beziehen, und die nicht die Tatbestandsmerkmale des Artikels 3 der Verordnung Nr. 67/67 erfüllen, fallen unter die Gruppenfreistellung der Verordnung Nr. 67/67, soweit sie ohne eine Freistellung vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag erfaßt würden.

Kutscher Donner Pescatore Mertens de Wilmars Sørensen

Mackenzie Stuart O'Keeffe Bosco Touffait

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 1. Februar 1977.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS HENRI MAYRAS VOM 7. DEZEMBER 1976 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Mit dieser Rechtssache stehen wir von neuem vor der ganzen Problematik der Beurteilung der sogenannten „Brauereiverträge" im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 1 und des Verhältnisses zwischen den Gemeinschaftsorganen und den staatlichen Gerichten bei der Anwendung dieses Artikels auf die genannten Verträge.

Der Sachverhalt ist folgender:

Am 7. April 1966 hat die Brauerei Concordia in Geraardsbergen (Belgien) mit einem Gastwirtsehepaar einen Vertrag geschlossen, in dem sie diesem ein in 10 Jahren rückzahlbares Darlehen von 300 000 bfrs zu 5 % Jahreszinsen gewährte. Die Wirtsleute verpflichteten sich ihrerseits, in ihrem Unternehmen keine anderen Getränke als die der genannten Brauerei — oder von dieser gelieferte — zu verkaufen, und zwar für die Dauer von 25 Jahren ab dem 1. Mai 1966. Sie verpflichteten sich weiter, diese Verpflichtung bei einer Übertragung ihres Geschäftsbetriebs an ihre Rechtsnachfolger weiterzugeben. Dieses Wettbewerbsverbot sollte, selbst nach völliger Rückzahlung des Darlehens, anläßlich dessen es eingegangen worden war, bis zum 1. Mai 1991 gelten, obwohl es dann streng genommen außer der Pflicht zur Belieferung der Wirtsleute keine Gegenleistung der Brauerei mehr geben würde.

1 — Aus dem Französischen übersetzt.

Der betreffende Geschäftsbetrieb ist am 9. Februar 1973 auf die Eheleute De Norre übertragen worden. Die neuen Inhaber haben, obwohl sie in die Verpflichtungen ihrer Vorgänger voll eingetreten waren, auch Getränke verkauft, die nicht von der Brauerei stammten. Deswegen hat die Brauerei die Rechtbank van eerste aanleg Oudenaarde angerufen, die die Beklagten mit — allerdings nicht vorläufig vollstreckbarem — Zwischenurteil vom 18. Oktober 1975 zur Zahlung von 25 000 belgischen Franken Schadensersatz an die Firma Concordia verurteilt und die endgültige Feststellung des Schadens vorbehalten hat.

In der Berufungsinstanz haben die Eheleute De Norre unter anderem geltend gemacht, der streitige Vertrag, auf den sich die Brauerei stützt, sei nach Artikel 85 EWG-Vertrag verboten und nichtig. Unter diesen Umständen hat der Hof van Beroep Gent mit Zwischenurteil vom 26. Mai 1976 sein Verfahren ausgesetzt und beschlossen, dem Gerichtshof eine Anzahl von Fragen vorzulegen, zu denen ich Stellung zu nehmen habe.

Ich sollte daraufhinweisen, daß man im belgischen Recht unter „Brauereivertrag" einen Vertrag versteht, in dem sich eine Brauerei oder ein Bierhändler unter anderem das Recht zur ausschließlichen Lieferung eines oder mehrerer Getränke vorbehält, die von einem Schankwirt verkauft oder angeboten werden. Ich sollte weiter darauf hinweisen, daß diese Art von Verträgen in Belgien rechtlich erstmals geregelt worden ist durch königliche Verordnung vom 28. November 1961 und daß diese Regelung mit gewissen Änderungen regelmäßig erneuert wurde, zuletzt mit königlicher Verordnung vom 29. Dezember 1972.

Diese Verordnungen entsprechen nach ihren eigenen Worten einem die „Brauereiverpflichtungen" betreffenden Ersuchen, das sich auf die königliche Verordnung Nr. 62 vom 3. Januar 1935 stützt, welche den Erlaß wirtschaftslenkender Regelungen für Produktion und Verteilung erlaubt. Diese Verordnungen sind jedesmal auf Ersuchen einer „unbestreitbaren" Mehrheit von Brauereien, Händlern und Schankwirten ergangen, gegen die sich „keinerlei" Widerspruch erhob. Die Regelung erstreckt eine gewisse Anzahl von Standardverpflichtungen, die von den Mitgliedern der Berufsorganisation der Hersteller oder des Handels „freiwillig" übernommen worden sind, zeitlich befristet auf alle betroffenen Verkehrskreise.

Es ist nicht Sache des Gerichtshofs, den betroffenen Brauereivertrag zu qualifizieren. Im Interesse einer für das vorlegende Gericht nützlichen Antwort und zum Verständnis der Bedeutung der vorgelegten Fragen sei es mir erlaubt festzustellen, daß es sich um ein „Neukartell" im Sinne des üblichen Sprachgebrauchs — weil nach dem 13. März 1962 vereinbart — handelt, an dem nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt waren und das eigentlich weder die Einfuhr noch die Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betraf. Deshalb war es von der Anmeldepflicht befreit und tatsächlich auch nicht bei der Kommission angemeldet. Das Kartell war außerdem weder Gegenstand einer „Beschwerde" der betroffenen Gastwirte bei der Kommission nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17, noch Gegenstand eines Antrags auf Erteilung eines Negativattests im Sinne des Artikels 2 der Verordnung Nr. 17, weder eines Antrags auf Einzelfreistellung (nach Art. 85 Ab. 3) noch eines von der Kommission von Amts wegen nach Artikel 85 Absatz 1 eingeleiteten Verfahrens. Allerdings hat die Kommission am 9. Oktober 1969 die Durchführung einer Allgemeinen Untersuchung über das Braugewerbe (gemäß Art. 12 der Verordnung Nr. 17 des Rates, ABl. C 148 vom 19. November 1969, S. 3) beschlossen und am 18. Juni 1971 drei Einzelentscheidungen an zwei französische und eine belgische Brauerei gerichtet, mit denen sie gemäß Artikel 11 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17 Auskünfte, insbesondere zu den von diesen Brauereien geschlossenen „Verträgen mit Bierbezugsverpflichtung"

(ABl. L 161 vom 19. Juli 1971, S. 2 bis 13), verlangte.

Der Gerichtshof hat bereits mehrmals Gelegenheit gehabt, sich zu den Voraussetzungen zu äußern, unter denen die Wettbewerbsvorschriften des Vertrags von Rom auf derartige Vereinbarungen anwendbar sind.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit will ich versuchen, die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes zunächst in ihren wesentlichen Zügen darzustellen, jedenfalls insoweit als sie für Fälle von der Art des hier vorliegenden relevant ist, und zwar in chronologischer Reihenfolge.

Nach dem Tenor des Urteils des Gerichtshofs vom 12. Dezember 1967 in der Rechtssache 23/67 (de Haecht, Slg. 1967, S. 543 ff.) erfüllen Vereinbarungen (hier: ein Brauereivertrag), durch die sich ein Unternehmen verpflichtet, seinen Bedarf ausschließlich bei einem anderen Unternehmen zu decken, wenn sie einzeln oder gemeinsam *mit anderen* geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwekken oder bewirken, die Tatbestandsmerkmale der Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages.

