herbeizuführen. Daher kann die bloße Bestätigung des Eingangs eines Antrags auf Erteilung eines Negativattests oder einer Anmeldung im Hinblick auf eine nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages zu gewährende Freistellung nicht als Einleitung eines Verfahrens nach Artikel 2, 3 oder 6 der Verordnung Nr. 17 angesehen werden.

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

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

In der Rechtssache 48/72

betreffend das dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag vom Tribunal de commerce Lüttich in dem vor diesem Gericht anhängigen Rechtsstreit

SA Brasserie de Haecht mit Sitz in Boortmeerbeek

gegen

Oscar Wilkin und Marie Janssen, wohnhaft in Esneux,

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung des Artikels 85 des EWG-Vertrags und der Artikel 2, 3, 4, 5, 6 und 9 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, der Ersten Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. 1962, S. 204),

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mirwirkung des Präsidenten R. Lecourt, der Kammerpräsidenten R. Monaco und P. Pescatore, der Richter A. M. Donner (Berichterstatter) und J. Mertens de Wilmars,

Generalanwalt: K. Roemer
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

I — Sachverhalt und Verfahren

Die Aktiengesellschaft Brasserie de Haecht schloß im Jahre 1963 mit den Beklagten des Ausgangsverfahrens drei Brauereiverträge. In diesen Verträgen verpflichteten sich die Streitgenossen Wilkin und Janssen, Bier, Limonade und sonstige Getränke ausschließlich von de

Haecht zu beziehen. Als Gegenleistung überließ ihnen die Brasserie de Haecht leihweise Gaststättenmobiliar und gewährte ihnen ein Darlehen. Da die Streitgenossen Wilkin und Janssen sich nicht an die Alleinbezugsabrede hielten, hat die Brasserie de Haecht am 9. September 1966 vor dem Tribunal de Commerce Lüttich Klage auf Darlehensrückzahlung, Herausgabe des Mobiliars und Schadenersatz erhoben. Mit Urteil vom 8. Mai 1967 hat dieses Gericht eine Frage nach Vorabentscheidung über die Auslegung des Artikels 85 des EWG-Vertrags gestellt, die der Gerichtshof durch Urteil vom 12. Dezember 1967 in der Rechtssache 23/67 (de Haecht/Wilkin und Janssen, Slg. 1967, 544 ff.) beantwortet hat.

Am 23. Januar 1969 meldete die Brasserie de Haecht bei der Kommission einen Musterbrauereivertrag an, worin auch die Klauseln der 1963 geschlossenen streitigen Verträge wiederaufgegriffen waren.

Die Brasserie de Haecht stellt sich nunmehr auf den Standpunkt, die am 23. Januar 1969 erfolgte Anmeldung des Musterbrauereivertrags habe die Einleitung eines Verfahrens vor der Kommission im Sinne des Artikels 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 bewirkt; da noch keine Verbotsentscheidung der Kommission auf der Grundlage des Artikels 85 ergangen sei, seien die streitigen Verträge bis auf weiteres gültig.

Demgemäß hat sie beantragt, das Tribunal de commerce möge ihrer Klage vom 9. September 1966 stattgeben.

In der Erwägung, daß vorab noch einige Fragen aus dem Bereich des Gemeinschaftsrechts aufgehellt werden müßten, hat das Tribunal de commerce dem Gerichtshof drei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„1. Ist das Verfahren nach Artikel 2, 3 und 6 der Verordnung Nr. 17 von dem Zeitpunkt an als durch die Kommission eingeleitet anzusehen, 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 einer der Vertragspartner sie ordnungsgemäß geltend macht, oder erst zu dem Zeitpunkt, zu dem die sie feststellende Entscheidung des Gerichtshofes oder der Kommission ergeht?"

Das Vorlageurteil vom 27. Juni 1972 ist am 11. Juli 1972 in der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen.

Gemäß Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes der EWG haben die Brasserie de Haecht, vertreten durch die Rechtsanwälte Laine und Helm, die Streitgenossen Wilkin und Janssen, vertreten durch Rechtsanwalt Materne, die Regierung der Bundesrepublik Deutschland, die Regierung der Französischen Republik und die Kommission, vertreten durch ihre Rechtsberater Thiesing und Dubois, schriftliche Erklärungen abgegeben.

Der Gerichtshof hat auf den Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, ohne vorherige Beweisaufnahme in die mündliche Verhandlung einzutreten.

In der Sitzung vom 21. November 1972 haben die Brasserie de Haecht, die Streitgenossen Wilkin und Janssen und die Kommission mündliche Erklärungen abgegeben.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 13. Dezember 1972 vorgetragen.

II — Zusammenfassung der Erklärungen nach Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes

1. Zur ersten Frage

Die *Brasserie de Haecht* macht geltend, dem Urteil des Gerichtshofes vom 9. Juli

1969 zufolge (Rechtssache 10/69, Portelange/Smith Corona Marchant International, Slg. 1969, 316 f.) müßten angemeldete Kartelle, solange die Kommission über die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach Artikel 85 Absatz 3 nicht entschieden habe, als wirksam gelten. Da in diesem Urteil ausdrücklich betont werde, daß „jede" angemeldete Vereinbarung als wirksam gelten müsse, gebe es keinen Unterschied zwischen von der Anmeldung freigestellten und den Vereinbarungen, für die dies nicht gelte.

