

URTEIL DES GERICHTSHOFES  
VOM 1. FEBRUAR 1977 <sup>1</sup>

Eheleute Alexis De Norre und Martine De Clercq  
gegen N.V. Brouwerij Concordia  
(Ersuchen um Vorabentscheidung,  
vorgelegt vom Hof van Beroep Gent)

Rechtssache 47/76

Leitsätze

1. *Wettbewerb — Kartelle — Alleinbezugsvereinbarungen zwischen zwei Unternehmen aus ein und demselben Mitgliedstaat — Tatbestandsmerkmale des Artikels 3 der Verordnung Nr. 67/67 — Fehlen — Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten — Verbot — Gruppenfreistellung*  
(Verordnung Nr. 67/67 der Kommission, Art. 2 Abs. 2)

2. *Wettbewerb — Netz von Vereinbarungen — Kumulative Wirkung — Verordnung Nr. 67/67 — Anwendbarkeit*

1. Vereinbarungen, an denen nur zwei Unternehmen aus ein und demselben Mitgliedstaat beteiligt sind, in denen sich ferner ein Vertragspartner dem anderen gegenüber verpflichtet, zum Zwecke des Weiterverkaufs bestimmte Waren nur von ihm zu 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.  
2. Geist und Ziele der Verordnung Nr. 67/67 schließen deren Anwendung auf Vereinbarungen, die nur wegen der kumulativen Wirkung des Bestehens eines oder mehrerer Netze von gleichartigen Verträgen unter das Verbot des Artikels 85 fallen, nicht aus.

In der Rechtssache 47/76

betreffend das dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag vom Hof van Beroep Gent in dem vor diesem anhängigen Rechtsstreit

EHELEUTE ALEXIS DE NORRE UND MARTINE DE CLERCQ, Geraardsbergen (Belgien),

gegen

N.V. BROUWERIJ CONCORDIA, Geraardsbergen,

<sup>1</sup> — Verfahrenssprache: Niederländisch.

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung des Artikels 85 EWG-Vertrag, des Artikels 4 Absatz 2 Ziffer 1 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 („Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages“, ABl. 1962, S. 204) und der Verordnung Nr. 67/67 EWG der Kommission vom 22. März 1967 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen (ABl. 1967, S. 849)

erläßt

## DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Kutscher, der Kammerpräsidenten A. M. Donner und P. Pescatore, der Richter J. Mertens de Wilmars, M. Sørensen, A. J. Mackenzie Stuart, A. O'Keefe, G. Bosco und A. Touffait,

Generalanwalt: H. Mayras

Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

## URTEIL

### Tatbestand

Der Sachverhalt und das Vorbringen der Parteien im schriftlichen Verfahren lassen sich wie folgt zusammenfassen:

#### I — Sachverhalt und Verfahren

1. Am 7. April 1966 schloß die N.V. Brouwerij Concordia, Klägerin und Berufungsbeklagte, im folgenden „Concordia“ genannt, mit dem Gastwirthehepaar Detant einen Vertrag, mit dem

- sie den Eheleuten Detant für 10 Jahre ein Darlehen von 300 000 belgischen Franken zu 5 % Zinsen gewährte;

- die genannten Eheleute sich „als Gegenleistung“ verpflichteten, „in ihrem Betrieb keine anderen Getränke als die der Brauerei Concordia — oder von dieser gelieferte — zu führen oder zu verkaufen, und zwar beginnend mit dem 1. Mai 1966 für die Dauer von 25 Jahren, und diese Verpflichtung gegebenenfalls auf ihre Rechtsnachfolger zu übertragen“.

Am 9. Februar 1973 kauften die Eheleute De Norre, Beklagte und Berufungskläger des Ausgangsverfahrens, die Gaststätte von den Eheleuten Detant. Im Kaufvertrag „erklären die Käufer, vollständige

Kenntnis von den vorgenannten Bestimmungen der Vereinbarung von 1966 zu besitzen, von der sie alle noch geltenden Bedingungen übernehmen“.

Als die Eheleute De Norre in ihrer Gaststätte nicht bei Concordia bezogene Getränke verkauften, wandte sich Concordia an die Rechtbank Oudenaarde, die die genannten Eheleute mit Teilurteil vom 18. Oktober 1973 verurteilte, an Concordia als Schadensersatz zunächst einen Betrag von 25 000 belgischen Franken zu zahlen, und die endgültige Entscheidung über den Betrag des Schadens vorbehielt.

Die Eheleute De Norre legten gegen dieses Urteil beim Hof van Beroep Gent Berufung ein und trugen insbesondere vor, sie seien wegen Artikel 85 EWG-Vertrag an die streitige — verbotene und nichtige — Vereinbarung nicht gebunden; hierzu bezogen sie sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes und eine von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften durchgeführte Untersuchung.

2. Mit Zwischenurteil vom 26. Mai 1976 hat der Hof van Beroep Gent sein Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:

1. Welche Begleitumstände sind gegebenenfalls neben der kumulativen Wirkung gleichartiger Alleinbezugsvereinbarungen im Brauereisektor bei der Beurteilung der Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag auf eine Alleinbezugsvereinbarung zwischen zwei Unternehmen ein und desselben Mitgliedstaats zu berücksichtigen?
2. Kann aus dem Urteil Fonderies de Roubaix der Analogieschluß gezogen werden, daß die Gruppenfreistellung der Kommissionsverordnung Nr. 67/67 auf alle Alleinbezugsvereinbarungen der hier erörterten Art zwischen Unternehmen ein und desselben Mitgliedstaats anwendbar ist?
3. Können die genannten Vereinbarungen als nicht anmeldepflichtig im Sinne des Artikels 4 Absatz 2 Ziffer 1

der Verordnung Nr. 17/62 des Rates angesehen werden, obwohl sie in Wirklichkeit für eine der an der Vereinbarung beteiligten Parteien auf ein unmittelbares Einfuhrverbot hinauslaufen?

4. Kann eine relativ unbedeutende Alleinbezugsvereinbarung, auf die Artikel 85 Absatz 1 nur wegen der kumulativen Wirkung aller Vereinbarungen derselben Art anwendbar wäre, der Nichtigkeit nach Artikel 85 Absatz 2 entgehen, und, wenn ja, aufgrund welcher Kriterien?
5. Sind die nationalen Gerichte verpflichtet, das Verfahren auszusetzen, wenn eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 möglich bleibt?  
Sofern die Aussetzung des Verfahrens eine bloße Befugnis darstellt, haben dann die nationalen Gerichte bei der Prüfung von Artikel 85 das Recht, über die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 negativ zu entscheiden?
6. Ist eine neue Vereinbarung, über die nicht sogleich entschieden wird, als vorläufig nichtig oder als vorläufig gültig anzusehen?  
Welcher Inhalt kommt in diesem letzteren Falle dem Begriff der vorläufigen Gültigkeit zu?
7. Anhand welcher gemeinschaftsrechtlicher Auslegungskriterien kann der belgische Richter entscheiden, ob die Bestimmungen des erwähnten königlichen Erlasses vom 25. September 1964 (B.S. vom 21. Oktober 1964, S. 11.127) mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbaren sind?

Die Fragen werden mit folgenden Erwägungen begründet:

#### *Allgemein*

Die streitige Vereinbarung sei in einer auf dem Brauereisektor allgemein üblichen Weise abgefaßt, so daß nicht ausgeschlossen werden könne, daß alle gleichartigen Vereinbarungen insgesamt den Wettbewerb und den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr spürbar beeinträchtigen.

**Zu 1**

Nach dem Urteil des Gerichtshofes vom 12. Dezember 1967 in der Rechtssache *De Haecht* (23/67, Slg. S. 543; nachfolgend „*De Haecht I*“) sei festgestellt worden, daß für die Frage, ob ein Vertrag wie der hier vorliegende unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fällt, „das Bestehen gleichartiger Verträge ... ein Sachverhalt [ist], der *gemeinsam mit anderen*“ zu berücksichtigen ist (a.a.O. S. 556). Deshalb sei von Interesse, auf welche „anderen“ Sachverhalte der Gerichtshof verwiesen habe.

**Zu 2**

Angesichts des Urteils des Gerichtshofes vom 3. Februar 1976 (*Roubaix-Wattrelos*, 63/75, Slg. S. 111) ergebe sich das Problem, ob Vereinbarungen der hier vorliegenden Art unter die Freistellung der Verordnung Nr. 67/67 fallen, obwohl in der Regel keine Gebietsabgrenzung im Sinne des Artikels 1 dieser Verordnung vorgenommen werde.

**Zu 3**

Es sei bereits entschieden worden, daß Alleinbezugsvereinbarungen zwischen Unternehmen ein und desselben Mitgliedstaats nicht anmeldepflichtig seien, wenn die Ausführung der Vereinbarungen keine grenzüberschreitenden Geschäfte erfordere. Es erhebe sich indessen die Frage, ob diese Lösung auch gelte, wenn solche Vereinbarungen bei einer der Parteien in Wirklichkeit auf ein unmittelbares Verbot der Einfuhr von Waren aus anderen Mitgliedstaaten hinauslaufe.

**Zu 4**

Hierüber scheine in der Rechtslehre Unsicherheit zu bestehen.

**Zu 5**

Man müsse sich fragen, ob bei der zu untersuchenden Fallgestaltung die nationa-

len Gerichte lediglich das Recht haben, das Verfahren auszusetzen, oder ob sie dazu, außer in den Fällen, in denen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs und des zwischenstaatlichen Handels nicht spürbar ist oder in denen an der Anwendbarkeit des Artikels 85 kein Zweifel besteht, verpflichtet sind. In dem letzten Fall sei noch die Frage zu stellen, ob die nationalen Gerichte sich die Befugnis zuerkennen können, über die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 negativ zu entscheiden.

**Zu 6**

Das Urteil des Gerichtshofs vom 6. Februar 1973 in der Rechtssache 48/72 („*De Haecht II*“, Slg. S. 77) habe die Frage nicht eindeutig gelöst. In der Literatur spreche man sich teilweise für die vorläufige Nichtigkeit, teilweise für die vorläufige Gültigkeit aus. Im Rahmen der letztgenannten Lösung sei zum einen noch zu entscheiden, ob die vorläufige Gültigkeit als vollständig im Sinne des Urteils des Gerichtshofs vom 9. Juli 1969 (*Portelange*, 10/69, Slg. S. 309) zu verstehen oder ob im Lichte des *De Haecht-II*-Urteils davon auszugehen ist, daß die Parteien die Vereinbarung freiwillig erfüllen, ihre Erfüllung jedoch nicht erzwingen können, und zum andern, ob die nationalen Gerichte für die Zwischenzeit vorläufige Maßnahmen treffen können oder nicht.

**Zu 7**

Der belgische Gesetzgeber habe die übertrieben strengen Bedingungen, die Brauereien und Bierhändler gewöhnlich in derartige Vereinbarungen aufnahmen, gemildert. So seien durch den hier anwendbaren Königlichen Erlaß vom 25. September 1964 die in solchen Vereinbarungen vorgesehenen Vertragsstrafen für Vertragsverletzungen mit anschließender Vertragsauflösung auf 25 % des Darlehensbetrages für jedes Jahr vom Zeitpunkt der Vertragsauflösung bis zur vertraglich vereinbarten Vertragsbeendigung, maximal je-

doch auf 100 % des Darlehensbetrages begrenzt worden.

Es könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, daß dieser Königliche Erlaß mit den Artikeln 85 und 86 des Vertrages unvereinbar sei und letzteren der Vorrang gebühre. Wegen der Kriterien, die für die Feststellung einer solchen Unvereinbarkeit in Frage kommen, wird auf das Urteil des Gerichtshofes vom 17. Dezember 1970 (Scheer, 30/70, Slg. S. 1197) verwiesen.

3. Das Vorlageurteil ist am 4. Juni 1976 in das Register bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben Concordia, die belgische Regierung und die Kommission schriftliche Erklärungen abgegeben.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, ohne vorherige Beweisaufnahme die mündliche Verhandlung zu eröffnen.

II — Vor dem Gerichtshof abgegebene schriftliche Erklärungen

#### Allgemeine Erklärungen

*Concordia* trägt vor, in Belgien seien Brauerverträge Gegenstand einer Reihe königlicher Erlasse, durch die eine vom betreffenden Berufsverband vorgeschlagene Regelung allgemein verbindlich erklärt werden könne; der mögliche Inhalt und die Dauer von Alleinbezugsverpflichtungen sowie die Vertragsstrafen seien jedoch begrenzt. Der streitige Vertrag falle unter den Königlichen Erlaß vom 25. September 1964 und sei mit ihm vereinbar.

