2. Die Klägerin wird verurteilt, die Verfahrenskosten zu tragen.

Kutscher Sørensen Bosco

Donner Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 1. Februar 1978.

Der Kanzler
A. Van Houtte

Der Präsident
H. Kutscher

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN-PIERRE WARNER VOM 10. JANUAR 1978 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Bei der vorliegenden Rechtssache handelt es sich um eine Klage gemäß Artikel 173 EWG-Vertrag, mit der die Miller International Schallplatten GmbH (die ich nachstehend „Miller" nennen werde) eine Entscheidung der Kommission vom 1. Dezember 1976 (76/915/EWG, ABl. L 357 vom 29. 12. 1976, S. 40) anficht. In dieser Entscheidung hat die Kommission (Art. 1) festgestellt, bestimmte Exportverbote, die Miller ihren Kunden auferlegt hat, seien Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages; sie hat deshalb (Art. 2) gegen Miller wegen dieser Zuwiderhandlungen eine Geldbuße in Höhe von RE 70 000, „das ist" ein Betrag von DM 256 200, festgesetzt.

Der Sachverhalt, der in der Entscheidung der Kommission zugrunde gelegt wird, ergänzt durch unstreitigen Vortrag vor dem Gerichtshof, läßt sich wie folgt zusammenfassen:

Miller betreibt in Quickborn bei Hamburg ein Unternehmen als Hersteller von Niedrigpreistonträgern (Schallplatten, Tonbänder und Musik-Kassetten). Ihr Repertoire besteht zu etwa 45 % aus deutscher Unterhaltungsmusik, einschließlich Musik aus deutschen Hitparaden und deutscher Volksmusik, zu etwa 43 % aus einem Program für Kinder, vorwiegend in deutscher, zum Teil aber auch in niederländischer Sprache, zu etwa 6 % aus klassischer Musik sowie zu etwa 5 % aus englischer Unterhaltungsmusik, der Rest (von weniger als 1 %) ist Dokumentarmaterial.

Die Geschäftsanteile von Miller liegen zu 100 % bei einer amerikanischen Schallplattengesellschaft, der MCA Records Inc., die ihrerseits eine Tochtergesellschaft der MCA Inc. in Universal City, Kalifornien, ist.

Am 11. Juni 1971 traf Miller mit einer Firma in Straßburg, der Sopholest SA, eine Alleinvertriebsvereinbarung für den

1 — Aus dem Englischen übersetzt.

Verkauf ihrer Erzeugnisse im Elsaß und in Lothringen (dieses Gebiet wurde durch Bezugnahme auf eine Karte definiert — vgl. Anlage 2 zur Klageschrift). In Ziffer 5 der Vereinbarung war vorgesehen, daß die Produkte von Miller grundsätzlich nicht aus Elsaß-Lothringen in andere Länder exportiert werden dürften.

Am 15. November 1973 traf Miller mit einer niederländischen Firma, der Delta BV aus Haarlem, für den Verkauf ihrer Erzeugnisse in den Niederlanden eine ähnliche Vereinbarung (Anlage 3 zur Klageschrift). In Ziffer 9 dieser auf Englisch abgefaßten Vereinbarung hieß es:

„In confirming [sic] with the EEC regulations pertaining to title and reshipping rights of goods Delta and Miller agree the following: In that Miller is giving an exclusive right to the territory to Delta, Delta will in the spirit of the agreement refrain from shipping the subject goods outside of the Netherlands without an express understanding from Miller that it will not have a harmful effect on Miller's other importers or licensees in areas other than the Netherlands." [1]

In Ziffer 11 hieß es unter anderem:

„This agreement shall be construed and binding unto the parties in accordance with the laws of the Federal Republic of Germany and under existing commercial codes as prescribed by the regulations of the European Economic Community." [2]

Durch einen Zusatz zur Vereinbarung, der unterzeichnet wurde, bevor die Vereinbarung in Kraft trat, wurde Ziffer 9 insgesamt für unanwendbar erklärt. Sie gehört nicht zu den Zuwiderhandlungen, welche die Kommission Miller anlastete. Die Kommission sieht in ihr aber einen Beweis dafür, daß es Miller zu jener Zeit bekannt war, daß das Gemeinschaftsrecht für derartige Klauseln eine Regelung trifft. Dies ist für die Höhe der Geldbuße von Bedeutung.

Was die übrige Gemeinschaft anbelangt, so hatte Miller auch in Belgien, Dänemark und Luxemburg Alleinvertriebshändler, allerdings ohne förmliche schriftliche Vereinbarung. Für Italien hatte sie einer italienischen Firma in Brebbia in der Nähe von Varese eine ausschließliche Lizenz für die Herstellung und den Verkauf von Tonaufnahmen unter ihrer Marke eingeräumt. Sie exportierte nicht nach Irland oder in das Vereinigte Königreich. Tatsächlich gingen mehr als die Hälfte ihrer Exporte nach Österreich und in die Schweiz.

In der Bundesrepublik Deutschland selbst hatte Miller mehr als 4 000 Abnehmer, darunter Großhändler, Verbrauchermärkte, Kettenläden, Kaufhäuser, Zeitschriftenvertriebe, „rack jobbers", gewöhnliche Einzelhändler, Privatpersonen und Exporteure.

Etwa seit dem Jahr 1970 enthielten die Verkaufs- und Lieferbedingungen von Miller (Ziff. 9) folgende Bestimmung:

„Sämtliche Schallplatten der von uns gelieferten Marken dürfen nicht exportiert werden. Bei einem Verstoß behalten wir uns vor, den Käufer nicht mehr zu beliefern und ihn für Schadensersatzforderungen aus dem Ausland haftpflichtig zu machen, die durch solchen Export uns gegenüber geltend gemacht werden."