Demnach sei dem erwähnten Urteil zu entnehmen, daß Absprachen, die nicht der Anmeldepflicht unterlägen, aber dennoch angemeldet worden seien, als gültig behandelt werden müßten, solange die Kommission noch nicht über die Ausnahmegenehmigung entschieden habe.

Nach dem Urteil des Gerichtshofes vom 18. März 1970 (Rechtssache 43/69, Bilger/Jehle, Slg. 1970, 127) könnten Vereinbarungen, die von der Anmeldung befreit und nicht angemeldet worden seien, unbeschadet einer möglichen Freistellung für nichtig erklärt werden, dies jedoch allein mit Wirkung für die Zukunft. Wenn eine der betroffenen Vertragsparteien diese Folge vermeiden wolle, müsse sie die Kommission von ihrem Vertrag in Kenntnis setzen und die in Artikel 85 Absatz 3 vorgesehene Freistellung beantragen. Habe eine Partei aber auf diese Weise alles ihr Mögliche unternommen, um die Befreiung von Artikel 85 Absatz 1 zu erlangen, könne ein solcher Vertrag nicht schlechter als jede sonstige Absprache behandelt werden.

Die erste Vorlagefrage gebe daher keine Veranlassung, auszulegen, was im Sinne von Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 unter der „Einleitung" eines Verfahrens zu verstehen sei, denn die Begründung dafür, daß die nationalen Behörden und Gerichte nicht anmeldebedürftige aber dennoch angemeldete Kartelle nicht für nichtig erklären dürften, ergebe sich namentlich aus dem Umstand, daß nach Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung die Kommission ausschließlich zuständig sei, die beantragte Freistellung zu gewähren.

Die Brasserie de Haecht schlägt vor, die erste Frage wie folgt zu beantworten:

„Eine nicht anmeldebedürftige, aber dennoch entsprechend der Verordnung Nr. 17 angemeldete Kartellvereinbarung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages ist voll wirksam, bis die Kommission aufgrund des Artikels 85 Absatz 3 und der Bestimmungen der Verordnung Nr. 17 entschieden hat."

Für den Fall, daß der Gerichtshof den vorgeschlagenen Lösungsweg nicht einschlagen sollte, macht die Brasserie de Haecht geltend, es sei davon auszugehen, daß ein Verfahren im Sinne des Artikels 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 von dem Zeitpunkt an „eingeleitet" sei, zu dem die Kommission die Anmeldung bestätige. Ein solcher Schluß werde durch die Tatsache erhärtet, daß die Anmeldung auf Formblatt A oder B förmliche Anträge enthalte; es könne nicht angenommen werden, daß die Kommission diese entgegennehme, ohne mit ihrer Bearbeitung zu beginnen.

Um ihr Vorbringen zu untermauern, trägt die Brasserie de Haecht noch zwei weitere Argumente vor:

1. Ihre Ansicht entspreche der Forderung nach Rechtssicherheit, denn vielfach stelle die Empfangsbestätigung die einzige Reaktion der Kommission auf die Anmeldung dar.
2. Mit der Anmeldung hätten die Vertragsparteien alles ihrerseits Erforderliche getan, um die begehrte Freistellung zu erlangen. Es widerspreche der Vernunft, daß die nationalen Behörden und Gerichte die Möglichkeit behielten, angemeldete Vereinbarungen für nichtig zu erklären, ohne daß die betroffenen Unternehmen den Fortgang des vor der Kommission schwebenden Verfahrens beeinflussen könnten.

Deshalb könne die Frage wie folgt beantwortet werden:

„Die Kommission hat im Sinne des Artikels 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 ein Verfahren eingeleitet, wenn sie eine aufgrund dieser Verordnung erfolgte Anmeldung bestätigt."

Für den Fall, daß der Gerichtshof auch diese zweite Betrachtungsmöglichkeit verwerfen sollte, äußert die Brasserie de Haecht schließlich die Ansicht, die Kommission habe durch ihre Entscheidung vom 9. Oktober 1969, eine Untersuchung gemäß Artikel 12 der Verordnung Nr. 17 über das Braugewerbe durchzuführen, ein Verfahren eingeleitet. Es bestehe ein offensichtlicher Zusammenhang zwischen dem Urteil des Gerichtshofes vom 12. Dezember 1967 und dieser Untersuchung.
Darüber hinaus ergebe sich bereits aus den Erklärungen der Kommission in der oben zitierten Rechtssache, daß diese sich bis in alle Einzelheiten über die wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse im Braugewerbe unterrichtet habe. Es sei daher anzunehmen, daß sie ein sachdienliches Verfahren eingeleitet habe.
Die *Regierung der Bundesrepublik Deutschland* und die *Kommission* meinen, die erste Frage sei zu verneinen. Dazu tragen sie vor:

1. Es entspreche dem Wortlaut und dem Sinn des Artikels 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17, daß die Kommission durch positives Tun ihren Willen zum Ausdruck bringe, aufgrund der Anmeldung eine Entscheidung zu treffen, denn nur für diesen Fall gelte es, Doppelgleisigkeit mit gleichzeitig ablaufenden Verfahren vor den nationalen Behörden zu vermeiden.

