SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO TIZZANO vom 17. November 2005 [1]

1. Mit Urteil vom 3. Dezember 2003 in der Rechtssache T-208/01 (Volkswagen/Kommission, Slg. 2003, II-5141, im Folgenden: angefochtenes Urteil) erklärte das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften die Entscheidung 2001/711/EG der Kommission vom 29. Juni 2001 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) [2], mit der gegen die Volkswagen AG (im Folgenden auch: Volkswagen oder Rechtsmittelführerin) eine Geldbuße verhängt worden war, weil sie mit den zu ihrem deutschen Vertriebsnetz gehörenden Händlern eine auf die Festsetzung des Verkaufspreises für Autos des Modells Passat gerichtete Vereinbarung geschlossen habe, für nichtig. Die Kommission beantragt die Aufhebung dieses Urteils.

I — Sachverhalt und Verfahren

A — *Dem Rechtsstreit zugrunde liegender Sachverhalt*

2. Im angefochtenen Urteil wird der dem Rechsstreit zugrunde liegende Sachverhalt wie folgt geschildert:

„1 Die Volkswagen AG (im Folgenden: Volkswagen oder Klägerin) ist die Dachgesellschaft und das größte Einzelunternehmen des in der Automobilherstellung tätigen Volkswagen-Konzerns. Die von der Klägerin hergestellten Kraftfahrzeuge werden in der Gemeinschaft im Rahmen eines selektiven und exklusiven Vertriebssystems über Händler vertrieben, mit denen die Klägerin Händlerverträge abgeschlossen hat.

2 Gemäß § 4 Absatz 1 des Standard-Händlervertrags in den Fassungen von September 1995 und Januar 1998 überträgt Volkswagen dem Händler für das Lieferprogramm und den Kundendienst ein Vertragsgebiet. Die Verpflichtung, den Absatz und Kundendienst intensiv zu fördern und das Marktpotenzial optimal auszuschöpfen, übernimmt der Händler hingegen für sein Marktverantwortungsgebiet. Nach § 2 Ziffer 6 (Fassung von Januar 1989) bzw. Ziffer 1 (Fassungen von September 1995 und Januar 1998) des Händlervertrags sind die Händler verpflichtet, ‚die Interessen [von Volkswagen], der Volkswagen Vertriebsorganisation sowie der Marke Volkswagen zu vertreten und in jeder Weise zu fördern'. Ferner ist dort geregelt, dass ‚der Händler [dabei] allen dem Vertragszweck dienenden Anforderungen hinsichtlich des Vertriebs

1 — Originalsprache: Italienisch.

2 — Entscheidung 2001/711/EG der Kommission vom 29. Juni 2001 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag (Sache COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (ABl. L 262, S. 14).

fabrikneuer Volkswagen-Automobile, der Ersatzteilebevorratung, des Kundendienstes, der Absatzförderung, Werbung und Schulung sowie der Sicherung des Leistungsstands für die jeweiligen Bereiche des Volkswagen-Geschäfts nachkommen [wird]'. Nach § 8 Ziffer 1 des Händlervertrags gibt Volkswagen schließlich ‚für die Endabnehmerpreise und Preisnachlässe unverbindliche Preisempfehlungen heraus'.

B — *Die angefochtene Entscheidung*

3. Auf die Anzeige eines Autokäufers leitete die Kommission eine Untersuchung ein, um mögliche Verstöße gegen Artikel 81 Absatz 1 EG in Bezug auf die Festsetzung des Verkaufspreises für das Modell Volkswagen Passat in Deutschland festzustellen. Nach Abschluss der Untersuchung erließ die Kommission die angefochtene Entscheidung, mit der sie:

— feststellte, dass Volkswagen einen Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG begangen hat, indem sie „die Verkaufspreise für das Modell VW Passat dadurch festgesetzt hat, dass sie ihre deutschen Vertragshändler aufgefordert hat, beim Verkauf dieses Modells keine oder nur beschränkte Preisnachlässe an Kunden zu gewähren" (Artikel 1);

— gegen Volkswagen eine Geldbuße in Höhe von 30,96 Millionen Euro verhängte (Artikel 2).

4. In der Begründung der Entscheidung versuchte die Kommission nachzuweisen, dass i) Volkswagen mit den deutschen Händlern eine Vereinbarung über den Verkaufspreis für das Modell Passat getroffen hat (Randnrn. 56 bis 69), ii) mit dieser Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt worden ist (Randnrn. 70 bis 74), iii) sich daraus eine spürbare Behinderung des Handels zwischen Mitgliedstaaten ergeben hat (Randnrn. 81 bis 91) und iv) für die streitige Vereinbarung weder eine Einzelfreistellung noch eine Gruppenfreistellung im Sinne von Artikel 81 Absatz 3 EG in Frage kommt (Randnrn. 93 bis 96).

5. Was insbesondere den ersten Aspekt angeht, der Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittels ist, hat die Kommission eine abgestimmte Preisdisziplin daraus abgeleitet, dass Volkswagen drei Rundschreiben an sämtliche deutschen Händler und fünf Schreiben an einige von ihnen gesandt hatte (im Folgenden zusammen: streitige Aufforderungen), in denen sie ihre Wiederverkäufer unter Androhung rechtlicher Schritte im

Fall der Nichtbeachtung anwies, keine (oder nur in sehr begrenztem Umfang) Preisnachlässe beim Verkauf des Passat zu gewähren (Randnrn. 29 bis 55).

