BESCHLUSS DES PRÄSIDENTEN DES GERICHTS

7. Juli 1998 *

In der Rechtssache T-65/98 R

Van den Bergh Foods Ltd, vormals HB Ice Cream Ltd, Gesellschaft irischen Rechts mit Sitz in Dublin, Prozeßbevollmächtigte: Solicitors Malcolm Nicholson und Michael Rowe, Zustellungsanschrift: Kanzlei der Rechtsanwälte Elvinger, Hoss und Prussen, 2, Place Winston Churchill, Luxemburg,

Antragstellerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Barry Doherty und Wouter Wils, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigte, Zustellungsbevollmächtigter: Carlos Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Antragsgegnerin,

* Verfahrenssprache: Englisch.

wegen Aussetzung des Vollzugs der Entscheidung der Kommission vom 11. März 1998 in einem Verfahren nach den Artikeln 85 und 86 EG-Vertrag (IV/34.073, IV/34.395 und IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited)

erläßt

DER PRÄSIDENT DES GERICHTS ERSTER INSTANZ DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

folgenden

Beschluß

Verfahren

1 Die Van den Bergh Foods Ltd (im folgenden: Antragstellerin), vormals HB Ice Cream Ltd, hat mit Klageschrift, die am 21. April 1998 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, gemäß Artikel 173 Absatz 4 EG-Vertrag die Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 11. März 1998 in einem Verfahren nach den Artikeln 85 und 86 EG-Vertrag (IV/34.073, IV/34.395 und IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) beantragt.

2 Die Antragstellerin hat mit besonderem Schriftsatz, der am selben Tage bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, gemäß Artikel 185 des Vertrages beantragt, den Vollzug dieser Entscheidung bis zur Entscheidung des Gerichts in der Hauptsache auszusetzen. Hilfsweise hat sie gemäß Artikel 186 des Vertrages beantragt, alle anderen billigen und angemessenen Maßnahmen anzuordnen.

3 Die Master Foods Ltd, eine Gesellschaft irischen Rechts mit Sitz in Dublin, die unter der Firma Mars Ireland and Masterfoods (im folgenden: Firma Mars) kaufmännisch tätig wird, vertreten durch Solicitor Philip G. H. Collins, und die Treats Frozen Confectionery Ltd (im folgenden: Firma Treats), eine Gesellschaft englischen Rechts mit Sitz in Leeds (England), vertreten durch Solicitor Alasdair Bell, Zustellungsanschrift beider: Kanzlei der Rechtsanwälte Loesch und Wolter, 11, rue Goethe, Luxemburg, haben mit Schriftsätzen, die am 4. und 11. Mai 1998 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen sind, beantragt, als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission zum vorliegenden Verfahren zugelassen zu werden.

4 Die Anträge sind den Parteien gemäß Artikel 116 § 1 der Verfahrensordnung zugestellt worden.

5 Die Antragstellerin hat mit Telefax, das am 14. Mai 1998 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, erklärt, daß sie gegen den Antrag der Firma Mars auf Zulassung als Streithelferin keine Einwendungen erhebe. Sie hat jedoch Einwendungen gegen die Zulassung der Firma Treats als Streithelferin mit der Begründung erhoben, diese habe kein ausreichendes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits. Sie hat beantragt, den ihre Zulassung als Streithelferinnen beantragenden Firmen nur eine um bestimmte Teile bereinigte Fassung ihrer Antragsschrift und der angefochtenen Entscheidung zu übermitteln, und hat zu diesem Zweck die ihrer Meinung nach geheimen oder vertraulichen Angaben bezeichnet.

6 Die Kommission hat am 13. Mai 1998 schriftliche Erklärungen zu dem Antrag auf Aussetzung des Vollzugs eingereicht. In zwei besonderen Schriftsätzen, die am 20. Mai 1998 in das Register der Kanzlei des Gerichts eingetragen worden sind, hat sie erklärt, daß sie gegen die beiden Anträge auf Zulassung als Streithelferinnen keine Einwendungen erhebe. Sie hat jedoch gegen den Antrag der Antragstellerin auf vertrauliche Behandlung Vorbehalte gemacht.

7 Die Kanzlei des Gerichts hat die ihre Zulassung als Streithelferinnen beantragenden Firmen mit Schreiben vom 27. Mai 1998 zur mündlichen Verhandlung geladen und hat ihnen die nichtvertraulichen Fassungen des Antrags auf Aussetzung des Vollzugs und der Erklärungen der Kommission zu diesem Antrag zugestellt.

8 Die Beteiligten haben am 9. Juni 1998 mündliche Ausführungen gemacht.

9 Die Firma Mars und die Antragstellerin haben der Kanzlei des Gerichts mit Telefaxen vom 12. und 25. Juni 1998 bzw. 23. und 24. Juni 1998 Informationen über das beim irischen Supreme Court anhängige Gerichtsverfahren übersandt. Diese Schriftstücke sind den anderen Beteiligten zugestellt worden.

Vorgeschichte des Rechtsstreits

10 Die Antragstellerin, eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Unilever NV/plc, ist der größte Hersteller von Speiseeis, vor allem von Speiseeis zum unmittelbaren Verzehr (Kleineis, Impuls-Speiseeis), in Irland. Sie stellt dort den Verkaufsstellen, die ihr Speiseeis vertreiben, gewöhnlich unter der Bedingung Kühltruhen zur Verfügung, daß diese ausschließlich für ihr Speiseeis benutzt werden.

11 Im März 1990 erhob die Firma Mars vor dem High Court Klage u. a. auf Feststellung, daß die Ausschließlichkeitsklausel in den Vereinbarungen über die Bereitstellung der Kühltruhen der HB Ice Cream Ltd nach innerstaatlichem Recht und nach den Artikeln 85 und 86 des Vertrages nichtig sei. Die HB Ice Cream Ltd erhob eine gesonderte Klage auf Erlaß von Anordnungen, durch die es der Firma Mars untersagt werden sollte, die Wiederverkäufer zum Bruch der in diesen Vereinbarungen enthaltenen Ausschließlichkeitsklauseln zu verleiten. Im April 1990, während das Verfahren zur Hauptsache bereits anhängig war, erließ der High Court entsprechende vorläufige Anordnungen zugunsten der HB Ice Cream Ltd.

12 Am 28. Mai 1992 entschied der High Court über die Begründetheit der beiden Klagen. Er wies die Klage der Firma Mars mit der Begründung ab, daß die Politik der ausschließlichen Benutzung der Kühltruhen der HB Ice Cream Ltd weder gegen die innerstaatlichen noch gegen die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln verstoße.

Außerdem erließ er zugunsten der HB Ice Cream Ltd einen endgültigen Beschluß, der der Firma Mars untersagte, die Wiederverkäufer dazu zu veranlassen, ihr Speiseeis in den der HB Ice Cream Ltd gehörenden Kühltruhen aufzubewahren.

13 Die Firma Mars legte am 4. September 1992 gegen das Urteil des High Court Berufung ein. Der Supreme Court äußerte in der mündlichen Verhandlung am 10. Juni 1998 die Absicht, dem Gerichtshof eine Vorabentscheidungsfrage gemäß Artikel 177 des Vertrages vorzulegen, da sich in dem bei ihm anhängigen Verfahren Fragen nach der Auslegung des Vertrages stellten. Er wies außerdem darauf hin, daß die vom High Court erlassene Anordnung während der Prüfung der Berufung nicht aufgehoben würde.

14 Parallel zu dem Rechtsstreit vor den irischen Gerichten stellte die Firma Mars am 18. September 1991 gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (Abl. 1962, Nr. 13, S. 204), bei der Kommission einen Antrag gegen die HB Ice Cream Ltd. Dieser Antrag betraf die Lieferung von Kühltruhen durch die HB Ice Cream Ltd an eine große Zahl von Wiederverkäufern zur ausschließlichen Benutzung für die Erzeugnisse dieser Marke.

15 Die Kommission vertrat in einer an die HB Ice Cream Ltd gerichteten Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 29. Juli 1993 die Auffassung, daß deren Vertriebssystem gegen die Artikel 85 und 86 des Vertrages verstoße.

16 Nach Gesprächen mit der Kommission machte die HB Ice Cream Ltd unter Zurückweisung der Auffassung der Kommission Vorschläge, um eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages zu erlangen. Diese Vorschläge wurden der Kommission am 8. März 1995 übermittelt. Diese erklärte in einer Presseerklärung vom 10. März 1995, daß die beabsichtigten Änderungen nach einer ersten summarischen Prüfung eine Freistellung ermöglichten. Anschließend wurde am 15. August 1995 eine Mitteilung gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht.

17 Die Kommission übersandte der HB Ice Cream Ltd am 22. Januar 1997 eine neue Mitteilung der Beschwerdepunkte, da sie der Auffassung war, daß die schließlich vorgenommenen Änderungen hinsichtlich des freien Zugangs zu den Verkaufsstellen nicht zu den gewünschten Ergebnissen geführt hätten. Die HB Ice Cream Ltd nahm zu diesen Beschwerdepunkten Stellung.

18 In der angefochtenen Entscheidung vom 11. März 1998

— erklärt die Kommission, daß die Ausschließlichkeitsklausel in den zwischen der Antragstellerin und den Wiederverkäufern in Irland getroffenen Vereinbarungen über die Aufstellung von Kühltruhen in Verkaufsstellen, die zur Vorratshaltung von Einzelportionspackungen von Impuls-Speiseeis nur über eine oder mehrere von der Antragstellerin gelieferte Kühltruhe(n) verfügen, nicht aber über eine oder mehrere selbst angeschaffte oder von anderen Speiseeisherstellern als der Antragstellerin bereitgestellte Kühltruhe(n), eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag darstelle (Artikel 1);

— lehnt sie den Antrag der Antragstellerin auf Freistellung der in Artikel 1 beschriebenen Ausschließlichkeitsklausel gemäß Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag ab (Artikel 2);

— erklärt sie, daß das Verhalten der HB Ice Cream Ltd, Wiederverkäufer in Irland, die keine selbst angeschaffte(n) oder von anderen Speiseeislieferanten als ihr selbst bereitgestellte(n) Kühltruhe(n) aufgestellt hätten, dadurch zum Abschluß von Kühltruhenvereinbarungen mit Ausschließlichkeitsklausel zu bewegen, daß sie ihnen anbiete, zur Vorratshaltung von Einzelportionspackungen von Impuls-Speiseeis eine oder mehrere Kühltruhen ohne direkte Inrechnungstellung zu liefern und zu warten, eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 86 EG-Vertrag darstelle (Artikel 3);

— gibt sie der Antragstellerin auf, die in den Artikeln 1 und 3 aufgeführten Zuwiderhandlungen unverzüglich abzustellen und von Maßnahmen von gleicher Zweckbestimmung oder Wirkung abzusehen (Artikel 4);

— fordert sie die Antragstellerin auf, innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung alle Wiederverkäufer, mit denen derzeit Kühltruhenvereinbarungen bestünden, die nach Artikel 1 gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag verstießen, über den vollständigen Wortlaut der Artikel 1 und 3 in Kenntnis zu setzen und ihnen mitzuteilen, daß die betreffenden Ausschließlichkeitsklauseln nichtig seien (Artikel 5).

19 Die Kommission legt in ihrer Entscheidung die rechtlichen Gründe dar, auf die sie die Anwendung des Artikels 85 des Vertrages stützt.