Es ist also zu untersuchen, ob der Vertrag mit Rücksicht auf die Gesamtheit aller objektiven rechtlichen oder tatsächlichen Begleitumstände geeignet ist, möglicherweise die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar zu beeinflussen, zur Abschottung des Marktes beizutragen und die vom Vertrag gewollte wechselseitige wirtschaftliche Durchdringung zu erschweren. Die Wirkungen eines solchen Vertrages sind in dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem er steht und in dem er zusammen *mit anderen* eine kumulative Auswirkung auf den Wettbewerb haben kann, zu prüfen.

Der Gerichtshof hat hinzugefügt, das Bestehen gleichartiger Verträge sei ein Sachverhalt, der gemeinsam *mit anderen* eine Gesamtheit wirtschaftlicher und rechtlicher Begleitumstände bieten kann, in deren Zusammenhang der Vertrag bei seiner Beurteilung betrachtet werden muß, und für die Prüfung, ob dieses Tatbestandsmerkmal vorliegt, könne die Vereinbarung nicht von *den übrigen* Vereinbarungen getrennt werden, in die sie eingefügt ist.

Dieses Urteil bleibt meines Erachtens auf der Linie des Urteils des Gerichtshofes vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65 (LTM/Maschinenbau Ulm), insbesondere der auf den Seiten 303 f. der Sammlung wiedergegebenen Gründe und der Urteilsformel.

Zum zweiten hat der Gerichtshof auf die Frage, ob „ein *vor dem 13. März 1962* geschlossener ‚Bierlieferungsvertrag' zwischen zwei Unternehmen eines Mitgliedstaats die Ein- und Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17 [betrifft]" und ob „ein solcher Vertrag im Sinne von Artikel 5 Absätze 1 und 2 in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17 anmeldebedürftig [ist]", im Urteil vom 18. März 1970 in der Rechtssache 43/69 (Bilger, Slg. 1970, 135 ff.) entschieden, „ein solcher Vertrag [möge], im *Zusammenhang* mit ähnlichen, eine bedeutende Zahl von Einzelhändlern desselben Staates an einige inländische Erzeuger bindenden Verträgen gesehen, gegebenfalls *geeignet* sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten *zu beeinträchtigen;* dennoch [seien] *diese Verhaltensweisen selbst* gemäß Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 von der Anmeldung befreit, wenn sie nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffen".

Der Tenor des genannten Urteils lautet: „Ein Vertrag zwischen einem Erzeuger und einem selbständigen Einzelhändler, durch den dieser sich verpflichtet, ausschließlich bei jenem im selben Mitglied-

staat ansässigen Erzeuger zu beziehen, und zu dessen Erfüllung die seinen Gegenstand bildenden Waren die Staatsgrenzen nicht zu überschreiten brauchen, betrifft im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17 nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten und ist infolgedessen von der in Artikel 4 Absatz 1 und 5 Absatz 1 dieser Verordnung vorgesehenen Anmeldung befreit."

Auf die Frage, ob der nationale Richter nach Gemeinschaftsrecht über die Nichtigkeit einer Vereinbarung entscheiden kann, die von der Anmeldung befreit ist und nicht angemeldet wurde, obgleich sie unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages fällt, hat der Gerichtshof geantwortet, man könne „nicht annehmen, daß vor oder nach dem 13. März 1962 zustande gekommene Vereinbarungen, die durch die Verordnung Nr. 17 von der Anmeldung befreit sind, rückwirkend nichtig werden, wenn später festgestellt wird, daß sie unter Artikel 85 Absätze 1 und 2 fallen". Mit anderen Worten: „Eine von der Anmeldung befreite und nicht angemeldete Vereinbarung ist solange voll wirksam, wie ihre Nichtigkeit nicht festgestellt ist". Hier haben wir das System der sogenannten „vorläufigen Gültigkeit".

Dies lag vollkommen auf der Linie des Urteils Portelange vom 9. Juli 1969 (Rechtssache 10/69, Slg. 1969, S. 316), in dem es unter anderem heißt: „Solange die Feststellung, 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, nicht getroffen ist, muß jede angemeldete (oder — so füge ich hinzu — von der Anmeldepflicht befreite) Vereinbarung als wirksam gelten." Anders ist die Lage nur dann, wenn die Kommission Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 angewandt hat.

Inzwischen hatte die Brauerei de Haecht am 23. Januar 1969 bei der Kommission das Muster eines „Brauereivertrags" (mit allen in den streitigen Vereinbarungen enthaltenen Klauseln) angemeldet.

Die Brauerei de Haecht behauptete, mit dieser Anmeldung sei das Verfahren vor der Kommission im Sinne der Artikel 2, 3 oder 6 der Verordnung Nr. 17 eingeleitet, so daß gemäß Artikel 9 Absatz 3 dieser Verordnung *nur* die Kommission für die Entscheidung über die Vereinbarkeit der streitigen Vereinbarung mit dem Vertrag zuständig sei. Infolgedessen behauptete sie, *bis* zum Erlaß dieser Entscheidung seien die Vereinbarungen als *gültig* anzusehen.

Das Tribunal de commerce Lüttich, dem das Urteil des Gerichtshofes vom 12. Dezember 1967 vorlag, war allerdings nicht sicher, ob das Verfahren als „eingeleitet" im Sinne des Artikels 9 Absatz 3 anzusehen sei, und fragte sich, ob nicht *außerdem* ein positives Tun der Kommission zu fordern wäre, mit dem diese ihre Absicht zur Fortführung dieses Verfahrens zum Ausdruck gebracht hätte.

Da die Klägerin außerdem beantragte, daß Gericht möge *unverzüglich* über die Begründetheit der Klage entscheiden, und behauptete, die streitigen Alleinbelieferungsverpflichtungen hätten eingehalten werden müssen, legte das Gericht, weil es im Urteil des Gerichtshofes vom 12. Dezember 1967 nicht die vollständige Antwort finden zu können glaubte, dem Gerichtshof am 27. Juni 1972 erneut Fragen vor; eine dieser Fragen ging dahin, ob die Nichtigkeit der von der Anmeldung befreiten Vereinbarungen zu dem Zeitpunkt als festgestellt gilt, zu dem einer der Vertragspartner sie ordnungsgemäß geltend macht, oder erst zu dem Zeitpunkt, zu dem die feststellende Entscheidung des Gerichtshofes oder der Kommission ergeht.

Die Bedeutung des in dieser zweiten Rechtssache de Haecht (48/72) am 6. Februar 1973 verkündeten Urteils des Gerichtshofes (Slg. 1973, 77 ff.) liegt meines Erachtens in folgendem:

Nicht nur die Kommission kann gegebenenfalls aufgrund der in Artikel 87 vorgesehenen Verordnung und Richtlinien tätig werden, sondern es sind auch die *Gerichte* wegen der *unmittelbaren Geltung* von Artikel 85 Absatz 2 befugt, die Nichtigkeit verbotener Vereinbarungen und Beschlüsse festzustellen.

Es ist also zu bestimmen, auf welche Art und Weise die *richterliche* Anwendung von Artikel 85 Absatz 2 mit der Wahrung des verbindlichen allgemeinen Grundsatzes der Rechtssicherheit in Einklang zu bringen ist.

In dieser Hinsicht ist zu unterscheiden zwischen Vereinbarungen, die zur Zeit der Inkraftsetzung des Artikels 85 durch die Verordnung Nr. 17 bereits bestanden („Altkartelle"), und Vereinbarungen, die nach diesem Zeitpunkt zustande gekommen sind („Neukartelle").

Was erstere 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 (aufschiebende Wirkung der Anmeldung).

Was letztere betrifft, so entfaltet die nach Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 vorgenommene Anmeldung (und — so möchte ich hinzufügen — erst recht das Fehlen einer Anmeldung) keine aufschiebende Wirkung, denn die Kartellabsprache kann von den Parteien nur auf eigene Gefahr befolgt werden.