Die *belgische Regierung* trägt vor, schätzungsweise 40 bis 50 % der belgischen Gastwirte hätten individuelle Lieferver-

träge mit ihrem Bierlieferanten (Brauereien oder Händler), in denen sie fast immer die Verpflichtung übernahmen, Bier zum Zwecke des Wiederverkaufs bei diesen Lieferanten zu beziehen, die ihnen umgekehrt bestimmte Vorteile (wie Belieferungsverpflichtung, Versicherungen im Zusammenhang mit dem Pachtvertrag, den Verkaufseinrichtungen, dem Darlehen oder den vermieteten Gegenständen usw.) gewährten. Die belgische Regierung legt jedoch ausführlich dar, daß es bei diesen Verträgen große Unterschiede hinsichtlich der Frage gebe, ob der Gastwirt sich verpflichtet, sich vollkommen oder nur bis zu einer bestimmten Menge bei seinem Vertragspartner einzudecken.

Die einleitenden Erklärungen der *Kommission* lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Lage des Biermarktes in der Gemeinschaft

Die Kommission legt Zahlenangaben über die Bierproduktion in den verschiedenen Mitgliedstaaten im Jahre 1974 vor; in Belgien seien 14 004 000 hl gebraut worden.

Die Struktur des Biermarktes sei von Land zu Land sowohl auf der Seite der Produktion als auch auf der Seite des Verbrauchs sehr unterschiedlich. Die Kommission gibt eine ins einzelne gehende Darstellung der Lage in den verschiedenen Mitgliedstaaten. Im Hinblick auf Belgien führt sie insbesondere aus:

- Es gebe 185 Brauereien;
- die Stella-Artois-Gruppe verfüge über 53 % der Gesamtproduktion; 36 % der Gesamtproduktion verteilen sich auf fünf weitere Gruppen oder Firmen, während die restlichen 11 % auf eine große Zahl kleinerer Unternehmen entfielen;
- auch *Concordia* sei eine kleine Brauerei, die schätzungsweise 75 000 hl pro Jahr, also 0,5 % des belgischen Ausstoßes herstelle; soweit der Kommission bekannt, werde dieses Bier

hauptsächlich als Faßbier in und um Geraardsbergen abgesetzt, vornehmlich bei Hotels, Restaurants und Schankwirtschaften (ein Sektor, der 60 % des belgischen Verbrauchs ausmache) und auf der Basis von Alleinbelieferungsverträgen.

Ausweislich einer von der Kommission vorgelegten Statistik hat der innergemeinschaftliche Handel mit Bier geringen Umfang. Dies hänge in erster Linie mit bestimmten technischen Gründen (von Land zu Land unterschiedliche Reinheitsanforderungen usw.) zusammen, die jedoch nicht unüberwindlich seien. Die eigentliche Ursache müsse jedenfalls darin gesehen werden, daß eine große Zahl von Betrieben des Hotel- und Gaststättengewerbes — einschließlich der größten — durch Exklusivverträge an Brauereien in den jeweiligen Ländern gebunden oder sogar Eigentum solcher Brauereien seien. Ausländische Brauereien, die in einen neuen Markt eindringen wollten, müßten deshalb versuchen (mit viel Investitionsaufwand), neue Verkaufsstellen zu schaffen oder — besser — bei ihren Bemühungen örtliche Wettbewerber über „joint ventures“ einzuschalten, wodurch der Wettbewerbseffekt erheblich gemindert werde.

Zu einigen in den Fragen aufgeworfenen allgemeinen Problemen

Die fünfte und sechste Frage ziele auf die Entscheidung ab, ob die nationalen Gerichte befugt sind, über die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 der Kommission auf den Einzelfall zu befinden.

Mit den Problemen, die sich daraus ergeben, daß für die Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrages sowohl die Organe der Gemeinschaft als auch die nationalen Gerichte zuständig sind, habe sich der Gerichtshof bereits im Urteil De Haecht II und in dem Urteil vom 30. Januar 1974 in der Rechtssache 127/73 (BRT — I, Slg. S. 51) befaßt; daß das letztgenannte Urteil zu Artikel 86 und nicht

zu Artikel 85 erging, sei in diesem Zusammenhang unerheblich.

Diese Urteile lösten jedoch nicht alle Probleme des vorliegenden Falles; dieser unterscheidet sich von der Rechtssache BRT — I insofern, als

- es nunmehr um die Rolle des nationalen Richters in Fällen gehe, in denen ein Verfahren auf Freistellung nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 17 noch eingeleitet werden kann oder bereits eingeleitet ist; in der Rechtssache BRT — I sei es nur um den Fall eines nach Artikel 3 der Verordnung bereits eingeleiteten Verfahrens zur Feststellung einer Verletzung der Artikel 85 oder 86 gegangen;
- die Fragen des Hof van Beroep Gent sich auf einzelne Verträge bezögen, die für sich allein genommen nicht unter Artikel 85 Absatz 1 fielen und von diesem Verbot nur wegen der kumulativen Wirkung erfaßt würden, die von den in diesem Wirtschaftssektor bestehenden Netzwerken von Ausschließlichkeitsbedingungen ausgehe.

In Fällen wie dem vorliegenden hänge die Anwendbarkeit des ersten und dritten Absatzes des Artikels 85 von Umständen ab, die von der vor dem nationalen Gericht streitigen Vereinbarung unabhängig und den betreffenden Parteien unbekannt seien. In derartigen Fällen sei es günstiger, wenn die Kommission und nicht das nationale Gericht entscheide. Während dieses sich durch Zeugen und Sachverständige unterrichten lassen müsse, verfüge die Kommission bereits selbst über die erforderlichen Kenntnisse und jedenfalls über hinreichende Befugnisse, um sich selbst die nötigen Informationen zu beschaffen. Sie könne so im Rahmen von Einzelentscheidungen bestimmte Regeln aufstellen, denen für künftige gleichartige Fälle in dem Sinne normative Kraft zukomme, daß sie die richterliche Beurteilung vergleichbarer Fälle erleichterten.

Bisher habe die Kommission weder gegen Concordia noch gegen andere — bel-

gische oder sonstige — Brauereien, die Vereinbarungen der hier streitigen Art geschlossen haben, ein Verfahren eingeleitet. In den Jahren 1970 bis 1972 habe eine Untersuchung des Biersektors stattgefunden, und es sei schließlich eine Entscheidung ergangen, durch die bestimmte Unternehmen zur Erteilung von Auskünften verpflichtet worden seien (ABl. L 161 vom 19. Juli 1971, S. 2 ff.). Die Ergebnisse der Untersuchung seien in der Studie eines französischen Sachverständigen verarbeitet worden, auf deren Grundlage Ende 1975 Beratungen mit den nationalen Stellen stattgefunden hätten. Die Kommission habe danach keinen Grund für Entscheidungen über bestimmte Brauerverträge — oder Systeme von Brauerverträgen — gesehen.

Die Kommission könne deshalb die vorgelegten Fragen nur abstrakt behandeln. Soweit sie quantitative Aussagen mache, seien diese nicht als feststehend, sondern nur als Orientierungswerte zu betrachten.

#### *Zur ersten Frage*

*Concordia* trägt vor, diese Frage könne anhand früherer Urteile des Gerichtshofes, insbesondere des Urteils vom 9. Juli 1969 in der Rechtssache Völk (5/69, Slg. S. 295), beantwortet werden; in dem letztgenannten Urteil (a.a.O. S. 302, Randziffern 5 bis 7) heiße es:

- Eine Vereinbarung kann den Handel zwischen Mitgliedstaaten nur beeinträchtigen, „wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen kann, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann“.
- Diese Voraussetzung und die Voraussetzung, daß die Vereinbarung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes

zur Folge haben muß, sind nicht erfüllt, wenn die Vereinbarung „den Markt mit Rücksicht auf die schwache Stellung der Beteiligten auf dem Markt der fraglichen Erzeugnisse nur geringfügig beeinträchtigt“.

Daraus könne abgeleitet werden, daß eine isolierte, örtlich beschränkte Vereinbarung, die — wie hier — für sich genommen die genannten Folgen nicht bewirken könne, nur verboten sei, wenn sie diese Folgen aufgrund der Marktstruktur dennoch herbeiführe.

Es falle schwer, ohne Bezugnahme auf einen bestimmten Markt genauere Kriterien zu formulieren. Allein, es sei vorauszuschicken, daß der Beweis für eine Beschränkung des Wettbewerbs auf einem solchen Markt — was die Abgrenzung des Marktes für die entsprechenden Erzeugnisse voraussetze — wie auch der Beweis der Beeinflussung des Handels zwischen Mitgliedstaaten nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofes anhand von konkreten und nachgewiesenen tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten geführt werden müsse (Urteil vom 14. Mai 1975 in den verbundenen Rechtssachen 19 und 20/74, Kali und Salz, Slg. S. 499; Urteil vom 15. Mai 1975, Rechtssache 71/74, Frubo, Slg. S. 563; Urteil vom 26. November 1975, Rechtssache 73/74, Papiers Peints, Slg. S. 1491).

Kennzeichnend für Bierproduktion und -handel in Belgien seien insbesondere folgende Umstände:

- In Belgien und Luxemburg solle es etwa 200 Brauereien geben, darunter große, mittelgroße und kleine Betriebe. *Concordias* Marktanteil mache 0,48 % der nationalen Erzeugung aus, der Marktanteil der wichtigsten belgischen Brauerei-Gruppe knapp 35 %. Der belgische Markt könne deshalb kaum als monopolistisch bezeichnet werden.
- Die belgischen Ausfuhren nach anderen Mitgliedstaaten und die belgischen Einfuhren aus anderen Mit-

gliedstaaten zeigten für die letzten Jahre stark steigende Tendenz; hierzu legt Concordia Zahlen vor. Diese Zahlen wären nach ihrer Auffassung noch größer ausgefallen, wenn nicht eine Reihe externer Faktoren wie unterschiedliche Rechtsvorschriften über die Herstellung von Bier, Verbrauchsgewohnheiten usw. wären.

- Der Anteil der durch Ausschließlichkeitsvereinbarungen gebundenen Gastwirte betrage schätzungsweise 40 bis 50 %, also weniger als in den anderen Mitgliedstaaten, in denen ähnliche Verträge üblich seien. In Belgien würden diese Verträge zumeist von Brauereien mit kleinem örtlichem Tätigkeitsgebiet verwendet, denn sie könnten benutzt werden, um die Kundschaft in der unmittelbaren Umgebung zu binden und auf diese Weise dem Wettbewerb durch größere Brauereien entgegenzutreten.
- Derartige Verträge hätten nicht etwa den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt, sondern es belgischen Brauereien ermöglicht, in den niederländischen und französischen Markt einzudringen.

Die erste Frage sei deshalb wie folgt zu beantworten:

Wenn der belgische Markt nicht monopolistisch strukturiert ist und sich außerdem dadurch auszeichnet, daß es einen recht hohen Anteil nicht-gebundener Gastwirte (etwa 50 % oder mehr) gibt oder die Lieferverträge die Wettbewerbskraft von Brauereien mit einem kleineren örtlichen Betätigungsfeld erhöhen, oder wenn der belgische Handel mit anderen Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung beschränkender Faktoren wie unterschiedliche Rechtsvorschriften, Verkaufsgewohnheiten und Traditionen sowie hoher Transportkosten sich auf einem angemessenen Stand hält oder sogar zunimmt oder wenn Lieferverträge ein Mittel sind, um in den Markt anderer Mitgliedstaaten einzudringen, dann besteht kein Grund zu der Annahme, daß eine isolierte nationale Alleinbezugsvereinba-

rung unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fällt.

Die *belgische Regierung* trägt vor, die hier in Rede stehenden Vereinbarungen seien größtenteils von zweitrangiger Bedeutung und fielen für sich allein genommen nicht unter Artikel 85 Absatz 1.

