

URTEIL DES GERICHTS (Fünfte Kammer)

23. Oktober 2003 *

In der Rechtssache T-65/98

Van den Bergh Foods Ltd, früher HB Ice Cream Ltd, mit Sitz in Dublin (Irland),
Prozessbevollmächtigte: M. Nicholson und M. Rowe, Solicitors, Zustellungs-
anschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch W. Wils und
A. Whelan als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Englisch.

unterstützt durch

Masterfoods Ltd mit Sitz in Dublin (Irland), Prozessbevollmächtigter:
P. G. H. Collins, Solicitor, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

und durch

Richmond Frozen Confectionery Ltd, früher **Treats Frozen Confectionery Ltd**,
mit Sitz in Northallerton (Vereinigtes Königreich), Prozessbevollmächtigter:
I. S. Forrester, QC, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Streithelferinnen,

wegen Nichtigerklärung der 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)
(ABl. L 246, S. 1)

erlässt

**DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Fünfte Kammer)**

unter Mitwirkung des Präsidenten R. García-Valdecasas sowie der Richterin
P. Lindh und des Richters J. D. Cooke,

Kanzler: J. Plingers, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom
3. Oktober 2002

folgendes

Urteil

Sachverhalt

- 1 Mit der vorliegenden Klage wird die Nichtigkeitsklärung der 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) (ABL. L 246, S. 1, im Folgenden: angefochtene oder streitige Entscheidung) begehrt.

- 2 Die Van den Bergh Foods Ltd (im Folgenden: HB), eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Unilever-Gruppe, ist der Haupthersteller von Speiseeis in Irland, insbesondere von Kleineis in Einzelportionenpackungen. Sie stellt den Speiseeis-Wiederverkäufern seit mehreren Jahren „kostenlos“ oder gegen einen geringfügigen Mietzins in ihrem Eigentum verbleibende Kühltruhen unter der Bedingung zur Verfügung, dass sie ausschließlich für die Lagerung der von ihr gelieferten Speiseeiserzeugnisse benutzt werden („Ausschließlichkeitsklausel“). Nach dem Standardvertrag über die Kühltruhen kann dieser Vertrag beiderseits jederzeit unter Einhaltung einer Frist von zwei Monaten gekündigt werden. HB übernimmt die Wartung ihrer Kühltruhen auf eigene Kosten außer im Fall fehlender Sorgfalt des Wiederverkäufers.

- 3 Masterfoods Ltd (im Folgenden: Mars), eine Tochtergesellschaft der amerikanischen Firma Mars Inc., trat 1989 in den irischen Speiseeismarkt ein.

- 4 Im Sommer 1989 begannen zahlreiche Wiederverkäufer in ihren von HB bereitgestellten Kühltruhen Erzeugnisse von Mars aufzubewahren und zu präsentieren, woraufhin HB von ihnen die Einhaltung der Ausschließlichkeitsklausel verlangte.

- 5 Im März 1990 erhob Mars vor dem irischen High Court Klage u. a. auf Feststellung, dass die Ausschließlichkeitsklausel nach irischem Recht und nach den Artikeln 85 und 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 EG und 82 EG) nichtig ist. HB erhob daraufhin ihrerseits Klage mit dem Antrag, es Mars im Wege einer einstweiligen Verfügung zu verbieten, die Wiederverkäufer zu einer Verletzung der Ausschließlichkeitsklausel zu verleiten.

- 6 Im April 1990 erließ der High Court eine einstweilige Verfügung zugunsten von HB.

- 7 Am 28. Mai 1992 entschied der High Court über die Begründetheit der Klagen von Mars und HB. Er wies die Klage von Mars ab und erließ zugunsten von HB eine endgültige Verfügung, durch die er es Mars untersagte, die Wiederverkäufer zur Aufbewahrung ihrer Erzeugnisse in HB gehörenden Kühltruhen zu bewegen.

- 8 Mars legte hiergegen am 4. September 1992 Rechtsmittel zum irischen Supreme Court ein. Dieser setzte das Verfahren aus und legte dem Gerichtshof drei Fragen zur Vorabentscheidung vor (nachstehend Randnr. 30), über die dieser mit Urteil vom 14. Dezember 2000 in der Rechtssache C-344/98 (Masterfoods und HB, Slg. 2000, I-11369) entschied. Zum Zeitpunkt des vorliegenden Urteils ist das Verfahren vor dem Supreme Court immer noch anhängig.

- 9 Parallel zu diesen Verfahren reichte Mars am 18. September 1991 bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen HB eine Beschwerde gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste

Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABL. 1962, Nr. 13, S. 204) ein. Diese Beschwerde richtete sich dagegen, dass HB an eine große Zahl von Wiederverkäufern Kühltruhen lieferte, die allein für die Erzeugnisse der Marke HB benutzt werden durften (Tiefkühltruhenausschließlichkeit).

- 10 Am 22. Juli 1992 reichte Valley Ice Cream (Ireland) Ltd ebenfalls eine Beschwerde gegen HB bei der Kommission ein.

- 11 In der an HB gerichteten Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 29. Juli 1993 vertrat die Kommission die Auffassung, dass das Vertriebssystem dieses Unternehmens gegen die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag verstoße.

- 12 Auch wenn HB diesen Standpunkt zurückwies, schlug sie nach Gesprächen mit der Kommission doch Änderungen u. a. ihres Vertriebssystems vor, um eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag zu erreichen. Am 8. März 1995 meldete sie diese Änderungen bei der Kommission an, die in einer Pressemitteilung vom 10. März 1995 die Ansicht vertrat, dass die Änderungen auf den ersten Blick zu einer Freistellung von HB führen könnten. Am 15. August 1995 wurde eine Mitteilung gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* (ABL. C 211, S. 4) veröffentlicht.

- 13 Am 22. Januar 1997 übersandte die Kommission HB jedoch eine neue Mitteilung der Beschwerdepunkte, da sie der Meinung war, dass die Änderungen nicht zu dem erwarteten freien Zugang zu den Verkaufsstellen geführt hätten. HB nahm zu den Vorwürfen Stellung.

- 14 Am 11. März 1998 erließ die Kommission die streitige Entscheidung.

Die angefochtene Entscheidung

- 15 Die Kommission vertritt in der angefochtenen Entscheidung die Auffassung, dass die Vertriebsvereinbarungen von HB mit der Ausschließlichkeitsklausel nicht mit den Artikeln 85 und 86 EG-Vertrag vereinbar seien. Nach der Definition der Kommission ist der relevante Produktmarkt der für Speiseeis in Einzelportionspackungen zum sofortigen Verzehr, wobei der relevante geografische Markt Irland ist (Randnrn. 138 und 140). Die Kommission führt aus, dass die Stellung von HB auf dem relevanten Markt besonders stark sei, was u. a. durch ihren Marktanteil über viele Jahre belegt werde (nachstehend Randnr. 21). Diese Stärke werde weiter durch den Umfang des numerischen (79 %) und des gewichteten Vertriebes (94 %) der fraglichen HB-Erzeugnisse in den Monaten August und September 1995 sowie durch die notorische Bekanntheit der Marke und die Verbreitung und Beliebtheit des Sortiments dieses Unternehmens veranschaulicht. Die Stellung von HB auf diesem Markt werde außerdem durch die Stärke der Stellung von Unilever gefestigt, und zwar nicht nur auf den anderen Speiseeismärkten in Irland (Haushalts- und Gastronomieeis), sondern auch auf den internationalen Speiseeismärkten und den Märkten für Tiefkühlkost und Konsumgüter im Allgemeinen (Randnr. 141).
- 16 Die Vertriebsvereinbarungen von HB über die in den Verkaufsstellen aufgestellten Kühltruhen beschränkten insgesamt die Möglichkeit der eine solche Vereinbarung abschließenden Wiederverkäufer, in ihren Verkaufsstellen „Impuls“-Produkte von anderen, konkurrierenden Anbietern vorrätig zu halten und zum Verkauf anzubieten, wenn die einzige(n) Kühltruhe(n) für die Aufbewahrung von Kleineis in der Verkaufsstelle durch HB geliefert worden sei(en), wenn es unwahrscheinlich sei, dass die vorhandenen HB-Kühltruhen durch eine eigene Kühltruhe des Wiederverkäufers oder durch (eine) Kühltruhe(n) eines Konkurrenten ersetzt würden, und wenn es wirtschaftlich unrentabel sei, einen Platz für die Aufstellung einer zusätzlichen Kühltruhe bereitzustellen. Diese Beschränkung

habe zur Folge, dass konkurrierende Lieferanten vom Verkauf ihrer Produkte in solchen Verkaufsstellen ausgeschlossen seien und dadurch der Wettbewerb zwischen den Lieferanten auf dem relevanten Markt eingeschränkt werde (Randnr. 143). Die Kommission habe nicht die beschränkenden Wirkungen jeder einzelnen Kühltruhenvereinbarung in Betracht gezogen, sondern vielmehr die Wirkungen berücksichtigt, die durch die Kategorie von Vereinbarungen erzeugt würden, die die festgestellten Bedingungen erfüllten und einen identifizierbaren Teil des gesamten Netzes der HB-Kühltruhenvereinbarungen bildeten. Die Bewertung der beschränkenden Wirkungen dieses Teils des Netzes von HB gelte dann gleichermaßen für jede Vereinbarung, die zu diesem Teil gehöre. Die Bewertung dieser beschränkenden Wirkungen sei vor dem Hintergrund der Wirkungen aller ähnlichen Netze von Kühltruhenvereinbarungen getroffen worden, die von den anderen Speiseeislieferanten im relevanten Markt unterhalten würden, sowie im Licht anderer relevanter Marktbedingungen (Randnrn. 144 und 145)

- 17 Die Kommission hat die beschränkenden Wirkungen der HB-Vertriebsvereinbarungen quantifiziert, um deren Bedeutung aufzuzeigen. Sie führt dazu aus, die beschränkenden Wirkungen der Netze von Verträgen über die Lieferung von Tiefkühltruhen, die ausschließlich den Erzeugnissen des Lieferanten vorbehalten seien, ergäben sich aus der zwangsläufigen räumlichen Beschränktheit der Verkaufsstellen. Die durchschnittliche Anzahl der Kühltruhen in den Verkaufsstellen sei in der Marktstudie von Lansdowne Market Research Ltd aus dem Jahr 1996 (im Folgenden: Lansdowne-Studie) mit 1,5 ermittelt worden. Aus der Sicht der Wiederverkäufer wären in einer Verkaufsstelle 1,57 Kühltruhen in der Hochsaison optimal (Randnr. 147).
- 18 Nur ein kleiner Teil der Wiederverkäufer in Irland, nämlich 17 % nach der Lansdowne-Studie, habe Kühltruhen, für die keine Ausschließlichkeitsklausel gelte. Diese Geschäfte könnten als „freie“ Verkaufsstellen in dem Sinne bezeichnet werden, dass die Wiederverkäufer die Freiheit hätten, das Kleineis eines jeden Lieferanten vorrätig zu halten (Randnr. 148). Zu den übrigen Verkaufsstellen, d. h. 83 % nach der Lansdowne-Studie, in denen Lieferanten Tiefkühltruhen aufgestellt hätten, hätten andere Lieferanten keinen direkten Zugang für den Verkauf ihrer Erzeugnisse, wenn sie nicht vorher beträchtliche Hindernisse überwinden. Die Kommission weist darauf hin, dass „solche neuen Bewerber für die Verkaufsstelle von ihr ausgeschlossen [sind]. Obwohl dieser Ausschluss nicht in dem Sinne als absolut zu verstehen ist, dass der Wiederverkäufer vertraglich davon ausgeschlossen ist, die Produkte anderer Lieferanten zu verkaufen, kann die Verkaufsstelle als ausgeschlossen bezeichnet werden, da der Zugang zu ihr für konkurrierende Lieferanten sehr erschwert wird“ (Randnr. 149).

- 19 Nach der Feststellung der Kommission wurde(n) in etwa 40 % aller Verkaufsstellen des relevanten Marktes die einzige(n) in der Verkaufsstelle vorhandene(n) Kühltruhe(n) für die Vorratshaltung von Kleineis von HB geliefert (Randnr. 156). Die Kommission weist dabei auf Folgendes hin: „Ein Lieferant, der für den Absatz seiner Kleineiserzeugnisse Zugang zu einer Verkaufsstelle erhalten will (d. h. ein neuer Bewerber für die Verkaufsstelle), in der mindestens eine Kühltruhe mit Lieferanten-Ausschließlichkeit aufgestellt ist, kann dies nur erreichen, wenn diese Verkaufsstelle eine Kühltruhe ohne Ausschließlichkeitsklausel betreibt... oder wenn er den Wiederverkäufer überzeugen kann, entweder eine vorhandene Kühltruhe mit Ausschließlichkeit eines Lieferanten auszutauschen oder eine zusätzliche Kühltruhe neben der vorhandenen Kühltruhe mit Ausschließlichkeit eines Lieferanten aufzustellen“ (Randnr. 157). Auf der Grundlage der Lansdowne-Studie vertritt die Kommission die Ansicht (Randnrn. 158 bis 183), dass es wenig wahrscheinlich sei, dass die Wiederverkäufer eine dieser beiden Alternativen wählten, wenn sie eine (oder mehrere) Tiefkühltruhe(n) von HB besäßen, was zu der Schlussfolgerung führe, dass 40 % der betreffenden Verkaufsstellen faktisch an HB gebunden seien (Randnr. 184). Den anderen Lieferanten sei somit der Zugang zu diesen Verkaufsstellen verschlossen, was einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag darstelle.
- 20 Nach der streitigen Entscheidung können die Vereinbarungen mit der Ausschließlichkeitsklausel nicht nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag freigestellt werden, wenn sie nicht zu einer Verbesserung der Warenverteilung beitragen (Randnrn. 222 bis 238), den Verbraucher nicht angemessen am entstehenden Gewinn beteiligen (Randnrn. 239 und 240), zur Erreichung der genannten Vorteile nicht unerlässlich sind (Randnr. 241) und HB die Möglichkeit bieten, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil auf dem relevanten Markt auszuschalten (Randnrn. 242 bis 246).
- 21 Zur Anwendung von Artikel 86 EG-Vertrag hat die Kommission festgestellt, dass HB eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt innehat, weil sie über lange Zeit hinweg sowohl mengen- als auch wertmäßig einen Anteil von 75 % an diesem Markt gehalten habe (Randnrn. 259 und 261).
- 22 Die Kommission führt dazu aus: „HB nützt insofern ihre beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt aus..., als sie Wiederverkäufer, die keine von ihnen selbst angeschaffte(n) oder von einem anderen Speiseeislieferanten als HB be-

reitgestellte(n) Kühltruhe(n) zur Vorratshaltung von Speiseeis haben, veranlasst,... mit ihr Kühltruhenvereinbarungen auf Ausschließlichkeitsbasis abzuschließen. Zu diesem Zweck bietet HB dem Wiederverkäufer an, die Kühltruhen zu liefern und zu unterhalten, ohne dass diesem dadurch direkte Kosten entstehen“ (Randnr. 263).

23 Mit der streitigen Entscheidung

- stellt die Kommission fest, dass die Ausschließlichkeitsklausel in den zwischen HB 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 HB gelieferte Kühltruhe(n) verfügen, nicht aber über eine oder mehrere selbst angeschaffte oder von anderen Speiseeisherstellern als HB bereitgestellte Kühltruhe(n), eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt (Artikel 1 des verfügenden Teils),

- lehnt den Antrag von HB auf eine Freistellung der in Artikel 1 beschriebenen Ausschließlichkeitsklausel gemäß Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag ab (Artikel 2 des verfügenden Teils),

- stellt fest, dass das Verhalten von HB, Wiederverkäufer in Irland, die keine selbst angeschaffte(n) oder von anderen Speiseeislieferanten als HB bereitgestellte(n) Kühltruhe(n) aufgestellt haben, dadurch zum Abschluss von Kühltruhenvereinbarungen mit Ausschließlichkeitsklausel zu bewegen, dass das Unternehmen ihnen anbietet, zur Vorratshaltung von Einzelportionspackungen von Impuls-Speiseeis eine oder mehrere Kühltruhen ohne direkte Inrechnungstellung zu liefern und zu warten, gegen Artikel 86 EG-Vertrag verstößt (Artikel 3 des verfügenden Teils),

- fordert HB auf, die in den Artikeln 1 und 3 aufgeführten Zuwiderhandlungen unverzüglich abzustellen und von Maßnahmen von gleicher Zweckbestimmung oder Wirkung abzusehen (Artikel 4 des verfügenden Teils),

- und innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe dieser Entscheidung alle Wiederverkäufer, mit denen derzeit Kühltruhenvereinbarungen bestehen, die nach Artikel 1 gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag verstoßen, über den vollständigen Wortlaut der Artikel 1 und 3 in Kenntnis zu setzen und ihnen mitzuteilen, dass die betreffenden Ausschließlichkeitsklauseln nichtig sind (Artikel 5 des verfügenden Teils).

Verfahren und Anträge der Parteien

- 24 HB hat mit Klageschrift, die am 21. April 1998 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, gemäß Artikel 173 Absatz 4 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 230 Absatz 4 EG) eine Klage auf Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung erhoben.
- 25 HB hat mit gesondertem Schriftsatz, der am selben Tag bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, nach Artikel 185 EG-Vertrag (jetzt Artikel 242 EG) ebenfalls beantragt, die Durchführung dieser Entscheidung auszusetzen, bis das Gericht in der Sache entschieden hat.
- 26 Mars und Treats Frozen Confectionery Ltd, jetzt Richmond Frozen Confectionery Ltd (im Folgenden: Richmond), haben mit Schriftsätzen, die am 29. April bzw. 8. Mai 1998 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen sind, beantragt, im vorliegenden Verfahren als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen zu werden.

- 27 Die Streithilfeanträge sind den Parteien des Ausgangsverfahrens gemäß Artikel 116 Absatz 1 der Verfahrensordnung des Gerichts zugestellt worden.
- 28 Mit Fernkopie, die am 13. Mai 1998 bei der Kanzlei eingegangen ist, hat HB erklärt, gegen den Streithilfeantrag von Mars keine Einwände zu erheben, hat sich aber einer Streithilfe von Richmond mit der Begründung widersetzt, dass diese kein ausreichendes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits habe. HB hat beantragt, den Beteiligten, die ihre Zulassung als Streithelfer beantragt haben, nur eine bereinigte Fassung der Klageschrift und der angefochtenen Entscheidung zu übermitteln. Zu diesem Zweck hat sie die Angaben aufgeführt, die nach ihrer Ansicht geheim oder vertraulich sind.
- 29 Mit getrennten Schriftsätzen, die am 14. Mai 1998 bei der Kanzlei eingegangen sind, hat die Kommission erklärt, gegen die beiden Streithilfeanträge keine Einwände zu erheben. Gegen den Antrag der Klägerin auf vertrauliche Behandlung hat sie am 18. Mai 1998 verschiedene Vorbehalte angemeldet.
- 30 Der Supreme Court hat mit Beschluss vom 16. Juni 1998, beim Gerichtshof eingegangen am 21. September 1998, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) drei Fragen nach der Auslegung der Artikel 85, 86 und 222 EG-Vertrag (jetzt Artikel 295 EG) zur Vorabentscheidung vorgelegt. Diese Rechtssache ist unter der Nummer C-344/98 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.
- 31 Der Präsident des Gerichts hat mit Beschluss vom 7. Juli 1998 in der Rechtssache T-65/98 R (Van den Bergh Foods/Kommission, Slg. 1998, II-2641) den Vollzug der angefochtenen Entscheidung bis zur Verkündung des Endurteils des Gerichts in der vorliegenden Sache ausgesetzt und die Entscheidung über die Kosten vorbehalten.

- 32 Mit Beschluss des Präsidenten der Fünften Kammer des Gerichts vom 2. März 1999 sind Mars und Richmond als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen worden. Mit demselben Beschluss ist den Anträgen von HB auf vertrauliche Behandlung teilweise stattgegeben worden. Eine nichtvertrauliche Fassung der Verfahrensakten ist den Streithelferinnen zugestellt worden.
- 33 Mit Beschluss vom 28. April 1999 hat der Präsident der Fünften Kammer des Gerichts gemäß Artikel 47 Absatz 3 der EG-Satzung des Gerichtshofes das Verfahren in der vorliegenden Sache bis zur Verkündung des Urteils des Gerichtshofes in der Rechtssache C-344/98 ausgesetzt.
- 34 Der Gerichtshof hat am 14. Dezember 2000 das Urteil Masterfoods und HB erlassen. Mit Schreiben des Kanzlers vom 1. Februar 2001 sind die Parteien aufgefordert worden, zu den Folgen dieses Urteils für die vorliegende Rechtssache Stellung zu nehmen. Die Kommission und HB haben ihre Erklärungen am 15. bzw. 27. Februar 2001 bei der Kanzlei eingereicht. Mars hat am 13. März 2001 bei der Kanzlei ihren Streithilfeschriftsatz in der vorliegenden Rechtssache eingereicht, in dem sie auch zu den Folgen des Urteils des Gerichtshofes Stellung nimmt. Richmond hat auf die Einreichung eines Streithilfeschriftsatzes verzichtet.
- 35 Das Gericht (Fünfte Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen.
- 36 Die Beteiligten haben in der Sitzung vom 3. Oktober 2002 mündlich verhandelt und die Fragen des Gerichts beantwortet.

37 HB beantragt,

- die angefochtene Entscheidung insgesamt für nichtig zu erklären;
- hilfsweise, diejenigen Stellen der angefochtenen Entscheidung für nichtig zu erklären, die das Gericht für rechtswidrig oder unbegründet hält;
- der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

38 Die Kommission beantragt,

- die Klage als unbegründet abzuweisen;
- HB die Kosten aufzuerlegen.

39 Mars beantragt,

- die Klage als unbegründet abzuweisen;

— HB die Kosten von Mars aufzuerlegen.

40 In der Sitzung hat Richmond beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— HB die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

41 HB trägt zur Stützung ihres Antrags auf Nichtigerklärung sieben Klagegründe vor: erstens offenkundige Fehler bei der Beurteilung des Sachverhalts, die angeblich zu Rechtsfehlern geführt haben, zweitens Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag, drittens Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag, viertens Verstoß gegen Artikel 86 EG-Vertrag, fünftens Verstoß gegen die Eigentumsrechte wegen Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze und Artikel 222 EG-Vertrag, sechstens Verstoß gegen Artikel 190 EG-Vertrag (jetzt Artikel 253 EG) und siebtens Verstoß gegen die fundamentalen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und Verletzung wesentlicher Formvorschriften. Nach Ansicht des Gerichts sind der erste und der zweite Klagegrund zusammen zu prüfen.