6. Die Kommission war der Auffassung, dass es sich bei diesen Anweisungen nicht um eine bloß einseitige Handlung von Volkswagen gehandelt habe, sondern um eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 81 EG, da sie Teil der dauerhaften Geschäftsbeziehung zwischen dem Hersteller und seinen Händlern auf der Grundlage der zugehörigen Händlerverträge gewesen seien (Randnrn. 57 bis 59). Sie führte aus: „Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ... beinhaltet die Zulassung zum Händlernetz, dass die Vertragspartner die Vertriebspolitik des Herstellers ausdrücklich oder stillschweigend akzeptieren. Die Rundschreiben sind deshalb Teil der Vereinbarungen der Volkswagen AG mit ihren Vertragshändlern geworden, da sie als Teil einer laufenden Geschäftsbeziehung auf Grundlage einer bestehenden allgemeinen Vereinbarung (dem Händlervertrag) anzusehen sind" (Randnr. 57).

7. Insbesondere habe das Gemeinschaftsgericht klargestellt, dass „an Vertragshändler gerichtete Aufforderungen des Herstellers schon dann eine Vereinbarung begründen, wenn sie ‚[bezweckten], die Vertragshändler bei der Erfüllung des Vertrags mit [dem Hersteller oder Importeur] zu beeinflussen'". Diese Voraussetzung war nach Ansicht der Kommission hier eindeutig erfüllt (Randnr. 62).

8. Daraus folgerte die Kommission: „Ob und in welchem Umfang die deutschen Volkswagen-Händler ihre Preisgestaltung aufgrund der Rundschreiben und Abmahnungen tatsächlich geändert haben, kann hier dahinstehen" (Randnr. 68).

9. Schließlich wies die Kommission das Vorbringen von Volkswagen zurück, dass die fragliche Preispolitik von den Händlern nicht einmal stillschweigend habe akzeptiert werden können, weil sie nicht nur nicht Gegenstand des Händlervertrags gewesen sei, sondern sogar dessen § 8 Ziffer 1 widerspreche.

10. Die Kommission führte aus, die streitigen Aufforderungen hätten im Gegenteil auf einer Klausel des Händlervertrags, § 2 Ziffer 6, beruht (Randnr. 64). Auch könne „von einem ‚Widerspruch' zwischen der genannten Aufforderung und § 8 Ziffer 1 der Händlerverträge keine Rede sein. Nach dieser Bestimmung, ‚[gibt Volkswagen] ... für die Endabnehmerpreise und Preisnachlässe unverbindliche Preisempfehlungen heraus'. Diese Empfehlungen gehen nach den folgenden Ziffern dieser Bestimmung in die Berechnung der Preise und Ausgleichsansprüche ein, die zwischen dem Händler und dem Hersteller gelten. Dass dieser Mechanismus das Recht des Herstellers einschließt, unverbindliche Preisempfehlungen auszu-

sprechen, bedeutet keine spezifische Garantie zugunsten der Händler, dass der Hersteller auch in aller Zukunft von verbindlichen Preisvorgaben, z. B. im Rahmen von § 8 Ziffer 1 des Händlervertrags, absehen wird" (Randnr. 65).

C — *Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil*

11. Mit Klageschrift, die am 10. September 2001 beim Gericht eingegangen ist, beantragte Volkswagen, die Entscheidung der Kommission für nichtig zu erklären, hilfsweise, die mit dieser Entscheidung verhängte Geldbuße herabzusetzen.

12. Mit Urteil vom 3. Dezember 2003 gab das Gericht dem Hauptantrag von Volkswagen, der sich auf die Anwendbarkeit von Artikel 81 Absatz 1 EG auf den vorliegenden Fall bezog, statt und erklärte die angefochtene Entscheidung für nichtig, da die Kommission „den Nachweis einer Willensübereinstimmung zwischen der Klägerin und ihren Händlern hinsichtlich der streitigen Aufforderungen nicht erbracht" habe [3].

13. Bei der Prüfung der Rüge der Klägerin führte das Gericht insbesondere unter Verweis auf das Urteil Bayer [4] aus: „Der Begriff der Vereinbarung im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG ... [ist] durch das Vorliegen einer Willensübereinstimmung zwischen mindestens zwei Parteien gekennzeichnet, deren Ausdrucksform unerheblich [ist], sofern sie den Willen der Parteien getreu wiedergibt" [5]; folglich „fällt ...eine Entscheidung eines Herstellers, die ein einseitiges Verhalten des Unternehmens darstell[t]", nicht unter diese Bestimmung [6].

14. Für die Anwendung von Artikel 81 EG seien daher, fährt das Gericht fort, „die Fälle, in denen ein Unternehmen eine wirklich einseitige Maßnahme trifft, d. h. ohne ausdrückliche oder stillschweigende Mitwirkung eines anderen Unternehmens tätig wird, von denen zu unterscheiden ..., in denen nur scheinbar Einseitigkeit vorliegt. Während Erstere nicht unter Artikel 81 Absatz 1 EG fallen, sind Letztere als Vereinbarung zwischen Unternehmen anzusehen und können daher in den Anwendungsbereich dieses Artikels gehören. Dies ist u. a. bei wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen und Maßnahmen der Fall, die vom Hersteller scheinbar einseitig im Rahmen seiner vertraglichen Beziehungen zu Wiederverkäufern getroffen werden, jedoch deren zumindest stillschweigende Zustimmung finden." [7]

3 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 68.

4 — Urteil des Gerichts vom 26. Oktober 2000 in der Rechtssache T-41/96 (Bayer/Kommission, Slg. 2000, II-3383).

5 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 32.

6 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 33.

7 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 35.

