3. Artikel 88 EWG-Vertrag verweist auf die nationalen Zuständigkeits- und Verfahrensnormen; der in dieser Vorschrift sowie in Artikel 9 Absatz 3 VO Nr. 17 verwendete Begriff „Behörden der Mitgliedstaaten" umfaßt daher auch die innerstaatlichen Gerichte.

4. Die Zuständigkeit der Behörden der Mitgliedstaaten zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag schließt die Befugnis ein, Artikel 85 Absatz 2 anzuwenden.

5. Eine von der Anmeldung befreite und nicht angemeldete Vereinbarung zwischen Unternehmen ist so lange voll wirksam, wie ihre Nichtigkeit nicht festgestellt ist.

In der Rechtssache 43/69

betreffend das dem Gerichtshof aufgrund von Artikel 177 EWG-Vertrag vom Oberlandesgericht Karlsruhe (9. Zivilsenat in Freiburg i. Br.) in dem vor diesem Gericht anhängigen Rechtsstreit der

BRAUEREI A. BILGER SÖHNE GMBH, Gottmadingen,

gegen

HEINRICH JEHLE, Gastwirt und Metzgermeister, und MARTA JEHLE, beide in Friedrichshafen,

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 85 EWG-Vertrag sowie der Verordnung Nr. 17 des Rates der EWG vom 6. Februar 1962 (Amtsblatt Nr. 13 vom 21. Februar 1962, S. 204 ff.) erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten R. Lecourt, der Kammerpräsidenten R. Monaco und P. Pescatore, der Richter A. M. Donner, A. Trabucchi, W. Strauß (Berichterstatter) und J. Mertens de Wilmars, Generalanwalt : J. Gand, Kanzler : A. Van Houtte, folgendes

URTEIL

# Tatbestand

I — Vorgeschichte

Nach den Ausführungen des Oberlandesgerichts Karlsruhe beruht die Vorlage im wesentlichen auf folgendem Sachverhalt :

1. Die Parteien dieses Rechtsstreits — nachstehend jeweils als „Brauerei Bilger" und „Eheleute Jehle" bezeichnet — schlossen 1950 einen Vertrag, durch den sich die Eheleute Jehle verpflichteten, während 25 Jahren, mindestens bis zum 1. Oktober 1975, auf bestimmten, in Friedrichshafen belegenen Grundstücken „eine Bierwirtschaft fortdauernd ordnungsgemäß zu betreiben und das für die Bierwirtschaft erforderliche Bier ausschließlich von der [Firma Bilger] zu beziehen". Über den 1. Oktober 1975 hinaus sollte der Vertrag so lange bestehen, wie die Eheleute Jehle „im Genuß eines Kredites der Brauerei, sei es aufgrund eines Darlehens, sei es aufgrund eines Wirtschaftskaufvertrags oder aufgrund eines anderen Geschäfts, sind oder die Brauerei als Bürge für irgendeine Schuld der Abnehmer haftet". Außerdem verpflichteten sich die Eheleute Jehle, diese Bindungen auf ihre etwaigen Pächter und Rechtsnachfolger sowie auf die Rechtsnachfolger beider zu übertragen.
Als Gegenleistung gewährte die Brauerei Bilger den Eheleuten Jehle mehrere Darlehen und stellte ihnen Inventar zur Verfügung. Außerdem übernahm sie die Finanzierung einer Kaufpreisschuld.
Der Vertrag ist nicht bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften angemeldet worden.
Seit Frühjahr 1962 haben die Eheleute Jehle einen ihrer Betriebe verpachtet, während sie den anderen selbst weiterführten. In beiden Restaurants wurden — von den Eheleuten Jehle oder mit deren Zustimmung von den Pächtern — seit März 1962 neben den Bieren der Brauerei Bilger Spezialbiere anderer Brauereien geführt.

