DER GERICHTSHOF

entschieden, vor der Beantwortung der vorgelegten Fragen den Generalanwalt zu hören.

So entschieden in Luxemburg am 30. Januar 1974.

Lecourt Donner Sørensen Monaco Mertens de Wilmars
Pescatore Kutscher Ó Dálaigh Mackenzie Stuart

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 30. Januar 1974.

Der Kanzler
A. Van Houtte

Der Präsident
R. Lecourt

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS HENRI MAYRAS VOM 12. DEZEMBER 1973 [1]

Herr Präsident,

meine Herren Richter,

I — Einleitung

1. Sachverhalt

Die Belgische Vereniging der Auteurs, Componisten en Uitgevers (belgischer Schriftsteller-, Komponisten- und Verlegerverband, abgekürzt SABAM, Brüssel) ist eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft in genossenschaftlicher Form. Gegenstand des Unternehmens sind: die Nutzung, Verwaltung und Betreuung — im jeweils weitesten Sinne des Wortes — in Belgien und im Ausland aller Urheber- und Nebenrechte für eigene Rechnung, für ihre Genossen, angeschlossenen Mitglieder, Auftraggeber und Korrespondenzgesellschaften.

Sie zieht die Urhebervergütungen ein und verteilt sie unter ihre Mitglieder.

Nach Artikel 10 der Fassung ihrer Satzung, die 1967 galt, mußte jeder Schriftsteller, Komponist und Verleger, um als Genosse aufgenommen zu werden, ihr vertraglich sämtliche ihm gegenwärtig oder künftig zustehenden Urheber- und Nebenrechte an allen seinen gegenwärtigen und künftigen Werken abtreten.

Nach diesen Bestimmungen traten die Herren Davis, Komponist, und Rozenstraten, Textdichter, im Jahre 1963 bzw. 1967 ihre Urheber- sowie ihre Aufführ-

1 — Aus dem Französischen übersetzt.

rungs- und Vorführungsrechte sowie das Recht der Wiedergabe auf Schallplatten an allen ihren gegenwärtigen oder zukünftigen Werken ab.

Beide Künstler schlossen dennoch im März 1969 mit der Belgische Radio-Televisie (im folgenden BRT genannt) einen Vertrag, der die ausschließliche Abtretung ihrer Rechte am Text bzw. an der Musik eines „Sperciebonen" genannten Liedes vorsah, das sie auf Bestellung zuständiger Herren der BRT verfaßt hatten.

Für die Dauer von 2 Jahren überließen sie ihre Rechte ausschließlich der BRT. Das Lied wurde danach wiederholt in Funk- und Fernsehen gesendet.

Die belgische Gesellschaft Fonior, die aufgrund eines Vertrages über das nicht ausschließliche Recht verfügt, die in das Répertoir des Bureau international d'édition mécanique — einer Stelle, die von der SABAM damit beauftragt ist, deren Repertoir zu betreuen und die Genehmigungen für mechanische Vervielfältigungen zu erteilen — aufgenommenen Werke durch Tonträger zu nutzen, stellte eine Aufnahme des Liedes „Sperciebonen" her und vertrieb ihre eigene kommerzielle Fassung auf Decca-Schallplatten.

Auf Betreiben des Komponisten und des Textdichters verlangten die SABAM und die BRT von der Fonior, die Vervielfältigungen einzustellen, hatten aber keinen Erfolg; die Schallplatte wurde weiterhin gepreßt und vertrieben.

2. Das gerichtliche Verfahren

Daraufhin machten die BRT und die SABAM — jeder für sich — die ihnen von den Verfassern übertragenen Urheberrechte geltend. Im April bzw. November 1969 erhoben sie bei der Rechtbank van eerste aanleg Brüssel Klage mit dem Antrag, die Fonior wegen unerlaubter Vervielfältigung und Verletzung der Urheberrechte zu verurteilen.

Während des Verfahrens reichte die BRT zusätzlich eine Interventionsklage beim gleichen Gericht ein, mit der sie geltend machte, die zwischen SABAM und den Herren Davis und Rozenstraten geschlossenen Verträge seien unwirksam, weil die Satzungsbestimmung der SABAM, wonach jeder Genosse dieser Genossenschaft sämtliche Urheber- oder Nebenrechte an allen gegenwärtigen und künftigen Werken abtritt, dem insbesonders in Artikel 1123 des belgischen bürgerlichen Gesetzbuches verankerten, zwingenden Rechtsgrundsatz der Verfügungsfreiheit widerspreche.

Die Rechtbank teilt diese Meinung nicht, hält aber die Prüfung für geboten, ob die Verträge der SABAM nicht deswegen auf einem unerlaubten Rechtsgrund beruhen, weil ein Unternehmen an ihnen beteiligt ist, das eine beherrschende Stellung einnimmt und diese möglicherweise im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag mißbräuchlich ausnutzt.

Sie führt aus, das Verfahren zur Feststellung einer mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung gehöre nicht zur Zuständigkeit der Zivilgerichte. Gestützt auf die unmittelbare Geltung von Artikel 86, aus der u.a. folge, daß die Rechtsuchenden die für sie aus diesen Vorschriften fließenden Rechte vor den innerstaatlichen Gerichten geltend machen können, hat es aber mit Urteil vom 4. April 1973 die Entscheidung des Rechtsstreits ausgesetzt und dem Gerichtshof vier Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Die beiden ersten beziehen sich auf die Auslegung von Artikel 86. Das Gericht fragt, ob es als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung zu werten ist, wenn ein Unternehmen, das in einem Mitgliedstaat tatsächlich ein Monopol bei der Verwaltung der Urheberrechte innehat, die Globalabtretung aller Urheberrechte verlangt, ohne dabei zwischen Sparten von Rechten zu unterscheiden. Zweitens fragt es, ob die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden wirtschaftlichen Machtstellung auch darin bestehen kann, daß sich ein solches Unternehmen von dem Urheber dessen gegenwärtige und zukünftige Rechte abtreten und insbesondere das Recht einräumen läßt, die abgetretenen Rechte noch

fünf Geschäftsjahre lang nach dem Austritt des Mitgliedes auszuüben.

Die beiden letzten Fragen betreffen die Auslegung von Artikel 90 des Vertrages. Setzt der Begriff „Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind", voraus, daß das Unternehmen bestimmte Vorrechte genießt, die anderen Unternehmen nicht zustehen? Und endlich: Begründet die Vorschrift des Artikels 90 Absatz 2 des Vertrages Rechte der einzelnen, die der nationale Richter zu wahren hat?

3. *Das von der Kommission eingeleitete Verwaltungsverfahren*

Während des Verfahrens vor dem belgischen Gericht beschloß die EG-Kommission am 3. Juni 1970, gegen drei Schriftsteller-, Komponisten- und Verlegerverbände — die GEMA, Deutschland, die SACEM, Frankreich, und die SABAM — von Amts wegen ein Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 des Rates einzuleiten. Die Aufmerksamkeit der Kommission war unter dem Gesichtspunkt auf die Urheberrechtsverwertungsgesellschaften gelenkt worden, daß die Satzungen dieser Unternehmen und die zwischen diesen und ihren Mitgliedern bestehenden vertraglichen Bindungen mit den Wettbewerbsregeln des Vertrages, insbesonders mit denen von Artikel 86, unvereinbar sein könnten.

Diese Entscheidung wurde den Mitgliedstaaten zugestellt und der SABAM am 8. Juni 1970 durch den Generaldirektor für Wettbewerb bekanntgegeben, der ihr auch die Mitteilung der gegen sie in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte zuleitete. Diese Beschwerdepunkte bezogen sich insbesondere auf die Vertragsbestimmungen über die Abtretung der Urheberrechte und den Austritt der Mitglieder, die Gegenstand der beiden ersten Fragen der Rechtbank Brüssel sind.

Im Rahmen dieses Verwaltungsverfahrens fand im September 1970 und im Herbst 1971 ein Meinungsaustausch zwischen der Generaldirektion Wettbewerb und der SABAM statt, die dadurch in die Lage versetzt wurde, sich zu den gegen sie in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten zu äußern. Sie trug dann auch einigen dieser Beschwerdepunkten Rechnung, indem sie im Mai 1971 und im Mai 1973 ihre Satzung in zwei wesentlichen Punkten änderte.

Sie verzichtete auf das Erfordernis der Abtretung sämtlicher gegenwärtigen oder künftigen Urheberrechte und räumte ihren Mitgliedern das Recht ein, ihre Urheberrechte nur hinsichtlich einer oder mehrerer Verwertungssparten abzutreten und zwischen der weltweiten Abtretung und der für bestimmte Länder zu wählen.

Ferner verkürzte sie die Zeit, für welche die abgetretenen Rechte nach dem Austritt eines Mitgliedes noch der Gesellschaft zustehen, von fünf auf drei Jahre.

Da die SABAM für Ende 1973 weitere Änderungen ihrer Satzung und ihrer Geschäftsordnung beabsichtigte, blieb das Verfahren offen, um der Kommission die Nachprüfung zu ermöglichen, ob die bisher erfolgten Satzungsänderungen bewirkt haben, daß in den geänderten Bestimmungen keine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung mehr liegt.

Dies ist der Sachstand, bei dem das innerstaatliche Gericht Sie, meine Herren, nach Artikel 177 des Vertrages den Gerichtshof angerufen hat, während gleichzeitig gegen eine der Parteien des Rechtsstreits ein Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 anhängig war, das die Kommission eingeleitet hatte.

4. *Die Berufung der SABAM gegen das Vorlageurteil*

Die Geschäftsstelle der Rechtbank Brüssel hat dem Gerichtshof das Vorlageurteil am 19. April 1973 zugestellt.

Am 18. Juli 1973 legte aber SABAM beim Gerechtshof Brüssel Berufung gegen dieses Urteil ein. Sie trug insbesondere vor, die Rechtbank sei unzuständig, Artikel 86 des Vertrages auf den vor ihr anhängigen Rechtsstreit anzuwenden, und berief sich hierfür auf Artikel 9 Absatz 3

der Verordnung Nr. 17, der bestimmt: „Solange die Kommission kein Verfahren nach Artikel 2, 3 oder 6 eingeleitet hat, bleiben die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig, Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 86 nach Artikel 88 des Vertrages anzuwenden, ..."

Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift folgert die SABAM, mit dem Ausdruck „die Behörden der Mitgliedstaaten" seien nicht nur die Verwaltungsbehörden gemeint, sondern auch die innerstaatlichen Gerichte, unabhängig davon, ob diese unmittelbar für die Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen gemeinschaftsgerichtliche Wettbewerbsregeln zuständig sind, oder ob sie über die Anwendbarkeit der Artikel 85 Absatz 2 oder 86 nur incidenter gelegentlich bei ihnen anhängiger bürgerlich-rechtlicher Streitsachen zu entscheiden haben, in denen es um die Gültigkeit von Verträgen im Hinblick auf diese Bestimmungen geht. Da die Kommission tatsächlich ein Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 eingeleitet hat, um zu entscheiden, ob die Satzung der SABAM und die Verträge, die diese mit ihren Mitgliedern schließt, unter Artikel 86 des Vertrages fallen oder nicht, habe die Rechtbank Brüssel ihre Zuständigkeit zur Prüfung derselben Frage vorläufig verloren, und folglich ihr Verfahren bis zur Entscheidung der Kommission aussetzen müssen.

Am 24. Juli 1973 hat der Anwalt der SABAM die Kanzlei des Gerichtshofes von der Berufungseinlegung gegen das Vorlageurteil unterrichtet.

Der Urkundsbeamte der Rechtbank Brüssel hat mit Schreiben vom 30. Juli 1973 seinerseits gegenüber dem Gerichtshof die Berufungseinlegung mit dem Hinweis bestätigt, sie „zieh[e] die Aussetzung des vor dem Gerichtshof anhängigen Verfahrens nach sich".

Diese Ansicht hat er allerdings nicht aufrechterhalten, sondern am 18. September dem Gerichtshof mitgeteilt, die Rechtbank „wünsch[e] nicht, daß das [Vorabentscheidungs]Verfahren vor dem Gerichtshof ausgesetzt werde".

II — Rechtliche Würdigung

Meine Herren, es gilt zunächst, die Vorfragen zu klären, die diese Rechtssache aufwirft.

1. Ist der Gerichtshof ordnungsgemäß angerufen, obwohl gegen das Vorlageurteil Berufung eingelegt ist?

Die erste Frage ergibt sich daraus, daß die SABAM gegen das Vorlageurteil Berufung eingelegt hat. Es ist zu klären, ob die Berufung einer Partei des Ausgangsverfahrens Sie veranlassen muß, zumindest solange keine Vorabentscheidung zu erlassen, wie der Gerechtshof Brüssel noch nicht entschieden hat.

Die Richtigkeit dieser Lösung hat der Anwalt der Berufsklägerin in der mündlichen Verhandlung darzutun gesucht. Dabei hat er auf die beiden Rechtswirkungen hingewiesen, die nach belgischem Recht mit der Berufung verbunden sind: Den Suspensiv- und den Devolutiv-Effekt.

Gemäß Artikel 1397 Gerechtelijk Wetboek (belgische Gerichtsverordnung) hat die gegen ein „Eindvonnis" (etwa: Endurteil) eingelegte Berufung aufschiebende Wirkung. Ein „Eindvonnis" im Sinne des Gerechtelijk Wetboek liegt dann vor, wenn das Gericht über eine Streitfrage vorbehaltlich der gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittel abschließend entschieden hat. Keine aufschiebende Wirkung hat dagegen die Berufung gegen ein vonnis alvorens recht te doen (etwa: Zwischenurteil), mit dem der Richter beispielsweise nur eine Beweiserhebung anordnet.

Nach Meinung des Anwalts der SABAM hat das Vorlageurteil der Rechtbank Brüssel aber als „Eindvonnis" zu gelten, zum einen, weil das Gericht sich für die Anwendung von Artikel 86 des Vertrages für zuständig erklärt — mag es auch seine Entscheidung erst nach der Vorabentscheidung des Gerichtshofes über die ihm vorgelegten Vorfragen treffen wollen —, zum anderen, weil es die Erheblichkeit dieser Vorfragen für die Entscheidung des Rechtsstreites festgestellt hat.

Ferner meint der Anwalt der SABAM, aus Artikel 1496 des Gerechtelijk Wetboek ergebe sich zwar, daß „die vorläufige Vollstreckbarkeit rechtens [ist], wenn und soweit ein Urteil eine Beweiserhebung anordnet, ein Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 177 des Vertrages habe aber keine Beweiserhebung im Sinne des belgischen Rechts zum Gegenstand, denn das Vorabentscheidungsersuchen betreffe keine Tatsachen-, sondern eine Rechtsfrage (die Auslegung einer Norm des Gemeinschaftsrechts), die Parteien wirkten bei der Ausführung des Ersuchens nicht mit. Auch bänden die Antworten des Gerichtshofes das innerstaatliche Gericht, während über das Ergebnis einer Beweisaufnahme vor ihm verhandelt werde.

Schließlich sei wegen des in Artikel 1068 des Gerechtelijk Wetboek geregelten allgemeinen Devolutiveffekts der Berufung der gesamte Rechtsstreit beim Gerechtshof Brüssel anhängig, der ihn unter Ausschöpfung seiner Zuständigkeit zu entscheiden habe, indem er das angefochtene Urteil entweder aufhebe oder bestätige.

Der Devolutiveffekt sei mit der Berufung gegen ein „vonnis alverens recht te doen" ebenso wie mit der gegen ein „Eindvonnis" verbunden. Die einzige Ausnahme von dieser Regel ergebe sich aus Artikel 1068 Absatz 2, wonach das Berufungsgericht die Sache an den erstinstanzlichen Richter zurückverweisen muß, wenn es — auch nur teilweise — die Anordnung einer Beweiserhebung bestätigt.

Somit sei einzig und allein der Gerechtshof Brüssel, bei dem der ganze Rechtsstreit zur Zeit anhängig sei, für die Entscheidung zuständig, daß die Vorlage für die Lösung des Rechtsstreits ohne Bedeutung sei. Die Rechtbank van eerste aanleg sei mit dem Rechtsstreit überhaupt nicht mehr befaßt. Sie könne weder dem Gerichtshof zusätzliche Auskünfte erteilen noch seine Auslegung für die Entscheidung des Rechtsstreits verwerten, wenn sie ihr zugestellt werden sollte. Durch die bloße Tatsache der Berufungseinlegung gegen das Vorlageurteil habe auch der Rechtstitel seine Gültigkeit verloren, aufgrund dessen der Gerichtshof ordnungsgemäß angerufen worden war.

Welchen Wert diese Ausführungen auch nach innerstaatlichem Recht haben mögen, meine Herren, Sie können sich ihnen meines Erachtens schon aus dem Grunde nicht anschließen, weil Sie sonst Ihre Zuständigkeit überschreiten und in die der belgischen Gerichte eingreifen würden; denn Sie würden ja die Wirkungen der Berufung gegen das Vorlageurteil nach innerstaatlichen Rechtsnormen prüfen.

Gewiß, Artikel 177 des Vertrages hat Ihnen die Aufgabe übertragen, Fragen der Gültigkeit und Auslegung von Gemeinschaftsrechtsnormen zu entscheiden, welche die innerstaatlichen Gerichte Ihnen vorlegen können oder müssen.

Das System der Vorlage zur Vorabentscheidung dient dazu, bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts die Geschlossenheit und Einheitlichkeit sicherzustellen.

Aber aus denselben Gründen, aus denen Sie es ablehnen, die Erheblichkeit der vorgelegten Fragen für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreites zu beurteilen, und aus denen Sie nicht befugt sind, die Zuständigkeit des vorlegenden innerstaatlichen Gerichts und die Ordnungsmäßigkeit des vor ihm durchgeführten Verfahrens zu überprüfen, können Sie auch nicht untersuchen, ob die Einlegung eines Rechtsmittels wie der Berufung gegen ein Vorlageurteil bewirkt, daß Ihre Anrufung zumindest bis zur Entscheidung des Berufungsgerichts unwirksam wird.

Denn in allen Fällen müssen Sie innerstaatliches Recht auslegen und sogar auf den Einzelfall anwenden, wofür Sie nicht zuständig sind.

Allenfalls könnten Sie vielleicht dann die nach innerstaatlichem Recht gebotenen Folgerungen ziehen, wenn die richtige Anwendung dieses Rechts offensichtlich und unbestritten wäre. Aber die Ausführungen des Anwalts der SABAM machen

hinreichend deutlich, daß dies hier nicht der Fall ist. Mußte er nicht, um zu dem Ergebnis zu gelangen, daß der gegen ein Vorlageurteil eingelegten Berufung aufschiebende Wirkung zukommt, die zwei Einwände ausräumen, daß dieses Urteil kein „Eindvonnis" sei und daß ein Vorabentscheidungsersuchen als eine Maßnahme der Beweiserhebung zu werten sei?

Wollten Sie sich seine Auffassung zu eigen machen, so würden Sie damit eine Entscheidung treffen, die dem allein für die endgültige Entscheidung solcher Streitfragen zuständigen belgischen Hof van Cassatie zusteht.

Artikel 177 sieht eine unmittelbare Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof der Gemeinschaften und den Gerichten der Mitgliedstaaten vor. Diese können ihm zur Vorabentscheidung jedwede Frage der Auslegung des Gemeinschaftsrechts vorlegen, deren Klärung für die Entscheidung des bei ihnen anhängigen Rechtsstreits erforderlich erscheint.

Meines Erachtens ist es nicht einmal notwendig, daß die Frage von einer Partei aufgeworfen wird. Das innerstaatliche Gericht kann sie von Amts wegen stellen. Das dem „ordre public" dienende Verfahren nach Artikel 177 läuft im übrigen ohne aktive Beteiligung der Parteien ab, die lediglich schriftliche oder mündliche Erklärungen vor dem Gerichtshof abgeben können, aber keine Parteistellung vor Ihnen haben.

Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes bestimmt: „In den in Artikel 177 dieses Vertrages geregelten Fällen obliegt es dem Gericht des Mitgliedstaats, das ein Verfahren aussetzt und den Gerichtshof anruft, diese Entscheidung dem Gerichtshof zu übermitteln". Nur von einem innerstaatlichen Gericht, niemals von den Parteien des Ausgangsverfahrens, können Sie angerufen werden.

Ebenso kann nur das vorlegende Gericht ein bei Ihnen anhängiges Vorabentscheidungsersuchen wieder zurücknehmen; dabei kommt es auf den Grund für die Rücknahme nicht an, gleichgültig, ob das Gericht jetzt den Rechtsstreit in einer Weise entscheiden zu müssen glaubt, die die Auslegung des Gemeinschaftsrechts erübrigt, oder ob es selber der Meinung ist, daß das Rechtsmittel — zum Beispiel die gegen sein Vorlageurteil eingelegte Berufung — ihm die Entscheidungsbefugnis nimmt.

In jedem Fall ist es allein seine Sache, Ihnen eine Rücknahme eines Vorabentscheidungsersuchens mitzuteilen.

Im vorliegenden Fall steht aber fest, daß die Rechtbank Brüssel ihr Ersuchen aufrechterhalten hat.

Ist es notwendig, noch weiter zu gehen und sich zu fragen, ob Artikel 177 des Vertrages in Verbindung mit Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes nicht dahin auszulegen ist, daß gegen Vorlageentscheidungen, mit denen innerstaatliche Gerichte den Gerichtshof anrufen, die gewöhnlichen Rechtsmittel wie Berufung oder Kassationsbeschwerde ipso jure ausgeschlossen sind?

Meines Erachtens hat Generalanwalt Lagrange in seinen Schlußanträgen zur Rechtssache 13/61 — Bosch (Slg. 1962, 119 ff.) zutreffend ausgeführt, aus welchen Gründen eine solche Auslegung abzulehnen ist.

Erstens ist in Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes nur von der Aussetzung des bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Verfahrens, nicht schlechthin von der Aussetzung „des gesamten innerstaatlichen Verfahrens" die Rede, er schließt daher die Einlegung der innerstaatlichen Rechtsmittel nicht aus.

Zweitens ist das zweistufige Gerichtsverfahren in den meisten Mitgliedstaaten ein herkömmliches Organisationsprinzip, das in den Staaten, in denen es Vorlageverfahren gibt, auch für die Aussetzungsbeschlüsse oder -urteile gilt.

Schließlich hätte weder der Vertrag noch die Satzung des Gerichtshofes ohne ausdrückliche Bestimmung Rechtsmittel beschränken und damit die Organisations-

und Verfahrensnormen der innerstaatlichen Gerichte beeinträchtigen können.

Im übrigen könnte nur der Gerechtshof Brüssel, bei dem der Rechtsstreit gegenwärtig anhängig ist, oder gegebenenfalls der belgische Hof van Cassatie Sie mit der Auslegung von Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes befassen, wenn er in diesem Punkte Zweifel haben sollte, die eine Vorlage zur Vorabentscheidung rechtfertigen.

Im Ergebnis ist es daher meines Erachtens nicht Ihre Sache zu beurteilen, welche Rechtsfragen sich nach der innerstaatlichen Rechtsordnung daraus ergeben, daß die Parteien etwa nach dem internen Recht des einzelnen Mitgliedstaates gegen Vorlagebeschlüsse oder -urteile Rechtsmittel, insbesondere Berufung, einlegen. Sie sind im Gegenteil verpflichtet, ein Ihnen von einem Gericht vorgelegtes Vorabentscheidungsersuchen zu bescheiden, es sei denn, das vorlegende Gericht hat es ausdrücklich zurückgenommen.

Nur wenn das Rechtsmittelgericht das Vorlageurteil aufhebt, bevor Sie Ihre Entscheidung erlassen haben, müssen Sie von einer Entscheidung absehen, weil dann der Vorlagetitel hinfällig geworden ist, den das Vorlagegericht darstellt.

Im umgekehrten Fall, in dem das Vorlageurteil aufgehoben wird, nachdem Sie Ihr Urteil gefällt haben, ist allerdings festzustellen, daß dieses Urteil jede Bedeutung für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits verliert.

Aber kann das nicht auch dann geschehen, wenn gegen Vorlageurteile kein innerstaatliches Rechtsmittel gegeben wird? Gegen das Urteil, mit dem das innerstaatliche Gericht gemäß Ihrer Auslegung über die Hauptsache des Rechtsstreits entschieden hat, können ja die Rechtsmittel der Berufung oder der Kassationsbeschwerde doch eingelegt werden. Hält das Berufungs- oder Kassationsgericht dann die vorgelegten Fragen für unerheblich, so kann es doch eine auf innerstaatliches Recht gestützte Entscheidung fällen, bei der das Gemeinschaftsrecht keine Rolle spielt.

2. Zur Auslegung von Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17

Die zweite Vorfrage betrifft die Auslegung von Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17. Es geht insbesondere um die Bedeutung der Wendung „Behörden der Mitgliedstaaten".

Während für die Unanwendbarerklärung von Artikel 85 Absatz 1 nach Artikel 85 Absatz 3 die Kommission gemäß Artikel 9 Absatz 1 dieser Verordnung ausschließlich zuständig ist, sind für die Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 die Behörden der Mitgliedstaaten ebenfalls zuständig. Aber diese Zuständigkeit ruht, sobald die Kommission ein Verfahren eingeleitet hat, insbesondere ein Verfahren nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17, mit dem eine Zuwiderhandlung abgestellt werden soll; die Behörden der Mitgliedstaaten sind dann verpflichtet, das Verfahren auszusetzen.

A — Der Begriff Einleitung des Verfahrens durch die Kommission war Gegenstand von Auseinandersetzungen in der Lehre, die heute etwas überholt sind.

Einige Autoren vertraten die Ansicht, im Bereich des Artikels 85 sei das Verfahren mit der Anmeldung der Vereinbarung als eingeleitet anzusehen. Da aber die Initiative hierzu bei den Unternehmen liegt, gerät diese Ansicht mit dem Wortlaut von Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 in Konflikt, der mit dem Erfordernis, daß die Kommission ein Verfahren einleiten muß, von dieser ein positives Handeln verlangt.

Die Bestätigung des Eingangs einer Anmeldung oder eines Antrages auf Erteilung eines Negativattestes durch die Kommission reicht hierfür nicht aus. Wie Sie in Ihrem Urteil 48/72 vom 6. Februar 1973 (de Haecht/Wilkin und Janssen — Slg. 1973, 77, 88) festgestellt haben, stellt eine bloße Eingangsbestätigung keineswegs eine Willensäußerung dar, sondern nur eine höfliche Geste der Verwaltung.

Nach dem gleichen Urteil setzt dagegen die Einleitung eines Verfahrens „einen hoheitlichen Rechtsakt der Kommission

voraus, der deren Willen zum Ausdruck bringt, eine Entscheidung ... herbeizuführen".

Ohne von der Kommission zu verlangen, daß sie das Verfahren durch einen förmlichen Akt einleitet, wie sie es z. B. gegenüber den Unternehmen getan hat, die an der Abstimmung über die Preisbildung für Farbstoffe teilgenommen haben (Entscheidung vom 31. Mai 1967) haben Sie zwei Voraussetzungen aufgestellt:

— Es ist ein hoheitlicher Rechtsakt der Kommission erforderlich,

— dieser Rechtsakt muß den Willen zum Ausdruck bringen, eine Entscheidung nach den Artikeln 2, 3 oder 6 der Verordnung Nr. 17 herbeizuführen.

Diese beiden Merkmale dürften die Auskunftsverlangen nach Artikel 11 und besonders die Nachprüfungen der Kommission nach Artikel 14 der Verordnung erfüllen. Es handelt sich dabei insofern um Hoheitsakte, die den Willen zum Ausdruck bringen, eine Entscheidung herbeizuführen, als diese Maßnahmen ein bestimmtes Kartell oder die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein bestimmtes Unternehmen zum Gegenstand haben und damit eine Zuwiderhandlung vermuten lassen.

Meines Erachtens sind die Voraussetzungen, die nach Ihrer Rechtsprechung gegeben sein müssen, damit die Einleitung eines Verfahrens festgestellt werden kann, a fortiori dann erfüllt, wenn die Kommission beschließt, den betroffenen Unternehmen die nach Artikel 85 Absatz 1 oder Artikel 86 gegen sie in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte mitzuteilen.

Die Mitteilung der Beschwerdepunkte stellt gewissermaßen eine Anklageschrift gegen die Unternehmen dar, die beschuldigt werden, die Wettbewerbsregeln verletzt zu haben. Sie kann im übrigen erst nach Abschluß und unter Berücksichtigung der Ergebnisse von Vorermittlungen erfolgen.

Die Mitteilung der Beschwerdepunkte ist also ein hoheitlicher Rechtsakt, der eindeutig den Willen der Kommission zum Ausdruck bringt, eine Zuwiderhandlung festzustellen und daraus die rechtlichen Folgerungen zu ziehen.

Hinsichtlich der Urheberrechtsverwertungsgesellschaften hat die Kommission im übrigen am 3. Juni 1970 die förmliche Entscheidung getroffen, von Amts wegen ein Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 gegen die GEMA, die SACEM und die SABAM einzuleiten. Sie hat diese Entscheidung den Mitgliedstaaten zugestellt. Einige Tage später hat sie insbesondere die SABAM von der ergangenen Entscheidung und von den in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten unterrichtet.

Wir haben es also hier sehr wohl mit dem Fall eines von der Kommission tatsächlich eingeleiteten Verfahrens zu tun, von dem Artikel 9 Absatz 3 handelt.

B — Bedeutet dies, daß die Rechtbank Brüssel ihre Zuständigkeit zur Entscheidung des Ihnen vorgelegten Rechtsstreits zumindest solange verloren hat, bis die Kommission ihre Entscheidung erlassen hat?

Diese Frage kann nur bejaht werden, wenn anzunehmen ist, daß die Rechtbank unter den in Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 verwendeten Begriff „die Behörden der Mitgliedstaaten" fällt. Daher sind Sinn und Tragweite dieser Wendung zu ermitteln.

Im Verfahren vor den innerstaatlichen Behörden kann die Anwendung der Artikel 85 und 86 entweder die Hauptsache oder eine Vorfrage sein.

Sie ist die Hauptsache, wenn die Behörden gegen Unternehmen vorgehen, denen Zuwiderhandlungen gegen die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln vorgeworfen werden.

Je nach Mitgliedstaat können Verwaltungsbehörden, wie das Bundeskartellamt in Deutschland, zuständig sein, oder Gerichte, wie in Frankreich die tribunaux correctionnels, wenn sie über Strafklagen der ihrerseits nach Anhörung der Commission technique des ententes (Fachausschuß für Kartelle) vom Mini-

sterium für Wirtschaft und Finanzen mit der Sache befaßten Staatsanwaltschaft entscheiden.

Vor denjenigen deutschen Gerichten, die wie das Kammergericht in Berlin oder der Bundesgerichtshof für die Beschwerden gegen die Verfügungen des Bundeskartellamtes zuständig sind, ist die Anordnung der Artikel 85 und 86 gleichfalls die Hauptsache des Verfahrens.

Ob die innerstaatlichen Gerichte nun unmittelbar im Strafverfahren oder erst auf eine Beschwerde gegen eine Verfügung der Kartellbehörde hin entscheiden, sind unbestreitbar „Behörden der Mitgliedstaaten" im Sinne von Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 und haben sich demnach für unzuständig zu erklären, sobald die Kommission ein Verfahren einleitet. Diese Vorschrift ist zwingend und gilt in jedem Mitgliedstaat unmittelbar. Ohne Bedeutung ist es also, daß in einigen Mitgliedstaaten die Anwendung der Wettbewerbsregeln Verwaltungsbehörden obliegt, während in anderen Staaten die Gerichte dafür zuständig sind. Die in der Verordnung Nr. 17 ausgesprochene Verpflichtung, sich für unzuständig zu erklären ist unausweichlich.

Sollte etwas anderes gelten, wenn die innerstaatlichen Zivil- oder Handelsgerichte über einen Rechtsstreit zwischen Privatpersonen zu entscheiden haben, dessen Lösung von der Beurteilung einer Handlung oder eines Verhaltens nach den Wettbewerbsregeln des Vertrages von Rom abhängt?

In diesem Fall hat das Verfahren nicht die Feststellung einer Zuwiderhandlung zum Gegenstand. Das innerstaatliche Gericht hat nur über die zivilrechtlichen Folgen dieser Zuwiderhandlung zu entscheiden: nämlich Nichtigkeit oder Auflösung eines Vertrages, Zuerkennung von Schadensersatz für die geschädigte Partei.

Um diese Rechtsfolge ziehen zu können, muß das Gericht aber zunächst nach Artikel 85 und 86 des Vertrages über das Vorhandensein und die rechtliche Einordnung einer Unternehmensvereinbarung, einer abgestimmten Verhaltensweise oder der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung entscheiden.

Mit anderen Worten, es muß in derartigen Fällen Gemeinschaftsrecht auslegen.

Gegebenenfalls kann es dann von der Möglichkeit Gebrauch machen, Sie um eine Vorabentscheidung zu ersuchen.

Sind die Gerichte auch dann Behörden der Mitgliedstaaten im Sinne der Verordnung Nr. 17, wenn sie in dieser Weise Artikel 85 oder 86 des Vertrages nur incidenter anwenden?

Diese Frage ist im Schrifttum viel diskutiert worden, und die innerstaatliche Rechtsprechung ist uneinheitlich. Ich will ihre Erörterung mit einer Untersuchung des Verordnungstextes beginnen. Dann will ich mich um einen objektiven Überblick über die im Schrifttum vertretenen Ansichten und die innerstaatliche Rechtsprechung bemühen, um zuletzt Ihre Rechtsprechung zu untersuchen.

Von diesen Überlegungen ausgehend will ich dann versuchen, die Leitgedanken für eine den Zielen des Vertrages und der Verordnung entsprechende Entscheidung zu erarbeiten.

Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 spricht von den „Behörden der Mitgliedstaaten". In den anderen Bestimmungen dieser Verordnung findet sich aber häufig der Ausdruck „zuständige Behörden der Mitgliedstaaten".

So übermittelt nach Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung „die Kommission ... den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten unverzüglich eine Abschrift der Anträge und Anmeldungen sowie der wichtigen Schriftstücke, die zur Feststellung von Verstößen gegen Artikel 85 und 86 des Vertrages, zur Erteilung eines Negativattestes oder zur Abgabe einer Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3 bei ihr eingereicht werden".

Ferner schreibt Artikel 11 Absatz 2 der Verordnung vor, daß die Kommission, wenn sie ein Auskunftsverlangen an ein Unternehmen richtet, der zuständigen Behörde des Mitgliedstaates, in dessen

Hoheitsgebiet sich der Sitz des Unternehmens befindet, gleichzeitig eine Abschrift dieses Verlangens übermittelt.

Bei den Behörden, denen von der Kommission herrührende Dokumente zu übermitteln sind, kann es sich selbstverständlich nur um Verwaltungsorgane handeln.

Nach Artikel 13 der Verordnung nehmen auf Ersuchen der Kommission die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten Nachprüfungen vor, welche die Kommission für angezeigt hält. Gemäß Artikel 14 Absatz 4 kann die Kommission nach Anhörung der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet die Nachprüfung vorgenommen werden soll, Nachprüfungen auch durch Entscheidungen anordnen.

Gemäß Artikel 20 Absatz 2 sind die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten verpflichtet, Kenntnisse nicht preiszugeben, die sie bei diesen Untersuchungen oder Ermittlungen erlangt haben.

In diesen verschiedenen Fällen sind die zuständigen Behörden diejenigen, welche die Mitgliedstaaten mit den Ermittlungen beauftragen. Es handelt sich im allgemeinen um Wirtschaftsaufsichtsbehörden, also Verwaltungsbehörden.

Einige Kommentatoren (Mégret — Le droit de la Communauté économique européenne, Bd. IV: Concurrence, S. 157) meinen deshalb, die Wendung „zuständige Behörden der Mitgliedstaaten" werde in der Verordnung Nr. 17 mehrmals in einem Sinne gebraucht, der es ausschließe, daß diese Bestimmungen sich auf incidenter entscheidende ordentliche Gerichte beziehen können.

Aber die aus der Auslegung der Verordnung hergeleiteten Argumente sind nicht überzeugend. Es genügt nicht festzustellen, daß in anderen Bestimmungen der Verordnung mit dieser Wendung offensichtlich nicht die ordentlichen Gerichte gemeint sind, um daraus herzuleiten, diese würden auch von Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung nicht erfaßt.

Ein anderes auf der Textauslegung beruhendes Argument wird darauf gestützt, daß Artikel 9 Absatz 3 nur die Zuständigkeit der Behörden der Mitgliedstaaten zur Anwendung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 erwähne.

Während Artikel 9 Absatz 1 der Kommission die ausschließliche Zuständigkeit zuerkennt, Artikel 85 Absatz 1 nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages für nicht anwendbar zu erklären, bezeichnet keine Vorschrift der Verordnung die für die Feststellung der Nichtigkeit nach Artikel 85 Absatz 2 des Vertrages zuständige Behörde. Ist daraus zu folgern, daß die Verfasser der Verordnung der Ansicht gewesen sind, diese Feststellung obliege den über Streitigkeiten zwischen Privatpersonen befindenden ordentlichen Gerichten, weil diese gewöhnlich die zivilrechtlichen Folgerungen aus der Zuwiderhandlung gegen die in den Artikeln 85 und 86 des Vertrages enthaltenen Wettbewerbsregeln zu ziehen haben?

Diese Auslegung stützt sich auf die Entscheidungsgründe Ihres bereits zitierten Urteils vom 6. April 1962 in der Rechtssache Bosch. Sie haben dort unterschieden zwischen der Zuständigkeit der Gerichte, die anfängliche Nichtigkeit von Vereinbarungen aufgrund von Artikel 85 Absatz 2 des Vertrages festzustellen, und der der innerstaatlichen Behörden, Artikel 85 Absatz 1 anzuwenden. Im ersten Fall beruht Ihrem Urteil zufolge die Zuständigkeit auf der unmittelbaren Geltung von Artikel 85 Absatz 2, während sie im zweiten Fall ihre Rechtsgrundlage in Artikel 88 des Vertrages in Verbindung mit Artikel 9 der Verordnung Nr. 17 hat.

Muß man daraus nicht schließen, daß die Bestimmungen der Verordnung Nr. 17 die ordentlichen Gerichte nicht betreffen, da deren Zuständigkeit, die Artikel 85 und 86 incidenter anzuwenden, ausschließlich auf der unmittelbaren Geltung dieser Vertragsvorschriften und nicht auf Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung beruhe?

Diese Schlußfolgerung ist meines Erachtens nicht notwendigerweise richtig. Zwar trifft es zu, daß die einzelnen ihre

sich aus den Artikeln 85 und 86 des Vertrages ergebenden Rechte von den innerstaatlichen Gerichten geltend machen können und daß diese befugt sind, daraus die rechtlichen Folgerungen zu ziehen. Aus dieser Feststellung ergibt sich aber nicht zwingend, daß die Gerichte nicht auch bei Incidenter-Entscheidungen Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 berücksichtigen müssen und daß sie von der Verpflichtung befreit sind, sich für vorübergehend unzuständig zu erklären, wenn die Kommission ein Verfahren nach den genannten Vertragsbestimmungen einleitet.

In dieser Hinsicht ist es keinesfalls selbstverständlich, daß bei den innerstaatlichen Gerichten jeweils danach zu unterscheiden sei, ob sie in der Hauptsache oder incidenter entscheiden.

Die Rechtsprechung der innerstaatlichen Gerichte zu dieser Frage ist sehr uneinheitlich.

In Deutschland gelten die Zivilgerichte deshalb nicht als Behörden, weil sie nicht umhin könnten, aus den vom Bundeskartellamt getroffenen Verfügungen die zivilrechtlichen Folgerungen zu ziehen. Das ergibt sich aus einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 9. April 1970. Dr. Kurt Markert, einer der Kommentatoren der Entscheidung, meint jedoch unter Bezugnahme auf Ihr Urteil 43/69 vom 18. März 1970, Bilger (Slg. 1970, 127, 136), Sie hätten entschieden, daß der Begriff „Behörden der Mitgliedstaaten" auch die nationalen Gerichte umfasse. Nach seiner Ansicht konnte der Bundesgerichtshof daher entscheiden, daß sich die Frage der Zuständigkeit der Zivilgerichte nach deutschem innerstaatlichem Recht regelt.

In Frankreich scheint die Rechtsprechung in dem Sinne festgelegt zu sein, daß auch Zivilgerichte als „Behörden" gelten, die zur Aussetzung eines Verfahrens verpflichtet sind, wenn die Kommission ein Verfahren einleitet (Cour d'appel Paris, Entscheidungen vom 26. Januar 1963 und vom 22. Februar 1967). Diese Lösung erklärt sich daraus, daß in Frankreich die ordentlichen Gerichte für die nach dem Wettbewerbsrecht, dem der Gemeinschaft oder dem innerstaatlichen, zu treffenden Entscheidungen die allein zuständigen Behörden sind. Die Commission technique des ententes et des positions dominantes hat nur beratende Funktionen, und das Ministerium für Wirtschaft und Finanzen hat lediglich das Initiativrecht zur Anrufung der Staatsanwaltschaft. Nur die Gerichte sind befugt, Strafen zu verhängen, die Nichtigkeit oder Gültigkeit von Kartellen festzustellen und über die zivilrechtlichen Folgen zu entscheiden.

In Belgien ist die Rechtsprechung nuancierter. Die Rechtbank Brüssel hatte 1966 in einer Zivilsache entschieden, daß die ordentlichen Gerichte als Behörden im Sinne der Verordnung Nr. 17 anzusehen seien. Der Hof van Cassatie hat aber auf eine Kassationsbeschwerde gegen eine Aussetzungsentscheidung des Gerichtshofes hin die Auffassung vertreten, das innerstaatliche Gericht sei jedenfalls berechtigt, das Verfahren bis zu einer Entscheidung der Kommission auszusetzen, wenn es nicht über ausreichende Beurteilungsgrundlagen zu verfügen glaubt, um über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages entscheiden zu können. Er hat sich also die Auffassung zu eigen gemacht, daß die Verfahrensaussetzung fakultativ sei, und entschieden, daß in dem gegebenen Fall keine Auslegung der Wendung „Behörden der Mitgliedstaaten" erforderlich war.

Das Schrifttum ist hierüber ebenfalls geteilter Meinung. Einige Autoren, wie F. Dumont, Generalanwalt beim belgischen Hof van Cassatie, sind der Meinung, der Ausdruck „Behörden" in Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung schließe die incidenter entscheidenden ordentlichen Gerichte nicht ein (Aufsatz in Liber Amicorum, en l'honneur du Professeur L. Frédéricq, 1965, T. I, p. 337).

Andere Autoren hingegen sind der Ansicht, dieser Begriff umfasse alle innerstaatlichen Verwaltungs- und Gerichtsor-

gane, die in der einen oder anderen Weise zur Anwendung des Wettbewerbsrechts tätig werden, selbst wenn die von diesen Organen zu fällenden Entscheidungen sich im wesentlichen auf Zivilrecht stützen (Metzger, Anmerkung zu Court d'appel Paris, 26 Janvier 1963, in der Revue critique de droit international privé, 1963, point 398).

Nach einer dritten Ansicht ist in Ermangelung eines gemeinschaftsrechtlichen Begriffes der Behördenbegriff in jedem Mitgliedstaat nach dem innerstaatlichen Recht zu bestimmen.

Die meisten der erwähnten Ansichten sind vor Erlaß Ihres Urteils in der Rechtssache Bilger formuliert worden. Es muß daher untersucht werden, welche Folgerungen sich aus ihrer eigenen Rechtsprechung ergeben.

Mit den klaren Worten „der Begriff ‚Behörden der Mitgliedstaaten' umfaßt ... auch die nationalen Gerichte" dürfte die Frage in dem zitierten Urteil entschieden sein. Gewiß sagen Sie dort auch, dieses Ergebnis beruhe darauf, daß „Artikel 88 ... auf die nationalen Zuständigkeits- und Verfahrensnormen [verweist]", was nach Ansicht von Professor Berthold Goldmann bedeutet, daß Sie die Frage nicht endgültig entschieden haben und daß die Lösung in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen zu suchen sei. Andere Autoren, wie Professor Etienne Cerexhe (Internationaler Kongreß für Europarecht, Berlin, September 1970) sind zwar der Ansicht, Ihr Urteil vom 18. März 1970 lasse in dieser Hinsicht keine Zweifel mehr zu, dem widersprechen aber wieder andere Kommentatoren, die soweit gehen, sich zu fragen, ob Sie in dem Auslegungsstreit wirklich haben Partei ergreifen wollen (Mégret und andere, zitiertes Werk, S. 159). Der Generalstaatsanwalt beim belgischen Hof van Cassatie, Ganshof Van der Meersch, hat sich zur Tragweite Ihres Urteils Bilger ebenfalls weit weniger kategorisch geäußert (vergl. seine Schlußanträge zur Entscheidung des belgischen Hof van Cassatie vom 24. Dezember 1970, Pasicrisie, 1971, I, S. 392 ff.). Es muß jedoch festgestellt werden, daß die in der Rechtssache Bilger vorgelegte Frage einen Rechtsstreit zwischen Privatpersonen betraf, in dem das Problem der Anwendung von Artikel 85 Absatz 2 sich nur incidenter stellte. Es scheint demnach ausgeschlossen, daß Sie nur diejenigen Gerichte der Mitgliedstaaten gemeint haben, vor denen die Anwendung der Artikel 85 und 86 die Hauptsache des Rechtsstreits ist.

In einer jüngeren, vom 6. Februar 1973 datierenden Entscheidung (Brasseries de Haecht/Wilkin und Janssen — Slg. 1973, 77), haben Sie auf das vom Tribunal de Commerce Lüttich vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung ausgeführt: „Es erscheint nicht notwendig, erneut auf die Frage einzugehen, ob Artikel 9 mit der Wendung Behörden der Mitgliedstaaten auch die nationalen Gerichte einschließt, die Artikel 85 Absatz 2 des Vertrages anwenden." Zugegebenermaßen handelt es sich hier um ein obiter dictum in Ihren Entscheidungsgründen, aber diese Bemerkung spricht für eine extensive Auslegung des Urteils Bilger. Haben Sie mit Ihrer Absicht, eine erneute Prüfung der Frage sei überflüssig, nicht bewußt der Auffassung entgegentreten wollen, daß Ihre frühere Entscheidung diese Frage nicht geklärt hat? Zudem handelt es sich auch in der Rechtssache De Haecht um einen Fall, in dem das innerstaatliche Gericht nach Artikel 85 Absatz 2 des Vertrages, also incidenter, zu entscheiden hatte.

Liegt hierin nicht eine Bestätigung für die Auslegung des Urteils Bilger, nach der auch die incidenter entscheidenden Gerichte als „Behörden der Mitgliedstaaten" anzusehen sind?

Wie dem auch sei, nach einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung dieses Begriffs kann nur im Hinblick auf die Anwendung des Artikels 9 der Verordnung Nr. 17 gesucht werden; denn es geht um die Frage, welche Behörden in jedem Mitgliedstaat sich für unzuständig erklären müssen, wenn die Kommission ein

Verfahren nach Artikel 85 Absatz 1 oder 86 des Vertrages einleitet.

Jeder Mitgliedstaat kann zwar die Behörden bestimmen, die auf seinem Hoheitsgebiet das gemeinsame Wettbewerbsrecht unmittelbar oder incidenter anzuwenden haben, die Mitgliedstaaten sind aber nicht befugt, diejenigen Behörden zu bezeichnen, die verpflichtet sind, sich für unzuständig zu erklären.

Denn den Mitgliedstaaten eine derartige Befugnis zuzuerkennen, würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, die Zuständigkeit der Kommission ihrem Umfang und sogar Bestand nach vom Willen der Mitgliedstaaten abhängig zu machen. Diese Zuständigkeit gründet sich aber auf Gemeinschaftsrecht, das einheitlich angewandt werden muß.

Mit Professor Goldmann gelange ich daher zu der Ansicht, daß um dieser einheitlichen Anwendung willen zur „allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Norm" erhoben werden muß, daß jedes Organ eines Mitgliedstaates, das bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts mitwirkt — mag es die Verfolgung einleiten, Zuwiderhandlungen feststellen oder ahnden oder Entscheidungen hinsichtlich der zivilrechtlichen Folgen der wettbewerbsbeschränkenden Handlungen treffen —, als Behörde im Sinne von Artikel 9 der Verordnung Nr. 17 anzusehen ist (B. Goldmann, Droit Commercial européen, Dalloz, 2. Auflage, S. 375).

Welchem anderen Zweck dient denn diese Bestimmung als dem, die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen der Mitgliedstaaten einerseits und der Gemeinschaft andererseits zu vermeiden und darüber hinaus den Vorrang der Entscheidung der Gemeinschaft vor der des Mitgliedstaates zu gewährleisten?

Was die Terminologie anbelangt, findet sich zudem die Wendung „Behörden der Mitgliedstaaten" in Artikel 88 des Vertrages ebenso wie in Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 und übrigens auch in Artikel 15 der Verordnung Nr. 1017/68 über die Anwendung von Wettbewerbsregeln auf dem Gebiet des Verkehrswesens (ABl. Nr. 175/1968, S. 1).

Alle diese Bestimmungen haben die gleiche „ratio legis", nur daß der Zeitpunkt, von dem an die den Behörden der Mitgliedstaaten übertragene Zuständigkeit — übrigens nur vorläufig — erlischt, in einem Falle das Inkrafttreten der gemäß Artikel 87 des Vertrages erlassenen Vorschriften, im anderen die Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission oder, bei einem Verkehrsunternehmen, die Mitteilung nach Artikel 12 Absatz 3 der Verordnung Nr. 1017 ist. In allen Fällen handelt es sich darum, die einheitliche Anwendung der Wettbewerbsregeln im gemeinsamen Markt sicherzustellen, ohne die unmittelbare Wirkung der Vertragsbestimmungen über die Kartelle und die beherrschenden Stellungen zu beeinträchtigen.

Es wäre paradox, wenn man heute die Meinung vertreten wollte, die Wendung „Behörden der Mitgliedstaaten" erfasse lediglich die in der Hauptsache entscheidenden Zivil- oder Verwaltungsgerichte, während den incidenter entscheidenden Gerichten die Zuständigkeit belassen bleibe, die Nichtigkeit einer wettbewerbshindernden Vereinbarung oder einer den Markt beherrschenden Stellung festzustellen und daraus die zivilrechtlichen Rechtsfolgen zu ziehen, ohne dabei im geringsten das von der Kommission eingeleitete Verfahren berücksichtigen zu müssen. Die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen und folglich einer nicht einheitlichen Anwendung der Wettbewerbsregeln ist bei einer bloßen Incident-Feststellung nicht geringer als im Fall der Entscheidung einer innerstaatlichen Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde, vor der die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Hauptsache des Verfahrens ist.

Ebenso paradox wäre es, zu argumentieren, vor Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 seien die incidenter entscheidenden Gerichte zu der Feststellung ermächtigt gewesen, daß ein Kartell nicht nichtig sei oder kein Mißbrauch einer den

Markt beherrschenden Stellung vorliege und die Ansicht zu vertreten, daß diese Gerichte nach Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission zuständig blieben, incidenter die Nichtanwendbarkeit der Artikel 85 oder 86 des Vertrages festzustellen, da sie nicht mehr als „Behörden der Mitgliedstaaten" anzusehen seien.

Hinzuzufügen bleibt, daß die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen nicht nur im Verhältnis der Gerichte der Mitgliedstaaten zur Kommission als Gemeinschaftsorgan besteht.

Wenn nämlich gelegentlich eines Rechtsstreits wie des jetzt vor der Rechtbank Brüssel anhängigen das Gericht nach Artikel 177 dem Gerichtshof Auslegungsfragen vorlegt, besteht die Gefahr, daß Ihr Urteil mit der Entscheidung der Kommission unvereinbar ist, wenn es vor ihr ergeht. Es ist sehr wohl möglich, daß es Ihnen bei der Entscheidung über die Vorlagen, mit denen Sie in solchen Fällen befaßt werden, nicht möglich ist, das Problem unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten zu würdigen, und daß Sie ein Auslegungsurteil erlassen, ohne seine sämtlichen Auswirkungen ermessen zu können.

Wird schließlich im weiteren Verlauf die Entscheidung der Kommission unmittelbar vor Ihnen angefochten und gelangen Sie jetzt in unbeschränkter Rechtsprechung mit dem gesamten von der Kommission durchgeführten Verfahren zu einer anderen Entscheidung als in einem den gleichen Fall betreffenden Vorabentscheidungsurteil, so laufen Sie Gefahr, sich mit Ihrer eigenen Entscheidung in Widerspruch zu setzen.

Müssen Sie nicht, um insbesondere entscheiden zu können, ob ein Unternehmen seine beherrschende Stellung mißbraucht, über alle tatsächlichen Umstände des Falles vollständig unterrichtet sein? Haben Sie nicht in der Rechtssache Continental Can die rechtliche Würdigung der Kommission gebilligt, aber dennoch ihre Entscheidung aus Gründen aufgehoben, die sich aus bestimmten den Verfahrensakten zu entnehmenden Umständen ergaben?

Diese Erwägungen veranlassen mich, einer weiten Auslegung von Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 den Vorzug zu geben. Nur so kann meines Erachtens dieser Bestimmung ihre volle Wirkung gesichert und damit vermieden werden, daß die Entscheidungen der innerstaatlichen und der Gemeinschaftsbehörden voneinander abweichen und daß Sie in Gefahr geraten, uneinheitlich zu entscheiden, wenn Sie zunächst im Wege des Artikels 177 und danach mit einer Klage im Verfahren mit unbeschränkter Rechtsprechung angerufen werden.

Gewiß können gegen die soeben dargelegte Ansicht zwei Einwände erhoben werden.

Der erste Einwand ließe sich daraus herleiten, daß weder Artikel 87 des Vertrages noch die aufgrund dieser Bestimmung ergangene Durchführungsverordnung des Rates die Gemeinschaftsorgane ermächtigen, Zuständigkeitsnormen der Mitgliedstaaten außer Kraft zu setzen, indem sie die Gerichte verpflichten, die Entscheidung über einen Zivilrechtsstreit auszusetzen.

Dieses Argument greift nicht durch. Die Aussetzung des Verfahrens ist nicht gleichbedeutend mit einer Verneinung der Zuständigkeit. Sie hat nicht zur Folge, daß die innerstaatlichen Gerichte ihre Entscheidungsbefugnis endgültig verlieren. Sie bedeutet nur, daß diese Gerichte ihr Verfahren vorläufig anzuhalten haben, bis die Kommission entschieden hat. Danach können sie dann in der Kenntnis der Rechtslage, die ihnen diese Entscheidung vermittelt, ihr Urteil fällen. Dabei müssen sie der Entscheidung der Kommission folgen, soweit sie bestandskräftig ist, es sei denn, sie legen Ihnen gegebenenfalls die Fragen nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts vor, deren Beantwortung ihnen für die Entscheidung des Zivilrechtsstreites erforderlich erscheint.

Es bleibt noch zu bemerken, daß Sie zwar, wie ich im ersten Teil meiner

Schlußanträge ausgeführt habe, nicht berechtigt sind, die Zuständigkeit eines innerstaatlichen Gerichtes nach dem für es geltenden nationalen Recht zu prüfen, daß Sie aber zu prüfen haben, ob ein solches Gericht nicht nach Gemeinschaftsrecht, hier nach der Verordnung Nr. 17, zur Aussetzung des Verfahrens verpflichtet war, weil es wie vorliegend Artikel 86 des Vertrages anzuwenden hatte, sei es auch nur incidenter, und weil die Kommission ein Verfahren eingeleitet hat.

Ein zweiter Einwand könnte auf die Schutzbedürftigkeit der in Frage stehenden Individualrechte gestützt werden. Kann denn wirklich angenommen werden, daß eine vor dem innerstaatlichen Gericht anhängige Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Vertrages und auf Schadensersatz deswegen nicht bearbeitet wird, weil eine Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften abgewartet werden muß? Und dies, obgleich die Erfahrung zeigt, daß die von diesem Organ eingeleiteten Verfahren sehr lange dauern können?

Es ist gewiß bedauerlich, daß die innerstaatlichen Gerichte die Entscheidung über einen Zivilrechtstreit wegen der Langsamkeit des Verfahrens vor der Kommission für Monate, möglicherweise sogar für Jahre aussetzen müssen. Aber auch dieser Einwand ist meines Erachtens nicht stichhaltig. Unzweifelhaft gibt es zwei Mittel, durch die vermieden werden kann, daß sich eine größere Verzögerung des Verfahrens besonders schädlich auf die Interessen der einzelnen auswirkt: Es ist Sache des Gerichts des Mitgliedstaates, zum Schutz der Rechte der Prozeßparteien auf Antrag einer von diesen einstweilige Maßnahmen zu treffen, ohne dadurch der Entscheidung in der Hauptsache vorzugreifen. Ferner kann auch daran gedacht werden, die Kommission durch eine Untätigkeitsklage dazu anzuhalten, ihre Entscheidung innerhalb einer zumutbaren Frist zu treffen. Wägt man schließlich die bei der Abwicklung eines bestimmten Vertrages entstandenen Einzelinteressen gegen das allgemeine Interesse an einer einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts ab, so bin ich entschieden der Ansicht, daß das letztere schwerer wiegt.

Es bleibt noch zu klären, wie die Behörden der Mitgliedstaaten davon unterrichtet wurden, daß die Kommission ein Verfahren eingeleitet hat, und zu welchem Zeitpunkt das Gericht eines Mitgliedstaats zur Aussetzung des Verfahrens verpflichtet ist.

Was die erste Frage betrifft, so kommt den Parteien des Rechtsstreits eine Hauptrolle zu, und es ist erstaunlich, daß die SABAM nicht früher vor der Rechtbank Brüssel auf das seitens der Kommission gegen sie eingeleitete Verfahren hingewiesen hat. Auch der belgischen Regierung ist die Entscheidung mitgeteilt worden, mit der die Kommission im Juni 1970 das Verfahren eingeleitet hat. Jedenfalls kann sich die Auslegung der Wendung „Behörden der Mitgliedstaaten" nicht nach dem möglicherweise unzulänglichen Informationsstand dieser Behörden über die von der Kommission eingeleiteten Maßnahmen richten.

Was die zweite Frage angeht, so ist es meines Erachtens ohne Bedeutung, wenn die Kommission ihr Verfahren erst eröffnet, nachdem das Gericht eines Mitgliedstaats bereits mit einem Rechtsstreit befaßt ist, in dem eine Incident-Anwendung von Artikel 85 oder 86 des Vertrages in Betracht kommt. Es ist notwendig und ausreichend, wenn die Kommission ihr Verfahren während

des vor dem innerstaatlichen Gericht anhängigen Verfahrens einleitet, d. h. bevor dieses seine Entscheidung erläßt. Eben das war in der vorliegenden Rechtssache der Fall. Denn die Klage bei der Rechtbank Brüssel ist zwar 1969 erhoben worden, die Kommission hat aber im darauffolgenden Jahr von Amts wegen ein Verfahren nach Artikel 86 des Vertrages gegen die SABAM eingeleitet und noch 1973, nachdem die Parteien ihre Schlußanträge bereits gestellt hatten und die Belgische Radio en Televisiè dem Rechtsstreit gegen die SABAM beigetreten war, hat die Rechtbank Brüssel sich für berechtigt gehalten, Ihnen die gegenwärtigen Fragen vorzulegen. Zu diesem Zeitpunkt kann ihr aber nicht unbekannt gewesen sein, daß die Kommission ein Verfahren eingeleitet hatte. Sie war daher verpflichtet, das Verfahren auszusetzen, und konnte Sie folglich nicht mehr nach Artikel 177 des Vertrages anrufen.

Das innerstaatliche Gericht — des ersten oder gegebenenfalls des zweiten Rechtzuges — hätte das Verfahren erst nach Erlaß der Entscheidung der Kommission fortsetzen dürfen. Bis zu deren Erlaß ist es verfrüht, Sie um eine Vorabentscheidung zu ersuchen. Daher beantrage ich zu erkennen, daß beim derzeitigen Verfahrensstand keine Entscheidung über die Ihnen vorgelegten Fragen ergehen kann.