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.

Diese Erwägungen betreffen in erster Linie Kartelle, die der Anmeldepflicht gemäß Artikel 4 der Verordnung unterliegen („im allgemeinen schädlichere Kartelle"); sie gelten jedoch auch 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. Infolgedessen können letztere, selbst wenn sie von der Anmeldepflicht befreit sind, angemeldet werden, da sie zumindest mittelbar die Ein- oder Ausfuhr unter Mitgliedstaaten betreffen können.

Die in Artikel 85 Absatz 2 bestimmte Nichtigkeit kann *alle* Wirkungen der Vereinbarung erfassen, ob sie in der Vergangenheit oder in der Zukunft liegen; sie hat *rückwirkende Kraft.*

Das De-Haecht-II-Urteil war seinerseits durch das Béguelin-Urteil des Gerichtshofes vom 25. November 1971 (Rechtssache 22/71, Slg. 1971, S. 950) vorbereitet worden, in dem es heißt: „... unter Absatz 1 [des Artikels 85] fallende Vereinbarungen, für die keine individuelle oder kollektive Unanwendbarerklärung erfolgt ist, *[sind] nichtig,* soweit ihr Zweck oder ihre Wirkungen mit dem in diesem Absatz ausgesprochenen Verbot unvereinbar sind" (Entscheidungsgründe, Randziffer 26). „Da die Nichtigkeit nach Artikel 85 Absatz 2 absolut ist, erzeugt eine nach dieser Vorschrift nichtige Vereinbarung in den Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragspartnern keine Wirkungen und kann Dritten nicht entgegengehalten werden" (Randziffer 29).

Zugleich wurde in diesem Urteil die zu Brauereiverträgen entwickelte Rechtsprechung über die „kumulative Auswir-

kung" auf Vereinbarungen übertragen, in der territoriale Ausschließlichkeitsbindungen nur zwischen zwei oder mehreren Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten oder aus einem Mitgliedstaat und einem Drittland vereinbart werden. Bei Randziffer 13 der Entscheidungsgründe heißt es, daß „... nicht nur die sich aus den Bestimmungen der Vereinbarung ergebenden Rechte und Pflichten zu berücksichtigen [sind], sondern auch der wirtschaftliche und rechtliche Gesamtzusammenhang, in den sich die Vereinbarung einfügt, und namentlich das etwaige Bestehen ähnlicher Vereinbarungen des gleichen Herstellers mit Konzessionären in anderen Mitgliedstaaten".

Und weiter heißt es dann (Entscheidungsgründe Randziffer 18), es müsse für die Feststellung, ob die Vereinbarung den Handel zwischen Mitgliedstaaten und den Wettbewerb spürbar beeinträchtigt und deshalb unter die Verbotsvorschrift des Artikels 85 Absatz 1 fällt, „vor allem berücksichtigt werden, welcher Art die von der Vereinbarung erfaßten Waren sind, ob es sich um beschränkte Mengen handelt oder nicht, welche *Stellung* der Konzedent und der Konzessionär auf dem Markt der fraglichen Waren einnehmen, ob die Vereinbarung *allein* steht oder sich im Gegenteil in ein *System* von Vereinbarungen einfügt, ob die Ausschließlichkeit durch strenge Klauseln gesichert ist oder im Gegenteil Wiederausfuhren und Paralleleinfuhren erlaubt und damit Möglichkeiten offengelassen sind, die gleichen Waren auch auf anderen Absatzwegen zu vertreiben".

Allerdings ist nach Auskunft der Kanzlei des Tribunal de commerce Lüttich seit Erlaß des zweiten Urteils De Haecht durch den Gerichtshof am 6. Februar 1973 das Verfahren vor diesem Gericht „nicht mehr betrieben worden". Jedoch hat der Gerichtshof mit Urteil vom 30. Januar 1974 (Sabam/BRT, 127/73 — Slg. 1974, S. 51) bestätigt, daß die Artikel 85 Absatz 1 und 86 unmittelbar in der Person einzelner Rechte entstehen lassen, welche die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben, insbesondere in vor diesen Gerichten ausgetragenen Rechtsstreitigkeiten des Privatrechts, in dem als Vorfrage der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder die Zulässigkeit eines Kartells erörtert wird.

Leitet die Kommission ein Verfahren nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 (wegen Art. 85 Abs. 1 oder auch wegen Art. 86) *ein*, so kann das angerufene nationale Gericht seine Entscheidung aussetzen, bis die Kommission ihr Verfahren abgeschlossen hat, wenn ihm das aus Gründen der Rechtssicherheit geboten erscheint, oder aber sein Verfahren mit der Feststellung fortsetzen, daß die umstrittene Verhaltensweise *offensichtlich* nicht geeignet ist, spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb oder den Handel zwischen Mitgliedstaaten hervorzubringen, oder daß ihre Unvereinbarkeit mit Artikel 86 (oder mit Art. 85) *außer Zweifel steht.*

Schließlich verweist der Hof van Beroep Gent noch auf das Urteil des Gerichtshofes vom 3. Februar 1976 in der Rechtssache 63/75, Fonderies Roubaix (Slg. 1976, 116 ff.).

In dieser Rechtssache ging es um die Frage, ob ein zwischen zwei Unternehmen in einem Mitgliedstaat abgeschlossener Vertrag über den ausschließlichen Vertrieb von aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführten Waren in dem erstgenannten Mitgliedstaat als die Einfuhr „betreffend" anzusehen und deshalb gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 des Rates anzumelden war.

Es ging weiter um die Frage, ob ein solcher Vertrag, sofern er dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 unterliegt *und* nicht unter die Gruppenfreistellung nach Artikel 1 der Verordnung Nr. 67/67 der Kommission vom 22. März 1967 (ABl. Nr. 57 vom 25. März 1967, S. 849) fällt, vorher angemeldet werden mußte, damit für ihn nach Artikel 85 Absatz 3 eine *Einzelfreistellung* vom Verbot gewährt werden konnte.

Der Gerichtshof hat entschieden, Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 bestimme, daß Vereinbarungen der in Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages bezeichneten Art, die nach dem 13. März 1962, dem Tag des Inkrafttretens der Verordnung Nr. 17, zustande gekommen sind, bei der Kommission anzumelden seien, um für die Vergünstigung des Artikels 85 Absatz 3 in Betracht zu kommen; nach Absatz 2 Ziffer 1 der Bestimmung sei die Anmeldung jedoch nicht erforderlich, wenn es sich um Vereinbarungen handelt, an denen nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind, *und* die Vereinbarungen nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffen.

Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 — heißt es in diesem Urteil — verfolge Ziele der Verwaltungserleichterung, indem er „die Unternehmen nicht zur Anmeldung solcher Vereinbarungen verpflichtet, die zwar unter Artikel 85 Absatz 1 fallen können, jedoch aufgrund ihrer besonderen Merkmale allgemein als *weniger schädlich* für die Ziele dieser Bestimmung erscheinen und deshalb *sehr wahrscheinlich* für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 *geeignet* sind".

Hiermit habe ich, wie ich glaube, so objektiv wie möglich die Rechtsprechung des Gerichtshofes wiedergegeben, deren letztem Stand ich nach einem Grundsatz geordneter Rechtspflege folgen werde. Diese Rechtsprechung braucht für die Beantwortung der vom nationalen Gericht im Rahmen des vor ihm anhängigen Verfahrens gestellten Fragen nur auf dessen Sachverhalt bezogen zu werden.

I — Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, welche Begleitumstände gegebenenfalls *neben* der kumulativen Auswirkung gleichartiger Alleinbezugsvereinbarungen im Brauereisektor bei der Beurteilung, ob Artikel 85 Absatz 1 auf den ihm unterbreiteten Vertrag anwendbar ist, zu berücksichtigen sind.

Diese Frage scheint mir mehr in die Rechtsprechung des Gerichtshofes hineinzulesen, als darin steht: Der Gerichtshof hat gesagt, man müsse die getroffene Vereinbarung zusammen mit „allen anderen" betrachten, um gewissermaßen eine „wirtschaftliche Bilanz" zu ziehen oder — mit den Worten des belgischen Gesetzgebers — „zu untersuchen, ob die betroffene Regelung tatsächlich insgesamt darauf abzielt, die für eine Förderung des lauteren Wettbewerbs unter den Herstellern und im Handel notwendigen Voraussetzungen aufrechtzuerhalten". Diese Gesamteinschätzung ermögliche die Beurteilung der einzelnen Vereinbarung. Der Gerichtshof hat nicht gesagt, daß neben der kumulativen Auswirkung dieser Vereinbarungen noch andere Gesichtspunkte zu beachten seien. Diese Gesichtspunkte, die Sie nach dem Wunsch des belgischen Gerichts genauer formulieren sollen, brauchen, soweit sie nicht mit der bereits erwähnten kumulativen Auswirkung zusammenfallen, nur insoweit untersucht zu werden, als die Beurteilung dieser Vereinbarung nicht zu der Feststellung ausreicht, daß der zu beurteilende Vertrag die Voraussetzungen des Verbots des Artikels 85 Absatz 1 erfüllt. Infolgedessen hat das Gericht für die Beurteilung der möglichen Auswirkung des Netzes von Brauereiverträgen zu untersuchen, um welche Art und welche Mengen von Bier es sich handelt, die über diese Verträge vertrieben werden, und welche Möglichkeiten der „gebundene" Schankwirt hat, sich mit anderem Bier zu versorgen; das Gericht hat in diesem Zusammenhang zu beurteilen, wie streng die Vertragsklauseln sind.

Diese Untersuchung muß sich nicht nur auf die Verträge erstrecken, die die gleiche Brauerei mit anderen Schankwirten geschlossen hat, *sondern* auch auf die Gesamtheit der Verträge *aller* Brauereien des betroffenen Mitgliedstaats mit den dort ansässigen Schankwirten.

Verständlicherweise sind die nationalen Gerichte über eine solche Aussicht nicht sehr glücklich, denn sie sind nicht gerü-

stet für eine Untersuchung mit dem Ziel der Feststellung, ob es über einzelne *individuelle* Verträge zwischen einem Hersteller und einem Händler hinaus etwa noch eine *abgestimmte Verhaltensweise* gibt, die zumindest mittelbar bewirkt, daß beim innergemeinschaftlichen Handel kein vollkommener Wettbewerb herrscht.

Um dem abzuhelfen, schlägt die Kommission in ihrer schriftlichen Erklärung vor, „zwischen *geringfügigen* und *erheblichen* Beiträgen zu der genannten kumulativen Auswirkung ..." zu unterscheiden. Die weniger bedeutenden Hindernisse für den Marktzugang unterscheiden sich *deutlich* von den bedeutenderen Hindernissen ... Es ist möglich festzustellen, ob die Unzugänglichkeit des Marktes zum großen Teil auf eine Anhäufung geringfügiger Hindernisse oder auf die kumulative Auswirkung erheblicherer Behinderungen zurückzuführen ist." Die Kommission fügt hinzu, diese Unterscheidung werfe „keine unüberwindlichen Schwierigkeiten" auf. Im Ergebnis schlägt sie, wenn auch mit erheblichen Vorbehalten, „quantitative Orientierungsdaten" vor, die der Gerichtshof mangels „administrativer Entscheidungspraxis" gelegentlich des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens billigen soll. Danach sollen alle mit Brauereiverträgen arbeitenden Vertriebsnetze, die (wie im Fall der Brauerei Concordia) weniger als 100 000 hl jährlich absetzen, nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fallen.

Dies ist vielleicht der Kern des Entwurfs, den die Kommission anderweitig zum Erlaß konkreter Rechtsvorschriften betreffend Brauereiverträge ausarbeiten möchte.

Nach meiner Auffassung kann man im Rahmen des vorliegenden Falls unmöglich auf diese Aufforderung der Kommission eingehen, die in unangenehmer Weise an die Theorie der „kleinen" Mißbräuche einer marktbeherrschenden Stellung erinnert, die sie bei anderer Gelegenheit vor dem Gerichtshof entwickelt hat.

Zum ersten bleiben wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen auch dann per definitionem „wettbewerbsbeschränkend", wenn sie gegenüber anderen, erheblicheren, von vergleichsweise geringer Bedeutung sind. Es geht nicht darum, den jeweiligen Anteil der geringfügigen und der bedeutenderen Beschränkungen für die Unzugänglichkeit des Marktes zu bestimmen und herauszufinden, ob ein Vertrag diese Unzugänglichkeit noch verstärken kann. Es geht darum, ob dieser Markt tatsächlich offen oder geschlossen ist und ob dies auf das Zusammenwirken aller Wettbewerbshindernisse insgesamt genommen zurückzuführen ist, einerlei, ob diese Hindernisse bedeutend oder geringfügig sind.

Jeder Beitrag zu der „kumulativen Auswirkung", ob er nun geringfügig oder bedeutend ist, bleibt ursächlich für diese Auswirkung.

Zum zweiten erscheint es mir jedenfalls äußerst schwierig – die Zuständigkeit des Gerichtshofes einmal vorausgesetzt –, die quantitative Schwelle festzusetzen, von der an ein Betrag zu einer Wettbewerbsbeschränkung als verboten anzusehen ist. Es ist nicht Sache des Gerichtshofes, „im Rahmen der gerichtlichen Zusammenarbeit" auf der Grundlage statistischen Materials, das außerdem je nach seiner Quelle sehr verschieden ausfällt und meines Erachtens zu Recht im Verfahren umstritten war, „Prozentsätze" festzusetzen.

Die am Ausgangsverfahren beteiligten Wirtsleute, die gelegentlich eines Darlehens über 300 000 FB eine Ausschließlichkeitsbindung über 25 Jahre gegenüber der Brauerei Concordia eingegangen sind, und – möchte ich hinzufügen – ihre Gäste, die das Bier einer anderen Brauerei haben möchten, würden nicht verstehen, daß man ihnen aufgrund der von der Kommission vorgeschlagenen 100 000-hl-Regel einen Brauereivertrag entgegenhalten könnte, weil diese Brauerei über das Netz ihrer Lieferverträge nur bestenfalls 75 000 hl jährlich absetzt,

während nach der gleichen Regel die mit der Brauerei De Haecht streitenden Gastwirte, die ein Darlehen über 52 000 FB vereinbart und einen Exklusivbezug nur für fünf Jahre zugestanden hatten, rechtswirksam die Unvereinbarkeit ihres Brauereivertrags geltend machen könnten. Der Umstand, daß die Brauerei De Haecht über etwa 7 % des belgischen Bierausstoßes verfügt und über das Netz ihrer Lieferverträge mehr als 100 000 hl vertreibt, macht in der Sache keinen Unterschied. Die einen wie die anderen müssen verlangen können, daß die ihnen nach Artikel 85 Absatz 1 zustehenden Rechte von den nationalen Gerichten geschützt werden. Die geringste „administrative Entscheidungspraxis" der Kommission wäre nützlicher als alle Erklärungen gelegentlich eines Auslegungsersuchens, und es erscheint unverständlich, warum die Kommission zu dem bei ihr angemeldeten Vertrag, um den es in der Sache De Haecht ging, nicht in dem einen oder anderen Sinne Stellung genommen hat.

