

**Schlußanträge
des Generalanwalts Herrn Karl Roemer
vom 22. März 1966**

Gliederung

Einleitung (Sachverhalt, Anträge der Parteien)	490
Rechtliche Würdigung	491
A — Prozessuale Probleme	492
I. Richtet sich die Klage auch gegen die EWG-Kommission?	492
II. Ist die Klage gegen die Kommission zulässig?	492
1. Zum formalen Aspekt	493
2. Liegen die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 184 des Vertrages vor?	493
III. Zur Zulässigkeit der Einrede der Rechtswidrigkeit im Hinblick auf die Verordnung Nr. 17/62	496
B — Zur Hauptsache	496
I. Erster Vorwurf: Verletzung von Artikel 87 in Verbindung mit Artikel 85 Absätze 1 und 3	497
II. Zweiter Vorwurf: Verletzung von Artikel 87 in Verbindung mit Artikel 85 Absätze 1 und 3 sowie den Artikeln 2 und 3 f; Ermessensmißbrauch	498
III. Dritter Vorwurf: Verletzung von Artikel 85 Absätze 1, 2 und 3, Artikel 86 und 222	500
1. Zu den Alleinvertriebsverträgen	501
a) Was sind „Vereinbarungen zwischen Unternehmen“?	
b) Was sind „Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezwecken oder bewirken“?	
c) Wann ist eine Vereinbarung geeignet, „den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“?	
2. Zu den Lizenzverträgen	507
C — Schlußantrag	508

Herr Präsident, meine Herren Richter!

Aus der Reihe der wettbewerbsrechtlichen Prozesse, die gegenwärtig beim Gerichtshof anhängig sind, beschäftigt uns heute zunächst das von der Italienischen Regierung gegen den Ministerrat und die Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft eingeleitete Verfahren. Es hat im wesentlichen zum Gegenstand die Klärung einer allgemeinen Rechtsfrage, also nicht die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf einen Einzelfall und kann somit in der rechtlichen Beurteilung gegenüber anderen Verfahren eine logische Priorität beanspruchen.

Was dazu an Vorbemerkungen zu sagen ist, wird verhältnismäßig kurz sein.

Wir wissen, daß zu den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EWG-Vertrags nach gründlichen Vorbereitungen am 6. Februar 1962 eine Durchführungsverordnung des Rates im Sinne von Artikel 87 des Vertrages ergangen ist. Sie gab eine erste eingehende Regelung des in Artikel 85 behandelten Kartellrechts (um den Inhalt dieser Bestimmung abkürzend einmal so zu kennzeichnen) sowie des in Artikel 86 enthaltenen Rechts der marktbeherrschenden Unternehmen, unter anderem Vorschriften über die Anmeldung von Absprachen, die nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden sollen. Von ihnen interessieren uns in besonderer Weise, weil sie in der rechtlichen Argumentation der Klägerin verwendet werden, die Artikel 4 Ziffer 2 und 5 Absatz 2, nach denen die Anmeldepflicht nicht gilt für bestimmte, bei Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 bestehende und nach dem Inkrafttreten der Verordnung abgeschlossene Vereinbarungen, an denen nur zwei Unternehmen beteiligt sind, wenn sie Regelungen enthalten, welche die Weiterveräußerung von Waren beschränken, die von einem Vertragsbeteiligten bezogen werden oder wenn sie dem Erwerber oder dem Benutzer gewerblicher Schutzrechte Beschränkungen hinsichtlich der Ausübung dieser Rechte auferlegen.

Im weiteren Verlauf der Ausgestaltung des Kartellrechts, der jetzt nicht mit allen Einzelheiten geschildert werden soll, erließ die Kommission aufgrund der in Artikel 24 der Verordnung Nr. 17 erteilten Ermächtigung am 3. Mai 1962 eine Ausführungsverordnung Nr. 27 (Amtsblatt 1962, S. 1118). In ihr sind Einzelheiten der Anmeldung von Kartellabsprachen geregelt, u.a. die Verwendung eines Formblatts B für Anmeldungen gemäß Artikel 4 und 5 der Verordnung Nr. 17. — Später kam ergänzend hinzu die Kommissionsverordnung Nr. 153 vom 21. Dezember 1962 (Amtsblatt 1962, S. 2918), die mit Rücksicht auf die Vielzahl sogenannter Alleinvertriebsverträge ein vereinfachtes Formblatt B 1 für die Anmeldung derartiger Absprachen vorsah, vorausgesetzt, daß an

ihnen nur zwei Unternehmen beteiligt sind und daß sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen.

Schließlich veranlaßte die Vielzahl der eingegangenen Anmeldungen die beteiligten Organe zur Suche nach einem Verfahren, das eine beschleunigte Erledigung von Freistellungsanträgen gemäß Artikel 85 Absatz 3 des EWG-Vertrags erlauben sollte. Das Ergebnis dieser Bemühungen schlug sich nieder in einer gemäß Artikel 87 des Vertrages auf Vorschlag der Kommission am 2. März 1965 ergangenen Ratsverordnung Nr. 19/65 (Amtsblatt 1965, S. 533). Sie soll die Kommission in die Lage versetzen, durch Verordnungen Freistellungen für ganze Gruppen von Vereinbarungen auszusprechen (eine Möglichkeit, die grundsätzlich schon in Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages vorgesehen ist). Gedacht ist dabei an Vereinbarungen zwischen zwei Unternehmen, die einem Vertragspartner ausschließliche Lieferpflichten oder ausschließliche Bezugspflichten auferlegen oder die Beschränkungen enthalten im Zusammenhang mit dem Erwerb gewerblicher Schutzrechte. Im einzelnen müssen die zu erlassenden Kommissionsverordnungen angeben, welche Bestimmungen nicht in den genannten Vereinbarungen enthalten sein dürfen und welche Bestimmungen vorhanden sein müssen, damit die Freistellung wirksam wird.

Gegen diese Ratsverordnung Nr. 19/65 wendet sich die Italienische Regierung mit ihrer Klage. Sie soll aus einer Reihe von Gründen annulliert werden, auf die wir nachher zu sprechen kommen. — Darüber hinaus verlangt die Klägerin gemäß Artikel 184 des EWG-Vertrags die Feststellung der Unanwendbarkeit von Artikel 4 § 2 Nr. 2 a und b und Artikel 5 § 2 der Ratsverordnung Nr. 17/62 vom 6. Februar 1962 sowie die Feststellung der Unanwendbarkeit der Kommissionsverordnung Nr. 153/62 vom 21. Dezember 1962.

Der beklagte Ministerrat hält die gestellten Anträge für unbegründet, soweit sie sich beziehen auf die Annullierung der Verordnung Nr. 19/65 und für unzulässig, soweit sie die Unanwendbarkeitserklärung der beiden anderen Verordnungen zum Inhalt haben. — Gleichfalls auf Feststellung der Unzulässigkeit plädiert die Kommission im Hinblick auf den sie allein betreffenden Antrag zur Verordnung Nr. 153/62. Sie hatte sogar beantragt, darüber nach Artikel 91 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes vorabzuentcheiden, was der Gerichtshof indessen abgelehnt hat.

Rechtliche Würdigung

Wenn ich diesen Sachverhalt nunmehr zu würdigen versuche, so ist es nach den soeben erwähnten Anträgen klar, daß uns vorweg und zwar unter mehreren Gesichtspunkten, einige prozessuale Probleme beschäftigen werden.