2. Am 30. Juni 1962 erhob die Brauerei Bilger Klage gegen die Eheleute Jehle und beantragte :
„1. die Beklagten zu verurteilen,
   a) es zu unterlassen, bis 1. Oktober 1978 und darüber hinaus so lange, als sie im Besitz von Leihinventar der Klägerin sind, im ‚Café Grill-Room am Hafen' Biere anderer Brauereien als der Klägerin zu beziehen, auszuschenken oder zu verkaufen,
   b) darüber Auskunft zu geben, welche Art und Menge von Bieren anderer Brauereien als der Klägerin sie seit 1. Januar 1962 bezogen haben,
2. festzustellen, daß die Beklagten verpflichtet sind,
   a) der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der sich aufgrund der Auskunftserteilung ergibt,
   b) Schadensersatz zu leisten, weil der Pächter des Gasthofes ‚Goldener Adler' andere Biere als Biere der Klägerin bezieht, ausschenkt oder verkauft."

Die Eheleute Jehle erwiderten, der streitige Vertrag sei nichtig, weil er ihnen unzumutbare Bindungen auferlege; außerdem seien sie berechtigt, Spezialbiere auszuschenken.
Das Landgericht gab der Klage statt. Das Oberlandesgericht änderte auf die Berufung der Eheleute Jehle das angefochtene Urteil dahin, daß die Unterlassung nur bis zum 1. Oktober 1968 zu dauern habe; im übrigen wies es die Berufung zurück. Dieses Urteil ist rechtskräftig, soweit es den Auskunftsanspruch betrifft. Im übrigen wurde es vom Bundesgerichtshof aufgehoben; die Sache wurde an das Oberlandesgericht Karlsruhe zurückverwiesen.

3. Die Eheleute Jehle machen nunmehr erstmalig geltend, der streitige Vertrag sei nach Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag unwirksam. Sie behaupten, etwa 80 % der deutschen Gastwirte seien durch derartige Verträge gebunden; diese erfaßten daher etwa 60 % des deutschen Brauereiausstoßes; hierdurch werde der Handel mit Bier zwischen den Mitgliedstaaten beschränkt, denn Brauereien anderer Länder der Gemeinschaft fänden in Deutschland kaum noch Abnehmer.
Für ihre Rechtsansicht berufen sich die Eheleute Jehle auf das Urteil des Gerichtshofes vom 12. Dezember 1967 in der Rechtssache 23/67 (Brasserie de Haecht/Wilkin und Janssen RsprGH XIII — 1967 — S. 545 ff.).

4. Im Hinblick auf die Ausführungen dieses Urteils — wonach es jeweils Sache des nationalen Gerichts sei, zu prüfen, ob ein konkreter Bierlieferungsvertrag „mit Rücksicht auf die Gesamtheit aller objektiven rechtlichen oder tatsächlichen Begleitumstände geeignet [ist]", die in Artikel 85 bezeichneten Wirkungen zu zeitigen — hat das vorlegende Gericht durch Beschluß vom 10. Oktober 1968 die Parteien aufgefordert, zu einer Reihe tatsächlicher Fragen Stellung zu nehmen, welche insbesondere Erzeugung, Vertrieb und Verbrauch von Bier in Deutschland sowie in der Gemeinschaft betreffen. Die Parteien haben sich außerstande erklärt, einen wesentlichen Teil dieser Fragen zu beantworten.

## II — Inhalt des Vorlagebeschlusses

Das Oberlandesgericht Karlsruhe hat am 31. Juli 1969 beschlossen, dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag folgende Fragen vorzulegen :

„1. Betrifft 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 [des Rates — der EWG] vom 6. Februar 1962, wenn die Ausschließlichkeitsklausel lautet: ‚Der Gastwirt verpflichtet sich, das für die Bierwirtschaft erforderliche Bier ausschließlich von der [im selben Mitgliedstaat ansässigen] Brauerei zu beziehen' ?
Ist 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?

Gegebenenfalls :

2. Wie ist Artikel 85 Absatz 2 EWG-Vertrag für nicht anmeldebedürftige Vereinbarungen mit Rücksicht auf die mögliche Rückwirkung einer freistellenden Entscheidung der Kommission — nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag und Artikel 6 der Verordnung Nr. 17 auszulegen?
Ist eine nicht anmeldebedürftige Vereinbarung vorläufig gültig?"