In meinen ersten Schlußanträgen in der Rechtssache Sabam/BRT hatte ich — zumindest für den Fall, daß die Kommission ein Verfahren nach den Artikeln 2, 3 oder 6 der Verordnung Nr. 17 eingeleitet haben sollte — vorgeschlagen zu entscheiden, daß die nationalen Gerichte zur Aussetzung ihres Verfahrens verpflichtet sind. Aber abgesehen von dem Umstand, daß die Kommission noch *kein* Verfahren im Sinne des Artikels 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 eingeleitet hat (die von ihr im Oktober 1969 gemäß Art. 12 dieser Verordnung eröffnete allgemeine Untersuchung kann nach dem Urteil des Gerichtshofes vom 6. Februar 1973 nicht als ein solches Verfahren angesehen werden), scheint sich mir die *Verpflichtung* der nationalen Gerichte zur unmittelbaren Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 unweigerlich aus der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofes zu ergeben.

Insbesondere ist es ausgeschlossen, daß die nationalen Gerichte eine Aussetzung des Verfahrens beschließen, um den Parteien Gelegenheit zu geben, eine Stellungnahme der Kommission (wie noch im Urteil des Gerichtshofes vom 6. Februar 1973 angenommen) herbeizuführen, wenn der streitige Vertrag noch nicht einmal angemeldet worden ist und wenn selbst die Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission die nationalen Stellen nicht automatisch von der Pflicht zu eigener Entscheidung befreit.

Vorbehaltlich der Möglichkeit des Artikels 177 EWG-Vertrag bleiben die nationalen Behörden also zuständig, nach den eben angeführten Kriterien zu entscheiden.

Die übrigen Fragen des Hof van Beroep Gent lassen den Wunsch erkennen, diesem Dilemma durch eine Gruppenfreistellung oder durch eine Einzelfreistellung zu entgehen; auf diese Punkte werde ich im folgenden eingehen.

II — Die zweite Frage des Hof van Beroep Gent geht dahin, ob die Erklärung über die Nicht-Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 1 bis zum 31. Dezember 1982, mit anderen Worten die „Gruppenfreistellung" nach Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 67/67 der Kommission vom 22. März 1967 unter anderem nur denjenigen Verträgen zugute kommen kann und darf, an denen nur zwei Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten beteiligt sind *und* in denen sich eines dieser Unternehmen verpflichtet, zum Zwecke des Wiederverkaufs innerhalb eines abgegrenzten Gebiets des Gemeinsamen Marktes nur bei dem anderen zu kaufen.

Da der betroffene Brauereivertrag nur zwei Unternehmen aus ein und demselben Mitgliedstaat verbindet und kein Vertragsgebiet im Sinne dieser Vorschrift festlegt, könne — so die Begründung — per definitionem weder eine Freistellung noch ein Verbot eingreifen.

Ein Vertrag der hier streitigen Art fällt meines Erachtens unter Artikel 1 Ab-

satz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 67/67. Dort ist nur von einer Verpflichtung, (zum Zwecke des Weiterverkaufs) nur bei der anderen Vertragspartei zu kaufen, die Rede, ohne daß gesagt wird, daß dieser Weiterverkauf „innerhalb eines abgegrenzten Gebiets des Gemeinsamen Marktes" stattfinden muß. Es liegt aber auf der Hand, daß ein Brauereivertrag den ausschließlichen Kauf von Bier zum Zwecke des Weiterverkaufs in einem bestimmten „Betrieb innerhalb eines Mitgliedstaates", also „innerhalb eines abgegrenzten Gebietes des Gemeinsamen Marktes", im Auge hat.

Daß es also an der genauen Abgrenzung eines Teils des Gemeinsamen Marktes fehlt, ist nicht entscheidend.

Es bleibt die Frage, ob die Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Sache Fonderies Roubaix sich auch auf die im Braugewerbe herkömmlichen Alleinbelieferungsverträge übertragen läßt, die zwischen Unternehmen aus einem Mitgliedstaat abgeschlossen werden.

So gesehen läuft die vorgelegte Frage darauf hinaus, ob der betroffene Vertrag, der nicht angemeldet zu werden brauchte, automatisch unter eine Gruppenfreistellung fallen konnte, oder ob der Umstand, daß er nicht unbedingt angemeldet werden mußte, die Möglichkeit, ihm die Freistellung zu versagen, durchaus nicht ausschließt.

Der umstrittene Vertrag wurde am 13. März 1962 geschlossen; an ihm waren nur zwei Unternehmen aus dem gleichen Mitgliedstaat beteiligt; obwohl der Vertrag unmittelbar weder die Einfuhr noch die Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betrifft, weist der Hof van Beroep Gent selbst darauf hin, daß „die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Handelsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten durch *die kumulative Wirkung* gleichartiger Verträge spürbar beeinträchtigt wird", und daß „die Durchführung von Alleinbelieferungsverträgen zwischen Unternehmen aus dem gleichen Mitgliedstaat zwar nicht das Überschreiten einer Grenze erfordert", jedoch nicht ausgeschlossen ist, daß „derartige Verträge in Wirklichkeit für eine der Parteien auf ein *unmittelbares* Verbot der Einfuhr von Waren aus anderen Mitgliedstaaten hinauslaufen". Derartige Verträge sind nicht anmeldepflichtig. Die betroffenen Unternehmen werden aber durch nichts daran gehindert, sie – mit allen sich daraus ergebenden Rechtsvorteilen – anzumelden. Dies ist ihrer eigenen Verantwortung überlassen.

Es mag sein, daß diese Verträge – wie der Gerichtshof selbst gesagt hat – unter Absatz 3 des Artikels 85 fallen können. Das Fehlen einer Anmeldepflicht kann aber nicht als Argument für eine *automatische* Gruppenfreistellung geltend gemacht werden, und es schließt ebenfalls nicht die *Möglichkeit* der Verweigerung einer Einzelfreistellung aus. Der Umstand, daß es sich bei dem den Gegenstand des Vertrages bildenden Erzeugnis um ein inländisches Erzeugnis handelt – es ist übrigens nicht ausgeschlossen, daß das von der Brauerei gelieferte Bier in Wirklichkeit aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführt ist –, bedeutet für sich allein ebenfalls nicht, daß ein Bündel von *Verhaltensweisen,* durch die eine große Zahl von Einzelhändlern in einem Mitgliedstaat an einige inländische Hersteller gebunden werden – und denen ähnliche Verhaltensweisen in anderen Mitgliedstaaten entsprechen –, also auch der hier streitige Vertrag, als den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht zu beeinträchtigen geeignet angesehen werden muß. Dies hat übrigens das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 22. Juli 1971 im Anschluß an das Bilger-Urteil des Gerichtshofes ausgeführt.

