

**Schlußanträge  
des Generalanwalts Herrn Karl Roemer  
vom 23. März 1966**

Gliederung	Seite
Einleitung (Sachverhalt; Interpretationsfragen) .....	307
Zur Beantwortung der Fragen .....	309
I. Vorfragen .....	309
1. Ist der Gerichtshof zu einer Rechtsanwendung aufgerufen? ..	309
2. Bedarf die Fragestellung einer Modifizierung? .....	310
II. Zu den gestellten Fragen .....	311
1. Die erste Frage .....	311
2. Die zweite Frage .....	317
III. Zusammenfassung .....	319

*Herr Präsident, meine Herren Richter!*

Der Sachverhalt des Verfahrens, das bei der Cour d'Appel de Paris anhängig ist und das zu einem Ersuchen um Vorabentscheidung über Fragen des EWG-Kartellrechts geführt hat, läßt sich wie folgt zusammenfassen:

Zwischen der Firma Maschinenbau Ulm GmbH, einer Produzentin von Maschinen für öffentliche Bauvorhaben, und der Firma Société Technique Minière, die sich mit dem Verkauf derartiger Maschinen in Frankreich befaßt, kam es am 7. April 1961 zum Abschluß eines „Exportvertrag“ genannten Abkommens, das später — am 13. Dezember 1961 — geändert und ergänzt wurde. Darin verpflichtete sich die Société Technique Minière, während eines Zeitraums von zwei Jahren, beginnend mit dem 1. Januar 1962, eine Anzahl (37) von Planiermaschinen eines bestimmten Typs zu einem festgesetzten Preis abzunehmen, die Interessen des Verkäufers in allgemeiner Form wahrzunehmen, einen Reparaturdienst einzurichten, ein ausreichendes Ersatzteillager zu unterhalten, die Nachfrage im Vertragsterritorium vollständig zu befriedigen sowie schließlich, keine konkurrierenden Produkte ohne die Zustimmung

des Verkäufers zu vertreiben. — Dagegen wurde ihr das ausschließliche Verkaufsrecht für die erwähnten Maschinen für das französische Territorium und die überseeischen Besitzungen übertragen. — Die Abmachung sollte nach Ablauf der vorgesehenen Frist stillschweigend verlängert werden, wobei jeder Partei das Recht zur Kündigung unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten zugestanden hätte. Nach einer teilweisen Erfüllung des Vertrages kam es jedoch zu Schwierigkeiten, die nach dem Vorbringen der Société Technique Minière darauf zurückzuführen waren, daß die in dem Vertrag bezeichneten Maschinen auf dem französischen Markt keine Abnehmer fanden. Von der Käuferin in Zahlung gegebene Wechsel wurden nicht eingelöst, so daß sich die Maschinenbau Ulm zur Erhebung einer Klage vor dem Tribunal de Commerce de la Seine veranlaßt sah. Mit ihr wurden die Aufhebung des Vertrages wegen schuldhafter Nichterfüllung durch die Société Technique Minière und deren Verurteilung zur Leistung von Schadensersatz verlangt. Das Verfahren, in dem es auch zur Erstellung einer für die Klägerin günstigen, Expertise über die Eignung der Maschinen für die französischen Bedürfnisse kam, endete zunächst mit einem Urteil zugunsten der Klägerin Maschinenbau Ulm, wurde dann aber auf Berufung der Société Technique Minière in die nächst höhere Instanz (Cour d'Appel de Paris) gezogen.

Wie schon in der ersten Instanz berief sich die Société Technique Minière zur Rechtfertigung ihres Verhaltens unter anderem auf französische Wettbewerbsvorschriften (Ordonnance vom 30. Juni 1945) sowie auf das Kartellrecht des Gemeinsamen Marktes, demzufolge der Vertrag mit der Maschinenbau Ulm wegen Verstoßes gegen Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags und wegen unterbliebener Anmeldung bei der Kommission nichtig sei.

