SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PIETER VERLOREN VAN THEMAAT VOM 18. OKTOBER 1983 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

I — Einleitung

1. In den verbundenen Rechtssachen 43 und 63/82 wird der Gerichtshof zum erstenmal mit nahezu allen Problemen konfrontiert, die sich ergeben, wenn man die Wettbewerbsregeln im allgemeinen und Artikel 85 EWG-Vertrag im besonderen auf das Phänomen der vertikalen Preisbindung anwendet. Im zweiten Teil meiner Schlußanträge werde ich deshalb einige Bemerkungen über die besonderen wettbewerbsrechtlichen Aspekte der vertikalen Preisbindung im allgemeinen machen, soweit diese für das betreffende Verfahren von Bedeutung sind.

2. Wegen der Zusammenfassung des Sachverhalts und des Prozeßverlaufs in der vorliegenden Rechtssache, einschließlich der Ausführungen der Parteien, verweise ich in erster Linie auf den Sitzungsbericht. Um den Klägerinnen in dieser Hinsicht voll gerecht zu werden, habe ich jedoch bei der Behandlung ihrer Argumente neben diesem Bericht und ihren Schriftsätzen auch die zahlreichen Änderungen berücksichtigt, die die Klägerinnen hinsichtlich des Sitzungsberichts vorgeschlagen haben.

Der wichtigste Umstand, den ich bereits an dieser Stelle in Erinnerung rufen will, ist, daß die angefochtene Kommissionsentscheidung keine verbindlichen Bestimmungen in bezug auf das niederländische und das flämische System der kollektiven vertikalen Preisbindung enthält. Sie betrifft ausschließlich die zwischen den beiden nationalen Vereinigungen geschlossene „grenzüberschreitende" Vereinbarung über ein kollektives Alleinvertriebssystem und eine kollektive vertikale Preisbindung im Handel mit niederländischsprachigen Büchern zwischen Belgien und den Niederlanden (Entscheidung vom 25. 11. 1981, ABl. L 54, 1982, S. 36, Randnummer 1 und Artikel 1). Dazu muß jedoch sogleich gesagt werden, daß die nationalen Systeme eine erhebliche Rolle bei der Begründung der Entscheidung gespielt haben und daß sich im weiteren Verlauf des Verfahrens die Aufmerksamkeit — auch die der Streithelfer der Klägerinnen — besonders auf die Folgen richtete, die die Entscheidung für die nationalen Systeme der vertikalen Preisbindung bei Büchern haben könnte. Auf dieses Verhältnis zwischen dem belgischen und niederländischen nationalen System und der grenzüberschreitenden Vereinbarung sowie auf die rechtliche Bedeutung dieses Verhältnisses werde ich in meinen Schlußanträgen noch an verschiedenen Stellen ausführlich zurückkommen. Bereits an dieser Stelle will ich jedoch anmerken, daß die von den Klägerinnen in diesem Zusammenhang mit Vorliebe gebrauchten Bilder von nationalen Mauern und Pfeilern, die durch ein gemeinschaftliches Dach vor dem Einsturz bewahrt würden, mir nicht sehr treffend vorkommen. Die beiden nationalen Systeme haben nach den in der Sitzung gegebenen Informationen im Gegenteil viele Jahrzehnte als immer stärker befestigte nationale „Häuser" mit einem gediegenen

1 — Aus dem Niederländischen übersetzt.

nationalen Dach von Pflichten und Sanktionen gedient. Wenn man jedoch ein Bild gebrauchen will, wirkt die grenzüberschreitende Vereinbarung eher als ein Verbindungsgang zwischen den beiden nationalen Häusern. Außerhalb des Gangs werden keine Eindringlinge aus dem anderen Land in das eigene Haus hineingelassen, und innen drin wird der zwischenstaatliche Handel einer wirksamen Kontrolle darüber unterworfen, ob die Regeln für die Benutzung des Gangs eingehalten werden.

Wie sich aus Ihrer Rechtsprechung zu den Artikeln 30 bis 36 EWG-Vertrag ergibt, müssen jedoch nicht alle Kontrollen oder Verpflichtungen hinsichtlich eingeführer Waren unzulässig sein. Im Rahmen der Artikel 30 bis 36 können namentlich zwingende allgemeine Interessen nichtwirtschaftlicher Art Ausnahmen vom Verbot der Einfuhrbeschränkungen rechtfertigen und im Rahmen von Artikel 85 Absatz 3 können — anders als bei hoheitlichen Maßnahmen — namentlich wirtschaftliche Erwägungen von allgemeiner Bedeutung einen Grund für die Freistellung bilden. Ein wesentlicher Streitpunkt in diesem Verfahren ist, inwieweit auch kulturelle Erwägungen eine Feststellung nach Artikel 85 Absatz 3 rechtfertigen können. Wie ich noch näher zeigen werde, hängt jedoch auch allgemeiner gesehen die materiellrechtliche Beurteilung der streitigen Entscheidung hauptsächlich von der in ihr enthaltenen Prüfung der vier Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 ab.

Neben den im Sitzungsbericht zusammengefaßten Schriftsätzen der Beteiligten haben ihre schriftlichen Antworten auf die in diesem Bericht wiedergegebenen Fragen des Gerichtshofes sowie die mündliche Verhandlung ihren Standpunkt wesentlich verdeutlicht. Da diese Klarstellungen natürlich noch nicht in den Sitzungsbericht aufgenommen werden konnten, werde ich ihnen im Laufe meiner Schlußanträge verhältnismäßig viel Aufmerksamkeit widmen.

3. Im weitern sind meine Schlußanträge wie folgt gegliedert. Nach dem zweiten Teil über die wesentlichen Aspekte des Phänomens der vertikalen Preisbindung im allgemeinen werde ich in Teil III die materiellrechtlichen Rügen der Klägerinnen untersuchen. Danach werde ich in Teil IV ihre Formrügen auf ihre Stichhaltigkeit hin prüfen, um schließlich in Teil V soweit notwendig nochmals zusammen auf die inhaltlichen und verfahrensmäßigen Gesichtspunkte bei der Frage nach Alternativlösungen einzugehen und eine zusammenfassende Schlußfolgerung aus meinen Untersuchungen zu ziehen.

II — Die Probleme bei der Anwendung des Artikel 85 auf vertikale Preisbindungen im allgemeinen

1. In diesem zweiten Teil meiner Schlußanträge werde ich wie angekündigt einige allgemeine Bemerkungen zu den Problemen machen, die bei der Anwendung des Artikels 85 auf Systeme der vertikalen Preisbindung auftauchen. Dabei möchte ich zunächst erwähnen, daß vor allem in den fünfziger und sechziger Jahren in vielen Ländern lebhafte Diskussionen über die Vor- und Nachteile der vertikalen Preisbindung zwischen ihren Verfechtern und ihren Gegnern stattgefunden haben. Zumindest auf staatlicher Seite haben diese Diskussionen damals zu einer weitgehenden Übereinstimmung in den westlichen Ländern geführt, wobei die Entscheidung zum Nachteil der vertikalen Preisbindung — wenigstens in ihren ausgeprägtesten Formen — ausfiel. Für eine sehr repräsentative Arbeit über die Vor- und Nachteile halte

ich immer noch die Studie, die der dänische Wirtschaftswissenschaftler Søren Gammelgaard in enger Zusammenarbeit mit Sachverständigen aus anderen Mitgliedstaaten im Jahr 1958 für die European Productivity Agency of the Organization for European Economic Cooperation erstellt hat [1].

Ich werde hier vor allem folgende Probleme behandeln: die Begriffe der individuellen und der kollektiven vertikalen Preisbindung (erste Frage des Gerichtshofes), die Bedeutung der Unterscheidung zwischen nationalen und grenzüberschreitenden Systemen der vertikalen Preisbindung (zweite Frage des Gerichtshofes) sowie die Praxis und die Probleme der Kommission bei der Anwendung des Artikels 85 auf Systeme der vertikalen Preisbindung (dritte Frage des Gerichtshofes). Obwohl ich bei meinen Ausführungen natürlich die Antworten der Kommission auf Ihre Fragen berücksichtigen werde, werde ich diesen einige eigene Feststellungen hinzufügen. Auf die Antworten der Kommission und der Klägerinnen auf Ihre weiteren schriftlichen Fragen werde ich erst im dritten Teil meiner Schlußanträge eingehen, da diese Fragen vor allem für die in diesem Verfahren vorgebrachten materiellrechtlichen Gesichtspunkte von Bedeutung sind.

1 — Resale price maintenance, herausgegeben von der European Productivity Agency of the Organization for European Economic Cooperation, Paris 1958, u. a. mit einem Überblick über die diesbezügliche Gesetzgebung der westlichen Länder zum Zeitpunkt des Erscheinens. Die wichtigsten amerikanischen Arbeiten über diese Vor- und Nachteile (zum größten Teil aus der genannten Zeit) finden sich in Teil XII, Nummer 2 von „The Journal of Reprints for Antitrust-Law and Economics" (Federal Legal Publications, 1981). Von der britischen Literatur aus den genannten Jahren seien besonders erwähnt: E. B. Stevens und B. S. Yamey, The restrictive practices Court (London 1965), und A. Turner, Competition and the Law (London 1966); beide Werke setzen sich sehr kritisch mit dem Urteil des Restrictive practices Court über das „Net Book Agreement" auseinander, auf das die Klägerinnen und ihre Streithelfer sich berufen haben. Eine kurze Zusammenfassung der seinerzeitigen Diskussionen in Deutschland findet sich in Immenga/Mestmaecker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz (1981), S. 462 ff.

2. Was den Unterschied zwischen *individueller* und *kollektiver vertikaler* Preisbindung betrifft, kann ich die Antwort der Kommission auf Ihre erste Frage im wesentlichen übernehmen. Bei der *individuellen vertikalen Preisbindung* trifft der einzelne Erzeuger (oder eine Anzahl individueller Erzeuger) mit jedem Händler (und den unter Umständen dazwischengeschalteten Gliedern der Handelskette) eine Absprache über den Handelspreis einer Ware. Bei der *kollektiven vertikalen Preisbindung* kann man zwei Formen unterscheiden: eine kollektive Verpflichtung für alle Erzeuger eines bestimmten Sektors, ihren Händlern eine vertikale Preisbindung aufzuerlegen (die individuell durchzuführen ist), und eine Form, bei der (entweder zusammen mit einer solchen kollektiven Verpflichtung oder ohne sie) die Durchführung gemeinschaftlich erfolgt, z. B. dadurch, daß alle betroffenen Erzeuger und Händler sich auch untereinander verpflichtet haben, die vertikale Preisbindung durchzuführen und/oder zu diesem Zweck eine gemeinschaftliche Durchführungsstelle eingesetzt haben (z. B. das Sekretariat zur Durchführung ihrer gemeinsamen Regelung oder ein anderes Kartellorgan oder einen gemeinsamen Vertrauensmann). Wie Sie bemerkt haben, weicht meine Beschreibung der kollektiven *Durchführung* einigermaßen von derjenigen der Kommission ab, um der vielfältigen Wirklichkeit besser gerecht zu werden. Namentlich die Form der kollektiven Durchführung der vertikalen Preisbindung weist in der Praxis eine vielzahl Varianten auf, deren tatsächliche Wirkung auf die Preisdisziplin größer oder kleiner sein kann. Darüber hinaus ist auch bei der individuellen vertikalen Preisbindung ein System der kollektiven Durchsetzung der in diesem Fall freiwillig akzeptieren Verbraucherfestpreise sehr wohl denkbar. Wenn außerdem alle oder fast alle Erzeuger von sich aus ihren

Händlern eine vertikale Preisbindung auferlegen, so ist die wirtschaftliche Wirkung solch einer Regelung nahezu dieselbe wie die eines vollständigen kollektiven Systems. Der Vertreter der Kommission hat in diesem Verfahren am Schluß der mündlichen Verhandlung zu Recht darauf hingewiesen, daß die Grenzen zwischen individuellen und kollektiven Systemen fließend sind.

Was die streitige Vereinbarung angeht, hat die Kommission in ihrer Antwort auf Ihre erste Frage mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß die Artikel 3 und 4 der Vereinbarung die kollektive Verpflichtung enthalten, die vertikale Preisbindung aufzuerlegen, während Artikel 5 die kollektive Durchführung regelt. Die beiden Vereinigungen haben sich dabei für die Variante einer gemeinsamen Kommission entschieden, die auf die genaue Einhaltung der Vereinbarung achten soll und bei Zuwiderhandlungen befugt ist, die Betroffenen durch eine mit Gründen versehene Stellungnahme zur Verhandlung vor der zuständigen nationalen Verkeerscommissie (Handelsausschuß) zu laden. Die Befugnis der nationalen Verkeerscommissies, Maßnahmen zum Ausschluß der Betroffenen vom Handelsverkehr zu treffen, bleibt durch diese Regelung unberührt (Artikel 5 Ziffer 4). Die Durchführung der Regelung ist in diesem Fall also sehr stark zentralisiert, und als Sanktion wird nur die „wirtschaftliche Todesstrafe" des „Ausschlusses vom Handelsverkehr" angeführt.

Diesen Bemerkungen über die Unterschiede zwischen individuellen und kollektiven Formen der vertikalen Preisbindung möchte ich noch hinzufügen, daß in all den genannten Fällen die daraus folgende Beseitigung oder Beschränkung des Preiswettbewerbs auf der Einzelhandelsstufe sich in erster Linie aus dem rein tatsächlichen Zusammentreffen oder (bei einer kollektiven Verpflichtung) der rechtlichen Verknüpfung einer Vielzahl einzelner Vereinbarungen zwischen den betreffenden Produzenten und den meist zahlreichen Händlern ergibt, wie Sie in Ihrem Urteil in der Rechtssache 23/67 (de Haecht, Slg. 1967, 543) festgestellt haben.

Die wirtschaftlich nachteiligen Folgen der Systeme der individuellen und der kollektiven vertikalen Preisbindung, die die Kommission auf Seite 2 ihrer Antwort auf die erste Frage anführt und die sie laut einer Verweisung hauptsächlich aus demselben Nederlandse Staatsblad übernommen hat, dem sie auch die begriffliche Umschreibung der Systeme entlehnt hat (erläuternde Anmerkungen zu den diesbezüglichen niederländischen Verbotsvorschriften in Staatsblad 1964, 110), sehe ich größtenteils an und für sich ebenso. Sie stimmen auch mit den Einwänden überein, die man in der oben angeführten Literatur findet. Sie sind u. a. sicher auch für die Beurteilung der betreffenden Regelung von Belang, aber doch nicht ohne weiteres entscheidend, da im vorliegenden Verfahren auch die kulturelle Bedeutung eines quantitativ und qualitativ guten Vertriebsapparats geltend gemacht worden ist. Anders als in den niederländischen (und in den belgischen) Rechtsvorschriften kommt es bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 auch nicht in erster Linie auf den Nachweis der nachteiligen Folgen einer Regelung an, sondern auf die Prüfung ihrer angeblichen Vorteile in bezug auf die zwei positiven und die negativen Voraussetzungen der genannten Vorschrift. Auf den Einfluß dieses Systemunterschieds auf die zu verfolgende Argumentation komme ich in meinen Ausführungen später noch zurück.

3. Von großer Bedeutung für das vorliegende Verfahren ist sicher auch die Antwort der Kommission auf Ihre *zweite Frage*, die die Erheblichkeit des Zusammenhangs zwischen der streitigen grenzüberschreitenden Vereinbarung und den ihr zugrundeliegenden nationalen Vereinbarungen betrifft. Die Entscheidung gilt zwar ausdrücklich nicht für diese letztgenannten Vereinbarungen, aber sie verweist doch regelmäßig auf sie.

Da eine Formrüge der Klägerinnen diesen Punkt betrifft, werde ich im vierten Teil meiner Schlußanträge auf diese Antwort für den konkreten Fall zurückkommen. An dieser Stelle begnüge ich mich mit einigen Randbemerkungen zu den Informationen der Kommission in ihren Antworten auf die zweite und dritte Frage des Gerichtshofes hinsichtlich der Politik, die sie im allgemeinen gegenüber nationalen Systemen der kollektiven vertikalen Preisbindung verfolgt.

In ihrer Antwort auf Ihre zweite Frage teilt die Kommission mit, ihre einigermaßen abwartende Haltung gegenüber den nationalen Systemen der kollektiven vertikalen Preisbindung sei bereits dadurch gerechtfertigt, daß sie die Wirkungen der Beseitigung des (grenzüberschreitenden) Schutzes der nationalen Systeme abwarten wolle. Sie erklärt außerdem unter Hinweis auf die Beantwortung Ihrer dritten Frage, daß die Folgen ihres Einschreitens gegenüber dem grenzüberschreitenden Schutz nationaler Systeme der kollektiven vertikalen Preisbindung für sie auch in der Vergangenheit kein Grund gewesen sei, gegen einen derartigen grenzüberschreitenden Schutz nicht einzuschreiten, und daß dies niemals einen der Mitgliedstaaten zu der Behauptung veranlaßt habe, die Kommission überschreite dadurch ihre Befugnisse nach Artikel 85. Aus der Antwort der Kommission auf Ihre dritte Frage ergibt sich schließlich, daß die Kommission bereits im Jahr 1971 Zweifel hatte, ob sie befugt ist, gegen rein nationale Systeme der vertikalen Preisbindung ohne Bezug auf eingeführte oder ausgeführte Waren vorzugehen.

Zu diesen Antworten möchte ich folgende Randbemerkungen machen:

Zunächst scheinen mir die Zweifel der Kommission hinsichtlich ihrer Befugnis, gegen rein nationale Systeme der vertikalen Preisbindung vorzugehen, nach wie vor gerechtfertigt zu sein. Zwar haben Sie in der Rechtssache 8/72 (Vereniging van Cementhandelaren, Slg. 1972, 977) festgestellt, daß auch „ein sich auf das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats erstreckendes Kartell ... schon seinem Wesen nach die Wirkung [hat], die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen", und daß es „somit die vom Vertrag gewollte gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung [verhindert] und ... die inländische Produktion [schützt]". Als die Kommission damals jedoch im Vertrauen auf diese rechtliche Erwägung gegen das nationale belgische System kollektiv festgesetzter Kaufs- und Wiederverkaufspreise für Tapeten einschritt, hielten Sie die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in diesem Fall für nicht hinreichend nachgewiesen. Namentlich was ein nationales System der kollektiven vertikalen Preisbindung ohne jeden Bezug zu eingeführten oder ausgeführten Waren angeht, ist in der Tat nicht ohne weiteres einsichtig, daß dieses „schon seinem Wesen nach die Wirkung [hat], die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen", und somit „die vom Vertrag gewollte gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung [verhindert] und ... die inländische Produktion" schützt. Zunächst einmal schützt ein derartiges System, wie bereits festgestellt, in erster Linie den Einzel-

handel und nicht die Produktion. Es läßt den Produzenten nämlich weiterhin die Freiheit, ihre eigenen Verkaufspreise, Verbraucherpreise und Gewinnspannen festzusetzen. Nur in einem konkreten Fall wird es möglich sein, daß auch sie durch das System geschützt werden. Zweitens — und dieser Punkt ist wichtiger — ist keineswegs ohne näheren Nachweis einsichtig, daß ein nationales System der kollektiven vertikalen Preisbindung ohne jeden Bezug zu eingeführten oder ausgeführten Waren die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene verfestigt. Fehlen flankierende Wettbewerbsbeschränkungen wie z. B. kollektive Alleinvertriebsregelungen, so steht es Erzeugern aus anderen Ländern ja weiterhin vollkommen frei, ihre Waren mit oder ohne vertikale Preisbindung in das betreffende Land auszuführen, und der Handel einschließlich des Einzelhandels des betreffenden Landes behält in vollem Umfang die Freiheit, diese mit oder ohne vertikale Preisbindung eingeführten Produkte zu verkaufen. Auch in diesem Punkt werden nur im Einzelfall nachweisbare besondere Begleitumstände wie z. B. ein die Preisbindung unterstützendes kollektives Alleinvertriebssystem oder durch die vertikale Preisbindung garantierte höhere Gewinnspannen im Einfuhrland (durch die es möglich ist, den ausländischen Herstellern namentlich dann eine wichtige Waffe im Wettbewerb zu nehmen, wenn im Ausfuhrland jede Form von vertikaler Preisbindung verboten ist) zu einer Abschottung gegenüber Einfuhren führen können. Hohe Gewinnmargen als Folge eines Wettbewerbs hinsichtlich der Gewinnspannen bei vertikaler Preisbindung kommen nach der oben zitierten Literatur jedoch vor allem bei einem starken Markenwettbewerb vor. Bei Büchern kann davon auch nach Auffassung der Klägerinnen keine Rede sein. Durch ihre sehr starke inhaltliche Unterschiedlichkeit sind die meisten Bücher — anders als viele Markenartikel — in den Augen der Käufer nicht untereinander austauschbar.

Meine zweite Randbemerkung geht dahin, daß die Unantastbarkeit nationaler Regelungen der vertikalen Preisbindung ohne im Einzelfall nachgewiesene grenzüberschreitende Wirkungen nach dem System des Vertrages auch nach meiner Meinung keineswegs die Möglichkeit ausschließt, gegen die ein- oder ausfuhrbeschränkenden Wirkungen von grenzüberschreitenden Regelungen oder von Bestimmungen in nationalen Regelungen der vertikalen Preisbindung, die Ein- oder Ausfuhrerzeugnisse betreffen, vorzugehen. Diese Möglichkeit kann namentlich auch dann nicht als ausgeschlossen gelten, wenn als Folge dieses Einschreitens die Durchführung der nationalen Systeme erschwert oder sogar unter Umständen (vor allem bei einer strengen nationalen Forderung der „Lükkenlosigkeit" des Systems) unmöglich gemacht wird. In dieser Hinsicht kann, was das System des Artikels 85 angeht, durchaus eine Parallele zu den Artikeln 30 bis 36 des Vertrages gezogen werden. Das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen und von Maßnahmen gleicher Wirkung gilt auch trotz der einschneidenden rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen, die das Verbot für die Möglichkeit hat, bestimmte rein nationale wirtschaftliche Maßnahmen einzuführen oder beizubehalten. So gibt dieses Verbot nicht mehr die Möglichkeit, entsprechend der niederländischen Krisenpolitik vor dem Kriege die — seinerzeit meistens geförderten — nationalen Krisenkartelle durch Kontigentierung gegen ausländiche Konkurrenz zu schützen. Ebenso macht das Verbot die noch immer in Belgien und in den Niederlanden zulässige Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Kartellabsprachen in allen Fäl-

len, in denen bedeutende Einfuhren erfolgen, praktisch sinnlos. Auch macht das Verbot nationale öffentlich- oder privatrechtliche Regelungen zum Abbau von Überkapazitäten (obwohl rechtlich zulässig) wirkungslos, wenn die Überkapazität eine internationale Erscheinung ist. Diese Beispiele könnten um zahlreiche weitere vermehrt werden, und nichts im Text oder bei der praktischen Anwendung des Artikels 85 weist darauf hin, daß die Anwendung dieser Vorschrift nicht die gleichen tatsächlichen Wirkungen auf an sich zulässige nationale Kartellabsprachen haben könnte. Nach den Jahresberichten über das niederländische Kartellregister scheinen diese tatsächlichen Wirkungen des Artikels 85 auf die in den Niederlanden zugelassenen nationalen Preisabsprachen die Erwartungen in der Praxis übrigens einigermaßen zu übertreffen.

Zum Schluß möchte ich anmerken, daß die vorstehenden Ausführungen in gar keiner Weise ausschließen, bei der Beurteilung der negativen und positiven Wirkungen einer grenzüberschreitenden Regelung in bezug auf die vertikale Preisbindung auch den rechtlichen oder tatsächlichen Zusammenhang dieser grenzüberschreitenden Regelung mit einer rein nationalen Regelung zu berücksichtigen. Der Inhalt und die Wirkungen einer grenzüberschreitenden Regelung können in der Tat durch eine derartige nationale Regelung mitbestimmt werden. Dieses Ergebnis liegt im Hinblick auf die Möglichkeiten für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 übrigens auch im Interesse der betroffenen Unternehmen. Die Rechtfertigung einer Kartellabsprache mit grenzüberschreitenden Wirkungen kann daher — ebenso wie das bei hoheitlichen Maßnahmen aufgrund von Artikel 36 möglich ist — auch oder sogar in erster Linie in ihren im allgemeinen Interesse liegenden Zielsetzungen innerhalb der betreffenden nationalen Märkte gesehen werden.

4. In ihrer Antwort auf die *dritte Frage* des Gerichtshofes weist die Kommission zunächst darauf hin, daß von einer *Entwicklung* ihrer Politik gegenüber den nationalen und grenzüberschreitenden Aspekten kollektiver und individueller Preisbindungssysteme „kaum die Rede sein kann, da die Kommission sich von Anfang an als ein erklärter Gegner jeder Preisabsprache hinsichtlich des Endverbraucherpreises — sei es nun in Form einer unmittelbaren Absprache zwischen Erzeugern oder in Form eines den Händlern vertikal auferlegten Preises — zu erkennen gegeben hat".

Anschließend gibt die Kommission eine aufschlußreiche Übersicht über ihre diesbezügliche umfangreiche Entscheidungspraxis, auf die ich verweisen möchte. An der Bedeutung dieser — nur in einem Fall vor dem Gerichtshof bestrittenen — Kommissionsentscheidungen für ein Verständnis ihrer Politik auf diesem Gebiet ändert meiner Meinung nach auch nichts die an sich richtige Randbemerkung der Klägerin in der Rechtssache 63/82 in der mündlichen Verhandlung, daß die betreffenden vertikalen Preisregelungen meistens Teil von Absprachen gewesen seien, die auch andere Wettbewerbsbeschränkungen enthielten.

Die Übersicht bestätigt im übrigen, daß die Kommission sich bisher in ihren Entscheidungen — mit Ausnahme der durch Sie aufgehobenen Entscheidung bezüglich belgischer Tapeten — sorgfältig jedes unmittelbaren Eingriffs in nationale Systeme der vertikalen Preisbindung enthalten hat, wenn ihre Wirkung auf die Ein- oder Ausfuhr nicht im Einzelfall bewiesen war. Die Kommission scheint sich aber stets auf den Standpunkt gestellt zu haben, daß dem allgemeinen Interesse an

einem freien Warenverkehr der Vorzug gegenüber Forderungen eines Wirtschaftszweigs nach bestimmten — durch eine lückenlose vertikale Preisbindung abzusichernde — Gewinnspannen gebührt. In Einzelfällen — u. a. in den Entscheidungen Deutsche Philips und Gero — scheint die Kommission schließlich auch eine grenzüberschreitende individuelle vertikale Preisbindung verboten zu haben. Dies mag ihr Zögern erklären, beim Handel mit Büchern ein über den nationalen Bereich hinauswirkendes System der individuellen vertikalen Preisbindung als Alternative zu akzeptieren.

III — Die materiellrechtlichen Rügen der Klägerinnen

1. Angebliche Verletzung der Menschenrechte

Die Vlaamse Vereniging führt als erste materiellrechtliche Rüge an, die Entscheidung der Kommission verstoße gegen die in Artikel 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten verankerte Meinungsfreiheit. Diese Rüge stützt sich zum einen auf die These, daß die Liberalisierung des zwischenstaatlichen Handels zum Zusammenbruch der nationalen Systeme führen würde. Dieses Argument werde ich bei der Überprüfung der Entscheidung im Hinblick auf die Voraussetzungen von Artikel 85 Absatz 3 behandeln. Zum andern wird die Rüge mit den verhängnisvollen Wirkungen begründet, die das Verbot des Systems der vertikalen Preisbindung für den Umfang und die Qualität der Buchproduktion hätte. Das Verbot liefe deshalb auf eine mittelbare Zensur hinaus. Dieses Argument werde ich ebenfalls bei der Überprüfung der Entscheidung im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 3 behandeln. Als gesonderter Einwand kann die Rüge auch insoweit außer Betracht bleiben. An dieser Stelle möchte ich mich auf eine Bemerkung zu der Annahme, die dieser Rüge zugrunde liegt, beschränken, wonach die Gewährleistung des freien Wettbewerbs auf dem Buchmarkt unter Umständen mit der freien Meinungsäußerung kollidieren könne. Unter Hinweis auf Ihr Uteil in der Rechtssache 4/73 (Nold, Slg., 1974, 491, Randnummer 18 der Entscheidungsgründe des Urteils) führt die Kommission zu diesem Punkt zu Recht aus, daß die Grundrechte stets innerhalb bestimmter sozialwirtschaftlicher Gegebenheiten wirksam sein müßten (Klagebeantwortung S. 20). In der Tat würden gewinnorientierte Überlegungen es den Verlegern mit oder ohne vertikale Preisbindung (jedenfalls ohne Unterstützung von außen) niemals möglich machen, alle ihnen angebotene Manuskripte zu veröffentlichen. Es geht natürlich zu weit, dann von mittelbarer Zensur zu sprechen, und insoweit scheint die Rüge außerdem wenig damit zu tun zu haben, ob eine vertikale Preisbindung besteht.

2. Angeblicher Verstoß gegen die Pariser Verbandsübereinkunft

Die zweite Rüge der Vlaamse Vereniging geht dahin, daß die Entscheidung Artikel 10bis der Pariser Verbandsübereinkunft widerspreche, da nur die Beibehaltung eines Systems der vertikalen Preisbindung die Händler gegen die „Lockvogelpolitik" schütze, die jetzt bereits in Belgien festzustellen sei, durch den genannten Artikel aber mit unmittelbarer Wirkung verboten sei.

Artikel 10bis der Pariser Verbandsübereinkunft lautet, soweit er hier von Bedeutung ist, wie folgt:

„1. Die Verbandsländer sind gehalten, den Verbandsangehörigen einen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu sichern.

2. Unlauterer Wettbewerb ist jede Wettbewerbshandlung, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderläuft.

3. Insbesondere sind zu untersagen:

   1. alle Handlungen, die geeignet sind, auf irgendeine Weise eine Verwechslung mit der Niederlassung, den Erzeugnissen oder der gewerblichen oder kaufmännischen Tätigkeit eines Wettbewerbers hervorzurufen;

   2. die falschen Behauptungen im geschäftlichen Verkehr, die geeignet sind, den Ruf der Niederlassung, der Erzeugnisse oder der gewerblichen oder kaufmännischen Tätigkeit eines Wettbewerbers herabzusetzen."

In Lissabon wurde im Jahr 1958 noch ein drittes Verbot, und zwar von irreführender Werbung, hinzugefügt.

Mit der Kommission (Klagebeantwortung, S. 22) bin ich der Auffassung, daß aus dem Wortlaut der genannten Vorschrift eindeutig hervorgeht, daß von einer unmittelbaren Wirkung dieses Artikels keine Rede sein kann und auch kein Anhaltspunkt dafür vorhanden ist, daß die Verbandsstaaten danach verpflichtet wären, eine „Lockvogelpolitik" (namentlich durch den Verkauf von bestimmten Erzeugnissen mit Verlust) zu verbieten. Längst nicht alle Mitgliedstaaten haben denn auch eine solche Handelspolitik verboten, und die Kommission zieht daraus meines Erachtens zu Recht den Schluß, daß man hier auch nicht von einem allgemeinen Rechtsgrundsatz sprechen könne, den der Gerichtshof zu beachten hätte. Die Entscheidung beeinträchtigt schließlich nicht die Möglichkeit, die diesbezüglichen belgischen gesetzlichen Verbote anzuwenden. Diese Rüge ist daher zurückzuweisen.

3. Erster angeblicher Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 (Erfordernis der Wettbewerbsbeschränkung)

Unter Hinweis auf Ihre Urteile in den Rechtssachen 26/76 (Metro, Slg. 1977, 1875) und 55/66 (Société Technique Minière, Slg. 1966, 281) vertreten die Klägerinnen die Auffassung, daß Artikel 85 nur die Durchführung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt vorschreibe, daß der Wettbewerb je nach der Art der Waren und der wirtschaftlichen Struktur des betroffenen Marktes verschieden sein könne und in diesem Zusammenhang gesehen werden müsse. Von einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 könne im vorliegenden Fall keine Rede sein, da die Mittel eines wirksamen Wettbewerbs bestehen blieben.