15. Hierzu führte das Gericht erster Instanz allerdings aus, dass nach gefestigter Gemeinschaftsrechtsprechung [8] „die Kommission bei einem anscheinend einseitigen Verhalten eines Herstellers im Rahmen seiner vertraglichen Beziehungen zu Wiederverkäufern nur dann davon ausgehen darf, dass es in Wirklichkeit Grundlage einer Vereinbarung zwischen Unternehmen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG ist, wenn sie das Vorliegen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung der übrigen Partner zum Verhalten des Herstellers nachweist“ [9].

16. Anschließend ging das Gericht zur Prüfung der Anwendbarkeit von Artikel 81 Absatz 1 EG auf den vorliegenden Fall über und stellte fest, dass, wie die Kommission selbst eingeräumt habe, „nicht feststeht, dass die streitigen Aufforderungen umgesetzt“ worden seien. Die Kommission habe dies zu prüfen nämlich nicht für nötig befunden, da die Händler ihrer Auffassung nach die streitige Vertriebspolitik bei Abschluss des Händlervertrags stillschweigend im Voraus akzeptiert hätten [10].

17. Das Gericht wies diese Ansicht jedoch zurück. Zwar komme eine vorherige Zustimmung zu einer Vertragsentwicklung durch den Abschluss eines rechtmäßigen Händlervertrags in Betracht, „wenn es sich um eine rechtmäßige Vertragsentwicklung handelt, die entweder im Vertrag vorgesehen ist oder die der Händler im Hinblick auf die Handelsbräuche oder die Rechtslage nicht verweigern kann“ [11]. Es könne aber nicht angenommen werden, dass die Händler „zu einer rechtswidrigen Vertragsentwicklung“ im Voraus die Zustimmung erteilt hätten [12]. In einem solchen Fall könne „die Zustimmung zur rechtswidrigen Vertragsentwicklung nämlich erst erfolgen, wenn der Händler von der vom Hersteller gewollten Entwicklung Kenntnis erhält“ [13].

18. Die von der Kommission angeführte — aber dann falsch ausgelegte — Rechtsprechung bestätigt nämlich nach Auffassung des Gerichts, dass

— „die Feststellung des Vorliegens einer Vereinbarung im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG den Nachweis einer Willensübereinstimmung“ erfordere und dass

— „sich diese Willensübereinstimmung ... auf ein bestimmtes Verhalten beziehen [müsse], das den Beteiligten daher bei der Zustimmung bekannt sein muss“ [14].

8 — Das Gericht verwies vor allem auf die Urteile vom 12. Juli 1979 in den verbundenen Rechtssachen 32/78 und 36/78 bis 82/78 (BMW Belgium/Kommission, Slg. 1979, 2435), vom 25. Oktober 1983 in der Rechtssache 107/82 (AEG/Kommission, Slg. 1983, 3151), vom 17. September 1985 in den verbundenen Rechtssachen 25/84 und 26/84 (Ford/Kommission, Slg. 1985, 2725), vom 11. Januar 1990 in der Rechtssache C-277/87 (Sandoz prodotti farmaceutici/Kommission, Slg. 1990, I-45) und Bayer.

9 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 36.

10 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 38 bis 40.

11 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 45.

12 — Ebenda.

13 — Ebenda.

14 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 56.

19. Jedoch, so das Gericht weiter, „ergibt sich aus der Rechtsprechung entgegen dem Vorbringen der Kommission nicht, dass dafür, dass sich eine Aufforderung in einen Vertrag einfügt, entscheidend ist, dass diese Aufforderung die Beeinflussung des Händlers bei der Durchführung des Vertrages bezweckt. Anderenfalls würde die Übermittlung einer Aufforderung des Herstellers an seine Händler stets zur Feststellung einer Vereinbarung führen, da eine derartige Aufforderung per definitionem die Beeinflussung der Händler bei der Durchführung ihres Vertrages bezweckt." [15]

20. Aufgrund dieser Erwägungen gelangte das Gericht zu dem Schluss, dass die Auffassung der Kommission, dass „der Abschluss eines ... Vertrages die im Voraus erteilte stillschweigende Zustimmung zu den [streitigen] Aufforderungen umfasst" — so dass es nicht erforderlich sei, „die tatsächliche Zustimmung der Händler zu diesen Aufforderungen ... nachzuweisen" –, nicht zutreffe [16].

21. Schließlich wies das Gericht erster Instanz das Hilfsvorbringen der Kommission zurück, dass die Zustimmung der Händler zu den fraglichen Maßnahmen jedenfalls § 2 in Verbindung mit § 8 des Händlervertrags entnommen werden könne.

22. Zum einen stellte das Gericht nämlich fest: „§ 2 Ziffer 1 oder 6 des Händlervertrags, wonach die Händler verpflichtet sind, ‚die Interessen [von Volkswagen], der Volkswagen Vertriebsorganisation sowie der Marke Volkswagen zu vertreten und in jeder Weise zu fördern', kann ... so ausgelegt werden, dass er sich nur auf gesetzmäßige Mittel bezieht. Das Gegenteil zu behaupten, hieße nämlich, aus einer derartigen neutral formulierten Vertragsklausel zu schließen, dass sich die Händler durch einen rechtswidrigen Vertrag gebunden hätten." [17]

23. Etwas anderes könnte sich auch nicht daraus ergeben, fuhr das Gericht fort, „dass Volkwagen sich in den streitigen Aufforderungen auf § 2 des Händlervertrags beruft ... Ob eine organische Verbindung zwischen § 2 des Händlervertrags und den streitigen Aufforderungen besteht, lässt sich nämlich nur objektiv durch Prüfung der betreffenden Klauseln und unabhängig von späteren Äußerungen der Vertragsparteien feststellen. Wie jedoch bereits dargelegt wurde, ergibt sich aus dem Wortlaut des § 2, dass diese Vorschrift keine wettbewerbswidrige Entwicklung des Vertrages vorsah." [18]

24. Zum anderen führte das Gericht erster Instanz aus: „Auch § 8 Ziffer 1 des Händ-

15 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 57.
16 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 59.
17 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 63.
18 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 66.

lervertrags ist neutral formuliert und schließt sogar eher die Befugnis von Volkswagen aus, verbindliche Preisempfehlungen auszusprechen." [19]

25. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen gelangte das Gericht zu dem Schluss, die Kommission habe nicht den Nachweis erbracht, dass die deutschen Händler ihre Zustimmung zur Preispolitik von Vokswagen erteilt hätten, und folglich sei die angefochtene Entscheidung unter Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG erlassen worden [20].

D — *Verfahren vor dem Gerichtshof*

26. Mit Rechtsmittelschrift, die am 16. Februar 2004 beim Gerichtshof eingegangen ist, hat die Kommission beantragt, i) das angefochtene Urteil aufzuheben, ii) den Rechtsstreit an das Gericht zurückzuverweisen und iii) Volkswagen die Kosten aufzuerlegen.

27. Die Rechtsmittelgegnerin ist diesen Anträgen entgegengetreten und beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen und der Rechtsmittelführerin die Kosten aufzuerlegen.

28. Nach Abschluss des schriftlichen Verfahrens, das einen zweiten Schriftsatzwechsel einschloss, sind die Beteiligten in der Sitzung vom 29. September 2005 angehört worden.

II — Rechtliche Prüfung

29. Mit ihrem einzigen Rechtsmittelgrund wendet sich die Kommission gegen die Wertung des Gerichts, dass die Aufforderungen von Volkswagen an seine Händler, keine Preisnachlässe auf den Verkaufspreis des Modells Passat zu gewähren, keine Vereinbarungen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG gewesen seien. Nach Ansicht der Kommission hat sich das Gericht erster Instanz für eine zu enge Auslegung des Begriffes „Vereinbarung" entschieden und daher gegen diese Bestimmung verstoßen.

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

30. Die Rechtsmittelführerin trägt in erster Linie vor, dass die vom Gericht erster Instanz vertretene Auslegung im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung [21] stehe, nach der eine „Vereinbarung" im Sinne von

19 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 64.

20 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 68.

21 — Die Kommission bezieht sich vor allem auf die Urteile AEG und Ford sowie das Urteil des Gerichtshofes vom 6. Januar 2004 in den Rechtssachen C-2/01 P und C-3/01 P (BAI und Kommission/Bayer, Slg. 2004, I-23).

Artikel 81 EG schon deswegen bestehe, weil Aufforderungen der hier vorliegenden Art von einem Hersteller im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen mit seinen Händlern getätigt würden und diese Geschäftzbeziehungen einer im Voraus getroffenen allgemeinen Vereinbarung unterlägen. Ebenso enthalte nach der gleichen Rechtsprechung die Aufnahme eines Händlers in ein selektives Vertriebssystem immer seine ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung zur Vertriebspolitik des Herstellers [22].

31. In diesen Fällen sei demnach für die Feststellung, ob eine Vereinbarung vorliege, entgegen der Auffassung des Gerichts nicht der Nachweis erforderlich, dass die Händler ausdrücklich der fraglichen Maßnahme zugestimmt hätten. Ebenso wenig sei die Ansicht vertretbar, dass der Händler mit Abschluss des Händlervertrags der Vertriebspolitik des Herstellers nur insoweit zustimme, als es um rechtmäßige Entwicklungen oder jedenfalls Maßnahmen gehe, von denen er Kenntnis habe.

32. Unter Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung seien mit dem angefochtenen Urteil somit zu strenge Anforderungen an den Nachweis des Bestehens von Vereinbarungen über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen gestellt worden.

33. Die im angefochtenen Urteil vorgenommene Auslegung des Begriffes der Vereinbarung stehe aber nicht nur im Widerspruch zu einer gefestigten Rechtsprechung, sondern sei auch mit Natur und Wesen selektiver Vertriebsverträge nicht vereinbar. Denn mit solchen Verträgen werde ein allgemeiner Rahmen geschaffen, der dazu bestimmt sei, für eine bestimmte Zahl von Jahren zu gelten und dementsprechend nach und nach je nach den Bedürfnissen der Parteien, den Marktbedingungen, dem technischen Fortschritt usw. ausgefüllt und konkretisiert zu werden. Da diese Entwicklungen bei Abschluss des Händlervertrags nicht alle vorhersehbar seien, würden in den betreffenden Vereinbarungen, wie auch der Gerichtshof im Urteil Ford anerkannt habe, zwangsläufig einige Aspekte der späteren Entscheidung des Herstellers überlassen. Der Abschluss des Vertriebsvertrags impliziere also für den Händler die im Voraus erteilte Zustimmung zu diesen Maßnahmen.

34. Schließlich kritisiert die Kommission die vom Gericht erster Instanz getroffene Unterscheidung zwischen „rechtmäßigen" und „rechtswidrigen" vertraglichen Entwicklungen (siehe oben, Nr. 17), aus der das Gericht fälschlicherweise geschlossen habe, dass i) bei Abschluss eines rechtmäßigen Vertriebsvertrags der Händler nur den rechtmäßigen vertraglichen Entwicklungen zustimme und dass ii) sich eine neutral formulierte Klausel nur auf „gesetzmäßige" Maßnahmen beziehen könne.