Damit war für das nationale Gericht die Notwendigkeit einer Interpretation und Anwendung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft gegeben, eine Aufgabe, die das Gericht nicht selbst lösen wollte. Es erließ statt dessen am 7. Juli 1965 ein Urteil, in dem, einem Hilfsantrag der Société Technique Minière entsprechend, die Aussetzung des Verfahrens angeordnet wurde und in dem sich die folgenden, an den Europäischen Gerichtshof gerichteten, Interpretationsfragen finden:

- „1. Wie sind Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages von Rom und die zu seiner Durchführung ergangenen Verordnungen der Gemeinschaft im Hinblick auf Verträge auszulegen, die, ohne angemeldet zu sein, ein „Alleinverkaufsrecht“ einräumen und dabei
  - a) dem Konzessionär nicht verbieten, die von dem Konzedenten bezogenen Waren nach anderen Märkten der EWG weiter auszuführen;

- b) den Konzedenten nicht verpflichten, seinen Konzessionären in den übrigen Staaten des Gemeinsamen Marktes zu verbieten, seine Erzeugnisse in dem Haupttätigkeitsgebiet desjenigen Konzessionärs zu verkaufen, mit dem der Vertrag abgeschlossen ist;
- c) das Recht der in dem Land des Konzessionärs ansässigen Händler und Verbraucher, sich durch Paralleleinfuhren von Konzessionären oder Lieferanten in den übrigen Ländern des Gemeinsamen Marktes beliefern zu lassen, nicht schmälern;
- d) den Vertrieb von Maschinen, die mit den im Alleinverkaufsvertrag erfaßten Erzeugnissen in Wettbewerb treten können, durch den Konzessionär von der vorherigen Genehmigung des Konzedenten abhängig machen?

2. Erstreckt sich die Nichtigkeit nach Artikel 85 Absatz 2 des Vertrages von Rom auf den gesamten Vertrag, wenn dieser eine nach Absatz 1 des gleichen Artikels untersagte Klausel enthält, oder kann sie sich unter Umständen auf die verbotene Klausel beschränken?"

Gemäß Artikel 20 des EWG-Statuts unseres Gerichtshofes wurde dieses Urteil den am nationalen Verfahren beteiligten Parteien, den Mitgliedstaaten, dem Rat und der Kommission zugestellt. Von ihnen haben schriftlich und mündlich Stellung genommen die Parteien des französischen Prozesses und die EWG-Kommission. Ihre mit großem Eifer und in aller Ausführlichkeit vorgetragenen Standpunkte weisen eine erhebliche Gegensätzlichkeit auf. Sie zeigen uns deutlich, daß wir es mit einer rechtlich wie wirtschaftlich bedeutsamen Frage zu tun haben, deren Beantwortung unter vielerlei Gesichtspunkten erwogen werden muß.

Wenn ich nunmehr versuche, auf die gestellten Fragen eine Antwort zu finden, so ist es allerdings zunächst erforderlich, auf zwei Vorfragen einzugehen, die von der Société Technique Minière aufgeworfen wurden. Erst danach können wir uns — in der vom vorlegenden Gericht gewählten Reihenfolge — den eigentlichen Interpretationsaufgaben zuwenden, um zu sehen, welche der verschiedenen, uns vorgetragenen Auffassungen als zutreffend anerkannt werden kann.

## Zur Beantwortung der Fragen

### I. Vorfragen

1. Verlangen die gestellten Fragen eine Rechtsanwendung auf den Einzelfall?

In erster Linie hat die Société Technique Minière schriftlich und mündlich die Sorge geäußert, die in dem Urteil der Cour

d'Appel de Paris gewählte Formulierung der Auslegungsfragen könne den Europäischen Gerichtshof über eine Interpretation hinaus zur Rechtsanwendung auf den Einzelfall zwingen.

Dies wäre in der Tat nicht zulässig, wie der Gerichtshof unter anderem in der Rechtssache 20/64 hervorgehoben hat, d.h. wir können im Rahmen von Artikel 177 Absatz 1 Buchstabe a und Buchstabe b zweiter Teil nicht die Feststellung treffen, ein konkreter Sachverhalt (hier: eine Vereinbarung zwischen Unternehmen) erfülle die Voraussetzungen von Artikel 85 Absatz 1 und löse damit bestimmte Rechtsfolgen aus. Vielmehr ist es uns lediglich gestattet, in generalisierender Weise die Deutung von Sinn und Zweck dieser Vorschrift in der Art der Festlegung zusätzlicher allgemeiner Regeln vorzunehmen, auch wenn unsere Aufgabe dabei limitiert ist im Hinblick auf eine bestimmte Problemstellung, auf einen oder mehrere Aspekte aus einem umfassenden Fragenkreis.

