DER GERICHTSHOF

auf die ihm gemäß Beschluß des Oberlandesgerichts München vom 5. Dezember 1968 vorgelegte Frage für Recht erkannt und entschieden:

Es ist möglich, daß eine Alleinvertriebsvereinbarung selbst bei absolutem Gebietsschutz mit Rücksicht auf die schwache Stellung, welche die Beteiligten auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse im geschützten Gebiet haben, nicht unter das in Artikel 85 Absatz 1 EWGV enthaltene Verbot fällt.

Luxemburg, den 9. Juli 1969

Lecourt Trabucchi Mertens de Wilmars

Donner Strauß Monaco Pescatore

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 9. Juli 1969.

Der Kanzler
A. Van Houtte

Der Präsident
R. Lecourt

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JOSEPH GAND VOM 3. Juni 1969[1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Die Vorlage des Oberlandesgerichts München zur Auslegung von Artikel 85 des Vertrages von Rom wird Ihnen Gelegenheit geben, ihre sich aus den Urteilen Société Technique Minière (LTM) vom 30. Juni 1966 (EuGH 56/65, Slg. XII 281) und Grundig vom 13. Juni 1966 (EuGH 56 und 58/64, Slg. XII 321) ergebende Rechtsprechung zu präzisieren, insbesondere was die Alleinvertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz betrifft.

I

Ich gebe zunächst den Sachverhalt wieder, soweit dies zum Verständnis der gestellten Frage erforderlich ist.
Die deutsche Firma Joseph Erd & Co., deren Inhaber Herr Völk ist, stellt Waschmaschinen und Wäscheschleudern her,

1 — Aus dem Französischen übersetzt.

die unter der Marke „Konstant" verkauft werden. Ihr Marktanteil an diesen Geräten ist äußerst gering, er betrug 2.361 Einheiten im Jahr 1963 und 861 Einheiten im Jahr 1966, d.h. etwa 0,2 bzw. 0,05 % der Erzeugung der Bundesrepublik. Am 15. September 1963 schloß die Firma Erd mit der Firma Vervaecke, die in Belgien elektrische Haushaltsgeräte verkauft, einen Vertrag, worin sie diesem Unternehmen den Alleinvertrieb ihrer Geräte für Belgien und Luxemburg übertrug. Der Vertrag wurde für 3 Jahre mit der Vereinbarung abgeschlossen, daß er sich automatisch um zwei Jahre verlängern sollte, falls er nicht mindestens neun Monate vor Ablauf gekündigt würde.

Nachstehende Vertragsbestimmungen sind besonders zu erwähnen:

— Die Firma Erd überträgt der Firma Vervaecke den Alleinvertrieb ihrer Erzeugnisse für Belgien und Luxemburg. Nur für den Fall, daß Vervaecke bestimmte Geräte aus der Erzeugung der Firma Erd nicht verkaufen sollte, behält diese sich vor, ihre Geräte an andere zu liefern.

— Die Firma Vervaecke verpflichtet sich, nach einer Anlaufzeit von sechs Monaten eine bestimmte Anzahl von Geräten (80 laut Vertrag) abzunehmen und keine Konkurrenzgeräte zu verkaufen, welche die Konstruktionsmerkmale der Geräte der Firma Erd aufweisen.

— Die Konzessionsgeberin verpflichtet sich, die Firma Vervaecke in dem ihr zugesicherten Alleinverkaufsgebiet zu schützen. Es hat jedoch den Anschein, daß die Konzessionärin berechtigt war, in Gebiete zu liefern, in denen die Firma Erd noch nicht vertreten war, insbesondere ein Vertriebsnetz in den Niederlanden aufzubauen; diese Erlaubnis wurde jedoch nicht ausgenützt.

Weder der Vertrag vom 15. September 1963 noch seine späteren Zusätze wurden bei der Kommission angemeldet.

Andererseits wurde der Vertrag nur zu einem sehr geringen Teil erfüllt, denn in einem Jahr wurden in Belgien nur 200 Waschmaschinen abgesetzt. Darauf forderte die Firma Erd von der Firma Vervaecke gegen Lieferung von 20 Waschmaschinen einen Betrag von 11.560,— DM sowie Ersatz der ihr durch die nutzlose Lieferung von 50 Waschmaschinen entstandenen Kosten.

Vor den deutschen Gerichten stellte sich die Frage der Gültigkeit dieses Vertrages im Hinblick auf Artikel 85 des Vertrages von Rom, weshalb sich das Oberlandesgericht München veranlaßt sah, Sie um Vorabentscheidung über die nachstehende Frage zu ersuchen:

„Kommt es bei der Entscheidung der Frage, ob der umstrittene Vertrag vom 15. 9. 1963 mit Zusätzen vom 1. 1. 1964 und 11. 3. 1964 gemäß Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag verboten ist, auf den tatsächlich erzielten oder zuletzt angestrebten Marktanteil des Klägers in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere in dem absolut geschützten Verkaufsgebiet der Beklagten, Belgien und Luxemburg, an?"

II

Natürlich ist davon abzusehen, daß der judex a quo Ihre Stellungnahme zu der Frage wünscht, ob die Vorschriften des EWG-Vertrags auf den Vertrag anwendbar sind, dessen Gültigkeit Gegenstand des vor ihm anhängigen Rechtsstreits ist; mit dieser Einschränkung ist die Frage aber klar gestellt.

1. Im Gegensatz zu einer gelegentlich vertretenen Ansicht scheint mir aus dem Urteil Grundig nicht hervorzugehen, daß ein Alleinvertriebsvertrag mit absolutem Gebietsschutz notwendigerweise unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fällt. Der Ihnen damals zur Entscheidung vorgelegte Fall wies zu viele Besonderheiten auf, als daß sich aus dem Urteil so absolute Schlußfolgerungen ziehen ließen.

Auch die Durchführungsbestimmungen des EWG-Vertrages bieten keine Lösung. Denn für die Entscheidung, ob ein Vertrag unter Artikel 85 Absatz 1 fällt oder nicht, kommt es weder darauf an, daß

der Vertrag nicht angemeldet wurde, noch darauf, daß er nicht die erforderlichen Voraussetzungen für die Freistellung erfüllt (wie sie beispielsweise die Verordnung Nr. 67/67 der Kommission für bestimmte Gruppen vorsieht). Wie es im Urteil Regierung der Italienischen Republik gegen Rat und Kommission der EWG (EuGH 32/65 vom 13. Juli 1966, Slg. XII 483) heißt, „[stellt] die Beschreibung einer Gruppe nur einen Rahmen dar und besagt nicht, daß Vereinbarungen, die hierunter fallen oder die zwar zu der freigestellten Gruppe gehören, aber nicht sämtliche Merkmale jener Beschreibung aufweisen, notwendigerweise vom Verbot erfaßt würden".

2. Wir müssen also auf den Wortlaut von Artikel 85 Absatz 1 zurückgehen, welcher lautet: „Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen ..., welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken".

Die Vorschrift verlangt also das Vorliegen zweier Tatbestandsmerkmale, welche die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen anhand Ihrer Rechtsprechung untersucht, wobei sie mit demjenigen beginnt, welches die Unvereinbarkeit der Vereinbarung mit dem Gemeinsamen Markt von der Feststellung abhängig macht, daß die Vereinbarung eine Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. In der Regel ist gerade dies der Zweck eines Alleinvertriebs mit absolutem Gebietsschutz, denn wenn in dem geschützten Gebiet die Verkaufsmöglichkeiten dritter Händler erschwert oder ausgeschlossen werden, wenn die Verbraucher dieses Gebietes sich die gleichen Erzeugnisse nur beim Alleinvertreter beschaffen können und somit in ihren Wahlmöglichkeiten auf der Handelsstufe beschränkt werden, so liegen gerade darin die mit der Vereinbarung angestrebten Wirkungen.

