

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
GEORGES COSMAS

vom 16. Mai 2000 *

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung	I-11372
II — Sachverhalt und Verfahren	I-11372
III — Zur Vermeidung widersprechender Entscheidungen der nationalen Gerichte und der Gemeinschaftsorgane	I-11376
A — Wann drohen einander widersprechende Entscheidungen?	I-11376
a) Allgemeine Bemerkungen	I-11376
b) In der vorliegenden Rechtssache	I-11377
B — Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Möglichkeit einander wider- sprechender Entscheidungen	I-11378
C — Die Besonderheit der vorliegenden Rechtssache	I-11379
IV — Beantwortung der Vorabentscheidungsfragen	I-11380
A — Vorbemerkungen	I-11380
a) Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens	I-11380
b) Die Vorabentscheidungsfragen	I-11381
B — Ist die Prüfung der Gültigkeit der Entscheidung 98/531 auf dem Weg über eine Vorlage zur Vorabentscheidung im vorliegenden Fall möglich?	I-11383
a) Einleitende Bemerkungen	I-11384
b) Die Identität der Parteien des Ausgangsverfahrens steht der Vorlage einer Vorabentscheidungsfrage bezüglich der Gültigkeit der Entscheidung 98/531 entgegen	I-11385
c) Zu den Problemen, die eine Prüfung der Gültigkeit einer Gemeinschafts- entscheidung wie der in Rede stehenden im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 177 des Vertrages im allgemeinen mit sich bringt	I-11389
C — Schlussfolgerungen	I-11391
V — Zur zweiten Vorabentscheidungsfrage	I-11392
A — Der Speiseeispreis und die Vereinbarkeit der betreffenden Vereinbarungen mit Artikel 86 des Vertrages	I-11392

* Originalsprache: Griechisch.

B — Die streitigen Ausschließlichkeitsklauseln und Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages	I- 11394
a) Das Urteil Delimitis	I- 11394
b) Die Übernahme des Urteils Delimitis für die vorliegende Rechtssache	I- 11395
c) Zur objektiven Rechtfertigung der streitigen Ausschließlichkeitsklauseln .	I- 11400
C — Die streitigen Ausschließlichkeitsklauseln und Artikel 86 des Vertrages	I- 11403
VI — Die dritte Vorabentscheidungsfrage	I- 11407
VII — Schlussfolgerungen	I- 11409
VIII — Ergebnis	I- 11409

I — Einleitung

1. In der vorliegenden Rechtssache wird der Gerichtshof um die Beantwortung dreier Fragen ersucht, die ihm vom Supreme Court von Irland gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) zur Vorabentscheidung vorgelegt worden sind. Die erste Frage betrifft die Beziehungen zwischen den nationalen Gerichten und den Verwaltungs- und Gerichtsorganen der Gemeinschaft in den Fällen, in denen sich ein konkretes Problem der Auslegung und Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 Absatz 1 EG und Artikel 82 EG) stellt. Die beiden folgenden Fragen betreffen die Vereinbarkeit von vertraglichen Ausschließlichkeitsklauseln, die Wiederverkäufern in Bezug auf die Verwendung von Kühltruhen vom Erzeuger und Vertreiber von Speiseeis auferlegt werden, die dieser seinen Vertragspartnern liefert.

I - 11372

II — Sachverhalt und Verfahren

2. Es geht in der vorliegenden Rechtssache um Vereinbarungen des Unternehmens HB Ice Cream Ltd, jetzt Van den Bergh Foods Ltd (nachstehend: HB) über den Vertrieb von zum sofortigem Verbrauch bestimmtem Speiseeis in Irland. HB befolgt im Rahmen seiner Unternehmenstätigkeit die Politik, den Wiederverkäufern, die ihr Speiseeis verkaufen, Kühltruhen unter der Bedingung zur Verfügung zu stellen, dass diese ausschließlich für ihre eigenen Produkte verwendet werden (nachstehend: Ausschließlichkeitsklausel). HB, die seit 1974 zum Unilever-Konzern gehört, ist das wichtigste Produktions- und Vertriebsunternehmen für Speiseeis in Irland und nimmt auf diesem Markt mit einem Marktanteil von stets mindestens 70 % den ersten Platz ein.

3. Das Unternehmen Masterfoods Ltd (nachstehend: Masterfoods), eine Tochtergesellschaft des amerikanischen multinationalen Konzerns Mars Inc., trat 1989 in

den irischen Speiseeismarkt ein. Im Sommer dieses Jahres begannen zahlreiche Wiederverkäufer, in den ihnen von HB gelieferten Kühltruhen Mars-Speiseeis zu lagern. HB bestand daraufhin auf einer Einhaltung der Ausschließlichkeitsklausel in dem Vertrag über die Kühltruhen.

4. Im März 1990 beantragte Masterfoods beim irischen High Court die Feststellung, dass die genannte Klausel gegen die Artikel 85 und 86 des Vertrages verstoße. HB beantragte bei diesem Gericht seinerseits, Masterfoods zu untersagen, die Wiederverkäufer dazu anzuhalten, Mars-Speiseeis in den Kühltruhen von HB zu lagern. Im April 1990 erließ der High Court eine einstweilige Verfügung zugunsten von HB.

5. Am 28. Mai 1992 wies der High Court den Antrag von Masterfoods durch Endurteil im Hauptverfahren ab und untersagte dem Unternehmen durch endgültige Anordnung („permanent order“), die Wiederverkäufer dazu anzuhalten, Mars-Speiseeis in den Kühltruhen von HB zu lagern. Die Schadensersatzklage von HB wurde hingegen abgewiesen.

6. Am 4. September 1992 legte Masterfoods gegen das Urteil des High Court Berufung („appeal“) beim Supreme Court ein. Mit ihrem Rechtsmittel beantragte sie beim Supreme Court, erstens, Urteil und Anordnung des High Court aufzuheben, zweitens festzustellen, dass die betreffenden Ausschließlichkeitsklauseln wegen Verstoßes gegen die Artikel 85 und 86 des

Vertrages rechtswidrig und ungültig seien, hilfsweise drittens, die Wiedereröffnung des Verfahrens beim High Court anzuordnen, sowie viertens, dem Gegner die Kosten aufzuerlegen.

7. Es ist hier zu berücksichtigen, dass Masterfoods parallel zu dem Verfahren vor den nationalen Gerichten am 18. September 1991 Beschwerde bei der Kommission eingelegt hatte, weil nach ihrer Auffassung die Ausschließlichkeitsklauseln in den Verträgen über die Lieferung von Kühltruhen zwischen HB und den Wiederverkäufern gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht verstießen. Am 29. Juli 1993 gelangte die Kommission zu dem vorläufigen Ergebnis, dass das Vertriebssystem von HB gegen die Artikel 85 und 86 des Vertrages verstoße, und übersandte eine entsprechende Mitteilung der Beschwerdepunkte. Sie stellte HB anheim, Änderungen ihres Vertriebssystems für Speiseeis vorzuschlagen. Am 8. März 1995 legte HB im Anschluss an eine Unterredung mit der Kommission Änderungsvorschläge vor. Zunächst gab die Kommission eine Erklärung des Inhalts ab, dass die Änderungen auf den ersten Blick möglicherweise zu einer Freistellung führen könnten. Am 15. August 1995 teilte sie ihre Absicht mit, die ihr mitgeteilten (geänderten) Vertriebsvereinbarungen zu befürworten. Aufgrund der Überzeugung, dass diese Änderungen nicht zu den erhofften Ergebnissen auf dem Markt führten, gab sie dann unter Berücksichtigung der seinerzeitigen Marktsituation ihre Absicht auf und übersandte HB (am 22. Januar 1997) eine neue Mitteilung

der Beschwerdepunkte. Am 11. März 1998 erließ sie die Entscheidung 98/531/EG¹.

10. Am 21. April 1998 erhob HB Klage beim Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften mit dem Antrag, die Entscheidung der Kommission für nichtig zu erklären (Rechtssache T-65/98).

8. In Artikel 1 der Entscheidung 98/531 heißt es: „Die Ausschließlichkeitsklausel in den zwischen Van den Bergh Foods Limited und Wiederverkäufern in Irland geschlossenen Vereinbarungen über die Aufstellung von Kühltruhen in Verkaufsstellen, die zur Vorratshaltung von Einzelportionspackungen von Impuls-Speiseeis nur über eine oder mehrere von Van den Bergh Foods Limited gelieferte Kühltruhe(n) verfügen, nicht aber über eine oder mehrere selbst angeschaffte oder von anderen Speiseeisherstellern als Van den Bergh Foods Limited bereitgestellte Kühltruhe(n), stellt eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag dar.“

11. Am 16. Juni 1998 hat der Supreme Court durch Beschluss das bei ihm anhängige Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

9. Gemäß Artikel 3 der Entscheidung 98/531 stellt „[d]as Verhalten von HB, Wiederverkäufer in Irland, die keine selbst angeschaffte(n) oder von anderen Speiseeisherstellern als HB bereitgestellte(n) Kühltruhe(n) aufgestellt haben, dadurch zum Abschluss von Kühltruhenvereinbarungen mit Ausschließlichkeitsklausel zu bewegen, dass sie ihnen anbieten, 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 dar“.

1. Unter Berücksichtigung des Urteils und der Anordnungen des High Court of Ireland vom 28. Mai 1992, der Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 1. März 1998 sowie der Anträge der Van den Bergh Foods Ltd gemäß den Artikeln 173, 185 und 186 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag), diese Entscheidung für nichtig zu erklären und ihren Vollzug auszusetzen:

a) Verlangt die Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit mit der Kommission, wie sie der Gerichtshof ausgelegt hat, dass der Supreme Court das vorliegende Verfahren aussetzt, bis das Gericht erster Instanz über die gegen die genannte Entscheidung der Kommission erhobene Klage und der Gerichtshof über ein möglicherweise eingelegtes Rechtsmittel entschieden haben?

¹ — Entscheidung der Kommission vom 11. März 1998 in einem Verfahren nach den Artikeln 85 und 86 EG-Vertrag (Sachen IV/34.073, IV/34.395 und IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) [Bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(1998) 292] (ABl. L 246, S. 1).

- b) Hindert eine an einen Einzelnen gerichtete Entscheidung der Kommission (gegen die dieser eine Nichtigkeitsklage erhoben und einen Antrag auf Aussetzung des Vollzugs gestellt hat), mit der die Kühltruhenvereinbarung des Betreffenden für mit den Artikeln 85 Absatz 1 und/oder 86 EG-Vertrag unvereinbar erklärt wird, diesen daran, die Aufrechterhaltung eines abweichenden Urteils eines nationalen Gerichts zu beantragen, das zu der gleichen oder einer ähnlichen Frage betreffend die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag zu seinen Gunsten ergangen ist, wenn gegen diese Entscheidung des nationalen Gerichts ein Rechtsmittel zum letztinstanzlich zuständigen nationalen Gericht eingelegt worden ist?

Die Fragen 2 und 3 stellen sich nur bei Verneinung der Frage 1 a.

2. Verstößt eine Praxis, die darin besteht, dass ein Speiseeishersteller und/oder -lieferant einem Wiederverkäufer eine Kühltruhe frei von unmittelbaren Kosten zur Verfügung stellt — oder den Wiederverkäufer auf andere Weise dazu veranlasst, die Kühltruhe anzunehmen —, dies aber davon abhängig macht, dass der Wiederverkäufer in dieser Kühltruhe kein anderes als das von dem genannten Hersteller und/oder Lieferanten gelieferte Speiseeis vorrätig hält, unter Berücksichtigung des rechtlichen und wirtschaftlichen Kontextes, in dem diese Vereinbarungen auf dem Markt für in Einzelportionen verpacktes, zum sofortigen Verzehr bestimmtes Speiseeis getroffen

werden, gegen die Artikel 85 Absatz 1 und/oder 86 EG-Vertrag?

3. Sind Ausschließlichkeitsvereinbarungen für Kühltruhen aufgrund von Artikel 222 EG-Vertrag gegen eine Beanstandung gemäß den Artikeln 85 und 86 EG-Vertrag geschützt?

12. Ferner setzte der Präsident des Gerichts im Rahmen des mit der Klage der HB vom 21. April 1998 anhängig gemachten Verfahrens mit Beschluss vom 7. Juli 1998² den Vollzug der angefochtenen Entscheidung der Kommission bis zum Erlass des Urteils des Gerichts in der Hauptsache (T-65/98) aus.

13. Mit Beschluss vom 28. April 1998 setzte der Präsident der Fünften Kammer des Gerichts gemäß Artikel 47 Absatz 3 der EG-Satzung des Gerichtshofes das Verfahren in der Rechtssache T-65/98 bis zum Erlass des Urteils des Gerichtshofes in der vorliegenden Rechtssache aus.

² — Rechtssache T-65/98 R (Van den Bergh Foods/Kommission, Slg. 1998, II-2641).

III — Zur Vermeidung widersprechender Entscheidungen der nationalen Gerichte und der Gemeinschaftsorgane

14. Zentrales Problem der vorliegenden Rechtssache ist offensichtlich, dass bei Auslegung und Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrages einander widersprechende Entscheidungen der nationalen Gerichte und der Gemeinschaftsorgane zu vermeiden sind. Diese Gefahr besteht deshalb, weil die Kommission, wie der Gerichtshof im Urteil *Delimitis* entschieden hat³, bei bestimmten in der Artikeln 85 und 86 des Vertrages geregelten Fragen — insbesondere der, ob das Verhalten eines Unternehmens sich im Einklang mit den Artikeln 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages befindet —, keine ausschließliche Zuständigkeit besitzt, sondern diese mit den nationalen Gerichten teilt.

A — Wann drohen einander widersprechende Entscheidungen?

a) Allgemeine Bemerkungen

15. Die Frage, wann ein Widerspruch oder die Gefahr eines Widerspruchs zwischen einer Entscheidung der Kommission, mit der die Artikel 85 Absatz 1 und 86 des

Vertrages auf eine konkrete Auseinandersetzung angewandt werden, und einer Entscheidung eines nationalen Gerichts zum gleichen Problem besteht, erfordert die folgenden Vorbemerkungen.

16. Die Feststellung, dass ein solcher Widerspruch vorliegt, setzt nicht nur voraus, dass das Rechtsproblem, das den nationalen Gerichten unterbreitet wird, und das Problem, das die Kommission beschäftigt, im Zusammenhang stehen⁴. Auch eine bloße Ähnlichkeit des Rechtsproblems genügt nicht, wenn keine absolute Identität des rechtlichen und tatsächlichen Rahmens der Streitigkeit besteht, die Kommission und nationale Gerichte beschäftigt⁵. Die Entscheidung der Kommission kann gewiss wichtige Hinweise⁶ zur angemessenen Art der Auslegung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 liefern; es besteht indessen bei dieser Fallgestaltung rein rechtlich gesehen keine Gefahr einander widersprechender Entscheidungen. Dieser Widerspruch droht nur, wenn die früher oder später rechtskräftige Entscheidung des nationalen Ge-

3 — Urteil vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89 (Slg. 1991, I-935, Randnrn. 43 bis 46). Vgl. auch Urteile vom 6. Februar 1973 in der Rechtssache 48/72 (*Brasserie de Haecht*, Slg. 1973, 77), und vom 30. Januar 1974 in der Rechtssache 127/73 (*BRT*, Slg. 1974, 51).

4 — Wenn zum Beispiel die nationalen Gerichte die Rechtmäßigkeit einer Ausschließlichkeitsklausel für die Verwendung von Kühltruhen für Speiseeis prüfen und die Kommission über eine Ausschließlichkeitsvereinbarung für die Verwendung eines Zeitschriftenvertriebsnetzes entscheidet.

5 — Wenn zum Beispiel die nationalen Gerichte die Rechtmäßigkeit einer Ausschließlichkeitsvereinbarung bezüglich der Benutzung einer Kühltruhe für Speiseeis zwischen einem bestimmten Unternehmen und den Wiederverkäufern 1, 2 und 3 in Irland untersuchen, die Kommission hingegen eine ähnliche Vereinbarung über die gleichen Produkte auf dem gleichen Markt zwischen einem anderen Unternehmen und den Wiederverkäufern 4, 5 und 6.

6 — Vgl. Nrn. 20 und 21 der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag (93/C 39/05, ABl. 1993, C 39, S. 6).

richts den Gründen oder dem verfügenden Teil der Entscheidung der Kommission widerspricht⁷. Es sind daher in jedem Fall die Grenzen der Rechtskraft der Entscheidung des nationalen Gerichts und der Inhalt der Entscheidung der Kommission zu prüfen.

b) In der vorliegenden Rechtssache

17. In der vorliegenden Rechtssache ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Gegenstand des Urteils des High Court auf den ersten Blick mit dem der Entscheidung der Kommission übereinzustimmen scheint: Zu prüfen ist die Vereinbarkeit der Ausschließlichkeitsklausel in den Kühltruhenverträgen zwischen HB und den Wiederverkäufern von Speiseeis in Irland mit den Artikeln 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages. Das bedeutet indessen nicht, dass diese Entscheidungen, wenn sie zu entgegengesetzten Ergebnissen führen, in völligem Widerspruch zueinander stehen.

18. Genauer gesagt hat sich das Urteil des High Court bezüglich der Feststellung, dass die streitigen, von HB auferlegten Ausschließlichkeitsklauseln hinsichtlich ihrer Wirkungen nicht gegen die Artikel 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages verstießen, auf

Gegebenheiten und Beurteilungen gestützt, die zeitlich gesehen einen Zeitraum vor Erlass dieses Urteils, d. h. vor dem Jahr 1992, betreffen. Die rechtlichen Wirkungen, die sich aus dem Urteil des High Court ergeben, gehen indessen offensichtlich über diesen Zeitpunkt hinaus. Der High Court hat eine endgültige Anordnung erlassen, die die Einhaltung der Ausschließlichkeitsklauseln bei den Kühltruhen von HB verfügt und der Gesellschaft Masterfoods untersagt, die Wiederverkäufer zur Nichteinhaltung dieser Ausschließlichkeitsklauseln anzuhalten.

19. Die Entscheidung der Kommission stützt sich in erster Linie auf eine 1996 durchgeführte Marktuntersuchung⁸; sie berücksichtigt außerdem, dass die von HB den Wiederverkäufern vorgeschlagenen Vereinbarungen über die Lieferung von Kühltruhen nach 1995 abgeändert wurden. Die Entscheidung der Kommission ist in ihrem verfügenden Teil eindeutig: Die vertraglichen Ausschließlichkeitsklauseln bezüglich der von HB an die Wiederverkäufer gelieferten Kühltruhen verstoßen gegen die Artikel 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages; HB hat die festgestellten Verstöße „unverzüglich abzustellen“⁹ und dies den Wiederverkäufern binnen drei Monaten ab Bekanntgabe der Entscheidung mitzuteilen¹⁰.

20. Aus dem Vorstehenden lassen sich zwei Schlüsse ziehen. Zunächst beruht der ver-

7 — Es ist nicht zu leugnen, dass, wenn eine augenfälliger Ähnlichkeit zwischen dem Gegenstand der Entscheidung der Kommission und dem der Entscheidung des nationalen Gerichts besteht, der Erlass einander widersprechender Entscheidungen durch diese die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht fördert. Es handelt sich indessen nicht um einen Fall reinen Widerspruchs zwischen der Gemeinschafts- und der nationalen Entscheidung. Eine andere Auslegung, wonach diese Gefahr einander widersprechender Entscheidungen großzügig verstanden werden müsse, würde zu übertriebenen Zwängen für das nationale Gericht führen.

8 — Vgl. Randnrn. 28 bis 38 der Entscheidung 98/531.

9 — Artikel 4 der Entscheidung 98/531.

10 — Artikel 5 der Entscheidung 98/531.

fügende Teil der Entscheidung der Kommission nicht auf der Beurteilung des gleichen Sachverhalts, wie er das irische Gericht beschäftigt hat¹¹. Es ist theoretisch möglich, dass die Ausschließlichkeitsklausel in Verträgen über Kühltruhen, die vor 1992 galten und angewandt wurden, nicht gegen die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln verstößt — wie der High Court entschieden hat —, dass aber für Verträge nach 1992, die von der Kommission überprüft wurden, etwas anderes gilt. Zweitens widersprechen die beiden Entscheidungen einander in ihren Rechtswirkungen, zumindest seit dem Zeitpunkt des Erlasses und der Bekanntgabe der Entscheidung der Kommission. Genauer gesagt: Nach der Entscheidung der Kommission gilt die betreffende Ausschließlichkeitsklausel ab dem 11. März 1998 nicht mehr, weil sie gegen die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln verstößt. Demgegenüber wird in der endgültigen Anordnung des High Court, die auch nach dem 11. März 1998 weitergilt, die Einhaltung der besagten Ausschließlichkeitsklausel vorgeschrieben.

