

3. Die kollektive Freistellung bestimmter Gruppen von Vereinbarungen durch die Verordnung Nr. 67/67 greift nicht ein, wenn eine Vereinbarung dem Konzessionär untersagt, die fraglichen Waren in andere Mitgliedstaaten wiederauszuführen.
4. Die Nichtigkeit nach Artikel 85 Absatz 2 des Vertrages ist absolut. Eine nichtige Vereinbarung erzeugt daher keine Wirkungen in den Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragspartnern und kann Dritten nicht entgegengehalten werden.

Zur zweiten Frage

5. Ein Einfuhr- oder Ausfuhrgeschäft als solches kann nicht unter die Verbotsvorschrift des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages fallen.

Lecourt	Mertens de Wilmars	Kutscher	
Donner	Trabucchi	Monaco	Pescatore

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 25. November 1971.

Der Präsident

R. Lecourt

Der Kanzler

A. Van Houtte

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
ALAIN DUTHEILLET DE LAMOTHE
VOM 28. OKTOBER 1971¹

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

Die Firma Béguelin ist eine belgische Import-Export-Gesellschaft. Sie schloß am 1. März mit der japanischen Firma Oshawa einen Vertrag,

durch den ihr für Gasfeuerzeuge, welche diese Firma unter der Marke „Win“ herstellt, die Alleinvertretung für Frankreich und Belgien übertragen wurde. Einige Tage später gründete die Firma Béguelin/Belgien in Frankreich eine vollständig von ihr beherrschte Tochterge-

1 — Aus dem Französischen übersetzt.

sellschaft, die Firma Béguelin/Frankreich, auf welche die Alleinvertretung der Oshawa für Frankreich mit Vertrag vom 25. März 1967 übertragen wurde.

Etwas später räumte die Firma Oshawa die Alleinvertretung der Marke „Win“ für die Bundesrepublik Deutschland der deutschen Firma Marbach ein.

Im Jahre 1969 kaufte eine französische Import-Export-Gesellschaft, die Firma G. L. Import Export in Nizza, von der Firma Marbach einen Posten von 18 000 Feuerzeugen der Marke „Win“, die Eigentum der Firma Marbach, aber von dieser im Zollager Hamburg belassen worden waren. Diese Feuerzeuge begann die Firma G. L. Import Export auf dem französischen Markt zu vertreiben, nachdem sie ihr nach Frankreich geliefert worden waren.

Die Firma Béguelin/Belgien und Béguelin/Frankreich erfuhren hiervon und erhoben alsbald vor dem Tribunal de commerce Nizza gegen die Nizzaer Firma G. L. Import Export und die deutsche Firma Marbach Klage auf

- Untersagung des Vertriebs der Feuerzeuge der Marke „Win“, welche die Firma G. L. Import Export gekauft hatte, im französischen Hoheitsgebiet bei Meidung einer Geldstrafe,
- und auf Zahlung von Schadensersatz wegen unlauteren Wettbewerbs an die beiden Firmen Béguelin.

Die Firmen Béguelin stützten ihre Ansprüche im wesentlichen auf ihre Alleinvertriebsverträge mit Oshawa.

Die beklagten Firmen des Ausgangsverfahrens erhoben jedoch vor dem Tribunal de commerce den Einwand der Nichtigkeit der herangezogenen Vereinbarungen nach Artikel 85 EWGV.

Bei diesem Sachstand hat Sie das Tribunal de commerce Nizza nach Artikel 177 EWGV mit den Ihnen vorliegenden Fragen befaßt.

Zu diesen Fragen sind zwei Vorbemerkungen erforderlich.

1) Es ist ein wenig bedauerlich, daß das Tribunal de commerce Nizza, das hierzu allein zuständig ist, in seinem Zwischenurteil, mit dem es Sie anruft, die Verträ-

ge, um die es geht, nicht in dem Punkte ausgelegt hat, ob sie eine absolute Gebietsschutzklausel enthalten oder nicht.

Über diesen Punkt hat es in der mündlichen Verhandlung vor Ihnen eine Auseinandersetzung gegeben.

Der Vertreter der Firma G. L. Import Export und der Bevollmächtigte der Kommission sind der Meinung, eine solche absolute Gebietsschutzklausel sei in Artikel 9 Buchstabe b der Verträge enthalten, der Vertreter der Firmen Béguelin vertritt offenbar die entgegengesetzte Ansicht.

Eine Entscheidung in der Hauptsache des Rechtsstreits steht Ihnen nicht zu.

Sie werden also meines Erachtens die Antwort, die Sie dem Nizzaer Gericht geben, so fassen müssen, daß es über die Rechtslage auch dann aufgeklärt wird, falls nach seiner Ansicht die Bestimmungen der umstrittenen Verträge einen absoluten Gebietsschutz für die Konzessionärin vorsehen.

2) Das Nizzaer Gericht hat in dem sehr löblichen Bestreben, Sie vollständig zu unterrichten, im Tenor seines Urteils vielleicht Tat- und Rechtsfragen ein wenig vermischt.

Hieran haben die Vertreter einiger Parteien des Ausgangsverfahrens Auseinandersetzungen über Tatfragen geknüpft, die meines Erachtens mit den Ihnen vorgelegten Fragen nichts zu tun haben.

Insbesondere ist geltend gemacht worden, für das Vorliegen des Tatbestands des Artikels 85 EWGV im vorliegenden Falle sei von entscheidender Bedeutung, daß die Ware bei dem streitigen Geschäft nicht aus dem Zollgebiet der Bundesrepublik Deutschland, sondern aus einer deutschen Freizone in das französische Zollgebiet ausgeführt worden sei.

Dieses Argument ist, wie ich meine, „in limite litis“ zurückzuweisen.

Artikel 85 des Vertrages und seine Durchführungsverordnungen, die einzigen vorliegend von Ihnen auszulegenden Texte, handeln nicht von Ein- oder Ausfuhrgeschäften, einzeln oder sogar in Gruppen genommen, sondern von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Be-

schlüssen von Unternehmensvereinigungen oder abgestimmten Verhaltensweisen, die diesen Geschäften zugrunde liegen und ihren rechtlichen Rahmen bilden.

Daher könnte die Tatsache, daß die dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende Einfuhr möglicherweise von einer Freizone aus erfolgt ist, vielleicht von Interesse sein, wenn das Problem, mit dem Sie befaßt sind, eine Verkehrsverlagerung betrafte; sie ist aber im Gegenteil bedeutungslos, wenn es ausschließlich die Anwendung des Artikels 85 und der dazu ergangenen Durchführungsbestimmungen betrifft.

Im Anschluß an diese beiden Vorbemerkungen schlage ich Ihnen vor, davon auszugehen, daß das Tribunal de commerce Nizza Ihnen eigentlich folgende fünf Fragen hat stellen wollen:

1. Fällt es in den Anwendungsbereich von Artikel 85 EWGV, wenn eine in einem Mitgliedstaat ansässige Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat eine Tochtergesellschaft gründet, um dort einen Alleinvertretungsvertrag zu nutzen, den vorher die Muttergesellschaft innehatte? Gilt dies insbesondere dann, wenn die Tochtergesellschaft von der Muttergesellschaft vollständig beherrscht wird?
2. Unter welchen Voraussetzungen wird ein Alleinvertretungsvertrag, den eine Firma aus einem Mitgliedstaat mit einer in einem dritten Staat ansässigen abschließt, von der Verbotsvorschrift und der Nichtigkeitssanktion des Artikels 85 EWGV erfaßt, wenn er eine absolute Gebietsschutzklausel enthält?
3. Unter welchen Voraussetzungen kann ein solcher Vertrag, wenn er in den Anwendungsbereich von Artikel 85 EWGV fällt, bis zum 1. Januar 1973 gemäß der Verordnung Nr. 67 vom Verbot und der Nichtigkeitssanktion freigestellt sein?
4. Wie vereinbaren sich die dem Schutz der Gewerbetreibenden gegen unlauteren Wettbewerb dienenden Bestimmungen des nationalen Rechts mit Artikel 85 EWGV?

5. Wirkt die in Artikel 85 Absatz 2 für die unter Artikel 85 Absatz 1 fallenden Verträge vorgesehene Nichtigkeit nur im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien oder kann sie auch gegenüber Dritten Wirkungen erzeugen?

Wie Sie sehen, meine Herren, sind die meisten mit diesen Fragen aufgeworfenen Probleme, ausgenommen die sich aus den Fragen 1, 4 und 5 ergebenden, in Ihrer Rechtsprechung schon sehr weitgehend ausgelöst.

I

Auf die erste Frage schlage ich Ihnen eine Antwort vor, die der von der Kommission vertretenen recht nahekommt.

Mit der Kommission bin ich der Auffassung, daß es nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 85 EWGV fällt, wenn ein Unternehmen aus einem Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat eine vollständig von ihm beherrschte Tochterfirma gründet, deren hauptsächlichster Geschäftszweck in der Nutzung einer Alleinvertretungskonzession besteht, die vorher die Mutterfirma für beide Mitgliedstaaten innehatte.

Denn betrachtet man nacheinander die verschiedenen Abschnitte der Abwicklung eines derartigen Rechtsgeschäfts, so stellt man meines Erachtens fest, daß in keinem Abschnitt wirklich eine „*Vereinbarung zwischen Unternehmen*“ oder ein Beschluß einer Unternehmensvereinigung vorliegt, wodurch der Wettbewerb beeinträchtigt werden könnte.

1. Was die Gründung der Gesellschaft anbelangt, so ist in ihr, mag sie auch einen Gesellschaftsvertrag zwischen mehreren Teilhabern erfordern, um den Anforderungen der nationalen Rechtsordnungen zu genügen, für sich allein noch keine Vereinbarung zwischen Unternehmen zu erblicken, wenn die Muttergesellschaft das gesamte oder nahezu gesamte Gesellschaftskapital hält und die Geschäftsführung vollständig beherrscht. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die neue Gesellschaft von Firmen, die bisher miteinander im Wettbewerb

standen, gerade zu dem Zweck gegründet würde, diesen Wettbewerb zu regeln. In diesem Falle hätte man es aber nicht mehr mit einer von einer einzigen Muttergesellschaft vollständig beherrschten Tochtergesellschaft, sondern mit einer Vereinbarung zwischen Unternehmen zu tun, die mittels eines Gesellschaftsvertrags getroffen würde und nach Artikel 85 zu prüfen wäre.

Im vorliegenden Fall zeigen die im Urteil des Tribunal de commerce getroffenen Tatsachenfeststellungen sehr klar, daß dieses Problem sich nicht stellt; Sie brauchen daher meines Erachtens auch nicht darauf einzugehen.

Die Gründung einer Tochtergesellschaft fällt unter diesen Umständen für sich allein daher nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 85.

2. Das gleiche gilt meiner Ansicht nach auch für den zweiten Abschnitt des Geschäfts: die Übertragung eines bis dahin von der Muttergesellschaft ausgeübten Alleinvertretungsrechts auf die Tochtergesellschaft.

Zunächst sei bemerkt, daß vorliegend der Akteninhalt nicht die Behauptung rechtfertigt, in diesem Abschnitt des Geschäfts sei eine Vereinbarung zwischen der Mutter- und der Tochtergesellschaft getroffen worden, wie es beispielsweise in einer Reihe von Fällen zutraf, welche die Kommission in Ausübung ihrer Befugnisse nach Artikel 85 Absatz 3 EWGV zu prüfen hatte.

Es scheint unmittelbar zwischen Béguelin/Frankreich und der japanischen Firma ein Vertrag abgeschlossen worden zu sein.