Mehr allerdings wird von uns auch im vorliegenden Fall aufgrund der Fragen der Cour d'Appel de Paris, wenn man sie richtig versteht, nicht erwartet. Dies zeigt die abstrahierende Form der Fragestellung. In ihr werden Formulierungen verwendet ähnlich denen gewisser Kartellverordnungen (Verordnung der Kommission Nr. 153/62, Verordnung des Rates Nr. 19/65), deren Rechtssatzcharakter niemand bestreiten kann. Nach ihrer Beantwortung wird es sich gegebenenfalls für den nationalen Richter noch als notwendig erweisen, weitere Tatsachenfeststellungen oder Tatsachenwürdigungen vorzunehmen, womit gezeigt ist, daß nicht wir, sondern der nationale Richter Rechtsanwendung zu betreiben hat. — Nach zutreffender Auffassung wäre aber selbst eine konkretere Fragestellung durch den nationalen Richter nicht schädlich, etwa die Vorlegung der eigentlichen Subsumtionsfrage aus dem nationalen Prozeß. Auch in solchen Fällen ist der Europäische Gerichtshof nicht zur Zurückweisung des Vorlageersuchens gezwungen, vielmehr kann er — was schon wiederholt geschehen ist — aus der konkreten Fragestellung diejenigen abstrakten Fragen herauschälen, für deren Beantwortung er Kompetenz hat.

Die Formulierung der Vorlagefragen gibt daher in keinem Fall zu Bedenken Anlaß.

## 2. Bedarf die Fragestellung einer Modifizierung durch den Europäischen Gerichtshof?

In der Darstellung des Sachverhalts habe ich gezeigt, daß die Cour d'Appel de Paris unter mehreren Gesichtspunkten eine Charakterisierung des Absprachetyps vorgenommen hat, zu dem eine Interpretation des EWG-Kartellrechts geliefert werden soll. Vor allem wurde hervorgehoben, es seien Vereinbarungen zu beurteilen,

die dem Konzessionär kein Exportverbot auferlegen und die Parallelimporte in das Vertragsgebiet nicht ausschließen.

Dazu bemerkt die Société Technique Minière, in Wahrheit ergebe eine Auslegung der von ihr mit der Maschinenbau Ulm getroffenen Vereinbarung unter Berücksichtigung des Handelsbrauchs, daß den Parteien implizite die Verpflichtung obliege, den Gebietschutz zu sichern, d.h. dem Alleinvertreter ein Absatzmonopol zu garantieren. So müsse angenommen werden, den Konzessionär treffe die Verpflichtung, Exporte aus seinem Vertragsgebiet zu unterlassen, während der Konzedent verpflichtet sei, seine Konzessionäre in anderen Vertragsgebieten von Importen in das Vertragsgebiet der Société Technique Minière abzuhalten. Diese Tatsachen habe der Gerichtshof bei der Auslegung von Artikel 85 Absatz 1 und bei der Deutung der Kartellrechtsverordnungen der Gemeinschaft zu berücksichtigen.

Auch in diesem Punkt erscheint mit jedoch die Auffassung der Société Technique Minière nicht zutreffend. Die Auslegung der zwischen den Parteien des nationalen Prozesses getroffenen Vereinbarung ist ausschließlich Sache des nationalen Gerichtes. Wenn dieses Gericht dabei zu der Auffassung gelangt, es seien nur genau bezeichnete Schlußfolgerungen am Platze, dann haben wir uns daran zu halten und die darauf basierende Fragestellung nicht zu modifizieren. In den folgenden Auslegungsbemühungen werde ich daher nur diejenigen Charakteristika einer Alleinvertriebsvereinbarung berücksichtigen, die uns die Cour d'Appel de Paris angeeignet hat.

Weitere Vorfragen sehe ich nicht, so daß wir uns jetzt der Beantwortung der Hauptfragen zuwenden können.

## II. *Zu den gestellten Fragen*

### Die erste Frage

Die Formulierung der ersten Frage brauche ich nicht zu wiederholen; sie ist aus der Schilderung des Sachverhalts in Erinnerung.

Bei ihrer Beantwortung erscheint es mir sinnvoll, zunächst einzugehen auf die von der Société Technique Minière geäußerte extreme Auffassung, da deren formalistische Deduktionen eine verhältnismäßig einfache und schnelle Prüfung erlauben.

Die Société Technique Minière bezieht sich für ihren Standpunkt auf die Kommissionsverordnung Nr. 153/62 über das vereinfachte Anmeldeverfahren für bestimmte Absprachen und auf den Inhalt des dazu festgelegten Formblatts B 1. Ihrer Ansicht nach läßt

sich aus diesen Texten ableiten, daß sie gerade Abmachungen der Art erfassen sollen wie sie in den Fragen der Cour d'Appel de Paris gekennzeichnet sind und daß die Kommission für derartige Vereinbarungen eine Notifizierungspflicht festgelegt habe. Ihr weiterer Gedankengang sieht dann so aus: Absprachen, für die eine Notifizierungspflicht gilt, sind in Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages visiert. Eine Beurteilung im Einzelfall durch die nationalen Instanzen kann nicht erfolgen, vielmehr sind diese bei fehlender Notifizierung zu der Feststellung gezwungen, die betreffenden Vereinbarungen seien nichtig. — An diese, von ihr selbst gewählte authentische Interpretation des EWG-Kartellrechts sei die Kommission solange gebunden, als die Rechtmäßigkeit ihrer Verordnung Nr. 153/62 nicht in Frage gestellt werde.