A — Prozessuale Probleme

I. *Richtet sich die eingereichte Klage tatsächlich gegen die EWG-Kommission?*

So hatte die Kommission anfangs Zweifel, ob die Klägerin wirklich beabsichtigte, sie als beklagte Partei in den Prozeß einzubeziehen. Ihre Zweifel gingen zurück auf die im Klagerubrum verwendeten unterschiedlichen Formulierungen („contro“ im Hinblick auf den Rat, „nonché nei confronti“ im Hinblick auf die Kommission) sowie auf die Tatsache, daß der Kommission gegenüber kein Annullierungsantrag gestellt wurde, sondern nur der Antrag auf Feststellung der Unanwendbarkeit der Verordnung Nr. 153 und dies darüber hinaus nur „soweit anzunehmen sei, daß diese Verordnung durch den Prozeß in Frage gestellt werde“, womit nach Ansicht der Kommission lediglich ein Vorbehalt angemeldet war.

Die geschilderten Zweifel wurden jedoch später zerstreut, nicht nur indem die Klägerin in der Replik auch der Kommission gegenüber das Wort „contro“ verwendete, sondern vor allem durch ausdrückliche Erklärungen, aus denen zu entnehmen ist, daß der Kommission eine Parteistellung im Verfahren zgedacht ist. Folglich war tatsächlich kein Anlaß gegeben, die Kommission nach der neu eingeführten Bestimmung von Artikel 3 § 4 der Dienstanweisung für den Kanzler über die Klageerhebung lediglich zu *informieren*, um ihr die Möglichkeit für einen *freiwilligen* Beitritt zu verschaffen. Vielmehr wurde die Klageschrift der Kommission zu Recht als beklagter Partei gemäß Artikel 39 der Verfahrensordnung zugestellt und diese nach den allgemeinen Regeln zur Einreichung einer Klagebeantwortung aufgefordert.

II. *Ist die gegen die Kommission erhobene Klage zulässig?*

Mit dieser Feststellung ist freilich noch nichts über die *Zulässigkeit* der Klage ausgesagt, für die es auf die Einhaltung objektiver Regeln und nicht auf den Parteiwillen allein ankommt. — Insofern sollen nach der Ansicht der Kommission Einwendungen unter den folgenden Gesichtspunkten möglich sein:

- Einmal habe die Klägerin nicht mit Bestimmtheit angegeben, ob es für die Entscheidung des Rechtsstreits auf die Feststellung der Unanwendbarkeit der Verordnung Nr. 153/62 ankomme, jedenfalls seien keine Gründe dafür benannt worden;

- zum anderen seien im vorliegenden Fall die objektiven, in Artikel 184 des Vertrages festgelegten Voraussetzungen für die Geltendmachung der Rechtswidrigkeit der genannten Verordnung nicht gegeben.

1. Zum formalen Aspekt

Was zunächst die formale Frage angeht, so gehört sie zweifellos in den Rahmen der Zulässigkeitsprobleme; sie kann also vorab entschieden werden.

Für ihre Beantwortung ist festzuhalten, daß der von der Klägerin vorgebrachte Antrag auf Unanwendbarkeitserklärung der Verordnung Nr. 153 tatsächlich nur für den Fall gestellt ist, daß anzunehmen sei, die Verordnung werde durch den Prozeß in Frage gestellt („*mis en cause*“). Es handelt sich demnach streng genommen um einen Eventualantrag. — Dieser Umstand sollte indessen nicht für bedenklich gehalten werden, da der Gerichtshof auch in anderen Fällen die Erhebung einer Klage „soweit erforderlich“ unter gewissen Voraussetzungen für zulässig erachtet hat.

Bedenken erweckt dagegen die Rüge der Kommission, die Klägerin habe nicht ausreichend deutlich dargelegt, warum es nach ihrer Meinung für die Entscheidung des eingeleiteten Verfahrens auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verordnung Nr. 153 ankomme. Eine solche Darlegungspflicht besteht nach richtiger Auffassung tatsächlich. Ihr ist auch nicht in befriedigender Weise genügt mit einer pauschalen Verweisung auf die zur Unterstützung des Annullierungsantrags bezüglich der Verordnung Nr. 19/65 vorgetragenen Klagegründe, da diese den *Fond* des Problems (Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Verordnung Nr. 153) betreffen, nicht aber deutlich machen können, inwiefern die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Verordnung für die Entscheidung des Prozesses bedeutsam sein soll.

Da aber die Klageschrift andererseits nicht ganz frei ist von gewissen, wenn auch nur verschwommenen Andeutungen zu dem Problem der Entscheidungserheblichkeit der Verordnung Nr. 153 und da die Klägerin in späteren Schriftsätzen die anfangs gemachten Andeutungen durch ausführliche Deduktionen ergänzte, sollte meines Erachtens davon abgesehen werden, die Klage gegen die Kommission aus formellen Gründen für unzulässig zu erklären.

2. Liegen die Voraussetzungen von Artikel 184 des Vertrages vor?

Was die Frage angeht, ob es auf die Geltung der Kommissionsverordnung Nr. 153 für die Entscheidung des Rechtsstreits wirklich ankommt, so könnte man zögern, sie im Bereich der *Klagezulässigkeit* zu behandeln. Natürlicher würde es erscheinen, von einem

Problem der Zulässigkeit eines bestimmten *Klagearguments* zu sprechen und infolgedessen seine Behandlung zusammen mit der Hauptsache des Prozesses zu erwägen. — Immerhin ist aber einzu-räumen, daß die Feststellung der Unanwendbarkeit der Verordnung Nr. 153/62 im Verhältnis zur beklagten Kommission den alleinigen Streitgegenstand darstellt. Somit erscheint es vertretbar, die Entscheidungserheblichkeit dieser Feststellung vorab zu klären, sie also in einem weiteren Sinne (etwa unter dem Gesichtspunkt des Klageinteresses) als ein Zulässigkeitsproblem anzuerkennen.

Dabei werden wir uns nicht lange aufhalten mit der (allein von der Kommission aufgeworfenen) Frage, ob Artikel 184 auch für klageberechtigte *Mitgliedstaaten* gelte. Meines Erachtens genügt es, dazu auf die ganz allgemein gehaltene Formulierung dieser Vorschrift zu verweisen („jede Partei“) und auf die Erkenntnis, daß Mitgliedstaaten durchaus ein schutzwürdiges Interesse an der Geltendmachung der Einrede der Rechtswidrigkeit haben können, weil die einer allgemeinen Regelung anhaftenden Mängel vielfach erst bei ihrer Anwendung auf den Einzelfall mit Deutlichkeit sichtbar werden. Auch in der Montangemeinschaft wurden deshalb ähnliche Zweifel im Hinblick auf den entsprechend gelagerten Fall der Artikel 33 und 36 nie laut.