Diesen Umstand halte ich indessen für sich allein nicht für entscheidend, denn durch den Vertrag zwischen Béguelin/Frankreich und der japanischen Firma wurden Rechte auf Béguelin/Frankreich übertragen, die vorher Béguelin/Belgien zugestanden hatten, es war also selbstverständlich die Zustimmung dieses Unternehmens erforderlich, und es könnte daher angenommen werden, daß Béguelin/Belgien zumindest stillschweigend an

dem Vertrag zwischen Béguelin/Frankreich und Oshawa beteiligt war.

In jedem Falle kann aber, wie die Kommission bemerkt, keine Vereinbarung zwischen Unternehmen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EWGV vorliegen, wenn eine Muttergesellschaft ihr zustehende Rechte auf eine vollständig von ihr beherrschte Tochtergesellschaft überträgt oder dieser Übertragung zustimmt.

Es handelt sich dann in Wahrheit nicht um eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, sondern um eine interne Reorganisation des Mutterunternehmens.

Denn Artikel 85 Absatz 1 EWGV ist nur anwendbar, wenn die Vereinbarung zwischen Unternehmen geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

Selbstverständlich kann aber zwischen einer Muttergesellschaft und einer vollständig von ihr beherrschten Tochtergesellschaft kein Wettbewerb bestehen, der durch eine Vereinbarung zwischen diesen beiden Gebilden, die zwar rechtlich selbständig sind, aber wirtschaftlich eine Einheit ausmachen, beeinträchtigt werden könnte.

Endlich dürfte es auch praktisch nur unnötige Schwierigkeiten schaffen und weit über das von den Verfassern des Artikels 85 Gewollte hinausgehen, wenn der Entschluß eines in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmens, seinem Verkaufsbüro in einem anderen Mitgliedstaat die Rechtsform einer Gesellschaft zu geben, in den Anwendungsbereich von Artikel 85 EWGV einbezogen würde.

Im Ergebnis ist daher meines Erachtens die erste Frage wie folgt zu beantworten:

Es fällt nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 85 Absatz 1 EWGV, wenn ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat eine Tochtergesellschaft ohne jede wirtschaftliche Selbständigkeit gründet, um in diesem zweiten Mitgliedstaat für ein Erzeugnis eine Alleinvertriebskonzession zu nutzen, die vorher der Muttergesellschaft für beide Mitgliedstaaten zustand.

II

Zur zweiten Frage, inwieweit ein Alleinvertragsvertrag wie diejenigen, auf die sich die Firmen Béguelin vor dem Tribunal de commerce Nizza berufen, in den Anwendungsbereich von Artikel 85 EWGV fällt, ist Ihre Rechtsprechung jetzt schon sehr reichhaltig, was die anwendbaren allgemeinen Grundsätze betrifft.

1. Alleinvertriebsverträge fallen nicht schon ihrem Wesen nach notwendigerweise in den Anwendungsbereich von Artikel 85 Absatz 1 EWGV.

2. Insbesondere wenn sie absolute Gebietsschutzklauseln enthalten, können solche Vereinbarungen jedoch unter die genannte Vorschrift fallen, falls sie für sich allein oder gemeinsam mit Parallelverträgen zum einen geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und zum anderen eine spürbare Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

Diese Grundsätze sind dem Tribunal de commerce Nizza offenbar auch bekannt, ihre Anwendung bereitet ihm aber anscheinend aus zwei Gründen Schwierigkeiten:

A — Die erste dieser Schwierigkeiten werden Sie leicht ausräumen können.

Das Nizzaer Gericht scheint sich zu fragen, ob Artikel 85 EWGV auf einen Vertrag anwendbar sein kann, an dem eine Firma beteiligt ist, die ihren Sitz in einem dritten Lande hat.

Dieser Umstand ist aber auf die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 EWGV ohne Einfluß, wenn es sich um eine Vereinbarung handelt, die *innerhalb des gemeinsamen Marktes* Wirkungen erzeugt. Dieser Punkt ergibt sich meines Erachtens sehr klar aus Ihrem Urteil Sirena, mit dem Sie entschieden haben, daß das innerstaatliche Gericht die Frage der Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 auf Vereinbarungen zu prüfen hatte, die eine amerikanische Firma mit Unternehmen aus dem Gemeinsamen Markt verbanden.

B — Die zweite Schwierigkeit ist dagegen sehr ernstester Natur. Sie können dem innerstaatlichen Gericht helfen, sie zu überwinden, können sie aber nicht an seiner Stelle lösen.

Es handelt sich darum, ob der streitige Vertrag nicht eine jener Vereinbarungen ist, deren geringe Bedeutung zur Folge hat, daß sie nicht geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und daß sie auch keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes haben können.

Das Problem ist im vorliegenden Fall sehr heikel.

Denn einerseits könnten, wenn man von den Besonderheiten des Marktes absieht, der verhältnismäßig niedrige Betrag, auf den sich die Geschäfte belaufen, sowie die nur mittlere oder sogar geringe Größe der beteiligten Unternehmen — jedenfalls soweit sie in der Gemeinschaft ansässig sind —, die Annahme nahelegen, daß die in Rede stehenden Vereinbarungen tatsächlich von geringer Bedeutung sind.

Andererseits und im Gegenteil weist aber der Feuerzeugmarkt in der Gemeinschaft so ausgeprägte Besonderheiten auf, daß man sich fragen kann, ob nicht Verträge, die auf anderen Märkten nur eine sehr geringe Bedeutung hätten, auf diesem europäischen Feuerzeugmarkt ganz anders zu beurteilen sind.

Nur der Richter der Hauptsache kann diese Frage entscheiden.

Sie können ihm nur die Richtschnur an die Hand geben, indem Sie ihn auf das hinweisen, was Sie zu der bei seiner Entscheidung anzuwendenden Methode bereits erarbeitet haben.

Hierzu halte ich jedoch zwei Bemerkungen für angebracht:

1. Der Vertreter der Firma Béguelin hat zu diesem Punkt auf eine Bekanntmachung vom 27. Mai 1970 hingewiesen, in der die Kommission einige Anhaltspunkte dafür zu geben gesucht hat, wann eine Vereinbarung von geringer Bedeutung gegeben ist.

Dieses Vorbringen greift aber meines Erachtens aus drei Gründen nicht durch:

- a) Diese Bekanntmachung hat, wie sie selbst sagt, nur Hinweisscharakter. Sie schafft keine für die innerstaatlichen Gerichte oder auch nur für die Kommission verbindlichen Rechtsnormen, auf die sich die Parteien berufen könnten.
- b) Wie der Vertreter der Kommission ausgeführt hat, ist zweifelhaft, ob der vorliegende Fall einen der Tatbestände der Bekanntmachung erfüllt.
- c) Endlich ist es, wie ich soeben schon sagte und worauf ich Sie auch bereits in der Rechtssache Cadillon hinzuweisen die Ehre hatte, durchaus möglich, daß eine Vereinbarung wegen der Besonderheit des Marktes der Waren, um die es sich handelt, unter Artikel 85 EWGV fällt, selbst wenn sie nur geringe Warenmengen betrifft und auch wenn sie zwischen kleinen und mittleren Unternehmen getroffen wird.

2. Mit meiner zweiten Bemerkung will ich Sie gerade bitten, das Tribunal de commerce auf die Notwendigkeit aufmerksam zu machen, bei seiner Entscheidung die Besonderheit des Marktes der Waren zu berücksichtigen, um die es hier geht.

Ich schlage Ihnen deshalb folgende Antwort auf die zweite Frage vor:

- a) Obwohl ein Alleinvertriebsvertrag nicht schon seinem Wesen nach in den Anwendungsbereich von Artikel 85 Absatz 1 EWGV fällt, kann er dennoch, namentlich wenn er absolute Gebietsschutzklauseln enthält, von der Verbotsvorschrift und der Nichtigkeitssanktion dieses Artikels erfaßt werden, wenn er zum einen geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu beeinträchtigen, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes abträglich sein kann, und wenn er zum anderen eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs inner-

halb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt.

- b) Bei der Entscheidung darüber, ob diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die tatsächlichen Begleitumstände der Vereinbarung abzustellen; hierbei sind insbesondere etwaige parallele Vereinbarungen zwischen dem gleichen Lieferanten und anderen Verteilern, die Besonderheit des Marktes der Ware, um die es sich handelt, oder ähnlicher Waren sowie die Stellung der Beteiligten auf diesem Markt zu berücksichtigen.

III

Auf die dritte Frage (die etwaige Bedeutung der Verordnung Nr. 67/67 für die vorliegende Rechtssache) brauche ich nur kurz einzugehen.

1. Nach Auffassung der Kommission kommen die Bestimmungen von Artikel 1 der Verordnung Nr. 67/67 der Vereinbarung zwischen Oshawa und Béguelin/Frankreich nicht zugute, weil diese die Voraussetzungen von Artikel 3 der Verordnung nicht erfülle.

Gemäß diesem Artikel 3 Buchstabe b sind die Alleinvertretungsverträge von der in Artikel 1 vorgesehenen Ausnahme ausgeschlossen, „wenn die Vertragspartner es Zwischenhändlern oder Verbrauchern erschweren, sich die Vertragswaren bei anderen Händlern innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu beschaffen“.

Dies ist nun der Kommission zufolge bei der vorliegenden Vereinbarung der Fall, weil diese in ihrem Artikel 9 ein absolutes Gebietsschutzsystem vorsehe.

In rechtlicher Hinsicht ist die Auffassung der Kommission völlig zutreffend.

Aber auch wenn die Lösung offensichtlich zu sein scheint, dürfen Sie nicht anstelle des innerstaatlichen Gerichts über die Tragweite von Artikel 9 des umstrittenen Vertrages entscheiden.

Sie werden daher meines Erachtens Ihre Antwort abstrakter fassen müssen, als die Kommission es Ihnen vorschlägt.

2. Seit ihr die Verträge zwischen Oshawa und den Firmen Béguelin bekannt

sind, hat die Kommission aber auch, allerdings ganz hilfswiese, vorgebracht, die Firmen Béguelin könnten sich auf die Bestimmungen der Verordnung Nr. 67/67 jedenfalls nicht mehr berufen, seit sie im Ausgangsverfahren gegen die Nizzaer Firma G. L. Import Export und die deutsche Firma Marbach Klage erhoben haben.

Denn nach Artikel 3 Buchstabe b Nr. 2 der Verordnung Nr. 67/67 sei Artikel 1 Absatz 2 nicht anwendbar, insbesondere wenn „die Vertragspartner . . . Maßnahmen treffen, um Händler oder Verbraucher daran zu hindern, Vertragswaren anderweitig im Gemeinsamen Markt zu beziehen oder im Vertragsgebiet zu veräußern“.

Eine solche „Maßnahme“, welche die Anwendbarkeit der Bestimmungen von Artikel 1 der Verordnung Nr. 67/67 auf die Beteiligten ausschließe, sei aber die von Béguelin/Frankreich erhobene Klage.

Ich hätte einige Bedenken, Ihnen vorzuschlagen, der Kommission hierin zu folgen.

Denn eine Klage wegen unlauteren Wettbewerbs kann mehrere Gründe haben, und man hat Ihnen in der mündlichen Verhandlung gesagt, daß dies auch vorliegend der Fall sei, da zwar auf den Ausschließlichkeitsvertrag abgestellt, aber auch behauptet werde, daß die Nizzaer Firma in den Verpackungen von Feuerzeugen gedruckte Kundendienstgarantien der Firma Béguelin/Frankreich belassen habe.

Unter diesen Umständen erscheint es mir gefährlich anzunehmen, daß eine „Maßnahme“ im Sinne von Artikel 3 Buchstabe b Nr. 2 der Verordnung Nr. 67/67 schon vorliege und einen Vertrag, der die übrigen Voraussetzungen der Artikel 2 und 3 erfüllt, vom Anwendungsbereich des Artikels 1 der Verordnung ausschließe, wenn unter den Gründen einer Klage wegen unlauteren Wettbewerbs auch die Verletzung eines Ausschließlichkeitsvertrages geltend gemacht wird.

Recht eigentlich darf die Frage aber meines Erachtens nicht unter einem so engen

Blickwinkel betrachtet werden, das heißt, nicht so, daß man untersucht, ob die Befassung eines Gerichts mit einer Klage wegen unlauteren Wettbewerbs eine Maßnahme im Sinne von Artikel 3 Buchstabe b Nr. 2 der Verordnung ist, sondern man muß sich das viel umfassendere Problem des Verhältnisses zwischen den nationalen Rechtsnormen, welche die Gewerbetreibenden gegen unlauteren Wettbewerb schützen sollen, und Artikel 85 EWGV stellen, auf das ich sogleich noch eingehe.

Aus allen diesen Gründen, und weil die Kommission dieses letzte Argument nur ganz hilfswiese geltend macht (wie ihr Bevollmächtigter in der mündlichen Verhandlung erklärt hat), schlage ich Ihnen vor, auf die dritte Frage, die Ihnen meines Erachtens das Nizzaer Gericht hat stellen wollen, lediglich folgende Antwort zu geben:

Eine Vereinbarung, durch die sich ein Hersteller verpflichtet, einen Allein-konzessionär in einem Mitgliedstaat gegen etwaige Lieferungen Dritter in diesen Staat zu schützen, und durch die der Konzessionär ihm verspricht, keine Konkurrenzzeugnisse zu vertreiben und nicht außerhalb des ihm eingeräumten Gebiets zu verkaufen, ist nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 67/67 vom Anwendungsbereich des Artikels 1 dieser Verordnung ausgeschlossen.

IV

Die vierte Frage (Verhältnis zwischen Artikel 85 EWGV und den Bestimmungen des nationalen Rechts des unlauteren Wettbewerbs) können Sie meines Erachtens damit beantworten, daß Sie an die Grundsätze erinnern, die Sie schon in Ihren kürzlich ergangenen Urteilen Sirena und Deutsche Grammophon aufgestellt haben.

Gewiß handelte es sich in den beiden Fällen dieser Urteile um ein spezielleres Problem, nämlich das der Verknüpfung des innerstaatlichen Warenzeichenrechts oder eines dem Urheberrecht verwandten nationalen Schutzrechts mit den Bestimmungen von Artikel 85 EWGV.

Aber meines Erachtens gelten die für das Warenzeichenrecht oder für das geistige Eigentum erarbeiteten Grundsätze auch in dem allgemeineren Rahmen des Schutzes des Marktteilnehmers gegen unlautere Wettbewerbs-handlungen.

Soll die innerstaatliche Gesetzgebung über die Warenzeichen oder das geistige Eigentum denn nicht im wesentlichen dazu dienen, einen besonderen Schutz gegen eine bestimmte Form eines als unlauter erachteten Wettbewerbs zu gewährleisten?

Hieraus folgt für uns, daß ausgehend von denselben Erwägungen, von denen Sie sich schon früher haben leiten lassen, daran zu erinnern ist, daß auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs die innerstaatlichen Rechtsnormen nicht ihrem eigentlichen Zweck entfremdet und nicht zu Zwecken ausgenützt werden dürfen, die den allgemeinen Zielen des Gemeinsamen Marktes zuwiderlaufen, und daß die Ausübung der sich auf diesem Gebiet aus den innerstaatlichen Rechtsnormen ergebenden Rechte entsprechend eingeschränkt und begrenzt ist.

Aus diesem Grunde schlage ich Ihnen vor, auf diese vierte Frage eine Antwort zu geben, die der in Ihrem Urteil Deutsche Grammophon erteilten sehr nahe-

kommt, und dem Tribunal de commerce Nizza folgendes zu sagen:

Die Ausübung der Rechte, die den Marktteilnehmern in einem Mitgliedstaat zu ihrem Schutze gegen unlautere Wettbewerbs-handlungen eingeräumt sind, fällt stets dann unter die Verbotsvorschrift von Artikel 85 Absatz 1 EWGV, wenn sie Gegenstand, Mittel oder Folge eines Kartells ist, das die Einfuhr in anderen Mitgliedstaaten zulässigerweise in den Handel gebrachter Waren aus diesen Staaten verbietet und dadurch eine Aufteilung des Marktes in einer Weise bewirkt, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist.

V

Die fünfte und letzte Frage ist durch Ihre Rechtsprechung noch nicht gelöst.

Artikel 85 Absatz 2 sieht vor, daß die unter Artikel 85 Absatz 1 fallenden Vereinbarungen „nichtig“ sind.

Auf diese Nichtigkeit können sich meines Erachtens jedenfalls seit dem Zeitpunkt, zu dem die Bestimmungen von Artikel 85 EWGV unmittelbar Geltung erlangt haben, ebensowohl die Vertragsparteien wie Dritte berufen, und sie hat für diese die gleiche Wirkung wie für jene.

Abschließend schlage ich Ihnen also folgende Antworten auf die Fragen vor, die meines Erachtens dem Urteil des Tribunal de commerce Nizza zu entnehmen sind:

1. Es fällt nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 85 Absatz 1 EWGV, wenn ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat eine Tochtergesellschaft ohne jede wirtschaftliche Selbstständigkeit gründet, um in diesem zweiten Mitgliedstaat für ein Erzeugnis eine Alleinvertriebskonzession zu nutzen, deren Inhaberin vorher für beide Staaten die Muttergesellschaft war.
2. a) Obwohl ein Alleinvertriebsvertrag nicht schon seinem Wesen nach in den Anwendungsbereich von Artikel 85 Absatz 1 EWGV fällt, kann er dennoch, namentlich falls er absolute Gebietsschutzklauseln enthält,

von der Verbotsvorschrift und der Nichtigkeitssanktion dieses Artikels erfaßt werden, wenn er zum einen geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu beeinträchtigen, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes abträglich sein kann, und wenn er zum andern eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt.

- b) Bei der Entscheidung darüber, ob diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die tatsächlichen Begleitumstände der Vereinbarung abzustellen; hierbei sind insbesondere etwaige parallele Vereinbarungen zwischen dem gleichen Lieferanten und anderen Verteilern, die Besonderheit des Marktes der Ware, um die es sich handelt, oder ähnlicher Waren sowie die Stellung der Beteiligten auf diesem Markt zu berücksichtigen.
3. Eine Vereinbarung, durch die sich ein Hersteller verpflichtet, einen Allein-konzessionär in einem Mitgliedstaat gegen etwaige Lieferungen Dritter in diesen Staat zu schützen, und durch die der Konzessionär ihm verspricht, keine Konkurrenzserzeugnisse zu vertreiben und nicht außerhalb des ihm eingeräumten Gebiets zu verkaufen, ist nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 67/67 vom Anwendungsbereich des Artikels 1 dieser Verordnung ausgeschlossen.
4. Die Ausübung der Rechte, die den Marktteilnehmern in einem Mitgliedstaat zu ihrem Schutze gegen unlautere Wettbewerbshandlungen eingeräumt sind, fällt stets dann unter die Verbotsvorschrift von Artikel 85 Absatz 1 EWGV, wenn sie Gegenstand, Mittel oder Folge eines Kartells ist, das die Einfuhr in anderen Mitgliedstaaten zulässigerweise in den Handel gebrachter Erzeugnisse aus diesen Staaten verbietet und dadurch eine Aufteilung des Marktes in einer Weise bewirkt, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist.
5. Die Nichtigkeit nach Artikel 85 Absatz 2 kann sowohl zwischen den Vertragsparteien als auch gegenüber Dritten Wirkungen erzeugen.