SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JOSEPH GAND VOM 5. FEBRUAR 1970 [1]

Herr Präsident,

meine Herren Richter!

Das Auslegungsersuchen des Oberlandesgerichts Karlsruhe ist durch einen Bierlieferungsvertrag ähnlich demjenigen veranlaßt, über den Sie bereits in der Rechtssache de Haecht (23/67 — Urteil vom 12. Dezember 1967 — Slg. XIII 543 ff.) zu befinden hatten. Die Fragen jedoch, die Ihnen zu Artikel 85 des Vertrages und zur Verordnung Nr. 17 gestellt werden, sind, wie wir noch sehen werden, von sehr allgemeiner, über diesen Vertragstypus hinausgehender Bedeutung.

I

Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde :

Die Brauerei Bilger in Gottmadingen schloß am 7. Januar 1950 mit dem Gastwirtsehepaar Jehle einen Vertrag, worin dieses sich verpflichtete, fortdauernd ordnungsgemäß zwei Bierwirtschaften auf in Friedrichshafen gelegenen Grundstücken zu betreiben und das Bier ausschließlich von seiner Vertragspartnerin zu beziehen. Die Eheleute verpflichteten sich ferner, diese Bindungen auf ihre Rechtsnachfolger, ihre Pächter und die Rechtsnachfolger beider zu übertragen. Als Gegenleistung stellte die Brauerei Bilger ihnen Inventar zur Verfügung und gewährte ihnen verschiedene Darlehen. Der Vertrag band die Gastwirte bis zum 1. Oktober 1975 und über diesen Zeitpunkt hinaus, solange sie im Genuß eines Kredits der Brauerei blieben oder diese für irgendeine Schuld der Gastwirte haftete; die Vertragsdauer wurde durch gerichtlichen Vergleich vom 22. September 1960 um drei Jahre bis zum 1. Oktober 1978 verlängert.

Der Vertrag wurde nach Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 nicht bei der Kommission angemeldet.

Im Jahre 1962 verpachteten die Eheleute Jehle eine der beiden Bierwirtschaften, betrieben die andere jedoch selbst weiter. Seit diesem Zeitpunkt wurden in beiden Wirtschaften neben den Bieren der Firma Bilger Spezialbiere anderer Brauereien geführt. Andererseits wurden die Darlehen zurückgezahlt und das zur Verfügung gestellte Inventar im wesentlichen zurückgegeben.

Die Brauerei Bilger erhob Klage vor den deutschen Gerichten mit dem Antrag, die Eheleute Jehle zu verurteilen, es zu unterlassen, bis zum Ablauf des Vertrages in der von ihnen betriebenen Bierwirtschaft Biere anderer Brauereien als der Klägerin zu beziehen, auszuschenken oder zu verkaufen. Sie verlangte ferner Schadensersatz für den ihr durch das Verhalten der Eheleute Jehle und ihres Pächters entstandenen Schaden.

Der Rechtsstreit durchlief alle Instanzen bis zum Bundesgerichtshof, der ihn auf die Revision beider Parteien an das Oberlandesgericht Karlsruhe zurückverwies.

Erst jetzt machten die Beklagten in einem Schriftsatz vom 2. Juli 1968 vor diesem Gericht geltend, der Bierlieferungsvertrag sei nach Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag nichtig. Etwa 80 % der deutschen Gastwirte seien durch Lieferungsverträge gebunden, 60 % des gesamten deutschen Brauereiausstoßes würden über Ausschließlichkeitsverträge verkauft. Darin liege eine Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, denn Brauereien in anderen Ländern der Gemein-

1 — Aus dem Französischen übersetzt.

schaft fänden in der Bundesrepublik kaum noch Abnehmer. Für ihre Rechtsansicht beriefen sich die Beklagten auf Ihr Urteil de Haecht. Gestützt auf den wesentlichen Inhalt dieses Urteils, dem zufolge es den staatlichen Gerichten obliegt, den einzelnen Brauereivertrag darauf zu prüfen, ob er „mit Rücksicht aud die Gesamtheit aller objektiven rechtlichen oder tatsächlichen Begleitumstände " unter Artikel 85 Absatz 1 fallen kann, stellte das angerufene Gericht den Parteien eine eindrucksvolle Reihe von Fragen, die insbesondere den Bierausstoß, -absatz und -verbrauch in Deutschland betrafen. Erst als die Parteien sich außerstande erklärten, wesentliche Fragen zu beantworten, legte das Oberlandesgericht Ihnen zwei Fragen vor, die ich nun nacheinander untersuchen werde.

