SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 27. Oktober 1993 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Im vorliegenden Verfahren hat der Gerichtshof, soweit ich sehe, zu zwei Fragen Stellung zu nehmen, die beide mit der Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 auf selektive Vertriebssysteme zusammenhängen, nämlich

— ob ein selektives Vertriebssystem mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar ist, weil es dem Hersteller nicht gelingt, seine Lückenlosigkeit sicherzustellen, wobei unter fehlender Lückenlosigkeit zu verstehen ist, daß der Hersteller nicht verhindern kann, daß die Vertragserzeugnisse auf demselben Markt außer von den zugelassenen Konzessionären auch von Händlern verkauft werden, die dem offiziellen Vertriebsnetz nicht angehören;

— ob ein Hersteller im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems das Recht hat, seine Garantie auf die im Rahmen des offiziellen Vertriebsnetzes verkauften Waren zu beschränken und somit Erzeugnisse auszuschließen, die — im übrigen rechtmäßig — von nicht vertriebsgebundenen Händlern in den Verkehr gebracht werden.

2. Ich möchte vorab klarstellen, daß beide Fragen das selektive Vertriebssystem für Luxuserzeugnisse, nämlich die Cartier-Uhren, betreffen. Die vom Gerichtshof festgelegten Kriterien — besonders hinsichtlich des Umfangs der Herstellergarantie — könnten jedoch allgemeine Bedeutung erlangen und auch auf andere wichtige Arten von Produkten Anwendung finden, die oft im Rahmen selektiver Vertriebssysteme kommerzialisiert werden.

Sachverhalt

3. Die beiden Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen einer Gesellschaft des Metro-Konzerns — eines Konzerns, der in verschiedenen europäischen Staaten Selbstbedienungs-Großhandelsgeschäfte betreibt — und der Firma Cartier, dem Weltführer für bestimmte Kategorien von Luxuserzeugnissen.

Der dem Rechtsstreit zugrunde liegende Sachverhalt ist recht einfach. Die Firma Cartier vertreibt ihre Erzeugnisse — ihren Ausführungen nach weltweit — mit Hilfe eines selektiven Vertriebssystems. Diesem liegt ein Mustervertrag zugrunde, der von den nationalen Tochtergesellschaften des Konzerns (oder, falls eine solche nicht existiert, einem Großhändler/Importeur) mit verschiedenen konzessionierten Vertragshändlern geschlossen wird.

* Originalsprache: Italienisch.

Es gelang der Firma Metro, obgleich sie nicht zum offiziellen Vertriebsnetz gehört, Cartier-Erzeugnisse (insbesondere Uhren) mit einer gewissen Regelmäßigkeit zu erwerben und in ihren eigenen Geschäften zu verkaufen.

4. Im Ausgangsverfahren ist nicht festgestellt worden, welches die Bezugsquelle der Firma Metro war. In der mündlichen Verhandlung hat die Firma Metro auf eine von mir gestellte Frage geantwortet, sie beziehe die Cartier-Uhren in der Schweiz über unabhängige Zwischenhändler, die die Ware ihrerseits bei Schweizer konzessionierten Vertragshändlern des Cartier-Netzes bezögen; das Schweizer Recht lasse nämlich diese Art der Belieferung zu.

Jedenfalls ist die Rechtmäßigkeit des Erwerbs und Vertriebs der Cartier-Erzeugnisse durch die Firma Metro weder vor dem vorlegenden Gericht noch vor dem Gerichtshof bestritten worden. Außerdem ergibt sich aus den dem Gerichtshof vorgelegten Zahlen, daß der Vertrieb von Cartier-Erzeugnissen durch die Firma Metro besonders in Deutschland einen nicht unerheblichen Umfang angenommen hat (er hat binnen eines Jahres ca. 10 % des Gesamtvolumens der Verkäufe von Cartier-Erzeugnissen erreicht).

Bis 1984 erbrachte die Firma Cartier Garantieleistungen für die von der Firma Metro verkauften Uhren. In der Folgezeit lehnte sie es — auch aufgrund einer Änderung der Vereinbarungen mit den konzessionierten Vertragshändlern — ab, ihre kostenlose Garantie für die außerhalb des offiziellen Vertriebsnetzes erworbenen Uhren zu leisten. Sie nahm die erforderlichen Reparaturen auch an diesen Uhren vor, jedoch auf Kosten des Kunden.

5. Die Weigerung der Firma Cartier, ihre Garantie für die von der Firma Metro verkauften Uhren zu leisten, führte zu einem langen und komplexen Rechtsstreit vor den nationalen Gerichten, der im Sitzungsbericht zutreffend zusammengefaßt ist. Insbesondere der Bundesgerichtshof (BGH), der zum zweiten Mal über die Klage gegen die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts zu entscheiden hatte, führte aus, die Verweigerung der Garantie wäre nicht mehr rechtmäßig, wenn sie Teil eines nicht lückenlosen selektiven Vertriebssystems wäre, d. h. eines Systems, in dem nicht vertriebsgebundene Händler wie die Firma Metro die Möglichkeit hätten, rechtmäßig Vertragserzeugnisse zu erwerben. Der BGH verwies die Sache deshalb an das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf zur notwendigen Sachaufklärung zurück.

6. Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen hat das OLG Düsseldorf dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist einer die Anwendung des Artikels 85 Absätze 1 und 2 EWG-Vertrag ausschließenden EG-Vertriebsbindung für Produkte des gehobenen Bedarfs (Uhren der gehobenen Preisklasse und Luxusklasse) die Anerkennung schon aus dem Grunde zu versagen, daß in Ländern außerhalb der Europäischen Gemeinschaft eine Vertriebsbindung durch entsprechende Vertragsgestaltungen nicht oder nicht vollkommen besteht, so daß dort die in der EG gebundenen Waren von Systemfremden frei erworben und legitim auf den Gemeinsamen Markt gebracht werden können?

