

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
G. FEDERICO MANCINI
vom 31. Mai 1988 *

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

1. Das Tribunal de grande instance Straßburg will wissen, ob es eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung gemäß Artikel 86 EWG-Vertrag darstellt, wenn ein Fernmeldeunternehmen, das Marktführer auf dem regionalen Markt eines Mitgliedstaats ist, seinen Kunden Anschlußverträge mit bestimmten, einseitig vorteilhaften Klauseln aufzwingt.

Die Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Klägerin) verklagte mit einer durch Gerichtsvollzieher zugestellten Klageschrift vom 19. Juli 1982 Novasam, ein Dienstleistungsunternehmen mit Sitz in Paris (Beklagte), auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 125 834 FF mit der Begründung, die Beklagte sei wegen der Kündigung dreier Miet- und Instandhaltungsverträge über von der Klägerin in den Niederlassungen der Beklagten in Straßburg, Mülhausen und Colmar eingerichtete Telefonanlagen zur Zahlung dieser Entschädigung verpflichtet. Die Beklagte trat der Klage entgegen und wandte u. a. die Nichtigkeit der betreffenden Verträge wegen Rechtswidrigkeit einiger ihrer Klauseln ein.

Durch Zwischenurteil vom 2. Mai 1985 ersuchte das Straßburger Gericht die Parteien, sich zur Vereinbarkeit dieser Verträge mit den innerstaatlichen und gemeinschaftlichen

Rechtsvorschriften zu äußern. Diesem Urteil folgten zwei weitere vom 17. September und 10. Dezember 1985, mit denen das vorliegende Gericht Sie unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Klägerin ihre Kunden Miet- und Instandhaltungsverträge über Telefonanlagen auf die Dauer von 15 Jahren unterzeichnen läßt, daß die Verträge sich automatisch um die gleiche Zeit verlängern, wenn sich infolge von Änderungen der Anlage der ursprüngliche Mietzins um mindestens 25 % erhöht, daß sich bei Änderungen, Verlegungen, Erweiterungen, Einrichtungen neuer Anschlüsse und allgemein allen Veränderungen der Mieter nicht an einen anderen Lieferanten wenden darf und auf Grund dieses Verbots die Klägerin bei Änderungen den Preis der Geräte und der zusätzlichen Leitungen einseitig festsetzen kann, fragt, ob angesichts des bedeutenden Anteils der Klägerin am regionalen Markt die von dieser abgeschlossenen Verträge die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung erkennen lassen.

Im vorliegenden Fall haben die Parteien des Ausgangsverfahrens und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften Erklärungen eingereicht und an der mündlichen Verhandlung teilgenommen.

2. Ich möchte zunächst darauf aufmerksam machen, daß der Fernmeldemarkt — von der Erzeugung bis zur Lieferung der Geräte und des betreffenden Materials — in Frankreich Gegenstand eines staatlichen Monopols ist. Insbesondere Artikel L 33 des Post-

* Aus dem Italienischen übersetzt.

und Fernmeldegesetzes bestimmt, daß „aucune installation de télécommunication ne peut être établie ou employée à la transmission de correspondances que par le ministre des P & T ou avec son autorisation“.

Tatsächlich aber nimmt die Postverwaltung das Monopol nicht ausschließlich in Anspruch, sondern überträgt Bau, Einrichtung und Instandhaltung von Telefonanlagen in den Grenzen eines oder mehrerer Departements auf zahlreiche Wirtschaftsteilnehmer. Naturgemäß bedürfen die Unternehmen zur Ausübung der betreffenden Tätigkeiten — und im Fall der Erzeuger auch die betreffenden Anlagen — einer besonderen Erlaubnis der Verwaltung. Darüber hinaus können die „zugelassenen Anlagenbauer“ jedwede Art von Anlagen auswählen, während die „autorisierten Erzeuger“ Telefonanlagen nur einrichten dürfen, wenn es sich um ihre eigene Erzeugung handelt.

Andererseits kann der Mieter — zum Beispiel eine Gesellschaft wie die Beklagte —, der sich eine Telefonanlage anschaffen will, zwischen dem Kauf und der Anmietung der Anlage wählen. Hierbei ist nach den uns von der Kommission gegebenen Erläuterungen zwischen *einfachen Anlagen* mit ein oder zwei Leitungen und *komplexen Anlagen* zu unterscheiden, die mehrere Leitungen und weitere technische Vorzüge aufweisen. Um die letztgenannten zu erhalten, mußte man sich früher an die zugelassenen Anlagenbauer wenden. Seit einigen Jahren liefert aber auch die Post komplexe Anlagen zu besonders günstigen Bedingungen; der Sektor, in dem die öffentliche Einrichtung und private Unternehmen im Wettbewerb stehen, weitet sich infolgedessen weiter aus (Stellungnahme der Kommission, S. 4).

Was die Wahl zwischen Kauf und Miete betrifft, so hat es nach Darstellung der Kom-

mission den Anschein, als seien die zugelassenen Anlagenbauer in der Lage, Anlagen jedweder Art zu verkaufen und ihre Instandhaltung zu gewährleisten. Demgegenüber kann die Vermietung und der entsprechende Instandhaltungsdienst nur von den Anlagenbauern angeboten werden, deren finanzielle Möglichkeiten den Erwerb der erforderlichen Geräte und deren Abschreibung in dem durch die Miete festgelegten Zeitraum gestatten. Die Post bietet nur Verträge der letztgenannten Art an.

3. Prüfen wir nun die wesentlichen Gesichtspunkte des vor dem vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreits. Über die rechtlichen und wirtschaftlichen Bindungen der Klägerin sagt das Vorlageurteil nichts aus. Die Kommission beschränkt sich auf den Hinweis, daß die Klägerin gemeinsam mit fünfzehn anderen Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Interessengemeinschaft (Groupement d'intérêt économique) namens Intertel gehöre, deren Zweck es sei, ihren Mitgliedern bestmögliche Einkaufsbedingungen für das Material zu sichern.

Aufschlußreicher, wenn auch von der Klägerin schlichtweg bestritten, sind die von der Beklagten gegebenen Informationen. Nach deren Darstellung ist die Klägerin Lizenznehmer und Tochtergesellschaft von Telic-Alcatel, der Weltführerin im betrieblichen Fernmeldewesen, die ihrerseits von der Compagnie générale d'électricité beherrscht werde. Die zu dieser Gruppe gehörenden Unternehmen sollen abgestimmte Verhaltensweisen an den Tag legen, zu denen insbesondere das Aufzwingen von Verträgen ähnlich der von der Beklagten unterzeichneten gehöre.

Demgegenüber stehen — wenigstens in der vorliegenden Sache — Natur und Gegenstand dieser Verträge fest. Sie betreffen Miete und Instandhaltung dreier Telefonan-

lagen, die — nach Darstellung der Kommission — zu der einfachsten Gruppe der sogenannten „komplexen“ Anlagen gehören. Diese Anlagen, die zum großen Teil von autorisierten Erzeugern hergestellt werden, werden zu Wettbewerbsbedingungen von der Post und den privaten Anlagenbauern zur Anmietung angeboten.

4. In ihren schriftlichen Erklärungen haben die Beklagte und die Kommission Sie er sucht, die Streitigkeit nicht nur unter dem Blickwinkel des Artikels 86, sondern auch im Lichte des von Artikel 85 EWG-Vertrag ausgesprochenen Verbotes zu untersuchen. In dieser Hinsicht kann allerdings die Kommission in Wahrheit „nur ... eine gewisse Parallelität des Verhaltens insbesondere der Anlagenbauer derselben Gruppierungen feststellen“ (S. 22). Auf der Grundlage der ihr (freilich nicht dem vorlegenden Gericht) bekannten Tatsachen nimmt sie gleichwohl an, dieses Gericht könne bei der in Punkt 2 beschriebenen Sachlage das Vorhandensein einer abgestimmten Verhaltensweise feststellen, „mit der Geschäftsbedingungen umgesetzt werden sollen [und] die daher unter Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe a fällt. Mithin wäre jede dieser Abrede entsprechende vertragliche Vereinbarung gemäß Artikel 85 Absatz 2 nichtig“ (S. 24).

Die gleichen Klauseln — führt die Kommission weiter aus — könnten auch als vertikale Vereinbarungen zwischen Unternehmen und insbesondere als Ausschließlichkeitsvereinbarungen für die Mindestdauer von fünfzehn Jahren gewürdigt werden. Da diese Klauseln andererseits nicht die Lieferung von zum Wiederverkauf bestimmten Erzeugnissen betreffen, fielen sie nicht in den Anwendungsbereich der Gruppenfreistellungsverordnung, der Verordnung Nr. 67/67 vom 22. März 1967 (ABl. 57, S. 849). Da sie außerdem nicht im Sinne und zum Zwecke des Artikels 85 Absatz 3 mitgeteilt worden seien, könne nur das innerstaatliche Gericht sie für nichtig erklären.

Der so zusammengefaßten These kann ich nicht beipflichten. Ich weise nur darauf hin, daß die Beklagte im Ausgangsverfahren die Anwendbarkeit des Artikels 85 auf den vorliegenden Fall vertreten, das vorlegende Gericht es aber nicht als tunlich angesehen hat, den Gerichtshof zu diesem Punkte zu befragen, und zwar auch nicht aus Anlaß des am 10. Dezember 1986 auf ausdrücklichen Antrag der Beklagten ergangenen Urteils. Unter diesen Umständen ist es undenkbar — und die Gründe des Urteils bestätigen dies —, daß die Vorlagefrage ungenau formuliert wurde.

Daß eine solche Vorlagefrage weder berichtigt noch angepaßt werden darf, ergibt sich nun mit aller Klarheit aus Ihrer Rechtsprechung. „Artikel 177“ — so ist in den Randnummern 5 bis 7 der Gründe des Urteils vom 9. Juli 1969 in der Rechtssache 10/69, Portelange/Smith Corona u. a., Slg. 1969, 309, zu lesen — „gestattet es [dem Gerichtshof] nicht, ... die Gründe des Auslegungersuchens zu beanstanden. Die Entscheidung darüber, ob die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften oder Begriffe, deren Auslegung beantragt wird, tatsächlich auf den konkreten Fall anwendbar sind, ist der Zuständigkeit des Gerichtshofes entzogen und dem vorlegenden Gericht vorbehalten“. Also ist dies dessen Sache — fügt Randnummer 5 der Gründe des Urteils vom 14. Februar 1980 in der Rechtssache 53/79, ONTPS/Damiani, Slg. 1980, 273, hinzu —, weil es „allein über eine unmittelbare Kenntnis des Sachverhalts und des Parteivorbringens verfügt und [ihm] die Verantwortung für die zu erlassende Entscheidung obliegt, ... die Erheblichkeit der in dem vor ihm anhängigen Rechtsstreit aufgeworfenen Rechtsfragen und die Notwendigkeit einer Vorabentscheidung ... zu beurteilen“.

Wenn ferner die Kommission wirklich davon überzeugt ist, daß die betreffenden Klauseln den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen und das Funktionieren des Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt bewußt oder objektiv verfälschen,

braucht sie dies nur gegenüber den betroffenen Unternehmen zu rügen, sie zu einer Stellungnahme zu diesen Vorwürfen aufzufordern und sie gegebenenfalls durch Entscheidung zu verpflichten, den Verstoß abzustellen. Wie allgemein bekannt, ist die Entscheidung, sei sie nun positiv oder negativ, der unmittelbaren Überprüfung durch den Gerichtshof unterstellt.

Für den Augenblick jedenfalls obliegt es einzig dem nationalen Gericht festzustellen, ob diese Klauseln gegen das Verbot des Artikels 85 verstoßen oder mit ihm vereinbar sind, und die Verfahrensakten gestatten uns nicht, ihm Kriterien zu liefern, die es bei dieser Aufgabe leiten könnten. Auch die „gewisse Parallelität des Verhaltens“, wie sie die Kommission bemerkt hat, ist nicht verwendbar; ein Phänomen dieser Art läßt sich nämlich nur aufgrund der zwischen den Unternehmen der Gruppierung bestehenden Beziehungen würdigen, und in diesem Punkt weisen Vorlageurteile und Erklärungen der Parteien keine übereinstimmenden Hinweise auf. Insbesondere steht nicht fest, daß diese Unternehmen auf dem Markt der Vermietung und Instandhaltung von Telefonanlagen derselben Handlungslinie folgen (vgl. das Urteil vom 4. Mai 1988 in der Rechtssache 30/87, *Bodson/SA Pompes Funèbres*, Slg. 1988, 2479, Randnr. 20 der Entscheidungsgründe). Soweit das nationale Gericht es für sinnvoll erachtet, kann es ohnehin das Problem durch ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof vertiefen.

5. Gehen wir damit zur Prüfung der Ihnen gestellten Frage in der vom Vorlageurteil formulierten Begrenzung über. Artikel 86 verbietet bekanntlich mißbräuchliche Praktiken in Zusammenhang mit der Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere

Unternehmen. Das Verbot findet indessen nur Anwendung, soweit diese Praktiken dazu führen können, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Eine richtige Anwendung dieser Vorschrift setzt daher voraus: a) eine Festlegung des relevanten Marktes und seiner räumlichen Ausdehnung; b) Ermittlung einer beherrschenden Stellung eines oder mehrerer Unternehmen auf diesem Markt und Anwendung mißbräuchlicher Praktiken durch sie; c) Feststellung einer spürbaren Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels infolge solcher Verhaltensweisen.

Bezüglich des ersten Punktes habe ich unter Punkt 3 ausgeführt, daß es um den Markt der Vermietung und Instandhaltung von betrieblichen Telefonanlagen in der einfacheren Gruppe der sogenannten komplexen Anlagen geht. Was die räumliche Ausdehnung anlangt, so weist die Kommission zu Recht darauf hin, daß in diesem Sektor Anlagenbauer und Produzenten nur mit Erlaubnis der Post tätig werden und mit dieser unmittelbar in Wettbewerb stehen. Ihr Verhalten sollte daher in bezug auf das Gebiet gewürdigt werden, für das das Monopol gilt. In der Praxis führt die Eigenart der Dienstleistung indessen dazu, daß der Wettbewerb zwischen den Anlagenbauern in erster Linie im regionalen oder lokalen Bereich stattfindet; und das bedeutet, daß der Nachweis einer beherrschenden Stellung für diesen Bereich zu erbringen ist.

Das vorliegende Gericht läßt uns nun wissen, daß in den elsässischen und lothringischen Departements die Zulassungsanträge der Klägerin „mehr als die Hälfte“ ausmachen, und die Kommission leitet aus dieser Angabe unter Berücksichtigung des Wettbewerbs der Post ab, daß die Klägerin auf dem Markt der Vermietung verhältnismäßig komplexer Anlagen einen Anteil von etwas

mehr als einem Drittel hält. Die Post und die Klägerin haben mit anderen Worten eine in etwa vergleichbare Stellung; wenn das zutrifft, dann läßt sich natürlich nicht sagen, daß Alsatel auf dem regionalen Markt eine beherrschende Stellung einnimmt, vom nationalen Markt ganz zu schweigen.

6. Meine Prüfung könnte hier enden. Die Kommission versichert indessen, daß der vorliegende Fall unter dem weiteren Blickwinkel der beherrschenden Stellung mehrerer Unternehmen (Kollektivmacht) untersucht werden müsse und weist demgemäß darauf hin, daß insgesamt betrachtet der Telefonmietmarkt in zwei große Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern gegliedert sei: die Post, die ein Drittel halte, und die zugelassenen Anlagenbauer, die die restlichen zwei Drittel hielten. Zum anderen kann nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine beherrschende Stellung auch dann vorliegen, wenn mehrere Unternehmen, die der gleichen Gruppe angehören oder durch eine Abrede gebunden sind, gemeinsam die Macht haben, einen wirksamen Wettbewerb zu verhindern. Die Kommission ist daher der Auffassung — ohne allerdings Gewißheit zu besitzen —, daß zwischen den Gesellschaften der Gruppe Intertel eine bestimmte „Parallelität des Verhaltens“ festzustellen ist.