Mir scheint indessen, daß sich der Standpunkt der Société Technique Minière nicht mit guten Gründen vertreten läßt, und zwar nicht nur deshalb, weil sich die Kommission selbst, also der „Gesetzgeber“ der Verordnung Nr. 153/62 von ihr distanziert, sondern aus objektiven, zwingenden Gründen.

Richtigerweise ist auszugehen von der Ratsverordnung Nr. 17/62, also der ersten Durchführungsverordnung zum Kartellrecht des EWG-Vertrags, in deren Artikel 9 Absatz 3 ausdrücklich bestimmt ist, die Behörden der Mitgliedstaaten seien solange zuständig, Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages anzuwenden, als die Kommission kein Verfahren nach den Artikeln 2, 3 oder 6 der Verordnung Nr. 17 eingeleitet hat. Damit ist im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 1 ein Beurteilungs- und Prüfungsrecht der nationalen Behörden, also auch der nationalen Gerichte anerkannt, ein Beurteilungsrecht, das deswegen natürlich erscheint, weil die nationalen Instanzen — wie der Vertreter der Maschinenbau Ulm GmbH hervorgehoben hat — im allgemeinen aus größerer Nähe und mit nicht geringerer Kenntnis des Sachverhaltes eine Untersuchung vornehmen können als die Kommission. — Der Kommission dagegen ist die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 vorbehalten. Zu diesem Zweck haben die Artikel 4 und 5 der Verordnung Nr. 17 ein Anmeldeverfahren vorgeesehen und allein in diesem Rahmen wurde der Kommission durch Artikel 24 der Verordnung Nr. 17 die Kompetenz zum Erlaß von Ausführungsverordnungen über Form, Inhalt und andere Einzelheiten der Anmeldung übertragen. Demnach kann die Verordnung Nr. 153 nicht den Sinn haben, einen absoluten Notifizierungszwang zu statuieren, vielmehr wird in ihr stillschweigend davon ausgegangen, die Notifizierungspflicht gelte nur insoweit, als Artikel 85 Absatz 1 überhaupt zur Anwendung kommen und infolgedessen eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 erwogen werden könne. — Wenn die Kommission im vorliegenden Verfahren in Übereinstimmung mit dieser Auffassung, die sich übrigens auch in einem

Vorbehalt des Formblatts B 1 ausdrückt, eine Beurteilung von Kartellrechtsfällen durch die nationalen Gerichte unter dem Gesichtspunkt der Kriterien des Artikels 85 Absatz 1 nicht ausgeschlossen hat, so kann ihr nicht nachgesagt werden, sie habe nunmehr abweichend von der Verordnung Nr. 153 neue Kriterien für die Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen eingeführt. In Wahrheit hat sie lediglich die Verordnung Nr. 153 in einer Weise interpretiert, die objektiv im Einklang steht mit Artikel 85 des Vertrages und der Ratsverordnung Nr. 17/62.

Dementsprechend erscheint es nicht richtig, der Cour d'Appel de Paris eine formalistische Beurteilung des Alleinvertriebsvertrags der Société Technique Minière und der Maschinenbau Ulm allein unter dem Gesichtspunkt der unterbliebenen Notifizierung aufzugeben. Vielmehr wird es unsere Aufgabe sein, eine materielle Interpretation der einzelnen Elemente des Artikels 85 Absatz 1 vorzunehmen, mit deren Hilfe das nationale Gericht sodann feststellen muß, ob die konkrete Vereinbarung von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt wird oder nicht.

Drei Kriterien sind bei dieser Interpretation — wie ich schon im Verfahren 32/65 hervorgehoben habe — näher zu betrachten:

- Was sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen?
- Wann kann davon gesprochen werden, daß eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckt oder bewirkt wird?
- Was ist zu verstehen unter Eignung zur Beeinträchtigung des Handels unter den Mitgliedstaaten?

Wie sie *in grundsätzlicher Weise* im Hinblick auf Alleinvertriebsverträge zu verstehen sind, habe ich ausführlich in dem von der italienischen Regierung gegen den Ministerrat der EWG eingeleiteten Verfahren dargelegt.