Gegenstand des Rechtsstreits

7. Die Abgrenzung des Gegenstands des Rechtsstreits bereitet einige Schwierigkeiten. Streng genommen fragt das OLG Düsseldorf den Gerichtshof allein nach der Bedeutung des Kriteriums der Lückenlosigkeit für die Anwendung des Artikel 85 Absatz 1. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß es diese Frage stellt, um über die dem Rechtsstreit wirklich zugrunde liegende Frage entscheiden zu können, nämlich über die Rechtmäßigkeit der der Firma Cartier entgegengehaltenen Verweigerung der Garantie für außerhalb des Vertriebssystems verkaufte Erzeugnisse. Das OLG Düsseldorf ist nämlich der Auffassung, daß die eventuelle Rechtswidrigkeit der Cartier-Vertriebsbindung wegen fehlender Lückenlosigkeit zugleich die Verweigerung der Garantie rechtswidrig machen würde.

Es ist jedoch hinreichend klar, daß die Frage der Garantie auch unabhängig und nicht nur im Zusammenhang mit der Rechtmäßigkeit der Vertriebsbindung, in die sie sich einfügt, geprüft werden kann. Man kann sich somit fragen, ob die Ablehnung der Garantie per se unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Cartier-Vertriebsbindung gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßen kann. Die beiden Aspekte hängen eng miteinander zusammen, was im übrigen dadurch bestätigt wird, daß (mit der alleinigen Ausnahme der griechischen Regierung) alle Beteiligten, die Erklärungen eingereicht haben, beide Gesichtspunkte gründlich untersucht haben.

Sich allein auf das Problem der Lückenlosigkeit zu beschränken und die Vereinbarkeit der Verweigerung der Garantie als solcher mit Artikel 85 Absatz 1 unberücksichtigt zu lassen, würde deshalb darauf hinauslaufen, dem vorlegenden Gericht eine Antwort zu geben, die gewiß einfacher und schneller, aber weitgehend unvollständig und für die Lösung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits von sehr beschränktem Nutzen wäre. Eine solche Beschränkung wäre zudem um so weniger gerechtfertigt, als die Erörterung in diesem Verfahren sich sowohl in der schriftlichen Phase als auch in der mündlichen Verhandlung hauptsächlich auf die Frage der Garantie konzentriert hat, wobei dem Gerichtshof alle insoweit notwendigen Beurteilungskriterien an die Hand gegeben wurden. Somit lassen es auch Gründe der Prozeßökonomie angeraten erscheinen, daß der Gerichtshof die Frage der Garantie im Rahmen des vorliegenden Verfahrens von Amts wegen prüft.

Deshalb ist es meines Erachtens im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung des Streitgegenstands des Ausgangsverfahrens und um dem vorlegenden Gericht die zur Entscheidung der ihm gestellten Rechtsfrage erforderlichen Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts an die Hand zu geben, angezeigt, zu untersuchen — wie dies im übrigen fast alle Beteiligten im Lauf der prozessualen Erörterung getan haben —, ob die Beschränkung der Garantie per se eine Verletzung des Artikels 85 Absatz 1 darstellen kann.

8. Die Firma Metro hat in ihrem Schriftsatz nicht nur die mangelnde Lückenlosigkeit der Cartier-Vertriebsbindung und die Rechtswidrigkeit der Verweigerung der Garantie gerügt, sondern auch eine Reihe weiterer Einwendungen gegen die zwischen der Firma Cartier und ihren Konzessionären geschlossenen selektiven Vertriebsvereinbarungen erhoben. Ihrer Meinung nach verletzt die Cartier-Vertriebsbindung Artikel 85 Absatz 1 aus vier Gründen:

— weil die konzessionierten Vertragshändler Ware nicht von anderen, außerhalb der EWG ansässigen Konzessionären beziehen dürften (Verbot von Querlieferungen aus Drittländern);

— weil Querlieferungen innerhalb der EWG in Wirklichkeit behindert würden;

— weil die Kriterien für die Auswahl der Konzessionäre ungerecht und deshalb zu eng seien;

— weil die Vertriebsbindung nicht objektiv sei und zu einer Auswahl führe, die nicht „rein qualitativen Charakter" habe.

9. Muß der Gerichtshof die Stichhaltigkeit dieser Rügen prüfen? Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen. Die soeben aufgeführten Gesichtspunkte betreffen den zuvor beschriebenen Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens nur indirekt. Zudem ist nicht ersichtlich, daß diese Gesichtspunkte in den verschiedenen Phasen des Verfahrens jemals von den deutschen Gerichten geprüft worden sind. Schließlich waren sie auch vor dem Gerichtshof nicht Gegenstand einer wirklichen prozessualen Erörterung: Im schriftlichen Verfahren hat nur die Firma Metro dazu Stellung genommen, und in der mündlichen Verhandlung sind sie im wesentlichen unerwähnt geblieben.

10. Ich bin deshalb der Auffassung, daß diese Gesichtspunkte außerhalb des Gegenstands des vorliegenden Verfahrens liegen. Dieses Ergebnis läßt übrigens — was selbstverständlich ist — die Befugnisse der Firma Metro unberührt, ihre Einwendungen gegen die Cartier-Vertriebsbindung vor dem innerstaatlichen Gericht, das für die Prüfung ihrer Stichhaltigkeit unter dem Gesichtspunkt des Artikels 85 Absätze 1 und 2 zuständig ist, oder aber bei der Kommission in Form eines Antrags gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates geltend zu machen.