Ein Satz der Entscheidungsgründe des Urteils des Gerichtshofes vom 6. März 1974 in den verbundenen Rechtssachen 6 und 7/73 (Commercial Solvents, Slg. 1974, 254) ergibt sich aus dem gleichen Gedanken: Es müssen „alle Auswirkungen" des betreffenden Verhaltens oder Vertrages „auf die Konkurrenz*struktur*

im Gemeinsamen Markt" — so heißt es dort — „in Betracht [gezogen werden], ohne dabei zwischen der zum Vertrieb innerhalb des Gemeinsamen Marktes und der zum Export bestimmten Produktion zu unterscheiden". Es mag zwar zutreffen, daß Brauereiverträge in der Regel eine Intensivierung der vertraglichen Beziehungen zwischen der Brauerei und dem vertraglich gebundenen Gastwirt bewirken, es muß aber auch an ein Argument erinnert werden, das im Jahre 1956 in Belgien gegen die zeitweilig beabsichtigte Annahme eines Gesetzesvorschlags zur Kontrolle der Brauereiverträge vorgebracht worden ist. „Das letzte Argument der Brauereien bezieht sich auf die Praxis in allen anderen Ländern mit einer Brauwirtschaft (England, Deutschland, Holland, Frankreich, Luxemburg), in denen Ausschließlichkeitsbindungen so sehr die Regel sind, daß es äußerst schwierig ist, in diese Länder zu exportieren, in denen der Handel sich vollkommen in der Hand der Produzenten befindet. Die Brauereien behaupten, die bei uns beabsichtigte Regelung würde die Einfuhr ausländischen Biers erleichtern, während für unser Bier in allen Nachbarländern die Tür verschlossen bliebe. Diese Gefahr verstärkt sich noch zum gegenwärtigen Zeitpunkt, da gerade die Zollschranken zwischen den Mitgliedstaaten beseitigt werden" (Yves Ranscelot, Les contrats de brasserie et leur réglementation, *in* Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1957, S. 197).

Die analoge Anwendung der Grundsätze des Urteils Fonderies Roubaix setzt die Feststellung durch das nationale Gericht voraus, daß der betreffende Brauereivertrag — im Verband mit allen anderen Brauereiverträgen — nicht geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Aber der Hof van Beroep Gent will so weit nicht gehen, er fragt lediglich, ob dieser Vertrag nicht so behandelt werden kann, *als sei er* tatsächlich angemeldet worden. Das ist natürlich nicht möglich.

Man könnte sich in der Tat fragen, ob das Urteil Fonderies Roubaix (Randziffer 15 der Entscheidungsgründe) nicht ganz allgemein und endgültig die Verträge, an denen nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind und die den Weiterverkauf von Waren innerhalb dieses Mitgliedstaats betreffen (Artikel 1 Absatz 2 der Verordnung Nr. 67/67) von der Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 ausnehmen wollte, weil es in der dritten Begründungserwägung der genannten Verordnung heißt: „Da Alleinvertriebsvereinbarungen innerhalb eines Mitgliedstaats *nur ausnahmsweise* geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, besteht kein Bedürfnis, sie in diese Verordnung einzubeziehen."

Ich halte das für zweifelhaft, weil

1. selbst die Kommission, die nach Artikel 85 Absatz 3 und 87 des Vertrages in Verbindung mit Artikel 1 der Verordnung Nr. 19/65 des Rates vom 2. März 1965 dafür allein zuständig ist, diese Gruppe von Vereinbarungen nicht ausdrücklich *freigestellt hat;*
2. diese Schlußfolgerung der ganzen früheren Rechtsprechung des Gerichtshofes zu der „kumulativen Auswirkung" insbesondere der sogenannten Brauereiverträge zuwiderliefe;
3. der Gerichtshof selbst erklärt hat (Slg. 1976, S. 119, Randziffer 19), daß Absatz 2 nicht bezwecke, solche Vereinbarungen von der Gruppenfreistellung (also auch vom Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 und folglich der Verordnung Nr. 67/67) auszuschließen, die zwar zwischen zwei Unternehmen aus einem Mitgliedstaat geschlossen wurden, aber gleichwohl *ausnahmsweise* geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, und darüber hinaus sämtliche Voraussetzungen des Artikels 1 der Verordnung Nr. 67/67 erfüllen. Eine Gruppenfreistellung für derartige Vereinbarungen ist weiterhin möglich, sie kann jedoch ausdrücklich nur von der Kommission erteilt werden.

III — Weil nach Artikel 1 Absatz 2 der Verordnung Nr. 67/67 „Absatz 1 ... auf

Vereinbarungen, an denen nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind und die den Weiterverkauf von Waren innerhalb dieses Mitgliedstaats betreffen, [nicht anwendbar ist]", und davon ausgehend, daß die dieser Definition entsprechenden Brauereiverträge *ohne weiteres* außerhalb des Anwendungsgebiets des Artikels 85 Absatz 1 liegen und *automatisch* zeitlich unbegrenzt und ohne Beschränkung auf die „in dieser Verordnung genannten Voraussetzungen" von der Verbotsvorschrift dieses Artikels freigestellt sind, fragt das vorlegende Gericht drittens, ob die Freistellung von der Anmeldepflicht nach Artikel 4 Absatz 2 Ziffer 1 der Verordnung Nr. 17 für derartige Verträge gilt, wenn sie in Wirklichkeit auf ein *unmittelbares* Verbot von Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten hinauslaufen.

Damit ist erneut das Problem der wirtschaftlichen Gesamtbeurteilung aufgeworfen, von dem ich weiter oben gesprochen habe. Ich möchte mich auf den Hinweis beschränken, daß es den Unternehmen keineswegs verboten ist, solche Vereinbarungen bei der Kommission anzumelden; im Gegenteil, nach Artikel 4 letzter Absatz der Verordnung Nr. 17 *„können* [diese Vereinbarungen] bei der Kommission angemeldet werden". Diese Anmeldung ist die notwendige Voraussetzung für eine Einzelfreistellung von „Neukartellen". Es steht den Unternehmen auch frei, bei der Kommission die Erteilung eines Negativattests im Sinne des Artikels 2 der Verordnung Nr. 17 zu beantragen.

Die Unternehmen müssen also selbst Überlegungen anstellen, die „Schädlichkeit" ihrer Verträge beurteilen und sich gegebenenfalls die Rechtsvorteile einer vorsorglichen Anmeldung verschaffen.

IV – Wenn derartige Verträge unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fallen, so sind sie – wie der Gerichtshof gesagt hat – nichtig (Art. 85 Abs. 2). Die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes scheint allerdings für den Hof van Beroep etwas verwirrend.

Mit seiner vierten Frage, die insoweit an die erste anknüpft, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ungeachtet der „kumulativen Wirkung aller anderen Verträge" *eine für sich allein relativ unbedeutende* Alleinbezugsvereinbarung der Nichtigkeit nach Artikel 85 Absatz 2 entgehen kann, und wenn ja, auf Grund welcher Kriterien, oder ob vielmehr die *Gesamtheit* der sich zusammengenommen negativ auswirkenden Verträge von der Nichtigkeit erfaßt wird.

Es sei mir gestattet, hier auf meine früheren Ausführungen zu verweisen. Ich möchte hinzufügen, daß auf diesem Gebiet ein Eingreifen der Kommission in Form eines Verbots oder einer Freistellung aller Brauereiverträge insgesamt oder in Form einer Genehmigung vorbehaltlich gewisser Voraussetzungen hinsichtlich Dauer und Absatzmenge im Interesse der Rechtssicherheit höchst wünschenswert, ja notwendig wäre. Nun ist aber die Kommission in diesem Zusammenhang auf Informationen angewiesen, woraus sich die Nützlichkeit der Anmeldungen und einer Untersuchung ergibt, zu der sich die Kommission schließlich im Jahre 1969 entschlossen hat, die aber bisher noch zu keiner konkreten Maßnahme geführt hat. Die Kommission kann übrigens gemäß Artikel 8 der Verordnung Nr. 17 ihre Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden; wenn ein Vertrag trotz Freistellung von der Anmeldepflicht tatsächlich angemeldet worden ist, kann die Kommission Artikel 85 Absatz 3 für anwendbar erklären und bestimmen, von welchem Zeitpunkt an ihre Erklärung wirksam wird; der Eintritt der Wirksamkeit kann vor dem Tag der Entscheidung liegen und bis zum Tag der Anmeldung zurückreichen; in bestimmten Fällen, insbesondere wenn die Verträge nicht anmeldepflichtig waren, kann die rückwirkende Kraft der Entscheidung bis zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurückreichen (Art. 6 Abs. 2).

Den nationalen Gerichten jedoch läßt die Rechtsprechung des Gerichtshofes

nur die absolute Waffe der Nichtigkeit. Diese Gerichte stehen also vor folgendem Dilemma: Entweder wenden sie Artikel 85 Absatz 1 an oder sie erklären Artikel 85 Absatz 1 für sachlich auf den Vertrag nicht anwendbar, ohne daß auf Artikel 85 Absatz 3 zurückgegriffen werden müßte, wobei allerdings, wenn auch nur soweit von der Kommission ein Verfahren eingeleitet worden ist, die Möglichkeit der Aussetzung besteht. Auch hier kann man verstehen, daß die nationalen Gerichte ob der Verantwortung, vor die sie gestellt sind, in Verlegenheit geraten.

Eines erscheint nach dem Urteil des Gerichtshofes vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache LTM/Maschinenbau Ulm (Slg. 1966, 304) gesichert: Ohne weiteres nichtig sind nur diejenigen Teile der Vereinbarung, die unter das Verbot fallen; die gesamte Vereinbarung ist es nur dann, wenn sich diese Teile nicht von den anderen Teilen der Vereinbarung trennen lassen. *Alle* sonstigen nicht von dem Verbot betroffenen vertraglichen Bestimmungen werden nicht vom EWG-Vertrag erfaßt und sind daher nicht nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilen.

Diese Antwort würde das vorlegende Gericht aber nicht zufriedenstellen. Gestützt auf gewisse Hinweise in den Urteilen des Gerichtshofes besteht der Hof van Beroep auf einer Antwort auf die Frage, ob ein Vertrag bei Berücksichtigung der *schwachen Stellung* der Beteiligten auf dem Markt der betroffenen Erzeugnisse den Markt nur unbedeutend beeinträchtigen und deshalb dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 entgehen kann. Hierzu müßte *der Vertrag individuell* und losgelöst von ähnlichen Verhaltensweisen innerhalb des Gemeinsamen Marktes betrachtet werden (Urteil Bilger, Slg. 1970, 136), es müßten seine Wirkungen „getrennt von dem Bündel in die gleiche oder andere Richtungen gehender Wirkungen, dem sie angehören, betrachtet werden" (Urteil De Haecht I, Slg. 1967, 555). Eine derartige Betrachtungsweise erscheint mir gewiß möglich, und der Gerichtshof hatte sie vor seinem Béguelin-Urteil für Verträge zwischen Unternehmen aus mehreren Mitgliedstaaten, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten betreffen, praktiziert.

Die vom nationalen Gericht — entsprechend dem Urteil des Gerichtshofes vom 12. Dezember 1967 — vorzunehmende Beurteilung hätte außerdem die vom Gerichtshof im Völk-Urteil vom 9. September 1969 für Alleinvertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz zwischen Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten aufgestellten Grundsätzen zu berücksichtigen, die folgendermaßen lauten:

„Es ist möglich, daß eine Alleinvertriebsvereinbarung selbst bei absolutem Gebietsschutz *mit Rücksicht auf die schwache Stellung,* welche die Beteiligten auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse im geschützten Gebiet haben, nicht unter das in Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag enthaltene Verbot fällt" (Rechtssache 5/69, Slg. 1969, 303).

Das setzt aber voraus, daß es erheblichen Handelsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten gibt und daß diese Verträge, selbst zusammen mit vergleichbaren Verträgen betrachtet, nur geringe Auswirkungen auf diesen Handelsaustausch haben. Jedoch würde die Berücksichtigung der Marktstellung oder der Bedeutung der betroffenen Unternehmen bei Erzeugnissen, für die es nur einen minimalen oder schwachen Handelsaustausch gibt, schließlich die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes zur kumulativen Auswirkung aushöhlen, und ich möchte nicht die Verantwortung übernehmen, einen solchen Vorschlag im Hinblick auf Brauereiverträge zu machen.

V — Mit seiner fünften Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob es sein Verfahren aussetzen muß oder darf, wenn eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 noch möglich bleibt. Ohne Zweifel würde das Gericht eine Antwort vorziehen, die ihm insoweit eine gewisse Freiheit ließe. Nach meiner Auffassung ist die Frage aber durch das Urteil des

Gerichtshofes in der Rechtssache Sabam/BRT eindeutig gelöst. In der Tat hätte man meinen können, wenn eine der Vertragsparteien eine Freistellung beantragt oder zumindest die Kommission tatsächlich ein Verfahren eingeleitet hat, wäre das Gericht, vor dem über die Gültigkeit des Vertrages gestritten wird, verpflichtet gewesen, sein Verfahren auszusetzen, bis die Kommission ihrerseits über den Freistellungsantrag entschieden oder das von ihr selbst eingeleitete Verfahren zu einem positiven oder negativen Ende gebracht hat. Nun hat aber der Gerichtshof diese Auffassung nicht übernehmen zu dürfen geglaubt; nach seiner Auffassung *kann* das Gericht sein Verfahren aussetzen, jedoch nur, wenn die Kommission ein Verfahren eingeleitet hat.

Die gleiche Lösung hätte meines Erachtens zu gelten, wenn ein Freistellungsantrag vorliegt, über den die Kommission zu entscheiden hat.

Aber der Umstand, daß eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 auch künftig theoretisch möglich bleibt, wenn sie wirklich beantragt wird, enthebt das nationale Gericht nicht der Pflicht zur Entscheidung.

Ausgeschlossen ist weiter, daß das nationale Gericht eine Aussetzung seines Verfahrens beschließt, um eine Stellungnahme der Kommission herbeizuführen, wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 6. Februar 1973 in einem obiter dictum ausgeführt hat. Ebensowenig kann das nationale Gericht über die Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 3 entscheiden, weil die Ausübung dieser Befugnis der Kommission in Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 vorbehalten ist. Wegen der unmittelbaren Wirkung des Artikels 85 Absatz 1 *muß* das nationale Gericht entscheiden, vorbehalten bleibt ihm nur der Rückgriff auf Artikel 177. Es stehen ihm zwei Möglichkeiten zur Wahl, entweder die Feststellung, daß der Vertrag offensichtlich Artikel 85 Absatz 1 verletzt, oder die Erklärung, daß der Vertrag offensichtlich außerhalb des Anwendungsbereichs des Artikels 85 Absatz 1 liegt. Dies bedeutet eine glänzende Rehabilitierung der Theorie des „acte clair" zugunsten der nationalen Gerichte auf Grund des Prinzips der Dezentralisierung und der Rechtssicherheit, mit allen damit verbundenen Risiken einander widersprechender Urteile.

Unter diesen Umständen braucht der zweite Teil der fünften Vorlagefrage nicht beantwortet zu werden. Da die nationalen Gerichte *gehalten* sind, allein nach Artikel 85 Absatz 1 zu entscheiden, können sie nicht, wie der Hof van Beroep sich ausdrückt, „über die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 negativ entscheiden".

VI — Mit seiner sechsten Frage wünscht das vorlegende Gericht Auskunft über die vorläufige Gültigkeit oder Ungültigkeit einer neuen Vereinbarung, „über die nicht sogleich entschieden wird". Vermutlich will das vorlegende Gericht hiermit eine Vereinbarung bezeichnen, die allein oder mit „allen anderen" gleichartigen Vereinbarungen geeignet ist, den Wettbewerb und den Handelsaustausch spürbar zu beeinträchtigen, für die aber auch die Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 nicht ausgeschlossen werden kann. In diesem Fall müßte die Frage der Gültigkeit der betroffenen Vereinbarung — vorbehaltlich der Möglichkeit einer Klage beim Gerichtshof — durch die abschließende Entscheidung der Kommission geregelt werden. Dies setzt aber voraus, daß ein „Verfahren" im Sinne der Verordnung Nr. 17 von der Kommission (Verfahren von Amts wegen) oder von den Vertragsparteien (Anmeldung mit Antrag auf Negativattest oder Freistellung, „Beschwerde") eingeleitet worden ist. Ist dies nicht der Fall, so bestimmt sich die Frage der Gültigkeit oder der Ungültigkeit dieser Vereinbarung nach ihrer „richterlichen" Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des Artikels 85 Absatz 1.

Gewiß kann der Umstand, daß die Kommission Einzelentscheidungen an drei konkrete Unternehmen gerichtet hat, für

die von diesen Unternehmen oder für deren Rechnung geschlossenen Brauereiverträge ein negatives Vorurteil begründen, für die Gültigkeit der anderen Brauereiverträge kann aber daraus weder im einen noch im anderen Sinne etwas hergeleitet werden. Wenn ein Unternehmen eine Vereinbarung anmeldet oder wenn es sogar einen Freistellungsantrag dafür stellt, so wird dadurch zu einem gewissen Teil die Verantwortung für die Rechtslage der Kommission übertragen, was diese bei ihrer abschließenden Entscheidung zu berücksichtigen hat; bis dahin aber ist dies alles ohne Einfluß auf die richterliche Beurteilung der Vereinbarung.

Seit dem Urteil des Gerichtshofes vom 6. Februar 1973, so scheint mir, kann von vorläufiger Gültigkeit oder Ungültigkeit nicht mehr die Rede sein, sondern nur noch von Gültigkeit oder Ungültigkeit schlechthin, so daß also die Gerichte — vorbehaltlich späterer entgegengesetzter Entscheidung durch die Kommission — definitive Maßnahmen anordnen können. Infolgedessen nimmt die Anmeldung eines Neukartells oder seine Freistellung von der Anmeldepflicht der Entscheidung eines nationalen Gerichts über die Vorfrage der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines solchen Vertrages nicht ihre rückwirkende Kraft.

VII — Mit seiner letzten Frage bittet der Hof van Beroep Gent um eine Darstellung der *gemeinschaftsrechtlichen* Auslegungskriterien, anhand deren er die Vereinbarkeit der *belgischen* Rechtsvorschriften über Brauereiverträge mit dem Gemeinschaftsrecht beurteilen kann.

Meines Erachtens mangelt es für den Gerichtshof eindeutig an einer Zuständigkeit, eine solche Frage im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 177 zu beantworten.

Gewiß, der Gerichtshof hat entschieden (Urteil vom 9. Juli 1969 — Portelange, 10/69 — Slg. 1969, 315 f.): „Artikel 177 des Vertrages geht ... von einer klaren Zuständigkeitsverteilung zwischen den staatlichen Gerichten und dem Gerichtshof aus und gestattet es diesem nicht, über den ihm vorgelegten Sachverhalt zu befinden oder die Gründe der Auslegungsersuchen zu beanstanden. Die Entscheidung darüber, ob die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften oder Begriffe, deren Auslegung beantragt wird, tatsächlich auf den konkreten Fall anwendbar sind, ist der Zuständigkeit des Gerichtshofes entzogen und dem vorlegenden Gericht vorbehalten. Beantragt ein Gericht die Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift oder eines damit verbundenen Rechtsbegriffs, so ist davon auszugehen, daß es diese Auslegung zur Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits für erforderlich erachtet." Andererseits hat aber der Gerichtshof gerade wieder im Urteil Saieva vom 13. Oktober 1976 (Slg. 1976, 1530) gesagt: „Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Artikel 177 EWG-Vertrag hat der Gerichtshof sich jedoch nicht zum Inhalt und zur Bedeutung von innerstaatlichen Rechtsvorschriften zu äußern. Er hat sich auf die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zu beschränken."

Der streitige Brauereivertrag ist Bestandteil eines Netzes von Verträgen gleichen Inhalts in mehreren Mitgliedstaaten. Möglicherweise gibt es eine Gesamtheit von Verhaltensweisen, die nicht nur unter den Beteiligten abgestimmt sind, sondern sich auch aus der Anwendung nationaler Rechts- und Verwaltungsvorschriften ergeben, selbst wenn diese Vorschriften gewisse einseitig begünstigende Klauseln verbieten, die das Zustandekommen eines lauteren Wettbewerbs gefährden könnten. Diese Situation ist nicht neu. Sache des nationalen Gerichts ist es, im Lichte der Gemeinschaftsvorschriften und der Rechtsprechung des Gerichtshofes die notwendigen Entscheidungen zu treffen, um den unmittelbar geltenden Vorschriften des Vertrages zur Wirkung zu verhelfen.

Ich möchte lediglich darauf hinweisen, daß ein Alleinbelieferungsvertrag den

Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen und den Wettbewerb beschränken kann, wenn der Lieferant in der Lage ist, Paralleleinfuhren aus anderen Mitgliedstaaten in einen Teil des Gemeinsamen Marktes mit Hilfe dieses Vertrages in Verbindung mit den Wirkungen nationaler Wettbewerbsvorschriften zu verhindern.

Im übrigen ist der Gerichtshof im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht zuständig, über die belgische Regelung in der Sache zu entscheiden. Dies ist allein auf Klage wegen Vertragsverletzung nach Artikel 169 möglich.

Schließlich sollte meines Erachtens klargestellt werden, daß die Antworten auf die Fragen des Hof van Beroep nur für Brauereiverträge gelten und tunlichst nicht auf alle den Alleinverkauf von oder die Alleinbelieferung mit einer beliebigen Ware betreffenden Verträge zwischen Unternehmen aus einem Mitgliedstaat erstreckt werden sollen.

Ich schlage vor, für Recht zu erkennen:

Bei einem nach dem 13. März 1962 geschlossenen Bierlieferungsvertrag, das heißt einem Vertrag, der — obwohl von der Anmeldepflicht befreit — angemeldet werden konnte, aber nicht angemeldet worden ist und im Hinblick auf den die Kommission auch kein formelles Verfahren eingeleitet hat, spricht einiges — wenn auch nicht entscheidend — dafür, daß er ganz allgemein schädlich für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes sein könnte.

Wird die Nichtigkeit eines solchen Vertrages vor einem nationalen Gericht als Vorfrage geltend gemacht, so muß das Gericht über diese Frage entscheiden und entweder feststellen, daß der Vertrag offensichtlich nicht in den Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 fällt, oder erklären, daß seine Unvereinbarkeit mit dieser Vorschrift außer Zweifel steht.

Zu diesem Zweck hat das nationale Gericht zu prüfen, ob es über den betroffenen Vertrag hinaus eine oder mehrere unter bestimmten Produzenten und Händlern aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen gibt, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, oder die eine Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

Stellt das Gericht fest, daß diese Verhaltensweisen offensichtlich nicht geeignet sind, diese Wirkungen herbeizuführen, so ist der Vertrag — vorbehaltlich späterer Anwendung des Artikels 6 der Verordnung Nr. 17 durch die Kommission — voll gültig.

Stellt das Gericht fest, daß die Unvereinbarkeit dieser Verhaltensweisen und dieses Vertrages mit Artikel 85 Absatz 1 außer Zweifel steht, so ist der Vertrag — unter dem gleichen Vorbehalt — von Anfang an nichtig.