20 Sie führt insbesondere aus (Randnr. 157 der Entscheidung):

„Ein Lieferant, der für den Absatz seiner Kleineiserzeugnisse Zugang zu einer Verkaufsstelle erhalten will (d. h. ein neuer Bewerber für die Verkaufsstelle), in der mindestens eine Kühltruhe mit Lieferanten-Ausschließlichkeit aufgestellt ist, kann dies nur erreichen, wenn diese Verkaufsstelle eine Kühltruhe ohne Ausschließlichkeitsklausel betreibt ... oder wenn er den Wiederverkäufer überzeugen kann, *entweder* eine vorhandene Kühltruhe mit Ausschließlichkeit eines Lieferanten auszutauschen *oder* eine zusätzliche Kühltruhe neben der vorhandenen Kühltruhe mit Ausschließlichkeit eines Lieferanten aufzustellen ...“

21 Sie führt (Randnrn. 158 bis 183 der Entscheidung) auf der Grundlage einer Marktstudie aus, es sei wenig wahrscheinlich, daß die Wiederverkäufer die eine oder die andere dieser Maßnahmen ergriffen. Sie leitet daraus her, daß die fraglichen Verkaufsstellen faktisch an die Antragstellerin gebunden seien (Randnr. 184 der Entscheidung).

22 In der Entscheidung wird ferner festgestellt, daß die Vereinbarungen nicht gemäß Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages freigestellt werden könnten, da sie nicht zur Verbesserung der Warenverteilung beitrügen (Randnrn. 222 bis 238), da sie die Verbraucher nicht angemessen an dem entstehenden Gewinn beteiligten (Randnrn. 239

und 240), da sie für die Erreichung der genannten Vorteile nicht unerläßlich seien (Randnr. 241) und da sie der HB Ice Cream Ltd die Möglichkeit eröffneten, den Wettbewerb auf dem fraglichen Markt weitgehend auszuschalten (Randnrn. 242 bis 246).

23 Zur Anwendung des Artikels 86 des Vertrages führt die Kommission aus, die Antragstellerin habe eine beherrschende Stellung auf dem Markt für in Einzelportionspackungen verkauftes Impuls-Speiseeis in Irland.

24 Sie führt dazu aus (Randnr. 263 der Entscheidung):

„[Die HB Ice Cream Ltd] nützt ihre beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt aus und verstößt insofern gegen Artikel 86, als sie Wiederverkäufer, die keine von ihnen selbst angeschaffte(n) oder von einem anderen Speiseeislieferanten als [der HB Ice Cream Ltd] bereitgestellte(n) Kühltruhe(n) zur Vorratshaltung von Speiseeis haben, veranlaßt ..., mit ihr Kühltruhenvereinbarungen auf Ausschließlichkeitsbasis abzuschließen. Zu diesem Zweck bietet [sie] dem Wiederverkäufer an, die Kühltruhen zu liefern und zu unterhalten, ohne daß diesem dadurch direkte Kosten entstehen."

Entscheidungsgründe

Zu den Anträgen auf Zulassung als Streithelfer

25 Die Anträge der Firmen Mars und Treats auf Zulassung als Streithelfer sind getrennt zu prüfen.

26 Hinsichtlich des Antrags der Firma Mars ist darauf hinzuweisen, daß die streitige Entscheidung ein Verwaltungsverfahren beendet, das die Kommission aufgrund der Beschwerde der Firma Mars vom 18. September 1991 eingeleitet hatte. Diese hatte geltend gemacht, daß die von der HB Ice Cream Ltd vorgenommene Lieferung von Kühltruhen an eine große Zahl Wiederverkäufer aufgrund der Kühltruhen-Ausschließlichkeitsklausel zum einen, und die Bedingungen, zu denen diese Kühltruhen den Wiederverkäufern zur Verfügung gestellt worden seien, zum anderen, eine Wettbewerbsbeschränkung darstellten, durch die sie am Zugang zu den Einzelhandelsverkaufsstellen für den Vertrieb ihrer Kleineiserzeugnisse in Irland gehindert werde. Im übrigen hat die Firma Mars unstreitig aktiv an dem Verwaltungsverfahren bei der Kommission teilgenommen. Schließlich betrifft, wie die Antragstellerin selbst in ihren Schriftsätzen ausgeführt hat, ihr Rechtsstreit mit der Firma Mars, der noch beim vorlegenden Gericht anhängig ist, die Rechtmäßigkeit der in den Vereinbarungen über die Bereitstellung der Kühltruhen der HB Ice Cream Ltd in Irland enthaltenen Ausschließlichkeitsklausel unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft.

27 Demnach hat die Firma Mars ein berechtigtes Interesse daran geltend gemacht, am vorliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission teilzunehmen.

28 Die Firma Treats führt für ihr berechtigtes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits im wesentlichen zwei Gründe an: Erstens sei sie auf dem Kleineismarkt in Großbritannien und Nordirland tätig und habe viele Jahre lang versucht, auf dem irischen Markt Fuß zu fassen. Ihre Versuche seien jedoch wegen der großen Zahl von Wiederverkäufern, die durch die Ausschließlichkeitsklausel in den mit der Antragstellerin geschlossenen Kühltruhenvereinbarungen gebunden gewesen seien, gescheitert. Zweitens habe auch sie am Verwaltungsverfahren vor der Kommission teilgenommen.

29 Die Antragstellerin entgegnet, ihr sei kein ernsthafter Versuch der Firma Treats bekannt, auf den irischen Kleineismarkt vorzudringen. Diese Firma könne somit kein Interesse am Ausgang eines diesen Markt betreffenden Rechtsstreits geltend machen. Außerdem habe die Firma Treats nur in begrenztem Umfang am Verwaltungsverfahren vor der Kommission teilgenommen und nach März 1995 kein Interesse mehr zum Ausdruck gebracht. Schließlich beziehe sich das mögliche

Interesse der Firma Treats auf die Erwägungen, auf die die Entscheidung gestützt sei, nicht dagegen auf den Ausgang des Rechtsstreits.

30 Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß — wie die Firma Treats in ihren mündlichen Erklärungen geltend gemacht hat — die Verkäufe dieser Gesellschaft an die irischen Großhändler sich zwischen 1994 und 1997 verdreifacht haben und daß ihr in Nordirland ansässiger Wiederverkäufer begonnen hat, auf dem irischen Markt zu verkaufen. Zudem verkauft die Firma Treats auf dem irischen Markt hauptsächlich Kleineis.

31 Somit hat die Firma Treats ein hinreichendes Interesse daran, am vorliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes als Streithelferin zur Unterstützung der Kommission teilzunehmen.

Zum Antrag auf vertrauliche Behandlung

32 Im Stadium des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes ist dem Antrag der Antragstellerin auf vertrauliche Behandlung bestimmter Informationen stattzugeben, da glaubhaft gemacht worden ist, daß diese Informationen als geheim oder vertraulich im Sinne des Artikels 116 § 2 der Verfahrensordnung anzusehen sind.

Zum Antrag auf Aussetzung des Vollzugs

33 Nach Artikel 185 des Vertrages in Verbindung mit Artikel 4 des Beschlusses 88/591/EGKS, EWG, Euratom des Rates vom 24. Oktober 1988 zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (ABl. L 319, S. 1) in der Fassung des Beschlusses 93/350/Euratom, EGKS, EWG des Rates vom 8. Juni

1993 (ABl. L 144, S. 21) kann das Gericht, wenn es dies den Umständen nach für nötig hält, den Vollzug der angefochtenen Handlung aussetzen.

34 Nach Artikel 104 § 1 der Verfahrensordnung ist ein Antrag auf Aussetzung des Vollzugs einer Maßnahme nur zulässig, wenn der Antragsteller die betreffende Maßnahme durch Klage beim Gericht angefochten hat. Nach Artikel 104 § 2 muß der Antrag die Umstände anführen, aus denen sich die Dringlichkeit ergibt; ferner ist die Notwendigkeit der beantragten Anordnung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht glaubhaft zu machen (Fumus boni iuris). Die beantragte Maßnahme muß außerdem vorläufig in dem Sinne sein, daß sie den Rechts- oder Tatsachenfragen des Rechtsstreits nicht vorgreift und die Folgen der später zur Hauptsache zu treffenden Entscheidung nicht im voraus neutralisiert (Beschluß des Präsidenten des Gerichtshofes vom 19. Juli 1995 in der Rechtssache C-149/95 P(R), Kommission/ Atlantic Container Line u. a., Slg. 1995, I-2165, Randnr. 22).

35 Es ist zu prüfen, ob diese Voraussetzungen hier erfüllt sind.

Vorbringen der Parteien

36 Die Antragstellerin weist darauf hin, daß sie mit ihrer Klage die Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung begehrt, soweit die Kommission eine Verletzung der Artikel 85 und 86 des Vertrages feststellt.

37 In diesem Zusammenhang führt sie insbesondere aus, die angefochtene Entscheidung enthalte offensichtliche Fehler bei der Beurteilung der Tatsachen, die zu Rechtsirrtümern führten. Sie bestreitet die Annahme der Kommission, daß die in die Vereinbarungen über die Bereitstellung der Kühltruhen aufgenommene Ausschließlichkeitsklausel eine Abschottung des irischen Kleineismarktes herbeiführe.

38 Insbesondere meine die Kommission zu Unrecht, daß alle Wiederverkäufer, die nur die Kühltruhen der HB Ice Cream Ltd besäßen, „de facto gebunden seien" und daß der irische Kleineismarkt in Wirklichkeit „abgeriegelt" sei.

39 Zur faktischen Bindung trägt die Antragstellerin vor, die Vereinbarungen über die Bereitstellung der Kühltruhen könnten in der Praxis vom Wiederverkäufer fristlos gekündigt werden. Dieser könne dann entscheiden, ob er die von der HB Ice Cream Ltd bereitgestellte Kühltruhe durch eine ihm oder einem anderen Lieferanten gehörende Kühltruhe oder aber durch zwei kleinere Kühltruhen ersetzen wolle, von denen eine — oder auch beide — einem anderen Unternehmen als der HB Ice Cream Ltd gehören könnten. Darüber hinaus habe ein Wiederverkäufer, dem sie selbst eine Kühltruhe zur Verfügung gestellt habe, jederzeit die Möglichkeit, eine andere Kühltruhe zu installieren. Die Kommission habe somit die für die Wiederverkäufer bestehende Möglichkeit, die der HB Ice Cream Ltd gehörenden Kühltruhen zu ersetzen oder zusätzliche Kühltruhen aufzustellen, unrichtig gewürdigt. Ihre Schlußfolgerung (Randnr. 184 der Entscheidung), daß die Verkaufsstellen, die lediglich mit einer oder mehreren Kühltruhen ausgestattet gewesen seien, die der Antragstellerin gehörten, „als de facto ausschließlich an den Verkauf von Kleineiserzeugnissen [der HB Ice Cream Ltd] gebunden bezeichnet werden" könnten, sei daher unrichtig.

40 Was den Umfang des Ausschlusses vom Markt betrifft, erinnert die Antragstellerin daran, daß der Entscheidung zufolge die Verkaufsstellen, die lediglich mit einer oder mehreren ihr gehörenden Kühltruhen ausgestattet seien, ungefähr 40 % des Marktes darstellten und 40 % der Verkäufe auf dem fraglichen Markt tätigten. Dieses Ergebnis sei jedoch nicht richtig, denn es berücksichtige Verkaufsstellen, die nicht einbezogen werden dürften. Nach den Berechnungen der Antragstellerin beträgt der Umfang des Ausschlusses vom Markt ca. 6 %.

41 Auch bei der Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages sei es zu Rechtsirrtümern gekommen. Die Antragstellerin führt dazu aus, bei einer qualitativen Prüfung der Frage, ob diese Vorschrift auf vertikale Vereinbarungen anwendbar sei — die schon der High Court in seinem Urteil vom 28. Mai 1992 vorgenommen habe —, könne die in den Vereinbarungen mit den Wiederverkäufern enthaltene Ausschließlichkeitsklausel nicht in den Anwendungsbereich des Arti-

kels 85 Absatz 1 des Vertrages fallen. Eine quantitative Prüfung führe zu demselben Ergebnis. Im vorliegenden Fall liege nämlich keine im Sinne der Rechtsprechung für die Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 1 ausreichende konkrete Wettbewerbsbeschränkung vor (Urteil des Gerichtshofes vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89, Delimitis, Slg. 1991, I-935; Urteile des Gerichts vom 8. Juni 1995 in der Rechtssache T-7/93, Langnese-Iglo/Kommission, Slg. 1995, II-1533, und in der Rechtssache T-9/93, Schöller/Kommission, Slg. 1995, II-1611).

42 Der Kommission sei ferner ein Beurteilungsfehler unterlaufen, als sie es abgelehnt habe, ihr eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages zu gewähren, denn die vier in dieser Vorschrift vorgesehenen kumulativen Voraussetzungen seien erfüllt. Insbesondere rechtfertigten die sich aus der Ausschließlichkeitsklausel ergebenden Vorteile normalerweise eine Freistellung: Senkung der Vertriebskosten für das Eis, weite geographische Verfügbarkeit der Kleineiserzeugnisse, Größenvorteile beim Erwerb und der Wartung der Kühltruhen, Verbesserung des Merchandising, bessere Sichtbarkeit und Schutz der Qualität des Erzeugnisses. Die Kommission selbst habe früher eingeräumt, daß die Ausschließlichkeit für die Erlangung der sich aus den Vereinbarungen der Antragstellerin mit ihren Wiederverkäufern ergebenden Vorteile unerläßlich sei.

43 Bei der Anwendung des Artikels 86 des Vertrages auf den vorliegenden Sachverhalt sei der Kommission ebenfalls ein Beurteilungsfehler unterlaufen, da sie sich im wesentlichen auf eine angebliche Abschottungswirkung gestützt habe, die durch die Vereinbarungen über die Bereitstellung der Kühltruhen der HB Ice Cream Ltd verursacht worden sein solle.

44 Zur Dringlichkeit der Aussetzung des Vollzugs der Entscheidung macht die Antragstellerin geltend, wenn sie die Vereinbarungen dem Tenor der angefochtenen Entscheidung anpassen würde, hätte dies zur Folge, daß die Wiederverkäufer sofort oder doch sehr schnell die von anderen Produzenten hergestellten Speiseeiserzeugnisse in Kühltruhen aufbewahren würden, die ihr gehörten und von ihr gewartet würden. Daraus würden sich ein materieller Schaden und eine geschäftliche Entwicklung ergeben, die sie später unmöglich wieder rückgängig machen könnte. Wenn es bei den von der Entscheidung unmittelbar betroffenen Wiederverkäufern zur Gewohnheit würde, von Dritten hergestellte Erzeugnisse in den Kühltruhen der Antragstellerin aufzubewahren, hätte sie später große praktische Schwierigkeiten, im Fall der Nichtigerklärung der Entscheidung die Ausschließlichkeitsbedingung erneut durchzusetzen.

45 Abschließend nimmt die Antragstellerin eine Interessenabwägung vor zwischen dem Schaden, der ihr möglicherweise durch den Vollzug der Entscheidung entsteht, und dem Interesse der Kommission an der Abstellung der von ihr festgestellten Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln. Sie weist in ihren schriftlichen Erklärungen insbesondere darauf hin, daß der Supreme Court dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 des Vertrages eine Vorabentscheidungsfrage nach der Vereinbarkeit der in ihren Vereinbarungen mit den Wiederverkäufern enthaltenen Ausschließlichkeitsklauseln mit den Bestimmungen des Vertrages stellen könnte. Wenn der Vollzug der Entscheidung nicht ausgesetzt würde, könnte dies zudem die Wirkungen des Beschlusses des High Court, der vollstreckbar sei, möglicherweise beeinträchtigen oder ihre Umgehung ermöglichen.

46 Die Kommission hält den Antrag auf Aussetzung des Vollzugs, soweit er die Artikel 1 bis 3 der Entscheidung betrifft, für unzulässig, da diese nicht vollzogen werden könnten.

47 Auch verstoße nach dem Wortlaut der Entscheidung die auf die Kühltruhen angewandte Ausschließlichkeitsklausel als solche nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages. Im besonderen Fall des Speiseeismarktes in Irland hätten Vereinbarungen, die scheinbar nur eine Ausschließlichkeitsklausel für Kühltruhen vorsähen, in Wirklichkeit zur Folge, die Verkaufsstellen einer Ausschließlichkeitsklausel zu unterwerfen (in diesem Sinne die Urteile Langnese-Iglo/Kommission und Schöller/Kommission). Die faktisch an die Ausschließlichkeitsklausel gebundenen Verkaufsstellen machten mindestens 40 % des Marktes und 40 % der Käufer auf diesem Markt aus. Entscheidend für die Beurteilung der Vereinbarung sei somit ihre wirtschaftliche Wirkung. In diesem Zusammenhang bestreitet die Kommission das Vorbringen der Antragstellerin, daß der Umfang des Ausschlusses vom Markt mit 6 % veranschlagt werden könne.

48 Außerdem sei das Urteil des High Court in dem Rechtsstreit zwischen der Antragstellerin und der Firma Mars, in dem das Gemeinschaftsrecht angewandt worden sei, für sie nicht bindend. Dieses Urteil betreffe die Situation bis 1992, während die angefochtene Entscheidung eine Marktstudie von 1996 und die Marktanteile von 1997 berücksichtige. Auch habe die Antragstellerin zwischen 1992 und

1997 das vom High Court geprüfte System geändert, und die Kommission habe bei ihrer Prüfung den vom Gericht im Jahre 1995 erlassenen Urteilen Langnese-Iglo/Kommission und Schöller/Kommission Rechnung getragen.

49 Was die Anwendung des Artikels 86 des Vertrages betrifft, weist die Kommission vor allem darauf hin, daß der Begriff „mißbräuchliche Ausnutzung" objektiven Charakter habe.

50 Darüber hinaus bestreitet sie das gesamte Vorbringen der Antragstellerin und trägt vor, dieses genüge nicht den von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an den Fumus boni iuris.

51 Auch die Dringlichkeit sei von der Antragstellerin nicht dargetan worden, und sie habe den behaupteten Schaden in Form eines angeblichen Rückgangs ihrer Verkäufe nicht nachgewiesen. Zu dem Schaden, der darin bestehen solle, daß die Konkurrenten der Antragstellerin daraus einen Vorteil zögen, trägt die Kommission vor, diese könne ihre Investition auf verschiedene Weise von den Wiederverkäufern zurückholen. Schließlich ergebe sich für die Antragstellerin für den Fall, daß der Vollzug der Entscheidung nicht ausgesetzt würde, keine Situation, die ihre Existenz gefährden oder ihren Marktanteil irreversibel verändern könnte (vgl. insbesondere Beschluß des Präsidenten des Gerichts vom 7. November 1995 in der Rechtssache T-168/95 R, Eridania u. a./Rat, Slg. 1995, II-2817, Randnr. 42).

52 Die Firma Mars hat in ihren schriftlichen und mündlichen Erklärungen geltend gemacht, daß sie ein unmittelbares Interesse daran habe, mit der Antragstellerin auf dem betreffenden Produktmarkt in Wettbewerb zu treten. Im Verfahren der einstweiligen Anordnung müßten bei der richterlichen Prüfung die Interessen der Verbraucher, der Wiederverkäufer und der Lieferanten berücksichtigt werden.

53 Die Firma Treats hält es für dringlich, daß die Entscheidung sofort durchgeführt wird, damit die strukturellen Hindernisse beseitigt würden, die den Zugang der fraglichen Erzeugnisse zum irischen Markt blockierten.

Richterliche Würdigung

— *Zum Fumus boni iuris*

54 Die Parteien sind völlig verschiedener Ansicht über die tatsächlichen Bedingungen des Zugangs zum fraglichen Markt und zum Ausschluß von diesem Markt. Die Antragstellerin bestreitet, daß die Wiederverkäufer, die nur über die von ihr bereitgestellten Kühltruhen verfügten, „faktisch gebunden" seien und daß der irische Markt für Impuls-Speiseeis wirklich „abgeriegelt" sei.

55 Zu dieser zweiten Behauptung führt die Antragstellerin aus, der Umstand, daß ungefähr 40 % aller Verkaufsstellen nur von ihr bereitgestellte Kühltruhen besäßen, bedeute nicht, daß die konkurrierenden Lieferanten von 40 % der Verkaufsstellen ausgeschlossen würden. Die Kommission habe bei ihrer Quantifizierung des Ausschlusses vom Markt zu Unrecht alle Verkaufsstellen mitberücksichtigt, die über mindestens zwei der Antragstellerin gehörende Kühltruhen verfügten, denn diese hätten offensichtlich genug Platz, um eine Kühltruhe aufzustellen, die dem Wiederverkäufer selbst oder einem andere Lieferanten gehöre.

56 Sollte das Gericht feststellen, daß sich die Kommission tatsächlich bei der Beurteilung des Umfangs des Ausschlusses vom Markt geirrt hat, so käme dieser Feststellung für die Prüfung der Einschränkung des Wettbewerbs auf diesem Markt im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages entscheidende Bedeutung zu.

57 Das Vorbringen der Antragstellerin zum Umfang des Ausschlusses vom Markt bedarf somit einer gründlichen Prüfung. Diese kann jedoch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht vorgenommen werden.

58 Da die Erteilung einer Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages von der vorhergehenden Prüfung gemäß Artikel 85 Absatz 1 abhängt, kann das erkennende Gericht auch nicht zu dem die Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen betreffenden Vorbringen Stellung nehmen.

59 Zudem ergibt eine erste summarische Prüfung der Entscheidung, daß die Beurteilung des Verhaltens der Antragstellerin, die die Kommission gemäß Artikel 86 des Vertrages vorgenommen hat, sehr eng mit der Beurteilung der Vereinbarungen der HB Ice Cream Ltd betreffend den Vertrieb ihrer Kleineiserzeugnisse in Irland gemäß Artikel 85 Absatz 1 zusammenhängt. Danach stellt diese den Verkaufsstellen, die ihre Erzeugnisse vorrätig halten, unter der Bedingung Kühltruhen zur Verfügung, daß sie eine Ausschließlichkeitsvereinbarung akzeptieren. Die Beurteilung der Kommission gemäß Artikel 86 des Vertrages beruht auf folgender Feststellung: „Hat, wie im vorliegenden Fall, ein Wirtschaftsunternehmen eine marktbeherrschende Stellung inne, so stellt die Lieferung auf Ausschließlichkeitsbasis (unabhängig davon, ob das fragliche Unternehmen dies mit seinen Vereinbarungen bezweckt oder bewirkt) ein unannehmbares Hindernis für den Markteintritt dar ..." (Randnr. 265 der Entscheidung). Das Vorbringen betreffend eine ausschließliche Belieferung beruht auf der Erwägung, daß sich Wiederverkäufer nur sehr schwer zum Austausch der von der HB Ice Cream Ltd gelieferten Kühltruhe durch eine Kühltruhe anderer Herkunft oder zur Aufstellung zusätzlicher Kühltruhen bewegen ließen. Gerade diese Annahme wird jedoch von der Antragstellerin angezweifelt, wenn sie die Beurteilung beanstandet, die die Kommission in ihrer Entscheidung hinsichtlich der tatsächlichen Bedingungen des Zugangs zu dem fraglichen Markt und des Umfangs des Ausschlusses von diesem Markt vorgenommen hat.

60 Schließlich war das zuständige nationale Gericht mit der Frage der Rechtmäßigkeit der in den von der Antragstellerin mit den Wiederverkäufern getroffenen Vereinbarungen enthaltenen Ausschließlichkeitsklauseln im Hinblick auf die Artikel 85 und

86 des Vertrages befaßt worden. Das Gericht entschied mit Urteil vom 28. Mai 1992, daß diese Ausschließlichkeitsklausel weder gegen Artikel 85 Absatz 1 noch gegen Artikel 86 des Vertrages verstoße.

61 Aufgrund dieser Erwägungen ist das Vorbringen der Antragstellerin nicht dem ersten Anschein nach unbegründet.

— *Zur Driglichkeit*

62 Nach ständiger Rechtsprechung ist die Dringlichkeit eines Aussetzungsantrags danach zu beurteilen, ob die einstweilige Entscheidung notwendig ist, um zu verhindern, daß der Partei, die die Aussetzung beantragt, ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden entsteht. Dazu genügt es, insbesondere wenn der Eintritt des Schadens von mehreren Faktoren abhängt, daß dieser mit einem hinreichenden Grad von Wahrscheinlichkeit vorhersehbar ist (siehe insbesondere Beschluß des Gerichtshofes vom 29. Juni 1993 in der Rechtssache C-280/93 R, Deutschland/Rat, Slg. 1993, I-3667, Randnrn. 32 und 34).

63 Im vorliegenden Fall impliziert der sofortige Vollzug der streitigen Entscheidung die Kündigung der streitigen Ausschließlichkeitsklausel für die Kühltruhen, die in den in Artikel 1 der Entscheidung bezeichneten Verkaufsstellen aufgestellt sind. Sie führt somit dazu, daß ein seit vielen Jahren auf dem irischen Markt bestehendes Vertriebssystem in Frage gestellt wird. Wird der Vollzug der Entscheidung nämlich nicht ausgesetzt, so werden die Konkurrenten der Antragstellerin auf dem fraglichen Markt, die Firmen Mars und Treats, sofort versuchen, ihre Erzeugnisse in den Verkaufsstellen zu verkaufen, die ihnen früher weniger leicht zugänglich waren, indem sie ihre Erzeugnisse in den der Antragstellerin gehörenden Kühltruhen aufbewahren lassen. Hier ist darauf hinzuweisen, daß der Verkauf der betreffenden Erzeugnisse vor allem im Sommer erfolgt und damit stark jahreszeitabhängig ist.

64 Deshalb hätte es schwere und irreparable Konsequenzen, wenn das Vertriebssystem der Antragstellerin durch die Kündigung der Ausschließlichkeitsklausel in Frage gestellt würde.

65 Denn zum einen dürfte der eventuell zu ersetzende materielle Schaden der Antragstellerin im Fall der Nichtigerklärung der Entscheidung durch das Gericht schwer zu beziffern sein, da die Antragstellerin kaum in der Lage sein wird, hinreichend genau anzugeben, inwieweit die festgestellte Verringerung der Verkäufe Folge eines stärkeren Wettbewerbs auf dem Markt oder aber von Klimaschwankungen während der Hauptsverkaufszeit wäre.

66 Zum anderen würde der sofortige Vollzug der Entscheidung möglicherweise zu einer Entwicklung auf dem Markt führen, die, falls der Klage stattgegeben würde, wahrscheinlich schwer oder überhaupt nicht wieder rückgängig gemacht werden könnte. Insofern macht die Antragstellerin zu Recht geltend, daß es äußerst schwierig wäre, nach einer Nichtigerklärung der Entscheidung durch das Gericht die Einhaltung der Ausschließlichkeitsklausel durch die Wiederverkäufer erneut sicherzustellen, nachdem diese mehrere Monate lang andere Erzeugnisse in den Kühltruhen der Antragstellerin aufbewahrt und verkauft hätten.

67 Andererseits ist die Aussetzung des Vollzugs der streitigen Entscheidung aber auch geeignet, zur Konsolidierung der derzeitigen Struktur des Marktes beizutragen und dadurch die Konkurrenten der Antragstellerin, darunter die Firmen Mars und Treats, daran zu hindern, ihre Erzeugnisse in den Verkaufsstellen der durch die streitige Ausschließlichkeitsklausel gebundenen Wiederverkäufer zu verkaufen.

68 Angesichts dieser tatsächlichen und rechtlichen Lage ist im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine Abwägung der beteiligten Interessen einschließlich des Interesses der Kommission an der Wiederherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs vorzunehmen.

69 Abzuwägen ist das für die Antragstellerin bestehende Risiko einer Änderung ihres Vertriebssystems gegen das Interesse der Kommission an einer sofortigen Abstellung der von ihr festgestellten Zuwiderhandlung gegen die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln. Die von der Kommission beanstandete Praxis, Vereinbarungen über die Bereitstellung von Kühltruhen auf Ausschließlichkeitsbasis zu treffen, besteht auf dem fraglichen Markt schon lange. Auch beruht die lange Dauer des Verwaltungsverfahrens, das zum Erlaß der streitigen Entscheidung geführt hat, teilweise auf den Versuchen der Kommission, die Antragstellerin dazu zu veranlassen, die mit den Wiederverkäufern getroffenen Vereinbarungen über den Vertrieb von Kleineiserzeugnissen unter Berücksichtigung der gegen sie erhobenen Beschwerdepunkte zu ändern. So ging die Antragstellerin nach der Zustellung der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte im Juli 1993, in der die Kommission zu dem vorläufigen Ergebnis gelangt war, daß das seinerzeit bestehende Vertriebssystem gegen die Artikel 85 und 86 des Vertrages verstoße, eine Reihe von Verpflichtungen ein, die sie der Kommission im März 1995 bekanntgab, um eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages zu erhalten. Aufgrund dieser Verpflichtungen erklärte sich die Kommission bereit, eine Entscheidung zur Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 des Vertrages zu erlassen, und veröffentlichte im August 1995 eine Mitteilung gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 im *Amtsblatt*. Die Kommission richtete nur deshalb im Januar 1997 eine neue Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Antragstellerin, weil die vorgenommenen Änderungen hinsichtlich des Zugangs zu den Verkaufsstellen ihrer Meinung nach letztlich nicht zu den erwarteten Ergebnissen geführt hatten. Unter diesen Umständen kann sich die Kommission nicht auf die Dringlichkeit des sofortigen Vollzugs der Entscheidung berufen.

70 Außerdem ist zu berücksichtigen, daß das nationale Gericht, bei dem der Rechtsstreit zwischen der Firma Mars und der Antragstellerin anhängig war, entschieden hat, daß das Vertriebssystem der Antragstellerin nicht gegen die Artikel 85 und 86 des Vertrages verstoße, und eine dauernde Anordnung gegenüber der Firma Mars ausgesprochen hat. Das am 28. Mai 1992 vom High Court erlassene Urteil wird derzeit vom Supreme Court nachprüft. In der mündlichen Verhandlung am 10. Juni 1998 brachte der Supreme Court, der der Auffassung ist, daß sich in dem bei ihm anhängigen Verfahren Auslegungsfragen stellten, seine Absicht zum Ausdruck, den Gerichtshof gemäß Artikel 177 des Vertrages anzurufen, und hob die gegenüber der Firma Mars ausgesprochene dauernde Anordnung nicht auf. Somit besteht dem ersten Anschein nach ein offener Widerspruch zwischen der Kommission und dem nationalen Gericht hinsichtlich der Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrages.

71 Die Kommission ist zwar für die Durchführung und die Ausrichtung der Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft verantwortlich, verfügt jedoch nicht über die ausschließliche Befugnis zur Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86, sondern teilt die Befugnis zur Anwendung dieser Bestimmungen mit den nationalen Gerichten (Urteil Delimitis, Randnrn. 44 und 45). Im vorliegenden Fall hat diese Aufteilung der Befugnisse zur Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln dazu geführt, daß die Kommission am 11. März 1998 eine Entscheidung erlassen hat, die dem Urteil des High Court von 1992 zuwiderläuft.

72 Da ein solcher Widerspruch gegen den allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit verstößt, müssen seine nachteiligen Auswirkungen möglichst begrenzt werden. Unter den ganz besonderen Umständen des vorliegenden Falles darf bis zum Erlaß des Urteils des Gerichts zur Hauptsache das beim nationalen Gericht anhängige Verfahren nicht behindert werden, zumal dieses Gericht bereits zum einen seine Absicht bekundet hat, dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabenscheidung vorzulegen, um den Rechtsstreit im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden, und zum anderen die dauernde Anordnung nicht aufgehoben hat.

73 Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte darf dem Interesse der Kommission an der Abstellung der Zuwiderhandlung weder gegenüber dem Interesse der Antragstellerin daran, daß das bestehende System nicht gefährdet wird, noch dem Interesse an der Begrenzung eines Widerspruchs bei der Anwendung der Bestimmungen des Vertrages Vorrang eingeräumt werden, bevor das Gericht Gelegenheit gehabt hat, zur Hauptsache zu entscheiden.

74 Im Ergebnis birgt die sofortige Anwendung der streitigen Entscheidung während der Dauer des Verfahrens zur Hauptsache die Gefahr, daß der Antragstellerin ein schwerer und unwiderruflicher Schaden entsteht, aber auch die Gefahr, daß es zu einem Zustand der Rechtsunsicherheit kommt. Der Tatsache, daß die Konkurrenten der Antragstellerin auf dem Markt wegen angeblicher struktureller Hindernisse Schwierigkeiten beim Vertrieb ihrer Erzeugnisse haben, kann kein größeres Gewicht beigemessen werden als den genannten Gefahren.

75 Unter diesen Umständen führt die Interessenabwägung zur Aussetzung des Vollzugs der Entscheidung.

76 Unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des vorliegenden Falles bilden die (in Randnr. 74) genannten Gefahren ein grundlegendes Hindernis für einen sofortigen Vollzug der den Gegenstand des Aussetzungsantrags bildenden Entscheidung. Der Einwand der Kommission, die Aussetzung könne sich nicht auf die Artikel 1, 2 und 3 der Entscheidung beziehen, ist folglich zurückzuweisen.

Aus diesen Gründen

hat

DER PRÄSIDENT DES GERICHTS

beschlossen:

1. **Die Master Foods Ltd und die Treats Frozen Confectionery Ltd werden in der Rechtssache T-65/98 R als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Antragsgegnerin zugelassen.**

2. **Den Anträgen der Antragstellerin auf vertrauliche Behandlung bestimmter Teile ihres Antrags auf Aussetzung des Vollzugs und der Entscheidung der Kommission vom 11. März 1998 in einem Verfahren nach den Artikeln 85 und 86 EG-Vertrag (IV/34.073, IV/34.395 und IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) wird im Stadium des Verfahrens der einstweiligen Anordnung stattgegeben.**

3. Der Vollzug dieser Entscheidung der Kommission wird bis zum Erlaß des Urteils des Gerichts, durch das das Verfahren zur Hauptsache abgeschlossen wird, ausgesetzt.

4. Die Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Luxemburg, den 7. Juli 1998

Der Kanzler

H. Jung

Der Präsident

B. Vesterdorf