Ich weise nochmals darauf hin, daß der Inhalt der Akten einen solchen Verdacht nicht erhärten kann. Der Umstand, daß die Post seit einiger Zeit gegenüber den Anlagenbauern/Vermietern verhältnismäßig komplexer Anlagen durch das Angebot ähnlicher Dienste an die Mieter zu günstigeren Bedingungen einen schärferen Wettbewerb ausübt, dürfte gegen die These der Kommission sprechen.

Die Richtigkeit dieser Annahme auf dem Markt der Telefonvermietung nachzuprüfen ist ohnehin Sache des nationalen Gerichts. Bei dieser Prüfung sollte es bedenken, daß eine beherrschende Stellung im Sinne des

Artikels 86 „eine wirtschaftliche Machtstellung“ ist, „die [das Unternehmen] in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten“. Diese Prüfung kann sich darüber hinaus „nicht auf die objektiven Merkmale der in Rede stehenden Erzeugnisse (und Dienstleistungen) beschränken, sondern es müssen auch die Wettbewerbsbedingungen sowie die Struktur der Nachfrage und des Angebots auf dem Markt in Betracht gezogen werden“ (Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81, Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461, Randnrn. 30 und 37 der Entscheidungsgründe). Doch das Gericht sollte weiter nicht außer acht lassen, daß Artikel 86 auch dann anwendbar ist, wenn das Fehlen von Wettbewerb oder dessen Beschränkung durch innerstaatliche Rechts- oder Verwaltungsvorschriften begünstigt werden (Urteil vom 4. Mai 1988, a. a. O., Randnr. 26 der Entscheidungsgründe).

Kommen wir nun zu den beiden anderen Voraussetzungen des Artikels 86. Was die mißbräuchliche Natur der streitigen Praktiken anbetrifft (etwa die Klauseln zu Lasten des Benutzers, die Dauer der Verträge und die Mietzinshöhe), so wird sich das vorliegende Gericht fragen müssen, ob und bis zu welchem Punkt sie für die Tätigkeit der Klägerin und die Amortisierung des vom Unternehmen investierten Kapitals notwendig sind. Hierbei könnte es nützlich sein, den Wert des eingesetzten Materials, das Entgelt des Benutzers für die Einrichtung und das Verhältnis von Mietzins und Instandhaltungskosten zu berücksichtigen. Diese Daten sollten mit den entsprechenden Zahlen der Verträge der Post verglichen, dabei allerdings nicht außer acht gelassen werden, daß das Staatsunternehmen über Mittel aus dem öffentlichen Haushalt verfügt.

Ich erinnere schließlich daran, daß die Kommission eingeräumt hat, nicht im Besitz von Erkenntnissen zu sein, die unerlässlich für die Feststellung wären, ob der Anteil des aus den anderen Mitgliedstaaten eingeführten und auf dem französischen Markt verkauften Telefonmaterials „ausreichenden

Umfang hat, um eine ‚spürbare‘ Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten annehmen zu können“. Auch diese Fakten müßten daher — eine wenig beneidenswerte Aufgabe — vom vorlegenden Gericht in Erfahrung gebracht werden.

7. Auf Grund der vorstehenden Erwägungen schlage ich Ihnen vor, wie folgt auf die Ihnen vom Tribunal de grande instance Straßburg mit Urteilen vom 17. September 1986 und 10. Dezember 1986 in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit zwischen den Gesellschaften Alsatel und Novasam vorgelegte Frage zu antworten:

„Das Verbot des Artikels 86 EWG-Vertrag gilt für mißbräuchliche Praktiken eines oder mehrerer Unternehmen mit einer wirtschaftlichen Machtstellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben, die es [sie] in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu verhindern, indem sie ihm [ihnen] die Möglichkeit verschafft, sich seinen [ihren] Wettbewerbern, seinen [ihren] Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor und fehlt es an einer spürbaren Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels, so fallen Praktiken eines oder mehrerer Unternehmen, auch wenn sie als mißbräuchlich angesehen werden können, nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 86.“