2. In seinen noch nicht veröffentlichten Farbstoff-Urteilen vom 14. Juli 1972 (Rechtssachen 48, 49 und 51 bis 56/59, ICI u. a./Kommission) habe der Gerichtshof implizite das Erfordernis einer derartigen Eröffnungsverfügung zum Zwecke der Einleitung des Verfahrens bestätigt.

2. Zur zweiten Frage

Die *Brasserie de Haecht* ebenso wie die Regierung der *Bundesrepublik Deutschland* und die *Kommission* sind sich über die Antwort auf die zweite Frage einig. Im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Rechtssache 1/70 dränge sich die Schlußfolgerung auf, daß die im Januar 1969 erfolgte Anmeldung eines Mustervertrags, der auf im Jahre 1968 erlassene Rechtsvorschriften verweise, als Anmeldung der im Juli 1963 abgeschlossenen gleichlautenden Vereinbarungen zwischen der Brasserie de Haecht und den Streitgenossen Wilkin und Janssen gelte.
Die *Brasserie de Haecht* bemerkt ergänzend, eine 1969 vorgenommene Anmeldung könne keine Rückwirkung bis ins Jahr 1963 entfalten, da die streitigen Verträge nicht anmeldebedürftig gewesen seien.

3. Zur dritten Frage

Die *Brasserie de Haecht* meint, diese Frage sei bereits großenteils durch das Urteil in der Rechtssache 43/69 geklärt, wonach die Feststellung der Nichtigkeit von Verträgen, die von der Anmeldung freigestellt sind, lediglich für die Zukunft und nicht auch für die Vergangenheit wirke. Der Gesichtspunkt, den das Tribunal de Commerce Lüttich andeute, daß nämlich die Streitgenossen Wilkin und Janssen bereits seit Jahren die Nichtigkeit der Verträge geltend machten, sei gegenüber dem der Rechtssache 43/69 zugrundeliegenden Sachverhalt nicht neu.
Den Entscheidungsgründen des Urteils 43/69 sei zu entnehmen, daß die Organe der Gemeinschaft für gewisse Vertragstypen durch deren Freistellung von der Anmeldepflicht der Verordnung Nr. 17 eine Art begrenzter Ausnahmeregelung geschaffen hätten.
Diese bevorzugte Behandlung könne erst mit der Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 entfallen und nicht schon dann, wenn eine der Vertragsparteien eine derartige Zuwiderhandlung behaupte.
Die gegenteilige Ansicht liefe dem Sinn der europäischen Wettbewerbsvorschriften zuwider, denn der Schutz des freien Handels innerhalb der Gemeinschaft könne nicht davon abhängen, daß eines der an einem wettbewerbsbeschränkenden Vertrag beteiligten Unternehmen zu einem beliebigen Zeitpunkt dessen Nichtigkeit geltend mache.

Der einzige Unterschied gegenüber der Rechtssache 43/69 bestehe darin, daß die Brasserie de Haecht ihre Verträge bei der Kommission angemeldet habe, obwohl sie dazu nicht verpflichtet gewesen sei, während den Gegenstand der Rechtssache 43/69 von der Anmeldung befreite und „nicht angemeldete" Vereinbarungen gebildet hätten.

Daß von der Anmeldung befreite Vereinbarungen nur mit Ex-nunc-Wirkung für nichtig erklärt werden könnten, hänge nicht damit zusammen, daß sie nicht angemeldet würden, sondern folge aus der Vorzugsbehandlung, die ihnen die Verordnung Nr. 17 einräume. Deshalb sei es einleuchtend, daß sich die freiwillige Anmeldung auf die rechtliche Beurteilung eines Vertrages, der nicht der Anmeldepflicht unterliege, nicht nachteilig auswirken könne.

Aus der zur ersten Frage bezogenen Stellung ergebe sich, daß die Kommission ausschließlich zuständig sei, die in Artikel 85 des EWG-Vertrags bezeichneten Entscheidungen zu treffen. Sie sei jedoch nicht befugt, nicht anmeldebedürftige Verträge mit rückwirkender Kraft für nichtig zu erklären. Daß solche Absprachen für die Vergangenheit nicht zu beseitigen seien, finde seine Rechtfertigung in der Freistellung von der Anmeldepflicht und hänge nicht von der Art der Behörden ab, die die Nichtigkeit feststellten. Beim Abschluß eines Vertrages, der die in Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 genannten Merkmale aufweise, bestehe darauf Verlaß, daß diese Vereinbarung nur mit Wirkung für die Zukunft für nichtig erklärt werden könne. Es sei klar, daß es dabei keinen Unterschied ausmache, ob dann die Kommission oder eine nationale Behörde in diesem Sinne entscheide.

Die dritte Frage sei deshalb wie folgt zu beantworten:

„Eine nicht anmeldebedürftige, aber dennoch angemeldete Kartellvereinbarung ist nach Artikel 85 Absatz 2 des Vertrages nur mit Wirkung von dem Tage, an dem ihre Nichtigkeit von der Kommission festgestellt worden ist, nichtig, auch wenn ein daran beteiligtes Unternehmen sich schon früher auf die Nichtigkeit der Vereinbarung berufen hat."

