutet zweifellos auf eine unkorrekte Handhabung der Vertriebsbindung hin, und damit erhalten die vorhin erwähnten Dokumente vom 22. September 1975 und 5. Juli 1976 wenigstens in diesem Zusammenhang eine gewisse Bedeutung.

Hinzuzufügen ist freilich auch, daß es schwer möglich erscheint, aus dem angeführten Protokoll alle für die Anwendung des Artikels 85 und namentlich für die Festlegung einer Buße notwendigen Voraussetzungen herzuleiten. Tatsächlich ist ihm ja nichts dazu zu entnehmen, und insofern hat die Kommission auch keine weiteren Nachforschungen durchgeführt, welches Ausmaß die Diskriminierung der Märkte angenommen hat, kann doch schwerlich davon ausgegangen werden, daß alle in Betracht kommenden Märkte die Fachhandelskriterien erfüllten und auch an einem Vertrieb von Telefunken-Geräten interessiert waren.

Das angeführte Protokoll scheint ferner Anlaß zu Bedenken wegen der auf seiner Seite 5 erwähnten Vereinbarung zu geben, einmal, soweit von der Festlegung qualitativer Merkmale für Märkte die Rede ist — was auf die Festlegung zusätzlicher Kriterien hindeutet —, zum anderen was die Information der wesentlichen Fachhandelsgruppen und die Notwendigkeit angeht, bei deren Unverständnis für die Vertriebsbindung zu prozessieren. Selbst wenn letzteres — wie die Klägerin betonte — nicht bedeuten sollte, daß der Fachhandel über jeden Aufnahmeantrag eines Marktes zu informieren war, muß doch nach dem gesamten Zusammenhang davon ausgegangen werden, daß sich die Vertriebsleiter — nach allgemeiner Unterrichtung des Fachhandels über den Inhalt der Vereinbarung und bei Geltendmachung von Bedenken durch die genannten Gruppen — verpflichtet fühlten, dem Rechnung zu tragen und es auf Gerichtsverfahren über die Zulassung von Märkten ankommen zu lassen. Damit scheint — gleichviel, ob man dies, wohl etwas zu weitgehend, Mitspracherecht der Fachhandelsgruppen nennt oder nicht — zum Ausdruck zu kommen, daß die Zulassung von Märkten bei entsprechender Reaktion der Fachhandelsgruppen erschwert und verzögert wurde, und auch das scheint auf eine diskriminierende Handhabung der Vertriebsbindung hinzuweisen.

Indessen wurde hierzu von der Klägerin eingewendet, es habe sich nur um *Vorschläge* der Vertriebsleiter an die Adresse der Geschäftsleitung gehandelt und diese seien in Wahrheit niemals verwirklicht worden. Darüber können wir nicht einfach hinweggehen, zumal sich in keinem anderen Dokument ein Beleg für entsprechendes Vorgehen findet. Dazu kann auch nicht — wie es die Kommission getan hat — einfach darauf hingewiesen werden, daß es sich um *Vereinbarungen* der Vertriebsleiter handelte, weil natürlich auch eine solche Willensübereinstimmung über einen Kompetenzmangel nicht hinweghelfen kann. Hierzu wären also, ehe Schlußfolgerungen für ein Bußgeldverfahren gezogen wurden, zusätzliche Nachprüfungen über das weitere Schicksal der entwickelten Ideen und ihre tatsächliche Umsetzung in die Praxis angezeigt gewesen. Da es daran fehlt, muß der Teil des Protokolls, in dem von einer Vereinbarung der Vertriebsleiter die Rede ist, im vorliegenden Verfahren wohl außer Betracht bleiben, und es kann danach zu dem die *allgemeine Vertriebspolitik in Deutschland* betreffenden Vorwurf festgehalten werden, daß er allenfalls in einer Weise belegt ist, die *nur einen recht eingeschränkten Wert* hat.

c) Zu der in *Frankreich* geltenden *allgemeinen Vertriebspolitik* hat sich die Kommission weiterhin auf eine Reihe von Dokumenten berufen, die jetzt zunächst nur unter dem Aspekt der *diskriminierenden Zulassung* beurteilt werden sollen — auf die Preispolitik werde ich später zurückkommen.

aa) An erster Stelle ist die Note vom 7. Juli 1977 (Anlage 25 zur Klagebeantwortung) zu nennen, in der es heißt, die Vertriebspolitik solle nicht geändert werden, und in der demgemäß an Sedif (einen offenbar zugelassenen Großhändler) die Aufforderung gerichtet wurde, „de ne pas livrer notre matériel dans les grandes surfaces (Hyper — Carrefour — Conforama etc. . . .)". Hierzu meinte die Klägerin, dieses Dokument sei aus zwei Gründen unerheblich. Einmal sei es in den Beschwerdepunkten nicht erwähnt worden, und zum anderen stehe fest, daß die namentlich angeführten „grandes surfaces" zu jener Zeit — mangels Interesse an TFR-Geräten — zum Vertriebsbindungssystem nicht zugelassen gewesen seien und daher nicht beliefert werden durften.

Was die erste Einlassung anbelangt, so gilt meines Erachtens auch hier, was ich zum Fall Mammouth schon ausgeführt habe. Wichtig ist, daß in den Beschwerdepunkten die Politik von ATF zur Zulassung von Märkten allgemein kritisiert worden ist. Dazu stellt das hier interessierende Dokument, von dem die Klägerin wußte, daß die Kommission im Rahmen des gegen sie eingeleiteten Verfahrens eine Kopie angefertigt hatte, nur einen weiteren Beleg im Sinne der angeführten Rechtsprechung dar. Deshalb konnte es im Verfahren zweifellos gegen die Klägerin verwendet werden, ohne daß von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gesprochen werden könnte.

Zum zweiten Teil der Einlassung konnte zwar nicht widerlegt werden, daß die drei angeführten „grandes surfaces" — weil noch nicht zum Vertriebsbedingungssystem zugelassen —, zu Recht von der Belieferung ausgeschlossen wurden. Nicht zu übersehen ist aber, daß die Note darüber hinausgeht und ein generelles Verbot der Lieferung an grandes surfaces enthält. Insofern hat die Kommission also sicher zu Recht Kritik geübt, zumal keine Anhaltspunkte dafür sichtbar sind, mit „grandes surfaces" seien nur gemeint grandes surfaces alimentaires ohne Fachabteilungen, und zumal aufgrund anderer im Verfahren vorgelegter Dokumente von solchen Handelsformen nicht generell gesagt werden

kann, sie erfüllten in keinem Fall die Zulassungsvoraussetzungen (vgl. etwa die gleich zu besprechende Aktennotiz vom 5. Januar 1978 — Anlage 6 zum Schriftsatz der Kommission vom 16. Dezember 1982).

bb) Weiter ist von Bedeutung die eben erwähnte Aktennotiz vom 5. Januar 1978, die sich auf die ATF-Planung für 1978 bezieht.

In ihr ist einmal etwas zu der Händlerstruktur von ATF, verglichen mit dem französischen Markt, gesagt — Discounter waren 1977 bei einem Marktanteil von 7 % am ATF-Handel nur in einem Umfang von 0,5 % beteiligt —, was zu der Feststellung berechtigte, bei ATF sei der Anteil der Discounter (grandes surfaces) äußerst niedrig. In ihr heißt es ferner: „In letzter Zeit wird ATF in immer stärkerem Maße durch Anfragen von Discountern bedrängt. Diese Anfragen wurden bislang negativ beantwortet. Auch in 1978 soll eine Zusammenarbeit unter allen Umständen vermieden werden."

Dazu konnte die Klägerin nichts Substantielles vorbringen. Dieses Dokument wurde also von der Kommission zu Recht als Beleg angeführt für eine solchen Discountern gegenüber restriktive Zulassungspolitik der Klägerin; denn nirgends findet sich in ihm ein Hinweis darauf, daß es zu der negativen Beantwortung der erwähnten Anfragen wegen Fehlens der Fachhandelskriterien gekommen sei, und es wird auch nicht gesagt, daß die für 1978 geplante Politik sich nur auf Fälle beziehe, in denen Discounter die Zulassungskriterien nicht erfüllten.

cc) Entsprechendes gilt auch für das an dritter Stelle angeführte Dokument vom 1. September 1978 (Anlage 7 zum Schriftsatz der Kommission vom 16. Dezember 1982), in dem zum französischen Markt festgehalten wurde, „reine Discounter wurden bisher bewußt aus Gründen der Preispflege nicht bedient", was beweist, daß die in der Notiz vom 5. Januar 1978 ins Auge gefaßte Politik 1978 tatsächlich realisiert worden ist.

Wenn die Klägerin dazu erklärte, der genannte Satz sei nur dahin zu verstehen, es sei um diese Absatzmittler nicht aktiv geworben worden, so kann demgegenüber nicht nur auf die Aktennotiz vom 5. Januar 1978 verwiesen werden, sondern auch darauf, daß in dem Schreiben vom 1. September 1978 nichts für die von der Klägerin gegebene Deutung spricht.

dd) Schließlich ist noch das Schreiben vom 12. Januar 1979 (Anlage 8 zur Replik) zu erwähnen, in dem es zu den modernen Vertriebswegen heißt, es sei, da sie ja erheblich an Bedeutung gewonnen hätten, in der Mittelfristplanung vorgesehen, die *graduelle Öffnung* der Vertriebswegepolitik zu *beschleunigen.*

In ihm kann man tatsächlich nur eine Bestätigung dafür sehen, daß bis dahin eine restriktive Zulassungspolitik („graduelle Öffnung") betrieben worden ist und die Öffnung erst danach beschleunigt wurde. Belegt wird dies im übrigen auch durch das von der Klägerin vorgelegte von ATF an TFR gerichtete Schreiben vom 26. Oktober 1978 (Anlage 75 zur Klageschrift) mit seiner Feststellung, „die Rechtslage zwingt uns dazu, mit allen Vertragspartnern, die die objektiven Kriterien erfüllen, Verträge zu unterschreiben", woraus folgt, daß offenbar erst im Herbst 1978 von der diskriminierenden Zulassungspolitik Abstand genommen wurde.

ee) Zusammenfassend läßt sich somit festhalten, daß die *allgemeine Vertriebspolitik in Frankreich* tatsächlich *bis Ende 1978 durch eine nichtkorrekte Handhabung der Vertriebsbindung gekennzeichnet*

war. Hinzuzufügen ist freilich auch in diesem Zusammenhang, daß nichts darüber bekannt ist, wieweit reine Discounter — soweit sie die Fachhandelsvoraussetzungen erfüllten — überhaupt an einem Vertrieb von Telefunken-Erzeugnissen interessiert waren und daß sich deshalb anhand der allgemeinen Dokumente keinesfalls ein Urteil über das Ausmaß der kritisierten Diskriminierung gewinnen läßt, auf das aber für die Würdigung des Verhaltens der Klägerin schwerlich verzichtet werden kann.

IV — Beeinflussung der Preisgestaltung bei zugelassenen Händlern

Ich komme nun in einem weiteren Abschnitt der Untersuchung zu der Kritik, die sich auf die Handhabung jeder Vertriebsbindung mit dem Ziel der Einflußnahme auf die Marktpreise bezieht.

Der Ausgangspunkt der Kommission ist ganz klar: Nach ihrer Meinung bewegen sich selektive Vertriebssysteme am Rande des kartellrechtlich Zulässigen, weil der Wettbewerb auf der Handelsebene innerhalb einer Marke (Intrabrand-Wettbewerb) dadurch eingeschränkt wird, daß nicht jeder Absatzmittler zum Vertrieb zugelassen wird. Daraus leitet sie — sollen sich nicht Bedenken gegen die Handhabung solcher Vertriebssysteme aus Artikel 85 ergeben — das absolute Gebot ab, zugelassene Händler in der Preisgestaltung vollständig unbeeinflußt zu lassen. Diese Freiheit sieht sie bei der Praktizierung der Telefunken-Vertriebsbindung in mancherlei Hinsicht beeinträchtigt: durch Absprachen vertikaler oder horizontaler Art, durch abgestimmtes Verhalten, durch gentleman's aggreements, aber auch durch einseitige Aktionen der Klägerin, die von Preisempfehlungen über intensive Preisgespräche bis zu — mit verstecktem Druck verbundenen — Aufforderungen zur Preisgestaltung reichen. Eingedenk des im Urteil der Rechtssache 26/76 [1] ausgedrückten Auftrags, darauf zu achten, daß die Starrheit der Preisstruktur nicht noch stärker wird, glaubte sie die Einwirkungen auf die Preisgestaltung bei Telefunken-Geräten nachdrücklich bemängeln zu müssen, weil es so zu einer Verringerung des Preiswettbewerbs gekommen sei, der durch den Ausschluß bestimmter, besonders aggressiver Absatzmittler bereits eine Einengung erfahren habe.

Da die Entscheidung auch in diesem Zusammenhang einerseits eine Reihe von Einzelfällen anführt und andererseits versucht, die Existenz einer allgemeinen Politik, für ein hohes Preisniveau und hohe Händlerspannen zu sorgen, mit Hilfe von Dokumenten allgemeiner Tragweite zu belegen, liegt es nahe, die Untersuchung — wie im ersten Abschnitt — wiederum derart aufzuteilen, daß zunächst den aus den verschiedenen Ländern angeführten Einzelfällen nachgegangen und danach auf die allgemeine Vertriebspolitik in den betreffenden Ländern eingegangen wird.

1. Preisbeeinflussung in Frankreich

a) Die angeführten Einzelfälle

aa) Der Fall Auchan

Schon in anderem Zusammenhang ist klar geworden, daß die Aufnahme von Auchan in das Vertriebsbindungssystem von der Zusage abhängig gemacht wurde, die Preisempfehlungen von ATF zu befolgen und keine niedrigeren Preise anzuwenden als die, die in der jeweiligen Stadt praktiziert werden (vgl. die Note vom 20. Oktober 1978). Wir haben es also mit einer regelrechten, in engem Zusammenhang mit der Vertriebsbindung

1 — Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 — Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1977, 1875.

stehenden *Vereinbarung* zu tun, und dies wurde folglich — zumal nicht gezeigt werden konnte, daß es nur um den Ausschluß wettbewerbswidriger Preise ging — zu Recht auch unter dem Gesichtspunkt der Beeinflussung des Preiswettbewerbs beanstandet.

Umgekehrt ist die Einlassung der Klägerin, Auchan habe sich später nie an die gemachte Zusage gehalten, deswegen zunächtst ohne Bedeutung, weil es für Artikel 85 ausreicht, daß eine Wettbewerbsbeschränkung *bezweckt* wird, was bei einer Verabredung sicher zutrifft. Ihre Hinweise darauf, Auchan habe immer wieder mit Niedrigstpreisen und „prix barrés" geworben (Seite 86 der Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten), die angekündigten Preise hätten so wenig über den Nettoeinkaufspreisen gelegen, daß mit der verbleibenden Spanne die angekündigten zusätzlichen Leistungen (Zahlungsziel und Garantie) nicht hätten gedeckt werden können, und auch andere Hersteller hätten, wie ein Schreiben von Thomson-Brandt von April 1980 zeige, Lockvogelangebote von Auchan kritisiert, können also allenfalls bei der Beurteilung des *Umfangs der Wettbewerbsverletzung* von Relevanz sein, bei der es dann auch darauf ankommt, daß sich die Geschäftsbeziehungen, wie in der Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten Seite 85 ausgeführt, überhaupt erst von Ende 1979 an normal entwickelt hatten.

bb) Der Fall Mammouth

Dieser Fall ist ähnlich gelagert. Auch hier kommt es maßgeblich auf das in der Note vom 20. Oktober 1978 erwähnte Versprechen an, die in Toulouse praktizierten Preise einzuhalten, das auf eine Abrede, Preiswettbewerb zu unterlassen, hinweist. Dies wurde gleichfalls zu Recht unter dem Gesichtspunkt der Preisbeeinflussung im Zusammenhang mit der Vertriebsbindung beanstandet. Wenn die Klägerin dazu erklärte (Seite 33 der Klageschrift), die Preispolitik von Mammouth sei nach der Aufnahme in die Vertriebsbindung — ohne daß dies von ATF beanstandet worden wäre — sehr aggressiv gewesen, so kann das allenfalls bei der Würdigung der Auswirkungen der getroffenen Absprache von Bedeutung sein.

cc) Der Fall Iffli (Metz)

Hier spielen nach Ansicht der Kommission drei Tatbestände eine Rolle: einmal habe sich Iffli bei der Aufnahme in das Vertriebssystem zur Einhaltung der von ATF genannten Einzelhandelsverkaufspreise verpflichtet (vgl. Note vom 30. Juni 1978); ferner habe die Klägerin ein Übereinkommen über eine Festpreispolitik zwischen Iffli und zwei anderen Händlern in Metz (Le Roi de la Télé und Darty) veranlaßt; schließlich habe Iffli am 12. August 1978 dargelegt, daß Vertreter von ATF darauf hingewiesen hätten, Wiederverkäufer in der Gegend von Paris und in anderen Regionen Frankreichs hätten sich geeinigt, Preiswettbewerb mit Telefunken-Geräten zu unterlassen.

Zum ersten Punkt ist anzuerkennen, daß die Kommission zu Recht eine derartige Handhabung der Vertriebsbindung, die auf eine Einschränkung des Preiswettbewerbs hinausläuft, kritisiert.

In Ansehung der beiden anderen Punkte dagegen sind im Verfahren gute Gründe dafür sichtbar geworden, der Kommission nicht zu folgen.

Zwar ist zum zweiten Punkt einzuräumen, daß es in der Note vom 30. Juni 1978 heißt: „il vaut mieux trouver un arrangement de politique de prix maintenus sur la ville de Metz entre Le Roi de la Télé, Iffli et Darty . . .", und daß Iffly in seinem Schreiben vom 12. August 1980 ausgeführt hat, nach den Erklärun-

gen der Vertreter von ATF seien Darty und Le Roi de la Télé damit einverstanden, mit Telefunken-Geräten keinen Preiswettbewerb zu machen. Die Klägerin hat aber dazu nicht nur mit Nachdruck erklärt, der in dem Schreiben vom 30. Juni 1978 erwähnte Vorschlag sei nicht aufgegriffen worden und es sei zu keiner von ihr veranlaßten Preisabsprache zwischen den drei genannten Händlern gekommen. Sie hat auch darauf hingewiesen, die Firma Darty, ein sehr umsatzstarkes und preisaggressives Unternehmen, könne an einer solchen Absprache offensichtlich nicht interessiert gewesen sein und sie wäre auch deshalb sinnlos gewesen, weil es in Metz noch zwei weitere Einzelhändler gebe, die für Preiswettbewerb gesorgt hätten. Es hätte demnach nahegelegen, diesem Sachverhalt — etwa durch Befragung der beteiligten Händler — weiter nachzugehen. Jedenfalls kann aufgrund des vorhandenen Materials und angesichts des — unter Hinweis auf die mangelnde Glaubwürdigkeit von Iffli — im Verwaltungsverfahren gestellten Antrags der Klägerin, ein formelles Auskunftsersuchen an Iffli zu richten, zu dem es nicht gekommen ist, nicht angenommen werden, der Vorwurf der Förderung einer horizontalen Preisabsprache durch die Klägerin sei ausreichend belegt.

Hinsichtlich des dritten Punktes hat die Klägerin nachdrücklich erklärt, die Aussage von Iffli sei aus der Luft gegriffen, und sie hat auch Anhaltspunkte für eine mangelnde Glaubwürdigkeit von Iffli aufgezeigt (vgl. das an die Kommission gerichtete Schreiben vom 7. November 1980). Daher können die Darlegungen von Iffli, zu denen es ohne förmliches Auskunftsersuchen gekommen ist und deretwegen die von der Klägerin verlangte Gegenüberstellung (vgl. ihr Schreiben vom 18. September 1980) nicht stattgefunden hat, schwerlich als ausreichende Basis für den von der Kommission erhobenen Vorwurf angesehen werden.

Berechtigt in bezug auf Iffli ist also nur die Kritik an dem zuerst genannten Tatbestand. Wenn die Klägerin im übrigen auf die sehr bescheidenen Umsätze Ifflis mit Telefunken-Geräten in den Jahren 1978 und 1979 und das Fehlen von Bestellungen ab 1980 hinweist (Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten Seite 89 und Klageschrift Seite 98) und auch geltend macht, Iffli habe sich an die im Schreiben vom 30. Juni 1978 genannte Absprache in Wahrheit nicht gehalten — was belegt wird mit amtlichen Feststellungen zu Lockvogelangeboten mit sehr niedrigen Telefunken-Preisen (vgl. Note vom 26. März 1979, Anlage 60 zur Klageschrift) —, so ist auch dies allenfalls bei der Beurteilung der *Auswirkungen* des festgestellten Verstoßes gegen die Wettbewerbsbestimmungen von Bedeutung.

dd) Andere französische Fälle

Ging es bei den drei soeben behandelten Wiederverkäufern im wesentlichen um bei der Aufnahme in die Vertriebsbindung getroffene Absprachen, so beziehen sich die sechs weiteren in diesem Zusammenhang noch zu erörternden Fälle auf Aktionen zur Preisbeeinflussung *nach der Zulassung* zum Vertriebsbindungssystem.

i) Hier interessiert an erster Stelle ein Schreiben von ATF vom 26. Mai 1978 (Anlage 9 zum Schriftsatz der Kommission vom 16. Dezember 1982), in dem von einem sich auf drei Fernsehgeräte beziehenden „engagement pris par la société Darty de remonter ses prix de vente au 31 mai 1978" die Rede ist, das auf einen Besuch von ATF-Vertretern hin zustande gekommen ist.

Die Klägerin hat dazu im Verwaltungsverfahren und im Gerichtsverfahren ausgeführt, dem Schreiben liege die Tat-

sache zugrunde, daß Darty für die drei angeführten Gerätetypen eine auf Paris und den Monat Mai beschränkte Verkaufsförderungsaktion durchgeführt habe. Nach deren Beendigung sei Darty dann von sich aus auf die frühere normale Preisgestaltung zurückgekommen, und es sei nur darum gegangen, davon die Außendienstmitarbeiter von ATF und andere Händler zu unterrichten. Angesichts der starken Marktstellung von Darty — die Firma verfüge im Bereich der Unterhaltungselektronik in Frankreich über einen Marktanteil zwischen 8 und 10 % — und des geringen Marktanteils der Klägerin in Frankreich sei es undenkbar gewesen, daß die Klägerin die Preisgestaltung bei Darty beeinflußt habe. Das Wort „engagement" sei mißverständlich angewandt worden; in Wahrheit hätte es heißen müssen „décision prise par la société Darty".

Diese Einlassung erscheint jedoch nicht überzeugend. Immerhin hat die Klägerin auch erklärt (vgl. Seite 145 ihrer Klageschrift), während der genannten Aktion seien konkurrierende Händler auf ihren Geräten sitzengeblieben und hätten keine Bestellungen mehr aufgegeben; dies habe die Vertreter von ATF zu einem Besuch bei Darty veranlaßt. Wenn danach ausdrücklich festgehalten wurde, es sei zu einem *„engagement"* über eine Preisanhebung gekommen, so ist dies wohl als Absprache zu werten. Dieser Vorgang wurde demnach bei der Beurteilung der Handhabung der Vertriebsbindung zu Recht als unkorrekt festgehalten, selbst wenn davon auszugehen ist, daß die Klägerin nicht imstande gewesen wäre, Darty einseitig zu einem Preisverhalten zu zwingen.

ii) An zweiter Stelle ist von Interesse eine Note vom 5. Juni 1978 betreffend „prix téléviseurs couleur pratiqués sur Paris" (Anlage 19 zur Klagebeantwortung). In ihr heißt es: „Tout le monde semble d'accord pour remonter les prix (date du 2/6/78 — soir)" und es wird die Aufforderung ausgesprochen, FNAC und Darty zu kontaktieren. Daraus zieht die Kommission den Schluß, daß es *Preisabsprachen zwischen Pariser Händlern* gegeben habe.

Nach allem, was wir gehört haben, hat hier die Kommission ohne ausreichende Nachforschungen voreilige Schlüsse gezogen. Die Klägerin hat nämlich erklärt, die Note beziehe sich auf die vorhin erwähnte Verkaufsförderungsaktion von Darty, an die sich FNAC angehängt habe. Sie sei — wie sich aus der Einleitung ergebe — nach einem Besuch bei Darty verfaßt worden, und deshalb liege — wie auch aufgrund der Verwendung des Wortes „remonter" — die Annahme nahe, „tout le monde" beziehe sich nicht auf alle Pariser Einzelhändler, sondern nur auf Darty. Tatsächlich ist es, wenn nur Darty und FNAC eine Verkaufsförderungsaktion durchgeführt haben, unwahrscheinlich, daß alle Pariser Händler sich über eine Preiserhöhung abgesprochen haben sollen. Aus der Note ergibt sich auch nicht, daß es zwischen Darty und FNAC zu einer von ATF initiierten Absprache gekommen sei, denn hinsichtlich FNAC heißt es ja, die Preise seien noch nicht angehoben worden und es solle FNAC deshalb kontaktiert werden. Wie die Kontakte zu FNAC beschaffen waren, insbesondere ob es zu einer Absprache oder zu einer unzulässigen, mit Druck verbundenen Einwirkung auf die Preisgestaltung gekommen ist, sagt die Note jedoch nicht.

Zu diesem Punkt kann also in Ermangelung weiterer Aufklärung die These der Kommission nicht als erwiesen angesehen werden, es sei auf Veranlassung von ATF zu Preisabsprachen zwischen Pariser Händlern gekommen oder es seien die Kontakte mit FNAC zum Zweck der Preisbeeinflussung über das im Rah-

men einer Vertriebsbindung Zulässige hinausgegangen.

iii) Weiter ist nach Ansicht der Kommission von Bedeutung eine Note vom 5. Juni 1978 (Anlage 20 zur Klagebeantwortung), in der zu den Katalogpreisen der Einkaufsvereinigung *Camif* festgehalten wurde, ATF habe, weil andere Händler Camif als Wettbewerber ansähen und sich seinen Preisen anpaßten, verlangt, „de relever les prix détails des matériels sur le catalogue hiver 1978".

Auch hier möchte ich nach den Einlassungen der Klägerin und in Ermangelung weiterer Aufklärung durch die Kommission nicht von einem Beleg für unzulässige Preisbeeinflussung sprechen. Die Klägerin hat nämlich erklärt, die erwähnte Bitte sei vor dem Hintergund der für 1. September 1978 ins Auge gefaßten Erhöhung der Herstellerabgabepreise zu sehen, von der tatsächlich in einem Schreiben an Cart — Anlage 10 zum Schriftsatz der Kommission vom 16. Dezember 1982 — die Rede ist. Dieser rechtzeitig gegebene Hinweis auf eine geplante Preiserhöhung ist aber nicht anders zu werten als eine normale Information im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung und es ist wohl auch eine Bitte oder Empfehlung, dem Rechnung zu tragen, nicht als unzulässiger Eingriff in die Freiheit der Preisgestaltung anzusehen, jedenfalls wenn sie nicht mit irgendeinem — im vorliegenden Fall nicht zu erkennenden — Druck, etwa der Drohung des Abbruchs der Geschäftsbeziehungen, verbunden ist.

iv) Wichtig ist für die Kommission ferner die ATF-Note vom 13. Oktober 1978 (Anlage 22 zur Klagebeantwortung) zu den ab 18. September 1978 vorgesehenen Einzelhandelspreisen. Sie beginnt mit dem Hinweis darauf, daß die für das genannte Datum vorgesehenen Preise „n'ont pas tous été appliqués en raison des stocks qui se trouvaient chez vos clients", und fährt fort: „nous nous mettons d'accord avec les clients siège, c'est-à-dire Darty, FNAC, et Grands Magasins, pour que l'ensemble de ces prix soient appliqués au 2 novembre 1978".

Insofern scheint die von der Kommission vorgenommene Kritik gerade auch nach den Erklärungen der Klägerin wohl begründet zu sein. Die genannten Großkunden hatten offenbar noch umfangreiche Lager billig eingekaufter Geräte, kleinere Kunden dagegen blieben auf den nach der Preiserhöhung vom September 1978 teurer eingekauften Geräten sitzen und bedrängten deshalb ATF, etwas zu unternehmen. Wenn es in diesem Zusammenhang zu einer Konzertierung zwischen ATF und mehreren Abnehmern über die Preise gekommen ist, so geht diese aktive Beteiligung von ATF an einer Abstimmung der Preisgestaltung sicher über das hinaus, was im Rahmen einer selektiven Vertriebsbindung als normales Bestreben bezeichnet werden kann, mit Hilfe von Preisgesprächen ein bestimmtes Fachhandelspreisniveau zu gewährleisten.

v) Weiter ist hier einzugehen auf zwei an die Einkaufsvereinigung *Cart* gerichtete Schreiben. In dem einen vom 4. November 1977 (Anlage 21 zur Klagebeantwortung) wird die Überraschung darüber ausgedrückt, daß zwei für die Mitglieder bestimmte Kataloge herausgegeben worden sind, einer mit allgemein angewandten Tarifen und der andere mit herabgesetzten Preisen. Ferner ist von einer Vereinbarung über die Herausgabe von zwei Katalogen „à condition que l'un soit à prix haut et l'autre à prix plancher" die Rede, und es wird die Frage gestellt, ob es nicht möglich sei, den Katalog wieder einzuziehen. In dem anderen Schreiben vom 21. Juli 1978 (Anlage 10 zum Schriftsatz der Kommission vom 16. Dezember 1982) ist von einer Preiserhö-

hung zum 1. September 1978 die Rede, werden empfohlene Mindesteinzelhandelspreise angeführt und heißt es abschließend: „comme nous en étions convenus nous vous demandons de tenir compte pour l'édition de votre catalogue des prix de vente détail énoncés ci-dessus en les considérant comme des prix minimum".

Dazu hat die Klägerin erklärt, die Preise des Winterkatalogs 1977 von Cart seien offensichtlich von den gemeinsam ins Auge gefaßten Preisen abgewichen und Cart habe dann — als ATF seine Verwunderung darüber ausdrückte — entdeckt, daß tatsächlich, weil irrtümlich eine frühere Preisliste verwendet worden sei, ein *Fehler* unterlaufen sei. Im übrigen habe es sich lediglich um Kontakte zur Vorbereitung der Kataloge gehandelt, damit die Abnehmer rechtzeitig erfahren konnten, ob mit einer Erhöhung der Herstellerpreise zu rechnen sei; allein eine derartige Mitteilung finde sich in dem Schreiben vom 21. Juli 1978.

Diese verharmlosende Darstellung erscheint jedoch nicht überzeugend. Dabei kann offenbleiben, ob es tatsächlich im Winterkatalog von Cart für 1977 zu einem Preisirrtum gekommen ist. Wesentlich ist nämlich, daß in dem zuerst genannten Schreiben ausdrücklich von einem *Abkommen* über die Herausgabe von zwei Katalogen unter bestimmten Bedingungen — also einer Preisabsprache — die Rede ist und auch auf eine mögliche Verschlechterung der Geschäftsbeziehungen hingewiesen wird, was man als Drohung und Ausübung von Druck zu verstehen hat. Die Formulierungen des Schreibens vom 21. Juli 1978 weisen ebenfalls auf das Vorliegen einer Absprache über die Berücksichtigung der mitgeteilten Preise hin, von denen ausdrücklich gesagt wird, sie seien als Mindestpreise anzusehen. Danach konnte die Kommission zu Recht den Schluß ziehen, daß auch in den Geschäftsbeziehungen zu Cart ATF ein Verhalten an den Tag gelegt hat, das wettbewerbsrechtlich zu beanstanden ist, weil es offensichtlich über unverbindliche Preisempfehlungen deutlich hinausging.

vi) Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch ein ATF-Schreiben vom 3. April 1979 (Anlage 6 zur Replik) betreffend die besonderen Bedingungen für ein bestimmtes Gerät von Bedeutung, in dem es heißt: „cet appareil sera facturé à compter du 1er avril 1979 à un prix net, prime déduite de 2 854 FF H.T." sowie: „les établissements Darty s'engagent de ne pas profiter de cette prime spéciale de 225 FF pour baisser le tarif détail".

Dazu hat die Klägerin in ihrer Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten ausgeführt, es habe sich um eine Verkaufsförderungsaktion für ein Farbfernsehgerät gehandelt, bei der den Käufern für ein Altgerät 500 FF gezahlt werden sollten, wovon 225 FF zu Lasten von ATF gingen; deshalb sei ATF daran gelegen gewesen, daß dieser Zuschuß nicht zur Senkung des Endverbraucherpreises verwendet werde.

Auch hier wird man jedoch der Kommission zustimmen müssen, daß in dem Schreiben ein wettbewerbsrechtlich bedenkliches Verhalten sichtbar wird. Tatsächlich haben wir es mit einer Absprache zu tun, die von ATF gewährte Prämie nicht zur Unterschreitung der in dem Schreiben genannten Endverkaufspreise zu verwenden. Darin liegt eine unzulässige Vereinbarung über die Einhaltung eines bestimmten Preisniveaus.

b) Dokumente allgemeiner Tragweite zu der in Frankreich verfolgten Vertriebspolitik

Nachdem sich gezeigt hat, daß es in einer Reihe von Einzelfällen auf dem französischen Markt im Rahmen der Vertriebsbindung zu unzulässiger Preis-

beeinflussung und damit zur Beeinträchtigung des Preiswettbewerbs gekommen ist, ist noch zu prüfen, was zu dieser Frage zusätzlich allgemeinen Dokumenten entnommen werden kann, die von der Kommission als Beleg dafür angeführt wurden, daß ATF eine Hochpreispolitik verfolgt habe.

Hierzu kommen vier Dokumente in Betracht:

aa) ein ATF-Rundschreiben an die Außendienstmitarbeiter vom 13. September 1977 (Anlage 5 zum Schriftsatz der Kommission vom 16. Dezember 1982), in dem gesagt wird, ihre Rolle sei es, „povoquer chez votre client l'impression que Telefunken cherche à le protéger (marge correcte)";

bb) der im Zusammenhang mit dem Fall Iffli bereits erwähnte ATF-Vermerk vom 30. Juni 1978, in dem darauf hingewiesen wird, Iffli habe aus verschiedenen Gründen die Absicht, in das Vertriebsbindungssystem aufgenommen zu werden, unter anderem weil er Kenntnis habe „de la politique commerciale de Telefunken qui réussit à faire maintenir les prix de vente détail et donc à préserver une marge convenable au revendeur" und in dem ganz allgemein auch die Rede ist von „notre politique de prix";

cc) die ebenfalls schon erwähnte Aktennotiz vom 5. Januar 1978, in der im Anschluß an die Darstellung der Händlerstruktur für 1977 für ATF und für den französischen Markt erklärt wird, weil der Anteil der Discounter (grandes surfaces) bei ATF äußerst niedrig sei, sei es möglich gewesen, für Telefunken-Geräte „ein einheitlich hohes Preisniveau zu praktizieren ... (höhere Händlermarge als bei Konkurrenzgeräten)";

dd) ein Schreiben vom 12. Januar 1979 (Anlage 8 zur Replik) über die Geschäftsentwicklung im Jahr 1978, in dem die „Hochpreispolitik" erläutert wird an Hand eines Vergleichs mit den Preisen vergleichbarer Geräte der Firmen Philips, Thomson oder Grundig und aus dem sich ergibt, daß dies mit der zurückhaltenden Öffnung der Vertriebsbindung für moderne Vertriebswege zusammenhängt.

Hieraus ergeben sich jedoch meines Erachtens keine *zusätzlichen* eigenständigen Argumente zur Frage der unzulässigen Preisbeeinflussung.

Das an erster Stelle genannte Rundschreiben sollte wohl dazu bestimmt sein, Außendienstmitarbeitern ein Werbeargument in die Hand zu geben; wenn hier von einer „marge correcte" die Rede ist, so wird damit allenfalls — abgesehen davon, daß eine gewisse Mindestspanne wegen der mit Kosten verbundenen Fachhandelsleistungen durchaus legitim ist — auf die grundsätzlich restriktive Zulassungspolitik gegenüber Märkten hingewiesen, die schon in anderem Zusammenhang gewürdigt wurde.

Entsprechendes gilt wohl auch — soweit es von einer „marge convenable" spricht — für das an zweiter Stelle erwähnte Schriftstück. Soweit dieses darüber hinaus von der Aufrechterhaltung der Einzelhandelspreise und allgemein von der Preispolitik von ATF spricht, geschieht dies doch in einer zu allgemeinen Weise, als daß daraus Schlußfolgerungen bezüglich bestimmter Methoden der Preisbeeinflussung gezogen werden könnten.

Zu den an dritter und vierter Stelle genannten Dokumenten ist zwar einzuräumen, daß sie für eine Hochpreispolitik von ATF zu sprechen scheinen. In bezug auf *spezielle Maßnahmen* auf dem Gebiet

der Preisgestaltung ergeben aber auch sie nichts Neues.

2. Preisbeeinflussung in Belgien

Hierzu wird in der Entscheidung nur *ein* einschlägiger Fall angeführt und darüber hinaus auf ein allgemeines Dokument Bezug genommen.

a) Wenn wir uns auch hier zunächst dem Einzelfall zuwenden, so ist dafür wichtig, daß der Einzelhändler *Verbinnen* angegeben hat, er sei Anfang 1980 aufgefordert worden, den Preis für ein Fernsehgerät um 3 000 BFR zu erhöhen, was er aber abgelehnt habe (vgl. die Schreiben Verbinnens vom 3. November 1980 und 27. November 1980 — Anlagen 9 und 11 zur Klageschrift).

aa) Insofern stellt sich — einer Einwendung der Klägerin zufolge — zunächst die Frage, ob dieser Fall überhaupt in die Entscheidung aufgenommen werden durfte, da er in den Beschwerdepunkten noch nicht angeführt war.

Mir erscheint dies nicht bedenklich. Dabei kann offenbleiben, ob wir es nur mit einem neuen Beleg für einen in den Beschwerdepunkten schon enthaltenen Vorwurf zu tun haben. Entscheidend ist jedenfalls, daß die beiden erwähnten Schreiben der Klägerin zur Stellungnahme vorgelegt worden sind und daß sie sich dazu auch geäußert hat (vgl. das Schreiben ihres Anwalts vom 24. April 1981), was ausschließt, von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren zu sprechen.

bb) Zu dem von der Kommission kritisierten Tatbestand führte die Klägerin aus, der von Verbinnen praktizierte Preis sei nicht ungewöhnlich gewesen — das gleiche Gerät sei von dreizehn Händlern noch billiger angeboten worden, ohne daß ATBG etwas dagegen unternommen habe —, und sie verlangte deshalb eine Aufklärung dieses Streitpunkts durch Erlaß eines bußgeldbewehrten Auskunftsersuchens oder durch Gegenüberstellung mit Verbinnen.

Angesichts dieser Sachlage — die Kommission hat dem Antrag der Klägerin nicht stattgegeben — läßt sich von vornherein anzweifeln, ob die Angaben Verbinnens überhaupt als geeignete Belege anzusehen sind. Keinesfalls könnte damit aber ein wettbewerbswidriges Verhalten im Zusammenhang mit der Handhabung der Vertriebsbindung dargetan werden. Ausgehen könnte man nämlich allenfalls vom Vorliegen *einseitiger* Maßnahmen, hinter denen kein Druck oder die Androhung von Sanktionen stand und die deshalb auch ohne Wirkung blieben. Was die Kommission aber als eine Art Ausübung von Druck ansieht — im Schreiben Verbinnens vom 3. November 1980 ist nur die Rede von „machinatie" in der Form, daß ein Verkaufsvertreter von ATBG als scheinbarer Käufer anonym Auskünfte verlangt und Kritik an den Geräten geübt habe —, kann nicht nur nicht als der Versuch einer Einflußnahme angesehen werden. Wesentlich ist auch, daß davon nur im Zusammenhang mit dem Versuch gesprochen wird, die *Einfuhr*tätigkeit Verbinnens zu beeinflussen, nicht dagegen im Hinblick auf seine Preisgestaltung.

Meiner Meinung nach kann der Fall des Händlers Verbinnen — der nach den Angaben der Klägerin immer noch beliefert wird — somit nicht als Beleg für eine unzulässige Einflußnahme auf die Preisgestaltung in Belgien angesehen werden.

b) Was zum anderen das die *allgemeine Preispolitik in Belgien* betreffende Dokument angeht, so handelt es sich dabei um ein Protokoll von ATBG vom 19. Dezember 1978 (Anlage 8 zum Schriftsatz der Kommission vom 16. Dezember

1982) mit einem Exposé über Verkaufswerbung. In ihm heißt es: „de laisser librement fluctuer les prix conduit inévitablement à ce que les petits clients ne réalisent pas la marge minimum ...", und weiter: „il n'entre pas dans nos intentions d'établir un prix de marché unique ... mais d'arriver par un jeu de positionnement des prix de marché intermédiaires à ce que les prix ne flutuent pas de plus de 1 000 BFR."

Hierzu hat die Klägerin mit Nachdruck unterstrichen, es gehe nur um Vorstellungen, die der Verfasser des Exposés entwickelt habe, nicht aber um die verbindliche Festlegung der Politik von ATBG. In Wahrheit habe der Empfänger der Mitteilung — der Leiter von ATBG — das vorgeschlagene System der Preisberechnung schon gedanklich nicht verstanden, und es sei jedenfalls in Belgien nie angewendet worden. Angesichts dieser Einlassungen versuchte die Kommission zu ermitteln, ob diese Preispolitik realisiert wurde und was gegen ungehorsame Händler unternommen wurde, aber offenbar ohne Erfolg. Immerhin konnte die Klägerin unwidersprochen darauf hinweisen, es seien nach ihrer Anhörung sieben Auskunftsersuchen an belgische Händler gerichtet worden, die Kommission habe aber nur den bereits behandelten Bescheid von Verbinnen erhalten. Danach erscheint es mir schwer möglich, den Vorwurf aufrechtzuerhalten, in Belgien sei eine Preispolitik betrieben worden, wie sie das genannte Dokument umschrieben hat.

Geht man darüber hinaus davon aus, daß den Einzelhändlern gewisse *Preisempfehlungen* gegeben worden sind, so kann jedoch in einem solchen Verhalten — Nennung eines durchschnittlich erzielbaren Marktpreises, wie er sich nach der Kostenkalkulation des Herstellers und aus einem Vergleich mit Preisen konkurrierender Erzeugnisse ergibt — eine unzulässige Handhabung der Vertriebsbindung nicht gesehen werden. Dabei mag offenbleiben, wieweit hier die belgische Rechtslage eine Rolle spielt. Wichtig ist einmal, was im Urteil der Rechtssache 26/76 [1] zu dem Bestreben gesagt wurde, für den Fachgroß- und -einzelhandel ein gewisses Preisniveau aufrechtzuerhalten, und andererseits die Tatsache, daß einseitige Maßnahmen von Artikel 85 grundsätzlich nicht erfaßt werden. Wenn aber eine selektive Vertriebsbindung als solche nicht unter Artikel 85 fällt und einseitige Preismaßnahmen auch nicht, kann nicht angenommen werden, daß eine Kombination dieser Elemente anders zu bewerten ist. Bedenklich sind deshalb einseitige Preismaßnahmen nur, wenn versucht wird, sie mit Hilfe von Druck durchzusetzen, weil damit die Freiheit der Preisgestaltung tatsächlich beeinträchtigt wird. Der Versuch eines derartigen Drucks — der überdies angesichts der Marktstellung von Telefunken, eines heftigen Interbrand-Wettbewerbs und angesichts bedeutender Nachfragemacht großer Abnehmer oder Abnehmergruppen nicht ohne weiteres denkbar erscheint — wie auch der Tatbestand des abgestimmten Verhaltens zwischen Händlern, zu dem es aufgrund einer Preisempfehlung kommen kann, muß aber konkret belegt werden.

c) Im belgischen Absatzgebiet kann also von unzulässigen Preisaktionen der Klägerin im Rahmen der Vertriebsbindung — sieht man von dem in anderem Zusammenhang gewürdigten Fall Diederichs ab — nicht die Rede sein.

3. Preisbeeinflussung in Deutschland

Ich komme schließlich noch zu einigen Fällen angeblich unzulässiger Einwirkung

1 — Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 — Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1977, 1875.

auf die Preisgestaltung, die die Kommission in Deutschland glaubte feststellen zu können. Dabei wird in der Entscheidung unterschieden zwischen direkter Einwirkung (Randnummern 40 und 41) und mittelbarer Preisbeeinflussung (Randnummern 48 bis 52).

a) Unter dem zuerst genannten Gesichtspunkt interessieren zunächst die Fälle *Suma* und *Holder.*

aa) Bezüglich der Firma Suma (München) ist einmal eine Aktennotiz über ein Gespräch vom 20. April 1977 von Bedeutung (Anlage 68 zur Klage). Nach dieser sei dem Leiter der Firma Suma vor Augen geführt worden, wie wichtig für TFR die Marktpreisstellung in seinen Läden sei. Dabei sei vereinbart worden, daß der neue Marktpreisspiegel durchgesprochen und die Abgabepreise festgelegt würden. Schließlich habe der Geschäftsführer der Firma Suma zugestimmt, „nicht in die Preisführerschaft zu gehen, sondern bestenfalls den Tiefstpreis am Markt zu nehmen, sich nach Möglichkeit jedoch zwischen den durchschnittlichen Ladenpreisen und den Tiefstpreisen zu bewegen". Zum anderen bezieht sich die Kommission auf einen Vermerk über die Anhörung des genannten Geschäftsführers, dem zufolge der Firma AEG-Telefunken zugestanden worden sein soll, „daß besonders aggressive Preise des Mitbewerbers an Telefunken gemeldet werden und nicht sofort für die Suma übernommen werden".

Nach diesen Dokumenten ist offensichtlich, daß es hier um mehr als um unverbindliche Gespräche über eine mögliche Preisgestaltung ging. Wir haben es vielmehr mit einer Preisabsprache im Rahmen der Vertriebsbindung zu tun, die — auch wenn vielleicht nicht die Einhaltung der von Telefunken festgesetzten Abgabepreise zugesagt worden ist — doch die Freiheit der Preisgestaltung bei Suma nach unten einschränken sollte. Dies wurde von der Kommission sicher zu Recht als zu weit gehend beanstandet.

Wenn die Klägerin auch in diesem Zusammenhang geltend machte, die Absprache habe in Wahrheit keine Auswirkungen gehabt, so hat dies für die grundsätzliche Würdigung keine Bedeutung, sondern spielt allenfalls bei der Gewichtung des Wettbewerbsverstoßes eine Rolle.

bb) Was weiterhin die Firma *Holder,* einen kleinen Einzelhändler in Süddeutschland, anbelangt, so bezieht sich die Kommission auf eine Notiz des Vertriebsbüros München vom 30. November 1976 (Anlage 2 zur Duplik), in der davon gesprochen wird, ein bestimmtes Gerät sei geliefert worden, „nachdem der Firma Holder das Vertriebskonzept und die Preisgestaltung eingehend erläutert worden war".

Nach den Einlassungen im Verfahren ist damit jedoch schwerlich eine unzulässige Einwirkung auf die Preisgestaltung zu belegen. Offenbar ging es — wie die Klägerin unwidersprochen ausführte — um die Einführung eines neuen, teuren Gerätes, das beratungsintensiv ist und zu dem die Händler deshalb durch ein Preisgespräch von den Absatzmöglichkeiten überzeugt werden mußten. Außerdem fehlt es nicht nur am Nachweis dafür, daß irgendein Druck ausgeübt wurde, was durch Befragung der Firma Holder hätte ermittelt werden können; fest steht auch, daß sich die Firma Holder offenbar nicht an die gemachten Preisangaben gehalten hat, sondern Billiginserate veröffentlichte, weswegen das Gerät von Telefunken aus dem Markt herausgekauft worden ist.

Wenn die Kommission darüber hinaus meinte, nach dem Eingangssatz der Notiz sei anzunehmen, daß dieses Beispiel bei Gesprächen mit der Einkaufskoope-

ration Interfunk verwendet werden sollte mit dem Ziel, eine größere Preisdisziplin herbeizuführen, so erscheint dies deshalb unerheblich, weil über den Gehalt derartiger Gespräche nichts ermittelt worden ist, bloße Mutmaßungen über eine eventuelle Preisbeeinflussung aber sicher keine ausreichende Basis für wettbewerbsrechtliche Vorwürfe abgeben können.

b) Zu den Fällen mittelbarer Preisbeeinflussung

aa) Hier spielt an erster Stelle abermals die Firma *Suma* eine Rolle, und zwar insofern, als der bereits erwähnten Aktennotiz vom 20. April 1977 auch eine Bonusvereinbarung dahin gehend entnommen werden kann, daß außer einem Mengenbonus in Höhe von 1 % und einem Verkaufsförderungsbonus in Höhe von 0,5 % — beide halbjährlich auszuschütten — auch ein zum Jahresende auszuschüttender „Wohlverhaltensbonus" in Höhe von 2 % gewährt werden sollte. Letzteres bringt die Kommission in Verbindung mit einem Vorschlag des Vertriebsbüros München vom 22. Dezember 1976 (Anlage 18 zur Klagebeantwortung), in dem zu einem Jahresbonus in Höhe von 2 % gesagt wird, man könne die Bonusauszahlung an ein marktgerechtes Preisverhalten binden und man könne über den Jahresbonus das Marktverhalten steuern.

Hierzu hat die Klägerin betont, der Vorschlag des Vertriebsbüros München sei in Wahrheit von TFR in dieser Form nicht aufgegriffen worden. Der Wohlverhaltensbonus wurde vielmehr schon bei der Anhörung durch die Kommission durch den Leiter des Vertriebs Inland der Klägerin als Entgelt für das Zurverfügungstellen von Werbeflächen erklärt; ebenso wurde auch in der Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten (Seite 73) ausgeführt, der genannte Bonus sei für Beteiligung an Verkaufsförderungsaktionen und Bereitstellung von Schaufenstern zugesagt worden. Auch wird in der Notiz vom 20. April 1977 zwischen den auf Seite 1 festgehaltenen Preisgesprächen und dem auf Seite 3 genannten Bonus kein Bezug hergestellt. Ferner hat der Geschäftsführer von Suma der Kommission gegenüber erklärt (Vermerk vom 2. September 1980), der Bonus sei eine Gegenleistung dafür, „daß die Firma AEG grundsätzlich vor Erscheinen von Zeitungsinseraten über den beworbenen Artikel informiert wird". Schließlich blieb nicht nur unwiderlegt, daß die Firma Suma den Bonus trotz wiederholter Sonderaktionen erhalten hat, sondern es ist auch von Bedeutung, daß der Geschäftsführer der Firma Suma dem Anwalt der Klägerin gegenüber versichert hat (Anlage 12 zur Klage), der Bonus sei als Ausgleich für die Unterrichtung des Herstellers über die Marktentwicklung und im Hinblick auf die großen Umsätze der Firma Suma gewährt worden, er habe aber, weil er im Konditionsrahmen nicht vorgesehen sei, der Zentrale gegenüber mit der gewählten Bezeichnung gerechtfertigt werden müssen.

Bei dieser Sachlage kann wohl nicht als erwiesen angesehen werden, daß im Falle der Firma Suma eine Beeinflussung des Preisverhaltens mit Hilfe des genannten Bonus stattgefunden hat.

bb) Weiter ist für die Kommission in diesem Zusammenhang von Bedeutung das Verhalten der Klägerin gegenüber dem Einzelhändler Wilhelm in Saarbrükken.

Als dieser im Juli 1976 mit Niedrigpreisangeboten warb, richtete TFR — nach der Feststellung, man erkenne eine Anzeige der Firma Wilhelm mit „sehr störenden Preisen" — die Frage an das Vertriebsbüro Saarbrücken, warum das jetzt wieder losgehe (Anlage 7 zur Replik). Darin erblickt die Kommission eine

stillschweigende Aufforderung zu einem korrigierenden Einschreiten.

Bei näherem Zusehen zeigt sich jedoch, daß auch dieser Fall nicht als Beleg für den Versuch einer unzulässigen Preisbeeinflussung dienen kann. Dabei ist entscheidend, daß auf die Anfrage am 23. Juli 1976 (Anlage 71 zur Klage) geantwortet wurde, Auslöser seien Kaufhof-Inserate gewesen, deren Preise einige große Händler sofort übernommen hätten, und namentlich die in diesem Schreiben getroffene Feststellung, das Angebot von Wilhelm habe sich für das Büro Saarbrücken nicht negativ ausgewirkt.

Selbst wenn man also die Frage vom 22. Juli 1976 als indirekte Aufforderung zu einem Disziplinierungsversuch werten wollte, ist letztlich doch maßgebend, daß es zu irgendwelchen Interventionen nicht gekommen ist, weil das Vertriebsbüro Saarbrücken offenbar die Handlungsweise von Wilhelm als normalen Preiswettbewerb betrachtet hat.

cc) Im Fall *Schlembach* wurde von der Kommission einmal eine Notiz vom 9. September 1977 (Anlage 23 zur Klagebeantwortung) über ein Gespräch, das wegen Anzeigen mit dem Motto „Color-Preisaktion" zum Teil „erregt" geführt worden sein soll, angezogen. Danach sei verdeutlicht worden, daß eine Wiederholung solcher Anzeigen zu einer „erheblichen Störung der Zusammenarbeit" führe, und es sei so „die Hemmschwelle für eine erneute aggressive Insertion" erheblich angehoben worden. Zum anderen bezieht sich die Kommission auf einen an TFR gerichteten Vermerk des Vertriebsbüros Dortmund vom 30. September 1977 (Anlage 72 zur Klage), in dem von ruinöser Preisstellung in Anzeigen von Schlembach für Telefunken-Farbfernsehgeräte und von Schritten, die in Verbindung mit dem Fall Schlembach zu unternehmen seien, gesprochen wird. Hinzugefügt war an einen anderen Adressaten des Vermerks noch die Frage, ob es „keine eleganten außergewöhnlichen Wege" gebe, „die Kunden an die Kandare zu nehmen", worin die Kommission eine stillschweigende Aufforderung zum Einschreiten gegen Schlembach erblickt.

Was diese Dokumente angeht, so kann man in bezug auf das an erster Stelle Genannte tatsächlich den Eindruck haben, daß es einen wirksamen Einfluß auf ein Unternehmen bei der Marktpreisgestaltung und damit eine im Rahmen der Vertriebsbindung unzulässige Aktion belegt, auch wenn es nicht unbedingt um die Aufrechterhaltung des von der Klägerin gewünschten Preisniveaus gegangen sein muß. Zwar hat die Klägerin dazu im Gerichtsverfahren vorgebracht, Anzeigen mit dem genannten Motto seien, weil der Eindruck besonderer Kaufvorteile hervorgerufen werde, als Werbung für eine unzulässige Sonderveranstaltung im Sinne des § 9a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in Verbindung mit den §§ 1 und 2 der Anordnung des Reichswirtschaftsministers vom 4. Juli 1935 und damit als wettbewerbswidrig gemäß den Bestimmungen des EG-Verpflichtungsscheins anzusehen. Es kann ihr aber entgegengehalten werden, daß sie das Vorliegen einer unzulässigen Sonderveranstaltung nicht deutlich gemacht hat und daß sie insbesondere in ihrer Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten nichts ausgeführt hat, was die Kommission veranlassen konnte, dieser Frage weiter nachzugehen. In Ansehung des zuerst genannten Dokuments wird man also anerkennen müssen, daß es von der Kommission zu Recht in ihre Vorwürfe einbezogen worden ist, zumal für die Annahme, es sei der Klägerin einfach um die Einhaltung eines bestimmten Preisniveaus gegangen, auch der Umstand spricht, daß

in dem Vermerk ausdrücklich von den negativen Folgen für das Marktpreisniveau im Rhein-Ruhr-Gebiet die Rede ist.

Zu dem an zweiter Stelle genannten Dokument hat die Klägerin in ihrer Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten angegeben, in erster Linie sei damit eine Information über Sonderaktionen am Rande des Zulässigen, das heißt einen möglichen Fall unlauteren Wettbewerbs, bezweckt worden. Gegen eine solche Information und eine entsprechende Überwachung der zum Vertriebssystem zugelassenen Händler ist sicher nichts einzuwenden, begründen doch dauernde Billigangebote die Vermutung, daß die kostenintensiven Fachhandelskriterien (Beratung und Kundendienst) nicht mehr vorliegen könnten (vgl. Urteil des Bundesgerichtshofes vom 24. September 1979). Wenn in dem Schreiben daneben von Schritten, die zu unternehmen seien, gesprochen und am Ende die oben zitierte Frage gestellt wird, so reicht dies aber für einen Vorwurf wohl nicht aus. Nachgewiesen wurde nämlich, daß es sich bei dem Zusatz nur um eine Frage an den Leiter der Vertriebsniederlassung Köln handelte, also nicht um eine Anweisung des für den Vertrieb verantwortlichen Herrn. Zu erkennen ist außerdem nicht, daß auf die versteckte Aufforderung hin tatsächlich Schritte unternommen worden sind — was durch eine Befragung von Schlembach leicht hätte geklärt werden können —, so daß letztlich auch offenbleiben kann, ob solche Maßnahmen in Wahrheit wegen eines Tatbestands des unlauteren Wettbewerbs berechtigt gewesen wären.

dd) Schließlich muß noch auf den von der Kommission angeführten, sich auf den Monat Oktober 1978 beziehenden *Situationsbericht des Vertriebsbüros Mannheim* vom 31. Oktober 1978 eingegangen werden (Anlage 5 zur Klagebeantwortung).

Bemerkenswert erscheint der Kommission, daß in ihm gesagt wird, Angebote der Firmen Gruoner und Südschall mit einem bestimmten Imperial-Parallelmodell hätten sich „störend" ausgewirkt; daß als „marktstörend" auch Insertionen und Aktivitäten der Massa-Märkte betreffend „Imperial-Geräte aus dem Haus Telefunken" bezeichnet wurden, daß von weiteren „Marktstörungen" durch Kaufhof (Kassel) und Hertie (Frankfurt) gesprochen wird und abschließend sich die Feststellung findet, „erst nach intensiven Bemühungen konnte hier eine Beruhigung erfolgen". Daraus folgert sie, daß auf die Feststellung störender Preise jedenfalls bei den drei zuletzt genannten Händlern erfolgreiche Bemühungen um eine Korrektur, also ebenfalls eine Preisbeeinflussung im Sinne der Aufrechterhaltung des von der Klägerin gewünschten Preisniveaus, stattgefunden hätten.

Auch in diesem Punkt können wir der Kommission aber nicht folgen.

Geklärt hat sich im Gerichtsverfahren, daß die Fälle Gruoner und Südschall sicher zu Unrecht angeführt worden sind — auch die Kommission sprach insofern in der mündlichen Verhandlung von einem Irrtum —, weil es bei ihnen nicht um vertriebsgebundene Waren ging, so daß die Frage offenbleiben kann, ob diese Fälle nicht schon deswegen unberücksichtigt bleiben müßten, weil sie nicht in den Beschwerdepunkten aufgeführt waren. Meiner Ansicht nach gilt Entsprechendes für den Fall Massa-Märkte, wo übrigens auch in der Werbung für *Imperial*-Geräte unkorrekterweise der Markenname „Telefunken" benutzt wurde und deshalb zu Recht eine Abmahnung erfolgen konnte.

Was aber die „Marktstörungen" durch Kaufhof und Hertie anbelangt, so ist einmal sicher, daß interne Berichte über das Marktverhalten von Kunden schwer-

lich beanstandet werden können, und zwar auch soweit es nicht um die Feststellung geht, ob durch die Preisgestaltung die Fachhandelsqualität in Gefahr gerät. Zum anderen hat die Klägerin dazu erklärt, es sei zu Beschwerden von Einzelhändlern gekommen, weil Kaufhof und Hertie befristet und für spezielle Typen Sonderangebote gemacht hätten, und danach hätten die Einzelhändler überzeugt werden können, daß die Sonderangebote nicht auf besonderen Konditionen von TFR beruhten. Darauf beziehe sich der Ausdruck „Beruhigung", nicht dagegen auf eine erfolgreiche Heraufsetzung der Preise. Für mich klingt das plausibel, und wenn die Kommission insofern irgendwelche Zweifel hatte, hätte sie eine weitere Aufklärung versuchen müssen, ehe sie Schlußfolgerungen aus dem Schriftstück im Sinne ihrer These zog.

V — Zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags auf die unkorrekte Handhabung der Vertriebsbindung

1. Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß die von der Kommission der Klägerin gegenüber erhobenen Vorwürfe sicher *nur zu einem Teil* berechtigt sind.

a) Deshalb ist es zweifellos notwendig, an den sehr weit reichenden Formulierungen der Entscheidung — die außer für die Feststellung der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung auch für die Bemessung der Buße wichtig sind — erhebliche Abstriche zu machen.

Ich denke dabei an die Bemerkung, die Nichtzulassung von Händlern und die Preisbeeinflussung stellten keine isolierten Einzelmaßnahmen dar, sondern man habe es mit einer *Vielzahl* von Fällen zu tun, in denen es zu Wettbewerbsbeschränkungen gekommen sei, was sicher nicht zutrifft, wenn man sich einerseits den Zeitraum, auf den sich die Entscheidung bezieht, und andererseits die enorme Zahl von — unkritisiert gebliebenen — Geschäftsvorgängen mit einem Kreis von rund 12 000 in der Gemeinschaft zugelassenen Fachhändlern vor Augen führt. Ich denke namentlich auch an die sehr schwerwiegende Feststellung, die Diskriminierung von Händlern und die Festsetzung von Verkaufspreisen sei mit System — in der mündlichen Verhandlung hieß es: „planmäßig" — erfolgt, die sicher nicht als richtig anerkannt werden kann.

b) Wenn die Kommission — um darauf näher einzugehen — in bezug auf die *Zulassung von Händlern* zur Vertriebsbindung generell hervorhob, neuen Vertriebsformen und preisaktiven Händlern sei *allgemein* der Zutritt verwehrt worden, wenn sie dazu — an anderer Stelle — feststellte, bestimmten Vertriebsformen und Händlern sei trotz Erfüllung der Fachhandelsvoraussetzungen kein Zugang verschafft oder dieser erschwert worden, und wenn sie in diesem Zusammenhang auch davon sprach, Händlern, die nicht bereit gewesen seien, den von der Klägerin festgesetzten Mindestverkaufspreis zu übernehmen, sei das Vertriebssystem verschlossen geblieben, so hat sich hierzu in Wahrheit lediglich folgendes ergeben:

aa) Erwiesen ist nur, daß *ein* Händler (Diederichs) aus dem zuletzt genannten Grund nicht zugelassen wurde.

bb) In bezug auf Verbrauchermärkte und Discounter hat sich gezeigt, daß von einem Ausschluß oder von zögernder Zulassung nur in Deutschland und Frankreich und nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt gesprochen werden kann. Dabei ist nicht nur — weil die Kommission insofern keine Ermittlungen angestellt

hat — unklar, wie viele Händler davon tatsächlich betroffen waren; die Klägerin konnte auch — unwiderlegt — darauf hinweisen, daß sie eine *Vielzahl von Märkten,* auch in anderen Ländern, *tatsächlich zugelassen* hat.

cc) Was den Gebietsschutz in Frankreich anbelangt, so wurde *kein Fall* eines aus diesem Grund erfolgten Ausschlusses anderer Händler festgestellt; vielmehr kann von einem Gebietsschutz nur insoweit die Rede sein, als bei zwei Großhändlern eine Abgrenzung des Tätigkeitsgebiets erfolgte.

dd) Schließlich haben wir auch gesehen, daß nur *drei Fälle* nachgewiesen werden konnten, in denen die Zulassung an *Zusagen über die Preisgestaltung* gebunden wurde, und dabei ist überdies nichts über die tatsächlichen Auswirkungen bekannt.

c) Wenn die Kommission zum anderen, was das Thema *Preisbeeinflussung* angeht, davon sprach, es sei in erheblichem Umfang Einfluß auf die Festsetzung der Wiederverkaufspreise genommen worden und es seien durch Beeinflussung der Wiederverkaufspreise weitgehend Niedrigpreisangebote verhindert worden, so steht demgegenüber jetzt wohl fest, daß Preisbeeinflussungen in Form von *Absprachen* nur bei einigen französischen Händlern während kurzer Zeiträume sowie im Fall Suma erkennbar sind — wobei übrigens der Geschäftsführer der Firma erklärte, Suma fühlte sich gleichwohl in der Preisgestaltung frei —, und daß darüber hinaus eine *einseitige* Preisbeeinflussung lediglich in einem Einzelfall bei Schlembach festzustellen war. Danach kann — namentlich wenn man sich die eingehenden Darlegungen der Klägerin zur Preissituation in Deutschland vor Augen führt (vgl. Anlagen 30 bis 32 zur Klageschrift) — schwerlich als richtig anerkannt werden, die Klägerin habe mit Hilfe der Vertriebsbindung eine konstante Hochpreispolitik zum Nachteil der Verbraucher betrieben.

2. Wichtig ist sodann, daß die Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht bei der Handhabung der Vertriebsbindung, die als erwiesen gelten können, nach Artikel 85 Absatz 1 — die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung unterstellt — nur relevant sind, wenn davon auszugehen ist, daß sie geeignet waren, den *Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen,* und zwar — wie in der Rechtsprechung wiederholt betont wurde — in einer *spürbaren* Weise (vgl. Urteile der Rechtssache 19/77 [1], 209 bis 215, 218/78 [2] und 126/80 [3].

Die Kommission glaubt dies annehmen zu müssen, weil das Vertriebssystem *den Warenaustausch zwischen den Mitgliedsländern regele* und somit, da es *gemeinschaftsweit angewendet* werde, grundsätzlich von einer Eignung auszugehen sei, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Sie meint, für die Anwendung von Artikel 85 genüge in einem solchen Fall schon eine geringe Anzahl von Verstößen, denn schon damit ändere sich die Natur des Vertriebssystems, das in seiner Gesamtheit aus dem Bereich des Zulässigen herausfalle. Von der Kommission wird ferner darauf hingewiesen, daß ein beträchtlicher Warenaustausch mit Telefunken-Erzeugnissen auf der Groß- und Einzelhandelsstufe stattfinde. Nicht zuletzt betont sie, es könne, weil umsatzstarke, zu Importen fähige Händler nicht

1 — Urteil vom 1. Februar 1978 in der Rechtssache 19/77 — Miller International Schallplatten GmbH/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1978, 131.

2 — Urteil vom 29. Oktober 1980 in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78 — Heintz van Landewyck Sàrl und andere/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1980, 3125.

3 — Urteil vom 16. Juni 1981 in der Rechtssache 126/80 — Maria Salonia/Giorgio Poidomani und Franca Giglio, verwitwete Baglieri —, Slg. 1981, 1563.

oder nur nach Erfüllung zusätzlicher Bedingungen in das Vertriebssystem aufgenommen worden sind, angenommen werden, daß sich der Warenverkehr spürbar anders entwickelt hat, als es ohne diese Diskriminierung der Fall gewesen wäre.

Gegen diese Auffassung habe ich — mit der Klägerin — unter mehreren Gesichtspunkten Bedenken.

a) Es trifft wohl nicht zu, daß das Vertriebssystem der Klägerin *den Warenaustausch* zwischen den Mitgliedstaaten *regelt,* und sicher reicht der Hinweis auf die *gemeinschaftsweite* Geltung des Vertriebssystems nicht aus für die Annahme, dieses sei — bei Vorliegen gewisser Verstöße — grundsätzlich geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Im Prinzip befindet das Vertriebssystem nur darüber, wer — als Großhändler oder als Einzelhändler — mit Telefunken-Waren Handel treiben kann, also Waren absetzen darf, von denen in der Regel angenommen werden kann, daß sie bei *nationalen* Vertriebsgesellschaften oder Großhändlern im eigenen Land bezogen werden. Wenn es nach dem Vertriebssystem ohne weiteres auch möglich ist, Waren bei in anderen Mitgliedsländern zugelassenen Händlern zu kaufen, so wird dies doch lediglich stillschweigend vorausgesetzt, und es kann insofern nicht von einer *Regelung* des zwischenstaatlichen Handels die Rede sein.

Ist zum anderen davon auszugehen, daß ein selektives Vertriebssystem unter den in der Rechtsprechung genannten Voraussetzungen nicht von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt wird, so kann ein solches System nur unter Artikel 85 fallen, *soweit* es *unkorrekt praktiziert* wird. Es ist also sehr wohl im einzelnen zu prüfen, ob gerügte Verstöße, nämlich die von der Norm abweichende Anwendung, schädliche Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben, kann doch die Annahme nicht sinnvoll erscheinen, ein an sich nicht zu beanstandendes System ändere nur wegen der Tatsache, daß irgendein Verstoß festgestellt wird — von dem wegen seines geringen Umfanges sicher ist, daß er lediglich lokale Bedeutung hat — seinen Charakter insgesamt und sei danach in seiner Gänze als für die Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft schädlich anzusehen.

b) Von den vorhin angeführten und behandelten Verstößen stehen für die Kommission — wenn ich die Entscheidung richtig deute — bei der Beurteilung nach Artikel 85 Absatz 1 diejenigen im Vordergrund, bei denen es darum geht, daß größere Händler, die zu einem Außenhandel in der Lage sind, vom Vertrieb ausgeschlossen oder nur mit Verzögerung und unter Erfüllung zusätzlicher Bedingungen in das Vertriebssystem aufgenommen worden sind. Dies ist im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung — Rechtssachen 6 und 7/73 [1] sowie 22/78 [2] — durchaus zu billigen.

Danach kommen im vorliegenden Verfahren nur in Betracht der Fall Diederichs in Belgien, die zeitweise Nichtzulassung von Märkten in Deutschland und Discountern in Frankreich sowie die Fälle Auchan, Mamouth (Toulouse) und Iffly (Metz), in denen die Zulassung zum Vertriebssystem an die Zusage der Einhaltung eines bestimmten Preisniveaus geknüpft wurde. Geht man dazu der Frage nach, ob sie die Annahme einer spürbaren Handelsbeeinträchtigung nahelegen, so ist nach meiner Überzeugung

1 — Urteil vom 6. März 1974 in den verbundenen Rechtssachen 6 und 7/73 — Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. und Commercial Solvents Corporation/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1974, 223.

2 — Urteil vom 31. Mai 1979 in der Rechtssache 22/78 — Hugin Kassaregister AB und Hugin Cash Registers Ltd./Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1979, 1869.

der Kommission ein entsprechender Nachweis nicht gelungen.

aa) In bezug auf den Fall Diederichs ist zwar anzunehmen, daß dieser in der Lage und auch willens gewesen wäre, Telefunken-Erzeugnisse aus Deutschland zu importieren. Auch kann davon ausgegangen werden, daß Importe von Fernsehgeräten nicht durch den Umstand unmöglich gemacht oder erheblich erschwert werden, daß in Belgien solche Geräte für das Kabelfernsehen ausgerüstet sein müssen, dürfte doch eine solche Anpassung nach den überzeugenden Erklärungen der Kommission keine besonderen Probleme mit sich bringen.

Für sich allein reicht dieser Fall aber wohl kaum aus, um von einer spürbaren Handelsbeeinträchtigung zu sprechen. Dafür hat die Kommission zuwenig zu Art und Umfang der geschäftlichen Aktivitäten von Diederichs ermittelt — die genannten Umsatzzahlen sind eher bescheiden —; dafür ist von Bedeutung der geringe Marktanteil auch bei Fernsehgeräten von Telefunken in Belgien (ich erinnere insofern an die Urteile der Rechtssachen 73/74 [1], 19/77 [2] und 209 bis 215 und 218/78 [3]) und dafür ist wohl auch die Tatsache von Interesse, daß Diederichs schon ein Jahr nach den streitigen Verhandlungen seinen Geschäftsbetrieb einstellen mußte.

bb) In bezug auf die zeitweilige Nichtzulassung von Märkten in Frankreich und Deutschland mag wohl davon ausgegangen werden, daß einige von ihnen der Größe nach für einen zwischenstaatlichen Handel in Betracht kamen. Hierzu wissen wir aber — mangels entsprechender Nachforschungen durch die Kommission — so wenig über die tatsächlich in Betracht kommenden Händler und ihre Tätigkeit, daß schon aus diesem Grund nicht davon die Rede sein kann, ihr zeitweiliger Ausschluß aus dem Vertriebssystem habe zu einer spürbaren Handelsbeeinträchtigung geführt oder zu ihr wesentlich beigetragen.

cc) Was schließlich die Fälle Auchan, Mammouth und Iffly angeht, so dürfte in diesem Zusammenhang wohl — weil eingehende Ermittlungen fehlen, ist man auf Mutmaßungen angewiesen — lediglich Auchan und Iffly in Betracht kommen, kann doch kaum angenommen werden, daß die Mammouth-*Filiale* in Toulouse an Parallelimporte denkt.

Zu übersehen ist ferner nicht, daß die genannten Händler nicht vom Vertrieb ausgeschlossen worden sind; zu beanstanden ist vielmehr, daß ihre Zulassung an Preiszusagen geknüpft wurde. Dieser Umstand kann aber — ganz abgesehen davon, daß die Zusagen offenbar nicht eingehalten worden sind — kaum Auswirkungen auf mögliche Importgeschäfte im Sinne der Erschwerung des Absatzes gehabt haben, wurde Auchan doch nur dazu verpflichtet, keine niedrigeren Preise, als in der jeweiligen Stadt praktiziert wurden, zu verlangen, und ging es doch bei Iffly vorrangig um die Verpflichtung „de ne pas casser la marque".

Selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, daß es für Artikel 85 Absatz 1 nicht auf eine tatsächliche Handelsbeeinträchtigung, sondern auf die Eignung zur Handelsbeeinträchtigung ankommt (Rechtssache 19/77 [2]), könnte in bezug auf diese beiden Fälle schwerlich das Vorliegen der Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 anerkannt werden. Zum einen kann wegen des geringen Markt-

1 — Urteil vom 26. November 1975 in der Rechtssache 73/74 — Groupements des fabricants de papiers peints de Belgique und andere/Kommission der Eruopäischen Gemeinschaften —, Slg. 1975, 1491.

2 — Urteil vom 1. Februar 1978 in der Rechtssache 19/77 — Miller International Schallplatten GmbH/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1978, 131.

3 — Urteil vom 29. Oktober 1980 in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78 — Heintz van Landewyck Sàrl und andere/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1980, 3125.

anteils von Telefunken auch bei Fernsehgeräten in Frankreich eine gewisse Beeinträchtigung der Absatztätigkeit von Auchan und Iffly kaum zu einer spürbaren Handelsbeeinträchtigung geführt haben. Zum anderen sind wegen der unterschiedlichen Fernsehsendenormen in Frankreich und Deutschland und wegen der Unmöglichkeit einer Umrüstung bei Schwarzweißgeräten beziehungsweise wegen der mit einer Umrüstung von Farbfernsehgeräten verbundenen hohen Kosten Parallelimporte, von denen die Klägerin ausgeführt hat, es habe sie noch nie gegeben, gar nicht vorstellbar. Was aber ohne weiteres beiderseits der Grenzen verwendbare Multinormengeräte angeht, für die ein Handel im grenznahen Bereich denkbar ist, so läßt sich wohl ohne weiteres ausschließen, daß die Behinderung von deren Absatz durch die von der Kommission festgestellten Wettbewerbsverstöße einen Umfang angenommen haben könnte, der eine spürbare Handelsbeeinträchtigung bedeutet.

c) Sollte es darüber hinaus entgegen dem, was die Entscheidungsbegründung nahelegt, auch auf die übrigen erwiesenen Fälle einer unkorrekten Handhabung der Vertriebsbindung ankommen, so wäre zu ihnen noch folgendes anzumerken:

aa) Eine spürbare Handelsbeeinträchtigung durch den in Frankreich festgestellten *Gebietsschutz* in Form der Abgrenzung der Tätigkeitsgebiete mehrerer Großhändler scheint mir ausgeschlossen. Hier dürfte es sich tatsächlich um eine rein innerstaatliche Angelegenheit handeln, die an das Urteil der Rechtssache 22/78 [1] denken läßt. Selbst wenn aber anzunehmen wäre, daß die Zulassung von Wettbewerb in den betreffenden Gebieten zu einer Vergrößerung des Telefunken-Absatzes und damit zu einer Steigerung der Importe geführt hätte, ist doch — mangels konkreter Nachforschungen zu Art und Umfang der Geschäftstätigkeit der betroffenen Großhändler — nicht zu erkennen, daß hier Größenordnungen im Spiel sind, die an eine spürbare Handelsbeeinträchtigung denken lassen könnten.

bb) In bezug auf die mit *Suma* getroffene Absprache und die Preisbeeinflussung bei *Schlembach* hat man gleichfalls von einer rein nationalen Angelegenheit zu sprechen, weil ja — wie die Kommission selbst annimmt — ein Handelsverkehr mit Telefunken-Geräten aus Frankreich nach Deutschland nicht denkbar ist und weil im übrigen von einem Interesse der beiden genannten Händler an einer Exporttätigkeit nicht die Rede war.

cc) In den wenigen Fällen der Einflußnahme auf die Preisgestaltung französischer Absatzmittler nach ihrer Zulassung zum Vertriebssystem (Randnummern 42, 45, 46 und 47 der angegriffenen Entscheidung) handelte es sich hauptsächlich um örtlich und zeitlich sehr begrenzte Aktionen. Auch insofern ist zu wenig bekannt über Art und Umfang der Geschäftstätigkeit der beteiligten Händler.

3. Festzuhalten ist also nicht nur, daß die Feststellungen der Kommission zum Ausmaß der unzulässigen Handhabung der Vertriebsbindung in einem erheblichen Umfang als nicht stichhaltig bezeichnet werden müssen. Soweit die Praktizierung der Vertriebsbindung zu Recht kritisiert wird, ist nach meiner Überzeugung auch nicht belegt, daß sie geeignet war, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.

Dies bedeutet, daß sich die grundsätzliche Aussage in Artikel 1 der angegriffenen Entscheidung nicht halten läßt, die von AEG-Telefunken eingeführte Ver-

1 — Urteil vom 31. Mai 1979 in der Rechtssache 22/78 — Hugin Kassaregister AB und Hugin Cash Registers Ltd./Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1979, 1869.

triebsbindung für Telefunken-Markenwaren stelle in der praktizierten Form eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags dar. Damit verlieren gleichzeitig die in Artikel 2 enthaltene Aufforderung, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen, und insbesondere die Festsetzung einer Geldbuße in Artikel 3 ihre Grundlage. *Die Klage ist also schon aufgrund der bisher angestellten Überlegungen begründet.*

VI — Zum übrigen Klagevorbringen

Danach braucht auf alle anderen im Verfahren aufgeworfenen Probleme eigentlich nicht mehr eingegangen zu werden. Ich will sie aber doch wenigstens hilfsweise kurz behandeln.

1. Zu Artikel 85 Absatz 3

Dazu wird in der Entscheidung ausgesprochen, die *Handhabung* der Vertriebsbindung, wie sie von der Kommission kritisiert wurde, sei bei ihr *nicht angemeldet* worden, und es komme schon deshalb insofern eine Freistellung nicht in Betracht. Außerdem wurde betont, für ein Vertriebssystem, das eine Diskriminierung bei der Zulassung und eine Preisbeeinflussung enthalte, könne eine Freistellung nicht gegeben werden, weil diese Beschränkungen für einen ordnungsgemäßen Vertrieb nicht unerläßlich und auch keine Vorteile für die Verbraucher ersichtlich seien. Die Klägerin weist demgegenüber darauf hin, sie habe bei der Anmeldung ausdrücklich eine Freistellung beantragt und die Kommission könne daher nicht, ohne darüber zu befinden, eine Buße verhängen. Sie meint auch — unter Bezugnahme auf das Urteil der Rechtssache 26/76 [1] —, das Bestreben, für ein bestimmtes Preisniveau zu sorgen, sei einer selektiven Vertriebsbindung immanent, darauf zielende Handlungen gehörten also zur generellen Handhabung der Vertriebsbindung, und es sei deshalb insofern eine spezielle Anmeldung nicht erforderlich.

In diesem Punkt würde ich — sollte entgegen meiner Auffassung Artikel 85 doch eingreifen — der Kommission folgen.

Eine Freistellung setzt in der Regel eine Anmeldung bei der Kommission voraus. Sicher ist auch, daß bei der Befassung der Kommission erklärt wurde, jeder Händler, der die Fachhandelskriterien erfülle, werde zum Vertriebssystem zugelassen. Dagegen war offenbar nie davon die Rede und somit auch nicht Gegenstand der Anmeldung, daß gewisse Grenzfälle hinhaltend behandelt werden sollten, daß unter Umständen zusätzliche Bedingungen zu erfüllen seien, daß bei der Zulassung Tätigkeitsgebiete abgegrenzt werden könnten, in denen andere Händler nicht aktiv werden sollten, und daß es während des Bestehens der Geschäftsbeziehungen mit zugelassenen Händlern zu Preisabsprachen oder zu einer Einwirkung auf die Preisgestaltung kommen werde, die über eine bloße Orientierung hinausgeht. Danach ist in bezug auf die von der Kommission gerügten Wettbewerbsverstöße, soweit die Kritik als berechtigt anzuerkennen ist, tatsächlich schon aus formalen Gründen an eine Freistellungsentscheidung nicht zu denken.