Die Kommission hat jedoch zu Recht ausgeführt, daß die genannte These in dem zitierten Metro-Urteil sich auf die Anwendung von Artikel 85 insgesamt (einschließlich seines Absatzes 3) bezieht, während außerdem in dem genannten Urteil festgestellt wird, daß der Preiswettbewerb niemals (also sogar nicht bei Anwendung von Artikel 85 Absatz 3) ganz beseitigt werden darf. Die Kommission hat in ihrer Klagebeantwortung (S. 26 bis 28) auch noch viele weitere Argumente vorgetragen, weshalb die Klägerinnen sich zu Unrecht auf das Metro-Urteil berufen. Ich meine jedoch, daß ich mich auf die genannten Argumente beschränken kann. Wie ich unter II.2. meiner Schlußanträge bereits dargelegt habe, hat die vertikale Preisbindung auf der Einzelhandelsstufe für die betroffenen Erzeugnisse einen Ausschluß oder zumindest (wenn bestimmte Ausnahmen zugelassen werden) eine Beschränkung des Preiswettbewerbs zur Folge. Aufgrund der zentralen Bedeutung des Preiswettbewerbs im System des Artikels

85, wie er von der Kommission und Ihnen ausgelegt wird, sowie aufgrund des unzweideutigen Wortlauts von Artikel 85 Absatz 1 kann nach meiner Meinung in der Tat kein Zweifel daran bestehen, daß eine vertikale Preisbindung, die von allen oder fast allen Erzeugern des betreffenden Produkts angewendet wird, zu einer (spürbaren) Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne dieses Absatzes der Vorschrift führt. Insbesondere geht es hier eindeutig um den ersten in dem genannten Absatz aufgeführten Fall einer Wettbewerbsbeschränkung, nämlich: „a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise", und zwar sowohl bei den Verkaufspreisen des Einzelhandels als somit auch bei den Einkaufspreisen der Verbraucher.

Diese Rüge ist deshalb gleichfalls zurückzuweisen.

4. Zweiter angeblicher Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 Erfordernis einer (spürbaren) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels)

Die Klägerinnen bestreiten sodann, daß ihre Vereinbarung den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen könne. Am ausführlichsten wird dieser Einwand in der Klageschrift des Niederländischen Verbandes (S. 28 bis 31) vorgetragen. Die Klägerin führt dazu zunächst die diesbezüglichen rechtlichen Erwägungen des Gerichtshofes in den Urteilen in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64 (Grundig/Consten, Slg. 1966, 321) und in der Rechtssache 22/78 (Hugin Kassaregister AB, Slg. 1979, 1869) an. Wegen der Bedeutung, die diesen Zitaten beigelegt wurde, gebe ich diese wieder.

In der erstgenannten Rechtssache stellte der Gerichtshof in bezug auf das hier in Rede stehende Kriterium fest:

„In diesem Zusammenhang kommt es insbesondere darauf an, ob die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann." [1]

In der Rechtssache Hugin heißt es wie folgt:

„Unter den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen so alle Kartelle und alle Übungen, die geeignet sind, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten nachteilig sein kann, indem insbesondere die nationalen Märkte abgeschottet werden oder die Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt verändert wird."

Die Klägerin behauptet nun, die streitige Vereinbarung ziele auf die Integration der flämischen und niederländischen Sprach- und Kulturgemeinschaft ab. Gerade die Beseitigung dieses grenzüberschreitenden Systems der vertikalen Preisbindung führe zu einer Abschottung der flämischen und niederländischen Märkte. Die Kommission schreibe der belgisch-niederländischen Grenze zu Unrecht eine Rolle zu, die der Verwirklichung eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten abträglich sei. Außerdem sei ein Wettbewerb zwischen einem Buchhändler in dem einen Land und einem Buchhändler in dem anderen Land im großen und ganzen nur im Hinblick auf dieselben Titel möglich („Mar-

1 — In ihrem Zitat dieser Randnummer spricht die Klägerin zu Unrecht von Ziel (Einzahl), was natürlich zu Mißverständnissen hinsichtlich der Tragweite dieser Rechtserwägung führen kann, jedoch durch die richtige Zitierweise aus dem anderen Urteil wieder in Ordnung gebracht wird.

kenwettbewerb"), und ein solcher Wettbewerb habe angesichts der geringen Preiselastizität des Buches kaum Bedeutung. Die Klägerin macht zum Schluß noch geltend, das Preisniveau für Bücher unterscheide sich nicht in den beiden Ländern, die kollektive Ausschließlichkeitsvereinbarung werde nicht mehr angewandt und die Kommission gehe zu Unrecht von der Existenz zweier Märkte aus, die durch eine (zufällige) Landesgrenze getrennt seien.

Da die Rüge der Klägerin, daß die Kommission den nach ihrer Darstellung nicht mehr geltenden kollektiven Alleinvertrieb zu Unrecht berücksichtigt habe, in der Klageschrift in erster Linie als eine formelle Rüge behandelt wird, werde ich darauf im vierten Teil meiner Schlußanträge noch ausführlicher zurückkommen. An dieser Stelle genügt die Feststellung, daß — was auch immer hinsichtlich der tatsächlichen Anwendung gelten mag — unstreitig ist, daß die diesbezüglichen Bestimmungen in der grenzüberschreitenden Vereinbarung trotz entsprechender Vorschläge in Wirklichkeit niemals aufgehoben worden sind. Zumindest potentiell konnten diese Bestimmungen deshalb sicher den zwischenstaatlichen Handel mit nichtanerkannten Verlegern oder Händlern ausschließen, wobei ich auch auf die früher genannte Strafvorschrift in Artikel 5 Absatz 4 der Vereinbarung verweise.

Was die übrigen Argumente der Klägerinnen betrifft, möchte ich zunächst anführen, daß die Kommission zu Recht festgestellt hat, daß nach dem von der niederländischen Klägerin angeführten Urteil in der Rechtssache Grundig/Consten das Kriterium des zwischenstaatlichen Handels in erster Linie für die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Kartellbehörden von Bedeutung ist.

Da die Klägerinnen selber eingeräumt haben, daß ihre Vereinbarung vor allem Parallelimporte verhindern soll, die die nationalen Systeme der vertikalen Preisbindung beeinträchtigen könnten, können sie außerdem schwerlich ihre Behauptung aufrechterhalten, daß diese Form des zwischenstaatlichen Wettbewerbs und seine Beschränkung kaum von Bedeutung seien.

Schließlich ist das Argument der Klägerinnen, daß die grenzüberschreitende vertikale Preisbindung auf einem einheitlichen Niveau in Belgien und den Niederlanden der Marktintegration gerade förderlich sei, unter Berücksichtigung der Ziele des Vertrages natürlich vollkommen unhaltbar. Wie sich aus Artikel 3 Buchstabe f ergibt und durch Ihre Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt worden ist, haben die Vorschriften, die sich auf die Einführung eines Gemeinsamen Marktes beziehen, darunter die Wettbewerbsregeln, ja „die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Markts vor Verfälschungen schützt" zum Ziel. Ein Preiskartell hinsichtlich der Verbraucherpreise (worauf die vertikale Preisbindung, wie bereits gesagt, hinausläuft), das u. a. den zwischenstaatlichen Handel betrifft, ist mit diesem Ziel — unabhängig vom Preisniveau — nicht vereinbar, wie die Klägerinnen übrigens auch bereits aus dem letzten Teil des von ihnen selbst vorgetragenen Zitats aus dem Hugin-Urteil hätten ableiten können.

Diese Rüge ist daher zurückzuweisen. Dasselbe gilt für die allein vom flämischen Verband geltend gemachte Rüge, daß dieser Einfluß nicht spürbar sei. Neben meinen Ausführungen, die ich bereits zur Bedeutung des ausgeschlossenen Preiswettbewerbs gemacht habe, ist meines Erachtens für die Zurückweisung dieses Arguments die Feststellung der

Kommission wesentlich, daß diese Klägerin nicht bestritten hat, daß Belgien vor allem ein Einfuhrland für niederländischsprachige Bücher ist. Die Wahrscheinlichkeit von Paralellimporten nicht preisgebundener Bücher von Belgien in die Niederlande (wesentlicher Gegenstand der grenzüberschreitenden Vereinbarung) ist außerdem durch diese Produktionskonzentration in den Niederlanden gerade besonders groß.

5. Die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3

Die wichtigste materiellrechtliche Rüge der Klägerinnen betrifft zweifellos die Weigerung der Kommission, die betreffende grenzüberschreitende Vereinbarung nach Artikel 85 Absatz 3 freizustellen. Auf die verfahrensrechtlichen Vorwürfe, die die Klägerinnen ebenfalls in diesem Zusammenhang der Kommission machen, werde ich sogleich in den beiden folgenden Teilen meiner Schlußanträge eingehen. Die wichtigsten gegen die Kommission erhobenen Verfahrensrügen betreffen zum einen den Umstand, daß sie durch ihre Entscheidung die spätere Beurteilung der nationalen Systeme vorweggenommen habe, und zum andern, daß sie nicht zu den möglichen Vorzügen eines grenzüberschreitenden Systems der individuellen vertikalen Preisbindung Stellung genommen habe.

5.1. Erste Voraussetzung

Die Klägerinnen führen zunächst aus, die streitige Vereinbarung trage im Gegensatz zur Auffassung der Kommission ganz sicher zur Verbesserung der Erzeugung und Verteilung von Büchern bei. Dieser Verbesserung sei in beiden Fällen dem System der kollektiven vertikalen Preisbindung zu verdanken. Dieses System biete als einziges sowohl den Verlegern als auch den Buchhändlern die Möglichkeit, einen internen Ausgleich zwischen Bestsellern und weniger gewinnbringenden Büchern bzw. zwischen Titeln mit einer hohen und solchen mit einer geringen Umschlagsgeschwindigkeit vorzunehmen. Auf der Großhandelsstufe habe das System außerdem in Belgien zu einer weit durchgeführten Automatisierung und in den Niederlanden zur Errichtung des Centraal Boekhuis geführt, das für die schnelle Verteilung der Bücher eine große Rolle spiele. Beide Formen der Rationalisierung von Vorgängen auf der Großhandelsstufe seien nur in einem System der kollektiven vertikalen Preisbindung möglich.

Was die Verlagsebene betrifft, bin ich zunächst mit der Kommission der Auffassung, daß die Klägerinnen sowohl bei der Anhörung duch die Kommission als auch in den verschiedenen Verfahrensstadien vor dem Gerichtshof eine überzeugende Antwort auf die wiederholt ausdrücklich gestellte Frage schuldig geblieben sind, warum die Verleger nicht ebenso wie die vielen anderen Produzenten mit einer differenzierten Produktion auch ohne vertikale Preisbindung Verluste bei einem Erzeugnis mit Gewinnen bei einem anderen Erzeugnis finanzieren können. Die Verleger behalten ja auch ohne vertikale Preisbindung ihre Freiheit, ihre eigenen Verkaufspreise ab Verlag zu bestimmen. Der bemerkenswerteste Versuch einer solchen Antwort wurde vom Vertreter des niederländischen Verbandes in der mündlichen Verhandlung unternommen. Kurz zusammengefaßt liefen seine diesbezüglichen Ausführungen darauf hinaus, daß die Verleger nicht von vornherein wüßten, welche Titel Bestseller würden und welche nicht, sowie auf das Argument, daß höchstens ein Viertel der Neuerscheinungen es zu einer erneuten Auflage brächten und in der Regel nur durch Neuauflagen und nicht durch die übrigen Titel Gewinne

erzielt würden. Deshalb sei der Verleger zu einer großen Vielfalt gezwungen, wobei aber die Marktgängigkeit einer für ein breites Publikum bestimmten Neuerscheinung nicht vorhersehbar sei.

Auch dieses Argument halte ich für in keiner Weise überzeugend. Zunächst beweist die Existenz einer großen Anzahl von Fachverlagen, daß die Behauptung, die genannte Marktsituation und Selbstkostenpreisstruktur *zwängen* die Verleger zu einer großen Vielfalt mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt. Weiterhin hat die Kommission meines Erachtens zu Recht darauf hingewiesen, daß Verleger im Gegensatz zu vielen anderen Herstellern mit einer differenzierten Produktpalette Erfolgstitel viele Jahre lang in großer Anzahl und mit nach der ersten Auflage sinkenden Kosten verkaufen können. Wenn es denn richtig ist, daß der Erfolg einer Erstauflage nicht vorhersehbar ist und mit ihr niemals ein Gewinn erzielt wird, so ergibt sich doch auch aus den Ausführungen in der mündlichen Verhandlung, daß ungefähr ein Viertel der Titel in dann ganz sicher bekannter Zusammensetzung wohl eine oder mehrere weitere Auflagen erleben wird. Im Hinblick auf diese Titel ist dann die Gefahr von Verlusten nahezu fortgefallen, und das Zufallsargument, das angeblich zu einer großen Vielfalt zwingt, gilt dann nicht mehr im gleichen Maße. Zusammengenommen bin ich also der Meinung, daß die Marktsituation und die Selbstkostenpreisstruktur bei Büchern den Verlegern sicher nicht weniger, sondern wahrscheinlich eher mehr Chancen zum internen Ausgleich von Verlusten bietet als sie anderen Herstellern mit einer differenzierten Produktpalette haben. Die von der Kommission mitgeteilten Zahlen über die Gewinne der größten niederländischen Verlage scheinen dies zu bestätigen.

Es ist deshalb nach meiner Auffassung auch nicht verwunderlich, daß die Klägerinnen das Hauptgewicht ihrer Ausführungen auf das Argument gelegt haben, der interne Verlustausgleich innerhalb der Verlage genüge nicht, wenn nicht auch die Existenz einer ausreichenden Anzahl von Buchhändlern mit einem breiten Sortiment gewährleistet sei. Gerade darum halte ich die gemeinsame Behandlung der angeblichen Verbesserung sowohl der Produktion als auch der Verteilung für zweckmäßig. Für das Fortbestehen einer ausreichenden Anzahl von Sortimentsbuchhandlungen ist sicher in erster Linie ein rationeller und schnell arbeitender Großhandel mit einem breitgefächerten, wenn nicht sogar vollständigen Sortiment notwendig. Daß die Verbesserungen der Leistungsfähigkeit im Großhandel nach Aufhebung der grenzüberschreitenden Vereinbarung nicht mehr aufrechterhalten werden könnten, haben die Klägerinnen zwar behauptet, jedoch in keiner Weise in irgendeinem Verfahrensabschnitt einsichtlich gemacht. Das eigentliche Schwergewicht liegt demnach auf der Behauptung, das Fortbestehen eines Buchhandels, der auf der Einzelhandelsstufe ein breitgefächertes Sortiment vorrätig halte, würde durch die Aufhebung der grenzüberschreitenden Vereinbarung bedroht. Dem wird als weitere Behauptung hinzugefügt, daß diese Aufhebung notwendigerweise auch die Fortgeltung der nationalen Systeme unmöglich machen würde. Auf diese beiden Behauptungen werde ich deswegen jetzt näher eingehen.

Was die erste Behauptung angeht, verweise ich zunächst darauf, daß die Kommission bereits in ihrer Entscheidung (Randnummer 51 letzter Satz) ausgeführt hat, daß „trotz des Systems der kollektiven Preisbindung ... die Zahl der allgemeinen Buchhandlungen u. a. wegen des Erfolgs von Buchhandlungen ohne

Kaufzwang, in denen fast ausschließlich Unterhaltungsliteratur und Zeitschriften angeboten werden, sowie wegen des relativ starken Wachstums des Umsatzes von Buchclubs, die im allgemeinen ein eher begrenztes Sortiment von Büchern anbieten, in den Niederlanden bereits stark zurückgegangen" ist. Dies wird zwar vor allem von der Vlaamse Vereniging bestritten, aber auch aus dem von den Klägerinnen selbst vorgelegten Zahlenmaterial ergibt sich, daß der Marktanteil des Sortimentsbuchhandels in Belgien für das zuletzt erfaßte Jahr in jedem Fall unter 50 % lag und in den Niederlanden (einschließlich der Schreibwarengeschäfte, der anerkannten Warenhäuser, des Versandbuchhandels und der Kioske) von 1977 bis 1980 tatsächlich (auf die Anzahl Verkaufsstellen bezogen) von 65 % auf 54 % zurückfiel. Die Umsatzzahlen, ausgedrückt in HFL, zeigen, daß der Marktanteil des Sortimentsbuchhandels — in dem obigen weiten Sinne — in den Niederlanden in demselben Zeitraum ungefähr in gleichem Maße zurückging. Hinsichtlich dieser Zahlen verweise ich vor allem auf die Antworten der beiden Klägerinnen auf Ihre schriftlich gestellte siebte Frage. Zweitens haben die Klägerinnen nicht nachgewiesen, daß das Risiko für Buchhändler, die Bücher vorrätig halten, ebenso groß ist wie für die großen Verlage. Anders als diese letzteren können Sortimentsbuchhändler sehr wohl dafür sorgen, daß die Anzahl Neuauflagen in ihren Beständen einen größeren Teil der Gesamtzahl der Titel ausmacht, als es bei den Verlagen der Fall ist. Auch gilt die Behauptung, bei der Erstauflage werde bestenfalls nichts verdient, für die Buchhändler sicher nicht in gleicher Weise wie für die Verlage. Dies würde vielleicht noch weniger gelten, wenn die Buchhändler bei der Bemessung ihrer Gewinnspanne frei wären (was bei der vertikalen Preisbindung nicht der Fall ist). Die internen Ausgleichsmöglichkeiten scheinen mir daher bei freier Preisbildung für den Buchhandel, der Bücher vorrätig hält, unter dem Strich eher größer denn kleiner als für die Verlage zu sein. Insgesamt haben die Klägerinnen kein Argument für einen entgegengesetzten Standpunkt vorgetragen, sondern vielmehr die Buchhändler und Verleger in dieser Hinsicht ohne weiteres gleichgestellt. Was ich in bezug auf die Verleger ausgeführt habe, gilt dann auch für den Buchhandel, der Bücher vorrätig hält. An sich schon entscheidend scheint mir schließlich die Feststellung, daß ein System der kollektiven vertikalen Preisbindung an und für sich die Buchhändler in keiner Weise zu veranlassen braucht, einen großen Bestand vorrätig zu halten. Auch bei einem solchen System können sie sich durchaus für ein kleineres Sortiment ausschließlich populärer Bücher entscheiden. Wenn sie diese Wahl nicht treffen, so hauptsächlich deswegen, weil sie mehr „Brot" oder zumindest ausreichend „Brot" zu verdienen glauben, wenn sie an einem breitgefächerten Sortiment festhalten, d. h. weil nach einem solch breitgefächerten Sortiment bei einem Teil des Publikums eine ausreichende Nachfrage besteht. Es ist nicht einzusehen, warum die Nachfrage bei einem Teil des Publikums wegfallen sollte, wenn die vertikale Preisbindung aufgehoben wird. Wenn die Verleger dem Fortbestehen einer großen Anzahl von Buchhändlern mit einem breitgefächerten Sortiment eine so große Bedeutung beimessen, ist auch nicht einzusehen, warum die Verleger selbst bei einer vollständigen Aufhebung jeder Form einer vertikalen Preisbindung diesen Buchhändlern nicht einen niedrigeren Einkaufspreis sollten zugestehen können als den Buchhändlern mit einem kleineren Sortiment. Auch darauf hat die Kommission zu Recht hingewiesen. Selbst gegen eine gegenseitige Absprache, die diesen Zweck verfolgt, wä-

ren weniger Einwände zu erheben als gegen das angewendete System der vertikalen Preisbindung.

Wie bereits gesagt beruhen die Darlegungen der Klägerinnen auch auf dem Argument, daß das Fortbestehen der beiden nationalen Systeme der vertikalen Preisbindung mit dem Fortbestehen der grenzüberschreitenden Vereinbarung steht und fällt. Diese letztgenannte Vereinbarung soll jedoch nur die nationalen Regelungen wasserdicht machen. Die angeblichen Verbesserungen der Produktion und der Verteilung müssen denn auch in erster Linie den nationalen Regelungen zugerechnet werden. Nur wenn der Fortfall der grenzüberschreitenden Vereinbarung wirklich notwendigerweise zu dem angeblichen Zusammenbruch der nationalen Regelungen führen würde, bestände zugleich ein ursächlicher Zusammenhang zwischen den angeblichen Vorteilen und der grenzüberschreitenden Vereinbarung.

Ich gebe zu, daß die Kräfte eines freien Preismechanismus nicht so leicht zu unterdrücken sind. Wenn bestimmte Händler im Verkauf von Büchern zu niedrigeren Preisen als den festgesetzten erhebliche wirtschaftliche Vorteile und wirtschaftliche Möglichkeiten sehen, werden sie nicht davor zurückschrecken, Konstruktionen zu finden, die das ermöglichen. Wie stark die Marktkräfte sind, auf die die Verbindung von nationalen Regelungen und einer grenzüberschreitenden Vereinbarung z. B. dadurch trifft, daß sie sich der Weitergabe von niedrigeren Kosten an die Preise widersetzt, ergibt sich aus dem bereits genannten Umstand, daß man es als Sanktion hierauf für nötig gehalten hat, in Artikel 5 der grenzüberschreitenden Vereinbarung die wirtschaftliche Todesstrafe des vollkommenen Ausschlusses vom Handel vorzusehen. Worauf es an dieser Stelle ankommt, ist jedoch die Feststellung der niederländischen Gerichte bis hinauf in die letzte Instanz, daß man aufgrund des nationalen Systems der vertikalen Preisbindung auch gegen künstliche Ausfuhren vorgehen kann, deren einziges Ziel die Möglichkeit einer nicht preisgebundenen Wiedereinfuhr ist (die sogenannte U-Wende-Konstruktion, die von bestimmten Supermärkten und Discountläden angewandt wird). Da die Wiedereinfuhr von Büchern, die im regulären Handel in Belgien gekauft worden sind, immer mit mehr oder weniger hohen Kosten verbunden sein wird, ist — abgesehen von den Einwänden, wie sie gegen die Verhinderung der Wiedereinfuhr bestehen — nicht einzusehen, daß das Wiederaufleben dieser Möglichkeit den Fortbestand des niederländischen Systems ebenfalls bedrohen würde, wenn die Preise und Gewinnspannen bei der nierderländischen vertikalen Preisbindung auf einem vernünftigen Niveau festgesetzt sind. In Belgien stellt sich das ganze Problem der Preisunterbietung durch nicht der Preisbindung unterliegende Wiedereinfuhren kaum, da die niederländischsprachigen Bücher wie gesagt zum größten Teil in den Niederlanden herausgegeben werden. Es ist zugegeben, daß ebendieser Umstand in Belgien die Durchführung eines Systems der vertikalen Preisbindung durch ein nationales System vielleicht erschwert, aber die im Verfahren dargestellte Praxis beweist, daß auch der Abschluß der betreffenden grenzüberschreitenden Vereinbarung keine ebenso strenge Durchführung des nationalen belgischen Systems ermöglicht hat, wie dies in bezug auf das niederländische System der Fall ist. Zusammenfassend ist zu sagen, daß auch das zweite Argument in den Ausführungen der Klägerinnen zur ersten positiven Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3, wonach die Beseitigung des grenzüberschreitenden Systems auch zum Zusam-

menbruch der nationalen Systeme führe, nicht nachgewiesen ist. Die Rügen der Klägerinnen, die die Prüfung der grenzüberschreitenden Vereinbarung im Hinblick auf die erste Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 betreffen, müssen deshalb zurückgewiesen werden. Dabei habe ich das Argument in Randnummer 53 der Entscheidung nicht außer acht gelassen, daß die angeblichen Vorteile der Regelung jedenfalls nicht den Nachteil aufwiegen, daß der Ausschluß jedes Preiswettbewerbs beim Vertrieb der einzelnen Titel den wichtigsten Anreiz zur Rationalisierung und Verbesserung des Vertriebsapparates beseitigt. Auf dieses Argument werde ich jedoch noch in einem anderem Zusammenhang zurückkommen.

5.2. Zweite Voraussetzung

Da die Klägerinnen wie dargelegt nicht nachgewiesen haben, daß die grenzüberschreitende Vereinbarung zur Verbesserung der Büchererzeugung oder -verteilung beiträgt, ist es streng genommen überflüssig, auf die Prüfung der zweiten positiven Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 in der Entscheidung noch näher einzugehen. Nach dieser Voraussetzung sind die Verbraucher an dem durch die Vereinbarung entstehenden Gewinn angemessen zu beteiligen. Der Vollständigkeit halber möchte ich zu dieser wichtigsten Voraussetzung trotzdem noch folgende Ausführungen machen. Den angeblichen Gewinn für die Verbraucher sehen die Klägerinnen in erster Linie in den Vorteilen, die auch sie von einem breitgefächerten Angebot an Titeln hätten, das die Folge der kollektiven vertikalen Preisbindung sein soll. Da feststeht, daß weder alle Verleger noch alle Buchhändler ein breites Spektrum von Titeln auf den Markt bringen, ist dieses Argument zu verwerfen. Nur ein Teil der Verbraucher ist, wie sich aus dem Interesse für andere Verteilerwege ergibt, offensichtlich an diesem breiten Spektrum von Titeln interessiert. Für den wesentlichen Teil der Verbraucher [1], der nicht zu den vom niederländischen Verband auf Seite 3 seiner Antwort auf Ihre siebte schriftliche Frage so genannten „aktiven Käufern" gehört und der nach dieser Antwort den Sortimentsbuchhandel nur selten oder nie besucht, ist die Regelung eher von Nachteil. Denn sie verhindert, daß ihnen die niedrigeren Kosten der Händler mit einem beschränkten Sortiment als Preisnachlässe zugute kommen. Von einer Beteiligung *der* (d. h. *aller)* Verbraucher an diesem angeblich durch die Regelung entstehenden Gewinn kann daher keine Rede sein.

Weiterhin haben die Klägerinnen ausgeführt, daß nur ein System der kollektiven vertikalen Preisbindung es ermögliche, das Publikum in Form von Beratung und individuellen Bestellungen gut zu bedienen, und daß dies auch zum Vorteil der Verbraucher sei. Auch bei diesem Punkt kann ich mich mit dem Hinweis begnügen, daß nur die erstgenannte Gruppe der aktiven Käufer von diesen Dienstleistungen Gebrauch macht und daß die Verbraucher, die auf diesen Service keinen Wert legen, trotzdem die Kosten dieses Systems bezahlen müssen. Sie können ja nicht von den Kostenvorteilen profitieren, über die Händler ohne solche Dienstleistungen verfügen.

Zusammenfassend meine ich, daß die ausführlicheren Darlegungen, die die Kommission in bezug auf diese wesentliche Freistellungsvoraussetzung in den Randnummern 54 bis 56 ihrer Entscheidung gegeben und im Verfahren vor dem Gerichtshof noch ergänzt hat, durch die Klägerinnen auch im Hinblick auf diese zweite Voraussetzung nicht widerlegt worden sind. Im übrigen ist mir aufgefallen, daß die Klägerinnen in den späteren

1 — Hinsichtlich der Größenordnung erinnere ich an die Zahlen, die die Vertreter des niederländischen Verbands in der mündlichen Verhandlung genannt haben.

Verfahrensabschnitten vor dem Gerichtshof und vor allem in der mündlichen Verhandlung auch kaum versucht haben, die Ausführungen der Kommission zu diesem Punkt zu widerlegen. Denn der Schwerpunkt bei den klägerischen Einwänden hat sich insoweit eher auf das kulturelle Argument verlagert, auf das ich entsprechend dem Aufbau der angefochtenen Entscheidung bei der Besprechung der ersten negativen Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 kommen werde.

5.3. Dritte Voraussetzung

Streng genommen ist auch die Prüfung der grenzüberschreitenden Vereinbarung hinsichtlich des „Erfordernisses der Unerläßlichkeit" in Artikel 85 Absatz 3 Buchstabe a überflüssig, wenn eine Vereinbarung nicht den beiden positiven Voraussetzungen genügt. Doch gibt es drei Gründe, warum ich es für wünschenswert halte, auch auf diese Voraussetzung näher einzugehen. a) Erstens kann wie gesagt der kulturelle Faktor, der in den späteren Abschnitten dieses Verfahrens und auch in den politischen Diskussionen über die Kommissionsentscheidung eine so große Rolle gespielt hat, wegen des Aufbaus der Kommissionsentscheidung nur in diesem Zusammenhang behandelt werden. b) Dasselbe gilt, wenn auch in geringerem Maße, für die Erörterung alternativer Lösungen. Darauf werde ich jedoch im folgenden Teil meiner Schlußanträge im Zusammenhang mit den damit verknüpften Verfahrensfragen noch zurückkommen. c) Schließlich bietet die Auseinandersetzung mit dieser Voraussetzung eine gute Gelegenheit, nochmals auf die wettbewerbspolitischen *Nachteile* einer kollektiven vertikalen Preisbindung zurückzukommen. Im System des Artikels 85 werden diese Nachteile bei für einen ganzen Sektor geltenden Preisabsprachen unterstellt. Die Kommission brauchte darauf deswegen auch bei der Prüfung der betreffenden Vereinbarung in ihrer Entscheidung nur summarisch einzugehen, was sie namentlich (siehe Randnummer 53) im Rahmen der Prüfung der Vereinbarung im Hinblick auf die erste positive Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 getan hat. Im System des Artikels 85 müssen die betreffenden Unternehmen nämlich, soweit notwendig unter Mitwirkung der Kommission, in erster Linie nachweisen, daß eine Regelung objektive Verbesserungen der Erzeugung oder Verteilung mit sich bringt, die eine Freistellung von dem grundsätzlichen Verbot der Preisabsprachen in Artikel 85 Absatz 1 rechtfertigen können und die außerdem die mit solchen Absprachen verbundenen Nachteile aufwiegen. Die Abwägung der Vor- und Nachteile einer Regelung, mit anderen Worten die Aufstellung dessen, was in Frankreich „bilan économique" genannt wird, soll deshalb eigentlich ausschließlich im Rahmen der ersten Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 erfolgen. Dem System dieses Absatzes wird einige Gewalt angetan, wenn diese Abwägung nochmals im Rahmen der ersten negativen Voraussetzung von Artikel 85 Absatz 3 stattfindet. Die Klägerinnen haben diesen Punkt jedoch in ihren Rügen im Hinblick auf das Erfordernis der Unerläßlichkeit behandelt. Außerdem soll nicht vergessen werden, daß die nationale Kartellpolitik der beiden betroffenen Mitgliedstaaten von einem System des Mißbrauchs ausgeht, bei dem nicht die Vorteile, sondern im Gegenteil gerade die Nachteile vom Standpunkt des allgemeinen Interesses aus nachgewiesen werden müssen. Um die — in bezug auf Buchpreise empfindliche — öffentliche Meinung in den betreffenden Mitgliedstaaten zu überzeugen, hätte die Kommission in ihrer Entscheidung meiner Meinung nach diesen nachteiligen Folgen der Regelung denn auch besser etwas mehr Aufmerksamkeit

schenken können, auch wenn das nach dem System des Artikels 85 wie gesagt nicht notwendig war. Erst in ihrer Antwort auf die zweite schriftliche Frage des Gerichtshofes und in der mündlichen Verhandlung hat die Kommission dieses Versäumnis reichlich wiedergutgemacht, indem sie die in der Entscheidung kurz angedeuteten Nachteile näher erläutert hat.

Ich werde die drei genannten Punkte, auf die sich die Rügen der Klägerinnen konzentrieren, jetzt der Reihe nach behandeln.

a) Das kulturelle Argument

Nach meiner Meinung hat sich die Kommission selbst viele unnötige Unannehmlichkeiten eingehandelt, indem sie im letzten Absatz der Randnummer 60 ihrer Entscheidung die These aufgestellt hat, „daß es nicht Sache der Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen ist, Kulturabkommen zu schließen, für die der Staat in ganz besonderem Maße zuständig ist". In der Antwort auf Ihre sechste Frage hat die Kommission diese These zwar erheblich differenziert, wie auch die Klägerinnen in der mündlichen Verhandlung zugegeben haben, aber das Unheil in der öffentlichen Diskussion über diese Sache (u. a. im Europäischen Parlament) war schon angerichtet. Außerdem hat die Kommission auch in dieser Antwort (S. 18) erklärt, „daß es nicht gut vorstellbar ist, daß die Kommission einzig und allein deswegen, weil bestimmte kulturelle Werte durch eine kollektive vertikale Preisbindung gefördert werden, entscheiden soll, daß die Voraussetzung einer Verbesserung der Verteilung erfüllt ist", und außerdem, daß sie „bei der Beurteilung einer Vereinbarung aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 gewissen kulturell wünschenswerten Wirkungen einer bestimmten Vertriebsform ... nicht ohne weiteres entscheidende Bedeutung beilegen kann und mag". Die Kommission dürfe bei dieser Beurteilung die kulturellen Wirkungen einer Vereinbarung nur im „negativen Sinn" miteinbeziehen. „Das heißt, daß die Kommission darauf achten muß, daß keine kulturellen Werte vernichtet werden." Dies habe sie in den Randnummern 57 ff. ihrer Entscheidung bei der Behandlung des Erfordernisses der Unerläßlichkeit auch getan, was nach meiner Meinung in der Tat richtig ist.

Die Kritik, die die Kommission sich durch die zitierte Äußerung zugezogen hat, habe ich als unnötig bezeichnet, weil für diese Äußerung nach ihren vorherigen Ausführungen in der Entscheidung keine Notwendigkeit mehr bestand. Die Klägerinnen meinen ja mit dem von ihnen vorgetragenen kulturellen Argument im konkreten Fall das Interesse an einem breitgefächerten Sortiment von Buchtiteln bei den Verlegern und an einer ausreichend großen Zahl von Buchhändlern. Die Kommission hatte bereits früher ausgeführt, daß dieses von ihr grundsätzlich anerkannte Interesse nicht durch ein System der kollektiven vertikalen Preisbindung gewährleistet werde, ganz zu schweigen davon, daß ein solches — durch die grenzüberschreitende Wirkung verstärktes — System hierzu unerläßlich sei. Ich halte es deshalb für unnötig und auch nicht für wünschenswert, auf die zitierte Äußerung über die Kulturpolitik ausführlich einzugehen. Ich begnüge mich denn auch damit, die ungenaue und zu Mißverständnissen Anlaß gebende Form, in der diese überflüssige Äußerung in der Entscheidung geschehen ist, zu bedauern und meine frühere Bemerkung zu wiederholen, daß Verlage und Buchhändler mit oder ohne vertikale Preisbindung stets unter der Nebenbedingung ausreichender Rentabilität arbeiten müssen. Einen absoluten Vorrang der kulturellen Erwägungen vor den wirtschaftlichen kann es daher für sie niemals geben.

Die Kommission hat sich im selben Absatz ihrer Entscheidung — und ebenfalls völlig unnötig — noch weitere Unannehmlichkeiten aufgebürdet, indem sie auf das belgisch-niederländische Übereinkommen über die niederländische Sprachunion verwiesen hat. Da dieses Argument ebenfalls unerheblich ist, werde ich auch auf die breiten Ausführungen der Klägerinnen dazu nicht ausführlich eingehen. Ich beschränke mich auf drei Anmerkungen zu diesem Punkt. Erstens habe ich Zweifel, ob sich Artikel 233 EWG-Vertrag wirklich außer auf die Zoll- und Wirtschaftsunion zwischen Belgien, Luxemburg und den Niederlanden (sowie die Wirtschafts- und Währungsunion zwischen Belgien und Luxemburg) auch auf die genannte belgisch-niederländische Sprachunion bezieht. Da der EWG-Vertrag selbst solche kulturellen Angelegenheiten nicht betrifft, scheint es auf den ersten Blick nicht dem Sinn und Zweck von Artikel 233 zu entsprechen, ihn so weit auszulegen. Zweitens kann ich ebensowenig wie die Kommission einsehen, daß eine einheitliche Sprache auch einheitlich festgelegte Buchpreise in Belgien und den Niederlanden erforderlich mache. Sollten die belgische und die niederländische Regierung jedoch meinen, daß dies der Fall ist, wird schließlich dazu ein belgisch-niederländisches Regierungsabkommen abzuwarten sein, bei dem die Frage der Anwendbarkeit von Artikel 233 wirklich eine Rolle spielen kann.

b) Alternative Lösungen

Was die Erklärung der Klägerinnen betrifft, daß keine weniger weit gehenden Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfügung stünden, um die angeblich positiven Wirkungen der grenzüberschreitenden Vereinbarung zu erreichen, verweise ich zunächst darauf, daß die Entscheidung rein nationale Systeme der individuellen vertikalen Preisbindung, wie sie in Deutschland und im Vereinigten Königreich bestehen, auch für Belgien und die Niederlande unberührt läßt. Dasselbe gilt für die nationalen Systeme der kollektiven vertikalen Preisbindung, die es jetzt in Belgien und den Niederlanden gibt. Wenn sich nicht durch nähere Untersuchung der nationalen Regelungen ergeben sollte, daß diese auch normale kommerzielle Paralleleinfuhren in die beiden Länder behindern oder in anderer Weise die normale Ein- und Ausfuhr berühren, scheint es mir, wenn die bisher von der Kommission verfolgte Linie ihrer Politik — die ich bereits dargestellt habe — fortgesetzt wird, übrigens auch unwahrscheinlich, daß sie sich noch mit den nationalen Systemen als solchen befassen wird. Ich habe ja bereits ausgeführt, welche rechtlichen und wirtschaftlichen Gründe eine Änderung der geschilderten Richtung ihrer Politik in der Tat erschweren würden. Auch die Streithelfer der Klägerinnen, die sicher vor allem durch die Sorge über mögliche mittelbare Folgen der Entscheidung für die nationalen Systeme in anderen Mitgliedstaaten zur Intervention bewogen worden sind, können in der angefochtenen Entscheidung aus den genannten Gründen keinen wirklichen Anlaß für ihre Besorgnis finden.

Wie die Kommission zu Recht ausgeführt hat, können sich die Klägerinnen weder formalrechtlich auf die zitierte französische Regelung berufen, da es hier um eine nationale staatliche Regelung geht, noch inhaltlich, da die französische Regelung anders als die in Rede stehende Vereinbarung einen gewissen Preiswettbewerb auf der Handelsebene ausdrücklich zuläßt.

Es ist anzuerkennen, daß die Kommission sich hinsichtlich grenzüberschreitender Alternativen für die betreffende Regelung erheblich zurückhaltender gezeigt hat. In bezug auf ein System der grenzüberschreitenden kollektiven Durchfüh-

rung nationaler Systeme der *individuellen* vertikalen Preisbindung bezeugen namentlich die Randnummern 27 bis einschließlich 30 deutlich diese Vorbehalte. Am Schluß der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Kommission in einer Antwort auf eine Frage von Ihnen die Vorbehalte der Kommission im Hinblick auf eine solche Alternative näher erläutert. Wie bereits dargelegt halte ich diese Äußerung insoweit für überzeugend, als die Grenze zwischen individuellen und kollektiven Systemen in der Tat dermaßen fließend ist, daß ein — formal gesehen — individuelles System — gewiß bei kollektiver Durchführung — nahezu dieselben wirtschaftlichen und rechtlichen Nachteile haben kann wie ein vollständig kollektives System. Dies gilt namentlich, wenn alle oder fast alle Verleger ein solches individuelles System anwenden. Rechtlich gesehen läßt die Entscheidung die Beurteilung einer solchen Alternative jedoch offen.

Im Verfahren hat die Kommission außerdem noch verschiedene andere Alternativen für ein System der vertikalen Preisbindung genannt, um die angestrebten Ziele zu erreichen, und zwar sowohl auf der Verlags- als auch auf der Handelsebene. In ihrer Antwort auf die sechste schriftliche Frage des Gerichtshofes (S. 23) hat sie diese Alternativen noch einmal zusammengefaßt. Auf die verfahrensrechtlichen Gründe für die Zurückhaltung der Kommission, im Rahmen von Artikel 85 Absatz 3 bei der Formulierung von Alternativen nicht zu weit zu gehen, werde ich wie gesagt im folgenden Teil meiner Schlußanträge noch zurückkommen.

Zusammenfassend bin ich der Meinung, daß die Frage nach der Unerläßlichkeit im vorliegenden Fall durchaus nicht zur Sprache zu kommen braucht, da die Kommission im Rahmen ihres diesbezüglichen politischen Ermessens aus überzeugenden Gründen zu dem Urteil gelangt ist, daß die beiden positiven Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 nicht erfüllt sind. Wenn es auch überflüssig war, hat sie dennoch zugleich deutlich gemacht, daß ihre Entscheidung verschiedene, u. a. nationale alternative Lösungen ermöglicht die den Wettbewerb weniger beschränken als die derzeitige Verbindung zweier nationaler Regelungen mit einer grenzüberschreitenden Vereinbarung, die die nationalen Regelungen wasserdicht machen soll. Ich habe bereits erklärt, warum dieser grenzüberschreitende Schutz auch nach meiner Meinung für das Fortbestehen der nationalen Regelungen nicht unerläßlich ist. Die Existenz des deutschen und des englischen nationalen Systems, die auch keinen grenzüberschreitenden Schutz kennen, obwohl der Buchmarkt in diesen Sprachen über die nationalen Grenzen hinausreicht, bestätigt die Richtigkeit des Urteils der Kommission in diesem Punkt.

c) Die wirtschaftlichen Nachteile der Regelung

Nicht ohne guten Grund ist nach Artikel 85 Absatz 3 Buchstabe a unzulässig, daß den beteiligten Unternehmen „Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser [d. h. grundsätzlich positiv beurteilten] Ziele nicht unerläßlich sind". Nach Ansicht der Klägerinnen zeigt die Erfahrung, daß das System der vertikalen Preisbindung das einzige Mittel sei, um eine bestmögliche Produktion und Verteilung im Buchhandel zu gewährleisten. Abgesehen davon, daß die Erfahrung keinesfalls zeigt, daß auch grenzüberschreitende Vereinbarungen zu diesem Ziel notwendig sind, verkennt diese Behauptung vollkommen die wirtschaftlichen Einwände gegen die vertikale Preisbindung, die im Lauf der fünfziger und sechziger Jahre (in Deutschland etwas später) in der westlichen Welt ganz überwiegend anerkannt worden sind. In diesem Zusammenhang

verweise ich in erster Linie auf das, was ich unter II. 1. und 2. dieser Schlußanträge bereits zu diesen Bedenken ausgeführt habe, und auf die dort genannte Literatur. Die Ausführungen der Kommission in ihrer Antwort auf Ihre erste Frage zu diesen wirtschaftlichen Bedenken können in der Weise zusammengefaßt werden, daß bereits die individuelle vertikale Preisbindung es den Händlern unmöglich macht, Kostenunterschiede in ihren Verkaufspreisen sichtbar zu machen. Bei der kollektiven vertikalen Preisbindung wird dieser Nachteil aus den von der Kommission angegebenen Gründen noch erheblich verstärkt. Zunächst können die Käufer dann nicht mehr länger zwischen Waren mit und Waren ohne vertikale Preisbindung in einer bestimmten Branche wählen. Auch können die Produzenten ihre Verkaufspolitik in dieser Hinsicht dann nicht mehr den veränderten Umständen anpassen. Schließlich werden die Kontrolle und die Aufrechterhaltung vertikal gebundener Preise bei kollektiver Durchführung des Systems sehr viel strenger. Das normale Kräfteverhältnis zwischen den einzelnen Erzeugern und ihren Händlern wird durch das Kräfteverhältnis zwischen dem die Preise einhaltenden Kollektiv und den (potentiellen) individuellen Preisbrechern ersetzt. Ich möchte dieser Zusammenfassung noch hinzufügen, daß ein zentralisiertes Kontrollsystem in der Regel viel besser organisiert sein wird als ein Kontrollsystem der einzelnen Erzeuger und daß kollektive Strafen wie der vollständige Ausschluß vom Handelsverkehr ihrer Art nach viel härter treffen als Sanktionen (oft in Form von Klagen vor Gericht) von einzelnen Erzeugern. Vor allem möchte ich diesen Ausführungen jedoch noch anfügen, daß jedes allgemein oder ziemlich allgemein angewendete System der vertikalen Preisbindung den dauernden Druck zur Kostensenkung ausschaltet, der vom tatsächlichen Preiswettbewerb ausgeht. Gerade dadurch gewährleistet ein Systeme der vertikalen Preisbindung eben nicht eine optimale Verteilung der Bücher, wie die Klägerinnen in ihrer Rüge hinsichtlich der Anwendung des Erfordernisses der Unerläßlichkeit geltend machen. Der durch den Preiswettbewerb gegebene Ansporn, leistungsfähigere Vertriebsformen zu finden, wird auf diese Weise ja auch für den Buchhandel ausgeschaltet. Auch die Entscheidung selbst legt in Randnummer 53 das Schwergewicht zu Recht auf diesen Punkt, den die Kommission in der mündlichen Verhandlung auf überzeugende Weise noch näher ausgeführt hat.

Vor dem Hintergrund dieser ernstzunehmenden allgemeinen Bedenken gegen die vertikale Preisbindung ist das Erfordernis der Unerläßlichkeit in Artikel 85 Absatz 3 für die betreffende grenzüberschreitende Vereinbarung auszulegen und abzuwägen. Je schwerwiegender die Wettbewerbsbeschränkung ist, desto strenger muß das Erfordernis der Unerläßlichkeit ausgelegt werden. Aufgrund meiner Prüfung der Entscheidung im Hinblick auf die ersten beiden Voraussetzungen des Artikel 85 Absatz 3 wird bereits klar geworden sein, daß auch für mich kein Zweifel daran besteht, daß die durch die grenzüberschreitende Vereinbarung erreichte Verstärkung der nationalen Systeme bei der Prüfung des Erfordernisses der Unerläßlichkeit keinen Bestand haben kann. Nach Durchsicht der ganzen Akten bin ich persönlich im Gegenteil der Auffassung, daß der Sortimentsbuchhandel bei einem weiterhin ausreichenden Interesse des Publikums selbst bei vollständiger Aufhebung jeder vertikalen Preisbindung aufgrund einer größeren Bewegungsfreiheit bei der Preisbildung eher besser als schlechter gestellt ist, als wenn die Preisbindung fortbesteht. In diesem Zusammenhang möchte ich nebenbei darauf verweisen, daß auch zahl-

reiche mehr kulturell ausgerichtete Läden trotz des Umstands, daß sie höhere Preise als die Warenhäuser und Supermärkte für dieselbe Warenkategorie verlangen, im letzten Jahrzehnt wie Pilze aus der Erde geschossen sind. Eine quantitativ und qualitativ bessere Auswahl wird deshalb wahrscheinlich auch im Buchhandel eventuell mit höheren Preisen verbunden werden können und braucht in keinem Fall durch Supermärkte und andere Absatzkanäle stärker bedroht zu werden, als es jetzt der Fall ist.

Sämtliche Rügen hinsichtlich des Erfordernisses der Unerläßlichkeit sind daher nach meiner Meinung zurückzuweisen.

5.4. Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der Waren

Ich habe bereits vorhin erklärt, daß auch das Metro-Urteil, auf das die Klägerinnen sich berufen haben, einen vollständigen Ausschluß des Preiswettbewerbs verwirft. Auch hier möchte ich vorausschikken, daß die Prüfung dieser letzten Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 ebenfalls überflüssig ist, wenn eine oder mehrere andere Voraussetzungen dieses Absatzes nicht erfüllt sind. Vollständigkeitshalber füge ich jedoch hinzu, daß die Klägerinnen selbst anerkannt haben, daß der Markenwettbewerb im Buchhandel fast keine Rolle spielt. Unter diesen Umständen ist nur der Schluß möglich, daß jeder Wettbewerb bei den Verbraucherpreisen, der durch die nationalen Systeme noch zugelassen wird, durch die grenzüberschreitende Vereinbarung ausgeschlossen wird. Angesichts der wesentlichen Aufgabe, die die Kommission und der Gerichtshof einem wirksamen Preiswettbewerb stets eingeräumt haben, ergibt sich daraus, daß die betreffende Vereinbarung auch nicht der letzten Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 genügt.

IV — Formrügen

1. Zur Berücksichtigung des kollektiven Ausschließlichkeitssystems in der Entscheidung

Die Klägerinnen werfen der Kommission vor, sie habe ihre Entscheidung sowohl auf das in der streitigen Vereinbarung angeführte Ausschließlichkeitssystem als auch auf das System der kollektiven vertikalen Preisbindung gestützt, obwohl sie seit längerer Zeit, namentlich bereits seit der ersten Anhörung (15./16. März 1978) gewußt habe, daß der erstgenannte Aspekt der Vereinbarung nicht mehr gelte. Dadurch vermittle die Entscheidung eine falsche Vorstellung von der Angelegenheit. Infolgedessen sei sie unzureichend begründet, da eine der beiden Stützen, auf der die Stellungnahme der Kommission beruhe, weggefallen sei.

Die Kommission bestreitet nicht, daß die Klägerinnen ihr mitgeteilt hatten, daß die Vereinbarung nur noch theoretisch bestehe. Im Gegenteil, in der Entscheidung wird dieser Umstand als solcher bereits ausdrücklich aufgeführt (Randnummern 22 und 38). Die Kommission weist jedoch darauf hin, daß die diesbezüglichen Bestimmungen niemals formell aus der streitigen Vereinbarung herausgenommen worden seien. Ebensowenig sei ihr diese Nichtanwendung jemals formell im Wege einer Neuanmeldung mitgeteilt worden.

Bei der Entscheidung über diese Rüge ist von der Zielsetzung der Anmeldung auszugehen. Durch die Anmeldung wird die Kommission in die Lage versetzt, die Vereinbarung als solche kennenzulernen und zu untersuchen, um dann festzustellen, ob diese so gestaltet ist, daß sie nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fällt oder für eine Freistellung aufgrund von Absatz 3 dieses Artikels in Betracht kommt. Die Frage ist nun, ob die Kommission zu einer Begrenzung ihrer

Untersuchung und Beurteilung der Vereinbarung, wie sie bei ihr angemeldet worden ist, verpflichtet ist, wenn die Betroffenen die restriktive Wirkung der Vereinbarung dadurch beschränken, daß sie einzelne Bestimmungen nicht mehr anwenden, ohne sie jedoch formell anzupassen. Diese Frage ist nach meiner Meinung zu verneinen. Gegenstand der Untersuchung durch die Kommission ist schließlich die von den Betroffenen selbst angemeldete Vereinbarung. Eine andere Auffassung könnte die Funktion der Anmeldung und der Untersuchung wesentlich behindern. Die Parteien könnten außerdem die Wirkung der angemeldeten Vereinbarung für eine bestimmte Zeit beschränken, um nach der Entscheidung, die sich auf ein tatsächlich weniger wettbewerbsbeschränkendes Verhalten gestützt hätte, die angemeldete Vereinbarung in ihrer restriktiveren Form wiederaufleben zu lassen. In diesem Zusammenhang verweise ich auf die Randnummer 16 der Entscheidungsgründe Ihres Urteils in der Rechtssache 106/79 (VBBB/Eldi records, Slg. 1980, 1137, 1149), wo Sie festgestellt haben: „Die Anmeldung entfaltet ihre Wirkungen in dem Bereich, in dem die Vereinbarung zum Zeitpunkt der Anmeldung Geltung hatte."

Aus der Beantwortung Ihrer neunten schriftlichen Frage ergibt sich, daß der Alleinvertrieb in den Niederlanden übrigens nicht vollständig abgeschafft ist. Außerdem wurde die Feststellung in der Entscheidung (Randnummer 43), daß sich der (zwischenstaatliche) Buchhandel zum großen Teil zwischen Unternehmen abspielt, die anerkannt oder den klägerischen Verbänden beigetreten sind, im Grund nicht bestritten.

Schließlich hat die Kommission zu Recht bemerkt, daß es für eine richtige Begründung in diesem Punkt nach Artikel 85 Absatz 1 bereits ausreicht, daß die Vereinbarung die Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes „bezweckt" (verbundene Rechtssachen 56 und 58/64, Grundig/Consten, Slg. 1966, 321, 390 f.). Daß die betreffenden Bestimmungen dieses Ziel haben, steht zwischen den Parteien fest. Die Rüge ist deshalb zurückzuweisen.

2. Angebliche innere Widersprüchlichkeit und unvollständige Darstellung des Sachverhaltes

Weiterhin wird der Kommission vorgeworfen, daß sie einerseits in Randnummer 1 der Entscheidung ausdrücklich erklärt habe, das Verfahren betreffe nicht die nationalen Systeme der kollektiven vertikalen Preisbindung, andererseits jedoch das System der kollektiven vertikalen Preisbindung bei der grenzüberschreitenden Vereinbarung als Verstoß gegen Artikel 85 angesehen habe, obwohl diese kollektive vertikale Preisbindung doch auch in den nationalen Systemen vorkomme. Dadurch enthalte die Entscheidung einen Begründungsmangel, da es um die nationale Regelung als solche im Verfahren niemals gegangen sei. Wegen der Bedeutung dieser Rüge habe ich bereits im zweiten Teil meiner Schlußanträge eine Reihe allgemeiner Ausführungen zur Erheblichkeit dieses Zusammenhangs zwischen der grenzüberschreitenden und den nationalen Regelungen für die Entscheidung in der vorliegenden Rechtssache gemacht. Gleichzeitig möchte ich auf das verweisen, was ich bereits über die materiellrechtlichen Aspekte dieses Zusammenhangs im dritten Teil meiner Schlußanträge gesagt habe. Da die Rüge als Formrüge vorgebracht worden ist, beschränke ich mich an dieser Stelle auf diese formalen Gesichtspunkte.

In der Tat wird in der Entscheidung ausdrücklich festgestellt, daß die nationalen Systeme nicht Gegenstand des Verfahrens sind (Randnummer 1), doch werden anschließend, in den Randnummern 4

und 5, die Verteilungs- und Preisfestsetzungssysteme von niederländischsprachigen Büchern in den Niederlanden bzw. in Belgien beschrieben. Schließlich wird in Randnummer 48 ff. im Rahmen der Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 auf bestimmte Aspekte kollektiver vertikaler Preisbindung im allgemeinen eingegangen. Nach meiner Auffassung zeigt sich darin kein Begründungsmangel und auch kein Widerspruch zu einer anderen verfahrensrechtlichen Vorschrift. Zunächst wird der Gegenstand der Beurteilung in der Entscheidung angegeben, nämlich die grenzüberschreitende Vereinbarung zwischen den beiden Klägerinnen. Die nationalen Systeme bleiben hier ausdrücklich außer Betracht. Um eine richtige Vorstellung von den Dingen zu vermitteln, war jedoch die Beschreibung der nationalen Systeme notwendig, um — wie die Kommission zu Recht festgestellt hat — den Zusammenhang zu verdeutlichen, innerhalb dessen die grenzüberschreitende Vereinbarung wirksam ist. Diese Beschreibung enthält nur Tatsachen. Schließlich werden im Rahmen des dritten Teils der Entscheidung „Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3" in bezug auf das in der grenzüberschreitenden Vereinbarung niedergelegte System der kollektiven vertikalen Preisbindung „einige Aspekte der kollektiven vertikalen Preisbindung im allgemeinen behandelt, da die Würdigung der Vereinbarung, die die Preisbindung für Bücher im Handel zwischen Mitgliedstaaten betrifft, nicht vollständig von den generellen Aspekten getrennt werden kann" (Randnummer 48 letzter Absatz).

Das Urteil, zu dem die Kommission in diesem Punkt hinsichtlich der allgemeinen Aspekte gekommen ist, wird ebenso auf die nationalen Systeme der kollektiven vertikalen Preisbindung anzuwenden sein. Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Kommission hiermit tatsächlich auch bereits das nationale System als solches in rechtlicher Hinsicht beurteilt hätte. Hierfür wird, wie ich im dritten Teil meiner Schlußanträge vorgetragen habe, namentlich die Frage von Bedeutung sein, ob die betreffenden nationalen Vereinbarungen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können, damit die Kommission zum Einschreiten befugt ist, oder anders gesagt, ob Artikel 85 auf diese sich auf einen einzigen Mitgliedstaat beschränkenden nationalen Systeme der kollektiven vertikalen Preisbindung im Buchbereich anwendbar ist.

Die rechtliche Beurteilung dieser Frage in der Entscheidung betrifft das kollektive System von Festpreisen, die über die Grenzen hinweg gelten. Ich bin deshalb der Auffassung, daß in der Entscheidung kein Urteil über die nationalen Systeme als solche getroffen worden ist. Die Behauptung eines Begründungsmangels ist deshalb zurückzuweisen.

3. Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze, namentlich gegen die Grundsätze eines ordnungsgemäßen Verfahrens

Unter dieser Überschrift werde ich sieben Rügen erörtern, die im Verfahren gegen die Entscheidung erhoben worden sind.

a) Die *erste* Rüge schließt in der Tat an die vorherige, unter 2. angeführte an, da behauptet wird, die Entscheidung beseitige praktisch die nationalen Systeme, ohne daß gegen diese ein förmliches Verfahren durchgeführt worden sei bzw. die Beschwerdepunkte mitgeteilt worden seien.

Aus dem dritten Teil meiner Schlußanträge ergibt sich, daß ich die Meinung nicht teilen kann, wonach die Entscheidung zu einer faktischen Beseitigung der nationalen Systeme führen müsse. Bereits deswegen ist die Rüge zurückzuweisen. Darüber hinaus weise ich noch darauf hin, daß die grenzüberschreitende Verstärkung des Systems der kollektiven ver-

tikalen Preisbindung im Buchbereich in bezug auf die nationalen Vereinbarungen durchaus in den Beschwerdepunkten erwähnt worden ist. Im Anschluß daran sind außerdem auch die nationalen Regelungen im Verwaltungsverfahren ausführlich zur Sprache gekommen, und zwar sowohl bei den beiden Anhörungen als auch in den schriftlichen Erklärungen.

b) Die *zweite* Rüge läuft darauf hinaus, die Kommission habe die betreffende Entscheidung erlassen, entgegen ihren Zusagen vor dem Europäischen Parlament und bei den Anhörungen vom 15. und 16. März 1978 (S. 100), erst eine Untersuchung über Festpreise im Buchsektor auf europäischer Ebene durchführen zu lassen, bevor sie eine Entscheidung hinsichtlich der streitigen grenzüberschreitenden Vereinbarung treffe. Hierdurch habe sie entgegen den Erwartungen gehandelt, die sie bei den Parteien geweckt habe.

Hinsichtlich der Äußerung in der Anhörung vom 15. und 16. März 1978 möchte ich in erster Linie bemerken, daß der betreffende Beamte, Direktor Ferry, bei den Betroffenen keine berechtigten Erwartungen wecken konnte, wozu ich u. a. auf die Randnummer 20 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache 71/74 (Frubo, Slg., 1975, 563, 582) verweise. Sie sollten sich darin erinnern, daß Sie auch in anderen Rechtssachen, u. a. in den Stahlquotensachen, bereits zu wiederholten Malen eventuelle Zusagen von Beamten der Kommission bei der Geltendmachung des Grundsatzes des berechtigten Vertrauens für unerheblich gehalten haben. Infolgedessen kann nach meiner Meinung nicht behauptet werden, eine Stellungnahme in einer Anhörung am 15. und 16. März 1978 — ganz abgesehen von ihrem Inhalt — habe derartige Erwartungen wecken können, so daß der Erlaß der Entscheidung gut drei Jahre später am 25. November 1981 als eine unerwartete Überraschung gekommen sei, zumal es in den drei Jahren zwischen der Kommission und den Beteiligten ausführliche Kontakte einschließlich einer zweiten Anhörung am 18. Oktober 1979 gegeben hatte. Dabei drehte sich die Diskussion gerade um Festpreise bei Büchern.

In der Mitteilung zur Anhörung vom 15. und 16. März 1978 wurde in erster Linie darauf hingewiesen, daß man nicht die Absicht habe, eine Entscheidung hinsichtlich der streitigen Vereinbarung zu treffen, bevor nicht im April 1978 eine Konferenz über den Buchsektor auf europäischer Ebene stattgefunden habe; das Ziel sei, Beweismaterial zu sammeln. Im Anschluß daran wurde erklärt, daß die Betroffenen nach dieser Sitzung, und nachdem die Kommission eine Entscheidung hinsichtlich ihrer Politik bei Büchern getroffen habe, ersucht würden, ihre Vereinbarung bezüglich der Bestimmungen, die nach ihren Angaben nicht länger in Kraft seien, zu ändern. Es ist mir nicht bekannt, ob die Kommission wirklich eine grundsätzliche Entscheidung hinsichtlich ihrer Politik bei Büchern und nicht nur in bezug auf die streitige Vereinbarung getroffen hat, und falls es so ist, wann. Die streitige Mitteilung ist nach meiner Meinung wirklich kein Muster an großer Klarheit. Zuerst scheint es, als ob die Entscheidung bis zu der Tagung auf europäischer Ebene im April aufgeschoben würde, während das später in dem Sinn näher erläutert wird, daß die Kommission anschließend vor dieser Entscheidung auch noch eine allgemeine Entscheidung über ihre Politik treffen werde. Wie dem auch sei, aus dem Wortlaut und namentlich dem wiederholten Gebrauch von „we do not intend ... to proceed with a decision ..." ergibt sich hinreichend, daß es um eine Absicht und nicht um eine die Kommission bindende Leitlinie ihrer Politik geht.

Deshalb meine ich, daß dieser Teil der Rüge zurückzuweisen ist.

Hinsichtlich der Mitteilung des Kommissars O'Kennedy vor dem Europäischen Parlament am 13. Februar 1981 bin ich der Auffassung, daß dadurch gerade unterstrichen worden ist, daß die streitige Vereinbarung nicht Gegenstand der Diskussion mit dem Parlament war. Er erklärte ausdrücklich, daß die Kommission in diesem Zusammenhang unter Berücksichtigung ihrer Aufgabe im Rahmen des Artikels 85 keine vorhergehende Beratung mit dem Parlament akzeptieren könne.

Aus den von den Klägerinnen vorgelegten Unterlagen bezüglich der Diskussionen im Europäischen Parlament kann übrigens auch keine Zusage der Kommission gegenüber dem Europäischen Parlament, wie sie von den Klägerinnen behauptet wird, hergeleitet werden. In diesem Punkt stimme ich mit dem überein, was die Kommission dazu in ihrem Schriftsätzen vorgetragen hat. Selbst wenn übrigens die Behauptung der Klägerinnen richtig wäre, stände damit noch nicht fest, daß sie sich im Verfahren vor dem Gerichtshof darauf berufen könnten.

Auch dieser Teil der Rüge ist daher zurückzuweisen.

c) *Drittens* wird geltend gemacht, die Entscheidung diskriminiere die streitige Vereinbarung, da andere Systeme, die vergleichbar seien, nicht angegriffen würden. Die Vergleichbarkeit wird namentlich durch den Hinweis untermauert, daß auch in anderen Systemen Regelungen für eine Preisbindung bei Büchern enthalten seien. Dazu ist u. a. auf das britische Net Book Agreement, das deutsche Sammelrevers und das heutige französische System („Loi Lang") verwiesen worden.

Nach meiner Meinung ist es nicht notwendig, Ihnen im Rahmen dieser Rüge die genannten Systeme im einzelnen darzulegen. Es genügt insoweit der Hinweis, daß die streitige Vereinbarung ausdrücklich einen grenzüberschreitenden Charakter hat und von den beiden Verbänden in den Niederlanden und in Belgien für den grenzüberschreitenden Handel geschlossen worden ist, ferner daß die angemeldete Vereinbarung sowohl ein Ausschließlichkeitssystem als auch ein System der kollektiven vertikalen Preisbindung enthält. Das Net Book Agreement und das deutsche Sammelrevers sind bereits auf den ersten Blick weniger wettbewerbsbeschränkend als die streitige Vereinbarung, da beide von einem System der individuellen vertikalen Preisbindung ausgehen und keinen Alleinvertrieb kennen. Bei beiden handelt es sich in erster Linie um nationale Vereinbarungen, die allerdings eine gewisse grenzüberschreitende Wirkung haben. Ihr Ausmaß und die daran anknüpfende Beurteilung nach Artikel 85 sind nach Angaben der Kommission allerdings Gegenstand einer Untersuchung. Die Anwendung des Net Book Agreement in Irland scheint übrigens durch die Wechselkursschwankungen zwischen dem britischen und dem irischen Pfund erschwert zu werden, wodurch letztlich kein Einheitspreis für jede in Irland verkaufte Ausgabe zustande kommt, wie die Kommission auf eine Frage des Gerichtshofes mitgeteilt hat.

Das französische System ist in einem Gesetz vom 10. August 1981 niedergelegt und hat somit einen vollständig öffentlich-rechtlichen Charakter. Die Buchhändler können wie bereits gesagt u. a. einen Rabatt bis zu höchstens 5 % des festgesetzten Ladenpreises geben. Allerdings ist vorgeschrieben, daß der Importeur bei der Einfuhr eines in Frankreich verlegten Buches den Ladenpreis zumindest auf demselben Niveau festsetzen

muß wie der Verleger. Wie die Kommission mitgeteilt hat, hat sie hierzu Fragen an die französische Regierung gestellt.

Aus dieser Zusammenfassung ergibt sich nach meiner Überzeugung bereits hinreichend, daß zwischen der streitigen Vereinbarung und den anderen Systemen Unterschiede bestehen. Selbst wenn man diese als weniger bedeutsam unterstellen würde, könnte dies nicht die Verstöße der Klägerinnen gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht oder ihre Duldung durch die Kommission rechtfertigen (vgl. Randnummer 84 der Entscheidungsgründe des Urteils in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78, Fedetab, Slg. 1980, 3125, 3249). Die Kommission kann nun einmal nicht gleichzeitig gegen alle vergleichbaren Übertretungen von Artikel 85 vorgehen. Durch den Erlaß der Entscheidung hat die Kommission daher nicht gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung verstoßen. Die Rüge ist daher zurückzuweisen.

d) Der Kommission wird *viertens* vorgeworfen, nicht mit den Betroffenen nach Alternativen gesucht zu haben, sondern sich auf die Stellungnahme beschränkt zu haben, daß eine Freistellung aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 nicht möglich sei. Auf die materiellrechtlichen Gesichtspunkte dieser Rüge bin ich bereits im dritten Teil meiner Schlußanträge eingegangen. Dabei habe ich auch bereits ausgeführt, daß der Vorwurf nicht ganz den Tatsachen entspricht, die Kommission sich aber bei der Formulierung von Alternativen wirklich zurückgehalten hat.

In ihrer Antwort auf die Formrüge hat sie die Kommission anfänglich gefragt, welcher Rechtsgrundsatz nach Auffassung der Klägerinnen durch sie verletzt worden sein solle. In der Erwiderung ist dazu erklärt worden, es gehe darum, daß die Kommission ihre Aufgabe nicht richtig wahrgenommen und Erwartungen geweckt habe.

Festzustellen ist, daß weder in Artikel 85 noch in der Durchführungsverordnung Nr. 17 irgendwo eine solche Pflicht der Kommission verankert ist. Eine solche Haltung könnte außerdem für die Kommission die Gefahr mit sich bringen, daß sie schließlich ihre Aufgabe gemäß Artikel 85 nicht mehr unvoreingenommen durchführen könnte.

Zum Schluß der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Kommission darauf in seiner Antwort auf eine Reihe von Fragen des Gerichtshofes zu Recht hingewiesen, dies vor allem im Hinblick auf die Anwendung des Artikels 85 Absatz 3. Die Unterbreitung von Vorschlägen, die zur Angabe eines Negativattests führen können, stößt bei der Kommission auf weniger Bedenken. Das ist meiner Meinung nach auch berechtigt, da ein Negativattest jederzeit widerrufen werden kann, wenn neue belastende Tatsachen bekannt werden. Eine Freistellung ist dagegen auch für das nationale Gericht bindend. Bei ihren Beratungen mit der Wirtschaft muß die Kommission deshalb auf der Hut davor sein, sich so sehr auf bestimmte Lösungen festzulegen, daß die verfahrensmäßigen Garantien der Unparteilichkeit u. a. für interessierte Dritte wie Mitbewerber oder Abnehmer untergraben werden. Die Kommission hat außerdem zu Recht darauf hingewiesen, daß in Bereichen mit vielen Unternehmen die Kommission auch nicht in der Lage sei, die internen Interessengegensätze, die für oder gegen bestimmte Lösungen sprächen, vollständig zu übersehen. Auch dies ist ein Grund für eine große Zurückhaltung bei der Rolle als „alternativer Kartellentwerfer".

Im vorliegenden Fall scheint übrigens zwischen den Klägerinnen und der Kommission seit der Mitteilung der Beschwerdepunkte Ende 1977 ein regelmä-

ßiger Kontakt bestanden zu haben, es muß daher einen gewissen Dialog gegeben haben. Im Schreiben des Direktors Ferry vom 9. August 1979 wird erklärt, es seien Systeme denkbar, die weniger wettbewerbsbeschränkend seien als die kollektive vertikale Preibindung, z. B. „ein gemeinsamer Einkauf der Buchhändler und Formen der Zusammenarbeit, wie sie in der Bekanntmachung über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit betreffen (ABl. C 75, 1968, S. 3, und C 84, S. 4), beschrieben sind".

Im Anschluß daran sprechen die Klägerinnen im Schreiben an Herrn Dubois von der Kommission selbst über die Ausarbeitung von Vorschlägen in dem von der Kommission empfohlenen Sinn (Dok. Nr. 11 VBBB, Dok. Nr. 30 VBVB).

Schließlich ergibt sich auch aus den Äußerungen in der Erwiderung der VBBB (Rechtssache 63/82, S. 13), daß die Kommission tatsächlich Vorschläge unterbreitet hat. Dies läßt die Klägerin nämlich in diesem Zusammenhang die Behauptung aufstellen, daß die angefochtene Entscheidung im Widerspruch zu den Vorschlägen erlassen worden sei und deshalb die einmal geweckten Erwartungen enttäuscht habe. Was diese Erwartungen betrifft, beziehe ich mich für die Zurückweisung dieser Rüge nochmals auf die Rechtssache 71/74 (Frubo, Slg. 1975, 581 f.).

Die Rüge ist deshalb zurückzuweisen.

e) *Fünftens* behauptet die Klägerin VBVB, in allen Mitgliedstaaten gelte ein System fester Buchpreise. Deshalb stehe die Entscheidung in Widerspruch zu den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundrechten, die in der Gemeinschaft respektiert werden müßten. Die Klägerin stützt sich dabei auf das Urteil in der Rechtssache 4/73 (Nold, Slg. 1974, 491).

Die Klägerin bemerkt zu Recht, daß es nach Auffassung des Gerichtshofes bei dem Schutz des von ihr angeführten Grundsatzes um die gemeinsamen *Grund*rechte aller Mitgliedstaaten gehen müsse. Sie haben in der Rechtssache Nold erklärt, daß es dabei um die Rechte gehen muß, die aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten folgen oder an die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte anknüpfen, an deren Abschluß die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind (Randnummer 13 der Entscheidungsgründe des Urteils).

Die Klägerin hat nicht nachgewiesen, daß Festpreise für Bücher, soweit sie überhaupt in allen Mitgliedstaaten gelten, zu dieser Kategorie von Rechten gehören. Es geht hier um eine Maßnahme auf dem Gebiet des wirtschaftlichen Ordnungsrechts. In diesem Zusammenhang verweise ich außerdem auf das, was ich zu einer ähnlichen materiellrechtlichen Rüge der Klägerinnen bereits im dritten Teil meiner Schlußanträge ausgeführt habe.

Die Rüge ist deshalb zurückzuweisen.

f) Der Kommission wird *sechstens* vorgeworfen, trotz eines ausdrücklichen Antrags der Klägerin VBVB vom 1. Oktober 1979 dieser nicht alles Beweismaterial vorab vorgelegt und dadurch gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstoßen zu haben.

In dem betreffenden Schriftstück schreibt die Klägerin der Kommission u. a. (Dokument Nr. 15):

„Der Klägerin muß das Recht gewährt werden, von den Informationen, auf die sich die Kommission stützt, Kenntnis zu nehmen. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verlangt, daß der Klägerin das Beweismaterial, das man gegen sie vorzubringen beabsichtigt, vorab mitgeteilt wird."

Dieser Antrag wurde jedoch nicht weiter spezifiziert. Die Klägerin kam auch nicht mehr auf ihn zurück, obwohl die Kommission in keiner Weise auf den Antrag reagierte. Deshalb ist es nicht unverständlich, daß die Kommission unter Berücksichtigung des Wortlauts des Antrags davon ausging, daß es sich mehr um eine allgemeine grundsätzliche Äußerung als um einen konkreten Antrag auf Überlassung bestimmter Dokumente handele. Ich möchte hierzu bemerken, daß dieser Antrag in einem Einleitungsteil „Vorbemerkungen" steht, der eine Reihe allgemeiner Bemerkungen enthält, bevor im folgenden Teil auf die Einwände, wie sie im Schreiben vom 9. August 1979 mitgeteilt worden sind, eingegangen wird. Übrigens ist mir der Charakter des Schreibens der Klägerin nicht ganz klar, da es als „Note" bezeichnet wird.

Erst in der Erwiderung hat die Klägerin klargestellt, daß es ihr um drei Dokumente geht, nämlich:

— die Protokolle der Sitzung mit dem Groupement des éditeurs de livres de la CEE;

— die gründliche Untersuchung, die im Schreiben des Direktors Ferry vom 9. August 1979 erwähnt wird;

— die Untersuchung, um die es im Entschließungsentwurf für den Fall seiner Annahme geht und die im Schreiben des Direktors Ferry vom 13. November 1980 an die Klägerin erwähnt wird.

Die Kommission weist in ihrer Gegenerwiderung darauf hin, daß die Protokolle der betreffenden Sitzungen bereits im Besitz der Klägerinnen seien, da ihre Vertreter auch bei den Sitzungen anwesend gewesen seien.

Was den zweiten Antrag angeht, lautet die betreffende Briefstelle wie folgt:

„Nach gründlicher Untersuchung des Systems der kollektiven vertikalen Preisbindung für Bücher im niederländischen Sprachgebiet, u. a. mit Hilfe der Unterlagen, die Sie uns bezüglich des Buchwesens in den Niederlanden und in Flandern übersandt haben, bin ich zu dem vorläufigen Ergebnis gelangt, daß Ihrem Antrag auf Freistellung des Entwurfs der neuen Vereinbarung zwischen der VBBB und der VBVB nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag nicht stattgegeben werden kann."

Mir ist nicht klar, was die Klägerin wirklich will, da in dem Schreiben anschließend die genannte Entscheidung, den Antrag zurückzuweisen, d. h. das Ergebnis der vorhergehenden Untersuchung, ausführlich begründet wird.

Schließlich beschränke ich mich hinsichtlich des dritten Antrags auf die Bemerkung, daß dieser Antrag vom 1. Oktober 1979 sich nicht auf die im Schreiben der Kommission vom 13. November 1980 angekündigte Möglichkeit bestimmter Untersuchungen beziehen konnte, da dazwischen gut ein Jahr liegt.

Außerdem betraf dieses Schreiben eine ablehnende Stellungnahme zu einem neuen Entwurf einer Vereinbarung, der vorgelegt worden war (Randnummern 27 bis 30 der Entscheidung). Infolgedessen blieben die ursprünglichen Beschwerdepunkte vom 19. Dezember 1977 aufrecht erhalten. Dort sind die den Klägern zur Last gelegten Fakten hinreichend klar aufgeführt. Der Gerichtshof hat bereits in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64 (Grundig/Consten, Slg. 1966, 321) festgestellt, daß nicht die gesamten Akten vorgelegt zu werden brauchen. Ausreichend ist, daß die Betroffenen über die wesentlichen Tatsachen unterrichtet werden, auf die sich die Beschwerdepunkte stützen (Randnummern 21 bis 26 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache 48/69, ICI, Slg. 1972, 619, 654).

Die Klägerin hat meines Erachtens nicht nachgewiesen, daß ihr durch die ablehnende Haltung der Kommission die zur Führung ihrer Verteidigung notwendigen Angaben vorenthalten worden sind. Ich verweise in diesem Zusammenhang auf die Randnummer 39 der Entscheidungsgründe des Urteils in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78 (Fedetab, Slg. 1980, 3125).

Auch diese Rüge ist daher zurückzuweisen.

g) Der Kommission wird *schließlich* vorgeworfen, sie habe nicht alle Punkte der Klägerinnen beantwortet. Es geht dabei um die Behauptung, sie sei nicht auf die Rügen eingegangen, daß die Kommission mit ihrer Stellungnahme gegen Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention über die Meinungsfreiheit beziehungsweise gegen Artikel 10bis der Verbandsübereinkunft zum Schutz gegen die „Lockvogelpolitik" verstoße. Die materiellrechtliche Seite dieser Rüge habe ich oben bereits behandelt.

Die Kommission ist in der Tat in ihrer Entscheidung nicht auf diese Punkte eingegangen, die im Verfahren, allerdings zu verschiedenen Zeitpunkten, vorgetragen worden sind. Es ist jedoch feststehende Rechtsprechung des Gerichtshofes, daß die Kommission nicht auf alle sachlichen und rechtlichen Fragen einzugehen braucht, die während des Verwaltungsverfahrens vorgebracht worden sind, und ihre Entscheidung nicht mit Gründen versehen muß, soweit mit ihr von den Parteien vorgetragene Rügen verworfen werden (vgl. u. a. bereits die verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64, Grundig/Consten, Slg. 1966, 321, 385, 386 und zuletzt Randnummer 66 der Entscheidungsgründe des Urteils in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78, Fedetab, Slg. 1980, 3125, 3244).

Als Verfahrensrüge ist dieses Vorbringen deshalb zurückzuweisen.

4. Unregelmäßigkeiten im Verfahren

Der Kommission werden anschließend einige Formfehler vorgeworfen, die auf drei Unregelmäßigkeiten im Verfahren hinauslaufen, das zu der streitigen Entscheidung geführt hat.

a) Die Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 12. Januar 1978 sei von Herrn Schlieder *zunächst* zu Unrecht „in opdracht" [im Auftrag] unterzeichnet worden, da eine solche Vollmacht nicht bestanden habe und, wenn dies doch der Fall gewesen wäre, die Bevollmächtigung unzulässig gewesen wäre.

Diese Rüge kann meines Erachtens sogleich mit dem Hinweis auf Ihre Rechtsprechung in den Rechtssachen 48/69 (ICI, Randnummern 11 bis 14 der Entscheidungsgründe des Urteils, Slg. 1972, 619, 653) sowie 8/72 (VCH, Randnummern 10 bis 14 der Entscheidungsgründe des Urteils, Slg. 1972, 977, 989) abgetan werden. Dort haben Sie entschieden, daß der betreffende Beamte „nicht aufgrund einer Übertragung von Befugnissen, sondern im Rahmen einer bloßen Übertragung der Zeichnungsberechtigung" durch das zuständige Mitglied der Kommission gehandelt habe.

Die Kommission hat dazu noch erklärt, daß es hier um die Zeichnungsberechtigung gehe, die der zuständige Kommissar Herrn Schlieder übertragen habe, nachdem er selbst (im Rahmen der ihm von der Kommission übertragenen Befugnisse) die Beschwerdepunkte gebilligt habe. Nach Auffassung der Kommission handelt es sich hier um eine feste Praxis, die durch Sie in den vorgenannten Urteilen gutgeheißen worden sei und die es mit sich bringe, daß für jede Zustellung von Beschwerdepunkten, die gebilligt worden seien, erneut eine solche Übertragung der Zeichnungsberechtigung erfolge.

Was die Erklärung der Klägerinnen angeht, daß in den genannten Rechtssachen im Gegensatz zu der vorliegenden der Beweis erbracht worden sei, daß der zuständige Kommissar die Beschwerdepunkte selbst gebilligt habe, hat die Kommission angeboten, die erforderlichen Dokumente vorzulegen. Auch wenn der Gerichtshof davon keinen Gebrauch gemacht hat, kann davon ausgegangen werden, daß die Kommission im vorliegenden Fall sicher ihrer Standardpraxis gefolgt ist.

Die Rüge ist deshalb ebenfalls zurückzuweisen.

b) Der Kommission wird *zweitens* ein Verstoß gegen Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung Nr. 99/63 vorgeworfen, da sie einen flämischen Schriftsteller von der Anhörung ausgeschlossen habe, der von der VBVB als Zeuge benannt worden sei.

Dieses Vorbringen ist unhaltbar, wenn man die Äußerung des Vertreters der VBVB auf Seite 50 des Protokolls der Anhörung vom 15. und 16. März 1978 berücksichtigt, aus der sich ergibt, daß die Kommission ihre frühere ablehnende Haltung aufgegeben hatte. Die Abwesenheit des betreffenden Schriftstellers bei der Anhörung beruhte darauf, daß dieser offenbar nicht rechtzeitig genug von der veränderten, nunmehr positiven Haltung der Kommission unterrichtet worden war.

Nach meiner Auffassung ist es unter Berücksichtigung dieser Umstände nicht notwendig, weiter auf die zunächst ablehnende Haltung der Kommission einzugehen, beziehungsweise auf den geltend gemachten Verstoß gegen Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung Nr. 99/63.

Die Rüge ist deshalb zurückzuweisen.

c) *Schließlich* wird gerügt, daß die Anhörung vom 18. Oktober nicht ordnungsgemäß verlaufen sei, da nicht alle mit der Sache befaßten Beamte, namentlich nicht Direktor Ferry, anwesend gewesen seien, beziehungsweise, daß letzterer sich durch einen anderen habe vertreten lassen.

Es ist nicht klar, gegen welchen Rechtsgrundsatz dadurch nach Auffassung der Klägerinnen verstoßen worden sein soll. Anzunehmen ist, daß es dabei um Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 99/63 geht, der wie folgt lautet: „Die Anhörungen werden von den Personen durchgeführt, die die Kommission damit beauftragt."

Aus der Gegenerwiderung ergibt sich, daß der für Wettbewerb zuständige Kommissar die Befugnis zur Durchführung von Anhörungen auf den Direktor der Direktion Wettbewerbsvorschriften oder im Fall seiner Verhinderung auf dessen Stellvertreter übertragen hat.

Die Anhörung vom 18. Oktober 1979 wurde nicht von Direktor Ferry geleitet, sondern offensichtlich von Herrn Mussard, Berater, als seinem Stellvertreter.

Dies scheint somit vollkommen mit der oben dargestellten Übertragung der Befugnis zur Durchführung von Anhörungen im Einklang zu stehen.

Zu Beginn der Anhörung wurde denn auch mitgeteilt, daß Herr Mussard aufgrund von Artikel 26 der Geschäftsordnung der Kommission und namentlich aufgrund der Sondervollmacht, wie sie vom zuständigen Kommissar erteilt worden sei, in Vertretung von Herrn Ferry mit der Anhörung betraut worden sei.

Artikel 26 der Geschäftsordnung bezeichnet den Beamten, der seinen Vorgesetzten im Fall der Verhinderung vertritt.

Die Klägerin hat daher in keiner Weise nachgewiesen, daß der Anhörung wegen der Vertretung des Herrn Ferry durch Herrn Mussard irgendwelche Unregelmäßigkeiten anhafteten.

Sollte die Klägerin der Auffassung sein, daß alle Beamte, die sich mit der Sache befaßt haben, bei der Anhörung stets anwesend sein müßten, verweise ich insoweit nur auf die Randnummer 27 der Entscheidungsgründe des Urteils in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 215 und 217/78 (Fedetab, Slg. 1980, 3234), wo eben dieses Argument zurückgewiesen worden ist. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, daß Herr Mussard während der ganzen Anhörung anwesend gewesen ist.

Die Rüge ist deshalb zurückzuweisen.

5. Der Kommission wird auch noch ein Verstoß gegen die Artikel 2 und 4 der Verordnung Nr. 99/63 vorgeworfen, da die Entscheidung Beanstandungen enthalte, die in den Beschwerdepunkten nicht aufgeführt gewesen seien; außerdem gebe es in den Beschwerdepunkten eine Reihe von Ungenauigkeiten, die hätten richtiggestellt werden müssen.

Der erste Vorwurf richtet sich u. a. dagegen, daß die Beschwerdepunkte hauptsächlich auf das Element des kollektiven Alleinvertriebs in der streitigen Vereinbarung gestützt worden seien, während die betreffende Vereinbarung in der Entscheidung sowohl hinsichtlich des kollektiven Alleinvertriebs als auch hinsichtlich der kollektiven vertikalen Preisbindung beurteilt worden sei.

Beim Lesen der Beschwerdepunkte ergibt sich jedoch unbestreitbar, daß auch diese bereits beide Elemente betreffen, sowohl hinsichtlich der Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 unter II als auch hinsichtlich der Nichtanwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 unter III (u. a. Punkte 2 und 4).

Selbstverständlich ist in der Entscheidung eine ausführlichere Begründung enthalten als in den Beschwerdepunkten, so z. B. im Hinblick auf eine Reihe von Gesichtspunkten zur kollektiven vertikalen Preisbindung, was mit der Funktion der Beschwerdepunkte im Verwaltungsverfahren vollkommen in Einklang steht. In diesem Zusammenhang verweise ich auf Ihre Urteile in den Rechtssachen 41/69 (ACF Chemiefarma, Randnummern 90 bis 95 der Entscheidungsgründe des Urteils, Slg. 1970, 661, 694) und 209 bis 215 und 218/78 (Fedetab, Randnummer 68 der Entscheidungsgründe des Urteils, Slg. 1980, 3125, 3245).

Weiterhin behauptet die Klägerin, die Beschwerdepunkte enthielten „offenkundig falsches Zahlenmaterial" und das Anerkennungssystem sei darin zu Unrecht aufgenommen worden.

Sollten die Klägerinnen der Auffassung sein, daß die Kommission infolgedessen verpflichtet sei, neue Beschwerdepunkte vorzutragen, verkennen sie die Funktion des Verwaltungsverfahrens (Beschwerdepunkte, schriftliche Stellungnahme, Anhörung der Betroffenen), das dem Erlaß der Entscheidung vorangeht und dazu dient, den Betroffenen ihren Anspruch auf rechtliches Gehör zu sichern. Wenn in der Entscheidung den geäußerten Be- und Anmerkungen nicht Rechnung getragen wird, können diese vor dem Gerichtshof als Gegenstand des Rechtsstreits gegen die Entscheidung vorgebracht werden.

Die Behauptung der Klägerinnen hinsichtlich des „offenkundig falschen Zahlenmaterials" ist übrigens nicht weiter spezifiziert worden. Somit kann hier an dieser Stelle nicht näher darauf eingegangen werden. Zu dem Vorwurf, daß das Erfordernis der Anerkennung in die Beschwerdepunkte (und in die Entscheidung) aufgenommen worden sei, habe ich bereits früher festgestellt, daß er unbegründet ist.

Die Rüge ist daher zurückzuweisen.

V — Schlußbemerkungen und Ergebnis

1. Zusammenfassung

In meinen Ausführungen bin ich zu dem Ergebnis gekommen, daß alle von den Klägerinnen gegen die angefochtene Entscheidung angeführten materiell- und verfahrensrechtlichen Rügen zurückzuweisen sind. Die wichtigsten Rügen betreffen dabei offensichtlich die Weigerung einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3. In diesem Punkt war ich zu dem Schluß gelangt, daß die betreffende grenzüberschreitende Vereinbarung in der Tat keine der vier kumulativ aufgestellten Voraussetzungen dieses Artikels erfüllt, oder zumindest, daß die Kommission im Rahmen ihrer politischen Entscheidungsfreiheit in rechtmäßiger Weise zu diesem Urteil kommen konnte. Um den Klägerinnen voll gerecht zu werden, bin ich bei der Widerlegung ihrer Argumente weiter gegangen, als Sie es tun müssen. Wie die Kommission zu Recht bemerkt, haben Sie in Ihrer Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt, daß die Kommission namentlich — wenn auch nicht ausschließlich — bei der Prüfung der beiden positiven Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 für die Möglichkeit einer Freistellung über ein politisches Ermessen verfügt, das von Ihnen nur im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit überprüft werden kann. Die Beurteilung angeblicher Beiträge zur Verbesserung der Erzeugung oder der Verteilung sowie die Abwägung eventuell festgestellter Verbesserungen und der wirtschaftlichen Einwände gegen eine Vereinbarung (die „wirtschaftliche Ausgeglichenheit" einer Vereinbarung) sind ja in erster Linie eine Frage der Wirtschaftspolitik, bei der Sie insbesondere darauf zu achten haben, wie sorgfältig die von den Klägerinnen angeführten Argumente gewürdigt worden sind. Unter Berücksichtigung der sehr schwerwiegenden Bedenken, die in der westlichen Welt überwiegend gegen eine kollektive vertikale Preisbindung bestehen und die ich in meinen Schlußanträgen nochmals kurz zusammengefaßt habe, möchte ich mich in dieser Zusammenfassung in bezug auf die genannten positiven Voraussetzungen auf die Schlußfolgerung beschränken, daß die Kommission nach sorgfältiger Prüfung aller Argumente triftige politische Gründe, die vom Gerichtshof zu respektieren sind, für ihre Auffassung angeführt hat, daß die beiden positiven Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 nicht erfüllt sind. Dabei hat die Kommission auch den kulturellen Faktor, der von den Klägerinnen selbst als „Forderung nach einer breiten Auswahl" verstanden worden ist, in angemessener Weise gewürdigt. Rechtlich gesehen habe ich somit in meinen vorangegangenen Ausführungen — wie gesagt überflüssigerweise — außerdem erklärt, warum ich die von der Kommission für ihre Auffassung angeführten Argumente auch selber für richtig halte. Da es in der vorliegenden Sache um eine politisch heikle Angelegenheit geht, halte ich es außerdem für verständlich und für anerkennenswert, daß die Kommission, nachdem sie bei der Prüfung der Vereinbarung hinsichtlich der beiden positiven Voraussetzungen zu einem negativen Ergebnis gekommen war, diese — obwohl rechtlich gesehen unnötig — auch noch in bezug auf die beiden negativen Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 geprüft hat. Selbst wenn die Kommission im Rahmen ihres politischen Ermessens irgendwelche Zweifel (die nicht vorhanden waren) hinsichtlich der beiden positiven Voraussetzungen der betreffenden Vereinbarung voll zugute gehalten hätte, könnte sie mit guten Gründen erklären, daß die beiden negativen Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 jedenfalls nicht erfüllt sind.

2. Die Frage nach Alternativen

Die Frage, ob und gegebenenfalls welche Alternativen für die verbotenen Bestimmungen in der grenzüberschreitenden Vereinbarung bestehen, ist von den Klägerinnen sowohl bei der Prüfung des Erfordernisses der Unerläßlichkeit in Artikel 85 Absatz 3 als auch bei ihren Verfahrensrügen gestellt worden. Deswegen habe ich schon eingangs angekündigt, auf diesen Punkt im Schlußteil meiner Anträge noch einmal zurückzukommen. Außerdem hat die niederländische Klägerin in der mündlichen Verhandlung in der Nachmittagssitzung erklärt, eine Bestätigung der Kommissionsentscheidung durch den Gerichtshof auch hinsichtlich des Alleinvertriebs „würde zu einem Loch führen, einem Interregnum, in dem es noch kein neues System geben kann, das während eines bestimmten Zeitraums die Spannung, die doch auf dem Markt vorhanden ist..., beseitigen kann, so daß ein angemessener Übergang unmöglich ist". In diesem Zusammenhang wurden Sie von der niederländischen Klägerin darum gebeten, in Ihrer Entscheidung Ihre Auffassung zu den verschiedenen Alternativen anzugeben.

Was dieses Ersuchen angeht, schicke ich voraus, daß Sie dem natürlich nur in beschränktem Maße nachkommen können. Nicht nur die der Kommission insoweit zustehende politische Ermessensfreiheit, sondern auch der Umstand, daß keine einzige Alternative als solche Gegenstand dieses Verfahrens ist, legen Ihnen in dieser Hinsicht große Beschränkungen auf. Trotzdem können einige Ausführungen zu den in diesem Verfahren zur Sprache gekommenen Alternativen gemacht werden.

Die wichtigste Feststellung, die in dieser Hinsicht möglich ist, ist der Hinweis, daß die angefochtene Entscheidung und somit auch Ihr Urteil nicht die nationalen Regelungen betreffen, die der grenzüberschreitenden Vereinbarung zugrunde liegen. Dies gilt auch für die nationalen Ausschließlichkeitsregelungen, soweit sie noch in Kraft sind, was nach den Angaben im Verfahren vor allem in Belgien nicht mehr der Fall ist. Man braucht deshalb, selbst in der letztgenannten Hinsicht, kein Interregnum (vor allem in den Niederlanden) während der fortgesetzten Beratungen mit der Kommission zu fürchten. Ich habe bereits dargelegt, daß die nationalen Regelungen der kollektiven Preisbindung mit den ihnen von den nationalen Verwaltungsbehörden und Gerichten auferlegten Beschränkungen an sich bereits ein starkes Bollwerk bilden. Sowohl die in Deutschland als auch die im Vereinigten Königreich bestehenden und zugelassenen Regelungen sowie die Tatsache, daß keine ernsten grenzüberschreitenden Beeinträchtigungen der nationalen Systeme bekannt geworden sind, seitdem es unmöglich ist, die grenzüberschreitende Vereinbarung mit Sanktionen aufrechtzuerhalten, zeigen, daß diese nationalen Regelungen an und für sich bereits eine wichtige Alternative bilden. Ich verweise hierzu auch auf das, was ich zu dieser Alternative und insbesondere auch zu den objektiven Schwierigkeiten, die die Kommission überwinden müßte, um auch gegen die nationalen Systeme vorzugehen, vorhin bereits gesagt habe.

Was die anderen Alternativen (sowohl auf der Produktionsebene als auch auf der Vertriebsebene des Büchermarkts) angeht, die von der Kommission bei der ganzen Erörterung dieser Angelegenheit ausdrücklich für zulässig gehalten worden sind, so fällt sicher auf, daß diese Alternativen von dem vollständigen Wegfall jeder Form der vertikalen Preisbindung — auch auf nationaler Ebene — auszugehen scheinen. Aus meinen vorangegangenen Ausführungen wird Ihnen deutlich geworden sein, daß ich dafür an sich das größte Verständnis habe. Dies

ändert jedoch nichts an meiner anderen Feststellung, daß die Entscheidung der Kommission und damit auch eine Abweisung der dagegen gerichteten Klagen nicht die nationalen Systeme berührt.

Wie sich bereits aus den von der Kommission ausdrücklich als zulässig bezeichneten Alternativen ergibt, durch die Entscheidung und vor allem in der mündlichen Verhandlung von der Kommission aber auch ausdrücklich bestätigt worden ist, verhält sich die Kommission gegenüber Alternativen in Form eines grenzüberschreitenden Systems der individuellen vertikalen Preisbindung in der Tat sehr zurückhaltend. Ich habe schon vorhin dargelegt, warum ich die Vorbehalte bereits wegen des fließenden Übergangs zwischen individuellen Systemen und kollektiven Systemen der vertikalen Preisbindung in jeder Hinsicht für verständlich halte. Dies gilt sicher, soweit ein nahezu allgemein angewandtes System der individuellen vertikalen Preisbindung kollektiv und grenzüberschreitend durchgeführt wird. Dies ändert jedoch nichts daran, daß die Entscheidung sich auch über Alternativen in Form einer grenzüberschreitenden individuellen vertikalen Preisbindung nicht endgültig äußert und daß deshalb eine Fortsetzung der Diskussion mit der Kommission darüber möglich bleibt. Bereits wegen der Tatsache, daß das vorliegende Verfahren eine solche Form der vertikalen Preisbindung nicht betrifft, aber auch unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Ermessensfreiheit der Kommission scheint es mir nicht möglich, daß Sie in Ihrem Urteil über diese Feststellung hinausgehen. Jegliche Andeutung in Ihrem Urteil, daß eine Lösung in dieser Richtung tatsächlich möglich sein könnte, würde diese Ermessensfreiheit beeinträchtigen und auch nicht dem vielschichtigen Bezugsrahmen Rechnung tragen, innerhalb dessen die Kommission nach ihren Ausführungen im letzten Teil der mündlichen Verhandlung diese Art von Problemen angeht.

3. Ergebnis

Meine Ergebnisse hinsichtlich der vielen einzelnen klägerischen Rügen zusammenfassend beantrage ich,

a) die Klagen abzuweisen und

b) den Klägerinnen sämtliche Kosten aufzuerlegen mit Ausnahme der Kosten ihrer Streithelfer, die von diesen selbst zu tragen sind.