Erster und zweiter Klagegrund: offenkundige Fehler bei der Beurteilung des Sachverhalts und Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag

Vorbringen der Parteien

- 42 HB macht geltend, die angefochtene Entscheidung weise offenkundige Fehler bei der Beurteilung des Sachverhalts auf, die zu Rechtsfehlern geführt hätten. Die Parteien seien nicht über den Sachverhalt uneins, sondern über die daraus zu ziehenden Folgerungen.
- 43 Die Tiefkühltruhenausschließlichkeit sei keine Vertriebsbindung der Verkaufsstelle (Randnr. 84 der angefochtenen Entscheidung), da die Wiederverkäufer den Vertrag mit HB kündigen oder andere Tiefkühltruhen, die nicht HB gehörten, neben denen von HB aufstellen könnten, wenn neue attraktive Erzeugnisse angeboten würden oder wenn sie mit dem Sortiment von HB oder dem Umfang der Betreuung nicht zufrieden seien. Nach dem Urteil des Gerichts vom 8. Juni 1995 in der Rechtssache T-7/93 (Langnese-Iglo/Kommission, Slg. 1995, II-1533) sei die Dauer einer vertraglichen Bindung für die Beurteilung des Grads der Abschottung eines Marktes von entscheidender Bedeutung. Die Tiefkühltruhenvereinbarungen von HB gälten nicht für einen unbegrenzten Zeitraum, da die Wiederverkäufer sie jederzeit kündigen könnten. Die Tatsache, dass die Tiefkühltruhen von HB selten ausgetauscht würden, beweise lediglich, dass die Wiederverkäufer, die diese Truhen hätten, damit zufrieden seien, nicht aber, dass die Verkaufsstellen gebunden seien.
- 44 Allen Beweisen zufolge habe sich die ganz überwiegende Mehrheit der Wiederverkäufer, die nach Ansicht der Kommission aufgrund der HB-Tiefkühltruhenausschließlichkeit abgeschottet würden, in Wirklichkeit ausdrücklich hierfür statt für irgendein anderes Angebot der Aufbewahrung und des Verkaufs von Kleineis entschieden. Infolgedessen sei der Schluss der Kommission unzulässig, dass die Ausschließlichkeitsklausel bei Tiefkühltruhen unter Verstoß gegen Artikel 85 und 86 EG-Vertrag zu einer Abschottung des relevanten

Marktes führe. Die Kommission habe einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Ausschließlichkeitsregelung für HB-Tiefkühltruhen und der Beliebtheit von HB-Erzeugnissen in dem Sinne, dass er sich in dem nur begrenzten Eindringen von Konkurrenzprodukten in den relevanten Markt zeige, nicht nachgewiesen. Die Wiederverkäufer wären nämlich bereit, neue Produkte zu beziehen, wenn eine entsprechende Nachfrage der Verbraucher bestände. Die Tatsachen sprächen jedoch dafür, dass der Grund, warum die Konkurrenten von HB nur wenig in den Markt eingedrungen seien, nicht eine eventuelle Abschottung des Marktes aufgrund der Ausschließlichkeitsklausel sei, sondern die fehlende Attraktivität der Konkurrenzprodukte für die Verbraucher.

45 Die Kommission habe die Frage der Marktabschottung falsch beurteilt. Sie hätte nämlich die Verkaufsstellen, die aufgrund einer Vertriebsvereinbarung keinerlei Entscheidungsfreiheit hätten, von denjenigen unterscheiden müssen, die in ihren geschäftlichen Entscheidungen frei seien und diese Freiheit nach Abwägung der Vorzüge der bestehenden Konkurrenzangebote auch ausgeübt hätten. Nur die Ersteren könnten als abgeschottet angesehen werden. Die Kommission habe nämlich unterstellt, dass Verkaufsstellen, die nur HB-Tiefkühltruhen hätten, unabhängig von ihrer Zahl, abgeschottet seien. HB versuche nicht, den angeblichen absoluten Gebietsschutz oder irgendeine andere angebliche Wettbewerbsbeschränkung im vorliegenden Fall zu rechtfertigen, sondern wolle vielmehr darauf hinweisen, dass allen Beweisen zufolge der Grund für das nur geringe Eindringen ihrer Konkurrenten in den Markt die Tatsache sei, dass HB die Bedürfnisse der Wiederverkäufer und Verbraucher zufriedenstelle. Die Kommission habe sich nicht um andere Erklärungen für das begrenzte Scheitern der Konkurrenten von HB bemüht.

46 Noch etwas anderes zeige, dass die Begründung der Kommission für die Abschottung des relevanten Marktes Fehler enthalte. Wenn es eine „Bindung“ aufgrund der Tiefkühltruhenvereinbarungen zwischen HB und den Wiederverkäufern gäbe, wäre zu berücksichtigen, dass der Grad der Marktabschottung nicht, wie in der Lansdowne-Studie behauptet, 40 %, sondern höchstens 6 % betrage. Bei der Berechnung des Grads der Abschottung des relevanten Marktes

müssten nach Ansicht von HB, die sich hierbei auf verschiedene Daten und die Lansdowne-Studie stützt, jedenfalls folgende drei Arten von Verkaufsstellen außer Betracht bleiben:

- die Verkaufsstellen mit wenigstens zwei HB-Tiefkühltruhen, die zwangsläufig über den nötigen Platz verfügten und für die eine zweite Truhe rentabel sei (d. h. 6 % der Verkaufsstellen);

- die Verkaufsstellen, deren Inhaber nicht daran interessiert seien, eine andere Eismarke als HB vorrätig zu halten, da es in diesem Fall keine hinreichende ursächliche Verknüpfung zwischen der Praxis der Bereitstellung von HB-Tiefkühltruhen und den gescheiterten Bemühungen der Konkurrenz um Zutritt zu dem Markt gebe (d. h. 27 % der Verkaufsstellen);

- die Verkaufsstellen, deren Inhaber daran interessiert seien, andere Speiseeismarken als HB vorrätig zu halten, und eine andere Truhe aufstellen oder die Truhe von HB durch zwei kleinere oder durch eine eigene ersetzen könnten (d. h. 2 % bis 5 % der Verkaufsstellen).

47 Bei der Berechnung des Grads der Marktabschottung dürften daher nur die Verkaufsstellen berücksichtigt werden, deren Inhaber die Marke wechseln wollten, dies aber nicht könnten. Daher sei der Ansatz in der angefochtenen Entscheidung in Bezug auf Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag unzulässig vereinfachend und stehe im Widerspruch zu dem Recht, wie es sich in den letzten Jahren entwickelt habe. Zudem überbewerte die Kommission die Platznot der Wiederverkäufer.

- 48 Zudem macht HB geltend, ihre Berechnung der tatsächlichen Marktabschottung werde durch weitere Daten zur Dynamik des relevanten Marktes gestützt. Auf dem relevanten Markt hätten sich zumindest fünf Unternehmen engagiert, und andere, darunter auch Neulinge auf dem Markt, hätten — sowohl absolut als auch gewichtet — ein ordentliches Vertriebsniveau erreicht.
- 49 Die Schlussfolgerung in der angefochtenen Entscheidung sei falsch, dass die Bereitstellung von Tiefkühltruhen aufgrund einer Ausschließlichkeitsklausel ein finanzielles Hindernis für den Eintritt oder die Expansion der Lieferanten sei und die Kosten des Zugangs der Mitbewerber zum relevanten Markt erhöhe, weil die Neulinge ebenfalls Tiefkühltruhen liefern und unterhalten müssten. Nach Ansicht von HB ist diese Praxis erforderlich, damit ihre Mitbewerber für die Aufbewahrung ihrer Erzeugnisse nicht Tiefkühltruhen von HB benutzen, statt in eigene Tiefkühltruhen zu investieren.
- 50 Die Lieferung von Tiefkühltruhen an die irische Kleineisindustrie gegen einen getrennten Mietzins würde Anforderungen an ihre logistischen und anderen Ressourcen stellen, die sich nicht in Geld ausdrücken ließen. Zudem wäre HB wettbewerbsmäßig benachteiligt, da sie Tiefkühltruhen in ihrer Buchhaltung führen müsste, die nicht nur für ihre eigenen Aktivitäten, sondern auch für die Aktivitäten ihrer Händler und Konkurrenten bestimmt wären.
- 51 HB bestreitet die Behauptung der Kommission in Randnummer 198 der angefochtenen Entscheidung, wonach der Preiswettbewerb wahrscheinlich beeinträchtigt sei, da der Wettbewerb bei Impulsprodukten weitgehend innerhalb der Verkaufsstelle stattfinde und daher der Wettbewerb zwischen den Marken in den Verkaufsstellen, die nur eine dieser Marken anböten, gering sei. HB weist darauf hin, dass jedenfalls 24 % der Verkaufsstellen zwei Eismarken vorrätig hielten.

- 52 Eine unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes zutreffende Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag verlange die Anwendung der rule of reason (Vernunftsregel). Zu unterscheiden sei nämlich zwischen Handlungs- und Wettbewerbsbeschränkungen. Jede Vereinbarung führe zwar zwangsläufig zu einer gewissen Handlungsbeschränkung, die aber nicht unbedingt eine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge habe. Daher sei klar, dass die Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag zwangsläufig eine qualitative Beurteilung einer bestimmten Handlungsbeschränkung verlange.
- 53 Bei einer auf die rule of reason gestützten Prüfung sei Artikel 85 EG-Vertrag auf Tiefkühltruhenvereinbarungen mit Wiederverkäufern nicht anwendbar, da die Ausschließlichkeitsklausel offenkundig erforderlich sei, damit HB sämtliche Vorteile des Systems ausnutzen könne. Zudem beschränke diese Klausel den Wettbewerb nicht unverhältnismäßig. Die Ausschließlichkeit beziehe sich nur auf die Tiefkühltruhen, und die Vereinbarung selbst könne jederzeit gekündigt werden (vorstehend Randnr. 43). Der Gerichtshof habe in seinem Urteil vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 161/84 (Pronuptia, Slg. 1986, 353) gezeigt, dass es bei der Entscheidung über die eventuelle Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag um verschiedene Ausgestaltungen des Vertriebes, in diesem Fall um Vertriebsfranchising, gehen könne. Im Gemeinschaftsrecht sei auch seit langem anerkannt, dass bei der Prüfung der Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag auf einen konkreten Fall der Art des von der Vereinbarung erfassten Erzeugnisses Rechnung getragen werden müsse (Urteil des Gerichtshofes vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65, Société Technique Minière, Slg. 1966, 282, 306).
- 54 In der streitigen Entscheidung sei anerkannt, dass das System der kostenlosen Lieferung von Tiefkühltruhen sowohl für den Wiederverkäufer als auch für den Lieferanten vorteilhaft (Randnr. 224) und in Europa weit verbreitet sei (Randnr. 21). Die Ausschließlichkeitsklausel verleihe den Wiederverkäufern keine Gebietsausschließlichkeit und beeinträchtige nicht den Zugang von Mars oder anderen Wettbewerbern zum relevanten Markt. Die Ausschließlichkeitsklausel falle daher nicht unter Artikel 85 Absatz 1, da Beschränkung durch sie ein Nebenzweck sei. Dies entspreche auch dem Standpunkt des High Court in den Randnummern 141 bis 146 und 221 bis 229, insbesondere 222 des genannten

Urteils Masterfoods und HB. HB verweist weiter auf den Bericht der britischen Monopol- und Fusionskommission vom März 1994 zur Frage des Monopols auf dem Markt für Kleineis im Vereinigten Königreich sowie auf verschiedene Urteile von Gerichten der Vereinigten Staaten von Amerika, wo die Bestimmungen über die Ausstattung der Verkaufsstellen anders verstanden worden seien als von der Kommission in der streitigen Entscheidung.

55 Selbst wenn die rule of reason keine Anwendung fände, fielen die Ausschließlichkeitsklausel trotz des in der angefochtenen Entscheidung zum Ausdruck kommenden Versuchs, eine künstlich weit gefasste Kategorie von abgeschotteten Verkaufsstellen zu bilden, auch nach quantitativen Kriterien nicht unter Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag. Das Urteil des Gerichtshofes vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89 (Delimitis, Slg. 1991, I-935) und das genannte Urteil Langnese-Iglo/Kommission verlangten eine eingehende Prüfung der Frage, wie frei zugänglich der Markt sei, um entscheiden zu können, ob eine einzelne Vereinbarung oder ein Bündel von Vereinbarungen ihn so stark abschotte, dass er unter Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag falle. Nach den Urteilen Delimitis und Langnese-Iglo/Kommission müssten zwei Bedingungen erfüllt sein, um einen Markt als offen ansehen zu können: Zum einen müsse ein Zugang zu einer Mindestanzahl von Verkaufsstellen bestehen, die für eine rentable Verwaltung eines Vertriebssystems erforderlich sei, und zum anderen müssten die Wettbewerber in gewissem Umfang ihre Tätigkeit ausdehnen, d. h. ihren Marktanteil vergrößern können. HB führt dazu aus: „Wenn der Markt frei zugänglich ist, so dass Neulingen der Zutritt nicht verwehrt ist, d. h., wenn wirkliche konkrete Chancen für den Marktzutritt bestehen, liegt keine Abschottung vor, die Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag ins Spiel bringen könnte.“ Zudem dürfe die Bedeutung des Netzes gleichartiger Verträge in dem betreffenden Wirtschaftszweig nicht übertrieben werden, denn diese sei nur „ein Kriterium unter anderen“.

56 Bei der Frage, ob der Zugang zum Markt verschlossen und dies hinnehmbar sei, müsse das Gericht von der Tatsache ausgehen, dass Mars oder jeder andere Wettbewerber bereit sei, in vergleichbarer Weise in Tiefkühltruhen zu investieren wie die anderen Marktteilnehmer. Dies folge aus Randnummer 21 des Urteils Delimitis, wonach zunächst andere Strategien der Marktdurchdringung zu be-

rücksichtigen seien, bevor der Schluss gezogen werden könne, dass einem Wettbewerber der Zugang zum Markt in unangemessener Weise verwehrt sei.

- 57 Der relevante Markt sei unter Zugrundelegung des quantitativen Kriteriums nicht abgeschottet. Was erstens die Dauer der Beschränkung angehe, so sei im Urteil Langnese-Iglo/Kommission festgestellt worden, dass die fraglichen Vereinbarungen für fünf Jahre geschlossen worden seien und im Durchschnitt eine Laufzeit von zweieinhalb Jahren gehabt hätten, während die Tiefkühltruhenverträge jederzeit kündbar seien (vorstehend Randnr. 43).
- 58 Zweitens habe das Gericht im Urteil Langnese-Iglo/Kommission seine Ansicht über die Wirkungen der fraglichen Vereinbarungen auf die Tatsache gestützt, dass diese Vereinbarungen die konkurrierenden Lieferanten von den in Betracht kommenden Verkaufsstellen vollständig ausgeschlossen hätten. Dagegen habe die Ausschließlichkeitsklausel, die die Tiefkühltruhen betreffe, nicht diese Wirkung. Ein Wettbewerber könne nämlich einen Wiederverkäufer von den Vorzügen seiner Waren überzeugen und damit Zugang zu dessen Verkaufsstelle erhalten.
- 59 Drittens habe das Gericht in Randnummer 105 des Urteils Langnese-Iglo/Kommission ein zweigliedriges Kriterium auf der Grundlage eines Bindungsgrads von 30 % angewandt, um zu entscheiden, ob bestimmte Vereinbarungen den Markt abschotten. Die quantitativen Kriterien, die im Urteil Langnese-Iglo/Kommission für die Verkaufsstättenausschließlichkeit aufgestellt worden seien, müssten daher umgewandelt werden, um sie auf die Kühltruhenausschließlichkeit anwenden zu können. Für diese Umwandlung sei es am besten, sich auf den Teil der Wiederverkäufer zu konzentrieren, die nur eine Tiefkühltruhe von HB und keinen Platz für eine weitere hätten oder die Investition in eine Tiefkühltruhe für wirtschaftlich nicht rentabel hielten. Nach der Lansdowne-Studie sei es für 47 % der Verkaufsstellen, die für mehr als 80 % des Gesamtumsatzes bei Eis ständen, rentabel, eine im Eigentum des Wiederverkäufers stehende Tiefkühltruhe anzuschaffen.

- 60 Die Kommission habe daher keinen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Ausschließlichkeitsklausel für Tiefkühltruhen und den Problemen der Lieferanten oder Marktneulinge hinsichtlich des Marktzugangs nachweisen können. Da der Markt nicht abgeschottet im Sinne der Kriterien des genannten Urteils Langnese-Iglo/Kommission sei, brauche nicht in einem zweiten Schritt geprüft zu werden, wie weit sich die streitigen Vereinbarungen auf die Abschottung des relevanten Marktes insgesamt auswirkten. Das Urteil Langnese-Iglo/Kommission spreche nämlich dafür, dass die Kommission die wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände darlegen müsse, die ihrer Meinung nach zu einer bedeutsamen Abschottung des Eismarktes führten.
- 61 Die Kommission, unterstützt von den Streithelferinnen, sieht in der Ausschließlichkeitsklausel einen Verstoß gegen Artikel 85 EG-Vertrag, da sie die Freiheit der Wiederverkäufer einschränke und den Zugang zum Markt behindere. Diese Klausel wirke wie eine faktische Bindung für zwei Arten von Wiederverkäufern, nämlich diejenigen, „die eine weitere Tiefkühltruhe aufstellen könnten oder die eine bestehende Tiefkühltruhe austauschen könnten“. In der streitigen Entscheidung sei aufgezeigt worden, dass die Wiederverkäufer einer weiteren Tiefkühltruhe aus Platzgründen zurückhaltend gegenüberständen, da der Platz für die Lagerung anderer Waren verwendet werden könnte. Außerdem sei in der Entscheidung dargetan worden, dass die Wiederverkäufer, die keinen Platz hätten, aber eine vorhandene Kühltruhe entweder gegen die eines anderen Lieferanten oder eine eigene Kühltruhe austauschen könnten, wenig Lust hätten, dies zu tun, da dies mit zusätzlichen Verpflichtungen verbunden wäre, z. B. für die Wiederverkäufer, die eine eigene Truhe kauften, mit Unterhalt und Wartung der Truhe, oder aber mit dem Verlust der HB-Erzeugnisse, wenn die Wiederverkäufer eine Truhe eines anderen Herstellers aufstellten.
- 62 Die eigentliche Frage, die das Gericht entscheiden müsse, sei, ob die Kommission ihre Schlussfolgerung in Randnummer 143 der streitigen Entscheidung hinreichend bewiesen habe, dass diese „Beschränkung zur Folge [hat], dass konkurrierende Lieferanten vom Verkauf ihrer Produkte an solche Verkaufsstellen ausgeschlossen sind und dadurch der Wettbewerb zwischen den Lieferanten auf dem relevanten Markt eingeschränkt wird“. Die Kommission meint, in der angefochtenen Entscheidung ausführlich die Schwierigkeiten dargelegt zu haben, denen sich die Wiederverkäufer gegenübersehen, die andere Eismarken kaufen wollten.

- 63 Die angefochtene Entscheidung solle lediglich die geschäftliche Entscheidungsfreiheit der Wiederverkäufer sicherstellen und den konkurrierenden Herstellern einen Wettbewerb auf der Grundlage der Qualität ihrer Waren erlauben. In Wirklichkeit gehe es um die Frage, ob die Wiederverkäufer, die für die Aufstellung der Tiefkühltruhen in ihren Geschäften letzten Endes bezahlten, die Freiheit hätten, dort Eis der Marke ihrer Wahl aufzubewahren. Die angefochtene Entscheidung habe das Dilemma aufgezeigt, in dem der Wiederverkäufer stecke, der Eis verschiedener Marken vorrätig halten wolle. Wenn er eine zusätzliche Tiefkühltruhe aufstellen oder den Verkauf von HB-Erzeugnissen einstellen müsse, um Eis einer anderen Marke als HB verkaufen zu können, werde er zum Verkauf anderer Marken kaum bereit sein. Infolgedessen sei die Verkaufsstelle jeder konkurrierenden Marke verschlossen, unabhängig von der Qualität des Erzeugnisses. Das Dilemma sei genau das gleiche wie das, das in Randnummer 108 des Urteils Langnese-Iglo/Kommission und dem Urteil des Gerichts vom 8. Juni 1995 in der Rechtssache T-9/93 (Schöller/Kommission, Slg. 1995, II-1611, Randnr. 84) dargestellt worden sei. Das Gericht habe in diesen Urteilen der Kommission Recht gegeben, indem es festgestellt habe, dass es sich bei einer Ausschließlichkeitsklausel für Tiefkühltruhen „um einen Faktor handelt, der zur Erschwerung des Marktzutritts beiträgt“.
- 64 HB nutze dieses Dilemma zu ihrem Vorteil aus, indem sie die Ausschließlichkeitsklausel als Hindernis für den Marktzutritt neuer Konkurrenten verwende. Die von HB für die Tiefkühltruhen aufgewendeten Kosten erlaubten es ihr, die anderen Lieferanten des Marktes auszuschließen. Die Kommission widerspricht der Behauptung von HB, dass die Wiederverkäufer mit ihrer Vereinbarung mit HB zufrieden seien und kein Interesse hätten, andere Eismarken zu verkaufen. Zwar biete die Ausschließlichkeitsklausel Vorteile für die Parteien, was aber nicht bedeute, dass sie keine wettbewerbsbeschränkenden Züge trage.
- 65 Was die Möglichkeit der Wiederverkäufer angehe, die Vereinbarungen mit HB zu kündigen, so ist der entscheidende Punkt nach Ansicht der Kommission die wirtschaftliche Wirkung der Vereinbarung. Die Lansdowne-Studie zeige, dass die Wiederverkäufer, die eine HB-Tiefkühltruhe hätten, selten von ihrem Recht Gebrauch machten, diese durch eine Truhe einer anderen Marke zu ersetzen oder eine eigene Truhe zu kaufen.