35. Eine solche Unterscheidung sei jedoch nicht ausschlaggebend für den Nachweis der

22 — Die Kommission beruft sich insbesondere auf die Urteile des Gerichtshofes vom 24. Oktober 1995 in der Rechtssache C-70/93 (Bayerische Motorenwerke, Slg. 1995, I-3439) und vom 18. September 2003 in der Rechtssache C-338/00 P (Volkswagen, Slg. 2003, I-9189).

Zustimmung eines Händlers zu einer von einem Hersteller auferlegten Maßnahme. Tatsächlich könnten rechtswidrige Maßnahmen — wie im Übrigen von den Fällen bestätigt werde, die den Urteilen des Gerichtshofes zu Vertriebsverträgen zugrunde gelegen hätten — auf der Grundlage vollkommen rechtmäßiger oder ganz neutraler Vertragsklauseln getroffen werden.

36. Außerdem handele es sich um ein Kriterium, dessen Anwendung in der Praxis schwierig sei, da es für die Händler nicht immer leicht sei, rechtmäßige von rechtswidrigen Maßnahmen zu unterscheiden, insbesondere wenn dafür eine Auslegung der auf diesem Gebiet geltenden Ausnahmeregelungen erforderlich sei.

37. Volkswagen entgegnet, dass das Gericht Artikel 81 Absatz 1 EG auf den vorliegenden Fall zutreffend angewandt habe. Insbesondere stehe die im angefochtenen Urteil vertretene Auslegung des Begriffes „Vereinbarung" nicht im Widerspruch zur gefestigten Gemeinschaftsrechtsprechung.

Würdigung

38. Das vorliegende Rechtsmittel wirft erneut die schwierige Frage der Anwendung von Artikel 81 Absatz 1 EG und vor allem des dort verwendeten Begriffes „Vereinbarung" auf anscheinend einseitige Handlungen von Herstellern im Rahmen von Geschäftsbeziehungen mit ihren Händlern auf[23].

39. Im Einzelnen geht es darum, ob entsprechend der Ansicht der Kommission und entgegen der Auffassung des Gerichts anzunehmen ist, dass der Händler mit dem Abschluss eines Vertriebsvertrags im Voraus seine Zustimmung zu allen vom Hersteller im Rahmen der anschließenden Beziehung getroffenen Maßnahmen erteilt, einschließlich der wettbewerbswidrigen Handlungen der hier vorliegenden Art.

40. Da sowohl die Kommission als auch Volkswagen — wenn auch mit gegensätzlichen Schlussfolgerungen — auf diese Frage mit einem Verweis auf die zahlreichen Entscheidungen des Gerichtshofes zu Vertriebsverträgen geantwortet haben, halte ich es vorab für angebracht, zu versuchen, Bedeutung und Tragweite dieser Rechtsprechung zu klären.

23 — In meinen Schlussanträgen zum Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache BAI und Kommission/Bayer habe ich mich mit ähnlichen Fragen nach der Auslegung von Artikel 81 EG befasst, wenn auch im Rahmen eines anderen Sachverhalts. In jenem Fall hatten anders als hier der Hersteller und die Händler nämlich keinen Vertriebsvertrag geschlossen, und der Hersteller hatte keinerlei Anweisungen oder Forderungen an seine Großhändler gerichtet, sondern „sich darauf beschränkt", ein Kontigentierungssystem für Verkäufe einzuführen, um Parallelimporte zu verhindern oder zu beschränken. Die betreffenden Schlussanträge enthalten jedoch eine Analyse der Gemeinschaftsrechtsprechung auf dem Gebiet vertikaler Beschränkungen, auf die ich bei Gelegenheit zurückkommen werde und die zumindest teilweise auch für die Prüfung der vorliegenden Rechtssache von Nutzen sein kann (vgl. insbesondere Nrn. 49 bis 78).

41. Soweit es um den hier entscheidenden Gesichtspunkt geht, scheint mir, dass der Gerichtshof zwei Arten von Maßnahmen, die im Rahmen der Beziehungen zwischen Herstellern und Wiederverkäufern getroffen werden, als nur scheinbar einseitig und damit in Wirklichkeit echte Vereinbarungen eingestuft hat.

42. Die erste Art betrifft die Maßnahmen, die im Vertriebsvertrag selbst vorgesehen sind. Insoweit hat das Gemeinschaftsgericht festgestellt, dass sich der Händler dadurch, dass er einen Vertrag schließt, der den Erlass späterer Maßnahmen durch den Hersteller vorsieht oder in dem zumindest die Zustimmung hierzu erteilt wird, im Voraus damit einverstanden erklärt, sich diesen Maßnahmen zu unterwerfen. Sie werden mit anderen Worten als Maßnahmen angesehen, die in den Anwendungsbereich von Artikel 81 Absatz 1 EG fallen, da sie von der Zustimmung zum Vertriebsvertrag gedeckt sind, mit dem sie letztlich „untrennbar verbunden" sind.

43. Dieser Gedanke scheint mir den Urteilen Ford, AEG und Bayerische Motorenwerke zugrunde zu liegen, auf die die Kommission ihre Ansicht gestützt hat [24]. Tatsächlich hat der Gerichtshof im Urteil Ford das Vorbringen des klagenden Unternehmens über den angeblich einseitigen Charakter einiger Maßnahmen der Lieferbeschränkung mit der Begründung zurückgewiesen, dass der Händlervertrag von Ford „bestimmte Gesichtspunkte ... späteren Entscheidungen des Herstellers überlassen" habe [25]. Ebenso sind in den Urteilen AEG und Bayerische Motorenwerke, auch wenn es vielleicht nicht mit gleicher Klarheit aus deren Begründung hervorgeht, die fraglichen restriktiven Maßnahmen als auf die jeweiligen Vertriebsverträge zurückführbar angesehen worden [26], so dass der Gerichtshof zu dem Schluss gelangen konnte, dass das Verhalten oder die Entscheidung des Herstellers keine einseitige Handlung darstellte, weil er sich in die „vertraglichen Beziehungen ein[fügte], die das Unternehmen mit seinen Wiederverkäufern unter[hielt]" [27].

44. Unter demselben Blickwinkel sei auch das aus neuerer Zeit stammende Volkswagen-Urteil erwähnt, in dem der Gerichtshof Artikel 81 EG für auf Lieferbeschränkungen anwendbar erklärte, die dieser Automobilhersteller gegenüber seinen italienischen Händlern beschlossen hatte, wobei sich der Gerichtshof insbesondere darauf stützte, dass „es nach dem Händlervertrag möglich war, die Belieferung ... einzuschränken" [28]. Folglich hatten „die italienischen

24 — In diesen Fällen ging es im Wesentlichen darum, ob von Herstellern getroffene Maßnahmen selbständig und getrennt von Vertriebsverträgen waren oder ob sie von diesen Verträgen irgendwie umfasst waren und dementsprechend für die Beurteilung von deren Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsregeln herangezogen werden mussten. Für eine genauere Analyse dieser Urteile siehe meine Schlussanträge in der Rechtssache Bayer (insbesondere Nrn. 68 bis 74).

25 — Urteil Ford, Randnr. 20.

26 — Vgl. Urteile AEG, Randnrn. 38 und 39, und Bayerische Motorenwerke, Randnr. 17.

27 — Urteile Ford, Randnr. 21, und AEG, Randnr. 38. Vgl. auch Urteil Bayerische Motorenwerke, Randnr. 17.

28 — Urteil Volkswagen, Randnr. 64. Hervorhebung von mir.

Vertragshändler durch den Abschluss des Händlervertrags einer Maßnahme zugestimmt ..., die später der Behinderung von Reexporten aus Italien ... diente" [29].

45. Die andere Variante nur scheinbar einseitiger Maßnahmen, die in der Gemeinschaftsrechtsprechung erwogen wird, bezieht sich dagegen auf die Fälle, in denen es keine einschlägigen vertraglichen Bestimmungen oder überhaupt keinen Vertrag gibt, und geht von der Annahme aus, dass die Zustimmung zu den Forderungen des Herstellers nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erteilt werden kann. In diesen Fällen wird also die Zustimmung zu den genannten Forderungen aus dem Verhalten der Personen, an die sich diese richten, geschlossen, mit der Folge, dass die Vereinbarung auch dann als getroffen gilt, wenn die Wiederverkäufer als Antwort auf die betreffenden Forderungen durch ihr tatsächliches Verhalten Zustimmung signalisieren [30].

46. Gerade unter diesem Blickwinkel hat das Gemeinschaftsgericht im Urteil Sandoz eine besonders weite Auslegung des Begriffes der Vereinbarung vertreten und festgestellt, dass „[d]ie wiederholten Bestellungen von Erzeugnissen und die anschließende widerspruchslose Zahlung der in den Rechnungen, die den Vermerk ‚Ausfuhr verboten' trugen, angegebenen Preise durch den Kunden ... dessen stillschweigende Zustimmung zu [einer solchen restriktiven Klausel] dar[stellten]" [31]. Der Gerichtshof hat mit anderen Worten, *ohne überhaupt zu prüfen, ob die fraglichen Erzeugnisse anschließend tatsächlich ausgeführt wurden oder nicht*, eine Form der stillschweigenden Zustimmung schon darin gesehen — und damit eine „Vereinbarung" für geschlossen betrachtet –, dass nach der Aufnahme des betreffenden Vermerks in die Rechnungen die Großhändler den Vermerk nicht beanstandet hatten und sich weiterhin regelmäßig von dem Pharmaunternehmen hatten beliefern lassen.

47. Anders als die Kommission meint, geht aus den soeben untersuchten Urteilen also nicht hervor, dass für die Annahme einer Vereinbarung im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 EG die bloße Feststellung genügt, dass eine Maßnahme von einem Hersteller im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen mit seinen Wiederverkäufern getroffen worden ist und/oder dass diese an einem bestimmten Vertriebssystem beteiligt sind [32]. Was hingegen zählt, ist, dass die Händler ihre Zustimmung genau zu der fraglichen Maßnahme gegeben haben, wobei diese Zustimmung *auf vorgelagerter Ebene*, in vertraglichen Klauseln (erster Fall), oder *auf nachgelagerter Ebene*, dadurch, dass sie sich mehr oder weniger ausdrücklich mit der

29 — Urteil Volkswagen, Randnr. 65.

30 — Vgl. insbesondere Urteil BMW Belgium, Randnrn. 28, 29 und 37.

31 — Urteil Sandoz, Randnr. 11. Vgl. auch aus neuerer Zeit Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache BAI und Kommission/Bayer, Randnr. 142.

32 — Vgl. hierzu insbesondere das Urteil BAI und Kommission/Bayer, in dem der Gerichtshof bemerkt hat: „Der bloße Umstand, dass eine an sich neutrale Vereinbarung und eine einseitig auferlegte wettbewerbsbeschränkende Maßnahme nebeneinander vorliegen, steht einer nach dieser Bestimmung verbotenen Vereinbarung nicht gleich. Daher kann der bloße Umstand, dass sich eine von einem Hersteller getroffene Maßnahme, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt, in fortlaufende Geschäftsbeziehungen zwischen diesem Hersteller und seinen Großhändlern einfügt, nicht genügen, um auf das Vorliegen einer solchen Vereinbarung zu schließen" (Randnr. 141).

Maßnahme abfinden (zweiter Fall), erteilt werden kann.

48. Die Anwendung von Artikel 81 EG kann mit anderen Worten nicht von der Feststellung entbinden, dass ein übereinstimmender Wille der beteiligten Wirtschaftsteilnehmer dahin vorliegt, sich in bestimmter Art und Weise zu verhalten oder eine bestimmte Maßnahme zu treffen. Diese Willensübereinstimmung der Parteien markiert nämlich nicht nur die Grenze zwischen den Anwendungsbereichen der Artikel 81 EG und 82 EG, d. h. zwischen den Regelungen für Kartelle und denen für einseitige Handlungen, sondern kennzeichnet auch den Begriff der Vereinbarung selbst.

49. Komme ich jetzt zum vorliegenden Fall und versuche, Folgerungen aus der oben vorgenommenen Analyse zu ziehen, so scheint mir zuallererst, dass man dem Gericht nicht vorwerfen kann, wie es aber die Kommission tut, dass es Artikel 81 Absatz 1 EG fehlerhaft angewandt habe, indem es den Nachweis für den Willen der deutschen Händler verlangt habe, den spezifischen Forderungen von Volkswagen in Bezug auf die Preise nachzukommen, obwohl diese Forderungen im Rahmen der laufenden und einer im Voraus getroffenen Vertriebsvereinbarung unterliegenden Geschäftsbeziehungen aufgestellt worden seien und die Händler Mitglieder eines selektiven Vertriebssystems gewesen seien. Dadurch, dass das Gericht erster Instanz gefordert hat, „die tatsächliche Zustimmung der Händler zu [den streitigen] Aufforderungen ... nachzuweisen“ [33], hat es in Wahrheit nichts anderes getan, als die Grundsätze anzuwenden, die sich, wie wir gesehen haben, aus der einschlägigen Rechtsprechung ergeben.

50. Um den betreffenden Nachweis zu erbringen, standen der Kommission entsprechend den oben angeführten Strängen der Rechtsprechung zwei verschiedene Herangehensweisen zur Verfügung.

51. Nach der ersten, die wir als formalistischer bezeichnen können, musste die Rechtsmittelführerin nachweisen, dass die Bestimmungen des Händlervertrags Volkswagen erlaubten, Maßnahmen der hier vorliegenden Art zu treffen.

52. Die zweite, von der wir sagen können, dass sie stärker auf das wirkliche Gewicht der an der Beziehung beteiligten Wirtschaftsteilnehmer abstellt, verlagerte die Analyse auf ein anderes Feld, nämlich auf das des konkreten Verhaltens der deutschen Händler im Anschluss an die Übersendung der Anweisungen zu Preisnachlässen. So hätte die Kommission versuchen können, nachzuweisen, dass die Wiederverkäufer dadurch, dass sie die Forderungen von Volkswagen durchführten oder ihnen jedenfalls irgendwie beipflichteten, stillschweigend ihre Zustimmung zu der neuen Politik des Herstellers zum Ausdruck gebracht hatten.

33 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 59.

53. Ich füge hinzu, dass die Wahl der zuletzt genannten Herangehensweise ein schwieriges Auslegungsproblem im Hinblick auf Bedeutung und Tragweite der erwähnten Sandoz-Rechtsprechung hätte aufwerfen können. Dies insofern, als hätte beurteilt werden müssen, ob die Kommission die Zustimmung der Händler allein aus der (eventuell) unterbliebenen Beanstandung der streitigen Aufforderungen durch diese Händler ableiten durfte oder ob sie vielmehr auch noch hätte prüfen müssen, ob Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass eine solche automatische — und in der Tat etwas stark vereinfachende — Ableitung im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt war.

54. Ich sage jedoch gleich, dass sich der Gerichtshof im Rahmen der Prüfung des vorliegenden Rechtsmittels nicht mit dieser Art von Problematik zu befassen braucht, weil die Kommission den Nachweis für die Zustimmung der Händler nicht unter dem soeben geschilderten Blickwinkel gesehen hat. Denn die Rechtsmittelführerin hat ihre Analyse ausschließlich auf das Bestehen eines selektiven Vertriebsvertrags gestützt, dessen Abschluss die *im Voraus erteilte* Zustimmung zu den beanstandeten Maßnahmen impliziert habe [34], so dass es aus ihrer Sicht letztlich dahinstehen konnte, „[o]b und in welchem Umfang die deutschen Volkswagen-Händler ihre Preisgestaltung aufgrund der Rundschreiben und Abmahnungen tatsächlich geändert" hatten (Randnr. 68 der angefochtenen Entscheidung) oder ob sie jedenfalls davon abgesehen hatten, die streitigen Aufforderungen zu beanstanden [35].

55. Es bleibt daher zu prüfen, ob der andere oben erwogene Fall gegeben ist, d. h., ob sich die Kommission mit Erfolg auf den fraglichen Händlervertrag stützen konnte, um den Abschluss einer Preisvereinbarung zwischen Volkswagen und den deutschen Wiederverkäufern anzunehmen.

56. Hierzu hat das Gericht jedoch schon von sich aus festgestellt, dass das vom Autohersteller seinen Händlern auferlegte Verbot, Preisnachlässe zu gewähren, nicht auf eine Bestimmung des Händlervertrags zurückgeführt werden konnte [36]. Eine solche Feststellung stellt eine Würdigung des Beweiswerts der dem Gericht vorgelegten Beweis-

34 — Diese Herangehensweise hat die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt.

35 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 38 und 39. Und tatsächlich bezieht sich die Kommission in der angefochtenen Entscheidung auf das Verhalten der Parteien (z. B. die Androhungen rechtlicher Schritte von Volkswagen gegenüber seinen Händlern im Fall der Nichtbeachtung der streitigen Aufforderungen) ausschließlich zur Stützung ihrer Auffassung, dass die streitigen Aufforderungen „vom Händlervertrag gedeckt" gewesen seien und die Händler ihnen demnach *im Voraus* zugestimmt hätten (vgl. angefochtene Entscheidung, Randnr. 66, und angefochtenes Urteil, Randnr. 60). Außerdem kann das von der Kommission erwähnte Verhalten einer repräsentativen Zahl von Händlern nicht als Nachweis dafür angeführt werden, dass sich die Händler, in welcher Form auch immer, mit der betreffenden spezifischen Maßnahme abgefunden haben. Denn wie sich aus der Entscheidung selbst ergibt, betraf die im „Händlerverband" geäußerte Kritik an den hohen Preisnachlässen, die einige Händler gewährt hätten, Nachlässe „bei einem anderen ... Modell", dem Golf A4 (vgl. angefochtene Entscheidung, Randnrn. 43 und 67). Analog dazu erwähnt die Kommission Besprechungen über die Preisdisziplin zwischen Volkswagen und dem Vorstand des Volkswagen- und Audi-Händlerverbands, ohne allerdings Näheres über deren Ausgang darzulegen und insbesondere ohne anzugeben, ob in ihnen die Frage der streitigen Anforderungen behandelt wurde (vgl. angefochtene Entscheidung, Randnrn. 36 bis 41).

36 — Vgl. angefochtenes Urteil, Randnrn. 62 bis 67.

mittel (vor allem einiger von der Kommission angeführter Vertragsklauseln) dar. Es handelt sich also um eine „tatsächliche" Feststellung und dementsprechend eine Würdigung, die nach ständiger Rechtsprechung ihrer Art nach nicht Gegenstand einer Überprüfung durch den Gerichtshof sein kann, sofern keine Verfälschung der Beweismittel vorliegt [37]. Im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittels hat die Kommission jedoch keine solche Verfälschung gerügt.

57. Davon abgesehen muss ich aber auch feststellen, dass die dargelegte Schlussfolgerung des Gerichts mir dem Grunde nach schwer angreifbar schiene. Denn § 2 des Händlervertrags (siehe oben, Nr. 2) — auf den nach Ansicht der Kommission die streitigen Aufforderungen zurückgeführt werden könnten — war nicht nur neutral formuliert, sondern erwähnte die Preispolitik überhaupt nicht, wohingegen er ausdrücklich vorsah, dass die Händler für eine ganze Reihe von Gesichtspunkten der Vertriebspolitik (z. B. Ersatzteilebevorratung, Kundendienst, Werbung und Schulung) „allen ... Anforderungen ... nachkommen" müssen, die vom Autohersteller festgelegt werden.

58. Zudem war die streitige Maßnahme auch durch eine der hier relevanten Klauseln des Vertrages ausdrücklich ausgeschlossen, insbesondere durch § 8, wonach Volkswagen „für die Endabnehmerpreise und Preisnachlässe" nur „*un*verbindliche Preisempfehlungen" herausgeben durfte.

59. Gerade die Tatsache, dass die streitigen Aufforderungen in keiner Weise vom Händlervertrag vorgesehen oder zugelassen waren, ist demnach meines Erachtens das, was den vorliegenden Fall klar von den oben erwähnten Präzedenzfällen unterscheidet, in denen der Gerichtshof festgestellt hat, dass die Maßnahme eines Herstellers vom Abschluss des Vertriebsvertrags gedeckt sei (siehe oben, Nrn. 42 bis 44).

60. Nach alledem hat das Gericht meiner Meinung nach zu Recht ausgeführt, dass „die Kommission in der angefochtenen Entscheidung den Nachweis einer Willensübereinstimmung zwischen [der Volkswagen AG] und ihren Händlern hinsichtlich der streitigen Anforderungen nicht erbracht" habe [38], so dass die angefochtene Entscheidung unter Verstoß gegen Artikel 81 Absatz 1 EG erlassen wurde.

61. Ich schlage dem Gerichtshof deshalb vor, das vorliegende Rechtsmittel zurückzuweisen.

37 — Urteil des Gerichtshofes vom 28. Mai 1998 in der Rechtssache C-7/95 P (Deere/Kommission, Slg. 1998, I-3111, Randnrn. 21 und 22). Vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 21. Juni 2001 in den verbundenen Rechtssachen C-280/99 P bis C-282/99 P (Moccia Irme u. a./Kommission, Slg. 2001, I-4717, Randnr. 78), vom 8. Mai 2003 in der Rechtssache C-122/01 P (T. Port/Kommission, Slg. 2003, I-4261, Randnr. 27) und vom 7. Januar 2004 in den verbundenen Rechtssachen C-204/00 P, C-205/00 P, C-212/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P (Aalborg Portland u. a./Kommission, Slg. 2004, I-123, Randnrn. 47 bis 49) sowie Beschluss vom 9. Juli 2004 in der Rechtssache C-116/03 (Fichtner/Kommission, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 33).

38 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 68.

III — Kosten

62. Im Licht des Artikels 69 § 2 der Verfahrensordnung und des Ergebnisses — Zurückweisung des Rechtsmittels –, zu dem ich gelangt bin, meine ich, dass der Kommission die Kosten aufzuerlegen sind.

IV — Ergebnis

63. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor,

— das Rechtsmittel zurückzuweisen;

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften die Kosten aufzuerlegen.