Schlußanträge des Generalanwalts Herrn Karl Roemer vom 27. April 1966

Gliederung

Seite

Einleitung (Sachverhalt, Klageanträge) 402

Rechtliche Würdigung 405

A — Allgemeine Vorfragen 405

I. Von der Firma Consten aufgeworfene Formfragen 405
1. Zur Bezeichnung des angegriffenen Aktes 405
2. Zur Begründungspflicht 405

II. Von der Firma Grundig aufgeworfene Fragen (Anwendung von Artikel 85 vor Erlaß einer Gruppenausnahmen-Verordnung) 406

B — Zu den einzelnen Artikeln der angegriffenen Entscheidung 408

I. Zu Artikel 1 408
1. Zur feststellenden Natur von Artikel 1 408
2. Fällt die zwischen Grundig und Consten abgeschlossene Alleinvertriebsvereinbarung unter Artikel 85 Absatz 1? . 409
a) Allgemeine Auslegungsfragen 409
b) Zu den besonderen Problemen des vorliegenden Falles
aa) Wettbewerbsbeeinträchtigung 411
bb) Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten 414
c) Zum Umfang der in Artikel 1 getroffenen Feststellung 416
d) Zu der Feststellung, das der Firma Consten auferlegte Exportverbot falle unter Artikel 85 Absatz 1 419
3. Zur Vereinbarung über das Warenzeichen GINT 421
4. Ergebnis 425

II. Zu Artikel 2 der angegriffenen Entscheidung 426
1. Allgemeine Vorfragen 426
a) Verletzung des rechtlichen Gehörs 426
b) Ergibt sich der absolute Gebietsschutz aus der zwischen Grundig und Consten abgeschlossenen Alleinvertriebsvereinbarung? 427

Seite

2. Zu den einzelnen Kriterien von Artikel 85 Absatz 3 ... 429
a) Verbesserung der Verteilung und der Produktion ... 430
b) Gewinnbeteiligung ... 432
c) Ist der absolute Gebietsschutz unerläßlich für die Erzielung des Verbesserungseffektes? ... 437
aa) Vorausdispositionen ... 438
bb) Garantie- und Kundendienst ... 440
cc) Werbung, Marktbeobachtung, Markterschließung ... 441
d) Zwischenergebnis ... 442
3. Hätte die Kommission eine teilweise oder bedingte Freistellung oder eine Freistellung unter Auflage erwägen müssen? ... 442
a) Begründungsmangel ... 442
b) Materielle Untersuchung der aufgeworfenen Fragen 443

III. Zu Artikel 3 der angegriffenen Entscheidung ... 446
1. Zum Inhalt von Artikel 3 der Verordnung Nr. 17/62... 446
2. Respektiert die Anordnung in Artikel 3 der Entscheidung die Grenzen, die der kartellrechtliche Zweck setzt? 447

C — Zusammenfassung und Schlußanträge ... 449

Herr Präsident, meine Herren Richter!

In dem Verfahren, zu dem ich mich heute äußere, steht zum ersten Mal eine Entscheidung der Kommission zur Debatte, in der das Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auf einen Einzelfall angewandt wurde. Es handelt sich, wie Sie wissen, um die Ablehnung einer Freistellung nach Artikel 85 des Vertrages für eine von den Klägerinnen getroffene Abmachung.

Zum Sachverhalt ist folgendes vorauszuschicken:

Die deutsche Grundig-Verkaufs-GmbH, Nürnberg (also die Vertriebsgesellschaft der Firma Grundig) hat am 1. April 1957 mit der französischen Handelsfirma Consten, Paris, auf unbestimmte Zeit einen Vertrag abgeschlossen, in dem der Firma Consten der Alleinvertrieb von Grundig-Rundfunkempfängern, Tonband- und Diktiergeräten, Fernsehgeräten sowie der notwendigen Zubehör- und Ersatzteile in Frankreich, im Saargebiet und auf Korsika übertragen wurde. Die Firma Consten verpflichtete sich zur Abnahme bestimmter Mindestmengen, zu regelmäßigen Vorausbestellungen, zur Unterhaltung einer Reparaturwerkstatt mit Ersatzteillager, zur Übernahme des Garantie- und Kundendienstes sowie zur Unterlassung

des Vertriebs gleichartiger konkurrierender Waren und zur Unterlassung unmittelbarer oder mittelbarer Lieferungen in die Märkte anderer Länder. — Das der Firma Consten eingeräumte Recht zum Alleinvertrieb brachte für die Firma Grundig die Verpflichtung mit sich, Consten den Einzelvertrieb im Vertragsgebiet zu überlassen und keine unmittelbaren oder mittelbaren Lieferungen an andere Personen im Vertragsgebiet vorzunehmen. Schon vorher hatte die Firma Grundig ihren deutschen Großhändlern und den Konzessionären in anderen Ländern die Verpflichtung auferlegt, Lieferungen aus dem jeweiligen Vertragsgebiet in andere Vertragsgebiete zu unterlassen.

Am 3. Oktober 1957 ließ die Firma Consten in Frankreich das Warenzeichen GINT („Grundig International") auf ihren Namen eintragen. Dieses Zeichen ist international für die Firma Grundig registriert. Es wird auf allen Grundig-Geräten bei der Produktion in Deutschland angebracht. — Dazu gab Consten am 13. Januar 1959 die „Erklärung" ab, das Zeichen „GINT" werde nur für Grundig-Geräte verwendet; die entsprechenden französischen Zeichenrechte würden nach Beendigung des mit der Firma Grundig abgeschlossenen Alleinvertriebsvertrags auf diese übertragen oder gelöscht werden.

Als die Firma Consten feststellte, daß ein anderes französisches Handelsunternehmen, die Firma „UNEF", Paris, seit April 1961 Grundig-Geräte von deutschen Großhändlern bezog und nach Frankreich importierte, erhob sie gegen die Firma UNEF Klage wegen unlauteren Wettbewerbs und Verletzung des Zeichenrechts. Das Verfahren wurde bis an die Cour d'Appel gezogen, dort aber ausgesetzt bis zum Erlaß einer Entscheidung durch die EWG-Kommission, nachdem die Firma UNEF sich am 5. März 1962 mit dem Antrag an die Kommission gewandt hatte, die Vereinbarung zwischen Consten und Grundig für vertragswidrig zu erklären.

Gleichfalls wegen unlauteren Wettbewerbs hat die Firma Consten im Jahr 1961 eine Klage vor dem Tribunal de Grande Instance in Straßburg gegen einen dort ansässigen Rundfunkgeräte-Händler Leissner) erhoben, der ebenfalls unter Mißachtung der Alleinvertriebsrechte von Consten Grundig-Geräte aus Deutschland zum Weiterverkauf in Frankreich bezogen hatte. Auch dieses Verfahren wurde ausgesetzt (obgleich Leissner sich nicht beschwerdeführend an die Kommission gewandt hat).

Wie in der Kartellverordnung Nr. 17/62 vorgesehen, meldete die Firma Grundig am 29. Januar 1963 ihre Abmachungen mit Consten und Konzessionären in anderen EWG-Ländern zur Beurteilung durch die Kommission an. Es wurde ein Kartellverfahren in Gang gesetzt mit Anhörung der beteiligten Unternehmen und Einschaltung nationaler Instanzen. In seinem Rahmen erging am 23. Sep-

tember 1964 zum Vertrag Grundig-Consten eine Entscheidung, die den betroffenen Unternehmen zugestellt und die im Europäischen Amtsblatt desselben Jahres (auf Seite 2545) veröffentlicht wurde. Sie erklärte, die Alleinvertriebsvereinbarung vom 1. April 1957 und die Vereinbarung über die Eintragung und Benutzung des Warenzeichens GINT stellten eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags dar; eine Nichtanwendbarkeitserklärung nach Artikel 85 Absatz 3 müsse versagt werden; sowie: die Firmen Grundig und Consten seien verpflichtet, jede Handlung zu unterlassen, die Drittunternehmen daran hindert oder es ihnen erschwert, Vertragserzeugnisse nach ihrer freien Wahl von Groß- oder Einzelhändlern in der Gemeinschaft zum Zwecke der Weiterveräußerung im Vertragsgebiet zu beziehen.

Gegen diese Entscheidung haben Consten und Grundig getrennte Klagen eingereicht, in denen sie beantragen, die getroffene Entscheidung in vollem Umfang zu annullieren. Durch Gerichtsbeschluß vom 29. Juni 1965 wurden die beiden Verfahren zum Zwecke gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbunden, so daß ich heute die Gesamtheit der Argumente von Grundig und Consten zu beurteilen habe.

Im Laufe des Verfahrens wurde schließlich noch verschiedenen Interventionsanträgen stattgegeben, mit der Folge, daß auf seiten der Kommission die schon erwähnten Firmen UNEF und Leissner dem Prozeß beitraten, während den Standpunkt der Kläger — vorwiegend mit allgemeinen Rechtsargumenten — die Regierung der Italienischen Republik und die deutsche Bundesregierung unterstützen.

Wenn ich mich nunmehr anschicke, den auf diese Weise angehäuften Streitstoff zu untersuchen, der mit Rücksicht auf die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der behandelten Probleme und die Vielzahl der Beteiligten einen ungewöhnlichen Umfang angenommen hat, so erscheint es mir geraten, zuvor ein Operationsschema in groben Zügen anzugeben.

Fragen der Klagezulässigkeit wurden nicht aufgeworfen; sie stellen sich auch nicht von Amts wegen, so daß sich in diesem Bereiche Ausführungen erübrigen. Zu der Zulässigkeit einzelner Angriffsmittel, die da und dort von der Kommission bestritten wurde, werde ich jeweils vor der Behandlung der betreffenden Klagegründe Stellung nehmen.

Drei Fragen allgemeiner Natur sollen gleich zu Beginn der Untersuchung aufgegriffen werden. Sie betreffen die Entscheidung in ihrer Gesamtheit angehende Formprobleme sowie die Anwendbarkeit von Artikel 85 vor Erlaß einer Verordnung über Gruppenausnahmen.

Danach richtet sich die Untersuchung nach den einzelnen Artikeln des Tenors der Entscheidung: Sie gilt an erster Stelle der Aus-

legung und Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 (Artikel 1 der Entscheidung); sodann ist die Handhabung der Freistellungsbefugnis nach Artikel 85 Absatz 3 zu prüfen (Artikel 2 der Entscheidung); schließlich müssen die in Artikel 3 der Entscheidung an die Firmen Grundig und Consten gerichteten Anordnungen behandelt werden.

Rechtliche Würdigung

A — Allgemeine Vorfragen

I. *Von der Firma Consten aufgeworfene Formfragen*

Vor allem zwei von der Firma Consten aufgeworfene Formfragen eignen sich für eine rasche Voraberledigung. Sie beziehen sich auf die Bezeichnung des angegriffenen Aktes und den Umfang der Begründungspflicht.

1. Zur Bezeichnung des angegriffenen Aktes.

So beanstandet die Firma Consten, daß der angegriffene Akt in seiner französischen, im Amtsblatt publizierten Fassung die Bezeichnung „Directive" trägt und damit auf ein Instrument hinweist, das im Verhältnis zu Unternehmen nicht angewandt werden könne.

Dieser Umstand dürfte indessen ohne Bedeutung sein, da es sich — wie die Kommission mit Recht versichert — um einen offensichtlichen Druckfehler handelt. Als solcher mußte er für die Klägerin Consten erkennbar sein, und zwar selbst dann, wenn man die — gleichermaßen verbindliche — deutsche Fassung mit der korrekten Bezeichnung „Entscheidung" außer Betracht läßt. Die der Firma Consten zugestellte Ausfertigung, deren Richtigkeit durch den Exekutivsekretär der Kommission beglaubigt wurde und die in erster Linie für die Klägerin verbindlich ist, enthält nämlich die Kennzeichnung „Entscheidung". Außerdem weist der Inhalt des Tenors mit Deutlichkeit auf eine Entscheidung hin.

Der im französischen Amtsblatt enthaltene und später (wenn auch erst nach der Klageerhebung) berichtigte Irrtum hat demnach unter keinem Aspekt, auch nicht im Rahmen der Kostenentscheidung des Gerichtshofes, rechtliche Relevanz.

2. Zur Begründungspflicht

An zweiter Stelle rügt die Firma Consten, die angegriffene Entscheidung erwähne nicht alle wesentlichen Argumente der Klägerin sowie deren Anträge auf Fortsetzung der Untersuchung

und es werde keine Begründung dafür gegeben, warum die Kommission diesen Anträgen nicht nachgekommen sei.

Auch in diesem Punkt (zu anderen Aspekten des Begründungsmangels komme ich später) kann der Klägerin nicht gefolgt werden. Kartellentscheidungen wie die angegriffene ergehen in einem Verwaltungsverfahren, nicht aber in einer Art Gerichtsverfahren und stellen daher zweifellos Verwaltungsentscheidungen dar. Insofern stimmt das Kartellrecht der Gemeinschaft überein mit den Kartellrechtsordnungen der meisten Mitgliedstaaten, wie die Kommission ausführlich gezeigt hat. Folglich gilt für Kartellentscheidungen zumindest dann, wenn sie wie im vorliegenden Fall Strafbestimmungen nicht enthalten, lediglich der allgemeine verwaltungsrechtliche Begründungszwang. Das heißt (so unsere ständige Rechtsprechung): Die Kommission hat lediglich die zur Verdeutlichung ihres Gedankengangs wesentlichen, tatsächlichen und rechtlichen Elemente anzuführen. Sie muß sich aber nicht mit der Gegenmeinung eines Antragstellers oder anderen denkbaren Gegenmeinungen auseinandersetzen und sie muß nicht diese sowie Verfahrensanträge von Beteiligten in der Entscheidung aufführen. — Begründungsmängel der von der Firma Consten gekennzeichneten Art sind daher für uns nicht von Bedeutung.

II. *Von der Firma Grundig aufgeworfene Fragen*

In ihrem zweiten Schriftsatz hat die Firma Grundig in vorsichtigen Formulierungen die Frage gestellt (also nicht so sehr einen Vorwurf dieses Inhalts erhoben), ob Artikel 85 Absatz 1 überhaupt Geltung beanspruchen und angewandt werden konnte, solange es an einer Verordnung über Gruppenausnahmen fehlte. Nach ihrer Meinung läßt sich in analoger Anwendung der im Verfahren 1/58 zu Artikel 65 des Montanvertrags entwickelten Grundsätze der Standpunkt vertreten, erst mit der Schaffung eines vollständigen Instrumentariums zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3, zu welchem der Erlaß einer Verordnung über Gruppenausnahmen gehöre, könne das Kartellverbot des Artikel 85 Absatz 1 seine Wirkung entfalten.

Diesem Argument setzt die Kommission in erster Linie den Artikel 42 unserer Verfahrensordnung entgegen, demzufolge im Verlaufe des Verfahrens neue Angriffsmittel nur vorgebracht werden können, wenn Argumente der Gegenseite dazu Anlaß geben oder wenn neue Tatsachen bekannt werden. — Tatsächlich dürften im vorliegenden Fall die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sein. Dabei kommt es nicht an auf das Datum des Erlasses der

Verordnung Nr. 19/65 (2. März 1965), das dem der Klageerhebung (11. Dezember 1964) nachfolgte. Vielmehr ist entscheidend, daß der Gedanke, die Kommission bedürfe zum Erlaß von Gruppenausnahmen-Verordnungen einer weiteren Ermächtigung durch den Ministerrat, schon geraume Zeit vor der Klageerhebung in eindeutiger Form diskutiert wurde und schließlich zur Formulierung eines entsprechenden Vorschlags durch die Kommission an den Rat führte (der im Bulletin der EWG von April 1964 publiziert wurde). Der erst in der Replik formulierte Klagegrund hätte demnach schon in die Klageschrift Aufnahme finden können. Sein verspäteter Vortrag ist nicht gerechtfertigt.

Aber auch abgesehen von diesen prozessualen Bedenken könnte die Klägerin mit ihrem Rechtsargument nicht erfolgreich sein. Seine Zurückweisung ließe sich einmal mit dem Bosch-Urteil des Gerichtshofes (Rechtssache 13/61) rechtfertigen, in dem sich die Feststellung findet, seit dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17/62 sei Artikel 85 in vollem Umfang anwendbar, die Weigerung der Kommission, eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 zu gewähren, ziehe folglich die Nichtigkeit einer unter Artikel 85 Absatz 1 fallenden Kartellabsprache nach sich. — Die Zurückweisung des klägerischen Arguments ist aber darüber hinaus auch unabweislich, wenn man die Meinung vertritt, im Bosch-Verfahren seien die besonderen Probleme der Gruppenfreistellung noch nicht gegenwärtig gewesen, weshalb diesem Urteil im vorliegenden Zusammenhang eine Autorität nicht zukomme. — Bei näherem Zusehen zeigt sich nämlich, daß die in der Rechtssache 1/58 zu Artikel 65 des Montanvertrags entwickelten Prinzipien sich aus einem Sachverhalt rechtfertigen, der vom vorliegenden erheblich abweicht. Tatsächlich ist es — wie der Gerichtshof damals hervorhob — sinnlos, ein Kartellverbot zu praktizieren, solange die in der Verbotsvorschrift gleichermaßen vorgesehenen Befreiungsmöglichkeiten aus verwaltungstechnischen Gründen nicht angewandt werden können. Bestehen dagegen Befreiungsmöglichkeiten, wie es seit Erlaß der Verordnung Nr. 17/62 der Fall ist, so kann das Fehlen einer besonderen Anwendungsmodalität (Erlaß von Verordnungen für Gruppenausnahmen) nicht das System insgesamt blockieren. Bis zur Schaffung dieser — wie ich in anderem Zusammenhang betonte, durchaus wünschenswerten — Anwendungsmodalität konnte den Belangen der Betroffenen im Einzelfall ausreichend Rechnung getragen werden. Die Kläger des vorliegenden Verfahrens können daher nicht mit der von Grundig entwickelten Argumentation eine Verletzung ihrer berechtigten Interessen geltend machen. — Mit dieser Feststellung ist allerdings noch nicht entschieden, ob die Verordnung Nr. 19/65 nicht in einem anderen Zusammenhang wirksame Rechtsargumente zugunsten der Kläger liefert. Wir werden darauf später wieder zurückkommen.