- 66 Es sei durchaus möglich, die Lieferung von Eis von der Lieferung einer Tiefkühltruhe zu trennen. So sei für die Eishersteller nicht erforderlich, Tiefkühltruhen zu besitzen. HB habe diesen Unterschied anerkannt, da sie 1995 und 1996 zwei verschiedene Vorschläge, in denen das Eigentum an den Tiefkühltruhen von der Lieferung des Eises getrennt gewesen sei, an die Kommission gerichtet habe, um eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag zu erreichen.
- 67 Mars macht geltend, dass die Tiefkühltruhenausschließlichkeit durch die Verknüpfung des Markterfolgs mit dem Erfolg beim Zugang zu den Verkaufsstellen den Wettbewerb verzerre, da der etablierte Lieferant dadurch einen unlauteren Vorteil gegenüber den kleineren Lieferanten oder den Marktneulingen habe, die aller Wahrscheinlichkeit nach nicht über eine vollständige Palette bekannter Produkte verfügten.
- 68 Die Kommission bestreitet die Behauptung von HB, dass 6 % und nicht 40 % des relevanten Marktes, wie in der angefochtenen Entscheidung festgestellt, abgeschottet seien.
- 69 Die angefochtene Entscheidung zeige, wie schwierig der Zugang zum relevanten Markt für einen Neuling wegen der Ausschließlichkeitsklausel sei (Randnrn. 185 bis 200). Jedenfalls bestehe ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Praxis, Tiefkühltruhen zur ausschließlichen Verwendung für HB-Erzeugnisse zu liefern, und dem geringen Marktanteil der Wettbewerber von HB (Randnrn. 185 bis 194).
- 70 Die Kommission widerspricht dem Argument von HB, ihre Vereinbarungen mit den Wiederverkäufern fielen nicht unter Artikel 85 EG-Vertrag, weil die rule of reason und das genannte Urteil Pronuptia Anwendung fänden. Die Bestimmungen des Vertrages, der dem Gerichtshof im Urteil Pronuptia zur Beurteilung vorgelegt worden sei, seien nämlich anders.

- 71 Ebenso widerspricht die Kommission der Auslegung des Urteils *Delimitis* durch HB (vorstehend Randnr. 55). In diesem Urteil habe der Gerichtshof die Möglichkeit eines neuen Wettbewerbers geprüft, sich in das auf dem relevanten Markt bestehende Vertragsnetz einzugliedern. Entgegen der Behauptung von HB sei die für den rentablen Betrieb eines Vertriebssystems notwendige Mindestzahl von Verkaufsstellen kein vom Gerichtshof verwendetes Kriterium, sondern ein Gesichtspunkt, um zu beurteilen, ob solche konkreten Eingliederungsmöglichkeiten beständen.
- 72 So habe der Gerichtshof im Urteil *Delimitis* ausgeführt, dass zunächst festzustellen sei, ob eindeutig „ein Bündel gleichartiger Verträge“ auf dem relevanten Markt bestehe. In Irland seien die meisten in den Verkaufsstellen aufgestellten Tiefkühltruhen von HB geliefert worden (Randnr. 152 der angefochtenen Entscheidung). Sodann seien die Möglichkeiten zu prüfen, auf dem relevanten Markt Fuß zu fassen. Die Kommission bestreitet, dass im vorliegenden Fall solche Möglichkeiten vorhanden seien. Schließlich sei nach der vom Gerichtshof im Urteil *Delimitis* vertretenen Ansicht zu berücksichtigen, unter welchen Bedingungen der Wettbewerb auf dem relevanten Markt stattfinde. Die angefochtene Entscheidung habe die Schwierigkeiten aufgezeigt, die sich für die Neulinge durch die ausschließliche Verwendung der HB-Tiefkühltruhen ergäben, die die Wiederverkäufer davon abhalte, andere Erzeugnisse vorrätig zu halten, und logistische und finanzielle Hindernisse für den Zugang zum Markt schaffe. Das Argument von HB, dass ein Marktneuling mit seinen Wettbewerbern konkurreiere, „wenn er in einer für den betreffenden Sektor typischen Weise handle“, finde sich in keinem der von HB zitierten Urteile und sei außerdem nicht annehmbar, wenn der gesamte Sektor Praktiken anwende, die gegen die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag verstießen.
- 73 Der im Urteil *Delimitis* genannte Bindungsgrad sei nur ein Element u. a. in dem wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext, in dem ein Vertragsnetz zu würdigen sei. Dies ergebe sich auch aus den genannten Urteilen *Langnese-Iglo/Kommission* und *Schöller/Kommission*.
- 74 Die Feststellungen des Gerichts in diesen letztgenannten Urteilen müssten auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Die Schlussfolgerungen des Gerichts, dass

die die Tiefkühltruhen betreffenden Ausschließlichkeitsklauseln den Zugang zum Markt schwieriger machten, gälten auch für die streitige Ausschließlichkeitsklausel: Das Gericht habe bestätigt, dass der Zwang, ein Händlernetz aufzubauen, für den Marktneuling ein Hindernis für den Zugang zum Markt darstelle.

Beurteilung durch das Gericht

- 75 Mit den ersten beiden Klagegründen wirft HB der Kommission vor, eine Reihe offenkundiger Fehler begangen zu haben, als sie untersucht habe, ob und wie stark der relevante Markt aufgrund der fraglichen Vertriebsvereinbarungen abgeschottet sei. Insbesondere habe die Kommission durch ihre völlige Überschätzung des Abschottungsgrads des Marktes gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag verstoßen.
- 76 HB widerspricht insbesondere der hauptsächlichen Schlussfolgerung, zu der die Kommission in der streitigen Entscheidung gelangt ist, dass nämlich 40 % der Verkaufsstellen in Irland durch die Ausschließlichkeitsklausel tatsächlich an HB gebunden seien und der Zugang zu diesen Verkaufsstellen daher anderen Lieferanten verschlossen sei (insbesondere Randnrn. 143, 156 und 184). Diese Schlussfolgerung sei sowohl rechtlich als auch tatsächlich grundlegend falsch, da die Kommission das rechtliche Kriterium zur Feststellung der Abschottung des relevanten Marktes nicht zutreffend angewandt habe. Die Kommission habe nicht unterschieden zwischen Wiederverkäufern, denen es vertraglich untersagt sei, Eis anderer Lieferanten vorrätig zu halten, und solchen, die in ihrer Handlungsweise frei seien und über entsprechenden Platz zur Aufbewahrung verfügten, aufgrund ihrer geschäftlichen Einschätzung aber darauf verzichteten. Die Wiederverkäufer entschieden sich aus freien Stücken dafür, Eis von HB vor allem wegen dessen Qualität vorrätig zu halten. Wenn andere Hersteller sich nur schwer auf dem relevanten Markt etablieren könnten, so beruhe dies nicht auf der Ausschließlichkeitsklausel, sondern auf dem Umstand, dass ihr Eis für die Wiederverkäufer und die Verbraucher weniger attraktiv sei.

- 77 Wie sich aus der angefochtenen Entscheidung ergibt, hat die Kommission nicht nur die Vertriebsvereinbarungen von HB untersucht, die es Wiederverkäufern nicht ausdrücklich verbieten, Eis anderer Lieferanten in ihren Verkaufsstellen vorrätig zu halten, sondern auch die Anwendung dieser Vereinbarungen auf dem relevanten Markt und die kommerziellen Entscheidungsmöglichkeiten, die den Wiederverkäufern aufgrund dieser Vereinbarungen tatsächlich offenstehen. Nach der Untersuchung der Möglichkeiten, einen Wiederverkäufer dazu zu bewegen, Eis eines Neulings auf dem relevanten Markt vorrätig zu halten, vertrat die Kommission die Ansicht, dass es für 40 % der Verkaufsstellen — nämlich diejenigen, die nur mit einer von HB gelieferten Tiefkühltruhe für die Aufbewahrung von Eis ausgestattet seien und keine eigene oder von anderen Eisherstellern bereitgestellte Tiefkühltruhe hätten — „unwahrscheinlich“ sei, dass sie die erforderlichen Maßnahmen ergriffen, um eine HB-Tiefkühltruhe durch eine eigene oder die eines Konkurrenten zu ersetzen, oder einen bestimmten Platz für die Aufstellung einer zusätzlichen Tiefkühltruhe reservierten. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass die Ausschließlichkeitsklausel in den Vertriebsvereinbarungen von HB in Wirklichkeit wie eine Vertriebsbindung dieser 40 % der Verkaufsstellen des relevanten Marktes wirke und HB unter Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag zu einer spürbaren Abschottung dieses Marktes beigetragen habe.
- 78 Die Parteien streiten über die Frage, ob die Kommission in der streitigen Entscheidung die Besonderheiten des relevanten Marktes in tatsächlicher Hinsicht richtig beurteilt hat und ob ihre Schlussfolgerung daraus, dass die Ausschließlichkeitsklausel gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag verstoße, zutreffend ist.
- 79 Obwohl die Parteien in ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung die Beurteilung des konkreten Sachverhalts und die daraus zu ziehenden Schlüsse sehr eingehend diskutiert haben, sind sie hinsichtlich einer Reihe von Tatsachen, die den relevanten Markt kennzeichnen (vorstehend Randnr. 42), nicht wirklich uneins. Dies gilt insbesondere für Folgendes:
- Kleineis muss kühl gelagert und daher in einer Tiefkühltruhe im Geschäft des Wiederverkäufers aufbewahrt werden.

- Die Praxis der Lieferung von Kühltruhen an Wiederverkäufer unter Vereinbarung einer Ausschließlichkeitsklausel wird von Speiseeisherstellern und Vertriebshändlern in Irland und in ganz Europa angewandt. Aufgrund der Ausschließlichkeitsklausel muss ein Wiederverkäufer, der nur über eine oder mehrere HB-Tiefkühltruhen verfügt, aber Eis einer anderen Marke verkaufen will, entweder die Tiefkühltruhen von HB ersetzen oder eine zusätzliche Truhe aufstellen.

- Anders als die Klauseln in den Liefervereinbarungen, um die es in den Urteilen Langnese-Iglo/Kommission und Schöller/Kommission ging und die die Händler in Deutschland dazu verpflichteten, in ihren Verkaufsstellen nur unmittelbar von Langnese-Iglo und Schöller bezogene Erzeugnisse zu verkaufen, verbietet die vorliegende Ausschließlichkeitsklausel den Händlern nicht, Eis anderer Marken als von HB zu verkaufen, sofern die von HB zur Verfügung gestellten Tiefkühltruhen ausschließlich für HB-Erzeugnisse verwendet werden.

- HB ist in Irland seit langem der „Marktführer“ bei Kleineis. Ihr Sortiment ist sehr beliebt und wirtschaftlich sehr erfolgreich. HB hat diese Stellung nach erheblichen Investitionen in die Entwicklung und Förderung eines vollständigen Sortiments von Eiserzeugnissen erlangt, deren Bekanntheitsgrad in Irland sehr hoch ist.

- Nach den Vertriebsvereinbarungen von HB können die Wiederverkäufer, die eine Vereinbarung über die Lieferung einer Tiefkühltruhe geschlossen haben, diese jederzeit unter Einhaltung einer Frist von zwei Monaten kündigen. Es ist unstreitig, dass HB in der Praxis gegenüber Wiederverkäufern, die die Vereinbarung kurzfristig oder sofort kündigen wollen, nicht auf der Einhaltung dieser Frist besteht.

- Kleineis ist für die meisten Wiederverkäufer nur ein Randprodukt (da es nur einen kleinen Prozentsatz des Umsatzes und des Gewinns ausmacht), dessen Verkauf von der Saison abhängt. In den Verkaufsstellen beansprucht es Verkaufsfläche in Konkurrenz mit einer Reihe anderer (Impuls- und Nichtimpuls-) Produkte.

- HB gehört zur Unilever-Gruppe. Die Unternehmen dieser Gruppe sind die größten Speiseeislieferanten in den meisten Mitgliedstaaten. Bei Kleineis nehmen diese Unternehmen in mehreren Mitgliedstaaten den ersten Platz ein.

⁸⁰ Vorweg ist festzustellen, dass die Ausschließlichkeitsklausel keine Verpflichtung der Wiederverkäufer vorsieht, in ihren Verkaufsstellen nur HB-Erzeugnisse zu verkaufen. Daher stellt diese Klausel formal keine ausschließliche Bezugsverpflichtung dar, die den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beschränken soll. Das Gericht hat also zunächst zu prüfen, ob die Kommission unter den besonderen Umständen des relevanten Marktes hinreichend dargetan hat, dass die Ausschließlichkeitsklausel für die Tiefkühltruhen in Wirklichkeit wie eine Vertriebsbindung bestimmter Verkaufsstellen wirkt, und ob sie den Umfang der Abschottung zutreffend bestimmt hat. Sodann hat das Gericht gegebenenfalls zu prüfen, ob die Abschottung groß genug ist, um einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag darzustellen. Die richterliche Kontrolle von Handlungen der Kommission, bei denen komplexe wirtschaftliche Gegebenheiten zu würdigen sind, hat sich notwendigerweise auf die Frage zu beschränken, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind, ob die Begründung ausreichend ist, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts und kein Ermessensmissbrauch vorliegen (vgl. Urteile des Gerichtshofes vom 17. November 1987 in den Rechtssachen 142/84 und 156/84, BAT und Reynolds/Kommission, Slg. 1987, 4487, Randnr. 62, und vom 15. Juni 1993 in der Rechtssache C-225/91, Matra/Kommission, Slg. 1993, I-3203, Randnrn. 23 und 25; Urteil des Gerichts vom 29. Juni 1993 in der Rechtssache T-7/92, Asia Motor France u. a., Slg. 1993, II-669, Randnr. 33).

- 81 In der streitigen Entscheidung ist der Umfang der Abschottung des relevanten Marktes in erster Linie anhand der Angaben und statistischen Daten in der Lansdowne-Studie bestimmt worden. Darüber hinaus verweist die Entscheidung oft auf eine Studie über den relevanten Markt, die von HB in Auftrag gegeben und 1996 von Behaviour & Attitudes Ltd, einem Marktforschungsunternehmen (im Folgenden: B & A-Studie), durchgeführt wurde, sowie auf eine weitere Studie, die 1996 von Rosslyn Research Ltd für Mars durchgeführt wurde (im Folgenden: Rosslyn-Studie). Diese Studien enthalten zwei Arten von Informationen: zum einen rein tatsächliche Angaben über die Zahl der Verkaufsstellen in Irland, die Zahl der Tiefkühltruhen je Verkaufsstelle und eine Berechnung der Zahl der Tiefkühltruhen, die den Wiederverkäufern gehören oder von den Eisherstellern zur Verfügung gestellt worden sind, und zum anderen Informationen, die eine statistische Auswertung der Daten umfassen, die bei einer repräsentativen Stichprobe bei Wiederverkäufern in Irland gewonnen wurden. Die Kommission gründet ihre Schlussfolgerung in Randnummer 156 der angefochtenen Entscheidung auf eine Untersuchung der relevanten Informationen und Daten dieser Studien, wonach in 40 % aller Verkaufsstellen des relevanten Marktes die einzige(n) vorhandene(n) Kühltruhe(n) für die Vorratshaltung von Kleineis in der Verkaufsstelle von HB geliefert wurde(n) (Randnrn. 87 bis 125 und 146 bis 156 der angefochtenen Entscheidung). Die Parteien bestreiten nicht, dass diese Zahl global richtig ist; HB hat in ihrer Stellungnahme zu der Mitteilung der Beschwerdepunkte von 1997 diese Zahl anerkannt.
- 82 Bei der Prüfung, ob die Kommission das Vorliegen und den Umfang der Abschottung des relevanten Marktes richtig beurteilt hat, darf das Gericht nicht nur die Wirkungen der Ausschließlichkeitsklausel für sich allein und lediglich unter Bezugnahme auf die vertraglichen Beschränkungen betrachten, die den einzelnen Wiederverkäufern durch die Vertriebsvereinbarungen von HB auferlegt sind.
- 83 Zur Klärung der Frage, ob die Vertriebsvereinbarungen von HB vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages erfasst werden, ist nämlich nach der Rechtsprechung zu prüfen, ob sich aus der Gesamtheit aller auf dem relevanten Markt bestehenden gleichartigen Vereinbarungen und aus den übrigen wirtschaftlichen und rechtlichen Begleitumständen der fraglichen Vereinbarungen ergibt, dass diese die kumulative Wirkung haben, neuen Wettbewerbern den Zugang zu diesem Markt zu verschließen. Wenn die Prüfung ergibt, dass dies nicht der Fall

ist, dann können die einzelnen Vereinbarungen, aus denen das Bündel der Vereinbarungen besteht, den Wettbewerb nicht im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages beschränken. Ergibt die Prüfung hingegen, dass der Markt schwer zugänglich ist, so ist anschließend zu untersuchen, inwieweit die streitigen Vereinbarungen zu der kumulativen Wirkung beitragen, wobei nur solche Verträge verboten sind, die zu einer etwaigen Abschottung des Marktes in erheblichem Maß beitragen (Urteile *Delimitis*, Randnrn. 23 und 24, und *Langnese-Iglo/Kommission*, Randnr. 99).

- 84 Entgegen der Ansicht von HB sind also die den Wiederverkäufern auferlegten vertraglichen Beschränkungen rechtlich nicht nur rein formal, sondern auch unter Berücksichtigung des besonderen wirtschaftlichen Umfeldes zu prüfen, in dem die streitigen Vereinbarungen getroffen worden sind, einschließlich der Besonderheiten des relevanten Marktes, die in der Praxis diese Beschränkungen verstärken und damit den Wettbewerb auf diesem Markt unter Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag verfälschen können.
- 85 Die Ausschließlichkeitsklausel in den Vertriebsvereinbarungen von HB gehört zu einer ganzen Gruppe ähnlicher Verträge, die von den Herstellern auf dem relevanten Markt geschlossen werden und nicht nur in Irland, sondern auch in anderen Ländern die übliche Praxis sind (vorstehend Randnr. 79).
- 86 So bestreitet HB nicht, dass 1996 etwa 83 % des Einzelhandels in Irland Tiefkühltruhen hatte, die von Herstellern geliefert worden waren und ähnlichen Bedingungen unterlagen wie den in der Ausschließlichkeitsklausel vorgesehenen. Die praktische Folge dieses Vertragsnetzes ist, dass die Eishersteller, die keine Tiefkühltruhe in einer dieser 83 % Verkaufsstellen aufgestellt haben, keinen unmittelbaren Zugang zu diesen haben, um ihre Erzeugnisse zu verkaufen, sofern der Wiederverkäufer eine vorhandene Tiefkühltruhe nicht durch eine eigene Truhe oder die eines neuen Lieferanten ersetzt oder eine weitere ihm oder dem neuen Lieferanten gehörende Truhe aufstellt. Ein Wiederverkäufer kann nämlich in der fraglichen Tiefkühltruhe Eis eines anderen Herstellers neben dem Eis des

Lieferanten der Truhe, selbst wenn für diese anderen Marken eine Nachfrage besteht, nicht vorrätig halten, ohne gegen die Vereinbarung über die Lieferung dieser Truhe zu verstoßen. Deshalb gab es nur in 17 % der Verkaufsstellen Truhen, die dem Wiederverkäufer gehörten, und folglich die Möglichkeit, Eis von jedem beliebigen Lieferanten vorrätig zu halten. Nach der Lansdowne-Studie gehörten 61 % der von einem Eishersteller auf dem relevanten Markt gelieferten Tiefkühltruhen HB, 11 % Mars, 9 % Valley und 8 % Nestlé (Randnr. 88 der angefochtenen Entscheidung). Nach der Rosslyn-Studie gehörten 64 % der von einem Eishersteller auf dem relevanten Markt gelieferten Tiefkühltruhen HB, 14 % Mars und 4 % Valley (Randnr. 107 der angefochtenen Entscheidung).

- 87 Wie sich aus den Akten ergibt, verfügen die für den Verkauf von Impuls-Speiseeis wichtigsten Verkaufsstellen im Allgemeinen über eine kleine Grundfläche und leiden unter besonderer Platznot (Randnr. 43 der angefochtenen Entscheidung). Das vorstehend in Randnummer 47 wiedergegebene Argument von HB, die Kommission habe die räumlichen Zwänge der Wiederverkäufer überbewertet, ist zurückzuweisen. Selbst wenn die Zahl der Tiefkühltruhen in Irland zwischen 1991 und 1996 um etwa 16 % gestiegen ist, wie HB in ihren Schriftsätzen vortragen hat, bedeutet dies nicht, dass diese Zwänge zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung nicht bestanden. Die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung ist aber insbesondere anhand der tatsächlichen Umstände zum Zeitpunkt ihres Erlasses zu beurteilen. HB bestreitet nicht die Feststellung der Kommission, dass 1996 (Randnr. 147), d. h. gerade nach der von HB geltend gemachten Zunahme von Tiefkühltruhen in Irland und zwei Jahre vor dem Erlass der angefochtenen Entscheidung, die optimale Zahl von Tiefkühltruhen je Verkaufsstelle in der Hochsaison nach der Vorstellung der Wiederverkäufer fast erreicht war. Zudem waren 87 % der Wiederverkäufer nach der Lansdowne-Studie der Ansicht, dass es wirtschaftlich nicht rentabel sei, Platz für die Aufstellung einer weiteren Tiefkühltruhe zu verwenden (Randnr. 97 der angefochtenen Entscheidung).

- 88 Zudem lässt sich nicht leugnen, dass der relevante Produktmarkt dadurch gekennzeichnet ist, dass jeder Wiederverkäufer zumindest eine — ihm gehörende oder von einem Eishersteller gelieferte — Tiefkühltruhe haben muss, um Eis vorrätig zu halten und auszustellen (vorstehend Randnr. 79). Daher muss der

Wiederverkäufer, der Impuls-Produkte wie Süßigkeiten, Chips und kohlenäurehaltige Getränke verkauft, eine unterschiedliche Entscheidung treffen, je nachdem, ob ein Eishersteller ihm den Verkauf seiner Erzeugnisse anstelle oder in Ergänzung eines vorhandenen Sortiments vorschlägt oder ein Hersteller anderer Erzeugnisse, z. B. von Zigaretten und Schokolade, die keine Tiefkühltruhe, sondern ein normales Regal benötigen, ihm den gleichen Vorschlag macht. Ein Wiederverkäufer kann nämlich nicht einfach während eines Versuchszeitraums ein neues Eissortiment neben anderen vorhandenen Erzeugnissen vorrätig halten, um zu sehen, ob eine ausreichende Nachfrage nach diesem Sortiment besteht. Er muss zunächst eine geschäftliche Entscheidung treffen und sich überlegen, ob die Investitionen, Risiken und anderen Nachteile im Zusammenhang mit der Aufstellung einer Tiefkühltruhe oder einer weiteren Truhe einschließlich der Umstellungen und der Verringerung der Verkäufe anderer Eismarken und anderer Erzeugnisse durch die zusätzlichen Erträge ausgeglichen werden. Deshalb wird ein vernünftiger Zwischenverkäufer nur dann Raum für eine Tiefkühltruhe zur Aufbewahrung der Eiserzeugnisse einer bestimmten Marke vorsehen, wenn deren Verkauf rentabler ist als der Verkauf der Erzeugnisse anderer Marken und anderer Impuls-Produkte.

89 Unter den namentlich in den Randnummern 85 bis 88 dargestellten Umständen sind die „kostenfreie“ Bereitstellung einer Tiefkühltruhe, die offenkundige Beliebtheit der Eiserzeugnisse von HB, der Umfang ihres Produktsortiments und die mit deren Verkauf verbundenen Gewinne sehr wichtige Gesichtspunkte für die Wiederverkäufer, wenn sie die Möglichkeit prüfen, eine zusätzliche Tiefkühltruhe aufzustellen, um ein zweites — selbst kleines — Sortiment von Eiserzeugnissen zu verkaufen, oder sogar die Vertriebsvereinbarung mit HB zu kündigen, um deren Truhe durch eine eigene oder die eines anderen Lieferanten zu ersetzen, die aller Wahrscheinlichkeit nach einer Ausschließlichkeitsklausel unterläge.

90 HB hat seit mehreren Jahren eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt inne. Sie hatte bei Erlass der angefochtenen Entscheidung sowohl mengen- als auch wertmäßig einen Anteil von 89 % am relevanten Markt, während der Rest sich auf mehrere kleinere Unternehmen verteilte (vgl. nachstehend die Beurteilung des Gerichts in den Randnrn. 155 und 156). Diese Stellung kommt auch in der Bekanntheit der Marke HB und in der Bedeutung und Beliebtheit ihres Produktsortiments in Irland zum Ausdruck. Die Kommission konnte bei der

Beurteilung der Wirkungen der Ausschließlichkeitsklausel auf den relevanten Markt zu Recht die beherrschende Stellung von HB auf diesem Markt berücksichtigen, um die geltenden Marktbedingungen zu beurteilen; diese Beurteilung war daher entgegen der Ansicht von HB nicht „verzerrt“. Nach der ständigen einschlägigen Rechtsprechung enthält die Feststellung, dass eine beherrschende Stellung vorliegt, für sich keinen Vorwurf gegenüber dem betreffenden Unternehmen (Urteile des Gerichtshofes vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81, Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461, Randnr. 57, und vom 16. März 2000 in den Rechtssachen C-395/96 P und C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission, Slg. 2000, I-1365, Randnr. 37).

- 91 Durch die Berücksichtigung der Beliebtheit der Eiserzeugnisse von HB und der Stellung dieses Unternehmens auf dem relevanten Markt hat die Kommission den legitimen geschäftlichen Erfolg von HB nicht bestraft. Sie hat lediglich die tatsächliche Bindung der Wiederverkäufer festgestellt, die bedingt ist durch die Aufstellung der Tiefkühltruhen von HB in den Verkaufsstellen, die beherrschende Stellung von HB auf dem relevanten Markt, die Beliebtheit ihres Produktsortiments, die Zwänge aufgrund der Platznot in den typischen Verkaufsstellen sowie die Nachteile und Risiken im Zusammenhang mit dem Lagern eines zweiten Eissortiments, was alles zusammen den wirtschaftlichen Kontext im vorliegenden Fall bildet.
- 92 Die Maßnahmen, mit denen HB die Einhaltung der Ausschließlichkeitsklausel sicherstellen will, führen dazu, dass die Wiederverkäufer sich gegenüber den Erzeugnissen dieses Unternehmens im Vergleich zu den Eiserzeugnissen anderer Marken anders und in einer Weise verhalten, die den Wettbewerb auf dem relevanten Markt verfälschen kann. Diese Wirkungen werden eindeutig dadurch belegt, dass die Wiederverkäufer das Eis anderer Marken neben dem von HB in der gleichen Tiefkühltruhe vorrätig halten, wenn sie ihrer Ansicht nach hierzu befugt sind.
- 93 Aus den Akten und der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 48) ergibt sich, dass Mars bei seinem Eintritt in den relevanten Markt 1989 einen Teil dieses Marktes erobern konnte, die Reaktion von HB und deren Beharren auf der

Einhaltung der Ausschließlichkeitsklausel seitens der Wiederverkäufer diese Entwicklung aber umkehrten. In dem Beschluss, den der High Court 1990 in einem Verfahren der einstweiligen Verfügung gegen Mars erlassen hatte und mit dem diesem Unternehmen untersagt wurde, die Wiederverkäufer dazu zu bewegen, seine Eiserzeugnisse in den Tiefkühltruhen von HB vorrätig zu halten, sank der numerische Vertrieb der Kleineiserzeugnisse von Mars in Irland von 42 % auf unter 20 %. Dies allein zeigt, dass auf dem relevanten Markt eine Nachfrage nach Konkurrenzzeugnissen von HB vorhanden war und die Ausschließlichkeitsklausel die Möglichkeiten der Konkurrenten dieses Unternehmens beeinflusst, in diesen Markt einzudringen und dort Fuß zu fassen.

- 94 Die B & A-Studie belegt ebenfalls, dass ein erheblicher Prozentsatz (mehr als [...] ¹ %) der Wiederverkäufer bereit wäre, ein größeres Produktsortiment vorrätig zu halten, wenn es in den Vertriebsvereinbarungen der Eishersteller keine Ausschließlichkeitsklauseln mehr gäbe (Randnr. 120 der angefochtenen Entscheidung), was zeigt, dass diese Klauseln entgegen der Ansicht von HB (vorstehend Randnr. 51) nicht nur die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher, sondern auch den Preiswettbewerb unter den Herstellern verringern. Entgegen dem Vorbringen von HB beweist die Tatsache, dass etwa 44 % der Verkaufsstellen zwei Eismarken verkaufen, nicht, dass der Wettbewerb zwischen den Marken durch die Ausschließlichkeitsklausel nicht beeinträchtigt wird.
- 95 Da in den irischen Supermärkten bei Tiefkühltruhen keine Ausschließlichkeitsrechte bestehen, werden dort neben den HB-Erzeugnissen die Eiserzeugnisse anderer Hersteller verkauft. In der mündlichen Verhandlung hat Richmond vorgetragen, dass sie in Irland 65 % der Supermärkte, aber nur 8 % der Einzelhändler beliefere. Außerdem ist zu beachten, dass Richmond im Vereinigten Königreich, wo das Vertriebssystem für Kleineis anders ist, einen Marktanteil von 24 % erreicht hat, während ihr Anteil am relevanten Markt 2 % nicht überschreitet. All dies bestätigt, dass eine große Zahl von Einzelhändlern eine zweite Eismarke in nur einer Tiefkühltruhe vorrätig hielte, wenn sie die Möglichkeit dazu hätte. Dass sie das nicht tut, beruht auf der Geltung der Ausschließlichkeitsklauseln auf dem relevanten Markt.

1 — Vertrauliche Zahl, die der Geheimhaltung unterliegt.

96 Die Schlussfolgerung der Kommission, dass der Eintritt von Wettbewerbern von HB in den relevanten Markt durch die Ausschließlichkeitsklausel behindert wird, wird durch die Einschätzung der Vorteile dieser Klausel durch HB selbst bestätigt. Wie sich aus der angefochtenen Entscheidung ergibt, maß die Unilever-Gruppe beim Eintritt von Mars in den europäischen Markt Ende der 80er-Jahre der Lieferung von Tiefkühltruhen zur ausschließlichen Verwendung für Erzeugnisse der Unileverunternehmen besondere Bedeutung bei (Randnrn. 64 bis 68 der angefochtenen Entscheidung). Die Gruppe war der Ansicht, dass den betreffenden Verkaufsstellen durch diese Praxis die Truhenausschließlichkeit aufgezwungen werden könne. In einem Papier der Unilever-Gruppe von 1989 mit dem Titel „Europäische Marketingstrategie für Speiseeis“ wird auf die Bedeutung der Ausschließlichkeitsklausel und auf die Aufrechterhaltung der Eigentumsregelung bei Tiefkühltruhen hingewiesen:

„Wir müssen am Eigentumsrecht an der Kühltruhe festhalten, insbesondere wenn der Vertrieb von Dritten geleistet wird, um weitestmöglich durch Ausschließlichkeitsverträge das ausschließliche Angebot einer einzigen Marke in der Kühltruhe und de facto in der Verkaufsstelle zu erhalten.“

97 Nach alledem ist das Gericht der Ansicht, dass der Kommission rechtlich der Beweis gelungen ist, dass es trotz der Bekanntheit der HB-Erzeugnisse auf dem relevanten Markt und der Vollständigkeit des von diesem Unternehmen angebotenen Sortiments an Eiserzeugnissen, die zum großen Teil beim Verbraucher sehr beliebt sind, objektive und klare Anzeichen für eine Nachfrage in Irland nach Eiserzeugnissen — sofern erhältlich — anderer Hersteller gibt, selbst wenn diese über ein kleineres Eissortiment verfügen, z. B. nach den Eiserzeugnissen von Herstellern, die wie Mars klar umrissene Nischen besetzen. Die Kommission hat dargetan, dass eine erhebliche Zahl von Wiederverkäufern bereit ist, Kleinsendungen anderer Hersteller vorrätig zu halten, sofern sie dieses in einer einzigen Tiefkühltruhe lagern können, dazu aber wenig Neigung verspüren, wenn sie eine weitere Truhe aufstellen müssen, die entweder ihnen oder einem anderen Hersteller gehört. Somit ist das Argument von HB, die Zurückhaltung der Wiederverkäufer beim Verkauf von Erzeugnissen anderer Eishersteller hänge nicht mit der Ausschließlichkeitsklausel zusammen, sondern mit der fehlenden Nachfrage auf dem relevanten Markt nach diesen Erzeugnissen, nicht haltbar.

- 98 Die Kommission hat zu Recht festgestellt, dass das Netz der Vertriebsvereinbarungen von HB und die „kostenfreie“ Lieferung von Tiefkühltruhen bei Vereinbarung der Ausschließlichkeitsklausel angesichts der Besonderheiten des fraglichen Produktes und des vorliegenden wirtschaftlichen Kontextes die Wiederverkäufer weitgehend davon abhalten, eine eigene Tiefkühltruhe oder die eines anderen Herstellers aufzustellen, und damit die Verkaufsstellen, die nur HB-Tiefkühltruhen haben, d. h. 40 % der Verkaufsstellen auf dem relevanten Markt, de facto binden. Trotz der theoretischen Möglichkeit der Wiederverkäufer, die nur HB-Tiefkühltruhen haben, auch Eis anderer Hersteller zu verkaufen, wirkt sich die Ausschließlichkeitsklausel als Beschränkung der freien kommerziellen Entscheidung der Wiederverkäufer aus, welche Produkte sie in ihren Verkaufsstellen verkaufen wollen.
- 99 Für den Fall, dass das Gericht der Ansicht sein sollte, dass die Ausschließlichkeitsklausel die Verkaufsstellen de facto bindet, macht HB jedoch geltend, dass der Abschottungsgrad aufgrund seiner Vertriebsvereinbarungen 6 % sämtlicher Verkaufsstellen des relevanten Marktes nicht übersteige und zu keiner spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf diesem Markt führe. Die Schlussfolgerung der Kommission, dass 40 % der Verkaufsstellen des relevanten Marktes de facto abgeschottet seien, sei offenkundig falsch. Dieser Prozentsatz sei insbesondere deshalb zu hoch, weil drei Arten von Verkaufsstellen hinzugerechnet worden seien, die nicht als abgeschottet angesehen werden könnten (vorstehend Randnr. 46). Für die Berechnung des Abschottungsgrads des relevanten Marktes dürften nur die Verkaufsstellen berücksichtigt werden, deren Inhaber den Eislieferanten wechseln wollten, dies aber nicht könnten.
- 100 Dieses Vorbringen ist zurückzuweisen.
- 101 Entgegen dem Vorbringen von HB (vorstehend Randnrn. 46 und 47) können die Wiederverkäufer in den 6 % Verkaufsstellen, die mit mehr als einer HB-Tiefkühltruhe ausgestattet sind (die also Platz für die Aufstellung einer weiteren Truhe haben), eine HB-Truhe nur ersetzen, wenn sie meinen, dadurch und durch

den Verkauf einer anderen Eismarke den gleichen Umsatz erzielen zu können wie vorher mit dem Eis von HB. Wie sich aus den Akten ergibt, entscheiden sich die Wiederverkäufer aber vor allem wegen der Stellung und der Beliebtheit von HB auf dem relevanten Markt nur sehr selten dafür, eine der Truhen von HB durch eine eigene oder einem anderen Hersteller gehörende Truhe zu ersetzen.

- 102 Nach Ansicht des Gerichts dürfen diese 6 % Verkaufsstellen und die 27 % Verkaufsstellen, in denen eine HB-Tiefkühltruhe aufgestellt ist und deren Inhaber angeblich nicht daran interessiert sind, eine andere Eismarke als HB vorrätig zu halten (wie HB die Daten der Lansdowne-Studie interpretiert), bei der Berechnung des Abschottungsgrads des relevanten Marktes nicht außer Betracht bleiben. Diese Wiederverkäufer sehen sich nämlich aufgrund der Wirkungsweise der Ausschließlichkeitsklausel einer Situation gegenüber, die ihre geschäftlichen Wahlmöglichkeiten verzerrt. Angesichts der Stellung von HB auf dem relevanten Markt und der Tatsache, dass keiner ihrer Wettbewerber über ein ebenso bekanntes und vollständiges Produktsortiment verfügt, und angesichts der in Randnummer 87 bereits angeführten Platznot bietet die Möglichkeit, Erzeugnisse anderer Hersteller zu verkaufen, insbesondere wenn diese nur ein beschränktes Sortiment anbieten, im Allgemeinen keinen hinreichenden Anreiz für die Wiederverkäufer, Tiefkühltruhen von HB zu ersetzen oder eine andere Truhe aufzustellen (in Entsprechung zum Urteil Langnese-Iglo/Kommission, Randnr. 108).
- 103 Die Zahl der Verkaufsstellen in der dritten Gruppe, d. h. der Wiederverkäufer, die angeblich daran interessiert sind, andere Eismarken vorrätig zu halten und dies auch könnten, aber nicht getan haben, schwankt — nach den Angaben von HB, die sich dabei auf ihre Beurteilung der Lansdowne-Studie stützt — zwischen 2 % und 5 %. Obwohl diese Gruppe von HB nicht klar umschrieben ist, stellt sie somit nur einen ganz kleinen Teil der insgesamt 40 % dar und kann die Schlussfolgerung der Kommission in der angefochtenen Entscheidung, dass der durch das Vertragsnetz von HB festgelegte Teil etwa 40 % sämtlicher Verkaufsstellen des relevanten Marktes betreffe, nicht entkräften.

- 104 Was die beiden letztgenannten Gruppen von Verkaufsstellen betrifft, so können die Zahlen, die HB der Lansdowne-Studie entnimmt, die Einschätzung der Kommission hinsichtlich des Abschottungsgrads des relevanten Marktes nicht widerlegen. Da HB keinerlei Hinweise gegeben hat, aus welchen Gründen 27 % der betreffenden Verkaufsstellen nicht daran interessiert sein sollen, eine andere Eismarke als HB vorrätig zu halten, und 2 % bis 5 % der betreffenden Verkaufsstellen, die daran interessiert sind, nicht die hierzu erforderlichen Schritte unternehmen, hält es das Gericht für durchaus möglich, dass diese Umstände den Faktoren zuzuschreiben sind, die die Kommission (u. a. in den Randnrn. 157 bis 184 der angefochtenen Entscheidung) ermittelt hat und die die sich aus der Ausschließlichkeitsklausel ergebenden Beschränkungen des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt verstärken und tatsächlich zu einer kommerziellen Bindung der Wiederverkäufer an HB führen.
- 105 Was das Argument von HB betrifft, die Tiefkühltruhenausschließlichkeit aufgrund der entsprechenden Klausel könne nicht als eine Vertriebsbindung der Verkaufsstellen angesehen werden, da die Wiederverkäufer ihre Vertriebsvereinbarungen mit HB jederzeit kündigen könnten, so ist festzustellen, dass diese Möglichkeit die tatsächliche Anwendung der betreffenden Vereinbarungen keineswegs hindert, solange von ihr kein Gebrauch gemacht wird. Das Gericht muss daher bei der Beurteilung der Wirkungen der Vertriebsvereinbarungen auf dem relevanten Markt deren tatsächliche Dauer in Betracht ziehen (entsprechend dem Urteil Langnese-Iglo/Kommission, Randnr. 111). HB hat zu Recht geltend gemacht, dass anders als in anderen Mitgliedstaaten, in denen die Ausschließlichkeitsklausel mit einer mehrmonatigen oder sogar mehrjährigen vertraglichen Bindung einhergeht, im vorliegenden Fall, wie auch die Kommission einräumt, die Wiederverkäufer die Möglichkeit haben, die Ausschließlichkeitsvereinbarung sehr kurzfristig, ja sogar fast mit sofortiger Wirkung, zu kündigen. Ein solches Argument wäre überzeugend, wenn diese Möglichkeit in der Praxis belegt wäre und die Verkaufsstellen sich somit immer wieder Neulingen auf dem relevanten Markt öffneten. Wie die Kommission gezeigt hat, ist dies aber nicht der Fall, da die Vertriebsvereinbarungen von HB im Durchschnitt alle acht Jahre gekündigt werden. Das Argument der Kündbarkeit der Vertriebsvereinbarungen von HB ist daher nicht überzeugend, da diese Möglichkeit den Abschottungsgrad des relevanten Marktes tatsächlich nicht verringert.

- 106 Was das Argument von HB betrifft, dass auf den vorliegenden Fall die rule of reason anzuwenden sei, so ist festzustellen, dass eine solche Regel im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft nicht besteht. Eine Auslegung des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag, wie sie HB vorschlägt, wäre im Übrigen schwerlich mit der Regelungssystematik von Artikel 85 vereinbar.
- 107 Denn Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag sieht ausdrücklich vor, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen freigestellt werden können, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen, insbesondere für die Verwirklichung bestimmter Ziele unerlässlich sind und den Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Nur im Rahmen dieser Bestimmung kann eine Abwägung der wettbewerbsfördernden und der wettbewerbsbeschränkenden Gesichtspunkte einer Beschränkung stattfinden (in diesem Sinne Urteile Pronuptia, Randnr. 24, und des Gerichts vom 15. Juli 1994 in der Rechtssache T-17/93, Matra Hachette/Kommission, Slg. 1994, II-595, Randnr. 48, sowie vom 15. September 1998 in den Rechtssachen T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, European Night Services u. a./Kommission, Slg. 1998, II-3141, Randnr. 136). Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag würde seine praktische Wirksamkeit weitgehend verlieren, wenn eine derartige Prüfung bereits im Rahmen von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag vorgenommen werden könnte (in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofes vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache C-235/92 P, Montecatini/Kommission, Slg. 1999, I-4539, Randnr. 133; Urteile des Gerichts vom 10. März 1992 in der Rechtssache T-14/89, Montedipe/Kommission, Slg. 1992, II-1155, Randnr. 265, und vom 6. April 1995 in der Rechtssache T-148/89, Tréfilunion/Kommission, Slg. 1995, II-1063, Randnr. 109, sowie vom 18. September 2001 in der Rechtssache T-112/99, M6 u. a./Kommission, Slg. 2001, II-2459, Randnrn. 72 bis 74).
- 108 Zudem lässt sich allein aus der Tatsache, dass der fragliche Teil des Vertragsnetzes von HB etwa 40 % sämtlicher Verkaufsstellen des Marktes betrifft, mit Sicherheit nicht ableiten, dass dieser Teil automatisch den Wettbewerb spürbar beeinträchtigen oder verfälschen kann. Diese Tatsache bedeutet nämlich, worauf HB in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat, dass 60 %, also die Mehrheit der Verkaufsstellen auf dem relevanten Markt, durch die Ausschließlichkeitsklausel nicht abgeschottet ist.

- 109 Um die Wirkungen eines solchen Netzes von Vertriebsvereinbarungen zu beurteilen, ist der wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang zu berücksichtigen, in dem dieses Netz steht und in dem es zusammen mit anderen eine kumulative Wirkung auf den Wettbewerb haben kann (vgl. die Urteile *Delimitis*, Randnr. 14, und *Langnese-Iglo/Kommission*, Randnr. 100).
- 110 Im vorliegenden Fall hat die Kommission in der angefochtenen Entscheidung die Wettbewerbsfolgen nicht nur der Vertriebsvereinbarungen von HB, sondern auch die anderer Netze von Verträgen über Tiefkühltruhen mit einer Ausschließlichkeitsklausel, die von anderen Lieferanten auf dem relevanten Markt unterhalten werden, berücksichtigt. Wie sich aus der angefochtenen Entscheidung ergibt, besaßen 55 % der Verkaufsstellen nur eine oder zwei Tiefkühltruhen von HB, 14 % eine Truhe von HB und eine Truhe von Mars und 7 % eine Truhe von HB und eine Truhe eines anderen Herstellers als Mars (Randnr. 108). Die Kommission hat auch darauf hingewiesen, dass eine Ausschließlichkeitsklausel für Tiefkühltruhen, der 83 % der Verkaufsstellen des relevanten Marktes unterliegen (vorstehend Randnr. 18 und 86), ein erhebliches praktisches und finanzielles Hindernis für den Markteintritt und die Expansion anderer Lieferanten darstellt (Randnrn. 185 bis 194).
- 111 Da andere Lieferanten als HB den Wiederverkäufern Tiefkühltruhen unter sehr ähnlichen Bedingungen (vorstehend insbesondere Randnr. 85) bei gleicher Platznot zur Verfügung stellen, hat die Kommission in der angefochtenen Entscheidung zu Recht festgestellt, dass die Schwierigkeiten, die Wiederverkäufer in den nur mit HB-Tiefkühltruhen ausgestatteten Verkaufsstellen dazu zu bewegen, die vorhandenen HB-Truhen zu ersetzen oder zusätzliche Truhen für Kleineis aufzustellen, auch für alle anderen Tiefkühltruhen, für die eine ausschließliche Nutzung vereinbart worden ist, gelten, selbst wenn die anderen Lieferanten auf dem relevanten Markt nicht die gleiche Stellung haben und nicht ebenso beliebt sind wie HB. Der Zugang konkurrierender Lieferanten zum relevanten Markt wird durch eine Reihe von Faktoren behindert, so durch die Belastung, die für den Wiederverkäufer mit dem Kauf und der Wartung einer Tiefkühltruhe verbunden ist, ihre Angst vor Risiken und ihre Zurückhaltung gegenüber einer Beendigung der bestehenden Beziehungen mit ihren Lieferanten. Somit beeinträchtigen die auf dem relevanten Markt aufgebauten Vertragsnetze 83 % der Verkaufsstellen des Marktes.

- 112 Der Bindungsgrad, der sich aus den Vertragsnetzen ergibt, ist zwar für die Beurteilung der Marktabschottung von gewisser Bedeutung, ist aber nur einer von mehreren Faktoren des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem das Vertragsnetz zu beurteilen ist (vgl. Urteile *Delimitis*, Randnrn. 19 und 20, und *Langnese-Iglo/Kommission*, Randnr. 101). Außerdem sind die Marktbedingungen zu untersuchen, insbesondere die tatsächlichen konkreten Möglichkeiten neuer Wettbewerber, trotz dieser Netze in den Markt einzudringen.
- 113 Die Kommission hat in der angefochtenen Entscheidung zu Recht festgestellt, dass die Bereitstellung von Tiefkühltruhen, die einer Ausschließlichkeitsvereinbarung unterliegen, und die laufenden Unterhaltskosten für diese Truhen ein finanzielles Hindernis für den Zugang neuer Lieferanten zu dem betreffenden Markt und für die Expansion vorhandener Lieferanten darstellen. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass es keinen objektiven Zusammenhang zwischen der Lieferung der Tiefkühltruhen mit der Auflage der Ausschließlichkeit der Nutzung und dem Verkauf von Eis gibt. Wie sich aus der angefochtenen Entscheidung ergibt, sind die Wiederverkäufer nicht bereit, Kühltruhen von Lieferanten anzunehmen, die nicht wenigstens die gleichen günstigen Bedingungen bieten wie die, die ihnen von den Lieferanten eingeräumt worden sind, die bereits Truhen in den betreffenden Verkaufsstellen aufgestellt haben, oder die von Lieferanten auf diesem Markt allgemein angeboten werden. Für den relevanten Markt bedeutet das, dass der Lieferant bereit sein muss, eine Truhe „kostenfrei“ bereitzustellen und die Wartung zu übernehmen. Wie die Kommission in der angefochtenen Entscheidung (insbesondere Randnr. 189) vorgetragen hat, macht die Investition, die der Kauf einer Vielzahl von Kühltruhen zur Aufstellung in den Verkaufsstellen darstellt und die gewährleisten soll, dass die Produkte eines Lieferanten ein annehmbares Vertriebsvolumen erzielen, den Zugang zum relevanten Markt und den Verbleib dort insbesondere für kleine Unternehmen und Kleineislieferanten, die genau abgegrenzte Nischen besetzen, sehr schwierig, da sich die Investition in Tiefkühltruhen für Hersteller, die nur ein kleines Sortiment anbieten, kaum rechtfertigen lässt. Das vorstehende in Randnummer 59 wiedergegebene Argument von HB, dass der Besitz einer dem Wiederverkäufer gehörenden Tiefkühltruhe für 47 % der Verkaufsstellen rentabel sei, kann nicht überzeugen, da die Händler angesichts der Praxis nicht nur von HB, sondern auch anderer Lieferanten, ihnen Truhen „kostenfrei“ zur Verfügung zu stellen, keinen Grund haben, selbst eine Truhe zu kaufen.

- 114 HB ist rechtlich auch nicht der Beweis gelungen, dass ein getrennter Mietzins für die Bereitstellung einer Tiefkühltruhe nicht praktikabel sei (vorstehend Randnr. 50). Wie sich aus der angefochtenen Entscheidung ergibt, stellt HB in Nordirland dem Einzelhandel eine Jahresmiete in Rechnung und gewährt für ihre Produkte Preisnachlässe, wenn die Wiederverkäufer eigene Kühltruhen haben (Randnr. 127). Da es möglich ist, für die Bereitstellung von Tiefkühltruhen in einem anderen räumlichen Markt einen getrennten Mietzins zu verlangen, kann die Ausschließlichkeitsklausel nicht als erforderlich angesehen werden, um die Wettbewerber eines bestimmten Lieferanten daran zu hindern, dessen Tiefkühltruhe für die Lagerung ihrer Produkte zu benutzen. Aus dem gleichen Grund kann nicht geltend gemacht werden, HB müsste, ohne eine Entschädigung hierfür zu erhalten, Tiefkühltruhen in der Buchhaltung führen, die nicht nur für ihre eigenen Aktivitäten, sondern auch für die Aktivitäten ihrer Händler und Konkurrenten bestimmt wären (vorstehend Randnrn. 49 und 50).
- 115 Wenn auch unstrittig ist, dass die Überlassung von Tiefkühltruhen an die Wiederverkäufer bestimmte wirtschaftliche und praktische Vorteile für die Eislieferanten und die Wiederverkäufer mit sich bringt, ist doch festzustellen, dass in dem bestehenden Kontext des relevanten Marktes die Vorteile dieser Praxis, wenn bei der Lieferung der Truhen eine Ausschließlichkeitsklausel vereinbart wird, durch ihre negativen Folgen für den Wettbewerb aufgewogen werden. Somit ist das von HB in ihren Schriftsätzen vorgetragene Argument, diese Praxis sei nur zu beanstanden, wenn es keine objektive kommerzielle Rechtfertigung für sie gäbe, zurückzuweisen.
- 116 Wie sich zudem aus den Akten ergibt, bedeutet das relativ unentwickelte unabhängige Großhandelsgeschäft mit Kleineis in Irland, dass der Zugang zum Vertrieb über solche unabhängigen Zwischenhändler erschwert wird. Außerdem wird die Stärke der vorhandenen Handelsmarken auf dem relevanten Markt und die Treue der Kunden zu diesen zu einem ernstzunehmenden Hindernis für neue Bewerber (Randnr. 195 der angefochtenen Entscheidung).
- 117 Was das Argument von HB betrifft, den relevanten Markt machten sich zumindest fünf Hersteller streitig, so ergibt sich aus den Akten, dass die anderen Kleineislieferanten nur sehr geringe Anteile am relevanten Markt halten. Mars,

der größte Wettbewerber von HB auf dem Markt, hatte in dem Zeitraum Juni/Juli 1997 mengenmäßig nur einen Marktanteil von 4 % bzw. 5 %. Zudem ist der Marktanteil von Mars, Valley und Leadmore in den Jahren vor dem Erlass der angefochtenen Entscheidung zurückgegangen (Randnrn. 32 bis 37). Somit ist festzustellen, dass die geringen Anteile der Wettbewerber von HB zumindest teilweise der Praxis dieses Unternehmens zuzuschreiben sind, Tiefkühltruhen kostenfrei zur Verfügung zu stellen.

- 118 Nach alledem ist das Gericht der Ansicht, dass sich aus der Prüfung der Gesamtheit gleichartiger Vertriebsvereinbarungen, die auf dem relevanten Markt geschlossen worden sind, sowie aus anderen Faktoren des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem diese Vereinbarungen stehen, ergibt, dass die Vertriebsvereinbarungen von HB den Wettbewerb im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag spürbar beeinträchtigen können und erheblich zu einer Marktabstottung beitragen.
- 119 Somit sind der erste und der zweite Klagegrund, die angebliche offenkundige Fehler bei der Beurteilung des Sachverhalts und einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag betreffen, zurückzuweisen.

Dritter Klagegrund: Rechtsfehler in Bezug auf Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag

Vorbringen der Parteien

- 120 HB macht geltend, die Ausschließlichkeitsklausel falle unter Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag und könne freigestellt werden. Die Behauptung der Kommission in

der streitigen Entscheidung, die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des von HB errichteten Netzes von Verträgen über die Bereitstellung von Tiefkühltruhen wögen schwerer als die Vorteile, die sich aus der durch die Verträge bedingten Effizienz der Verteilung ergäben, sei unzutreffend. Ebenso sei es nicht richtig, dass diese Vorteile nur HB und ihren Wiederverkäufern zugute kämen und unter dem Gesichtspunkt eines weiter verstandenen allgemeinen Interesses nicht die Nachteile kompensieren könnten, die sie auf dem Gebiet des Wettbewerbs verursachten. Schließlich bestreitet HB die Schlussfolgerung in Randnummer 234 der streitigen Entscheidung, dass der Vorteil, dass durch die Ausschließlichkeitsklausel das gesamte Gebiet abgedeckt werde, nicht die ebenfalls durch die Kühltruhenvereinbarungen von HB bedingten Nachteile der Marktabschottung aufwiegen könne.

- 121 Nach Ansicht von HB weist die streitige Entscheidung drei rechtliche Fehler in Bezug auf Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag auf.
- 122 Erstens enthalte die streitige Entscheidung einen grundlegenden logischen Fehler hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag. Laut der Entscheidung verlange Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag eine Abwägung der Wettbewerbsbeschränkung gegenüber der Verschaffung von Vorteilen, die eine Freistellung rechtfertigen könnten (Randnrn. 222 bis 225). In der Entscheidung werde geltend gemacht, dass HB, indem es den Zwischenverkäufern und den Verbrauchern Vorteile verschaffe, einen zu effizienten Wettbewerb betreibe und dadurch gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag verstoße (Randnr. 226). Da diese Vorteile, so werde behauptet, mit einer Wettbewerbseinschränkung einhergingen, könnten sie bei der Frage einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag nicht mehr berücksichtigt werden. Die Argumentation der Kommission stelle daher einen Zirkelschluss dar.
- 123 Zweitens sind nach Ansicht von HB die verschiedenen Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag kumulativ in dem Sinne, dass für eine Freistellung jede von ihnen erfüllt sein müsse. Die Frage, ob diese Vor-

aussetzungen erfüllt seien, müsse jedoch für jede Voraussetzung getrennt geprüft werden. Daher könne die Kommission nicht behaupten, die Vorteile aufgrund der Tiefkühltruhenvereinbarungen von HB würden ohne weiteres durch die Wettbewerbsbeschränkungen dieser Vereinbarungen neutralisiert, da die Frage, ob der Wettbewerb im Wesentlichen ausgeschaltet sei, getrennt von der Frage behandelt werden müsse, welche Vorteile sich aus den betreffenden Vereinbarungen ergäben. Das Gericht habe dieses Erfordernis einer getrennten Prüfung in der Randnummer 122 seines Urteils *Matra Hachette/Kommission* klar zum Ausdruck gebracht. Die Kommission meine, dass die Verbesserung des Vertriebs auf der Ebene der Wiederverkäufer durch verringerte Kosten des Transports und einer regelmäßigen Belieferung, die Verbesserung des Vertriebs auf der Ebene der Lieferanten mittels Planung und Logistik und die Stimulierung der Nachfrage durch weitestgehende Produktverfügbarkeit und Sichtbarkeit der Erzeugnisse wegen der angeblich negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem relevanten Markt außer Acht gelassen werden könnten. Entgegen der Ansicht der Kommission (nachstehend Randnr. 130) spiele, wenn die objektiven Vorteile einer Vereinbarung festgestellt worden seien, die Frage der Marktabschottung nur noch für die Kriterien der wesentlichen Ausschaltung des Wettbewerbs nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag eine Rolle. Randnummer 180 des Urteils *Langnese-Iglo/Kommission*, das von der Kommission angeführt worden sei, spreche nicht gegen die von HB vorgetragenen Argumente (ebenfalls nachstehend Randnr. 130).

124 Drittens habe die Kommission bei der Prüfung nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag einen Fehler begangen, als sie davon ausgegangen sei, dass der relevante Markt geschlossen sei. In Wirklichkeit betrage der Grad der Abschottung dieses Marktes nicht mehr als 6 %.

125 HB macht weiter geltend, die minutiöse Anwendung einiger Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag durch die Kommission sei ebenfalls rechtsfehlerhaft. Die Kommission habe in der angefochtenen Entscheidung (Randnr. 227) anerkannt, dass die breite Verfügbarkeit von Kühltruhen in Einzelhandelsverkaufsstellen, die den gesamten geografischen Markt abdecke und zu einem großen Teil durch das HB-Kühltruhennetz bewirkt worden sei, als objektiver Vorteil insbesondere für den Vertrieb angesehen werden könne und dass die Ausschließlichkeitsklausel hierzu beitrage. Die Kommission negiere jedoch diesen Vorteil mit der Vermutung, dass HB aus Gründen der Gewinnmaximierung auch dann weiterhin Tiefkühltruhen liefern würde, wenn es keine

Ausschließlichkeitsklausel gäbe. Die Kommission sei aber nicht berechtigt, sich auf die Vermutung zu stützen, dass Tiefkühltruhen von HB auch weiterhin geliefert würden, wenn es keine Ausschließlichkeitsklausel gebe. Zudem seien die Feststellungen in den Randnummern 232 und 233 der angefochtenen Entscheidung falsch. Die Kommission könne nicht von konkurrierenden Lieferanten ausgehen, die in der Lage seien, ein vergleichbares Produktsortiment wie das von HB ebenso kostengünstig wie HB herzustellen, was ihnen erlauben würde, diese Produkte in Verkaufsstellen mit einem zu geringen Umsatz, als dass er HB interessieren könnte, oder an Wiederverkäufer zu liefern, die im Falle einer Einstellung ihrer Belieferung mit Eis von HB in der Lage wären, ihre eigenen Tiefkühltruhen aufzustellen. Ebenso sei nicht bewiesen, dass ein unabhängiger Wiederverkäufer einen Vertriebsdienst zu niedrigeren Kosten und wirksamer als HB anbieten könnte oder ein neuer Unternehmertyp eines unabhängigen Großhändlers allein durch die Tiefkühltruhenvereinbarungen von HB verhindert würde.

- 126 Im Zusammenhang mit dem Vertrieb bedeute das Wort „unerlässlich“ nicht, dass es kein anderes Vertriebssystem gebe, sondern lediglich, dass die Beschränkungen zur Durchführung der Vertriebspolitik des Herstellers erforderlich seien und Vorteile im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag mit sich brächten. Wenn die Ausschließlichkeitsbindung der Verkaufsstelle beim Absatz als unerlässlich angesehen werden könne, um diese Vorteile zu erreichen, wie die Gruppenfreistellungen der Vertriebs- und Alleinbezugsvereinbarungen zeigten, müsse das Gleiche für die Ausschließlichkeitsklauseln für Tiefkühltruhen gelten.
- 127 Wenn die Ausschließlichkeitsklausel untersagt werden müsste, hätte dies eindeutig negative Folgen für die Lage und Vertriebsvereinbarungen von HB. Erstens würde das Unternehmen einen Wettbewerbsnachteil erleiden, weil ein Konkurrent Wirtschaftsgüter von HB benutzen könnte, ohne in die Bereitstellung einer Tiefkühltruhe in den betreffenden Verkaufsstellen investieren zu müssen, gleichzeitig aber HB von den von ihm gelieferten Truhen ausschließen könnte. Zweitens wäre es nicht möglich, in der Tiefkühltruhe ein ebenso vollständiges Produktsortiment von HB anzubieten, was zu Absatzverlusten führen würde. Die Kosten der Bereitstellung und des Unterhalts der Truhe könnten über den Verkauf von HB-Eis nicht wieder hereingeholt werden. Drittens würden die Vertriebskosten für Eis durch die angefochtene Entscheidung sowohl in den betroffenen Verkaufsstellen als auch in den anderen ansteigen.

- 128 HB ist der Ansicht, dass ihr Vertriebssystem den Verbrauchern Vorteile nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag bringe. Anderenfalls hätte sich die Kommission nämlich nicht zufrieden gezeigt, als sie die Mitteilung nach Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 (vorstehend Randnr. 12) erlassen und erklärt habe, dass eine Freistellung gerechtfertigt sei. Tatsächlich wäre ein Großteil der Gründe für die Gruppenfreistellung nach der Verordnung (EWG) Nr. 1984/83 der Kommission vom 22. Juni 1983 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinbezugsvereinbarungen (ABl. L 173, S. 5) ebenfalls hinfällig.
- 129 Die Vertriebsvereinbarungen von HB erlaubten nicht, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren auszuschalten, da selbst nach Auffassung der Kommission 60 % des relevanten Marktes nicht abgeschottet seien. Der Hinweis in Randnummer 245 der angefochtenen Entscheidung, dass seit langer Zeit keine bedeutenden Änderungen in der Wettbewerbsstruktur des relevanten Marktes erfolgt seien, sei in tatsächlicher Hinsicht falsch, da in der Entscheidung die großen innovativen Lieferanten wie Mars, Nestlé und Häagen-Dazs, die sich vor kurzem auf diesem Markt etabliert hätten, nicht berücksichtigt worden seien.
- 130 Die Kommission ist der Ansicht, dass die angefochtene Entscheidung keinen grundlegenden logischen Fehler enthalte. Eine Freistellung könne nämlich nur nach einer Abwägung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des Vertrages gegenüber den sich aus ihm ergebenden Vorteilen gewährt werden. Zu diesen Vorteilen gehöre nicht schon jeder Vorteil, „der sich aus der Vereinbarung für die Produktions- und Vertriebstätigkeiten der Vertragsparteien ergibt“. In der streitigen Entscheidung werde jede der Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag getrennt untersucht. Die Kommission sei dort zu dem Ergebnis gelangt, dass die Vereinbarungen von HB diese Voraussetzungen nicht erfüllten, da sie die Warenverteilung nicht verbesserten, die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn nicht angemessen beteiligten, für die Verwirklichung dieser Vorteile nicht unerlässlich seien und HB die Möglichkeit ließen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschließen. Unter Hinweis insbesondere auf Randnummer 180 des Urteils Langnese-Iglo/Kommission und auf Randnummer 142 des Urteils Schöller/Kommission hält die Kommission ihre Prüfung der ersten der vier Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag für nicht rechtsfehlerhaft.

- 131 HB konzentriere sich in ihrer Klageschrift auf ein einziges der vier Kriterien, die für eine Freistellung erfüllt sein müssten, nämlich die Verbesserung der Warenverteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts, und gehe nicht auf die anderen Kriterien ein. Zudem habe HB nicht dargetan, inwiefern die Vorteile aufgrund ihres Vertriebssystems — wenn es sie denn gebe — durch die Ausschließlichkeitsklausel und nicht durch andere Faktoren bedingt seien.
- 132 Sämtliche Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag müssten zusammen erfüllt sein. HB habe die Schlussfolgerungen in den Randnummern 239 und 240 der angefochtenen Entscheidung, dass die Ausschließlichkeitsklausel die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher beschränke und keine Garantie biete, dass die durch die Effizienz bedingten Vorteile an sie weitergegeben würden, weder bestritten noch widerlegt. HB meine zu Unrecht, dass die Ausschließlichkeitsklausel entsprechend den Gruppenfreistellungen für die Vertriebs- und Bezugsbindung freigestellt werden könne. Bei Kleineis bestehe ein anderes Gleichgewicht zwischen den Beschränkungen und den Vorteilen, für dessen Beurteilung der Begriff der Unerlässlichkeit von Bedeutung sei. Auch wenn bei vielen Erzeugnissen vertikale Beschränkungen der Freiheit der Einzelhändler hinnehmbar seien, weil sie den Wettbewerb zwischen Marken förderten, sei ein Interbrand-Wettbewerb bei Impulsprodukten weniger wahrscheinlich, weil die Verbraucher in der Regel nicht ein Geschäft in der Absicht beträten, diese Erzeugnisse zu kaufen, und die Erzeugnisse in verschiedenen Verkaufsstellen nicht verglichen. Zudem könnten die Vorteile dieser Gruppenfreistellungen verloren gehen, wenn der Wettbewerb für die in Frage stehenden Erzeugnisse unzureichend sei, wie es in der Rechtssache Langnese-Iglo/Kommission der Fall gewesen sei. Die Möglichkeit, dass HB einen Schaden erleide, wenn es eine bestimmte Handelspraxis aufgebe, bedeute nicht, dass diese Praxis unerlässlich sei.
- 133 Zu der Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag, die die Möglichkeit der Ausschaltung des Wettbewerbs betrifft, stellt die Kommission fest, dass HB sich nicht zu den Randnummern 242 bis 246 der angefochtenen Entscheidung geäußert habe, in denen das Fehlen eines Wettbewerbs auf dem relevanten Markt und die Hindernisse für den Zutritt neuer Lieferanten behandelt worden seien.

HB bestreite lediglich die Beurteilung der Kommission, wonach die Wettbewerbsstruktur des relevanten Marktes seit langer Zeit keine bedeutenden Änderungen erfahren habe (Randnr. 245 der angefochtenen Entscheidung). Die Kommission bekräftigt, dass der relevante Markt tatsächlich weiterhin zu 80 % von HB beherrscht werde.

- 134 Die Argumente von HB, die vorstehend in Randnummer 128 wiedergegeben sind, seien unzutreffend und stellten ein neues Angriffsmittel dar, das in der Klageschrift nicht geltend gemacht worden und daher nach Artikel 48 § 2 der Verfahrensordnung unzulässig sei.

Würdigung durch das Gericht

- 135 Nach ständiger Rechtsprechung kann das Gericht die komplexen wirtschaftlichen Bewertungen, die die Kommission bei der Ausübung ihres Beurteilungsspielraums nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag im Hinblick auf dessen vier Voraussetzungen vornimmt, nur darauf überprüfen, ob die Verfahrens- und Begründungsregeln beachtet wurden, ob der Tatbestand richtig festgestellt wurde, ob kein offenkundiger Beurteilungsfehler und kein Ermessensmissbrauch vorliegt (vgl. Urteile des Gerichts vom 23. Februar 1994 in den Rechtssachen T-39/92 und T-40/92, CB und Europay/Kommission, Slg. 1994, II-49, Randnr. 109, Matra Hachette/Kommission, Randnr. 104, und vom 21. Februar 1995 in der Rechtssache T-29/92, SPO u. a./Kommission, Slg. 1995, II-289, Randnr. 288). Das Gericht kann die Beurteilung der Kommission nicht durch eine eigene ersetzen.
- 136 Ferner ergibt sich aus einer gefestigten Rechtsprechung, dass es im Fall eines Freistellungsbegehrens gemäß Artikel 85 Absatz 3 in erster Linie Sache der betroffenen Unternehmen ist, der Kommission Beweise dafür vorzulegen, dass die Vereinbarung die in dieser Bestimmung aufgestellten Voraussetzungen erfüllt (Urteile des Gerichtshofes vom 17. Januar 1984 in den Rechtssachen 43/82 und 63/82, VBVB und VBBB/Kommission, Slg. 1984, 19, Randnr. 52, vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 42/84, Remia u. a./Kommission, Slg. 1985, 2545, Randnr. 45, und Langnese-Iglo/Kommission, Randnr. 179).

- 137 Die Kommission kann eine Einzelfreistellungsentscheidung nur erlassen, wenn die Vereinbarung oder Gruppe von Beschlüssen die vier Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag zusammen erfüllt. Liegt nur eine der vier Voraussetzungen nicht vor, ist die Freistellung schon zurückzuweisen (Urteil VBVB und VBBB/Kommission, Randnr. 61, Beschluss des Gerichtshofes vom 25. März 1996 in der Rechtssache C-137/95 P, SPO u. a./Kommission, Slg. 1996, I-1611, Randnr. 34, Urteile Matra Hachette/Kommission, Randnr. 104, und SPO u. a./Kommission, Randnrn. 267 und 286).
- 138 Entgegen dem vorstehend in der Randnummer 123 wiedergegebenen Vorbringen von HB ergibt sich aus der angefochtenen Entscheidung eindeutig, dass die Kommission die Vertriebsvereinbarungen von HB im Einzelnen unter Berücksichtigung jeder der vier Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag geprüft hat (Randnrn. 221 bis 254 der angefochtenen Entscheidung).
- 139 Die erste dieser vier Voraussetzungen lautet, dass diejenigen Vereinbarungen freigestellt werden können, die „zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen“. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts kann die Verbesserung nicht schon in jedem Vorteil gesehen werden, der sich aus der Vereinbarung für die Produktions- oder Vertriebstätigkeit der an ihr beteiligten Unternehmen ergibt. Die Verbesserung muss insbesondere spürbare objektive Vorteile mit sich bringen, die geeignet sind, die mit der Vereinbarung verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen (Urteil des Gerichtshofes vom 13. Juli 1966 in den Rechtssachen 56/64 und 58/64, Consten und Grundig/Kommission, Slg. 1966, 321, 429, und Urteil Langnese-Iglo/Kommission, Randnr. 180).
- 140 Diese erste Voraussetzung ist in den Randnummern 222 bis 238 der angefochtenen Entscheidung geprüft worden. Insbesondere hat die Kommission anerkannt, dass die Vertriebsvereinbarungen von HB über Tiefkühltruhen ganz oder teilweise die in der fünften Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1984/83 beschriebenen Vorteile sowohl für HB selbst als auch für die Wiederverkäufer, die diese Vereinbarung geschlossen hätten, aufweisen könnten und die derzeit von

HB angewandte Vertriebsmethode ihr und ihren Wiederverkäufern bestimmte Vorteile in Form einer effizienteren Planung, Organisation und eines wirksameren Vertriebs bieten könne. Doch brächten diese Vereinbarungen keine spürbaren objektiven Vorteile mit sich, die geeignet seien, die mit ihnen verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen. Begründet hat die Kommission dies damit, dass die Vereinbarungen über die Bereitstellung von Tiefkühltruhen die Stellung von HB auf dem relevanten Markt erheblich stärkten, insbesondere gegenüber ihren möglichen Wettbewerbern. Sie hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass die Stärkung eines so großen Unternehmens wie HB auf dem relevanten Markt den Wettbewerb nicht fördere, sondern bremse, weil das Vertragsnetz dieses Unternehmens ein größeres Hindernis für den Zutritt zum Markt sowie zur Expansion auf diesem Markt für die vorhandenen Wettbewerber darstelle (Randnrn. 225 und 236 der angefochtenen Entscheidung und in Entsprechung zum Urteil Langnese-Iglo/Kommission, Randnr. 182). Es ist auch daran zu erinnern, dass der Grad der Abschottung des relevanten Marktes 40 % (vorstehend Randnr. 98) und nicht 6 % beträgt, wie HB behauptet (Randnr. 124).

- 141 Daher ist das Gericht entgegen dem Vorbringen von HB (vorstehend Randnr. 123) der Auffassung, dass die Kommission zu Recht die Hindernisse für den Zutritt zu dem relevanten Markt als Folge der Ausschließlichkeitsklausel und die sich daraus ergebende Schwächung des Wettbewerbs für die Beurteilung der Vertriebsvereinbarung von HB im Hinblick auf die erste Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag berücksichtigt hat (entsprechend den Urteilen Consten und Grundig/Kommission, 429, und Langnese-Iglo/Kommission, Randnr. 180). Daher ist das vorstehend in Randnummer 122 wiedergegebene Argument von HB, die angefochtene Entscheidung enthalte in den Randnummern 222 bis 225 einen grundlegenden logischen Fehler bezüglich des Verhältnisses zwischen Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag, zurückzuweisen, denn die Kommission musste nach der einschlägigen ständigen Rechtsprechung prüfen, ob spürbare objektive Vorteile vorlagen, die die mit der Vereinbarung verbundenen Nachteile für den Wettbewerb ausgleichen konnten.

- 142 Auch weisen die Vertriebsvereinbarungen von HB zwei besondere Aspekte auf, nämlich zum einen die „kostenfreie“ Überlassung von Tiefkühltruhen an die Wiederverkäufer und zum anderen deren Verpflichtung, diese Truhen aus-

schließlich für die Vorratshaltung von HB-Eis zu benutzen. Die durch die betreffenden Vereinbarungen gewährleisteten Vorteile ergeben sich aus dem ersten Aspekt und können somit auch ohne Ausschließlichkeitsklausel erlangt werden.

- 143 Zudem ist der Feststellung der Kommission in Randnummer 227 der angefochtenen Entscheidung zuzustimmen, dass die breite Verfügbarkeit von Kühltruhen in Einzelhandelsverkaufsstellen für den Verkauf von Kleineis, die den gesamten geografischen Markt abdeckt und zu einem großen Teil durch das HB-Kühltruhennetz bewirkt wird, zwar als objektiver Vorteil angesehen werden könne, dass es aber unwahrscheinlich sei, dass HB die Belieferung der Wiederverkäufer mit Tiefkühltruhen — unter welchen Bedingungen auch immer —, abgesehen von wenigen Fällen, endgültig einstellen würde, wenn ihre Möglichkeit eingeschränkt würde, den Wiederverkäufern eine Ausschließlichkeitsverpflichtung für die Kühltruhen aufzuerlegen. HB hat nicht dargetan, dass die Ansicht der Kommission offenkundig fehlerhaft ist, wonach die wirtschaftliche Wirklichkeit für eine Gesellschaft wie HB, die ihre Stellung auf dem relevanten Markt halten wolle, die Präsenz in möglichst vielen Verkaufsstellen sei (Randnr. 228 und vorstehend Randnr. 125). Entgegen der Behauptung von HB hat sich die Kommission nicht mit der Vermutung begnügt, dass HB weiterhin Tiefkühltruhen auf dem relevanten Markt liefern werde, sondern untersucht, wie der Markt in Zukunft nach Erlass der angefochtenen Entscheidung voraussichtlich funktionieren wird. Zudem konnte die Kommission entgegen der Ansicht von HB (vorstehend Randnr. 125) zu Recht davon ausgehen, dass mit HB konkurrierende Hersteller durchaus eine Politik verfolgen könnten, nach der sie Verkaufsstellen, die einen zu geringen Umsatz an Speiseeiserzeugnissen haben, um für eine HB-Kühltruhe in Betracht zu kommen, Truhen zu attraktiveren Bedingungen zur Verfügung stellen, als der Wiederverkäufer selbst durchzusetzen erwarten könnte, falls HB bestimmten Verkaufsstellen keine Tiefkühltruhen mehr liefere. Ebenso hat die Kommission zu Recht darauf hingewiesen, dass Kühltruhen von unabhängigen Vertriebshändlern aufgestellt werden könnten, die aus verschiedenen Quellen beliefert würden und den gesamten Bedarf dieser Verkaufsstellen abdeckten, wenn HB ihre Truhen zurücknähme oder diese Stellen nicht mehr beliefern wollte. Da es sich seitens der Kommission um eine Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung handelt, könnte diese wegen eines offenkundigen Beurteilungsfehlers nur dann in Frage gestellt werden, wenn HB konkrete Beweise beibringt, was sie im vorliegenden Fall nicht getan hat.

- 144 Da die Vertriebsvereinbarungen von HB die erste der in Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag aufgeführten Voraussetzungen nicht erfüllen, ist der dritte Klagegrund zurückzuweisen, ohne dass noch untersucht werden müsste, ob die Kommission bei der Beurteilung der anderen Voraussetzungen dieser Bestimmung einen offenkundigen Fehler begangen hat. Schon wenn eine der vier Voraussetzungen nicht vorliegt, ist eine Freistellung abzulehnen.

Vierter Klagegrund: Rechtsfehler bei der Anwendung des Artikels 86 EG-Vertrag

Vorbringen der Parteien

- 145 HB bestreitet in ihrer Klageschrift nicht die Feststellungen in der angefochtenen Entscheidung zu ihrer beherrschenden Stellung, sondern nur die Behauptungen zum Missbrauch dieser Stellung (Randnr. 263), insbesondere die Aussage, dass sie die Wiederverkäufer zur Einräumung eines Ausschließlichkeitsrechts bewege, in dem sie ihnen Tiefkühltruhen überlasse und für den Unterhalt dieser Geräte ohne direkte Kosten für den Wiederverkäufer Sorge.
- 146 In der mündlichen Verhandlung und in ihrer Stellungnahme zum Streithilfeschriftsatz von Mars hat HB jedoch eine beherrschende Stellung bestritten. Wenn die beherrschende Stellung, wie der Gerichtshof entschieden habe, durch die Fähigkeit gekennzeichnet sei, über ein bestimmten Zeitraum Marktanteile zu halten, „ohne dass die Inhaber erheblich geringerer Anteile imstande wären, die Nachfrage, die sich von dem Unternehmen mit dem größten Anteil abwenden will, rasch zu befriedigen“ (Urteil des Gerichtshofes vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, Hoffmann-La Roche/Kommission, Slg. 1979, 461, Randnr. 41), dann verfüge sie jedenfalls nicht über eine solche Stellung. Mehrere andere Lieferanten, insbesondere multinationale Unternehmen wie Nestlé und Mars, hätten völlig ausreichende Kapazitäten, um ihre Händler zu beliefern, wenn diese sich von HB abwenden wollten.

- 147 Seltsamerweise qualifiziere die Kommission eine weithin angewandte Praxis als missbräuchlich, die sie nicht als wettbewerbsfeindlich angesehen habe und die den Vertragsparteien anerkanntermaßen Vorteile bringe.
- 148 Das Argument der Kommission, die Ausschließlichkeitsklausel beeinträchtige die Freiheit der Wiederverkäufer, ihre Lieferanten nach der Qualität der Produkte auszusuchen, sei falsch. Außerdem stehe diese Behauptung in Widerspruch zur Randnummer 259 der angefochtenen Entscheidung, wo ausdrücklich anerkannt werde, dass die breite Mehrheit der Wiederverkäufer sich für den Verkauf — oft sogar ausschließlich — von HB-Speiseeis frei entschieden habe. Eine große Zahl dieser Wiederverkäufer würde kein Eis vorrätig halten, wenn ihnen keine Tiefkühltruhe zur Verfügung gestellt würde. Die Belieferung der kleinen Wiederverkäufer mit Eis und die Bereitstellung einer Tiefkühltruhe verbesserten die allgemeine Leistungsfähigkeit von HB und erhöhten den Wettbewerb. Der Ansatz von Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen zum Urteil des Gerichtshofes vom 26. November 1998 in der Rechtssache C-7/97 (Bronner, Slg. 1998, I-7791, I-7794), der insbesondere in den Nummern 57 und 65 zum Ausdruck komme, sei auch auf die Ausschließlichkeitsklausel anwendbar. So sei die Belieferung mit Tiefkühltruhen zu ausschließlichen Bedingungen ein Aspekt des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt. Die Tiefkühltruhen stellten keine „essential facilities“ dar, da es keinen rechtserheblichen Zwang gebe, der die Konkurrenten von HB daran hindere, in den Verkaufsstellen, die andere Kleineismarken vorrätig halten wollten, Tiefkühltruhen aufzustellen.
- 149 Ebenso sei der Standpunkt der Kommission zur Marktabschottung im Hinblick auf Artikel 86 EG-Vertrag nicht annehmbar, da der Gerichtshof oder das Gericht in allen Fällen, in denen eine vertikale Ausschließlichkeit als missbräuchlich angesehen worden sei, eine Grenze oder ein Kriterium der Mindestabschottung des Marktes ausdrücklich oder implizit angewandt habe (Urteile des Gerichtshofes in der Rechtssache Hoffmann-La Roche/Kommission, vom 3. Juli 1991 in der Rechtssache C-62/86, AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359, und Michelin/Kommission; Urteil des Gerichts vom 1. April 1993 in der Rechtssache T-65/89, BPB Industries und British Gypsum/Kommission, Slg. 1993, II-389). Der Prozentsatz der Verkaufsstellen, die möglicherweise aufgrund der Belieferung mit

Tiefkühltruhen nicht zugänglich seien, überschreite nicht 6 %, so dass die Spürbarkeitsgrenze, die für einen Missbrauch in Form einer Marktabstottung durch eine Ausschließlichkeitsklausel erforderlich sei, nicht erreicht sei.

- 150 In ihrer Erwiderung weist HB darauf hin, dass die Untersuchungen der Kommission bezüglich Artikel 85 Absatz 1 und 86 EG-Vertrag unentwirrbar miteinander verquickt seien, so dass die Kommission ihre Akte zu Artikel 85 EG-Vertrag in der Weise „wiederverwendet“ habe, dass sie daraus eine Akte zu Artikel 86 EG-Vertrag gemacht habe, obwohl dieses Vorgehen vom Gericht in seinem Urteil vom 10. März 1992 in den Rechtssachen T-68/89, T-77/89 und T-78/89, SIV u. a./Kommission, Slg. 1992, II-1403, Randnr. 360, im Folgenden: Flachglasurteil) beanstandet worden sei.
- 151 Die Kommission, unterstützt von den Streithelferinnen, verweist darauf, dass der Begriff des Missbrauchs ein objektiver Begriff sei (Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission). So könne „die Verstärkung der Stellung eines Unternehmens ... ohne Rücksicht darauf, mit welchen Mitteln und Verfahren sie erreicht worden ist, missbräuchlich und nach Artikel 86 des Vertrages verboten sein“ (Urteil des Gerichtshofes vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72, Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215, Randnr. 27). Gegen das Argument von HB, die Ausschließlichkeitsklausel könne keinen Missbrauch darstellen, da es sich um eine übliche Praxis handle, spreche, dass selbst eine gängige Praxis in der Industrie eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung sein könne. HB könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Lage aufgrund einer freien Wahl der Händler entstanden sei. HB habe ihnen nämlich einen Anreiz geboten, Vereinbarungen mit einer Ausschließlichkeitsklausel abzuschließen, was einen Missbrauch darstelle.
- 152 Die Ausschließlichkeitsklausel behindere den Marktzutritt und die Expansion auf dem relevanten Markt und verstärke das Übergewicht des auf dem Markt vorhandenen Lieferanten. Ein möglicher Wettbewerb vorhandener oder potenzieller Lieferanten werde auf diese Weise bedeutungslos. Die Wiederverkäufer würden daran gehindert, die Erzeugnisse, die sie vorrätig halten wollten, frei zu wählen und den Platz der Verkaufsstelle optimal zu nutzen. Außerdem habe der Verbraucher weniger Wahlmöglichkeiten. Die Praxis von HB, die Kosten für die Tiefkühltruhe von einer Ausschließlichkeitsklausel abhängig zu machen, obwohl es keinen objektiven Zusammenhang zwischen diesen gebe, unterscheide sich von den Bedingungen eines normalen Wettbewerbs für Verbrauchsgüter. Zudem

stellten die fraglichen Verkaufsstellen 40 % und nicht 6 %, wie HB behauptete, aller Verkaufsstellen des Marktes dar. HB habe weder die Regelung noch die Quelle für ihre „Toleranzschwelle“ dargelegt, noch erläutert, warum ein Missbrauch in einem solchen Umfang nicht unter Artikel 86 EG-Vertrag fallen solle.

- 153 Die Kommission macht weiter geltend, sie habe im Hinblick auf Artikel 85 EG-Vertrag eine andere Untersuchung durchgeführt als im Hinblick auf Artikel 86 EG-Vertrag, so dass sich HB nicht auf das Flachglasurteil berufen könne. In diesem Urteil habe das Gericht die Ansicht vertreten, die Kommission habe die einen Verstoß gegen Artikel 85 begründenden Tatsachen in der Weise „wieder verwendet“, dass sie daraus ohne Durchführung einer Marktstudie die Feststellung abgeleitet habe, dass die Beteiligten zusammen einen bedeutenden Marktanteil hielten, und allein aus dieser Tatsache geschlossen, dass sie eine kollektiv beherrschende Stellung innehätten und ihr rechtswidriges Verhalten einen Missbrauch dieser Stellung darstelle.

Würdigung durch das Gericht

- 154 Nach ständiger Rechtsprechung erbringen besonders hohe Marktanteile als solche den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Ein Unternehmen, das längere Zeit einen besonders hohen Marktanteil besitzt, befindet sich aufgrund seines Produktions- und Angebotsvolumens — ohne dass die Inhaber erheblich geringerer Anteile imstande wären, die Nachfrage, die sich von dem Unternehmen mit dem größten Anteil abwenden will, rasch zu befriedigen — in einer Machtposition, die aus diesem Unternehmen einen Zwangspartner macht und ihm bereits deswegen, jedenfalls während relativ langer Zeiträume, die Unabhängigkeit des Verhaltens sichert, die für eine beherrschende Stellung kennzeichnend ist (Urteil Hoffmann-La Roche, Randnr. 41, und Urteil des Gerichts vom 22. November 2001 in der Rechtssache T-139/98, AAMS/Kommission, Slg. 2001, II-3413, Randnr. 51). Ferner ist eine beherrschende Stellung die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Konkurrenten, seinen Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem

Umfang unabhängig zu verhalten (Urteil des Gerichtshofes vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207, Randnr. 65, und Urteil AAMS/Kommission, Randnr. 51).

- 155 Die angefochtene Entscheidung definiert den relevanten Markt als Markt der einzeln verpackten Impulseisportionen in Irland (Randnrn. 138 und 140 der angefochtenen Entscheidung). HB hat nicht bestritten, dass diese Definition richtig ist. Obwohl das Unternehmen die Feststellung der Kommission in den Randnummern 28 und 259 der angefochtenen Entscheidung nicht in Frage gestellt hat, wonach es sowohl mengen- als auch wertmäßig über mehrere Jahre einen Anteil am relevanten Markt von über 75 % gehalten habe, bestreitet es, eine beherrschende Stellung auf diesem Markt zu haben. Bei Erlass der streitigen Entscheidung belief sich der Anteil von HB am relevanten Markt auf 89 % (vorstehend Randnr. 90). Die anderen Lieferanten von Kleineis auf diesem Markt wie Mars und Nestlé besitzen nur sehr geringe Marktanteile (Randnrn. 32 und 34 der angefochtenen Entscheidung), obwohl sie auf den benachbarten Märkten für Süßigkeiten und Schokolade sehr stark vertreten sind und diese Erzeugnisse in den gleichen Verkaufsstellen verkaufen wie die streitigen Erzeugnisse. Zudem besitzen Mars und Nestlé notorisch bekannte Marken für ihre Erzeugnisse und verfügen über die Erfahrung und Finanzkraft, um in neue Märkte einzudringen. Daraus folgt, dass HB nicht nur einen extrem hohen Anteil am relevanten Markt hält, sondern dass es darüber hinaus einen erheblichen Abstand zwischen ihrem Marktanteil und dem der ihr unmittelbar folgenden Konkurrenten gibt.
- 156 Nach den Akten verfügt HB über das größte und beliebteste Produktsortiment auf dem relevanten Markt, ist der einzige Lieferant von Kleineis in etwa 40 % der Verkaufsstellen dieses Marktes, gehört zur multinationalen Unilever-Gruppe, die seit vielen Jahren Eis in allen Mitgliedstaaten und in vielen anderen Ländern herstellt und vertreibt, in denen die Unternehmen der Gruppe sehr oft die wichtigsten Lieferanten auf dem jeweiligen Markt sind, und die Marke HB hat einen sehr hohen Bekanntheitsgrad. Infolgedessen hat die Kommission zu Recht

festgestellt, dass HB für viele Wiederverkäufer auf dem relevanten Markt ein unvermeidlicher Handelspartner ist und eine beherrschende Stellung auf diesem Markt innehat.

- 157 Somit ist zu prüfen, ob die Feststellung der Kommission in der streitigen Entscheidung, dass HB ihre beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt missbräuchlich ausgenutzt habe, richtig ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung ein objektiver Begriff. Er erfasst die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, 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 oder dessen Entwicklung durch den Einsatz von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Wirtschaftsteilnehmer abweichen (Urteil Hoffmann-La Roche/Kommission, Randnr. 91, und AKZO/Kommission, Randnr. 69). Daraus ergibt sich, dass Artikel 86 EG-Vertrag es einem beherrschenden Unternehmen verbietet, einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, indem es zu anderen Mitteln als denjenigen eines Leistungswettbewerbs greift. Das in dieser Bestimmung aufgestellte Verbot ist auch durch die Sorge gerechtfertigt, dass dem Verbraucher kein Schaden erwächst (vgl. Urteile des Gerichtshofes Europemballage und Continental Can/Kommission, Randnr. 26, und vom 16. Dezember 1975 in den Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73, Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663, Randnrn. 526 und 527).
- 158 Folglich trägt, auch wenn die Feststellung einer beherrschenden Stellung für sich allein keinen Vorwurf gegenüber dem betreffenden Unternehmen enthält, dieses Unternehmen unabhängig von den Ursachen dieser Stellung eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt (Urteil Michelin/Kommission, Randnr. 57).
- 159 HB macht zu Recht geltend, dass die Bereitstellung von Tiefkühltruhen unter einer Ausschließlichkeitsbedingung eine übliche Praxis auf dem relevanten Markt

darstellt (vorstehend Randnr. 85). Unter normalen Wettbewerbsverhältnissen auf dem Markt werden diese Vereinbarungen im Interesse beider Parteien geschlossen und können grundsätzlich nicht untersagt werden. Diese Erwägungen, die für eine normale Wettbewerbslage auf dem Markt gelten, können jedoch nicht uneingeschränkt auf den Fall übertragen werden, dass der Wettbewerb gerade wegen der beherrschenden Stellung eines der Wirtschaftsteilnehmer schon eingeschränkt ist. Die Geschäftstätigkeiten, die in einem Markt, der sich im Gleichgewicht befindet, zur Verbesserung der Warenherstellung und -verteilung beitragen und sich günstig auf den Wettbewerb auswirken, können diesen nämlich beschränken, wenn sie von einem Unternehmen ausgeübt werden, das auf diesem Markt eine beherrschende Stellung einnimmt. Was die Natur der Ausschließlichkeitsklausel betrifft, so hat die Kommission in der angefochtenen Entscheidung zu Recht festgestellt, dass HB ihre beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt missbräuchlich ausgenutzt hat, indem sie die Wiederverkäufer, die für die Aufbewahrung von Kleineis weder eine eigene Tiefkühltruhe hatten noch über die Truhe eines anderen Eislieferanten als HB verfügten, dazu bewegen hat, Vereinbarungen mit einer Ausschließlichkeitsklausel über die Bereitstellung von Tiefkühltruhen zu schließen. Dieser Verstoß gegen Artikel 86 ist hier in der Form erfolgt, dass den Wiederverkäufern die Bereitstellung von Tiefkühltruhen und deren Wartung ohne unmittelbare Kosten für sie angeboten worden ist.

160 Die Tatsache, dass ein Unternehmen in einer beherrschenden Marktstellung faktisch 40 % der Verkaufsstellen auf dem relevanten Markt — und sei es auch nur auf deren Nachfrage — durch eine Ausschließlichkeitsklausel gebunden hat, die in Wirklichkeit wie eine Vertriebsbindung dieser Verkaufsstellen wirkt, stellt eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag dar. Die Ausschließlichkeitsklausel hindert die betroffenen Wiederverkäufer nämlich daran, andere Eismarken zu verkaufen, bzw. verringert ihre Möglichkeiten zu solchen Verkäufen, auch wenn eine Nachfrage nach solchen Marken besteht, und verhindert den Zutritt konkurrierender Hersteller zum relevanten Markt. Daher ist das vorstehend in Randnummer 149 wiedergegebene Argument von HB, der Prozentsatz der möglicherweise wegen der Lieferung von Tiefkühltruhen unzugänglichen Verkaufsstellen überschreite nicht 6 %, falsch und zurückzuweisen.

161 Die Hinweise von HB auf die Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs zum Urteil Bronner sind im vorliegenden Fall nicht einschlägig, da die Kommission,

wie sie in ihren Schriftsätzen zu Recht vorgetragen hat, in der angefochtenen Entscheidung nicht behauptet hat, die HB-Truhen seien eine „essential facility“, um die es in diesen Schlussanträgen ging, und HB weder ein Wirtschaftsgut abtreten noch Verträge mit Personen schließen muss, die sie aufgrund dieser Entscheidung nicht ausgewählt hat.

- 162 Das Argument von HB bezüglich der „Wiederverwendung“ der Akte (vorstehend Randnr. 150) ist zurückzuweisen. Entgegen dem Vorgehen, das im Flachglasurteil beanstandet worden ist, hat sich die Kommission nicht auf eine „Wiederverwendung“ der einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag darstellenden Tatsachen beschränkt, um ihre Feststellung zu begründen, dass das betreffende Verhalten auch gegen Artikel 86 EG-Vertrag verstößt. Die Kommission hat im vorliegenden Fall in der angefochtenen Entscheidung eine eingehende Untersuchung des relevanten Marktes durchgeführt und ist zu dem Schluss gelangt, dass HB dort eine beherrschende Stellung innehat. Sie hat sodann zu Recht den Schluss gezogen, dass HB Mittel eingesetzt hat, die von den Mitteln eines normalen Wettbewerbs bei Verbrauchsgütern abweichen, indem sie die Wiederverkäufer dazu bewogen hat, die betreffenden Waren unter den in den vorstehend in den Randnummern 159 und 160 beschriebenen Bedingungen ausschließlich bei HB zu beziehen.
- 163 Somit ist der vierte Klagegrund zurückzuweisen.

Fünfter Klagegrund: Rechtsfehler wegen Nichtbeachtung der Eigentumsrechte und des Verstoßes gegen Artikel 222 EG-Vertrag

Vorbringen der Parteien

- 164 HB macht geltend, die Anwendung der Wettbewerbsregeln in der angefochtenen Entscheidung stelle einen ungerechtfertigten und unmäßigen Verstoß gegen ihre Eigentumsrechte dar, wie sie in Artikel 222 EG-Vertrag anerkannt seien. Zwar

bestehe das Eigentumsrecht nicht uneingeschränkt, doch seien nur solche Beschränkungen zulässig, die keinen unangemessenen, nicht tragbaren Eingriff in die Rechte des Eigentümers darstellten (vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 13. Dezember 1979 in der Rechtssache 44/79, Hauer, Slg. 1979, 3727). Mit dem Verbot der Ausschließlichkeitsklausel wolle die Entscheidung erreichen, dass von Dritten geliefertes Eis in den von HB bezahlten und unterhaltenen Tiefkühltruhen aufbewahrt werden könne, was die Eigentumsrechte von HB an den Truhen und allgemeiner ihre Wirtschaftsinteressen ernsthaft beeinträchtigen würde. Entgegen der von der Kommission in Randnummer 219 der angefochtenen Entscheidung vertretenen Ansicht könnten die Eigentumsrechte von HB durch die Erhebung einer gesonderten Mietgebühr für die Tiefkühltruhe nicht angemessen geschützt werden. Die Verwaltung und die Erhebung einer Miete würden zu erheblichen Verwaltungskosten führen, und eine Vermietung wäre kein Ausgleich für die wirtschaftlichen Funktionsstörungen im Vertriebssystem als Folge der Aufbewahrung von Speiseeis Dritter in den HB-Tiefkühltruhen. Außerdem wäre HB offenkundig gegenüber anderen Wettbewerbern benachteiligt, die weiterhin Tiefkühltruhen kostenfrei zur Verfügung stellen könnten.

165 HB widerspricht dem Argument der Kommission (Randnr. 213 der angefochtenen Entscheidung), dass ihre für die Nutzung der Tiefkühltruhen vorgeschriebenen Beschränkungen wegen deren Aufstellung in Verkaufsstellen den Wettbewerbsregeln unterworfen werden könnten. Auf dem Gebiet des geistigen Eigentums sei anerkannt, dass zur Substanz der Eigentumsrechte nicht nur das Recht gehöre, Lizenzen zu vergeben (Urteil des Gerichtshofes vom 3. März 1988 in der Rechtssache 434/85, Allen & Hanburys, Slg. 1988, 1245, Randnr. 11), einem Dritten eine Lizenz zu versagen (Urteil des Gerichtshofes vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 238/87, Volvo, Slg. 1988, 6211, Randnr. 8) und eine Beeinträchtigung dieser Rechte zu verhindern (Urteil des Gerichtshofes vom 20. Oktober 1993 in den Rechtssachen C-92/92 und C-326/92, Collins, Slg. 1993, I-5145), sondern auch besondere Bestimmungen eines Lizenzvertrags (vgl. Entscheidung 83/400/EWG der Kommission vom 11. Juli 1983 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 des EG-Vertrags [IV/29.395 — Windsurfing International], ABl. L 229, S. 1, Randnrn. 75, 79, 85, 86, 90 und 100). Die Ausschließlichkeitsklausel sei qualitativ den Arten von Klauseln vergleichbar, die bei Lizenzen in Bezug auf Rechte aus geistigem Eigentum zulässig seien.

166 Wirtschaftlich bestehe der Wert des Tiefkühltruhennetzes darin, dass HB über Einrichtungen verfüge, die in den Verkaufsstellen erforderlich seien, um ihr Eis zu

lagern, insbesondere in den Verkaufsstellen, die ohne Bereitstellung einer Truhe kein Eis verkaufen könnten, da sie in eigene Truhen nicht investieren könnten. Daher sei das Recht von HB, die Truhen kontrollieren zu können, und ihre damit verbundene Forderung einer ausschließlichen Nutzung der Inhalt oder das Wesen dieser Rechte (Urteil des Gerichtshofes vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 247/86, *Alsattel*, Slg. 1988, 5987).

- 167 Die Kommission, unterstützt von den Streithelferinnen, macht geltend, dass sie die Eigentumsrechte von HB nicht beeinträchtigt habe. HB habe bereits einen Teil ihrer Rechte an den Tiefkühltruhen gegen die Zahlung von Gebühren an Wiederverkäufer abgetreten, d. h., HB bleibe Eigentümer, habe aber bestimmte Rechte an diese Händler abgetreten. Daher sei die Behauptung von HB, ihre Eigentumsrechte seien „konfisziert“ worden, rein rethorisch. Die Wiederverkäufer müssten für die Bereitstellung der Tiefkühltruhe bezahlen, da deren Kosten in den Preis für das Eis eingehe.
- 168 Wenn den Wiederverkäufern erlaubt würde, die Truhen von HB für den Verkauf anderer Eismarken zu benutzen, könnten sie daraus keinen „Profit“ ziehen, da HB die Ausgaben für ihre Investition auf verschiedene Weise zurückfordern könnte, insbesondere durch die Erhebung eines gesonderten Mietzinses für die Bereitstellung der Truhe. Es sei falsch, wenn HB behauptete, dass die Einziehung einer solchen Miete schwierig sei, da sie den Wiederverkäufern bereits für die Eislieferungen Rechnungen ausstelle. HB habe nicht dargetan, dass ein System einer getrennten Vermietung zu wirtschaftlichen Funktionsstörungen ihres Vertriebssystems führen würde. HB werde im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern auch nicht bestraft, wenn diese Wiederverkäufern weiterhin Tiefkühltruhen kostenfrei zur Verfügung stellten, da das Ergebnis bei einer Trennung der Kosten für das Eis und der Kosten für die Truhe für die Wiederverkäufer, die weiterhin Eis von HB kauften und in HB-Truhen lagerten, finanziell neutral sei.
- 169 HB ziehe zu Unrecht eine Parallele zwischen ihren Eigentumsrechten und dem Gebiet des intellektuellen Eigentums, da die Inhaber von Rechten auf dem Gebiet des intellektuellen Eigentums einen bestimmten Schutz erhielten, um ihre Investition in die betreffenden Erzeugnisse zurückzubekommen. Das öffentliche

Interesse am Wettbewerb müsse gegenüber dem öffentlichem Interesse an der Bereitstellung neuer Medikamente oder anderer nützlicher Ergebnisse abgewogen werden, die der Gesellschaft insgesamt ebenso zugute kämen wie den Herstellern. Das öffentliche Interesse an Speiseeis sei anders geartet. Aber selbst wenn die Lage von HB von den Vorschriften des geistigen Eigentums erfasst würde, zeigten die von ihr vorstehend in Randnummer 165 genannten Rechtssachen, dass der Inhaber eines Rechts aus geistigem Eigentum keinen vollständigen Schutz vor den Wettbewerbsregeln genieße, wenn es um die Art gehe, in der er seine Erzeugnisse verkaufe.

Würdigung durch das Gericht

- 170 Das Eigentumsrecht gehört nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts; es ist aber nicht schrankenlos gewährleistet, sondern muss im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen werden. Folglich kann die Ausübung des Eigentumsrechts Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet (u. a. Urteile des Gerichtshofes in der Rechtssache Hauer, Randnr. 23, vom 11. Juli 1989 in der Rechtssache 265/87, Schröder, Slg. 1989, 2237, Randnr. 15, und vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-280/93, Deutschland/Rat, Slg. 1994, I-4973, Randnr. 78). Nach Artikel 3 Buchstabe g EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe g EG) umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft zur Erreichung ihrer Ziele „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“. Infolgedessen fällt die Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag unter das öffentliche Interesse der Gemeinschaft (in diesem Sinne die Schlussanträge des Generalanwalts Cosmas zum Urteil Masterfoods und HB, Slg. 2000, I-11369, I-11371). Somit kann die Ausübung des Eigentumsrechts nach diesen Artikeln Beschränkungen unterworfen werden, sofern sie nicht unangemessen sind und das Recht nicht in seinem Wesensgehalt antasten.

- 171 Das Eigentumsrecht, um das es in der vorliegenden Sache geht, betrifft die Tiefkühltruhen von HB und deren Rechte, die Truhen wirtschaftlich zu nutzen. Die streitige Entscheidung beeinträchtigt in keiner Weise das Eigentum von HB an ihren Wirtschaftsgütern, sondern regelt im öffentlichen Interesse nur eine besondere Form ihrer Nutzung in der gleichen Weise, wie z. B. in zahlreichen Mitgliedstaaten der Gesetzgeber zum Schutze des Mieters tätig wird. Die streitige Entscheidung nimmt HB nicht das an den Tiefkühltruhen bestehende Eigentumsrecht und hindert sie auch nicht daran, diese Güter zu nutzen, indem sie sie zu wirtschaftlichen Bedingungen vermietet. Die Entscheidung sieht lediglich vor, dass HB, solange sie über eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt verfügt, die Tiefkühltruhen nicht auf der Grundlage einer Ausschließlichkeitsklausel nutzen darf, wenn sie diese den Wiederverkäufern „kostenfrei“ überlassen will. Infolgedessen hat die Kommission in der streitigen Entscheidung zu Recht festgestellt, dass die Ausschließlichkeitsklausel einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 86 EG-Vertrag darstellt, soweit es sich um die Verkaufsstellen handelt, die für die Lagerung von Kleineis nur mit HB-Tiefkühltruhen ausgestattet sind und weder über eine eigene Truhe noch über die eines anderen Herstellers verfügen, und hat den Antrag von HB auf Freistellung der Ausschließlichkeitsklausel nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag zu Recht zurückgewiesen. Sie hat HB sodann lediglich aufgefordert, diese Verstöße unverzüglich abzustellen und von Maßnahmen von gleicher Zweckbestimmung oder Wirkung abzusehen. Somit schränkt die streitige Entscheidung die Ausübung der Eigentumsrechte durch HB in Bezug auf ihre Tiefkühltruhen nicht in unzulässiger Weise ein.
- 172 Angesichts der Würdigung vorstehend in Randnummer 114 ist das vorstehend in Randnummer 164 dargestellte Argument von HB bezüglich der Nachteile im Zusammenhang mit der Erhebung einer getrennten Miete für diese Tiefkühltruhen zurückzuweisen. Soweit HB damit geltend macht, dass sie im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern benachteiligt sei, die weiterhin Tiefkühltruhen Wiederverkäufern kostenfrei zur Verfügung stellen könnten, ist festzustellen, dass die Vertriebsvereinbarungen von HB anders als die ihrer Wettbewerber zur Abschottung des relevanten Marktes erheblich beitragen. Da HB über eine beherrschende Stellung auf diesem Markt verfügt, trägt sie unabhängig von den Ursachen dieser Stellung eine besondere Verantwortung dafür, dass sie durch ihr Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt (Urteil Michelin/Kommission, Randnr. 57, und vorstehend Randnr. 158).

173 Somit ist auch der fünfte Klagegrund zurückzuweisen.

Sechster Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 190 EG-Vertrag

Vorbringen der Parteien

174 HB macht geltend, die angefochtene Entscheidung verstoße zumindest unter vier Gesichtspunkten gegen Artikel 190 EG-Vertrag. Erstens habe die Kommission ihre Definition der „Marktabstottung“ zwischen der Mitteilung der Beschwerdepunkte im Jahr 1993 und der im Jahr 1997 weiterentwickelt. Die Kommission habe ihren Standpunkt während dieses Zeitraums ihr gegenüber verändert. Zweitens habe die Kommission die im Urteil Langnese-Iglo/Kommission vertretenen Argumente bezüglich der Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag nicht auf die Ausschließlichkeitsklausel übertragen, so dass die angefochtene Entscheidung unzulänglich begründet sei. Drittens seien die Schlussfolgerungen der Kommission aus dem Sachverhalt des vorliegenden Falls logisch nicht begründet, so dass die angefochtene Entscheidung mit einem Begründungsmangel behaftet sei. Viertens sei die Entscheidung mangelhaft begründet, weil die Kommission nicht erläutert habe, inwiefern die ausschließliche Nutzung der HB-Tiefkühltruhen nicht im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag unerlässlich sei, um die Vorteile zu erreichen, die sich aus den HB-Vereinbarungen über die Bereitstellung der Truhen ergäben, obwohl sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte von 1993 und der Mitteilung von 1995 (vorstehend Randnr. 12) noch anerkannt habe, dass diese Ausschließlichkeit eine Freistellung rechtfertigen könne.

175 Die Kommission, unterstützt von den Streithelferinnen, verweist darauf, dass sie nach Artikel 190 EG-Vertrag die Gründe angeben müsse, die zu der tatsächlich erlassenen Entscheidung geführt hätten, und nicht die, die zu einem früheren Zeitpunkt zu einer anderen Entscheidung oder auch nicht zu einer solchen hätten führen können. Sie habe ihre Beurteilung seit 1993 nicht entscheidend geändert.

Jedenfalls könne sie angesichts neuer Tatsachen einen anderen Standpunkt einnehmen als früher. So habe sie den Urteilen Langnese-Iglo/Kommission und Schöller/Kommission Rechnung getragen, die nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte von 1993 ergangen seien.

Würdigung durch das Gericht

- 176 Nach ständiger Rechtsprechung hängt der Umfang der Begründungspflicht von der Art des in Rede stehenden Rechtsakts und dem Kontext ab, in dem er erlassen wurde. Die Begründung muss die Überlegungen des Organs so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen erkennen können, ob die Entscheidung sachlich richtig oder mit einem Mangel behaftet ist, der ihre Anfechtung erlaubt, und dass dem Gemeinschaftsrichter die Überprüfung der Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit hin ermöglicht wird (Urteil des Gerichts vom 22. Oktober 1997 in den Rechtssachen T-213/95 und T-18/96, SCK und FNK/Kommission, Slg. 1997, II-1739, Randnr. 226, und vom 17. Februar 2000 in der Rechtssache T-241/97, Stork Amsterdam/Kommission, Slg. 2000, II-309, Randnr. 73). In der Begründung eines Rechtsakts brauchen nicht alle tatsächlich oder rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden, da die Frage, ob die Begründung eines Rechtsakts den Erfordernissen des Artikels 190 EG-Vertrag genügt, nicht nur im Hinblick auf ihren Wortlaut zu beurteilen ist, sondern auch anhand ihres Kontexts sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet (vgl. insbesondere Urteile des Gerichtshofes vom 13. März 1985 in den Rechtssachen 296/82 und 318/82, Niederlande und Leeuwarder Papierwarenfabrik/Kommission, Slg. 1985, 809, Randnr. 19, vom 14. Februar 1990 in der Rechtssache C-350/88, Delacre u. a./Kommission, Slg. 1990, I-395, Randnrn. 15 und 16, und vom 29. Februar 1996 in der Rechtssache C-56/93, Belgien/Kommission, Slg. 1996, I-723, Randnr. 86).
- 177 Bei der vorstehend in Randnummer 174 wiedergegebenen zweiten und dritten Rüge trifft HB nicht die notwendige Unterscheidung zwischen dem Erfordernis der Begründung und der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung. Mit dem Argument einer unzulänglichen Begründung wirft sie der Kommission nämlich einen Rechtsfehler und eine offenkundig falsche Beurteilung des Sachverhalts vor. Sie beanstandet nicht das Fehlen einer Begründung, sondern deren Stichhaltigkeit. Somit sind diese Argumente im Rahmen des vorliegenden Klagegrundes zurückzuweisen.

- 178 Zu der ersten und der vierten Rüge von HB ist festzustellen, dass die Kommission u. a. in den Randnummern 7 und 247 der streitigen Entscheidung erläutert hat, dass sie ihre ursprünglich positive Haltung in der Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 15. August 1995 aufgegeben habe, weil die von HB vorgeschlagenen Änderungen ihres Vertriebssystems nicht zu dem erwarteten freien Zugang zu den Verkaufsstellen geführt hätten. Die Kommission hat damit die Änderung ihres ursprünglichen Standpunkts rechtlich hinlänglich begründet. Zudem hat die Kommission in Randnummer 241 der streitigen Entscheidung klar zum Ausdruck gebracht, dass HB nicht dargetan habe, dass die angeblichen Vorteile der Vertriebsvereinbarungen, die zu einer Verbesserung der Produktion und des Vertriebs u. a. im Interesse der Verbraucher führten, nicht wirksam gewährleistet werden könnten, wenn es keine Ausschließlichkeitsklausel für ihre Produkte und damit keine Verknüpfung der Bereitstellung von Tiefkühltruhen und der Lieferungen von Speiseeis gäbe, und in Randnummer 247 daher erklärt, dass vor allem aus diesem Grund die betreffenden Vereinbarungen nicht nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag freigestellt werden könnten.
- 179 Somit ist der Klagegrund eines Verstoßes gegen die Begründungspflicht gemäß Artikel 190 EG-Vertrag zurückzuweisen.

Siebter Klagegrund: Verstoß gegen die grundlegenden Prinzipien des Gemeinschaftsrechts

Vorbringen der Parteien

- 180 Nach Ansicht von HB hat die Kommission durch ihren Verstoß gegen die Mitteilung von 1995 (vgl. vorstehend Randnr. 12) den Grundsatz des Schutzes des berechtigten Vertrauens verletzt, da ein „entscheidendes öffentliches Interesse“ nicht vorhanden sei. Die Umstände „der Abmachung“ von 1995 zwischen HB und der Kommission über die Änderungen ihres Vertriebssystems und dessen Durchführung durch HB hätten sie zu der Erwartung berechtigt, dass die Kom-

mission zum einen die geänderten Vereinbarungen über die Ausschließlichkeit der Nutzung der Tiefkühltruhen positiv beurteile und zum anderen die Beurteilung der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten weder zurücknehme noch insoweit den Fall neu aufrolle. Wenn die Geschäftswelt sich nicht darauf verlassen könne, dass die Kommission sich vereinbarungsgemäß verhalte, werde das System der Verwaltungsschreiben über die Einstellung des Verfahrens und der informellen Streitbeilegung in Misskredit geraten.