Ohne eine vorhergehende gründliche Untersuchung sei es nicht möglich, wie in der ersten Frage gefordert, in abstrakter Weise „Begleitumstände“ anzuführen. In diesem Zusammenhang sei zu unterscheiden zwischen

- zum einen — Umständen, die den Vereinbarungen gewissermaßen anhafteten, wie etwa Nationalität, Ruf, Bedeutung und Produktionskapazität der Parteien; Art, Qualität und Menge des den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Bieres; Ausschließlichkeit oder Nichtausschließlichkeit der Bezugsverpflichtungen; die eventuell vorgesehene Lieferung anderer Getränke und Waren oder Leistung von Diensten; die Verpflichtungen des Lieferanten; die Nebenabreden etwa hinsichtlich Vertragsdauer, Möglichkeit der Vertragsauflösung, Freiheit zur Einfuhr von Bier für andere Verkaufsstätten; schließlich die für den Fall der Vertragsverletzung vorgesehenen Rechtsfolgen;
- und — zum andern — verschiedenen Gegebenheiten außerhalb der betreffenden Verträge, wie Bestehen nicht-ausschließlicher Brauerverträge (und deren Folgen); Lage hinsichtlich des Einzelverkaufs auf nichtvertraglicher Basis; Vereinbarungen auf der Ebene der Produktion und des Großhandels; Struktur und Marktposition der Unternehmen; Art und Menge von Angebot und Nachfrage, Preise, Verkehrsverhältnisse, nationale Rechtsvorschriften usw.

Hinsichtlich der kumulativen Wirkung gleichartiger Vereinbarungen müsse der Zeitpunkt ihres Abschlusses berücksichtigt werden. Ein Verbot, das sich lediglich gegen eine frühere gleichartige,

isoliert betrachtet mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbare Vereinbarung richtet, sei aus Gründen der Billigkeit nicht zu vertreten. Wenn sich später herausstelle, daß die Vereinbarung insgesamt zu Ergebnissen führten, die mit Artikel 85 nicht vereinbar seien, dann sei entweder gegen neue Vereinbarungen einzuschreiten oder insgesamt — oder jedenfalls gruppenweise — gegen alte und neue Vereinbarungen.

Die belgische Regierung schlägt vor, die Frage in diesem Sinne zu beantworten.

Nach Auffassung der *Kommission* sind die in dieser Frage angesprochenen Begleitumstände teils quantitativer, teils qualitativer Natur.

#### Zum quantitativen Aspekt

Für die Beurteilung der kumulativen Wirkung der Brauerverträge sei zunächst der Markt zu bestimmen, auf dem diese Wirkung zu spüren ist. Nach Auffassung der Kommission sind diese Verträge in einem ziemlich beschränkten Rahmen zu beurteilen, nämlich unter Berücksichtigung der Nachfrage nach Bier — unter Ausschluß anderer alkoholischer oder nichtalkoholischer Getränke — allein der zum Gaststättengewerbe gehörenden Verkaufsstellen, also unter Ausschluß des Lebensmitteleinzelhandels und der Warenhäuser. Der Kauf und Verkauf von Bier im Hotel- und Gaststättengewerbe unterscheidet sich vom Absatz von Bier zum häuslichen Verbrauch: Der Ausschank von Bier sei zugleich auch Dienstleistung; das Bier werde faßweise, also in großen Mengen eingekauft; für den Ausschank bedürfe es besonderer Einrichtungen und einer gewissen beruflichen Qualifikation; Bier, das wie im Hotel- und Gaststättengewerbe im Glas serviert werde, sei viel teurer als Bier für den häuslichen Verbrauch, usw.

Sodann müsse der relevante Markt auch geographisch abgegrenzt werden; die zur Zeit existierenden Netze von Brauerverträgen überzögen größtenteils ausschließ-

lich nationale Märkte oder Teile solcher Märkte. Jedes Netz verhindere für die von ihm erfaßten Verkaufsstellen den Zugang für Wettbewerber. Es empfehle sich also, zunächst die kumulative Wirkung all dieser Netze zusammengenommen zu untersuchen.

Der Marktzugang werde um so schwerwiegender beeinträchtigt, als die Zahl der gebundenen Verkaufsstellen — wegen des Umfangs eines Netzes von Alleinbezugsvereinbarungen oder mehrerer solcher Netze insgesamt — zunehme. In beiden Fällen gehe sowohl die Zahl als auch die wirtschaftliche Attraktivität der in der Wahl ihrer Lieferanten freien Verkaufsstellen zurück. Dies sei nicht allein für das Vordringen von Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten ungünstig, sondern blockiere auch die Marktanteile der bereits etablierten Unternehmen.

In diesem Sinne sei festzuhalten, daß das von Concordia geknüpfte Netz von Ausschließlichkeitsbindungen seine Wirkungen auf dem belgischen Markt entfalte, der durch die vorstehend genannten Umstände und dadurch gekennzeichnet werde, daß etwa 65 % des inländischen Absatzes, d. h. etwa 9 Millionen hl, über Alleinbezugsvereinbarungen abgesetzt werden.

Danach könnten folgende Kriterien aufgestellt werden:

— Mit großer Wahrscheinlichkeit falle ein einzelnes großes Netz von Alleinbezugsverpflichtungen bei einer großen Brauerei bereits für sich allein genommen unter Artikel 85 Absatz 1. Diese Wahrscheinlichkeit grenze an Sicherheit, wenn es auf einem bestimmten Markt mehrere solcher großer Netze nebeneinander gebe.

— Hingegen seien kleine Netze von Ausschließlichkeitsbindungen an kleine Hersteller mit größerer Nachsicht zu betrachten. Der Gerichtshof verfähre nach der Regel, daß Vereinbarungen, die den Wettbewerb nur geringfügig beeinträchtigen,

nicht unter das Verbot des Artikels 85 fallen. Ähnliche Überlegungen müßten auch hinsichtlich von Vereinbarungen gelten, die nicht als für sich allein den Wettbewerb nennenswert beeinträchtigend angesehen werden könnten, so daß allein die kumulative Wirkung aller gleichartigen Vereinbarungen zur Anwendung des Artikels 85 führen könnte. Es müsse also — mit anderen Worten — unterschieden werden, ob eine bestimmte Vereinbarung in geringem oder in erheblichem Maß zu diesem Effekt beitrage.

— Auf dem Biersektor stoße ein solches Vorgehen nicht auf unüberwindliche Schwierigkeiten.

Es sei nicht angezeigt, auf diesem Sektor mit den Maßstäben des Punktes II der Bekanntmachung der Kommission über Fälle von geringerer Bedeutung (Abl. C 64 vom 2. Juni 1970, S. 1) zu arbeiten, welche an den Anteil am Gesamtumsatz mit den betreffenden Erzeugnissen und an den Umsatz der Beteiligten Unternehmen anknüpfen. Da es nämlich in Deutschland eine große Zahl kleiner Brauereien gäbe, laufe dies darauf hinaus, daß dort zahlreiche Brauerverträge dem Verbot des Artikels 85 entgingen, obwohl die betreffenden Brauereien zusammen einen bedeutenden Marktanteil hätten. Die Kommission hält es aus Gründen, die sie im einzelnen darlegt, für die annehmbarste Lösung, von dem Grundsatz auszugehen, daß ein Netz von Ausschließlichkeitsbindungen nicht unter Artikel 85 fällt, wenn das betroffene Geschäftsvolumen nicht mehr als 100 000 hl Bier ausmacht (Abweichungen nach oben oder unten vorbehalten).

#### Zum qualitativen Aspekt

Die Wirkung von Vereinbarungen der streitigen Art hänge auch davon ab, welche Bindungen sie schufen: ausschließliche Bezugsverpflichtungen oder nur die Verpflichtung zum Bezug einer Mindestmenge; Dauer der Verpflichtung; gegebenenfalls Dauer des als Gegenlei-

stung gewährten Darlehens usw. Nach Gemeinschaftsrecht brauchten allerdings an kleine Lieferanten keine Forderungen hinsichtlich des Inhalts der das Netz ihrer Vertriebsvereinbarungen bildenden Verträge gestellt zu werden (Urteil in der Rechtssache Völk; Urteil vom 6. Mai 1971, Cadillon, Rechtssache 1/71, Slg. S. 351). Innerhalb eines solchen Netzwerkes könnten selbst Bestimmungen geduldet werden, die, an den Maßstäben des Artikels 85 Absatz 3 gemessen, stärker wettbewerbsbeschränkend seien, als dies für die dort umschriebenen Ziele notwendig sei.

Für diese Betrachtungsweise spreche auch, daß derartige Klauseln eine Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur verhinderten, wie sie sich ergeben könnte, wenn große Brauereien mit gezielten Preisnachlässen — eventuell unter Verletzung des Artikels 86 — versuchten, kleine Unternehmen dieses Wirtschaftszweiges zu verdrängen. Es sei angemessen, Artikel 85 in vernünftiger Weise anzuwenden, um dieser Gefahr zu begegnen.

Die Kommission gelangt deshalb zu dem Ergebnis, daß die Frage wie folgt zu beantworten sei:

Die Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag auf Alleinbezugsvereinbarungen zwischen einem Bierhersteller, -importeur oder -großhändler und Unternehmen, die Bier vom Faß verkaufen, setzt voraus, daß das Ausmaß des freien Zugangs zu der von den letztgenannten Unternehmen ausgehenden Nachfrage geprüft wird.

Dabei ist der Umfang der aus gleichartigen Vereinbarungen geknüpften Netze vertraglicher Bindungen ebenso zu berücksichtigen wie die Strenge der Bestimmungen, die die Ausschließlichkeitsbeziehungen näher regeln.

Wenn ein wesentlicher Teil der vorgenannten Nachfrage durch ein oder mehrere Netze von Alleinbezugsvereinbarun-

gen an der freien Lieferantenwahl gehindert wird, können Vertriebsnetze von geringer Bedeutung dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 entgegen.

Die Beurteilung dieser Umstände im Einzelfall geschieht im Licht der Entscheidungspraxis der Kommission sowie anderer Hinweise dieses Organs, denen entsprechende Bedeutung zukommt, und unterliegt der Nachprüfung durch den Gerichtshof.

#### *Zur zweiten Frage*

*Concordia* mißt dieser Frage überragende Bedeutung zu; werde sie bejaht, dann brauchten die übrigen Fragen nicht mehr erörtert zu werden.

Für die Beantwortung der Frage, ob Vereinbarungen wie die hier vorliegende unter eine „Gruppenfreistellung“ nach der Verordnung Nr. 67/67 fallen, sei Artikel 1 Absätze 1 und 2 dieser Verordnung heranzuziehen. Nach den Worten des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe b — in der Fassung der Verordnung Nr. 2591/72 der Kommission vom 8. Dezember 1972 (ABl. L 276, S. 15) — werde „Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages ... bis zum 31. Dezember 1982 für nicht anwendbar erklärt auf Vereinbarungen, an denen nur zwei Unternehmen beteiligt sind und ... in denen sich ein Vertragspartner dem anderen gegenüber verpflichtet, zum Zwecke des Weiterverkaufs bestimmte Waren nur von ihm zu beziehen“; diese Voraussetzungen seien hier gegeben. Jedoch sei Absatz 1 nach Absatz 2 „nicht anwendbar auf Vereinbarungen, an denen nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind und die den Weiterverkauf von Waren innerhalb dieses Mitgliedstaates betreffen“; da dies bei den hier in Rede stehenden Vereinbarungen der Fall sei, sehe es zunächst so aus, als fielen sie nicht unter eine Freistellung. Ein solcher Schluß sei jedoch unzutreffend; in seinem Urteil in der Rechtsache Roubaix-Wattrelos (a.a.O. S. 119 Randziffern 18 und 19) habe der Gerichtshof ausgeführt: „Die Bedeutung des Absatzes 2 liegt also darin, Alleinver-

triebsvereinbarungen mit reinem Inlandsbezug, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, vom Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 und folglich dem der Verordnung Nr. 67/67 auszunehmen. Dagegen bezweckt Absatz 2 nicht, solche Vereinbarungen von der Gruppenfreistellung auszuschließen, die zwar zwischen 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.“ In der Tat sei es nicht vernünftig, einer bestimmten Vereinbarung den Vorteil der Gruppenfreistellung nur deswegen vorzuenthalten, weil sie in der Regel den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht spürbar beeinträchtigen könne.

Zu Unrecht habe das vorlegende Gericht die Anwendbarkeit dieser Freistellung bezweifelt, offensichtlich weil in Artikel 1 Absatz 1 *Buchstabe a* der Verordnung Nr. 67/67 — der sich mit *Alleinverkaufsverträgen* beschäftigt — die Freistellung an die Voraussetzung geknüpft wird, daß das Gebiet des gemeinsamen Marktes, innerhalb dessen der Wiederverkauf stattfinden kann und muß, „abgegrenzt“ ist. Diese Bestimmung gelte jedoch nicht für die unter *Buchstabe b* aufgeführten *Alleinbezugsvereinbarungen*, um die es hier gehe. Das ergebe sich einerseits daraus, daß die genannte Voraussetzung unter Buchstabe b nicht wiederholt werde, und andererseits aus der Natur der in a) beziehungsweise in b) behandelten Vereinbarungen. Denn es sei zwar bei Alleinverkaufsverträgen im Hinblick auf das ausschließliche Recht zum Verkauf eine Gebietsabgrenzung notwendig, das gelte aber nicht für eine Alleinbezugsverpflichtung, die bereits ihrer Natur nach auf ein — auf das Unternehmen des Käufers — abgegrenztes Gebiet beschränkt sei.

Die streitige Vereinbarung sei zu einem Zeitpunkt geschlossen worden, als die

Verordnung Nr. 67/67 noch nicht in Kraft war. Die Anmeldung von „Ausschließlichkeitsvereinbarungen“ sei damals in Artikel 4 Absatz 2a der Verordnung Nr. 27 der Kommission vom 3. Mai 1962 (ABl. S. 1118) in der Fassung der Verordnung Nr. 153 vom 21. Dezember 1962 (ABl. S. 2918) geregelt gewesen, welche eine Anmeldung in vereinfachter Form vorgesehen habe; diese Vorschrift sei mit dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 67/67 überflüssig geworden und deshalb durch deren Artikel 7 aufgehoben worden. Gemäß Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 67/67 gelte die in deren Artikel 1 ausgesprochene Gruppenfreistellung „rückwirkend“ für alle Vereinbarungen, die am 13. März 1962 bestanden und die vor dem 1. Februar 1963 angemeldet worden seien. Vernünftigerweise müsse die gleiche rückwirkende Kraft auch für solche Vereinbarungen geltend gemacht werden können, die — wie die hier streitige — in dem vorgenannten Zeitraum geschlossen, jedoch mangels Anmeldepflicht nicht angemeldet worden seien (vgl. weiter unten die Erklärungen von Concordia zur dritten Frage).

Die zweite Frage sei deshalb zu bejahen.

Auch die *belgische Regierung* vertritt, gestützt auf die vierte Begründungserwägung zur Verordnung Nr. 67/67 und den klaren Wortlaut des Urteils in der Rechtsache Roubaix-Wattrelos, die Auffassung, die bezeichnete Verordnung betreffe nur „nationale“ Vereinbarungen, die, obwohl ausnahmsweise geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, den Voraussetzungen der Artikel 1 bis 3 der Verordnung genügen.

Die kumulative Wirkung, die möglicherweise von der Gesamtheit gleichartiger Vereinbarungen ausgehen könnte, stehe der Anwendung der Verordnung nicht im Wege.

Die *belgische Regierung* schlägt vor, die Frage wie folgt zu beantworten:

Bei Vorliegen der Voraussetzungen der Verordnung Nr. 67/67 ist die in dieser

Verordnung erklärte Gruppenfreistellung anwendbar auf alle auf dem Biermarkt zwischen zwei Unternehmen ein und desselben Mitgliedstaats abgeschlossene Alleinbezugsvereinbarungen, die ausnahmsweise den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar beeinträchtigen können. Diese Freistellung gilt also nicht für Brauereiverträge mit rein nationalem Charakter und ebenfalls nicht für andere Brauereiverträge, die den Voraussetzungen der Verordnungen Nr. 67/67 nicht genügen, obwohl es sich in beiden Fällen um Vereinbarungen zwischen zwei Unternehmen aus ein und demselben Mitgliedstaat handelt.“

Die *Kommission* meint, die Frage sei zu verneinen.

In Brauereiverträgen würden Exklusivrechte für ein abgegrenztes Gebiet — weil unnötig — nicht vereinbart. Es ergebe sich aber aus dem Aufbau des Artikels 1 Absatz 1 und aus der sechsten Begründungserwägung zu der Verordnung Nr. 67/67, daß diese allein für Vereinbarungen gelte, die eine solche Klausel enthalten, einerlei ob sie unter Buchstabe a, Buchstabe b oder Buchstabe c des Artikels 1 Absatz 1 fallen.

Auch sei das Anwendungsgebiet der Verordnung nach dem Inhalt der von ihr betroffenen Vereinbarungen bestimmt worden; hierdurch habe man es den Unternehmen ermöglichen wollen, selbst festzustellen, ob sich ihre Abreden im Rahmen der Verordnung halten. Diese Möglichkeit bestehe nicht bei Vereinbarungen, die wegen den Parteien unbekannter äußerer Umstände, wie etwa wegen des Bestehens von Netzen gleichartiger Vereinbarungen, unter das Verbot fallen.

Endlich enthielten Brauereivereinbarungen oft übertrieben strenge und für die Erreichung der Ziele, die eine Gruppenfreistellung rechtfertigen könnten, nicht erforderliche Beschränkungen, so daß eine Gruppenfreistellung nicht in Frage komme, obwohl sich aus Artikel 2 der Verordnung Nr. 67/67 kein Anknüp-

fungspunkt für eine analoge Anwendung dieses Artikels im Sinne eines Ausschlusses der Gruppenfreistellung entnehmen lasse.

### Zur dritten Frage

*Concordia* trägt vor, die Gründe des Vorlageurteils zielten auf bestimmte Erwägungen im Urteil des Gerichtshofes vom 18. März 1970 in der Rechtssache Bilger (43/69, Slg. S. 127), wonach

- ein Vertrag von der Art, wie er in jener Sache untersucht worden sei und auch jetzt wieder vorliege, „im Zusammenhang mit ähnlichen, eine bedeutende Zahl von Einzelhändlern desselben Staates an einige inländische Erzeuger bindenden Verträgen gesehen, gegebenenfalls geeignet sein [mag], den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen; dennoch“ — so heiße es weiter — „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“ (Slg. 1970, S. 135, Randziffer 5);
- „Alleinbelieferungsverträge, zu deren Erfüllung die ihren Gegenstand bildenden Waren die Staatsgrenzen nicht zu überschreiten brauchen, ... sicherlich nicht die Ein- oder Ausfuhr [betreffen]“ (a.a.O. S. 136, Randziffer 6).

Bei der Frage, ob diese Auslegung auch dann gelte, wenn der betroffene Vertrag in Wirklichkeit für eine der an der Vereinbarung beteiligten Parteien auf ein unmittelbares Einfuhrverbot hinauslaufe, habe sich der Hof van Beroep Gent vielleicht von der einen oder anderen der nachfolgenden Überlegungen leiten lassen:

- Entweder habe das vorlegende Gericht geglaubt, darauf hinweisen zu müssen, daß eine Verpflichtung der hier vorliegenden Art notwendigerweise zur Folge habe, daß der betroffene Gastwirt sich auch nicht bei einer ausländischen

Brauerei versorgen kann. Dies sei jedoch auch in der Rechtssache Bilger der Fall gewesen, so daß der Gerichtshof dies bei seiner oben wiedergegebenen Auslegung sicher berücksichtigt habe.

— Oder das Gericht habe darauf aufmerksam machen wollen, daß das Bestehen zahlreicher gleichartiger Vereinbarungen zwischen Endverkäufern und Brauereien aus dem gleichen Mitgliedstaat die Einfuhren unter den Mitgliedstaaten besonders stark beeinträchtigen könnte. Aber auch dies sei ein Umstand, der ausweislich der zitierten Erwägungen aus dem Bilger-Urteil vom Gerichtshof ausdrücklich berücksichtigt worden und der auch allein für die Auslegung der Worte „den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“ im Sinne des Artikels 85 EWG-Vertrag von Bedeutung sei.

— Oder, und dies sei am wahrscheinlichsten, das nationale Gericht habe wissen wollen, ob die Frage anders beantwortet werde, wenn die Alleinbezugsverpflichtung auch die Lieferung von ausländischem Bier verbiete, das durch die Klausel ausgeschlossene Brauereien importierten. Auch zu diesem Punkt habe sich der Gerichtshof ausdrücklich erklärt, und zwar im Urteil in der Rechtssache Roubaix-Wattrelos, in dem es heiße, daß Artikel 4 Absatz 2 Ziffer 1 der Verordnung Nr. 17 „auch für Alleinvertriebsvereinbarungen über die Vermarktung von Waren gilt, wenn die Vermarktung, auf die sich die Vereinbarung bezieht, ausschließlich auf dem Gebiet des Mitgliedstaats erfolgt, in dem die Unternehmen ihren Sitz haben; dies gilt auch dann, wenn die betreffenden Waren in einem früheren Stadium aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführt wurden“ (Slg. 1976 S. 120, Ziffer 1 der Entscheidungsformel).

Die Frage müsse also bejaht werden; hierzu reiche es aus, auf die frühere Rechtsprechung des Gerichtshofes zu verweisen.

Auch nach Auffassung der *belgischen Regierung* hat sich der Gerichtshof in

seinem Urteil in der Rechtssache Bilger deutlich dahin ausgesprochen, daß Vereinbarungen der hier streitigen Art trotz des in ihnen stillschweigend enthaltenen Einfuhrverbots nicht als „die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten“ im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 Ziffer 1 der Verordnung Nr. 17 betreffend angesehen werden könnten und deshalb von der Anmeldepflicht befreit seien. Obwohl sich dieses Urteil nur auf Verträge „zwischen einem Erzeuger und einem selbständigen Einzelhändler“ (vgl. Ziffer 1 der Entscheidungsformel) beziehe, gelte die in diesem Urteil gegebene Lösung auch dann, wenn der Vertragspartner des Einzelhändlers nicht nur als reiner Erzeuger, sondern auch als Großhändler für Bier anderer — in- oder ausländischer — Brauereien auftritt.

Außerdem brauchten unter die Verordnung Nr. 67/67 fallende Verträge nicht angemeldet zu werden. Soweit sie vor Inkrafttreten der Verordnung abgeschlossen gewesen seien und die Voraussetzungen der Artikel 4 und 5 der Verordnung erfüllten, gelte die Gruppenfreistellung seit dem Inkrafttreten der Verordnung.

Die Frage sei deshalb wie folgt zu beantworten:

Nur rein nationale Brauerverträge zwischen zwei Unternehmen, also Verträge zwischen einem Erzeuger oder Lieferanten von inländischem Bier auf der einen Seite und einem im gleichen Mitgliedstaat tätigen Einzelhändler auf der anderen Seite über den Wiederverkauf von Bier innerhalb dieses Staates brauchen nicht nach Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 angemeldet zu werden.

Auch die *Kommission* vertritt im Hinblick auf die Urteile in den Rechtssachen Bilger und Roubaix-Wattrelos die Auffassung, die Frage sei zu bejahen. Zweifellos gehörten die einzelnen Brauerverträge zu der in Artikel 4 Absatz 2 Ziffer 1 der Verordnung Nr. 17 gedachten Kategorie von Verträgen. Zwar könnten sie wegen der kumulativen Wirkung von Netzen

von Ausschließlichkeitsbeziehungen unter Artikel 85 Absatz 1 fallen, aus diesem für die einzelnen Unternehmen nicht überschaubaren Umstand könne aber keine Anmeldepflicht entstehen. Dies gelte um so mehr, als die Freistellung von der Anmeldepflicht die Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 nicht hindere, sondern im Gegenteil die Möglichkeit rückwirkender Befreiung vom Verbot erweitere, wie sich aus Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 ergebe.

#### *Zur vierten Frage*

*Concordia* trägt vor, diese Frage hänge aufs engste mit der ersten zusammen, denn die in Artikel 85 Absatz 2 vorgesehene Nichtigkeit gelte, vorbehaltlich der Anwendung des Absatzes 3, für sämtliche nach Absatz 1 verbotenen Vereinbarungen.

Wenn jedoch ein für sich allein unbedenklicher Vertrag ausnahmsweise wegen der kumulativen Wirkung anderer gleichartiger Verträge unter das Verbot falle, führe die strenge Anwendung des Artikels 85 Absatz 2 zu ungewissen und jedenfalls wenig befriedigenden Ergebnissen.

Man müsse sich nämlich fragen, ob bei Erreichen eines bestimmten Anteils „gebundener“ Einzelhändler in einem Mitgliedstaat alle später geschlossenen Verträge automatisch nichtig seien oder ob dann bestimmte früher geschlossene Verträge — etwa die wichtigsten (wie immer dieser Begriff verstanden werde) — plötzlich ungültig würden.

