aufgrund der Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften

hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm vom Tribunal de commerce in Lüttich gemäß dessen Urteil vom 27. Juni 1972 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. **Die bloße Bestätigung des Eingangs eines Antrags auf Erteilung eines Negativattestes oder einer Anmeldung im Hinblick auf eine nach Artikel 85 Absatz 3 des EWG-Vertrags zu gewährende Freistellung stellt noch keine Einleitung eines Verfahrens nach Artikel 2, 3 oder 6 der Verordnung Nr. 17 dar.**

2. **Die ordnungsgemäße Anmeldung eines Mustervertrags gilt als Anmeldung aller von dem betreffenden Unternehmen — auch zu einem früheren Zeitpunkt — getroffenen Kartellvereinbarungen gleichen Inhalts.**

3. **Die in Artikel 85 Absatz 2 statuierte Nichtigkeit äußert auch Wirkungen für die Vergangenheit.**

Lecourt Monaco Pescatore

Donner Mertens de Wilmars

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 6. Februar 1973.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

R. Lecourt

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS KARL ROEMER VOM 13. DEZEMBER 1972

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Das Handelsgericht in Lüttich hat zu dem bei ihm anhängigen, von der Brauereigesellschaft de Haecht gegen die Gastwirtschaftsinhaber Wilkin und Janssen eingeleiteten Verfahren zum zweitenmal um eine Vorabentscheidung nach Artikel 177 des EWG-Vertrags gebeten. Das Gericht möchte jetzt Antworten auf folgende Fragen haben:

„1. Ist das Verfahren nach Artikel 2, 3 und 6 der Verordnung Nr. 17 von dem Zeitpunkt an durch die Kommission eingeleitet, zu dem diese den Eingang eines Antrags auf Erteilung eines Negativattests oder einer Anmeldung im Hinblick auf eine nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages zu gewährende Freistellung bestätigt?

2. Kann die Anmeldung eines Mustervertrags, der auf im Jahre 1968 erlassene Rechtsvorschriften verweist, als Anmeldung einer im Jahre 1963 abgeschlossenen gleichartigen Vereinbarung gelten?

3. Gilt die Nichtigkeit der von der Anmeldung befreiten Vereinbarungen zu dem Zeitpunkt als festgestellt, zu dem eine der vertragsschließenden Parteien sie ordnungsgemäß geltend macht, oder erst zu dem Zeitpunkt, zu dem die sie feststellende Entscheidung des Gerichtshofes oder der Kommission ergeht?"

Zum Hintergrund des nationalen Verfahrens ist im gegenwärtigen Zusammenhang nicht viel zu sagen. Das Wesentliche ist bereits aus der schon erwähnten Vorlagesache 23/67 (Slg. 1967, 543) bekannt. Daraus ist namentlich in Erinnerung, daß zwischen der Brauereigesellschaft de Haecht, die ihren Sitz in Belgien hat, und den Gastwirtschaftsinhabern Wilkin und Janssen, die ihr Geschäft gleichfalls in Belgien betreiben, im April, Juli und August 1963 mehrere Verträge geschlossen worden sind. Sie haben einerseits die Gewährung von Darlehen und die Überlassung von Mobiliar an die Gastwirtschaftsinhaber zum Inhalt und andererseits deren Verpflichtung, Getränke ausschließlich bei der Brauereigesellschaft de Haecht zu beziehen. Weil die zuletzt genannte Verpflichtung nicht eingehalten worden ist, hat die Gesellschaft de Haecht Klage beim Handelsgericht Lüttich erhoben mit dem Ziel, die Auflösung der Verträge zum Nachteil der Beklagten, die Rückgabe des Mobiliars sowie eine vertraglich vereinbarte Entschädigung zu erhalten. Demgegenüber haben sich die Beklagten auf Artikel 85 des EWG-Vertrags berufen und geltend gemacht, die genannten Vereinbarungen können wegen Verstoßes gegen diese Vorschrift nicht als rechtswirksam angesehen werden. Diese Einlassung veranlaßte das Handelsgericht Lüttich, das Verfahren auszusetzen und durch Urteil vom 8. Mai 1967 um die Klärung eines bestimmten, zu Artikel 85 des EWG-Vertrags sich ergebenden Problems zu bitten. Die erwünschte Klärung ist nach Erstattung meiner Schlußanträge in einer Vorabentscheidung vom 12. Dezember 1967 erfolgt. Im Hinblick auf eine Bemerkung am Schluß der genannten Konklusionen (wo ich sagte, es müßte sich in einem solchen Fall empfehlen, das Gerichtsverfahren auszusetzen und den Beteiligten anheimzugeben, eine kartellrechtliche Klärung des Sachverhalts durch die Kommission herbeizuführen) hat sich die Firma de Haecht anscheinend entschlossen, den Sachverhalt auch der Kommission zu unterbreiten. Das ist geschehen in der Form einer Anmeldung eines gleichlautenden Mustervertrags und mit dem Ziel, so eine Erklärung über die Nichtanwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1, also die Erteilung eines Negativattests, zu erhalten. Der Eingang dieser vom 13. Januar 1969 datierenden Anmeldung ist von der Kommission am 27. Januar 1969 bestätigt worden. Noch im gleichen Jahr hat die Kommission durch Entscheidung vom 9. Oktober 1969 die Durchführung einer Untersuchung genereller Natur des Brauereisektors gemäß Artikel 12 der Verordnung Nr. 17 (ABL. 1962, S. 204) angeordnet. Wichtig ist jetzt außerdem, daß in diesem Jahr auch zwei weitere einschlägige Vorabentscheidungen ergangen sind. Das ist einmal das am 9. Juli 1969 in der Rechtssache 10/69 (Slg. 1969, 311) ergangene und die Frage der Wirksamkeit angemeldeter Vereinbarungen betreffende Portelange-Urteil. Das ist zum anderen die am 18. März 1970 zu der Rechtssache 43/69 (Bilger/Jehle) (Slg. 1970, 127) erlassene Vorabentscheidung, in der zu einem zwischen zwei Unternehmen ein und desselben Mitgliedstaates abgeschlossenen Bierlieferungsvertrag festgestellt wurde, er sei nicht an-

meldebedürftig und er sei wirksam, bis seine Nichtigkeit ausdrücklich festgestellt worden sei.
Nach alledem kam die Brauereigesellschaft de Haecht zu der Auffassung, es könne nunmehr davon ausgegangen werden, daß der von ihr und den Gastwirtschaftsinhabern Wilkin und Janssen abgeschlossene Vertrag voll wirksam sei und daß ihrer Klage daher stattgegeben werden könne. Einem entsprechenden Antrag ist das Handelsgericht in Lüttich jedoch nicht gefolgt. Mit Rücksicht auf einige Einwendungen der beklagten Partei, die sich auf wissenschaftliche Äußerungen stützen, hat es sich vielmehr zu der Ansicht bekannt, es existierten in dem anhängigen Verfahren noch offene Probleme aus dem Gemeinschaftsrecht. Deshalb hat das Gericht durch Urteil vom 27. Juni 1972 erneut die Aussetzung des Verfahrens angeordnet und die eingangs zitierten Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.
Wie diese Fragen zu beantworten sind, wollen wir nunmehr sehen.

1. Die erste Frage — Sie erinnern sich daran — betrifft das Problem, ob ein Verfahren nach Artikel 2, 3 und 6 der Verordnung Nr. 17 zu dem Zeitpunkt durch die Kommission eingeleitet ist, zu dem diese den Eingang eines Antrags auf Erteilung eines Negativattestes oder einer Anmeldung im Hinblick auf eine nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages zu gewährende Freistellung bestätigt. Die Frage hat also die Auslegung von Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 zum Gegenstand, in dem es heißt: „Solange die Kommission kein Verfahren nach Artikel 2, 3 oder 6 eingeleitet hat, bleiben die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig, Artikel 85 Absatz 1 . . . anzuwenden, auch wenn die für die Anmeldung nach Artikel 5 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 2 vorgesehenen Fristen noch nicht abgelaufen sind."
Der Klärung dieser Frage können wir uns freilich nicht unmittelbar zuwenden, denn die Klägerin des Ausgangsverfahrens hat vor allem eingewendet, die Frage sei für den Ausgangsrechtsstreit ohne Bedeutung; in Wahrheit komme es nur darauf an, daß die Klägerin die streitige Vereinbarung bei der Kommission *angemeldet* hat. Dies lasse sich aus dem Portelange-Urteil (Rechtssache 10/69) folgern, ergebe sich doch aus seinen Grundüberlegungen, daß bei der Kommission angemeldete Vereinbarungen (offensichtlich unabhängig von der Anmeldebedürftigkeit) gültig seien, und zwar bis von der dafür allein zuständigen Kommission eine Entscheidung über die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 erlassen wird. Bei einer solchen Sachgestaltung könne eine Vereinbarung also nicht nach Maßgabe des Bilger-Urteils durch nationale Gerichte für nichtig erklärt werden, und so gesehen müsse tatsächlich die Frage, ob von der Kommission ein Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 eingeleitet worden sei, bedeutungslos erscheinen.
Nun steht zwar fest, daß der Gerichtshof in Vorlagesachen solche Probleme der Entscheidungserheblichkeit (darum handelt es sich in Wirklichkeit) im allgemeinen nicht nachprüft und daß im Salgoil-Urteil insoweit eine Ausnahme nur angedeutet worden ist für den Fall der offensichtlich irrigen Heranziehung einer Gemeinschaftsvorschrift. Weil sich im vorliegenden Fall die Entscheidungserheblichkeit aber allein aufgrund von Erwägungen des Gemeinschaftsrechts beurteilen läßt, dürfte es vertretbar erscheinen, die dargestellte Zurückhaltung aufzugeben. Sehen wir also zu, wie es sich mit der Einwendung der Klägerin genau verhält. Dabei unterstellen wir zunächst (weil insoweit eine Klärung erst im Zusammenhang mit der zweiten Frage erfolgen kann), daß die streitige Vereinbarung korrekterweise bei der Kommission angemeldet worden ist.
Nach den Einlassungen der Klägerin ist die entscheidende Frage die, welche Tragweite dem Portelange-Urteil in Wirklichkeit zuerkannt werden kann. Es ist also zu untersuchen, ob es sich tatsächlich unterschiedslos sowohl auf Altkartelle (d. h. die beim Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 bestehenden Abmachungen) wie auf Neukartelle (d. h. nach dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 getroffene Abmachungen) bezieht.

Hält man sich nur an die Begründung der Vorabentscheidung, so könnte man zweifellos geneigt sein, diese Frage zu bejahen. In ihr heißt es nämlich ganz allgemein: „Die Entscheidung der Frage, ob eine solche Vereinbarung tatsächlich verboten ist, setzt die Würdigung wirtschaftlicher und rechtlicher Zusammenhänge voraus, die nur dann als gegeben angesehen werden können, wenn ausdrücklich festgestellt wird, daß im konkreten Einzelfall nicht nur die Tatbestandsmerkmale von Artikel 85 Absatz 1 erfüllt sind, sondern außerdem auch die in Absatz 3 dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme nicht in Betracht kommt. Solange diese Feststellung nicht getroffen ist, muß jede angemeldete Vereinbarung als wirksam gelten." Außerdem ist davon die Rede, daß es dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit widersprechen würde, „daraus, daß die Wirksamkeit der angemeldeten Vereinbarungen noch nicht endgültig ist, zu folgern, die Vereinbarungen seien bis zur Entscheidung der Kommission gemäß Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages nicht voll wirksam".

Bei näherem Zusehen muß man jedoch daran zweifeln, daß der Gerichtshof wirklich eine generelle Feststellung treffen wollte. Insofern ist einmal wesentlich, daß die Vorlagefrage — das ergibt sich aus den Ausführungen zur Zuständigkeit des Gerichtshofes — nur sogenannte Altkartelle betraf. In Anbetracht dieses Umstandes und im Hinblick auf die Erkenntnis, daß sich die Rechtsprechung in Vorlageverfahren, namentlich bei komplexen Problemen mit nicht überschaubaren Auswirkungen, prinzipiell auf die unbedingt notwendigen Aussagen beschränkt, kann tatsächlich kaum angenommen werden, der Gerichtshof habe im Portelange-Fall ohne Veranlassung eine Feststellung von so weitreichender Bedeutung treffen wollen. — Für die Richtigkeit dieser Annahme läßt sich zudem auf den Tenor des Portelange-Urteils verweisen, der mit den Worten beginnt: „Die gemäß der Verordnung Nr. 17/62 *ordnungsgemäß* angemeldeten Vereinbarungen ... ". Da in dem Verfahren Formerfordernisse nicht zur Debatte standen (und sich im Urteil deshalb auch keine Hinweise auf Formfragen regelnde Kommissionsverordnungen finden), kann in der Tat nur angenommen werden, „ordnungsgemäß" beziehe sich auf die Anmeldefrist des Artikels 5 der Verordnung Nr. 17. Damit aber steht fest, daß der Urteilsspruch allein für Altkartelle Gültigkeit hat. — Endlich läßt sich ein Indiz für die Richtigkeit dieser Deduktion noch aus dem Bilger-Urteil (Rechtssache 43/69) ableiten. Am Schluß seines vorletzten Absatzes ist nämlich die Rede von gleichen Wirkungen, wie sie „angemeldete Vereinbarungen aus der Zeit *vor dem 13. März 1962*" haben, d. h. es wird auf Altkartelle Bezug genommen. Diese Einschränkung erscheint besonders aufschlußreich. Stünde nämlich nach der Rechtsprechung tatsächlich fest, daß sich die Aussagen des Portelange-Urteils auch auf Neukartelle erstrecken, für sie also gleichermaßen von *voller* Wirksamkeit ab Anmeldung bei der Kommission zu sprechen wäre, so hätte die Einschränkung am Ende des Bilger-Urteils unterbleiben und stattdessen ganz allgemein von den Wirkungen *angemeldeter* Vereinbarungen gesprochen werden können. Daß sich am Ende des Bilger-Urteils die genannte Einschränkung findet, kann also nur im Sinne einer Klarstellung zum Portelange-Urteil verstanden werden. — Ich würde demnach meinen, daß die Entscheidungserheblichkeit der ersten Frage nicht unter Berufung auf die Tragweite des Portelange-Urteils bestritten werden kann.

Dem mag im übrigen noch hinzugefügt werden, daß eine Ausdehnung der Grundsätze des Portelange-Urteils auf sogenannte Neukartelle, zu der sich viele kritische Stimmen ergeben haben, in der Tat auf beträchtliche Bedenken stößt. Ich will das jetzt, weil nicht danach gefragt worden ist, im einzelnen nicht vertiefen; lassen Sie mich dazu aber doch einige Erwägungen anstellen.

Offensichtlich ist meines Erachtens, daß die These, angemeldete Neukartelle seien bis zu einer Entscheidung über ihre Freistellungsmöglichkeit voll wirksam und

von nationalen Gerichten dementsprechend zu behandeln, mit dem System des Vertrages nicht zu vereinbaren ist. Dieses System beruht eindeutig auf dem Prinzip, daß gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßende Abmachungen verboten und ohne besondere Feststellung nichtig sind. Eine Verallgemeinerung der Thesen des Portelange-Urteils würde dagegen aus dem vom Vertrag gewollten System des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ein System der Mißbrauchsaufsicht machen, eben weil sich die Unwirksamkeit einer Vereinbarung erst mit einer Entscheidung der Kommission zu Artikel 85 Absatz 3 ergäbe. Daß dies nicht vertretbar erscheint, folgt schon aus dem klaren Wortlaut von Artikel 1 der Verordnung Nr. 17. Dazu läßt sich auch auf Artikel 6 der Verordnung Nr. 17 verweisen, nach dem die Kommission den Zeitpunkt bezeichnet, von dem eine Erklärung gemäß Artikel 85 Absatz 3 wirksam wird. Tatsächlich würde diese Vorschrift ins Leere gehen, wenn ohnehin eine Wirksamkeit angemeldeter Vereinbarungen bis zu einer Entscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 gegeben wäre. Entsprechendes gilt von der Strafbestimmung des Artikels 15 der Verordnung Nr. 17. Sein Absatz 5, nach dem Geldbußen nicht für Handlungen festgesetzt werden dürfen, die nach der bei der Kommission vorgenommenen Anmeldung und vor der Entscheidung der Kommission nach Artikel 85 Absatz 3 begangen werden, müßte bei der Annahme, angemeldete Vereinbarungen seien ohnehin voll wirksam, gleichfalls überflüssig erscheinen. — Nach meiner Überzeugung kann auch nicht angenommen werden, daß der Gerichtshof eine so weitgehende Umgestaltung des Systems zum Nachteil wettbewerbsrechtlicher Prinzipien gutheißen könnte, hat er doch in anderem Zusammenhang immer wieder die große Bedeutung unterstrichen, die der Einhaltung der Wettbewerbsregeln für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zukommt. Namentlich wäre zur Begründung einer solchen Umgestaltung — lassen Sie mich das noch sagen — nicht ausreichend der Hinweis auf die lange Dauer der Kartellverfahren vor der Kommission und die Berufung auf die Prinzipien der Rechtssicherheit (also Überlegungen, wie sie im Portelange-Urteil für die Rechtfertigung einer besonderen, für Altkartelle geltenden Übergangsregelung angestellt worden sind). Um das einzusehen, braucht man sich nur der Möglichkeiten zu erinnern, über die die Beteiligten in diesem Zusammenhang (sei es mit Hilfe von Untätigkeitsklagen oder mit Hilfe von Schadensersatzklagen) verfügen, falls die Kommission ihrer vom Gerichtshof besonders unterstrichenen Verpflichtung nicht nachkommt, „binnen angemessener Frist" eine Entscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 zu erlassen.

Können wir also nach diesem Exkurs, den die Einwendungen der Klägerin des Ausgangsverfahrens notwendig gemacht haben, festhalten, daß die Entscheidungserheblichkeit der ersten Frage nicht anzuzweifeln ist, so ergibt sich, wenn wir uns nunmehr der Beantwortung der Frage selbst zuwenden, zunächst die Erkenntnis, daß die Vielfalt der abgegebenen Stellungnahmen ihre Behandlung nicht gerade erleichtert. — Die Klägerin des Ausgangsverfahrens ist bekanntlich der Ansicht, ein Verfahren nach Artikel 9 der Verordung Nr. 17 sei grundsätzlich schon dann als von der Kommission eingeleitet anzusehen, wenn von ihr der Eingang eines Antrags nach Artikel 2 der Verordnung Nr. 17 oder einer Anmeldung im Sinne von Artikel 6 der Verordnung bestätigt werde. Dem widersprechen die anderen am Verfahren Beteiligten, die Bundesregierung, die französische Regierung und die Beklagte des Ausgangsverfahrens mit Heftigkeit. Erstere verlangen eine positive Willensäußerung der Kommission, die darauf abzielt, eine Entscheidung nach Artikel 2, 3 oder 6 der Verordnung Nr. 17 zu erlassen, genauer: den Erlaß einer förmlichen Einleitungsverfügung. Die Beklagten des Ausgangsverfahrens halten dafür, die Kommission müsse wenigstens eine Untersuchungsmaßnahme getroffen haben. Dem schließt sich wiederum die Klägerin hilfsweise an, indem sie darauf verweist, daß die Kommission tatsächlich im Oktober 1969 aufgrund von Artikel

12 der Verordnung Nr. 17 die Durchführung einer den Brauereisektor betreffenden Untersuchung angeordnet hat. — Sehen wir also zu, was von alledem zu halten ist.

Ausgehend vom Wortlaut des Artikels 9 der Verordnung Nr. 17, erscheint mir vor allem wichtig, daß deutlich unterschieden wird zwischen der *Anmeldung* einer Vereinbarung und der *Einleitung* eines Verfahrens, das den Behörden der Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit nimmt. Dies wäre sicher nicht geschehen, wenn schon in der Anmeldung oder in der Stellung eines Antrages die Einleitung eines Verfahrens erblickt werden müßte (worauf anscheinend — wie Deringer in seinem Kommentar zum Wettbewerbsrecht der EWG erwähnt — ein erster, vom Rat indessen nicht angenommener Vorschlag der Kommission abzielte). — Sodann ist auch die Wahl des Wortes „einleiten" (vielleicht noch stärker die des französischen Ausdruckes „engager") bezeichnend. Sie weist tatsächlich auf mehr hin als das passive Entgegennehmen von Anträgen, das automatisch das Versehen mit einer Aktennummer, die Abgabe einer Eingangsbestätigung und — wie es in Artikel 10 der Verordnung Nr. 17 heißt — die unverzügliche Weiterleitung einer Abschrift an die Mitgliedstaaten zur Folge hat. Richtig verstanden hat „einleiten" („engager") eine aktive Bedeutung; mit diesem Wort ist klar die Assoziation verbunden, die Kommission müsse eine bestimmte Aktivität im Hinblick auf die Behandlung eines Falles entfaltet haben. — Dafür spricht im übrigen auch Sinn und Zweck der Vorschrift: Sie soll die Durchführung von Doppelverfahren, einerseits durch die Kommission und andererseits durch die nationalen Behörden, vermeiden. Eine solche Gefahr aber besteht zweifellos erst, wenn die Kommission in die konkrete Behandlung eines Falles eingetreten ist.

Auf die erste Frage ist demnach, hält man sich nur an ihren Wortlaut, zu antworten, daß ein Verfahren nach Artikel 2, 3 und 6 der Verordnung Nr. 17 nicht von dem Zeitpunkt an durch die Kommission eingeleitet ist, zu dem diese den Eingang eines Antrags auf Erteilung eines Negativattests oder einer Anmeldung im Hinblick auf eine nach Artikel 85 Absatz 2 des Vertrages zu gewährende Freistellung bestätigt.

Will man darüber hinaus zu der aufgeworfenen Problematik auch noch positiv Stellung nehmen, also bestimmen, wann ein Verfahren nach Artikel 9 eingeleitet ist (etwa schon mit der Anordnung eines Untersuchungsakts oder erst mit dem Erlaß einer förmlichen Einleitungsverfügung, die den Mitgliedstaaten zugestellt wird), so ist dazu folgendes zu bemerken.

Einräumen muß man zweifellos, daß eine förmliche Einleitungsverfügung und ihre Mitteilung an die Mitgliedstaaten den Vorteil absoluter Klarheit bei der Anwendung von Artikel 9 der Verordnung Nr. 17 haben. Dem steht jedoch die Erkenntnis gegenüber, daß eine solche Verfügung weder in Artikel 9 noch in anderen Bestimmungen der Verordnung Nr. 17 verlangt oder vorausgesetzt wird. Auch läßt sich — entgegen der Ansicht der Kommission — nicht sagen, das Urteil der Rechtssache 48/69 habe implizite die Notwendigkeit einer Einleitungsverfügung bestätigt. Abgesehen davon, daß das Kartellverfahren jener Rechtssache von Amts wegen eingeleitet worden ist, steht nämlich außer Zweifel, daß sich ein Problem wie das jetzt zu untersuchende in jener Sache nicht stellte und daß der Gerichtshof daher auch keinen Anlaß hatte, für die Verfahrenseinleitung eine ausdrückliche Verfügung zu verlangen. — Hält man sich andererseits Sinn und Zweck der Regelung, wie sie vorhin aufgezeigt worden sind, vor Augen, so muß durchaus vertretbar erscheinen, daß ein Verfahren gemäß Artikel 9 schon als eingeleitet gilt, wenn ein eindeutiger, nach außen erkennbarer Akt der Behandlung eines Falles vorliegt. Dazu aber kann auch die Anordnung einer bestimmten Untersuchungsmaßnahme gezählt werden. Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies: Man kann in der Tat — wie es die Klägerin des Ausgangsverfahrens für richtig hält — an-

nehmen, daß mit der Entscheidung der Kommission über die Durchführung einer Untersuchung des Brauereisektors ein Verfahren im Sinne von Artikel 9 eingeleitet worden ist. Zwar handelt es sich dabei unbestreitbar um die *allgemeine* Untersuchung eines ganzen Wirtschaftszweigs. Es darf aber nicht vergessen werden, daß in der ersten Vorabentscheidung de Haecht ausdrücklich erklärt wurde, es komme für die Beurteilung derartiger Verträge auf die *Gesamtheit* aller Begleitumstände an. Folglich sind in diesem Bereich gerade allgemeine Untersuchungen der angestellten Art für eine zutreffende Würdigung der Einzelfälle unerläßlich. Außerdem kann man der von der Klägerin vorgelegten Aufzeichnung über eine Unterredung zwischen Vertretern der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission und Vertretern der Communauté de travail des brasseurs du Marché commun entnehmen, es sei „eu égard à l'affaire Haecht/Wilkin et à l'arrêt rendu à ce sujet par la Cour de Luxembourg" ... „indispensable de procéder à une enquête portant sur le contrat de brasserie afin de déterminer s'il tombe sous le coup de l'article 85, par. 1, du Traité de la CEE ...". Wenn man also unterstellt, daß Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 auch für die Gerichte der Mitgliedstaaten gilt (was nicht durchweg für richtig gehalten wird), so ließe sich durchaus die Ansicht rechtfertigen, daß vom Zeitpunkt der Einleitung der erwähnten Untersuchung an, der übrigens weitere konkrete, an bestimmte Brauereien gerichtete Auskunftsersuchen folgten, das vorlegende Gericht nicht mehr zuständig war, Artikel 85 Absatz 1 auf den von den Parteien des Ausgangsverfahrens abgeschlossenen Vertrag anzuwenden.

Damit ist wohl alles dargelegt, was sich an Auslegungshilfe dem vorlegenden Gericht im Rahmen der ersten Frage aufzeigen läßt.

2. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht sodann wissen, ob die Anmeldung eines Mustervertrags als Anmeldung einer gleichartigen früheren Vereinbarung gelten kann.

Dazu ist nicht viel zu bemerken. Bekanntlich haben sich alle am Verfahren Beteiligten für eine Bejahung dieser Frage ausgesprochen, und dem werden wir uns wohl anzuschließen haben.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf das Urteil der Vorlagesache 1/70 (Slg. 1970, 515) hinzuweisen. Damals hat der Gerichtshof zu einer ähnlichen Frage und zur Begründung einer bejahenden Antwort hervorgehoben, die Kommission habe gemäß Artikel 24 der Verordnung Nr. 17 die Befugnis, Ausführungsbestimmungen zu den Einzelheiten der Anmeldung zu erlassen. Aus den Vorschriften der danach ergangenen Verordnungen Nr. 27/62 (ABl. 1962, S. 1118) und 1133/68 (ABl. 1968, L 189, S. 1) sowie den beigefügten Formblättern war zu entnehmen, daß im Falle von Musterverträgen die Beifügung eines Musters ausreichend sei und die Angabe der Namen und Anschriften der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen entfallen könne. Dies erschien im Hinblick auf die Notwendigkeit, das Verwaltungsverfahren zu vereinfachen, durchaus akzeptabel. Außerdem konnte man sich mit der Vorstellung beruhigen, es werde auch so in ausreichender Form die Aufmerksamkeit der Kommission auf alle relevanten Begleitumstände gelenkt und es stehe der Kommission danach frei, sich durch Auskunftsersuchen notwendige zusätzliche Kenntnisse zu verschaffen.

Nun galt diese Erkenntnis zwar einem Fall, in dem der Mustervertrag früher abgeschlossen und angemeldet worden war als der im Ausgangsrechtsstreit zur Debatte stehende, inhaltsgleiche Vertrag. Vernünftigerweise wird man aber für den umgekehrten Fall, d. h. bei einem Sachverhalt, in dem die Anmeldung des Mustervertrages erst nach Abschluß des streitigen Einzelvertrages erfolgte, nichts anderes gelten lassen können. Das läßt sich sagen, weil auch hier die im Urteil 1/70 angestellten Erwägungen (Erleichterung des Verwaltungsverfahrens bei ausreichender Informationsmöglichkeit der Kommission) zutreffen, Sinn und Zweck einer Anmeldung also auch bei Be-

schränkung auf einen Mustervertrag erfüllt werden.

Zusätzlich wäre jetzt im Hinblick auf Ausführungen der Klägerin des Ausgangsverfahrens allenfalls noch zu bemerken, daß die Gültigkeit der Anmeldung selbstverständlich nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß mit der Anmeldung ein Hinweis auf die seit 1968 für derartige Verträge in Belgien geltende Rechtslage gegeben wurde, eine Rechtslage, die sich anscheinend von Zeit zu Zeit (alle 3 Jahre) nach Verhandlungen mit den beteiligten Wirtschaftskreisen ändert und die von der im Jahre 1963 (also bei Abschluß der streitigen Verträge) geltenden abwich. Ein solcher Hinweis konnte durchaus angebracht erscheinen, weil der Mustervertrag nichts über die Dauer der exklusiven Abnahmepflicht aussagt, diese vielmehr anhand der jeweils geltenden Arrêtés royaux und nach Maßgabe der Darlehenshöhe zu bestimmen ist. In Wahrheit stellt der gemachte Hinweis also nichts anderes dar als eine Vervollständigung der Anmeldung hinsichtlich eines wesentlichen Elementes, d. h. die Lieferung einer Angabe, die es der Kommission ermöglichen soll, durch Heranziehung der maßgeblichen Arrêtés royaux den Inhalt der von ihnen betroffenen Verträge genau zu bestimmen.

Somit kann zu der zweiten Frage zusammenfassend festgehalten werden, daß für die Zwecke der Verordnung Nr. 17 die Anmeldung eines Mustervertrages ausreichend ist, und dies selbst bei Berücksichtigung der im gegenwärtigen Fall bestehenden besonderen Umstände.

3. Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht schließlich noch wissen, ob die Nichtigkeit der von der Anmeldung befreiten Vereinbarungen zu dem Zeitpunkt als festgestellt gilt, zu dem eine der vertragsschließenden Parteien sie ordnungsgemäß geltend macht, oder erst zu dem Zeitpunkt, zu dem die sie feststellende Entscheidung des Gerichtshofes oder der Kommission ergeht.

Diese Frage bezieht sich offensichtlich auf das bereits erwähnte Bilger-Urteil (Rechtssache 43/69), weswegen es angebracht ist, dessen Inhalt vorweg in Erinnerung zu rufen. — Bekanntlich ging es in jenem Verfahren (wie auch im gegenwärtigen Ausgangsverfahren) um einen von zwei in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen abgeschlossenen Bierlieferungsvertrag mit ausschließlicher Bezugspflicht des Gastwirts. Dazu wurde in erster Linie die Erkenntnis festgehalten, daß solche Verträge gemäß Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 von der Anmeldung befreit sind (eine Tatsache, die übrigens auch für den Vertrag de Haecht/Wilkin und Janssen nicht in Frage gestellt wird). Darüber hinaus — und das ist besonders wichtig — wurde ausgesprochen, man könne nicht annehmen, daß von der Anmeldung befreite Abmachungen rückwirkend nichtig würden, wenn nationale Gerichte zu der Feststellung gelangen, Artikel 85 Absatz 1 sei anzuwenden und es trete somit die Wirkung von Artikel 85 Absatz 2 ein. Derartige Vereinbarungen seien vielmehr „dem Nichtigkeitsrisiko allenfalls mit Wirkung vom Tage der Feststellung der Nichtigkeit an unterworfen"; sie seien „so lange voll wirksam .... wie ihre Nichtigkeit nicht festgestellt ist".

Der Sinn dieses Urteilsspruchs ist meines Erachtens vollkommen klar: Es gilt nach ihm der Grundsatz, daß mit der Feststellung eines nationalen Gerichts, eine Vereinbarung falle unter Artikel 85 Absatz 1, die Nichtigkeit der Vereinbarung lediglich *ex nunc* eintritt. So gesehen ist weiterhin klar, daß die uns vorgelegte Frage nicht nur auf eine zusätzliche Präzisierung des Bilger-Urteils, sondern eventuell auf dessen Modifizierung abzielt, und dies im Hinblick auf das von den Beklagten des Ausgangsverfahrens vorgebrachte Argument, es müsse mit Rücksicht auf das Erfordernis der Rechtssicherheit, also unter Beachtung eines allgemeinen Rechtsprinzips, davon ausgegangen werden, daß die Nichtigkeit in derartigen Fällen schon zu dem Zeitpunkt eintrete, zu dem eine der Vertragsparteien sich auf sie *berufe*. Wir werden uns also zu fragen haben, ob dem gefolgt werden kann, ja, wir werden uns sogar im Hinblick auf die Stellungnahmen an-

derer Beteiligter fragen müssen, ob nicht noch weiterzugehen, nämlich Rückwirkung auf den Tag des Vertragsabschlusses anzunehmen ist. Dies ist bekanntlich die Auffassung der französischen und der deutschen Regierung, während die Kommission, die sich im übrigen auf den Standpunkt des Bilger-Urteils stützt, ein solches Ergebnis nur für den noch nicht entschiedenen Fall befürwortet, daß in einer Kommissionsentscheidung die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 festgestellt wird.

Was von dieser weitreichenden Auseinandersetzung zu halten ist, wollen wir nunmehr sehen.

Zunächst wird man einräumen müssen, daß es nicht unverständlich erscheint, wenn an den Thesen des Bilger-Urteils Kritik geübt wird. Tatsächlich laufen sie ja darauf hinaus, für die Sonderfälle der nicht meldebedürftigen Vereinbarungen an die Stelle des Verbotsprinzips ein System der Mißbrauchsaufsicht nach Art der für gewisse Tatbestände im deutschen Kartellrecht geltenden Regelung zu setzen. Demgegenüber wird nicht ohne Grund auf die Erkenntnisse hingewiesen, die ich im Zusammenhang mit der Besprechung des Portelange-Urteils vorhin schon erwähnt habe und die sich insbesondere auf die Ausgestaltung der ersten beiden Absätze des Artikels 85 und die Wiederholung dieses Grundsatzes in Artikel 1 der Verordnung Nr. 17 beziehen. Auch ist nicht von der Hand zu weisen, was an Schlüssen — wie schon gezeigt — aus den Artikeln 6 und 15 der Verordnung Nr. 17 abgeleitet wird. Des weiteren gilt es zu bedenken, daß allein der Artikel 7 der Verordnung Nr. 17 eine Einschränkung des Grundsatzes der Nichtigkeit für bestimmte, auch nicht meldepflichtige Altkartelle kennt und daß Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 offensichtlich von der deklaratorischen Wirkung der Feststellung ausgeht, eine Vereinbarung falle unter Artikel 85 Absatz 1.

Indessen sind alle diese Argumente nicht neu. Sie standen im Rahmen der jetzt interessierenden kartellrechtlichen Auseinandersetzung von Anfang an gleichsam im Raum, und man kann daher nicht annehmen, der Gerichtshof habe sie beim Erlaß des Bilger-Urteils nicht gesehen. Daß der Gerichtshof in jenem Fall gleichwohl zu seinen bekannten Thesen gelangt ist, kann man nur mit der Erkenntnis erklären, das Gesamtsystem des gemeinschaftlichen Kartellrechts, so wie es sich aus verschiedenen Texten ergibt, sei nicht ganz frei von Widersprüchen, Lücken und Unklarheiten. Angesichts dieser Lage hat sich der Gerichtshof offensichtlich zu rechtsschöpferischer Klärung und Fortbildung des Systems aufgerufen gefühlt. Dabei war für ihn nicht zuletzt die Erwägung maßgebend, die Befreiung von der Anmeldung, geschaffen im Rahmen eines Systems, das sogar gänzliche *Freistellung* vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 vorsieht, könne in Anbetracht der Einsicht, daß nicht meldebedürftige Vereinbarungen „zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten wenig geeignet" seien, und im Hinblick auf die Erfordernisse der Rechtssicherheit nur die Konsequenz nach sich ziehen, daß die Nichtigkeit allein vom Tage der Feststellung der Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 1 an wirke.

Wenn es sich aber so verhält, kann ich mir nicht vorstellen, daß der Gerichtshof aufgrund der im gegenwärtigen Verfahren zutage getretenen Erwägungen zu einer Änderung seiner Auffassung veranlaßt wird, die — man muß es immer wieder betonen — allein für nicht anmeldebedürftige Vereinbarungen gilt.

Damit ist um so weniger zu rechnen, als der Rat nach Erlaß des Bilger-Urteils und in Kenntnis der dort vertretenen Rechtsansicht weitere Befreiungen von der Anmeldepflicht vorgesehen hat. Tatsächlich wäre das — so darf man wohl sagen — nicht geschehen, wenn der Rat die Meinung des Gerichtshofes für systemwidrig gehalten hätte.

Jetzt wird man insbesondere auch davon ausgehen dürfen, daß das Argument nicht verfängt, Feststellungsurteile nationaler Gerichte hätten einem allgemeinen Rechtsprinzip zufolge nur deklaratorische Wirkung, d. h. Wirkung ex tunc,

und es impliziere folglich die Annahme, die Nichtigkeitswirkung trete erst mit Urteilserlaß ein, einen Systembruch, nämlich die Zuerkennung einer *rechtsgestaltenden* Befugnis an die nationalen Gerichte. In Wahrheit ist diese Überlegung nur scheinbar zwingend. Wichtig ist, daß der vom Gerichtshof rechtsschöpferisch entwickelte Grundsatz nicht anmeldebedürftigen Abmachungen zu einer materiellrechtlichen Vorzugsbehandlung verhilft. Wenn in diesem Zusammenhang, wie es nach Ansicht des Gerichtshofes das System verlangt, der Eintritt der Nichtigkeit von einer hoheitlichen Feststellung abhängig gemacht wird, so handelt es sich dabei, selbst im Falle von gerichtlichen Aussprüchen, nicht um Gestaltungsakte, sondern allein um Feststellungen des Inhalts, die Voraussetzungen gemäß Artikel 85 Absatz 1 seien gegeben. Daran schließt sich als *Reflexwirkung* die aus dem europäischen Recht sich unmittelbar ergebende Nichtigkeit an. Es wird also an der Natur eines derartigen gerichtlichen Aktes, von dem der Gerichtshof selbst nicht gesagt hat, er sei auf Annullierung gerichtet, tatsächlich nichts geändert.

Des weiteren wird man nach allem bisher Ausgeführten nicht annehmen können, der Gerichtshof billige die These der Beklagten des Ausgangsverfahrens, nach der die Nichtigkeit in dem Zeitpunkt eintreten soll, in dem sich eine der Vertragsparteien darauf *beruft*. Abgesehen davon, daß schon im Bilger-Verfahren ein solcher Sachverhalt gegeben war, ohne daß der Gerichtshof daran die von den Beklagten geforderten Konsequenzen geknüpft hätte, konnten die Beklagten im gegenwärtigen Verfahren nicht nachweisen, daß der von ihnen aufgestellte Grundsatz im Recht der Mitgliedstaaten Geltung hat. Darüber hinaus ist auch maßgeblich, daß selbst eine derart beschränkte Rückwirkung eine Mißachtung des wesentlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit bedeuten würde, eben weil der Eintritt der Nichtigkeit nicht allein abhängt von einer hoheitlichen Feststellung, sondern auch von einer subjektiven Würdigung durch eine Vertragspartei und ihre — oftmals nicht zuverlässig feststellbare — Geltendmachung.

Somit bleibt nur noch die Frage übrig, ob für *Kommissions*entscheidungen, die die Nichtigkeit nicht meldebedürftiger Abmachungen feststellen, wie die Kommission meint, etwas anderes, nämlich der rückwirkende Eintritt der Nichtigkeit gilt. Zwar könnte zu diesem im Bilger-Urteil noch nicht behandelten Problem an sich bemerkt werden, daß seine Entscheidungserheblichkeit zweifelhaft ist, weil es im Ausgangsverfahren offensichtlich allein um eine *gerichtliche* Entscheidung geht. Will man das Problem indessen trotzdem behandeln, so ergibt sich nach meiner Überzeugung nur die Antwort, daß tatsächlich kein Anlaß zu der von der Kommission befürworteten Differenzierung besteht. Dies läßt sich sagen, obgleich die Rechtssituation nicht völlig übereinstimmt, nämlich deswegen nicht, weil die Kommission ja auch ein Urteil zu Artikel 85 Absatz 3 abgibt. Wesentlich ist aber nicht diese Besonderheit, im Vordergrund steht vielmehr — wie das Bilger-Urteil mit Klarheit zeigt — das Erfordernis der Rechtssicherheit und die Tatsache, daß nicht anmeldebedürftige Abmachungen wettbewerbsrechtlich im allgemeinen unschädlich sind. Mit Rücksicht auf die Art der zur Debatte stehenden Vereinbarungen muß demnach, auch in bezug auf Kommissionsentscheidungen, die das Vorliegen der Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 feststellen, anerkannt werden, daß sie nur ex nunc wirken.

Damit dürfte auch die dritte Frage ausreichend beantwortet sein.

4. Lassen Sie mich meine Meinung jetzt noch einmal für die Schlußanträge zusammenfassen. Auf die vom Handelsgericht Lüttich gestellten Fragen muß, wie ich glaube, so geantwortet werden:

a) Ein Verfahren nach Artikel 2, 3 und 6 der Verordnung Nr. 17 ist nicht von dem Zeitpunkt an als durch die Kommission eingeleitet anzusehen, zu dem die Kommission den Eingang eines Antrags auf Erteilung eines Negativattests oder einer Anmeldung im Hinblick auf eine nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages zu gewährende Freistellung bestätigt. Erforderlich ist vielmehr zumindest die Anordnung einer Untersuchungsmaßnahme durch die Kommission.

b) Die Anmeldung eines Mustervertrags gilt als Anmeldung eines inhaltlich gleichlautenden, früher abgeschlossenen Vertrages.

c) Die Nichtigkeit nicht anmeldebedürftiger Vereinbarungen tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem eine die Nichtigkeit feststellende Gerichts- oder Kommissionsentscheidung ergeht.