Am 1. August 1974 gab Miller ihren Verkaufs- und Lieferbedingungen eine neue Fassung, nach der es in Ziffer IX hieß:

„Der Weiterverkauf der von uns gelieferten Ware in das Ausland ist dem Käufer grundsätzlich untersagt. Bei Verstößen behalten wir uns Nichtbelieferung

1 — „Entsprechend [sic] den EWG-Vorschriften über Rechte und Ausfuhrrechte an Waren treffen Delta und Miller folgende Vereinbarung: Mit Rücksicht darauf, daß Miller Delta für ihr Vertragsgebiet ein ausschließliches Recht einräumt, wird Delta entsprechend dem Geist der Vereinbarung davon Abstand nehmen, die Vertragserzeugnisse ohne ausdrückliche Genehmigung von Miller aus den Niederlanden zu exportieren, damit Importeure oder Lizenznehmer von Miller außerhalb der Niederlande nicht benachteiligt werden."

2 — „Diese Vereinbarung unterliegt dem Recht der Bundesrepublik Deutschland sowie geltenden Handelsgesetzbüchern in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft."

des vertragsbrüchigen Käufers ausdrücklich vor, ferner die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, soweit sie uns gegenüber von ausländischen Berechtigten geltend gemacht werden."

Während des Verwaltungsverfahrens ist der Kommission von Miller mitgeteilt worden, daß diese geänderten allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen für Abnehmer im In- und Ausland benutzt worden seien (vgl. Anlage 1 b zur Klageschrift). Davon ging die Kommission in ihrer Entscheidung aus (vgl. Ziff. 6 der Entscheidung). In Beantwortung einer Frage, die der Gerichtshof nach Abschluß des schriftlichen Verfahrens gestellt hatte, ist demgegenüber für Miller vorgetragen worden, daß dies unrichtig gewesen sei und daß ausländische Kunden, mit denen die Vertragsbedingungen nicht formularmäßig festgelegt worden seien, nur Preislisten, nicht aber die Verkaufs- und Lieferbedingungen erhalten hätten.

Am 7. Mai 1975, nachdem die Kommission aufgrund einer bei ihr eingegangenen Beschwerde eines deutschen Kunden von Miller eingeschritten war, erklärte Miller, daß sie künftig ihren Kunden keine Exportbeschränkungen mehr auferlegen werden. Im Laufe desselben Jahres faßte sie ihre Verkaufs-, Liefer- und Zahlungsbedingungen neu; dabei entfiel Ziffer IX.

Mit der vorliegenden Klage beantragt Miller, die Entscheidung der Kommission aufzuheben, Hilfsweise begehrt sie vom Gerichtshof die Herabsetzung der Geldbuße sowie die Gestattung von Ratenzahlungen (ein Antrag, Miller zu gestatten, die Geldbuße in anderer Währung als in DM zu zahlen, ist im Anschluß an die Entscheidung des Gerichtshofes über die Auslegung des „Zukker"- Urteils — Slg. 1977, 445, zurückgenommen worden).

Der Antrag von Miller, die Entscheidung der Kommission aufzuheben, wird, wie ich es sehe, im wesentlichen auf den Vortrag gestützt, die Kommission habe nicht bewiesen und könne auch nicht beweisen, daß die fraglichen Exportbeschränkungen unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages fielen, weil sie nicht bewiesen habe und auch nicht beweisen könne, daß diese Beschränkungen den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet seien oder eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckten oder bewirkten. Insbesondere behauptet Miller, die Kommission habe irrtümlich ihre (Millers) Marktstellung überschätzt.

Die Art der zur Stützung dieser beiden Behauptungen vorgetragenen Argumente zwingt mich, so meine ich, die vom Gerichtshof aufgestellten einschlägigen Rechtsgrundsätze in Erinnerung zu bringen.

Erstens bedeutet die Formulierung „welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind" in Artikel 85 Absatz 1, daß die fragliche Vereinbarung die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu beeinflussen vermag, indem sie insbesondere durch Aufteilung des Marktes zwischen den Mitgliedstaaten für gewisse Erzeugnisse die Verwirklichung des Ziels eines einheitlichen, alle Mitgliedstaaten umfassenden Marktes verhindert. Ob eine Vereinbarung den Handel zwischen Mitgliedstaaten auf diese Weise beeinträchtigt, ist aufgrund objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Gegebenheiten festzustellen (vgl. z. B. Rechtssache 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH* — Slg. 1966, 281, sowie Rechtssachen 56 und 58/64, *Consten und Grundig/Kommission* — Slg. 1966, 321, 389). Zweitens zeigen dieselben Entscheidungen, daß die Bezugnahme in Artikel 85 Absatz 1 auf eine Vereinbarung, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes „bezweckt oder bewirkt", eine alternative

Prüfung bedeutet. Hat eine Vereinbarung offensichtlich diesen Zweck, dann ist es unnötig zu prüfen, was sie bewirkt. Nur wenn der Zweck unklar ist, ist es notwendig, weiter auf die Wirkung der Vereinbarung im Sinne ihrer tatsächlichen Auswirkungen einzugehen.

Dies allein genügt, um zwei der Behauptungen von Miller im Verfahren vor dem Gerichtshof als unerheblich auszuräumen, die sich eingestandenermaßen auf die Ansicht stützten, daß eine Beschränkung des Exports in andere Mitgliedstaaten nur dann als Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 angesehen werden könne, wenn nachgewiesen sei, daß diese Beschränkung tatsächlich bewirke, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und der Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt in einem wesentlichen Umfang behindert wird. So ist für Miller mit großer Ausführlichkeit vorgetragen worden, daß ihre deutschen Kunden sich mit dem Exporthandel zu befassen weder beabsichtigen noch hierfür ausgerüstet seien (obgleich es anscheinend einer von ihnen war, der mit seiner Beschwerde an die Kommission das ganze Verfahren in Gang gebracht hat, und obgleich, wie die Kommission hervorgehoben hat, unwahrscheinlich ist, daß beispielsweise ein Großhändler in Aachen es vorziehen würde, einen Einzelhändler in Eupen an einen Vertriebshändler in Brüssel zu verweisen, anstatt ihn selbst zu beliefern). In ähnlicher Weise ist für Miller vorgetragen worden, für ihre ausländischen Kunden habe es keinen Reiz, in andere Länder oder zurück nach Deutschland zu exportieren (obwohl, wie Miller selbst zugesteht, die Sopholest SA es als gewinnbringend ansah, von Straßburg aus Waren in die Schweiz und nach Österreich zu versenden, und obwohl die Delta BV es für zweckmäßig hielt, den belgischen Markt von Haarlem aus zu beliefern). Dieser Vortrag führte zu einem ausgedehnten Streit zwischen Miller und der Kommission darüber, weshalb Miller auf ihrem heimischen Markt höhere Preise als auf Exportmärkten berechne, sowie über den genauen Betrag des Unterschieds. Bei aller Hochachtung vor den Parteien war all dies meines Erachtens unerheblich. Vorbehaltlich der Ausnahmen, auf die ich sogleich eingehen werde, untersagt es Artikel 85 Absatz 1, in kaufmännische Verträge Klauseln aufzunehmen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten und den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes ausdrücklich beschränken, und zwar ungeachtet des Umstandes, ob die Betroffenen diesen Handel oder diesen Wettbewerb tatsächlich betreiben wollen oder können.

Für die Firma Miller ist vorgetragen worden, sie sei bei der Gestattung von Ausnahmen zu den fraglichen Klauseln großzügig gewesen. Dies mag zutreffen; aber, was Artikel 85 Absatz 1 verbietet, ist bereits die Aufstellung derartiger Klauseln, nicht irgendein besonderes Maß an Strenge bei ihrer Durchsetzung. Dies muß so sein, sei es auch nur, weil derartige Klauseln eine abschreckende Wirkung haben, die schwer abschätzbar ist. Man kann zum Beispiel nicht sagen, wieviele Kunden von Miller in wievielen Fällen vom Export abgehalten wurden, ohne daran gedacht zu haben, um eine Ausnahmegenehmigung zu ersuchen. Könnte man die abschreckende Wirkung derartiger Klauseln außer acht lassen, dann würde in der Tat Artikel 85 Absatz 2, wonach sie nichtig sind, für sich allein zur Gewährleistung der Ziele von Artikel 85 Absatz 1 genügen. Es wäre jedoch unrealistisch, dies anzunehmen. Sicher ist in derartigen Fällen Großzügigkeit bei der Gestattung von Ausnahmen ein Umstand, der bei der Bemessung der Geldbuße zu berücksichtigen ist, aber sie hat nichts mit der Frage zu tun, ob eine Zuwiderhandlung vorliegt.

Ich erwähnte Ausnahmen.

Die wichtigsten Ausnahmen finden sich natürlich in Artikel 85 Absatz 3, aber auf diese Bestimmung hat sich hier niemand berufen.

Sodann enthält Artikel 85 Absatz 1 selbst stillschweigend eine Ausnahme. Ist erwiesen, daß ohne eine bestimmte Wettbewerbsbeschränkung ein bestimmter Handel überhaupt nicht stattfinden könnte, dann fällt diese Beschränkung nicht unter Artikel 85 Absatz 1. So hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Technique Minière* entschieden, daß eine Wettbewerbsbeschränkung in einer Alleinvertriebsvereinbarung aus dem Anwendungsbereich von Artikel 85 Absatz 1 herausfallen kann, wenn das betroffene Unternehmen ohne sie überhaupt nicht in das Gebiet, auf das sich die Vereinbarung bezieht, eindringen könnte. Ebenso hat der Gerichtshof in den Rechtssachen 19 und 20/74, den „*Kali*-Fällen" (Slg. 1975, 499), entschieden, daß eine Vereinbarung, die es einem Unternehmen ermöglicht, seine überschüssige Produktion an seinen Konkurrenten zu veräußern, nicht unter Artikel 85 Absatz 1 fällt, wenn es ohne diese Möglichkeit diese Waren überhaupt nicht absetzen könnte. Miller hat nicht versucht, sich auf diese Ausnahme zu berufen.

Schließlich gibt es eine Ausnahme, auf die sich Miller beruft; danach fällt eine Vereinbarung nicht unter Artikel 85 Absatz 1, wenn die Marktstellung der an der Vereinbarung Beteiligten so schwach ist, daß die Vereinbarung das freie Spiel des Wettbewerbs und des Handels zwischen Mitgliedstaaten nur geringfügig beeinflussen kann. Diese Ausnahme ist in den Urteilen des Gerichtshofes in der Rechtssache 5/69 *(Völk/Vervaecke* — Slg. 1969, 295), in der Rechtssache 1/71 *(Cadillon/Höss* — Slg. 1971, 351) und in der Rechtssache 22/71 *(Béguelin Import/C.L. Import Export* — Slg. 1971, 949) herausgearbeitet worden. Historisch scheint sich diese Ausnahme aus der zuletzt genannten entwickelt zu haben, weil der Fall *Völk/Vervaecke* dem Fall *Technique Minière* ähnelte. Generalanwalt Gand war nämlich offensichtlich der Ansicht, daß die Entscheidung in der Rechtssache *Völk/Vervaecke* der Entscheidung im Fall *Technique Minière* folgen müsse (Slg. 1969, 305 und 306). Aber die Ausnahme erlangte eine eigene Bedeutung, und mir scheint, daß sie als eigenständige Ausnahme nur auf den Grundsatz „de minimis non curat lex" oder, wie manche zu sagen vorziehen, „de minimis non curat praetor" gestützt werden kann. Im übrigen kann ich, obwohl es in den Rechtssachen *Völk/Vervaecke, Cadillon/Höss* und *Béguelin* stets um Alleinvertriebsvereinbarungen gegangen war, keinen Grund sehen, warum die dort aufgestellte Ausnahme nicht allgemeine Geltung haben sollte. Aber während man, wenn man sich auf die Ausnahme aus den Fällen *Technique Minière* und *Kali* beruft, geltend macht, „mein Verstoß ist kein Verstoß, denn ohne ihn könnte ich keinen Handel betreiben", macht man hier geltend, „mein Verstoß ist so geringfügig, daß er unberücksichtigt zu bleiben hat". Damit ein derartiger Vortrag Berücksichtigung finden kann, muß die Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 in der Tat unerheblich sein.

