

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
JEAN MISCHO

vom 22. März 2001<sup>1</sup>

**I — Sachverhalt und Verfahren**

1. Diese Rechtssache ist uns vom Court of Appeal (England und Wales) (Civil Division) (Vereinigtes Königreich) in einem Rechtsstreit zwischen der Courage Ltd., der Klägerin des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Klägerin), und Bernard Crehan, dem Beklagten des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Beklagter), vorgelegt worden. Der Court of Appeal stellt uns vier Fragen, die sich darauf beziehen, ob eine Partei einer nach Artikel 81 EG verbotenen Vereinbarung Schadensersatz von ihrem Vertragspartner verlangen kann.

2. Die Klägerin, eine Brauerei, die im Vereinigten Königreich beim Verkauf von Bier einen Marktanteil von 19 % besitzt, und die Firma Grand Metropolitan (im Folgenden: Grand Met), die verschiedene Beteiligungen im Hotel- und Gaststättengewerbe besitzt, vereinbarten 1990, die von ihnen verpachteten Schankwirtschaften (im Folgenden: Pubs) zu fusionieren. Zu diesem Zweck wurden ihre jeweiligen Pubs auf die Intrepreneur Estates Ltd (im Folgenden: IEL) übertragen, die zu gleichen Teilen der Klägerin und der Grand Met gehört.

3. Gemäß einer Vereinbarung zwischen IEL und der Klägerin hatten alle Pächter der

IEL ihr Bier ausschließlich bei der Klägerin zu beziehen. Diese war verpflichtet, die bestellten Biermengen zu den Preisen zu liefern, die in den für die von der IEL verpachteten Pubs geltenden Tarifen festgesetzt waren.

4. IEL legte ihren Pächtern einen Musterpachtvertrag vor. Die Höhe der Pacht konnte mit dem potentiellen Pächter ausgehandelt werden, die Alleinbezugsverpflichtung und die sonstigen Vertragsklauseln waren aber nicht abdingbar.

5. 1991 schloss der Beklagte mit der IEL zwei mit einer Bezugsverpflichtung zugunsten der Klägerin verbundene Pachtverträge. Der Pachtzins konnte alle fünf Jahre ausschließlich nach oben angepasst werden, und zwar bis zum höheren von folgenden beiden Beträgen: dem Pachtzins für den vorangehenden Zeitraum und dem höchsten Pachtzins, der angesichts der übrigen Bedingungen des Pachtvertrags für dessen Restlaufzeit auf dem freien Markt erzielt werden konnte. Der Schankwirt hatte eine Mindestmenge bestimmter Biere abzunehmen. IEL erklärte sich bereit, darauf hinzuwirken, dass die angegebenen Biersorten dem Schankwirt von der Klägerin zu den in deren Tarif angegebenen Preisen geliefert würden.

<sup>1</sup> — Originalsprache: Französisch.

6. 1993 erhob die Klägerin gegen den Beklagten eine Klage auf Zahlung von über 15 000 GBP für Bierlieferungen, deren Bezahlung offen geblieben war.

7. Der Beklagte hielt der Klage entgegen, die im Pachtvertrag enthaltene Alleinbezugsverpflichtung für spezifizierte Biersorten verstoße gegen Artikel 81 EG, und beansprucht im Wege der Widerklage Schadensersatz. Er macht geltend, die Klägerin habe ihr Bier an ihre nicht der Alleinbezugsklausel gebundenen Kunden zu Preisen verkauft, die wesentlich niedriger seien als diejenigen, die in der Liste der Preise verzeichnet seien, die bei den durch die Alleinbezugsklausel gebundenen Wirten angewandt würden. Dieser Preisunterschied habe zur Folge, dass die der Alleinbezugsklausel unterliegenden Pächter weniger verdienten und gezwungen würden, ihre Tätigkeit aufzugeben.

8. Folgende Erwägungen haben den Court of Appeal dazu veranlasst, dem Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

9. Zum einen habe der Court of Appeal in einem früheren Urteil entschieden, dass Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag Dritte, Wettbewerber oder Verbraucher, und nicht die Parteien der rechtswidrigen Vereinbarungen schützen solle. Diese seien nämlich Verursacher und nicht Opfer der Wettbewerbsbeschränkung.

10. Zum anderen könne eine Partei eines rechtswidrigen Vertrages nach englischem Recht von der anderen Partei keinen Schadensersatz verlangen. Selbst wenn das Vorbringen des Beklagten, sein Pachtvertrag verstoße gegen Artikel 81 EG, begründet wäre, stünde ihm nach englischem Recht kein Schadensersatz zu. Dagegen gehe aus dem Urteil des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika in der Sache *Perma Life Mufflers Inc./International Parts Corp.* hervor, dass eine Partei einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung, die sich in wirtschaftlich unterlegener Stellung befinde, eine Schadensersatzklage erheben könne.

11. Der Court of Appeal hat dem Gerichtshof daher folgende Fragen vorgelegt.

## II — Die Vorabentscheidungsfragen

1. Kann eine Partei einer verbotenen Alleinbezugsvereinbarung aufgrund von Artikel 81 EG (früher Artikel 85 EG-Vertrag) gerichtlichen Rechtsschutz gegen die andere Partei begehren?
2. Wenn die erste Frage bejaht wird, ist dann die Rechtsschutz begehrende Partei berechtigt, Ersatz des Schadens zu verlangen, der ihr angeblich dadurch

entstanden ist, dass sie die in der Vereinbarung enthaltene, nach Artikel 81 EG verbotene Klausel beachtet hat?

3. Sollte ein Grundsatz des nationalen Rechts, nach dem die Gerichte nicht zulassen, dass jemand als notwendigen Schritt zur Erlangung von Schadenersatz seine eigenen rechtswidrigen Handlungen geltend macht und/oder sich darauf stützt, als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar angesehen werden?
4. Wenn die dritte Frage dahin beantwortet wird, dass ein derartiger Grundsatz unter bestimmten Umständen nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, welche Umstände sollte das einzelstaatliche Gericht dann berücksichtigen?

### III — Beurteilung

#### *Vorbemerkung*

12. Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass der Court of Appeal für die Zwecke des Ausgangsverfahrens und offenbar in

dem Bemühen, zunächst die Rechtsfragen zu regeln, von zwei Annahmen ausgeht. Zunächst nimmt er an, dass die Verpflichtung zum ausschließlichen Bezug bestimmter Biersorten, die in dem von dem Beklagten geschlossenen Vertrag über die Verpachtung einer Schankwirtschaft vorgesehen ist, gegen Artikel 81 EG verstößt. Sodann geht er von der Annahme aus, dass der Beklagte „durch Handlungen geschädigt wurde, die die andere Partei aufgrund der Vereinbarung vorgenommen hat“.

13. Daraus folgt, dass wir veranlasst sind, uns zu dem abstrakten Fall eines Verstoßes gegen Artikel 81 EG, durch den eine der Parteien der Vereinbarung geschädigt worden ist, zu äußern. Die Frage, ob dieser abstrakte Fall dem tatsächlichen Sachverhalt entspricht, stellt eine Frage dar, über die später von dem vorlegenden Gericht zu entscheiden sein wird, und die uns nicht betrifft.

14. Ich bin jedoch nicht der Ansicht, dass der Gerichtshof die Beantwortung der Vorlagefragen mit der Begründung verweigern müsste, dass es sich um hypothetische Fragen handelt. Nach ständiger Rechtsprechung<sup>2</sup> ist es nämlich „allein Sache der nationalen Gerichte, bei denen der Rechtsstreit anhängig ist und die die Verantwortung für die zu treffende gerichtliche Entscheidung tragen, unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass ihres Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihnen vorgelegten Fragen zu beurteilen. Das Er-

<sup>2</sup> — Siehe u. a. Urteil vom 30. April 1998 in der Rechtssache C-230/96 (Cabour, Slg. 1998, I-2055, Randnr. 21).

suchen eines nationalen Gerichts kann nur zurückgewiesen werden, wenn offensichtlich kein Zusammenhang zwischen der erbetenen Auslegung des Gemeinschaftsrechts und der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens besteht.“

15. Dies ist hier aber nicht der Fall.

16. Aus den Erklärungen des Court of Appeal geht nämlich hervor, dass die von dem Beklagten erhobene Widerklage allein nach englischem Recht keinen Erfolg haben könnte und dass das innerstaatliche Gericht nur dann, wenn er sich auf Rechte aus dem EG-Vertrag berufen könnte, verpflichtet wäre, seine Forderungen zu prüfen.

17. Es ist daher offensichtlich, dass die beantragte Auslegung des Gemeinschaftsrechts in einem Zusammenhang mit der Realität und dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens steht.

#### *Zur ersten Frage*

18. Die erste Frage des vorlegenden Gerichts geht im Wesentlichen dahin, ob eine Partei einer verbotenen Vereinbarung sich vor den Gerichten auf Artikel 81 EG berufen kann, um Schadensersatz von der anderen Vertragspartei zu erlangen.

19. Wie die Kommission bin ich der Auffassung, dass diese erste Frage sich auf das allgemeine Problem bezieht, das ich gerade in meinen Vorbemerkungen angesprochen habe, dass nämlich „eine strenge Anwendung der ‚illegality rule‘ im englischen Recht einen Vertragspartner daran hindern würde, *eine Klage zu erheben*<sup>3</sup>, sei es auch nur, um feststellen zu lassen, dass die streitige Vereinbarung nach Artikel 81 EG verboten und gemäß Artikel 81 Absatz 2 EG ipso iure nichtig war“. Unter diesem Gesichtspunkt werde ich daher die nächste Frage behandeln.

20. Der Court of Appeal räumt aber selbst ein, dass es ein Argument zugunsten der Auffassung gibt, dass Artikel 81 EG einer Partei einer rechtswidrigen Vereinbarung Rechte einräumt, die durch das Gemeinschaftsrecht geschützt sind. Er zitiert in diesem Zusammenhang das Urteil BRT<sup>4</sup>.

21. Man kann auch auf das Urteil Delimitis<sup>5</sup> verweisen, aus dem hervorgeht, dass „die Artikel 85 Absatz 1 und 86 in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkung erzeugen und unmittelbar in deren Person Rechte entstehen lassen, die die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben“, und dass ein innerstaatliches Gericht „gemäß Artikel 85 Absatz 2 die Nichtigkeit ... [eines] Vertrags feststellen [kann], wenn es die Gewissheit erlangt hat, dass der Vertrag nicht Gegenstand einer

3 — Der Text ist den Erklärungen der Kommission entnommen, wobei die vier Worte vom Verfasser hervorgehoben worden sind.

4 — Urteil vom 30. Januar 1974 in der Rechtssache 127/73 (Slg. 1974, 51).

5 — Urteil vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89 (Slg. 1991, I-935).

Freistellungsentscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 sein kann“<sup>6</sup>.

22. Da die Nichtigkeit ipso iure — darauf hat die Kommission zu Recht hingewiesen — eine grundlegende in Artikel 81 Absatz 2 EG in Bezug auf nach Artikel 81 Absatz 1 EG verbotene Verträge vorgesehene Sanktion darstellt, würde jedes dieser Sanktion entgegenstehende Hindernis, im vorliegenden Fall ein für den Vertragspartner bestehendes Verbot, sich darauf zu berufen, dieser Vorschrift teilweise ihre Wirkung nehmen.

23. Weil Artikel 81 EG nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes<sup>7</sup> „eine grundlegende Bestimmung dar[stellt], die für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft und insbesondere für das Funktionieren des Binnenmarktes unerlässlich ist“, kann dies nicht zulässig sein.

24. Im Übrigen merke ich an, dass die bereits genannten Urteile BRT und Delimitis ebenfalls Rechtsstreitigkeiten zwischen Vertragsparteien betrafen. In der Rechtsache Delimitis ging es gerade um einen Alleinbezugsvertrag zwischen einer Brauerei und dem Pächter einer Gastwirtschaft. Wie die Kommission vorgetragen hat, hat der Gerichtshof in diesen Rechtssachen sich nicht dazu geäußert, dass es eine Partei der Vereinbarung war, die sich auf Artikel 81 EG berief, um den von ihr geforderten Zahlungen zu entgehen.

25. Ein Einzelner, selbst wenn er Vertragspartner ist, muss daher Zugang zu den innerstaatlichen Gerichten haben, um bei diesen beantragen zu können, dass sie alle Konsequenzen ziehen, die sich aus der Nichtigkeit ipso iure der mit Artikel 81 EG unvereinbaren Vertragsbestimmungen ergeben. Ich weise darauf hin, dass diese Nichtigkeit nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes „auch Wirkungen für die Vergangenheit [äußert]“<sup>8</sup>.

26. Hat die Anwendung dieser Klausel in der Vergangenheit zu schädlichen Auswirkungen für einen der Vertragspartner geführt, stellt sich daher die Frage der Wiedergutmachung dieser Auswirkungen. Im Rahmen der Beantwortung der anderen Fragen werde ich zu bestimmen haben, unter welchen Voraussetzungen dies auf dem Weg über eine Schadensersatzklage geschehen kann.

27. Bis dahin ist auf die erste Frage zu antworten, dass eine Partei eines rechtswidrigen Vertrages über die Verpachtung einer Schankwirtschaft, der eine Ausschließlichkeitsklausel enthält, aufgrund von Artikel 81 EG die Nichtigkeit dieses Vertrages bei den Gerichten geltend machen kann.

*Zur zweiten und zur dritten Frage*

28. Das vorliegende Gericht stellt zweitens die Frage, ob die Partei, die Schadensersatz

6 — Gleiches Urteil, Randnr. 55.

7 — Urteil vom 1. Juni 1999 in der Rechtssache C-126/97 (Eco Swiss, Slg. 1999, I-3055, Randnrn. 36 bis 39).

8 — Urteil vom 6. Februar 1973 in der Rechtssache 48/72 (Brasserie de Haecht, Slg. 1973, 77, Randnr. 27).

fordert, berechtigt ist, Ersatz des Schadens zu verlangen, der sich angeblich daraus ergibt, dass sie die gegen Artikel 81 EG verstoßende Vertragsklausel beachtet hat.

29. Die dritte Frage des Court of Appeal geht dahin, ob ein Grundsatz des nationalen Rechts, nach dem die Gerichte nicht zulassen, dass jemand als notwendigen Schritt zur Erlangung von Schadensersatz seine eigenen rechtswidrigen Handlungen geltend macht und/oder sich darauf stützt, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

30. Wie die Kommission bin ich der Auffassung, dass diese beiden Fragen zusammen zu behandeln sind.

31. Aus dem Vorlagebeschluss geht nämlich hervor, dass der Court of Appeal in der Sache Gibbs Mew<sup>9</sup> wie folgt entschieden hat: „Nach englischen Recht kann eine Partei einer rechtswidrigen Vereinbarung nicht von der anderen Partei Ersatz des Schadens verlangen, der ihr dadurch entstanden ist, dass sie Partei dieser rechtswidrigen Vereinbarung ist. Dies gilt sowohl für Naturalrestitution als auch für Schadensersatz.“

32. Die Frage, über die wir zu entscheiden haben, geht also dahin, ob das Gemeinschaftsrecht diesem Grundsatz des englischen Rechts entgegensteht.

33. Alle Beteiligten, mit Ausnahme der Klägerin, aber einschließlich des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland, sehen diesen Grundsatz des englischen Rechts als im Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht problematisch an. Die Ergebnisse ihrer Untersuchungen sind jedoch nicht identisch, und die Antworten, die sie dem Gerichtshof vorschlagen, sind dies auch nicht.

34. Von vornherein kann ich sagen, dass ich diesen Grundsatz ebenfalls als problematisch ansehe. Insbesondere bin ich der Auffassung, dass das Gemeinschaftsrecht ihm insoweit entgegensteht, als dieser Grundsatz eine Partei einer verbotenen Vereinbarung allein deshalb daran hindert, von ihrem Vertragspartner Schadensersatz zu erlangen, weil sie an dem Kartell beteiligt ist.

35. Meine zu dieser Schlussfolgerung führende Argumentation geht von einer Untersuchung der Auswirkungen aus, die sich für die an einem Kartell Beteiligten aus der unmittelbaren Wirkung des Artikels 81 EG ergeben. Ihr folgt eine Prüfung der Frage, in welcher Weise die innerstaatlichen Gerichte die Rechte zu gewährleisten haben, die sich selbst für einen an einem Kartell Beteiligten aus Artikel 81 EG ergeben können.

9 — [1998] EuLR 588, S. 606.

36. Lassen Sie mich daher an erster Stelle prüfen, welche Auswirkungen die unmittelbare Wirkung des Artikels 81 EG für die Parteien eines Kartells hat.

37. Wie ich bereits ausgeführt habe, erzeugt Artikel 81 EG nach ständiger Rechtsprechung unmittelbare Wirkungen in den Beziehungen zwischen Einzelnen und lässt unmittelbar in deren Person Rechte entstehen, die die innerstaatlichen Gerichte zu wahren haben<sup>10</sup>. Dies schließt für die Einzelnen das Recht ein, gegen die nachteiligen Wirkungen geschützt zu werden, die ein ipso iure nichtiges Kartell hat erzeugen können.

38. Die Einzelnen, die diesen Schutz erhalten können, sind natürlich in erster Linie Dritte, d. h. die Verbraucher und die Wettbewerber, die durch das verbotene Kartell geschädigt werden<sup>11</sup>.

39. Wie die Klägerin zu Recht vorträgt, dürfen dagegen die am Kartell Beteiligten normalerweise nicht den gleichen Schutz erhalten, da sie „die Ursache des Kartells selbst“ sind. Es handelt sich eher um die Anwendung eines in den meisten entwickelten Rechtssystemen einschließlich des Gemeinschaftsrechtssystems anerkannten Grundsatzes, wonach niemand Nutzen aus seinem eigenen sittenwidrigen Verhalten

ziehen darf<sup>12</sup>. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Klägerin sich nicht auf ihre eigenen rechtswidrigen Handlungen stützen darf, um die Beseitigung der nachteiligen Folgen zu fordern, die diese Handlungen für sie haben konnten.

40. Man muss sich jedoch fragen, ob die Tatsache allein, dass jemand an einem Kartell beteiligt ist, unter allen Umständen und von Amts wegen einem „sittenwidrigen Verhalten“ gleichkommt. Es gibt nämlich Fälle, in denen dieses „sittenwidrige Verhalten“ meines Erachtens nicht auf der Hand liegt. Die französische Regierung spricht in diesem Zusammenhang einseitige Praktiken der Partei an, die sich in einem vertikalen Kartell in der stärkeren Position befindet, wie die Versendung eines Rundschreibens, durch das ein Mindestpreis für den Wiederverkauf durch den Lieferanten oder eine Ausschließlichkeitsregelung für die Entwicklung einer Leasingtätigkeit vorgeschrieben wird.

41. Diese Beispiele zeigen meiner Ansicht nach, dass die Argumentation, wonach der Umstand, dass jemand an einem Kartell beteiligt ist, automatisch ein „sittenwidriges Verhalten“ darstellt und diesen Beteiligten daher von dem sich aus Artikel 81 EG ergebenden Schutz ausschließt, zu formalistisch ist und den Besonderheiten des Einzelfalls nicht Rechnung trägt. Zwar werden die Fälle, in denen der Umstand, dass jemand an einem Kartell beteiligt ist,

10 — Siehe u. a. die bereits genannten Urteile BRT und Delimitis.

11 — Siehe in diesem Sinne die Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven in der Rechtssache Banks (Urteil vom 13. April 1994 in der Rechtssache C-128/92, Slg. 1994, I-1209, Nrn. 43 ff. der Schlussanträge).

12 — Siehe für ein konkretes Beispiel einer Anwendung dieses Grundsatzes das Urteil vom 7. Februar 1973 in der Rechtssache 39/72 (Kommission/Italien, Slg. 1973, 101, Randnr. 10). Siehe auch zu dem Grundsatz „nemo auditur propriam turpitudinem allegans“ die Schlussanträge des Generalanwalts Cosmas vom 23. März 2000 in der Rechtssache Ampafrance und Sanofi (Urteil vom 19. September 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-177/99 und C-181/99, Slg. 2000, I-7013, Nrn. 49 und 83 der Schlussanträge) sowie meine Schlussanträge vom 19. März 1991 in der Rechtssache Crispolti (Urteil vom 11. Juli 1991 in der Rechtssache C-368/89, Slg. 1991, I-3695, Nr. 46 der Schlussanträge).

nicht einem „sittenwidrigen Verhalten“ gleichkommt, die Ausnahme sein, ja es wird sie sogar überhaupt nicht geben, wenn es sich um horizontale Kartelle handelt, man kann aber nicht ausschließen, dass es sie gibt.

42. Das Kriterium, das meines Erachtens bei der Entscheidung, ob ein an einem Kartell Beteiligter den Tatbestand des „sittenwidrigen Verhaltens“ erfüllt, den Ausschlag geben muss, besteht in der Verantwortlichkeit dieses Beteiligten für die Wettbewerbsverzerrung. Ist diese Verantwortlichkeit real, so darf diese Partei nicht in der Weise Nutzen aus ihrem „sittenwidrigen Verhalten“ ziehen, dass sie wie ein Dritter Schutz gegenüber dem Kartell erhält.

43. Wenn dagegen die Verantwortlichkeit eines der Beteiligten an der Wettbewerbsverzerrung mit Rücksicht auf den Zusammenhang, in dem dieser Beteiligte sich befindet, nicht erheblich ist — wenn z. B., wie das Vereinigte Königreich ausführt, ein Beteiligter nicht imstande ist, dem wirtschaftlichen Druck zu widerstehen, den das stärkere Unternehmen auf ihn ausübt — gibt es keinen Grund, diesem Beteiligten den Schutz des Artikels 81 EG zu verweigern. In einem solchen Fall sieht es in Wirklichkeit so aus, dass der betroffene Beteiligte das Kartell vielmehr hinnehmen muss, als dass er es selbst schafft. In seinem Verhältnis zum Kartell ähnelt er mehr einem Dritten als dem Schöpfer des Kartells.

44. Ich bin daher der Auffassung, dass man davon ausgehen kann, das Artikel 81 EG gegen die Wirkung eines Kartells nicht nur Dritte, sondern unter außergewöhnlichen Umständen auch einen am Kartell Beteiligten schützt, nämlich denjenigen, den keine erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung trifft.

45. Die zweite Etappe meiner Argumentation veranlasst mich zu der Prüfung, in welcher Weise die innerstaatlichen Gerichte das Recht zu schützen haben, das Artikel 81 EG unter bestimmten Umständen in der Person eines am Kartell Beteiligten entstehen lässt.

46. Wie aus den bereits genannten Urteilen BRT und Delimitis hervorgeht, haben die nationalen Gerichte die Rechte, die Artikel 81 EG in der Person der Einzelnen entstehen lässt, zu wahren. Nach ständiger Rechtsprechung haben die nationalen Gerichte nämlich entsprechend dem in Artikel 10 EG ausgesprochenen Grundsatz der Mitwirkungspflicht den Rechtsschutz zu gewährleisten, der sich für die Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergibt<sup>13</sup>.

47. Dabei dürfen die materiellen und formellen Voraussetzungen, die die nationalen Rechtssysteme enthalten, bei auf das Gemeinschaftsrecht gestützten Klagen weder ungünstiger sein als bei ähnlichen Klagen, die innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz), noch — dies ist hier im Streit — so ausgestaltet sein, dass sie die Ausübung der Rechte, die die Gemeinschaftsrechtordnung einräumt, praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz)<sup>14</sup>.

13 — Siehe z. B. Urteile vom 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 33/76 (Rewe, Slg. 1976, 1989, Randnr. 5) und vom 19. Juni 1990 in der Rechtssache C-213/89 (Factortame u. a., Slg. 1990, I-2433, Randnr. 19).

14 — Siehe u. a. Urteile vom 9. November 1983 in der Rechtssache 199/82 (San Giorgio, Slg. 1983, 3595, Randnr. 12), vom 19. November 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a., Slg. 1991, I-3337, Randnr. 43) und vom 17. Juli 1997 in den verbundenen Rechtssachen C-114/95 und C-115/95 (Texaco und Olieiselskabet Danmark, Slg. 1997, I-4263, Randnr. 45).



48. Wie ist diese Rechtsprechung im vorliegenden Fall zu verstehen?

49. Das englische Rechtssystem kennt wie viele andere Rechtssysteme die Schadensersatzklage eines Einzelnen gegen einen anderen.

50. Wie die Kommission in ihren Erklärungen ausführt, haben die englischen Gerichte die Erhebung einer solchen Klage auf Ersatz des Schadens, der einem Dritten durch gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßendes Verhalten entstanden ist, zugelassen.

51. Diese Schadensersatzklage steht nach englischem Recht jedoch denjenigen nicht offen, die Parteien einer verbotenen Vereinbarung sind. Zwar liegt insoweit keine Diskriminierung im Verhältnis zu den aus der Gemeinschaftsrechtsordnung hergeleiteten Rechten vor, als, wie ich es verstanden habe, eine Partei einer rechtswidrigen Vereinbarung von der anderen Partei niemals Schadensersatz wegen des Schadens verlangen kann, der ihr dadurch entstanden ist, dass sie Partei dieser rechtswidrigen Vereinbarung ist, und zwar unabhängig davon, ob sich diese Rechtswidrigkeit aus dem innerstaatlichen Recht oder dem Gemeinschaftsrecht ergibt.

52. Man muss sich jedoch fragen, ob diese absolute Unmöglichkeit, die Schadensersatzklage einzusetzen, im Sinne der zitierten Rechtsprechung keine Ausgestaltung der materiellen oder formellen Voraussetzungen dieser Klage darstellt, die die

Ausübung der Rechte, die die Gemeinschaftsrechtsordnung einräumt, praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert.

53. Es wird darauf hingewiesen, dass Artikel 81 EG meiner Ansicht nach in der Person der Partei der Vereinbarung, die nur eine unerhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung trifft, ein Recht auf Schutz gegen die nachteiligen Wirkungen entstehen lässt, die sich aus der Vereinbarung für sie ergeben haben. Ich bin nun aber der Auffassung, dass der genannte Grundsatz der englischen Rechtsordnung einem wirksamen Schutz dieses Rechts entgegensteht.

54. Niemand bestreitet nämlich, dass eine Schadensersatzklage ein wirksames Mittel zum Schutz der Rechte ist, die ein Einzelner besitzt. Die in Artikel 81 Absatz 2 EG vorgesehene Nichtigkeit ist zwar eine grundlegende Sanktion, sie reicht aber nicht immer aus, um den verursachten Schaden wieder gutzumachen. Wie das Vereinigte Königreich vorträgt, ist eine Partei, die keine erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung trifft, daran gehindert, vor Gericht Schadensersatz geltend zu machen, so könnte die andere Partei in ungerechtfertigter Weise zulasten ihres Vertragspartners Nutzen aus ihrem rechtswidrigen Verhalten ziehen.

55. Ich bin daher der Meinung, dass der streitige Grundsatz des innerstaatlichen Rechts geeignet ist, den Schutz, den eine Partei einer rechtswidrigen Vereinbarung unter bestimmten Voraussetzungen genießt,

praktisch unmöglich zu machen, und dass deshalb davon auszugehen ist, dass das Gemeinschaftsrecht diesem Grundsatz entgegensteht.

56. Lassen Sie mich noch hinzufügen, dass die Parteien des Ausgangsverfahrens und mehrere Regierungen, die im vorliegenden Verfahren Erklärungen abgegeben haben, darüber diskutiert haben, ob die für die Partei der verbotenen Vereinbarung bestehende Möglichkeit, eine Schadensersatzklage zu erheben, die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts mindert oder erhöht.

57. Die Klägerin macht geltend, wenn man die Möglichkeit einer Entschädigung bejahe, so würde dies die Beteiligung an einer rechtswidrigen Handlung attraktiver machen. Die Einzelnen wüssten nämlich, dass sie sich immer von dem verbotenen Vertrag freimachen und Schadensersatz fordern könnten, wenn der Vertrag ihnen nicht die erwarteten Vorteile bringe. Ich teile jedoch die Auffassung des Vereinigten Königreichs und der Kommission, dass die Aussicht, Schadensersatz fordern zu können, nicht nur einen Anreiz für die schwächeren Parteien darstellen würde, gegen Artikel 81 EG verstoßende Vereinbarungen aufzukündigen, sondern auch — und dies ist vielleicht wichtiger — ein wirksames Mittel, die Partei, die sich in der stärkeren Position befindet, davon abzuschrecken, eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung durchzusetzen.

58. Ich stelle jedoch fest, dass es meines Erachtens nicht darum geht, gegen die andere Partei, um die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts besser zu gewährleisten, eine Art von Sanktion zu verhängen, die der Geldbuße entspricht, die die Kommission

gemäß der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages<sup>15</sup>, festsetzen darf. Es geht lediglich darum, die Folgerungen aus der unmittelbaren Wirkung des Artikels 81 EG zu ziehen.

59. Ich bin daher ganz einer Meinung mit der Regierung des Vereinigten Königreichs, wenn diese erklärt, dass sie „nicht dafür plädiert, dass eine Partei einer rechtswidrigen Vereinbarung mehr erhalten sollte, als sie durch die rechtswidrige Vereinbarung verloren hat. In bestimmten Fällen kann der Kläger, selbst wenn er sich in einer schwächeren Verhandlungsposition befindet, Vorteile aus den rechtswidrigen Bestimmungen der Vereinbarung gezogen haben, und solche Vorteile müssten grundsätzlich bei der Beurteilung des Schadens berücksichtigt werden, um eine ungerichtfertigte Bereicherung und die Verurteilung des Beklagten zu Schadensersatz zu vermeiden. Die genaue Bemessung des Schadensersatzes ist natürlich Sache der innerstaatlichen Gerichte.“

60. Nach alledem schlage ich vor, auf die zweite und die dritte Frage zu antworten, dass das Gemeinschaftsrecht einem Grundsatz des nationalen Rechts entgegensteht, der es einer Partei, die eine gegen Artikel 81 EG verstoßende Klausel eines Vertrages beachtet hat, nur deshalb verbietet, Schadensersatz für einen ihr entstandenen Schaden zu beanspruchen, weil sie Partei dieses Vertrages ist.

<sup>15</sup> — ABl. 1962, 13, S. 204.

*Zur vierten Frage*

61. Die vierte Frage des Court of Appeal geht dahin, welche Umstände das einzelstaatliche Gericht berücksichtigen sollte, wenn die dritte Frage dahin beantwortet wird, dass der streitige Grundsatz des nationalen Rechts unter bestimmten Umständen nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein kann.

62. In diesem Zusammenhang sind im Laufe des vorliegenden Verfahrens verschiedene von dem einzelstaatlichen Gericht zu berücksichtigende Umstände vorgeschlagen worden.

63. Die Klägerin unterstreicht die Gefahr einer Störung des Gleichgewichts des normalen geschäftlichen und vertraglichen Risikos und schlägt als zu berücksichtigende Umstände den Rahmen des Abschlusses der Vereinbarung, die Transparenz, die Verantwortlichkeit des Beklagten und des Klägers und die rechtliche Bewertung der streitigen Klausel vor.

64. Der Beklagte vertritt die Auffassung, das Schlüsselkriterium müsse die Verantwortlichkeit des Vertragspartners für die Wettbewerbsverzerrung sein. Einer Partei müsse die Möglichkeit eingeräumt werden, Schadensersatz zu fordern, wenn sie nicht

als in gleichem Ausmaß verantwortlich („equally responsible“) für die Wettbewerbsverzerrung angesehen werden könne.

65. Die Kommission teilt im Wesentlichen diese Auffassung. Sie trägt vor, die Umstände, unter denen es möglich sei, sich auf die rechtswidrigen Handlungen einer Person zu berufen, um deren Anspruch auf Schadensersatz zu verneinen, müssten auf die Fälle beschränkt werden, in denen die Partei, die Schadensersatz fordere, tatsächlich „in pari delicto“ sei, d. h. dass sie mindestens in gleichem Maße für die Wettbewerbsbeschränkung verantwortlich sei, wegen der sie Schadensersatz beanpruche.

66. Die italienische Regierung ist der Auffassung, die Schadensersatzklage müsse der geschädigten Partei offen stehen, die sich im Verhältnis zu ihrem Vertragspartner in der eindeutig schwächeren Position befinde und die daher, was den Vertragspartner und die Modalitäten des Vertrages angehe, keine wirkliche Wahl gehabt habe.

67. Die Regierung des Vereinigten Königreichs vertritt die Auffassung, das innerstaatliche Gericht müsse in erster Linie die größere Wirksamkeit der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen, die durch derartige Klagen gefördert werden könne. In diesem Zusammenhang könne das innerstaatliche Gericht insbesondere die Stärke der Verhandlungsposition sowie die Verantwortlichkeit und das Verhalten der jeweiligen Partei berücksichtigen.

68. Wie ich bereits ausgeführt habe, kennt auch das Gemeinschaftsrecht den Grundsatz „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*“.

69. Daraus folgt, dass das Gemeinschaftsrecht dem nicht entgegensteht, dass es einer Partei, von der festgestellt worden ist, dass sie tatsächlich für eine Wettbewerbsverzerrung verantwortlich ist, nach nationalen Recht verwehrt wird, Schadensersatz von ihrem Vertragspartner zu erhalten.

70. Der Schutz, der aus Artikel 81 EG folgt, entfällt meines Erachtens nämlich, wenn die Verantwortlichkeit dieser Partei für die Wettbewerbsbeschränkung erheblich ist.

71. Die Verantwortlichkeit ist offensichtlich erheblich, wenn die Partei sich im Verhältnis zur anderen Partei „*in pari delicto*“ befindet, d. h. wenn sie für die Wettbewerbsverzerrung in gleicher Weise verantwortlich („*equally responsible*“) ist.

72. Dagegen ist die Verantwortlichkeit nicht erheblich in dem von der italienischen Regierung genannten Fall einer geschädigten Partei, die sich im Verhältnis zu ihrem Vertragspartner in einer ausgeprägt schwächeren Position befindet.

73. Um die Bewertung der Verantwortlichkeit der Partei, die Schadensersatz fordert, vornehmen zu können, ist es erforderlich, den wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmen, in dem die Parteien sich bewegen, sowie — dies schlägt die Regierung des Vereinigten Königreichs vor — die jeweilige Stärke der Verhandlungsposition und das jeweilige Verhalten der beiden Parteien zu berücksichtigen.

74. Es ist insbesondere zu untersuchen, ob die Partei sich im Verhältnis zur anderen Partei in einer ausgeprägt unterlegenen Stellung befand. Diese Unterlegenheit muss derart sein, dass sie die Freiheit dieser Partei, die Vertragsmodalitäten zu wählen, ernstlich in Frage stellt.

75. Schließlich ist noch hinzuzufügen, dass der Umstand, dass eine Partei eine nicht erhebliche Verantwortlichkeit trifft, nicht daran hindert, den Nachweis zu fordern, dass sie bei der Begrenzung des Schadensumfangs eine angemessene Sorgfalt hat walten lassen.

76. Wie die Klägerin zu Recht vorträgt, gibt es einen solchen Grundsatz nämlich im Gemeinschaftsrecht<sup>16</sup>. Dieses kann daher einem entsprechenden Grundsatz im nationalen Recht wohl kaum entgegenstehen.

16 — Urteile vom 19. Mai 1992 in den verbundenen Rechts-sachen C-104/89 und C-37/90 (Mulder u. a./Rat und Kommission, Slg. 1992, I-3061, Randnr. 33) und vom 5. März 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Randnr. 85).

77. Der Umstand, dass die betreffende Partei nicht vom Abschluss der Vereinbarung abgesehen hat, kann für sich allein jedoch nicht als ein solcher Mangel an Sorgfalt angesehen werden. Wie die Kommission bin ich der Auffassung, dass „dieser Grundsatz die Abweisung einer Klage ab initio nicht rechtfertigen kann; er kann lediglich zu einer Beschränkung der Höhe des tatsächlich geschuldeten Schadensersatzes führen“.

Grundsatz des nationalen Rechts, nach dem die Gerichte nicht zulassen dürfen, dass jemand als notwendigen Schritt zur Erlangung von Schadensersatz seine eigenen rechtswidrigen Handlungen geltend macht und/oder sich darauf stützt, nicht entgegensteht, sofern nachgewiesen ist, dass den Betroffenen mehr als eine nicht erhebliche Verantwortlichkeit für die Wettbewerbsverzerrung trifft. Die Verantwortlichkeit ist nicht erheblich, wenn die Partei sich gegenüber der anderen Partei in einer derart unterlegenen Stellung befindet, dass sie bei der Wahl der Vertragsmodalitäten nicht wirklich frei war.

78. Auf die vierte Frage ist daher zu antworten, dass das Gemeinschaftsrecht einem

#### IV — Ergebnis

79. Ich schlage dem Gerichtshof vor, die Fragen des Court of Appeal wie folgt zu beantworten:

1. Eine Partei eines rechtswidrigen Vertrages über die Verpachtung einer Schankwirtschaft, der eine Ausschließlichkeitsklausel enthält, kann aufgrund von Artikel 81 EG die Nichtigkeit dieses Vertrages bei den Gerichten geltend machen.

2. Das Gemeinschaftsrecht steht einem Grundsatz des nationalen Rechts entgegen, der es einer Partei, die eine gegen Artikel 81 EG verstoßende Klausel eines Vertrages beachtet hat, nur deshalb verbietet, Schadensersatz für einen ihr entstandenen Schaden zu beanspruchen, weil sie Partei dieses Vertrages ist.
  
3. Dagegen steht das Gemeinschaftsrecht einem Grundsatz des nationalen Rechts, nach dem die Gerichte nicht zulassen dürfen, dass jemand als notwendigen Schritt zu Erlangung von Schadensersatz seine eigenen rechtswidrigen Handlungen geltend macht und/oder sich darauf stützt, nicht entgegen, sofern nachgewiesen ist, dass dem Betroffenen mehr als eine nicht erhebliche Verantwortlichkeit für die Wettbewerbsverzerrung trifft. Die Verantwortlichkeit ist nicht erheblich, wenn die Partei sich gegenüber der anderen Partei in einer derart unterlegenen Stellung befindet, dass sie bei der Wahl der Vertragsmodalitäten nicht wirklich frei war.