Wichtiger erscheint es dagegen, der Frage nachzugehen, wie Artikel 184 zu verstehen ist mit seiner Formulierung „in einem Rechtsstreit, bei dem es auf die Geltung einer Verordnung des Rates oder der Kommission ankommt“. Zwei Auffassungen stehen sich hier gegenüber: Die Auffassung der Kommission, nach der die Verordnung, deren Rechtswidrigkeit festgestellt werden soll, die *Rechtsbasis* darstellen muß für den in erster Linie angegriffenen Akt und die These der Klägerin, für die es ausreichend ist, daß eine in Bezug genomme, mittelbar kritisierte Verordnung *dieselbe rechtliche Konzeption* aufweist wie der unmittelbar angegriffene Akt (was sich etwa in Verweisungen zeigen kann), da in einem solchen Fall befürchtet werden müsse, ein eventuelles Annullierungsurteil des Gerichtshofes werde in der Entfaltung seiner Rechtswirkungen bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der gemäß Artikel 184 kritisierten Verordnung beeinträchtigt.

Für mich kann es keinen Zweifel geben, daß allein die Auffassung der Kommission die zutreffende ist. Die in Artikel 184 verankerte Einrede der Rechtswidrigkeit hat offenbar den Sinn, bei der Anfechtung eines Rechtsaktes den Nachweis zu gestatten, daß dessen *Rechtsgrundlage* fehlerhaft ist, d.h. daß der Akt einer tragfähigen *Basis* ermangelt. Ich verweise dazu auf die Rechtsprechung zu Artikel 36 des Montanvertrags, insbesondere die Rechtssache 9/56, in der ausdrücklich hervorgehoben wurde, die zu Artikel 36 des Montanvertrags entwickelte Konzeption treffe gleichermaßen

zu für Artikel 184 des EWG-Vertrags. Ich verweise des weiteren auf die Rechtssache Wöhrmann gegen Kommission der EWG (Rechtssachen 31 und 33/62), in der zu Artikel 184 festgehalten wurde, er könne allein angezogen werden, wenn ein unmittelbar angegriffener Akt als *Anwendungsfall* der allgemeinen Regelung zu betrachten sei, deren Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Nur bei einer solchen Konstellation kann ein Interesse am Durchgriff auf eine Rechtsnorm anerkannt werden, nicht dagegen bei Parallelakten mit gleicher Grundkonzeption. Ein Hindernis für die gerichtliche Beurteilung lediglich eines von mehreren Akten besteht in dem zuletzt genannten Fall nicht. Gegebenenfalls kann allerdings die Exekutive gezwungen sein, nach der sich auf bestimmte Gründe stützenden Annullierung eines Aktes frühere Akte mit ähnlicher Rechtskonzeption nicht weiter aufrechtzuerhalten.

Wenn wir uns demnach die Frage stellen, ob der vorliegende Fall die für die Anwendung von Artikel 184 notwendigen, eben erwähnten Charakteristika aufweist, so kann die Antwort nicht schwierig sein: Ganz offensichtlich stellt die Verordnung der Kommission nicht die Rechtsgrundlage dar für die Verordnung Nr. 19/65. Die gegenteilige Annahme wäre nicht nur völlig unverständlich im Hinblick auf das allgemeine Verhältnis Rat — Kommission, nach dem die Ratsverordnungen einen höheren Rang innehaben als die der Kommission. Sie erweist sich auch bei einer Betrachtung des Inhalts der Verordnung Nr. 153 als abwegig. In ihr wird nicht mehr geregelt als ein vereinfachtes Anmeldeverfahren für bestimmte Absprachen. Würde ihre Rechtswidrigkeit festgestellt, so wäre die einzige Rechtsfolge die, daß das allgemeine Anmeldeverfahren, wie es in der Verordnung Nr. 27/62 vorgeschrieben ist, auch für die in der Verordnung Nr. 153 genannten Fälle gelten müßte. Dagegen wäre mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit nichts gewonnen für die Beurteilung der Verordnung Nr. 19/65 über die Zulässigkeit von Gruppenausnahmen, die sich offensichtlich unmittelbar auf den Vertrag stützt.

Trotz der in der Verordnung Nr. 19/65 anzutreffenden Verweisungen auf die Verordnung Nr. 153/62, die nur den Sinn haben können, eine Identität der Rechtskonzeption hervorzuheben, muß es folglich als unzulässig erscheinen, bei der Anfechtung der Verordnung Nr. 19/65 die Rechtswidrigkeit der Verordnung Nr. 153/62 geltend zu machen. Eine andere Beurteilung würde hinauslaufen auf eine Umgehung der in Artikel 173 fixierten Klagefristen, innerhalb derer grundsätzlich Kritik an den Akten der Gemeinschaftsorgane geltend gemacht werden muß.

Da die Klage gegen die Kommission einen anderen als den bezeichneten Streitgegenstand nicht hat, muß sie folglich als unzulässig zurückgewiesen werden.

III. Zur Zulässigkeit der Einrede der Rechtswidrigkeit im Hinblick auf die Verordnung Nr. 1762

In diesem Zusammenhang sollte meines Erachtens aus Zweckmäßigkeitsgründen eine analoge Einwendung des Rates zu dem Antrag der Klägerin auf Unanwendbarkeitserklärung der Verordnung Nr. 17/62 mitbehandelt werden, und dies obwohl auch bei Billigung der Ansicht des Rates die gegen ihn erhobene Klage nicht insgesamt unzulässig würde, da sie im wesentlichen noch einen anderen Streitgegenstand hat.

Tatsächlich ist die im Hinblick auf die Ratsverordnung Nr. 17/62 sich ergebende Problematik nicht verschieden von der soeben behandelten, wie uns die Argumentation der Parteien zeigt. Insbesondere ist die Tatsache ohne Bedeutung, daß die dem Rat gegenüber erhobene Einrede der Rechtswidrigkeit sich auf eine frühere Ratsverordnung bezieht, denn naturgemäß erlaubt Artikel 184 des Vertrages insofern keine abweichende Auslegung.

Es kann folglich nicht bedeutsam sein, ob in der unmittelbar angegriffenen Verordnung Nr. 19/65 hingewiesen wird auf die Verordnung Nr. 17/62 und ob diese in den hier allein interessierenden Artikeln 4 und 5 von einer gleichen Konzeption ausgeht wie die Verordnung Nr. 19/65. Entscheidend ist allein, ob die Verordnung Nr. 17/62 als *Rechtsbasis* diene für den Erlaß der Verordnung Nr. 19/65. — Das ist mit Sicherheit nicht der Fall. Vor allem trifft es nicht zu, daß der Rat im Prozeß wesentliche Rechtsargumente zur Verteidigung der Verordnung Nr. 19/65 aus der Verordnung Nr. 17/62 abgeleitet hätte. Wir wissen aus der Schilderung des Sachverhalts, daß die Artikel 4 und 5 der Verordnung Nr. 17/62 ausschließlich Fragen der Anmeldung solcher Vereinbarungen regeln, die nach dem Willen der beteiligten Unternehmen gemäß Artikel 85 Absatz 3 vom Kartellverbot freigestellt werden sollen. Würden sie jeweils in ihren Absätzen 2 für rechtswidrig erklärt, so müßten anstelle der bisherigen fakultativen Anmeldung für gewisse Vereinbarungen die allgemeinen Regeln über die Meldepflicht gelten. Das aber schafft ersichtlich keinen Grund für die Annullierung der Verordnung Nr. 19/65, die zu Gruppenfreistellungen ermächtigt. — Da somit auch die Verordnung Nr. 17 ihrem Inhalt nach nicht als Rechtsbasis für die Verordnung Nr. 19/65 in Betracht kommt, muß es der Klägerin verwehrt sein, sie über Artikel 184 in den Prozeß einzubeziehen. Diese Feststellung erlaubt es, in der weiteren Untersuchung des Sachverhalts von allen zur Verordnung Nr. 17/62 vorgebrachten Klageargumenten abzusehen.