Um Wiederholungen in der Argumentation zu vermeiden, darf ich jetzt auf diese Deduktionen verweisen und lediglich die gewonnenen Ergebnisse noch einmal in Erinnerung rufen. Das heißt:

— Alleinvertriebsverträge eines Produzenten mit Eigenhändlern, also Kaufleuten, die auf eigene Rechnung und eigenes Risiko handeln, sind „Vereinbarungen zwischen Unternehmen“ im Sinne des Artikels 85 Absatz 1; (ob „Vereinbarung“ die Gesamtheit vertraglicher Absprachen bedeutet oder nur einzelne, wettbewerbsrechtlich relevanten Klauseln, ist im gegenwärtigen Zusammenhang noch nicht zu untersuchen).

— Da der EWG-Vertrag von einem weiten Wettbewerbsbegriff ausgeht und keinen Unterschied macht zwischen horizontalen und vertikalen Absprachen, sind auch die mit den letzteren verbundenen Wettbewerbsbeeinträchtigungen für Artikel 85 relevant.

Solche Wettbewerbsbeeinträchtigungen sind vorstellbar bei Alleinvertriebsabkommen der uns geschilderten Art im Hinblick auf exklusive Liefer- und Bezugspflichten und zwar auch dann, wenn anderen Konzessionären Exportverbote nicht auferlegt sind und der Alleinvertriebsberechtigte außerhalb seines Vertragsgebiets tätig werden darf.

— Eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist nur anzunehmen bei *negativer* Beeinflussung, wobei freilich die quantitative Zunahme des Warenaustauschs zur Verneinung dieses Kriteriums nicht ausreicht. Da Alleinvertriebsverträge eine Reglementierung des zwischenstaatlichen Handels in der Form der Konzentrierung auf einen Absatzweg bezwecken, können sie — verglichen mit der zu einem bestimmten Integrationszeitpunkt als normal anzusehenden Situation — auch das Kriterium der Handelsbeeinträchtigung erfüllen.

Während nun aber die Société Technique Minière in ihren Hilfs-erwägungen (zu ihrer Hauptansicht habe ich mich schon geäußert) weitergehende Feststellungen nicht für notwendig hält, d.h. von der Schaffung eines unerwünschten Monopols spricht, wenn die bisher angestellten Erwägungen eine Wettbewerbsbeeinträchtigung vermuten lassen und dies mit der Begründung, ähnlich wie im Deliktsrecht sei nach Artikel 85 Absatz 1 auch die geringste Wettbewerbsbeeinträchtigung zu sanktionieren, machen die Kommission und die Maschinenbau Ulm GmbH in verschiedenem Umfang den Versuch, von einer starren, prinzipiellen Betrachtung abzugehen. So reicht nach Ansicht der Kommission nicht eine theoretische Wettbewerbsbeeinträchtigung aus, vielmehr muß eine *spürbare* Beeinträchtigung zu verzeichnen sein. Die Maschinenbau Ulm GmbH geht sogar so weit, Artikel 85 Absatz 1 stets dann auszuschließen, wenn trotz Vorliegens einer Absprache ein *funktionsfähiger* Wettbewerb verbleibt.

Diese Anstrengungen verdienen Zustimmung, weil es unangemessen erscheinen müßte, jede kleinste Wettbewerbsbeeinträchtigung, sei sie bezweckt oder auch nur bewirkt, unter das strenge Verbot des Artikels 85 Absatz 1 zu subsumieren und Freistellungen nur gemäß Absatz 3 zu gewähren. Immerhin muß es zu denken geben, daß eines der strengsten europäischen Kartellrechte, das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Alleinvertriebsverträge nach § 18 grundsätzlich für unbedenklich erklärt und ein Einschreiten der Kartellbehörde u.a. nur erlaubt, wenn der Wettbewerb auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen *wesentlich* beeinträchtigt wird.

Gegen den Standpunkt der Kommission und der Maschinenbau Ulm kann auch nicht — wie es die Société Technique Minière versucht — eingewendet werden, die Einführung einer derartigen

„rule of reason“ (um es einmal so zu nennen) bringe, da ihre Anwendung vielfach in die Hände des nationalen Richters gelegt ist, die Gefahr einer divergierenden Rechtsentwicklung in den verschiedenen Mitgliedstaaten, ja sogar in ein und demselben Mitgliedstaat mit sich. Haben wir doch, wie gerade das vorliegende Verfahren zeigt, in Artikel 177 des Vertrages ein wertvolles Mittel, solchen Gefahren durch die schrittweise Erarbeitung von Interpretations-Kriterien durch den Europäischen Gerichtshof zu begegnen.

Sicher aber wird es nicht leicht sein, das erwähnte Prinzip in angemessener Weise zu artikulieren und genau anzugeben, wie weit der nationale Richter in der Nichtberücksichtigung kleinerer Wettbewerbsverstöße gehen kann. Zu weit führt meines Erachtens die Ansicht der Maschinenbau Ulm GmbH, Artikel 85 Absatz 1 müsse stets dann ausscheiden, wenn *ein funktionsfähiger* Wettbewerb noch übrig bleibe, weil derartige Überlegungen offensichtlich erst im Zusammenhang mit der Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 (siehe Buchstabe b) anzustellen sind. — Umgekehrt erscheint der Standpunkt der Kommission *zu eng*, da sie sich für die Feststellung „spürbarer“ Wettbewerbsbeeinträchtigungen mit Vermutungen begnügen will oder mit Parteierklärungen im nationalen Verfahren, ohne dem nationalen Richter eine konkrete Marktbeurteilung aufzugeben. — Das richtige Maß wird in der Mitte zwischen diesen Auffassungen zu suchen sein, d.h. man wird für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 eine *nennenswerte* Beeinträchtigung der Wettbewerbsverhältnisse verlangen müssen, die entweder tatsächlich gegeben ist oder für deren Eintreten konkrete Tatsachen sprechen.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß tatsächlich kleineren Unternehmen das Eindringen in einen fremden Markt häufig nicht möglich ist ohne eine Zusammenfassung des Angebots in einer Hand, insbesondere wenn es um Waren geht, die vor dem Absatz einer Montage bedürfen und für die die Unterhaltung eines Reparaturdienstes und Ersatzteillagers notwendig erscheint. Ein Vergleich mit der Marktsituation, wie sie ohne die Alleinvertriebsvereinbarung bestehen würde, kann hier zu der Feststellung führen, gerade das Fehlen einer Absprache bringe, weil es mit der Verringerung des Angebots verbunden ist, eine Verringerung des Wettbewerbs mit sich. Wenn es, wie in unserem Fall, nicht einmal dem Alleinvertriebshändler gelungen ist, für die von ihm betreuten Waren Absatz auf dem Markt zu finden, würde sich die Situation für diese Waren bei einer Aufspaltung des Angebots wohl kaum verbessern.

Zu bedenken ist sodann, daß die Bezugsbindung des Konzessionärs, die sich in dem uns vorgelegten Vertragstyp findet, für den Wettbewerb häufig deshalb ungefährlich ist, weil nur wenige Fälle vorstellbar sind, in denen bestimmten Produkten der Zugang

zum Markt nur durch einen einzigen Fachmann wirkungsvoll gesichert werden kann.

Immer noch im Rahmen der vom nationalen Gericht anzustellenden Überlegungen wäre zu berücksichtigen, daß die uns interessierenden Alleinvertriebsverträge Parallelimporte in das Vertragsgebiet nicht ausschließen, daß also wenigstens in einem gewissen Umfang der Alleinvertriebshändler der Konkurrenz von Händlern mit gleicher Ware ausgesetzt ist. — Schließlich darf die Konkurrenz gleichartiger Waren nicht außer Betracht bleiben, und zwar entgegen der Auffassung der Kommission nicht nur bei Massengütern, sondern auch bei hochspezialisierten Geräten, die unter einer Marke verkauft werden und die — in einem gewissen Umfang — zur Bildung von Verbrauchspräferenzen führen können. Es kann sich nämlich bei einer realen Marktbetrachtung ergeben, daß auch in diesem Bereich zwischen den Produkten verschiedener Erzeuger eine heftige Konkurrenz stattfindet, eine Konkurrenz, angesichts deren die Ausschaltung des Wettbewerbs zwischen den Waren eines Erzeugers bedeutungslos erscheinen muß. Insofern können für den vorliegenden Fall die Angaben der Maschinenbau Ulm GmbH über die Zahl und Stärke der auf dem französischen Markt auftretenden Anbieter und ihren eigenen erstrebten Marktanteil wertvolle Aufschlüsse geben.

Wenn sich nach einer solchen Prüfung, mit der die nationalen Gerichte überfordert sind, die vielmehr angemessen erscheint, soll nicht die Vorschrift des Artikels 9 der Verordnung Nr. 17 ihres Sinnes beraubt werden, wenn sie nach alledem zeigt, daß trotz Vorliegens einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung die Wettbewerbsverhältnisse insgesamt nur unerheblich beeinflußt werden, dann dürfen für Alleinvertriebsverträge, die grundsätzlich unter Artikel 85 Absatz 1 fallen können, Rechtsfolgen aus dieser Vorschrift nicht abgeleitet werden.

Entsprechendes gilt — um vollständig zu sein — für das Kriterium „Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“. Auch hier kann man sich nicht auf eine theoretische Betrachtung von Vertragsklauseln beschränken, wie es die Société Technique Minière für richtig hält, indem sie erklärt, *in aller Regel* beeinträchtigten Exklusivverträge den zwischenstaatlichen Handel. Vielmehr dürfte es angezeigt sein, solche Beeinträchtigungen für irrelevant zu erklären, wenn sie nur einen unerheblichen Umfang aufweisen. Dieser Ansicht ist auch die Kommission, freilich ohne daraus alle notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Diese bestehen nämlich nach richtiger Auffassung darin, für das zweite Kriterium gleichfalls eine Marktuntersuchung zu verlangen, also die Marktsituation vor Abschluß der Vereinbarung mit der nach Abschluß der Vereinbarung zu vergleichen. Ein solcher Vergleich ist nament-

lich dann nicht unzumutbar, wenn man es nicht mit künftig zu realisierenden, sondern schon in der Vergangenheit existierenden Abmachungen zu tun hat, weil hier die tatsächlichen Erfahrungen der Vergangenheit zu einer Vermutung über die Gestaltung künftiger Auswirkungen berechtigen.

Dabei kann sich etwa die Erkenntnis ergeben, daß Alleinvertriebsverträge in einer bestimmten Situation und Integrationsstufe den zwischenstaatlichen Handel mit einer Ware überhaupt erst ermöglichen (z.B. wenn es sich um schwache und kleine Unternehmen handelt, die sich den Zugang zu einem fremden Markt gegen eine bedeutende Konkurrenz erkämpfen müssen). Auch kann die Tatsache, daß ein Alleinvertriebsvertrag Parallelimporte nicht ausschließt, zu der Feststellung zwingen, die beabsichtigte Konzentration des zwischenstaatlichen Handels auf einen Konzessionär werde durch andere Importe so weitgehend ausgeglichen, daß von einer ernsthaften Verfälschung der internationalen Handelsbeziehungen nicht mehr zu sprechen ist. — In einer solchen Situation aber wäre es unnatürlich, die Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 1 zu bejahen und allein über Artikel 85 Absatz 3 mit einer Freistellung Abhilfe zu gestatten.

Mehr an allgemeiner Rechtsinterpretation kann — wie ich glaube — zu der ersten uns vorgelegten Frage vom Europäischen Gerichtshof nicht gegeben werden, soll er sich nicht dem Vorwurf aussetzen, er selbst betreibe anstelle des nationalen Gerichts Rechtsanwendung. Die gegebenen Hinweise dürften aber für das vorliegende Gericht ausreichend sein zur Beurteilung des ihm unterbreiteten Sachverhalts.

#### Zur zweiten Frage

Die zweite Frage, deren Wortlaut ich gleichfalls nicht wiederholen will, hat für den nationalen Richter nur Bedeutung, wenn sich nach der von ihm durchzuführenden Prüfung ergibt, daß zumindest einige Klauseln des Alleinvertriebsvertrags Maschinenbau Ulm — Société Technique Minière unter Artikel 85 Absatz 1 fallen.

Mit ihr wird — um dies klarzustellen — allein gefragt, ob sich die eventuelle Nichtigkeitsfolge auf die Wettbewerbsabsprachen im eigentlichen Sinne beschränkt oder ob sie den Vertrag in seiner Gesamtheit erfaßt. Demnach haben wir uns nicht — wozu sich die Société Technique Minière geäußert hat — mit der *zeitlichen* Begrenzung der Nichtigkeit zu befassen, insbesondere mit der Festlegung des Zeitpunkts, von dem an die Nichtigkeit allenfalls eintreten könnte.

Auch zu der zweiten Frage gehen die Auffassungen weit auseinander, jedenfalls was die Société Technique Minière einerseits und

die Maschinenbau Ulm GmbH sowie die Kommission andererseits angeht (wobei allerdings der Standpunkt der Kommission nicht in allen Teilen völlig klar und widerspruchsfrei erscheint).

Meines Erachtens bereitet die Beantwortung der Frage mit Rücksicht auf die Vertragsziele keine besonderen Schwierigkeiten. Es ist davon auszugehen, daß der Vertrag nur das untersagt, was für die Verwirklichung seiner Prinzipien schädlich sein könnte. Das sind im vorliegenden Fall Wettbewerbsbehinderungen internationalen Charakters von einer gewissen Erheblichkeit. Andere Vorgänge, die damit verbunden sein können, haben für den Vertrag — jedenfalls nach Artikel 85 — keine Bedeutung. Damit steht nach meiner Auffassung fest, daß nur diejenigen Teile einer Absprache nach Artikel 85 Absatz 2 nichtig sein können, von denen eine Wettbewerbsbeschränkung ausgeht, die als wesentliche Ursachen für die Wettbewerbsbeeinträchtigung zu gelten haben. Weiterreichende Folgen erscheinen mir nicht gerechtfertigt, zumal da es häufig vom Zufall abhängt, welche Vereinbarungen die Parteien im Zusammenhang mit einer Wettbewerbsbeschränkung noch treffen und in dasselbe Vertragsinstrument aufnehmen. Insbesondere dürfte der von der Société Technique Minière vorgetragene Gedanke abwegig sein, die Gesamtnichtigkeit eines Vertrages rechtfertige sich unter dem Gesichtspunkt der *Bestrafung* von Unternehmen, die gegen das Wettbewerbsprinzip verstoßen. Derartige Überlegungen sind auch im nationalen Kartellrecht nicht anzutreffen. Sie rechtfertigen sich unter keinem Gesichtspunkt, wenn es sich um Absprachen handelt, die *vor* Erlaß der Verordnung Nr. 17 getroffen worden sind. — Auch die Tatsache, daß für eine Anmeldung zum Zwecke der Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 die Vorlegung des Gesamtinhalts einer Abmachung erforderlich sein kann, damit wettbewerbsfördernde und wettbewerbsbeeinträchtigende Klauseln gegeneinander abgewogen werden können, zwingt offensichtlich zu keinem anderen Resultat, eben weil sich die Prüfung nach Artikel 85 Absatz 3 in ihrem Wesen unterscheidet von der Prüfung der Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1. — Schließlich vermag ich auch unüberwindliche Schwierigkeiten nicht in der Tatsache zu erblicken, daß gelegentlich die Bestimmung der Klauseln, die für eine Wettbewerbsbeschränkung von Bedeutung sind, kompliziert sein kann, insbesondere wenn sich erst aus einem Zusammenspiel mehrerer Klauseln die Wettbewerbsbeschränkung ergibt. Wenn man nämlich — was zu Recht geschieht — dem nationalen Richter prinzipiell eine Prüfung der Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 zutraut, wird man ihm auch die erwähnte Abgrenzungsaufgabe anheim geben können und dies nicht zuletzt im Hinblick auf Artikel 177 des EWG-Vertrags, der hier unter Umständen durch Vorabentscheidungen unseres Gerichtshofes Hilfe leisten kann.

Demnach bleibt es dabei, daß das Wettbewerbsrecht des Vertrages grundsätzlich nur diejenigen Teile einer Absprache mit der Nichtigkeitsfolge belegt, die wettbewerbsrechtlich von Bedeutung sind. Im übrigen besteht meines Erachtens kein Bedürfnis, die Frage gemeinschaftsrechtlich, d.h. einheitlich für alle Mitgliedstaaten zu lösen, welche Wirkungen sich aus der Teilnichtigkeit einer Absprache für die Gesamtheit vertraglicher Abmachungen ergeben. Hier kann das maßgebliche nationale Recht (zu bestimmen nach den Regeln des internationalen Privatrechts) das Feld beanspruchen, im vorliegenden Falle etwa der Artikel 1172 des französischen Code civil.

### III. Zusammenfassung

Insgesamt würde sich damit folgende Beantwortung der gestellten Fragen ergeben:

1. Alleinvertriebsverträge der von der Cour d'Appel de Paris charakterisierten Art können unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages fallen. Da jedoch eine rein theoretische Erfüllung der Voraussetzungen des Artikels 85 für seine Anwendung nicht ausreicht, hat das nationale Gericht die realen oder ernsthafterweise zu erwartenden Auswirkungen einer Vereinbarung zu berücksichtigen und im Einzelfall zu prüfen, ob die Wettbewerbsbeeinträchtigung und die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels einen nennenswerten Umfang annehmen. Kommt das Gericht zu der Auffassung, dies sei der Fall, so steht die Nichtigkeit der getroffenen Abmachungen mit Rücksicht auf die Versäumung der in Artikel 5 der Verordnung Nr. 17 festgelegten Anmeldefrist fest.

2. Die Nichtigkeit umfaßt in diesem Falle nicht die Gesamtheit der Absprachen, sondern grundsätzlich nur diejenigen Klauseln, die wettbewerbsrechtlich von Bedeutung sind. Im übrigen richtet sich die Beurteilung der Absprache nach nationalem Recht.