## III — Verfahren

Der Vorlagebeschluß ist am 24. September 1969 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen.
Die Brauerei Bilger und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften haben gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG Schriftsätze eingereicht.
Aufgrund des Berichtes des Berichterstatters und nach Anhörung des Generalanwalts hat der Gerichtshof beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.
In der öffentlichen Sitzung vom 21. Januar 1970 haben die Brauerei Bilger, die Eheleute Jehle und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften mündliche Ausführungen vorgetragen.
Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der öffentlichen Sitzung vom 5. Februar 1970 vorgetragen.
Die Brauerei Bilger wird vertreten durch die Herren Rechtsanwälte Dres. Gleiß, Lutz, Hootz, Hirsch, Kleinmann, Helm sowie durch Herrn Rechtsanwalt Kemmler, sämtlich Stuttgart; die Eheleute Jehle werden durch Herrn Rechts-

anwalt Dr. Glöckner, Düsseldorf, vertreten. Vertreter der Kommission ist ihr Rechtsberater Herr Thiesing.

## IV — Zusammenfassung der Ausführungen der Verfahrensbeteiligten

### *A — Zum Sachverhalt*

*Die Brauerei Bilger* führt aus, der streitige Vertrag habe wirtschaftlich nur geringe Bedeutung. Die Gastwirtschaften der Eheleute Jehle hätten in den Brauwirtschaftsjahren 1966/67 und 1967/68 jeweils 135,13 und 135,56 hl Bier umgesetzt. Die Brauerei Bilger sei eine von 1 908 Brauereien in Deutschland, wo ihr Marktanteil ungefähr 0,3 % betrage.

### *B — Zur ersten Frage*

Nach Ansicht der *Brauerei Bilger* ist diese Frage sinngemäß wie folgt zu beantworten :

„Eine Vereinbarung, an der nur zwei Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind und die das eine Unternehmen verpflichtet, seinen Bedarf ausschließlich bei dem anderen Unternehmen zu decken, betrifft nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten und ist deshalb nach Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17 (gegebenenfalls in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 2) bei der Kommission nicht anzumelden."

Gemäß Artikel 5 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der genannten Verordnung hänge die Anmeldebedürftigkeit einer Vereinbarung der hier in Betracht kommenden Art davon ab, ob die Vereinbarung „die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten [betrifft]". Das sei in Fällen wie dem vorliegenden aus folgenden Gründen nicht der Fall :

— Die streitige Vereinbarung habe diese Ein- oder Ausfuhr nicht zum Gegenstand und bezwecke auch nicht deren Regelung. Sie diene der Versorgung des Gastwirts und der Verbraucher mit einwandfreiem Bier und beruhe, wie alle Vereinbarungen dieser Art, auf für beide Teile zwingenden technischen und betriebswirtschaftlichen Überlegungen; die Brauerei Bilger macht zu diesem Punkt eingehende Ausführungen. Daß die Vereinbarung neben allen anderen deutschen Brauereien auch solche der übrigen Mitgliedstaaten von der Belieferung ausschließe, sei lediglich eine mittelbare Folge.

— Im gleichen Sinne habe die Kommission in ihrem „Merkblatt zu Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrags und ihren Durchführungsverordnungen" zur Erläuterung von Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17 ausgeführt, „rein regionale... Ausschließlichkeitsverträge innerhalb eines Mitgliedstaats, die nur mittelbar die Ein- oder Ausfuhr berühren", seien von der Anmeldepflicht befreit.

— Der Ausdruck „betreffen" in der vorgenannten Bestimmung bedeute, daß die Vereinbarung die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten zum Gegenstand haben müsse; der Verordnungsgeber habe bewußt einen anderen Begriff verwendet als Artikel 85 EWG-Vertrag, der von „beeinträchtigen", „bezwecken" oder „bewirken" spreche.