Eine andere Beurteilung ergibt sich im übrigen auch nicht unter Berufung darauf, daß im Urteil der Rechtssache 26/76 [1] das — grundsätzlich — legitime Bestreben, für den Fachgroß- und -einzelhandel ein gewisses Preisniveau aufrechtzuerhalten, erwähnt wird. Abgesehen davon, daß diese Formulierung natürlich nicht geeignet ist, diskriminierende Maßnahmen bei der *Zulassung*

1 — Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 — Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1977, 1875.

zum Vertriebssystem zu decken, muß ihr Sinn grundsätzlich so verstanden werden, daß die Aufrechterhaltung eines Preisniveaus unbedenklich erscheint, das sich eo ipso aus der Beschränkung des Absatzes auf Händler ergibt, die bestimmte besondere, sich in der Preisgestaltung niederschlagende Aufwendungen zu machen haben. Nichts spricht aber dafür, damit sei auch an spezielle Aktionen auf dem Gebiet der Preise, die über unverbindliche Preisorientierungen hinausgehen und durch regelrechte Eingriffe in die Freiheit der Preisgestaltung den Preiswettbewerb beeinträchtigen, gedacht.

2. Zur Adressierung der Entscheidung an AEG-Telefunken

Dazu hat die Klägerin schon in ihrer Stellungnahme zu den Beschwerdepunkten betont, TFR — dessen Vertrieb allein zur Debatte steht — sei ein rechtlich selbständiger Unternehmensbereich von AEG und sein Vorstand verfüge über weitgehende Entscheidungsfreiheit. Sie hat auch geltend gemacht, die Entscheidung über die Einführung der Vertriebsbindung sei ohne Weisung des Vorstands von AEG-Telefunken getroffen worden und auch die Festlegung der Vertriebspolitik sowie die praktische Durchführung der Vertriebsbindung sei allein Sache von TFR gewesen. Somit könnten gewisse Formen der Handhabung der Vertriebsbindung nicht der Muttergesellschaft AEG zugerechnet werden, und die Entscheidung habe folglich mangels eines eigenen Tatbeitrags von AEG nicht an sie gerichtet werden dürfen.

Für die Kommission dagegen ist entscheidend, daß das Vertriebssystem von AEG angemeldet worden ist, daß AEG auch als Partner der mit den Händlern abgeschlossenen Verträge gilt und daß der Vertrieb über die Vertriebsorganisation von AEG vorgenommen wird. Sie meint außerdem, es sei — auch wenn die Anwendung der Vertriebsbindung Sache von TFR war — doch von Bedeutung, daß TFR unter der Kontrolle von AEG steht und deren Weisungen, zu denen es auch im Einzelfall gekommen sei, zu befolgen habe. Es könne also von einer wirtschaftlichen Einheit gesprochen werden mit der Folge, daß die Muttergesellschaft als verantwortlich für die praktische Anwendung des Vertriebssystems anzusehen sei.

Vergleichbare Probleme haben in der Rechtsprechung schon wiederholt eine Rolle gespielt. So wurde etwa im Urteil der Rechtssache 48/69 [1] eine wirtschaftliche Einheit von Mutter- und — rechtlich selbständiger — Tochtergesellschaft unter der Voraussetzung angenommen, daß die Tochtergesellschaft, deren Kapitalmehrheit bei der Muttergesellschaft lag, ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmte, sondern im wesentlichen die Weisungen der Muttergesellschaft befolgte. In einem solchen Fall, wo die Möglichkeit bestand, die Unternehmenspolitik entscheidend zu beeinflussen, und wo von der Weisungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht wurde, wurde es für angezeigt gehalten, das wettbewerbswidrige Verhalten einer Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zuzurechnen (vgl. auch Urteile der Rechtssachen 6/72 [2] und 6 und 7/73 [3]).

Im vorliegenden Verfahren geht es um die Handhabung einer Vertriebsbindung, die im Hinblick auf den diskriminieren-

1 — Urteil vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 48/69 — Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1972, 619.

2 — Urteil vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72 — Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc./Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1973, 215.

3 — Urteil vom 6. März 1974 in den verbundenen Rechtssachen 6 und 7/73 — Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. und Commercial Solvents Corporation/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1974, 223.

den Ausschluß eines Absatzmittlers, auf die Festlegung zusätzlicher Zulassungskriterien und die Bestimmung der Tätigkeitsbereiche zugelassener Händler sowie im Hinblick auf Maßnahmen zur Beeinflussung der Preisgestaltung zugelassener Händler während des Bestehens der Geschäftsbeziehungen zu kritisieren ist. Dies alles ohne weiteres der Muttergesellschaft anzulasten, weil sie die Vertriebsbindungsverträge unterzeichnet und ihre Vertriebsorganisation zur Verfügung gestellt hat, erscheint nach der erwähnten Rechtsprechung tatsächlich bedenklich. Mag man auch für vertretbar halten, das, was sich *beim Abschluß* der Verträge zugetragen hat, der — unterzeichnenden — Muttergesellschaft zuzurechnen, so dürfte dies doch schwer möglich sein ohne konkrete Nachweise von Einflußnahme, die die Kommission nicht geliefert hat, soweit es um die Ablehnung von Händlern oder die Einwirkung auf die Preisgestaltung nach der Zulassung zum Vertriebssystem geht.

Die Entscheidung wird also von der Klägerin sicher insofern zu Recht kritisiert, als sie *alle Vorwürfe* zur unkorrekten Handhabung des Vertriebsbindungssystems an die Muttergesellschaft richtet.

3. Zur Verhängung und zur Bemessung der Buße

Sollte der Gerichtshof davon ausgehen, daß in der unkorrekten Handhabung der Vertriebsbindung, soweit sie als erwiesen gelten kann, ein Verstoß gegen Artikel 85 zu erblicken ist, kann grundsätzlich gegen die Festlegung einer Buße nichts eingewendet werden. Ich sage das, weil jedenfalls nach Erlaß des Urteils der Rechtssache 26/76 [1] (im Oktober 1977) — und in diese Zeit fallen die allermeisten Verstöße, deren Nachweis ich als erbracht angesehen habe — ein Schuldvorwurf berechtigt erscheint und entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht von „unvermeidbaren Fehlentscheidungen" im Rahmen einer grundsätzlich zentral gesteuerten Vertriebsbindung gesprochen werden kann.

Angebracht wäre aber sicher eine *beträchtliche Herabsetzung der Buße.* Maßgebend ist hierfür, daß sich ein beträchtlicher Teil der Vorwürfe der Kommission nicht halten läßt und daß sich die Kommission zu den tatsächlichen Auswirkungen bestimmter Verstöße auf Markt und Verbraucher kein zuverlässiges Bild verschafft hat. Die genaue Fixierung der Buße überlasse ich dem Ermessen des Gerichtshofes.

4. Schließlich ist noch ein Wort zu der Frage zu sagen, ob die Klägerin, wenn es bei einer Buße bleibt, diesen Betrag bis zur effektiven Zahlung zu *verzinsen* hat.

Hierzu muß in Erinnerung gebracht werden, daß die Kommission bei der Zustellung der angegriffenen Entscheidung erklärt hat, sie werde bei Ablauf der Zahlungsfrist (21. April 1982) die Forderung trotz Klageerhebung einziehen; sie würde aber, solange die Sache beim Gerichtshof anhängig ist, keine Maßnahmen zur Einziehung treffen, wenn sich die Klägerin damit einverstanden erkläre, daß die Forderung ab Ablauf der Zahlungsfrist Zinsen in Höhe des um 1 % erhöhten Diskontsatzes der Bundesbank tragen solle und der Kommission eine Bankbürgschaft gestellt werde, die die Schuld einschließlich Zinsen abdeckt. Dem ist die Klägerin in der Weise nachgekommen, daß ihre Bank am 17. März 1982 die von der Kommission verlangte Garantieerklärung abgegeben hat. Die Klägerin hat außerdem in einem Schreiben vom 28. April 1982 ihr Einverständnis damit erklärt, daß die Bußgeldforderung mit Ablauf der Zahlungsfrist ver-

1 — Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 — Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Kommission der Europäischen Gemeinschaften —, Slg. 1977, 1875.

zinst werde, und sie hat dies bei der Anhörung über ihren Aussetzungsantrag bestätigt.

Daraufhin kam es am 6. Mai 1982 zu dem eingangs schon erwähnten Beschluß des Präsidenten über die Aussetzung des Vollzugs von Artikel 3 der Entscheidung gegen Aufrechterhaltung der der Kommission gestellten Bürgschaft. Er war allerdings, da die Bereitschaftserklärung der Klägerin den Vorbehalt enthielt, der Gerichtshof habe die Frage zu beurteilen, ob Zinsen gefordert werden können, mit einem entsprechenden Vorbehalt versehen. Demnach ist jetzt bei der Behandlung der Hauptsache noch etwas zu der Zinszahlungspflicht zu sagen, obwohl die angegriffene Entscheidung selbst dazu nichts enthält.

Die Klägerin macht dazu geltend, es fehle für eine solche Verpflichtung eine Rechtsgrundlage im Gemeinschaftsrecht. Die Kommission verweist auf Artikel 185 des EWG-Vertrags und beruft sich darauf, die Verpflichtungserklärung der Klägerin sei Voraussetzung gewesen für die Zustimmung der Kommission zur Aussetzung, sie bilde also die Rechtsgrundlage für den Zinsanspruch. Sie meint außerdem, nur so werde der Zweck der Bußgeldentscheidung erreicht und werde verhindert, daß es zu unnötigen Gerichtsverfahren mit dem Ziel, einen Zinsgewinn zu erreichen, komme. Sollte der Gerichtshof eine Verzinsungspflicht verneinen, schlägt sie hilfsweise vor, die Buße entsprechend zu erhöhen, um einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Aussetzung des Vollzugs auszuschließen.

In diesem Punkt würde ich wiederum der Kommission zustimmen. Wenn sie eine Verletzung von Artikel 85 Absatz 1 feststellt und eine Geldbuße für angebracht hält, so ist diese ohne weiteres in der vorgesehenen Frist vollstreckbar; finanzielle Sanktionen nach dem Vertragssystem müssen sich, weil Klagen keine aufschiebende Wirkung haben, grundsätzlich unmittelbar auswirken. Davon kann beim Vorliegen besonderer Voraussetzungen mit Hilfe einer Anordnung gemäß Artikel 85 der Verfahrensordnung abgegangen werden. Wenn vor einiger Zeit eine Zwischenlösung gefunden worden ist, die auch im vorliegenden Fall zur Anwendung kam, so erscheint sie nicht nur durchaus vernünftig, weil sie die Härte des unmittelbaren Vollzugs vermeidet, der Kommission eine Sicherheit gibt und den Anreiz ausschließt, die Erfüllung einer Zahlungsverpflichtung durch Klageerhebung hinauszuschieben. Dafür fehlt es auch keineswegs an jeglicher Rechtsgrundlage, findet sich doch der Grundgedanke für ein solches Vorgehen in Artikel 86 § 2 der Verfahrensordnung ausgedrückt.

Sollte der Gerichtshof also — entgegen meiner Meinung — der Ansicht sein, das Verhalten der Klägerin rechtfertige eine Bußgeldentscheidung, so wäre die vom Präsidenten getroffene Anordnung dahin gehend zu bestätigen, daß die entsprechende Summe von dem in der Entscheidung festgelegten Fälligkeitstag an in der genannten Weise zu verzinsen ist, wenn es nicht vorgezogen wird — was sich bei einer Herabsetzung der Buße anbieten würde —, ihren Umfang so festzulegen, daß dabei der Verzinsungspflicht Rechnung getragen wird.

VII. Ich fasse zusammen:

Nach meiner Auffassung hat das Verfahren ergeben, daß die Feststellung der Kommission, die von AEG-Telefunken mit Wirkung vom 1. November 1973 eingeführte Vertriebsbindung stelle in der tatsächlich praktizierten Form eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 dar, nicht ausreichend belegt ist. Die Entscheidung der Kommission ist deshalb in vollem Umfang aufzuheben, und es sind ihr demgemäß auch die Kosten des Verfahrens, unter Einschluß des Verfahrens auf einstweilige Anordnung, aufzuerlegen.