Können wir es dabei bewenden lassen? Wohl haben Sie in Ihrem Urteil Grundig festgestellt, daß bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt zu werden brauchen, wenn sich ergibt, daß diese eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt, und gewiß könnte dies zur Verneinung der gestellten Frage führen. Diese Feststellung dürfte aber nur für den jenem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt gelten. Denn nach dem Urteil Société Technique Minière (LTM) ist der eigentliche Zweck der Vereinbarung in Betracht zu ziehen, „wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen sind", und muß diese Prüfung eine „hinreichende Beeinträchtigung" des Wettbewerbs erkennen lassen, wenn Artikel 85 Absatz 1 anwendbar sein soll. Dies läuft letzten Endes darauf hinaus, daß die Verfälschung des Wettbewerbs nicht nur rein theoretisch sein darf, sondern ein gewisses Ausmaß erreichen muß. Man ist dann nicht mehr sehr weit von der „spürbaren" Einschränkung entfernt, die das gleiche Urteil verlangt, wenn nicht mehr der Zweck, sondern die Wirkungen der Vereinbarung in Betracht gezogen werden.

Andererseits ist dieser Wettbewerb in dem tatsächlichen Rahmen zu sehen, in dem er sich abspielen würde, wenn die Vereinbarung nicht bestünde; die Folgen dieser Vereinbarung für die anderen Unternehmen oder für die Verbraucher können aber je nach dem Marktanteil, den das Industrieunternehmen beherrscht oder zu beherrschen sucht, sehr verschieden sein. Damit sind wir wieder bei der von dem deutschen Gericht gestellten Frage.

Sie haben diesen Aspekt des Problems bereits angedeutet, als Sie bei der Untersuchung der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Alleinvertriebsvertrag als verboten anzusehen ist, eine ganze Reihe zu berücksichtigender Gesichtspunkte aufzählten. Außer darauf, ob die dem Schutz des Alleinvertriebsrechts dienenden Klauseln streng sind oder ob im Gegenteil Möglichkeiten für andere Ab-

satzwege verbleiben, ob die Vereinbarung allein steht oder Bestandteil einer Gesamtheit von Vereinbarungen ist, haben Sie namentlich auf die Art und die begrenzte oder unbegrenzte Menge der den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Erzeugnisse sowie auf die Stellung des Konzessionsgebers und des Konzessionsnehmers auf dem Markt dieser Erzeugnisse abgestellt. Auf diesen letzten Punkt ist besonderes Gewicht zu legen.

Beherrscht der Hersteller einen verhältnismäßig großen Teil des Marktes, hat er bei den der Vereinbarung unterliegenden Erzeugnissen eine starke Stellung, so besteht aller Grund, anzunehmen, daß der Wettbewerb auf der Handelsstufe durch einen Alleinvertriebsvertrag mit absolutem Gebietsschutz spürbar beeinträchtigt wird. Dies läßt sich jedoch nicht mit gleicher Sicherheit behaupten, wenn die Stellung des Herstellers sehr schwach ist. Ein derartiger Vertrag kann ihm die Möglichkeit geben, seine Erzeugnisse in in ein Verkaufsgebiet einzuführen, er verringert jedoch weder die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher noch die Verkaufsmöglichkeiten dritter Händler spürbar. Ohne im Rahmen von Artikel 177 zu dem bei dem deutschen Gericht anhängigen Fall Stellung nehmen zu wollen, kann man beispielsweise der Ansicht sein, daß die oben genannten Produktionszahlen im Vergleich zur Gesamterzeugung der Bundesrepublik und zum belgischen und luxemburgischen Markt doch nur einen Wassertropfen im Meer darstellen.

Abschließend ist zu diesem Punkt festzustellen, daß das Urteil Grundig bei der Beurteilung des Einflusses, den die die Abriegelung des französischen Marktes für Erzeugnisse dieser Marke, die künstliche Erhaltung getrennter Märkte bezweckende Vereinbarung auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt hat, namentlich der Tatsache Rechnung trägt, daß diese Marke sehr *weit verbreitet* ist. Hieraus läßt sich schließen, daß Sie eine derartige Vereinbarung nicht im gleichen Sinn und mit gleicher Strenge beurteilt hätten, wenn sie Erzeugnisse einer nahezu unbekannten Marke betroffen hätte.

3. Die Kommission bemerkt am Schluß ihrer Erklärungen, die Vereinbarung müsse, um geeignet zu sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen — ein weiteres Tatbestandsmerkmal des Artikels 85 Absatz 1 —, so beschaffen sein, daß sie die Freiheit des Handels zwischen diesen Staaten bedrohe, indem sie der Errichtung eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes schade. Dies setze voraus, daß die Beeinträchtigung des Handels ein spürbares Ausmaß erreiche.

Die beiden Tatbestandsmerkmale haben also die Tendenz zusammenzufallen, und es ist tatsächlich nicht leicht, sie auseinanderzuhalten.

Man kann sich jedoch die Frage vorlegen, ob es nicht vorteilhaft wäre, diesen Aspekt zuerst zu prüfen. Denn es ist nicht nur ein notwendiges Tatbestandsmerkmal des Verbots nach Artikel 85 Absatz 1, sondern auch eine Vorfrage, ob eine Vereinbarung den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist. So heißt es im Urteil Société Technique Minière (LTM): „Nur soweit die Vereinbarung den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen vermag, unterliegt die durch sie hervorgerufene Wettbewerbsstörung dem gemeinschaftsrechtlichen Verbot des Artikels 85; andernfalls fällt sie nicht unter diese Bestimmung".

Hier halten wir uns am besten an die in diesem Urteil gemachten Ausführungen. Es kennzeichnet die streitige Bestimmung in der Weise, daß sie dazu zwingt, vorausschauend zu beurteilen, ob die fragliche Vereinbarung der Errichtung eines einheitlichen Marktes hinderlich sein kann. Ganz allgemein muß der Alleinvertriebsvertrag, um den Verbotstatbestand des Artikels 85 Absatz 1 zu erfüllen, so beschaffen sein, daß er anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände Grund für eine vernünftige Vorausschau gibt, welche befürchten läßt, daß die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann. Genauer gesagt, es ist insbesondere

zu prüfen, ob die Vereinbarung dazu angetan ist, auf dem Markt für bestimmte Waren Handelsschranken zu errichten. Was immer ihr wahrer Zweck sein mag, kann die Vereinbarung, wenn sie von einem Hersteller mit einem nur ganz geringfügigen Marktanteil getroffen wird, die Errichtung eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nicht stören; die Schwäche der Stellung des Konzessionsgebers verhindert, daß dieser einen wirklichen Einfluß auf den Markt ausübt. Eine realistische Betrachtung der Dinge führt so zu der Auffassung, daß eine Vereinbarung, die unter ähnlichen Begleitumständen zustandegekommen ist wie der Vertrag, der zu der Vorlage des Oberlandesgerichtes München geführt hat, den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht „beeinträchtigen" kann.

Im Ergebnis könnte die diesem Gericht zu erteilende Antwort von folgenden Erwägungen ausgehen:

— Normalerweise fällt ein Alleinvertriebsvertrag mit absolutem Gebietsschutz unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn er nicht geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, oder wenn er den Wettbewerb auf der Ebene des Gemeinsamen Marktes nicht spürbar verhindert, einschränkt oder verfälscht.

— Um zu beurteilen, ob dies zutrifft, ist gegebenenfalls zu berücksichtigen welche Stellung der Konzessionsgeber auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse einnimmt oder einzunehmen hoffen kann.

— Ist dieser Anteil unbedeutend oder macht die dem Konzessionär zugesicherte Menge nur einen geringfügigen Teil der Menge der von sämtlichen Händlern in diesem Gebiet verkauften gleichartigen Erzeugnisse aus, so kann vermutet werden, daß die Vereinbarung den restriktiven Vorschriften von Artikel 85 des Vertrages nicht unterliegt.

In diesem Sinne stelle ich meine Schlußanträge und beantrage, die Kostenentscheidung dem Oberlandesgericht München vorzubehalten.