— Würden bereits mittelbare Wirkungen auf die Ein oder Ausfuhr die Anmeldepflicht begründen, so wäre die genannte Vorschrift des Artikels 4 bedeutungslos, da sich ihr Tatbestand mit dem von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag decken würde.

— Auch das Gebot der Rechtssicherheit spreche für die hier vertretene Auslegung. Die Unternehmen müßten sich auf das obenerwähnte Merkblatt der Kommission verlassen und überdies mit Sicherheit feststellen können, ob ihre Vereinbarung anmeldepflichtig sei. Eine solche Feststellung wäre jedoch in der Regel unmöglich, wenn die Unternehmen auch die mittelbaren Auswirkungen

zu prüfen hätten, zumal wenn diese sich erst aus dem Nebeneinanderbestehen mehrerer gleichartiger Vereinbarungen ergäben; außerdem könnten sich jene Auswirkungen je nach den wechselnden Wettbewerbsverhältnissen ständig ändern.

— Der Kommission stehe es frei, auch hinsichtlich nicht anmeldepflichtiger Vereinbarungen jederzeit ein Verfahren zu eröffnen; die Begrenzung der Anmeldepflicht schränke somit den Anwendungsbereich von Artikel 85 EWG-Vertrag nicht ein.

— Für Alleinvertriebsverträge innerhalb eines Mitgliedstaats sei die Ausnahme von der Anmeldung auch ohne weiteres zu vertreten, da sie in aller Regel nicht geeignet seien, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (so die Begründung der Verordnung Nr. 67/67/EWG der Kommission vom 22. März 1967, Amtsblatt vom 25. März 1967, S. 849).

Hilfsweise macht die Brauerei Bilger noch folgendes geltend :

Auch Artikel 1 Absatz 2 der genannten Verordnung Nr. 67/67/EWG verwende den Ausdruck „betreffen". Würde man diese Bestimmung so auslegen, daß hierunter auch mittelbare Auswirkungen auf Ein- oder Ausfuhr fielen, so wäre sie „weitgehend sinnlos", da es dann keine Ausschließlichkeitsverträge geben würde, die nur „den Weiterverkauf von Waren innerhalb [des in Betracht kommenden] Mitgliedstaats betreffen". In diesem Falle wären sämtliche Vereinbarungen mit ausschließlicher Bezugspflicht von dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 freigestellt und somit nicht anzumelden.

*Die Eheleute Jehle* vertreten die Auffassung, daß zwischen zwei Unternehmen eines Mitgliedstaats getroffene Vereinbarungen über den ausschließlichen Bierbezug nicht unter die Artikel 5 Absatz 2, und 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17 fielen und daher anmeldebedürftig seien. Wäre die Verordnung Nr. 17 anders auszulegen, so würde sie den Grundsätzen und Zielen der Artikel 85 ff. des EWG-Vertrags widersprechen und somit der rechtlichen Grundlage entbehren.

Nach dem Bosch-Urteil des Gerichtshofes seien anmeldepflichtige, aber nicht angemeldete Vereinbarungen vom Tage des Inkrafttretens der genannten Verordnung an nichtig. Damit komme der Frage, ob eine bestimmte Vereinbarung anmeldepflichtig sei oder nicht, zugleich entscheidende Bedeutung für die Frage nach der Nichtigkeit oder Gültigkeit der Vereinbarung zu. Nach alledem sei es nicht angängig, Vereinbarungen, die für den Gemeinsamen Markt gefährlich sind, von der Anmeldepflicht freizustellen.

Von den Bierlieferungsverträgen der hier in Betracht kommenden Art gehe eine solche Gefahr aus. Die Eheleute Jehle machen hierzu eingehende Ausführungen. Sie heben insbesondere hervor, daß 80 % der Gastwirte in der Bundesrepublik Deutschland durch derartige Verträge gebunden und daß diese Verträge auch in den übrigen Mitgliedstaaten häufig seien; insgesamt ergebe sich hieraus eine wesentliche Behinderung der Lieferung von Bier aus einem Gemeinschaftsland ins andere.