B — Zur Hauptsache

Ich kann mich nach diesen unerläßlichen Vorbemerkungen zu Zulässigkeitsproblemen und sonstigen prozessualen Fragen nun-

mehr den Klageargumenten zuwenden, die unmittelbar zur Verordnung Nr. 19/65 vorgetragen wurden. Es handelt sich im wesentlichen um drei Vorwürfe. Sie sind freilich in der rechtlichen Argumentation nicht immer mit letzter Klarheit voneinander getrennt, was ihre Erörterung etwas erschwert. Betrachten wir sie in der Reihenfolge und unter den Kennzeichnungen, welche die Klägerin gewählt hat.

Erster Vorwurf: Verletzung von Artikel 87 in Verbindung mit Artikel 85 Absätze 1 und 3 des Vertrages

Zusammengefaßt besagt der erste Vorwurf folgendes: Artikel 87 des Vertrages verlangt den Erlaß von Ausführungsvorschriften zum Kartellrecht des Vertrages. Bisher fehlt es an präzisierenden Bestimmungen zum Verbotstatbestand des Artikels 85 Absatz 1, obwohl ihr Erlaß mit Rücksicht auf die Nichtigkeitsfolge des Absatzes 2 besonders dringend erscheint. Angesichts dieser Situation ist es gesetzgeberisch verfehlt, vor einer näheren Klärung der allgemeinen Regel des Absatzes 1 die nach Absatz 3 zulässigen Ausnahmen zu definieren.

Sehen wir zu, wie es sich mit dieser Ansicht im einzelnen verhält.

Was zunächst Artikel 87 des Vertrages angeht, so enthält er nach seinem Wortlaut keine absolute Verpflichtung des Rates, Durchführungsvorschriften gerade zu Artikel 85 Absatz 1 zu erlassen. Wie schon die in Artikel 87 Absatz 1 verwendeten Formulierungen („zweckdienlich“, „utile“) zeigen, steht dem Gesetzgeber der Gemeinschaft, dem Rat, in diesem Bereich vielmehr ein Ermessensspielraum zu. — Darüber hinaus ist den in Artikel 87 Absatz 2 aufgeführten Beispielen zu entnehmen, welche Materien nach der Ansicht der Vertragsautoren für eine Regelung in Durchführungsvorschriften vordringlich in Betracht kommen, nämlich Fragen, wie die Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern oder Einzelheiten der Anwendung von Absatz 3 des Artikels 85, also gerade nicht eine nähere Definition des Absatzes 1 von Artikel 85.

Überlegt man des weiteren, ob sich aus der Verbotsnorm des Artikels 85 Absatz 1 mit Rücksicht auf ihren Inhalt gebieterisch die Forderung nach zusätzlichen Definitionen in Durchführungsvorschriften ableiten läßt, so kann die Antwort gleichfalls nicht positiv lauten. Tatsächlich hat der Gerichtshof schon im Bosch-Urteil hervorgehoben, diese Bestimmung sei „self-executing“, zumindest seit Erlaß der Verordnung Nr. 17/62, die auch im Hinblick auf die Verbotsnorm des Absatzes 1 gewisse Präzisierungen brachte. Damit wurde zu erkennen gegeben, daß es vertretbar erscheint, die weitere Klärung der im Absatz 1 enthaltenen Kriterien einer sich mehr und mehr entwickelnden Verwaltungspraxis zu überlassen.

Somit kann sich allein die Frage stellen, ob es „verfehlt“ oder „schlecht“ ist, vor einer weiteren *normativen* Klärung des kartellrechtlichen Verbotstatbestands die Ausnahmetatbestände von Artikel 85 Absatz 3 auf gesetzgeberischem Wege zu verdeutlichen, wobei allerdings sofort eingewendet werden könnte, daß eine „unangemessene“ Gesetzgebungspraxis nicht notwendig die Rechtswidrigkeit der in dieser Weise hervorgebrachten Normen nach sich ziehen muß. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann aber meines Erachtens der Klägerin nicht recht gegeben werden. — Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß die Verordnung Nr. 19/65 nur eine *Ermächtigung* für die Kommission enthält. Daraus folgt, daß die Kommission, ehe sie von der Ermächtigung im Sinne einer Gruppenfreistellung Gebrauch macht, sich darüber schlüssig werden muß, ob die freizustellenden Vereinbarungen überhaupt von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt werden, womit zumindest implizite auch eine normative Klärung zu einem Teil der von Artikel 85 Absatz 1 erfaßten Sachverhalte gegeben wird. Darüber aber, daß bei einer normativen Definition von Artikel 85 zunächst nur ein Ausschnitt aller denkbaren Sachverhalte erfaßt wird, kann nicht Beschwerde geführt werden. Wer die Schwierigkeiten des Kartellrechts kennt, weiß, daß in diesem Bereich eine umfassende und vollständige Lösung aller sich stellenden Probleme im Wege der Gesetzgebung kaum möglich erscheint. Zutreffenderweise nehmen die kompetenten Organe daher für sich das Recht in Anspruch, schrittweise vorzugehen. Mit Recht auch wenden sie sich dabei zunächst denjenigen Fällen zu, die, wie die Alleinvertriebsverträge, verhältnismäßig harmlose Wettbewerbsbeeinträchtigungen zum Gegenstand haben können und die mit Rücksicht auf ihre große Zahl im Interesse der Verwaltungsvereinfachung einer beschleunigten Regelung bedürfen. Wenn sich für andere, nicht von der Verordnung Nr. 19/65 ins Auge gefaßte Abmachungen vorläufig bis zu ihrer Einzelbeurteilung eine gewisse Unsicherheit nicht vermeiden läßt, so ist zu sagen, daß der komplexen Materie des Kartellrechts gerade am Beginn seiner Entwicklung solche Schwierigkeiten immanent sind. Sie werden aber andererseits dadurch abgemildert, daß bei ordnungsgemäßer Anmeldung Freistellungen mit Rückwirkung gewährt werden können.

Insgesamt erscheint mir somit keines der Argumente, die mit dem ersten Vorwurf vorgebracht wurden, ausreichend stichhaltig zur Annullierung der Verordnung Nr. 19/65.

Zweiter Vorwurf: Verletzung von Artikel 87 in Verbindung mit Artikel 85 Absätze 1 und 3 sowie den Artikeln 2 und 3 f des Vertrages; Ermessensmißbrauch

In einem zweiten Vorwurf macht die Klägerin geltend, die Verordnung Nr. 19/65 verstoße gegen liberale Vertragsgrundsätze,

in dem sie das Prinzip einzuführen scheine, im Kartellrecht sei alles, was nicht ausdrücklich erlaubt werde, verboten. —

Halte man sich vor Augen, daß gemäß Artikel 4 Ziffer 2 der Verordnung Nr. 17 bestimmte Abmachungen (an denen nur zwei Unternehmen beteiligt sind) automatisch nicht von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt würden, so werde durch die Verordnung Nr. 19/65 für ähnliche Vereinbarungen, soweit sie nicht in deren Artikel 1 ausdrücklich genannt seien, eine große Unsicherheit geschaffen, denn es liege der Schluß nahe, sie verfielen gemäß Artikel 85 Absatz 1 der absoluten Nichtigkeit.

Wie mir scheint, beruht dieser Vorwurf mit seinen verschiedenen Schlußfolgerungen im wesentlichen auf einem Irrtum.

Zunächst ist klarzustellen, daß Artikel 4 Ziffer 2 der Verordnung Nr. 17 nicht den Sinn hat, kundzutun, die in ihm genannten Abmachungen würden von Artikel 85 Absatz 1 überhaupt nicht erfaßt. Nach seinem Wortlaut bezweckt Artikel 4 vielmehr allein eine Befreiung vom *Anmeldezwang*. Wenn aber für die dort aufgeführten Abmachungen ausdrücklich von einer fakultativen Anmeldung gesprochen wird, so muß daraus geschlossen werden, daß sie nach der Ansicht des Ministerrats durchaus unter Artikel 85 Absatz 1 fallen können, denn andernfalls hätte die Anmeldung keinen Sinn.

Sodann kann es nach meiner Auffassung keinem Zweifel unterliegen, daß die Verordnung Nr. 19/65 nur den Zweck verfolgt, das *Freistellungsverfahren* zu erleichtern, indem sie der Kommission eine Verordnungsbefugnis an die Hand gibt für ganze Gruppen von Vereinbarungen, eine Befugnis, die übrigens für sogenannte Alt-Kartelle auch mit Rückwirkung ausgeübt werden kann. Wie schon erwähnt, muß sich die Kommission bei der Anwendung dieser Möglichkeit zuvor darüber schlüssig werden, ob die von ihr bezeichneten Gruppen von Vereinbarungen überhaupt unter Artikel 85 Absatz 1 fallen. Demnach ist es unverständlich, wie die Klägerin zu der Ansicht kommen kann, die Verordnung Nr. 19/65 bezwecke eine Ausdehnung des in Artikel 85 Absatz 1 enthaltenen Verbots auf bisher nicht erfaßte Sachverhalte. Dafür sprechen weder die von ihr angezogenen Erwägungen noch einzelne Bestimmungen der Verordnung. So ist in der fünften Erwägung der Verordnung Nr. 19 nur davon die Rede, die Kommission habe zu Recht für bestimmte Gruppen von Vereinbarungen eine Erleichterung des *Anmeldeverfahrens* nicht vorgesehen, womit über das Vorliegen der Voraussetzungen von Artikel 85 Absatz 1 noch nichts Definitives gesagt ist. — In der siebenten und in der letzten Erwägung ist die Möglichkeit ins Auge gefaßt, durch Verordnung oder durch Einzelentscheidung eine Abänderung von Vereinbarungen in der Weise anzuregen, daß die Voraussetzungen von Artikel 85 Absatz 3

erfüllt werden, was naturgemäß nur für Absprachen gelten kann, die überhaupt unter Artikel 85 Absatz 1 fallen. — Wenn schließlich in Artikel 4 § 3 davon gesprochen wird, eine Gruppenfreistellung könne in Rechtsstreitigkeiten, die bei Inkrafttreten einer Freistellungsverordnung der Kommission anhängig sind, nicht geltend gemacht werden, so bedeutet dies nicht notwendig die *Nichtigkeit* derartiger Vereinbarungen, da ja eine rechtzeitig beantragte Einzelfreistellung in jedem Fall ihre Wirkungen nach den allgemeinen Vorschriften entfalten kann.

Allenfalls ist demnach der Schluß gerechtfertigt, daß für alle in der Verordnung Nr. 19/65 nicht bezeichneten Abmachungen der Grundsatz der Einzelprüfung gilt, bei der sich herausstellen kann, daß Artikel 85 Absatz 1 nicht anwendbar ist oder daß trotz Vorliegens der Voraussetzungen von Artikel 85 Absatz 1 eine Freistellung nach Absatz 3 in Betracht kommt oder schließlich daß wegen Nichterfüllung der in Absatz 3 enthaltenen Kriterien eine Freistellung versagt werden muß. Wenn insofern für die Betroffenen bis zur endgültigen Beurteilung eines Sachverhaltes eine gewisse Unsicherheit besteht, so kann diese — wie ich schon hervorgehoben habe — gegenwärtig noch nicht völlig vermieden werden. Sie wäre überdies — und das ist ohne weiteres einleuchtend — nicht geringer, wenn der Rat vom Erlaß einer Verordnung über Gruppenfreistellungen abgesehen hätte.

Demnach kann auch der zweite Vorwurf, dessen übrige Elemente im Zusammenhang mit dem dritten Klagegrund behandelt werden sollen, dem Antrag der Klägerin nicht zum Ziel verhelfen.

Dritter Vorwurf: Verletzung von Artikel 85 Absätze 1, 2, 3, Artikel 86 und 222 des Vertrages

Der dritte Vorwurf stellt die Hauptrüge des Verfahrens dar, die uns mit dem Problem der Auslegung von Artikel 85 Absatz 1 konfrontiert. Mit ihr wird im wesentlichen vorgebracht, die Verordnung Nr. 19/65 gestatte zu Unrecht, daß gewisse vertikale Vereinbarungen unter Artikel 85 subsumiert werden, während insofern allein eine Anwendung von Artikel 86 oder anderer Vertragsbestimmungen in Betracht komme. — Soweit die Verordnung Nr. 19/65 sich beziehe auf Absprachen über gewerbliche Schutzrechte, verletze sie überdies Artikel 222 des Vertrages, demzufolge die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten unberührt blieben.

Ehe ich auf diese Rüge eingehe, erscheint es mir sinnvoll, noch einmal die Wesensmerkmale der in der Verordnung Nr. 19/65 erwähnten Vereinbarungen hervorzuheben. Es handelt sich — so wörtlich — um Absprachen zwischen zwei Unternehmen

„a) — in denen sich ein Vertragspartner dem anderen gegenüber verpflichtet, zum Zwecke des Weiterverkaufs innerhalb eines

abgegrenzten Gebietes des Gemeinsamen Marktes bestimmte Waren nur an ihn zu liefern, oder

— in denen ein Vertragspartner sich dem anderen gegenüber verpflichtet, zum Zwecke des Weiterverkaufs bestimmte Waren nur von ihm zu beziehen, oder

— in denen zwischen den beiden Unternehmen zum Zwecke des Weiterverkaufs ausschließliche Liefer- oder Bezugspflichten im Sinne der beiden vorstehenden Unterabsätze vereinbart worden sind;”

(Wir wollen insofern künftig von *Alleinvertriebsverträgen* sprechen); und es handelt sich um Absprachen zwischen zwei Unternehmen,

„b) die Beschränkungen enthalten, die im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Nutzung von gewerblichen Schutzrechten — insbesondere von Patenten, Gebrauchsmustern, Geschmacksmustern oder Warenzeichen — oder im Zusammenhang mit den Rechten aus einem Vertrag zur Übertragung oder Gebrauchsüberlassung von Herstellungsverfahren oder von zum Gebrauch und zur Anwendung von Betriebstechniken dienenden Kenntnissen auferlegt sind”.

(Insofern soll abkürzend von *Lizenzverträgen* gesprochen werden.)

Der klägerischen Argumentation folgend werde ich mich zunächst den Alleinvertriebsverträgen zuwenden und danach auf die Lizenzverträge eingehen. Dabei erscheint es mir sinnvoll, auch Rechtsargumente aus anderen Verfahren zu berücksichtigen, ohne die eine Untersuchung nicht vollständig wäre.

a) Zu den Alleinvertriebsverträgen

Bei der Prüfung der Frage, ob Alleinvertriebsverträge unter Artikel 85 Absatz 1 fallen können, haben wir drei Kriterien näher zu betrachten:

1. Was sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen?
2. Wann kann davon gesprochen werden, daß mit ihnen eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckt oder bewirkt wird?
3. Was ist zu verstehen unter Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten?

—) Was die erste Frage angeht, so sehe ich keine besonderen Schwierigkeiten, namentlich nicht im Hinblick auf den Begriff „Vereinbarung”, unter den sicher Verträge im allgemeinen zivilrechtlichen Sinne fallen.

Für den Unternehmensbegriff können wir gewisse Anhaltspunkte gewinnen aus dem Montanrecht und aus dem nationalen Kartell-

recht. Unternehmen sind demnach, ohne Rücksicht auf die Rechtsform oder die Absicht der Gewinnerzielung, natürliche und juristische Personen, die aktiv und selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmen, die also nicht einer rein privaten Tätigkeit nachgehen (vgl. Anmerkung 2 zu § 1 im Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von Müller - Henneberg - Schwartz 2. Auflage).

Wie un schwer zu erkennen ist, werden von dieser Definition auch die Alleinvertriebshändler, die als Eigenhändler auftreten, erfaßt, gleichgültig, ob ihr wirtschaftliches Gewicht dem des produzierenden Vertragspartners entspricht, solange nicht eine völlige Beherrschung vorliegt. Sie heben sich damit deutlich ab von Filialen, Vertriebsabteilungen oder Angestellten eines Produzenten, denen es im Handelsverkehr an der rechtlichen Selbständigkeit fehlt.

Somit stellen Alleinvertriebsverträge „Vereinbarungen zwischen Unternehmen“ dar, und es erscheint schief, hier lediglich — wie die Klägerin es tut — von einer *Abtretung von Befugnissen* durch den Produzenten zu sprechen.

—) Schwieriger gestaltet sich dagegen die Untersuchung dessen, was mit der Formulierung gemeint ist, „Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bezwecken oder bewirken“.

Meiner Ansicht nach ist zunächst davon auszugehen, daß der Vertrag einen sehr weitgespannten Wettbewerbsbegriff verwendet, einen Wettbewerbsbegriff, der nicht nur das Verhalten von Produzenten erfaßt. Wenn von Wettbewerb und seiner Beeinträchtigung gesprochen wird, ist auch an den Handel, an die verschiedenen Verteilerstufen zu denken. Zu Recht wird von der Kommission darauf hingewiesen, daß bei vielen Gütern der Anteil der Vertriebskosten an den Gesamtkosten einen beträchtlichen Umfang aufweist. Es kann also durch einen wirksamen Wettbewerb auf der Händlerebene eine erhebliche Rationalisierung der Verteilung bewirkt werden, die im Zusammenhang mit der nach Artikel 2 des Vertrages anzustrebenden harmonischen Wirtschaftsentwicklung nicht außer Betracht gelassen werden kann.

Des weiteren muß hervorgehoben werden, daß in Artikel 85 des Vertrages kein ausdrücklicher Unterschied gemacht wird zwischen vertikalen und horizontalen Absprachen. Es fehlt in der Tat, anders als etwa in § 1 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die Wendung „zu einem gemeinsamen Zweck“, was zu dem Schluß berechtigt, prinzipiell seien Absprachen jeglicher Richtung visiert. Es läßt sich sogar aus gewissen, in Artikel 85 Absatz 1 für Wettbewerbsbeeinträchtigungen gegebenen Beispielen (Buchstabe d und e) die Schlußfolgerung ziehen, auch vertikale Absprachen seien von Artikel 85 erfaßt, da in diesen Beispielen auf die Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse dritter Personen abgestellt

wird, die an einer Absprache nicht beteiligt sind und die auf einer anderen Wirtschaftsstufe sich betätigen als die Kartellpartner. Daß ähnliche Beispiele auch in Artikel 86 anzutreffen sind, stellt kein Gegenargument dar, sondern macht einfach die Tatsache deutlich, daß Wettbewerbsbeschränkungen der angedeuteten Art sowohl auf marktbeherrschende Positionen wie auf Kartellabsprachen zurückgehen können.

Damit ist freilich ein abschließendes Urteil über die uns allein beschäftigenden Exklusivverträge noch nicht gewonnen, wie mir überhaupt fraglich erscheint, ob ein solches Urteil allein aufgrund allgemeiner theoretischer Überlegungen und Interpretationsbemühungen, ohne Berücksichtigung konkreter Marktauswirkungen erreichbar ist. Dies gilt sowohl für Schlußfolgerungen zugunsten des Rats, etwa aufgrund einer Betrachtung der Verordnung Nr. 17 (Artikel 4 Absatz 2), da bei ihrem Erlaß wohl nicht die Absicht bestanden hat, den *materiellen Anwendungsbereich* von Artikel 85 Absatz 1 definitiv zu bestimmen; dies gilt aber gleichermaßen für die klägerische These, der gegenüber auf das Bosch-Urteil des Gerichtshofes verwiesen werden kann. Wenn dort für Exportverbote, also für Klauseln, die viele Alleinvertriebsverträge kennzeichnen, festgestellt wird, ihre Beurteilung nach Artikel 85 Absatz 1 verlange die genaue Kenntnis *aller Elemente* einer Abmachung, so dürfte damit gleichzeitig gesagt sein, daß eine abstrakte und generelle Beantwortung derartiger Fragen allein aufgrund einer Interpretation der Vorschriften des EWG-Vertrags nicht möglich erscheint. Es muß demnach überlegt werden, welche Wirkungen im einzelnen von Alleinvertriebsverträgen ausgehen können und ob sie für Artikel 85 Absatz 1 relevant sind.

Da ist einmal die exklusive *Lieferbindung*, kraft deren in ein bestimmtes Gebiet zum Zwecke des Weiterverkaufs allein an den Konzessionär geliefert werden darf. Sie schließt andere Händler in diesem Gebiet vom unmittelbaren Bezug beim Produzenten und von der Gewährung der damit verbundenen Bezugsbedingungen aus, und sie verhindert darüber hinaus unmittelbare Lieferungen des Produzenten an Verbraucher. Zweifellos wird auf diese Weise für die betroffenen Produkte eine Freistellung des Konzessionärs vom Wettbewerb anderer potentieller Konkurrenten bewirkt, eine Freistellung, die unter Umständen mit Rücksicht auf nationale Rechtsinstitutionen („*opposabilité aux tiers*“ im französischen Recht) durch Parallelimporte überhaupt nicht, in anderen Fällen nur in den engen Grenzen kompensiert werden kann, die Transportkosten, Zölle und die Einschaltung anderer Zwischenhändler ziehen.

Was die *Bezugsbindung* der in Artikel 1 a der Verordnung Nr. 19 geregelten Art angeht, d.h. die Verpflichtung, keine konkurrierenden Waren zu vertreiben, sondern nur von einem Produzenten zu

beziehen, so kann sie gleichfalls eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bedeuten, da auf diese Weise der Zugang anderer Produzenten zum Markt beeinflußt wird (also deren Wettbewerbsverhältnisse), und zwar ganz offensichtlich in anderer Weise als dies durch den Abschluß eines *einzelnen* Kaufvertrags bewirkt würde. Namentlich bei hochspezialisierten Waren, die nur von Fachleuten abgesetzt werden können, gewinnt eine derartige Bezugsbindung für die Wettbewerbsverhältnisse unter Umständen beträchtliche Bedeutung.

Folglich scheint tatsächlich nicht ausschließbar, daß die Alleinvertriebsverträge der Verordnung Nr. 19/65 Wettbewerbsbeeinträchtigungen bewirken können.

Wenn uns demgegenüber versichert wird, der Hauptzweck von Alleinvertriebsverträgen sei die *Markterschließung und Marktdurchdringung*, die mit einer Steigerung und Intensivierung des Wettbewerbs verbunden sei, so soll dies grundsätzlich nicht bestritten werden. Tatsächlich kann bei der Einführung eines neuen Produktes auf dem Markt unter Umständen für eine gewisse Zeit der Alleinvertriebsvertrag sehr nützlich oder sogar notwendig sein. Es ist aber zu bedenken, daß in einem solchen Fall eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ebenfalls gewollt ist, und es kann nicht anerkannt werden, daß ohne die Wettbewerbsbeschränkung allgemein und in jedem Falle eine Absatzsicherung nicht zu erreichen ist.

Auch dürften Einwendungen nicht in jedem Fall durchschlagen, die besagen: die Wettbewerbsverhältnisse würden nicht negativ beeinflußt, weil ein Wettbewerb der Natur der Sache nach weder zwischen einem Produzenten und seinen Konzessionären noch zwischen verschiedenen Konzessionären eines Produzenten stattfindet; ein Alleinvertriebshändler dürfe nicht in Beziehung gesetzt werden zu anderen Großhändlern, da er — einem Produzenten angenähert — allein die Funktion habe, mit anderen Produzenten in Wettbewerb zu treten; sowie: der Wegfall einer Alleinvertriebsvereinbarung könne die Marktlage deswegen nicht verändern, weil dann an die Stelle des einzigen Anbieters Alleinvertriebshändler der Produzent als einziger Anbieter trete.

Letzteres mag wohl in einigen Fällen, vielleicht sogar in vielen zutreffen, ist jedoch keine denknotwendige Konsequenz. — Was die Beziehungen eines Alleinvertriebshändlers zu anderen Verteilern angeht, so genügt die Feststellung, daß selbst bei Nichtberücksichtigung anderer Großhändler eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse auch durch die Art und Weise der Umgrenzung der Verkaufsbezirke der verschiedenen Alleinvertreter bewirkt werden kann. — Zum Verhältnis Konzessionär — Produzent und Konzessionär — Konzessionär aber ist zu sagen, daß richtigerweise nicht auf die rechtliche Situation abgestellt werden darf, die *nach* Abschluß des Vertriebsvertrags gilt, vielmehr muß überlegt werden,

wie sich die Wettbewerbsverhältnisse *ohne* die Absprache gestaltet hätten.

Schließlich möchte ich auch der Meinung nicht folgen, mit Rücksicht auf die Ähnlichkeit der wirtschaftlichen Funktionen im Rahmen einer Vertriebsorganisation sei ohne weiteres eine Gleichstellung der Alleinvertriebshändler erlaubt mit Agenten oder Kommissionären eines Produzenten, eine Gleichstellung, die dazu führen müsse, Verträge mit Konzessionären ebenso für wettbewerbsrechtlich indifferent zu erklären wie solche mit Agenten, die ausschließlich im Interesse eines anderen tätig sind, „Geschäfte für einen anderen besorgen“. Es ist festzustellen, daß insofern beträchtliche rechtliche wie wirtschaftliche Unterschiede bestehen. Ich verweise dazu auf die Bekanntmachung der Kommission im Amtsblatt 1962, Seite 2627, in der die besonderen Pflichten eines Alleinvertriebshändlers gekennzeichnet sind. Zu denken ist namentlich an den verschiedenen Grad der wirtschaftlichen Abhängigkeit oder die verschiedenartigen Gewinnverhältnisse mit Rücksicht auf die Risikoverteilung. Diese Unterschiede kommen auch sonst im Recht zum Tragen, wie die Kommission unter Hinweis auf den Montanvertrag (Artikel 63) oder die nationalen Rechtsordnungen gezeigt hat (Steuerrecht, Konkursrecht etc.). Sie im Wettbewerbsrecht außer Betracht zu lassen, sehe ich keinen zwingenden Grund.

Folglich erscheint insgesamt der Standpunkt der Klägerin nicht vertretbar, in *keinem Fall* könnten Alleinvertriebsverträge die Voraussetzungen erfüllen, welche zur Annahme einer Wettbewerbsbeeinträchtigung berechtigen.

—) Was die Frage angeht, wann eine Vereinbarung nach Artikel 85 Absatz 1 geeignet ist, „den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“, so könnte ich mich dazu kurz fassen, weil die Klägerin besondere eigenständige Argumente insoweit nicht vorgebracht hat. Sehen wir aber dennoch näher zu.

Zunächst müßte überlegt werden, was unter „*Eignung* zur Handelsbeeinträchtigung“ zu verstehen ist. Die Antwort darauf dürfte nicht schwer fallen. Offenbar verlangt der Vertrag mit dieser Formulierung nicht, daß Kartellabsprachen einen effektiven Einfluß auf internationale Handelsbeziehungen haben, es reicht vielmehr aus, daß ein solcher Einfluß *denkbar* ist, wenn auch nicht im Sinne einer reinen Hypothese, sondern zumindest als vernünftigerweise voraussehbare Folge.

Sodann ist hervorzuheben, daß entgegen vielfach geäußelter Ansicht dieses Kriterium durchaus einen eigenständigen Sinn hat, also nicht identisch ist mit dem der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Hätte nämlich mit der Formulierung „Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“ tatsächlich nur auf den Umstand hingewiesen werden sollen, die in Artikel 85 Absatz 1 visierten Wettbewerbsbeschränkungen müßten einen grenzüberschreitenden Charak-

ter haben, so wäre wohl eine beiläufigere, nicht aber eine sich vom ersten Kriterium (der Wettbewerbsbeeinträchtigung) so deutlich abhebende Formulierung gewählt worden.

Auch scheint mir die Ansicht nicht vertretbar, es genüge, daß von einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung irgendein *Einfluß* auf den zwischenstaatlichen Handel ausgeht, daß dieser (wie die Kommission sich ausdrückt) nach Abschluß der Vereinbarung eine *andere* Entwicklung nimmt als vorher. Dagegen sprechen mit Deutlichkeit die Vertragsfassungen in der deutschen, italienischen und holländischen Sprache, die einen *ungünstigen*, schädlichen Einfluß verlangen und die somit dazu zwingen, dem im französischen Text verwendeten, häufig wertneutralen, häufig aber auch negativen Begriff „affecter“ denselben Sinn zu geben.

Geht man von diesen Erkenntnissen aus — wobei außerdem der Kommission folgend eine rein quantitative Betrachtung abgelehnt werden soll —, so wird man einräumen müssen, daß Alleinvertriebsverträge durchaus eine negative Beeinflussung der für den zwischenstaatlichen Handel geltenden Wirtschaftsbedingungen bewirken können. Indem sie jeweils einem einzigen Partner in einem anderen Mitgliedstaat den Absatz bestimmter Produkte vorbehalten, bezwecken sie eine Reglementierung der internationalen Handelsbeziehungen, die in einer gegebenen Situation als von der Normallage des zwischenstaatlichen Warenaustauschs in einem ungünstigen Sinne abweichend angesehen werden kann. — Auch hier wird man aber das Argument nicht gelten lassen können, ohne derartige Bindungen sei *generell* die Erschließung eines fremden Marktes, also die Schaffung von Voraussetzungen für den zwischenstaatlichen Handel nicht möglich.

Demnach ist der prinzipielle Standpunkt des Rates, wie er sich in der Verordnung Nr. 19/65 ausdrückt, gerechtfertigt und die mit der Ermächtigung der Kommission für möglich erklärte Subsumtion von Alleinvertriebsverträgen unter Artikel 85 Absatz 1, die auch die herrschende Lehre und Rechtsprechung für richtig hält ⁽¹⁾, nicht zu beanstanden.

Nur um vollständig zu sein, will ich aber noch auf zwei Bedenken eingehen, die von klägerischer Seite am Rande ihrer Argumentation vorgebracht wurden. Wenn ich recht sehe, ist die Klägerin von der Sorge erfüllt, die gesamtwirtschaftlich nützliche Funktion von Alleinvertriebsabsprachen könne paralysiert werden durch langwierige Kartellgenehmigungsverfahren, die unter Umständen zur Nichtigkeit eines Alleinvertriebsvertrags führen, während eine Anwendung von Artikel 86 derartige Verträge grundsätzlich unangetastet lasse und nur Mißbräuche verhindere. Bei dieser Rechtslage, namentlich angesichts der unterschiedlichen kartellrechtlichen Be-

⁽¹⁾ Vgl. etwa die Nachweise bei Sölter, Vertriebsbindungen im Gemeinsamen Markt, 1962, S. 63.

handlung von Agenten einerseits und Eigenhändlern andererseits könne das unerwünschte Resultat eintreten, daß die Produzenten künftig ihre Vertriebsorganisationen unter Ausschluß der Eigenhändler gestalteten.

Wie mir scheint, sind diese Befürchtungen unbegründet. Sie übersehen, daß ganz offensichtlich das Bestreben aller beteiligten Instanzen nicht auf eine Ausschaltung von Alleinvertriebssystemen gerichtet ist, sondern dahin geht, Alleinvertriebsverträgen über Artikel 85 Absatz 3 zur Gültigkeit zu verhelfen, wobei sogar an Gruppenfreistellungen ohne vorhergehende Anmeldung durch die beteiligten Unternehmen gedacht ist. In ihrem Kern sollen also Exklusivverträge ebenso unangetastet bleiben, wie sie bei einer Anwendung von Artikel 86 unangetastet blieben.

Was aber die Bedenken angeht, die aus der Schwerfälligkeit des Kartellverfahrens hergeleitet werden, so dürften sie gerade nach der Schaffung der Möglichkeit zu Gruppenfreistellungen kaum mehr ins Gewicht fallen.

Im übrigen wird man, wie schon in einem früheren Zusammenhang geschehen, betonen müssen, daß dieses Pauschalurteil die Kommission natürlich nicht von einer gewissenhaften Prüfung der wirtschaftlichen Sachverhalte entbindet, ehe sie Freistellungen von Vereinbarungen ausspricht, die von Artikel 85 Absatz 1 gar nicht erfaßt sein können. Ich erinnere dazu an eine Entscheidung des amerikanischen Supreme Court vom 4. März 1963 („Withe Motor“) in der zur Beurteilung eines Alleinvertriebssystems durch die erste Instanz (den District Court) rügend festgestellt wurde, eine zuverlässige Meinung über die Zulässigkeit eines solchen Systems lasse sich nur bilden nach *umfassenden Ermittlungen* über dessen wirtschaftliche Bedeutung und seine tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb ⁽¹⁾.

Ob der Kommission gegenwärtig schon aufgrund der vereinfachten Anmeldungen nach der Verordnung Nr. 153/62 eine solche Urteilsbildung möglich erscheint, ist eine Frage, die sie selbst beantworten muß.

b) Zu den Lizenzverträgen

Unsere Untersuchung ist damit indessen noch nicht abgeschlossen, da die Verordnung Nr. 19/65 auch die sogenannten Lizenzverträge visiert.

Meine Bemerkungen dazu werden aber wenig umfangreich sein, weil die Klägerin dazu nur eine Verletzung von Artikel 222 des Vertrages geltend macht (offenbar in der — zutreffenden — Erkennt-

⁽¹⁾ Vgl. Beier, Die kartellrechtliche Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen im Gemeinsamen Markt und USA, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1964, S. 84 ff.

nis, Wettbewerbsbeeinträchtigungen und eine negative Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels seien bei Lizenzverträgen nicht absolut auszuschließen).

Wir werden uns deshalb allein mit der Frage zu befassen haben, ob die Verordnung Nr. 19/65 zu Eingriffen in gewerbliche Schutzrechte ermächtigt, die nach den Vertragsprinzipien unangetastet bleiben sollen.

Eine solche Verletzung sehe ich nicht. — Selbst nämlich, wenn man dem Artikel 222 des Vertrages nicht lediglich das Verbot entnimmt, in die Eigentumsordnung eines Mitgliedstaats normativ rechtsgestaltend einzugreifen, sie als System gleichsam auszuhöhlen oder zu untergraben, sondern auch bei der Annahme, Artikel 222 verbiete desgleichen eine Beeinträchtigung von *individuellen* Eigentumsrechten, gibt die Verordnung Nr. 19/65 zu Bedenken keinen Anlaß.

Wie der Rat mit Recht hervorhebt, handelt es sich bei der kartellrechtlichen Behandlung von Lizenzverträgen und ähnlichen Abmachungen nach der Verordnung Nr. 19/65 nicht um einen Eingriff in die *Ausübung* dieser Schutzrechte, vielmehr sollen nur *Beschränkungen im Zusammenhang* mit dem Erwerb oder der Nutzung gewerblicher Schutzrechte, soweit sie auf Vereinbarungen beruhen, nach Artikel 85 Absatz 1 erfaßt werden können. Derartige Maßnahmen werden den Gemeinschaftsorganen durch Artikel 222 des Vertrages sicher nicht untersagt, eben weil sie die Lizenzverträge grundsätzlich unangetastet lassen, was die Klägerin im übrigen für den Anwendungsbereich des Artikels 86 ohne weiteres einräumt.

Die Verordnung Nr. 19/65 liegt damit grundsätzlich auf der Linie, die von der Kommission in ihren Bekanntmachungen aus dem Jahr 1962 (Amtsblatt 1962, Seite 2628 f.) über die Anwendung von Artikel 85 Absätze 1 und 3 auf Patentlizenzverträge angezeigt wurde.

Also erscheint auch die Kritik zu Artikel 1 b der Verordnung Nr. 19/65 nicht fundiert, womit sich der dritte Vorwurf der Klägerin in seiner Gesamtheit als unbegründet erweist. Die Rechtmäßigkeit der Ratsverordnung steht damit fest.

C — Zusammenfassung

Mein Schlußantrag lautet nach alledem wie folgt: Die Klage der Italienischen Regierung ist, soweit sie sich richtet gegen die Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, als unzulässig und soweit sie sich richtet gegen den Rat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung ergibt sich entsprechend aus Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung.