gungen überdies zu einer Stärkung des Wettbewerbs in anderen Bereichen als dem der Preise beitragen. Allerdings hat die Kommission darauf zu achten, daß die Starrheit dieser Struktur nicht noch stärker wird, was geschehen könnte, wenn die Anzahl der selektiven Vertriebsnetze für den Absatz desselben Erzeugnisses größer werden sollte.

7. Jedes Absatzsystem, das auf einer Selektion der Vertriebsstellen beruht, enthält notwendigerweise die Verpflichtung für die zu dem Netz gehörenden Großhändler, nur anerkannte Wiederverkäufer zu beliefern, und eröffnet dementsprechend dem betroffenen Hersteller die Möglichkeit, die Einhaltung dieser Verpflichtung zu überwachen. Solange die im Rahmen der Überwachung übernommenen Verpflichtungen die Einhaltung der Voraussetzungen für die Anerkennung im Hinblick auf die an die fachliche Qualifikation zu stellenden Anforderungen sichern sollen, können sie nicht schon für sich genommen eine Beschränkung des Wettbewerbs darstellen, sondern ergänzen lediglich die Hauptpflicht, deren Einhaltung sie sichern helfen. Soweit sie dagegen die Einhaltung einschneidenderer Verpflichtungen gewährleisten, fallen sie unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1, sofern für sie nicht — gegebenenfalls gemeinsam mit der Hauptverpflichtung, der sie zuzuordnen sind — eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 in Betracht kommt.

8. Die Aufgabentrennung zwischen Groß- und Einzelhandel in dem Sinne, daß den Großhändlern die Belieferung privater Verbraucher einschließlich von Großverbrauchern verboten ist, ist grundsätzlich mit den Erfordernissen eines unverfälschten Wettbewerbs vereinbar.

9. Aufgabe eines Großhändlers ist nicht die Förderung der Produktion dieses oder jenes Herstellers, sondern die Sicherung der Versorgung des Einzelhandels unter Ausnutzung des Wettbewerbs zwischen den Herstellern; Verpflichtungen eines Großhändlers, die seine Freiheit insoweit begrenzen, sind deshalb Beschränkungen des Wettbewerbs, die unter Artikel 85 Absatz 1 fallen.

10. Die Verpflichtung der nicht spezialisierten Großhändler, eine Fachabteilung einzurichten, vermag zu gewährleisten, daß der Verkauf dieser Erzeugnisse in angemessener Weise erfolgt; sie stellt deshalb keine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 dar. Dagegen geht die Verpflichtung, einen Umsatz zu erzielen, der mit dem Umsatz eines Fachgroßhändlers vergleichbar ist, über das hinaus, was die für ein selektives Vertriebssystem kennzeichnenden Qualifikationsanforderungen verlangen; sie ist deshalb nach Artikel 85 Absatz 3 zu beurteilen.

In der Rechtssache 26/76

METRO SB-GROSSMÄRKTE GMBH & Co. KG, Schlüterstraße 3, 4 Düsseldorf 30, vertreten durch Rechtsanwalt von der Osten aus Düsseldorf, Zustellungsbevollmächtigter: Herr Robert Elter, 11, Boulevard Royal, Luxemburg,

Klägerin,

und

VERBAND DES SB-GROSSHANDELS E.V., Theaterstraße 8, 3 Hannover, vertreten durch Rechtsanwalt Bartholatus aus Hamburg, Zustellungsbevollmächtigter: Herr Robert Elter, 11, Boulevard Royal, Luxemburg,

Streithelfer,

gegen

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, vertreten durch Herrn Dieter Oldekop, Mitglied des Juristischen Dienstes der Kommission, Zustellungsbevollmächtigter: Herr Mario Cervino, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg, Luxemburg,

Beklagte,

und

SABA SCHWARZWÄLDER APPARATE-BAU-ANSTALT AUGUST SCHWER UND SÖHNE GMBH, 7730 Villingen-Schwenningen, vertreten durch Rechtsanwalt Christian Hootz aus Stuttgart, Zustellungsbevollmächtigter: Herr Georges Reuter, 12, rue Notre Dame, Luxemburg,

Streithelferin,

wegen Aufhebung der Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 15. Dezember 1975 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/847-SABA, Abl. L 28 vom 3. Februar 1976, S. 19)

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Kutscher, der Kammerpräsidenten M. Sørensen und G. Bosco, der Richter A. M. Donner, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe und A. Touffait,

Generalanwalt: G. Reischl
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

Der Sachverhalt, der Verfahrensablauf und das Vorbringen der Parteien lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I — Sachverhalt und Verfahren

Die Firma SABA Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne GmbH (nachfolgend SABA), mit Sitz in Villingen-Schwenningen, Bundesrepublik Deutschland, stellt Erzeugnisse der Unterhaltungselektronik (Rundfunk-, Fernseh- und Tonbandgeräte) her; ihr Vertriebsnetz beruht auf einem Netz von Verträgen und Vereinbarungen zwischen ihr und anerkannten Alleinvertriebs-, Groß- und Einzelhändlern, die in ihrer Gesamtheit ein selektives Vertriebssystem ergeben. Durch die angegriffene Entscheidung vom 15. Dezember 1975 erteilte ihr die Kommission für bestimmte Besonderheiten dieses Systems ein Negativattest im Sinne von Artikel 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (ABl. 13 vom 21. Februar 1962, S. 204) und für den Rest des Systems eine an bestimmte Auflagen geknüpfte und bis zum 21. Juli 1980 geltende Freistellung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag.

Nach den Änderungen, die auf Veranlassung der Kommission eingeführt wurden, soll dieses System gemäß der in der angegriffenen Entscheidung gegebenen Darstellung für das gesamte Gebiet der Gemeinschaft einheitlich sein und folgende wesentliche Merkmale aufweisen: 1. Zusammenarbeit zwischen SABA und ihren Groß- und Alleinvertriebshändlern, 2. Beschränkung der Zahl der Wiederverkäufer und 3. Festlegung der Absatzwege durch den Hersteller (Nr. 3 der angegriffenen Entscheidung). Das System umfaßt für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und Berlin (West) ein Netz von anerkannten Groß- und Einzelhändlern und für das Gebiet der übrigen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Irlands Alleinvertriebshändler, die ihrerseits in Beziehungen zu anerkannten Groß-, jedenfalls aber Einzelhändlern stehen.

Die zwischen SABA und den verschiedenen Händlern ihres Vertriebsnetzes bestehenden Verträge und Vereinbarungen können wie folgt beschrieben werden:

a) *Deutsche Großhändler* werden nur dann anerkannt, wenn sie die drei nachfolgend dargestellten Schriftstücke unterzeichnen und *zusätzlich* die unter 4. näher erläuterten Voraussetzungen erfüllen.

1. Sie müssen einen sogenannten *Kooperationsvertrag* unterzeichnen, durch den sie sich verpflichten, mit SABA halbjährliche Lieferverträge abzuschließen und die bestellte Warenmenge termingemäß abzunehmen, die Erzeugnisse auf Lager zu nehmen und einen von SABA als „angemessen" betrachteten Umsatz zu erzielen; SABA verpflichtet sich ihrerseits, die Großhändler bei der Produkt- und Programmgestaltung beratend heranzuziehen (Nrn. 14 und 40 der angegriffenen Entscheidung).

2. Sie müssen einen *„Verpflichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler"* unterzeichnen, der zwei Teile umfaßt. Im ersten Teil verpflichtet sich der Großhändler, in der Bundesrepublik Deutschland und in Berlin (West) nur solche Groß- und Einzelhändler zu beliefern, die von SABA anerkannt sind, was die Erfüllung einer bestimmten Anzahl von Bedingungen und die Bereitschaft zur Erbringung der Leistungen voraus-

setzt, an die SABA die Anerkennung als Großhändler oder Facheinzelhändler knüpft. Die in diesem ersten Teil aufgeführten Verpflichtungen entsprechen im wesentlichen denen, die SABA in dem nachfolgend unter 3. beschriebenen Schriftstück ihren Großhändlern für den Gesamtbereich der Europäischen Gemeinschaft auferlegt.

Der *zweite* Teil dieses Verpflichtungsscheins enthält zunächst Verpflichtungen für den Vertrieb auf dem deutschen Markt, die im Zusammenhang mit den Auffassungen der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung über die Trennung der Funktionen von Groß- und Einzelhandel zu sehen sind. Danach ist es deutschen Großhändlern verboten, *private Endverbraucher* in der Bundesrepublik Deutschland und in Berlin (West) zu beliefern (Nr. 34 der angegriffenen Entscheidung). Erlaubt ist dagegen die Belieferung von gewerblichen Endverbrauchern, das heißt Gewerbetrieben, die die von den Großhändlern erworbenen Erzeugnisse nur für solche gewerblichen Zwecke nutzen, die geeignet sind, der Wirtschaftlichkeit des Betriebes zu dienen, und die sich dazu schriftlich in einem „SABA-Sonderverpflichtungsschein" verpflichten. Kontrollmaßnahmen sind vorgesehen. Ausgeschlossen ist dagegen die Belieferung von „Institutionen" (Krankenhäuser, Schulen, Kasernen) als gewerbliche Endverbraucher durch Großhändler.

3. Sie müssen einen „EWG-Verpflichtungsschein SABA-Großhändler unterzeichnen, der den Vertrieb durch Großhändler im Gesamtbereich des Gemeinsamen Markts die Verpflichtung wiederholt, nur solche anderen Groß- oder Einzelhändler zu beliefern, die die von SABA aufgestellten Bedingungen für ihre Anerkennung erfüllen, sowie die Verpflichtung, Kontrollmaßnahmen vorzunehmen oder zuzulassen. Der Verpflichtungsschein übernimmt diesbezüglich im wesentlichen die Verpflichtungen, die bereits im ersten Teil des oben unter 2. beschriebenen Schriftstücks für die Bundesrepublik Deutschland näher aufgeführt sind.

4. SABA hat gegenüber der Kommission (Nr. 9 der Entscheidung) ihre grundsätzliche Bereitschaft erklärt, in der Bundesrepublik Deutschland solche Großhändler zu beliefern, die — neben der Unterzeichnung des Kooperationsvertrages und der Verpflichtungsscheine — folgende Bedingungen erfüllen:

a) Unterhaltung eines Fachgeschäfts, dessen Umsatz zu mehr als 50 % aus dem Verkauf von Elektroartikeln stammt, oder Einrichtung einer Fachabteilung für Elektronik, deren Umsatz vergleichbar ist mit dem eines Fachgroßhändlers;
b) Erbringung eines Beitrags zum Aufbau und zur Verstärkung des SABA-Vertriebsnetzes;
c) Beteiligung am SABA-Service-System.

SABA verpflichtet sich ihrerseits gegenüber jedem Großhändler, für die Einhaltung dieses Vertriebssystems durch die anderen Händler zu sorgen (Nr. 17 der Entscheidung). Nach dem System steht es den Vertriebshändlern andererseits frei, die Preise festzulegen, innerhalb des gesamten Gemeinsamen Marktes zu liefern sowie sogenannte Querlieferungen (von Großhändler zu Großhändler oder Einzelhändler zu Einzelhändler) oder Rücklieferungen (von Einzel- zu Großhändler) durchzuführen.

b) SABA-*Alleinvertriebshändler* sind für alle übrigen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Irlands bestellt. In Frankreich, im Vereinigten Königreich und in Italien handelt es sich um Zweigniederlassungen von SABA. Die Alleinvertriebshändler für Belgien, das Großherzogtum Luxemburg, Dänemark und die Niederlande unterzeichnen Alleinvertriebsvereinbarungen (Nr. 13 der Entscheidung), die die wesentlichen Teile der Kooperationsverträge und der Verpflichtungsscheine in sich vereinen und insbesondere die Verpflichtung enthalten, nur anerkannte Groß- und Einzelhändler zu beliefern.

c) *Sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in den übrigen Mitgliedstaaten* müssen *Einzelhändler,* um anerkannt zu werden, ein als „EWG-Verpflichtungsschein SABA-Facheinzelhändler" bezeichnetes Schriftstück unterzeichnen. Sie verpflichten sich hierdurch, einen angemessenen Umsatz in SABA-Geräten zu erzielen, ein entsprechendes Lager zu unterhalten, SABA-Geräte in repräsentativer Weise auszustellen, eine Verkaufsstelle zu unterhalten, die für die Werbung und Vorführung von SABA-Erzeugnissen geeignet ist, einen geeigneten Kundendienst zu erbringen und nur solche anderen SABA-Wiederverkäufer (Groß- und Einzelhändler) zu beliefern, die von SABA anerkannte Vertriebshändler sind. Über jede Lieferung an andere anerkannte Wiederverkäufer muß in einer eine Kontrolle ermöglichenden Weise Buch geführt werden. Aus dem genannten Schriftstück, insbesondere seinem Artikel 2, ergeben sich — wenn auch nur mittelbar — folgende *zusätzliche* Voraussetzungen für die Anerkennung als SABA-Facheinzelhändler.

a) Unterhaltung eines Fachgeschäfts, das heißt eines Geschäfts, das seinen Umsatz zu mehr als 50 % aus der Unterhaltungselektronik oder dem Handel mit anderen Elektroartikeln erzielt, oder Einrichtung einer Fachabteilung für diese Erzeugnisse,
b) Übernahme der Verpflichtung, im Falle eines Direktbezugs bei SABA (das heißt ohne Zwischenschaltung eines Großhändlers) langfristige Lieferverträge über das gesamte Sortiment der SABA-Erzeugnisse abzuschließen.

Einzelhändler wie Großhändler sind bei der Festlegung der Preise frei; sie können im Gesamtbereich der Gemeinschaft verkaufen und sind berechtigt, auch Geräte zu vertreiben, die mit SABA-Erzeugnissen im Wettbewerb stehen.

Das Vertriebsbindungssystem wird somit durch vier Hauptmerkmale gekennzeichnet:

1. Der Vertrieb erfolgt durch ausgewählte und anerkannte Groß- und Einzelhändler sowie Alleinvertriebshändler.
2. Diese Wiederverkäufer verpflichten sich, im Gebiet des Gemeinsamen Marktes nur solche anderen Wiederverkäufer zu beliefern, die anerkannte Vertriebshändler sind; sie unterwerfen sich ferner strengen Kontrollmaßnahmen, die die Einhaltung dieser Verpflichtung gewährleisten sollen, und treffen selbst derartige Maßnahmen; deutsche Großhändler verpflichten sich, in der Bundesrepublik Deutschland keine privaten Endverbraucher zu beliefern.
3. Die Groß-, Einzel- und Alleinvertriebshändler verpflichten sich, SABA-Geräte nicht in Länder außerhalb der Gemeinschaft zu exportieren oder von dort zu importieren.
4. Die Groß- und Einzelhändler verpflichten sich, einen angemessenen Umsatz zu erzielen und ein Lager mit SABA-Geräten zu unterhalten.

In ihrer Entscheidung vom 15. Dezember 1975 führte die Kommission folgendes aus:

1. Der Umstand, daß der Vertrieb der Erzeugnisse allein anerkannten Vertriebshändlern vorbehalten sei, bezwecke und bewirke spürbare Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes (Nr. 24 der Entscheidung).
2. Aus der objektiven Natur der zugrunde gelegten Qualifikationsmerkmale folge, daß, soweit alle Händler, die diese Voraussetzungen erfüllten, tatsächlich zugelassen würden, noch keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 vorliege (Nrn. 27 und 28 der Entscheidung).
3. Eine solche Beschränkung liege jedoch vor, soweit die Auswahl nicht mehr nur von Qualifikationsmerkmalen abhängig gemacht werde, die einen Vertrieb unter günstigen Bedingungen für den Verbraucher ermöglichten, sondern zugleich von besonderen Verpflichtungen, die nicht durch einen sachgerechten Vertrieb der Erzeugnisse gerechtfertigt würden (Erzie-

lung eines angemessenen Umsatzes, Unterhaltung eines entsprechenden Lagers) (Nr. 29 der Entscheidung).

4. Die den Händlern auferlegten Verpflichtungen, die SABA die Nachprüfung ermöglichen sollten, ob Lieferungen an nichtanerkannte Händler erfolgt seien, bezweckten und bewirkten gleichfalls eine Einschränkung und Verfälschung des Wettbewerbs, indem sie die Einhaltung von gemäß Artikel 85 Absatz 1 verbotenen Einschränkungen durch die Händler gewährleisten sollten; diese Verpflichtungen beschränkten die Wahlfreiheit der für den Vertrieb von Erzeugnissen der Unterhaltungselektronik geeigneten, aber von SABA nicht zugelassenen Händlern und der Verbraucher (Nr. 30 der Entscheidung).
5. Schließlich sei eine letzte von Artikel 85 Absatz 1 erfaßte Wettbewerbsbeschränkung gegeben: der Umstand, daß SABA ausschließlich an die nationalen Alleinvertriebshändler liefere und die Gebiete respektiere, für die sich die Alleinvertriebshändler in der Musteralleinvertriebsvereinbarung verpflichteten (Nr. 32 der Entscheidung).

Die angegriffene Entscheidung behandelt somit die verschiedenen Vertragsbestimmungen, die zur Gesamtheit der Vereinbarungen gehören, unterschiedlich; während für einzelne in einem Negativattest festgestellt wird, daß sie das in Artikel 85 Absatz 1 enthaltene Verbot nicht verletzen, wird für andere eine Freistellung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 erteilt.

Das *Negativattest* betrifft die „Verkaufsbedingungen für das Inlandsgeschäft" (Artikel 1 der Entscheidung). Hiermit sollen offenbar die unter Nr. 34 (Verbot für deutsche Großhändler, private Endverbraucher in der Bundesrepublik Deutschland zu beliefern), Nr. 35 (Verbot, in Länder außerhalb der Gemeinschaft zu exportieren) und Nr. 36 (Verkaufsbedingungen, womit der größte Teil der von den Groß- und Einzelhändlern in den als „Verpflichtungsscheinen" für die Vertriebsbindung bezeichneten Schriftstücken übernommenen Verpflichtungen gemeint ist) erörterten Bestimmungen erfaßt werden.

Die *Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3* soll im wesentlichen die Kooperationsverträge und *bestimmte* Bestandteile der „Verpflichtungsscheine" umfassen, nämlich die den Einzelhändlern auferlegte Verpflichtung, das SABA-Sortiment so vollständig wie möglich zu führen, einen angemessenen Umsatz in SABA-Erzeugnissen zu erzielen und ein entsprechendes Lager zu unterhalten (Nr. 29 der Entscheidung) sowie die die Vertriebs-, Groß- und Einzelhändler treffende Verpflichtung, bei Lieferung an andere Wiederverkäufer nachzuprüfen, ob es sich um anerkannte SABA-Händler handelt.

Die Klägerin betreibt einen Selbstbedienungsgroßhandel nach dem sogenannten „cash and carry"-System. Durch den Ausschluß bestimmter Leistungen, die dem Käufer im herkömmlichen Handel zugute kommen (Kreditgewährung, Lieferung, Kundenberatung), will sie eine Senkung der Allgemeinkosten und günstigere Preise erreichen. Der Zugang zu den Metro-Kaufhäusern soll nur Einzelhandelskaufleuten (Wiederverkäufern oder gewerblichen Endverbrauchern) und Institutionen offenstehen, die infolge ihrer Struktur einen erheblichen gewerblichen Bedarf für ihren eigenen Betrieb decken wollen. Der Käufer soll im Besitz einer schriftlich erteilten Einkaufsberechtigung sein. Die Allgemeinen Verkaufsbedingungen von Metro verpflichten den Kunden unter anderem, bei ihr nur den gewerblichen Bedarf für seinen Betrieb zu dekken. Ausnahmen sollen für solche Gegenstände des gewerblichen Bedarfs des Betriebes gelten, die später zur Deckung privaten Bedarfs dienen.

Metro, die mit ihren Erzeugnissen zu beliefern SABA sich mit der Begründung weigert, diese erfülle nicht die Voraussetzungen für die Anerkennung als SABA-Großhändlerin, legte mit Fernschreiben vom 7. November 1973 und Schriftsatz

vom 9. November 1973 bei der Kommission eine Beschwerde gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 ein, mit der sie geltend machte, daß das System von Vertriebsbindungsvereinbarungen Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag verletze, und beantragte, diese Zuwiderhandlung abzustellen. Die Beschwerde von Metro richtete sich zunächst im wesentlichen gegen das *zu jener Zeit* aus dem SABA-Vertriebssystem folgende und Großhändler treffende Verbot, „Sprunglieferungen", das heißt Lieferungen an gewerbliche Endverbraucher in Deutschland, vorzunehmen.

Auf Veranlassung der Kommission änderte SABA im Verlauf des Verwaltungsverfahrens die das Verbot von Sprunglieferungen enthaltende Klausel, so daß deutsche Großhändler nunmehr unter bestimmten Bedingungen SABA-Erzeugnisse an gewerbliche Endverbraucher liefern können; die Belieferung von „Institutionen", wie Kasernen, Kirchen, Krankenhäuser und Schulen, bleibt jedoch weiter verboten.

Nach Darstellung der Kommission erstrecke SABA außerdem die Definition des Großhändlers auf den Selbstbedienungsgroßhandel, so daß Metro bei Erfüllung der für die übrigen Großhändler geltenden Zulassungsbedingungen Zugang zum SABA-Vertriebssystem habe. SABA habe im übrigen erklärt, daß ihre Händler wählen könnten, ob sie Kundendienst-Leistungen durch eigene oder durch Vertragswerkstätten erbringen wollten.

Trotz dieser Änderungen vertrat Metro die Ansicht, daß weiterhin eine Diskriminierung des Selbstbedienungsgroßhandels bestehe, da an verschiedenen Wettbewerbsbeschränkungen festgehalten worden sei, die zur Erreichung der Ziele, die eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 rechtfertigen könnten, nicht erforderlich seien. So seien bestehen geblieben:

1. das Verbot für Großhändler, „Institutionen" als Endverbraucher zu beliefern;
2. das Erfordernis, daß das von gewerblichen Endverbrauchern bei den Großhändlern gekaufte Erzeugnis der Wirtschaftlichkeit des Betriebes zu dienen geeignet sein müsse;
3. die Forderung an gewerbliche Endabnehmer, eine Verpflichtungserklärung zu unterzeichnen, die vernünftigerweise nicht verlangt werden könne;
4. die Verpflichtung des Großhändlers mit Fachabteilung, einen Umsatz zu erzielen, der mit dem eines Fachgroßhändlers vergleichbar sei;
5. die Verpflichtung, einen Kooperationsvertrag zu unterzeichnen;
6. die Verpflichtung aller Großhändler, sich am Aufbau und der Verstärkung des SABA-Vertriebsnetzes zu beteiligen, ein für einen Selbstbedienungsgroßhändler unannehmbares Verlangen.

Die Kommission, nach deren Ansicht diese Einwendungen nicht begründet waren, erließ am 15. Dezember 1975 die angegriffene Entscheidung, die der Klägerin mit Schreiben vom 14. Januar 1976 zugleich mit der Zurückweisung ihrer Einwendungen mitgeteilt wurde.

Die Klage vom 10. März 1976 ist bei der Kanzlei des Gerichtshofes am 11. März 1976 eingetragen worden.

Durch Beschluß vom 5. Mai 1976 ist die Firma SABA auf ihren Antrag als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Beklagten zugelassen worden.

Durch Beschluß vom 23. Juli 1976 ist ein Antrag der Firma Metro auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung zurückgewiesen worden.

Durch Beschluß vom 30. November 1976 ist der „Verband des SB-Großhandels e.V." als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Klägerin zugelassen worden.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, keine Beweisaufnahme durchzuführen.

II — Anträge der Parteien

Die Klägerin beantragt,

„— die Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 15. Dezember 1975 — Aktenzeichen K (75) 1852 endg., betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/847 SABA) und die Zurückweisung der Beschwerde der Beklagten in dem obengenannten Verfahren vom 14. Januar 1976 für nichtig zu erklären und aufzuheben;

— die Kosten des Verfahrens der Beklagten aufzuerlegen".

Die Beklagte beantragt,

„— die Klage als unbegründet abzuweisen, soweit sie auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 15. Dezember 1975 gerichtet ist,

— im übrigen die Klage als unzulässig, hilfsweise als unbegründet abzuweisen und

— der Klägerin die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen".

SABA schließt sich als Streithelferin den Anträgen der Kommission an.

Der „Verband des SB-Großhandels e.V." schließt sich als Streithelfer den Anträgen der Klägerin an.

III — Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien

A — *Zulässigkeit der Klage*

Nach Ansicht von *Metro* ist die Klage sowohl hinsichtlich des Schreibens vom 14. Januar 1976, dessen Empfängerin sie sei, als auch hinsichtlich der Entscheidung vom 15. Dezember 1975, die sie unmittelbar und individuell betreffe, zulässig. Die Entscheidung habe zur Folge, daß sie nicht mit SABA-Geräten beliefert werde und damit vom Handel mit diesen Erzeugnissen, die sich bei den Endabnehmern großer Beliebtheit erfreuten, ausgeschlossen sei.

Nach Ansicht der *Kommission* ist die Klage, soweit sie sich auf die Entscheidung vom 15. Dezember 1975 bezieht, zulässig, jedoch unzulässig, soweit sie sich auf das Schreiben vom 14. Januar 1976 bezieht, durch das die am 17. November 1973 eingereichte Beschwerde zurückgewiesen wurde. Die Rechtslage, durch die sich die Klägerin beschwert fühle, folge ausschließlich aus der Entscheidung und sei durch das Schreiben vom 14. Januar 1976 nicht mehr beeinflußt worden; dieses Schreiben stelle somit keine Entscheidung im Sinne von Artikel 173 dar.

Nach Ansicht von *SABA* ist die Zulässigkeit der Klage zweifelhaft, soweit sie sich gegen die Entscheidung vom 15. Dezember 1975 richtet. Diese Entscheidung betreffe die Klägerin nicht unmittelbar und keinesfalls individuell, da sie die Gesamtheit der Gewerbetreibenden betreffe, die daran interessiert sein könnten, SABA-Geräte im Gemeinsamen Markt zu vertreiben.

Die *Klägerin* erwidert, der Umstand, daß sie an dem Freistellungsverfahren beteiligt gewesen sei, zeige, daß sie unmittelbar und individuell betroffen sei, was vor allem daraus folge, daß SABA sich auf die angegriffene Entscheidung berufe, um die Belieferung der Klägerin mit ihren Erzeugnissen zu verweigern.

B — *Zur Begründetheit*

I — Die *Klägerin* ist der Ansicht, die streitige Entscheidung verletze Artikel 85 EWG-Vertrag, insbesondere Absatz 3 dieser Bestimmung. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes (Urteil vom 13. Juli 1966, verbundene Rechtssachen 56 und 58/64, *Grundig Consten/Kommission,* Slg. 1966, 322) dürften wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nur dann von dem in Artikel 85 Absatz 1 enthaltenen Verbot freigestellt werden, wenn die vier in Absatz 3 enthaltenen

Voraussetzungen erfüllt seien. Die Vereinbarungen müßten also 1. zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen Fortschritts beitragen, 2. die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligen, sie dürften 3. keine Wettbewerbsbeschränkungen auferlegen, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich seien, sowie 4. den durch die Vereinbarungen gebundenen oder an den abgestimmten Verhaltensweisen beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Ware den Wettbewerb auszuschalten.

Für das SABA-Vertriebssystem sei dagegen eine Freistellung gewährt worden, obwohl es jedenfalls den Erfordernissen der zweiten, dritten und vierten Voraussetzung nicht entspreche.

Zur *zweiten Voraussetzung* führt Metro aus, die Verbraucher seien im wesentlichen an einem Preiswettbewerb interessiert, wohingegen das fragliche System zu einer Erstarrung der Preisstruktur auf der Ebene des Einzelhandels führe. Die Preisunterschiede zwischen SABA-Facheinzelhändlern bewegten sich innerhalb einer Bandbreite von 1 %. Die Verpflichtung der Groß- und Einzelhändler, den Absatz von SABA-Erzeugnissen (systematisch) zu fördern sowie die damit verbundene Verpflichtung zum Absatz bestimmter Mindestmengen böten einen Anreiz für die Händler, ihre Kunden zugunsten von SABA-Erzeugnissen zu beeinflussen, anstatt ihnen eine objektive Wahl zu ermöglichen.

Hinsichtlich der *dritten Voraussetzung* macht Metro geltend, zahlreiche beschränkte Klauseln seien für die Verbesserung der Verteilung von SABA-Erzeugnissen nicht unerläßlich und nicht einmal erforderlich. Um dem Verbraucherinteresse nach einwandfreiem Service zu genügen, hätte es ausgereicht, wenn das System den Verkauf auf solche Händler beschränkt hätte, die nachweislich entweder selbst den technischen Service auszuführen in der Lage gewesen wären oder aber den Service über eine Vertragswerkstatt organisiert hätten. Durch die Verpflichtung zum Abschluß von Kooperationsverträgen, das Erfordernis einer repräsentativen Ausstellung, die Verpflichtung zur Vornahme von Kontrollen auf der Großhandelsstufe und das Verbot der Lieferung an „institutionelle" Verbraucher gehe das angegriffene System weit über diese Notwendigkeit hinaus.

Hinsichtlich der *vierten Voraussetzung* macht Metro geltend, das angegriffene System schließe den Selbstbedienungsgroßhandel dadurch aus, daß — insbesondere mit der Verpflichtung zum Abschluß von Kooperationsverträgen und zur Vornahme von Kontrollmaßnahmen — Bedingungen aufgestellt würden, die mit der Natur dieser neuen Vertriebstechnik unvereinbar seien. Durch zu strenge Auswahlbedingungen (repräsentative Ausstellung, Lagerhaltung) schließe das System andererseits auch kleinere Händler aus. Es seien aber gerade der Selbstbedienungsgroßhandel und die kleineren Händler, die den interessantesten Wettbewerb, nämlich den Preiswettbewerb, ermöglichten.

Metro weist noch darauf hin, daß es nicht Aufgabe der Händler sei, den Hersteller zu begünstigen, sondern dem Kunden die günstigste Wahl zu ermöglichen. Das angegriffene System sei endlich ihrer Ansicht nach um so unannehmbarer, als SABA über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.

II — In ihrer *Klagebeantwortung* vertritt die Kommission die Ansicht, daß das SABA-Vertriebssystem trotz der engen Bindung der Groß- und Alleinvertriebshändler an den Hersteller ein offenes System sei, zu dem insbesondere die den Selbstbedienungshandel betreibenden Großhändler Zugang hätten und das die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 erfülle.

Die nicht freistellungsfähigen Bestimmungen (Abschottung der Märkte, Ver-

bot von Quer- und Rücklieferungen, Ausschluß von großen Kaufhäusern und Verbrauchermärkten) seien beseitigt worden. Insbesondere sei das Verbot von Sprunglieferungen, das heißt von Direktlieferungen des Großhändlers an den Endverbraucher — das dem Streit zwischen SABA und Metro zugrunde liege —, abgemildert und auf das Verbot von Lieferungen des Großhändlers an private Endverbraucher begrenzt worden, wohingegen die Lieferung an gewerbliche Endverbraucher nunmehr zulässig sei.

Die Kommission verweist auf ihre früheren Entscheidungen auf dem Gebiet selektiver Vertriebssysteme (KODAK, Entscheidung vom 30. Juni 1970, ABl. 147 vom 7. Juli 1970, S. 24; OMEGA, Entscheidung vom 28. Oktober 1970, ABl. L 242 vom 5. November 1970, S. 22; BMW, Entscheidung vom 13. Dezember 1974, ABl. L 29 vom 3. Februar 1975, S. 1).

Durch diese Entscheidungen hätten bereits zwei der sich im Zusammenhang mit selektiven Vertriebssystemen ergebenden Schwierigkeiten gelöst werden können. Aus ihnen folge einerseits, daß Bestimmungen mit dem Ziel der Abschottung der nationalen Märkte nicht freistellungsfähig seien, und andererseits, daß die Fachhandelsbindung, die den Kreis der zum Wiederverkauf zugelassenen Händler anhand von sachgerechten und nichtdiskriminierenden qualitativen Merkmalen beschränke, nicht unter das Verbot in Artikel 85 Absatz 1 falle.

Schwierigkeiten bei der Frage einer etwaigen Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 ergäben sich bezüglich solcher Bestimmungen, die über die Fachhandelsbindung hinausgingen, mit ihr aber ein einheitliches System bildeten: So sei es im vorliegenden Fall hinsichtlich der durch den Kooperationsvertrag auferlegten Verpflichtungen und der an die Zulassung als Facheinzelhändler gestellten Anforderungen.

Hierzu ergebe die Rechtsprechung des Gerichtshofes (Urteil vom 13. Juli 1966, verbundene Rechtssachen 56 und 58/64, *Grundig Consten/Kommission*, Slg. 1966, 321), daß die Kommission bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu schwierigen Wertungen wirtschaftlicher Sachverhalte gezwungen sei und die gerichtliche Nachprüfung dieser Wertungen dem Rechnung tragen und sich deshalb auf die Richtigkeit der ihnen zugrunde liegenden Tatsachen und deren Subsumtion unter die Begriffe des geltenden Rechts beschränken müsse. Die Kommission betont im übrigen, daß sie die beantragte Freistellung nur für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum (bis zum 21. Juli 1980) erteilt habe.

Die gegen die Entscheidung vom 15. Dezember 1975 erhobenen Rügen sind nach Ansicht der Kommission unbegründet. Das SABA-Vertriebssystem verenge den Kreis der Händler nicht in übertriebener Weise und schließe den Wettbewerb zwischen den anerkannten Händlern nicht aus. Die von SABA aufgestellten Kriterien für die Zulassung als Händler seien objektiver Art, so daß SABA keinen Händler, der die Zulassungskriterien erfülle, wegen seines Wettbewerbsverhaltens von der Belieferung ausschließen könne.

Selbstbedienungsgroßhändler wie die Klägerin seien andererseits in der Lage, die von SABA festgelegten Bedingungen zu erfüllen, ohne deshalb auf ihre Großhändlerfunktion verzichten zu müssen. Zwar habe die Verengung der Kreises der zugelassenen Händler gegenüber dem Kreis der für den Handel mit SABA-Erzeugnissen in Frage kommenden Händler dazu geführt, daß dieses System durch Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag erfaßt werde, doch sei diese Wettbewerbsbeschränkung von positiven Auswirkungen begleitet, die nicht verschwiegen werden dürften. Die den Händlern auferlegte Verpflichtung, sich insbesondere dem Vertrieb von SABA-Erzeugnissen zu widmen, habe eine Belebung des Wettbewerbs zwischen diesen Produkten und anderen Markenerzeugnissen (inter-brand competition) zur Folge; dieser komme zu dem

Wettbewerb der SABA-Händler untereinander (intra-brand competition) hinzu. Ohne die Bedeutung neuer Vertriebsformen wie des Selbstbedienungsgroßhandels zu leugnen, bestreitet die Kommission bestimmte Behauptungen der Klägerin über den sich hieraus für den Verbraucher ergebenden Preisvorteil. Diese Kostenersparnis müsse im Lichte der besonderen Bedeutung der Verbraucherinformation auf dem Gebiet der Unterhaltungselektronik gewürdigt werden.

Die Kommission bestreitet, daß das SABA-Vertriebssystem zu einer Erstarrung der Preise auf der Einzelhandelsstufe führe. Man könne sich hierbei nicht, wie dies die Klägerin tue, auf Vergleiche in einer lokal eng begrenzten und wirtschaftlich weitgehend homogenen Region stützen. In einer solchen Situation könne eine Angleichung der Preise sogar das Ergebnis eines scharfen Konkurrenzkampfes sein.

Die Kommission legt Aufstellungen vor, aus denen ihrer Ansicht nach hervorgeht, daß zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Endverbraucherpreis im Gesamtgebiet der Bundesrepublik Deutschland Differenzen bestehen, die durchschnittlich 30 % betragen und sogar 50 % und mehr erreichen.

Die Kommission untersucht die in den Kooperationsverträgen enthaltenen Bestimmungen und stellt fest, daß die von den Großhändlern übernommenen Abnahmeverpflichtungen auf eine Laufzeit von 6 Monaten beschränkt seien; hierbei werde, entgegen der Behauptung der Klägerin, nicht darauf abgestellt, daß der Großhändler einen *maßgeblichen,* sondern — unter Berücksichtigung der unter Nr. 14 der angegriffenen Entscheidung aufgeführten Merkmale — lediglich einen angemessenen Teil seines Umsatzes in SABA-Erzeugnissen erzielen müssen. Im übrigen gelte diese Voraussetzung unmittelbar nur für Fachgroßhändler, während die Fachabteilung des Selbstbedienungsgroßhandels einen Umsatz erzielen müsse, der vergleichbar sei mit dem Umsatz eines auf die Erzeugnisse der Unterhaltungselektronik spezialisierten Fachgroßhändlers.

Diese Halbjahres-Lieferverträge seien nach einer Umfrage der Kommission bei deutschen SABA-Händlern für diese von großem Interesse, da sie ihrem Bedürfnis entsprächen, im voraus ihre kontinuierliche Versorgung mit Vertragserzeugnissen zu gewährleisten. Die Klägerin habe nicht vorgetragen, daß sie außerstande sei, diese Verpflichtung zu übernehmen. Angesichts der relativ kurzen Laufzeit dieser Verpflichtung und der für die Berechnung der Liefermengen angewandten Kriterien lasse sich endlich auch nicht behaupten, daß der Hersteller vom Abnahmerisiko und vom Zwang zu wettbewerblicher Flexibilität befreit werde. Die Kommission ist der Auffassung, daß die enge Zusammenarbeit zwischen SABA und dem Großhandel gerade einer marktkonformen und an den Verbraucherwünschen ausgerichteten Herstellungs- und Vertriebspolitik diene.

Zur Frage des Verbots der Belieferung sogenannter institutioneller Großabnehmer (Krankenhäuser, Altersheime usw.) durch Großhändler und der erforderlich werdenden Kontrollmaßnahmen, die nach Ansicht der Klägerin „praktisch nicht durchzusetzen sind", bemerkt die Kommission, dieses Verbot bedeute für den Großhandel nicht die Aufgabe seines Strukturprinzips und hindere ihn nicht an der Erfüllung einer seiner wesentlichen Funktionen. Was die Kontrollmaßnahmen betreffe, so habe die Klägerin mit Rücksicht auf die von der deutschen Rechtsprechung an die Eigenschaft als Großhändler gestellten Erfordernisse ein Kontrollsystem eingeführt, das im wesentlichen ausreichen dürfte, um den Erwerb von SABA-Geräten durch nicht bezugsberechtigte „Institutionen" auszuschließen.

Die Klägerin habe es ferner als unannehmbar bezeichnet, daß von gewerblichen Endabnehmern, die zum Kauf von SABA-Geräten bereit seien, die Unterzeichnung bestimmter Erklärungen oder

die „Übernahme bestimmter Verpflichtungen hinsichtlich der Verwendung der gekauften Erzeugnisse verlangt werde; diese Bestimmung erkläre sich unmittelbar daraus, wie der Selbstbedienungsgroßhandel in der Bundesrepublik Deutschland rechtlich geregelt sei: Danach würden die Funktionen des Groß- und Einzelhandels aus Gründen des Wettbewerbs getrennt und die Eigenschaft als Großhändler sowie die Gewährung der daraus folgenden Vorteile davon abhängig gemacht, daß das betreffende Unternehmen überwiegend an Wiederverkäufer oder an gewerbliche Endverbraucher liefere und dabei die Deckung von Privatbedarf ausschließe.

Die Kommission habe den Verkauf an gewerbliche Endabnehmer als typische Großhandelsfunktion anerkannt und darauf hingewirkt, daß ein entsprechendes durch SABA ausgesprochenes Verbot an die Großhändler aufgehoben worden sei. Das Verbot des Verkaufs an private Endabnehmer entspreche dagegen dem Bestreben, die Wettbewerbsstruktur auf der Ebene des Einzelhandels zu schützen, und sei deshalb aufrechterhalten worden.

Die Verpflichtung der Großhändler, von gewerblichen Endabnehmern eine Erklärung unterzeichnen zu lassen, wonach die erworbenen SABA-Erzeugnisse nur für solche Zwecke genutzt würden, die geeignet seien, „der Wirtschaftlichkeit des Betriebes zu dienen", wolle verhindern, daß gewerbliche Endverbraucher zugleich ihren Privatbedarf im Großhandel deckten. Im Fall des Selbstbedienungsgroßhandels sei diese Gefahr in besonderem Maße gegeben; entsprechend müsse der Großhändler nach der deutschen Rechtsprechung dafür sorgen, daß diese Möglichkeit über gewisse Toleranzgrenzen hinaus ausgeschlossen werde.

Die Kommission könne nicht einsehen, warum die Unterzeichnung der vorgenannten Erklärung bei den Endverbrauchern auf Unverständnis stoßen solle, sofern diese die gekauften Geräte tatsächlich für ihren Gewerbebetrieb verwenden wollten. Die Erklärung sei vollkommen angemessen, und sie sei hinreichend bestimmt, um ohne große Schwierigkeiten durch Selbstbedienungsgroßhändler überprüft werden zu können.

Die Verpflichtung der Händler, einen angemessenen Umsatz zu erzielen, sei deshalb freigestellt worden, weil sie zu einer Rationalisierung des Vertriebs, zu einer intensiveren Bearbeitung des Marktes sowie zu einer Absatzförderung führe. Die Absatzverpflichtung werde zu den Absatzmöglichkeiten der jeweiligen Händler und — durch Bezugnahme auf den annähernden Marktanteil von SABA in dem betreffenden Gebiet — zu ihrem jeweiligen Umsatz mit Erzeugnissen anderer Hersteller in Relation gebracht.

Die geforderte Umsatzsteigerung werde ebenfalls nach objektiven und *zulässigen* Merkmalen bestimmt. Diese Verpflichtungen bewirkten, daß die Händler in gleicher Weise veranlaßt würden, sich im Rahmen ihrer jeweiligen Absatzmöglichkeiten intensiv für den Vertrieb der SABA-Erzeugnisse einzusetzen.

Die Verpflichtung zur repräsentativen Ausstellung von SABA-Erzeugnissen solle verhindern, daß die SABA-Geräte mit Waren umgeben würden, die die werbliche Darbietung der SABA-Geräte beeinträchtigten. Auch kleinere Händler seien hierzu in der Lage.

III — *SABA* führt als Streithelferin zunächst aus, daß die Klägerin sich nicht darauf berufen könne, Großhandel zu betreiben. Entgegen ihren Behauptungen sei der Zugang zu den Metro-Märkten nicht allein Gewerbetreibenden vorbehalten und keinesfalls auf den Kauf solcher Erzeugnisse begrenzt, die gewerblichen Zwecken dienten.

Einerseits werde der Einkaufsausweis für die Lebensmittelabteilung an nichtgewerbliche Einrichtungen ausgegeben, die ihn zu ausschließlich privaten Zwecken

benutzten. Soweit andererseits Gewerbetreibende tatsächlich ihren Bedarf bei der Metro deckten, täten sie dies im wesentlichen als private Endverbraucher, die vorwiegend Erzeugnisse außerhalb ihrer Branche einkauften. Kein Rundfunkfachhändler decke seinen gewerblichen Bedarf bei der Metro, deren Preise zu hoch seien und die keinen Service biete.

Metro verstoße im übrigen gegen die Bedingungen, von denen nach deutschem Recht die Großhändler-Eigenschaft abhänge, und versuche durch die vorliegende Klage, den Bedrohungen ihres Absatzsystems entgegenzuwirken.

Im Hinblick auf die Begründetheit der Klage führt SABA aus, die Angriffe der Metro beträfen lediglich zwei der Voraussetzungen, die nach Artikel 85 Absatz 3 vorliegen müßten, um eine Freistellung zu ermöglichen: Die Verbraucher würden an dem aus dem Vertriebssystem entstehenden Gewinn nicht angemessen beteiligt; das Vertriebssystem eröffne Möglichkeiten, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Hierzu bemerkt SABA, sie habe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland etwa 100 Großhändler und nahezu 9000 Einzelhändler zu SABA-Händlern bestellt. Dazu kämen noch die zahlreichen SABA-Händler in den übrigen Mitgliedstaaten des Gemeinsamen Marktes, die alle untereinander in lebhaftem Wettbewerb stünden. SABA halte endlich nur einen geringen Marktanteil in der Bundesrepublik Deutschland und stehe im Wettbewerb mit anderen Herstellern in demselben Sektor. Preisvergleiche aus dem gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland bewiesen, wie lebhaft der Preiswettbewerb unter den SABA-Händlern sei.

IV — In ihrer *Erwiderung* weist Metro darauf hin, daß ihre Klage sich im wesentlichen auf zwei Feststellungen stütze, die sie wie folgt formuliert:

A — Die Kommission habe bei der Gewährung einer Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 aufgrund der von ihr festgestellten Tatsachen von ihrem Ermessen einen mit dem Willen des Gesetzgebers unvereinbaren Gebrauch gemacht.

B — Die Kommission sei von Tatsachen ausgegangen, die ohne exakten Nachweis nicht als gegeben hätten unterstellt werden dürfen.

Zu A — Die wesentlichen Ermessensfehler der Kommission seien in folgendem zu sehen:

1. Die Kommission habe verkannt, daß das selektive SABA-Vertriebssystem nur scheinbar mit qualitativen Selektionsmerkmalen arbeite, in Wahrheit aber zu einer Selektion von solchen Händlern auf der Groß- und Einzelhandelsstufe führe, die einen nennenswerten Preiswettbewerb nicht mehr befürchten ließen. Dieses Ergebnis werde durch den Ausschluß der Selbstbedienungs-Großhändler und derjenigen Einzelhändler erzielt, bei denen die Wahrscheinlichkeit der Preisunterbietung am höchsten sei.

2. Die Kommission vertrete zu Unrecht die Ansicht (Seite 13 der Klagebeantwortung), die mögliche Beeinträchtigung des Preiswettbewerbs werde dadurch ausgeglichen, daß die SABA-Händler leistungsstärker im Wettbewerb gegenüber den Händlern seien, die andere Marken führten. Die Behauptung, eine Verringerung des „intra-brand-Wettbewerbs" begünstige eine Steigerung des „inter-brand-Wettbewerbs", sei unzutreffend, jedenfalls seien die Vorteile für den Verbraucher nicht einzusehen.

3. Die Kommission habe bei ihrer Entscheidung vernachlässigt, daß es sich bei Geräten der Marke SABA um Erzeugnisse von sehr hoher Qualität handele. Hieraus folge, daß die Verbraucher nur schwerlich auf andere Erzeugnisse ausweichen würden, so daß die Händler verpflichtet seien, ein vollständiges Angebot von Markengeräten und insbesondere

von SABA-Erzeugnissen bereitzuhalten. Diese Notwendigkeit sei vom Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 20. November 1975, „Rossignol", anerkannt worden (WuW 1976, S. 279).

4. Die Kommission habe es unterlassen, den Umstand zu berücksichtigen, daß die Vertriebspolitik der SABA nur Teil eines von den maßgebenden Herstellern von Unterhaltungselektronik in gleicher Weise angewendeten Systems sei.

Zu B — Die Kommission habe sich auf Tatsachen gestützt, die nicht oder nicht hinreichend festgestellt worden seien.

1. Unzutreffend sei die Feststellung, daß die sogenannten institutionellen Endabnehmer (Schulen, Kasernen, Krankenhäuser ...) kein Gewerbe betrieben. Jede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr, die nicht zur Deckung privater Bedürfnisse erfolge, sei, so führt die Klägerin aus, gewerblich oder gewerbsmäßig.

2. Zu Unrecht sei die Kommission der Auffassung (S. 24 bis 25 der Klagebeantwortung), die Klägerin begnüge sich zur Nachprüfung der Eigenschaft ihrer Kunden damit, von diesen eine schriftliche Erklärung zu verlangen, die bestätige, daß die Waren nur für den Gewerbebetrieb gekauft würden. Die Klägerin führe eine bestimmte Anzahl von Kontrollen durch, wehre sich aber gegen zusätzliche Kontrollen, die allein für SABA-Erzeugnisse gefordert würden und ihrer Ansicht nach bezweckten, den Selbstbedienungsgroßhandel auszuschließen.

3. Entgegen der Ansicht der Kommission sei der Selbstbedienungsgroßhandel infolge der Ersparnis von Transport- und Kreditkosten eine für kleinere Gewerbetreibende besonders interessante Einkaufsquelle, da diese zu geringeren Preisen einkaufen und den Transportaufwand in der Form einer eigenen Arbeitsleistung erbringen könnten.

4. Gleichfalls unzutreffend sei die Behauptung der Kommission, daß „die Preise der Klägerin im Verhältnis zu den Preisen des klassischen Fachgroßhandels, vor allem unter Berücksichtigung von dessen sonstigen Leistungen, für Wiederverkäufer ... wenig attraktiv" seien (S. 14 der Klagebeantwortung). Die Klägerin hätte, wie sie ausführt, nicht mit Geräten der Unterhaltungselektronik einen Umsatz von 100 Millionen DM im Jahr erzielen können, wenn ihre Preise nicht attraktiv wären.

Die Veröffentlichung „marktintern", die insbesondere von SABA zur Unterstützung der Behauptung angeführt werde, Metro könne sich nicht als Großhändlerin bezeichnen (Anlagen 2, 4, 6 bis 13 und 15 zum Schriftsatz von SABA), habe wiederholt auf die günstigen Preise der Klägerin hingewiesen.

Diese Preise könnten nach Ansicht der Klägerin noch günstiger sein, wenn sich nicht alle wesentlichen Hersteller verschworen hätten, die Klägerin nicht zu beliefern.

5. Die Behauptung der Kommission (S. 2 und 16 der Klagebeantwortung), SABA stehe im Wettbewerb mit mehr als 20 anderen deutschen Herstellern, sei unzutreffend oder jedenfalls unvollständig.

Von Bedeutung seien in Wahrheit für den betreffenden Markt nur 8 Firmen (in der Reihenfolge ihrer Bedeutung: Grundig, Philips, Telefunken, Nordmende, SABA, Blaupunkt, Loewe-Opta, Schaub-Lorenz), die sämtlich eine gegen den Selbstbedienungsgroßhandel gerichtete Vertriebsbindung praktizierten.

6. Die Kommission habe sich für ihre Behauptung, der Preiswettbewerb zwischen SABA-Facheinzelhändlern führe zu Preisdifferenzen in der Größenordnung von 30 bis 40 oder 50 %, zu Unrecht auf die von SABA vorgelegten Unterlagen (SABA-Preisspiegel, Anlage 7 zur Klagebeantwortung) gestützt. Die Klägerin bestreitet, daß die von SABA in ihrem eigenen Interesse vorgelegten

Preisspiegel repräsentativ seien. In jedem Fall sei der für einen Preisvergleich relevante Markt nicht das gesamte Bundesgebiet, es seien dies vielmehr die örtlichen Teilmärkte, da ein Kunde in Düsseldorf sich für die in Frankfurt oder Oberammergau geforderten Preise überhaupt nicht interessiere. Im Bereich der örtlichen Teilmärkte seien nur sehr geringe Preisdifferenzen festzustellen. Dies folge insbesondere daraus, daß es die bei der Selektion nach dem SABA-System zugrunde gelegten Qualifikationsmerkmale erlaubten, in Anbetracht der Möglichkeiten der Lagerhaltung, des repräsentativen Charakters usw. als SABA-Händler nur die führenden örtlichen Händler, das heißt diejenigen zuzulassen, die ein Interesse daran hätten, nicht in einen Preiswettbewerb einzutreten. Dies führe auf jedem dieser Teilmärkte zu einer oligopolähnlichen Situation. Die Klägerin beantragt, der Gerichtshof möge SABA aufgeben, eine Liste der SABA-Facheinzelhändler mit genauer Anschrift vorzulegen, die dann zur Grundlage einer entsprechenden Untersuchung gemacht werden könne.

7. Die Klägerin führt aus, es widerspreche der Lebenserfahrung, wenn die Kommission davon ausgehen wolle, daß die Kooperation zwischen Hersteller und Händler sich zum Vorteil des Verbrauchers auswirke. Diese Kooperation, die sich bis auf die Ebene des Einzelhandels auswirke, lasse den Preiswettbewerb erlahmen und schließe eine neutrale und objektive Beratung des Kunden über die Vor- und Nachteile der angebotenen Erzeugnisse durch den Händler aus.

Die Klägerin macht alsdann Ausführungen zum Schriftsatz von SABA. Sie legt die Wirkungsweise ihres Selbstbedienungsverkaufssystems dar und gibt nähere Erläuterungen über die Kontrollmaßnahmen, die sie zur Nachprüfung der gewerblichen Eigenschaft ihrer Käufer trifft. Sie bestreitet den Beweiswert der Unterlagen, durch die SABA den Beweis zu führen versuche, daß Metro die vom deutschen Recht für die Eigenschaft als Großhändler vorausgesetzten Bedingungen nicht erfülle.

V — In ihrer *Gegenerwiderung* vertritt die Kommission die Ansicht, die Klägerin qualifiziere die von ihr vorgebrachten Angriffsmittel zu Unrecht als Rügen eines Ermessensmißbrauchs; sie dürften vielmehr unter die Kategorie „Verletzung des Vertrages" einzuordnen und als solche zu prüfen sein. Nach Ansicht der Kommission können diese Angriffsmittel wie folgt zusammengefaßt werden:

Die angegriffene Entscheidung solle Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages verletzen, da das von der Kommission genehmigte selektive Vertriebssystem zu einem Ausschluß des Selbstbedienungsgroßhandels und des Einzelhandels und so zu einer Ausschaltung des Preiswettbewerbs führe.

Die Kommission bestreitet erneut, daß die angegriffene Entscheidung nach Durchführung der von ihr veranlaßten Anpassungen einen Ausschluß des Selbstbedienungsgroßhandels und des Einzelhandels bewirke.

Die im Rahmen des Systems geforderten Kontrollmaßnahmen, welche die Verpflichtung umfaßten, von gewerblichen Endverbrauchern die Unterzeichnung bestimmter Erklärungen über die Verwendung der Erzeugnisse zu verlangen (Nr. 15 der angegriffenen Entscheidung), und der Ausschluß von Direktlieferungen des Großhändlers an „institutionelle" Endverbraucher seien nicht unverhältnismäßig und führten de facto nicht zu einem Ausschluß von Unternehmen der Art der Klägerin. Die Erklärung sei so abgefaßt, daß sie von jedem Kunden der Klägerin ohne große Umstände unterzeichnet werden könne, sofern das eingekaufte Erzeugnis tatsächlich für einen Gewerbebetrieb bestimmt sei. Die Behauptung der Klägerin, sie werde nur durch das SABA-Vertriebssystem gezwungen, eine besondere Kontrolle beim Warenausgang einzurichten, sei unzutreffend. Schon jetzt werde von der Klägerin neben den an der Kasse durchgeführten Kontrollen (Überprüfung

der Preise, Ausstellung der Rechnungen, Ausfüllen der Garantiedokumente) im Rahmen der ihr durch das deutsche Recht auferlegten Verpflichtungen eine „Endkontrolle" organisiert.

Auch der Ausschluß der Belieferung der sogenannten institutionellen Abnehmer dürfte keine Schwierigkeiten nach sich ziehen und weder die SABA-Großhändler noch die Klägerin an der effektiven Erfüllung einer wichtigen Großhandelsfunktion hindern. Die betreffenden Institutionen könnten im übrigen von der Klägerin, die sich selbst als „Einkaufszentrum für Wiederverkäufer und gewerbliche Großverbraucher" bezeichne, nicht beliefert werden, da sie die genannten Eigenschaften offensichtlich nicht besäßen.

Nach den Bestimmungen der Richtlinie 64/223/EWG vom 25. Februar 1964 (ABl. Nr. 1964, S. 803) kämen die erwähnten Institutionen als Großhandelskunden nur insoweit in Betracht, als sie als „Großverbraucher" angesehen werden könnten, was aber in aller Regel nicht im Hinblick auf Erzeugnisse der Unterhaltungselektronik der Fall sei.

Auch die gegen die Verpflichtungen zur Kooperation und insbesondere zum Abschluß halbjährlicher Lieferverträge mit SABA gerichteten Angriffe seien unbegründet.

Die Kooperation zwischen SABA und ihren Großhändlern bezwecke eine ständige Anpassung der Gestaltung und Struktur des Herstellerprogramms an die Verbrauchererwartungen und damit die „Marktnähe" dieses Programms; sie verkürze die „Reaktionszeit" des Herstellers auf Fehlentwicklungen in quantitativer oder qualitativer Hinsicht. Hierdurch werde die Beweglichkeit der Großhändler nicht übermäßig beschränkt, da die Laufzeit der Verträge verhältnismäßig begrenzt und die in den Verträgen vorgesehenen Bedingungen verhältnismäßig anpassungsfähig seien.

Die Kommission bestreitet ferner, daß das SABA-Vertriebssystem auf der Ebene des Einzelhandels die für die Belebung eines Preiswettbewerbs sorgenden kleineren Gewerbetreibenden ausschließe. Es seien im Gegenteil häufig gerade die größeren Einzelhandelsunternehmen, die wegen vorteilhafter Einkaufsbedingungen, Rationalisierungsmöglichkeiten bei Vertrieb und Kundendienst sowie der Möglichkeit der Mischkalkulation günstigere Endverbraucherpreise bieten könnten.

Was die Behauptung über den Ausschluß des Preiswettbewerbs zwischen den SABA-Händlern betreffe, so weist die Kommission darauf hin, daß es keine „lokal begrenzten Teilmärkte" mit mehr oder weniger einheitlichem Preisniveau gebe. Die von der Klägerin in Düsseldorf durchgeführte und im Verfahren der einstweiligen Anordnung vorgelegte Untersuchung sei nicht schlüssig, da die Zahl der befragten Händler zu gering sei. Im übrigen könne sich der Umstand, daß die verlangten Preise nahe beieinander lägen oder sogar identisch seien, aus der Kostenstruktur der befragten Händler oder gerade aus dem Druck des Wettbewerbs zwischen örtlich benachbarten Händlern erklären.

Zwar bringe der Selbstbedienungsgroßhandel Vorteile für den Wettbwerb mit sich, doch sollten nach Ansicht der Kommission die Ausführungen der Klägerin zurechtgerückt werden, mit denen diese den Eindruck erwecken wolle, als genüge ihre Zulassung als SABA-Großhändler, um die gesamte Preis- und Kostenstruktur im Vertrieb der SABA-Erzeugnisse zu revolutionieren. Auf dem heftig umkämpften Markt der Unterhaltungselektronik sei auch der klassische Großhandel auf bestimmte Techniken und Vorteile ausgerichtet, die die Klägerin für sich in Anspruch nehme (keine Mindestabnahmemengen, Möglichkeit für den Kunden, die gekaufte Ware mit eigenen Transportmitteln abzuholen). Der Hinweis der Klägerin auf den von ihr erzielten Umsatz von 100 Millionen DM im Jahr auf dem Gebiet der Unterhaltungselektronik sei noch kein Beweis für ihre

Attraktivität, solange nicht feststehe, welcher Anteil von diesem Umsatz auf Geschäfte mit Wiederverkäufern und „echten", das heißt solchen gewerblichen Endverbrauchern entfalle, die nicht ihren persönlichen und branchenfremden Bedarf deckten. Soweit der Umsatz dadurch erzielt werde, daß Gewerbetreibende ihren privaten Bedarf deckten, gebe dies keinen Aufschluß über die Konkurrenzfähigkeit der Preise der Klägerin im Vergleich zu den Preisen des klassischen Großhandels, da die Großhändler sich zur Dekkung dieses Bedarfs nur an den Einzelhandel wenden könnten.

Eine realistische Beurteilung der Konkurrenzfähigkeit des Vertriebssystems der Klägerin sei erst dann möglich, wenn sie die gleichen Einkaufsmöglichkeiten wie der klassische Großhandel auf diesem Gebiet hätte; erst wenn die Klägerin als SABA-Großhändlerin zugelassen würde, könnten die Vorteile ihres Vertriebssystems richtig gewürdigt werden.

Solange der vorliegende Rechtsstreit nicht entschieden sei, sei ein solcher Vergleich unmöglich, da die Klägerin daran festhalte, daß sie bestimmte Bedingungen des von der Kommission freigestellten SABA-Vertriebssystems nicht akzeptieren könne.

Was das Verhältnis des Wettbewerbs zwischen Händlern derselben Marke (intrabrand) zum Wettbewerb zwischen diesen Händlern und solchen anderer Marken (inter-brand) betreffe, so weist die Kommission darauf hin, daß ihrer Ansicht nach das SABA-Vertriebssystem *zusätzlich* zu dem weiterbestehenden Wettbewerb zwischen Händlern derselben Marke als positive Wirkung eine Verschärfung des Wettbewerbs mit Erzeugnissen anderer Hersteller zur Folge habe.

Die intensiven Anstrengungen der maßgebenden Händler beim Absatz des Produkts eines Herstellers schlössen weder die Vertretung von Erzeugnissen anderer Hersteller noch eine angemessene Beratung der Kunden aus. Entgegen den Behauptungen der Klägerin sei sich die Kommission durchaus des Umstands bewußt gewesen, daß eine Reihe von anderen Herstellern von Unterhaltungselektronik ebenfalls autonom Vertriebssysteme mit Bedingungen praktizierten, welche die Klägerin nach ihrer Behauptung angesichts ihrer besonderen Struktur nicht erfüllen könne. Die Kommission sei sich darüber im klaren gewesen, daß ihrer Entscheidung eine Präzedenzwirkung für die Vertriebssysteme anderer Hersteller zukomme. Die Entscheidung bezwecke gerade, im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts Kriterien für die Beurteilung von Vertriebssystemen festzulegen, die mit dem der SABA vergleichbar seien.

VI — Der als Streithelfer zugelassene Verband des SB-Großhandels (nachstehend „Verband") vertritt die Auffassung, bei Berücksichtigung der maßgebenden Faktoren des Marktes für die hier betroffenen Erzeugnisse ergebe sich als eindeutige Konsequenz des selektiven SABA-Vertriebssystems der Ausschluß des Selbstbedienungsgroßhandels. Weiterhin sei festzustellen, daß nicht nur SABA, sondern auch alle sonstigen wesentlichen deutschen Hersteller von Unterhaltungselektronik Vertriebssysteme praktizierten, welche die Belieferung des Selbstbedienungsgroßhandels ausschlössen.

Die Kommission verkenne, daß Schutzobjekt des Artikels 85 des Vertrages die Freiheit des Wettbewerbs zugunsten der Verbraucher, nicht aber der Schutz der parallel liegenden Interessen eines Herstellers mit einer bestimmten Gruppe von Händlern sei, ein von diesen für richtig erachtetes Preisniveau zu erzielen. Ein aktiver Preiswettbewerb auch auf der Handelsstufe liege im Interesse der Verbraucher.

Der Verband weist insbesondere auf folgende Punkte hin:

1. Die im SABA-Vertriebssystem enthaltenen Kontrollerfordernisse könnten von

Unternehmen des Selbstbedienungsgroßhandels nicht erfüllt werden, da sie zu einer derartigen Komplizierung des Geschäftsablaufes führen würden, daß die Rationalisierungsvorteile des Warenumschlags nach dem Selbstbedienungssystem entfallen würden.

Entgegen der Auffassung der Kommission würde die Verwendung des Sonderverpflichtungsscheins aufgrund der von gewerblichen Endabnehmern abzugebenden Erklärungen (detaillierte Angaben über den Verwendungszweck, Erklärungen des verantwortlichen Leiters des Gewerbebetriebes über den Wiederverkauf, vorherige Weitergabe aller Informationen und Unterlagen, die der Firma SABA die Nachprüfung der Verwendung der Erzeugnisse ermöglichten) zu so weitgehenden Erschwerungen führen, daß sie vom Selbstbedienungsgroßhandel nicht in Betracht gezogen werden könne.

Der Eintritt eines wirklichen Preiswettbewerbs als Folge der Aufhebung der Freistellungserklärung zugunsten des SABA-Vertriebssystems würde entgegen dem, was von der Kommission behauptet werde, nicht dazu führen, daß der Fachhandel sein Interesse von SABA-Erzeugnissen abwenden und sich vorzugsweise konkurrierenden Erzeugnissen zuwenden würde. Eine aufhebende Entscheidung würde vielmehr eine Mißbilligung solcher von Konkurrenten der Firma SABA eingeführten Vertriebssysteme bedeuten, die mit dem System der SABA identisch seien. Dadurch würde die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen gewährleistet.

2. Zu den mit dem „Kooperationsvertrag" verbundenen Verpflichtungen meint der Verband, eine solche vertikale Kooperation führe notwendig zu einer Wettbewerbsbeschränkung. Der Handel sei nicht dazu da, mit dem Hersteller zu kooperieren, sondern das günstigste Angebot auf dem Markt ausfindig zu machen und dem Verbraucher anzubieten. Für einen Selbstbedienungsgroßhändler sei es nicht möglich, sich um den Ausbau des Vertriebsnetzes eines Herstellers zu bemühen. Die Verpflichtung, den voraussichtlichen Bedarf für sechs Monate zu decken, sei wettbewerbswidrig — insbesondere, wenn die Nachfrage schwanke — und halte den Händler dazu an, SABA-Erzeugnisse zu bevorzugen. Darüber hinaus bedeute die Unterhaltung eines Lagers einen erheblichen Kostenfaktor. Selektive Vertriebssysteme führten in dem Maße, in dem sie sich ausbreiteten, zu einer Aufteilung des Marktes, bänden die Händler an ihre jeweiligen Marken und hätten einen Rückgang des Wettbewerbs infolge der Bildung lokaler Monopolsituationen zur Folge.

3. Der Verband bezieht sich auf das Kartellrecht der Vereinigten Staaten und zitiert für die Bedeutung der Wettbewerbsfreiheit auf der Vertriebsstufe die Entscheidung des US Supreme Court vom 12. Juni 1967 (U.S. gegen Arnold Schwinn & Co., 388 US 365, insbesondere 382).

4. Der Verband nimmt alsdann zu einer Reihe von Fragen Stellung, die vor seinem Antrag auf Zulassung als Streithelfer vom Gerichtshof an die Parteien des Rechtsstreits gerichtet wurden (siehe später unter VIII).

VII — In Beantwortung der Erklärungen des Verbands verwahrt sich die Kommission gegen den Vorwurf, sie habe das Schutzobjekt von Artikel 85 — Wettbewerbsfreiheit zugunsten des Verbrauchers — verkannt und statt dessen auf den Schutz des Interesses eines Herstellers und einer bestimmten Gruppe von Händlern abgestellt, ein bestimmtes Preisniveau zu erzielen.

Wie sich aus den Nrn. 39 bis 43 der angegriffenen Entscheidung ergebe, habe die Kommission die mit dem SABA-Vertriebssystem verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen nur wegen der objektiven, wesentlichen Vorteile gewährt, die das System für den Verbraucher mit sich bringe. Besonderes Gewicht habe die Kommission bei ihren Überlegungen der Frage zugemessen, ob das Vertriebssy-

stem die Aufrechterhaltung eines aktiven Preiswettbewerbs gewährleiste (Nrn. 43 und 53 der Entscheidung). Im übrigen sei der Preis nur ein Faktor unter verschiedenen anderen, die unmittelbar (verbesserter Kundendienst, bessere Anpassung an spezielle Wünsche, Vergrößerung der vorrätigen Mengen an angebotenen Erzeugnissen) oder mittelbar (Rationalisierung des Vertriebs) dem Verbraucher zugute kämen. Auf einem hart umkämpften, unübersichtlichen Markt von servicebedürftigen, technisch komplizierten Erzeugnissen sei der Preis für den Verbraucher keineswegs das allein ausschlaggebende Merkmal. Bezüglich der Maßnahmen, zu denen sich die Großhändler verpflichten müßten, um die Belieferung von privaten Endverbrauchern auszuschließen, und der Angemessenheit dieser Maßnahmen bemerkt die Kommission:

1. Die „Verkomplizierung" des Geschäftsablaufs der Klägerin infolge der notwendigen Kontrollmaßnahmen sei geringer, als sie von dem Streithelfer dargestellt werde. Ein Formular (der SABA-Sonderverpflichtungsschein) brauche nur im Falle des Verkaufs an gewerbliche Endabnehmer ausgefüllt zu werden. Bei der Abgabe an Wiederverkäufer seien keine besonderen Formalitäten vorgesehen.

2. Wie sich aus einem Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 16. Dezember 1976 ergebe, habe die Klägerin oder eine ihrer Schwestergesellschaften entgegen dem Vorbringen in der vorliegenden Rechtssache eingeräumt, daß es ihr möglich sei nachzuprüfen, ob die eingekauften Waren tatsächlich zur gewerblichen Verwendung bestimmt seien.

3. Im Anschluß an ein Schreiben von Metro an die Kommission vom 12. Januar 1977 (Anlage 2a zum Schriftsatz des Verbands) habe die Kommission SABA zu „Änderungen des Sonderverpflichtungsscheins aufgefordert, mit denen unter anderem erreicht werden solle, daß die Großhändler nicht mehr zu Nachprüfungen der Verwendung des Erzeugnisses verpflichtet sein sollten. Der Großhändler müsse lediglich nachprüfen, ob der von den Abnehmern angegebene Verwendungszweck tatsächlich im gewerblichen Bereich des betreffenden Gewerbebetriebes liege; dies könne mit Hilfe des von dem Abnehmer vorzulegenden Einkaufsausweises geschehen.

4. Bezüglich der Kooperationsverträge weist die Kommission auf den Umstand hin, daß SABA deren Fassung vor kurzem geändert habe und Großhändler nunmehr nur noch verpflichtet seien, Lieferverträge für eine Dauer von vier (statt bisher sechs) Monaten im voraus abzuschließen. Die neue Fassung sei der Kommission mit Schreiben vom 25. Januar 1977 mitgeteilt worden und werde zur Zeit von ihr geprüft.

5. Die Anforderungen hinsichtlich der Verpflichtung zur Abnahme und Lagerhaltung gingen nicht so weit, daß sie den Fachhändler zur Einstellung des Verkaufs von Konkurrenzfabrikaten veranlaßten und somit zur Bildung „lokaler Monopolsituationen" führten. In der Praxis vertrieben die SABA-Großhändler trotz der seit über zehn Jahren bestehenden Kooperation gleichzeitig mehrere — deutsche oder ausländische — Markenerzeugnisse. Die Auswirkung der durch die Verpflichtung zur Abnahme und Lagerhaltung verursachten Kosten auf die Verbraucher werde durch Preiszugeständnisse abgemildert, welche die Großhändler im Rahmen des „inter-brand-Wettbewerbs" (zwischen Erzeugnissen verschiedener Marken) den Einzelhändlern einräumen müßten, die ihrerseits nicht zur Abnahme bestimmter Gerätetypen verpflichtet seien.

6. Hinsichtlich der Bezugnahme auf das Urteil des Supreme Court der Vereinigten Staaten in der Sache Schwinn meint die Kommission, sowohl der Sachverhalt als auch die rechtliche Beurteilung wiesen so weitgehende Unterschiede auf, daß jeder Vergleich mit dem vorliegenden Fall undurchführbar sei.

Die Kommission bezweifelt, daß der Gerichtshof eine Untersuchung des Preisniveaus für SABA-Erzeugnisse anordnen könne, denn eine solche Untersuchung könne sich nur auf die gegenwärtigen Preise beziehen. Gegenstand des Rechtsstreits sei aber die Frage, ob die Kommission in ihrer Entscheidung vom 15. Dezember 1975 Artikel 85 Absatz 3, insbesondere durch eine unzutreffende Wertung des im Zeitpunkt der Entscheidung, das heißt im Jahre 1975, zwischen den SABA-Vertriebshändlern herrschenden Wettbewerbs, falsch ausgelegt habe.

VIII — Vor dem Antrag des Verbands auf Zulassung als Streithelfer hatte der Gerichtshof, nachdem das schriftliche Verfahren zwischen den übrigen Beteiligten abgeschlossen war, diese um Beantwortung bestimmter Fragen gebeten, deren erste die Zulässigkeit der Klage im Hinblick auf Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag und Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 betraf.

Die *Klägerin* meint, die Klage sei zulässig, da die Freistellungsentscheidung der Kommission sie, Metro, unmittelbar und individuell betreffe. Die in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 enthaltenen Voraussetzungen lägen ebenfalls vor. Metro werde von der Freistellungsentscheidung insoweit unmittelbar betroffen, als diese SABA das Recht verleihe, eine Belieferung von Metro zu verweigern. Darüber hinaus führe die angegriffene Entscheidung dazu, daß sich Metro gerichtlichen Verfahren vor deutschen Gerichten ausgesetzt sehe, soweit sie SABA-Erzeugnisse führe. Sie sei auch individuell betroffen, weil sie gegen die angekündigte Freistellungsentscheidung Beschwerde bei der Kommission erhoben und gemäß Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 an dem betreffenden Verfahren teilgenommen habe. Im Hinblick auf die Verordnung Nr. 17 sei die Klage aus den gleichen Gründen zulässig.

Der *Verband* äußert sich ebenfalls in diesem Sinne.

Auch nach Ansicht der *Kommission* ist die Klage zulässig.

Die Rechtsakte, bei denen eine Nichtigkeitsklage in der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes wegen mangelnder individueller Betroffenheit für unzulässig erklärt worden sei, seien sämtlich hoheitliche, normative Regelungen gewesen, entweder direkt in Gestalt von Verordnungen des Rates oder der Kommission oder indirekt als Entscheidungen an Mitgliedstaaten, die letztere zum Erlaß normativer Regelungen ermächtigt oder verpflichtet hätten. Die angefochtene Entscheidung betreffe dagegen eine rein privatrechtliche Maßnahme, nämlich die Festlegung der Absatzpolitik eines bestimmten Unternehmens in Gestalt von Mustervereinbarungen mit seinen Marktpartnern. Diese Art von Entscheidungen könne nicht Rechtsakten gleichgestellt werden, die den Erlaß öffentlich-rechtlicher Regelungen beträfen; der zwischen diesen bestehende Unterschied müsse sich auch auf das Ausmaß der Rechtsschutzmöglichkeiten der davon Betroffenen auswirken. Einer Entscheidung der Kommission zur Freistellung eines Vertriebssystems wohne gegenüber den betroffenen Händlern insofern ein starkes individuelles Element inne, als die freigestellten Zulassungskriterien zum Gegenstand individueller Vereinbarungen zwischen dem Hersteller und den einzelnen Händlern gemacht würden, beziehungsweise dem Hersteller die Möglichkeit gegeben werde, denjenigen Händlern, welche die Zulassungskriterien nicht erfüllten, den Abschluß solcher individueller Vereinbarungen zu verweigern.

Abschließend weist die Kommission darauf hin, daß die Überprüfung von Freistellungsentscheidungen der Kommission durch den Gerichtshof praktisch ausgeschlossen würde, wenn betroffene Dritte diese nicht anfechten könnten: Die Adressaten dieser Entscheidungen hätten im allgemeinen als Begünstigte kein Interesse an einer Anfechtung. Hinzu komme der Umstand, daß die be-

troffenen Dritten die Nichtigkeit der Wettbewerbsbeschränkung auch vor den nationalen Gerichten nicht mehr geltend machen könnten, da diese Gerichte durch die Freistellungsentscheidung der Kommission gebunden seien. Eine Überprüfung käme damit höchstens noch im Wege der Vorabentscheidung in Betracht.

Das Erfordernis einer eigenständigen Klagemöglichkeit gegen die Freistellungsentscheidung könne nicht unter Berufung auf das in Artikel 19 Absätze 2 und 3 der Verordnung Nr. 17 vorgesehene Verfahren geleugnet werden. In diesem Verfahren bestehe lediglich ein Anspruch auf Anhörung, nicht aber die Möglichkeit, die Entscheidung nachprüfen zu lassen.

Um die Zulässigkeit der vorliegenden Klage beurteilen zu können, müsse geprüft werden, ob die Klägerin unmittelbar und individuell durch die Freistellungsentscheidung betroffen sei, mit der ihr gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 gestellter Antrag teilweise zurückgewiesen worden sei. Zwar habe der Gerichtshof in Fällen, in denen die Kommission es abgelehnt habe, einem Antrag des Klägers nachzukommen, die Zulässigkeit der Klage bereits verneint. Für die Zulässigkeit der Klage komme es nach dieser Rechtsprechung auf die Rechtsnatur des begehrten, aber abgelehnten Aktes an (Urteile vom 8. März 1972, Rechtssache 42/71, *Nordgetreide/Kommission,* Slg. 110; 1. März 1966, Rechtssache 48/65, *Lütticke,* Slg. 27; 18. November 1970, Rechtssache 15/70, *Chevalley,* Slg. 975).

In allen diesen Rechtssachen sei der Antrag jedoch entweder auf den Erlaß eines nicht verbindlichen oder aber eines normativen Aktes, also auf den Erlaß eines nicht anfechtbaren Aktes gerichtet gewesen, so daß die Klage als unzulässig habe angesehen werden müssen.

Im vorliegenden Fall handele es sich jedoch um eine andere Situation. Der Antrag der Klägerin sei hier auf Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 gestützt gewesen, der Personen, die ein berechtigtes Interesse an einer auf Feststellung und Abstellung einer Zuwiderhandlung gerichteten Entscheidung der Kommission darlegten, ein formelles Antragsrecht gewähre. Mit der Stellung ihres Antrags habe sich die Klägerin in das bereits schwebende Genehmigungsverfahren eingeschaltet. Das Beschwerdeverfahren sei in allen seinen Phasen durchgeführt worden. Beide Verfahren seien materiell durch die angefochtene Freistellungsentscheidung abgeschlossen worden, in deren Rahmen die von der Klägerin mit der Beschwerde vorgetragenen Einwände teilweise berücksichtigt, teilweise zurückgewiesen worden seien.

Die Klägerin sei *individuell* betroffen, da die angefochtene Entscheidung sie „wegen besonderer, sie aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und sie daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten". Da SABA ihr Vertriebssystem in der freigestellten Ausgestaltung tatsächlich praktiziere, sei das *unmittelbare* Betroffensein von Metro hinreichend dargetan.

SABA als Streithelferin ist der Ansicht, daß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 nichts an der Unzulässigkeit der Klage ändern könne, da Metro von der angegriffenen Entscheidung nicht „betroffen" sei.

IX — In Beantwortung der Frage, für welche Bestimmungen des SABA-Vertriebssystems ein Negativattest und für welche eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 erteilt worden sei, führt die Kommission aus, die nach Artikel 85 Absatz 3 erteilte Freistellung gelte für die Gesamtheit der dem SABA-Vertriebssystem zugrunde liegenden Verträge. Die Erteilung eines Negativattests oder einer Freistellung für einzelne Bestimmungen der betreffenden Verträge sei nicht erfolgt. Lediglich bezüglich der Verkaufsbedingungen für das Inlandsgeschäft, die keinen Bestandteil des eigentlichen SABA-Vertriebssystems darstellten, sei ein Negativattest erteilt worden.

X — Auf die Frage des Gerichtshofes, ob das Einverständnis der Kommission mit der Beibehaltung des im SABA-Vertriebssystem enthaltenen Verbots für deutsche Großhändler, „institutionelle" Endverbraucher zu beliefern, mit Rücksicht auf das deutsche Recht in dieser Frage erfolgt sei oder auf einem anderen Grund beruhe, hat die Kommission geantwortet, ihre Entscheidung in dieser Frage sei nicht mit Rücksicht auf etwaige einschlägige Bestimmungen des deutschen Rechts erfolgt, da keine Bestimmung des deutschen Rechts Großhändlern die Belieferung „institutioneller" Endverbraucher verbiete. Wenn die angegriffene Entscheidung in diesem Punkt einen Unterschied zwischen deutschen Großhändlern, die diesem Verbot unterlägen, und ausländischen SABA-Alleinvertriebshändlern mache, die davon ausgenommen seien, so beruhe dies lediglich darauf, daß SABA keine Veranlassung gehabt habe, ihren ausländischen Alleinvertriebshändlern Sprunglieferungen zu verbieten.

XI — Der Gerichtshof hat die Kommission gebeten, ihre Ansicht über die Auswirkungen mitzuteilen, welche die Praktizierung von Vertriebssystemen, die dem der Firma SABA glichen, durch andere Hersteller in demselben Sektor auf den Wettbewerb hätten.

Nach den Darlegungen der Kommission enthält das SABA-Vertriebssystem in erster Linie eine Fachhandelsbindung, die bestimmte, von den Händlern zu erfüllende Mindestanforderungen (Fachkenntnisse, Beschaffenheit der Verkaufsräume, Kundendienst, Mitwirkung beim Ausbau des Vertriebsnetzes) mit sich bringe. Diese Kriterien seien in beinahe allen Vertriebssystemen enthalten und verletzten nicht den Artikel 85. Dagegen seien die besonderen, über den Rahmen einer einfachen Fachhandelsbindung hinausgehenden Verpflichtungen (für Großhändler: Abschluß eines Halbjahreslieferungsvertrages, Erzielung eines angemessenen Umsatzes; für Einzelhändler: Verpflichtung, das SABA-Sortiment so vollständig wie möglich zu führen, einen angemessenen Umsatz in SABA-Erzeugnissen zu erzielen und ein dem Umsatz entsprechendes Lager in SABA-Geräten zu unterhalten) in diesem weiten Umfang in den Vertriebssystemen anderer Hersteller nicht enthalten. Es treffe damit nicht zu, daß die wichtigsten anderen Hersteller von Erzeugnissen der Unterhaltungselektronik Vertriebssysteme eingeführt hätten, die dem von der SABA praktizierten System glichen.

Es sei nicht zu verkennen, daß das SABA-Vertriebssystem eine verhältnismäßig enge Bindung der Händler an den Hersteller zur Folge habe. Dies entspreche dem Ziel von SABA, den Handel zu intensiven Bemühungen um den Absatz dieser Erzeugnisse zu veranlassen. Die Bindung sei jedoch keineswegs so eng, daß die Händler nicht auch gleichzeitig gegenüber anderen Herstellern Bindungen eingehen könnten. Theoretisch sei zwar nicht auszuschließen, daß eine Häufung von Vertriebssystemen ähnlicher Intensität wie derjenigen des SABA-Systems etwa zu einer stärkeren Spezialisierung des Handels im Sinne einer zahlenmäßigen Verringerung der von den einzelnen Händlern geführten Marken führen könnte.

Zwischen den Vertriebssystemen der verschiedenen Hersteller bestünden jedenfalls bisher starke Unterschiede, da sie von unterschiedlichen Marktpositionen und Absatzstrategien ausgingen. Zuverlässige Aussagen über eine zukünftige Konvergenz der Vertriebssysteme könnten zur Zeit noch nicht gemacht werden. Selbst wenn jedoch eine solche Konvergenz eintreten und dies zu einer stärkeren Spezialisierung des Handels führen sollte, so würde dies nach Ansicht der Kommission keineswegs notwendigerweise zu einer Verringerung, sondern möglicherweise sogar zu einer Verstärkung des Wettbewerbs zwischen verschiedenen Markenerzeugnissen auf der Handelsstufe führen, da die Händler gleichzeitig ihre Absatzbemühungen für die von ihnen weitergeführten Marken intensivieren müßten.

XII — In Beantwortung der Frage, ob sie die Behauptung der SABA zugestehe, daß ihre Verkaufspreise in der Regel — insbesondere für Erzeugnisse der Unterhaltungselektronik — niedriger als die des Facheinzelhandels, aber höher als die des Fachgroßhandels lägen, hat die Klägerin diese Behauptung bestritten und vorgetragen, ihre Verkaufspreise lägen in der Breite des Sortiments durchweg niedriger als die des Fachgroßhandels; dies gelte grundsätzlich auch für Erzeugnisse der Unterhaltungselektronik.

In der öffentlichen Sitzung vom 10. Mai 1977 haben die Beteiligten mündliche Ausführungen gemacht.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 9. Juni 1977 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

1 Gegenstand der am 11. März 1976 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangenen Klage der Firma Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG (nachstehend „Metro" genannt) ist in erster Linie die Aufhebung der Entscheidung der Kommission vom 15. Dezember 1975 (ABl. L 28, S. 19, vom 3. Februar 1976) betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag über das von der Firma Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne GmbH (nachstehend SABA) errichtete selektive Vertriebssystem für den Verkauf ihrer Geräte der Unterhaltungselektronik im Gemeinsamen Markt. Weiterhin ist die Klage auf Aufhebung der mit Schreiben vom 14. Januar 1976 zum Ausdruck gebrachten Weigerung der Kommission gerichtet, ihre Entscheidung vom 15. Dezember 1975 zu ändern, um erneut vorgebrachten Einwänden der Klägerin Rechnung zu tragen, die jedoch bereits Gelegenheit gehabt hatte, diese Einwände während der Anhörung der Betroffenen und Dritter geltend zu machen, welche die Kommission vor Erlaß der angefochtenen Entscheidung aufgrund von Artikel 19 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 und gemäß der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission vom 25. Juli 1963 vorgenommen hatte. In Artikel 1 der Entscheidung wird erklärt, daß die von SABA angewendeten Verkaufsbedingungen für das Inlandsgeschäft (Ausgabe Mai 1972) nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fallen, während die Kommission in Artikel 2 für das Vertriebssystem im übrigen eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 erteilt.

2 Die Klage ist zwar auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidung insgesamt gerichtet; die Prüfung der Klagegründe zeigt jedoch, daß diese nur die Rechtmäßigkeit von Artikel 2 der Entscheidung betreffen.

Zulässigkeit

a) Hinsichtlich des Schreibens vom 14. Januar 1976

3 Die Kommission bestreitet die Zulässigkeit der Klage, soweit diese gegen die in ihrem Schreiben vom 14. Januar 1976 zum Ausdruck gebrachte Weigerung gerichtet ist.

4 Diese Weigerung ist nur eine Bestätigung der Entscheidung vom 15. Dezember 1975. Ihre Aufhebung wäre gleichbedeutend mit der Aufhebung dieser Entscheidung. Die Klage ist also in diesem zweiten Punkt als gegenstandslos und deshalb unzulässig anzusehen.

b) Hinsichtlich der Entscheidung vom 15. Dezember 1975

5 SABA, die dem Rechtsstreit auf Seiten der Kommission beigetreten ist, vertritt die Ansicht, die Klage sei unzulässig, weil Metro durch die angefochtene Entscheidung nicht unmittelbar und individuell betroffen sei.

6 Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag bestimmt: „Jede natürliche oder juristische Person kann unter den gleichen Voraussetzungen gegen die an sie ergangenen Entscheidungen sowie gegen diejenigen Entscheidungen Klage erheben, die, obwohl sie als Verordnung oder als eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung ergangen sind, sie unmittelbar und individuell betreffen." Da Metro nicht Adressat der angefochtenen Entscheidung ist, ist zu prüfen, ob diese sie unmittelbar und individuell betrifft.

7 Metro betreibt einen sogenannten Selbstbedienungsgroßhandel mit etwa dreißig Niederlassungen in der Bundesrepublik Deutschland sowie in einigen anderen Mitgliedstaaten. Diese Vertriebsform, mit der Metro insbesondere zum Fachgroßhandel in Wettbewerb tritt, besteht darin, daß Metro sich bei den Herstellern en gros mit einem breiten Sortiment von Waren aus dem Lebensmittelbereich (food) sowie aus anderen Bereichen (non food) eindeckt, um diese weiterzuverkaufen, und zwar vornehmlich entweder an Einzelhändler, die sie ihrerseits weiterverkaufen, oder an Inhaber von Handels-, Handwerks- oder Industriebetrieben, welche die gekauften Waren in ihrem Betrieb

zu gewerblichen Zwecken verwenden, oder schließlich an private Endverbraucher, die als „institutionelle Endverbraucher" bezeichnet werden; über diesen zuletzt genannten Bereich wird indessen zwischen den Parteien gestritten. Metro vertreibt die Waren nach dem sogenannten „cash-and-carry"-System. Bei diesem System suchen sich die Käufer die Waren in den Räumen des Verkäufers aus; die Waren sind dort mit geringstem Aufwand an Präsentation so gelagert, daß sie der Kunde selbst leicht mitnehmen kann, und werden in bar bezahlt; daraus ergeben sich niedrigere Preise und die Möglichkeit, sich mit geringeren Gewinnspannen als denen des herkömmlichen Großhandels zu begnügen. Kennzeichnend für diese Vertriebsform sind somit sowohl die besonderen Verkaufsmethoden als auch die Art der Kundschaft, auf die sich der Großhändler ausrichtet.

8 Die Klägerin hatte sich an SABA gewendet, um als Großhändler für den Vertrieb von Geräten der Unterhaltungselektronik zugelassen zu werden. Dies war ihr verweigert worden, weil sie nicht bereit war, sich einer Reihe von Bedingungen zu unterwerfen, von denen SABA die Anerkennung als SABA-Großhändler abhängig macht. Nach Ansicht der Klägerin sind diese Bedingungen mit der Struktur des von ihr betriebenen Selbstbedienungsgroßhandels unvereinbar. Dies gelte insbesondere für das den SABA-Großhändlern auferlegte Verbot der Lieferung von SABA-Geräten an gewerbliche Endverbraucher, also an Händler oder Handwerker, die nicht in der Elektronikbranche tätig sind, aber die erworbenen Geräte in ihrem Betrieb zu gewerblichen Zwecken benutzen, sowie für das Verbot der Lieferung an „institutionelle" Endverbraucher und für die Verpflichtungen, die den Großhändlern durch den mit SABA abzuschließenden Kooperationsvertrag auferlegt werden. Die Streithelferin SABA ist dagegen der Ansicht, daß sich diese Bedingungen mit der Tätigkeit von Metro vereinbaren lassen. Metro lehne sie vielmehr wegen ihrer Verkaufspolitik ab, die darauf abziele, in sich die Funktion eines Großhändlers und die eines Einzelhändlers zu vereinigen. Dem könne sie, SABA, wegen des Aufbaus ihres Vertriebssystems nicht zustimmen, in dem beide Funktionen — wie sie erklärt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen der deutschen bundesrechtlichen Vorschriften — streng voneinander getrennt würden.

9 Wegen der ihr gegenüber ausgesprochenen Weigerung legte die Klägerin am 7. und 9. November 1973 gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 bei der Kommission eine „Beschwerde" ein, mit der sie beantragte, eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 und 86 des Vertrages durch die SABA-Vertriebsbindung festzustellen und die Firma SABA zu verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen.

10 SABA hatte ihrerseits in den Jahren 1962, 1963, 1969 und 1972 ihre Verkaufsbedingungen für das Inlandsgeschäft, die Alleinvertriebsvereinbarungen, die sie mit Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten abschließt, die „Verpflichtungsscheine Vertriebsbindung SABA-Großhändler", die sie von ihren Groß- und Einzelhändlern in der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnen läßt, und die „EWG-Verpflichtungsscheine SABA-Groß- und SABA-Facheinzelhändler" angemeldet, um hierfür ein Negativattest nach Artikel 2 der Verordnung Nr. 17 oder eine Freistellungserklärung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages und Artikel 6 der Verordnung Nr. 17 zu erhalten. Am 22. Juli 1974, also nach Erhebung der Beschwerde durch Metro, meldete SABA außerdem den Muster-Kooperationsvertrag an, den die von ihr anerkannten Großhändler abschließen müssen.

11 Die Kommission hielt ein berechtigtes Interesse von Metro an der Feststellung einer möglichen Zuwiderhandlung für gegeben und prüfte deshalb die Anträge sowohl von Metro als auch von SABA. Nachdem sie Metro zunächst eröffnet hatte, daß sie der Ansicht sei, ihrer Beschwerde könne nicht stattgegeben werden, und sie zugleich mit Fernschreiben vom 6. Dezember 1974 aufgefordert hatte, gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 ihre Bemerkungen mitzuteilen, änderte sie im Anschluß an die Mitteilung dieser Bemerkungen und an die Anhörung der Klägerin teilweise ihren Standpunkt und gab SABA auf, bestimmte den Großhändlern auferlegte Verpflichtungen, insbesondere das Verbot der Belieferung gewerblicher Endverbraucher, aufzuheben. SABA stimmte unter anderem dieser Änderung zu. Darauf erließ die Kommission die angefochtene Entscheidung, die jedoch die Besonderheiten des von der Klägerin im Verwaltungsverfahren angegriffenen Vertriebssystems in verschiedenen Punkten bestehen läßt.

12 Metro meint, das in dieser Weise genehmigte Vertriebssystem erhalte ungerechtfertigte Hindernisse für ihre Zulassung als SABA-Großhändler aufrecht; sie hat deshalb die vorliegende Klage erhoben.

13 Aus dem vorerwähnten Sachverhalt ergibt sich, daß die angefochtene Entscheidung insbesondere auf eine von Metro erhobene Beschwerde hin ergangen ist und daß sie über diejenigen Bestimmungen des SABA-Vertriebssystems befindet, auf die sich dieses Unternehmen gegenüber Metro zur Rechtfertigung der Weigerung, diese Firma zu beliefern und als Großhändler zuzulassen, berufen hat und weiterhin beruft und welche die Klägerin deshalb in ihrer Beschwerde angegriffen hatte. Es liegt im Interesse eines sachgerechten Rechtsschutzes und einer ordnungsgemäßen Anwendung der Artikel 85 und

86, daß natürliche oder juristische Personen, die nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 einen Antrag auf Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen die Artikel 85 oder 86 bei der Kommission zu stellen berechtigt sind, bei völliger oder teilweiser Ablehnung ihres Antrags über eine Klagemöglichkeit zum Schutz ihrer berechtigten Interessen verfügen. Die Klägerin ist deshalb als im Sinne von Artikel 173 Absatz 2 durch die streitige Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen anzusehen; die Klage ist mithin zulässig.

Begründetheit

14 Die Klägerin ist der Ansicht, die Kommission habe mit der streitigen Entscheidung gegen Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages verstoßen, indem sie trotz fehlender Voraussetzungen eine Freistellung vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 erteilt habe, und sie habe gleichzeitig Artikel 86 des Vertrages verletzt, indem sie den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung zugelassen habe.

15 Die Anwendung von Artikel 86 des Vertrages kommt nur in Betracht, wenn SABA eine beherrschende Stellung innehat. Es ist deshalb zunächst zu untersuchen, ob dies der Fall ist.

I — Zum Vorliegen einer beherrschenden Stellung

16 Zur Begründung ihrer Behauptung, SABA habe in der Bundesrepublik Deutschland auf dem Markt für Unterhaltungselektronik eine beherrschende Stellung, trägt die Klägerin vor, in diesem Mitgliedstaat befaßten sich zehn Hersteller aktiv mit der Herstellung von Geräten der Unterhaltungselektronik. Auf sechs von ihnen entfielen jedoch Anteile, die zusammengenommen den wesentlichen Teil des Marktes ausmachten; zu diesen gehöre SABA, die im Farbfernsehbereich mit einer Tagesproduktion von tausend Geräten einen überdurchschnittlichen Anteil habe. Sie fügt hinzu, SABA-Geräte seien ihrer hohen Qualität wegen ungeachtet ihres Preises bei der Kundschaft gefragt, so daß jeder Händler in der Lage sein müsse, in seinem Warensortiment SABA-Geräte anzubieten, wenn er keine Wettbewerbsnachteile erleiden wolle.

17 Nach den von der Kommission vorgetragenen und von der Klägerin nicht bestrittenen Angaben gibt es auf dem Markt für Unterhaltungselektronik 26 deutsche Hersteller; auf acht von ihnen, darunter SABA, entfallen ungefähr 90 % des Marktes, wobei der Anteil von SABA zwischen 5 und 10 % liegt.

Speziell im Bereich der Fernsehgeräte, für den die Klägerin zur Stützung ihres Vortrages die tägliche Produktionszahl anführt, ergibt sich aus den von der Kommission vorgelegten und von der Klägerin als aussagekräftig anerkannten Angaben für 1975, daß acht Hersteller 91 % des deutschen Marktes halten; davon liegen einer über 25 % und drei über 10 %, während die vier anderen, zu denen SABA gehört, Marktanteile von 6 oder 7 % haben. Aus diesen Zahlen folgt, daß es sich auch dann um verhältnismäßig bescheidene Marktanteile handelt, wenn — was nicht behauptet worden, geschweige denn erwiesen ist — als relevanter Markt der Markt für Farbfernsehgeräte und nicht vielmehr der Markt für Erzeugnisse der Unterhaltungselektronik insgesamt zu berücksichtigen wäre. Der Marktanteil eines Unternehmens ist zwar nicht notwendigerweise der einzige für die Frage nach dem Vorliegen einer beherrschenden Stellung maßgebende Gesichtspunkt; es läßt sich jedoch mit guten Gründen behaupten, daß ein so kleiner Marktanteil wie der von SABA auf einem Markt für technisch hochentwickelte, aber aus der Sicht der großen Masse der Käufer leicht austauschbare Erzeugnisse, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, das Vorliegen einer beherrschenden Stellung ausschließt. Das gilt erst recht, wenn — wie vorliegend — feststeht, daß zwischen den verschiedenen Herstellern lebhafter Wettbewerb herrscht. Der Umstand, daß die Qualität des in Rede stehenden Erzeugnisses die Händler nötigt, es in ihr Warenangebot aufzunehmen, gestattet für sich genommen dem Hersteller nicht, bei seinem Verhalten in erheblichem Umfang von dem Verhalten seiner Wettbewerber abzusehen, und kann ihm folglich keine beherrschende Stellung sichern; dieser Umstand ist vielmehr nur einer von mehreren Wettbewerbsfaktoren. Ebenso liegt es bei dem von der Klägerin und dem als Streithelfer beigetretenen Verband des Selbstbedienungsgroßhandels (nachstehend SB-Verband) angeführten Umstand, daß andere Hersteller von Unterhaltungselektronik ähnliche selektive Vertriebssysteme wie das von der Kommission in der angefochtenen Entscheidung gebilligte errichtet hätten oder zu errichten beabsichtigten. Dies mag möglicherweise für die Frage der Vereinbarkeit des streitigen Systems mit Artikel 85 des Vertrages von Belang sein, kann aber unter den gegebenen Umständen die Stellung von SABA auf dem betroffenen Markt nicht zu einer beherrschenden machen.

18 Da SABA keine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 einnimmt, ist diese Bestimmung auf sie nicht anwendbar. Die Klage ist deshalb, soweit sie auf den Verstoß gegen diese Bestimmung gestützt wird, abzuweisen.

II — Zur Anwendung von Artikel 85

19 Nach Ansicht der Klägerin ist die angefochtene Entscheidung in ihrem Artikel 2 mit einem Ermessensfehler behaftet, weil die Kommission verkannt

habe, daß Schutzobjekt des Artikels 85 die Freiheit des Wettbewerbs zugunsten der Verbraucher sei, nicht aber der Schutz des gleichgelagerten Interesses eines Herstellers und einer bestimmten Gruppe von Händlern, ein von diesen für richtig erachtetes Preisniveau zu erzielen. Für den Fall, daß das streitige Vertriebssystem als gemäß Artikel 85 Absatz 3 von dem Verbot freistellbar anzusehen sein sollte, macht die Klägerin außerdem geltend, daß die Kommission diese Vorschrift falsch angewendet habe, indem sie die Freistellung für Beschränkungen des Wettbewerbs erteilt habe, die für die Erreichung der Ziele der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts nicht unerläßlich seien und zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs der Selbstbedienungsgroßhändler führten.

A — Zum Ermessensfehler

20 Der in den Artikeln 3 und 85 EWG-Vertrag geforderte unverfälschte Wettbewerb setzt das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs (workable competition) auf dem Markt voraus; es muß also soviel Wettbewerb vorhanden sein, daß die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt und seine Ziele, insbesondere die Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen, erreicht werden. Diese Forderung läßt es zu, daß Art und Intensität des Wettbewerbs je nach den in Betracht kommenden Waren oder Dienstleistungen und der wirtschaftlichen Struktur des betroffenen Marktsektors verschieden sein können. Insbesondere im Bereich der Herstellung von langlebigen, hochwertigen und technisch hoch entwickelten Verbrauchsgütern, wo eine verhältnismäßig kleine Zahl von großen und mittleren Herstellern ein abgestuftes Angebot von — jedenfalls aus der Sicht des Verbrauchers — leicht austauschbaren Waren bereithält, hindert die Marktstruktur nicht, daß es unterschiedliche, den Eigenheiten der verschiedenen Hersteller und den Bedürfnissen der verschiedenen Verbrauchergruppen angepaßte Vertriebswege gibt. Unter Berücksichtigung dessen hat die Kommission zu Recht anerkannt, daß selektive Vertriebssysteme neben anderen ein mit Artikel 85 Absatz 1 vereinbarer Bestandteil des Wettbewerbs sind, sofern die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen, und sofern diese Voraussetzungen einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden.

21 Es trifft zu, daß bei diesen Vertriebssystemen der Schwerpunkt im allgemeinen nicht ausschließlich und nicht einmal vorwiegend auf dem Preiswettbewerb liegt. Dies gilt besonders dann, wenn der Zugang zu dem Vertriebsnetz

wie im vorliegenden Fall von Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die über die Notwendigkeiten eines der Art der Erzeugnisse entsprechenden Vertriebs hinausgehen. So wichtig der Preiswettbewerb sein mag — weshalb er niemals ganz beseitigt werden darf —, so ist er doch nicht die einzige wirksame Form des Wettbewerbs und auch nicht diejenige Form, die unter allen Umständen absoluten Vorrang erhalten müßte. Die der Kommission in Artikel 85 Absatz 3 eingeräumten Zuständigkeiten zeigen, daß die Erfordernisse der Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs mit der Wahrung andersartiger Ziele in Einklang gebracht werden können und daß zu diesem Zweck bestimmte Beschränkungen des Wettbewerbs zulässig sind, wenn sie für die Verwirklichung dieser Ziele unerläßlich sind und nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes führen. Das Bestreben, für den Fachgroß- und -einzelhandel ein gewisses Preisniveau aufrechtzuerhalten, welches mit dem Bestreben einhergeht, im Interesse des Verbrauchers die Möglichkeit des Fortbestands dieses Vertriebsweges neben neuen Vertriebsformen mit andersartiger Wettbewerbspolitik zu erhalten, gehört zu den Zielen, die verfolgt werden dürfen, ohne daß dabei zwangsläufig gegen das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 verstoßen würde, und kann, sollte letzteres ganz oder teilweise der Fall sein, den Tatbestand des Artikels 85 Absatz 3 erfüllen. Dies gilt um so mehr dann, wenn diese Bedingungen überdies zu einer Stärkung des Wettbewerbs in anderen Bereichen als dem der Preise beitragen.

22 Die von beiden Seiten zur Frage des Vorhandenseins eines Preiswettbewerbs zwischen den SABA-Händlern angeführten Zahlen gestatten zwar die Feststellung einer gewissen Starrheit der Preisstruktur, sie rechtfertigen jedoch insbesondere wegen des Vorhandenseins anderer Faktoren des Wettbewerbs zwischen Erzeugnissen derselben Marke (intra-brand) sowie des Vorhandenseins eines wirksamen Wettbewerbs zwischen verschiedenen Marken nicht die Schlußfolgerung, daß der Wettbewerb im Bereich der Unterhaltungselektronik beschränkt oder ausgeschaltet sei. Allerdings wird die Kommission darauf zu achten haben, daß diese Starrheit der Preisstruktur nicht noch stärker wird, was geschehen könnte, wenn die Anzahl der selektiven Vertriebsnetze für den Absatz desselben Erzeugnisses größer werden sollte. Die Kommission hat die beantragte Freistellung nur für den Zeitraum bis zum 21. Juli 1980 erteilt. Sie hat sich dadurch die Möglichkeit vorbehalten, binnen angemessener Frist die diesbezüglichen Auswirkungen ihrer Entscheidung erneut zu prüfen. Die Rüge des fehlerhaften Ermessensgebrauchs ist deshalb unbegründet.

B — Zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3

23 Die von der Klägerin in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen betreffen im wesentlichen vier Punkte:

a) die Verpflichtung der SABA-Groß- und -Einzelhändler, dafür zu sorgen, daß die von ihnen mit SABA-Geräten belieferten Wiederverkäufer anerkannte Händler sind, und insoweit eine gewisse Anzahl von Kontrollen durchzuführen;

b) das Verbot für SABA-Großhändler in der Bundesrepublik Deutschland, sogenannte „institutionelle" Endverbraucher zu beliefern;

c) die Verpflichtung dieser Großhändler, bei der Belieferung sogenannter „gewerblicher" Endverbraucher dafür zu sorgen, daß diese die erworbenen Geräte unter Ausschluß jeder privaten Nutzung nur für Zwecke verwenden, die der Wirtschaftlichkeit ihres Betriebes dienen;

d) die Verpflichtung der Großhändler, an der Verstärkung des SABA-Netzes durch die halbjährliche Vereinbarung von Abnahmeplänen mit SABA mitzuwirken.

Die Klägerin meint, dies seien Beschränkungen des Wettbewerbs, für die die Kommission die Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 erteilt habe, obwohl sie im vorliegenden Fall für die Erreichung der Ziele dieser Bestimmung nicht unerläßlich seien, und die im übrigen die Existenz anderer Vertriebswege, wie des Selbstbedienungsgroßhandels, denen eine andere Wettbewerbspolitik zugrunde liege, gefährdeten.

24 Bevor auf diese Rügen eingegangen wird, ist zu bemerken, daß nach Auffassung der Kommission die Bestimmungen des selektiven Vertriebssystems, auf die sich Artikel 2 der angefochtenen Entscheidung bezieht, zwar insgesamt Gegenstand einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 wären, daraus aber noch nicht folge, daß jeder Bestandteil dieses Systems gegen das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 verstieße. Sowohl der Begründung der angefochtenen Entscheidung als auch den während der mündlichen Verhandlung gegebenen Erläuterungen sei im Gegenteil zu entnehmen, daß nur einige dieser Bestandteile Wettbewerbsbeschränkungen seien, für die die Erteilung einer Freistellung notwendig gewesen sei. Nach Ansicht der Beklagten sind keine Beschränkungen des Wettbewerbs: a) die Voraussetzungen für die Anerkennung als Händler, welche die fachliche Qualifikation der Händler, die Fachkenntnisse des Verkaufspersonals, die Beteiligung der SABA-Großhändler am Ausbau des Vertriebsnetzes und am Kundendienst sowie die Beschaffenheit der Verkaufsräume betreffen (Nr. 28 der Entscheidung); b) das Verbot der Belieferung sogenannter „institutioneller" Endverbraucher (Nr. 34 der Entscheidung). Dagegen fielen unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1, seien jedoch freistellungspflichtig: die Verpflichtung der Händler, zu prüfen, ob die

von ihnen belieferten Wiederverkäufer von SABA als Händler anerkannt sind, und über die Nummern der verkauften Geräte und die Namen der Käufer Buch zu führen (Nr. 11 Buchstaben b und c und Nr. 29 der Entscheidung); die in den Kooperationsverträgen enthaltenen Verpflichtungen (Nr. 29 der Entscheidung).

25 Es ist für jeden der von der Klägerin gerügten Bestandteile des Vertriebssystems zu prüfen, ob die Kommission ihn im Hinblick auf die Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit des Verbots des Artikels 85 Absatz 1 zutreffend subsumiert hat; falls ein solcher Bestandteil unter das Verbot fällt und die Kommission ihn nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt hat, ist zu prüfen, ob die Kommission diese Bestimmung richtig angewendet hat.

1. Die Verpflichtung der SABA-Händler, nur anerkannte Groß- oder Einzelhändler für den Weiterverkauf zu beliefern

26 Die Klägerin macht geltend, die Verpflichtung der Großhändler, vor der Belieferung eines Wiederverkäufers persönlich zu prüfen, ob dieser tatsächlich von SABA als Händler anerkannt worden ist, und insbesondere über die Nummern aller gelieferten SABA-Geräte samt dem Tag des Verkaufs und dem Namen des Käufers Buch zu führen und diese Daten einer strengen Kontrolle zu unterwerfen, gehe über das hinaus, was notwendig sei, um ein selektives Vertriebsnetz aufrechtzuerhalten; diese Verpflichtung sei mit dem Wesen des Selbstbedienungsgroßhandels unvereinbar.

27 Jedes Absatzsystem, das auf einer Selektion der Vertriebsstellen beruht, enthält, wenn es nicht sinnlos sein soll, notwendigerweise die Verpflichtung für die zu dem Netz gehörenden Großhändler, nur anerkannte Wiederverkäufer zu beliefern, und eröffnet dementsprechend dem betroffenen Hersteller die Möglichkeit, die Einhaltung dieser Verpflichtung zu überwachen. Solange die im Rahmen der Überwachung übernommenen Verpflichtungen nicht über das verfolgte Ziel hinausgehen, können sie nicht schon für sich genommen eine Beschränkung des Wettbewerbs darstellen, sondern ergänzen lediglich die Hauptpflicht, deren Einhaltung sie sichern helfen. Die Kommission durfte davon ausgehen, daß die insoweit durch den Verpflichtungsschein auferlegten Pflichten nicht über die Notwendigkeiten einer angemessenen Überwachung hinausgehen und zu den normalen Obliegenheiten eines Großhändlers gehören, denn bei langlebigen Verbrauchsgütern gehört die Identifizierung der belieferten Einzelhändler und der gelieferten Waren zu den normalen Anforderungen an einen Großhandelsbetrieb. Soweit diese Überwachungs-

pflichten also die Einhaltung der Voraussetzungen für die Anerkennung im Hinblick auf die an die fachliche Qualifikation zu stellenden Anforderungen sichern sollen, gehen sie nicht über das zur Erreichung ihres Ziels Erforderliche hinaus und fallen deshalb nicht unter Artikel 85 Absatz 1; soweit sie dagegen die Einhaltung einschneidenderer Verpflichtungen gewährleisten, fallen sie unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1, sofern für sie nicht — gegebenenfalls gemeinsam mit der Hauptverpflichtung, der sie zuzuordnen sind — eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 in Betracht kommt. Die Vereinbarkeit der vorgenannten Verpflichtungen mit dem Vertrag hängt mithin davon ab, wie die übrigen, von der Klägerin gerügten Bestandteile zu bewerten sind.

2. Das Verbot der Sprunglieferung an institutionelle Endverbraucher

28 Die Kommission hat SABA zwar verpflichtet, darauf zu verzichten, den Großhändlern die Belieferung gewerblicher Endverbraucher zu verbieten; zugleich aber hat sie die Beibehaltung des Verbots der Belieferung privater Verbraucher einschließlich der sogenannten „institutionellen" großen Endverbraucher wie Schulen, Krankenhäuser, Kasernen, Behörden und andere Abnehmer dieser Art gebilligt. Die Kommission hält diese Begrenzung des Tätigkeitsbereichs der Großhändler, abgesehen davon, daß sie den Bestimmungen des deutschen Rechts entspreche, nicht für eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages, weil sie in Übereinstimmung mit der Aufgabentrennung zwischen Groß- und Einzelhandel stehe und weil ohne diese Trennung der Großhandel im Vergleich zum Einzelhandel einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil erhielte, der den erbrachten Leistungen nicht entspreche und nicht in den Schutzbereich des Artikels 85 falle.

29 Es steht fest, daß mehrere Mitgliedstaaten Regelungen über die Rechtsstellung des Einzelhandels und des Großhandels mit unterschiedlichen Pflichten und Obliegenheiten insbesondere im sozialen und steuerlichen Bereich erlassen haben, so daß der Wettbewerb verfälscht würde, wenn die Großhändler, deren Belastung gerade wegen der Handelsstufe, auf der sie tätig sind, im allgemeinen vergleichsweise geringer ist, mit den Einzelhändlern auf der Einzelhandelsstufe, insbesondere bei der Belieferung privater Verbraucher, in Wettbewerb träten. Die Kommission hat dadurch, daß sie diese Aufgabentrennung als grundsätzlich mit der Forderung nach einem unverfälschten Wettbewerb vereinbar ansah, Artikel 85 Absatz 1 nicht verletzt. Die Klägerin widerspricht im übrigen dieser Ansicht nicht; sie erklärt sogar, ihr Verkaufssystem sei so organisiert, daß diese Trennung beachtet werde, behauptet aber, die unmittelbare Belieferung bedeutender, sogenannter „institutioneller" Endver-

braucher gehöre zur Aufgabe des Großhändlers. Sie beruft sich hierfür auf den Wortlaut von Artikel 2 der Richtlinie des Rates vom 25. Februar 1964 über die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für Tätigkeiten im Großhandel, wo es heißt: „Eine Großhandelstätigkeit im Sinne dieser Richtlinie übt somit jede natürliche Person oder Gesellschaft aus, die gewerbsmäßig den Kauf von Waren im eigenen Namen und für eigene Rechnung betreibt und die Waren an andere Kaufleute, Groß- und Einzelhändler, Weiterverarbeiter, gewerbliche Verbraucher oder Großverbraucher weiterverkauft."

30 Diese Richtlinie definiert die Funktion des Großhändlers im Hinblick auf die Anwendung der Regeln des Vertrages über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr; dagegen kann ihr nicht das Ziel unterlegt werden, die in Artikel 85 behandelten Fragen des Wettbewerbs zu regeln. Zwar sind bestimmte private Verbraucher, wie z. B. Institutionen sicherlich genötigt, große Mengen bestimmter Waren, etwa Lebensmittel, zu kaufen; aus ihrer Eigenschaft als Institutionen folgt aber nicht, daß sie für jede Art von Waren die Eigenschaft eines Großverbrauchers hätten. Die Kommission hat den ihr insoweit zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten, indem sie annahm, daß für die von SABA hergestellten Erzeugnisse kein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten nicht gewerblicher Endverbraucher zu machen sei. Dies gilt um so mehr, als es jedenfalls Sache der Klägerin wäre, nachzuweisen, daß im Bereich der Unterhaltungselektronik private, nicht gewerbliche Verbraucher institutioneller Art mit dem Wunsch nach bedeutenden Lieferungen an sie herangetreten sind oder herantreten; sie hat jedoch zur Stützung ihrer diesbezüglichen Behauptung nicht einmal den Ansatz eines Beweises erbracht.

3. Die Verpflichtung der Großhändler, bei der Belieferung von gewerblichen Endverbrauchern dafür zu sorgen, daß die gekauften SABA-Geräte nur für gewerbliche Zwecke verwendet werden

31 In der angefochtenen Entscheidung heißt es unter Nr. 15: „Aufgrund des Verpflichtungsscheins Vertriebsbindung SABA-Großhändler (Ziffer 2 Absatz 2) sind die deutschen SABA-Großhändler außerdem verpflichtet, SABA-Erzeugnisse im Bundesgebiet und in Westberlin nicht an Endverbraucher zu liefern, es sei denn, daß es sich um solche Endverbraucher handelt, die

- nachweislich einen Gewerbebetrieb unterhalten,
- SABA-Erzeugnisse nur für solche gewerblichen Zwecke dieses Betriebs nutzen, die geeignet sind, der Wirtschaftlichkeit des Betriebs zu dienen, und

— eine von SABA vorgeschriebene Erklärung unterzeichnen, die die Einhaltung dieser Verpflichtung gewährleistet, den gewerblichen Zweck objektiv nachprüfbar belegt sowie jede andere Nutzung und die Weiterveräußerung ausschließt."

32 Aus diesen Ausführungen geht hervor, daß die Kommission im Laufe des Ermittlungsverfahrens entsprechend der Ansicht von Metro anerkannt hat, daß das den SABA-Großhändlern auferlegte Verbot des Verkaufs an Einzelhändler, die nicht zum Sektor der Unterhaltungselektronik gehören, aber SABA-Geräte zum Zweck gewerblicher Nutzung in ihrem Betrieb kaufen möchten, mit Artikel 85 Absatz 1 nicht vereinbar war und nicht nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden konnte. Mit diesem Ausschluß einer ungerechtfertigten Beschänkung des Wettbewerbs muß sich indessen die Einhaltung des die Großhändler treffenden Verbots der Belieferung von Endverbrauchern zur Deckung von deren privatem Bedarf vereinbaren lassen. Die Einhaltung dieser Verpflichtung, die für die Aufrechterhaltung der Struktur seines zweistufigen Vertriebssystems notwendig ist, darf der Hersteller deshalb überwachen; anderenfalls könnte er von den von ihm anerkannten Einzelhändlern nicht die Leistungen verlangen, die für das ordnungsgemäße Funktionieren eines selektiven Vertriebssystems erforderlich sind. Die Klägerin behauptet, ohne jedoch einen überzeugenden Nachweis hierfür zu erbringen, daß die insoweit in den Verpflichtungsscheinen vorgesehenen Kontrollpflichten mit den Erfordernissen des Selbstbedienungsgroßhandels unvereinbar seien und diese Form des Wettbewerbs ausschalten hülfen.

33 Nach den eigenen Auskünften der Klägerin baut der Selbstbedienungsgroßhandel vor allem darauf auf, daß der Zugang zu den Verkaufsflächen ausschließlich den Inhabern einer auf den Namen lautenden Käuferkarte gestattet ist, durch die der Kunde nicht nur namentlich identifiziert werden, sondern mit der auch überprüft werden kann, ob es sich um eine natürliche oder juristische Person handelt, die Inhaber eines Handels-, Handwerks- oder Industriebetriebs ist. Um den Anforderungen der deutschen Rechtsvorschriften jedenfalls im „non-food"-Bereich nachzukommen, wird außerdem vor dem Warenausgang eine Kontrolle durchgeführt, durch die sichergestellt werden soll, daß es sich um Käufe handelt, die entweder zum Zwecke des Wiederverkaufs oder für die gewerbliche Verwendung im Betrieb des Käufers, nicht aber zur Befriedigung privaten Bedarfs vorgenommen werden. Die durch den Verpflichtungsschein vorgeschriebenen Kontrollmaßnahmen haben im wesentlichen dieselbe Tragweite, nur wird der Großhändler verpflichtet, vom Käufer eine Erklärung unterzeichnen zu lassen, in der bestätigt wird, daß der Kauf zum Zweck gewerblicher Verwendung erfolgt. In Anbetracht der Miß-

brauchsmöglichkeiten, welche die Ausdehnung der Möglichkeiten des Absatzes zu anderen Zwecken als für den Wiederverkauf mit sich bringt, erscheint deshalb diese zusätzliche Anforderung nicht als unvernünftig oder als schwerwiegende und mit der Natur des Selbstbedienungsgroßhandels unvereinbare Behinderung. Dies gilt um so mehr, als die auferlegte Verpflichtung nicht bedeutet, daß persönlich für die Erfüllung der mit der Unterzeichnung übernommenen Pflichten durch die Käufer gesorgt werden müßte.

4. Die Verpflichtung der Großhändler zur Mitwirkung bei der Verstärkung des SABA-Vertriebsnetzes durch Unterzeichnung von Kooperationsverträgen

34 Für die Zulassung als SABA-Großhändler in der Bundesrepublik Deutschland und Berlin (West) gelten nach Nr. 9 der Entscheidung folgende Regeln: „SABA hat gegenüber der Kommission ihre grundsätzliche Bereitschaft erklärt, in der Bundesrepublik Deutschland und in West-Berlin alle Großhändler zu beliefern, die a) ein Fachgeschäft unterhalten, d. h. ihren Umsatz zu mehr als 50 % aus dem Verkauf von Rundfunk-, Fernseh- und Tonbandgeräten oder anderen Elektronikartikeln erzielen, oder eine Fachabteilung speziell für den Großhandel mit Rundfunk-, Fernseh- und Tonbandgeräten eingerichtet haben, deren Umsatz vergleichbar ist mit dem Umsatz eines auf die Erzeugnisse der Unterhaltungselektronik spezialisierten Fachgroßhändlers, b) zum Aufbau und zur Verstärkung des SABA-Vertriebsnetzes beitragen, c) sich am SABA-Service-System beteiligen, insbesondere den technischen Kundendienst sowie eine fachgerechte Beratung durch geschultes Personal gewährleisten, d) den SABA-Kooperationsvertrag unterschreiben, e) die SABA-Verpflichtungsscheine unterzeichnen und die dort geregelte Vertriebsbindung einhalten."

35 Die zu a) (Fachgeschäft oder Fachabteilung), b) (Verstärkung des SABA-Netzes) und d) (Kooperationsvertrag) genannten Verpflichtungen sind nach Ansicht der Klägerin gemäß Artikel 85 Absatz 1 verbotene Beschränkungen des Wettbewerbs, für die die Kommission keine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 habe erteilen dürfen, da die Voraussetzung für eine solche Freistellung nicht erfüllt seien.

a) Die Verpflichtung zur Einrichtung einer Fachabteilung und zur Erzielung eines Umsatzes, der mit dem Umsatz eines Fachgroßhändlers vergleichbar ist

36 Obwohl diese zweifache Voraussetzung in den verschiedenen, dem Gerichtshof vorgelegten und für die Übernahme von Pflichten bestimmten Schriftstükken (EWG-Verpflichtungsschein SABA-Großhändler, Verpflichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler Deutschland, EWG-Verpflichtungsschein SABA-Facheinzelhändler, Kooperationsvertrag) nicht ausdrücklich erwähnt ist, ist sie während der Prüfung der Beschwerde von Metro, insbesondere in einem Schreiben von SABA vom 20. Februar 1975, dessen Inhalt der Klägerin am 5. März 1975 mitgeteilt wurde, genannt worden. Daraus ergibt sich, daß sie zu den Voraussetzungen für die Zulassung als SABA-Händler gehört, wenn es um nicht spezialisierte Großhändler geht, und daß diese Voraussetzung Bestandteil der Gesamtheit des von der Kommission gebilligten Vertriebssystems ist. Deshalb ist ihr Inhalt im Hinblick sowohl auf Absatz 1 als auch auf Absatz 3 des Artikels 85 zu prüfen.

37 Die Verpflichtung der nicht spezialisierten Großhändler, eine Fachabteilung für Erzeugnisse der Unterhaltungselektronik einzurichten, vermag zu gewährleisten, daß der Verkauf dieser Erzeugnisse in angemessener Weise erfolgt; sie stellt deshalb keine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 dar. Dagegen geht die Verpflichtung, einen Umsatz zu erzielen, der mit dem Umsatz eines Fachgroßhändlers vergleichbar ist, über das hinaus, was die für ein selektives Vertriebssystem kennzeichnenden Qualitätsanforderungen verlangen; sie ist deshalb nach Artikel 85 Absatz 3 zu beurteilen.

38 Diese Verpflichtung deckt sich jedoch im vorliegenden Fall mit der in den Kooperationsverträgen enthaltenen Verpflichtung, einen angemessenen Umsatz zu erzielen, so daß sie gemeinsam mit diesen Verträgen zu untersuchen ist.

b) Die Verpflichtungen zu b) (Beitrag zur Verstärkung des Vertriebsnetzes) und zu d) (Unterzeichnung der Kooperationsverträge)

39 Die zu b) genannte Verpflichtung, zum Aufbau und zur Verstärkung des Vertriebsnetzes beizutragen, und die zu d) genannte Verpflichtung zur Unterzeichnung der Kooperationsverträge, durch die der Großhändler sich verpflichtet, einen von SABA als angemessen betrachteten Umsatz zu erbringen, und die außerdem Abnahmepflichten für ein halbes Jahr sowie Verpflichtungen zur Lagerhaltung einschließen, gehen über die normalen Pflichten beim Betrieb eines Großhandels und über die Notwendigkeiten eines auf Qualitätsanforderungen aufgebauten selektiven Vertriebssystems hinaus. Sie bewirken, daß die anerkannten Händler stark an SABA gebunden werden, und sind geeignet,

Unternehmen auszuschalten, die zwar die qualitativen Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, aber nicht bereit oder in der Lage sind, sich diesen Verpflichtungen zu unterwerfen; sie können somit mittelbar zu einer Begrenzung der Zahl und der Errichtung von Vertriebsstellen führen. Deshalb können sie von dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 nur dann ausgenommen werden, wenn die Voraussetzungen von Absatz 3 dieses Artikels erfüllt sind.

40 Nach Ansicht der Kommission (Nr. 28 der Entscheidung) ist freilich die Verpflichtung der Großhändler „zur Verstärkung des Vertriebsnetzes beizutragen", keine unter Artikel 85 Absatz 1 fallende Beschränkung des Wettbewerbs. Diese Auffassung verkennt die Tragweite dieser Bestimmung, denn Aufgabe eines Großhändlers ist nicht die Förderung der Produktion dieses oder jenes Herstellers, sondern die Sicherung der Versorgung des Einzelhandels unter Ausnutzung des Wettbewerbs zwischen den Herstellern; Verpflichtungen eines Großhändlers, die seine Freiheit insoweit begrenzen, sind deshalb Beschränkungen des Wettbewerbs. Diese unrichtige Auffassung hat jedoch nicht die Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Entscheidung zur Folge, denn die Verpflichtung zur Beteiligung an der Verstärkung des SABA-Vertriebsnetzes deckt sich tatsächlich mit den im Kooperationsvertrag aufgeführten Verpflichtungen, welche die Kommission als eine nur im Rahmen des Artikels 85 Absatz 3 zulässige Beschränkung des Wettbewerbs angesehen hat. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind.

41 Der „Kooperationsvertrag", der zwischen SABA und den Großhändlern abgeschlossen werden soll, sieht vor:

1. zu Lasten von SABA allgemeine Verpflichtungen (Beratung mit den Gremien der SABA-Großhändler über die für die gegenseitigen Geschäftsbeziehungen wichtigen Fragen, technische Information und Finanzierungs-Kooperation),

2. zu Lasten von SABA besondere Leistungen (Zusammenarbeit bei der Werbung, Abgeltung von Garantieleistungen),

3. Bestimmungen über die Pflichten beider Seiten hinsichtlich der Lieferverträge.

Der Vertrag enthält zu Lasten des SABA-Großhändlers die Verpflichtung, Lieferverträge mit SABA über mindestens ein halbes Jahr im voraus für ein Liefervolumen abzuschließen, das das voraussichtliche Wachstum des inländischen Marktes für Unterhaltungselektronik in einer für beide Seiten ange-

messenen Weise berücksichtigt; er enthält ferner Verpflichtungen über die Lagerhaltung. Außerdem verpflichtet sich der SABA-Großhändler, einen „angemessenen Umsatz" in SABA-Erzeugnissen zu erzielen. SABA verpflichtet sich ihrerseits, an die Großhändler eine Jahresprämie zu zahlen, die nach dem Netto-Fakturenwert berechnet wird und je nach dem Erfüllungsgrad der jeweiligen Lieferverträge zwischen 0 und 2 % beträgt. Zu der Gewährung dieser „Jahresprämie" kommt außerdem die Gewährung einer jährlichen „Dispositionsprämie" hinzu, die für die Annahme der von SABA ausgearbeiteten Liefervertragsvorschläge zu 100 % oder zu mehr als 95 % gezahlt wird, vorausgesetzt, daß der darauf beruhende Liefervertrag erfüllt wird.

42 Nach Artikel 85 Absatz 3 setzt die Freistellung vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 voraus, daß 1. die Vereinbarung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, 2. die Verbraucher angemessen an dem entstehenden Gewinn beteiligt werden, 3. keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind, und 4. den beteiligten Unternehmen nicht Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

43 Bezüglich der ersten der vorstehenden Voraussetzungen ist zu sagen, daß der Abschluß von Lieferverträgen für einen Zeitraum von einem halben Jahr und unter Berücksichtigung des voraussichtlichen Wachstums des Marktes es ermöglichen soll, in der Versorgung mit den betroffenen Erzeugnissen eine gewisse Beständigkeit — mit der Folge einer besseren Deckung des Bedarfs derjenigen, die sich bei dem Großhändler eindecken — zu gewährleisten und zugleich durch die verhältnismäßig kurze Dauer der Lieferverträge ein Maß an Flexibilität zu sichern, daß es gestattet, die Produktion den wechselnden Bedürfnissen des Marktes anzupassen. Auf diese Weise wird zum Vorteil sowohl des Herstellers, der an dem voraussichtlichen Wachstum des Marktes für das betroffene Erzeugnis teilnimmt, als auch des Großhändlers, dessen Versorgung sichergestellt wird, als auch schließlich der sich bei dem Großhändler eindeckenden Betriebe, deren Sortiment verfügbarer Waren vergrößert wird, eine größere Regelmäßigkeit des Vertriebs gewährleistet. Eine weitere Verbesserung des Vertriebs ergibt sich aus der Klausel des Kooperationsvertrages, die SABA verpflichtet, den Großhändlern Garantieleistungen abzugelten und die für Garantiereparaturen notwendigen Ersatzteile zu liefern. Außerdem stellt der Abschluß von Lieferverträgen für einen angemessenen Zeitraum ein stabilisierendes Element für die Erhaltung von Arbeitsplätzen dar, die unter dem Gesichtspunkt der Verbesserung der allgemeinen Bedingungen der Warenerzeugung gerade unter den Voraussetzungen einer ungünstigen Wirtschaftskonjunktur zu den Zielen gehört, die Artikel 85 Absatz 3 zu verfolgen gestattet.

44 Weiterhin ist zu untersuchen, ob die den Großhändlern durch den Kooperationsvertrag auferlegten Beschränkungen für die Verwirklichung der gesetzten Ziele unerläßlich sind.

45 Ohne Verpflichtungen für einen Zeitraum von einer gewissen Dauer könnten sich die Geschäftsverbindungen zwischen Hersteller und anerkanntem Großhändler nur in Form gelegentlicher Beziehungen entwickeln, die es nicht erlauben würden, diejenige Stabilität zu erreichen, die notwendig ist, um die Fachgroßhändler und Hersteller in die Lage zu versetzen, den anderen Verpflichtungen, die eine verbesserte Versorgung gewährleisten, nachzukommen. Wenn die Kommission der Ansicht war, daß der Kooperationsvertrag mit einer Begrenzung des vom Liefervertrag erfaßten Zeitraums auf ein halbes Jahr im Rahmen des Notwendigen blieb, so hat sie damit den ihr insoweit zustehenden Ermessensspielraum nicht offensichtlich überschritten.

46 Damit eine Freistellung für eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung erteilt werden kann, muß diese nach Artikel 85 Absatz 3 nicht nur die Warenverteilung verbessern, sondern auch die Verbraucher angemessen an dem entstehenden Gewinn beteiligen.

47 Die angefochtene Entscheidung geht davon aus, daß die Versorgungsbedingungen, die sich für die Großhändler aus dem Kooperationsvertrag ergeben, geeignet seien, unmittelbar dem Verbraucher zugute zu kommen, weil sie eine kontinuierliche Versorgung und ein größeres Warenangebot der Einzelhändler für die privaten Endverbraucher sicherten. Außerdem gehe von dem im Bereich der Unterhaltungselektronik bestehenden starken Wettbewerb ein ausreichender Druck aus, um SABA und die Großhändler zu veranlassen, die sich aus den Kooperationsverträgen ergebenden Rationalisierungsvorteile in Herstellung und Vertrieb an die Verbraucher weiterzugeben.

48 Eine regelmäßige Versorgung stellt unter den gegebenen Umständen für die Verbraucher einen Vorteil dar, der ausreicht, um als angemessene Beteiligung an dem Gewinn angesehen werden zu können, welcher aus den Verbesserungen entsteht, die durch die von der Kommission zugelassenen Wettbewerbsbeschränkungen bewirkt werden. Es mag zwar fraglich sein, ob für die Erfüllung der hier erörterten Voraussetzungen von Artikel 85 Absatz 3 die Vermutung genügt, der Wettbewerbsdruck werde ausreichend sein, um SABA und die Großhändler zur Weitergabe eines Teils des Gewinns aus der Rationalisierung des Vertriebsnetzes an die Verbraucher zu veranlassen. Die Freistellung kann

jedoch im vorliegenden Fall als durch den Vorteil, der den Verbrauchern aus der verbesserten Versorgung entsteht, hinreichend gerechtfertigt angesehen werden.

49 Schließlich ist zu prüfen, ob die in dem Kooperationsvertrag enthaltenen Verpflichtungen den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

50 Aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt sich, daß die von SABA für die Anerkennung als Großhändler aufgestellten Voraussetzungen von den Selbstbedienungsgroßhändlern weitgehend ohne Nachteil erfüllt werden können. Die Abnahmepläne, zu deren Unterzeichnung sich die Großhändler in dem Kooperationsvertrag verpflichten müssen, sind freilich aller Wahrscheinlichkeit nach ein Element, das den besonderen Methoden dieses Vertriebsweges fremd ist. Es ist aber nicht ersichtlich, daß die Kommission den ihr insoweit zustehenden Ermessensspielraum überschritten hätte, indem sie für den besonderen Bereich der Unterhaltungselektronik die Notwendigkeit der Kooperationsverträge für die Sicherung einer ausreichenden Kohärenz des SABA-Vertriebsnetzes insbesondere im Hinblick auf die Fachgroßhändler einerseits und die sich daraus für die Selbstbedienungsgroßhändler ergebenden, nicht unüberwindlichen Schwierigkeiten andererseits gegeneinander abgewogen und dem erstgenannten Gesichtspunkt den Vorrang eingeräumt hat. Die Dinge könnten anders liegen, wenn sie Selbstbedienungsgroßhändler — insbesondere durch eine Vermehrung der selektiven Vertriebsnetze ähnlichen Inhalts wie das von SABA — tatsächlich als Händler vom Bereich der Unterhaltungselektronik ausgeschlossen würden. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich aber, daß dies im Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Entscheidung nicht der Fall war. Die Entscheidung beruht sonach nicht auf einer offensichtlich irrtümlichen Beurteilung der wirtschaftlichen Verhältnisse, unter denen sich der Wettbewerb in dem betroffenen Bereich vollzieht.

51 Die Klage ist deshalb abzuweisen.

Kosten

52 Nach Artikel 69 § 2 Absatz 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Besteht der unterliegende Teil aus mehreren Personen, so entscheidet nach Absatz 2 der Gerichtshof über die

Verteilung der Kosten. Da die Klägerin mit ihrer Klage keinen Erfolg hat, sind ihr die Kosten aufzuerlegen, doch hat der SB-Verband als Streithelfer die durch seine Streithilfe verursachten Kosten zu tragen.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Klage wird abgewiesen.**

2. **Der „Verband des SB-Großhandels e. V." als Streithelfer trägt die durch seine Streithilfe verursachten Kosten.**

3. **Die Klägerin trägt die übrigen Kosten des Rechtsstreits.**

Kutscher Sørensen Bosco Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 25. Oktober 1977.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL VOM 9. JUNI 1977

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Gegenstand des Verfahrens, zu dem ich heute Stellung nehme, ist eine von der Kommission nach Artikel 85 des EWG-Vertrags erlassene Entscheidung. Sie gilt einem Vertriebssystem, das die Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne GmbH (SABA), die in