Die „mangelnde Lückenlosigkeit" der Cartier-Vertriebsbindung

11. Die Firma Metro macht geltend, die Cartier-Vertriebsbindung sei nicht lückenlos, und zwar in erheblichem Umfang. Eine bedeutende Anzahl von Cartier-Erzeugnissen werde von unabhängigen, d. h. nicht vertriebsgebundenen Händlern in den Verkehr gebracht. Daraus ergebe sich eine Wettbewerbsverzerrung zwischen den vertriebsgebundenen und den nicht vertriebsgebundenen Händlern: Beide vertrieben die gleichen Erzeugnisse auf den gleichen Märkten, die ersteren unterlägen jedoch Belastungen (die sich aus der Konzentration ihres Sortiments und ihrer Tätigkeit im Hinblick auf die Vertragserzeugnisse ergäben), die die letzteren nicht zu tragen hätten.

12. Die Firma Cartier führt dagegen aus, ihr Vertriebssystem sei sowohl theoretisch als auch praktisch lückenlos. Der Vertrieb der Erzeugnisse sei auf der ganzen Welt einem Netz von ausgewählten Händlern anvertraut, die vertraglich verpflichtet seien, die Erzeugnisse entweder an Endverbraucher oder an Händler zu verkaufen, die zum Vertriebsnetz gehörten. Im letzteren Fall unterlägen die Verkäufe jedoch einer besonderen Registrierungspflicht. Die Vertriebsbindung sei somit so ausgestaltet, daß gewährleistet sei, daß der Vertrieb der Erzeugnisse ausschließlich innerhalb des Vertriebsnetzes und nicht durch nicht vertriebsgebundene Händler erfolge. Faktisch sei der einzige auf dem europäischen Markt aufgetretene Fall von Verkäufen außerhalb des Vertriebsnetzes der der Firma Metro, die dank der bedeutenden Mittel, über die sie verfüge, kleine Mengen von Cartier-Erzeugnissen in Drittländern erwerbe, die sodann nach und nach in den verschiedenen Läden des Konzerns zusammengefaßt würden. Hervorzuheben ist jedoch, daß die Firma Cartier darauf

verzichtet hat, die weltweite Lückenlosigkeit ihres Vertriebssystems zu beweisen.

Außerdem hat die Firma Cartier in dem Verfahren, in dem sie Beklagte ist, nicht geltend gemacht, daß der Erwerb und der Vertrieb ihrer Erzeugnisse durch die Firma Metro rechtswidrige Handlungen und insbesondere Akte unlauteren Wettbewerbs darstellten.

13. Die Firma Cartier weist — unterstützt von der französischen und der griechischen Regierung sowie mit einigen Einschränkungen von der Kommission — darauf hin, daß die Lückenlosigkeit einer selektiven Vertriebsbindung jedenfalls nach Gemeinschaftsrecht keine wesentliche Voraussetzung ihrer Rechtmäßigkeit sei. So sei ein gewisses Maß an Lückenhaftigkeit, das seinen Ausdruck darin finde, daß auf dem Markt eines oder mehrerer Mitgliedstaaten in bestimmtem Umfang Verkäufe von Vertragserzeugnissen durch nicht vertriebsgebundene Händler erfolgten, als ein Stimulierungsfaktor für den Wettbewerb und somit als ein Faktor der Vereinbarkeit und keineswegs der Unvereinbarkeit der Vertriebsbindung mit Artikel 85 Absatz 1 anzusehen.

14. Dazu ist zunächst festzustellen, daß selektive Vertriebsbindungen nach einer wohlbekannten ständigen Rechtsprechung als mit Artikel 85 Absatz 1 vereinbar anzusehen sind, wenn die Auswahl der Händler auf Anforderungen beruht, die mit der Natur des Erzeugnisses zusammenhängen, und aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen; diese Gesichtspunkte müssen im übrigen einheitlich und ohne Diskriminierung für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer angewendet werden (siehe für alle Urteil vom 11. Dezember 1980 in der Rechtssache 31/80, L'Oréal, Slg. 1980, 3775).

15. Grundsätzlich ist die Errichtung einer selektiven Vertriebsbindung für Erzeugnisse, die wie die Cartier-Uhren zur Kategorie der Luxuserzeugnisse und der gehobenen handwerklichen Qualität gehören, ohne weiteres gerechtfertigt. In diesem Bereich ist die Kanalisierung des Vertriebs durch ausgewählte Wiederverkäufer, die sich für den Verkauf der Marke engagieren, eine wichtige Voraussetzung für die Förderung des Image und des kaufmännischen Ansehens des Erzeugnisses.

16. Wenn man davon ausgeht, daß die Errichtung eines selektiven Vertriebssystems für Erzeugnisse wie die Cartier-Uhren grundsätzlich gerechtfertigt ist, ist ferner zu prüfen, ob die mangelnde Lückenlosigkeit des Systems seine Rechtmäßigkeit beeinträchtigen kann.

17. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, daß das Kriterium der Lückenlosigkeit dem nationalen Recht entstammt. Aus den Akten geht hervor, daß es im deutschen Recht eine zweifache Bedeutung hat: Unter einem ersten — verfahrensrechtlichen — Gesichtspunkt bewirkt es die Umkehr der Beweislast bei Klagen wegen unlauteren Wettbewerbs, die ein Erzeuger, der ein selektives Vertriebssystem errichtet hat, gegen dritte, nicht vertriebsgebundene Händler erhebt, die seine Erzeugnisse in den Verkehr gebracht haben. In diesem Fall wird, wenn die Vertriebsbindung lückenlos ist, vermutet, daß der systemfremde Händler unlauter gehandelt hat, und zwar entweder dadurch, daß er einen Vertragshändler veranlaßt hat, eine Vertragsverletzung zu begehen, oder dadurch, daß er sich eine solche Verletzung einfach zunutze gemacht hat. Die Vermutung

des unlauteren Charakters der Handlung des Dritten ermöglicht es somit dem Erzeuger, die Beendigung des Wiederverkaufs der Erzeugnisse durch den Dritten zu erreichen und Ersatz für den erlittenen Schaden zu erlangen.

Unter einem zweiten — materiell-rechtlichen — Gesichtspunkt bildet das Kriterium der Lückenlosigkeit eine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Klauseln der selektiven Vertriebsvereinbarung, die dem Vertragshändler bestimmte Verpflichtungen auferlegen, wie namentlich diejenige, Vertragserzeugnisse nicht zu einem niedrigeren als dem vom Hersteller festgelegten Preis oder an Systemfremde zu verkaufen. Ist die Vertriebsbindung nicht lückenlos und sieht sich der konzessionierte Vertragshändler somit dem Wettbewerb ungebundener Händler ausgesetzt, so kann er sich seinerseits der Erfüllung der genannten Verpflichtungen entziehen, indem er gegenüber dem Hersteller die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung erhebt, die den vom Hersteller ins Feld geführten Vertragsklauseln ihre rechtlichen Wirkungen nimmt. Auf diese Weise verliert eine Vertriebsbindung, deren Lückenhaftigkeit festgestellt worden ist, im wesentlichen jede wirkliche Verbindlichkeit gegenüber den Konzessionären.

Übrigens hat sich, wie mir scheint, aus der mündlichen Erörterung ergeben, daß das Kriterium der Lückenlosigkeit auch im deutschen Recht bei der Anwendung des nationalen Kartellrechts nicht unmittelbar Bedeutung erlangen würde.

18. Jedenfalls ist unabhängig von der Bedeutung des Kriteriums der Lückenlosigkeit im innerstaatlichen Recht die Frage, die es zu beantworten gilt, die, ob *auf Gemeinschaftsebene* eine selektive Vertriebsbindung nur deshalb als mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar anzusehen ist, weil sie nicht lückenlos ist.

19. Übrigens ist hervorgehoben worden, daß weder die Kommission noch der Gerichtshof die Lückenlosigkeit jemals zu den Voraussetzungen gezählt haben, von denen die Rechtmäßigkeit einer selektiven Vertriebsbindung abhängt. Gleichwohl ist diese Bemerkung als solche natürlich nicht entscheidend. Was zählt, ist vielmehr die Erwägung, daß die Übertragung dieses Kriteriums auf den Bereich des Artikels 85 EWG-Vertrag durch kein wirkliches Erfordernis des Schutzes des Wettbewerbs gerechtfertigt erscheint.

20. In diesem Zusammenhang halte ich es für zweckmäßig, von einem tatsächlichen Umstand auszugehen. Wie die Firma Cartier zu Recht hervorgehoben hat, ist es ganz normal, daß Vertriebssysteme ein gewisses mehr oder minder hohes Maß an Lückenhaftigkeit aufweisen. Es genügt, daran zu denken, daß diese Systeme ganz konkret mit einer gewissen Abstufung errichtet werden: Sie können zunächst bestimmte geographische Regionen abdecken und später, erst zu einem zweiten Zeitpunkt, auf andere Gebiete erstreckt werden. Dies kann insbesondere auf dem europäischen Markt geschehen: Hier kann es einem Hersteller sehr wohl gelingen, ein selektives Vertriebsnetz in nur einigen Staaten zu errichten, in denen seine Erzeugnisse in größerem Maße bekannt und in den Augen der Verbraucher angesehen sind und wo es deshalb leichter ist, Händler zu finden, die bereit sind, die Verpflichtungen und Belastungen auf sich zu nehmen, die mit einer selektiven Vertriebsvereinbarung verbunden sind, während der Vertrieb in anderen Staaten zumindest in einem bestimmten Zeitraum durch nicht vertriebsgebundene Händler erfolgt. In diesem Fall ist es völlig normal, daß, sofern die wirtschaftlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind, nicht vertriebsgebundene Händler, die in Ländern ansässig sind, in denen eine selektive

Vertriebsbindung besteht, durch Parallelimporte Waren von nicht vertriebsgebundenen Händlern aus Ländern beziehen, in denen kein selektives Vertriebsnetz existiert.

Zudem ist das Phänomen der Verkäufe durch Systemfremde im allgemeinen schwerer zu vermeiden, wenn es sich um Erzeugnisse handelt, die von einer großen Anzahl von Wiederverkäufern vertrieben werden. So ist es zwar nicht ausgeschlossen, daß die Einhaltung der selektiven Vertriebsbindung im Fall von Luxuserzeugnissen, die gewöhnlich durch ein ziemlich begrenztes Netz vertrieben werden, kontrolliert und sichergestellt werden kann (wenngleich gerade das Beispiel der Firma Metro das Gegenteil zu beweisen scheint); es ist jedoch mit Sicherheit schwerer, zu vermeiden, daß in der Vertriebsstruktur Lücken auftreten, wenn es um Massenverbrauchsgüter wie z. B. Unterhaltungselektronik oder kleine elektrische Haushaltsgeräte geht, für die man in aller Regel ein sehr viel engmaschigeres Vertriebssystem wählen wird.

21. Wollte man unter Berücksichtigung dieses tatsächlichen Hintergrunds die Rechtmäßigkeit einer selektiven Vertriebsbindung von ihrer Lückenlosigkeit auf europäischer Ebene oder gar weltweit abhängig machen, so würde man Gefahr laufen, das freie Spiel des Wettbewerbs zu behindern, statt es zu schützen.

Die Lückenlosigkeit zu einer wesentlichen Voraussetzung zu erklären, würde nämlich erstens die Autonomie der Parteien in beträchtlichem Umfang einschränken. Der Hersteller und seine Handelspartner stünden vor der drastischen und in vielen Fällen von der wirtschaftlichen Realität weit entfernten Wahl, entweder eine Vertriebsbindung einzuführen, die völlig lückenlos ist, oder ganz und gar auf den selektiven Vertrieb zu verzichten. In der Praxis würde dies darauf hinauslaufen, ein Element der Starrheit in die Handelsbeziehungen hineinzubringen, das die Partner hindern würde, frei und nach eigenem Urteil die beste Vertriebsform zu bestimmen. Falls nun gerade die integrierte Vertriebsform sich in bestimmten Sektoren — wie dem hier in Rede stehenden — als ein wichtiges Mittel für die Förderung des Verkaufs der betreffenden Erzeugnisse erweist, würde dem Hersteller grundlos ein wichtiger Trumpf im Wettbewerb zwischen den Marken aus der Hand genommen, wenn man es ihm unmöglich machen würde, die selektive Vertriebsform zu wählen, nur weil es ihm nicht gelingt, eine bestimmte Anzahl von Verkäufen durch Systemfremde zu verhindern.

Zweitens soll auch nicht verschwiegen werden, daß in wirtschaftlichen Sektoren, in denen alle größeren Hersteller sich für den Vertrieb selektiver Vertriebssysteme bedienen, die Möglichkeit von Verkäufen durch Systemfremde auch eine günstige Wirkung haben kann; diese Möglichkeit wirkt wie ein Sicherheitsventil, da sie, ohne daß die Rechtmäßigkeit der selektiven Vertriebsnetze in Frage gestellt wird, gleichwohl dazu führt, Erscheinungen einer übertriebenen Starrheit, insbesondere bezüglich der Preise, einzuschränken, indem sie einem begrenzten Parallelhandel seitens systemfremder Händler einen kleinen Spalt öffnet.

22. Was weiter die mögliche Störung der Wettbewerbsbeziehungen zwischen systemgebundenen und ungebundenen Händlern durch die von Systemfremden getätigten Verkäufe angeht, so muß meines Erachtens auch hier die Lösung des Problems der Autonomie der betroffenen Partner, nämlich der Hersteller und der Vertragshändler, überlassen werden. Diese befinden sich in einer Lage, die es ihnen eher ermöglicht, festzustellen, ob die Verkäufe durch Systemfremde ein solches Ausmaß angenommen haben, daß

die Kohärenz der selektiven Vertriebsbindung in Frage gestellt wird. In diesem Fall läge es im Interesse aller, die Vertriebsform zu überprüfen und von einem spezialisierten Vertrieb zu einem freien Vertrieb überzugehen. Dies könnten die Parteien natürlich im Wege einer einverständlichen Aufhebung des selektiven Vertriebsvertrags und im Fall widerstreitender Interessen mit Hilfe der anderen Rechtsinstrumente erreichen, die das innerstaatliche Vertragsrecht ihnen zur Verfügung stellt.

Würde man dieser Auffassung nicht folgen, so bestünde die Gefahr, daß man zu einer Therapie gelangte, die schlimmer ist als die Krankheit selbst, in dem Sinne, daß, um die Störungen der selektiven Vertriebsbindung durch Systemfremde zu beseitigen, die gesamte Vertriebsbindung nach Artikel 85 Absätze 1 und 2 für ungültig erklärt würde, und dies paradoxerweise auch gegen den Willen der Hersteller und der zugelassenen Vertragshändler, die durch die von Systemfremden getätigten Verkäufe geschädigt werden.

Weiterhin ist vollständigkeitshalber auch darauf hinzuweisen, daß die eventuelle Anwendung des Kriteriums der Lückenlosigkeit sich in praktischer Hinsicht als äußerst unsicher erweisen könnte. Ab welchem Umfang von Verkäufen durch Systemfremde und für welchen Zeitraum ließe sich geltend machen, daß die selektive Vertriebsbindung mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar geworden ist? Muß man von einer einheitlichen Schwelle für alle Sektoren oder von unterschiedlichen Schwellen für die verschiedenen Sektoren ausgehen? Und im letzteren Fall aufgrund welcher Kriterien? Sind die Gerichte — einschließlich des Gerichtshofes — imstande, eine Antwort auf diese Fragen zu geben, ohne Gefahr zu laufen, willkürliche Entscheidungen zu fällen? Diese von Ratlosigkeit zeugenden Fragen bilden meines Erachtens eine Bestätigung dafür, daß die Probleme, die sich möglicherweise aus Erscheinungen wie Verkäufen durch Systemfremde ergeben, automatisch von den Betroffenen und nicht durch gerichtliche Interventionen aufgrund des Artikels 85 Absätze 1 und 2 gelöst werden müssen.

23. Ich schlage dem Gerichtshof deshalb vor, zu diesem Punkt zu antworten, daß bei einem selektiven Vertriebssystem die bloße Tatsache, daß die Vertragserzeugnisse auf denselben Märkten außer von den zugelassenen Konzessionären auch von Händlern rechtmäßig vertrieben werden, die nicht dem selektiven Vertriebsnetz angehören, nicht geeignet ist, dieses System unvereinbar mit Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag zu machen.

Die Beschränkung der Garantie

24. Die Firma Metro macht geltend, die Beschränkung der Garantie auf die von den autorisierten Vertragshändlern verkauften Erzeugnisse behindere die von nicht vertriebsgebundenen Händlern getätigten Verkäufe wesentlich. Diese Beschränkung sei nicht durch Erfordernisse des Schutzes der Qualität und des Prestiges der Erzeugnisse gerechtfertigt. Die Firma Metro weist insbesondere darauf hin, daß die den Gegenstand der Garantie bildenden Leistungen vom Hersteller erbracht würden und daß der Händler sich auf einfache Verrichtungen beschränke, die nicht die Anwendung besonderer Techniken oder Geräte erforderten.

25. Die Firma Cartier stellt dagegen andere Erwägungen an und führt insbesondere aus, allein die autorisierten Vertragshändler verfügten über die Informationen, Ersatzteile und Werkzeuge, die erforderlich seien, um die Erzeugnisse aufzubewahren und in funktionsfähigem Zustand an die Kunden auszuliefern. Dies ergebe sich unmittelbar aus den besonderen vertraglichen Verpflich-

tungen, die jedes Mitglied des Vertriebsnetzes in der selektiven Vertriebsvereinbarung übernehme. Außerdem unterlägen nur die im Rahmen des Vertriebsnetzes verkauften Erzeugnisse den Kontrollen, die erforderlich seien, um ihre Echtheit zu gewährleisten. Dies werde durch die von der Firma Metro verkauften nachgeahmten Erzeugnisse bestätigt. Es sei somit rechtmäßig, daß der Hersteller die Garantie auf die Erzeugnisse beschränke, die im Rahmen des offiziellen Vertriebsnetzes verkauft worden seien.

26. Bei der Untersuchung dieser Frage ist zunächst zu prüfen, welche Wirkungen die Beschränkung der Garantie auf den Wettbewerb hat. Im allgemeinen sind Händler, die die Erzeugnisse nicht mit der normalerweise vom Hersteller geleisteten Garantie liefern können, kaufmännisch stark benachteiligt; bei einem Erzeugnis mit und einem Erzeugnis ohne Garantie wird der Verbraucher geneigt sein, das erstgenannte vorzuziehen, auch deshalb, weil das Fehlen einer Garantie ihn möglicherweise an der Qualität (oder sogar der Echtheit) des ihm angebotenen Erzeugnisses zweifeln läßt.

Die Kommission weist jedoch darauf hin, daß bei (qualitativen) selektiven Vertriebsbindungen die Beschränkung der Garantie andere Wirkungen entfalte als im Fall von Alleinvertriebssystemen.

Im Fall von Alleinvertriebssystemen verschaffe die Verweigerung der Garantie für die von Parallelimporteuren vertriebenen Erzeugnisse dem Alleinvertriebshändler in seinem Vertragsgebiet eine Stellung mit unzweifelhaftem Vorteil gegenüber den Parallelimporteuren; da diese letzteren keine Garantieleistungen für ihre Kunden erbringen könnten, liefen sie ganz einfach Gefahr, vom Markt verdrängt zu werden, mit der Folge, daß sich das dem Konzessionär bereits vom Hersteller zuerkannte Alleinvertriebsrecht tendenziell von einem nur relativen in ein potentiell absolutes Recht verwandele.

Im Fall eines (qualitativen) selektiven Vertriebsystems hätten alle Wiederverkäufer, die die Voraussetzungen erfüllten, zumindest theoretisch die Möglichkeit, zur Vertriebsbindung zugelassen zu werden und die Erzeugnisse zu vertreiben; daraus folge, daß es in einem bestimmten Gebiet eine wechselnde und auch recht hohe Anzahl von zugelassenen Wiederverkäufern geben könne, von denen keiner einen vertraglich begründeten Gebietsschutz genieße. Bei selektiven Vertriebsbindungen verstärke somit die Verweigerung der Garantie für Erzeugnisse, die außerhalb des Vertriebssystems verkauft worden seien, nicht einen bereits bestehenden Gebietsschutz, sondern sie habe lediglich das Ziel, die zum Vertriebsnetz zugelassenen Händler vor dem Wettbewerb durch nicht gebundene Händler zu schützen.

Aufgrund dieser Erwägungen könnte man versucht sein, zu meinen, daß im Fall eines (qualitativen) selektiven Vertriebssystems die Beschränkung der Garantie keine wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen habe. Die Verweigerung der Garantie für Erzeugnisse, die außerhalb des selektiven Vertriebssystems verkauft worden sind, hätte keine andere Konsequenz als die, solche — nicht zugelassenen — Händler zu benachteiligen, die prinzipiell (d. h. wenn das System optimal funktioniert hätte) die fraglichen Erzeugnisse eigentlich nicht hätten vertreiben dürfen.

27. Ich bestreite nicht, daß dieser Ansatz manches für sich hat. Bei aufmerksamerer Prüfung erweist er sich jedoch meiner Überzeugung nach als zu knapp und keineswegs stichhaltig.

28. Vorab möchte ich rein beiläufig bemerken, daß die qualitative Auswahl eine großartige theoretische Konstruktion ist, jedoch keineswegs feststeht, daß sie in der Praxis streng eingehalten wird. Trotz aller von der Kommission aufgeführten Vorsichtsmaßregeln — an denen es allerdings im Cartier-Mustervertrag völlig fehlt — kann es geschehen, daß sich Systeme, die theoretisch qualitativen Charakter haben und folglich jedem Wiederverkäufer, der die aufgestellten Voraussetzungen erfüllt, offenstehen, dann faktisch als viel geschlossener und jedenfalls starrer erweisen, als erklärt worden ist. Dies könnte insbesondere bei Erzeugnissen der Fall sein, die wie etwa die Luxusgüter einem eher konzentrierten Vertrieb unterliegen, bei dem schwer feststellbar ist, ob das System nicht in Wirklichkeit auf einer quantitativen Auswahl beruht.

Somit läßt sich — zumindest solange die Kommission und der Gerichtshof weiterhin jeder Form quantitativer Selektion grundsätzlich ablehnend gegenüberstehen — die Auffassung vertreten, daß der Vertrieb durch systemfremde Händler, vorausgesetzt, er ist rechtmäßig, eine Art Sicherheitsventil darstellt, das auch im Hinblick auf die Garantie Schutz verdient.

29. Allerdings ist nicht dies die grundlegende Erwägung. Ich bin nämlich der Auffassung, daß auch dann, wenn das Vertriebssystem einen wirklich qualitativen Charakter hätte, die Beschränkung der Garantie auf die von zugelassenen Konzessionären verkauften Erzeugnisse ebenfalls unter dem Gesichtspunkt des Artikels 85 Absatz 1 relevante wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten kann.

30. Insoweit ist von der — bereits mehrfach erwähnten — Voraussetzung auszugehen, daß die von nicht gebundenen Händlern wie der Firma Metro getätigten Verkäufe außerhalb des selektiven Vertriebssystems rechtmäßig sind. Wäre dies nicht der Fall — handelte es sich z. B. um nachgeahmte Erzeugnisse —, so würde sich das Problem der Garantie überhaupt nicht stellen, da der Hersteller andere Mittel — und weit einschneidendere als die Verweigerung der Garantie — benutzen könnte, um sich rechtswidrigen Verkäufen seiner Erzeugnisse zu widersetzen. Übrigens ist allgemein gesprochen klar, daß die Herstellergarantie nur für Originalerzeugnisse und mit Sicherheit nicht für Nachahmungen gilt.

Im vorliegenden Fall bestreitet die Firma Cartier, wie bereits dargelegt, nicht, daß die von der Firma Metro verkauften Erzeugnisse, für die die Garantie verweigert wurde, rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sind: Es seien nämlich keine Nachahmungen.

31. Dem ist hinzuzufügen, daß alle Beteiligten — einschließlich der Firma Cartier — auf den Umstand hingewiesen haben, daß Verkäufe durch Systemfremde bis zu einem gewissen Grad eine ganz normale Erscheinung im Wirtschaftsleben seien, die ohne weiteres parallel mit offiziellen Vertriebssystemen bestehen könne und die somit, wenn sie auftrete, günstige Auswirkungen auf den Wettbewerb habe.

32. Wenn dies jedoch zutrifft, ist unverständlich, warum dem Hersteller die Befugnis zugesprochen werden müßte, sich der Verweigerung der Garantie wie eines Instruments, wie einer Waffe zu bedienen, um Wirtschaftsteilnehmern einen Schaden zuzufügen, die lediglich eine Tätigkeit ausüben, die er selbst nicht nur als rechtmäßig, sondern als geradezu positiv für den Wettbewerb ansieht.

Tatsächlich wird das Recht des Herstellers, selektive Vertriebssysteme zu errichten und seine Konzessionäre zu verpflichten, Vertragserzeugnisse (außer an Endverbraucher) nur an andere zugelassene Vertragshändler zu verkaufen, vom EG-Kartellrecht anerkannt und geschützt. Sobald sich jedoch aus irgendeinem Grund (territorial begrenzter Umfang des Vertriebsnetzes, Rechtsvorschriften anderer Länder, die es nicht gestatten, vertraglich Verkäufe an systemfremde Wirtschaftsteilnehmer zu verhindern, Unmöglichkeit, die Geschlossenheit des Systems sicherzustellen o. ä.) ein rechtmäßiger Handel außerhalb der Vertriebsbindung entwickelt, ist nicht ersichtlich, weshalb diese kaufmännische Tätigkeit nicht ebenso geschützt werden soll wie alle anderen, und zwar auch unter dem Gesichtspunkt der Garantie.

33. Diese These findet meines Erachtens auch eine Stütze in Erwägungen des Verbraucherschutzes, die bei der Auslegung des Artikels 85 EWG-Vertrag nicht außer acht gelassen werden sollten. Läßt man nämlich die Beschränkung der Garantie zu, so bedeutet dies, daß Verbraucher, die rechtmäßig Originalerzeugnisse von nicht vertriebsgebundenen Händlern erworben haben, nur aus diesem Grund um die normale Herstellergarantie für Fabrikationsfehler gebracht werden. Dies ist eine absolut ungerechtfertigte Diskriminierung, zumindest dann, wenn es sich um Fehler handelt, die der Hersteller und nicht der ungebundene Händler zu vertreten hat, der das Erzeugnis vertrieben hat.

34. Die Firma Cartier hat jedoch geltend gemacht, die Beschränkung der Garantie finde eine Rechtfertigung in weitergehenden Erwägungen. Sie behauptet, der Vertrieb durch Systemfremde erhöhe den Risikofaktor, der jeder Herstellergarantie innewohne. Nur die Fachhändler seien imstande, die Erzeugnisse optimal aufzubewahren und das Risiko des Auftretens von Schäden so niedrig wie möglich zu halten. Die Verpflichtung, die Garantie auch für die von Systemfremden verkauften Erzeugnisse zu leisten, würde den Hersteller dagegen unerträglichen Risiken und damit unerträglichen Belastungen aussetzen. Die Firma Cartier hat präzisiert, daß der besondere Beitrag der zugelassenen Vertragshändler zur optimalen Aufbewahrung der Erzeugnisse im wesentlichen im pünktlichen und rechtzeitigen Austausch der Quarzbatterien, erforderlichenfalls im Einsetzen bestimmter Batterien und in einigen Fällen in der Erneuerung der Dichtungen bestehe.

35. Ich persönlich sehe hier die Gefahr einer Überschätzung der Rolle der zugelassenen Vertragshändler. Auch Händler, die nicht zum Vertriebsnetz gehören, können seriöse Fachleute sein und die Kenntnisse und Geräte besitzen, die erforderlich sind, um eine mehr als korrekte Aufbewahrung und Inbetriebnahme der Erzeugnisse zu gewährleisten; ich bin wirklich nicht der Meinung, daß „nicht vertragsgebunden" ein Synonym ist für „Nicht-Fachhändler" oder, noch schlimmer, „unfähiger Händler".

Was den vorliegenden Fall betrifft, so ist es gut, daran zu erinnern, daß das OLG Düsseldorf in seinem Beschluß vom 20. Dezember 1988 (Punkt f der Gründe) bereits darauf hingewiesen hat, daß „sich die vom Konzessionär selbst zu erbringenden Wartungs- und Garantieleistungen insgesamt auf technisch eher Peripheres ... beschränken, Eingriffe in das ‚Herz' der Uhr aber dem Hersteller selbst vorbehalten bleiben", und hinzufügt, daß auch die vom Konzessionär selbst zu erbringenden Leistungen unzweifelhaft eine technische Mindestausstattung erfordern mögen. Es sei jedoch zweifelhaft, ob eine solche Ausstattung „technische, handwerkliche oder finanzielle Anforderungen stellt, dienicht auch von einer

großen Anzahl anderer Uhrenfachhändler oder mit entsprechendem Personal ausgestatteter Fachabteilungen von Kaufhäusern usw. erfüllt werden könnten".

36. Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen kann man mehr als einen Zweifel daran hegen, daß der Verkauf von Cartier-Uhren durch die Firma Metro so große technische Risiken in sich bergen soll, daß die praktische Durchführung des vom Hersteller errichteten Garantiesystems beeinträchtigt wird.

37. Aber auch unabhängig von diesem Aspekt halte ich eine andere Überlegung für wesentlich. Nehmen wir einmal an, daß die zugelassenen Vertragshändler technisch komplizierte Leistungen erbringen, die die nicht zugelassenen Händler nicht in der Lage sind anzubieten, und daß diese Leistungen außerdem entscheidend sind, um das Auftreten irgendwelcher Probleme und technischer Schäden zu vermeiden; dies ist eine reine Tatsachenfrage, die aufzuklären selbstverständlich Sache des einzelstaatlichen Gerichts ist.

In einem solchen Fall wird sich der Hersteller mit Sicherheit weigern können, seine Garantie auf die Fehler zu erstrecken, die die Folge der Unterlassung oder der unrichtigen Erbringung der vorgenannten Leistungen durch den nicht vertriebsgebundenen Händler sind.

Es besteht jedoch kein Grund, es dem Hersteller zu ermöglichen, seine Garantie nicht auf Fehler zu erstrecken, die mit diesen Leistungen nichts zu tun haben und die, anders ausgedrückt, auch hätten auftreten können, wenn das Erzeugnis von einem zugelassenen Vertragshändler verkauft worden wäre.

38. Diese Lösung scheint mir geeignet, die verschiedenen widerstreitenden Interessen miteinander in Einklang zu bringen: zum einen das Interesse des Herstellers, nicht für Schäden zu haften, die vermieden worden wären, wenn das Erzeugnis auf dem offiziellen Weg vertrieben worden wäre, und zum anderen das Interesse der nicht vertriebsgebundenen Händler und ihrer Käufer daran, daß hinsichtlich der Garantie die von Systemfremden verkauften Erzeugnisse nicht Gegenstand ungerechtfertigter Diskriminierungen werden, zu denen es mit Sicherheit kommen würde, wenn der Hersteller die Garantie auch für Fehler ablehnen könnte, die keineswegs auf das Handeln des nicht vertriebsgebundenen Händlers zurückgeführt werden können.

So könnte im vorliegenden Fall die Firma Cartier — falls ihr Vorbringen tatsächlich durchgreifen sollte — die Garantie für einen Schaden ablehnen, der mit dem fehlenden oder nicht ordnungsgemäßen Austausch der Batterien oder der Dichtung zusammenhängt; sie könnte sich aber nicht weigern, die Garantie für einen Schaden zu übernehmen, der z. B. auf einen Materialfehler zurückgeht.

Dies müßte erst recht im vorliegenden Fall gelten, da die Cartier-Garantie eine Gewährleistung für „Fabrikationsfehler" darstellt; die vom Hersteller gegenüber dem Erwerber übernommene Verpflichtung — die sich aus der den verkauften Uhren beigefügten „Garantiekarte" ergibt — brauchte gleichwohl nicht die Schäden zu umfassen, die auf das Verhalten des nicht vertriebsgebundenen Händlers zurückzuführen sind.

39. Ich bin deshalb der Auffassung, daß die in der „Garantiekarte" enthaltene Verpflich-

tung des Herstellers, seine Garantie für Fabrikationsfehler zu leisten, auch gegenüber Verbrauchern gilt, die das Erzeugnis bei nicht zugelassenen Händlern erworben haben, mit der alleinigen Ausnahme derjenigen Fehler, die auf der mangelnden oder nicht ordnungsgemäßen Erbringung von Leistungen, die normalerweise von den zugelassenen Konzessionären erbracht werden, durch den nicht zugelassenen Händler beruhen.

40. Diese Lösung kann natürlich nicht nur die in Rede stehenden Erzeugnisse betreffen, sondern gegebenenfalls auch andere Arten von Erzeugnissen, die Gegenstand einer selektiven Vertriebsbindung sind und von der Herstellergarantie umfaßt werden.

41. Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

1) Bei einem selektiven Vertriebssystem ist die bloße Tatsache, daß die Vertragserzeugnisse auf denselben Märkten außer von den zugelassenen Konzessionären auch von Händlern rechtmäßig vertrieben werden, die nicht dem selektiven Vertriebsnetz angehören, nicht geeignet, dieses System unvereinbar mit Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag zu machen.

2) Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag verbietet es, daß im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems ein Hersteller im Einvernehmen mit den zugelassenen Konzessionären die von nicht zugelassenen Händlern rechtmäßig in den Verkehr gebrachten Erzeugnisse von der Garantie für Fabrikationsfehler ausschließt. Der Erwerber kann sich jedoch nicht auf diese Garantie berufen, wenn es um Fehler oder Beschädigungen des Erzeugnisses geht, die auf der mangelnden oder nicht ordnungsgemäßen Erbringung von Leistungen, die normalerweise von den zugelassenen Konzessionären erbracht werden, durch den nicht zugelassenen Händler beruhen.