21. Es handelt sich folglich um einen Fall teilweisen Widerspruchs zwischen dem Urteil des High Court und der Entscheidung der Kommission¹². Der Widerspruch ist von der Anwendung der Entscheidung der

Kommission abhängig, da das Gericht durch Beschluss seines Präsidenten deren Vollzug ausgesetzt hat¹³. Außerdem besteht die Gefahr, dass der Supreme Court ein Urteil erlässt, das der Entscheidung der Kommission widerspricht und sich hierbei entweder auf die Gründe des erstinstanzlichen Urteils des High Court oder auf neue Gesichtspunkte und neue Würdigungen stützt. Mit dieser Möglichkeit werde ich mich im nächsten Punkt meiner Untersuchung beschäftigen.

B — Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Möglichkeit einander widersprechender Entscheidungen

22. Der Gerichtshof hat im Urteil *Delimitis*¹⁴, wie ich bereits andeutete, auf die Gefahr hingewiesen, dass die nationalen Gerichte und die Kommission bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln einander widersprechende Entscheidungen treffen. Er hat ferner betont, dass einander widersprechende Entscheidungen gegen den allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen und daher „zu vermeiden [sind], wenn die nationalen Gerichte über Vereinbarungen oder Praktiken befinden, zu denen noch eine Entscheidung der Kommission ergehen kann“¹⁵.

23. Der Gerichtshof hat es sodann als nützlich angesehen, dem vorlegenden Ge-

11 — Dies wäre dann der Fall gewesen, wenn die Kommission ihre Entscheidung auf den Sachverhalt, wie er sich auf dem Speiseeismarkt in Irland im Zeitraum 1990 bis 1992 dargestellt hätte, sowie auf den Marktanteil gestützt hätte, den die betreffenden Unternehmen während dieses Zeitraums innegehabt hätten.

12 — Vgl. auch Randnr. 7 des zitierten Beschlusses des Präsidenten des Gerichts vom 7. Juli 1998.

13 — Vgl. Fußnote 2 dieser Schlussanträge.

14 — Zitiert in Fußnote 3.

15 — A. a. O., Randnr. 47.

richt zu der Art und Weise der Behandlung dieser Situation gewisse Hinweise zu geben. Ist die Anwendung der streitigen Gemeinschaftsvorschriften im Ergebnis eindeutig, so kann das nationale Gericht das Verfahren fortsetzen¹⁶. Droht hingegen bei der Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages ein Widerspruch zwischen der Entscheidung des nationalen Gerichts und der ausstehenden Entscheidung der Kommission, so kommt auch „[e]ine Aussetzung des Verfahrens oder der Erlass einstweiliger Maßnahmen ... in Betracht“¹⁷. Der Gerichtshof hat ferner darauf hingewiesen, dass das nationale Gericht stets die Möglichkeit hat, sich bei der Kommission nach dem Stand des Verfahrens zu erkundigen oder um Hilfe zu bitten, wenn die Anwendung der betreffenden Artikel des Vertrages ihm Schwierigkeiten bereitet¹⁸. Schließlich kann das nationale Gericht das bei ihm anhängige Verfahren aussetzen und den Gerichtshof gemäß Artikel 177 des Vertrages um Vorabentscheidung ersuchen¹⁹.

24. Es sei darauf hingewiesen, dass die Rechtssache Delimitis den Fall betraf, dass ein nationales Gericht sich zur Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages zu einem Zeitpunkt zu äußern hatte, als die Kommission das gleiche Problem aufgegriffen, aber noch keine Entscheidung erlassen hatte. Wenn außerdem der Gerichtshof das Beschreiten des Verfahrenswegs nach Artikel 177 des Vertrages anrät, so geschieht dies in einem Stadium des Verfahrens, in dem das nationale Gericht die Rechtmäßigkeit eines Aktes, den die Kommission gerade erlassen hat, (noch)

nicht in Zweifel zieht. Das nationale Gericht hat mit anderen Worten bei den dem Gerichtshof vorgelegten Vorabentscheidungsfragen auf ein Problem der Auslegung der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts abzustellen, nicht aber gegebenenfalls auf ein Problem der Gültigkeit einer Einzelentscheidung der Kommission. Dieses Problem tritt in der vorliegenden Rechtssache auf, auf deren Besonderheiten hinzuweisen mir sachgerecht erscheint.

C — Die Besonderheit der vorliegenden Rechtssache

25. Die vorliegende Rechtssache wird durch die Schlussfolgerungen, zu denen der Gerichtshof im Urteil Delimitis gelangt ist, nicht vollkommen abgedeckt. Ihre Besonderheit und ihre Schwierigkeit beruhen auf folgenden Gegebenheiten:

Erstens ist, wie ich bereits sagte, der Widerspruch zwischen dem Urteil des erstinstanzlichen irischen Gerichts und der bereits erlassenen Entscheidung der Kommission nicht nur ein denkbare, er ist vielmehr offensichtlich und nahe²⁰. Der Widerspruch wäre bereits eingetreten, wenn das Gericht erster Instanz nicht den Vollzug der Entscheidung der Kommission ausgesetzt hätte²¹. Außerdem werden die Entscheidungen der Kommission und des iri-

16 — A. a. O., Randnr. 50.

17 — A. a. O., Randnr. 52.

18 — Es handelt sich um eine Anwendung des Grundsatzes der Pflicht der Kommission zur Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden nach Artikel 5 EG-Vertrag (jetzt Artikel 10 EG).

19 — Urteil Delimitis (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 54).

20 — Es sei noch darauf hingewiesen, dass in der vorliegenden Rechtssache das nationale Gericht die Auffassung vertreten hat, dass die Ausschließlichkeitsklauseln mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln vereinbar seien, während die Kommission den genau umgekehrten Standpunkt eingenommen hat. Die Folgen des Vorliegens entgegengesetzter Standpunkte wären weniger schwer für die Rechtsstruktur der Gemeinschaft, wenn das nationale Gericht eine den Ausschließlichkeitsklauseln abträgliche Auffassung vertreten und die Kommission sie als mit den Artikeln 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages vereinbar angesehen hätte.

21 — Vgl. Fußnote 12.

schen Gerichts einander widersprechen, wenn der Supreme Court im Ausgangsverfahren andere Auffassungen vertritt, als sie der Entscheidung 98/531 zu entnehmen sind. Das kann geschehen, wenn der Supreme Court erstens der Auffassung ist, dass Gründe und Tenor des Urteils des High Court ordnungsgemäß sind, oder zweitens, dass die Begründung des Urteils erster Instanz fehlerhaft ist, das Urteil aber aus anderen Gründen zutrifft.

Zweitens ist das Problem der Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Kommission beim Gericht anhängig. Für den Fall, dass dieses die bei ihm anhängige Klage abweisen und der Supreme Court das entgegengesetzte Urteil des High Court bestätigen sollte, würde der Vorrang des Gemeinschaftsrechts durch die irischen Gerichte in zweifacher Weise beeinträchtigt²².

Drittens könnte die vorliegende Rechtsache Anlass für den Gerichtshof sein, sich zum Verhältnis zwischen den Klagen nach Artikel 173 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 230 EG) und nach Artikel 177 des Vertrages sowie zu den Rechtsbeziehungen zwischen Gerichtshof und Gericht zu äußern.

Viertens ist eine der Parteien des Ausgangsverfahrens, das Unternehmen HB, das das erstinstanzliche Urteil des High Court

zu erhalten sucht, zugleich Adressat der Entscheidung der Kommission und hat diese mit ihrer Klage beim Gericht angefochten. Ihre Gegnerin im Ausgangsverfahren, die Firma Masterfoods, ist in dem Verfahren, das durch die Klage von HB beim Gericht anhängig geworden ist, als Streithelferin beigetreten. Das kann unter Umständen die Antwort auf die erste Vorabentscheidungsfrage beeinflussen.

IV — Beantwortung der Vorabentscheidungsfragen

A — Vorbemerkungen

a) Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens

26. Zunächst ist die Frage zu stellen, welchen Streitgegenstand das beim Supreme Court anhängige Verfahren aufweist. Ohne in die Einzelheiten des irischen Verfahrensrechts einzutreten, darf ich hierzu feststellen, dass sich das vorliegende Gericht um eine Prüfung sowohl der Richtigkeit der Urteilsgründe als auch des UrteilsTenors des erstinstanzlichen Urteils bemüht. Die Richtigkeit der Würdigungen des High Court bezüglich der Vereinbarkeit der streitigen Ausschließlichkeitsklauseln mit den Artikeln 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages wird zunächst im Licht der tatsächlichen und rechtlichen Maßgaben geprüft, zu denen sich das erstinstanzliche irische

22 — Zum einen, weil die Auffassungen der zuständigen Verwaltungsbehörde der Gemeinschaft (Kommission) nicht beachtet würden; zum anderen, weil die Zuständigkeit der Gemeinschaftsgerichte — Gericht und für den Fall eines Rechtsmittels Gerichtshof — zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Akte der Gemeinschaftsbehörden und zur Durchsetzung ihrer Beachtung nicht berücksichtigt worden wäre.

Gericht zu äußern hatte. Die Entscheidung 98/531 hat daher naturgemäß keinen Einfluss auf diese Beurteilung durch den Supreme Court.

27. Umgekehrt sind die Rechtsfolgen des in erster Instanz gefällten Urteils des irischen Gerichts, da sie nach dem Inkrafttreten der Entscheidung 98/531 weiterhin in Geltung sind, dieser unmittelbar entgegengesetzt. Unabhängig davon, *ob die Gründe des erstinstanzlichen Urteils des High Court zutreffen oder nicht*, liegt folglich auf der Hand, dass, sollte dieses Urteil nach dem Inkrafttreten der Entscheidung der Kommission weiter angewandt werden, es im Widerspruch zu dieser gestanden hätte, wenn das Gericht nicht deren Vollzug ausgesetzt hätte. Der Supreme Court kann diese Gegebenheit nicht außer Acht lassen, weil er sich in seinem eigenen Urteil in letzter Instanz zur Bestätigung oder Aufhebung des Tenors des Urteils des High Court für die Zeit nach dem 11. März 1998 äußern wird. Da sich darüber hinaus der Supreme Court zu einer gerichtlichen Entscheidung zu äußern hat, die in erster Instanz erlassen wurde und eine endgültige Anordnung enthält, muss er im Rahmen des nach seiner nationalen Rechtsordnung Zulässigen die Rechts- und Sachlage, wie sie sich bis zum Zeitpunkt seines eigenen Urteils herausgebildet hat, berücksichtigen. In diesem Fall aber darf er das Vorliegen und den Inhalt der Entscheidung 98/531 nicht vernachlässigen.

b) Die Vorabentscheidungsfragen

28. Die erste Frage hängt damit zusammen, dass die Entscheidung 98/531, die zum Tenor des erstinstanzlichen Urteils des irischen Gerichts in Widerspruch steht, be-

reits beim Gericht angefochten worden ist. Reicht dies bereits aus, um das nationale Gericht zu verpflichten, das Ende des Nichtigkeitsverfahrens abzuwarten, bevor es endgültig über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit entscheidet? Ist es von Bedeutung, dass das Unternehmen HB, das sich um Aufrechterhaltung des erstinstanzlichen Urteils bemüht, zugleich die Partei ist, die die Entscheidung 98/531 im Wege einer Klage nach Artikel 173 des Vertrages angefochten hat? Die beiden anderen Fragen betreffen materielle Fragen, nämlich die richtige Auslegung und die Anwendung der Artikel 85 Absatz 1, 86 und 222 EG-Vertrag (jetzt Artikel 295 EG).

29. Zur ersten Vorabentscheidungsfrage ist Folgendes vorab zu bemerken. Ist für die Entscheidung des nationalen Rechtsstreits die Gültigkeit der Entscheidung 98/531 ohne Bedeutung, so kann sie keineswegs vom Ausgang des beim Gericht anhängigen Verfahrens zur Nichtigkeitserklärung dieser Entscheidung abhängig sein. Diese Möglichkeit lässt sich hypothetisch annehmen, wenn, wie bereits bemerkt, das Urteil des High Court wegen seines Tenors nicht notwendig zur Entscheidung der Kommission im Widerspruch steht, weil es auf anderen Tatsachen beruht. Kann man indessen praktisch wirklich im Ausgangsverfahren entscheiden, ohne sich die Frage zu stellen, ob die Entscheidung der Kommission richtig und damit hinzunehmen ist? Es sind die beiden folgenden Fälle zu unterscheiden.

30. i) Nehmen wir an, dass der Supreme Court aufgrund der Auslegung, die der Gerichtshof im Rahmen der zweiten und dritten Vorabentscheidungsfrage festlegen wird, zu dem Ergebnis gelangt, dass das Urteil des High Court im Hinblick auf den

Sachverhalt, über den er zu entscheiden hatte, wegen fehlerhafter Auslegung und/oder Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages rechtlich unbegründet war. In diesem Fall wird das Urteil erster Instanz aufgehoben werden und seine Rechtswirkungen verlieren, so dass sich das Problem des Widerspruchs zwischen diesem Urteil und der Entscheidung der Kommission nicht mehr stellt. Wenn die Feststellung der Fehlerhaftigkeit des erstinstanzlichen Urteils und die Aufhebung der streitigen endgültigen Anordnung zugunsten von HB zur Beendigung des beim Supreme Court anhängigen Ausgangsverfahrens führen, so kann das vorlegende Gericht seine richterliche Arbeit beenden, auch ohne zu wissen, ob die Entscheidung 98/531 gültig ist oder nicht, und ohne sich dem Risiko auszusetzen, ein Urteil zu fällen, das der Entscheidung der Kommission widerspricht.

31. ii) Was aber geschieht in dem — zugleich wahrscheinlichsten — Fall, dass sich das vorlegende Gericht bei Beachtung der gegebenenfalls anzuwendenden nationalen Verfahrensvorschriften zur Begründetheit der endgültigen gerichtlichen Anordnung zugunsten von HB anhand der Tatsachen zu äußern haben wird, wie sie bis zu dem Zeitpunkt seines eigenen Urteils vorliegen? Es gibt einen konnexen Fall: Der Supreme Court hebt die erstinstanzliche endgültige Anordnung auf und hat in der Sache zu entscheiden, wobei er diesmal prüft, ob zum Zeitpunkt dieser neuen Beurteilung die streitigen Klauseln von HB dem Gemeinschaftsrecht entsprechen oder nicht. Wie ist weiterhin die Fallgestaltung zu behandeln, dass das vorlegende Gericht auch bei Berücksichtigung der Antworten auf die zweite und dritte Vorabentscheidungsfrage die erstinstanzliche endgültige Anordnung bestätigt?

32. Bei all diesen Möglichkeiten des zweiten Falls kann der Supreme Court nicht von der Entscheidung 98/531 absehen, deren Inhalt er zu beachten hat. A fortiori kann er nicht in letzter Instanz ein Urteil fällen, mit dem er das erstinstanzliche Urteil bestätigt oder jedenfalls die Beachtung der in Rede stehenden Kühltruhenvereinbarungen vorschreibt, weil dies seinerseits eine unmittelbare Beeinträchtigung der Gültigkeit der Entscheidung der Kommission und eine Verletzung der Pflichten darstellen würde, die Artikel 5 des Vertrages dem betreffenden Mitgliedstaat auferlegt²³. Es ist daher festzuhalten, dass das vorlegende Gericht nicht in der Lage ist, im Ausgangsverfahren endgültig zu entscheiden, wenn ihm nicht bekannt ist, inwieweit die Entscheidung 98/531 gültig ist oder nicht, was zu entscheiden nicht in seiner eigenen Zuständigkeit liegt. Natürlich kann es das Urteil des Gerichts über die gegen die Entscheidung 98/531 erhobene Klage abwarten. Wenn es allerdings den Ausgang des Verfahrens beim Gericht nicht abwarten möchte²⁴, hat es keine andere Wahl, als das Problem der Gültigkeit der Entscheidung 98/531 aufzugreifen und diesbezüglich dem Gerichtshof eine Vorabentscheidungsfrage vorzulegen²⁵, voraus-

23 — Der Supreme Court muss sich gewiss nicht schon an die Entscheidung der Kommission halten, da deren Vollzug ausgesetzt worden ist. Wenn das irische Gericht gleichwohl die betreffende Entscheidung der Kommission anwenden würde, so wäre dies insoweit fehlerhaft, als es unter Verstoß gegen die geltenden gemeinschaftlichen Verfahrensregeln den Beschluss des Präsidenten des Gerichts über die Aussetzung des Vollzugs der Entscheidung 98/531 (zitiert in Nr. 12 dieser Schlussanträge) mißachten würde.

24 — Ich kann mir vorstellen, dass der Supreme Court nicht beabsichtigt, das Urteil des Gerichts abzuwarten, falls er hierzu nicht verpflichtet ist. Anderenfalls hätte er nicht die Vorabentscheidungsfragen vorgelegt und das Gericht nicht das bei ihm anhängige Verfahren ausgesetzt.

25 — Vgl. z. B. Urteile vom 22. Oktober 1987 in der Rechtssache 314/85 (Foto-Frost, Slg. 1987, 4199), vom 9. November 1995 in der Rechtssache C-465/93 (Atlanta Fruchthandelsgesellschaft u. a., Slg. 1995, I-3761), vom 15. April 1997 in der Rechtssache C-27/95 (Bakers of Nailsea, Slg. 1997, I-1847) und vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-334/95 (Krüger, Slg. 1997, I-4517).

*gesetzt, diese Möglichkeit besteht im konkreten Fall*²⁶.

26 — Hier ist auf eine weitere Besonderheit des vorliegenden Verfahrens hinzuweisen, die möglicherweise zu einer Änderung der Vorgaben unseres Rechtsproblems führen könnte: Die Aussetzung des Vollzugs der angefochtenen Entscheidung der Kommission ist vom Gericht angeordnet worden. Wird nicht, da diese Aussetzung verhindert, dass die betreffende Entscheidung Wirkungen entfaltet, damit ipso facto dem vorlegenden Gericht die Möglichkeit eröffnet, den bei ihm anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden, ohne die Gültigkeit der betreffenden Entscheidung der Kommission in Frage zu stellen? Ich möchte meinen, dass diese Frage zu verneinen ist.

Zunächst einmal ist zu unterscheiden zwischen dem Problem der Gültigkeit und der Geltung einer gemeinschaftlichen Einzelmaßnahme der Kommission, und dem ihrer Durchführung, d. h. der Rechtswirkungen, die sie konkret hervorbringt. Die Aussetzung des Vollzugs hat keinerlei Auswirkung auf die Gültigkeit der Entscheidung und berührt auch ihre Rechtmäßigkeit nicht. Sie erfolgt lediglich, um bestimmte Situationen vorläufig zu regeln und damit zu vermeiden, dass diese nicht bei späterer Nichtigerklärung der Entscheidung nur mit Schwierigkeiten wieder rückgängig gemacht werden können. Diese gehört jedoch nach wie vor zum Bereich des Rechts und bringt in Zusammenhang mit der Anwendung bestimmter Rechtsvorschriften auf konkrete Situationen den Willen des zuständigen Verwaltungsorgans der Gemeinschaft zum Ausdruck.

Der Grundsatz der Rechtssicherheit, aber auch der des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts verpflichten daher die nationalen Gerichte zwar nicht, diese Entscheidung anzuwenden, zumindest aber, sie zu beachten. Sie haben sich jeder Handlung zu enthalten, die die Rechtspositionen gefährden könnte, die in dem konkreten Verwaltungsakt Ausdruck finden, mag dessen Vollzug auch ausgesetzt sein. Eine solche Handlung könnte meines Erachtens ein Urteil des Supreme Court sein, mit dem dieser in letzter Instanz entscheiden würde, dass das Urteil des High Court auch für die Zukunft weiter gelten solle.

Diese Lösung ist vielleicht überraschend. Es ließe sich sogar sagen, dass sie gegen den Geltungssinn der Aussetzung des Vollzugs verstoße, weil sie der Entscheidung der Kommission weiterhin eine gewisse Verbindlichkeit sichere, obwohl diese doch außer Vollzug gesetzt sei. Diese dogmatischen Einwände verkennen indessen die Besonderheit des hier untersuchten Problems, das nicht im Rahmen einer einzigen (nationalen oder gemeinschaftlichen) Rechtsordnung auftritt, sondern die Beziehungen zwischen diesen beiden Rechtsordnungen berührt und nicht ausschließlich anhand der allgemeinen Grundsätze des nationalen öffentlichen Rechts behandelt werden kann.

Ein weiteres Argument für die hier von mir vertretene These liefert das Urteil Delimitis. In diesem Urteil hatte der Gerichtshof die nationalen Gerichte angehalten, kein Urteil im Widerspruch zur Entscheidung der Kommission zum gleichen Problem zu fällen, und dies selbst zu einem Zeitpunkt, zu dem die Kommission sich noch gar nicht geäußert, d. h. den Verwaltungsakt nicht erlassen hatte. Allein der Umstand, dass die Kommission sich zu einer Frage äußern könnte, schränkt mit anderen Worten in gewissem Maß die Freiheit des nationalen Gerichts bezüglich des bei ihm anhängigen Verfahrens ein, und zwar im Namen der Rechtssicherheit und des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts. Folglich muss a fortiori das nationale Gericht, wenn die Kommission sich nicht nur mit einer Sache befasst, sondern in dieser auch eine Entscheidung erlassen hat, davon absehen, im Widerspruch hierzu zu entscheiden, auch wenn der Vollzug des betreffenden Akts der Kommission ausgesetzt worden ist.

33. Man kann daher für den Fall, dass die Entscheidung des Ausgangsverfahrens eine Beurteilung der Gültigkeit der Entscheidung 98/531 voraussetzt, die folgende Frage stellen: Kann das vorlegende Gericht, wenn es dies wünscht²⁷, dieses Problem dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 des Vertrages zur Vorabentscheidung vorlegen?

B — Ist die Prüfung der Gültigkeit der Entscheidung 98/531 auf dem Weg über eine Vorlage zur Vorabentscheidung im vorliegenden Fall möglich?

34. Mit der folgenden Analyse möchte ich auf die beiden Teile der ersten Vorabent-

27 — Der zweiten und dritten Vorabentscheidungsfrage, die die materielle Seite des Rechtsstreits betreffen, lässt sich nicht entnehmen, dass das vorlegende Gericht wirklich über die Gültigkeit der streitigen Entscheidung der Kommission im Zweifel ist. Da dieses Problem für eine richtige Entscheidung des Ausgangsverfahrens maßgebend und der Standpunkt des vorlegenden Gerichts hierzu von entscheidender Bedeutung ist, könnte man als geeignetste Lösung daran denken, das vorlegende Gericht um Äußerung zu ersuchen, ob es die Gültigkeit der Entscheidung 98/531 in Zweifel ziehen will.

Der Gerichtshof scheint jedenfalls in seinem kürzlich ergangenen Urteil vom 7. September 1999 in der Rechtssache C-61/98 (De Haan, Slg. 1999, I-5003) einer anderen Vorgehensweise zu folgen. Obwohl das vorlegende Gericht das — für die Entscheidung des Rechtsstreits entscheidende — Problem der Gültigkeit einer Entscheidung der Kommission nicht vorgelegt hatte, hat der Gerichtshof eine Prüfung dieser Frage für erforderlich gehalten, damit „eine der Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits dienliche Antwort gegeben werden kann“ (Randnr. 47). Er hat weiter entschieden, dass „die Überprüfung der Kommissionsentscheidung ... im vorliegenden Fall dem Grundsatz der Verfahrensökonomie [entspricht], da der Gerichtshof in der Rechtssache C-157/98 (Niederlande/Kommission), in der das Verfahren gegenwärtig bis zur Verkündung des vorliegenden Urteils ausgesetzt ist, unmittelbar mit der Frage der Rechtmäßigkeit der Entscheidung befasst ist“ (Randnr. 49). Unter diesem Blickwinkel weist die Rechtssache De Haan Ähnlichkeiten mit der vorliegenden Rechtssache auf, weil die streitige Entscheidung 98/531 bereits beim Gericht angefochten worden ist, das bis zur Verkündung des Urteils des Gerichtshofes das Verfahren ausgesetzt hat.

Allerdings muß auf gewisse Unterschiede der beiden Rechtssachen aufmerksam gemacht werden. In der Rechtssache De Haan kannte das vorlegende Gericht bei Erlass seines Vorlagebeschlusses die Entscheidung der Kommission nicht (Randnr. 47); ferner war in dieser Rechtssache die Entscheidung „Gegenstand schriftlicher und mündlicher Äußerungen“ der Beteiligten (Randnr. 49). In der vorliegenden Rechtssache hingegen ist dem Supreme Court die Entscheidung der Kommission nicht unbekannt, was sich eindeutig der Formulierung der ersten Vorabentscheidungsfrage entnehmen lässt. Zum andern sind die Beteiligten nicht unmittelbar aufgefordert worden, sich zur Gültigkeit der Entscheidung der Kommission zu äußern. Auch wenn man von diesen Problemen absehen kann, bin ich gleichwohl der Auffassung, dass die Prüfung der Gültigkeit der Entscheidung der Kommission einem anderen Hindernis begegnet, das ich nunmehr erörtern werde.

scheidungsfrage für den Fall antworten, dass eine Entscheidung des Ausgangsverfahrens eine vorherige Prüfung der Gültigkeit der Entscheidung 98/531 voraussetzt.

a) Einleitende Bemerkungen

35. Ich beginne meine Untersuchung mit den beiden folgenden Bemerkungen.

36. Erstens ist darauf hinzuweisen, dass es die beste Lösung wäre, um der Gefahr eines der Entscheidung der Kommission widersprechenden Urteils zu begegnen, wenn das vorliegende Gericht selbst das Verfahren aussetzen würde, bis die zuständigen Gerichte der Gemeinschaft endgültig über die Rechtmäßigkeit des streitigen Aktes der Kommission entschieden haben werden. *Eindeutig* läßt sich indessen weder dem Urteil Delimitis noch irgendeiner Regel des Gemeinschaftsrechts entnehmen, dass ein nationales Gericht verpflichtet wäre, die Entscheidung über eine Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 des Vertrages abzuwarten, bevor es selbst in dem bei ihm anhängigen Verfahren endgültig entscheidet. Der Gerichtshof spricht ganz im Gegenteil im Urteil Delimitis von einer Möglichkeit, nicht von einer Pflicht des nationalen Gerichts, das nationale Verfahren auszusetzen, um widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden.

37. Die vorliegende Rechtssache unterscheidet sich beträchtlich von dem Fall, der den Richter in der Sache Delimitis be-

schäftigt hat²⁸. Wie dem auch sei, aus diesem Urteil läßt sich jedenfalls ableiten, dass das nationale Gericht, wenn es angesichts des Risikos eines den Thesen der Kommission entgegengesetzten Urteils zum Verfahren nach Artikel 177 des Vertrages greift, damit zum einen den Notwendigkeiten des nationalen Verfahrens Rechnung trägt und zum anderen Gemeinschaftsrechtsordnung und Rechtssicherheit wahrt²⁹. Problematisch erscheint demgegenüber die Lösung, dass es lediglich einer Klage gegen eine Entscheidung der Kommission nach Artikel 173 des Vertrages bedürfte, um das Verfahren nach Artikel 177 auszuschließen und das nationale Gericht zu verpflichten, sein Verfahren bis zur Beendigung des Nichtigkeitsverfahrens auszusetzen, um nicht die Gefahr eines widersprechenden Urteils heraufzubeschwören. Auf den ersten Blick scheint diese Lösung auf einen ungebührlichen Zwang für das nationale Gericht hinauszulaufen, und man sieht nicht klar, ob dies der gegenwärtigen Zuständigkeitsverteilung auf nationale und Gemeinschaftsorgane entspricht oder mit dem übereinstimmt, was bezüglich der Beziehungen zwischen der nationalen und der Gemeinschaftsrechtsordnung allgemein anerkannt ist³⁰.

38. Zweitens muss darauf hingewiesen werden, dass der Gerichtshof auch in anderen Rechtssachen bereits über Vorabentscheidungsfragen zu befinden hatte, die das

28 — Vgl. Fußnote 3 und Nrn. 22 ff. dieser Schlussanträge.

29 — Davon scheint auch die Kommission in den Nrn. 22 und 32 ihrer Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten (zitiert in Fußnote 6) auszugehen.

30 — Wie dem auch sei, es reicht meines Erachtens nicht aus, sich auf den in Artikel 5 des Vertrages verankerten Grundsatz der Zusammenarbeit zwischen nationalen Gerichten und Kommission zu berufen, um das nationale Gericht einer allgemeinen Pflicht zur Aussetzung des Ausgangsverfahrens allein deshalb zu unterwerfen, weil eine Klage gegen eine Entscheidung der Kommission beim Gericht anhängig ist.

Problem der Gültigkeit eines Gemeinschaftsakts aufwarfen, der bereits mit einer Klage nach Artikel 173 des Vertrages angefochten worden war. In diesen Fällen ist der Gerichtshof nicht davon ausgegangen, dass solche Fragen nicht gestellt werden könnten, weil eine Nichtigkeitsklage erhoben worden war, und hat auch nicht von den nationalen Gerichten gefordert, das Ende des Verfahrens nach Artikel 173 des Vertrages abzuwarten³¹. Demgegenüber reagieren die Gemeinschaftsgerichte auf zwei Parallelverfahren mit dem gleichen Gegenstand, indem sie das eine bis zum Abschluß des anderen aussetzen³².

39. Ich begnüge mich mit diesen allgemeinen Bemerkungen, möchte jedoch einen Leitgrundsatz formulieren, wonach das nationale Gericht auch in den Fällen, in denen es sich der Gefahr eines Widerspruchs zu einer früheren Entscheidung der Kommission gegenüber sieht, gegen die gemäß Artikel 173 des Vertrages Klage erhoben worden ist, nicht verpflichtet ist, die Beendigung des Nichtigkeitsverfahrens abzuwarten, auch wenn ihm für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens bekannt sein muss, ob die streitige Entscheidung der Kommission gültig ist oder nicht. Dieses Problem kann durch eine Vorlage zur Vorabentscheidung an den Gerichtshof gelöst werden.

31 — Der Gerichtshof hält sich in ständiger Praxis bezüglich der Frage, ob das nationale Gericht gehalten ist, eine Vorabentscheidungsfrage zur Gültigkeit eines Verwaltungsakts der Gemeinschaft vorzulegen, an dessen Beurteilung. Das nationale Gericht hat zu entscheiden, ob es die Beendigung des beim Gericht oder Gerichtshof anhängigen Nichtigkeitsverfahrens abwarten will oder ob es den Verfahrensweg des Artikels 177 des Vertrages für erforderlich hält. Im zweiten Fall beantwortet der Gerichtshof im Allgemeinen die ihm vorgelegten Vorabentscheidungsfragen und äußert sich zur Rechtmäßigkeit des betreffenden Gemeinschaftsakts.

32 — Vgl. Artikel 47 Absatz 3 der EG-Satzung des Gerichtshofes. Es ist selbst nicht ausgeschlossen, dass dem Verfahren nach Artikel 177 der Vorrang vor dem des Artikels 173 eingeräumt wird. Dieser Weg wird auch gewählt, wenn die Klage beim Gericht erhoben wurde. vgl. z. B. Urteil vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-183/95 (Affish, Slg. 1997, I-4315) und den Beschluss des Gerichts in der Rechtssache T-136/98.

40. Ich möchte indessen den Nachweis führen, dass dieser Leitgrundsatz nicht gegen jeden Einwand gefeit ist. Zumindest in der vorliegenden Rechtssache lassen sich gewichtige Gründe für die entgegengesetzte Lösung anführen, d. h. für den Ausschluss des Verfahrenswegs nach Artikel 177 im vorliegenden Fall und die Anerkennung der Pflicht des nationalen Gerichts, das bei ihm anhängige Verfahren bis zur Beendigung des beim Gericht anhängigen Nichtigkeitsverfahrens auszusetzen.

b) Die Identität der Parteien des Ausgangsverfahrens steht der Vorlage einer Vorabentscheidungsfrage bezüglich der Gültigkeit der Entscheidung 98/531 entgegen

41. Die Möglichkeit für das nationale Gericht, auf das Verfahren der Vorabentscheidung zurückzugreifen, ist nicht unbegrenzt. Der Gerichtshof hat bisher entschieden, dass die Infragestellung der Gültigkeit eines Gemeinschaftsakts auf dem Verfahrensweg des Artikels 177 des Vertrages unmöglich ist, wenn eine der Parteien des Ausgangsverfahrens zu einer der folgenden Kategorien gehört: Sie ist Adressat des betreffenden Gemeinschaftsakts, den sie zweifellos nach Artikel 173 des Vertrages wirksam anfechten könnte, diese Klagemöglichkeit ist ihr aber wegen Ablauf der Frist nach Absatz 5 dieses Artikels genommen worden; sie ist zweitens Partei des Ausgangsverfahrens und würde durch die Infragestellung der Gültigkeit dieses Aktes im Wege des Verfahrens der Vorabentscheidung begünstigt werden.

42. Diese ständige Rechtsprechung³³ fördert die Durchsetzung der ordnungsgemäßen Einhaltung der gemeinschaftlichen Verfahrensregeln und daher auch die der Rechtssicherheit. Genauer gesagt würde die entgegengesetzte Lösung darauf hinauslaufen, der Partei, die zu der genannten Kategorie gehört, die Möglichkeit einzuräumen, „die Bestandskraft, die eine Entscheidung nach Ablauf der Klagefrist des Artikels 173 gemäß dem Grundsatz der Rechtssicherheit haben muß, zu umgehen“³⁴.

43. Die Gegebenheiten des vorliegenden Falles unterscheiden sich von denen, mit denen sich der Gerichtshof in den genannten Urteilen befasst hat. Das Unternehmen HB ist die Partei des Ausgangsverfahrens, die ein Interesse daran hat, dass die Entscheidung 98/531 im Anschluss an eine Vorlage des Supreme Court zur Vorabentscheidung für ungültig erklärt wird. Das gleiche Unternehmen aber hat bereits als Adressat der betreffenden Gemeinschaftsentscheidung diese beim Gericht angefochten und ihre Nichtigerklärung beantragt. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der Gegner des Ausgangsverfahrens, das Unternehmen Masterfoods, die Beschwerde eingereicht hat, aufgrund deren die Kom-

mission die streitige Entscheidung getroffen hat und deren Gültigkeit sie vor dem Gericht verteidigt.

44. Der Gerichtshof hat bisher anscheinend nicht über einen solch besonderen Fall entscheiden müssen. Auf den ersten Blick dürfte es jedoch im vorliegenden Fall nicht die gleichen Gefahren der Beeinträchtigung der Verbindlichkeit sowohl der Akte als auch der Verfahrensregeln der Gemeinschaft mit sich bringen, wenn man die Möglichkeit einer Vorlage zur Vorabentscheidung anerkennt, wie sie im Fall der vorstehend dargestellten Rechtsprechung ganz augenscheinlich bestehen. Allein der Umstand, dass die streitige Entscheidung der Kommission bereits beim Gericht angefochten worden ist, belegt, dass die geordnete Rechtslage als noch nicht absolut konsolidiert zu betrachten ist und der Adressat der Entscheidung noch nicht jeder Möglichkeit beraubt ist, ihre Rechtmäßigkeit in Frage zu stellen³⁵.

33 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Van Gerven in der Rechtssache Banks (Urteil vom 13. April 1994 in der Rechtssache C-128/92, Slg. 1994, I-1209) und Urteile vom 9. März 1994 in der Rechtssache C-188/92 (TWD Textilwerke Deggendorf, Slg. 1994, I-833), vom 30. Januar 1997 in der Rechtssache C-178/95 (Wiljo, Slg. 1997, I-585) und vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-408/95 (Eurotunnel u. a., Slg. 1997, I-6315).

34 — Urteil Wiljo (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 21). In diesem Urteil betont der Gerichtshof die Notwendigkeit, die Gefahr einer Verfahrensumgehung und eines Verstoßes gegen die gemeinschaftlichen Verfahrensregeln zu beseitigen, obwohl er auf diesem Weg die Möglichkeiten des nationalen Gerichts beschnitten hat, Fragen zu formulieren, die es dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorlegt. In diesem besonderen Fall wird daher mit anderen Worten die autonome Stellung des Verfahrens der Vorabentscheidung verfälscht.

35 — Das Urteil vom 21. Mai 1987 in den Rechtssachen 133/85 bis 136/85 (Rau u. a., Slg. 1987, 2289) scheint ebenfalls die Möglichkeit zu bejahen, die Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung der Kommission im Rahmen des nationalen Verfahrens in Frage zu stellen, und damit auch die Möglichkeit, insoweit eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen. Diesem Urteil dürfte zu entnehmen sein, dass jemand, der einen Gemeinschaftsakt gemäß Artikel 173 fristgerecht anfechten kann, die Rechtmäßigkeit dieses Akts im Rahmen eines nationalen Verfahrens angreifen darf. Einige Vorbehalte möchte ich bei der Frage anmelden, inwieweit die Lösung, die im Urteil Rau u. a. gewählt wurde, nach dem Urteil TWD Textilwerke Deggendorf (zitiert in Fußnote 33), aber auch nach Errichtung des Gerichts erster Instanz weiterhin Gültigkeit besitzt. Unabhängig hiervon sind aber auch die Gegebenheiten der Rechtssache Rau u. a. nicht die gleichen wie im vorliegenden Fall. Der Fall einer Person, die an einem nationalen Verfahren beteiligt ist und theoretisch die Befugnis hat, einen Gemeinschaftsakt beim Gericht anzufechten, wird anders behandelt als der einer Partei eines nationalen Verfahrens, die bereits im Rahmen des Artikels 173 des Vertrages Klage erhoben oder in einem Nichtigkeitsverfahren als Streithelfer beigetreten ist. Wie ich noch erläutern werde, ist die gleichzeitige Beteiligung an zwei Verfahren ein besonderer Tatbestand, der getrennt zu untersuchen ist.

45. Trotz allem möchte ich jedoch in diesem besonderen Fall die Auffassung vorziehen, dass es nicht möglich ist, die Gültigkeit eines Gemeinschaftsakts mittelbar auf dem Weg über eine Vorlage zur Vorabentscheidung in Frage zu stellen. Die Gültigkeit eines Gemeinschaftsaktes im Rahmen zweier Parallelverfahren zu überprüfen, um letztlich die Interessen der an diesen beiden Verfahren Beteiligten zu schützen, scheint mir dem Grundsatz einer ordnungsgemäßen Rechtspflege zu widersprechen³⁶.

46. Diese Erwägung beruht zunächst auf der Feststellung, dass Situationen, in denen die gleichen Parteien im Rahmen zweier paralleler, aber voneinander völlig unabhängiger Gerichtsverfahren genau dasselbe Rechtsproblem zur Entscheidung stellen,

auf Mängel eines Justizsystems zurückgehen. Solche Situationen sind nicht wünschenswert, nicht nur, weil die Arbeit der Gerichte erschwert wird, sondern auch, weil sie zu einer Erhöhung der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen, zumindest aber zu einer Gefahr der Verfälschung von Verfahrensregeln und der missbräuchlichen Nutzung von Klagebefugnissen führt³⁷.

47. In der vorliegenden Rechtssache stehen sich im Ausgangsverfahren vor dem Supreme Court Parteien gegenüber, die bereits an dem beim Gericht anhängigen Nichtigkeitsverfahren beteiligt sind. Was insbesondere HB betrifft, die zu Unrecht einen Nachteil zu erleiden droht, wenn die streitige Entscheidung der Kommission, falls sie sich denn als rechtswidrig erweisen sollte, in dem nationalen Verfahren zur Anwendung gelangt, so ist sie gegen diese Gefahr angemessen geschützt: Erstens hat HB mit ihrer Klageerhebung beim Gericht ihre durch Artikel 173 des Vertrages gewährleisteten Verfahrensrechte ausgeübt; zweitens ist der Vollzug des streitigen Akts der Kommission ausgesetzt, was ausschließt, dass sie vom irischen Gericht unmittelbar angewandt wird³⁸.

36 — Die besondere Lösung, die ich im Hinblick auf die Gegebenheiten der vorliegenden Rechtssache vorschlage, schließt keineswegs den Fall aus, dass einem nationalen Gericht die Befugnis zusteht, die Rechtmäßigkeit einer Gemeinschaftsentscheidung über eine Vorabentscheidung in Frage zu stellen, auch wenn diese Entscheidung bereits im Verfahren nach Artikel 173 des Vertrages angefochten wurde. Sind genauer gesagt die Parteien eines nationalen Verfahrens Personen, die nicht (oder nicht zweifelsfrei) befugt sind, den streitigen Gemeinschaftsakt beim Gericht anzulechten — dieser Fall dürfte auch der häufigste sein —, wäre es vielleicht ungerecht, diese Personen und ihren Rechtsschutz von der Entwicklung des anhängigen Nichtigkeitsverfahrens abhängen zu lassen, dessen Ausgang sie nicht beeinflussen können. Macht zum Beispiel der Kläger in einem Verfahren nach Artikel 173 des Vertrages nicht die richtigen Nichtigkeitsgründe geltend oder nimmt er seine Klage zurück, wird der angefochtenen Akt, obwohl er rechtswidrig ist, von den Gemeinschaftsgerichten nicht für nichtig erklärt; diese Situation kann betroffenen Dritten durch die abträglichen Wirkungen des Gemeinschaftsakts für sie Schaden zufügen, ohne dass sie sich seinem Vollzug widersetzen könnten. Wäre es folglich untersagt, wegen der Rechtmäßigkeit des streitigen Akts eine Vorabentscheidungsfrage vorzulegen, so könnten sich die Parteien des Ausgangsverfahrens, die den Akt nicht beim Gericht anfechten könnten, nicht angemessen gegen diesen rechtswidrigen Akt verteidigen, wie sie es könnten, wenn sie das nationale Gericht davon überzeugten, das Verfahren der Vorabentscheidung ins Werk zu setzen, und anschließend beim Gerichtshof Erklärungen abgeben. Aber auch die Lösung der Beantwortung einer Vorabentscheidungsfrage zur Gültigkeit eines Gemeinschaftsakts, der bereits mit einer Nichtigkeitsklage angefochten wurde, wirft insbesondere in Fällen, in denen die Parteien des Ausgangsverfahrens nicht befugt sind, den Klageweg des Artikels 173 des Vertrages zu beschreiten, schwerwiegende praktische Probleme auf, die ich an anderer Stelle meiner Untersuchung darlegen werde (vgl. Nrn. 49 ff. dieser Schlussanträge).

37 — Aus diesem Grund wollen auch die Vorschriften über Rechtshängigkeit und Zuständigkeit jedes Verfahrenssystems unter anderem solche Situationen ausschließen, indem sie nicht nur festlegen, dass jeder Rechtsstreit von einer ganz bestimmten Gerichtsstanz entschieden wird, sondern auch verhindern, dass ein bereits bei den Gerichten anhängiger Rechtsstreit erneut rechtshängig gemacht wird.

38 — Diese zweite Feststellung hat eine ganz besondere Bedeutung. Wenn das Gericht nicht den Vollzug der Entscheidung der Kommission ausgesetzt hätte, bestünde an der Vorlage einer Vorabentscheidungsfrage durch das nationale Gericht gegebenenfalls neben dem Interesse, das Problem der Gültigkeit dieser Entscheidung erneut aufzuwerfen, ein weiteres praktisches Interesse; sie würde dem nationalen Gericht selbst die Möglichkeit eröffnen, die Anwendung des Gemeinschaftsakts aufzuschieben, wie dies auch im Urteil Atlanta Fruchthandels-gesellschaft u. a. (zitiert in Fußnote 25) entschieden worden ist.

48. Außerdem würde das Zugeständnis an HB und auch Masterfoods, die Gültigkeit der Entscheidung 98/531 auf dem Weg über eine Vorabentscheidungsfrage des Supreme Court an den Gerichtshof überprüfen zu lassen, nach meiner Meinung die Gefahr einer Verfahrensumgehung heraufbeschwören. Sowohl die Klägerin als auch die Streithelferin im Verfahren vor dem Gericht würden so in die Lage versetzt, dem Gerichtshof die Aufgabe der Entscheidung über die Gültigkeit der streitigen Entscheidung der Kommission zu übertragen und so das Nichtigkeitsverfahren zu umgehen. Ich glaube nicht, dass man eine solche Lage unter Verfahrensgesichtspunkten billigen sollte, da sie bestimmte Verfahrensbeteiligte in die Lage versetzen würde oder mittelbar in die Lage versetzen könnte, den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsweg zu bestimmen, in dessen Rahmen die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung eines Gemeinschaftsorgans geprüft wird³⁹. Das entspricht keineswegs einer wirksamen Rechtspflege. Ich gelange daher wegen der besonderen Gegebenheiten der vorliegenden Rechtssache zu dem Standpunkt, dass die Möglichkeit, die Gültigkeit der Entscheidung 98/531 auf dem Weg über eine Vorabentscheidungsfrage des Supreme Court in Frage stellen zu lassen, ausgeschlossen werden

sollte⁴⁰.

40 — Gegen diese Argumentation ließe sich anführen, dass die vorgeschlagene Lösung zu einer Verzögerung des Ausgangsverfahrens führt, das unabhängig von dem gemeinschaftlichen Nichtigkeitsverfahren ist, und die Zuständigkeit des nationalen Gerichts bescheidet, selbst zu entscheiden, wann die Beantwortung einer Vorabentscheidungsfrage für die Entscheidung eines bei ihm anhängigen Rechtsstreits erforderlich ist.

Schließt man nämlich im vorliegenden Fall die Möglichkeit der Vorlage einer Vorabentscheidungsfrage aus, so verpflichtet man in der Tat das nationale Gericht, das Ende des Verfahrens vor dem Gericht abzuwarten, bevor es selbst eine endgültige Entscheidung trifft. Üblicherweise mischt sich der Gerichtshof nicht in die Frage der Notwendigkeit und Nützlichkeit einer Vorlage zur Vorabentscheidung ein, weil dies an die Zuständigkeit des nationalen Gerichts zur Behandlung der bei ihm anhängigen Sachen rührt. Wie dem auch sei, der Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Vorabentscheidungsfragen ist jedenfalls zu entnehmen, dass diese Zuständigkeit nicht absolut ist, sondern in bestimmten Ausnahmefällen vom Gerichtshof begrenzt wird. Im Übrigen wird die Notwendigkeit, dem nationalen Gericht in Sachen des Gemeinschaftsrechts zur Hand zu gehen, nicht in abstracto, sondern anhand der Umstände des konkreten Rechtsstreits beurteilt. Wenn daher wie im vorliegenden Fall diesen Umständen mit Sicherheit zu entnehmen ist, dass es unter dem Blickwinkel des Verfahrens nicht angemessen, sondern eher „gefährlich“ ist, eine Vorabentscheidungsfrage zu beantworten, die sich auf die Gültigkeit der Entscheidung 98/531 bezieht, weil nämlich die Parteien des Ausgangsverfahrens angemessenen Rechtsschutz beim Gericht suchen können und müssen, das sie bereits angerufen haben, so kann nicht hingenommen werden, dass das nationale Gericht trotzdem befugt sein soll, die betreffende Vorabentscheidungsfrage dem Gerichtshof vorzulegen.

Was die etwaige Verzögerung angeht, die der Ausschluss der Möglichkeit, eine Vorabentscheidungsfrage vorzulegen, nebst der Verpflichtung, das Ende des Nichtigkeitsverfahrens abzuwarten, herbeiführt, so ist Folgendes zu sagen. Diese Verzögerung ist keine Rechtsverweigerung seitens des nationalen Gerichts, sondern eine vorübergehende Aussetzung des nationalen Verfahrens. Solche Verzögerungen sind natürlich einer wirksamen Rechtspflege nicht dienlich. Sie können sich jedoch vor allem dann als notwendig erweisen, wenn die Beziehungen zwischen zwei Rechtsordnungen (der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten) sowie die Beziehung zwischen den nationalen Gerichten und den Gerichten der Gemeinschaft berührt werden. Im Übrigen hat der Gerichtshof die Möglichkeit solcher Verzögerungen im Urteil *Delimitis* bedacht, als er dem nationalen Gericht die Prüfung nahe gelegt hat, in welchem Umfang es erforderlich ist, das nationale Verfahren auszusetzen und die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens für die Dauer der Untersuchung der Sache im gemeinschaftlichen Verwaltungsverfahren vorläufig zu regeln. Gleiches hat a fortiori zu gelten, wenn die parallele Entwicklung der Sache das nationale Gericht nicht mit der Verwaltungsbehörde, d. h. der Kommission, sondern mit der zuständigen Gerichtsinstanz der Gemeinschaft, dem Gericht, konfrontiert. Außerdem ist die Verzögerung nicht wesentlich. Selbst wenn man einräumte, dass in Fällen wie dem vorliegenden die Vorlage einer Vorabentscheidungsfrage möglich wäre, müsste das vorlegende Gericht das Ausgangsverfahren aussetzen, bis der Gerichtshof die Vorabentscheidungsfragen beantwortet hätte. Natürlich kann im Allgemeinen eine solche Antwort schneller gegeben werden, als über eine Klage nach Artikel 173 des Vertrages entschieden werden kann. Der Zeitgewinn indessen, den man erzielen kann, wenn man das Verfahren des Artikels 173 des Vertrages umgeht, rechtfertigt wiederum eine solche Lösung nicht, und zwar aus den Gründen, die ich bereits erörtert habe.

39 — Es besteht die Gefahr, dass eine der Parteien des Nichtigkeitsverfahrens beim Gericht der Meinung ist, dass ihren Interessen besser gedient wäre, wenn sie die Vorlage einer Vorabentscheidungsfrage zur Gültigkeit der bereits mit einer Nichtigkeitsklage angefochtenen Entscheidung herbeiführt, so dass diese Partei die Rechtmäßigkeitskontrolle nach Artikel 177 des Vertrages im Vergleich mit der unbeschränkten Kontrolle nach Artikel 173 des Vertrages in den Vordergrund schiebt. In diesem Fall ist das Verhalten dieser Partei hinhaltend und mißbräuchlich und führt zu einer Verfälschung der gemeinschaftlichen Verfahrensregeln. Natürlich sage ich damit nicht, dass dies im vorliegenden Fall so wäre; die Gefahr eines Verfahrensmissbrauchs besteht indessen zumindest theoretisch auch hier.

c) Zu den Problemen, die eine Prüfung der Gültigkeit einer Gemeinschaftsentscheidung wie der in Rede stehenden im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 177 des Vertrages im allgemeinen mit sich bringt

49. Es scheint mir unerlässlich, einige ergänzende Überlegungen vorzutragen, um zu erläutern, weshalb es meines Erachtens schwierig ist, im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Artikel 177 die Gültigkeit von Entscheidungen wie der hier in Rede stehenden zu untersuchen, während gegen den gleichen Akt eine Klage anhängig ist.

50. Ich beginne meine Argumentation mit der folgenden Frage. Kann eine Entscheidung der Kommission vom Gerichtshof, der sie in den Grenzen der Kontrolle, die er im Rahmen des Artikels 177 des Vertrages ausüben kann, für rechtmäßig erklärt, vom Gericht hingegen für nichtig erklärt werden, das zum Beispiel im Rahmen der ihm eröffneten unbeschränkten Nachprüfung einen Tatsachenfehler entdeckt hat? In diesem Fall, d. h., wenn das Gericht in seinem Urteil einen Fehler aufdeckt, der sich der Kontrolle entzieht, die der Gerichtshof ausüben kann, so geht das Nichtigkeitsurteil vollkommen in Ordnung, obwohl es völlig in Widerspruch zu den Antworten des Gerichtshofes auf die Vorabentscheidungsfragen steht. Wenn eine solche Fallgestaltung denkbar ist, muss schon die bloße Möglichkeit des Auftretens einer solchen unerwünschten Situation einander widersprechender Entscheidungen von Gemeinschaftsgerichten, wie sie aufgezeigt wurde, den Gerichtshof davon abbringen, die Gültigkeit der Entscheidung der Kommission auf dem Weg über die

Beantwortung der entsprechenden Vorabentscheidungsfragen zu prüfen.

51. Diese Gefahr besteht für meine Begriffe wirklich. Sie könnte nur vermieden werden, wenn der Gerichtshof, falls er sich entschließen sollte, die Gültigkeit einer Entscheidung der Kommission im Rahmen der Beantwortung einer Vorabentscheidungsfrage zu prüfen, in der Lage wäre, dies mit der gleichen Rechtskontrolle durchzuführen, wie sie das Gericht im Rahmen des Artikels 173 des Vertrages vornimmt. Das aber scheint mir nicht möglich zu sein.

52. Ich verweise zunächst auf den Unterschied zwischen dem Verfahren nach Artikel 177 des Vertrages und dem des Artikels 173. Im ersten Fall folgt der Gerichtshof einer rein rechtlichen Betrachtungsweise. Seine Zuständigkeit ist auf die Auslegung und Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Verordnungs- und Einzelmaßnahmen der Gemeinschaftsorgane beschränkt⁴¹. Demgegenüber kann das Verfahren nach Artikel 173 das Gemeinschaftsgericht dazu führen, Grundfragen wie etwa die Feststellung und Würdigung von Tatsachen zu untersuchen⁴².

41 — Unter diesem Blickwinkel steht seine Zuständigkeit der Zuständigkeit zur Nichtigkeitsklärung in der Rechtsmittelinstanz nahe, die ihm ebenfalls übertragen ist.

42 — Angemerkt sei ferner, dass die Position der Parteien in einem Nichtigkeitsverfahren nach Artikel 173 des Vertrages sich eindeutig von der der Beteiligten unterscheidet, die im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 177 Erklärungen abgeben. Klagegründe, Behauptungen und Argumente, die sie im Nichtigkeitsverfahren vorbringen, beeinflussen dessen Ausgang, während die Erklärungen, die sie im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 177 des Vertrages einreichen, eine eindeutig geringere Rolle spielen. Dem zuvor Gesagten läßt sich noch Folgendes hinzufügen: Das Gericht im Verfahren nach Artikel 173 des Vertrages verfügt bezüglich der Heranziehung des Beweismaterials über ausgedehnte Befugnisse, um den Sachverhalt der Rechtssache zu ermitteln; demgegenüber ist der Gerichtshof, wenn er eine Vorabentscheidungsfrage beantwortet, grundsätzlich an den Sachverhalt gebunden, den das vorliegende Gericht in seinem Beschluss dargestellt hat; diese Tatsachen entsprechen nicht notwendig denen, auf die der Gemeinschaftsakt gestützt ist, dessen Gültigkeit in Frage gestellt wird.

53. Die Unterschiede zwischen den beiden Verfahren haben keine große praktische Bedeutung, wenn die gerichtliche Kontrolle der Gültigkeit eines Rechtssetzungsakts der Gemeinschaft wie etwa einer Verordnung oder einer Richtlinie gilt. Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Akte beschränkt sich grundsätzlich auf die Durchführung einer Kontrolle lediglich der Rechtmäßigkeit, ohne dass Fragen zu prüfen wären, die in einem Gerichtsverfahren mit unbeschränkter Nachprüfungsbefugnis eine Rolle spielen. Bei einzelnen Verwaltungsakten wie dem im vorliegenden Fall hingegen ist die Ausübung eines unbeschränkten Kontrollrechts wesentlich, um einen wirksamen gerichtlichen Schutz zu gewährleisten.

54. Außerdem weist die Entscheidung der Kommission, die uns in der vorliegenden Rechtssache beschäftigt, eine weitere Besonderheit auf. Sie betrifft die Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages auf einen konkreten Fall. Sie bringt mit anderen Worten komplexe technische und wirtschaftliche Wertungen mit sich, deren Richtigkeit eine erschöpfende inhaltliche Kontrolle durch eine spezialisierte Gerichtsinstanz erfordert. Der Verfassungsgeber der Gemeinschaft hat das Gericht erster Instanz geschaffen, um unter anderem diesem Bedürfnis zu entsprechen. Dieses Gericht hat, indem es systematisch über Klagen auf Nichtigerklärung von Entscheidungen der Kommission urteilt, die der im vorliegenden Fall vergleichbar sind, die gerichtliche Kontrolle dieser Entscheidungen vertieft und verstärkt und damit einen Beitrag zur Verbesserung des ge-

meinschaftlichen Rechtsschutzsystems beigetragen⁴³.

55. Ich bin somit der Auffassung, dass die Rechtsprechungstätigkeit im Rahmen der Kontrolle sowohl beim Gerichtshof als auch beim Gericht im Verfahren zur Nichtigerklärung individueller Verwaltungsakte wie dem im vorliegenden Fall in Rede stehenden effizienter ist als im Rahmen der Beantwortung von Vorabentscheidungsfragen, die gemäß Artikel 177 des Vertrages vorgelegt wurden⁴⁴. Es wäre im Übrigen unvernünftig, die Natur des Verfahrens nach Artikel 177 des Vertrages so

43 — Der Gerichtshof hat unlängst in seinem Urteil vom 17. Dezember 1998 in der Rechtssache C-185/95 P (Bau-stahlgewebe/Kommission, Slg. 1998, I-8417, Randnr. 41) daran erinnert, dass „die Beordnung des Gerichts zum Gerichtshof und die Einführung zweier Rechtszüge insbesondere für Klagen, deren Entscheidung eine eingehende Prüfung komplexer Sachverhalte erfordert, zum einen den Rechtsschutz des Einzelnen verbessern ... und zum anderen die Qualität und die Effizienz des Rechtsschutzes in der Rechtsprechung der Gemeinschaft aufrechterhalten sollten“.

44 — Damit soll die Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens nicht unterbewertet werden. Wie Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache C-358/89 (Extramet Industrie/Rat, Slg. 1991, I-2501) ausgeführt hat, gibt es Kategorien von Rechtsstreitigkeiten, bei denen es wegen ihrer Natur und ihrer Besonderheiten besser ist, sie einer gerichtlichen Beurteilung auf dem Weg über eine Nichtigkeitsklage zuzuführen — natürlich nur, wenn dies verfahrensrechtlich möglich ist —, als den Gerichtshof auf dem Weg einer Vorlage nach Artikel 177 des Vertrages damit zu befassen, weil „die Vorlage eines nationalen Gerichts zur Prüfung der Gültigkeit einer Verordnung dem Gerichtshof nicht immer eine so umfassende Gelegenheit [gibt], die Angelegenheit zu prüfen, wie eine Direktklage gegen das Organ, das die Verordnung erlassen hat“ (Nr. 73 der Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs vom 21. März 1991). Es ist zumindest denkgesetzlich und rechtlich nicht konsequent zu behaupten, dass in diesen besonderen Fällen das Verfahren des Artikels 177 des Vertrages an die Stelle des Verfahrens nach Artikel 173 treten könne.

zu ändern, dass daraus eine getreues Abbild des Verfahrens nach Artikel 173 würde⁴⁵.

C — Schlussfolgerungen

56. Meine bisherige Untersuchung führt zu folgenden Ergebnissen.

57. Das vorliegende Gericht ist nicht verpflichtet, das bei ihm anhängige Verfahren allein deshalb auszusetzen und die Beendigung des Nichtigkeitsverfahrens abzuwarten, weil beim Gericht eine Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung 98/531 erhoben worden ist. Eine solche Pflicht ist aber zu bejahen, wenn die Entscheidung des Ausgangsverfahrens voraussetzt, dass das vorliegende Gericht weiß, ob die be-

treffende Entscheidung gültig ist oder nicht, weil dieses Problem aus den von mir dargelegten Gründen nicht dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 des Vertrages vorgelegt werden kann. Auf jeden Fall muss das vorliegende Gericht oder das Gericht, an das die Sache möglicherweise zur Entscheidung in der Hauptsache zurückverwiesen wird, vermeiden, ein der Entscheidung 98/531 widersprechendes Urteil zu fällen, falls nicht diese Entscheidung durch das Gemeinschaftsgericht für nichtig erklärt worden ist⁴⁶.

58. Nach dieser Feststellung ist zu klären, wie die zweite und die dritte Vorabentscheidungsfrage zu behandeln sind. Ich halte es für wahrscheinlich, dass der Supreme Court nicht in der Lage sein wird, das bei ihm anhängige Verfahren durch eine

45 — In dem hypothetischen Fall, dass der Gerichtshof als im Rahmen der Beantwortung einer Vorabentscheidungsfrage als Anfechtungsgericht tätig würde, wäre sogar die Existenz des Gerichts in Frage gestellt. Soweit genauer gesagt eine Partei gemäß Artikel 177 des Vertrages unmittelbar den Gerichtshof anrufen und eine richterliche Kontrolle erlangen könnte, die den gleichen Umfang hätte wie die durch das Gericht, läge es auf der Hand, dass sie das Verfahren nach Artikel 173 des Vertrages eher vermeiden und damit einem möglichen Rechtsmittel gegen die Nichtigerklärung entgehen würde.

Ich werde mich nicht weiter mit den vorstehenden Argumenten befassen, aus denen sich auf jeden Fall der Schluss ziehen lassen dürfte, dass der Gerichtshof allgemein zu prüfen hat, ob es sachdienlich ist, auf eine Vorabentscheidungsfrage zu antworten, die das Problem der Gültigkeit einer Entscheidung der Kommission über die Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages auf einen konkreten Fall aufwirft, obwohl die gleiche Entscheidung beim Gericht mit einer Nichtigkeitsklage angefochten wurde. Wie ich bereits ausgeführt habe, kann trotz etwaiger Unzulänglichkeiten der gerichtlichen Kontrolle im Rahmen der Beantwortung einer Vorabentscheidungsfrage die Prüfung der Gültigkeit von gemeinschaftlichen Verwaltungsakten in diesem Verfahren das einzige Mittel des Rechtsschutzes von Personen sein, die nicht gemäß Artikel 173 des Vertrages befugt sind, diesen Akt unmittelbar beim Gericht anzufechten.

Ich bin gleichwohl der Meinung, dass dieses heikle Problem in der vorliegenden Rechtssache nicht gelöst zu werden braucht. Deren Besonderheit, die in der Person der Parteien des Ausgangsverfahrens zu sehen ist, rechtfertigt meinen Standpunkt, dass der Supreme Court die Frage der Gültigkeit der Entscheidung 98/531 nicht dem Gerichtshof vorlegen kann.

46 — Fraglich ist, ob das irische Gericht die Gültigkeit der Entscheidung 98/531 nur während der Dauer des Nichtigkeitsverfahrens beim Gericht nicht in Frage stellen darf oder ob es die Beendigung des Rechtsmittelverfahrens abwarten muss.

Hier ist folgendermaßen zu unterscheiden. Wird das Urteil des Gerichts nicht von HB oder Masterfoods mit einem Rechtsmittel angefochten, so darf die Richtigkeit des Urteils im Rahmen des Ausgangsverfahrens nicht in Zweifel gezogen werden. Unter dem Blickwinkel gerichtlicher Zuständigkeit wäre es nicht korrekt, wenn eine der Parteien des Verfahrens beim Gericht, die des Rechts zur Einlegung eines Rechtsmittels verlustig gegangen ist, unter Berufung auf das Urteil TWD Textilwerke Deggendorf (zitiert in Fußnote 33) mittelbar das in erster Instanz ergangene Urteil vor den nationalen Gerichten angreifen könnte.

Demgegenüber würde, wenn gegen das erstinstanzliche Urteil bereits ein Rechtsmittel eingelegt worden wäre, eine Vorlage des irischen Gerichts, die die Feststellungen des Gerichts in Zweifel ziehen würde, weniger praktische Probleme mit sich bringen. Ich habe bereits erläutert, dass die Beantwortung von Vorabentscheidungsfragen zum Umfang und zu den Gesichtspunkten gerichtlicher Kontrolle Ähnlichkeiten mit dem Rechtsmittelverfahren aufweist. Der Gerichtshof kann unter bestimmten Voraussetzungen beide Rechtssachen gleichzeitig entscheiden. Aus den von mir dargelegten Gründen muss man sich indessen erneut fragen, inwieweit es angemessen ist, den Unternehmen HB und Masterfoods zu gestatten, zum einen ein Rechtsmittelverfahren einzuleiten und zum anderen die Richtigkeit des Urteils des Gerichts im Rahmen einer vom irischen Gericht vorgelegten Vorabentscheidungsfrage in Zweifel zu ziehen.

Ich ziehe es jedenfalls im gegenwärtigen Stadium vor, nicht nach einer Lösung dieses Sonderproblems zu suchen, ob das irische Gericht so lange Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen kann (oder nicht), wie das Rechtsmittelverfahren anhängig ist.

Entscheidung zu beenden, bevor das beim Gericht anhängige Verfahren abgeschlossen ist, da die Frage der Gültigkeit der Entscheidung 98/531 offenbar vorgreiflich für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens ist. Wenn dem wirklich so ist, so bedarf es einer Antwort auf diese beiden Vorabentscheidungsfragen nicht; da der Gerichtshof sich nicht mit der Frage der Gültigkeit der Entscheidung 98/531 zu befassen hat, die — aus den bereits dargelegten Gründen — vom vorlegenden Gericht nicht vorgelegt werden kann, ist diese Antwort für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens nicht erforderlich.

59. Es ist indessen nicht auszuschließen, dass der Supreme Court diese Fragen gestellt hat, um die Angemessenheit der Begründung des erstinstanzlichen Urteils des High Court ausschließlich anhand der tatsächlichen und rechtlichen Grundlage zu würdigen, auf der es beruht. Aus diesem Grund sind auch die Tatsachen, die dem Gerichtshof im Vorlagebeschluss mitgeteilt worden sind, allein diejenigen, die der High Court in erster Instanz festgestellt hat. Meines Erachtens kann dieser besondere Aspekt der Rechtssache im Rahmen der Antworten auf die zweite und dritte Vorabentscheidungsfrage geprüft werden. Natürlich werde ich weder die Entscheidung 98/531 auf ihre inhaltliche Richtigkeit hin prüfen noch Gesichtspunkte berücksichtigen, die dieser Entscheidung zuwiderlaufen.

V — Zur zweiten Vorabentscheidungsfrage

60. Die zweite Frage betrifft das Problem der Vereinbarkeit der betreffenden Aus-

schließlichkeitsklausel mit den Artikeln 85 Absatz 1 und 86 des Vertrages.

A — Der Speiseeispreis und die Vereinbarkeit der betreffenden Vereinbarungen mit Artikel 86 des Vertrages

61. Bevor ich das Vorbringen der Beteiligten prüfe, die im vorliegenden Verfahren Erklärungen abgegeben haben, sollte ich auf das folgende besondere Problem eingehen, auf das die schwedische Regierung aufmerksam gemacht hat.

62. Den vom erstinstanzlichen irischen Gericht festgestellten Tatsachen scheint das Folgende entnommen werden zu können: Im streitigen Zeitraum, auf den sich die Kontrolle des Gerichts konzentrierte, war der Verkaufspreis für Speiseeis von HB für Wiederverkäufer ein Einheitspreis ohne Rücksicht darauf, ob diese Wiederverkäufer Vereinbarungen mit HB über die Lieferung von Kühltruhen getroffen hatten oder nicht. Folglich schloss der Verkaufspreis für Speiseeis neben dem Preis für Speiseeis auch die Kosten der Kühltruhe und ihrer Instandhaltung ein. Geht man davon aus, so hat diese Politik der Gesamtfakturierung in Verbindung mit der Pflicht, die streitige Ausschließlichkeitsklausel bezüglich der Verwendung der Kühltruhen einzuhalten, zu Diskriminierungen unter den Wiederverkäufern geführt. Denjenigen, die eigene Kühltruhen besaßen, wurden Lasten für eine Dienstleistung aufgebürdet, die sie nicht in Anspruch nahmen; außerdem wurden die Kosten der Lieferung von Kühltruhen

durch HB an die anderen Wiederverkäufer, die dafür keine Gegenleistung (nicht einmal eine symbolische) erbrachten, auf sie umgelegt.

dass ihre Geschäftspolitik gegen die Wettbewerbsregeln verstieß, weil sie ihr Verhalten 1995 geändert und ein System differenzierter Fakturierung eingeführt hat, je nachdem, ob sich der Wiederverkäufer neben Speiseeis auch mit Kühltruhen bei ihr eindeckt⁵⁰.

63. Angesichts der beherrschenden Stellung, die das Unternehmen HB auf diesem Markt einnahm⁴⁷, bin ich der Auffassung, dass dieses Verhalten des Unternehmens — immer vorausgesetzt, es ist alles so abgelaufen — gegen Artikel 86 Buchstabe b des Vertrages verstieß. Diese Vorschrift sieht die „Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden“, als einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung an⁴⁸. Im vorliegenden Fall erleiden die Wiederverkäufer, die sich nicht bei HB mit Kühltruhen versorgen und die besagte Ausschließlichkeitsklausel nicht akzeptieren wollen, im Vergleich zu denen, die einen Kühltruhenlieferungsvertrag mit HB schließen, einen offensichtlichen Wettbewerbsnachteil⁴⁹. Außerdem ist die Kommission in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte, die sie 1993 an das Unternehmen HB gerichtet hat, ebenfalls zu dieser Schlussfolgerung gekommen. Sogar HB selbst scheint mittelbar einzuräumen,

64. Folglich verstößt die dargestellte missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch HB gegen Artikel 86 des Vertrages, da sie geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen⁵¹. Außerdem verstießen

50 — HB erstattet den Wiederverkäufern, die keine Kühltruhen bei ihr beziehen, einen Pauschalbetrag, der den Kosten für Kauf und Unterhaltung entsprechen soll, die sie spart, weil sie keine Kühltruhen liefert.

51 — Es ist darauf hinzuweisen, dass die Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels ein Tatbestandsmerkmal des Artikels 86 des Vertrages ist, das ganz allgemein in Lehre und Rechtsprechung weit ausgelegt wird. Diese Beeinträchtigung braucht nicht spürbar, unmittelbar oder aktuell zu sein; es reicht aus, wenn sie mittelbar oder potenziell ist (Urteile vom 13. Juli 1966 in den Rechtssachen 56/64 und 58/64, Consten und Grundig/Kommission, Slg. 1966, 322, und vom 6. März 1974 in den Rechtssachen 6/73 und 7/73, Chemioterapico Italiano und Commercial Solvents Corporation/Kommission, Slg. 1974, 223). In der vorliegenden Rechtssache ist Folgendes zu bemerken: Steht nach dem Gesagten fest, dass das Verhalten von HB missbräuchlich war, so entsteht folgende Situation auf dem Markt: Wegen der beherrschenden Markstellung von HB kaufen die meisten irischen Wiederverkäufer ihr Speiseeis bei HB, gleichgültig, ob sie sich nun gleichzeitig mit Kühltruhen bei ihr versorgen oder nicht. Diese Wiederverkäufer zerfallen in zwei Gruppen. Zum einen diejenigen, die durch die Ausschließlichkeitsklausel gebunden sind und folglich kein Speiseeis bei anderen einheimischen oder ausländischen Erzeugern als HB erwerben und lagern können; sie haben dank des missbräuchlichen Verhaltens von HB einen Wettbewerbsvorteil. Zum anderen diejenigen, die neben dem Speiseeis von HB auch ähnliche Produkte bei anderen einheimischen oder ausländischen Erzeugern kaufen könnten; diese Wiederverkäufer haben im Vergleich zu den Erstgenannten einen Wettbewerbsnachteil.

HB erzielt folglich infolge ihres Verhaltens folgende Ergebnisse: Erstens treibt sie infolge ihrer beherrschenden Stellung Handel mit den meisten irischen Wiederverkäufern; zweitens gelingt es ihr aufgrund ihres missbräuchlichen Verhaltens, die Wiederverkäufer, die mit ihr Geschäfte machen und sich auch bei anderen ausländischen oder nichtausländischen Erzeugern eindecken könnten, in eine nachteilige Wettbewerbssituation zu drängen. Sie verhindert damit den Zugang ausländischer Lieferanten auf den irischen Markt für Frischspeiseis. Die letzte Feststellung genügt meines Erachtens für die Annahme, dass die betreffende Politik von HB, zum einen Speiseeis zum Einheitspreis zu verkaufen und zum anderen für die von ihr gelieferten Kühltruhen Ausschließlichkeitsklauseln durchzusetzen, geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen.

47 — Vgl. Nrn. 90 ff. dieser Schlussanträge.

48 — Der Gerichtshof hat es normalerweise mit Fällen zu tun, in denen die Diskriminierung darin besteht, für das gleiche Erzeugnis oder die gleiche Dienstleistung einen unterschiedlichen Preis zu fordern. Vgl. z. B. Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 86/76 (Hoffmann-La Roche/Kommission, Slg. 1979, 461). In der vorliegenden Rechtssache ist genau das Umgekehrte der Fall: der gleiche Preis wird für unterschiedliche Situationen vorgeschrieben, so dass eine Gruppe von Handelspartnern zu Lasten einer anderen Gruppe begünstigt wird.

49 — Es liegt mit anderen Worten ein mißbräuchliches Verhalten von HB vor, das zu einer Wettbewerbswidrigkeit führt. Diese Feststellung genügt meines Erachtens, um dieses Verhalten als Verstoß gegen Artikel 86 einzustufen, ohne dass darüber hinaus geprüft werden müsste, inwieweit ausserdem eine Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs durch Abschottung des Marktes vorliegt.

die streitigen Ausschließlichkeitsklauseln in Verbindung mit der Politik der Einheitsfakturierung für Speiseeis gegen die genannte Gemeinschaftsvorschrift, und ihre Einhaltung durfte nicht gerichtlich durchgesetzt werden.

B — Die streitigen Ausschließlichkeitsklauseln und Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages

65. Es ist weiterhin zu prüfen, inwieweit eine Reihe von Ausschließlichkeitsvereinbarungen gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages verstößt⁵².

52 — Die Besonderheit der vorliegenden Rechtssache besteht darin, dass die Ausschließlichkeitsklausel nicht die Lieferung des streitigen Produkts betrifft (HB untersagt nicht die Belieferung der Wiederverkäufer mit Speiseeis einer anderen Marke), sondern die Verwendung von Kühltruhen für die Lagerung der Produkte (HB untersagt die Lagerung von Produkten einer anderen Marke in ihren Kühltruhen). Wenn also die betreffenden Vereinbarungen die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Speiseeismarkt bezwecken und geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen, dann sind sie gemäß Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages verboten.

Das Vorliegen eines Zusammenhangs zwischen diesen Vereinbarungen über den ausschließlichen Gebrauch der für die Lagerung von Speiseeis verwendeten Kühltruhen und den Wettbewerbsbedingungen auf dem Speiseeismarkt ergibt sich aus dem Urteil vom 8. Juni 1995 in der Rechtssache T-7/93 (Langnese-Iglo/Kommission, Slg. 1995, II-1533). In diesem Urteil hat das Gericht die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung der Kommission hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Artikel 85 von ausschließlichen Lieferverträgen zwischen Speiseeisproduzenten und Wiederverkäufern von Speiseeis zum Genuss „auf der Straße“ geprüft. Die Kommission hat bei der Prüfung, inwieweit neben diesen Verträgen weitere wichtige Faktoren vorlagen, die zur Abschottung des Marktes beitrugen, festgestellt, dass der Zugang neuer Wettbewerber zum Markt durch ein Konzessionssystem für eine große Anzahl von Kühltruhen erschwert wurde, die den Wiederverkäufern zur Verfügung gestellt wurden, wofür diese sich ihrerseits verpflichteten, die Kühltruhen nur für die Lagerung von Produkten des Lieferanten zu verwenden. Das Gericht hat hierzu folgende Auffassung vertreten: „Die Kommission ist zu Recht davon ausgegangen, dass es sich dabei um einen Faktor handelt, der zur Erschwerung des Marktzutritts beiträgt. Er hat nämlich zwangsläufig zur Folge, dass jeder neu auf dem Markt auftretende Wettbewerber den Einzelhändler entweder zum Austausch der von der Klägerin aufgestellten Kühltruhe gegen eine andere und damit zum Verzicht auf den Umsatz mit den Erzeugnissen des bisherigen Lieferanten oder zur Aufstellung einer zusätzlichen Kühltruhe bewegen muss, was insbesondere in kleinen Verkaufsstätten aus Platzgründen unmöglich sein kann ...“ (Randnr. 108).

a) Das Urteil Delimitis

66. Der rechtliche Weg für die Untersuchung des fraglichen Problems ist durch das Urteil Delimitis vorgezeichnet worden⁵³.

67. Der Gerichtshof hat entschieden, dass eine Ausschließlichkeitsbindung, aus der sowohl der Lieferant als auch der Wiederverkäufer Vorteile ziehen, als solche nicht gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft verstößt; allerdings „ist doch zu prüfen, ob sie nicht eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirken“⁵⁴. Bei der Würdigung einer solchen Vereinbarung ist zu berücksichtigen „der wirtschaftliche und rechtliche Gesamtzusammenhang ..., in dem die Vereinbarung steht und zusammen mit anderen zu einer kumulativen Auswirkung auf den Wettbewerb führen kann“. Diese kumulative Auswirkung ist nur „einer unter mehreren Umständen“, der mit einer etwaigen Veränderung des Wettbewerbs und deren Folgen für den Handel zwischen Mitgliedstaaten zusammenhängt.

68. Die Prüfung der kumulativen Wirkungen einer Vereinbarung oder ähnlicher Vereinbarungen setzt zunächst eine Abgrenzung des relevanten Marktes voraus. Bei der Prüfung, ob das Bestehen mehrerer Ausschließlichkeitsverträge den Zugang zu dem so abgegrenzten Markt beeinträchtigt, sind sodann „Art und Bedeutung des entsprechenden Vertragsnetzes“ zu prüfen.

53 — Dieses Urteil betraf ausschließliche Bierlieferungsverträge zwischen einem Lieferanten (Brauerei) und einem Wiederverkäufer (Restaurant oder Getränkeverkaufsstellen). Der Erstgenannte gewährte dem Zweitgenannten gewisse finanzielle und wirtschaftliche Vorteile wie günstige Darlehen, Räumlichkeiten, Ausstattungstücke; der Zweitgenannte verpflichtete sich, sein Bier ausschließlich bei dem Erstgenannten zu beziehen und in seinen Räumen keine Konkurrenzprodukte zu verkaufen.

54 — Urteil Delimitis (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 13).

Der Einfluss dieser Vertragsnetze auf den Marktzugang hängt namentlich ab von der Zahl der auf diese Weise an die inländischen Erzeuger gebundenen Verkaufsstellen im Verhältnis zu der Zahl der nichtgebundenen Gaststätten, von der Dauer der eingegangenen Verpflichtungen sowie von dem Verhältnis zwischen der Produktmenge, die über „gebundene Verkaufsstellen“ und derjenigen, die über nichtgebundene Vertriebsstellen abgesetzt wird⁵⁵. Hierbei kann jedoch nach Auffassung des Gerichtshofes „[d]as Bestehen eines Bündels gleichartiger Verträge ... [es handelt sich um Ausschließlichkeitsverträge]⁵⁶, selbst wenn es die Möglichkeiten des Marktzugangs wesentlich beeinflusst, für sich allein noch nicht die Feststellung einer Abschottung des relevanten Markts rechtfertigen, da es im Hinblick auf die wirtschaftlichen und rechtlichen Begleitumstände, in deren Zusammenhang ein Vertrag bei seiner Beurteilung betrachtet werden muss, nur einen unter mehreren Faktoren darstellt“⁵⁷.

69. Der Gerichtshof hebt sodann hervor, dass zu prüfen ist, „ob ein neuer Mitbewerber wirkliche und konkrete Möglichkeiten besitzt, sich ... in das Vertragsnetz einzugliedern“⁵⁸.

70. Ergibt diese Prüfung, dass das streitige Vertragsnetz zu der „kumulativen Wir-

kung“ beiträgt, den Markt gegenüber neuen, inländischen oder ausländischen Bewerbern abzuschotten, so sind diese Abschottung und die entsprechenden Verbote des Artikels 85 Absatz 1 denjenigen Wirtschaftsteilnehmern zuzurechnen, „die dazu in erheblichem Maße beitragen“⁵⁹. Bei der Prüfung dieser Frage, inwieweit bestimmte Ausschließlichkeitsverträge zur kumulativen Wirkung der Marktabschließung beitragen, ist „die Stellung der Vertragspartner auf dem Markt“ zu berücksichtigen⁶⁰. Diese Stellung wird auf der Grundlage des Marktanteils des Lieferanten auf dem Markt durch die Zahl der an ihn gebundenen Verkaufsstellen im Verhältnis zur Gesamtzahl der Verkaufsstellen und durch die Dauer der betreffenden Verträge bestimmt.

71. Ein Ausschließlichkeitsvertrag ist also zusammengefasst dann verboten, wenn feststeht, dass erstens das Netz ähnlicher Verträge kumulativ zu einer Marktabschottung führt, wobei allgemein der wirtschaftliche und rechtliche Kontext zu berücksichtigen ist, in dem sie stehen, und dass zweitens dieser Vertrag wesentlich zu diesem Ergebnis beiträgt.

b) Die Übernahme des Urteils Delimitis für die vorliegende Rechtssache

72. Zu prüfen sind zunächst Natur und Bedeutung des Netzes von Verträgen über die Lieferung von Kühltruhen zwischen den

55 — A. a. O., Randnr. 19.

56 — Hinzufügung von mir.

57 — Urteil Delimitis (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 20).

58 — A. a. O., Randnr. 21. Der Gerichtshof führt Kriterien an wie erstens die Regelungen und die Vereinbarungen über den Erwerb von Gesellschaften und die Errichtung von Verkaufsstellen, zweitens die für den rentablen Betrieb eines Vertriebssystems notwendige Mindestzahl von Verkaufsstellen, drittens die Existenz von Großhändlern und unabhängigen Vertriebsnetzen sowie viertens die Bedingungen des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt. Beim letztgenannten Kriterium sieht er als maßgebend an die Zahl und Größe der auf dem Markt tätigen Erzeuger, den Sättigungsgrad dieses Marktes und die Treue der Verbraucher zu bestehenden Marken.

59 — Urteil Delimitis (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 24).

60 — A. a. O., Randnr. 25.

Unternehmen, die Speiseeis liefern, und ihren Wiederverkäufern, soweit sie eine Ausschließlichkeitsklausel aufweisen⁶¹. Diese Verträge sind in Irland gängig. Auch wenn sie für sich genommen nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages verstoßen, können sie doch den Wettbewerb beeinträchtigen, weil sie die Erzeugnisse anderer Mitbewerber aus bestimmten Verkaufsstellen ausschließen.

schäftsinteresse zurückzugehen; diese scheinen von dem Erwerb einer weiteren Kühltruhe keine wesentliche Erhöhung ihrer Gewinne zu erwarten, auch wenn dies in der Praxis nicht unmöglich ist⁶⁴. Das Unternehmen HB kontrolliert nach den Angaben des vorlegenden Gerichts von insgesamt 18 000 Kühltruhen auf diesem Markt ungefähr 12 000. Das irische Gericht erster Instanz hat ausgerechnet, dass etwa 80 % der Kühltruhen in kleinen Einzelhandelsgeschäften von HB kontrolliert werden.

73. Zunächst sind die kennzeichnenden Merkmale dieser Verkaufsstellen zu ermitteln. Aus den Feststellungen des High Court in seinem beim Supreme Court angefochtenen Urteil ergibt sich, dass die Verkaufsstellen mehrheitlich von Wiederverkäufern betrieben werden⁶²; sie sind auch für den größten Teil des Umsatzes verantwortlich. Außerdem verfügt ein sehr kleiner Teil der Wiederverkäufer über eigene Kühltruhen, über Kühltruhen also, in denen sie Speiseeis verschiedener Marken lagern können⁶³. Die große Mehrheit der Wiederverkäufer verfügt nur über ein oder zwei Kühltruhen, die ausschließlich für einen Lieferanten verwendet werden dürfen. Die begrenzte Zahl von Kühltruhen scheint auf fehlenden Platz in den Läden der Wiederverkäufer und deren fehlendes Ge-

74. Meines Erachtens beeinträchtigen die Verträge über die Lieferung von Kühltruhen an Wiederverkäufer die Möglichkeiten des Marktzutritts eines neuen Konkurrenten erheblich. Da es nicht oder kaum wahrscheinlich ist, dass der Wiederverkäufer überzeugt werden kann, eine vorhandene Kühltruhe zu ersetzen oder eine weitere (eigene oder einem anderen Erzeuger gehörende) Kühltruhe aufzustellen, ist entschieden davon auszugehen, dass die Verkaufsstellen, die von einem Lieferanten aufgrund von Ausschließlichkeitsklauseln kontrolliert werden, de facto an diesen gebunden sind. Da die Verkaufsstellen, für die Kühltruhenvereinbarungen mit Ausschließlichkeitsklausel gelten, viel zahlreicher sind als diejenigen, die über „freie Kühltruhen“ verfügen, liegt auf der Hand, dass die meisten Verkaufsstellen in Irland de facto an einen Lieferanten gebunden sind.

61 — Der erste Schritt des Rechtsanwenders besteht in der Abgrenzung des relevanten Produktmarkts und des räumlich relevanten Marktes. Nach der Formulierung der zweiten Vorabentscheidungsfrage scheint das vorlegende Gericht als relevanten Markt den für Speiseeis in Einzelverpackungen und zum sofortigen Verbrauch in Irland anzusehen.

62 — Es handelt sich vor allem um kleine Lebensmittelgeschäfte, Kioske und Tankstellen. Sie machen etwa 9 000 Verkaufsstellen von insgesamt 10 279 aus (Marktforschungsbericht 1990).

63 — Hauptgrund für die geringe Anzahl von Kühltruheneignern sind die Kosten für Erwerb und Unterhaltung sowie die Möglichkeit, eine Kühltruhe bei einem Speiseishersteller zu erwerben, auch wenn dieser Erwerb bedeutet, dass man eine Ausschließlichkeitsklausel akzeptieren muss.

64 — Es wäre hier noch weiter zu prüfen, inwieweit der relevante Markt mit Kühltruhen gesättigt ist. Hat mit anderen Worten die Zahl der Kühltruhen bereits einen Höchststand erreicht, darf man nicht erwarten, dass die Wiederverkäufer interessiert wären, zusätzliche Kühltruhen in ihren Geschäften aufzustellen.

75. Was insbesondere den Fall von HB betrifft, so hat diese aufgrund ihrer Marktstellung noch einen weiteren Vorteil. Sie ist der Hersteller mit der größten Produktpalette und dem höchsten Beliebtheitsgrad. Folglich haben die Wiederverkäufer — die, wie bereits gesagt, gewöhnlich keine eigene Kühltruhe besitzen — das allergrößte Interesse daran, sich, wenn sie Speiseeis verkaufen wollen, an HB zu wenden, die ihnen wegen ihrer Marktstellung einen höheren Umsatz zu garantieren scheint. Sie haben daher praktisch keine Mittel, auf die Kühltruhen von HB zu verzichten, um sie durch Kühltruhen zur ausschließlichen Verwendung für andere Marken zu ersetzen. Schließlich ist nicht zu erwarten, dass der Erwerb einer weiteren Kühltruhe, um Speiseeis einer anderen Marke zu verkaufen, die Gewinne der Wiederverkäufer merklich erhöht; das Speiseeis von HB wird weiterhin den wesentlichen Umsatzanteil des Geschäfts darstellen. Dies alles ist auch vom irischen Gericht erster Instanz bestätigt worden.

76. Zu den Möglichkeiten neuer Wettbewerber, Zugang zu dem bestehenden Vertriebsnetz und damit zum relevanten Markt zu finden, führt HB eine Reihe von Argumenten an, die belegen sollen, dass die betreffenden Vereinbarungen kumulativ nicht zu einer Abschottung des Marktes gegen neue Mitbewerber führen. Eine zutreffende Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 im vorliegenden Fall setze die Ermittlung der „Mindestschwelle des Marktzugangs“ voraus, die neuen Wettbewerbern verbleiben müsse. Wenn diese Mindestschwelle im vorliegenden Fall gewährleistet sei, verstießen die streitigen Ausschließ-

lichkeitsklauseln nicht gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht.

77. Mit dieser Argumentation bin ich durchaus einverstanden. Die große Anzahl von Verkaufsstellen, die de facto wegen der Ausschließlichkeitsklauseln bei der Verwendung von Kühltruhen gebunden sind, stellt indessen ein wichtiges — und vom vorlegenden Gericht zu überprüfendes — Indiz dafür dar, dass die Beschränkung des Wettbewerbs infolge des Vertragsnetzes so schwerwiegend ist, dass die erforderliche Mindestschwelle des Marktzugangs nicht besteht. Diese Feststellung wird nicht dadurch entkräftet, dass bestimmte Wettbewerber wie Mars trotz dieser Beschränkungen einen geringen Marktanteil erobern konnten. Außerdem läßt sich nicht geltend machen — wie HB dies versucht —, dass der neue Speiseeislieferant, um Zugang zum Speiseeismarkt in Irland zu finden, darauf achten müsse, seinen eigenen „Kühltruhen-Park“ zu schaffen, um so die Kontrolle über bestimmte Verkaufsstellen zu gewinnen. Diese Betrachtungsweise scheint die zusätzlichen auf dem Markt durchgesetzten Zwänge dadurch zu rechtfertigen, dass sie als Bedingung seiner Liberalisierung dargestellt werden. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass relevanter Markt der Markt für die Lieferung von Speiseeis zum sofortigen Verbrauch und nicht ein einheitlicher Markt für die Lieferung von Speiseeis und Kühltruhen ist⁶⁵. Schließlich weist HB mit Recht darauf hin, dass Ausschließlichkeitsverträge nicht als wettbewerbswidriger Beitrag zur Abschot-

65 — Ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Wettbewerbsregeln läßt es nicht zu, Speiseeishersteller zur Lieferung von Kühltruhen zu zwingen, um auf dem Speiseeismarkt tätig zu sein. Der Wettbewerb zwischen den Marken darf nicht durch einen Wettbewerb um den Zugang zu Einzelhandelsgeschäften ersetzt werden.

tung des Marktes betrachtet werden, wenn die neuen Speiseeislieferanten auf andere Methoden zurückgreifen können, um ihre Marktstellung zu festigen. Es ist nicht offensichtlich, dass auf dem irischen Speiseeismarkt eine solche Möglichkeit besteht⁶⁶, und diese Frage gehört ohnehin in die Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts⁶⁷.

78. Aus dieser Analyse ergibt sich — soweit die vorstehend gewürdigten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte zutreffen —, dass das Netz von Verträgen über Kühltruhen mit Ausschließlichkeitsklausel, die zwischen Speiseeislieferanten in Irland und Wiederverkäufern geschlossen werden, kumulativ zur Veränderung gesunder Wettbewerbsbedingungen auf dem relevanten Markt und zu dessen Abschottung beiträgt. Das System von Ausschließlichkeitsklauseln, wie es im vorliegenden

Fall zur Anwendung gelangt, scheint dem Lieferanten mit dem größten Marktanteil einen übertriebenen Vorteil zu sichern, den Marktzugang neuer Lieferanten (insbesondere kleiner und mittlerer, d. h. derjenigen, die nicht über eine breite Produktpalette verfügen und nicht imstande sind, die Kosten für die Schaffung eines Kühltruhenparks aufzubringen) praktisch unmöglich zu machen und letztlich schädlich für den Verbraucher zu sein, weil es nicht den Wettbewerb von Qualität und Preis der Erzeugnisse fördert. Es sei nicht bestritten, dass dieses System in gewisser Weise als den Interessen der an den streitigen Vereinbarungen über die Kühltruhen beteiligten Parteien dienlich erscheinen mag und ebenso wenig, dass es sich auf den Markt positiv auswirken kann⁶⁸; aber selbst wenn man dies einräumt, beseitigt dies die negativen und zerstörerischen Auswirkungen auf den freien Wettbewerb nicht, die auf eine Marktabschottung hinauslaufen.

66 — Nach dem Urteil *Delimitis* könnte man als weiteres Mittel des Marktzugangs die Errichtung neuer Verkaufsstellen, die Schaffung eines rentablen Vertriebsnetzes oder die Verwendung eines bestehenden Systems unabhängiger Zwischenhändler in Erwägung ziehen. Den Akten läßt sich jedenfalls nicht entnehmen, dass es in Irland einen unabhängigen Großhandel für zum sofortigen Verbrauch bestimmtes Speiseeis gäbe, der es neuen Lieferanten ermöglichen würde, Zugang zum Vertrieb zu finden. Wenn denn der relevante Markt infolge der Zahl der Verkaufsstellen und der Gesamtmenge aufgestellter Kühltruhen tatsächlich gesättigt ist, so liegt auf der Hand, dass neuen (insbesondere kleinen und mittleren) Wirtschaftsteilnehmern angebotene Austauschlösungen außergewöhnlich beschränkt sind. Meines Erachtens kann die von HB vorgeschlagene Lösung, also der Kauf anderer bereits tätiger Unternehmen mit eigenem Vertriebsnetz, nicht als Ersatzlösung betrachtet werden; selbst wenn eine solche Möglichkeit bestünde, wären doch die Kosten des Marktzugangs für die betreffenden Wirtschaftsteilnehmer aller Wahrscheinlichkeit nach prohibitiv. Andererseits kann man nicht davon ausgehen, dass es den Wettbewerbsregeln entspräche, bereits tätigen Wirtschaftsteilnehmern eine Abschottung des Marktes in einer Art und Weise zu gestatten, die als einzige Perspektive des Zugangs für einen neuen Wettbewerber den Kauf eines bereits bestehenden Konkurrenzunternehmens übrig ließe; einen freien Wettbewerb gibt es dann nicht mehr. Es wäre ferner zu prüfen, ob die Machtposition der bestehenden Speiseeislieferanten und ihr Ruf bei den Verbrauchern ein unüberwindbares Hindernis für Neuankömmlinge darstellen.

67 — Das vorlegende Gericht wird dieses Problem im Licht der Randnr. 21 des Urteils *Delimitis* (zitiert in Fußnote 3) zu prüfen haben.

79. Zu prüfen bleibt damit, ob die *De-minimis*-Regel des Urteils *Delimitis* heranzuziehen, d. h., ob die Vereinbarungen insbesondere über die Kühltruhen von HB „in erheblichem Maße beitragen“⁶⁹, die oben genannten negativen Auswirkungen auf den Markt entstehen zu lassen. Diese Frage ist meines Erachtens zu bejahen, zumindest wenn man die im Urteil des irischen Gerichts erster Instanz dargelegten Gesichtspunkte zugrunde legt. HB ist an der erdrückenden Mehrheit dieser Verträge beteiligt. Dieses Unternehmen gilt als der wichtigste Lieferant auf dem Markt, hat diese Position seit langem konsolidiert,

68 — Vgl. Nrn. 85 ff. dieser Schlussanträge.

69 — Urteil *Delimitis* (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 24).

verfügt über das größte Netz von Kühltruhen und verkauft auf diesem Weg seine Produkte in den meisten Verkaufsstellen. Es sei erneut gesagt, dass nach den Einschätzungen des irischen Gerichts erster Instanz zwei Drittel der Kühltruhen in den Verkaufsstellen in Irland von HB auf der Grundlage von Ausschließlichkeitsverträgen bestückt worden sind und 80 % der Einzelhandelsgeschäfte de facto an HB gebunden sind.

lang und ist eine Abneigung der Wiederverkäufer festzustellen, sie kurzfristig zu kündigen, so läßt sich nicht behaupten, dass die Möglichkeit, sie „beliebig zu kündigen“, mag sie auch vorgesehen sein, schon eine Stütze für die Annahme sein könnte, dass diese Vereinbarungen nicht zu einer gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßenden Marktabschottung führten.

80. Diese Feststellungen werden durch die Einwände von HB nicht widerlegt.

81. Das Unternehmen verweist zunächst auf das vom Gerichtshof im Urteil Delimitis verwendete Kriterium der Dauer der Ausschließlichkeitsbindung. Anders als bei dem Sachverhalt, um den es in der Rechtssache Langnese-Iglo/Kommission⁷⁰ gegangen sei, seien die streitigen Verträge über die ausschließliche Verwendung der Kühltruhen von den Wiederverkäufern ohne Zwang eingegangen worden und könnten frei gekündigt werden, ohne dass sie diesen zusätzliche Vorgaben auferlegten. Das spreche für eine Vereinbarkeit dieser Vereinbarungen mit Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages.

82. Diesem Standpunkt kann ich nicht beipflichten. Es ist auf jeden Fall sinnvoll, die wirkliche Dauer der Vereinbarungen festzustellen. Ist die Durchschnittsdauer

83. HB meint weiter, dass bei ordnungsgemäßer Bestimmung des Beitrags ihrer Verträge zur Marktabschottung folgender Unterschied zu machen sei. Den Verkaufsstellen, für die kein freier Wettbewerb gelte, weil sie de facto an HB gebunden seien, dürften nicht die Wiederverkäufer zugeschlagen werden, die zwar nur über eine oder zwei Kühltruhen von HB verfügten, aus rein geschäftlichen Gründen aber nicht am Verkauf von Speiseeis einer anderen Marke interessiert seien, insbesondere weil die Nachfrage der Verbraucher nach anderen Speiseeismarken als HB gering sei.

84. Diese Argumentation, auf die sich der High Court im Wesentlichen gestützt zu haben scheint, findet nicht meinen Beifall. Die Wirkungen eines den Wettbewerb beschränkenden Vertrages sind objektiv und unabhängig von den Gründen zu beurteilen, aus denen die Vertragsparteien die beschränkende Absprache treffen. Der Umstand, dass Dritte weitgehend vom Markt ausgeschlossen werden, kann grundsätzlich einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages darstellen, selbst wenn der Wiederverkäufer, der der

70 — Zitiert in Fußnote 52.

Ausschließlichkeitsklausel zustimmt, zu gegebener Zeit erklärt, er sei an einer Vergrößerung der Zahl seiner Lieferanten nicht interessiert. Folglich sind bei ordnungsgemäßer Ermittlung der beschränkenden Auswirkungen dieser streitigen Kühltruhenverträge auf den Wettbewerb nach Maßgabe meiner vorstehenden Analyse als de facto von HB abhängig alle die Verkaufsstellen anzusehen, die nur über Kühltruhen von HB verfügen und daher kein Speiseeis einer anderen Marke verkaufen.

c) Zur objektiven Rechtfertigung der streitigen Ausschließlichkeitsklauseln

85. HB vertritt die Auffassung, dass die streitigen Klauseln den Wettbewerb unbedeutend und durchaus rechtmäßig beschränken, weil diese Einschränkung objektiv gerechtfertigt sei. Sie beruft sich auf das Urteil Pronuptia⁷¹ und die Theorie der objektiven Rechtfertigung bestimmter vertraglicher Verhaltensweisen, die aus diesem Grund nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages fallen sollen.

86. Im Einzelnen macht HB geltend, dass die Vereinbarungen, mit denen sie ohne unmittelbare Gegenleistung die Verwendung der Kühltruhen gestatte und ihre Unterhaltung übernehme, sowohl ihr selbst als auch den Wiederverkäufern als ihren Vertragspartnern Vorteile verschafften. Sie erlaubten z. B. die Gesamtkosten des Ver-

kaufs von Speiseeis zu senken⁷², den Vertrieb der Produkte zu verbessern⁷³ und die Zahl der Verkaufsstellen der Produkte zu erhöhen⁷⁴.

87. Außerdem sei die Ausschließlichkeitsklausel in den genannten Verträgen für das gute Funktionieren des Systems unerlässlich und führe nur zu unbedeutenden und rechtmäßigen Wettbewerbsbeschränkungen. Ohne diese Klausel würden die ordnungsgemäße Organisation des Marktes für Speiseeis zum sofortigen Verbrauch und der angemessene Vertrieb dieser Erzeugnisse gefährdet. Die Lieferanten stellten mit diesen Klauseln einen besseren Zugang zu ihren Erzeugnissen sicher, hätten einen gewissen Spielraum, um die Kosten der Kühltruhen zu übernehmen, weil sie einen besseren Umsatz erzielten, kontrollierten Bedingungen für Hygiene und Erhaltung des Speiseeises besser, stellten Werbung und Verkaufsförderung im Allgemeinen leichter sicher und seien gegen missbräuchliches Verhalten ihrer Wettbewerber geschützt⁷⁵,

71 — Urteil vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 161/84 (Slg. 1986, 353).

72 — Die Wiederverkäufer sparten die erhebliche Ausgabe, die Erwerb und Unterhaltung einer Kühltruhe für sie bedeuteten. Als Tochtergesellschaft von Unilever kaufe HB bei den Erzeugern große Mengen von Kühltruhen zu eindeutig günstigeren Preisen, als sie einzelne Käufer erzielen könnten.

73 — HB kontrolliere die Bedingungen für Vertrieb und Lagerung ihrer Erzeugnisse besser und erreiche eine bessere räumliche Öffnung des Marktes.

74 — Zahlreiche Wiederverkäufer lehnten es ab, das mit Kauf oder Miete von Kühltruhen und ihrer Unterhaltung verbundene Geschäftsrisiko zu übernehmen, weil dieser Geschäftsbereich nur marginale Bedeutung habe. Kostenlose Lieferung und Unterhaltung der Kühltruhen stellten in vielen Fällen das einzige Mittel dar, bestimmte Verkaufsstellen zu bewegen, Speiseeis anzubieten.

75 — Diese hätten einen unverdienten Wettbewerbsvorteil, wenn sie ihr Speiseeis unter Verwendung der Kühltruhen von HB absetzen könnten.

ohne ihr Eigentumsrecht an den Kühltruhen aufgeben zu müssen.

88. Zu diesem Vorbringen ist Folgendes zu sagen.

Erstens möchte ich festhalten, dass das Kriterium der objektiven Rechtfertigung in der Praxis schwierig auszulegen und anzuwenden ist; man darf sich sogar fragen, inwieweit es ein Kriterium ist, das den Sinn der gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften richtig widerspiegelt⁷⁶. In der Rechtsprechung des Gerichtshofes fehlt es indessen nicht ganz an Beispielen für dieses Kriterium⁷⁷.

Zweitens scheint die Ausschließlichkeitsklausel im vorliegenden Fall — anders als in dem Fall, mit dem sich der Gerichtshof in der Rechtssache Pronuptia zu befassen hatte — keine objektiv erforderliche Voraussetzung für das Funktionieren eines Systems zu sein, dessen Aufrechterhaltung als solches völlig gerechtfertigt ist. Zum einen räume ich zwar ein, dass die Verträge über die Lieferung von Kühltruhen an Wiederverkäufer Vorteile für beide Parteien und den Verbraucher bringen, das bedeutet in-

dessen nicht, dass Existenz und ordnungsgemäßes Funktionieren des Marktes für zum sofortigen Verbrauch bestimmtes Speiseeis in Irland von diesen Klauseln abhängig sind⁷⁸. Zum anderen ist die Lieferung einer Kühltruhe begleitende Ausschließlichkeitsklausel — und das ist das Wichtigste — keine *Conditio sine qua non* des Abschlusses von Verträgen über Kühltruhen. Trotz der gegenteiligen Behauptungen von HB beweist nichts, dass die Einrichtung eines Vertriebsnetzes durch Speiseeislieferanten, das die Lieferung von Kühltruhen an die Wiederverkäufer einschließt, nicht ohne die unentgeltliche Lieferung einer Kühltruhe nebst einer Ausschließlichkeitsklausel für ihre Verwendung bestehen könnte⁷⁹.

78 — Das belegt ebenfalls der Umstand, dass HB in der Lage ist, seine Erzeugnisse mit Erfolg auch in Verkaufsstellen zu vertreiben, in denen keine ihrer Kühltruhen steht.

79 — Nichts belegt, dass die aktuelle Praxis für ein Funktionieren des Vertriebsnetzes für Speiseeis in Irland unerlässlich wäre. Den Darlegungen von HB lässt sich keineswegs entnehmen, dass die Beseitigung der Ausschließlichkeit bei der Benutzung der Kühltruhen die Dinge so durcheinander bringen wird, dass es zum einen nicht mehr möglich sein wird, Vereinbarungen mit Wiederverkäufern über Kühltruhen zu treffen, und dass zum anderen der Markt wegen des Zusammenbrechens des Vertriebssystems und des Verlustes der Verkaufsstellen in nicht rückgängig zu machender Weise beeinträchtigt werden wird. Der Kausalzusammenhang zwischen der Beseitigung der Ausschließlichkeit und dem Zusammenbruch des Systems ist nicht schlüssig dargestellt.

Was den Schutz des Eigentumsrechts von HB an den Kühltruhen betrifft, so weise ich darauf hin, dass die Lieferung einer Kühltruhe ohne Gegenleistung zusammen mit der Pflicht, die Ausschließlichkeitsklausel zu akzeptieren, nicht das einzige Mittel zur Erreichung dieses Ziels darstellt, sondern auf eine Entscheidung von HB aus geschäftlichen Gründen zurückgeht. Statt die Kosten der Kühltruhen in den Preis für Speiseeis einzurechnen, könnte man sich andere Methoden ausdenken, die eine Amortisation der Investition in Kühltruhen ermöglichen; die Belastung der Wiederverkäufer mit einem speziellen Mietzins für die Verwendung der Kühltruhen ist eine der denkbaren Möglichkeiten (vgl. Nrn. 105 ff. dieser Schlussanträge). Diese Lösung könnte dazu führen, dass eine bestimmte Anzahl von Wiederverkäufern darauf verzichten, Speiseeis zu verkaufen. Das Ausmaß des Verlustes einiger Verkaufsstellen ist jedenfalls nicht sicher. Die Wiederverkäufer hätten außerdem die Kosten der Anmietung der Kühltruhen zu tragen, würden aber Speiseeis zu einem niedrigeren Preis einkaufen (weil die Kosten der Kühltruhen nicht mehr in den Speiseeispreis eingerechnet würden) und könnten ihre Geschäftstätigkeit erweitern, indem sie die Kühltruhe auch für die Lagerung und die Konservierung anderer Produkte nutzen würden. Unabhängig hiervon rechtfertigt der Verlust von Verkaufsstellen für sich genommen nicht die Beschränkungen des Wettbewerbs, die die streitigen Ausschließlichkeitsklauseln bewirken.

76 — In meinen Schlussanträgen vom 15. Juli 1997 in der Rechtssache C-235/92 P (Montecatini/Kommission, Urteil vom 8. Juli 1999, Slg. 1999, I-4539, Nr. 45) habe ich meine Vorbehalte gegen eine Übernahme der „rule of reason“ amerikanischen Ursprungs in das Gemeinschaftsrecht, insbesondere bei der Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages, zum Ausdruck gebracht.

77 — Neben dem Urteil Pronuptia (zitiert in Fußnote 71) verweise ich auf meine Schlussanträge in der Rechtssache C-83/98 P (Frankreich/Ladbroke Racing und Kommission, Urteil vom 16. Mai 2000, Slg. 2000, I-3271), in denen ich auf das Kriterium der objektiven Rechtfertigung der Kontrolle staatlicher Beihilfen hingewiesen habe. Vgl. auch Urteile vom 8. Juni 1982 in der Rechtssache 258/78 (Nungesser/Kommission, Slg. 1982, 2015) und vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache 262/81 (Coditel u. a., Slg. 1982, 3381).

Drittens bin ich der Meinung, dass diese Wettbewerbsbeschränkungen, selbst wenn man einräumt, dass einige von ihnen durch die Aufrechterhaltung eines Mechanismus gerechtfertigt werden könnten, der durchaus im Interesse des Marktes und der Wirtschaftsteilnehmer funktioniert, nicht eine Grenze überschreiten dürfen, die durch Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit festgelegt werden kann⁸⁰. Folglich sind, wenn sich nach Maßgabe meiner vorstehenden Analyse auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung des rechtlichen und tatsächlichen Rahmens, zu dem die streitigen Verträge von HB gehören, herausstellt, dass diese gemeinsam mit anderen ähnlichen Verträgen einen erheblichen Beitrag zur kumulativen Wirkung auf den Wettbewerb mit dem Ergebnis der Abschottung des Marktes leisten, diese Verträge trotz der von HB aufgezeigten positiven Gesichtspunkte als Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages anzusehen. Erstens überschreiten die betreffenden Beschränkungen wegen der Schwere der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb eine bestimmte Grenze,

jenseits der sie nicht mehr als gerechtfertigt betrachtet werden können⁸¹. Zweitens ist, wie ich bereits dargelegt habe, nicht bewiesen, dass die betreffenden Beschränkungen, die auf die streitigen Ausschließlichkeitsverträge zurückzuführen sind, unerlässlich sind, um das mit ihnen verfolgte Ziel zu erreichen, selbst wenn dieses rechtmäßig wäre⁸².

89. Der erste Teil der zweiten Vorabentscheidungsfrage ist daher wie folgt zu beantworten: Eine Vereinbarung oder Verhaltensweise wie die, um die es im Ausgangsverfahren geht, verstößt im Hinblick auf die rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten des relevanten Marktes dann gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. Sie verhindert gemeinsam mit ähnlichen Vereinbarungen und Verhaltensweisen auf diesem Markt de facto den Zugang anderer Wettbewerber zu einem besonders wichtigen Teil der bestehenden Verkaufsstellen und führt damit zu einer Marktabschottung. Sie trägt zweitens spürbar zu dieser Abschottung bei. Diese Wettbewerbsbeschränkung ist drittens geeignet,

80 — Man behauptet häufig, dass das Urteil Pronuptia es zulasse, eine Vereinbarung oder eine Verhaltensweise als mit Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages vereinbar zu behandeln, ohne zu prüfen, inwieweit der Wettbewerb beschränkt wird, und dies allein deshalb, weil sie eine unerlässliche Voraussetzung für das Funktionieren eines Systems ist, das für sich genommen nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 verstößt. Mit dieser Betrachtungsweise bin ich nicht einverstanden. Wenn die betreffenden Wettbewerbsbeschränkungen besonders schwerwiegend sind, können sie nicht als „Ergänzung“ oder als „unbeträchtig“ eingestuft werden. Das Urteil Pronuptia will die Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages verbessern und stellt keinen Fluchtweg für den dar, der sich der Anwendung dieser Bestimmungen entziehen will. Man muss daher einen Ausgleich finden zwischen dem Rechtsgut des freien Wettbewerbs, der durch die streitige Vereinbarung oder Verhaltensweise beeinträchtigt wird, und dem Rechtsgut, das diese schützen möchten. Die Absicht, legitime Ziele zu erreichen, rechtfertigt nicht immer die Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen, vor allem, wenn diese Verzerrung schwer wiegt. Außerdem muss man sich bei der Anwendung der Kriterien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) fragen, ob die Vereinbarung oder Verhaltensweise den Wettbewerb nicht übermäßig beeinträchtigt.

81 — In meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Montecini/Kommission (zitiert in Fußnote 76) habe ich bezüglich der Unmöglichkeit, besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen mit der „rule of reason“ zu rechtfertigen, eine verwandte Auffassung vertreten, die sowohl vom Gemeinschaftsrichter als auch vom amerikanischen Wettbewerbsrichter gebilligt zu werden scheint. In diesem Urteil hat der Gerichtshof ausgeführt: „Insoweit ist lediglich festzustellen, dass die ‚rule of reason‘, selbst wenn sie einen Platz im Rahmen von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages haben sollte, keinesfalls die Anwendung dieser Vorschrift im Fall eines Kartells ausschließen kann, an dem Hersteller, die fast den ganzen Gemeinschaftsmarkt innehaben, beteiligt sind und das Preisziele, die Einschränkung der Produktion und die Aufteilung des Marktes betrifft. Das Gericht hat also nicht dadurch einen Rechtsirrtum begangen, dass es annahm, dass jedenfalls die Offenkundigkeit der Zuwiderhandlung der Anwendung der ‚rule of reason‘ entgegenstehe“ (Randnr. 133).

82 — Es liegt auf der Hand, dass die Behauptungen von HB zur Nützlichkeit der Ausschließlichkeitsklauseln mehr Gewicht hätten und diese Nützlichkeit im Lichte von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages rechtfertigen könnten, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten des Marktes andere wären.

den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen⁸³.

C — Die streitigen Ausschließlichkeitsklauseln und Artikel 86 des Vertrages

90. Die Marktstellung eines Unternehmens kann dann als „beherrschend“ bezeichnet werden, wenn sie ihm erlaubt, einen wirksamen Wettbewerb zu verhindern und sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten⁸⁴. Erhebliche Marktanteile sind grundsätzlich vorbehaltlich besonderer Umstände Beweis für eine beherrschende Stellung⁸⁵.

91. Der Anteil von HB am irischen Markt für Speiseeis in Einzelverpackungen und zum sofortigen Verbrauch bewegt sich seit mehreren Jahren um 70 % und mehr. Dies

führt zusammen mit anderen Kriterien⁸⁶ notwendig zu dem Schluss, dass HB eine beherrschende Stellung auf diesem Markt einnimmt⁸⁷.

92. Die nach Artikel 86 verbotene missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung ist „ein objektiver Begriff, [der] die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung [erfasst], die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs ... durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen ... [W]ettbewerbs ... abweichen“⁸⁸. Einem Unternehmen in beherrschender Stellung ist es nicht erlaubt, „einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, indem es zu anderen Mitteln als denjenigen eines Leistungswettbewerbs greift“⁸⁹. Zur ordnungsgemäßen Anwendung des Artikels 86 vertritt der Gerichtshof die Auffassung, dass „der sachliche Anwendungsbereich der besonderen Verantwortung, die ein Unternehmen in beherrschender Stellung [trägt], anhand der spezifischen Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu ermitteln [ist], die eine Situation geschwächten Wettbewerbs erkennen [lassen]“⁹⁰. Zu den Ausschließlichkeitsverträgen wird in ständiger

83 — Wenn eine Marktabstottung festzustellen ist, die so weit geht, dass neue Speiseeislieferanten ohne Rücksicht auf die geographische Lage und die Herkunft der Erzeugnisse dieses Lieferanten keinen Zugang zu Verkaufsstellen mehr finden, scheint es mir wahrscheinlich zu sein, dass der innergemeinschaftliche Handel hierdurch beeinträchtigt wird. Diese Wettbewerbsbeschränkung erschwert den Zugang ausländischer Wettbewerber zum irischen Markt.

84 — Vgl. Urteile vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76 (United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207) und Hoffmann-La Roche/Kommission (zitiert in Fußnote 48).

85 — Vgl. Urteile Hoffmann-La Roche/Kommission (zitiert in Fußnote 48, Randnr. 41) sowie Urteile vom 3. Juli 1991 in der Rechtssache C-62/86 (AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, Randnr. 60) und vom 2. März 1994 in der Rechtssache C-53/92 P (Hilti/Kommission, Slg. 1994, I-667).

86 — Fehlen eines Wettbewerbers gleicher Größenordnung, Akzeptanz der Verbraucher, Kontrolle über einen Großteil der Verkaufsstellen, Zugang zum Know-how und andere Vorteile infolge ihrer Zugehörigkeit zum internationalen Konzern Unilever.

87 — Das erstinstanzliche irische Gericht ist ebenfalls zu dieser Schlussfolgerung gelangt.

88 — Vgl. Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission (zitiert in Fußnote 48, Randnr. 91).

89 — Vgl. Urteil AKZO/Kommission (zitiert in Fußnote 85, Randnr. 70).

90 — Vgl. Urteil vom 14. November 1996 in der Rechtssache C-333/94 P (Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Randnr. 24).

Rechtsprechung entschieden, dass „[e]in Unternehmen, das auf einem Markt eine beherrschende Stellung einnimmt und Abnehmer, sei es auch auf deren Wunsch, durch die Verpflichtung oder Zusage, ihren gesamten Bedarf oder einen beträchtlichen Teil desselben ausschließlich bei ihm zu beziehen, an sich bindet, ... seine Stellung ... missbräuchlich aus[nützt]“⁹¹.

93. Das Unternehmen HB schlägt Wiederverkäufern folgende Abmachung vor: Es bietet ihnen (ohne unmittelbare Gegenleistung von deren Seite) Kühltruhen an, deren Erwerbs- und Unterhaltungskosten es selbst übernimmt; es fordert, dass diese Kühltruhen ausschließlich für die Lagerung seiner eigenen Produkte verwendet werden. Damit bewegt es die Wiederverkäufer, die keine eigene Kühltruhe oder die eines anderen Lieferanten besitzen, mit ihm Lieferverträge mit Ausschließlichkeitsklausel abzuschließen. Ich habe bereits erläutert, dass Wiederverkäufer, die solche Vereinbarungen treffen, normalerweise nicht bereit sind, ihre Kühltruhen von HB durch solche eines anderen Lieferanten oder durch eigene zu ersetzen, und ebenso wenig daran denken, zusätzliche Kühltruhen aufzustellen⁹². Folglich werden die Verkaufsstellen, die solche Vereinbarungen treffen,

de facto ausschließliche Verkaufsstellen für die Produkte von HB. Meiner Analyse ist zu entnehmen, dass der Anteil dieser Verkaufsstellen ungewöhnlich hoch ist und 80 % der kleinen Geschäfte erreichen dürfte⁹³.

94. Dies verstärkt die beherrschende Stellung von HB und schwächt einen Wettbewerb, der ohnehin infolge der beherrschenden Stellung von HB bereits geschwächt ist, noch weiter. Ganz allgemein entspricht die streitige Politik von HB nicht den Bedingungen eines gesunden Wettbewerbs bei der Lieferung von Verbrauchsgütern. Es wird erstens schwierig für andere Lieferanten und Konkurrenten von HB, Zugang zu diesem Markt zu finden und ihre Stellung dort zu konsolidieren; zweitens wird so die Freiheit der Wiederverkäufer, ihre Lieferanten anhand der von diesen gebotenen Vorteile auszuwählen, beeinträchtigt, und drittens wird die Freiheit der Verbraucher eingeengt, die betreffenden Erzeugnisse wegen ihrer Qualität und ihres Preises auszusuchen. Auf keiner Marktebene ist mit anderen Worten der Wettbewerb bei Speiseeis in Einzelverpackungen und zum sofortigen Verbrauch von den Merkmalen dieser Erzeugnisse abhängig, sondern hängt davon ab, ob die betreffenden Verkaufsstellen de facto an HB gebunden sind oder nicht. Folglich bin ich der Auffassung, dass dieses Verhalten von HB den Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellt.

91 — Vgl. Urteile Hoffmann-La Roche/Kommission (zitiert in Fußnote 48, Randnr. 89) und AKZO/Kommission (zitiert in Fußnote 85, Randnr. 149). In seinem Urteil vom 1. April 1993 in der Rechtssache T-65/89 (BPB Industries und British Gypsum/Kommission, Slg. 1993, II-389, Randnr. 68) hat das Gericht entschieden, dass, „[w]enn ein Wirtschaftsteilnehmer wie im vorliegenden Fall eine starke Marktstellung innehat, der Abschluss von Alleinbezugsverträgen für einen erheblichen Teil der Umsätze eine nicht hinnehmbare Behinderung des Zugangs zu diesem Markt darstellt“.

92 — Vgl. Nrn. 74 und 75 dieser Schlussanträge.

95. Die Richtigkeit dieser Schlussfolgerung wird durch die Einwände von HB nicht entkräftet.

93 — Vgl. Nr. 73 dieser Schlussanträge.

96. HB bringt zunächst vor, dass der Abschluss von Verträgen über Kühltruhen, die eine Ausschließlichkeitsklausel enthielten, einer ständigen Praxis der Lieferanten auf dem betreffenden Markt entspreche, die sich nicht vom gesunden Wettbewerb abhebe, sondern im Gegenteil eine positive Auswirkung auf die Wettbewerbsbedingungen habe. Außerdem würde ein etwaiges Verbot dieser Verträge mit der Begründung, sie verstießen gegen Artikel 86 des Vertrages, HB zwingen, gegen ihre eigenen Interessen zu handeln, was nicht zulässig sei⁹⁴. HB beruft sich ferner auf das Urteil Bronner⁹⁵, aus dem sie ableitet, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung nicht verpflichtet sei, das Vertriebssystem für seine Produkte der Konkurrenz selbst gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts zu öffnen, weil erstens die Versagung des Zugangs nicht den Wettbewerb seitens des Unternehmens, das den Zugang verlange, verhindern solle, zweitens objektiv gerechtfertigt sei und drittens eine aktuelle oder potenzielle Ersatzlösung bereitstehe. Schließlich legt HB dar, dass zum einen die betreffenden Verträge die Wettbewerbsbedingungen nicht beeinträchtigten, weil sie ihr die Ausschließlichkeit nur für einen unbeträchtlichen Teil der Verkaufsstellen sicherten, und dass zum anderen ihr Verhalten auf jeden Fall objektiv gerechtfertigt sei.

97. Ich will nicht bestreiten, dass die Vereinbarungen über die Kühltruhen eine

gängige Geschäftspraktik auf dem betreffenden Markt darstellen und unter einem bestimmten Blickwinkel nützlich für die Vertragspartner sind. Das reicht indessen nicht aus, um diese Verträge von HB nicht als Verstoß gegen Artikel 86 des Vertrages zu betrachten; man könnte ihren Abschluss unter Umständen für Märkte mit normalen Wettbewerbsbedingungen akzeptieren, nicht aber, wenn wie im vorliegenden Fall der Wettbewerb gerade infolge der beherrschenden Stellung von HB bereits geschwächt ist. Im Übrigen entkräften die Darlegungen von HB nicht die in meiner Analyse getroffenen Feststellungen, insbesondere nicht die, dass die Verträge von HB über die Kühltruhen kein natürliches Funktionieren des Wettbewerbs zulassen, wie dies im Fall der Lieferung von Verbrauchsgütern erforderlich ist.

98. Ferner trifft es zwar zu, dass die vorgeschlagene Anwendung des Artikels 86 des Vertrages HB die Möglichkeit nehmen kann, alle mit ihrer Marktstellung verbundenen Vorteile zu nutzen, sie zwingt sie indessen nicht, gegen ihre eigenen Interessen zu handeln. Es ist völlig legitim, dass der Spielraum, über den ein Unternehmen bei seinen strategischen Entscheidungen verfügt, durch Artikel 86 eingeschränkt wird, weil ein Unternehmen in beherrschender Stellung stets eine besondere Verantwortung trägt, die ihr auferlegt, durch ihr Verhalten nicht das Wirken eines echten und unverfälschten Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt zu beeinträchtigen.

94 — HB beruft sich auf die Schlussanträge von Richter Kirschner, der in der Rechtssache Tetra Pak/Kommission (zitiert in Fußnote 90, Nr. 63) die Aufgaben des Generalanwalts wahrnahm. Er vertrat in seinen Schlussanträgen die Auffassung, dass ein Unternehmen, auch wenn es eine beherrschende Stellung habe, nicht gezwungen werden könne, seinen eigenen Interessen zu schaden.

95 — Urteil vom 26. November 1998 in der Rechtssache C-7/97 (Slg. 1998, I-7791).

99. Im Übrigen berühren die Schlussfolgerungen des Gerichtshofes im Urteil Bronner⁹⁶ und der Grundsatz der „unentbehrlichen Dienstleistungen“ die vorliegende Rechtssache nicht. Das Urteil Bronner betraf das Recht eines Mitbewerbers auf Zugang zum Vertriebsnetz eines anderen Wettbewerbers in beherrschender Stellung, wenn sich die Teilnahme an diesem Netz als unentbehrliche Dienstleistung für die Ausübung dieser Tätigkeit und für den Wettbewerb darstellt. Das Hauptproblem, das uns beschäftigt, liegt anders; es betrifft die Änderung der Wettbewerbsbedingungen durch eine Ausschließlichkeitsklausel, die Wiederverkäufern bei der Lieferung von Produkten als Bedingung für die Bereitstellung von Kühltruhen ohne unmittelbares Entgelt auferlegt wird. Das Problem der unentbehrlichen Dienstleistungen stellt sich im vorliegenden Fall nicht⁹⁷.

100. Was das Vorbringen von HB anlangt, dass nur ein geringer Teil der Wiederverkäufer durch Ausschließlichkeitsklauseln gebunden sei, weise ich darauf hin, dass die Kriterien, auf deren Grundlage HB seine Berechnungen anstellt und zu diesem Ergebnis gelangt, unzutreffend sind. Anscheinend bezieht HB in seine Analyse nicht die Wiederverkäufer ein, die nur Kühltruhen von HB besitzen, aber erklärt haben, sie seien aus rein persönlichen und geschäftlichen Gründen nicht am Verkauf von

Speiseeis einer anderen Marke interessiert. Wie ich bereits bei meiner Analyse des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages erläutert habe, ist davon auszugehen, dass alle Verkaufsstellen, in denen nur Kühltruhen von HB stehen, de facto wegen der Vereinbarungen über diese Kühltruhen an HB gebunden sind⁹⁸. Ich rufe in Erinnerung, dass nach den Angaben des vorlegenden Gerichts 80 % der kleinen irischen Geschäfte nur Speiseeis von HB verkaufen und ihre Produktpalette, selbst wenn sie dies möchten, nicht erweitern können, da sie Kühltruhen von HB aufgestellt haben.

101. Was das Vorbringen zur „objektiven Rechtfertigung“ des Verhaltens von HB betrifft, weise ich zunächst darauf hin, dass die Rechtsprechung diesen Begriff bei der Auslegung des Artikels 86 des Vertrages nicht ausdrücklich zu verwenden scheint. Trotzdem bin ich ganz einverstanden, dass sich schwerlich sagen ließe, dass ein objektiv gerechtfertigtes Geschäftsverhalten zugleich ein missbräuchliches Verhalten sein könnte⁹⁹. Die Rechtfertigung oder Nichtrechtfertigung der Verhaltensweise ist auf der Grundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu würdigen¹⁰⁰. Ein Unternehmen in beherrschender Stellung ist nicht berechtigt, den freien Wettbewerb unverhältnismäßigen Beschränkungen zu unterwerfen, auch wenn es dabei durchaus

96 — Zitiert in Fußnote 95.

97 — In der Rechtssache Bronner (zitiert in Fußnote 95) hatte ein Presseunternehmen in beherrschender Stellung ein Zustellungsnetz geschaffen, das einen Konkurrenten nicht daran hinderte, sein eigenes Vertriebsnetz aufzubauen. Außerdem hinderte dieses System die Wiederverkäufer nicht daran, andere Zeitungen zu kaufen und zu verkaufen. Demgegenüber hindert das von HB geschaffene Vertriebsnetz einschließlich der Ausschließlichkeitsklauseln zum einen die Konkurrenten an der Schaffung eines eigenen Netzes und zum anderen letztlich auch die Wiederverkäufer, sich mit Erzeugnissen einer anderen Marke einzudecken.

98 — Vgl. Nr. 84 dieser Schlussanträge.

99 — Unter diesem Blickwinkel erscheint der Begriff der objektiven Rechtfertigung als ein Gesichtspunkt, der bei der Feststellung zu berücksichtigen ist, ob das Verhalten von Unternehmen in beherrschender Stellung missbräuchlich ist oder nicht.

100 — Zum Sinn des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen des Artikels 86 vgl. die Analyse in den Schlussanträgen von Richter Kirschner, der in der Rechtssache Tetra Pak/Kommission (zitiert in Fußnote 90, Nrn. 67 bis 74) die Aufgaben des Generalanwalts wahrnahm. Diese Schlussanträge enthalten besonders nützliche Nachweise aus Rechtsprechung und Lehre.

legitime Ziele verfolgt. Was die streitigen Kühltruhenverträge betrifft, so bin ich der Meinung, dass die negativen Auswirkungen auf das Funktionieren des Marktes, die ich oben bereits als schwerwiegend eingestuft hatte, das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkungen und die hierauf beruhende Unmöglichkeit, die Bedingungen eines gesunden und normalen Wettbewerbs sicherzustellen, bewirken, dass das Verhalten von HB von vorneherein nicht zu rechtfertigen ist¹⁰¹. Aber selbst wenn man diese „Vermutung eines Missbrauchs“ nicht billigt, ist dieses Verhalten von HB doch objektiv nicht gerechtfertigt, weil es Hindernisse und Verzerrungen des freien Wettbewerbs verursacht, die über das verfolgte Ziel hinauschießen und für dessen Erreichung nicht notwendig sind¹⁰².

derverkäufer dazu anhält, mit ihm Verträge über die Lieferung von Kühltruhen ohne unmittelbares Entgelt, aber mit der Bedingung abzuschließen, dass diese Kühltruhen ausschließlich für die Lagerung von Erzeugnissen dieses Unternehmens verwendet werden, verletzt seine Pflichten nach Artikel 86 des Vertrages, wenn es angesichts der Besonderheiten des Marktes de facto eine große Anzahl von Verkaufsstellen an sich bindet und ferner einen bereits geschwächten Wettbewerb beeinträchtigt, indem es den Markt nicht unter Bedingungen eines gesunden Wettbewerbs funktionieren lässt.

VI — Die dritte Vorabentscheidungsfrage

102. Ich komme daher zu folgendem Ergebnis: Ein Unternehmen, das Speiseeis in Einzelverpackungen und zum sofortigen Verbrauch liefert, eine beherrschende Stellung auf dem Markt einnimmt und Wie-

103. Das vorlegende Gericht fragt, ob der Schutz des Eigentums, der durch Artikel 222 des Vertrages sichergestellt wird, es hindert, die streitigen Kühltruhenverträge von HB auf der Grundlage der Artikel 85 und 86 des Vertrages in Frage zu stellen.

101 — Ich möchte betonen, dass die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb eine Begrenzung aufweisen, die, wenn sie von einem Unternehmen in beherrschender Stellung überschritten wird, bewirkt, dass sein Verhalten als missbräuchlich und ungerechtfertigt gilt.

102 — HB bringt hierzu eine Reihe von Argumenten vor, die ich bereits im Rahmen meiner Analyse des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages untersucht habe. Sie ist insbesondere der Meinung, dass die streitigen Verträge eine bessere Förderung und Verfügbarkeit der Erzeugnisse sicherstellen, die Vertriebskosten senken, die geographische Verbreitung der Erzeugnisse erweitern, ein wirksames Funktionieren des Vertriebssystems erlauben, den Wiederverkäufern Kühltruhen zur Verfügung stellen, die sie sich sonst nicht leisten könnten, die Geschäftsvorgänge vereinfachen und erleichtern, weil die Kosten der Kühltruhe und der Erzeugnisse im Gesamtpreis für Speiseeis eingeschlossen sind, und die Eigentumsrechte von HB an den Kühltruhen sicherstellen.

Zu diesen Argumenten möchte ich bemerken, dass nicht nachgewiesen ist, dass die Lieferung einer Kühltruhe ohne unmittelbare Gegenleistung, aber mit Ausschließlichkeitsbindung das einzige und unerlässliche Mittel für die Erreichung dieser Ziele darstellt. Die Beseitigung der Ausschließlichkeit kann zu einer Veränderung des gesamten Systems der Kühltruhenvereinbarungen führen und allein unter geschäftlichem Blickwinkel eine weniger anziehende Lösung darstellen, vermeidet aber die sehr schwere Beeinträchtigung der Wettbewerbsbedingungen, die sich aus den streitigen Verträgen ergibt. Folglich verstoßen diese Verträge gegen Artikel 86 des Vertrages.

104. Diese Frage ist zu verneinen.

105. Das Eigentumsrecht ist bekanntlich nach den in den Verfassungen der Mitgliedstaaten verankerten Grundsätzen garantiert; diese grundlegenden nationalen Rechtsbestimmungen unterscheiden zwischen dem harten Kern des Rechts, dessen Beeinträchtigung grundsätzlich verboten ist, und der Ausübung des Rechts, die aus

Gründen des öffentlichen Interesses im Rahmen des hierzu Erforderlichen beschränkt werden kann¹⁰³. Unbestreitbar nehmen die Artikel 85 und 86 einen wichtigen Platz im System der Gemeinschaftsrechtsordnung ein und dienen dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs¹⁰⁴. Es ist daher nur zu verständlich, dass das Eigentumsrecht aufgrund der Artikel 85 und 86 des Vertrages Beschränkungen unterworfen ist, soweit diese erforderlich sind, um den Wettbewerb aufrechtzuerhalten. Artikel 222 des Vertrages kann in keinem Fall von den Wirtschaftsteilnehmern als Schutzschild verwendet werden, um der Anwendung der Artikel 85 und 86 zu entgehen.

harten Kern des Eigentumsrechts von HB an den Kühltruhen¹⁰⁵, sondern begrenzen die Vertragsklauseln von HB bezüglich der Art und Weise der Benutzung der den Wiederverkäufern gelieferten Kühltruhen, da diese Begrenzungen notwendig sind, um die Wettbewerbsbedingungen auf dem betreffenden Markt aufrechtzuerhalten. Dieses Unternehmen kann nach einem anderen Schutz seines Vermögens suchen¹⁰⁶, auch ohne Ausschließlichkeitsklauseln zu verwenden; eine Berufung auf Artikel 222 des Vertrages ist aber nicht möglich, um sich dem zu entziehen, was ordnungsgemäße Auslegung und Anwendung der Artikel 85 und 86 gebieten.

106. Im vorliegenden Fall beeinträchtigen die Artikel 85 und 86 des Vertrages, wie sie vorstehend ausgelegt wurden, nicht den

105 — Das wäre dann der Fall, wenn diese Artikel HB verpflichteten, es hinzunehmen, dass ihre Kühltruhen ohne eine Gegenleistung von konkurrierenden Lieferanten benutzt werden. So ist es aber im vorliegenden Fall nicht; HB geht seines Rechts auf Schutz seines Vermögens nicht verlustig, darf es aber nicht mit Hilfe von Verträgen versuchen, die gegen die Artikel 85 und 86 verstoßen.

106 — Sie kann z. B. die Kühlgeräte den Wiederverkäufern verkaufen oder vermieten. Ich habe bereits betont (Nr. 79 dieser Schlussanträge), dass der Entschluss von HB, die Kühltruhen ohne unmittelbare Gegenleistung, aber mit Ausschließlichkeitsklausel nicht das einzige Mittel zum Schutz ihrer Rechte darstellt, die sich aus dem Eigentum an den Kühltruhen ergeben, sondern eher eine Maßnahme der Geschäftsstrategie. Es lassen sich Methoden denken, um die Kosten der Investition in die Kühltruhen auch ohne Ausschließlichkeitsklausel zu decken.

HB behauptet jedoch, dass die Mietlösung wegen der Marktverhältnisse nicht realistisch sei, während der Weiterverkauf der Kühltruhen ihr einen Schaden zufüge. Selbst wenn man dies einräumt, entkräftet es nicht die Schlussfolgerung, zu der ich in meiner Analyse gekommen bin. Zum einen wird ein Wirtschaftsteilnehmer nicht deshalb, weil er seine Güter nicht wunschgemäß nutzen kann, um sein Vermögen gebracht oder der harte Kern seiner Eigentumsrechte beschädigt. Zum anderen rechtfertigt es keine abweichende Auslegung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, wenn er unter Umständen einen geschäftlichen Nachteil bei der Verwendung seines Vermögens hinnehmen muß; die Verantwortung für diesen Nachteil trifft alleine ihn selbst und geht auf seine Entscheidung zurück, eine Geschäftspolitik ins Werk zu setzen, die gegen die Wettbewerbsregeln verstößt.

103 — Vgl. Urteil vom 13. Dezember 1979 in der Rechtssache 44/79 (Hauer, Slg. 1979, 3727, Randnr. 18).

104 — Artikel 3 Buchstabe g EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe g EG) bestimmt, dass zur Tätigkeit der Gemeinschaft, um ihre Ziele zu erreichen, „ein System [gehört], das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“. Es liegt für mich auf der Hand, dass diese Tätigkeit — zu der auch die Anwendung der Artikel 85 und 86 gehört — einen der Aspekte des öffentlichen Gemeinschaftsinteresses bildet.

VII — Schlussfolgerungen

107. Folglich gestattet meine Analyse zu der zweiten und dritten Vorabentscheidungsfrage aus den zuvor dargelegten Gründen eine Antwort auf die vorgelegten gemeinschaftsrechtlichen Fragen, ohne dass das Problem der Rechtmäßigkeit und der Gültigkeit der Entscheidung 98/531 geprüft werden müsste. Meines Erachtens kann der Gerichtshof auf jeden Fall ohne weiteres davon Abstand nehmen, eine Antwort auf diese Fragen zu geben, wenn er der Auffassung sein sollte, dass das Ausgangsverfahren nicht entschieden werden kann, ohne dass die Gültigkeit der Entscheidung 98/531 geprüft worden wäre, was, wie ich mit Rücksicht auf die Besonderheit der Rechtssache dargelegt habe, das Gericht im Rahmen des bei ihm anhängigen Nichtigkeitsverfahrens tun wird. Sollte der Gerichtshof indessen auf dem Standpunkt stehen, dass die zweite und die dritte Vorabentscheidungsfrage zu beantworten und zugleich die Gültigkeit der Entscheidung 98/531 zu prüfen ist, beschränke ich mich hilfsweise auf den Hinweis, dass diese Entscheidung, prüft man sie unter dem Blickwinkel einer Rechtmäßigkeitskontrolle, wie sie im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 177 des Vertrages durchgeführt werden kann, zutreffend ist und die streitigen Kühltruhenvereinbarungen zwischen HB und den irischen Wiederverkäufern gegen die Artikel 85 und 86 des Vertrages verstoßen.

VIII — Ergebnis

Demgemäß schlage ich dem Gerichtshof folgende Antwort auf die erste Vorabentscheidungsfrage vor:

Das vorliegende Gericht ist nicht verpflichtet, das bei ihm anhängige Verfahren allein deshalb auszusetzen und die Beendigung des Nichtigkeitsverfahrens abzuwarten, weil beim Gericht eine Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung 98/531/EG der Kommission vom 11. März 1998 in einem Verfahren nach den

Artikeln 85 und 86 EG-Vertrag (Sachen IV/34.073, IV/34.395 und IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) [Bekanntgegeben unter Aktenzeichen K(1998) 292] erhoben worden ist. Eine solche Pflicht ist aber zu bejahen, wenn die Entscheidung des Ausgangsverfahrens voraussetzt, dass das vorlegende Gericht weiß, ob die betreffende Entscheidung gültig ist oder nicht, weil dieses Problem nicht dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) vorgelegt werden kann, sondern vom Gericht im Rahmen des bei ihm anhängigen Nichtigkeitsverfahren zu prüfen ist. Das vorlegende Gericht muss vermeiden, ein der Entscheidung 98/531 widersprechendes Urteil zu fällen, falls nicht diese Entscheidung durch das Gemeinschaftsgericht für nichtig erklärt worden ist.

Sollte der Gerichtshof eine Prüfung der zweiten und dritten Vorabentscheidungsfrage für erforderlich halten, schlage ich folgende Antworten vor:

Eine Vereinbarung oder Verhaltensweise wie die, um die es im Ausgangsverfahren geht, verstößt im Hinblick auf die rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten des relevanten Marktes dann gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 Absatz 1 EG), wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Sie verhindert gemeinsam mit ähnlichen Vereinbarungen und Verhaltensweisen auf diesem Markt *de facto* den Zugang anderer Wettbewerber zu einem besonders wichtigen Teil der bestehenden Verkaufsstellen und führt damit zu einer Marktabschottung; sie trägt zweitens spürbar zu dieser Abschottung bei, und diese Wettbewerbsbeschränkung ist drittens geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen.

Ein Unternehmen, das Speiseeis in Einzelverpackungen und zum sofortigen Verbrauch liefert, eine beherrschende Stellung auf dem Markt einnimmt und Wiederverkäufer dazu anhält, mit ihm Verträge über die Lieferung von Kühltruhen ohne unmittelbares Entgelt, aber mit der Bedingung abzuschließen, dass diese Kühltruhen ausschließlich für die Lagerung von Erzeugnissen dieses Unternehmens verwendet werden, verletzt seine Pflichten nach Artikel 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 EG), wenn es angesichts der Besonderheiten des Marktes *de facto*

eine große Anzahl von Verkaufsstellen an sich bindet und ferner einen bereits geschwächten Wettbewerb beeinträchtigt, indem es den Markt nicht unter Bedingungen eines gesunden Wettbewerbs funktionieren lässt.

Der Schutz des Eigentums, wie er durch Artikel 222 EG-Vertrag (jetzt Artikel 295 EG) gewährleistet ist, verbietet es nicht, dass Ausschließlichkeitsverträge wie diejenigen, über die das vorlegende Gericht zu entscheiden hat, als unvereinbar mit den Artikeln 85 Absatz 1 und 86 EG-Vertrag angesehen werden.