Im übrigen macht die Brasserie de Haecht geltend, es bestehe kein Anlaß, die in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu diesem Gegenstand aufgestellten Grundsätze zu überprüfen. Ein solches Verfahren, das notwendigerweise über den vom nationalen Richter gesteckten Rahmen hinausgreifen würde, widerspreche den Prinzipien des Artikels 177 des EWG-Vertrags. Dennoch bezieht die Klägerin des Ausgangsverfahrens zu den gegen das Urteil in der Rechtssache 43/69 hauptsächlich erhobenen Einwendungen Stellung.

Die Auffassung, dieses Urteil stehe in Widerspruch zu den vom Gerichtshof in den Rechtssachen 13/61 (Urteil vom 6. April 1962, De Geus en Uitdenbogerd/Bosch, Slg. 1962, 99) und 10/69 entwickelten Grundsätzen, müsse als unzutreffend zurückgewiesen werden. Ein Vergleich der drei Urteile zeige die innere Logik des vom Gerichtshof begründeten Systems.

Auch die Behauptung, die Entscheidungen des Gerichtshofes seien unvereinbar mit dem Wortlaut mehrerer Bestimmungen der Verordnung Nr. 17, sei falsch. Eine derartige Kritik hafte zu sehr am Wortlaut der Verordnung Nr. 17 und sei wirklichkeitsfremd.

Der Vorwurf, durch das Urteil 43/69 werde die Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften in Gefahr gebracht, müsse ebenfalls zurückgewiesen werden. Verglichen mit dem deutschen Wettbewerbsrecht gelange das Gemeinschaftsrecht zu gleichen Ergebnissen. Die Praxis habe erwiesen, daß dieses Urteil keine Unzuträglichkeiten für die Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft mit sich gebracht habe.

Die Streitgenossen *Wilkin und Janssen* betonen, die Antwort auf die dritte Frage lasse sich nicht allein aus den Urteilen in den Rechtssachen 10/69 und 43/69 herleiten. In diesen Urteilen werde zwar ausgeführt, nicht anmeldebedürftige Kartellvereinbarungen entfalteten, solange ihre Nichtigkeit nicht festgestellt worden sei, volle Rechtswirkungen, es werde

aber nicht erläutert, was unter „Feststellung der Nichtigkeit" zu verstehen sei. Zu Recht weise das Tribunal de commerce darauf hin, daß die Urteile grundsätzlich deklaratorische Wirkung hätten. Dieser Grundsatz beanspruche auch für ein die Nichtigkeit einer Kartellvereinbarung wegen Verstoßes gegen Artikel 85 des EWG-Vertrags feststellendes Urteil Geltung. Der Nichtigkeitsausspruch im Urteil müsse als auf den Zeitpunkt zurückwirkend angesehen werden, zu dem der Einwand der Nichtigkeit erhoben worden sei.

Jede andere Lösung sei unannehmbar, denn davon auszugehen, daß alle angemeldeten oder von der Anmeldung befreiten Vereinbarungen von den Gerichten als gültig anerkannt werden müßten, solange nicht die Kommission in einer förmlichen Entscheidung die Vergünstigung des Artikels 85 Absatz 3 zu gewähren abgelehnt habe, würde bedeuten, den Gerichten, also Behörden der Mitgliedstaaten, die ihnen durch Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 eingeräumte Zuständigkeit zu entziehen. Werde es so angesehen, daß die Nichtigkeitsfolgen erst mit Urteilserlaß einträten, dann sei das Ergebnis, daß das Recht, sich auf die Nichtigkeit zu berufen, gerade für denjenigen wertlos sei, der vertraglich verpflichtet sei. Aus der deklaratorischen Natur der die Nichtigkeit einer Kartellvereinbarung feststellenden Entscheidung ergebe sich auch, daß diese Feststellung Wirkungen dergestalt entfalte, daß die Vertragspartei, die der für nichtig erklärten Bindung unterworfen gewesen sei, von dem Zeitpunkt an, zu dem sie die Einwendung der Nichtigkeit erhoben habe, von der Bindung frei werde. Eine solche Lösung wirke der sonst bestehenden Gefahr für die Rechtssicherheit entgegen, daß die Vertragspartei, die sich auf die Kartellvereinbarung berufe, die Möglichkeit erhalte, durch Verschleppung des Verfahrens den Zeitpunkt des Eintritts der Nichtigkeitsfolgen nach Belieben hinauszuzögern.

Von dem Augenblick an, da die beklagte Partei die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Verletzung des Artikels 85 Absatz 1 behauptet habe, sei die klagende Partei über das Risiko im Bilde, daß der Vertrag durch den Richter für nichtig erklärt werden könnte. Deshalb spielten die Erwägungen zur Rechtssicherheit, auf die sich der Gerichtshof bei seiner Weigerung, die Rückwirkung anzuerkennen, gestützt habe, hier keine Rolle. Der vorgeschlagene Lösungsweg habe den Vorteil, daß die beiden Parteien unabhängig von der Dauer des Verfahrens in dieselbe Lage versetzt würden, ohne daß die Rechtssicherheit beeinträchtigt werde.

Die Streitgenossen *Wilkin und Janssen* schlagen vor, die dritte Frage wie folgt zu beantworten:

„Die Nichtigkeit von nicht anmeldebedürftigen Kartellvereinbarungen gilt — gleichgültig, ob sie angemeldet worden sind oder nicht — zu dem Zeitpunkt als festgestellt, zu dem eine der Parteien sie ordnungsgemäß geltend gemacht hat, und nicht erst im Zeitpunkt des Urteilserlasses bei erfolgreicher klage- oder einredeweiser Geltendmachung der Nichtigkeit."

Die Regierung der *Bundesrepublik Deutschland* führt aus, das Tribunal de commerce Lüttich gehe davon aus, der Gerichtshof habe in seinem Urteil in der Rechtssache 43/69 grundsätzlich festgestellt, daß Entscheidungen der Kommission, mit denen die Erteilung eines Negativattests oder die Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 abgelehnt werde, keine rückwirkende Nichtigkeit bedingten.

Daher beschränke sich das Gericht in der Fragestellung darauf, ob die Nichtigkeitsfolge erst vom Zeitpunkt des Erlasses der die Nichtigkeit feststellenden Entscheidung der Kommission bzw. des Gerichtshofes eintrete oder ob nicht diese Rechtswirkung gegebenenfalls zu dem Zeitpunkt eintrete, „zu dem eine der vertragschließenden Parteien [die Nichtigkeit] ordnungsgemäß geltend [gemacht hat]."

Die Bundesregierung weist jedoch in einem allgemeineren Sinne auf die weitreichenden Auswirkungen hin, die eine generelle Ablehnung der These der „rückwirkenden Nichtigkeit" für die Sicherung der Wettbewerbsordnung im Ge-

meinsamen Markt hat und trägt dazu folgende Gesichtspunkte vor: Nach Artikel 85 Absatz 2 des EWG-Vertrags und Artikel 1 der Verordnung Nr. 17 seien Vereinbarungen, die gegen das Kartellverbot des Artikels 85 Absatz 1 verstießen, von Anfang an „nichtig". Die Nichtigkeit trete also unmittelbar „von Gesetzes wegen" ein, so daß Vereinbarungen, die gegen das Kartellverbot verstießen, zu keinem Zeitpunkt rechtliche Wirkungen und Bindungen entfalten könnten.
Folglich habe auch eine Entscheidung der Kommission, mit der die Erteilung eines Negativattests oder die Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 abgelehnt werde, keine konstitutive Rechtswirkung hinsichtlich der Unwirksamkeit einer Kartellvereinbarung.
Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen könne sich aber die Frage einer Ex-tunc- oder Ex-nunc-Wirkung von Entscheidungen, die die Nichtigkeit von Vereinbarungen feststellten, überhaupt nur stellen, wenn solche Entscheidungen rechtskonstitutive Wirkung hätten. Deklaratorische Rechtsakte wirkten daher weder in die Zukunft noch in die Vergangenheit.
Wenn Kartellvereinbarungen, die gegen das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 verstießen, erst mit Wirkung vom Tag der Feststellung der Nichtigkeit durch die Kommission nichtig sein sollten, so müsse diese Feststellung der Kommission rechtsgestaltende „konstitutive" Bedeutung haben. Damit würde jedoch das in Artikel 85 Absatz 1 und 2 verankerte Verbotsprinzip zugunsten eines bloßen Mißbrauchsprinzips aufgegeben. Weder das primäre noch das abgeleitete Gemeinschaftsrecht lasse Anhaltspunkte erkennen, die eine derartige Umdeutung rechtfertigen würden. Es ergebe sich im Gegenteil aus Wortlaut und Systematik der Verordnung Nr. 17, daß Vereinbarungen, die gegen das Kartellverbot des Artikels 85 Absatz 1 verstießen, auch dann von Anfang an nichtig seien, wenn sie von der Anmeldung befreit seien. Für diese Ansicht führt die Bundesregierung folgende Gesichtspunkte ins Feld:

a) Artikel 6 der Verordnung Nr. 17 sehe vor, daß die Freistellung auch rückwirkend erklärt werden könne. Diese Regelung habe nur dann einen Sinn, wenn von der anfänglichen Nichtigkeit ausgegangen werde.

b) Die Absätze 5 und 6 in Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 wären überflüssig und sinnwidrig, wenn die Vereinbarungen ohnehin vorläufig wirksam wären.

c) Die Ausnahmeregelung des Artikels 7 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 lasse e contrario den Schluß zu, daß in allen übrigen Fällen mit der rechtskräftigen Ablehnung der Freistellung die Nichtigkeit der betroffenen Vereinbarung auch für die gesamte Vergangenheit definitiv feststehe.

d) Nach Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 sei die Kommission ausschließlich zuständig, „Artikel 85 Absatz 1 nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages für nicht anwendbar zu erklären". Die Zuständigkeit der Kommission, die Nichtigkeit nach Artikel 85 Absatz 1 und 2 festzustellen, werde nicht erwähnt, da der Verordnungsgeber offensichtlich davon ausgegangen sei, die Feststellung der Nichtigkeit habe ohnehin nur deklaratorische, nicht aber konstitutive Wirkung.

Nach alledem sei die dritte Frage dahin zu beantworten, daß die Nichtigkeit nicht erst von dem Zeitpunkt des Erlasses einer Entscheidung des Gerichtshofes und auch nicht von dem Zeitpunkt ihrer Geltendmachung, sondern bereits von Anfang an eintrete.
Die Regierung der *Französischen Republik* führt aus, die Fragestellung sei ungenau. Es gehe allein darum, den zeitlichen Rahmen des Verbots einer unter Artikel 85 Absatz 1 fallenden Vereinbarung abzustecken. Nach Artikel 85 Absatz 2 sei absolute Nichtigkeit die Folge dieses Verbots.
Soweit es sich um ordnungsgemäß angemeldete oder nicht anmeldebedürftige Vereinbarungen handle, setze die Verbotswirkung voraus, daß die Vergünsti-

gung des Artikels 85 Absatz 3 durch eine Entscheidung der Kommission abgelehnt worden sei. Die Frage sei, ob eine solche Entscheidung Folgen nur für die Zukunft auslöse oder ob sie zurückwirke auf den Zeitpunkt, zu dem die Verbotsvoraussetzungen erfüllt gewesen seien.

Allein die letztere Lösung, so die französische Regierung, sei mit dem deklaratorischen Charakter des Verbots vereinbar, wie er sich aus Artikel 85 ergebe und durch Artikel 1 der Verordnung Nr. 17 bestätigt werde.

Ein weiteres Argument könne aus Artikel 7 der Verordnung Nr. 17 hergeleitet werden. Lediglich in den in dieser Bestimmung vorgesehenen Fällen habe die Kommission die Möglichkeit, durch förmliche Entscheidung die zeitliche Wirkung des Verbotes zu beschränken.

Da die Freistellung von der Anmeldung keinen Einfluß auf die materielle Unwirksamkeit habe, ergebe sich für die nicht anmeldebedürftigen Vereinbarungen keine andersartige Situation.

Zwar heiße es in der vierten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 17 im Hinblick auf die nicht anmeldebedürftigen Vereinbarungen, „daß... einige von ihnen besondere Merkmale aufweisen, die sie weniger gefährlich für die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes machen können", doch handle es sich dabei um eine Bemerkung, die weder die Gültigkeit dieser Vereinbarungen noch deren eventuelle Schädlichkeit präjudiziere. Wenn eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der Rückwirkung des Verbots mit dem EWG-Vertrag vereinbar und von den Verfassern der Verordnung Nr. 17 gewollt gewesen wäre, hätte sie einen Niederschlag in einer ausdrücklichen Bestimmung gefunden. Dies sei jedoch nicht der Fall.

Die französische Regierung folgert daraus, daß die Feststellung der nach Artikel 85 Absatz 2 eintretenden Nichtigkeit in die ausschließliche Zuständigkeit der Behörden der Mitgliedstaaten falle. Es sei Aufgabe der nationalen Gerichte, bei anhängigem Rechtsstreit aus dem mit Nichtigkeitssanktion ausgestatteten Verbot entsprechende Rechtsfolgen abzuleiten.

Die *Kommission* führt aus, die Frage sei zu dreiteilen:

a) „Ist ein nicht anmeldebedürftiges aber dennoch angemeldetes Neukartell (d. h. ein nach Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 gebildetes) als vorläufig gültig anzusehen, bis die nationalen Behörden oder auch die nationalen Gerichte seine Nichtigkeit festgestellt haben?"

Unter Bezugnahme auf das Urteil in der Rechtssache 43/69 meint die Kommission, der Gerichtshof habe die Frage der vorläufigen Wirksamkeit von nicht angemeldeten, von der Anmeldung freigestellten Neukartellen bereits geklärt. A fortiori sei davon auszugehen, daß das gleiche auch für nicht anmeldebedürftige aber dennoch angemeldete Neukartelle gelte.

b) „Von welchem Zeitpunkt an wirkt die Nichtigkeit, wenn sie von den nationalen Gerichten festgestellt wird?"

Zu diesem Punkt ist die Kommission der Ansicht, aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergebe sich, daß die Gerichte der vorläufigen Wirksamkeit eines nicht anmeldebedürftigen aber dennoch angemeldeten Neukartells durch Feststellung seiner Nichtigkeit nach Artikel 85 Absatz 1 und 2 ein Ende bereiten könnten, solange die Kommission kein Verfahren eingeleitet habe.

Diese Nichtigkeitsfeststellung wirke nicht zurück, die Nichtigkeit gelte vielmehr als mit dem Tage des Urteilserlasses festgestellt.

c) „Von welchem Zeitpunkt an wirkt sie, wenn sie von der Kommission festgestellt wird?"

Die Kommission führt aus, die Frage sei noch völlig offen, da sich der Gerichtshof in seinem Urteil vom 18. März 1970 nicht mit den Befugnissen der Kommission befaßt habe. Sie vertritt die Auffassung, ihre eigene Feststellung, daß ein Kartell den Bestimmungen des Artikels 85 Absatz 1 unterliege und ihm die Bestimmungen des Absatzes 3 nicht zugute

kommen könnten, wirke auf den Tag des Abschlusses des streitigen Kartells zurück, und zwar bei nicht anmeldebedürftigen Kartellen ebenso wie bei anmeldepflichtigen Kartellen.

Eine andere Auslegung sei mit dem durch Artikel 85 des Vertrages und durch die Verordnung Nr. 17, insbesondere deren Artikel 5, 6 und 7, geschaffenen System unvereinbar.

Entscheidungsgründe

1 Mit Urteil vom 27. Juni 1972, in der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 11. Juli 1972, hat das Tribunal de commerce Lüttich dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 des Vertrages drei Fragen nach der Auslegung des Artikels 85 des Vertrages und der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, der Ersten Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. 1962, Nr. 13), vorgelegt.

Allgemeine Ausführungen zu den Fragen

2 Seit seinem Inkrafttreten belegt der Vertrag durch Artikel 85 Absatz 2 die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit.

3/5 Zwar wird das in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochene Verbot durch die in Absatz 3 vorgesehene Freistellungsmöglichkeit gemildert, doch enthält der Vertrag keinerlei Übergangsbestimmungen zu den Auswirkungen des zweiten Absatzes auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrages oder der Verordnung Nr. 17 bereits bestehende Vereinbarungen und Beschlüsse. Dieser Umstand hat zu einer um so ungewisseren Lage geführt, als nicht nur die Kommission gegebenenfalls aufgrund der in Artikel 87 vorgesehenen Verordnungen und Richtlinien tätig werden kann, sondern auch die Gerichte wegen der unmittelbaren Geltung von Artikel 85 Absatz 2 befugt sind, die Nichtigkeit verbotener Vereinbarungen und Beschlüsse festzustellen. Während nun der erste Weg eine genügende Geschmeidigkeit zuläßt, um den Besonderheiten des Einzelfalles gerecht zu werden, eröffnet der zweite Absatz des Artikels 85, der darauf abzielt, mit aller Strenge ein gewichtiges Verbot durchzusetzen, seiner Natur nach dem Richter nicht die Möglichkeit, mit derselben Geschmeidigkeit vorzugehen.

6 Zwar haben die Verfasser der Verordnung Nr. 17 bei der Abgrenzung der Kommissionsbefugnisse namentlich in Artikel 7 der Kommission die Möglichkeit gegeben, dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen, doch haben sie nicht — und konnten dies auch gar nicht — die Auswirkungen des zweiten Absatzes von Artikel 85 abgeschwächt; vielmehr wird in Artikel 1 bekräftigt, daß Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander ab-

gestimmte Verhaltensweisen der in Artikel 85 Absatz 1 bezeichneten Art vorbehaltlich der Artikel 6, 7 und 23 der Verordnung verboten sind, ohne daß dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.

7 So wurde die Entscheidung über die Art und Weise, wie die richterliche Anwendung von Artikel 85 Absatz 2 mit der Wahrung des verbindlichen allgemeinen Grundsatzes der Rechtssicherheit in Einklang zu bringen sei, völlig in das Ermessen der Gerichte gestellt.

8 Im Hinblick auf die Anwendung des Artikels 85 Absatz 2 erscheint es daher angebracht, zwischen Vereinbarungen und Beschlüssen, die zur Zeit der näheren Ausgestaltung des Artikels 85 durch die Verordnung Nr. 17 bereits bestanden (nachfolgend Altkartelle genannt), und Vereinbarungen und Beschlüssen, die nach diesem Zeitpunkt zustande gekommen sind (nachfolgend Neukartelle genannt), zu unterscheiden.

9 Was die Altkartelle betrifft, erfordert der vertragliche Vertrauensschutz, daß insbesondere dann, wenn das Kartell den Bestimmungen der Verordnung Nr. 17 entsprechend angemeldet worden ist, der Richter über dessen Nichtigkeit erst befindet, nachdem die Kommission aufgrund dieser Verordnung eine Entscheidung getroffen hat.

10/13 Bei den Neukartellen geht die Verordnung davon aus, daß die Kartellabsprache, solange die Kommission nicht entschieden hat, von den Parteien nur auf eigene Gefahr befolgt werden kann; infolgedessen entfalten Anmeldungen nach Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 keine aufschiebende Wirkung. Wenn auch der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, daß bei der Anwendung der Verbotsvorschrift des Artikels 85 die manchmal erheblichen Verzögerungen berücksichtigt werden, mit denen die Kommission ihre Befugnisse wahrnimmt, so kann dieser Umstand doch den Richter nicht von der Verpflichtung entbinden, die Nichtigkeit zu bejahen, wenn sie von Rechtsuchenden geltend gemacht wird. In einem solchen Falle muß der Richter entscheiden, ob es — ungeachtet der eventuellen Anwendung des Artikels 177 — angebracht erscheint, das Verfahren auszusetzen, damit die Parteien Gelegenheit erhalten, eine Stellungnahme der Kommission einzuholen; zur Aussetzung besteht indessen keine Veranlassung, wenn der Richter feststellt, daß das Kartell entweder keine spürbaren Wirkungen auf den freien Wettbewerb oder den Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten äußert oder seine Unvereinbarkeit mit Artikel 85 außer Zweifel steht. Wenn diese Erwägungen auch in erster Linie Kartelle betreffen, die der Anmeldepflicht gemäß Artikel 4 der Verordnung unterliegen, so gelten sie doch ebenfalls für nicht anmeldebedürftige Kartelle, denn die Befreiung stellt lediglich ein nicht ausschlaggebendes Indiz dafür dar, daß die betreffenden Kartelle im allgemeinen weniger schädlich für das einwandfreie Funktionieren des Gemeinsamen Marktes sind.

Zur ersten Frage

14/15 Die erste Frage geht dahin, ob das Verfahren nach Artikel 2, 3 und 6 der Verordnung Nr. 17 von dem Zeitpunkt an als durch die Kommission eingeleitet anzusehen ist, 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. Die Frage bezieht sich offensichtlich auf die Vorschrift des Artikels 9 Absatz 3 der Verordnung, in der 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 . . . nach Artikel 88 des Vertrages anzuwenden".

16 Es erscheint nicht notwendig, erneut auf die Frage einzugehen, ob Artikel 9 mit der Wendung „Behörden der Mitgliedstaaten auch die nationalen Gerichte einschließt, die Artikel 85 Absatz 2 des Vertrages anwenden; vielmehr genügt es vorliegend festzustellen, daß Artikel 9, indem er von der Einleitung eines Verfahrens nach Artikel 2, 3 und 6 spricht, offensichtlich einen hoheitlichen Rechtsakt der Kommission voraussetzt, der deren Willen zum Ausdruck bringt, eine Entscheidung nach den genannten Artikeln herbeizuführen. Eine bloße Eingangsbestätigung stellt keineswegs eine Willensäußerung dar, sondern ist nichts weiter als eine höfliche Geste der Verwaltung; sie kann daher nicht als ein solcher Rechtsakt angesehen werden.

18 Nach allem kann die bloße Bestätigung des Eingangs eines Antrags auf Erteilung eines Negativattestes oder einer Anmeldung im Hinblick auf eine nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages zu gewährende Freistellung nicht als Einleitung eines Verfahrens nach Artikel 2, 3 oder 6 der Verordnung Nr. 17 angesehen werden.

Zur zweiten Frage

19 Diese Frage geht dahin, ob die 1969 erfolgte Anmeldung eines Mustervertrags als Anmeldung einer im Jahre 1963 geschlossenen gleichartigen Vereinbarung gelten kann.

20/21 Aus der Verordnung Nr. 27/62 der Kommission vom 3. Mai 1962 (ABl. 1962, S. 1118) und den als Anlagen hierzu abgedruckten Formblättern ergibt sich, daß die Kommission — wohl auch zur Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens — die Anmeldung eines Mustervertrags für ausreichend erachtet hat, um eine wirksame Überwachung von Vereinbarungen, die möglicherweise gegen Artikel 85 verstoßen, zu ermöglichen. Die Anmeldung des Mustervertrags erfüllt somit denselben Zweck wie die Anmeldung jedes einzelnen von dem betreffenden Unternehmen geschlossenen Vertrags gleichen Inhalts.

22 Wie jedoch bereits aus den allgemeinen Ausführungen hervorgeht, vermag eine 1969, also nach Ablauf der in Artikel 5 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 2

der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Fristen, erfolgte Anmeldung Vereinbarungen nach Art des angemeldeten Musters, auch wenn diese schon vor Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 bestanden haben, nicht den Charakter von Altkartellen zu verleihen.

23 Sonach gilt die ordnungsgemäße Anmeldung eines Mustervertrags als Anmeldung aller von dem betreffenden Unternehmen — auch zu einem früheren Zeitpunkt — getroffenen Kartellvereinbarungen gleichen Inhalts.

Zur dritten Frage

24 Diese Frage geht dahin, ob die Nichtigkeit der von der Anmeldung befreiten Vereinbarungen aus Artikel 85 Absatz 2 zu dem Zeitpunkt als festgestellt gilt, zu dem einer der Vertragspartner sie ordnungsgemäß geltend macht, oder erst zu dem Zeitpunkt, zu dem die sie feststellende Entscheidung des Gerichtshofes oder der Kommission ergeht.

25/26 Aus den eingangs gemachten allgemeinen Ausführungen ergibt sich, daß die nach Artikel 85 Absatz 2 verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse ohne weiteres nichtig sind. Diese Nichtigkeit ist derart, daß sie diese Vereinbarungen und Beschlüsse in allen ihren vergangenen oder zukünftigen Wirkungen erfaßt.

27 Folglich äußert die in Artikel 85 Absatz 2 statuierte Nichtigkeit auch Wirkungen für die Vergangenheit.

Kosten

28 Die Auslagen der Kommission, der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Französischen Republik, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren vor dem Gerichtshof ein Zwischenstreit in dem vor dem nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreit. Die Kostenentscheidung obliegt daher diesem Gericht.

Aufgrund der Prozeßakten,

nach Anhörung des Berichtes des Berichterstatters,
nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Parteien des Ausgangsverfahrens und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften,
nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts,
aufgrund des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere seiner Artikel 85 und 177,
aufgrund der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (ABl. 1962, S. 204), insbesondere ihrer Artikel 2, 3, 4, 5, 6, 7 und 9,
aufgrund des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft,

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: