von ihnen gelieferten Sache zum Zeitpunkt der Lieferung nicht kannten, und die so dazu führt, daß diese Verkäufer sich nicht auf nationale Rechtsvorschriften berufen können, wonach sie ihre Haftung bei Unkenntnis des Mangels ebenso beschränken können, wie dies ihren Mitbewerbern in den anderen Mitgliedstaaten nach deren nationalem Recht möglich ist.

2. Erstens kann sich ein einzelner vor einem nationalen Gericht nämlich nicht auf Artikel 2 berufen. Zweitens ist eine solche, aus Gründen des Käuferschutzes entwikkelte Rechtsprechung nicht geeignet, den Abschluß von gegen Artikel 85 verstoßenden Vereinbarungen zu begünstigen oder zu erleichtern. Schließlich hat diese Rechtsprechung, die unterschiedslos für alle dem nationalen Recht unterliegenden Handelsbeziehungen gilt, weder den Zweck noch die Wirkung, unter Verstoß gegen Artikel 34 speziell die Ausfuhrströme zu beschränken und somit die nationale Produktion oder den nationalen Binnenmarkt zu begünstigen, wobei im übrigen noch festzustellen ist, daß beim Abschluß eines internationalen Kaufvertrags normalerweise die Möglichkeit besteht, das anwendbare Recht zu bestimmen.

SITZUNGSBERICHT
in der Rechtssache C-339/89 *

I — Sachverhalt

A — *Vorgeschichte des Ausgangsrechtsstreits*

1. Die französische Gesellschaft Alsthom Atlantique (im weiteren: Firma Alsthom) verkaufte in den Jahren 1980 und 1981 der niederländischen Holland & America Tours (im weiteren: HAT) zwei Kreuzfahrtschiffe. Die Schiffe wurden vertragsgemäß mit Motoren ausgestattet, die die Firma Alsthom bei der französischen Compagnie de construction mécanique Sulzer (im weiteren: Firma Sulzer) in Auftrag gab. Diese wiederum wandte sich wegen der Lieferung an einen deutschen Subunternehmer. Bei Lieferung der Schiffe machte die HAT das schlechte Funktionieren der von der Firma Sulzer gelieferten Ausstattungsteile geltend und berief sich auf die in den Verträgen mit der Firma Alsthom enthaltenen Schiedsklauseln. In der Folge erhob die Firma Alsthom verschiedene Klagen beim Tribunal de commerce Paris, insbesondere mit dem Ziel, die Firma Sulzer dazu zu verurteilen, sie hinsichtlich aller gegen sie auf Antrag der HAT möglicherweise ergehenden Verurteilungen schadlos zu halten. Die Firma Sulzer verkündete ihrerseits ihrer Versicherungsgesellschaft, der Union des assurances UAP (im weiteren: UAP), den Streit im Hinblick auf alle möglicherweise gegen sie auf Antrag der Firma Alsthom ergehenden Verurteilungen.

2. Nach der Rechtsprechung der französischen Cour de cassation (Cassation, Kammer für Handelssachen, 4. Juni 1969, veröffentlicht im *Recueil Dalloz*, 1970, S. 51;

* Verfahrenssprache: Französisch.

Cassation, Erste Zivilkammer, 5. Mai 1982, veröffentlicht im *Bulletin de la Cour de cassation*, I, Nr. 163, S. 145; Cassation, Dritte Zivilkammer, 3. Januar 1984, veröffentlicht im *Bulletin de la Cour de cassation*, III, Nr. 4, S. 3; Cassation, Kammer für Handelssachen, 3. Dezember 1985, veröffentlicht im *Bulletin de la Cour de cassation*, IV, Nr. 287, S. 244) gilt für den gewerblichen Hersteller oder Verkäufer die unwiderlegliche Vermutung, daß er die Mängel der verkauften Sache kannte; er kann diese Vermutung nur im Rahmen von Vertragsbeziehungen mit einem Käufer der gleichen Branche widerlegen. Diese Rechtsprechung hat als Ausgangspunkt die Artikel 1641 und 1643 des französischen Code civil, die folgendes bestimmen:

„*Artikel 1641*

Der Verkäufer haftet für die verborgenen Mängel der verkauften Sache, die diese für ihren bestimmungsgemäßen Gebrauch ungeeignet machen oder die ihre Brauchbarkeit so sehr vermindern, daß der Käufer sie nicht erworben oder nur einen geringeren Kaufpreis dafür bezahlt hätte, wenn er die Mängel gekannt hätte.

Artikel 1643

Er [der Verkäufer] haftet für die verborgenen Mängel, selbst wenn er sie nicht gekannt hat, es sei denn, er hat in diesem Fall seine Gewährleistungspflicht vertraglich ausgeschlossen."

Die französische Cour de cassation hat den zitierten Artikel 1643 dahin ausgelegt, daß die Vermutung besteht, daß der gewerbliche Hersteller oder Verkäufer die Mängel der von ihm verkauften Sache gekannt hat, so daß er sich nicht auf eine Vertragsbestimmung berufen kann, die seine Haftung für verborgene Mängel von vornherein ausschließt oder beschränkt. Haftungsbeschränkende Klauseln sind nach dieser Rechtsprechung nur zulässig, wenn sie in Verträgen zwischen zwei Gewerbetreibenden der gleichen Branche enthalten sind.

3. Mit ihren Anträgen beim Tribunal de commerce Paris machte die Firma Sulzer geltend, aus dieser Rechtsprechung der Cour de cassation folge, daß die Firma Alsthom als Schiffbauwerft der HAT keine haftungsbeschränkende Klausel entgegenhalten könne, da sie keine Unternehmen der gleichen Branche seien. Eine solche Rechtsprechung bestehe in keinem anderen Mitgliedstaat. Es liege somit eine faktische Diskriminierung der dem französischen Recht unterworfenen Firmen vor, wodurch der freie Wettbewerb verfälscht werde. Diese Rechtsprechung verstoße auch gegen die Bestimmungen des EWG-Vertrags über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen zwischen Mitgliedstaaten. Dieses Problem sei besonders schwerwiegend im Fall des Schiffbaus in Frankreich, da sich die Werften und ihre Subunternehmer in einer ungünstigeren Lage befänden als ihre ausländischen Vertragspartner, die sich auf das — französische oder ausländische — Recht beriefen, das ihnen am günstigsten sei.

B — *Die Vorlagefrage*

4. Das Tribunal de commerce Paris war der Auffassung, der Rechtsstreit werfe Fragen nach der Auslegung von Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts auf, und hat mit Urteil vom 10. Mai 1989 das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Sind die Artikel 2 und 3 Buchstabe f in Verbindung mit den Artikeln 85 Absatz 1 und 34 EWG-Vertrag dahin auszulegen,

daß sie der Anwendung der Rechtsprechung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die es den gewerblichen Verkäufern verbietet, den Beweis dafür zu erbringen, daß sie den Mangel der von ihnen gelieferten Sache zum Zeitpunkt der Lieferung nicht kannten, und die so dazu führt, daß diese Verkäufer sich nicht auf Artikel 1643 des französischen Code civil berufen können, wonach sie ihre Haftung bei Unkenntnis des Mangels ebenso beschränken können, wie dies ihren Mitbewerbern in den anderen Mitgliedstaaten nach deren nationalem Recht möglich ist? "

In der Begründung des Vorlageurteils stellt das Tribunal de commerce fest, es könne „sich den von den Parteien im Hinblick auf die diskriminierende Situation, in der sich die französischen Unternehmen gegenüber ihren ausländischen Konkurrenten befinden, entwickelten Argumenten nicht verschließen".

II — Verfahren

5. Das Vorlageurteil ist am 3. November 1989 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen.

6. Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben schriftliche Erklärungen eingereicht:

— die Compagnie de construction mécanique Sulzer SA, vertreten durch Rechtsanwalt Michel Normand, zugelassen bei der Cour d'appel Paris;

— die Union des assurances de Paris, vertreten durch Rechtsanwalt Alain Tinayre, zugelassen bei der Cour d'appel Paris;

— die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch J. Currall, Juristischer Dienst der Kommission, im Beistand von H. Lehman, zum Juristischen Dienst der Kommission abgeordneter französischer Beamter, als Bevollmächtigte.

7. Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

8. Der Gerichtshof hat die Rechtssache durch Beschluß vom 13. Juni 1990 gemäß Artikel 95 §§ 1 und 2 der Verfahrensordnung an die Zweite Kammer verwiesen.

III — Beim Gerichtshof eingereichte schriftliche Erklärungen

9. Die *Firma Sulzer* und die *UAP* verweisen zunächst auf die Rechtsprechung der französischen Cour de cassation, die die Vorlagefrage des Tribunal de commerce Paris veranlaßt habe. Im Hinblick auf diese Rechtsprechung bestehe die Vorlagefrage aus zwei Teilen:

„a) Verstößt es nicht gegen den EWG-Vertrag, daß die Rechtsprechung der französischen Cour de cassation es den gewerblichen Herstellern und Verkäufern verbietet, den Beweis dafür zu erbringen, daß sie den Mangel der von ihnen verkauften Sache zum Zeitpunkt der Lieferung nicht kannten?

b) Verstößt es gegen den EWG-Vertrag, daß diese Rechtsprechung es den gewerblichen Herstellern und Verkäufern verbietet, sich auf Artikel 1643 des französischen Code civil zu berufen, wonach sie bei Unkenntnis des Mangels ihre Haftung ebenso ausschließen oder be-

schränken können, wie dies ihren Mitbewerbern in den anderen Mitgliedstaaten nach deren nationalem Recht möglich ist?"

10. Die Firma Sulzer und die UAP machen weiter geltend, die in dem Vertrag zwischen der Firma Alsthom und der HAT enthaltenen haftungsbeschränkenden Klauseln seien ungültig, da diese beiden Unternehmen nicht der gleichen Branche angehörten. In dem Fall, daß die Lieferungen eines deutschen Subunternehmers, den die Firma Sulzer im Rahmen eines ebenfalls haftungsbeschränkende Klauseln enthaltenden Subunternehmervertrags beauftragt habe, einen verborgenen Mangel aufwiesen, könne es sein, daß die Firma Sulzer eine Gewährleistungsklage gegen diesen Subunternehmer erheben müsse und daß letzterer ihr die deutschen Rechtsvorschriften entgegenhalte, nach denen haftungsbeschränkende Klauseln zulässig seien. Die französischen Vertragspartner internationaler Ein- oder Ausfuhrverträge würden somit aufgrund der Rechtsprechung der französischen Cour de cassation eindeutig gegenüber ihren Vertragspartnern aus anderen Mitgliedstaaten diskriminiert. Eine solche Diskriminierung verstoße offensichtlich gegen den EWG-Vertrag.

11. Die Firma Sulzer und die UAP halten außerdem Artikel 2 EWG-Vertrag für unmittelbar anwendbar. Unter Berufung auf die Artikel 3 Buchstabe f, 85 Absatz 1 Buchstabe d sowie die Artikel 30 und 34 EWG-Vertrag tragen sie vor, daß die Rechtsprechung der französischen Cour de cassation wegen der durch sie geschaffenen diskriminierenden Situation auch gegen diese Bestimmungen verstoße.

12. Die Firma Sulzer und die UAP zitieren ferner das Urteil vom 29. November 1978 in der Rechtssache 83/78 (Pigs Marketing Board, Slg. 1978, 2347) zum Beleg dafür, daß die Anwendung der Rechtsprechung eines Gerichts eines Mitgliedstaats einen Verstoß gegen den EWG-Vertrag bedeuten könne. Aus den Urteilen vom 10. Januar 1985 in der Rechtssache 229/83 (Leclerc/Au blé vert, Slg. 1985, 1), vom 29. Januar 1985 in der Rechtssache 231/83 (Cullet/Leclerc, Slg. 1985, 305) und vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 123/83 (BNIC/Clair, Slg. 1985, 391) ergebe sich, daß Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag in Verbindung mit den Artikeln 5, 85 und 86 EWG-Vertrag den Mitgliedstaaten und somit auch ihren nationalen Gerichten die allgemeine Verpflichtung auferlege, die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln nicht zu gefährden.

13. Die Firma Sulzer und die UAP machen schließlich geltend, es sei offensichtlich, daß eine Entscheidung eines Gerichts eines Mitgliedstaats eine Maßnahme einer öffentlichen Behörde im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie 70/50/EWG der Kommission vom 22. Dezember 1969, gestützt auf die Vorschriften des Artikels 33 Absatz 7 über die Beseitigung von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen, die nicht unter andere auf Grund des EWG-Vertrags erlassene Vorschriften fallen (ABl. 1970, L 13, S. 29), sei.

14. Die Firma Sulzer und die UAP beantragen, die Vorlagefrage des Tribunal de commerce Paris zu bejahen.

15. Die *Kommission* führt einleitend aus, die Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ABl. L 210, S. 29) sei zwar auf den dem Gerichtshof hier vorgelegten Fall nicht anwendbar, enthalte jedoch Regeln, aus denen die gemeinschaftsrechtliche Ausrichtung im Bereich der Produzentenhaftung entnommen werden könne. So beruhe Artikel 1 dieser Richtlinie auf dem Grund-

satz einer verschuldensunabhängigen Haftung des Herstellers. Nach der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie sei dieser Grundsatz der einzige, der es erlaube, das Problem einer gerechten Zuweisung der mit der modernen technischen Produktion verbundenen Risiken in sachgerechter Weise zu lösen. Nach Artikel 15 der Richtlinie könne jeder Mitgliedstaat, vorbehaltlich der Einhaltung eines Mitteilungsverfahrens, in seinen Rechtsvorschriften eine Regelung beibehalten oder vorsehen, die es dem Produzenten unmöglich mache, seine Haftung durch den Beweis auszuschließen, daß der vorhandene Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik zu dem Zeitpunkt, zu dem er das betreffende Produkt in den Verkehr gebracht habe, nicht habe erkannt werden können.

16. Nach Auffassung der Kommission entfaltet Artikel 2 EWG-Vertrag keine Bindungswirkung und kann somit nicht durch das Verbot für den gewerblichen Verkäufer verletzt werden, seine Gewährleistungspflichten gegenüber dem Käufer auszuschließen. Dieser im Vertragsteil „Grundsätze" enthaltene Artikel lege nämlich die Aufgabe der Gemeinschaft und die Mittel fest, die diese zur Verwirklichung ihrer Ziele einzusetzen habe. Diese Mittel seien die „Errichtung eines Gemeinsamen Marktes" und die „schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten". Der Begriff „schrittweise" zeige, daß diese Annäherung fortschreitend zusammen mit den Harmonisierungsarbeiten erfolgen müsse. Somit enthalte Artikel 2 keine unmittelbar anwendbaren Bestimmungen, sondern lege politische Ziele fest. In diesem Sinne zitiert die Kommission das Urteil vom 29. September 1987 in der Rechtssache 126/86 (Giménez Zaera, Slg. 1987, 3697). Der Gerichtshof habe die „beschleunigte Hebung der Lebenshaltung" im Sinne des Artikels 2 EWG-Vertrag dahin präzisiert, daß es sich um ein mit der Schaffung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft verbundenes Ziel handele, das aufgrund seiner Allgemeinheit und seines systematischen Zusammenhangs mit der Errichtung des Gemeinsamen Marktes und der fortschreitenden Annäherung der Wirtschaftspolitik weder rechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten noch Rechte einzelner begründen könne.

17. Der Begriff der „Maßnahme" im Sinne des Artikels 34 EWG-Vertrag umfasse die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die Verwaltungspraktiken sowie alle von einer öffentlichen Stelle ausgehenden Akte. Eine ständige Rechtsprechung könne eine solche Maßnahme darstellen, da es sich bei ihr um eine Reihe von Gerichtsentscheidungen handele, die von öffentlichen Stellen erlassen würden. Zur Unterstützung dieser These zitiert die Kommission das Urteil vom 22. Januar 1981 in der Rechtssache 58/80 (Dansk Supermarked, Slg. 1981, 181). Aus den Urteilen vom 8. November 1979 in der Rechtssache 15/79 (Groenveld, Slg. 1979, 3409), vom 14. Juli 1981 in der Rechtssache 155/80 (Oebel, Slg. 1981, 1993), vom 15. Dezember 1982 in der Rechtssache 286/81 (Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, Slg. 1982, 4575), vom 10. März 1983 in der Rechtssache 172/82 (Inter-Huiles, Slg. 1983, 555) und vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 237/82 (Jongeneel Kaas, Slg. 1984, 483) schließt die Kommission, Voraussetzung dafür, daß eine Maßnahme in den Anwendungsbereich des Artikels 34 EWG-Vertrag falle, seien kumulativ eine spezifische Beschränkung der Ausfuhrströme und eine unterschiedliche Behandlung, durch die die nationale Produktion oder der Binnenmarkt einen besonderen Vorteil erlange.

Es müsse also untersucht werden, ob die Unmöglichkeit für den Verkäufer, seine Haftung für verborgene Mängel der verkauften Sache auszuschließen, eine Beschränkung der Ausfuhrströme bezwecke oder bewirke. Eine solche Beschränkung der Handelsströme sei sicherlich nicht der Zweck der beanstandeten Rechtsprechung, die in Wirklichkeit darauf gerichtet sei, die Lauterkeit der Handelsgeschäfte durch einen besseren Schutz des Käufers eines Erzeugnisses zu gewährleisten. Der Käufer sei

nicht in der Lage, die verborgenen Mängel im Zeitpunkt des Erwerbs festzustellen. Dieses Ziel sei von der gleichen Art wie das mit der genannten Richtlinie 85/374 des Rates verfolgte.

Die Rechtsprechung der französischen Cour de cassation habe auch keine Auswirkungen auf die Ausfuhrströme. Im übrigen wäre ansonsten die Gesamtheit der Ausfuhren des betreffenden Mitgliedstaats berührt. Das Fehlen einer beschränkenden Wirkung ergebe sich erstens aus der Tatsache, daß für die Ausfuhrverträge der Grundsatz der Vertragsautonomie gelte, der es den Parteien eines internationalen Vertrags ermögliche, das Recht, das für ihre Vertragsbeziehungen gelten solle, zu bestimmen. Dieser Grundsatz sei in Frankreich durch ein Urteil der Cour de cassation vom 5. Dezember 1910 aufgestellt worden. Demgemäß könnten die Wirtschaftsteilnehmer bei jedem Ausfuhrvertrag ein Recht wählen, das die beanstandete Regel nicht enthalte. Außerdem stehe es — unabhängig davon, daß eine nicht zwingende Regel nicht geeignet sei, das geschäftliche Verhalten zu beeinflussen — nicht fest, daß die Unmöglichkeit eines Ausschlusses der Gewährleistungspflicht für verborgene Mängel im Falle ihrer Gültigkeit die Verkäufe beeinträchtige. Eine bessere Gewährleistung für den verkauften Gegenstand stelle im Gegenteil ein nicht unbeachtliches Verkaufsargument dar. Die Kommission schließt hieraus, daß die Unmöglichkeit des Verkäufers, seine Gewährleistungspflicht auszuschließen, eine Beschränkung des innergemeinschaftlichen Handels weder bezwecke noch bewirke.

18. Die angebliche Beschränkung der Ausfuhren bestehe gemäß der Vorlagefrage in einer nationalen Bestimmung oder in der Rechtsprechung zu dieser Bestimmung.

Die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag beträfen jedoch nur das Verhalten der Unternehmen, das eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten bezwecke oder bewirke. Im übrigen ergebe sich aus dem Ausgangsrechtsstreit auch nicht, daß Artikel 1643 des französischen Code civil oder die Rechtsprechung dazu im Sinne der Urteile vom 1. Oktober 1987 in der Rechtssache 311/85 (Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, Slg. 1987, 3801) und vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209/84 bis 213/84 (Asjes, Slg. 1986, 1425) die praktische Wirksamkeit der Bestimmungen des EWG-Vertrags ausschalte oder Artikel 85 EWG-Vertrag zuwiderlaufende Kartellabsprachen erleichtere.

19. Diese Überlegungen seien ausreichend, um die Anwendbarkeit des Artikels 85 EWG-Vertrag auszuschließen. Dieser Artikel stelle eine konkrete Ausformung des Artikels 3 Buchstabe f EWG-Vertrag dar, der allein die Mittel zur Verwirklichung der in Artikel 2 EWG-Vertrag definierten Ziele der Gemeinschaft nenne. Wenn die Artikel 85 und 86 nicht anwendbar seien, könne Artikel 3 Buchstabe f nicht an deren Stelle treten.

20. Die Kommission schlägt dem Gerichtshof vor, die Frage des Tribunal de commerce Paris wie folgt zu beantworten:

„Eine Rechtsprechung, die es den gewerblichen Verkäufern nicht erlaubt, vertraglich ihre Gewährleistungspflicht für verborgene Mängel der verkauften Sache gegenüber dem Käufer auszuschließen, ist mit den Artikeln 2, 3 Buchstabe f, 34 und 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vereinbar."

G. F. Mancini
Berichterstatter