*Die Kommission* vertritt zu dieser Frage im Ergebnis und zum Teil auch in der Begründung die gleiche Auffassung wie die Brauerei Bilger. Vereinbarungen der in Betracht kommenden Art wirkten sich nur mittelbar auf die Ein- und Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten aus und „beträfen" diese daher nicht im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17. Die Kommission weist in diesem Zusammenhang auch darauf hin, daß die Artikel 4 Absatz 1, 5 Absatz 1 dieser Verordnung ohnehin nur für Vereinbarungen der in Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag bezeichneten Art gälten.

*C — Zur zweiten Frage*

*Die Brauerei Bilger* meint, diese Frage sei sinngemäß wie folgt zu beantworten : „Eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag,

die bei der Kommission nicht angemeldet zu werden braucht und dementsprechend nicht angemeldet wurde, ist so lange voll wirksam, bis die Kommission nach Artikel 85 Absatz 3 und den Vorschriften der Verordnung Nr. 17 entschieden hat."

Der Gerichtshof habe in seinem Urteil vom 6. April 1962 in der Rechtssache 13/61 (De Geus en Uitdenbogerd/ Bosch und Van Rijn; RsprGH VIII, 1962, S. 105 ff.; nachstehend als „Bosch-Urteil" bezeichnet) festgestellt, nicht anmeldebedürftige Vereinbarungen, die bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung Nr. 17 bestanden, seien „gültig", nicht lediglich „vorläufig gültig". Derartige Vereinbarungen seien somit voll durchsetzbar, bis die Kommission eine Entscheidung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag treffe.

Das Urteil des Gerichtshofes vom 9. Juli 1969 in der Rechtssache 10/69 (Portelange/Smith Corona u.a.; Rspr GH XV-4, 1969, S. 310 ff.; nachstehend als „Portelange-Urteil" bezeichnet) bestätige diese Auffassung. Wenn hiernach sogar anmeldebedürftige Verträge, die nach dem Bosch-Urteil nur „vorläufig gültig" sind, bis zur Entscheidung der Kommission als voll wirksam zu behandeln seien, so müsse dies erst recht für nicht anmeldebedürftige Vereinbarungen gelten, die das Bosch-Urteil als „gültig" bezeichne.

Diese Auffassung ergebe sich auch daraus, daß der Rat — wie die Begründung der Verordnung Nr. 17 zeige-die von der Anmeldepflicht befreiten Vereinbarungen als „weniger gefährlich" angesehen habe.

Die gegenteilige Auslegung würde überdies den Zweck von Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 vereiteln. Wären nicht meldebedürftige Vereinbarungen nur im Falle der Anmeldung vorläufig gültig, so wäre jeder gewissenhafte Unternehmer praktisch gezwungen, derartige Vereinbarungen anzumelden. Die Unterscheidung zwischen meldebedürftigen und nicht meldebedürftigen Verträgen wäre gegenstandslos, und die Kommission würde sich einer Flut von Anmeldungen gegenübersehen.

Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 sehe vor, daß nicht meldebedürftige Kartelle rückwirkend vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 freigestellt werden könnten. Hiermit wäre es logisch nicht vereinbar, sie vor der Entscheidung der Kommission als unwirksam oder schwebend unwirksam zu behandeln.

Schließlich spreche auch das Erfordernis der Rechtssicherheit für die hier vertretene Auffassung. Die in Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 genannten Vereinbarungen seien anerkannte und unentbehrliche Institutionen des Wirtschaftslebens. Angesichts der langen Zeit, die erfahrungsgemäß bis zu einer freistellenden Entscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag vergehe, wäre es daher unerträglich, sie einstweilen als schwebend unwirksam anzusehen.

Wie der Gerichtshof im Portelange-Urteil entschieden habe, könne aus nicht meldebedürftigen Vereinbarungen auf Unterlassung und Schadensersatz geklagt werden. Andernfalls wären derartige Vereinbarungen praktisch eben nicht voll wirksam. Das Funktionieren des europäischen Kartellrechts bleibe auch bei dieser Auffassung gewährleistet, da der Kommission verschiedene Kontrollmöglichkeiten offenstünden; insbesondere könne sie jederzeit ein Verfahren eröffnen, in dem über die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 entschieden werde.

*Die Eheleute Jehle* schließen sich im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung den Ausführungen der Kommission an (vgl. unten).

*Die Kommission* trägt vor, bei der Beantwortung dieser Frage sei von den Grundsätzen auszugehen, die der Gerichtshof im Portelange-Urteil aufgestellt habe. Dieses Urteil beruhe vor allem auf folgenden Erwägungen :

— Da es den Beteiligten an wirksamen rechtlichen Möglichkeiten fehle, den Erlaß einer Entscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 zu beschleunigen,

würde es dem Grundsatz der Rechtssicherheit widersprechen, angemeldeten Vereinbarungen bis zur Entscheidung der Kommission die volle Wirksamkeit zu versagen.

— Andererseits sei die Kommission aufgrund der Anmeldung in der Lage, diesen Zustand durch Ablehnung der Freistellung oder Anwendung von Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 zu beenden; denn wenn die Beteiligten ungeachtet einer aufgrund dieser Bestimmung erlassenen Entscheidung ihre Vereinbarung weiterhin anwendeten, würden sie sich der Gefahr aussetzen, daß die Kommission gegen sie gemäß Artikel 15 Absatz 2 der genannten Verordnung eine Geldbuße verhängte.

Diese Erwägungen träfen bei nicht angemeldeten Vereinbarungen nicht zu. Den an einer solchen Vereinbarung beteiligten Unternehmen stehe es frei, ihre Vereinbarung freiwillig anzumelden und damit die Vorteile zu erlangen, die die Anmeldung mit sich bringe. Verzichteten sie hierauf, so nähmen sie die damit verbundene Rechtsunsicherheit freiwillig in Kauf. Überdies erfahre die Kommission in diesem Fall normalerweise überhaupt nicht oder nur sehr verspätet von der Existenz der Abrede; anders als bei angemeldeten Vereinbarungen sei sie daher nicht in der Lage, alsbald eine Prüfung vorzunehmen und erforderlichenfalls nach den Vorschriften der Verordnung Nr. 17 gegen die Beteiligten vorzugehen. Schon aus diesen Gründen wäre es nicht gerechtfertigt, Vereinbarungen, die nicht anmeldebedürftig sind und nicht angemeldet wurden, die sich aus der Anmeldung ergebenden Vorteile zugute kommen zu lassen.

Gegen diese Lösung spreche außerdem folgende Erwägung. Durch die Anmeldung erlangten die Beteiligten den Vorteil, daß die Kommission bis zu einer Entscheidung über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag wegen der in der Anmeldung dargelegten Tätigkeit keine Geldbuße festsetzen dürfe (Artikel 15 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17). Unternehmen, die an einer nicht angemeldeten Wettbewerbsbeschränkung teilnehmen, liefen dagegen Gefahr, daß die Kommission aufgrund von Artikel 15 Absatz 2 dieser Verordnung Geldbußen gegen sie festsetze, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig gegen das Verbot von Artikel 85 Absatz 1 verstießen. Würde man nicht anmeldebedürftigen und nicht angemeldeten Vereinbarungen, die die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 erfüllen, die im Portelange-Urteil bezeichneten Rechtswirkungen zubilligen, so könnte ein an einer solchen Vereinbarung beteiligtes Unternehmen ein anderes beteiligtes Unternehmen zur Erfüllung der Vereinbarung zwingen, obwohl dieses Unternehmen sich damit der Gefahr einer Geldbuße aussetzen würde.

Nach alledem sei die zweite Frage wie folgt zu beantworten :

„Eine nicht anmeldebedürftige und nicht angemeldete Vereinbarung der in Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags bezeichneten Art ist zwar bis zu einer Entscheidung der Kommission vorläufig gültig. Die vorläufige Gültigkeit bewirkt jedoch nicht, daß eine Vertragspartei die andere vor einer Entscheidung der Kommission auf Erfüllung der Vereinbarung in Anspruch nehmen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Vereinbarung verlangen kann."

## Entscheidungsgründe

1 Durch Beschluß vom 31. Juli 1969, bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 24. September 1969, hat das Oberlandesgericht Karlsruhe nach Artikel 177 des Vertrages zur Gründung der EWG mehrere Fragen zur

Auslegung des Artikels 85 dieses Vertrages sowie der am 13. März 1962 in Kraft getretenen Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (Amtsblatt vom 21. Februar 1962, S. 204) gestellt.

## Zu Punkt 1 des Antrags

2 Der Gerichtshof wird zunächst um Entscheidung der Frage ersucht, 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], wenn die Ausschließlichkeitsklausel lautet : ‚Der Gastwirt verpflichtet sich, das für die Bierwirtschaft erforderliche Bier ausschließlich von der (im selben Mitgliedstaat ansässigen) Brauerei zu beziehen' ". Ferner wird der Gerichtshof gebeten, zu der Frage Stellung zu nehmen, 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 [bei der Kommission] anmeldebedürftig [ist]".

3 Diese Fragen gehen also ausschließlich dahin, ob ein Vertrag zwischen einem Erzeuger und einem selbständigen Einzelhändler, worin dieser sich verpflichtet, ausschließlich bei jenem im selben Mitgliedstaat ansässigen Erzeuger zu beziehen, zu den durch die Verordnung Nr. 17 von der Anmeldung befreiten Vereinbarungsgruppen gehört, und zwar unabhängig davon, ob der Vertrag, allein oder in Verbindung mit anderen, unter die Vorschriften von Artikel 85 Absatz 1 fällt oder nicht.

4 Die Artikel 4 und 5 der Verordnung Nr. 17 befreien von der Anmeldung unter anderen die — vor oder nach dem 13. März 1962 getroffenen — Vereinbarungen, an denen nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind, und die „nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffen". Die von dem nationalen Gericht erbetene Antwort hängt also davon ab, ob die von ihm bezeichneten Vereinbarungen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17 „nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffen".

5 Ein solcher Vertrag mag, im Zusammenhang mit ähnlichen, eine bedeutende Zahl von Einzelhändlern desselben Staates an einige inländische Erzeuger bindenden Verträgen gesehen, gegebenenfalls geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen; dennoch sind 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. Es erscheint daher möglich, daß dieselbe Verein-

barung zwar im Sinne dieser Vorschrift „nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betrifft", aber trotzdem im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages „den Handel zwischen Mitgliedstaaten [beeinträchtigt]". Der Ausdruck „die Ein- oder Ausfuhr ... betreffen" hat also eine engere Bedeutung als der Ausdruck „den Handel zwischen Mitgliedstaaten ... beeinträchtigen".

6 Alleinbelieferungsverträge, zu deren Erfüllung die ihren Gegenstand bildenden Waren die Staatsgrenzen nicht zu überschreiten brauchen, betreffen sicherlich nicht die Ein- oder Ausfuhr. Daher fallen solche Vereinbarungen unter Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17 und sind somit von der in Artikel 4 Absatz 1, und 5 Absatz 1 dieser Verordnung vorgesehenen Anmeldung befreit.

Zu Punkt 2 des Antrags

7 Für den Fall, daß die soeben erörterten Fragen verneint werden, bittet das nationale Gericht den Gerichtshof zu entscheiden, „wie ... Artikel 85 Absatz 2 EWG-Vertrag für nicht anmeldebedürftige Vereinbarungen mit Rücksicht auf die mögliche Rückwirkung einer freistellenden Entscheidung der Kommission nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag und Artikel 6 der Verordnung Nr. 17 auszulegen [ist]", und insbesondere zu der Frage Stellung zu nehmen, ob „eine nicht anmeldebedürftige Vereinbarung vorläufig gültig [ist]".

8 Im rechtlichen Zusammenhang des Ausgangsverfahrens betrachtet, gehen diese Fragen dahin, 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.

9 Nach Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 „[bleiben], solange die Kommission kein Verfahren nach Artikel 2, 3 oder 6 [der Verordnung] eingeleitet hat, ... die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig, Artikel 85 Absatz 1 ... nach Artikel 88 des Vertrages anzuwenden". Artikel 88 verweist auf die nationalen Zuständigkeits- und Verfahrensnormen, der Begriff „Behörden der Mitgliedstaaten" umfaßt daher auch die nationalen Gerichte. Andererseits schließt die Zuständigkeit zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 zwangsläufig auch die Befugnis ein, Artikel 85 Absatz 2 anzuwenden, der „die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen" für nichtig erklärt.

10 Zur Bestimmung des Zeitraums, für den die nationalen Gerichte diese Nichtigkeit feststellen können, enthalten die Artikel 88 des Vertrages und 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 nichts. Man kann jedoch 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.

11 Wenn die Organe der Gemeinschaft unter den in Artikel 85 Absatz 3 aufgestellten Voraussetzungen Vereinbarungen von dem Verbot und der Nichtigkeit des Artikels 85 gänzlich freistellen können, durften sie folglich auch mit der durch die Verordnung Nr. 17 erfolgten Befreiung bestimmter Vereinbarungen von der Anmeldung bestimmen, daß diese Vereinbarungen dem Nichtigkeitsrisiko allenfalls mit Wirkung vom Tag der Feststellung der Nichtigkeit an unterworfen bleiben. Eine andere Lösung würde zudem die Rechtssicherheit ernstlich gefährden, und zwar zum Nachteil von Vertragsparteien, die vernünftigerweise davon ausgehen konnten, daß ihre Vereinbarung, die als zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten wenig geeignet galt und deshalb von der Anmeldung befreit war, insoweit zumindest die gleiche Wirkung haben werde wie angemeldete Vereinbarungen aus der Zeit vor dem 13. März 1962.

12 Aus allen diesen Gründen ist dem nationalen Gericht zu antworten, daß eine von der Anmeldung befreite und nicht angemeldete Vereinbarung so lange voll wirksam ist, wie ihre Nichtigkeit nicht festgestellt ist.

*Kosten*

13 Die Auslagen der EG-Kommission, die beim Gerichtshof Erklärungen eingereicht hat, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das vorliegende Verfahren ein Zwischenstreit in dem vor dem Oberlandesgericht Karlsruhe anhängigen Rechtsstreit. Die Kostenentscheidung obliegt daher diesem Gericht.

Aufgrund der Prozeßakten,
nach Anhörung des Berichtes des Berichterstatters,
nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Brauerei Bilger, der Eheleute Jehle und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften,
nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts,
aufgrund des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere seiner Artikel 85, 88 und 177,

aufgrund der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, insbesondere ihrer Artikel 4, 5 und 9,
aufgrund des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere seines Artikels 20,
aufgrund der Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften

hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm gemäß Beschluß des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 31. Juli 1969 vorgelegten Fragen für Recht erkannt :

1. **Zu Punkt 1 des Antrags**

   **Ein Vertrag zwischen einem Erzeuger und einem selbständigen Einzelhändler, durch den dieser sich verpflichtet, ausschließlich bei jenem im selben Mitgliedstaat 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 Anmeldung befreit.**

2. **Zu Punkt 2 des Antrags**

   **Eine von der Anmeldung befreite und nicht angemeldete Vereinbarung ist so lange voll wirksam, wie ihre Nichtigkeit nicht festgestellt ist.**

Luxemburg, den 18. März 1970

Lecourt Monaco Pescatore

Donner Trabucchi Strauß Mertens de Wilmars

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 18. März 1970.

Der Kanzler
A. Van Houtte

Der Präsident
R. Lecourt