- 181 Die Kommission habe auch gegen den Grundsatz der Subsidiarität und gegen ihre Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit mit den nationalen Gerichten verstoßen. HB verweist darauf, dass ein gleiches Verfahren vor den irischen Gerichten anhängig gewesen sei und der Eingriff der Kommission nicht durch ein Gemeinschaftsinteresse gerechtfertigt gewesen sei, da es in der Rechtssache um die Belieferung irischer Verbraucher durch eine irische Gesellschaft über irische Zwischenverkäufer mit speziellen Produkten für den irischen Markt gegangen sei.
- 182 Die Kommission habe auch gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen, da sie die angefochtene Entscheidung erlassen habe, obwohl ein Rechtsmittelverfahren vor den irischen Gerichten anhängig gewesen sei und ein Termin zur mündlichen Verhandlung in diesem Verfahren vor dem Erlass der angefochtenen Entscheidung festgesetzt gewesen sei. Der High Court habe einen Standpunkt eingenommen, der dem der Kommission völlig entgegengesetzt sei. Auch wenn die Kommission die Interessen der Beschwerdeführer berücksichtigen müsse, heiße es in der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 des EG-Vertrags (ABl. 1993, C 39, S. 6) doch klar, dass in der Regel „kein ausreichendes Gemeinschaftsinteresse [besteht], die Prüfung eines Falls fortzusetzen, wenn der Beschwerdeführer einen angemessenen Schutz seiner Rechte im Verfahren vor dem nationalen Richter erreichen kann. In diesem Fall wird die Untersuchung gewöhnlich eingestellt.“
- 183 Zudem verstoße die angefochtene Entscheidung gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da sie in einem solchen Umfang zu einer wirtschaftlichen Entwertung der HB gehörenden Tiefkühltruhen führe, dass die Eigentumsrechte

dieses Unternehmens unverhältnismäßig beeinträchtigt würden. Ebenso sei die Entscheidung unverhältnismäßig, weil sie sämtliche Vereinbarungen von HB über die Bereitstellung von Tiefkühltruhen in dem angeblich abgeschotteten Teil des Marktes unwirksam mache, was den Urteilen Langnese-Iglo/Kommission und Delimitis widerspreche, nach denen nicht sämtliche Hindernisse für den Marktzutritt beseitigt werden müssten, sofern tatsächlich die Möglichkeit bestehe, in den Markt einzudringen und dort zu expandieren. Außerdem verstoße die angefochtene Entscheidung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und sei diskriminierend, weil sie nicht nur für die Vergangenheit, sondern auch für die Zukunft die Tiefkühltruhenausschließlichkeit in den Beziehungen von HB zu der betroffenen Gruppe von Wiederverkäufern untersage. Im Urteil Langnese-Iglo/Kommission habe das Gericht die Entscheidung der Kommission aufgehoben, soweit dort Langnese-Iglo der Abschluss von Alleinbezugsvereinbarungen bis zum 31. Dezember 1997 untersagt worden sei, weil es gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoße, bestimmte Unternehmen für die Zukunft von einer Gruppenfreistellungsregelung auszunehmen, während andere Unternehmen weiterhin solche Alleinbezugsvereinbarungen schließen könnten, wie sie durch die Entscheidung untersagt worden seien.

- 184 Die streitige Entscheidung sei auch diskriminierend, weil sie eine willkürliche Beeinträchtigung der Möglichkeiten von HB beinhalte, anderen Lieferanten auf der Grundlage, auf der alle anderen Unternehmen auf dem relevanten Markt tätig seien, Konkurrenz zu machen.
- 185 Schließlich könnten die Argumente von HB zur Stützung ihrer Klagegründe wegen Verstoßes gegen Artikel 190 EG-Vertrag auch zur Stützung des Klagegrundes wegen Verletzung wesentlicher Formvorschriften geltend gemacht werden. Zudem habe die Kommission durch ihre Weigerung, in Gesprächen eine Lösung für die gescheiterte „Abmachung von 1995“ zu finden, gegen ihre Pflichten einer ordnungsgemäßen Verwaltung und damit gegen wesentliche Formvorschriften verstoßen.
- 186 Die Kommission, unterstützt von den Streithelferinnen, ist der Ansicht, dass durch die Ablehnung der Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag das berechtigte Vertrauen von HB nicht verletzt worden sei. HB habe keine „klaren

Zusagen“ in diesem Sinne erhalten; eine Berufung auf das berechtigte Vertrauen sei jedenfalls nicht möglich, da ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht festgestellt worden sei.

- 187 Die Frage, ob das Gemeinschaftsrecht von den nationalen Gerichten oder der Kommission angewandt werden müsse, falle nicht unter den Begriff der Subsidiarität, da sie seit langem geregelt sei. HB gehe von der falschen Vorstellung aus, dass die Kommission einen ihr mitgeteilten Verstoß gegen die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag nicht beanstanden dürfe, wenn dieser Verstoß (der naturgemäß eine Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten voraussetze) sich nur auf den Markt eines Mitgliedstaats auswirke.
- 188 Die Kommission habe auch nicht gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen, als sie die streitige Entscheidung erlassen habe, obwohl ein Verfahren vor den irischen Gerichten anhängig gewesen sei. Sie sei aus einer Reihe von Gründen zum Erlass dieser Entscheidung berechtigt gewesen. Erstens habe HB eine Vereinbarung angemeldet und ein Negativattest oder eine Freistellung für diese beantragt. Nur die Kommission sei befugt, eine Freistellungsentscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag zu erlassen. Zweitens seien zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung eine Reihe von Klagen vor den nationalen Gerichten und Kartellbehörden anhängig gewesen. Die Kommission sei verpflichtet gewesen, den Interessen der Beschwerdeführer Rechnung zu tragen, und habe daher, als sie zu dem Schluss gelangt sei, dass ein Verstoß gegen die Artikel 85 Absatz 1 und 86 EG-Vertrag vorliege, unverzüglich eine Entscheidung treffen müssen. Auch wenn die Kommission, wie HB meine, den Ausgang des Rechtsmittelverfahrens vor den irischen Gerichten vor Erlass der streitigen Entscheidung hätte abwarten müssen, hätte dies das Problem der Rechtssicherheit nicht gelöst. Der Erlass der streitigen Entscheidung wäre nur hinausgeschoben worden.
- 189 Die streitige Entscheidung verstoße auch nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sie führe nicht zu einem Erlöschen der Eigentumsrechte von HB an den Tiefkühltruhen. Sie enthalte nämlich ein spezielles Beispiel dafür, wie HB ihre Investition in Tiefkühltruhen mit zulässigen Mitteln zurückgewinnen könne. HB habe keinen triftigen Grund angeführt, warum ihr eine Verwaltung eines Systems

der getrennten Inrechnungstellung von Eis und Tiefkühltruhen unmöglich wäre. Nach Ansicht von HB mache die Entscheidung alle in Rede stehenden Vereinbarungen unwirksam, obwohl die Urteile in den Rechtssachen Lagnese-Iglo/Kommission und Delimitis nach Ansicht dieses Unternehmens dahin auszulegen seien, dass nicht sämtliche Hindernisse für den Zugang zum Markt beseitigt werden müssten. Der Gerichtshof habe jedoch im Urteil Delimitis erklärt, dass die Vereinbarungen als ein Ganzes und nicht isoliert gesehen werden müssten. Zu dem Argument von HB, die streitige Entscheidung verbiete die Ausschließlichkeitsklausel nicht nur für die Vergangenheit, sondern auch für die Zukunft, sei festzustellen, dass HB in der Entscheidung nur untersagt werde, neue Vereinbarungen mit gleicher Zweckbestimmung oder Wirkung wie die der bestehenden Vereinbarungen abzuschließen.

- 190 Die Kommission widerspricht der Behauptung von HB, sie sei ungerecht und diskriminierend behandelt worden. Die Kommission habe in der angefochtenen Entscheidung den Wirkungen der anderen Vertragsnetze Rechnung getragen (Randnr. 204), habe aber festgestellt, dass keines dieser anderen Netze entscheidend zur Abschottung des relevanten Marktes beigetragen habe. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlange nicht das Verbot dieser Verträge, wenn sie den Wettbewerb nicht besonders beschränkten.
- 191 Schließlich macht die Kommission geltend, dass sie keine wesentliche Formvorschrift verletzt habe.

Würdigung durch das Gericht

- 192 Was die Rüge der Verletzung des Vertrauensschutzes angeht, kann sich nach ständiger Rechtsprechung auf diesen Schutz, der einen der fundamentalen Grundsätze der Gemeinschaft darstellt, jeder Einzelne berufen, der sich in der Situation befindet, aus der sich ergibt, dass die Gemeinschaftsverwaltung ihm bestimmte Zusicherungen gegeben und dadurch bei ihm begründete Erwartungen geweckt hat (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichts vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij/Kommission, Slg. 1999,

II-2329, Randnr. 71, und vom 8. November 2000 in den Rechtssachen T-485/93, T-491/93, T-494/93 und T-61/98, Dreyfus u. a./Kommission, Slg. 2000, II-3659, Randnr. 85).

- 193 Die Kommission hat HB keine bestimmten Zusicherungen über die Folgen der Verpflichtungen gegeben, die sie ihr mit Schreiben vom 8. März 1995 mitgeteilt hat (vorstehend Randnr. 12). Zudem hat sie keine Entscheidung aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag erlassen, die sie nach Artikel 8 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 jedenfalls hätte widerrufen oder ändern können, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Erklärung wesentlichen Punkt geändert hätten.
- 194 Die Mitteilung vom 15. August 1995 erging ausdrücklich gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17. Die Kommission hatte sich in der Mitteilung vorläufig für eine positive Beurteilung der Vertriebsvereinbarungen von HB in der von diesem Unternehmen geänderten Fassung ausgesprochen und alle betroffenen Dritten aufgefordert, sich hierzu binnen einer bestimmten Frist zu äußern. Infolgedessen war die betreffende Mitteilung nur eine vorläufige Stellungnahme der Kommission, die sich insbesondere aufgrund der Bemerkungen der Dritten ändern konnte. HB konnte daher nicht darauf vertrauen, dass die Kommission ihr eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag gemäß der betreffenden Mitteilung allein aufgrund der Veröffentlichung dieser Mitteilung gewähren würde.
- 195 Zu dem Argument von HB, sie habe in nicht wieder gutzumachender Weise gegen ihre eigenen Interessen gehandelt, als sie ihr Vertriebssystem auf der Grundlage des „Vorschlags“ der Kommission, die Vertriebsvereinbarungen von HB positiv zu beurteilen, geändert habe, ist festzustellen, dass das berechtigte Vertrauen, wenn HB ein solches bezüglich der betreffenden Mitteilung hätte haben können, auf das von der Kommission mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte von 1993 eröffnete Verfahren und die dort von dieser gegen die seinerseitigen Vertriebsvereinbarungen von HB erhobenen Vorwürfe beschränkt gewesen wäre. Die Kommission hat im vorliegenden Fall aber nicht auf der Grundlage ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte von 1993 gehandelt, sondern eröffnete nach der Feststellung, dass die Änderungen von HB an ihrem Vertriebssystem nicht zu dem

erwarteten freien Zugang zu den Verkaufsstellen geführt hätten, ein neues Verfahren und erhob in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte von 1997 neue Einwände gegen dieses System. Selbst wenn die Kommission HB eine Freistellung gewährt hätte, hätte sie nach Artikel 8 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 diese Freistellung widerrufen oder ändern können oder sogar müssen, wenn sie hätte feststellen sollen, dass die freigestellten Vereinbarungen gleichwohl gewisse Wirkungen haben, die mit den Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag unvereinbar sind, insbesondere, wenn die Erfahrung gezeigt hätte, dass die Änderungen von HB an ihrem Vertriebssystem nicht zu den erwarteten Ergebnissen geführt haben. Das Gericht ist daher der Ansicht, dass die Kommission mit dem Erlass der Mitteilung der Beschwerdepunkte von 1997 nicht gegen den Grundsatz des berechtigten Vertrauens verstoßen hat.

196 Somit ist diese Rüge zurückzuweisen.

197 Zu den Rügen von HB bezüglich der Verletzung der Grundsätze der Subsidiarität, der loyalen Zusammenarbeit und der Rechtssicherheit ist festzustellen, dass die Artikel 85 Absatz 1 und 86 EG-Vertrag zwar unmittelbar zwischen Privatpersonen wirken und unmittelbar Rechte für den Einzelnen begründen, die die nationalen Gerichte wahren müssen, dies der Kommission aber nicht ihr Recht nehmen kann, in einer Sache Stellung zu nehmen, selbst wenn die gleiche oder eine ähnliche Sache vor einem oder mehreren nationalen Gerichten anhängig ist, sofern der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt sein kann, was im vorliegenden Fall außer Frage steht.

198 Mit dem Hinweis darauf, dass die vorliegende Rechtssache die Versorgung irischer Verbraucher durch ein irisches Unternehmen über irische Wiederverkäufer mit speziellen Produkten für den irischen Markt betreffe und eine Parallelsache zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Entscheidung vom High Court entschieden bzw. vor dem Supreme Court anhängig gewesen sei, hat HB rechtlich nicht hinreichend dargetan, dass die Kommission gegen diese Grundsätze oder ihre Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 des EG-Vertrags verstoßen hätte. Aus der angefochtenen Entscheidung und den Schriftsätzen der Kommission ergibt sich eindeutig, dass die Anwendung einer Ausschließlichkeitsklausel für Tiefkühltruhen, die den Wiederverkäufern zur Verfügung gestellt werden, der vertraglichen Praxis der Mehrheit der Eishersteller

in der Gemeinschaft entspricht. Zudem spielen die Unternehmen der Unilever-Gruppe auf dem Kleinemarkt mehrerer Mitgliedstaaten eine bedeutende Rolle. Daraus folgt, dass die in der streitigen Entscheidung behandelten Fragen eine weitere gemeinschaftliche Bedeutung hatten, insbesondere angesichts der Tatsache, dass verschiedene Gerichte und Kartellbehörden der Mitgliedstaaten mit Parallelsachen befasst waren, die ähnliche Fragen wie die vorliegende Rechtsache aufwarfen (insbesondere Randnrn. 275 bis 280 der angefochtenen Entscheidung). Unter diesen Umständen war der Erlass der angefochtenen Entscheidung durch die Kommission angemessen, um zu gewährleisten, dass die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln auf die verschiedenen von den Eisherstellern in der gesamten Gemeinschaft praktizierten Formen von Ausschließlichkeit einheitlich angewandt werden.

- 199 Zudem hat der Gerichtshof in seinem Urteil *Masterfoods und HB* entschieden, dass nach Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 ausschließlich die Kommission zum Erlass von Entscheidungen zur Durchführung des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag befugt ist. Ungeachtet der Tatsache, dass die Kommission ihre Befugnis zur Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 EG-Vertrag mit den nationalen Gerichten teilt, ist sie ebenfalls befugt, jederzeit Einzelentscheidungen zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag zu treffen, auch wenn eine Vereinbarung oder Verhaltensweise bereits Gegenstand einer Entscheidung eines nationalen Gerichts ist und die von der Kommission ins Auge gefasste Entscheidung zu dieser in Widerspruch steht (in diesem Sinne Urteil *Masterfoods und HB*, Randnrn. 47 und 48, und Urteil *Delimitis*, Randnrn. 44 und 45). Da die Kommission während der Verhandlungen mit einem Freistellungsantrag von HB sowie mit Beschwerden befasst wurde, ist das Vorbringen von HB zur Subsidiarität unbegründet.

- 200 Die vorliegenden Rügen sind daher zurückzuweisen.

- 201 Das Vorbringen von HB, die angefochtene Entscheidung verstoße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und sei diskriminierend, hält das Gericht für unbegründet. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass die Handlungen der Gemeinschaftsorgane nicht die Grenzen dessen überschreiten, was für die Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich ist (Urteil des Gerichtshofes vom 17. Mai 1984 in der Rechtssache 15/83, *Denkavit Nederland*,

Slg. 1984, 2171, Randnr. 25). Eine Diskriminierung liegt vor, wenn gleiche Sachverhalte unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte gleichbehandelt werden.

- 202 Angesichts der Würdigung vorstehend in den Randnummern 170 bis 173 ist erstens festzustellen, dass die angefochtene Entscheidung das Eigentumsrecht von HB an ihren Tiefkühltruhen weder unangemessen noch unverhältnismäßig beschränkt. Sie stellt zudem keine willkürliche oder diskriminierende Beeinträchtigung der Möglichkeit von HB dar, zu den anderen Lieferanten auf der Grundlage in Konkurrenz zu treten, auf der alle anderen Unternehmen auf dem relevanten Markt tätig sind, wenn man insbesondere die überragende Stellung von HB auf diesem Markt und ihren entscheidenden Beitrag zur Abschottung des Marktes im Unterschied zu den anderen Lieferanten in Betracht zieht (vorstehend Randnr. 172).
- 203 Zweitens ist es nicht unverhältnismäßig, wenn in der streitigen Entscheidung die Ausschließlichkeitsklausel in den Verträgen für ungültig erklärt wird, die in Irland zwischen HB und den Wiederverkäufern über die Bereitstellung von Tiefkühltruhen geschlossen werden und für Truhen gelten, die in Verkaufsstellen aufgestellt werden, die nur mit Geräten ausgestattet sind, die von HB für die Aufbewahrung von Kleineis in Einzelpackungen geliefert worden sind, und weder über eine eigene Truhe noch über die eines anderen Eisherstellers verfügen.
- 204 Ein Netz von Vertriebsvereinbarungen eines einzelnen Herstellers kann nämlich dann dem Verbot der Wettbewerbsregeln entzogen sein, wenn es zusammen mit der Gesamtheit der auf dem Markt vorhandenen gleichartigen Verträge einschließlich der Verträge der anderen Lieferanten nicht in erheblichen Maße dazu beiträgt, neuen inländischen und ausländischen Wettbewerbern den Zugang zum Markt zu verschließen (in Entsprechung zu den Urteilen Langnese-Iglo/Kommission, Randnr. 129, und Delimitis, Randnrn. 23 und 24). Dies bedeutet, dass im Fall eines Netzes gleichartiger Verträge eines einzigen Herstellers die Beurteilung der Wirkungen dieses Netzes auf den Wettbewerb die Gesamtheit der dieses Netz bildenden Einzelverträge umfassen muss. Das Gericht ist daher der Ansicht, dass die Kommission das Bündel von Vertriebsvereinbarungen von HB zu Recht in seiner Gesamtheit beurteilt hat und das Vertragsnetz nicht auf-

gespalten hat, wie von HB gewollt. Wie sich nämlich aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-214/99 (Neste Markkinointi, Slg. 2000, I-11121, insbesondere Randnrn. 36 und 37) ergibt, kann ein Netz ein und desselben Lieferanten nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen, die im vorliegenden Fall nicht gegeben sind, aufgeteilt werden.

205 Drittens hat die Kommission HB in Artikel 4 der streitigen Entscheidung aufgefordert, die sich aus ihrem Netz von Vertriebsvereinbarungen ergebenden Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 und 86 EG-Vertrag unverzüglich abzustellen und von Maßnahmen von gleicher Zweckbestimmung oder Wirkung abzusehen. Nach Ansicht des Gerichts ist diese Bestimmung nicht unverhältnismäßig oder diskriminierend, da sie HB lediglich untersagt, die Ausschließlichkeitsklauseln unter denselben Umständen wieder einzuführen, wie sie in den Artikeln 1 und 3 der streitigen Entscheidung beschrieben sind, und damit die praktische Wirksamkeit der Entscheidung gewährleistet, weil sie verhindert, dass die beanstandete wettbewerbsbeschränkende Praxis in Zukunft fortgeführt werden kann (in Entsprechung zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer zum Urteil des Gerichtshofes vom 1. Oktober 1998 in der Rechtssache C-279/95 P, Langnese-Iglo/Kommission, Slg. 1998, I-5609, Randnr. 39).

206 Somit ist diese Rüge zurückzuweisen.

207 Mit der Rüge der Verletzung wesentlicher Formvorschriften und einer unzulänglichen Begründung verweist HB nur auf ihre Argumente im Rahmen des fünften Klagegrundes, der einen Verstoß gegen Artikel 190 EG-Vertrag betrifft. Das Gericht ist daher der Ansicht, dass die Rüge angesichts seiner Würdigung vorstehend in den Randnummern 176 bis 179 nicht durchgreift. Bezüglich des Arguments von HB, dass die Verhandlungen hätten fortgeführt werden müssen, um nach dem Scheitern der „Abmachung von 1995“ eine Lösung zu finden, ist das Gericht ebenfalls der Ansicht, dass die Kommission keine wesentlichen Formvorschriften verletzt hat. Da die Kommission festgestellt hatte, dass die Änderungen von HB an ihrem Vertriebssystem nicht zu dem erwarteten freien Zugang zu den Verkaufsstellen geführt hatten, war sie nicht verpflichtet, die Verhandlungen unbegrenzt weiterzuführen, insbesondere wenn eine An-

gelegenheit sich über einen langen Zeitraum hinzieht. Die Kommission war daher berechtigt, ein neues Verfahren zu eröffnen, in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte von 1997 neue Einwände gegen dieses System zu erheben und HB Gelegenheit zu geben, sich hierzu zu äußern.

- 208 Somit ist diese Rüge zurückzuweisen.
- 209 Infolgedessen ist der siebte Klagegrund unbegründet.
- 210 Daraus folgt, dass die Klage insgesamt abzuweisen ist.

Kosten

- 211 Gemäß Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da HB mit ihrem Vorbringen unterlegen ist und die Kommission einen entsprechenden Antrag gestellt hat, sind HB ihre eigenen Kosten sowie die Verfahrenskosten der Kommission einschließlich der Kosten des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes aufzuerlegen.
- 212 Nach Artikel 87 § 4 Absatz 3 der Verfahrensordnung kann das Gericht entscheiden, dass ein anderer Streithelfer als die in Absatz 1 Genannten seine eigenen Kosten trägt. Im vorliegenden Fall tragen Mars und Richmond, die als Streithelferinnen die Kommission unterstützt haben, ihre eigenen Kosten. a)

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird als unbegründet abgewiesen.
2. Van den Bergh Foods Ltd trägt ihre eigenen Kosten sowie die der Kommission einschließlich der Kosten des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes.
3. Masterfoods Ltd und Richmond Frozen Confectionery Ltd tragen ihre eigenen Kosten.

García-Valdecasas

Lindh

Cooke

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 23. Oktober 2003.

Der Kanzler

Die Präsidentin

H. Jung

P. Lindh