Nach der Untersuchung dieser drei allgemeinen Vorfragen kann ich mich nunmehr der Prüfung der einzelnen Artikel der angegriffenen Entscheidung zuwenden.

B — Zu den einzelnen Artikeln der angegriffenen Entscheidung

I. *Zu Artikel 1*

Der Inhalt von Artikel 1 ist uns noch in Erinnerung: In ihm wird festgestellt, die von den Firmen Grundig und Consten abgeschlossene Alleinvertriebsvereinbarung und die Vereinbarung über die Eintragung und Benutzung des Warenzeichens GINT stellten eine Zuwiderhandlung gegen das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 dar. — Demnach empfiehlt sich eine Aufgliederung der Untersuchung derart, daß zunächst die Alleinvertriebsvereinbarung und im Anschluß daran die Vereinbarung über das Warenzeichen behandelt wird.

Zuvor allerdingt ist noch eine Bemerkung allgemeinen Charakters am Platze, ausgelöst durch eine Rüge der Intervenientin deutsche Bundesregierung.

1. Zur feststellenden Natur von Artikel 1

Wenn ich recht sehe, hält es die Bundesregierung für unzulässig oder doch für bedenklich, daß in den Tenor der angegriffenen Entscheidung ein Artikel feststellenden Inhalts aufgenommen wurde. Eine solche Feststellung habe im System des Europäischen Kartellrechts keinen Raum, da nach Artikel 1 der Verordnung Nr. 17/62 das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 ohne vorherige Entscheidung wirke und da nach Artikel 3 derselben Verordnung die Kommission nur aufgerufen sei, durch Entscheidungen das Abstellen von Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1 zu verlangen. Eine im Tenor der Entscheidung enthaltene Feststellung müsse daher zu Unklarheiten für die Beteiligten führen.

Diese Ansicht möchte ich im grundsätzlichen nicht teilen. — Wenn die Kommission Anlaß hat, sich über die Anwendung von Artikel 85 des Vertrages schlüssig zu werden, so muß sie sich zunächst eine Auffassung darüber bilden, ob die Kriterien des Artikel 85 Absatz 1 erfüllt sind. Führt ihre Untersuchung zu dieser Annahme, so sollte es ihr nicht verwehrt sein, ihre Auffassung, in die Form einer Feststellung gekleidet, in den Tenor der Kartellentscheidung aufzunehmen. Prinzipiell ist damit die Rechtssituation betroffener Unternehmen nicht stärker berührt, als wenn der Tenor lediglich zum Abstellen von Zuwiderhandlungen auffordern würde und die

Erklärung über das Vorliegen der Voraussetzungen von Artikel 85 Absatz 1 den Entscheidungsgründen vorbehalten bliebe.

Mehr als ein grundsätzliches Urteil zu der aufgeworfenen Frage ist damit allerdings nicht gegeben. Insbesondere wird in einem späteren Zusammenhang noch ein Wort darüber zu sagen sein, ob die im vorliegenden Fall getroffene Feststellung *in ihrem vollen Umfang* als rechtmäßig anerkannt werden kann.

2. Fällt die zwischen Grundig und Consten abgeschlossene Alleinvertriebsvereinbarung unter Artikel 85 Absatz 1?

a) Allgemeine Auslegungsfragen

Was die Auslegung der Kriterien des Artikels 85 Absatz 1 im allgemeinen angeht, so habe ich dazu schon Stellung genommen in dem Verfahren Italienische Regierung gegen Ministerrat der EWG (Rechtssache 32/65) und in dem auf Veranlassung der Cour d'Appel de Paris zu uns gekommenen Vorlageverfahren (Rechtssache 56/65). Ich darf jetzt im wesentlichen auf meine damaligen Untersuchungen verweisen und dies namentlich deshalb, weil ich in den genannten Verfahren bestrebt war, außer den von den Parteien vorgebrachten auch grundsätzliche Argumente zu berücksichtigen, die sich von Amts wegen stellen mußten. Folgende Untersuchungsergebnisse möchte ich daher nur in Erinnerung rufen:

—) Artikel 85 gilt auch für sogenannte Vertikalverträge, namentlich soweit sie Exportverbote enthalten. In diesem Zusammenhang ist der Hinweis auf das Bosch-Urteil (Rechtssache 13/61) wertvoll, weil in ihm die Feststellung getroffen wurde, über die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 auf Exportverbote könne ein generelles Urteil nicht gebildet werden, vielmehr sei eine Untersuchung aller Elemente des Einzelfalls erforderlich. — (Lediglich in Parenthese sei in diesem Zusammenhang angemerkt, daß entgegen der Ansicht Constens eine *theoretische Begründung* für diese Schlußfolgerung von der Kommission nicht erwartet werden konnte. Nach richtiger Auffassung verlangt der Motivierungszwang nicht eine Entwicklung von Theorien; die Kommission muß allein dartun, daß im Einzelfall die in Artikel 85 Absatz 1 angeführten Kriterien erfüllt sind.)

—) Alleinvertriebsverträge mit exklusiven Liefer- und Bezugspflichten können eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirken, insbesondere wenn mit ihnen ein absoluter Gebietsschutz verbunden ist, was im vorliegenden Fall als sicher gelten kann (bestritten wird von den Klägern nur, daß der Gebietsschutz durch den Alleinvertriebsvertrag selbst begründet wurde). — Demgegenüber halte ich nicht in allgemeiner Form die Annahme für zwingend, daß es ohne Alleinvertrieb keinen Marktzugang gäbe (was einer Verringe-

rung des Wettbewerbs gleichkäme) oder daß ohne Zusicherung des absoluten Gebietsschutzes in keinem Falle die Übernahme des Alleinvertriebs durch einen Konzessionär zu erwarten sei. Auch halte ich die Grundigsche These nicht durchweg für überzeugend, die Übertragung des Alleinvertriebs bestimmter Erzeugnisse auf einen Konzessionär bewirke keine Veränderung der Marktverhältnisse, weil ohne sie der Produzent alleiniger Anbieter wäre. Gerade die Firma Grundig hat sich ja darauf berufen, es sei für Produzenten unmöglich, auf allen Märkten unmittelbar präsent zu sein. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß bei Wegfall des absoluten Gebietsschutzes legitimerweise Parallelimporte in das Vertragsgebiet stattfinden können, womit sich zeigt, daß auch der Alleinkonzessionär potentielle Wettbewerber auf seiner Wirtschaftsstufe hat. — Schließlich haben wir in anderen Verfahren gesehen, daß eine kartellrechtliche Gleichbehandlung von Alleinvertriebshändlern, die auf eigene Rechnung und eigenes Risiko handeln, mit den Agenten eines Produzenten (jedenfalls soweit ihnen lediglich Hilfsfunktionen im Vertrieb zukommen) nicht vertretbar erscheint. Im allgemeinen werden in den nationalen Rechtsordnungen die beiden erwähnten Phänomene deutlich voneinander abgesetzt. Demgegenüber läßt sich aus dem von der Klägerin Grundig angeführten Urteil des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 1958 [1] ein durchschlagendes Argument nicht gewinnen, weil nach ihm eine analoge Anwendung gewisser für Handelsvertreter geltender Vorschriften auf Eigenhändler nur zu rechtfertigen ist, wenn diese sich in einer schwachen und abhängigen Wirtschaftsposition befinden und daher auf einen sozialen Schutz im Verhältnis zu ihren Vertragspartnern angewiesen sind.

—) Alleinvertriebsverträge können sodann das Merkmal der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erfüllen, wenn sie eine nachteilige Ausrichtung der zwischenstaatlichen Handelsströme einführen. Auch in diesem Punkt läßt sich nicht generell der Standpunkt vertreten, Alleinvertriebsverträge würden den zwischenstaatlichen Handel erst ermöglichen, ihr *Fehlen* müsse folglich zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führen.

b) Zu den besonderen Problemen des vorliegenden Falles

Es ist jedoch offensichtlich, daß sich mit den soeben angeführten allgemeinen Erkenntnissen ein kartellrechtlicher Fall nicht erschöpfend beurteilen läßt. Diese Ansicht habe ich schon in der Vorlagesache Maschinenbau Ulm gegen Société Technique Minière dargelegt. Wir müssen daher zusehen, ob die Kommission im Hinblick auf die Besonderheiten des vorliegenden Falles bei der Anwendung von Artikel 85 korrekt vorgegangen ist.

[1] BGHZ 29, 83 ff.

aa) *Zum Merkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung*

Der Entscheidungsbegründung und den Bemerkungen im Verfahren entnehmen wir, daß sich die Kommission begnügt hat mit der Feststellung, die getroffene Vereinbarung *bezwecke* eine Wettbewerbsbeeinträchtigung, weil sie die Firma Consten beim Absatz von *Grundig-Geräten* vom Wettbewerb anderer Großhändler freistellen soll. Die Erkenntnis eines derartigen Zweckes sei ausreichend für die Anwendung von Artikel 85; dagegen bedürfe es keiner Berücksichtigung konkreter Marktfolgen.

Nach meiner Ansicht ergibt sich aus mehreren Gründen, daß dieser Standpunkt sich nicht halten läßt.

Zunächst wäre zu sagen, daß sich die Kommission selbst hier offensichtlich nicht völlig konsequent verhält, denn in anderen Fällen hat sie zumindest den *Anschein* erweckt, von der reinen Gegenstandstheorie, die allein auf den Zweck einer Vereinbarung abstellt, abzusehen, indem sie „*spürbare*" Wettbewerbsbeeinträchtigungen verlangt. Dieser Begriff deutet meines Erachtens bei unbefangener Betrachtung auf eine Marktfolgenprüfung hin, und es ist mir nicht verständlich, wie die Kommission gleichzeitig betonen kann, sie habe keine quantitativen Untersuchungen vorzunehmen (etwa über Marktanteile), eine konkrete Marktbetrachtung sei ihr nicht aufgegeben.

In einem anderen Verfahren habe ich sodann darauf hingewiesen, daß nach dem amerikanischen Recht (White Motor Case [1]) für Sachverhalte der uns beschäftigenden Art eine umfassende Untersuchung ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen verlangt wird. Mit diesem Hinweis kann natürlich nicht gemeint sein, daß wir die Grundsätze des amerikanischen Kartellverfahrens in vollem Umfang nachahmen sollten. Dies ließe sich tatsächlich mit Rücksicht auf wesentliche Unterschiede in den Systemen nicht rechtfertigen (perse-Verbot im amerikanischen Recht; Freistellungsmöglichkeit nach Artikel 85 Absatz 3 des EWG-Vertrags). Der Hinweis hat aber doch seine Nützlichkeit insofern, als er klar macht, daß auch für Artikel 85 Absatz 1 von konkreten Marktbeobachtungen nicht abgesehen werden kann. Sie allein bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 zu erwägen, erscheint mir deswegen nicht angängig, weil Artikel 85 Absatz 3 eine Prüfung unter ganz besonderen und andersartigen Aspekten verlangt. Vor allem aber müßte es — wie der Fall Maschinenbau Ulm gegen Société Technique Minière zeigt — unnatürlich erscheinen, Artikel 85 Absatz 1 aufgrund rein theoretischer Überlegungen auf Sachverhalte anzuwenden, die bei näherem Zusehen keine nennenswerte Wettbewerbsbeeinträchtigung aufweisen, um dann nach Artikel 85 Absatz 3 eine Freistellung zu gewähren.

[1]) Vgl. Beier in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1964, S. 87.

Richtig verstanden verlangt Artikel 85 Absatz 1 demnach einen Vergleich zweier Marktsituationen: der Situation, wie sie nach Abschluß einer Vereinbarung sich darstellt mit der Situation, wie sie ohne Vereinbarung sich entwickelt hätte. Bei dieser konkreten Prüfung kann sich ergeben, daß es einem Produzenten nicht möglich ist, ohne die Zusammenfassung des Angebots in der Hand eines Konzessionärs auf einem bestimmten Teilmarkt Absatz zu finden. Dies würde bedeuten, daß von einer Alleinvertriebsvereinbarung in einer bestimmten Situation nur wettbewerbs*fördernde* Wirkungen ausgehen. Ein solcher Fall kann sich insbesondere darbieten, wo es um Probleme der Markterschließung und Marktdurchdringung geht. — Offensichtlich hat die Kommission derartige Überlegungen im Hinblick auf das Verhältnis Grundig—Consten nicht angestellt, obwohl sie sich für die Frage der Markterschließung aufdrängen mußten angesichts der erst in den Jahren 1960/61 getroffenen Maßnahmen zur Liberalisierung des französischen Einfuhrhandels. Keineswegs ist auszuschließen, daß bei einer solchen Marktprüfung die Feststellung zu treffen wäre, die *Beseitigung* des Alleinvertriebs führe im Falle Grundig—Consten zu einer wesentlichen Verminderung des Grundig-Angebotes auf dem französischen Markt und damit zu einer negativen Beeinflussung der dort herrschenden Wettbewerbsverhältnisse.

Ein zweiter Punkt ist von noch größerer Bedeutung. Wie wir wissen, hat sich vor allem die Bundesregierung mit Nachdruck gegen die Auffassung gewandt, es sei für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 die Feststellung ausreichend, durch die getroffene Vereinbarung werde der Wettbewerb zwischen verschiedenen *Grundig*-Importeuren ausgeschlossen, „reelle Wahlmöglichkeiten" seien für den nachgeordneten Handel nur anzuerkennen bei Vorhandensein einer internen Grundig-Konkurrenz im Konzessionsgebiet. — Nach Ansicht der Bundesregierung ist es demgegenüber erforderlich, den Blick auf die Gesamtheit der Marktverhältnisse zu richten und auch die Konkurrenz *gleichartiger* Erzeugnisse anderer Produzenten und Importeure zu berücksichtigen.

Diesem Standpunkt ist unbedingt zuzustimmen (1). Zwar kann nicht geleugnet werden, daß in einer gegebenen Marktsituation auch der Wettbewerb zwischen mehreren Verkäufern eines einzigen Erzeugnisses erhebliche Bedeutung erlangen, für das normale Spiel des Wettbewerbs auf dem Markt unerläßlich sein kann. — Es ist aber nicht richtig, wenn die Kommission so vorgeht, daß sie von vornherein *ausschließlich* den zuletzt genannten internen Wettbewerb im Auge hat und in ihren Erwägungen den Wettbewerb mit gleichartigen Erzeugnissen völlig vernachlässigt. Tatsächlich ist nämlich denkbar, daß zwischen verschiedenen Produkten oder

(1) So auch Schapira in Journal du Droit international 1964, S. 512 f.

besser gesagt zwischen verschiedenen Produzenten ein so heftiger Wettbewerb stattfindet, daß ein nennenswerter Spielraum für das, was interner Wettbewerb eines Produkts genannt wurde (etwa im Hinblick auf Preis und Service) nicht verbleibt. Einen solchen Wettbewerb zwischen verschiedenen Herstellern nur in Betracht zu ziehen bei einfachen Massenprodukten (wie es die Kommission für richtig hält), erscheint bei einer realistischen Betrachtung wirtschaftlicher Phänomene nicht gerechtfertigt. Auch bei hochspezialisierten Geräten wie Rundfunkapparaten, die unter einer besonderen Marke vertrieben werden und die sich nach äußerlichen und technischen Merkmalen unterscheiden, ist ein echter und fühlbarer Wettbewerb durchaus möglich (1). Der Einwand, die Käufer hätten in diesem Falle mangels ausreichender Kenntnisse keine wirklichen Beurteilungs- und Vergleichsmöglichkeiten, kann dagegen im vorliegenden Fall schon deswegen nicht durchschlagen, weil hier der Wettbewerb auf der Großhandelsstufe zu beurteilen ist, der technisch versierte Einzelhändler gegenüber stehen. Richtigerweise war daher von der Kommission eine Beurteilung der gesamten Wettbewerbsverhältnisse zu verlangen, wie sie auch das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in § 18 für Alleinvertriebsverträge in allgemeiner Form vorschreibt, wenn von einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt *für diese oder andere Waren* gesprochen wird. Eine solche Marktfolgenbetrachtung (die aber entgegen der Auffassung Constens nach dem Kartellrecht der Gemeinschaft nicht notwendig in die Hände einer unabhängigen Expertenkommission gelegt werden muß) hätte möglicherweise zu einem für die Kläger günstigen Ergebnis geführt. Dies etwa im Hinblick auf den verhältnismäßig geringen Anteil Grundigs am französischen Markt für Tonband- und Diktiergeräte (rund 17 %) — für andere Produkte hat die Kommission, wie wir wissen, Untersuchungen überhaupt nicht durchgeführt — oder im Hinblick auf die Behauptung der Kläger, die Märkte für Fernsehgeräte (wo aus technischen Gründen Parallelimporte von Grundig-Geräten unterbleiben mußten) sowie für Transistorgeräte wiesen eine so heftige Konkurrenz der verschiedenen, zum Teil sehr starken Produzenten der Gemeinschaft und dritter Länder auf, daß die Preise für Grundig-Geräte wiederholt in beträchtlichem Umfang hätten herabgesetzt werden müssen.

Da eine derartige Marktuntersuchung infolge der engen Auffassung der Kommission zum Begriff „Wettbewerbsbeschränkung" unterblieben ist und da der Gerichtshof in seinem Verfahren nicht verpflichtet sein kann, sie selbständig nachzuholen, bleibt uns nur die Feststellung, daß die Ergebnisse, zu denen die Kommission in der Untersuchung des Kriteriums „Wettbewerbsbeeinträchtigung"

(1) Vgl. § 16 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

gelangt ist, als unzureichend fundiert angesehen und deshalb verworfen werden müssen.

bb) *Zum Merkmal „Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten"*

Wie die Kommission das Kriterium „Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten" in grundsätzlicher Weise verstanden und angewandt hat, können wir den Entscheidungserwägungen (II. 2. Absatz 6) entnehmen. Nach ihrer Ansicht ist ausreichend, daß sich der Handel zwischen Mitgliedstaaten infolge einer Wettbewerbsabsprache *unter anderen* Voraussetzungen entwickelt als ohne gegenseitige Bindung. Auf den Vorwurf der Kläger, damit gelange man praktisch zu einer Identität der Merkmale „Wettbewerbsbeeinträchtigung" und „Handelsbeeinträchtigung", wenn es sich um grenzüberschreitende Absprachen handelt (also nicht um Vereinbarungen, die sich ausschließlich auf den Markt eines Mitgliedstaats oder auf Märkte außerhalb der Gemeinschaft auswirken), zu diesem Vorwurf erklärte die Kommission, tatsächlich könne dem Kriterium „Handelsbeeinträchtigung" nur die Funktion eines *Kompetenzmerkmals* zuerkannt werden; das heißt: sobald festzustellen sei, daß Wettbewerbsabsprachen mehrere Mitgliedstaaten angehen, müsse ihre Zulässigkeit nach dem Gemeinschaftsrecht beurteilt werden.

Diese Auffassung läßt sich nach meiner Überzeugung schon aufgrund des Wortlauts von Artikel 85 Absatz 1 nicht rechtfertigen. Wie ich in anderem Zusammenhang betont habe, ist das Merkmal „Handelsbeeinträchtigung" sprachlich so deutlich von dem der Wettbewerbsbeeinträchtigung abgesetzt, daß ihm eine eigenständige Bedeutung zuerkannt werden muß. Vor allem erscheint unvertretbar die Ansicht, es genüge, daß von einer Wettbewerbsabsprache *irgendein Einfluß* auf den zwischenstaatlichen Handel ausgehe, denn auf diese Weise würde der eindeutige Wortlaut von Artikel 85 in der niederländischen, italienischen und deutschen Sprache mißachtet, der einen *negativen* Einfluß erfordert, ein Wortsinn, der darüber hinaus auch häufig dem französischen Begriff „affecter" anhaftet.

Es genügt deshalb nicht, wie die Kommission von ihrem verfehlten Standpunkt aus annimmt, eine Ordnung des zwischenstaatlichen Handels, eine Beeinflussung der Handelsströme festzustellen und bei Absprachen mit absolutem Gebietsschutz auf einen besonderen Nachweis *der Beeinträchtigung* des zwischenstaatlichen Handels zu verzichten. Vielmehr sind auch bei der Beurteilung dieses Kriteriums die denkbaren und vernünftigerweise voraussehbaren Marktauswirkungen zu berücksichtigen (und zwar selbst dann, wenn der Kommission darin rechtzugeben ist, daß der Nachweis

einer *Zunahme* des Handelsverkehrs allein zur Verneinung einer Handelsbeeinträchtigung nicht ausreicht).

So ist, wie ich in anderem Zusammenhang darlegte, vorstellbar, daß ohne die Zusammenfassung des Angebots in einer Hand, also ohne planvollen, nicht aufgesplitterten Absatz für ein bestimmtes Unternehmen keine Aussicht besteht, auf einem fremden Markt Fuß zu fassen. Konkurrierende, das gleiche Produkt betreffende Angebote, können zu einem erheblichen Absatzrückgang, ja sogar bei gegebener Marktsituation zu einem Absatzstopp führen, und es wäre gewiß unnatürlich, die auf diese Weise zu befürchtende Handelsbeeinträchtigung erst im Zusammenhang mit der Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 in Rechnung zu stellen. — Auch ist denkbar, daß bei einer Aufsplitterung des Angebots Rückwirkungen auf eine sinnvolle Produktionsplanung zu befürchten sind, die eine dem internationalen Handelsaustausch günstige Preisentwicklung unterbinden. — Schließlich kann die Integration der verschiedenen nationalen Märkte gerade durch die Beseitigung des Alleinvertriebs verhindert werden, weil sie unter Umständen dazu führt, daß ausländische Märkte in einem geringeren räumlichen Umfang und mit geringerer Intensität (etwa was den Kundendienst angeht) bearbeitet werden als der einem Produzenten näherliegende inländische Markt.

Diesen Überlegungen ist im vorliegenden Fall nicht einfach zu begegnen mit einem Hinweis auf die Bedeutung des von Consten getätigten Umsatzes, weil damit noch nichts gesagt ist über dessen Relation zu dem von anderen französischen Importeuren, Händlern und Produzenten. Es ist auch nichts gewonnen mit einem — in diesem Zusammenhang übrigens nur zur Illustration herangezogenen — Vergleich der auf dem französischen Markt und auf dem deutschen Markt angewandten Grundig-Preise, weil im gegenwärtigen Integrationsstadium die Marktbedingungen noch weitgehend unterschiedlich sind.

Demnach ist der Kommission auch im Hinblick auf das zweite Kriterium des Artikels 85 Absatz 1 eine unvollständige Würdigung der wirtschaftlichen Situation vorzuwerfen, ein Vorwurf, dem sich die Kommission nicht mit der Bemerkung entziehen kann, *von den Klägern sei nicht nachgewiesen* worden, daß sich die Absatzverhältnisse ohne den Alleinvertrieb in Frankreich weniger günstig gestaltet hätten, denn eine solche Untersuchung obliegt der Kommission von Amts wegen.

Insgesamt wären diese Erwägungen ausreichend für eine Annullierung des Artikels 1 der angegriffenen Entscheidung, und zwar nicht nur im Hinblick auf die dort behandelte Alleinvertriebsvereinbarung, sondern auch in Ansehung der Vereinbarung über das Warenzeichen GINT, die ja nur den Zweck hat, den in den bisherigen Über-

legungen schon berücksichtigten absoluten Gebietsschutz zu gewährleisten.

Ich möchte aber die Untersuchung zu Artikel 1 der Entscheidung dennoch fortsetzen und einige weitere rechtliche Argumente betrachten, die uns im Verfahren vorgelegt wurden und die mir grundsätzlich bedeutsam erscheinen.

c) Zum Umfang der in Artikel 1 getroffenen Feststellung

In Artikel 1 der angegriffenen Entscheidung wird der Alleinvertriebsvertrag vom 1. April 1957 (zu der Vereinbarung über das Warenzeichen GINT komme ich später) *insgesamt* als mit Artikel 85 Absatz 1 nicht vereinbar erklärt. Dies, obwohl die Kommission nur einzelne Vertragsklauseln geprüft und für vertragswidrig befunden hat, nämlich die Verpflichtung zur ausschließlichen Belieferung von Consten inklusive der dazu gehörenden Gewährleistung des absoluten Gebietsschutzes sowie das der Firma Consten auferlegte Exportverbot. Dagegen enthält die Entscheidungsbegründung keine Ausführungen zu der für die Firma Consten geltenden Bezugsbindung und zu zahlreichen anderen Vertragsklauseln, die zum Gegenstand haben Verkaufs-, Liefer-, Zahlungsbedingungen, Eigentumsvorbehalt, Gewährleistung, Gefahrtragung, anwendbares Recht und Gerichtsstand.

Die Kommission erklärte zu ihrem Vorgehen, Artikel 85 spreche von Vereinbarungen, nicht aber von Klauseln einer Vereinbarung (eine Unterscheidung, die etwa die Verordnung Nr. 19/65 macht). Wenn sich herausstelle, daß einzelne Elemente einer Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikel 85 Absatz 1 erfüllen, habe sie demnach das Recht, die Vereinbarung schlechthin als mit dem Vertrag unvereinbar zu erklären. Häufig bereite es auch beträchtliche Schwierigkeiten, die wettbewerbsrechtlich relevanten Vertragsbestimmungen genau abzugrenzen von den wettbewerbsrechtlich neutralen, zum Beispiel wenn sich eine Wettbewerbsbeeinträchtigung erst aus dem Zusammenspiel mehrerer Klauseln ergebe. Würde der Kommission eine erschöpfende Gesamtprüfung jeder Vereinbarung auferlegt, so müßten sich daraus erhebliche Verzögerungen des Verwaltungsverfahrens ergeben. Schließlich besage die verwaltungsmäßige Feststellung der Unvereinbarkeit eines Vertrages mit Artikel 85 Absatz 1 noch nichts über die zivilrechtliche Gültigkeit oder Nichtigkeit einzelner Klauseln, zu denen sich die Kommission nicht geäußert habe.

Die Kläger und die deutsche Bundesregierung halten diesen Standpunkt für verfehlt, da er eine unerträgliche Rechtsunsicherheit für die Betroffenen mit sich bringe. Wegen Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (der Beschränkung hoheitlicher Eingriffe auf das Notwendige), dem auch das Kartellverfahren der Gemeinschaft zu gehorchen habe, müsse deshalb der allgemein

und umfassend formulierte Artikel 1 der Entscheidung für nichtig erklärt werden.

Damit ist eine für das Kartellrecht bedeutsame Frage aufgeworfen, eine Frage, die sich in befriedigender Weise nicht allein mit Hilfe einer Wortinterpretation des Vertragstextes beantworten läßt. — Gegen die Wortargumente der Kommission ließe sich zunächst einwenden, daß Artikel 85 Absatz 1 denselben Begriff „Vereinbarung" verwendet wie Artikel 85 Absatz 2, wo von der zivilrechtlichen Nichtigkeit von Wettbewerbsabsprachen die Rede ist. Es liegt demnach nahe, als nach Artikel 85 Absatz 1 verboten nur diejenigen Teile einer Absprache anzusehen, die wettbewerbsrechtlich von Bedeutung sind, weil allein für sie — das ist auch die Ansicht der Kommission — die zivilrechtliche Nichtigkeit nach Absatz 2 in Betracht kommt. Jedenfalls konnte uns die Kommission keine befriedigende Lösung des von ihrem Standpunkt aus sich ergebenden Problems aufzeigen, nach dem zwar das öffentlich-rechtliche Verbot einer Kartellvereinbarung sich auf die Gesamtheit aller ihrer Klauseln erstrecken soll, während die zivilrechtliche Nichtigkeit lediglich für die wettbewerbsrechtlich relevanten Teile zu gelten hätte. Welche Art von Wirksamkeit die zwar verbotenen, aber nicht zivilrechtlich nichtigen Teile einer Vereinbarung haben sollen, sehe ich nicht.

Davon abgesehen drängen sich die folgenden Überlegungen auf:

Wenn die Kommission eine Vereinbarung in toto als mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar erklärt, obwohl sie in der Begründung ihrer Entscheidung nur einzelne Klauseln der Vereinbarung würdigt, so stellt sich für die betroffenen Unternehmen die Frage, was von den übrigen, nicht behandelten Teilen der Vereinbarung zu halten sei. Diese Frage kann auftauchen in einem Zivilprozeß vor dem nationalen Richter, der ja der These der Kommission zufolge nicht von der Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung auszugehen hat. Dieser kann versuchen, sich selbst ein Urteil zu bilden über die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 auf die nicht behandelten Teile einer Vereinbarung, womit nicht nur die Gefahr einer divergierenden Rechtsentwicklung verbunden ist, sondern auch diejenige, daß eine Vertragsklausel als unter Artikel 85 Absatz 1 fallend angesehen wird, für die eine Freistellung vom nationalen Richter gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 17/62 nicht ausgesprochen werden darf. — Der nationale Richter kann auch eine Aussetzung des Verfahrens und eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof erwägen, die zu einer gewissen Klärung von Zweifelsfragen führt (wenn auch der Natur der Sache nach nicht mit gleicher Präzision, wie im Fall der Rechtsanwendung). Eine solche Vorlage führt dann aber zu der Verzögerung, welche die Kommission durch eine nicht erschöpfende Behandlung aller Klauseln einer Wettbewerbsabsprache vermeiden wollte.

Eine andere Möglichkeit besteht darin, daß sich die betroffenen Unternehmen überlegen, in welcher Weise eine nach der Ansicht der Kommission mit Artikel 85 nicht zu vereinbarende Absprache modifiziert werden könnte, um kartellrechtliche Bedenken auszuschalten. Sie sind in diesem Fall vom Standpunkt der Kommission aus zur Vermeidung jedes Risikos gezwungen, ein zweites Anmeldeverfahren einzuleiten. Damit ist aber nicht nur gleichfalls eine Verzögerung verbunden (ganz abgesehen davon, daß eine Freistellung in diesem Fall in ihrer Rückwirkung eingeschränkt wäre). Die Beteiligten könnten überdies bei Aufrechterhaltung der gegenwärtigen Praxis der Kommission abermals eine vollständige Klarheit für alle Teile ihrer Abmachungen im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 1 nicht erwarten.

Alle diese Überlegungen zeigen, daß die von der Kommission vertretene Ansicht tatsächlich zu einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit und Mißachtung wesentlicher Belange der am Wirtschaftsleben beteiligten Unternehmen führt. Gerade am Anfang der Entwicklung eines gemeinschaftlichen Kartellrechts besteht meines Erachtens ein Interesse daran, möglichst bald über möglichst viele streitige Fragen Klarheit zu gewinnen. Es sollte daher nicht für zulässig gehalten werden, daß die Kommission für eine Vereinbarung in ihrer Gesamtheit erklärt, sie falle unter Artikel 85 Absatz 1, ohne genau abzugrenzen, welche Teile für die Wettbewerbsvorschriften des Vertrages relevant sind und welche nicht. Dies jedenfalls dann, wenn nicht mit Sicherheit feststeht, daß ohne die ausdrücklich gewürdigten Teile einer Absprache eine Aufrechterhaltung im übrigen von den Beteiligten abgelehnt wird. Eine solche Abgrenzung ist für die Kommission nicht unzumutbar, und zwar selbst dann nicht, wenn sich wettbewerbsschädliche Auswirkungen allein aus einem Zusammenwirken mehrerer Vertragsklauseln ergeben. Die Kommission muß sich ja in jedem Fall ein Bild davon machen, welche Vertragsklauseln wettbewerbsrechtlich von Bedeutung sein können. Diese Meinung sodann zu artikulieren, dürfte sie nicht vor unüberwindliche Schwierigkeiten stellen.

Konsequenterweise wird bei dieser Auffassung von der Kommission auch zu verlangen sein, daß sie eine genaue Begründung gibt für ihre Beurteilung, wobei freilich unter Umständen der Begründungspflicht schon dadurch genügt ist, daß der Gesamtzusammenhang einer Entscheidung ausreichenden Aufschluß gibt über ihre Ansicht (jedenfalls soweit nicht einzelne Klauseln einer Absprache mit Rücksicht auf ihre Eigenständigkeit eine besondere Begründung verlangen).

Demnach würde Artikel 1 der angegriffenen Entscheidung auch als rechtsfehlerhaft erscheinen (und zwar in einer Weise, die der Gerichtshof nicht von sich aus korrigieren kann), wenn der Kom-

mission nicht die schon erwähnten Auslegungsfehler bei der Anwendung der Kriterien „Wettbewerbsbeeinträchtigung" und „Handelsbeeinträchtigung" unterlaufen wären.

d) Zu der Feststellung, das der Firma Consten auferlegte Exportverbot falle unter Artikel 85 Absatz 1

Einige besondere Bemerkungen sind des weiteren angebracht zu der von der Kommission gegebenen Beurteilung des für Consten geltenden Exportverbots, das in den Entscheidungsgründen ausdrücklich als mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar erklärt wird.

Mehrere Gesichtspunkte sind hier auseinanderzuhalten. — Dabei werde ich allerdings die Frage außer Betracht lassen, ob das Exportverbot von der Kommission zu Recht dahin interpretiert wurde, es umfasse die Pflicht Constens darüber zu wachen, daß ihre Käufer nicht in andere Vertragsgebiete exportieren. — Desgleichen gehe ich nicht auf die Tatsache ein, daß sich in Artikel 3 der Entscheidung in bezug auf das Exportverbot Constens keine besonderen Anordnungen finden, obwohl sich aus diesem Umstand in Verbindung mit der Feststellung, das Verbot falle unter Artikel 85 Absatz 1, Unklarheiten für die betroffene Firma ergeben könnten.

Zunächst ist auch hier festzustellen, daß die Kommission ihr Urteil gebildet hat, indem sie allein auf den abstrakten Zweck des Exportverbots abstellte, die konkreten Marktauswirkungen dagegen nicht untersuchte. Dies ist nach meiner Auffassung keine korrekte Anwendung von Artikel 85 Absatz 1, wie ich ausführlich gezeigt habe. Gerade im vorliegenden Zusammenhang beruft sich die Klägerin Consten zu Recht auf das Bosch-Urteil des Gerichtshofes, aus dem entnommen werden kann, daß rein theoretische und abstrakte Überlegungen zur Vereinbarkeit eines Exportverbots mit Artikel 85 Absatz 1 nicht vertretbar erscheinen.

Sodann hat die Kommission das Exportverbot in seinem gesamten Umfang (auch soweit es den Schutz von Märkten außerhalb der Gemeinschaft bezweckt) für vertragswidrig erklärt. Dies erscheint bedenklich, da es grundsätzlich an einer Kompetenz der Kommission fehlen dürfte, Marktvorgänge außerhalb der Gemeinschaft zu beurteilen, wenn nicht erwiesen ist, daß sie Rückwirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse des Gemeinsamen Marktes haben. — Korrekterweise hätte die Kommission also ihre Feststellung zumindest einschränken müssen (etwa mit Hilfe des Wortes „soweit"). Ein solches Vorgehen stellt keine unzulässige Aufspaltung einer Vertragsklausel dar. Es würde vielmehr der Einstellung entsprechen, wie sie die Kommission in Artikel 3 ihrer Entscheidung an den Tag gelegt hat und wie sie auch im nationalen Kartellrecht anzutreffen ist (vgl. § 1 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen).

Soweit von der Feststellung der Kommission zur Vertragswidrigkeit des Exportverbots die Märkte der Mitgliedstaaten betroffen sind, wurde schließlich die Rüge der unterbliebenen *Anhörung* der durch das Exportverbot geschützten Händler erhoben.

Diese Rüge kann entgegen der Auffassung der Kommission in Gerichtsverfahren berücksichtigt werden, obwohl es sich nicht um das rechtliche Gehör der Kläger handelt. Auch wenn für die Geltendmachung bestimmter Klageargumente der Nachweis eines besonderen Interesses verlangt werden könnte, dürfte dies doch nicht gelten im Hinblick auf die Rüge der Verletzung wesentlicher Formvorschriften, die der Gerichtshof von Amts wegen untersucht. Dazu kommt, daß auch die Intervenientin Bundesregierung sich auf diese Rüge berufen hat.

Problematisch ist freilich, ob sie begründet erscheint.

Orientiert man sich lediglich an den Durchführungsverordnungen zum Kartellrecht der Gemeinschaft, so fällt die Antwort nicht schwer, weil hier offenbar allein auf eine Anhörung der an einer Absprache beteiligten Personen abgestellt ist. Indessen bin ich der Meinung, daß uns eine solche Beschränkung der Untersuchung nicht aufgegeben ist, daß wir vielmehr zu überlegen haben, welche Prinzipien richtigerweise für die Anhörungspflicht im Kartellrecht gelten müssen.

Sieht man sich dazu in den nationalen Kartellrechtsordnungen um, so zeigt sich, daß von dort keine entscheidende Auslegungshilfe zu gewinnen ist. Im allgemeinen sind danach anzuhören allein die unmittelbar von einer Entscheidung betroffenen Unternehmen, wobei festzustellen ist, daß im Hinblick auf die Möglichkeit einer Anhörung *auf Antrag* (die auch im Kartellrecht der Gemeinschaft besteht) das Bestreben vorherrscht, den Kreis anzuhörender Personen klein zu halten (vgl. Kommentar von Müller - Henneberg - Schwartz zum deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Auflage S. 950).

Wesentlich für unseren Fall erscheint mir aber letzten Endes die Überlegung, daß das beurteilte Exportverbot, anders als die Kommission es darlegt, nicht nur einen faktischen Schutz anderer Konzessionäre, sondern eine echte Rechtsposition für diese Unternehmen schafft. Es darf ja nicht vergessen werden, daß wir es mit einem internationalen *System* von Alleinvertriebsverträgen mit gegenseitigen Exportverboten und anderen Pflichten zu tun haben, aus dem nicht ohne Rechtswirkungen ein wesentliches Stück herausgebrochen werden kann.

Demnach neige ich dazu, die Feststellung der Kommission zu dem für Consten geltenden Exportverbot als einen unmittelbaren Eingriff in rechtlich geschützte Positionen anderer Konzessionäre anzusehen, die nicht ohne deren vorherige Anhörung möglich ist.

Eine so verstandene Anhörungspflicht führt angesichts der geringen Zahl beteiligter Personen nicht zu einer unvertretbaren Ausweitung des Kartellverfahrens. Die damit verbundene geringfügige Verzögerung ist jedenfalls eher hinzunehmen als eine Mißachtung der Interessen betroffener Wirtschaftskreise.

Da die Anhörung unterblieben ist, würde sich die Feststellung der Kommission zum Exportverbot Constens auch aus diesem Grunde — wie aus anderen schon angeführten Erwägungen — als fehlerhaft erweisen.

3. Zur Vereinbarung über das Warenzeichen GINT

Hatte die bisherige Untersuchung allein zum Gegenstand die in Artikel 1 der Entscheidung erwähnte Alleinvertriebsvereinbarung, so möchte ich jetzt noch einiges sagen zu der gleichfalls in Artikel 1 behandelten Vereinbarung über das Warenzeichen GINT. Dies obwohl sich insofern — wie schon erwähnt — Bemerkungen erübrigen, da auch für die warenzeichenrechtliche Vereinbarung, die lediglich den absoluten Gebietsschutz gewährleisten soll, die Bemerkungen zur fehlerhaften Anwendung der Begriffe „Wettbewerbsbeeinträchtigung" und „Handelsbeeinträchtigung" gelten. Mit Rücksicht auf die Bedeutung der zeichenrechtlichen Argumentation halte ich es aber für richtig, über die Probleme, die sich in diesem Zusammenhang stellen, nicht einfach hinwegzugehen.

Wir erinnern uns, daß im Tenor der angegriffenen Entscheidung die Feststellung enthalten ist, die Vereinbarung zwischen Grundig und Consten über die Eintragung und Benutzung des Warenzeichens GINT stelle eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 dar. Dazu haben die Kläger in erster Linie die Frage aufgeworfen, *welche* Vereinbarung die Kommission im Auge habe. Sollte die Kommission nur an die im Sachverhalt erwähnte Erklärung Constens vom 13. Januar 1959 gedacht haben, so wäre ihre Feststellung — wie die Kläger sagen — wenig sinnvoll, weil Consten in dieser Erklärung allein zugesichert hat, bei Beendigung des Alleinvertriebsvertrags die Warenzeichenrechte für GINT auf Grundig zurückzuübertragen oder löschen zu lassen. Eine derartige Erklärung könne auf die Wettbewerbsverhältnisse am französischen Markt ersichtlich keinen Einfluß haben.

Es zeigt sich jedoch bei näherem Zusehen, daß diese Deutung der Kartellentscheidung, die sich auf den ersten Blick ergeben kann, einer Korrektur bedarf. Im Sachverhalt ist nämlich davon die Rede, die Eintragung des Warenzeichens GINT beruhe auf einer am 13. Januar 1959 *teilweise* schriftlich fixierten Vereinbarung, womit zu erkennen gegeben wird, daß es außerhalb der Erklärung vom 13. Januar 1959 zusätzliche mündliche, vielleicht auch nur still-

schweigende Abmachungen über das Warenzeichen geben muß. Dieser Eindruck wird verstärkt durch den in den Entscheidungsgründen zu findenden Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Zeichens GINT. Die Kommission denkt demnach an eine Vereinbarung des Inhalts, daß die Firma Grundig, für die das Zeichen GINT international registriert ist, auf ihre Rechte in Frankreich verzichtet, der Eintragung des Zeichens für Consten und der Ausübung der Zeichenrechte durch Consten nicht widerspricht. Eine solche Vereinbarung kann für das Wettbewerbsrecht durchaus von Interesse sein. Es wurde auch, wenn ich recht sehe, nicht ernsthaft bestritten, daß zwischen den Parteien eine Abmachung des erwähnten Inhalts bestand, denn nur bei ihrer Existenz kann die Erklärung Constens vom 13. Januar 1959 über die Rückübertragung oder Löschung des Zeichens überhaupt einen Sinn bekommen.

Die zweite sich stellende Frage lautet, ob eine derartige Vereinbarung von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt werden kann. Nach der Ansicht der Kläger ist das nicht der Fall, weil die Vereinbarung keine Einschränkung der Handlungsfreiheit der Partner zum Gegenstand habe und weil nicht die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeeinträchtigung begründe, sondern allenfalls die Eintragung des Zeichens in das französische Register, die zur Schaffung eines originären Zeichenrechts führe, aus dem sich nach dem nationalen Recht für den Inhaber ein absoluter Schutz ergebe.

Diese Auffassung erscheint mir jedoch nicht überzeugend. Zunächst ist sicher, daß es für Artikel 85 Absatz 1 nicht nur ankommt auf die Einschränkung der Handlungsfreiheit der an einer Absprache Beteiligten, sondern auch auf die Auswirkungen einer Absprache auf die Marktstellung Dritter. — Sodann ist nicht zu bestreiten, daß ein *einverständliches* Handeln der Firmen Grundig und Consten unerläßlich war für die Begründung des Zeichenrechts, weil mit Rücksicht auf die internationale Registrierung des Zeichens GINT für die Firma Grundig dessen ungehinderte Eintragung in Frankreich auf die Firma Consten ohne die Zustimmung Grundigs nicht möglich gewesen wäre. Wie die Kommission mit Recht betont, sind für Artikel 85 außer den bezweckten die lediglich *bewirkten* Wettbewerbsbeeinträchtigungen von Relevanz. Desgleichen sind nicht nur die unmittelbaren Auswirkungen einer Vereinbarung ins Auge zu fassen, vielmehr reicht es aus, daß die vernünftigerweise voraussehbaren Folgen zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen. Grundsätzlich dürfte demnach nichts dagegen einzuwenden sein, daß zeichenrechtliche Vereinbarungen nach Artikel 85 beurteilt werden.

Die weitere These der Kläger lautet sodann wie folgt: Zwar geht der Erwerb des Warenzeichens GINT durch Consten auf eine lizenzartige Absprache mit Grundig zurück; dies könne aber wett-

bewerbsrechtlich nur dann Bedeutung haben, wenn im Zusammenhang damit Bindungen verabredet worden wären, die über den Umfang des Schutzrechts hinausgehen. Die Kommission könne jedoch nichts einwenden gegen die einfache Benutzung eines nationalen Schutzrechts, weil sie sich sonst eines Eingriffs in die nationale Eigentumsordnung schuldig mache. Dies würde verstoßen gegen Artikel 222 des Vertrages (nach dem die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten unberührt bleiben), gegen Artikel 36 des Vertrages (der eine Bestandsgarantie für gewerbliche Schutzrechte enthalte) sowie gegen Artikel 234 des Vertrages (nach dem Rechte und Pflichten aus Übereinkünften, die vor dem Inkrafttreten des Vertrages zwischen einem Mitgliedstaat und dritten Ländern abgeschlossen wurden, nicht berührt werden).

Sehen wir zu, was von diesem Standpunkt im einzelnen zu halten ist.

Was zunächst den letzten Hinweis (auf Artikel 234 des Vertrages) angeht, der sich übrigens in der Replik nicht mehr findet, so kann er für unseren Fall zweifellos keine Bedeutung haben. Wie die Kommission zutreffend hervorhebt, hat Artikel 234 allein den Sinn, die Rechte *dritter* Staaten zu wahren, die ersichtlich hier nicht im Spiele sind. Außerdem bestimmen die Pariser Verbandsübereinkunft und das Madrider Markenabkommen, auf welche die Kläger sich offenbar beziehen, nichts über den Inhalt gewerblicher Schutzrechte, sondern überlassen dessen Ausgestaltung den nationalen Rechtsordnungen.

Artikel 36 des Vertrages läßt zwar entgegen den Vorschriften der Artikel 30—34, nach denen mengenmäßige Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen abzuschaffen sind, Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverbote zum Schutze des gewerblichen Eigentums zu. Man kann aber mit Recht daran zweifeln, ob auf diesem Weg eine absolute und allgemeine Bestandsgarantie für gewerbliche Schutzrechte in den Vertrag eingeführt werden sollte oder ob Artikel 36 nur von Bedeutung ist im Rahmen der Liberalisierungsvorschriften des Vertrages. Jedenfalls ließe sich gegen die These einer absoluten Garantie einwenden, daß auch Artikel 36 einen Vorbehalt enthält für gewisse Mißbrauchstatbestände.

Was Artikel 222 des Vertrages angeht, so habe ich in anderem Zusammenhang schon betont, sein Zweck bestehe offensichtlich nur darin, die Freiheit der Mitgliedstaaten in der Ausgestaltung ihrer Eigentumsordnungen im allgemeinen zu sichern, nicht dagegen eine Garantie dafür zu geben, daß die Gemeinschaftsorgane in keiner Weise in subjektive Eigentumsrechte eingreifen. Angesichts des außerordentlich weitgespannten Eigentumsbegriffs der nationalen Rechtsordnungen würde eine andere These weithin auf eine Blockierung der Gemeinschaftskompetenzen hinauslaufen.

Dies hat uns die Kommission nachgewiesen unter Berufung auf die Anwendung von Artikel 92 (Anordnung der Rücknahme von Beihilfezusagen), unter Berufung auf die Schutzvorschriften in den Agrarmarktordnungen sowie unter Hinweis auf Artikel 86, dessen Anwendung auf gewerbliche Schutzrechte übrigens auch von der Klägerin Consten und der Intervenientin Italienische Regierung nicht für unzulässig gehalten wird. Gewisse Eingriffe in subjektive nationale Schutzrechte will demnach der Vertrag mit Sicherheit nicht ausschließen.

Es hat aber im vorliegenden Fall darüber hinaus den Anschein, daß von einem *Eingriff* in schutzwürdige Rechte überhaupt nicht die Rede sein kann. Vieles spricht dafür, daß die Kommission nur eine sinnvolle Auslegung und Anwendung nationaler Schutzrechte im Auge hatte und von ihr ausgehend ihre kartellrechtliche Entscheidung formulierte. Unter Hinweis auf die Tatsache, daß Warenzeichen-Lizenzen an sich eine Ausnahmeerscheinung darstellen (1), bemüht sich die Kommission um den Nachweis, daß im vorliegenden Fall ein Mißbrauch nationaler Schutzrechte zur Umgehung kartellrechtlicher Bestimmungen gegeben sei. Sie hat uns, für meine Begriffe in überzeugender Weise, gezeigt, daß das Zeichen GINT nach dem französischen Recht keine eigenständige zeichenrechtliche Funktion hat, d.h. nicht als Herkunftsbezeichnung verwendet wird. Zur Kennzeichnung der Herkunft der vertriebenen Geräte diene bereits das auf allen Grundig-Produkten angebrachte Zeichen „GRUNDIG". Auch als Händlermarke könne das Zeichen GINT bei Verwendung durch die Firma Consten nicht gelten, weil solche Marken dem Nachweis dienen sollten, der Händler habe eine bestimmte Warenauswahl getroffen. Eine Händlermarke habe daher keinen Sinn, wenn lediglich die Produkte eines *einzigen* Herstellers vertrieben würden. Schließlich könne das Zeichen GINT auch nicht zur Unterscheidung der Absatzwege dienen, also kenntlich machen, daß die mit ihm versehenen Produkte nicht auf dem Umweg über andere Händler nach Frankreich gelangt seien, weil in Wirklichkeit mit diesem Zeichen das Ziel verfolgt werde, Parallelimporte überhaupt auszuschließen, so daß eine Unterscheidungsfunktion für den Markt nicht übrig bleibe.

Wenn sich aber auf diese Weise zeigt, daß tatsächlich der einzige Zweck des Zeichens GINT in einer Umgehung kartellrechtlicher Vorschriften zu sehen ist (was übrigens auch durch seine Entstehungsgeschichte im Anschluß an ein Urteil des Hoge Raad vom 14. Dezember 1956 belegt wird), so kann die Kommission diesem Sachverhalt sicher Rechnung tragen, ohne sich eines unzulässigen Eingriffs in das Zeichenrecht schuldig zu machen. Sie liegt damit auf der Linie, die sie unter Hinweis auf Fikentscher (Die Waren-

(1) Vgl. Fikentscher in „Die Warenzeichenlizenz", 1963, S. 417, 454.

zeichenlizenz, Seiten 422, 423, 453) für das deutsche Kartellrecht aufgezeigt hat und die sich nach einem von der Firma Leissner angeführten Urteil des Cassations-Hofes vom 13. Juli 1961 (1) für das französische Recht in ähnlicher Weise nachweisen läßt.

Daß nach alledem für die Kommission ein Rückgriff auf die Harmonisierungsvorschriften der Artikel 100 ff. des EWG-Vertrags, den die Kläger als angezeigten Weg ansehen, nicht erforderlich war, ist offensichtlich. Er wird richtigerweise erst dann erwogen, wenn es der Kommission an Befugnissen zur unmittelbaren Regelung eines Sachverhalts fehlt.

Auch konnte für die Kommission die Überlegung nicht ausschlaggebend sein, daß sich möglicherweise an der zeichenrechtlichen Situation nichts ändern würde, wenn die Firma Grundig selbst als Inhaber des Zeichens GINT in Frankreich aufträte. Für Artikel 85 ist maßgeblich die Feststellung eines *vereinbarten* Vorgehens sowie der Absicht, durch eine Aufspaltung des Zeichenrechts eine stärkere Sicherung des Alleinvertriebs zu erreichen (ein Ziel, das im Hinblick auf die einschlägige italienische und holländische Rechtsprechung (2) nicht von vornherein unerreichbar erscheint).

Schließlich gibt der Umstand nicht zu Bedenken Anlaß, daß die Kommission nicht die Konsequenz für erforderlich gehalten hat, das Zeichenrecht auf die Firma Grundig zurückzuübertragen, sondern sich darauf beschränkte, der Firma Consten seine Verwendung allein zur Verhinderung und Erschwerung von Parallelimporten zu untersagen, denn mehr war für die kartellrechtliche Behandlung des Sachverhalts nicht notwendig.

Ich möchte demnach prinzipiell zeichenrechtliche Bedenken gegen das Vorgehen der Kommission nicht gelten lassen. — Dennoch bleibt aber daran zu erinnern, daß die Feststellung der Kommission zu der zeichenrechtlichen Vereinbarung in Artikel 1 der Entscheidung aus den anderen, schon angeführten Gründen nicht unbeanstandet bleiben kann. Daß sie darüber hinaus zu Kritik Anlaß gibt, weil auch hier die Vereinbarung in ihrer *Gesamtheit* erfaßt wird, einschließlich der Erklärung vom Januar 1959, die wettbewerbsrechtlich ohne jede Bedeutung ist, sei lediglich der Vollständigkeit halber erwähnt.

4. Insgesamt muß demnach Artikel 1 der angegriffenen Entscheidung wegen erheblicher Rechtsfehler annulliert werden. — Da die anderen Bestimmungen der Entscheidung auf Artikel 1 beruhen, würde sich deren gesonderte Betrachtung streng genommen erübrigen. Ich will indessen diese Konsequenz nicht ziehen und *hilfsweise* auch auf Artikel 2 und 3 der Entscheidung noch eingehen.

(1) Dalloz 1961, S. 525.
(2) Vgl. die Nachweise in der Duplik der Rechtssache 58/64, S. 32.

