

Die gemäß der Verordnung Nr. 17/62 ordnungsgemäß angemeldeten Vereinbarungen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages sind solange voll wirksam, bis die Kommission nach Artikel 85 Absatz 3 und den Vorschriften dieser Verordnung entschieden hat.

Luxemburg, den 9. Juli 1969

|         |           |                    |           |
|---------|-----------|--------------------|-----------|
| Lecourt | Trabucchi | Mertens de Wilmars |           |
| Donner  | Strauß    | Monaco             | Pescatore |

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

Der Kanzler  
A. Van Houtte

Der Präsident  
R. Lecourt

### SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS KARL ROEMER VOM 24. JUNI 1969

*Herr Präsident,  
meine Herren Richter!*

Zu dem Vorlageverfahren, das uns heute beschäftigt, ist die Kenntnis folgenden Sachverhalts von Bedeutung.

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, eine belgische Handelsgesellschaft, vertreibt Büromaschinen und dazugehöriges Material. — Nach langjährigen, bis in das Jahr 1937 zurückreichenden Geschäftsbeziehungen des früheren Alleinhabers der klagenden Firma mit der in den USA ansässigen Gesellschaft Marchant Calculating Machine Company und nach dem Zusammenschluß dieser Gesellschaft mit der Firma Smith Corona zu der Gesellschaft Smith Corona Marchant Corporation in New York wurde am 1. Juli 1961 eine neue schriftliche Abmachung

zwischen der Klägerin und einer Schweizer Tochtergesellschaft der genannten amerikanischen Firma, der S.A. Smith Corona Marchant International in Lausanne, getroffen. Nach diesem Vertrag steht der Klägerin das Alleinvertriebsrecht bestimmter, von ihrem Vertragspartner hergestellter oder vertriebener Rechenmaschinen und Schreibmaschinen in Belgien und Luxemburg zu. Werden diese Produkte vom Vertragspartner der Klägerin, einer seiner Filialen oder anderen Alleinvertriebsberechtigten in das Konzessionsgebiet der Klägerin geliefert, so hat die Klägerin gegen den Lieferanten Anspruch auf Zahlung einer Provision. Die Klägerin ist ihrem Vertragspartner gegenüber gehalten, ein Verkaufsnetz aufzubauen, einen Kundendienst zu organisieren, Garantie zu gewähren und ein

Lager zu unterhalten. — Der Vertrag wurde im Auftrag der beiden Partner am 31. Januar 1963, also unter Einhaltung der in Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 bezeichneten Frist, bei der Kommission angemeldet.

Als die Firma Smith Corona Marchant International in Lausanne dazu übergang, auch Elektrokopiergeräte herzustellen bzw. zu vertreiben, überließ sie deren Alleinvertrieb in Belgien und Luxemburg gleichfalls der Klägerin. Dies geschah ohne Erweiterung der Liste, in der die von der Abmachung des Jahres 1961 erfaßten Produkte zusammengestellt sind. Eine ergänzende Anmeldung bei der Kommission unterblieb.

Aufgrund der im Vertrag vom 1. Juli 1961 enthaltenen Kündigungsklausel erklärte die Schweizer Gesellschaft der Klägerin am 6. Oktober 1966, das Vertragsverhältnis ende — unter Beachtung der vertraglichen Kündigungsfrist von 90 Tagen — soweit es sich auf Elektrokopiergeräte beziehe; im übrigen bleibe es unangetastet.

In der Überzeugung, die genannte Frist sei zu kurz und die Beendigung des Vertragsverhältnisses verstoße gegen das belgische Gesetz über die einseitige Kündigung von Alleinvertriebsverträgen vom 27. Juli 1961<sup>1</sup>, reichte die Firma Portelange am 4. und 5. September 1967 beim Tribunal de Commerce zu Brüssel Klage ein. Die Klage richtet sich nicht nur gegen die S. A. Smith Corona Marchant International zu Lausanne, sondern auch gegen drei andere Gesellschaften (mit Sitz in Frankfurt, New York und Brüssel), die untereinander und mit der Beklagten zu eins in einem Abhängigkeitsverhältnis (Muttergesellschaft - Tochtergesellschaft, Filiale - Filiale) stehen. Diese Gesellschaften haben sich nach den Angaben der Klägerin die Erfüllung des mit ihr abgeschlossenen Vertrages aufgeteilt und sind ihr deshalb alle verpflichtet. — In der Klage wird beantragt festzustellen, daß der mit der Klägerin abgeschlossene Alleinvertriebsvertrag nach unzureichen-

der Kündigungsfrist und ohne Gewährung einer Entschädigung beendet wurde. Weiter beantragt die Klägerin, die Beklagten zur Zahlung verschiedener Entschädigungen und zur Rücknahme von Maschinen sowie anderen Produkten zu verurteilen. — Darüber hinaus finden sich in der Klageschrift Anträge, die für das vorliegende Verfahren nicht von Interesse sind. Sie stützen sich auf den behaupteten Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs und sind gerichtet auf die Verurteilung der Beklagten zur Lieferung von Ersatzteilen, auf die Feststellung, bestimmte vertragliche Wettbewerbsverbote seien wegen Verschuldens der Beklagten als aufgelöst anzusehen sowie auf die Verurteilung zur Leistung von Schadensersatz. Die zuletzt genannten Anträge gehen zurück auf die Behauptung der Klägerin, die Gesellschaft Smith Corona Marchant Belgium habe nach der erwähnten Beendigung des Vertragsverhältnisses eine eigene Verkaufsorganisation in Belgien aufgebaut. Sie stützen sich weiterhin auf Verhandlungen, die zu dieser Zeit zwischen den Parteien stattgefunden haben und die — nach Ansicht der Klägerin — bestimmte Verpflichtungen der Beklagten (zur Lieferung von Ersatzteilen und anderen Produkten sowie zur Unterlassung von Angeboten an die Kunden der Klägerin) begründet haben.

Für uns ist von Bedeutung, daß die Beklagten gegen die Hauptanträge auf Leistung von Schadensersatz wegen Vertragsverletzung eingewendet haben, die von der Klägerin angezogene Abmachung sei wegen Verletzung von Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags nichtig. Dem begegnete die Klägerin unter anderem mit der Bemerkung, Artikel 85 Absatz 1 greife nicht ein, weil die Abmachung kein geschlossenes Alleinvertriebssystem zum Inhalt habe. In jedem Fall sei sie rechtzeitig bei der Kommission angemeldet worden, womit — nach dem Bosch-Urteil des Europäischen Gerichtshofs — ihre vorläufige Gültigkeit feststehe. Die zuletzt genannte Auffassung erscheint dem Tribunal de Commerce offenbar relevant. Angesichts der ausgedehnten

1 — Loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée.

Diskussion darüber, was unter vorläufiger Gültigkeit im einzelnen zu verstehen sei, hielt es das Brüsseler Gericht aber für angezeigt, dieses Problem nicht selbst zu lösen. — Durch Zwischenurteil vom 18. Februar 1969 setzte es das Verfahren aus und legte dem Europäischen Gerichtshof gemäß Artikel 177 Absatz 2 des EWG-Vertrages folgende Frage vor:

Wie sind Artikel 85 des EWG-Vertrages und die dazu ergangenen Durchführungsvorschriften auszulegen hinsichtlich der Wirkungen der *vorläufigen Gültigkeit* von Vereinbarungen, die fristgemäß bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften angemeldet wurden, und zwar vor Einleitung des in Artikel 9 der Verordnung Nr. 17 des Rates der EWG vom 6. Februar 1962 vorgesehenen Verfahrens?

Gleichzeitig gestattete das Gericht der Klägerin — was aber nicht weiter interessiert —, Beweise zu erbringen für das von ihr behauptete unlautere Verhalten der Beklagten.

Zu dem Auslegungsersuchen haben sich schriftlich die Klägerin des Ausgangsverfahrens und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften geäußert. An der mündlichen Verhandlung beteiligten sich außerdem die Beklagten des Ausgangsverfahrens.

Uns stellt sich danach die Frage, welche Antwort der Gerichtshof dem Tribunal de Commerce de Bruxelles geben soll.

### *Rechtliche Würdigung*

1. — Wesentlich erscheint zunächst die Bemerkung der Kommission, in Wahrheit komme es für die Beurteilung des Falles, den das vorlegende Gericht zu entscheiden hat, auf das Problem der vorläufigen Gültigkeit ordnungsgemäß gemeldeter alter Absprachen gar nicht an. Der Begründung dieser Ansicht widmet die Kommission zwei Drittel ihres schriftlichen Vorbringens.

Damit stellt sich auch im vorliegenden Verfahren die Frage nach der Entscheidungserheblichkeit der an den Gerichtshof gerichteten Anfrage. Darauf einzu-

gehen hat sich der Gerichtshof in seiner bisherigen Rechtsprechung stets mit Nachdruck geweiigt; erst im Urteil der Rechtssache 13/68<sup>1</sup> findet sich — wie ich kürzlich schon hervorgehoben habe — die Andeutung der Bereitschaft, diesen Standpunkt unter bestimmten Voraussetzungen zu verlassen. In dem erwähnten Urteil wird nämlich von einer *offensichtlich irrtümlichen* Heranziehung der auszulegenden Vorschrift gesprochen und damit zu erkennen gegeben, daß sich der Gerichtshof in einem solchen Fall weigern könne, die verlangte Auslegung vorzunehmen.

Der gegenwärtige Fall scheint mir nun besonders geeignet zu sein, dieser These zur Anwendung zu verhelfen. Die Prüfung der Entscheidungserheblichkeit kann sich nämlich auf Tatsachen stützen, die vom vorlegenden Gericht selbst geliefert wurden, sowie auf Tatsachen, welche die Kommission anführt (und über die sie besonders zuverlässig Bescheid weiß). Außerdem macht die Prüfung keine Überlegungen zum nationalen Recht notwendig, also einen Einbruch in eine Domäne, die uns grundsätzlich verschlossen ist, sondern es ist möglich, allein mit Erwägungen aus dem Gemeinschaftsrecht zu arbeiten.

Maßgeblicher Ausgangspunkt für die Argumentation der Klägerin und den Standpunkt des vorlegenden Gerichtes ist — ich habe es schon erwähnt — das bekannte Bosch-Urteil, also die Rechtsprechung in der Sache 13/61<sup>2</sup>. In diesem Urteil heißt es u.a.: „Bei den zur Zeit des Inkrafttretens der Verordnung“ (nämlich der Verordnung Nr. 17) „bereits bestehenden Vereinbarungen und Beschlüssen tritt die Nichtigkeit nicht schon allein deswegen ein, weil sie unter Artikel 85 Absatz 1 fallen. Diese Vereinbarungen und Beschlüsse müssen als gültig angesehen werden, wenn sie unter Artikel 5 Absatz 2 der genannten Verordnung fallen. Sie haben als *vorläufig gültig* zu gelten, wenn sie, ohne unter diese Vorschrift zu fallen, bei der Kommission nach Arti-

<sup>1</sup> — Band 14, S. 690.

<sup>2</sup> — Band 8, S. 112 ff.

kel 5 Absatz 1 der Verordnung fristgemäß angemeldet werden". — Soll dazu, genauer gesagt: zu dem Begriff der vorläufigen Gültigkeit, eine weitere Erläuterung gegeben werden (die bekanntlich viele für wünschenswert halten), so müssen nach dem zitierten Text zwei Dinge feststehen. Es muß sich um ein sogenanntes *Altkartell* handeln, d.h. eine Absprache, die beim Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 (am 13. März 1962) bereits bestand, und es muß ihre *Anmeldung* bei der Kommission rechtzeitig erfolgt sein. Auf die Anmeldung konnte (gemäß Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17) nur verzichtet werden in den Fällen des Artikels 4 Absatz 2, also unter Voraussetzungen, die in dem Verfahren des Brüsseler Gerichts nach dessen Auffassung und nach der Ansicht der Kommission offensichtlich nicht gegeben sind.

Was den gegenwärtigen Fall angeht, so wissen wir aus dem Sachverhalt, daß zwischen der Klägerin und einer der beklagten Parteien im Jahre 1961 ein Alleinvertriebsvertrag abgeschlossen und dieser rechtzeitig (nämlich am 31. Januar 1963) bei der Kommission angemeldet wurde. Wichtig ist aber folgendes: Für die Vereinbarung wurde ein Vertragsformular verwendet, nach dem die Produkte genau zu bezeichnen sind, auf die sich die Vereinbarung bezieht. Im Jahre 1961 waren dies lediglich Rechenmaschinen und Schreibmaschinen bestimmter Typen. — Später soll die Warenliste durch Einvernehmen, aber ohne Änderung des Vertragstextes erweitert worden sein; die Klägerin erhielt auch das Alleinvertriebsrecht für Elektrokopiermaschinen. Wann das geschehen ist, scheint nicht völlig klar zu sein. Das Vorlageurteil nennt keinen Zeitpunkt; die Kommission glaubte nach den Prozeßunterlagen annehmen zu können, die Erweiterung sei erst nach dem 31. Januar 1963 erfolgt, während die Klägerin in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen hat, schon im Oktober 1962 seien Elektrokopiergeräte an sie geliefert worden. Dieser Punkt, den das nationale Gericht aufzuklären hat, kann jedoch für

uns offenbleiben. Für das Gemeinschaftsrecht ist allein wesentlich, daß die Ergänzung der ursprünglichen Vereinbarung als zusätzlicher Vertrag anzusehen ist, der gleichfalls hätte angemeldet werden müssen. Nach der Auffassung der Kommission, die ich für zutreffend halte, erfordert nämlich die Zusatzvereinbarung wettbewerbsrechtlich eine gesonderte Würdigung, weil nicht gesagt werden kann, die von ihr erfaßten Produkte bildeten mit den in der ursprünglichen Vereinbarung genannten Produkten einen einheitlichen Markt. Tatsächlich ist ohne weiteres einleuchtend, daß sich die Käuferkreise von Schreib- und Rechenmaschinen einerseits und Elektrokopiermaschinen andererseits nicht unbedingt decken. Aufgrund der ersten gemeldeten Absprache wird es der Kommission deshalb nicht möglich sein, die Zulässigkeit einer Freistellung der späteren Zusatzvereinbarung zu beurteilen. Gerade um diese Zusatzvereinbarung aber geht es für den vorliegenden Richter, denn nur sie wurde von der beklagten Partei gekündigt und nur aus ihrer Auflösung leitet die Klägerin Schadensersatzansprüche ab.

Somit drängt sich in der Tat die von der Kommission gezogene Schlußfolgerung auf: Nach dem uns allein interessierenden Sachverhalt kann wahrscheinlich nicht davon gesprochen werden, es handle sich um eine *alte*, bei Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 bereits bestehende Vereinbarung. Sicher jedoch fehlt es für diese Absprache an der Anmeldung, denn die Anmeldung, für die nach dem Formblatt B der Kommissionsverordnung Nr. 27 vom 3. Mai 1962 eine genaue Beschreibung der betreffenden Waren vorgeschrieben ist, kann nicht als durch den Akt vom 31. Januar 1963 bewirkt angesehen werden, der Elektrokopiergeräte nicht ausdrücklich nennt. Damit steht aber fest, daß die vom vorlegenden Richter gestellte Frage für die Entscheidung seines Prozesses mit Sicherheit bedeutungslos ist. Unter Beachtung der im Urteil Salgoil angedeuteten Grundsätze zwingt dies dazu, die Vorlage als unzulässig zurückzuweisen.

2. — Ein anderes Ergebnis stellt sich auch nicht ein, wenn für die fragliche Zusatzvereinbarung eine Beurteilung gesucht wird im Rahmen von Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 oder im Rahmen der Verordnung Nr. 67/67.

a) Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 bezieht sich auf Vereinbarungen, die *nach* dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 geschlossen werden. Sie sind gleichfalls zum Zwecke der Freistellung anzumelden, wenn nicht Artikel 4 Absatz 2 Platz greift (was im vorliegenden Fall — wie schon erwähnt — mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann). Eine Freistellung ist danach möglich mit Rückwirkung bis zum Zeitpunkt der Anmeldung (Artikel 6 der Verordnung Nr. 17). Somit könnte sich die Frage nach der vorläufigen Gültigkeit auch für derartige Vereinbarungen stellen.

Im vorliegenden Fall spielt sie indessen keine Rolle, weil — wie wir wissen — eine *Anmeldung* der Neuvereinbarung nicht erfolgt ist. Eine Freistellung kommt demnach sicher nicht mehr in Frage für die Zeit vor der Kündigung der Vereinbarung, aus deren Mißachtung Ersatzansprüche hergeleitet werden sollen.

b) Was die Verordnung Nr. 67/67 angeht, in der Kategorien von Vereinbarungen freigestellt wurden, so kann sie sich zwar auch auf Vereinbarungen beziehen, die — wie die Zusatzvereinbarung des gegenwärtigen Falles — vor dem Inkrafttreten der Verordnung abgeschlossen wurden. Die Freistellung gilt aber — wenn die Voraussetzungen der Verordnung Nr. 67 vorliegen — frühestens vom Tage der Anmeldung der Vereinbarung an (Artikel 4 Absatz 2). Soweit die Voraussetzungen der Verordnung Nr. 67 nicht vorliegen und eine Anpassung an sie später vorgenommen wird, ist die Nichtanwendbarkeitserklärung des Artikels 85 Absatz 3 ebenfalls in ihrer Wirkung an den Tag der Anmeldung der Vereinbarung gebunden.

Da in unserem Fall die Zusatzvereinbarung jedoch nicht angemeldet worden ist, scheidet folglich — wie die Kommission

mit Recht hervorhebt — auch die Anwendung der Verordnung Nr. 67/67 aus.

3. — Nach alledem wäre das vorliegende Gericht aufgrund des Sachverhalts (d.h. unter Eruierung sinnvoller Fragen aus diesem) allenfalls noch darauf hinzuweisen, daß die unterbliebene Anmeldung der Vereinbarung nicht denkbare, deren Nichtigkeit nach sich zieht und es so ausschließt, Ansprüche aus ihr abzuleiten. Die entscheidende Frage müßte vielmehr lauten dahin, ob Artikel 85 Absatz 1 überhaupt anwendbar ist (denn davon hängt ja die Notwendigkeit einer Freistellung und die der Anmeldung ab). Die Kommission bemerkt dazu mit Recht, es sei vorstellbar, daß Alleinvertriebsverträge der vorliegenden Art eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken und eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels mit sich bringen. Dies vor allem im Hinblick auf die Vertragsklausel, nach der Lieferungen anderer Händler in das Konzessionsgebiet zwar möglich sind, für die Lieferanten aber die Verpflichtung begründen, an den Alleinvertriebsberechtigten eine Provision zu zahlen. Sie könnte in der Tat bewirken, daß andere Lieferanten sich an solchen Abschlüssen uninteressiert zeigen, daß also für die Abnehmer im Konzessionsgebiet die Möglichkeit anderweitiger Versorgung eingeschränkt ist.

Andererseits muß immer wieder an die Praxis der Kommission und an die Rechtsprechung des Gerichtshofes erinnert werden, nach der nur *spürbare* Wettbewerbsbeschränkungen und Handelsbeeinträchtigungen für Artikel 85 Absatz 1 relevant sind. Beantwortet wird die Frage nach der Spürbarkeit — wie wir aus der Rechtsprechung wissen — unter Berücksichtigung der „Art und Menge der den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Erzeugnisse“, der Stellung des Lieferanten und des Vertriebsberechtigten auf dem Markt dieser Erzeugnisse sowie der Strenge der Klauseln, die dem Schutz des Alleinvertriebsrechts dienen. — Insbesondere im Anschluß an den zuletzt genannten Punkt könnte nun die Tatsache eine Rolle spielen, daß in der gegenwärtig

zu beurteilenden Alleinvertriebsvereinbarung zu Lasten dritter Lieferanten nur eine verhältnismäßig *geringe* Provision vorgesehen ist. Sie beträgt zwischen 15 und 5 Prozent und wird nur fällig, wenn der Berechtigte innerhalb bestimmter kurzer Fristen nach Fakturierung durch die Beklagte dieser eine Mitteilung macht. So gesehen liegt in der Tat die von der Klägerin befürwortete Erklärung nahe, es handele sich um nichts anderes als einen billigen Ausgleich für etwaige Garantieleistungen, von denen der Lieferant zum Nachteil des Provisionsberechtigten entbunden sei. Dies mag dann auch zu dem Schluß berechtigen, die Provisionsvorschrift werde Konkurrenten außerhalb des Konzessionsgebietes in ihren Dispositionen nicht oder kaum beeinflussen, sie werde Parallelimporte nicht unmöglich machen, also eine *spürbare* Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht mit sich bringen. Wie es sich damit im einzelnen verhält, muß der vorliegende Richter beurteilen. Nach gründlicher Untersuchung aller Fakten kann er so — entgegen seiner bisherigen Annahme, es liege eine vollkommene Exklusivität zugunsten des Klägers vor — zu dem Ergebnis gelangen, die Behinderung des Handels sei in Wahrheit nur geringfügig. Artikel 85 Absatz 1 wäre dann möglicherweise gar nicht anzuwenden, die Vereinbarung trotz fehlender Anmeldung wirksam und nach dem Gemeinschaftsrecht nicht auszuschließen, daß Ansprüche aus ihr abgeleitet werden.

4. — Will man jedoch trotz des im vorliegenden Falle eindeutigen Urteils zur Entscheidungserheblichkeit auf die gestellte Frage selbst noch eingehen, so ist zu ihr folgendes zu bemerken.

Nach Erlaß des Bosch-Urteils haben gedehnte Bemühungen zur Bestimmung des Begriffs „vorläufige Gültigkeit“ eingesetzt. Sie fanden ihren Niederschlag in einer Reihe nationaler Urteile und in einer umfangreichen Literatur, ohne indessen zu einem einheitlichen Ergebnis geführt zu haben. — Auf der einen Seite der breiten Skala denkbarer Lösungen befin-

den sich die Anhänger einer restriktiven Interpretation. Für sie steht das *Verbot* des Artikels 85 Absatz 1 im Mittelpunkt der Überlegungen, ihm soll in der Beurteilung ein Vorrang zukommen. Dennoch gehen sie selbstverständlich nicht so weit, absolute Nichtigkeit angemeldeter und freistellbarer Vereinbarungen anzunehmen, bis die Kommission über die Möglichkeit einer u. U. rückwirkenden Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 entschieden hat. Sie lassen vielmehr zu, daß eine Absprache freiwillig praktiziert wird, anerkennen sogar eine gewisse Bindung der Beteiligten in dem Sinn, daß sie verpflichtet sind, zur Erlangung der Freistellung mitzuwirken und alles zu unterlassen, was die Freistellung verhindern könnte. Ausgeschlossen erscheint ihnen aber in jedem Falle eine gerichtliche Durchsetzung von angemeldeten Abmachungen, denn der Gedanke ist ihnen unerträglich, eine staatliche Stelle könne eine Prozeßpartei zu einem Verhalten zwingen, das — wie sich später herausstellen mag — gegen ein öffentlich-rechtliches Verbot verstößt. Demnach scheiden für die Anhänger dieses Standpunktes aus Klagen auf Erfüllung einer Absprache bzw. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Klagen gegen Dritte auf Unterlassung oder Leistung von Schadensersatz. Einem Gericht, das mit einer vorläufig gültigen Absprache zu tun hat, bleibt nach ihrer Auffassung zur Vermeidung der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen nur die Möglichkeit, das Verfahren auszusetzen (wenn nicht gar die Anwendung von Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 auch für Gerichte erwogen wird, was jedoch nicht allenthalben geschieht und im vorliegenden Fall schon deswegen nicht in Betracht kommt, weil nach den Erklärungen der Kommission ein Verfahren bei ihr noch nicht eingeleitet worden ist). — Etwas weniger streng ist die Meinung derer, die zumindest (wenn auch mit unterschiedlicher Betonung der Notwendigkeit, sich zurückzuhalten) den Erlaß *einstweiliger* gerichtlicher Maßnahmen zulassen oder gar *bestimmte* Arten von Klagen (etwa

Unterlassungsansprüche gegen Dritte, während im Hinblick auf Schadensersatzansprüche eine Verfahrensaussetzung für notwendig gehalten wird). — Schließlich findet sich am anderen Ende der Lösungsskala der Standpunkt, vorläufige Gültigkeit bedeute, daß die betreffenden Abmachungen vorläufig volle Rechtswirksamkeit entfalten mit der Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung im Klagewege. Dabei wird gesprochen von „schwebender Wirksamkeit“, „Vermutung der Gültigkeit“, „auflösend bedingter Wirksamkeit“ oder davon, die Absprachen seien gültig, *solange* die Kommission noch nicht entschieden hat. Im Falle einer späteren Verweigerung der Freistellung soll dieser Meinung zufolge ein Ausgleich durch Schadensersatzansprüche oder Rückzahlungsansprüche zugunsten der Partei erfolgen, die sich auf die Nichtigkeit berufen hat.

Dem zuletztgenannten Standpunkt schließt sich auch die Klägerin an. Die Kommission und die Beklagten des Ausgangsverfahrens treten dagegen für die anfangs erwähnte restriktive Interpretation ein, die Kommission namentlich, indem sie darauf hinweist, nach der Verordnung Nr. 17 sei vom Fortbestand des Verbotes des Artikels 85 Absatz 1 trotz Anmeldung einer Absprache auch ohne vorherige Entscheidung der Kommission auszugehen, wie sich aus den Artikeln 1, 6, 7 und 15 sowie aus Artikel 4 der Verordnung Nr. 19/65 und den Artikeln 4, 5 der Verordnung Nr. 67/67 ergebe. Mit dieser Erkenntnis sei nicht vereinbar die Annahme einer zivilrechtlichen Gültigkeit, vielmehr müsse von einem Schwebenzustand, von schwebender Unwirksamkeit gesprochen werden.

Angesichts der geschilderten Divergenzen ist die dem Gerichtshof gestellte Aufgabe sicher nicht leicht, und dies um so weniger, als sich für jede der angeführten Auffassungen gute Gründe vorbringen lassen.

Sucht man eine Lösung des Problems, so ist aus dem *Wortlaut* der im Bosch-Urteil verwendeten Formulierung Entscheidendes wohl nicht zu gewinnen, obgleich

einzuräumen ist, daß mit ihr eher der Gedanke der Gültigkeit in den Vordergrund gerückt zu sein scheint. Dies läßt sich sagen, weil eben nicht von „schwebender Unwirksamkeit“ bzw. — was dem entspricht — von „*validité imparfaite*“ gesprochen wird. — Auch der Hinweis auf verwandte Phänomene in anderen Rechtsbereichen ergibt nicht viel. Das müssen sich diejenigen sagen lassen, die an das Anfechtungsrecht des deutschen Zivilrechts denken, also an die privatrechtliche Befugnis, vollwirksame Verträge rückwirkend zu vernichten, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Insbesondere wird dagegen eingewendet, man gelange auf diese Weise zu einem System von Legalausnahmen, zur Annahme einer bloßen Eingriffsermächtigung der Kommission, also zu einem Ergebnis, das von dem Kompromiß nicht mehr gedeckt sei, den viele im System der Verordnung Nr. 17 erkennen wollen. — Wenn andererseits verwiesen wird auf bestimmte Fälle schwebender Unwirksamkeit (etwa bei der behördlichen Genehmigung von Grundstücksgeschäften oder im Rahmen des deutschen Kartellrechts), so läßt sich dazu sagen, eine Übertragung auf das gemeinschaftliche Kartellrecht verbiete sich schon deswegen, weil — wie die Kommission selbst einräumt — in ihrer Verwaltungspraxis wesentlich längere Fristen verstreichen, ehe eine Äußerung zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 möglich ist.

Für den Versuch einer Lösung ist zunächst das System der Gemeinschaftsrechtsordnung ins Auge zu fassen. Danach erscheint sicher, daß der Gedanke, das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 habe im Wettbewerbsrecht *Vorrang*, keine Anerkennung verdient. Wiederholt hat der Gerichtshof in diesem Zusammenhang die Einheit der Absätze 1 und 3 von Artikel 85 betont. Dementsprechend ist in Absatz 2 die Rede von den „nach diesem Artikel“ (also nach dem Gesamthalt des Artikels 85) verbotenen Vereinbarungen und ihrer Nichtigkeit. Auch läßt sich hinweisen auf Artikel 1 der Verordnung Nr. 17, nach dem Verein-

barungen etc. der in Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages bezeichneten Art verboten sind, ohne daß es einer vorherigen Entscheidung bedarf, in dem anschließend aber betont wird, „die Artikel 6, 7 und 23 dieser Verordnung bleiben unberührt“. Viele leiten daraus die These ab, das Verbot sei abhängig von der Nichtanwendung des Artikels 85 Absatz 3. — Ich würde deshalb meinen, daß diejenigen hinter dem nach dem System des Gemeinschaftsrechts notwendigen Minimum zurückbleiben, die nur ein *freiwilliges* Praktizieren angemeldeter Absprachen gestatten und allenfalls eine Bindung der Vertragspartner im Sinne der Erklärungen der Kommission anerkennen wollen. Sie müssen sich sagen lassen, daß nach Artikel 1 der Verordnung Nr. 27 die Anmeldung durch einen von mehreren an einer Absprache Beteiligten ausreichend ist (daß also die von der Kommission in diesem Zusammenhang erwähnte Mitwirkungspflicht der Beteiligten kaum große Bedeutung haben kann). Sie müssen sich ferner entgegenhalten lassen, daß ein freiwilliges Praktizieren angemeldeter Absprachen schon dadurch ermöglicht ist, daß die Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 15 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17 entfällt. Zur Begründung derartiger Rechtswirkungen erscheint es nicht erforderlich, den zivilrechtlichen Begriff der vorläufigen Gültigkeit einzuführen, der tatsächlich weitergehende Assoziationen nahelegt. In Wirklichkeit handelt es sich bei diesem Begriff — wie Steindorff<sup>1</sup> zutreffend hervorhebt — um das Ergebnis eines rechtsschöpferischen Aktes des Gerichtshofes. Deshalb muß es unsere Aufgabe sein, von den im Bosch-Urteil verwendeten wesentlichen Gedanken ausgehend eine sinnvolle Fortentwicklung zu versuchen und dabei insbesondere die Rechtswirklichkeit in Betracht zu ziehen, die sich inzwischen herausgebildet hat. — Folgende Feststellungen des Bosch-Urteils verdienen es, besonders hervorgehoben zu werden. Der Gerichtshof unterstreicht

zunächst, das bloße Vorhandensein der Artikel 88 und 89 gestatte nicht den Schluß, Artikel 85 habe bereits vom Inkrafttreten des Vertrages an volle Wirksamkeit entfaltet, und die Nichtigkeit gemäß Absatz 2 sei in allen von den Begriffsbestimmungen des Absatzes 1 umfaßten Fällen eingetreten, in denen noch keine Erklärung nach Absatz 3 abgegeben worden ist. Nach Auffassung des Gerichtshofes haben auch die Verfasser der Verordnung Nr. 17 angenommen, daß bei ihrem Inkrafttreten Kartelle im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 bestehen würden, über die noch keine Entscheidung gemäß Absatz 3 hat ergehen können, ohne daß sie deswegen nichtig wären. „Die entgegengesetzte Auslegung“, so sagt der Gerichtshof, „würde zu der unerträglichen Konsequenz führen, daß diese Kartelle zunächst mehrere Jahre lang nichtig gewesen wären, ohne daß irgendeine Behörde dies jemals festgestellt hätte“. Für die bei Inkrafttreten der Verordnung bereits bestehenden Vereinbarungen führt der Gerichtshof aus, die Nichtigkeit trete nicht schon allein deswegen ein, weil sie unter Artikel 85 Absatz 1 fallen. „Diese Vereinbarungen und Beschlüsse“, so heißt es wörtlich weiter, „müssen als *gültig* angesehen werden, wenn sie unter Artikel 5 Absatz 2 der genannten Verordnung fallen. Sie haben als *vorläufig gültig* zu gelten, wenn sie, ohne unter diese Vorschrift zu fallen, bei der Kommission nach Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung fristgemäß angemeldet werden“. Schließlich leitet der Gerichtshof aus Artikel 7 der Verordnung Nr. 17 noch den Schluß ab, die Nichtigkeit trete bei denjenigen Vereinbarungen und Beschlüssen, die bei der Kommission angemeldet sind, solange nicht ein, bis die Kommission entschieden hat oder die Behörden der Mitgliedstaaten erklärt haben, daß Artikel 85 Anwendung findet. — Dies alles macht meines Erachtens die grundsätzliche Tendenz des Urteils sichtbar, die Verbotswirkungen des Artikels 85 zurückzudrängen und den Gedanken der Gültigkeit in den Vordergrund zu rücken. Für Altkartelle — um die es ja im vorliegenden Falle nach

1 — Rechtsschutz und Verfahren im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1964, S. 104.

Ansicht des Brüsseler Gerichtes allein geht — ist insbesondere das Bestreben bedeutsam, eine sinnvolle *Übergangsregelung* zu gewinnen und eine entsprechende Absicht des Gesetzgebers deutlich zu machen. Das aber bedeutet nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß prinzipiell der Rechtszustand erhalten bleiben sollte, der sich nach den Regeln vor Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 gebildet hat, mit anderen Worten, die Rechtsgültigkeit bestehender Absprachen. Nicht vertretbar dagegen erscheint, mit dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 eine Umwandlung dieses Rechtszustandes in den eines „Schwebeszustandes“ (im Sinne der Kommission) anzunehmen, der nur noch die freiwillige Erfüllung von Vereinbarungen auf Gefahr und Risiko der Beteiligten zuließe, und zwar auch für die verhältnismäßig harmlosen, nicht meldebedürftigen Absprachen. Dies würde sich in der Tat mit den Erfordernissen der *Rechtssicherheit* nicht vertragen, von denen gleichfalls im Bosch-Urteil die Rede ist und auf die von der Klägerin des Ausgangsverfahrens mit Nachdruck hingewiesen wurde. Meines Erachtens bedarf es dazu keiner weiteren Erklärungen in Anbetracht der objektiven Schwierigkeiten, die das Verwaltungsverfahren der Kommission beträchtlich in die Länge ziehen und die mit sich bringen, daß noch heute zu einer Fülle von rechtzeitig gemeldeten Absprachen das entscheidende Wort der Kommission aussteht.

Wenn aber alle diese Erwägungen dafür sprechen, zugunsten rechtzeitig gemeldeter Altkartelle den Gedanken der fortwährenden Gültigkeit in den Vordergrund zu stellen, muß nicht nur gestattet werden, sie mit Hilfe einstweiliger gerichtlicher Anordnungen zu schützen, sondern es erscheint auch angebracht, aus der vorläufigen Gültigkeit Schadensersatzansprüche gegen vertragsbrüchige Partner herleiten zu lassen (um die es im Aus-

gangsverfahren des Brüsseler Gerichtes offensichtlich allein geht). Im Grunde stehen wir vor der Notwendigkeit, eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei ist auf der einen Seite das Interesse an der Durchführung von Absprachen zu erkennen, die wirksam zustande gekommen sind und mit deren Verletzung vielfach der definitive Zusammenbruch eines ganzen Systems verbunden ist. Auf der anderen Seite haben wir das Allgemeininteresse an der Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung, das aber ohnehin durch die von allen anerkannte Möglichkeit der freiwilligen Praktizierung von Absprachen geschmälert wird. Bedenkt man schließlich noch, daß der Gefahr einer schweren Beeinträchtigung des Wettbewerbsrechts, die sich aus der Anmeldung offensichtlich nicht freistellungswürdiger Absprachen ergibt, durch Mitteilungen der Kommission gemäß Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 begegnet werden kann (also durch Akte, die sicherlich zur Aussetzung nationaler Gerichtsverfahren führen müssen), so erscheint das Ergebnis der Interessenabwägung ganz eindeutig. Tatsächlich dürfte es angemessener sein, im Falle einer späteren Versagung der Freistellung denjenigen auf Ausgleichsansprüche zu verweisen, der sich von einer Vereinbarung lossagte, als durch einen Ausschluß der gerichtlichen Durchsetzung der Vereinbarung den vertrags-treuen Teil der Gefahr einer irreparablen Schädigung auszusetzen.

Mein Standpunkt ist somit klar; nach dem System des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, wie es in der Verordnung Nr. 17 Ausdruck gefunden hat, und unter Fortführung der Grundgedanken des Bosch-Urteils muß der Begriff der vorläufigen Gültigkeit dahin gedeutet werden, daß er eine Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus ordnungsgemäß gemeldeten Altkartellen gegen vertragsbrüchige Partner einschließt.

## 5. — Zusammenfassung

Auf die Anfrage des Tribunal de Commerce de Bruxelles ist nach alledem wie folgt zu antworten:

Das Auslegungsersuchen muß meines Erachtens als unzulässig zurückgewiesen werden, weil die aufgeworfene Frage für die Entscheidung des nationalen Prozesses offensichtlich nicht erheblich ist.

Sollte die Anfrage dennoch beantwortet werden, so wäre zu erklären, daß die vorläufige Gültigkeit eines ordnungsgemäß gemeldeten Altkartells zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den an der Absprache Beteiligten berechtigt, der sich von ihr unter Berufung auf Artikel 85 losgesagt hat.