II

Das deutsche Gericht fragt Sie zunächst, ob ein vor dem 13. März 1962 zwischen zwei Unternehmen eines Mitgliedstaats geschlossener Bierlieferungsvertrag die Ein- und Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17 betrifft, wenn die Ausschließlichkeitsklausel lautet : „ Der Gastwirt verpflichtet sich, das für die Bierwirtschaft erforderliche Bier ausschließlich von der (im selben Mitgliedstaat ansässigen) Brauerei zu beziehen."

Ferner fragt es, ob ein solcher Vertrag nach Artikel 5 Absätze 1 und 2 in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 derselben Verordnung anmeldebedürftig ist.

Gewiß zitiert das deutsche Gericht nur zu wortgetreu die Ausschließlichkeitsklausel des Vertrages, um dessen Gültigkeit vor ihm gestritten wird; der eigentliche Zweck seiner Frage ist jedoch die Klärung des Begriffs der nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffenden Vereinbarung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17. Es handelt sich also durchaus um die Auslegung einer Gemeinschaftsvorschrift, für die Sie zuständig sind, bei der aber alle den wirtschaftlichen Nutzen oder die Schädlichkeit der Bierlieferungsverträge betreffenden Erwägungen unberücksichtigt bleiben können, die im schriftlichen Verfahren und in der mündlichen Verhandlung angestellt worden sind.

Die Verordnung Nr. 17 stellt den Grundsatz auf, daß Vereinbarungen der in Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages bezeichneten Art, für welche die Beteiligten Artikel 85 Absatz 3 in Anspruch nehmen wollen, bei der Kommission anzumelden sind und nicht Gegenstand einer Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3 sein können, solange dies nicht geschehen ist. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Vereinbarungen vor oder nach Inkrafttreten der Verordnung zustande gekommen sind. Weil jedoch einige dieser Vereinbarungen nach ihrer Beschaffenheit als für die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes weniger gefährlich erscheinen können, befreit die Vorschrift bestimmte Vereinbarungstypen von dieser Verpflichtung; hierzu gehören auch solche, an denen nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind und die nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffen (Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 für die neuen Vereinbarungen; Artikel 5 Absatz 2 für die bei Inkrafttreten der Verordnung bereits bestehenden Vereinbarungen).

Es ist daher zu prüfen, ob ein Vertrag, mit dem sich ein Unternehmen verpflichtet, bestimmte Erzeugnisse ausschießlich bei einem anderen Unternehmen desselben Mitgliedstaats zu beziehen, die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 *betrifft*.

Die Frage ist meines Erachtens zu verneinen. Gewiß schließt die Verpflichtung, nur bei einem Vertragspartner der Heimatstaates zu beziehen, die Möglichkeit aus, sich an irgendeinen anderen Lieferanten zu wenden, ob er nun in demselben Land oder in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist;

insoweit ist es auch nicht ausgeschlossen, daß die Vereinbarung Auswirkungen auf die Ein- oder Ausfuhren haben kann. Diese sind jedoch nicht der Gegenstand des Alleinbelieferungsvertrags : Man kann nicht sagen, daß dieser Vertrag sie *betrifft* — ein Ausdruck, der mir stärker zu sein scheint als das in Artikel 85 des Vertrages benutzte Wort *„beeinträchtigen"*; er kann auf sie höchstens einen mittelbaren Einfluß haben, der zudem schwer abzuschätzen ist, weil die Vertragspartner die mittelbaren Folgen ihrer Vereinbarungen kaum beurteilen können und diese Folgen sich auch je nach den Umständen verändern können. Daher kann dieser Einfluß wohl außer acht gelassen werden.

Übrigens würde Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17 praktisch gegenstandslos, wenn davon auszugehen wäre, daß alle Ausschließlichkeitsvereinbarungen zwischen Unternehmen desselben Mitgliedstaats die Ein- oder Ausfuhr betreffen.

Faßt man die von dem deutschen Gericht vorgelegte Frage etwas anders, so könnte diesem geantwortet werden, daß zwischen zwei Unternehmen desselben Staates geschlossene Verträge, worin sich eine Partei verpflichtet, bestimmte Erzeugnisse, die sie im Hoheitsgebiet des gleichen Staates weiterverkauft, ausschließlich bei der anderen Partei zu beziehen, nicht im Sinne von Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffen und daher nicht anmeldebedürftig sind.

III

Das Oberlandesgericht legt Ihnen sodann die Frage vor, wie Artikel 85 Absatz 2 EWG-Vertrag für nicht anmeldebedürftige Vereinbarungen mit Rücksicht auf die mögliche Rückwirkung der freistellenden Entscheidung der Kommission nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag und Artikel 6 der Verordnung Nr. 17 auszulegen ist und ob eine nicht anmeldebedürftige Vereinbarung vorläufig gültig ist.

— Artikel 85 Absatz 2 bestimmt, daß die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen nichtig sind. Schon sehr früh hat sich Ihnen die Frage gestellt, welche Bedeutung dieser Bestimmung für die bei Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 bereits bestehenden Vereinbarungen zukommt, und Sie haben diese Frage in Ihrem Urteil de Geus gegen Bosch vom 6. April 1962 (13/62 Slg. VIII, 97 ff.) dahin gehend entschieden, daß bei solchen Vereinbarungen mit Rücksicht darauf, daß sie von dem in diesem Absatz aufgestellten Verbot aufgrund der Vorschriften des Artikels 85 Absatz 3 freigestellt werden können, die Nichtigkeit nicht schon allein deswegen eintritt, weil sie unter die Vorschriften des Artikels 85 Absatz 1 fallen. Hier sei folgender Absatz Ihres Urteils zitiert : „Diese Vereinbarungen und Beschlüsse müssen als gültig angesehen werden, wenn sie unter Artikel 5 Absatz 2 der genannten Verordnung fallen" (Es handelt sich um nicht angemeldete Vereinbarungen). „Sie haben als vorläufig gültig zu gelten, wenn sie, ohne unter diese Vorschrift zu fallen, bei der Kommission nach Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung fristgemäß angemeldet werden." Diese Gültigkeit ist jedoch nicht definitiv, da die Kommission später die in Artikel 85 Absatz 3 vorgesehene Freistellung versagen kann.

Es blieb noch die Aufgabe, den Begriff und die Wirkungen dieser vorläufigen Gültigkeit zu bestimmen. Ihr Urteil aus dem Jahre 1962 hat in der Rechtsprechung und Lehre der Mitgliedstaaten den Anstoß zu einer ganzen Reihe von Lösungen gegeben, die von den einschränkendsten bis zu den weitesten

Auslegungen reichen : Generalanwalt Roemer hat in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Portelange vom 9. Juli 1969 (10/69, Slg. XV, 309 ff.) hierüber einen erschöpfenden Überblick gegeben. Jene Streitsache bezog sich auf eine vor Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 zustande gekommene Vereinbarung, die anmeldebedürftig und auch tatsächlich angemeldet war.

Die Kommission ging in ihren vor Ihnen abgegebenen Erklärungen von dem Gedanken aus, daß das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 auch im Falle der Anmeldung fortbestehe, bis sie selbst eine Entscheidung über die Vereinbarung trifft, und hielt es für unvereinbar mit dem Vertrag, daß ein Kartell zivilrechtlich während des Zeitraums vor dieser Entscheidung als uneingeschränkt wirksam angesehen werden könne. Daher räumte sie zwar ein, daß während der genannten Wartezeit bereits gewisse Bindungen zwischen den Parteien beständen — wie die Verpflichtung, zusammenzuarbeiten, um die in Artikel 85 Absatz 3 vorgesehene Freistellung zu erreichen und sich jeder Handlung zu enthalten, welche die Freistellungsmöglichkeit vereiteln könnte —, meinte aber, die Parteien könnten sich nicht auf die Vereinbarung stützen, um vor den staatlichen Gerichten Ansprüche auf Vertragserfüllung geltend zu machen.

Sie haben seinerzeit diese Auffassung gänzlich verworfen. Die Entscheidung der Frage, ob eine angemeldete Vereinbarung tatsächlich verboten ist, setzt die Würdigung von Zusammenhängen voraus, die nur dann als gegeben angesehen werden können, wenn ausdrücklich festgestellt wird, daß im konkreten Fall nicht nur Artikel 85 Absatz 1 erfüllt ist, sondern auch die in Absatz 3 vorgesehene Ausnahme nicht in Betracht kommt. Solange diese Feststellung nicht getroffen ist, muß jede angemeldete Vereinbarung als wirksam gelten, und der allgemeine Grundsatz der Rechtssicherheit erfordert, daß sie voll wirksam ist, bis die Kommission entschieden hat.

— Kann diese Lösung auch für Vereinbarungen gelten, die nicht anmeldebedürftig und tatsächlich nicht angemeldet sind?

Die Brauerei Bilger stützt sich für ihre bejahende Antwort auf eine ganze Reihe von Gründen. Sie erinnert zunächst an das Urteil Bosch, das es nicht gestatte, diese Gruppe von Vereinbarungen schlechterzustellen als die anderen, welche die Verordnung Nr. 17 der Anmeldepflicht unterwirft. Wenn sie von dieser Pflicht befreit seien, sodeshalb, weil sie — wie es in der Begründung der Verordnung heißt — für die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes „weniger gefährlich" seien als andere; sie müßten daher zumindest im gleichen Maße anwendbar sein. Außerdem sehe Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 vor, daß diese Vereinbarungen rückwirkend vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 freigestellt werden könnten. Es sei daher unlogisch, sie vor der Entscheidung der Kommission als unwirksam oder schwebend unwirksam zu behandeln. Wenn sie, um diese Wirksamkeit zu erlangen, angemeldet werden müßten — was nach Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung möglich sei —, so wäre jeder vernünftige Unternehmer praktisch gezwungen, sie anzumelden. Hierdurch würde aber die Unterscheidung zwischen den der Meldepflicht unterliegenden und den davon befreiten Vereinbarungen aufgehoben und die Absicht der Verfasser der Verordnung vereitelt; die Kommission müßte sich dann auf eine Flut von Anmeldungen gefaßt machen. Endlich sei das Bedürfnis nach Rechtssicherheit bei diesen Vereinbarungen ebenso stark wie bei denjenigen, um die es im Urteil Portelange ging : Die Langsamkeit, mit der die Kommission bei Freistellungsentscheidungen verfahre, sei für diese Vereinbarungen gleichfalls nachteilig.

Die Kommission bezieht einen ganz anderen Standpunkt. Sie greift für die von der Anmeldung befreiten Vereinbarungen wieder auf den engen Begriff der vorläufigen Gültigkeit zurück, den sie für die anmeldebedürftigen Verein-

barungen erfolglos vertreten hatte. Sie stützt sich für ihre Auffassung auf die Erwägungen, auf denen nach ihrer Meinung das Urteil Portelange beruht : das Fehlen von Möglichkeiten der Beteiligten, die Entscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 zu beschleunigen, und die Erfordernisse der Rechtssicherheit — die der Kommission durch die Anmeldung gegebene Möglichkeit, einen vorläufigen Zustand durch Ablehnung der Freistellung oder durch Anwendung von Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung zu beenden. Sobald die Betroffenen auf diese Weise davon unterrichtet seien, daß die Kommission aufgrund vorläufiger Prüfung Artikel 85 Absatz 3 nicht glaube anwenden zu können, könnten sie die Erfüllung der Vereinbarung nur noch auf eigene Gefahr betreiben.

Die Lage sei bei nicht angemeldeten Vereinbarungen ganz anders. Die Unternehmen hätten stets die Möglichkeit, ihre Vereinbarung freiwillig anzumelden und damit die Rechtsunsicherheit zu beseitigen, in der sie sich befänden. Die Kommission, die im allgemeinen nur sehr spät von der Existenz dieser Vereinbarungen erfahre, habe keinerlei Mittel, ein Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 gegen die Beteiligten einzuleiten. Unter Hinweis auf Artikel 15 Absatz 2 vertritt die Kommission schließlich die Auffassung, wolle man den nicht anmeldebedürftigen Vereinbarungen die im Portelange-Urteil bezeichneten Rechtswirkungen zubilligen, so bestände die Gefahr eines Konfliktes zwischen der zivilrechtlichen Verpflichtung, die Vereinbarung zu erfüllen, und der mit einer öffentlich-rechtlichen Sanktion bewehrten Verpflichtung, die Wettbewerbsregeln des Vertrages zu beachten. Sie leugnet nicht, daß die Vereinbarung vertragliche Beziehungen und Pflichten zwischen den Parteien begründet; so ist sie der Auffassung, daß die Beteiligten nichts unternehmen dürften, was einer Freistellung zuwiderlaufen würde, und daß sie insbesondere keine Verträge abschließen dürften, welche die Erfüllung der vorläufig gültigen Vereinbarung verhindern könnten. Diese Gültigkeit dürfe jedoch nicht zur Folge haben, daß es einer Vertragspartei vor irgendeiner Entscheidung der Kommission gestattet sei, von der anderen Partei die Erfüllung ihrer Verpflichtung zu verlangen oder bei Nichteinhaltung dieser Verpflichtung Schadensersatz zu fordern. In diesem Sinne sei die Frage des deutschen Gerichts zu beantworten.

Diese Argumentation ist nicht ohne Gewicht, und einige Textstellen mögen sie scheinbar stützen. Es ist jedoch zu bemerken, daß die Mehrzahl der Gründe, aus denen im Urteil Portelange den der Meldepflicht unterliegenden Vereinbarungen volle Wirksamkeit zuerkannt wurde, auch in dem uns beschäftigenden Fall zutreffen : Dies gilt insbesondere für die Rechtsunsicherheit, die bei diesen Verträgen besteht. Die vorgeschlagene Lösung, nämlich die freiwillige Anmeldung der Vereinbarungen, würde — wenn man sie zur *notwendigen* Voraussetzung für die Entfaltung der vollen Rechtswirkungen machte — die Gefahr einer weit größeren Flut von Anmeldungen nach sich ziehen, als die Kommission annimmt. Außerdem würde diese Lösung sicherlich den Vorstellungen zuwiderlaufen, von denen die Verfasser der Verordnung ausgingen, als sie die in Artikel 5 Absatz 2 aufgeführten Gruppen von Vereinbarungen — bei denen es sich ja nicht nur um solche handelt, die zwischen Unternehmen desselben Mitgliedstaats zustande gekommen sind und nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffen — von dieser Förmlichkeit freistellten. Die Freistellung beruht auf dem Gedanken, daß diese Vereinbarungen für die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes weniger gefährlich sind : Es ist daher anzunehmen, daß sie alle Aussichten auf Freistellung nach Absatz 3 dieses Artikels haben, wenn sie tatsächlich in den Anwendungsbereich von Artikel 85 Absatz 1 fallen, und es liegt keine große Gefahr darin, ihnen vorläufig weitgehende Wirksamkeit zuzubilligen. Schließlich ist meines

Erachtens die von der Kommission erwähnte Möglichkeit eines Konflikts zwischen der zivilrechtlichen Verpflichtung und der mit einer öffentlichrechtlichen Sanktion bewehrten Verpflichtung um so weniger zu fürchten, als in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen wurde, daß in diesem Falle die Kommission wahrscheinlich keine Geldbußen verhängen würde. Daher scheint mir die von diesem Organ vertretene Auffassung nicht ganz realistisch zu sein; ich sehe keinen zwingenden Grund, der vorläufigen Gültigkeit der gemäß Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 2 von der Anmeldung befreiten Vereinbarungen einen geringeren Umfang zuzuerkennen als den für angemeldete Vereinbarungen anerkannten, und die dem deutschen Gericht zu gebende Antwort könnte mutatis mutandis ähnlich gefaßt werden wie das Urteil Portelange.

Ich beantrage, zu dieser zweiten Frage dem Oberlandesgericht Karlsruhe zu antworten : Die gemäß Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17/62 von der Anmeldung befreiten Vereinbarungen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages sind so lange voll wirksam, bis die Kommission nach Artikel 85 Absatz 3 und den Vorschriften dieser Verordnung entschieden hat.