II. *Zu Artikel 2 der angegriffenen Entscheidung*

Artikel 2 enthält die Feststellung, eine Nichtanwendbarkeitserklärung nach Artikel 85 Absatz 3 sei für die in Artikel 1 bezeichneten Vereinbarungen zu versagen. Zwar könne unterstellt werden, daß die Absprachen zu einer Verbesserung der Verteilung und Produktion beitragen (wenn auch mit gewissen Einschränkungen); es sei aber keine angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn festzustellen (wozu sich die Kommission auf einen Vergleich der französischen und deutschen Preise bezog), und es sei vor allem nicht erwiesen, daß der für Consten vereinbarte absolute Gebietsschutz unerläßlich sei zur Erzielung der erwähnten Verbesserungseffekte.

Auch diese Bestimmung haben die Kläger unter verschiedenen Aspekten angegriffen. Dabei ergeben sich eine Fülle von tatsächlichen Streitfragen, die unsere Beurteilung nicht eben vereinfachen.

Folgende Gliederung habe ich für die Untersuchung dieses Kapitels vorgesehen:

—) Zunächst sind einige allgemeine Vorfragen zu behandeln.

—) Sodann werde ich die in der Entscheidung behandelten Kriterien des Artikel 85 Absatz 3 in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht untersuchen, und zwar in der von der Kommission gewählten Reihenfolge (obwohl nach ihren Erklärungen wesentliche Bedeutung für die Zurückweisung der Freistellung allein das Merkmal der „Unerläßlichkeit" hatte).

—) Schließlich werden wir uns noch mit dem Problem auseinanderzusetzen haben, ob bei Anerkennung des Standpunkts der Kommission zur Frage des absoluten Gebietsschutzes wenigstens eine teilweise oder bedingte Freistellung des übrigen Inhalts der Alleinvertriebsvereinbarung auszusprechen war.

1. Allgemeine Vorfragen

a) Verletzung des rechtlichen Gehörs

Die Klägerin Consten rügt auch zu der Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 eine Verletzung des rechtlichen Gehörs mit der Begründung, den Klägern seien zu den zahlreichen aufgeworfenen Tatfragen nicht alle Schriftstücke mitgeteilt worden, die der Kommission von nationalen Instanzen und anderen Beteiligten vorgelegt worden waren.

Offenbar ist dies tatsächlich nicht geschehen, wie sich aus den prozessualen Einlassungen der Kommission ergibt.

Dennoch steht damit nach meiner Überzeugung eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht ohne weiteres fest. Schon eingangs habe ich betont, das Kartellverfahren stelle kein Gerichtsverfahren dar, es habe vielmehr im wesentlichen, soweit es zu Entscheidungen wie der vorliegenden führt, die Natur eines Verwaltungsverfahrens. Im Verwaltungsverfahren aber gilt allein (wie die Kommission ausführlich mit Hinweisen auf das nationale Recht belegt hat) das Prinzip, daß nur solche Tatsachen gegen einen Betroffenen verwertet werden dürfen, zu denen er in einer angemessenen Frist hat Stellung nehmen können. Dafür ist nicht erforderlich eine körperliche oder wörtliche Mitteilung aller Entscheidungsunterlagen, sondern es ist ausreichend eine deutliche Zusammenfassung ihres Inhalts, die es den Betroffenen ohne Schwierigkeiten ermöglicht, die wesentlichen Linien des Standpunkts dritter Beteiligter kennenzulernen. In dieser Weise ist grundsätzlich auch das Verfahren von dem Bundeskartellamt organisiert (vgl. Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von Müller-Henneberg-Schwartz 2. Auflage, S. 959). Daß dabei mit aller Sorgfalt und nach äußerst gewissenhafter Ermessensausübung vorgegangen werden muß, bedarf freilich keiner Hervorhebung.

Was das vorliegende Verfahren angeht, in dem sich die Kommission grundsätzlich auf eine zusammenfassende Mitteilung des wesentlichen Inhalts der von Dritten eingereichten Dokumente begnügte, so konnte ich (ohne auf alle Einzelheiten des Sachverhalts einzugehen) nicht die Auffassung gewinnen, es seien wesentliche Mängel in der Unterrichtung der Kläger festzustellen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs aus den von der Klägerin Consten angegebenen Gründen sollten wir der Kommission daher nicht vorwerfen.

b) Ergibt sich der absolute Gebietsschutz aus der zwischen Grundig und Consten abgeschlossenen Alleinvertriebsvereinbarung?

Eine zweite Vorfrage geht auf die Tatsache zurück, daß in unserem Fall eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 vor allem mit Rücksicht auf den der Firma Consten gewährten absoluten Gebietsschutz verweigert wurde. — Dazu macht die Firma Grundig geltend, der absolute Gebietsschutz ergebe sich in Wahrheit nicht aus der Alleinvertriebsvereinbarung, sondern aus Abmachungen mit Konzessionären der Firma Grundig in anderen Mitgliedstaaten, denen Exportverbote auferlegt worden sind. Diese Abmachungen seien nicht Gegenstand des Verfahrens gewesen; die Kommission habe insofern eine Feststellung nach Artikel 85 Absatz 1 nicht getroffen. Folglich hätte der Alleinvertriebsvertrag an sich, gegen den die Kommission Einwendungen nach Artikel 85 Absatz 3 nicht zu haben scheine, freigestellt werden müssen.

Dieser Standpunkt ist außerordentlich verlockend; ich glaube aber nicht, daß er sich mit guten Gründen verteidigen läßt.

Dazu könnte ich mich kurz fassen, weil ich schon in anderem Zusammenhang gezeigt habe, daß auch die in Artikel 1 der Entscheidung erwähnte Vereinbarung über die Marke GINT, die eine Sicherung des absoluten Gebietsschutzes bezweckt, einen Teil der zwischen Consten und Grundig getroffenen Abmachungen darstellt und daß sie nach richtiger Auffassung kartellrechtlich erfaßt werden kann.

Es lassen sich zum Standpunkt der Klägerin Grundig aber auch noch andere Bemerkungen anführen.

So zwingt meines Erachtens die Gesamtheit der Bestimmungen des Alleinvertriebsvertrags in Verbindung mit den Umständen, die bei seinem Abschluß vorlagen und als wesentlich angesehen wurden, zu der Auslegung, daß der Klägerin Grundig die Verpflichtung obliegt, der Firma Consten den absoluten Gebietsschutz zu sichern. Dies kann den Artikeln I, 1; IV, 1 der Vereinbarung entnommen werden, in denen der ausschließliche Charakter der Tätigkeit Constens im Vertragsgebiet hervorgehoben wird, und in diesem Sinne ist angesichts aller Umstände des Falles auch die Verpflichtung der Firma Grundig zu verstehen, nicht indirekt in das Vertragsgebiet Constens zu liefern. Sie selbst hat jedenfalls dieser Deutung in den Beschwerdepunkten nicht widersprochen und erst im Gerichtsverfahren den Standpunkt vertreten, das erwähnte Verbot bedeute allein die Untersagung von Lieferungen über Strohmänner oder abhängige Gesellschaften. — Demgegenüber kann nicht eingewendet werden, seine Wirkung entfalte der Gebietsschutz erst mit Hilfe der anderen Konzessionären auferlegten Exportverbote, denn für Artikel 85 Absatz 1 ist schon ausreichend, daß mit einer Vereinbarung ein bestimmtes Ziel verfolgt wird, ebenso wie es genügt, daß eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nur *mittelbar* bewirkt wird. — Auch kann nicht entscheidend sein, daß die Exportverbote für andere Konzessionäre schon seit 1953, also vor Abschluß der streitigen Alleinvertriebsvereinbarung im Rahmen eines Preisbindungssystems in Kraft waren, eben weil die Annahme naheliegt, die Kläger hätten sie später als einen wesentlichen Teil der Geschäftsgrundlage für die mit Consten getroffene Alleinvertriebsvereinbarung angesehen.

Schließlich könnte in diesem Zusammenhang noch verwiesen werden auf die in der französischen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur „opposabilité aux tiers", die, anders als die Klägerin Grundig glaubt, nicht nur Anwendung findet als Einrede gegen den Vorwurf des „refus de vente" im französischen Wirtschaftsrecht (1), sondern auch als selbständiger Klagegrund im Recht des

(1) Artikel 37 der Ordonnance Nr. 45-1483 vom 30. 6. 1945.

unlauteren Wettbewerbs. Offenbar geht hier das französische Recht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen), außerordentlich weit, wenn es gestattet, Dritte wegen unlauteren Wettbewerbs zu belangen, die trotz Kenntnis eines Alleinvertriebssystems unter Umgehung der vertraglichen Konzessionäre Waren zum Absatz im Vertragsgebiet beziehen. Der Alleinvertriebsvertrag an sich bietet demnach im französischen Recht bei ausreichender Publizität genügend Handhaben, einen Gebietsschutz durchzusetzen und tatsächlich haben die Kläger dieses Verfahrens auch wiederholt und mit Erfolg davon Gebrauch gemacht.

Demnach müssen wir die These zurückweisen, die Sicherung des absoluten Gebietsschutzes folge nicht aus dem zwischen Grundig und Consten bestehenden Alleinvertriebsvertrag.

2. Zu den einzelnen Kriterien des Artikel 85 Absatz 3

Nach der Behandlung dieser Vorfragen können wir uns denjenigen Argumenten zuwenden, die im speziellen die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 betreffen. — Folgende grundsätzliche Bemerkungen sollten dabei — gleichsam als Richtschnur für die Interpretation und Handhabung dieser Bestimmung — besonders beachtet werden.

—) In anderem Zusammenhang habe ich schon betont, daß Alleinvertriebsverträge von Haus aus, ihrer Natur nach, relativ harmlose Wettbewerbsbeeinträchtigungen zur Folge haben. Aus diesem Grund werden sie in einer der strengsten europäischen Kartellrechtsordnungen (nämlich — im Anschluß an frühere Dekartellisierungsbestimmungen [1] — im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 18) prinzipiell für zulässig erklärt, und ihre Unwirksamkeit kann vom Bundeskartellamt nur dann herbeigeführt werden, wenn sie für andere Unternehmen eine unbillige Beschränkung des Marktzugangs mit sich bringen oder wenn sie eine *wesentliche* Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen. — Auch mein Kollege Lagrange hat in seinen Konklusionen zum Bosch-Fall [2] hervorgehoben, für derartige Fälle sei eine besondere Bewertung nach Artikel 85 Absatz 3 zu rechtfertigen. — Als Prinzip sollten wir daher festhalten, daß bei der Beurteliung der schwierigen Kriterien des Artikel 85 Absatz 3 und ihrer Anwendung auf Alleinvertriebsverträge im allgemeinen ein großzügiger Maßstab zu gelten hat [3], eben weil für die Regelfälle davon auszugehen ist, daß der Wettbewerb zwischen *gleichartigen* Produkten verschiedener Hersteller ein ausreichendes Marktregulativ darstellt.

---

[1] Amerikanisches Gesetz Nr. 56; britische Verordnung Nr. 78.
[2] Vgl. RsprGH, französische Ausgabe, Band VIII, S. 138.
[3] Vgl. auch Beier in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1964, S. 87; Schapira in Journal du Droit international, 1964, S. 507.

—) Eine zweite Bemerkung gilt der grundsätzlichen Einstellung der Kommission, wie sie in verschiedenen Prozeßschriftsätzen sichtbar geworden ist. Danach soll wesentlich sein, daß im Kartellrecht der Gemeinschaft Artikel 85 Absatz 1 die Regel, Artikel 85 Absatz 3 dagegen die Ausnahme darstellt, mit der Konsequenz insbesondere, daß für die Kriterien des Artikel 85 Absatz 3 die Darlegungs- und Beweislast bei den eine Freistellung beantragenden Unternehmen liege. — Diese Haltung erweckt Bedenken, wenn sie darauf hinausläuft, daß die Kommission sich bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 mehr oder weniger abwartend verhält gegenüber dem Vorbringen betroffener Unternehmen. Es kann nicht nachdrücklich genug betont werden, daß die Kommission auch hinsichtlich Artikel 85 Absatz 3 eine sehr viel aktivere und verantwortlichere Aufgabe hat, namentlich dann, wenn sie bei gewissen Vereinbarungen Verbesserungseffekte feststellt, die gesamtwirtschaftlich erwünscht sind. Sie hat in einem solchen Fall eine weitgehende Aufklärungspflicht, also die Pflicht, von sich aus Fragen aufzuwerfen und zusammen mit den interessierten Unternehmen sorgfältige Untersuchungen vorzunehmen. Gerade zum Beginn der Entwicklung eines neuen Kartellrechts, solange es an einer etablierten Praxis und an ausreichend geklärten Prinzipien fehlt, sollte die Kommission insofern eher ein übriges tun. Dies nicht zuletzt auch im Hinblick auf die gerichtliche Nachprüfung, die andernfalls erschwert oder gar unmöglich gemacht wird mit der unerwünschten Konsequenz einer die Erledigung einer Sache verzögernden Zurückverweisung an die Kommission.

Wir werden später sehen, ob die Kommission ihrer so zu verstehenden Rolle im gegenwärtigen Kartellverfahren gerecht geworden ist oder ob sie sich zu Unrecht eine Beschränkung in der Untersuchung auferlegt hat mit der bedenklichen Begründung, die betroffenen Unternehmen hätten keine ausreichende Darlegung der relevanten positiven Auswirkungen ihrer Kartellabsprache gegeben.

a) Zur Verbesserung der Verteilung und der Produktion

Zum ersten Kriterium des Artikels 85 Absatz 3 hat die Kommission unterstellt, daß die zwischen der Grundig-Verkaufs-GmbH und der Firma Consten getroffene Vereinbarung zu einer Verbesserung der Verteilung und der Produktion führen kann. Besondere Bemerkungen dazu wären demnach nicht erforderlich, wenn die Kommission nicht eine Einschränkung gemacht hätte, die auch bei der Prüfung des Kriteriums der „Unerläßlichkeit" von Bedeutung sein kann. Die Kommission sagt, zwar sei anzuerkennen, daß ein Verbesserungseffekt ausgehen könne von der in der Absprache verein-

barten Besorgung des Kundendienstes und der Übernahme von Garantieleistungen durch die Firma Consten sowie durch deren Pflicht, Vorausdispositionen für den französischen Markt zu treffen. Die Übernahme der Werbung durch Consten könne in diesem Zusammenhang aber nicht berücksichtigt werden.

Wäre damit gemeint (wie die Klägerin Consten anzunehmen scheint), ein günstiger Effekt ergebe sich nicht aus der Tatsache, daß *sie* die Werbung in Frankreich erledigt, die Werbung könne mit gleichem Erfolg von der Firma Grundig oder durch die Einschaltung von Spezialagenturen betrieben werden, so müßte diese These — wie ohne weitere Ausführungen klar ist — als unzutreffend zurückgewiesen werden. — So ist die Kommission indessen nicht zu verstehen. In Wahrheit interessiert daher allein die Frage, ob die Annahme richtig ist, ein besonderer, für Artikel 85 relevanter Verbesserungseffekt ergebe sich nicht aus dem Umstand, daß Consten die Werbungs*kosten* zu tragen hat.

Insofern erscheint das Urteil der Kommission allerdings nicht ausreichend fundiert.

Zu Recht machen die Kläger geltend, es hätte geprüft werden müssen, ob die Firma Grundig zur Übernahme der Werbungskosten in der Lage sei, eine Frage, die naturgemäß nicht nur im Hinblick auf den französischen Markt, sondern gleichermaßen für alle ausländischen Märkte der Firma Grundig zu beantworten wäre. Insofern sind berechtigte Zweifel nicht auszuschließen. Es ist somit vorstellbar, daß bei der Durchsetzung der Ansicht der Kommission (also bei einer Überbürdung der Werbungskosten auf die Firma Grundig) die Werbungsintensität nachließe, was gewisse Rückwirkungen auf den Absatz (also auf die Verbesserung von Verteilung und Produktion) hätte. Diese Bedenken können nicht einfach abgetan werden mit dem Hinweis darauf, daß in der Bundesrepublik die Werbungskosten von Grundig selbst getragen werden, denn die Übernahme der Werbungskosten durch Consten wird offenbar teilweise dadurch ausgeglichen, daß für den französischen Markt notwendige technische Veränderungen an den Grundig-Geräten nicht besonders in Rechnung gestellt werden. Auch kann den erwähnten Bedenken nicht begegnet werden mit der allein auf die Umsatzentwicklung der Firma Consten sich stützenden Bemerkung, die Markterschließung sei in Frankreich offensichtlich bereits abgeschlossen, womit sich eine Übernahme der Werbungskosten durch den Produzenten rechtfertige. Globale und isolierte Umsatzzahlen sind meines Erachtens nicht geeignet, die Frage nach der Markterschließung zuverlässig zu beantworten. Hier bedarf es vielmehr einer Aufschlüsselung und eines Vergleichs mit den Zahlen konkurrierender Unternehmen. Nicht zuletzt auch wären weitere Nachforschungen am Platz gewesen im Hinblick auf die Behauptung Constens, zu-

mindest für eine Reihe von Randgebieten des französischen Marktes könne die Erschließung noch nicht als beendet angesehen werden.

Ich glaube demnach, daß wir ohne zusätzliche Aufklärung das Urteil der Kommission zu dem vorliegenden Streitpunkt nicht anerkennen können und daß folglich der mit der Werbung durch Consten verbundene Verbesserungseffekt bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 nicht ohne weiteres außer Betracht gelassen werden darf.

b) Gewinnbeteiligung

Das zweite Kriterium, das die Kommission gemäß Artikel 85 Absatz 3 untersuchte — die Frage der angemessenen Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn —, soll deswegen nicht erfüllt sein, weil zwischen den in Frankreich und in der Bundesrepublik geltenden Einzelhandelspreisen für Grundig-Geräte Unterschiede zu verzeichnen seien, die auch bei Berücksichtigung hoheitlicher französischer Abgaben erheblich über die besonderen, Consten auferlegten Lasten hinausgingen. — Allerdings betont die Kommission, sie habe dieses Kriterium nur vorsorglich geprüft, in erster Linie beruhe ihre Ablehnungsentscheidung auf der Feststellung, die vereinbarten Wettbewerbsbeeinträchtigungen seien für die Erreichung des unterstellten Verbesserungseffekts nicht unerläßlich. Dies soll uns aber nicht davon abhalten, auch auf die Frage der Gewinnbeteiligung jetzt schon einzugehen.

Wie ohne weiteres ersichtlich ist, handelt es sich hier um ein besonders schwieriges und schwer faßbares Kriterium, denn eine ausreichende Gewinnbeteiligung dürfte wohl nicht schon darin zu sehen sein, daß die Verbraucher an dem festgestellten Verbesserungseffekt als solchem (in der Form der Vergrößerung ihrer Wahlmöglichkeiten oder der Erleichterung des Einkaufs) teilhaben, weil bei dieser Deutung das Kriterium „Gewinnbeteiligung" eines eigenständigen Sinnes beraubt würde. Eine Preisbetrachtung wird daher vielleicht nicht völlig auszuschließen sein. — Ich halte auch die Ansicht Constens nicht für vertretbar, eine Untersuchung der mit der Alleinvertriebsvereinbarung verbundenen Probleme sei sinnvollerweise erst nach Ablauf der Übergangszeit vorzunehmen, weil erst dann eine Gleichheit der Wirtschaftsbedingungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten gegeben sei. Sicher ist aber einzuräumen, daß die Verschiedenartigkeit der Wirtschaftsbedingungen, die es in der gegenwärtigen Integrationsstufe noch nicht erlaubt, von einem einheitlichen, annähernd gleiche Faktoren aufweisenden Gemeinsamen Markt zu sprechen, einen Preisvergleich über die Grenzen zweier Mitgliedstaaten hinweg außerordentlich problematisch erscheinen lassen muß.

Deshalb ist für meine Begriffe der Standpunkt der Bundesregierung im vorliegenden Zusammenhang besonders anziehend. Nach ihrer Ansicht ist nur festzustellen, ob auf einem bestimmten Markt trotz Vorliegens einer Wettbewerbsabsprache eine lebhafte Konkurrenz stattfindet zwischen den Produkten verschiedener Erzeuger. Sei dies der Fall, dann sei auch die Gewähr gegeben für eine angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn, da diese nur den Preis zu entrichten hätten, der sich am Markt unter dem Einfluß eines funktionsfähigen Wettbewerbs bilde. Darin sei nach dem Vertrag das den Verbrauchern zugedachte Optimum der Gewinnbeteiligung zu erblicken. — In diesem Zusammenhang wäre des weiteren zu untersuchen, welche wettbewerbs*fördernden* Auswirkungen von einer Alleinvertriebsvereinbarung ausgehen, weil durch sie eine Preissenkung im Hinblick auf andere gleichartige Produkte bewirkt und auch damit eine Beteiligung der Verbraucher am Gewinn erzielt werden kann. Derartige Prüfungen hat die Kommission offenbar unterlassen, vor allem die zuletzt genannte (obwohl sie im Zusammenhang mit Artikel 85 Absatz 1 betonte, die wettbewerbsfördernden Wirkungen einer Absprache seien in Artikel 85 Absatz 3 zu berücksichtigen). Es wäre somit vertretbar, ihre Erwägungen zum Kriterium der Gewinnbeteiligung aus den angeführten Gründen für unzulässig und verfehlt zu erklären.

Sollte man aber (trotz der aufgezeigten Schwierigkeiten) einen Preisvergleich für erforderlich halten, so sehe ich gleichwohl nicht, wie sich der von der Kommission eingenommene Standpunkt rechtfertigen ließe.

Zuerst stellt sich die Frage, ob zu Recht die *Einzelhandelspreise* verglichen wurden oder ob richtigerweise ein Vergleich der von Consten angewandten *Handelsspannen* mit den vom deutschen Großhandel praktizierten Spannen angebracht gewesen wäre. Dabei kann natürlich nicht entscheidend sein, welchen Standpunkt die Kläger im Verwaltungsverfahren eingenommen haben; maßgeblich sind vielmehr die objektiven Notwendigkeiten. — Ich gestehe, daß ich in dieser Frage nicht der Auffassung der Kommission zuneige. Da wir eine Wettbewerbsbeschränkung auf der Großhandelsstufe zu beurteilen haben, ist es naheliegend, die auf dieser Stufe geltenden Handelsspannen zu vergleichen und dies um so mehr, als die Klägerin Consten nach ihrer Behauptung auf die Gestaltung der Einzelhandelspreise mangels Preisbindung keinen Einfluß haben kann. Ein Spannenvergleich ergibt aber nach den Ausführungen der Kläger unter Berücksichtigung all der Lasten, welche die Firma Consten beim Import zu tragen hat, einen gleichen (und nicht überhöhten) Prozentsatz für Frankreich und Deutschland (42 %). Demnach wäre bei grundsätzlicher Anwendung der von der Kommission zugrunde gelegten Methode, freilich unter Beschrän-

kung auf die Handelsspannen, eine angemessene Gewinnbeteiligung im vorliegenden Fall nicht zu verneinen oder es wäre (da die Kommission die Richtigkeit der klägerischen Angaben zu den Handelsspannen bestreitet) wenigstens festzustellen, daß insofern eine Aufklärung noch herbeigeführt werden muß.

Hielte man dagegen einen Vergleich der Einzelhandelspreise für erforderlich, so wäre die Situation für die Kommission kaum günstiger.

Dies zwar nicht so sehr im Hinblick auf den Vorwurf des Begründungsmangels, den man (was nicht weiter belegt werden soll) trotz der rein prozentualen Angaben in der Entscheidung für ungerechtfertigt halten kann, wohl aber im Hinblick auf die für den genannten Vergleich notwendigen materiellen Elemente. Wir stehen hier vor der Erkenntnis, daß nahezu alle Faktoren unter den Parteien streitig sind, seien es die von der Firma Leissner gelieferten Preisangaben oder seien es die von der Kommission angestellten Preisberechnungen. So sind die Lohnkostenverhältnisse streitig, der Anteil der notwendigen Finanzierungskosten, der Werbungs- und Garantiekosten, der Kosten für Lagerhaltung und Transport (welche sämtlich die Firma Consten zu tragen hat), aber auch die Frage, ob und in welchem Umfang in bezug auf die deutschen Preise Rabatte berücksichtigt werden durften, die entgegen der Behauptung der Firma Grundig zum Beispiel beim Verkauf eines bestimmten Tonbandgeräts durch den Einzelhandel gewährt worden sein sollen. Alle diese insgesamt erheblichen Streitfragen können wir nach dem uns vorliegenden Material nicht zuverlässig aufklären, so daß sich die Notwendigkeit der Erstellung einer Expertise ergeben würde, wäre eine Entscheidung — was ich allerdings für möglich halte — nicht aus anderen Gründen denkbar.

So scheint nämlich kein Streit darüber zu bestehen, daß die Einzelhandelspreise für Grundig-Geräte in Frankreich gleich hoch sind, unabhängig davon, ob über Consten oder Parallelimporteure bezogen wird. Die von der Kommission für notwendig gehaltenen Parallelimporte führen demnach nicht zu günstigeren Verbraucherpreisen, sie haben sogar eine schlechtere Bedienung der Verbraucher zur Folge, wenn die Behauptung Constens zutrifft (was gegebenenfalls aufzuklären wäre), daß ihre eigene Leistung mit Rücksicht auf einen zuverlässigen Kunden- und Garantiedienst, eine umfassende Lagerhaltung und die Versorgung des ganzen französischen Marktes einen höheren Wert hat. — Denkbar ist sogar, daß bei einer weiteren Zunahme von Parallelimporten, also bei einer weniger planvollen und intensiven Marktbearbeitung als sie von Consten vorgenommen wird, die Absatzentwicklung sich verschlechtert mit entsprechenden Rückwirkungen auf die Produktionsbedingungen und die Preisgestaltung des Erzeugers.

Aber auch abgesehen davon halte ich zwei weitere Rügen der Kläger für bedeutsam. — Sie werfen der Kommission vor, sie habe ihre Schlußfolgerungen über die Gewinnbeteiligung im wesentlichen gestützt auf Untersuchungen zu einem Tonbandgerät (TK 14), dessen Anteil am Gesamtumsatz von Consten verschwindend gering sei (1,9 % im Jahr 1963). Die Untersuchungen der Kommission hätten im wesentlichen zur Grundlage eine nicht sehr ausführliche Note des deutschen Bundeskartellamtes sowie ein Memorandum des französischen Wirtschaftsministeriums, in dem ausdrücklich die gebotene Eile und die daraus folgende Lückenhaftigkeit der Ermittlungen hervorgehoben wird. Darüber hinaus seien im Verfahren lediglich noch einige Angaben Constens zu einem anderen Tonbandgerät (TK 46), zu einem Batterieempfänger und zu einem Musikmöbel verwertet worden, Angaben, zu denen die Klägerin Grundig nicht gehört worden sei.

Tatsächlich erscheint diese Untersuchungsbasis zu begrenzt. Dementsprechend haben sich die Kläger mit Recht im Verfahren vor der Kommission für eine Ausdehnung der Untersuchungen eingesetzt, namentlich indem sie hinwiesen auf die Marktverhältnisse für Fernsehgeräte und Batterieempfänger, die durch einen außerordentlich intensiven Wettbewerb gekennzeichnet seien. Daß dies nicht geschehen ist, müssen wir als einen Fehler werten. Die Kommission kann sich demgegenüber nicht entlasten mit dem Hinweis darauf, die Klägerin Grundig selbst habe das Tonbandgerät TK 14 als einen absoluten Bestseller bezeichnet und nach der Mitteilung des Bundeskartellamts sei dieses Gerät das *gängigste* Modell, denn damit wird gerade seine Sonderstellung auf dem Markt hervorgehoben. Auch kann ihr der Hinweis auf die Äußerung des französischen Wirtschaftsministeriums nicht helfen, weil sich aus dessen Bemerkung „il va de soi que les pourcentages dégagés sont valables pour tous les types d'appareils" nicht folgern läßt, das untersuchte Gerät sei tatsächlich *repräsentativ* für die gesamte Grundig-Erzeugung.

Zu dieser berechtigten Kritik gesellt sich ein weiterer Vorwurf. In der Tat muß es befremdlich erscheinen, daß die Kommission ihre Beurteilung auf Angaben stützt, die im Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung zwei Jahre alt waren. Es darf nicht übersehen werden, daß die Kommission im Kartellverfahren auch ein Urteil für die Zukunft abzugeben hat, sie muß also eine Prognose versuchen und sie sollte dabei bestrebt sein, die tatsächliche wirtschaftliche Entwicklung auf dem von ihr untersuchten Markt bis zu einem Zeitpunkt zu verfolgen, der in einem engeren Zusammenhang mit ihrer Entscheidung steht, als die im vorliegenden Fall berücksichtigten Angaben. Demgegenüber kann die Kommission nicht einwenden, ihr Urteil habe auch Bedeutung für die Entscheidung zweier

französischer Prozesse, in denen es auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Klageerhebung ankomme, denn es ist nicht in erster Linie ihre Aufgabe, Entscheidungshilfe für nationale Prozesse zu leisten. Zumindest darf sie dabei die berechtigten Interessen der an einer Absprache beteiligten Unternehmen nicht vernachlässigen, was gegebenenfalls zu einer Differenzierung ihres Urteils zwingt. — Die klägerische Rüge ist auch nicht abgetan mit der Erklärung, die allgemeine Wirtschaftslage und die Struktur der untersuchten Branche hätten sich seit dem Zeitpunkt der Untersuchung nicht verändert. Tatsächlich fanden offenbar im Rahmen einer allgemeinen Preissenkungstendenz für Grundig-Geräte ständig Preisrückgänge statt, die möglicherweise die Frage nach der *angemessenen* Gewinnbeteiligung (auch vom Standpunkt der Kommission aus) in einem anderen Licht erscheinen lassen konnten, und zwar selbst dann, wenn die Kommission glaubt feststellen zu können, es seien dennoch (im Jahr 1964) — diesmal übrigens für das Tonbandgerät TK 46 — beträchtliche Preisdifferenzen verglichen mit der deutschen Situation übriggeblieben. — Daß die Preissenkungen im übrigen — wie die Kommission annimmt — mit dem Alleinvertriebsvertrag und der Tätigkeit Constens nicht in Verbindung gebracht werden können, dürfte in dieser allgemeinen Form sicher nicht zutreffen. Es ist durchaus vorstellbar, daß die Zusammenfassung des Angebots in einer Hand, die intensive Marktbearbeitung durch Consten mit den nach dem Alleinvertriebsvertrag zu treffenden Vorausdispositionen Rückwirkungen hatte auf die Produktionsbedingungen und damit auch auf die Preisgestaltung Grundigs. Zumindest hätte die Kommission insofern bei etwaigen Zweifeln dem Verlangen der Kläger nach Durchführung einer wirtschaftlichen Untersuchung stattgeben müssen. Sie konnte dies nicht ablehnen mit der Begründung, die erwähnte Preisentwicklung sei vornehmlich dem Einfluß des Parallelimporteurs UNEF zuzuschreiben, weil die Preissenkungen offenbar schon vor dessen Auftreten auf dem französischen Markt eingesetzt und vor allem auch für Geräte gegolten haben (Fernsehgeräte), die mit Rücksicht auf ihre technischen Sonderausstattungen in Frankreich allein über Consten abgesetzt wurden. Daß davon abgesehen der Einfluß UNEF auf die Preisgestaltung nicht erheblich gewesen sein kann, ergibt sich mit Deutlichkeit aus einem Vergleich der Umsatzzahlen. Schließlich konnte die Kommission die erwähnte Preisentwicklung nicht einfach deshalb für unbeachtlich erklären, weil sie ihr einen vorübergehenden Charakter zuschrieb, indem sie von der Absicht der Parteien ausging, sich während des Kartellverfahrens marktfreundlich zu verhalten. Ein solches Urteil müßte sich auf eine genaue Beurteilung der Marktlage berufen können. Etwaigen Befürchtungen der Kommission wäre überdies mit kartellrechtlichen Mitteln in wirksamer Weise zu begegnen gewesen.

Demnach sind auch im Rahmen des Kriteriums „Gewinnbeteiligung" eine Reihe erheblicher Fehler oder Unterlassungen festzustellen, die bei der Beurteilung der angegriffenen Entscheidung (wenn es auf die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 überhaupt ankommt) nicht außer Betracht gelassen werden können.

c) Zum Merkmal der Unerläßlichkeit

Vor allem hat die Kommission eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 abgelehnt mit der Begründung, die mit dem Alleinvertriebsvertrag verbundenen Beschränkungen, genauer gesagt die Zusicherung des absoluten Gebietsschutzes, sei nicht *unerläßlich* für die Erzielung der sich aus der Vereinbarung ergebenden Verbesserungswirkungen.

Sehen wir uns auch diese These und die sie stützenden Deduktionen näher an.

An erster Stelle muß hier — wie die Bundesregierung hervorgehoben hat — der Eindruck gewonnen werden, daß die Kommission von einer falschen Fragestellung ausgegangen ist, also von einer unkorrekten Interpretation des Merkmals „Unerläßlichkeit". In der Entscheidungsbegründung findet sich nämlich die Formulierung, es sei zu untersuchen, ob die Klägerin Consten auch ohne absoluten Gebietsschutz in der Lage sei, den französischen Markt *intensiv zu bearbeiten*. Sie legt in der Tat die Annahme nahe, die Kommission habe sich mit der Feststellung begnügt, ohne Gebietsschutz ließen sich wenigstens *gewisse* Verbesserungen in der Verteilung und Produktion erzielen. — Mit der Bundesregierung ist demgegenüber zu unterstreichen, daß allein entscheidend sein kann, ob gerade die durch die konkrete Vereinbarung erzielbaren Verbesserungen, die als gesamtwirtschaftlich nützlich und schützenswert anerkannt werden, in gleicher Weise, in gleichem Umfang und in gleicher Intensität zu erreichen sind ohne die Gebietsschutzabsprache. — Nach dem Entscheidungswortlaut könnte der Kommission demnach eine unzutreffende Konzeption bei der Abwendung von Artikel 85 Absatz 3 vorgeworfen werden, die an sich ausreichen würde, auch diesem Entscheidungsteil die Rechtmäßigkeit abzusprechen.

Wir wollen indessen nicht bei dieser Kritik stehenbleiben, sondern uns die Erwägungen der Kommission im einzelnen ansehen, aus denen sich letzten Endes ergeben muß, ob ihre Beurteilung zutrifft oder nicht.

Als Faktoren, die zur Verbesserung der Verteilung und Produktion beitragen können, hat die Kommission anerkannt die Pflicht Constens zu Vorausdispositionen, ihren Garantiedienst und ihren

Kundendienst. Zu untersuchen ist demnach, ob diese Faktoren ihre Verbesserungswirkungen auch ohne Gebietsschutz entfalten können.

aa) *Vorausdispositionen*

Zweifellos sind Vorausdispositionen, d.h. feste Bestellungen bestimmter Mengen in einem bestimmten Zeitabstand vor der Lieferung geeignet zur Produktionsverbesserung, weil sie eine sinnvolle Produktionsplanung, den rationellen Einsatz der Produktionsmittel erlauben. Sie führen auch, über die Kostendegression, zu einer günstigen Preisgestaltung. Daß solche Vorausdispositionen in demselben Umfang und mit derselben Wirksamkeit ohne absoluten Gebietsschutz möglich sein sollen, kann jedoch unter mehreren Gesichtspunkten angezweifelt werden.

Vorweg ist in diesem Punkt der von der Kommission angezogene Vergleich mit der Situation anderer Länder nicht ohne weiteres als zwingend anzuerkennen. Für den *deutschen* Markt treten die Kläger mit Entschiedenheit der Behauptung entgegen, es würden dort Vorausdispositionen ohne Gebietsschutz praktiziert. Nach ihrer Erklärung sind in der Bundesrepublik nur die Werksniederlassungen der Firma Grundig zu Vorausdispositionen im eigentlichen Sinne gezwungen. Ihnen sei jeweils ein Gebiet zugewiesen, dessen Grenzen respektiert würden. Gegen Einflüsse von außen seien sie geschützt durch die den ausländischen Konzessionären auferlegten Exportverbote. — Demgegenüber könne dem an die Kommission gerichteten Schreiben der Klägerin Grundig vom 23. April 1964 ein anderer Schluß nicht entnommen werden, da dort im Hinblick auf die Geschäfte der deutschen *Großhändler* nur von laufenden Dispositionen in einem normalen geschäftlichen Sinne die Rede sei. Folglich ist es nicht möglich, den Hinweis der Kommission auf die deutschen Verhältnisse ohne weitere Aufklärung als durchschlagendes Argument gelten zu lassen.

Dasselbe trifft meines Erachtens zu für ihren unbestimmten Hinweis auf die Erfahrungen in anderen Gemeinschaftsländern. Er wurde uns nicht näher erläutert; außerdem fehlt es an dem nötigen Nachweis der Vergleichbarkeit der Marktsituationen.

Stellt man sich unabhängig von diesen erheblichen Einwendungen die Frage, wie sich die Vorausdispositionen eines Alleinvertreters bei der Zulassung von Parallelimporten entwickeln werden (Parallelimporten, die vielleicht in noch größerer Zahl und in noch größerem Umfang als gegenwärtig stattfinden würden), so kann es für mich keinen Zweifel geben, daß der Alleinvertreter zu einer erheblichen Zurückhaltung gezwungen wäre. Ist an sich schon eine Marktprognose für ihn mit Rücksicht auf gleichartige Konkurrenz-

erzeugnisse und den Wandel der Verbraucherpräferenzen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, so würden diese noch beträchtlich zunehmen beim Auftreten von Parallelimporteuren, und zwar selbst dann, wenn sich unter ihnen Unternehmen nicht befänden, die schnell von einer Marke zur anderen wechseln. Unsicherheit und Zurückhaltung in den Vorausdispositionen müssen aber die Produktionsplanung beeinflussen und können über sie einen Einfluß auf Preise und Verteilung haben.

Offensichtlich werden diese Nachteile für den Produzenten nicht in vollem Umfang ausgeglichen durch die Dispositionen anderer Großhändler, von denen die Parallelimporteure beziehen, weil derartige Geschäftsverbindungen bis zu einem gewissen Grad durch einen Mangel an Stabilität gekennzeichnet sind, der den jeweils eingeschalteten Großhändler von konstanten Dispositionen abhalten wird. — Auch sehe ich nicht, wie der Alleinvertreter zur Beibehaltung des ursprünglichen Umfangs seiner Vorausdispositionen veranlaßt werden könnte durch einen Preisnachlaß von seiten des Produzenten (einen Preisnachlaß, von dem nicht sicher ist, ob er durchgeführt werden kann angesichts der Nichtberechnung besonderer Kosten für die technische Ausgestaltung der für den französischen Markt bestimmten Geräte), denn die Bemessung der Vorausdispositionen hängt allein ab von einer Beurteilung der Marktverhältnisse, für die aber auch nach einem Preisnachlaß die durch Parallelimporte hervorgerufene Unbeständigkeit kennzeichnend ist. — Desgleichen wird man die Risiken der Vorausdispositionen nicht bagatellisieren dürfen mit dem Argument, der Alleinvertreter könne bei einer Fehldisposition für eine Saison — etwa ein Geschäftsjahr — Ausgleich erzielen durch Verringerung der festen Bezüge für die nächste Saison, denn ein solcher Ausgleich ist nicht die Regel; vielfach ist er unmöglich, weil die Ausstattung der Ware verbessert oder geändert wird, so daß Gegenstände früherer Lieferungen vom Verbraucher als veraltet angesehen werden. — Schließlich kann in diesem Zusammenhang auch nicht ernsthaft die Möglichkeit erwogen werden, die Gefahr von Parallelimporten auszuschalten durch eine Preisunterbietung von seiten des Alleinvertreters, denn Störungsfaktoren werden bei jeder Preisgestaltung verbleiben. Außerdem aber ist uns nicht die Grenze bekannt, bis zu der Preissenkungen mit der angezeigten Wirkung möglich sind, ohne daß andere Leistungen (Garantie- und Kundendienst), die in den Preisen von Consten eingeschlossen sind, in Gefahr geraten, also ein Faktor, von dem — nach der Ansicht der Kommission — gleichfalls ein Verbesserungseffekt ausgehen kann.

Die Überlegungen der Kommission zu dem Problem der Vorausdispositionen erscheinen mir demnach nicht zwingend oder doch zumindest in einigen Punkten einer weiteren Aufklärung bedürftig.

bb) *Zum Garantie- und Kundendienst*

Auch hinsichtlich des Garantie- und Kundendienstes ist die Kommission der Ansicht, er sei selbst bei Zulassung von Parallelimporten in befriedigender Weise durchführbar, es müsse nicht der Ruf der Marke und der Absatz der unter ihr vertriebenen Waren notleiden.

Soweit sie sich dabei bezieht auf die Kundendienst- und Garantieleistungen eines schon jetzt tätigen Parallelimporteurs, ist freilich nicht nur streitig, ob es sich um Leistungen handelt, die denen von Consten gleichwertig sind (was die Kläger nachdrücklich in Abrede stellen); vielmehr lassen sich aus dem Schriftsatz des französischen Ministeriums Indizien dafür gewinnen, daß dieser Parallelimporteur, der auch die Waren anderer Produzenten vertreibt, im Hinblick auf Garantieumfang, Reparaturorte und Ersatzteildienst in einer Weise hinter den Leistungen Constens zurückbleibt, die für das Ansehen der Marke Grundig nicht belanglos sein kann. — In noch stärkerem Maß dürfte dies zutreffen für kleinere Parallelimporteure, die sich mit vielen Marken befassen.

Die Frage kann daher nur lauten, ob es einem Alleinvertreter zuzumuten ist, einen korrekten Kundendienst und befriedigende Garantieleistungen im Interesse der Marke auch für Geräte zu erbringen, die nicht über seine Absatzwege laufen. Offenbar hält die Kommission dies für vertretbar unter der Voraussetzung, daß Grundig die Kosten für den Garantiedienst übernimmt, während sie für entgeltliche Kundendienstleistungen der Meinung ist, es handele sich um eine normale unternehmerische Tätigkeit, die ohne weiteres auch an fremden Geräten ausgeführt werde.

Daß diese Ansicht sich rechtfertigen läßt, erscheint mir jedoch zweifelhaft. Auch hier stellt sich zunächst die Frage nach den objektiven Möglichkeiten der Übernahme zusätzlicher finanzieller Lasten durch Grundig, und zwar nicht nur im Verhältnis zu französischen Abnehmern, sondern zu ausländischen Abnehmern schlechthin. Rein hypothetische Erwägungen der Kommission, denen eine wirtschaftliche Berechnung nicht zugrunde liegt, sind hier nicht geeignet, die auf betriebswirtschaftlichen Kalkulationen beruhende Regelung der Beziehungen zwischen den beiden Klägern zu ersetzen. — Sodann ergibt sich die erhebliche Frage, ob es der Klägerin Grundig zugemutet werden kann, kostenlose Garantieleistungen für Waren zu erbringen, deren Absatzwege sie in keiner Weise kontrollieren kann, die also möglicherweise durch Zwischenschaltung mehrerer nicht spezialisierter Händler eine unsachgemäße Behandlung erfahren haben. — Was schließlich den entgeltlichen Kundendienst angeht, den die Kommission ohne weiteres als „normale unternehmerische Tätigkeit" ansieht, so wäre nicht nur zu prüfen, ob er tatsächlich schon in vollem Umfang ausgebaut ist (etwa auch in Rand-

gebieten des französischen Marktes); es wäre namentlich auch zu überlegen, ob wirklich ein Alleinvertreter bei zunehmenden Parallelimporten, d.h. bei Verringerung seines Absatzes unverändert bereit bleiben wird, das wenig interessante Geschäft des Reparaturdienstes für nicht von ihm bezogene Geräte zu betreiben.

Auch in der Frage der Unerläßlichkeit des Gebietsschutzes ergeben sich demnach, schon was die von der Kommission geprüften Faktoren angeht, erhebliche Bedenken.

cc) *Hierzu kommt aber noch die Erkenntnis, daß die Erwägungen der Kommission unvollständig sind*

So habe ich hinsichtlich der Pflicht Constens zur Übernahme und Finanzierung der Werbung bereits angedeutet, daß diese Frage möglicherweise auch im vorliegenden Zusammenhang Bedeutung gewinnt. Wird sie gestellt, so kann es kaum zweifelhaft sein, daß das Interesse eines Alleinvertreters an wirksamer Werbung nachlassen wird, wenn er sieht, daß seine Anstrengungen auch Parallelimporteuren ohne besondere eigene Aufwendungen zugute kommen.

Des weiteren wären die Probleme der *Marktbeobachtung und Markterschließung* zu bedenken, und zwar selbst dann, wenn sie von den Klägern im Kartellverfahren nicht aufgeworfen wurden, da es sich insofern nahezu um selbstverständliche wirtschaftliche Überlegungen handelt.

Was die Marktbeobachtung angeht, so hat sie (als technische Beobachtung) zweifellos Einfluß auf die Produktionsgestaltung, also einen Verbesserungseffekt im Sinne des Artikels 85 Absatz 3. Von besonderen Organen wird sie kaum in gleich zuverlässiger Weise und mit gleich niedrigen Kosten ausgeübt, wie von dem Verkaufsnetz eines Alleinvertreters. Daß sie bei der Zulassung von Parallelimporten nicht notleidet, kann wohl nicht angenommen werden. Ein Parallelimporteur wird diese Aufgabe nicht in gleichwertiger Weise erfüllen. Ob aber der Alleinvertreter trotz Absatzverringerung diese Mühewaltung in unveränderter Form auf sich nimmt, erscheint fraglich.

Zur Frage der Markterschließung wäre schließlich — wie schon erwähnt — vorweg zu klären, ob sie tatsächlich im gesamten Vertragsgebiet des Konzessionärs schon abgeschlossen ist. Es darf nicht vergessen werden, daß sich eine erhebliche Umsatzausweitung für Consten erst nach der Liberalisierung der Einfuhren in den Jahren 1961/62 ergab und daß nach den Angaben im Verfahren erst nach diesem Zeitpunkt eine intensive und kostspielige Werbung eingesetzt hat. Zweifellos kann sich einer solchen Aufgabe in einem größeren Markt der Produzent selbst häufig nicht unterziehen. Zu der Übernahme der damit verbundenen beträchtlichen Kosten wird aber ein Alleinvertreter sich nur dann entschließen, wenn für ihn

eine befriedigende Amortisierungsaussicht besteht (ein Gedanke, der etwa in Artikel 3 f des Montanvertrags deutlichen Ausdruck gefunden hat). Zumindest für eine gewisse Übergangszeit (nicht auf die Dauer, wie die Kommission unterstellt) dürfte sich daher auch unter diesem Gesichtspunkt ein wirksamer Schutz des Alleinvertriebshändlers rechtfertigen. Einzelheiten dazu enthält das Dossier nicht, so daß wir weitere Feststellungen nicht treffen können. Es ist aber nicht auszuschließen, daß die klägerische Rüge auch in der vorliegenden Frage gerechtfertigt ist.

d) Insgesamt läßt sich demnach zu keinem der Merkmale des Artikels 85 Absatz 3, die in der Entscheidung behandelt wurden, der Standpunkt der Kommission vollkommen billigen. Dies bedeutet, daß schon nach den bisherigen Untersuchungsergebnissen auch die Fehlerhaftigkeit von Artikel 2 der angegriffenen Entscheidung feststeht.

3. Hätte die Kommission eine teilweise oder bedingte Freistellung oder eine Freistellung unter Auflage erwägen müssen?

Geht man (rein hypothetisch, wie ich betonen möchte) davon aus, daß eine Freistellung im Hinblick auf den in der Vereinbarung abgesprochenen absoluten Gebietsschutz nicht in Frage kam, so ergibt sich das Problem, ob für den übrigen Inhalt der Vereinbarung, soweit die Kommission eine Erfüllung der Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 bejahte, eine Freistellung hätte erwogen werden müssen, sei es in der Form einer teilweisen Freistellung, sei es in der Form einer Freistellung unter Bedingungen oder Auflagen (vgl. Artikel 8 der Verordnung Nr. 17/62).

Wir stellen insofern fest, daß die Bezugs- und Absatzbindungen der Alleinvertriebsvereinbarung ebenso wie das der Firma Consten auferlegte Exportverbot unter dem Gesichtspunkt des Artikels 85 Absatz 3 in der Entscheidung nicht behandelt wurden, was zu dem Schluß berechtigen könnte, für die Kommission seien in dieser Hinsicht (zumindest was Bezugs- und Absatzbindungen angeht) Bedenken nicht sichtbar geworden.

a) Begründungsmangel

In erster Linie stellt sich für die aufgeworfene Frage das Problem, ob die Entscheidung an einem formellen Fehler leidet, denn tatsächlich enthält sie keine Erklärung zu dem Gedanken einer teilweisen Freistellung. Ich neige dazu, diese Frage zu bejahen, und zwar gleichglütig, ob man von einer absoluten Pflicht zu Teilfreistellungen ausgeht oder der Kommission insoweit eine Ermessensbefugnis zuerkennt. Gerade bei der Ausübung von Ermessensbefugnissen besteht ein Interesse daran, die maßgeblichen Erwägungen

der Kommission kennen zu lernen, damit die Ermessenshandhabung auf ihre Korrektheit hin kontrolliert werden kann.

b) Bestand für die Kommission ein zwingender Anlaß, eine Teilfreistellung oder eine Freistellung unter Auflagen oder Bedingungen zu erwägen?

Wesentlicher freilich als der formelle Aspekt ist die materielle Seite des aufgeworfenen Problems.

Was zunächst das der Firma Consten auferlegte *Exportverbot* angeht, so erklärte die Kommission lediglich, ihr seien keine Anhaltspunkte dafür bekannt geworden, daß in anderen Mitgliedstaaten, für deren Märkte das Verbot bestimmt ist, Umstände vorgelegen hätten, die zu einer gegenüber der französischen Situation abweichenden Beurteilung zwingen mußten. — Damit kann sie jedoch sicher nicht gehört werden, denn sie durfte nicht ohne jede besondere Prüfung und Aufklärung davon ausgehen, auf allen europäischen Märkten herrsche eine vergleichbare Situation.

Desgleichen sollten wir im gegenwärtigen Zusammenhang das Argument nicht gelten lassen, die Kommission habe im Hinblick auf die verschiedenen nationalen Prozesse, zu denen ihre Stellungnahme von Bedeutung ist, keine Veranlassung gehabt, eine teilweise Freistellung der Alleinvertriebsvereinbarung zu erwägen. Natürlich hatte sie dem Umstand Rechnung zu tragen, daß nationale Prozesse in Erwartung ihrer Entscheidung ausgesetzt wurden. Notfalls wäre aber insofern eine Differenzierung ihres Urteils am Platze gewesen. Sie durfte dagegen nicht ohne weiteres mit Rücksicht auf die nationalen Gerichtsverfahren über schutzwürdige Interessen der an der Alleinvertriebsvereinbarung beteiligten Unternehmen hinweggehen.

Daß solche Interessen bestanden haben, bedarf freilich noch eines Nachweises. — Die Kommission ist dazu der Auffassung, die Beteiligten hätten im Verfahren nicht hinreichend deutlich gemacht, daß sie an einer teilweisen Aufrechterhaltung der Alleinvertriebsvereinbarung interessiert seien, vielmehr hätten sie stets betont, welch wesentliches Interesse an der Aufrechterhaltung aller Elemente der Vereinbarung, insbesondere des absoluten Gebietsschutzes, bestehe.

Diese Feststellung ist jedoch nicht ausreichend. Namentlich erscheint die Tatsache unerheblich, daß die Kläger Hilfsanträge auf eine teilweise Freistellung nicht vorgetragen haben. Wir stehen noch ganz am Anfang der Entwicklung eines gemeinschaftlichen Kartellrechts, in dem die Formalien des Verfahrens einer weiteren Präzisierung bedürfen. Hat sich später einmal die Verwaltungspraxis ausreichend entwickelt, so wird sich dann eventuell die Berechtigung ergeben, aus dem Fehlen von Hilfsanträgen zwingende

Schlußfolgerungen zu ziehen. — Weiterhin durfte die Kommission Schlüsse zum Nachteil der Kläger nicht aus der Tatsache ziehen, daß diese im Verwaltungsverfahren mit Nachdruck auf die Notwendigkeit des absoluten Gebietsschutzes hingewiesen, also die zwischen ihnen bestehende Vereinbarung in ihrer Gesamtheit verteidigt haben. Ein solcher Einsatz für das Optimum einer Vereinbarung ist verständlich gerade im Hinblick auf die Erfordernisse des Artikel 85 Absatz 3, wonach Wettbewerbsbeschränkungen *unerläßlich* sein müssen für die Erreichung eines bestimmten Verbesserungseffekts. Das Verhalten der Kläger im Verwaltungsverfahren bedeutete aber nicht notwendig, daß sie zur Aufrechterhaltung der Vereinbarung in einer modifizierten Form unter keinen Umständen bereit oder in der Lage wären. Gegen eine solche Annahme spricht nicht zuletzt Artikel IX. 2 der Alleinvertriebsvereinbarung, nach dem die Parteien entschlossen sind, die Vereinbarung auch bei Nichtigkeit einzelner Teile aufrechtzuerhalten.

Demnach durfte es die Kommission nicht unter Hinweis auf die *Einstellung der Kläger* für unnötig halten, die Möglichkeit einer Freistellung in abgeschwächter Form zu prüfen.

Überlegt man sich, von dieser Erkenntnis ausgehend, was der Kommission *positiv* Anlaß geben konnte, eine teilweise Freistellung oder eine Freistellung unter Bedingungen oder Auflagen zu erwägen, so ist zunächst auf die Notwendigkeit hinzuweisen, bei der Anwendung des Kartellrechts zu Beginn seiner Entwicklung möglichst behutsam und zurückhaltend vorzugehen. Was das Kartellrecht des EGW-Vertrags angeht, so wird diese Notwendigkeit bekräftigt durch die Möglichkeit einer rückwirkenden Freistellung bei rechtzeitiger Anmeldung. Die Rückwirkung kann für sogenannte Altkartelle über den Zeitpunkt der Anmeldung hinausreichen. Wird eine Freistellung dagegen versagt und danach eine modifizierte Vereinbarung zur abermaligen Prüfung vorgelegt, so kann in diesem Fall die Rückwirkung nicht denselben Umfang annehmen. — Dazu kommt im vorliegenden Fall, daß es sich um eine Alleinvertriebsvereinbarung handelt, also um eine Abspracheart, die nach der neu erlassenen Verordnung Nr. 19/65 generell von Artikel 85 Absatz 1 freigestellt werden kann, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllt. Auch diese Freistellung kann bei rechtzeitiger Anmeldung rückwirkend erfolgen. Die Gruppenfreistellung soll sogar für Absprachen wirksam werden, welche die typischen Freistellungskriterien nicht erfüllen, vorausgesetzt nur, daß sie in einer bestimmten Frist den von der Kommission fixierten Bedingungen angepaßt werden (vgl. Artikel 4, Absatz 1 der Verordnung Nr. 19/65). — Angesichts dieser Sach- und Rechtslage muß es tatsächlich als die Kläger ungerecht beschwerend angesehen werden, daß für ihre Vereinbarung eine Einzelfreistellung in toto abgelehnt wurde.

Demgegenüber kann die Kommission nicht einwenden, sie habe den Beteiligten eine Vertragsänderung nicht auferlegen wollen. Davon kann zumindest bei einer bedingten Freistellung nicht die Rede sein, da diese den Beteiligten die Freiheit läßt, den Vertrag in der eingeschränkten Form durchzuführen oder nicht. — Auch kann sich die Kommission zu ihrer Rechtfertigung nicht darauf berufen, den Beteiligten sei während des Kartellverfahrens ausreichend klargemacht worden, eine Freistellung komme für den Gebietsschutz nicht in Betracht. Die damit in Bezug genommenen Äußerungen gingen ausschließlich von Beamten aus, sie bedeuteten also keine bindende Verlautbarung der Kommission selbst. Allein auf derartige Hinweise hin von einem für nützlich und notwendig erachteten und in vielen Ländern angewandten Vertragswerk abzugehen, kann nach meiner Auffassung nicht zumutbar erscheinen. Dies würde — wie die Bundesregierung hervorgehoben hat — im Endeffekt auf eine Verkürzung des Rechtsschutzes hinauslaufen, weil den Betroffenen nach der Konzeption der Kommission nur die Wahl bliebe, sich den Anregungen ihrer Dienststellen anzuschließen (also auf die Klärung der Frage zu verzichten, ob ihr Vertrag in nicht abgeänderter Form von Artikel 85 erfaßt wird) oder auf eine Entscheidung der Kommission zu drängen und dann in Kauf zu nehmen, daß eine Freistellung für die Gesamtheit eines Vertrages versagt wird, obwohl nur einzelne seiner Elemente wettbewerbsrechtlich bedenklich erscheinen. — Schließlich kann die Kommission in diesem Zusammenhang nicht hinweisen auf andere allgemeine Verlautbarungen (ihre Bekanntmachung über Alleinvertriebsabkommen vom 9. November 1962; ihren Vorschlag für die Verordnung Nr. 19/65), aus denen zu entnehmen sei, daß sie selbst seit geraumer Zeit einen absoluten Gebietsschutz bei Alleinvertriebsverträgen als mit dem Vertrag unvereinbar ansehe. Hier handelt es sich nur um allgemeine und teilweise unverbindliche Verlautbarungen, deren Richtigkeit einzelne Unternehmen nicht gerichtlich klären lassen konnten. Sie schließen zudem nicht aus, daß die Kommission bei einer Urteilsbildung im Einzelfall von ihrer prinzipiellen Meinung hätte abrücken können.

Wir halten demnach fest, daß selbst bei der Annahme, es bestehe nicht in jedem Fall die Pflicht, Teilfreistellungen oder Freistellungen unter Auflagen oder Bedingungen zu gewähren, das Verhalten der Kommission im vorliegenden Fall nicht gebilligt werden kann, weil diese nicht einmal die Überlegung angestellt hat, ob dem zu beurteilenden Alleinvertriebsvertrag wenigstens in Teilen zur Gültigkeit verholfen werden konnte.

Dieser Vorwurf kommt zu den anderen, in Ansehung von Artikel 2 der Entscheidung entwickelten Rügen hinzu und verfestigt die Ansicht, auch diese Verfügung sei für nichtig zu erklären.

III. *Zu Artikel 3 der angegriffenen Entscheidung*

Schließlich ist gleichfalls hilfsweise (nämlich für den Fall, daß Artikel 85 Absatz 1 den vorliegenden Sachverhalt überhaupt erfaßt) auf Artikel 3 der Entscheidung einzugehen, in dem die Kommission bestimmte Anordnungen für das künftige Verhalten der Kläger getroffen hat. Diese sollen bekanntlich jede Handlung unterlassen, „die Drittunternehmen daran hindert oder es ihnen erschwert, Vertragserzeugnisse nach ihrer freien Wahl von Groß- oder Einzelhändlern in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zum Zwecke der Weiterveräußerung im Vertragsgebiet zu beziehen".

Auch dazu haben die Kläger und die sie unterstützenden Intervenienten unter verschiedenen Gesichtspunkten Rügen vorgebracht.

1. Sie geben in erster Linie zu der Frage Anlaß, welchen Inhalt die in Artikel 3 der Verordnung Nr. 17/62 statuierte Befugnis der Kommission hat, betroffene Unternehmen durch Entscheidung zu verpflichten, eine festgestellte Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 abzustellen. Offenbar gehen die Kläger von der Annahme aus, eine Zuwiderhandlung, im Sinne dieser Vorschrift sei nur der *Abschluß* einer Vereinbarung, das Abstellen der Zuwiderhandlung folglich die Wiederherstellung der Handlungsfreiheit der Beteiligten. Damit würde dieser Vorschrift aber offensichtlich ein zu enger Sinn zugewiesen, sie würde in Wahrheit eines eigenständigen Inhalts weithin beraubt, da die Wiederherstellung der Handlungsfreiheit schon aus der Feststellung der Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 folgt, die nach Artikel 85 Absatz 2 mit zivilrechtlicher Nichtigkeit verbunden ist. Daß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 weiterreicht, zeigt etwa das Beispiel der abgestimmten Verhaltensweisen, wo es an einer rechtlichen Bindung fehlt und wo es folglich nicht zu einer Wiederherstellung der rechtlichen Handlungsfreiheit kommen kann. Auch die zeichenrechtliche Problematik des vorliegenden Falles macht klar, daß mit der Aufhebung einer Bindung allein kartellrechtlich nicht genügend getan ist. — Richtig verstanden erlaubt demnach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 die Anordnung, all das zu unterlassen, was *der Durchsetzung* einer mit Artikel 85 nicht zu vereinbarenden Absprache dient, denn ohne die Möglichkeit derartiger Anordnungen wäre das Kartellrecht lückenhaft. Entsprechend muß die Strafvorschrift des Artikels 15 der Verordnung Nr. 17 dahin verstanden werden, daß als Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 nicht nur der Abschluß einer Vereinbarung anzusehen ist, sondern alle Handlungen, die entgegen der Anordnung der Kommission mit dem Ziele vorgenommen werden, einer für vertragswidrig erklärten Absprache zur Durchsetzung zu verhelfen.

2. Ausgehend von dieser Interpretation haben wir uns zu fragen, ob die in Artikel 3 *der Entscheidung* getroffene Anordnung in concreto die Grenzen respektiert, die der kartellrechtliche Zweck setzt. Die Kläger sind der Meinung, dies sei nicht der Fall, es müsse vielmehr der Kommission eine gewisse Uferlosigkeit vorgeworfen werden, da sie mit ihrer Anordnung nur auf Wirkung und Erfolg bestimmter Handlungen abstelle und so — wie ein Gesetzgeber — Regelungen schaffe für das künftige *individuelle* Marktverhalten der Betroffenen. Wenn jede Handlung zu unterlassen sei, die Drittunternehmen an der Einfuhr nach Frankreich hindere oder ihnen solche Einfuhren auch nur erschwere, dann bestehe nach dem Wortlaut der Entscheidung die Befürchtung, es werde auch ein Verhalten der Beteiligten erfaßt, das mit der kartellrechtlichen Zielrichtung der beurteilten Absprachen nichts zu tun hat. Namentlich die Bundesregierung hat uns Beispiele dafür geliefert, welche Verhaltensweisen von der Anordnung erfaßt sein könnten (Absatzregelungen nach Beendigung der Vereinbarung, die Übertragung des Absatzes auf Werksniederlassungen oder Handelsvertreter der Firma Grundig, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die allein aus finanziellen Gründen erfolgen, zeichenrechtliche Akte der Firma Grundig aufgrund des Zeichens „GRUNDIG", Preissenkungen zur Abwehr von Parallelimporten, Umgestaltung des Vertriebssystems unter ausschließlicher Einschaltung des Fachhandels usw.). Das Recht, solche Maßnahmen zu untersagen, könne der Kommission aber allein nach Artikel 86 bei Vorliegen einer Marktbeherrschung zustehen.

Tatsächlich ist nicht zu leugnen, daß der Wortlaut des Entscheidungs*tenors* eine so weitgehende Deutung zuläßt. Auch ist nicht bestreitbar, daß der Kommission ein derart umfassendes Weisungsrecht zum autonomen Marktverhalten von Unternehmen nach Artikel 85 nicht zukommt (was sie selbst übrigens einräumt). Sie erklärt ausdrücklich, ihre Absicht sei lediglich gewesen, Handlungen zu verbieten, die auf der Grundlage der beurteilten Vereinbarung vorgenommen würden und ihrer Durchsetzung dienten. So seien die Entscheidungsgründe zu verstehen, in denen allein Kritik geübt werde an der Vereinbarung des absoluten Gebietsschutzes und an Maßnahmen, die der Sicherung dieses Schutzes dienten. — An der Aufrichtigkeit dieser Beteuerungen und der sich darin ausdrückenden Absichten zu zweifeln, besteht sicherlich kein Anlaß. Dennoch bleibt die Feststellung, daß angesichts des kategorischen Wortlauts von Artikel 3 des Entscheidungs*tenors* die von der Kommission für eindeutig gehaltene Interpretation mit Hilfe der Entscheidungs*gründe* nicht ohne Schwierigkeiten gewonnen werden kann. In jedem Fall ergibt sich für die beteiligten Unternehmen ein so hohes Maß an Unsicherheit, daß Rügen zu der gewählten Formulierung sich geradezu aufdrängen. Angesichts der nach

Artikel 15 der Verordnung Nr. 17/62 möglichen Strafen, die auch bei Nichtbeachtung kartellrechtlicher Anordnungen der Kommission zu befürchten sind, handelt es sich hier nicht allein um gewisse Bedenken, die nach der Klarstellung durch die Kommission als zerstreut zu gelten hätten, vielmehr sind wir mit Rücksicht auf das Prinzip der Rechtssicherheit, auf dessen Beachtung die Beteiligten im Kartellverfahren Anspruch haben, gezwungen, aus den angeführten Gründen den Artikel 3 der Entscheidung für rechtswidrig zu erklären.

Darüber hinaus müssen in diesem Zusammenhang noch die folgenden Überlegungen berücksichtigt werden:

Der Firma Grundig wird durch Artikel 3 der Entscheidung verboten, auf die Durchsetzung der ihren Konzessionären in anderen Mitgliedstaaten und dritten Ländern auferlegten Exportverbote hinzuwirken. Dazu macht die Klägerin geltend, es könne von ihr nicht verlangt werden, auf die Anwendung von Vereinbarungen zu verzichten, die nicht Gegenstand des Verfahrens waren und zu denen die Kommission nicht die Feststellung getroffen hat, sie stellten eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 des Vertrages dar.

Würde sich die Klägerin in diesem Punkte nur auf eine Verletzung ihres eigenen rechtlichen Gehörs berufen, so könnte ihr wohl nicht gefolgt werden, da der absolute Gebietsschutz, dem die Exportverbote dienen sollen, offensichtlich Gegenstand des Verfahrens und damit Gegenstand einer Anhörung war. — Dagegen erscheint ihre Kritik nicht unfundiert, soweit sie eine Verletzung des materiellen Rechts und des rechtlichen Gehörs anderer Beteiligter, insbesondere der praktisch allein in Betracht kommenden deutschen Großhändler geltend macht. Tatsächlich muß es kartellrechtlich bedenklich sein, daß die Kommission davon absieht, die Vereinbarkeit bestimmter Absprachen mit Artikel 85 zu prüfen, daß sie aber dennoch anordnet, die Durchsetzung und Verwirklichung dieser Absprachen zu unterlassen und daß sie damit materiell in den Bestand der Absprachen eingreift. Meines Erachtens verlangt ein solches Vorgehen zumindest, daß die betroffenen Konzessionäre am Verfahren beteiligt und im Verfahren gehört werden. Demgegenüber kann sich die Kommission nicht darauf berufen, die Untersagung der Durchsetzung von Exportverboten bedeute für die Konzessionäre in anderen Mitgliedstaaten lediglich die Befreiung von einer Last, also nicht einen Eingriff in Rechte. Wie schon in anderem Zusammenhang betont, darf nicht übersehen werden, daß die Exportverbotsvereinbarungen Bestandteile eines umfassenden Vertriebssystems darstellen und daß die Beseitigung eines seiner wesentlichen Elemente Rückwirkungen haben kann auf den Rechtsbestand der Vereinbarungen insgesamt. — Da die Kommission im vorliegenden Fall eine solche Anhörung nicht

durchgeführt hat — ein Umstand, der nicht nur auf die Rüge der Kläger, sondern auch von Amts wegen berücksichtigt werden muß —, ist der Erlaß von Artikel 3 der angegriffenen Entscheidung auch mit einem erheblichen Verfahrensfehler belastet.

Mit dieser Rüge steht eine andere, letzte, im Zusammenhang: In ihr macht die Firma Consten eine unzulässige Diskriminierung geltend insofern, als ihr selbst es auferlegt sei, andere Unternehmen am Import nach Frankreich nicht zu hindern, während gleichermaßen in den Genuß eines absoluten Gebietsschutz kommende Konzessionäre in anderen Ländern eine solche Verpflichtung nicht treffe, diese also die Möglichkeit behielten, die Firma Consten von der Einfuhr in ihr Vertragsgebiet abzuhalten. Das Prinzip des freien Handels zwischen Mitgliedstaaten werde damit einseitig zu Lasten der Firma Consten angewandt. — In der Tat ist vorstellbar, daß Konzessionäre in anderen Mitgliedstaaten, deren Vereinbarungen mit Grundig zwar angemeldet, aber von der Kommission noch nicht beurteilt worden sind, unter Berufung auf diese Vereinbarungen die Firma Consten am Absatz in anderen Mitgliedstaaten zu hindern vermögen. Die vorgezogene Behandlung des Alleinvertriebsvertrags Grundig — Consten kann folglich einen diskriminierenden Effekt haben. Dies macht deutlich, daß die Kommission korrekterweise in der Beurteilung eines Alleinvertriebssystems nicht etappenweise vorgehen darf, sondern das System insgesamt — jedenfalls soweit es in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft Anwendung findet — auf seine Vereinbarkeit mit Artikel 85 zu überprüfen hat. Die dadurch entstehende Verzögerung muß im Interesse der Beachtung des Gleichbehandlungsgebots in Kauf genommen werden; daß sie einen beträchtlichen Umfang aufweisen würde, erscheint überdies zweifelhaft.

Auch Artikel 3 der angegriffenen Entscheidung weist demnach formelle und materielle Fehler auf, die seine Annullierung verlangen.

C — Zusammenfassung

Nach alledem lautet mein Schlußantrag wie folgt: Die Klagen der Firmen Grundig und Consten gegen die Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sind zulässig und begründet. Die angegriffene Entscheidung ist aus den angeführten Gründen in allen ihren Teilen zu annullieren und die Angelegenheit zur erneuten Beurteilung an die Kommission zurückzuverweisen.

Da die Kläger mit ihrer Argumentation im wesentlichen erfolgreich sind, hat die Kommission deren Verfahrenskosten zu tragen. Soweit den Klägern besondere Kosten entstanden sind durch das Vorbringen der die Kommission unterstützenden Firmen UNEF und Leissner, haben diese Intervenienten die Kosten zu tragen.

Nach dem Prozeßverlauf empfiehlt sich folglich eine Aufteilung der klägerischen Kosten auf die Kommission und die beiden erwähnten Intervenienten etwa im Verhältnis 8 : 2. — Die Kosten der die Kläger unterstützenden Regierungen der Italienischen Republik und der Bundesrepublik hat nach meinem Dafürhalten allein die Kommission zu tragen, da eine besondere Auseinandersetzung zwischen diesen Intervenienten und den auf seiten der Kommission intervenierenden Unternehmen UNEF und Leissner nicht stattgefunden hat.

Beschluß des Gerichtshofes vom 10. Juni 1965 [1]

In dem Rechtsstreit 58/64

GRUNDIG VERKAUFS GMBH,
Fürth/Bayern,

Klägerin,

gegen

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTSGEMEINSCHAFT,
Brüssel,

Beklagte

TATBESTAND

Am 6. April 1965 hat die Firma Leissner, die ihren Sitz in Straßburg hatte, ihre Zulassung als Streithelferin in der Rechtssache 58/64 beantragt mit dem Ziel, die Anträge der Beklagten zu unterstützen.

Die Klägerin beantragt die Aufhebung der Entscheidung der EWG-Kommission vom 23. September 1964, mit der festgestellt wird, daß die Alleinvertriebsvereinbarung sowie die Zusatzvereinbarung über die Eintragung und Benutzung des Warenzeichens GINT zwischen den Unternehmen Grundig und Consten eine Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften des Artikels 85 EWG-Vertrag darstellen.

1 - Verfahrenssprache: Deutsch.