Von Miller sind wir auf die Bekanntmachung der Kommission vom 27. Mai 1970 „über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von geringer Bedeutung, die nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft fallen" (ABl. C 64 vom 2. 6. 1970, S. 1) hingewiesen worden. Ich glaube jedoch nicht, daß die Bezugnahme auf dieses Dokument im Fall Miller hilfreich ist. Wie Generalanwalt Dutheillet de Lamothe in der Rechtssache *Cadillon/Höss* (Slg. 1971, 361) und erneut in der Rechtssache *Béguelin* (Slg. 1971, 968) hervorgehoben hat, ist bereits nach dem Wortlaut dieser Bekanntmachung deutlich, daß sie nur Hinweis- und keinen Rechtsnormcharakter hat. Die Bekanntmachung war als eine Meinungsäußerung der Kommission gedacht; sie wies darauf hin, daß die ihr gegebene „quantitative Definition der Spürbarkeit" keine „ausschließliche Bedeutung" habe, und hob

hervor, daß die Unternehmen in zweifelhaften Einzelfällen „die Möglichkeit [haben], ein Negativattest zu beantragen oder die Vereinbarung anzumelden". Wichtiger noch, sie erklärte: „Der Auffassung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften wird durch diese Bekanntmachung nicht vorgegriffen." Anders könnte es nicht sein, denn es steht nicht in der Macht der Kommission, die in Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages verankerte Rechtslage zu ändern. Hat sich ein Unternehmen in seinem Verhalten gutgläubig auf den Wortlaut der Bekanntmachung verlassen und angenommen, eine Vereinbarung, an der es mitgewirkt hat, falle nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1, dann mag die Kommission nach Treu und Glauben gehindert sein, anschließend dieses Unternehmen mit einer Geldbuße zu belegen, weil die Vereinbarung in Wahrheit unter das Verbot fiel. Aber ein derartiger Einwand aus Treu und Glauben greift hier nicht ein, denn es ist nicht behauptet worden, daß sich Miller in irgendeiner Hinsicht auf die Bekanntmachung verlassen habe. Tatsächlich kann man sich schwer vorstellen, wie sie dies guten Glaubens hätte tun können. Die Bekanntmachung ist ersichtlich im Hinblick auf „horizontale" Vereinbarungen zwischen Erzeugern oder zwischen Verteilern abgefaßt. Ihr Wortlaut paßt nicht für einen Fall wie den vorliegenden, in dem ein Erzeuger seinen Verteilerkunden allgemein dieselbe Beschränkung auferlegt. Wer wären in einem solchen Fall die „an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen", und wessen „Umsätze mit allen Waren und Dienstleistungen" (zusammen mit denen ihrer Mutter- und Tochtergesellschaften) müßten zusammengezählt werden, um zu ermitteln, ob sie die vorgeschriebene Grenze überschreiten. Vielleicht lautet die Antwort, daß man in diesem Fall die Umsätze von Miller, von allen ihren Kunden und von allen deren Mutter- und Tochtergesellschaften (einschl. MCA Records Inc.) zusammenzurechnen hätte. Natürlich hat niemand versucht, eine derartige Berechnung vorzunehmen.

Vielleicht sollte ich der Vollständigkeit halber erwähnen, daß die Bekanntmachung kürzlich durch eine ähnliche Bekanntmachung vom 19. Dezember 1977 (ABl. C 313 vom 29. 12. 1977, S. 3) abgelöst worden ist. Die vorstehenden Ausführungen würden ebenso für diese letztgenannte Bekanntmachung gelten, wäre sie einschlägig. Ich halte sie jedoch nicht für einschlägig, sei es auch nur, weil die Rechtsmäßigkeit einer von der Kommission im Dezember 1976 getroffenen Entscheidung nicht durch eine Äußerung berührt werden kann, die die Kommission im Dezember 1977 veröffentlicht hat; und natürlich sind Sie, meine Herren Richter, was diese Seite des Falles angeht, im Hinblick auf Artikel 173 des Vertrages nur mit der Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Kommission zur Zeit ihres Erlasses befaßt.

Was ich die „de minimis"-Frage nennen möchte, ist von der Kommission in den Ziffern 12 bis 15 ihrer Entscheidung wie folgt behandelt worden:

„12. Bei der Beurteilung der vorliegenden Einschränkung des Wettbewerbs kann nicht darauf abgestellt werden, welchen Anteil das Unternehmen am Tonträgermarkt insgesamt besaß. Denn das Unternehmen stellt im wesentlichen Unterhaltungsmusik-Tonträger her. Aufgrund ihrer besonderen Merkmale lassen sich Unterhaltungsmusik und ernste Musik nur in geringem Maße miteinander austauschen. Unterhaltungsmusik-Tonträger bilden demnach einen getrennten Markt. Mit Rücksicht darauf, daß in der Bundesrepublik Deutschland vom gesamten Tonträger-Inlandsabsatz etwa 90 % auf Unterhaltungsmusik-Tonträger entfallen, liegt daher der auf den gesamten Tonträgermarkt bezogene Stückanteil des Unternehmens in Höhe von 6,07 % für den Unterhaltungsmusik-Tonträgermarkt in der Bundesrepublik Deutschland bei etwa 6,7 %.

13. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß die Produktion des Unternehmens etwa zur Hälfte aus einem Kinderprogramm besteht. Auf diesem Markt besitzt das Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland eine führende Stellung.

14. Obwohl das Programm des Unternehmens etwa zur Hälfte aus Kindertiteln in deutscher Sprache und im übrigen weitgehend aus deutschen Hitparaden und deutscher Volksmusik besteht, wären die Abnehmer des Unternehmens in der Lage gewesen, durch Exporte der Vertragserzeugnisse in die anderen Gemeinschaftsländer einen Wettbewerb herbeizuführen. Denn der Absatz dieses Programms ist nicht etwa aus sprachlichen Gründen auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt, wie dies der Stückanteil des Unternehmens am deutschen Export von Schallplatten im Jahr 1975 in Höhe von 3,25 % beweist. Als Importländer kommen vielmehr andere Gemeinschaftsländer in Betracht, da die Bevölkerung in anderen Gemeinschaftsländern, und sei es auch nur in den an die Bundesrepublik Deutschland angrenzenden Gebieten, die deutsche Sprache im allgemeinen hinreichend versteht.

Für den Absatz von Tonträgern mit deutschen Hitparaden und deutscher Volksmusik (beispielsweise mundartlichen Liedern und Karnevalschlagern) in den anderen Gemeinschaftsländern dürfte das Verständnis der deutschen Sprache in diesen Ländern ohnehin von untergeordneter Bedeutung sein. Im übrigen können Abnehmer in den anderen Gemeinschaftsländern ein Interesse daran haben, die Erzeugnisse des Unternehmens in die Bundesrepublik zu reimportieren.

15. Die Einschränkung des Wettbewerbs war deswegen spürbar."

Die Zahlen von 6,07 % für Millers Anteil an dem gesamten Tonträgermarkt und von 3,25 % für ihren Anteil am deutschen Export hatte Miller selbst zwar der Kommission während des Verwaltungsverfahrens angegeben; dennoch ist zumindest für die erstgenannte Zahl gerechterweise warnend darauf hinzuweisen, daß diese Millers wahren Marktanteil überschätzen könnte, denn sie stützt sich auf vom Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft eV veröffentlichte Statistiken, in denen die Produktion einer Anzahl „Schwarzpresser" nicht erfaßt ist (vgl. Anlage 1 c zur Klageschrift). Vor dem Gerichtshof hat die Kommission dargelegt, daß Millers Anteil am deutschen Markt, trägt man der statistisch nicht erfaßten Produktion Rechnung, zutreffend noch immer auf mehr als 5 % zu schätzen sei (vgl. S. 9 der Klagebeantwortung).

Diese Prozentsätze beziehen sich auf die Menge. Da Miller im wesentlichen ein Niedrigstpreishersteller ist, liegt ihr Marktanteil wertmäßig notwendigerweise niedriger. Die Kommission hat ihn glaubwürdig auf 3,75 % geschätzt (vgl. S. 8 und 9 der Klagebeantwortung).

Solche Zahlen sind jedenfalls weit von Zahlen wie z. B. 0,2 % und 0,5 % des Marktes entfernt, um die es zum Beispiel in der Rechtssache *Völk/Vervaecke* ging (Slg. 1969, 304). Ich glaube jedoch nicht, daß man bei der Anwendung des „de minimis"-Grundsatzes nur auf Marktanteile sehen sollte. Man sollte auch auf die Produktion und den Umsatz des oder der betroffenen Unternehmen in absoluten Zahlen achten. Insoweit wissen wir, daß sich Millers Produktion im Jahr 1975 auf fast 10 Millionen Tonträger belief, ihr Umsatz betrug mehr als DM 34 Millionen. Ich kann derartige Zahlen nicht als unerheblich ansehen: Artikel 85 Absatz 1 gilt nicht nur für Giganten. Man muß auch der Tragweite der den Verstoß bildenden Beschränkung Rechnung tragen. Diese wurde hier zumindest auf dem inländischen Markt jedem einzelnen Kunden von Miller auferlegt.

Zwischen den Parteien ist vor dem Gerichtshof ein ausgedehnter Streit darüber geführt worden, was im vorliegenden Fall als „relevanter Markt" einerseits in räumlicher Hinsicht, andererseits in sachlicher Hinsicht anzusehen ist. Der Vertreter von Miller ging an einer Stelle soweit zu behaupten, der relevante räumliche Markt sei die ganze Gemeinschaft, und zwar trotz der an anderer Stelle aufgestellten Behauptung, daß es in der Gemeinschaft außerhalb von Deutschland und den an Deutschland angrenzenden Teilen anderer Mitgliedstaaten, in denen gewöhnlich deutsch gesprochen wird, keinen wesentlichen Markt für Millers Erzeugnisse gebe. Es ist vorgetragen worden, die Kommission sei in diesem Fall irrtümlich davon ausgegangen, daß es einen getrennten Markt für Tonträger mit Unterhaltungsmusik und Tonträger mit ernster Musik oder getrennte Märkte für Tonträger für Kinder und Tonträger für Erwachsene oder getrennte Märkte für Niedrigpreistonträger und teure Tonträger gebe. Unter den gegebenen Umständen scheint es mir nicht notwendig, hierzu Stellung zu beziehen. Ich möchte jedoch anmerken, daß die Kommission in ihrer Entscheidung nicht an dem Bestehen eines besonderen Marktes für Niedrigpreistonträger festgehalten hat, obwohl sie diese Frage während des Verwaltungsverfahrens aufgeworfen und in ihrem Vortrag vor dem Gerichtshof erneut ihre Vorliebe für dieses Argument gezeigt hat.

In Millers Erwiderung ist vorgetragen worden, daß die Unzuverlässigkeit der verfügbaren Statistiken und die sonstigen Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Marktdaten so groß seien, daß es unmöglich sei zu bestimmen, wie hoch ihr Anteil an dem relevanten Markt wirklich sei, und daß es deshalb der Kommission unmöglich sei, ihrer Beweislast nachzukommen und zu beweisen, daß dieser Anteil erheblich sei. Dieser Vortrag stellt, so scheint mir, die Rechtslage auf den Kopf. In einem Fall, in dem die betreffende Vereinbarung nach dem ersten Anschein Artikel 85 Absatz 1 verletzt, ist es rechtlich nicht so, daß die Anwendung dieses Artikels dennoch ausgeschlossen bleibt, sofern nicht der feststellbare Sachverhalt so liegt, daß er der Kommission den Nachweis ermöglicht, daß der „de minimis"-Grundsatz nicht einschlägig ist.

Ich komme zu Millers Hilfsantrag auf Herabsetzung des Betrages der Geldbuße und auf Zulassung der Zahlung in Raten. Zur Begründung dieser Anträge hat Miller vier Gesichtspunkte vorgetragen:

1. einen angeblichen Irrtum der Kommission bei der Feststellung, daß die Firma vorsätzlich gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßen habe;
2. die Geringfügigkeit von Millers Verstoß gegen diesen Artikel;
3. Millers finanzielle Situation sowie insbesondere ihre niedrigere Verdienstspanne und ihre mangelnde Liquidität (die nach Millers Behauptungen auf bedeutsame Investitionsverpflichtungen zurückzuführen sei);
4. den Umstand, daß die neue Fassung der 1974 aufgestellten allgemeinen Verkaufs-, Liefer- und Zahlungsbedingungen von einem Rechtsanwalt, nämlich Herrn Kirchner aus Hamburg, abgefaßt worden sei.

Zum ersten dieser Punkte hat die Kommission (in Ziff. 21 ihrer Entscheidung) folgende Feststellungen getroffen:

„Das Unternehmen hat vorsätzlich gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßen. Es hat gewußt und gewollt, daß seine Abnehmer durch die Exportverbote daran gehindert wurden, mit den Vertragserzeugnissen in den anderen Gemeinschaftsländern Wettbewerb zu betreiben. Es hat auch gewußt, daß Exportverbote gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen, oder es hat sich zumindest bewußt über diesbezügliche Zweifel hinweggesetzt."

Die Feststellung, daß Miller zumindest allen Zweifeln hinsichtlich der Auswirkung von Artikel 85 Absatz 1 gegenüber die Augen verschlossen habe, stützte sich auf den Inhalt der Ziffer 9 der Vereinbarung zwischen Miller und der Delta BV und insbesondere auf das Eingeständnis eines der Geschäftsführer des Unternehmens im Laufe des Verwaltungsverfahrens, man habe gewußt, daß man nach dem Gemeinschaftsrecht nicht einfach Exporte vollständig verbieten dürfe (Anlage 1 d zur Klageschrift). Unter den gegebenen Umständen halte ich diese Feststellung für gerechtfertigt. Es ist interessant zu bemerken, daß Miller, obwohl in ihren Schriftsätzen umfangreiche Beweisantritte zu zahlreichen anderen Fragen enthalten sind, insoweit keinen Beweis angeboten hat.

Wenn man an Ziffer 21 der Entscheidung der Kommission eine Kritik äußern kann, dann die, daß die Kommission in diesem Absatz weiter unten den Eindruck erweckt, als müßten Unternehmer in der Gemeinschaft von den Entscheidungen der Kommission in einzelnen wettbewerbsrechtlichen Fällen Kenntnis haben. Ich glaube, daß man bei den Unternehmern der Gemeinschaft die Kenntnis der Rechtslage nach dem Vertrag den aufgrund dessen ergangenen Verordnungen und möglicherweise den Entscheidungen des Gerichtshofes unterstellen sollte. Aber es wäre zuviel erwartet, wollte man von ihnen verlangen, daß sie sich über alle Entscheidungen der Kommission in konkreten Fällen auf dem laufenden halten. Diese schaffen kein Recht. Dieser Bruch in der Gedankenkette der Kommission berührt jedoch, so scheint mir, nicht die Gültigkeit der Feststellung der Kommission zu Millers Verhalten. Darüber hinaus hat die Kommission, wie ich zeigen werden, den Betrag der Geldbuße, die sie Miller auferlegte, nicht auf der Grundlage eines vorsätzlichen, sondern eines fahrlässigen Verstoßes festgesetzt.

Ich komme zur Frage der Geringfügigkeit. Insoweit muß man sich meines Erachtens den Wortlaut von Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 (ABl. L 204 vom 21. 2. 1962) vor Augen halten. Soweit er hier von Interesse ist, heißt es dort:

„Die Kommission kann gegen Unternehmen... durch Entscheidung Geldbußen in Höhe von eintausend bis einer Million Rechnungseinheiten oder über diesen Betrag hinaus bis zu zehn vom Hundert des von dem einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festsetzen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig ... gegen Artikel 85 Absatz 1 ... des Vertrages verstoßen ...

Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist neben der Schwere des Verstoßes auch die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen."

Man kann also davon ausgehen, daß sich das Ermessen der Kommission hinsichtlich der Höhe der Geldbuße zwischen 0 % und 10 % des Umsatzes des beteiligten Unternehmens bewegt. Hierbei übersehe ich nicht die Formulierung „von eintausend bis einer Million Rechnungseinheiten" in Artikel 15 Absatz 2; aber der Rat kann hiermit nicht gemeint haben, daß ein Unternehmen mit einem Umsatz von weniger als RE 10 Millionen mit einer vergleichsweise schwereren Geldbuße belegt wird als ein Unternehmen mit einem Umsatz von mehr als RE 10 Millionen. Die untere Grenze von RE 1 000 muß, meine ich, als Hinweis darauf angesehen werden, daß keine Geldbuße auferlegt werden sollte, wenn die angemessene Geldbuße unter diesem Betrag liegt.

Dementsprechend kann man eine Geldbuße von 10 % vom Umsatz als angemessen bei einem vorsätzlichen Verstoß schwerster Art und beträchtlicher Dauer ansehen. Auf der anderen Seite der Skala ist eine Geldbuße von weniger als 1 % angemessen bei einem nur fahrlässigen Verstoß leichtester Art und nur geringer Dauer, wenn die Umstände des Falles dennoch die Festsetzung einer Geldbuße verlangen.

Hier machte der Betrag der Geldbuße nach Millers eigener Berechnung 0,73 % ihres Umsatzes aus. Der Gerichtshof hat nach Artikel 17 der Verordnung Nr. 17 natürlich die Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung der Entscheidungen der Kommission über die Festsetzung einer Geldbuße. Aber mir scheint, wenn die Kommission die Geldbuße am untersten Ende der Skala festgesetzt hat, würde es wenig Achtung vor den Ermessenserwägungen der Kommission zeigen, wollte der Gerichtshof aus dem einfachen Grund, daß die Zuwiderhandlung geringfügig war, die Geldbuße noch weiter herabsetzen.

Angesichts eines hilfsweise von Miller vorgetragenen Arguments sollte ich wohl noch erwähnen, daß die Kommission (in Ziff. 22 unter a ihrer Entscheidung) ausdrücklich erklärt hat, bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße habe sie unter anderem berücksichtigt, daß „dem Unternehmen einige Fälle von Exporten in andere Gemeinschaftsländer bekannt geworden waren, ohne daß es deswegen Sanktionen ergriffen hatte".

Zu Millers finanzieller Lage hat der Gerichtshof (in Ausübung seiner Befugnis nach Art. 45 § 2 Buchstabe b der Verfahrensordnung) die Firma Miller zur Vorlage ihrer Bilanzen für die Jahre 1974 bis 1976 aufgefordert, um insbesondere Aufschluß über ihren Gewinn und ihre Liquiditätslage zu erhalten. Miller hat darum gebeten, von der Vorlage dieser Unterlagen absehen zu dürfen, weil sie die Zahlen nicht offenlegen wolle. Der Gerichtshof hat nicht darauf bestanden, aber aus der Antwort des Prozeßbevollmächtigten von Miller auf eine Frage, die ihm einer von Ihnen, meine Herren Richter, in der mündlichen Verhandlung gestellt hatte, ist klar geworden, daß Miller bekannt war, daß sie sich damit selbst der Möglichkeit beraubte, vom Gerichtshof eine Herabsetzung der Geldbuße aus diesen Gesichtspunkten zu erwirken. Abgesehen von allgemeinen Behauptungen Millers verfügt der Gerichtshof über keinerlei Informationen zu diesen Fragen.

Der Umstand, daß die neu gefaßten Verkaufs- und Lieferbedingungen von einem Rechtsanwalt formuliert worden waren, ist während des Verwaltungsverfahrens der Kommission gegenüber nicht erwähnt worden, auch wird er nicht in Millers Klageschrift an den Gerichtshof angeführt. Er findet sich erstmalig in Millers Erwiderung verbunden mit der Erklärung, die diesbezüglichen Schriftstücke seien bis dahin in bereits abgelegten Geschäftsunterlagen übersehen worden. Ich gestehe, meine Herren Richter, daß mir diese Seite des Falls am meisten Kopfzerbrechen bereitet hat. Ohne Zweifel steht der Umstand, daß ein Laie nach dem Rat eines ausgebildeten Juristen gehandelt hat, im allgemeinen zwar weder einer zivilrechtlichen Klage noch einem strafrechtlichen Vorwurf entgegen, doch muß er, wenn keine Bösgläubigkeit vorliegt, ein wesentlicher mildernder Umstand bei der Festsetzung jeder Sanktion sein, auch wenn diese ausdrücklich „nicht strafrechtlicher Art" ist (Art. 15 Abs. 4 der Verordnung Nr. 17).

Die Kommission stützt sich in erster Linie auf Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes, wo es heißt:

„Im übrigen können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Laufe des Verfahrens nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, daß sie auf rechtliche oder tatsächliche Gründe gestützt werden, die erst während des schriftlichen Verfahrens zutage getreten sind."

Mir scheint, daß die Kommission diese Bestimmung zu eng auslegen will. Wenn die Erklärung von Miller zutrifft, dann stützt sich das hier in Betracht kommende „neue Angriffsmittel" auf eine Tatsache, die während des schriftlichen Verfahrens zutage getreten ist, wenn auch vielleicht nicht aufgrund des Inhalts der Schriftsätze. Zudem muß Artikel 42 § 2 in Verbindung mit Artikel 42 § 1 ausgelegt werden, der bestimmt:

„Die Parteien können in der Erwiderung oder in der Gegenerwiderung noch Beweismittel benennen. Sie haben die Verspätung zu begründen."

Man kann den Standpunkt vertreten, daß das Angriffsmittel hier nur die Frage der Schwere von Millers Zuwiderhandlung ist und daß die Klägerin nur versucht, weiteren Beweis zur Stützung ihres Vortrags in dieser Frage zu erbringen.

Jedenfalls handelte ich böswillig, wollte ich einen Umstand zugunsten der Herabsetzung einer Geldbuße aus so schwachen verfahrensrechtlichen Gründen ausschließen.

Nicht überzeugender ist meines Erachtens der von der Kommission vorgebrachte Einwand, dieser neue Gesichtspunkt widerspreche früherem Vortrag der Klägerin, wonach, wenn Miller gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen habe, dies geschehen sei in Unkenntnis dieses Rechts und weil sie keine eigene Rechtsabteilung habe, die sie vor möglichen Zuwiderhandlungen warnen könnte. Wenn die Feststellung der Kommission zutrifft, daß Miller es tatsächlich vorzog, die Augen vor der ganzen Auswirkung des Gemeinschaftsrechts zu verschließen, dann ist ein derartiger Vortrag offensichtlich unerheblich.

Ich bin andererseits von der Würdigung der Umstände, unter denen Miller den Entwurf ihrer neugefaßten Verkaufs- und Lieferbedingungen von Herrn Kirchner erhielt, durch die Kommission beeindruckt.

Die als Anlage zu Millers Erwiderung beigefügten Beweisunterlagen beginnen mit einem Schreiben von Miller an Rechtsanwalt Kirchner vom 25. September 1973, das für Miller von einem gewissen H. Müller unterzeichnet ist. In diesem Schreiben wird daran angeknüpft, daß Rechtsanwalt Kirchner in der Vergangenheit im Zusammenhang mit Rechtsstreitigkeiten, die er für Miller geführt hatte, mehrfach Kritik an Millers Verkaufs- und Lieferbedingungen geübt habe; er wird deshalb um eine Neufassung gebeten (Anlage 14 zur Erwiderung). Es folgt ein Schreiben von Rechtsanwalt Kirchner an Miller, das vom 14. November 1973 datiert ist und dem ein Entwurf beigefügt ist; die Ziffer IX ist darin in einer strengeren Form als der schließlich verwendeten enthalten (Anlage 15 und 16 zur Erwiderung). Nach den Formulierungen in diesem Schreiben kann man annehmen, daß die Hauptsorge von Rechtsanwalt Kirchner der Schutz Millers gegen säumige Kunden war. Schließlich kommt noch ein Ergänzungsschreiben vom 22. November 1973 von Rechtsanwalt Kirchner an Miller, mit dem dieser seine Kostenrechnung überreicht, aber außerdem auf ein deutsches Gesetz vom 17. Juli 1973 eingeht, durch welches das „Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen" in Deutschland in Kraft gesetzt wurde. Rechtsanwalt Kirchner hebt hervor, daß die Anwendung dieses Gesetzes ausdrücklich schriftlich ausgeschlossen werden müsse, wenn Millers eigene Allgemeine Verkaufs- und Lieferbedingungen gelten sollten (Anlage 17 zur Erwiderung). Nirgends findet sich in dieser Korrespondenz ein Hinweis auf das Gemeinschaftsrecht. Und doch verhandelte Miller zur gleichen Zeit über ihre Vereinbarung mit der Delta BV, die am 14. November 1973 unterzeichnet wurde und in der in einem Zusatz von seiten der Klägerin eingeräumt wird, daß sie wußte, daß das Gemeinschaftsrecht für Klauseln wie die Ziffer IX eine Regelung trifft.

Miller hat sich in ihrer Erwiderung zum Beweis auf das Zeugnis von Herrn Müller und von Herrn Kirchner selbst berufen. Der Gerichtshof hat es für sachdienlich gehalten, zunächst die Ausführungen zur Rechtslage zu hören, bevor er entscheidet, ob dieser Beweis zu erheben ist. Die Kommission macht geltend, der Gerichtshof könne füglich nicht auf der Grundlage seiner knappen Kenntnis der Umstände, unter denen Rechtsan-

walt Kirchner Millers neue Verkaufs- und Lieferbedingungen vorgelegt habe, die Geldbuße herabsetzen. Ich stimme dem zu. Wir wissen nicht, wie es dazu kam, daß Herr Kirchner das Gemeinschaftsrecht übersah, noch wissen wir, wie es dazu kam, daß Miller ihm insoweit keinen Auftrag erteilte, oder wie es zu Änderung von Rechtsanwalt Kirchners Entwurf der Ziffer IX kam.

Ich glaube also, meine Herren Richter, Sie haben für das weitere Vorgehen zwei Möglichkeiten. Die eine ist die Anordnung einer Beweisaufnahme nach Artikel 45 der Verfahrensregeln über die genannten Fragen. Die andere ist die Zurückverweisung der Sache an die Kommission zur erneuten Beurteilung der Höhe der Geldbuße unter Berücksichtigung der nunmehr von Miller angebotenen Beweismittel. Es gibt für eine derartige Zurückverweisung ein Vorbild in der Rechtssache 17/74 *(Transocean Marine Paint Association/Kommission* — Slg. 1974, 1063), wenn auch hier die Befugnis des Gerichtshofes zu einer solchen Entscheidung nicht auf Artikel 176 des Vertrages, sondern auf Artikel 172 in Verbindung mit Artikel 17 der Verordnung Nr. 17 gestützt werden muß. Ich halte meinerseits das zuletzt genannte Vorgehen für richtig, denn es führt zur Wahrung des Grundsatzes, daß die Ermittlung des Sachverhalts, der der Bemessung einer nach der Verordnung Nr. 17 verwirkten Geldbuße zugrunde liegt, sowie die Bemessung dieser Geldbuße selbst in erster Linie Sache der Kommission sind.

Ich glaube allerdings, daß der Kommission keinerlei Verfahrenskosten auferlegt werden sollten, denn sie hat sich meines Erachtens so verhalten, daß man ihr in keiner Hinsicht einen Vorwurf machen könnte.

Im Ergebnis bin ich der Ansicht, daß Sie, meine Herren Richter,

1. die durch Artikel 2 der Entscheidung der Kommission festgesetzte Geldbuße aufheben und die Sache zur Bestimmung der Höhe der Geldbuße unter Berücksichtigung der neuen von Miller angebotenen Beweismittel an die Kommission zurückverweisen und

2. Miller zur Tragung der Kosten des Verfahrens verurteilen sollten.