Keine dieser Lösungen sei mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit zu vereinbaren, was die Auffassung bestätige, daß das Problem dieser Verträge am besten gelöst werde, wenn man auf das System der Gruppenfreistellung oder auf die Freistellung von der Anmeldepflicht zurückgreife. Jedoch sei die letztgenannte Lösung nur dann befriedigend, wenn die Kommission den Beteiligten auf Antrag eine rückwirkende Einzelfreistellung

nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages gewähre. Verweigere die Kommission jedoch eine solche Freistellung, so hätte die aus dieser Entscheidung folgende Nichtigkeit ebenfalls rückwirkende Kraft (vgl. das Urteil in der Rechtssache De Haecht II, Randziffern 24 bis 27 der Entscheidungsgründe). Die Frage der Gültigkeit von Verträgen der hier streitigen Art sei also am angemessensten gelöst, wenn man annehme, daß die Gruppenfreistellung der Verordnung Nr. 67/67 auf sie Anwendung finde.

Nach Auffassung der *belgischen Regierung* müssen im Zusammenhang mit der „kumulativen Wirkung“ alle Vereinbarungen berücksichtigt werden, die sie in ihren Ausführungen zur ersten Frage behandelt hat, also nicht allein die jeweils streitige und andere „gleichartige“ Vereinbarungen.

Soweit alle diese Vereinbarungen wegen ihrer kumulativen Wirkung unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fielen, sei es aus Gründen der Billigkeit angebracht, eine einzige Entscheidung zu erlassen. Nach den Gemeinschaftsverordnungen sei dies jedoch nicht immer erforderlich, so daß gegebenenfalls auch im Anschluß an eine Anmeldung ergehende Einzelentscheidungen nach Artikel 85 Absatz 3 gerechtfertigt seien. Dies sei der Fall bei Vereinbarungen, die zwar die Einfuhr nicht betrafen, die jedoch wegen ihrer kumulativen Wirkung den Handel zwischen Mitgliedstaaten und den Wettbewerb spürbar beeinträchtigen.

Soweit hingegen Vereinbarungen, die nicht rein nationalen Charakter haben und unter Artikel 85 Absatz 1 fallen, dennoch die Voraussetzungen für eine Freistellung gemäß der Verordnung Nr. 67/67 erfüllten, enthalte diese Verordnung die erwünschte Lösung, indem sie es ermögliche, derartige Vereinbarungen der Nichtigkeit nach Absatz 2 zu entziehen.

Die Frage sei deshalb wie folgt zu beantworten:

Relativ unbedeutende Alleinbezugsvereinbarungen, auf die Artikel 85 Absatz 1 nur wegen der kumulativen Wirkung aller gleichartigen Vereinbarungen anwendbar ist, können der in Artikel 85 Absatz 2 bestimmten Nichtigkeit nach Absatz 3 des gleichen Artikels entgehen. Für die Anwendung der Verordnung Nr. 67/67 mit — bei Vorliegen der darin vorgeschriebenen Voraussetzungen — gleichem Ergebnis kommen nur Vereinbarungen in Frage, die zwischen zwei Unternehmen abgeschlossen worden sind und nicht rein nationalen Charakter haben.

Die *Kommission* trägt vor, die Antwort auf diese Frage ergebe sich aus der Antwort auf die erste Frage. Unbedeutende Netze von Ausschließlichkeitsbindungen fielen nicht unter Artikel 85 Absatz 1.

Sowie diese Netze jedoch insgesamt einen bestimmten Grad der Abschließung des Marktes bewirkt hätten, seien auch selbst gänzlich unbedeutende Verschlimmerungen mit zu berücksichtigen.

Es sei auch nicht möglich, innerhalb der großen Vertragsnetze die einzelnen Verträge nach dem Grad zu unterscheiden, zu dem sie zu der insgesamt bewirkten Beschränkung des Zugangs zum Markt beitragen. „Die ganze Vorstellung von einer kumulativen Wirkung einer Reihe von Ausschließlichkeitsbeziehungen beruht auf einer gewissen Globalisierung der Untersuchung. Wollte man diese Globalisierung zu vermeiden trachten, dann verlöre die ganze auf dem Vorrang der wirtschaftlichen Realität über die rechtliche Form aufgebaute Begründung ihren Sinn. Die kumulative Wirkung der Ausschließlichkeitsbeziehungen liegt nämlich zum großen Teil in der wirtschaftlichen Stärke der jeweils an einer Vereinbarung beteiligten großen Brauereien. Gerade diese wirtschaftliche Stärke verleiht den Netzen von Verträgen, sowohl einzeln als auch in ihrer Gesamtheit gesehen, die Bedeutung und das Gewicht, das sie besitzen. Die wirtschaftliche Bedeutung des Vertragspartners und der damit zusammenhängende Umfang des durch

jeden einzelnen Vertrag gebundenen Umsatzes bleiben deshalb zu Recht im Hintergrund.“

Diese Begründung gelte auch für die Möglichkeit, Artikel 85 Absatz 3 anzuwenden. Die Kommission verweist auf ihre Erklärungen zur fünften und sechsten Frage und meint, es sei nicht möglich, innerhalb der Vertragsnetze noch die quantitative Bedeutung einzelner dazugehöriger Vereinbarungen zu unterscheiden.

Aus diesen Gründen schlägt die Kommission folgende Antwort vor:

Die Gültigkeit von Vereinbarungen der in der ersten Frage beschriebenen Art, die für sich allein genommen von geringer Bedeutung sind, richtet sich nach der rechtlichen Beurteilung des Netzwerkes von Vertragsbeziehungen, dessen Bestandteil sie sind.

#### *Zur fünften Frage*

*Concordia* zitiert die Rechtsprechung des Gerichtshofes, in der es heißt:

— zu nach dem 13. Mai 1962 abgeschlossenen Verträgen — „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 Rechtssuchenden geltend gemacht wird. In einem solchen Falle muß der Richter entscheiden, ob es ... 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 Mit-

gliedstaaten äußert oder seine Unvereinbarkeit mit Artikel 85 außer Zweifel steht“ (Urteil in der Rechtssache *De Haecht II*, Slg. 1973, S. 87, Randziffern 11 und 12).

— „Daß diese Gerichte“ — d. h. die „Gerichte, die besonders damit betraut sind, das nationale Wettbewerbsrecht anzuwenden oder die Gesetzmäßigkeit seiner Anwendung durch die Verwaltungsbehörden zu überwachen“ — „von der in Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 enthaltenen Formulierung ‚Behörden der Mitgliedstaaten‘ mitumfaßt werden, kann ein Gericht, vor dem die unmittelbare Wirkung von Artikel 86 geltend gemacht wird, nicht davon entbinden, seine Entscheidungen zu fällen. Leitet die Kommission ein Verfahren nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 ein, so kann das Gericht aber seine Entscheidung aussetzen, bis die Kommission ihr Verfahren abgeschlossen hat, wenn ihm das aus Gründen der Rechtssicherheit geboten erscheint. Es wird jedoch im allgemeinen sein Verfahren fortsetzen, wenn es feststellt, daß die umstrittene Verhaltensweise offensichtlich nicht geeignet ist, spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb oder den Handel zwischen Mitgliedstaaten hervorzu- bringen, oder daß ihre Unvereinbarkeit mit Artikel 86 außer Zweifel steht“ (Urteil in der Rechtssache *BRT I*, Slg. 1974, S. 63, Randziffern 20 bis 22).

Diese nach Auffassung von *Concordia* in jeder Hinsicht klaren Erwägungen führten zu folgenden Ergebnissen:

Das nationale Gericht müsse sich, wolle es sich nicht der Rechtsverweigerung schuldig machen, über die Gültigkeit einer ihm unterbreiteten Vereinbarung und damit auch über ihre Vereinbarkeit mit den Artikeln 85 und 86 aussprechen. Es sei allerdings berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, in Erwartung einer Entscheidung der Kommission sein Verfahren gemäß den Vorschriften des staatlichen Verfahrensrechts auszusetzen, es sei

denn, daß die betroffene Vereinbarung mit Artikel 85 oder 86 offensichtlich vereinbar oder unvereinbar wäre.

Von dieser Befugnis werde das Gericht immer Gebrauch machen, wenn die Rechtssicherheit oder das Interesse an einem geordneten Gang des Verfahrens dies verlangten. Das sei immer dann der Fall, wenn die Nichtaussetzung des Verfahrens Anlaß zu widerstreitenden Entscheidungen des Gerichts und der Kommission geben könnte, also namentlich dann, wenn die betroffene Vereinbarung bei der Kommission angemeldet sei oder noch fristgerecht angemeldet werden könne.

Wenn das vorliegende Gericht frage, ob das nationale Gericht „über die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 negativ entscheiden“ dürfe, frage es sich offensichtlich, ob das nationale Gericht nicht bereits zu der — in Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 ausdrücklich der Kommission vorbehaltenen — Anwendung dieser Bestimmung komme, wenn es die Aussetzung des Verfahrens ablehnt, weil es die betreffende Vereinbarung für mit Artikel 85 offensichtlich unvereinbar ansieht und deshalb meint, die Kommission werde, obwohl hierzu noch die Möglichkeit bestehe, keine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 gewähren.

So formuliert müsse die Frage verneint werden. Wenn das nationale Gericht aus den genannten Gründen eine Aussetzung seines Verfahrens ablehne, wolle es damit nicht die Vereinbarung vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 freistellen — hierüber zu beschließen komme nach der genannten Bestimmung der Verordnung Nr. 17 allein der Kommission zu —, das Gericht lasse vielmehr erkennen, daß die Kommission nach seiner Auffassung eine solche Freistellung wahrscheinlich ablehnen werde. Dadurch werde die Befugnis der Kommission nicht beeinträchtigt, „in welchem Sinn auch immer“ zu entscheiden. Das nationale Gericht sei jedoch gut beraten, nur dann eine Ausset-

zung zu verweigern, wenn so gut wie feststehe, in welchem Sinne die Kommission beschließen werde, etwa wenn die zu beurteilende Vereinbarung gleichlautend sei mit einer anderen, über die die Kommission bereits ablehnend entschieden habe.

Nach den Entscheidungsgründen des Urteils in der Rechtssache Roubaix-Wattrelos (Randziffern 9 bis 11) sei das nationale Gericht auch noch in einem anderen Falle befugt, sich indirekt über die Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 3 auszusprechen, nämlich dann, wenn es darum gehe, ob eine Vereinbarung trotz fehlender Anmeldung unter die Gruppenfreistellung nach der Verordnung Nr. 67/67 falle.

Die *belgische Regierung* trägt vor, die nationalen Behörden seien gemäß Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 nicht befugt, eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 zu erteilen; ihre Zuständigkeit beschränke sich auf die Frage der Anwendbarkeit des Absatzes 1 dieses Artikels auf die streitige Vereinbarung. Es sei jedoch kaum vorstellbar, daß ein nationales Gericht entscheiden werde, Artikel 85 finde auf eine Vereinbarung der in der vierten Frage bezeichneten Art Anwendung, die allein wegen der kumulativen Wirkung einer Reihe gleichartiger Vereinbarungen unter das Verbot falle.

Hingegen könnten die genannten Behörden über die Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 67/67 entscheiden.

Aus Gründen der Rechtssicherheit sollten die nationalen Gerichte jedoch bei Zweifeln über die Vereinbarkeit einer Vereinbarung mit dem Gemeinschaftsrecht ihr Verfahren aussetzen, um den Parteien Gelegenheit zu geben, eine Entscheidung der Kommission herbeizuführen. Auch die belgische Regierung verweist auf das De Haecht II-Urteil, insbesondere auf die Entscheidungsgründe bei den Randziffern, 9, 10 und 12, wo der Gerichtshof zwischen Altkartellen und Neukartellen unterschieden habe. Die

gleichen Überlegungen gälten auch bei nicht-anmeldepflichtigen Vereinbarungen.

Die Frage sei deshalb wie folgt zu beantworten:

Die nationalen Gerichte sind zur Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 nicht befugt. Aus Gründen der allgemeinen Rechtssicherheit sind sie zur Aussetzung ihres Verfahrens verpflichtet, wenn sie über die Gültigkeit von angemeldeten Altkartellen zu urteilen haben; bei Neukartellen dagegen besteht keine Pflicht zur Aussetzung, wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, daß die Vereinbarungen entweder außerhalb des Anwendungsgebietes des Artikels 85 liegen oder mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar sind.

Nach Auffassung der *Kommission* müssen für die Beantwortung der Frage die Urteile De Haecht II und BRT I herangezogen werden.

Die vom nationalen Gericht bezeichnete Lage, in der „eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 möglich bleibt“, könne zum einen gegeben sein, wenn noch kein Verfahren eingeleitet ist, und zum anderen, wenn ein Verfahren nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 17 — welches zu einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 führen kann — eingeleitet ist.

Auch bei der Beantwortung dieser Frage müsse die Rechtssicherheit im Mittelpunkt stehen:

Von der gerichtlichen Kompetenz sei vor allem in einer Weise Gebrauch zu machen, die widersprechende Entscheidungen auf ein Mindestmaß beschränke. Das nationale Gericht müsse zunächst die „Entscheidungspraxis“ der Kommission untersuchen, welche nicht allein in den Entscheidungen sondern auch in anderen Hinweisen zu finden sei, etwa in den Erklärungen der Kommission in Vorabentscheidungsverfahren. Soweit die Rechtsprechung des Gerichtshofes dieser

Praxis nicht widerspreche und soweit sie dem Gericht eine ausreichende Handhabe biete, könne dieses ohne Aussetzung seines Verfahrens zur Sache entscheiden.

Dagegen sei eine Aussetzung wünschenswert, wenn das Gericht mit Auslegungs- und Anwendungsfragen befaßt werde, über die weder die Kommission noch der Gerichtshof bereits entschieden hätten. Ungewißheit könne es sowohl hinsichtlich der sachlichen Beurteilung einer Vereinbarung als auch — wegen Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 — über die rückwirkende Kraft geben, welche die Kommission insbesondere bei nicht anzumeldenden Vereinbarungen der Freistellung beilegen könne.

Die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen sei besonders groß, wenn die Kommission ein Verfahren nach Artikel 6 eingeleitet habe, was sie normalerweise zu dem Zeitpunkt tue, in dem sie sich zu der in Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Bekanntmachung entschließe; diese Bekanntmachung lasse erkennen, daß die Vereinbarung wahrscheinlich mit dem Vertrag zu vereinbaren sei. Häufig würden jedoch im Laufe des Verfahrens von der Kommission Auflagen gemacht, die, wenn sie die Parteien akzeptierten, zu Änderungen der Vereinbarung führten. Denkbar sei auch, daß es im Rechtsstreit vor dem nationalen Gericht um andere Vertragsklauseln gehe als diejenigen, mit denen sich die Kommission beschäftigen müsse.

Zum zweiten Teil der der Frage vertritt die Kommission die Auffassung, die nationalen Gerichte hätten die Möglichkeit, „über die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 negativ zu entscheiden“. Die Gefahr einander widerstreitender Entscheidungen sei hier geringer, weil die Kommission im Laufe der Jahre so häufig Anträge auf Freistellung abgelehnt habe, daß die nationalen Gerichte sich ein Urteil bilden könnten.

Diese Überlegungen hätten auch für nicht-anmeldepflichtige Vereinbarungen Geltung, die nach Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 rückwirkend auf den Tag ihres Abschlusses freigestellt werden könnten. Zwar sei die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen hier größer als bei unter Absatz 1 fallenden Vereinbarungen, es dürfe aber in der Praxis angenommen werden, daß die Parteien die nötige Sorgfalt walten ließen und die Kommission um Entscheidung über das das Schicksal ihrer Vereinbarung ersuchten. Wenn die Parteien dies unterließen und die Kommission nicht aus eigener Initiative einschreite, bestehe dennoch kein Grund, das vor dem nationalen Gericht anhängige Verfahren zu blockieren.

Wende man diese Überlegungen auf den Brauereisektor an, so sei festzustellen, daß zu einem großen Vertriebsnetz gehörende Vereinbarungen trotz Freistellung von der Anmeldepflicht unter Artikel 85 Absatz 1 fielen und wahrscheinlich auch nicht für eine Freistellung in Frage kämen, solange

- die Ausschließlichkeitsbindung für einen erheblichen Zeitraum gilt, insbesondere, wenn sie die Laufzeit eines als Gegenleistung gewährten Darlehens (unter Berücksichtigung der Möglichkeit vorzeitiger Rückzahlung) überschreitet;
- die Vereinbarungen andere Getränke als Faßbier erfassen.

Lägen diese Voraussetzungen vor, so hänge die Aussicht auf eine Freistellung von dem „Grad der Ausschließlichkeitsbindung“ ab. Wegen des derzeitigen Ausmaßes der im Hotel- und Gaststättensektor durch die großen Netze von Verträgen bewirkten Bindungen könne der vom Vertrag geforderte Wettbewerb sich nur dann entfalten, wenn innerhalb jedes Vertriebsnetzes die Gastwirte wieder die Freiheit erhielten, für die Hälfte oder ein Drittel ihres Absatzes während einer angemessenen Bezugsperiode den Lieferanten frei zu wählen.

Die Kommission schlägt vor, die Frage wie folgt zu beantworten:

Ein nationales Gericht, das über die Gültigkeit einer Alleinbezugsvereinbarung zwischen einem Unternehmen, das Bier herstellt, einführt oder im Großhandel vertreibt, und Unternehmen, die Faßbier ausschenken, zu entscheiden hat, kann aus Gründen der Rechtssicherheit sein Verfahren aussetzen, um der Kommission den Erlaß einer Entscheidung zu ermöglichen.

Das nationale Gericht berücksichtigt bei seiner Entscheidung die Entscheidungspraxis der Kommission oder andere Hinweise von gleicher Bedeutung die dieses Organ zu tatsächlichen und rechtlichen Fragen gegeben hat, welche der konkrete Fall aufwirft.

In diesem Rahmen kann ein nationales Gericht über die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 sowohl negativ als auch in dem Sinne positiv entscheiden, daß es die spätere rückwirkende Anwendung dieser Vorschrift auf den konkreten Fall durch die Kommission für wahrscheinlich hält.

#### *Zur sechsten Frage*

*Concordia* meint, diese Frage nehme ihren Ausgang von der im Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache De Haecht II angestellten Überlegung (Entscheidungsgründe Randziffer 10), wonach „bei den Neukartellen ... die Verordnung davon ausgeht, 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“.

Nach der Lehre bedeute „vorläufige Nichtigkeit“, daß die Parteien sich einerseits nicht als von der Vereinbarung entbunden betrachten dürften und weiterhin gehalten seien, sich um eine abschließende Entscheidung der Kommission zu

bemühen, jedoch andererseits die Durchführung des Vertrages nicht rechtlich durchsetzen oder den Vertrag Dritten entgegenhalten könnten. Eine solche Situation stehe aber im Widerspruch zu der Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Rechtssache Bosch (Urteil vom 6. April 1962, 13/61, Slg. 1962, 97 ff., 113), wonach „es dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit widersprechen [würde], bestimmte Vereinbarungen der Nichtigkeit zu unterwerfen, bevor es noch möglich gewesen wäre zu entscheiden, auf welche Vereinbarungen Artikel 85 in seiner Gesamtheit anwendbar ist“. Mit anderen Worten, es wäre mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar, eine Vereinbarung allein wegen Artikel 85 Absatz 1 für ungültig zu betrachten, wenn noch die Möglichkeit besteht, daß diese Bestimmung von der Kommission nach Artikel 85 Absatz 3 für nicht anwendbar erklärt wird; eine solche Vereinbarung sei deshalb vorläufig gültig.

Die angeführten Stellen aus dem Urteil De Haecht II ständen dem nicht entgegen. Im Gegenteil, wenn nach den Entscheidungsgründen des Gerichtshofes (Randziffer 10) ein Kartell, über das die Kommission noch nicht entschieden hat, „von den Parteien nur auf eigene Gefahr befolgt werden kann“, dann sei eine solche Vereinbarung vorläufig gültig, und zwar in dem Sinne, daß bei später festgestellter Ungültigkeit die Partei, zu deren Vorteil die Vereinbarung durchgeführt worden ist, auf eigene Kosten, gegebenenfalls durch Zahlung einer Entschädigung, den früheren Zustand wiederherstellen müsse. Die anschließende Passage, wonach „Anmeldungen keine aufschiebende Wirkung entfalten“, müsse im Zusammenhang mit der Erwägung (Randziffer 11) gelesen werden, wonach der Richter ungeachtet des Grundsatzes der Rechtssicherheit nicht von der Verpflichtung entbunden werden könne, „die Nichtigkeit zu bejahen, wenn sie von Rechtssuchenden geltend gemacht wird“. Mit anderen Worten, die Anmeldung habe nicht automatisch zur Folge, daß die Beteiligten die Nichtigkeit der Ver-

einbarung nicht mehr geltend machen könnten; nach Randziffer 12 müsse jedoch der Richter entscheiden, ob es angebracht erscheine, das Verfahren auszusetzen, um eine Entscheidung der Kommission abzuwarten, also entscheiden, ob die Nichtigkeit — ausnahmsweise — sofort eintritt oder ob ihr Eintritt aufgeschoben wird und der Vertrag vorläufig gültig bleibt.

Wegen des Inhalts des Begriffs „vorläufige Gültigkeit“ verweist Concordia auf die Entscheidungsformel im Urteil Portelange, welche lautet: „Die gemäß der Verordnung Nr. 17/62 ordnungsgemäß angemeldeten Vereinbarungen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages sind so lange voll wirksam, bis die Kommission nach Artikel 85 Absatz 3 und den Vorschriften dieser Verordnung entschieden hat.“ Dies gelte erst recht für nicht anmeldepflichtige Vereinbarungen.

Nehme man an, daß das Urteil Portelange nur für „Altkartelle“ gelte, so sei dem vorlegenden Gericht zu antworten, für „Neukartelle“ habe die vorläufige Gültigkeit zur Folge, daß die Vertragsparteien nur den vom nationalen Recht jeweils vorgesehenen vorläufigen Rechtsschutz beanspruchen können.

Nach Auffassung der *belgischen Regierung* geht es bei der Frage um unter Artikel 85 Absatz 1 fallende Vereinbarungen, die nach Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 abgeschlossen und entweder zum Zwecke der Freistellung vom Verbot angemeldet worden sind oder von der Anmeldung gemäß Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 befreit waren. Deswegen genüge es, auf das Urteil in der Rechtssache Portelange zu verweisen, wonach es „dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit widersprechen [würde], daraus, daß die Wirksamkeit der angemeldeten Vereinbarungen noch nicht endgültig ist, zu folgern, die Vereinbarungen seien bis zur Entscheidung der Kommission gemäß Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages nicht voll wirksam“ (Slg. 1969, S. 316, Randziffer 15). Daß

derartige Vereinbarungen nach diesem Urteil voll wirksam seien, bedeute, daß sie auch vollstreckt werden könnten, und zwar mit allen rechtlich zulässigen Mitteln. Das Urteil De Haecht II stehe dem nicht entgegen und bedeute lediglich, daß die Kommission eine Verbotsentscheidung erlassen könne und die Vereinbarung damit rückwirkend nichtig werde.

Die *Kommission* vertritt die Meinung, die Antwort auf diese Frage ergebe sich zum großen Teil aus dem, was sie zur fünften Frage vorgetragen habe.

Die sechste Frage sei jedoch in dem Sinne zu verstehen, daß sie einen neuen Brauereivertrag betreffe, der zu einem bestehenden Netz von Brauereiverträgen hinzukomme. Die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung hänge von der Gültigkeit der Gesamtheit der Verträge ab. Vereinbarungen im Rahmen eines großen Vertriebsnetzes, das die von der Kommission am Ende ihrer Erklärungen zur fünften Frage zusammengefaßten Voraussetzungen nicht erfülle, seien als nichtig anzusehen, und zwar nicht nur, weil sie unter Artikel 85 Absatz 1 fielen, sondern auch, weil sie für eine Freistellung nicht in Frage kämen.

Im umgekehrten Fall wäre es übertriebener Formalismus, wollte man das nationale Gericht daran hindern, sowohl das ganze Netz von Verträgen als auch die neue Vereinbarung als gültig anzusehen. Eine solche Entscheidung stehe einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3, die allein von der Kommission erteilt werden könne, nicht gleich, weil sie nicht erga omnes gelte und die Kommission nicht binde. Der Inhalt einer solchen Entscheidung lasse sich als „Feststellung des Bestehens einer Vereinbarung und der Wahrscheinlichkeit der späteren behördlichen Bestätigung ihrer Gültigkeit“ beschreiben. Dies sei keine vorläufige Gültigkeit im Sinne der Urteile des Gerichtshofes zu Altkartellen. Im Falle von nicht-meldepflichtigen Vereinbarungen, wegen deren kein Verfahren eröffnet ist,

ergänze die Befugnis des nationalen Gerichts zur Abgabe eines solchen Urteils über die wahrscheinliche Gültigkeit die administrativen Befugnisse der Kommission in einer Weise, durch die die einheitliche Anwendung des Artikels 85 in seiner Gesamtheit nicht wesentlich gefährdet werde.

Die Kommission schlägt vor, die Frage wie folgt zu beantworten:

„Die Gültigkeit einer neuen Vereinbarung über Alleinbezugsverpflichtungen bestimmt sich nach der Gültigkeit des Netzes von Verträgen, zu dem diese Vereinbarung gehört.“

#### *Zur siebten Frage*

*Concordia* trägt vor, eine genaue Antwort auf die letzte Frage sei wegen deren Wortlaut unmöglich. Jedenfalls sei der angeführte Königliche Erlaß nicht mit den Artikeln 85, 86 und 90 des Vertrages vereinbar, welche nur Handlungen von — öffentlichen und privaten — Unternehmen betrafen.

Die *belgische Regierung* legt in der Anlage zu ihren Erklärungen den Text des genannten Königlichen Erlasses sowie die späteren Königlichen Erlasse zu dem gleichen Gegenstand vor. Sie erläutert Gegenstand, Ziel und Inhalt des Erlasses vom 25. September 1964, welcher zum Schutz der letzten Handelsstufe die Aufnahme bestimmter besonders restriktiver Klauseln in Brauereiverträge verbiete. Der Erlaß unterscheide nicht nach der Nationalität der Parteien oder nach der Herkunft des Bieres und beeinträchtige nicht die Freiheit, Brauereiverträge abzuschließen oder nicht. Es laufe also keine einzige Vorschrift dieses Erlasses dem EWG-Vertrag zuwider, insbesondere nicht dessen Artikeln 5 und 7 oder den Bestimmungen über den freien Warenverkehr.

Die belgische Regierung schlägt vor, die Frage wie folgt zu beantworten:

Beurteilung der Frage, ob der Königliche Erlaß vom 25. September 1964, mit dem im wesentlichen die für kleine Brauerverträge zulässige Höchstdauer und -vertragsstrafe festgelegt werden, kann sich das nationale Gericht an die Grundsatzbestimmungen des Vertrages, insbesondere an die Artikel 5 und 7 und an die an die Mitgliedstaaten gerichteten Vorschriften des Vertrages halten, die von der Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten handeln.

Nach Auffassung der *Kommission* ändern die Verbote des Königlichen Erlasses nichts an den negativen Auswirkungen der belgischen Netze von Alleinbezugspflichtigen auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt. Sie ständen jedoch auch einer einheitlichen Anwendung des Artikels 85 nicht entgegen; in diesem Sinne sei auf die Frage zu antworten.

### III — Mündliches Verfahren

In der Sitzung vom 16. November 1976 haben Concordia, vertreten durch Rechtsanwalt Walter Van Gerven, zugelassen in Brüssel, und die Kommission, vertreten durch ihren Rechtsberater Bastiaan van der Esch, ihre schriftlich vorgetragenen Argumente näher ausgeführt.

Dabei haben sie insbesondere folgendes neu vorgetragen:

#### *Allgemeine Erklärungen*

*Concordia* trägt vor, die Stella-Artois-Gruppe verfüge über 35 % der belgischen Produktion und nicht über 53 %, wie von der Kommission angegeben. Außerdem seien die von der Kommission vorgelegten Zahlen lückenhaft, weil sie nichts über die Struktur des Biermarkts in Italien und im Vereinigten Königreich und auch nichts über den innergemeinschaftlichen Handel in der Zeit vor 1975 oder über die irischen Ausfuhr nach den anderen Ländern der Gemeinschaft sagten.

*Concordia* legt eine statistische Übersicht über die Produktion von und den Handel mit Bier innerhalb der Gemeinschaft vor.

Die *Kommission* entgegnet, ihre Schätzung des Marktanteils von Stella-Artois beruhe auf dem Rohstoffverbrauch dieses Unternehmens und auf einer Untersuchung einer Spezialfirma.

Auf Fragen des Gerichtshofes erklärt die Kommission, eine Reihe von Brauereien habe Musterverträge angemeldet. Im Anschluß an diese Anmeldungen habe die Kommission eine Untersuchung des Biersektors in den sechs alten Mitgliedstaaten eingeleitet. Diese Untersuchung sei im Jahre 1973 mit einem eingehenden Bericht abgeschlossen worden, aus dem die Kommission die in ihrem Schriftsatz verwendeten statistischen Angaben geschöpft habe. Bisher habe sich wohl noch keine Brauerei um eine Freistellungsentscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 bemüht. Mit einem Wort, es sei noch keine Einzelentscheidung auf dem Biersektor ergangen.

#### *Zur ersten Frage*

*Concordia* trägt vor, die Kommission habe mit ihrer Anregung, der Gerichtshof möge für Recht erkennen, daß ein Netz von Verträgen unter Artikel 85 fällt, wenn es ein gewisses Geschäftsvolumen abdeckt, das Wesen des Vorabentscheidungsverfahrens verkannt. Verfahre der Gerichtshof in der gewünschten Weise, so erlasse er ein Urteil, dem gewissermaßen Verordnungscharakter zukomme, weil er dann eine Rechtsregel formuliere, die vom Rat oder der Kommission hätte beschlossen werden müssen.

Diese Haltung sei um so mehr zu tadeln, als die Zahlenangaben der Kommission unvollständig oder wenig glaubwürdig seien. In diesem Zusammenhang wendet sich *Concordia* insbesondere gegen die Behauptung der Kommission, 65 % der belgischen Produkte, d. h. fast 9 Millionen Hektoliter, würden über Alleinbezugsverträge abgesetzt. Diese Zahlen

widersprechen der Behauptung der Kommission, daß 60 % des belgischen Gesamtverbrauchs auf das Hotel- und Gaststättengewerbe entfielen; gehe man zu dem Ergebnis, daß lediglich zwei Drittel des Verbrauchs im Hotel- und Gaststättengewerbe d. h. rund 5 600 000 Hektoliter, mittels solcher Verträge abgewickelt würden. Die *Kommission* berichtigt ihre früheren Behauptungen und geht jetzt von 5 500 000 Hektolitern aus.

*Concordia* fährt fort, bei der Beantwortung der ersten Frage sei zu berücksichtigen, daß die gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften nicht in erster Linie die Handlungsfreiheit der Unternehmen schützen, sondern eine von Wettbewerbsverzerrungen freie Marktstruktur gewährleisten wollten.

Die von der Kommission vorgeschlagenen Entscheidungskriterien seien angreifbar, insbesondere insofern als die Kommission den drei Kartellformen des Artikels 85 — Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen — eine vierte in Form eines „Netzes von Verträgen“ hinzufügen wolle. Nach der Auffassung der Kommission seien zehn solcher Netze für jeweils eine Million Hektoliter verboten, hundert solcher Netze für jeweils 100 000 Hektoliter jedoch nicht; im letzten Fall könne die nachteilige Wirkung auf den Markt jedoch erheblich größer sein. Die Behauptungen der Kommission liefen auch darauf hinaus, die Abgrenzung der Anwendungsgebiete der Artikel 85 und 86 zu verwischen.

Entgegen den Behauptungen der Kommission könne der relevante Markt nicht auf das Hotel- und Gaststättengewerbe (unter Wegfall beispielsweise des Absatzes von Bier im Lebensmittelhandel) begrenzt werden. Einen wirklich separaten Markt gebe es nur für Erzeugnisse, die sich in technischer Hinsicht klar von anderen ähnlichen Erzeugnissen unterscheiden; weiter sei erforderlich, daß es den Herstellern dieser anderen Erzeug-

nisse an der Möglichkeit fehle, die Absatzbedingungen ihrer Erzeugnisse denen für die erstgenannten anzupassen. Diese Voraussetzungen seien hier nicht gegeben, da in Betrieben des Hotel- und Gaststättengewerbes ausgeschenktes Bier und Bier für den häuslichen Verbrauch gegenseitig austauschbar sei; so hänge beispielsweise der Entschluß eines Verbrauchers, sein Bier eher zuhause als in einer Gaststätte zu trinken, vielleicht davon ab, ob er zuhause über einen Fernsehapparat verfüge. Tatsächlich gehe der Absatz im Hotel- und Gaststättengewerbe zugunsten des häuslichen Verbrauchs zurück.

Alleinbezugsvereinbarungen seien nur unzulässig, wenn sie zum einen einen wesentlichen Teil des Marktes abdecken und zum anderen für diesen Teil des Marktes den ausländischen Wettbewerb ausschalteten. Dies treffe offenbar für den belgischen Biermarkt nicht zu. Die ausländischen Erzeuger hätten jedenfalls die Möglichkeit, ihr Bier über Kaufhäuser und Supermärkte zu vertreiben.

Die Vereinbarungen der streitigen Art liefen zu verschiedenen Zeitpunkten aus; für ausländische Wettbewerber bestehe also laufend Gelegenheit zur Übernahme von Schankwirtschaften. Außerdem komme es auch häufig vor, daß der Inhaber einer Gaststätte während der Laufzeit des Vertrages den Lieferanten wechsele, indem er dem früheren Lieferanten das Restdarlehen zurückzahle.

Die Kommission räume selbst ein, daß es außerhalb der Brauerverträge eine Reihe wichtiger Umstände gebe, die den innergemeinschaftlichen Handel zu beschränken geeignet seien. So könne bei gewissen Faßbierarten die Frische nicht sehr lange erhalten werden, so daß man sie in den Vereinigten Staaten als „local by nature“ (ihrer Art nach örtliche Bier-sorten) ansehe.

Gestützt auf Zahlenmaterial trägt *Concordia* vor, im Laufe der letzten Jahre habe der innergemeinschaftliche Handel mit Bier fünfmal schneller zugenommen als

der Gesamtausstoß der Gemeinschaft. Auch müsse berücksichtigt werden, daß heute große Mengen Bier unter der Lizenz von Brauereien aus anderen Mitgliedstaaten hergestellt würden.

Daß die Brauerverträge den innergemeinschaftlichen Handel nicht beeinträchtigen, ergebe sich insbesondere daraus, daß zum einen gewisse Mitgliedstaaten, in denen derartige Verträge üblich seien (Frankreich, Belgien, Luxemburg, Italien, Großbritannien, Niederlande) viel Bier einführen und daß zum anderen das Hotel- und Gaststättengewerbe, in dem diese Verträge eine wichtige Rolle spielten, wesentlich mehr ausländisches Bier absetze als der Handel.

Die *Kommission* entgegnet, sie erwarte kein Urteil, das wie eine Verordnung wirke; sie habe sich darauf beschränkt, Tatsachen zusammenzutragen, deren Kenntnis für die Beantwortung der Frage des vorlegenden Gerichts unerlässlich sei.

Selbst wenn man einräume, daß der innergemeinschaftliche Handel zugenommen habe, so sei doch die Situation des Biermarktes nicht vollkommen zufriedenstellend.

Anhand von Zahlen begründet die *Kommission* ihre Auffassung, daß allein der Sektor des Hotel- und Gaststättengewerbes als relevanter Markt in Betracht zu ziehen sei, da gegenüber dem häuslichen Verbrauch keine Wettbewerbssituation bestehe, weil die auf dem einen oder anderen Sektor abgesetzten Erzeugnisse nicht austauschbar seien. So gehe, wer in einem Restaurant Bier trinken wolle und dort keinen Platz finde oder vor verschlossener Tür stehe, nicht zum Einzelhändler oder in einen Supermarkt, um sich dort Bier zu kaufen.

Die *Kommission* gehe keineswegs auf die Beseitigung aller Exklusivbindungen aus, sie wolle lediglich für den betroffenen Markt eine größere Beweglichkeit erreichen. Das Netz der von einer kleinen Brauerei wie *Concordia* geknüpften

Verträge falle nicht unter Artikel 85; Schwierigkeiten gebe es nur bei den großen Vertriebsnetzen.

Es sei nicht zu verkennen, daß diese den Wettbewerb spürbar verfälschten und ein unüberwindbares Hindernis für die Durchdringung der Märkte bildeten. Dies gelte ganz besonders, wenn die Verkaufsstellen, die „frei“ blieben, vom Sitz der ausländischen Hersteller weit entfernt seien, so daß mögliche Lieferungen mit beträchtlichen Transportkosten belastet würden.

Ein großer Teil des innergemeinschaftlichen Handels mit Bier erfolge im Rahmen einer Zusammenarbeit von Unternehmen und deshalb in wenig vom Wettbewerb geprägten Formen.

#### *Zur zweiten Frage*

*Concordia* wendet sich gegen die Auffassung der *Kommission*, Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 67/67 beziehe sich, selbst unter Buchstabe b, ausschließlich auf Vereinbarungen, die ihren räumlichen Anwendungsbereich abgrenzen. Diese Auffassung stehe einmal im Widerspruch zum klaren Wortlaut dieses ersten Absatzes und zum anderen zu der Tatsache, daß die Festlegung eines Geltungsgebietes für die Durchführung eines Alleinbezugsvertrages im Gegensatz zu den in Buchstabe a behandelten Alleinbelieferungsverträgen nicht erforderlich sei.

Die Auffassung der *Kommission*, die Verordnung Nr. 67/67 könne sich nicht auf Vereinbarungen beziehen, deren mögliche Unvereinbarkeit mit Artikel 85 sich aus den Parteien unbekanntem Umständen ergebe, besage im Ergebnis, daß die Wirkung der Gruppenfreistellung gerade vor einem Gebiet haltmache, auf dem das Bedürfnis nach Rechtssicherheit besonders spürbar sei.

Die *Kommission* entgegnet, die Verordnung Nr. 67/67 sei nicht im Hinblick auf Alleinbezugsverpflichtungen der Einzelhändler erlassen worden, sie betreffe

vielmehr allein territorial begrenzte Ausschließlichkeitsbindungen. Die gegenteilige Auffassung setze voraus, daß alle Alleinbezugsverpflichtungen unter Artikel 85 fielen; dies sei nicht vertretbar. Für die Auffassung der Kommission spreche das Urteil in der Rechtssache De Haecht I.

Daß die Verordnung sich nur auf Vereinbarungen beziehe, die ihren räumlichen Anwendungsbereich abgrenzen, werde bestätigt durch die Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a, 2 Absatz 1 Buchstabe b, sowie 3 und 6 der Verordnung, in denen vom „Vertragsgebiet“ die Rede sei.

Jedenfalls bestimme Artikel 1 der Verordnung in seinem zweiten Absatz, daß Vereinbarungen der im ersten Absatz beschriebenen Art, an denen nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind und die den Weiterverkauf von Waren innerhalb dieses Mitgliedstaats betreffen, nicht unter die Gruppenfreistellung dieser Verordnung fallen.

Die im Urteil Roubaix-Wattrelos vertretene Auffassung (Randziffer 14 der Entscheidungsgründe), daß die Gruppenfreistellung der Verordnung Nr. 67/67 auch „ähnlichen“ Vereinbarungen zwischen Unternehmen aus demselben Mitgliedstaat zugute kommen müsse, gelte nicht für Brauerverträge, da diese vollkommen verschieden seien von Verträgen unter Zwischenhändlern, die innerhalb eines bestimmten Gebiets tätig sind.

#### *Zur fünften Frage*

*Concordia* erinnert daran, daß die Kommission nach ihrer eigenen Darstellung niemals ein Verfahren gegen die von *Concordia* geschlossenen Brauerverträge und auch nicht gegen eines der Netze in Belgien oder sonstwo geschlossener Ausschließlichkeitsvereinbarungen eingeleitet habe. Das vorliegende Gericht könne aus dieser schließen, daß solche Verträge nicht mit Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages unvereinbar seien; für eine Aussetzung des Verfahrens bestehe deshalb kein Bedürfnis.

Die *Kommission* meint, wenn es im Lichte der gemeinschaftlichen Rechtsprechung und Praxis vernünftigerweise keinen Zweifel gebe, daß ein bestimmter Vertrag nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden könne, so hätten die nationalen Gerichte die Möglichkeit, den von einer Partei erhobenen Einwand der Nichtigkeit eines Vertrages zu verwerfen; damit werde dieser Vertrag zwischen den Parteien durchsetzbar („afdwingbaar“). Er könne dann auch gegenüber Dritten geltend gemacht werden, wobei allerdings auch eine noch größere Gewißheit hinsichtlich der Anwendbarkeit der genannten Bestimmung bestehen müsse. Das nationale Gericht müsse allerdings mit größter Vorsicht handeln, insbesondere da die Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 3 von der Beurteilung sehr komplexer wirtschaftlicher Verhältnisse abhängen.

Seit einiger Zeit führe die Kommission Verhandlungen mit den Mitgliedstaaten mit dem Ziel, den Austausch von Informationen über eingeleitete Kartellverfahren zu verstärken. Diese Bemühungen könnten mithelfen, zu vermeiden, daß die nationalen Gerichte zu Unrecht die Bewilligung einer Freistellung für wahrscheinlich hielten.

#### *Zur sechsten Frage*

Die *Kommission* erklärt, in ihrem Schriftsatz habe sie diese Frage dahin ausgelegt, daß der Ausdruck „neue Vereinbarung“ sich auf neue Brauerverträge bezieht, die zu einem bestehenden Netz von Verträgen hinzutreten. Man müsse sich aber fragen, ob das vorliegende Gericht mit diesem Ausdruck nicht Verträge meine, die nach Inkrafttreten der Verordnung Nr. 67/67 abgeschlossen worden sind.

So aufgefaßt lasse sich diese Frage nicht wie von *Concordia* vorgeschlagen beantworten. *Concordia* schließe aus dem Sanktionscharakter des Artikels 85 Absatz 2, daß diese Vorschrift unanwendbar sei, solange die Kommission noch nicht ausdrücklich eine Freistellung nach Ab-

satz 3 verweigert habe. In Wirklichkeit bestehe die wesentliche Funktion des Artikels 85 Absatz 2 nicht darin, eine Sanktion vorzusehen, sondern die öffentliche Ordnung der Gemeinschaft zu gewährleisten. Die Gefahr einer Beeinträchtigung dieser öffentlichen Ordnung durch Kartelle sei zu groß, als daß es den Beteiligten erlaubt sein könnte, sie zu verletzen, solange die Frage einer möglichen Vereinbarkeit des betroffenen Kartells mit dem Gemeinschaftsrecht noch Gegenstand behördlicher Prüfung sei. Wenn die Betroffenen Sicherheit über das Schicksal des Kartells haben wollten, könnten sie es bei der Kommission anmelden.

Zweifellos zeigten die Artikel 6 und 15 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber die Möglichkeit bedacht habe, daß eine angemeldete Vereinbarung praktiziert wird, noch bevor die Kommission über die Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 3 des Vertrages entschieden hat. Eine solche vorweggenommene Durchführung müsse aber unabhängig von der Vereinbarung selbst betrachtet werden und dürfe nicht als ohne weiteres einen Teil der Vereinbarung darstellend angesehen werden. Deshalb erfolge die Durchführung einer Vereinbarung, über deren Schicksal die Kommission noch nicht entschieden habe, wie sich auch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergebe, auf Gefahr der Parteien. Nur wenn das nationale Gericht die Gewährung einer Freistellung für wahrscheinlich halte, könne von vorläufiger Gültigkeit der betreffenden Vereinba-

rung gesprochen werden. Diese vorläufige Gültigkeit sei aber etwas deutlich anderes als die „vorläufige Gültigkeit“, die in bestimmten Urteilen des Gerichtshofes für „Altkartelle“ angenommen werde und die nicht von einer Entscheidung eines nationalen Gerichts abhängt.

Diese Lösung entspreche dem Grundsatz der Rechtssicherheit, da sie es mit sich bringe, daß die Unternehmen kein Risiko eingingen, wenn sie einen Vertrag erfüllten, von dem sie im Lichte der Gemeinschaftspraxis erwarten können, daß er für eine Freistellungsentscheidung in Frage kommt.

Daraus ergebe sich, daß bei einer Aussetzung der Entscheidung durch das nationale Gericht der Vertrag weiterhin als nichtig angesehen werden müsse. Deshalb könne ein nationales Gericht nicht gleichzeitig sein Verfahren aussetzen und Maßnahmen mit dem Zweck ergreifen, dem Vertrag eine vorläufige Geltung zu verschaffen.

Unabhängig von alledem sei noch zu bemerken, daß die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Musterverträgen (Urteil vom 30. Juni 1970 — Rochas, 1/70 — Slg. S. 515) nicht für Brauerverträge gelte, weil die Entscheidung darüber, ob ein solcher Vertrag mit Artikel 85 vereinbar ist oder nicht, von außerhalb des Vertrages liegenden Umständen abhängen könne.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 7. Dezember 1976 vorgetragen.

## Entscheidungsgründe

1/2 Mit Zwischenurteil vom 26. Mai 1976, bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 4. Juni 1976, hat der Hof van Beroep Gent gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag eine Reihe von Fragen nach der Auslegung des Artikels 85 EWG-Vertrag, der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 zur

Durchführung der Artikel 85 und 86 des Vertrages (ABl. 1962, S. 204) und der Verordnung Nr. 67/67/EWG der Kommission vom 22. März 1967 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen (ABl. 1967, S. 849) vorgelegt. Ausweislich der Akten betrifft das Ausgangsverfahren zwischen einer Brauerei, auf die rund 0,5 v. H. des belgischen Bierausstoßes entfallen, und einem Gastwirthehepaar in Geraardsbergen (Belgien) die Frage, ob eine Vereinbarung, in der die Wirtsleute sich — als Gegenleistung für ein langfristiges Darlehen — verpflichtet haben, „in ihrem Betrieb keine anderen Getränke als die der Brauerei Concordia — oder von dieser gelieferte — zu führen oder zu verkaufen“, mit Artikel 85 EWG-Vertrag vereinbar ist.

- 3 Es erscheint angezeigt, zunächst die zweite Frage des vorlegenden Gerichts zu erörtern.

#### Zur zweiten Frage

- 4/5 Mit dieser Frage wird um Auslegung der aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages und der Verordnung Nr. 19/65/EWG des Rates vom 2. März 1965 über die Anwendung des genannten Absatzes 3 auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. 1965, S. 533) erlassenen Verordnung Nr. 67/67 ersucht. Es wird gefragt, ob aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 3. Februar 1976 (Roubaix-Wattrelos, 63/75, Slg. 1976, S. 111) der Analogieschluß gezogen werden kann, daß die Gruppenfreistellung der Verordnung Nr. 67/67 „auf alle Alleinbezugsvereinbarungen der hier erörterten Art zwischen Unternehmen ein und desselben Mitgliedstaats anwendbar ist.“

- 6/8 1. Die Verordnung Nr. 67/67 bezieht sich ihrer Natur und ihrem Zweck nach nur auf Vereinbarungen, die ohne eine Freistellung unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fallen würden. Andererseits erfüllen, wie der Gerichtshof in seinem De Haecht-Urteil vom 12. Dezember 1967 (Rechtsache 23/67, Slg. 1967, S. 543, 557) entschieden hat, „Vereinbarungen, durch die sich ein Unternehmen verpflichtet, seinen Bedarf ausschließlich bei einem anderen Unternehmen zu decken, ... nicht schon deswegen die Tatbestandsmerkmale der Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt“, sie können sie jedoch erfüllen, „wenn sie einzeln oder gemeinsam mit anderen in dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie zustande gekommen sind“, — insbesondere wegen des Bestehens gleichartiger Verträge und der kumulativen Auswirkung der Gesamtheit dieser Verträge —

„geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken“. Unter diesen Umständen ist die Frage dahin zu verstehen, daß geklärt werden soll, ob für Vereinbarungen der hier streitigen Art — wenn sie wegen der kumulativen Auswirkung aller gleichartigen Verträge unter Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fallen — die Gruppenfreistellung der Verordnung Nr. 67/67 in Anspruch genommen werden kann.

- 9 2. Nach Artikel 1 Absatz 1 dieser Verordnung — in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 2591 der Kommission vom 8. Dezember 1972 (ABl. L 276 S. 15) — wird Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag „bis zum 31. Dezember 1982 für nicht anwendbar erklärt auf Vereinbarungen, an denen nur zwei Unternehmen beteiligt sind und ... b) in denen sich ein Vertragspartner dem anderen gegenüber verpflichtet, zum Zwecke des Weiterverkaufs bestimmte Waren nur von ihm zu beziehen ...“.
- 10/13 Nicht zugestimmt werden kann der Auffassung der Kommission, diese Vorschrift gelte trotz ihres Wortlauts nicht für Vereinbarungen der hier streitigen Art, weil diese nicht das Teilgebiet des Gemeinsamen Marktes abgrenzten, innerhalb dessen der Weiterverkauf der betroffenen Waren erfolgen soll. Wenn eine solche vertragliche Gebietsklausel für den — Verträge mit *Alleinbelieferungsverpflichtung* betreffenden — Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe *a* der Verordnung Nr. 67/67 gefordert wird, so ist das damit zu erklären, daß solche Verträge ohne Abgrenzung eines Vertragsgebiets sinnvoll nicht denkbar sind. Hingegen ist bei *Alleinbezugsverträgen* eine ausdrückliche Abgrenzung des Vertragsgebiets im allgemeinen überflüssig; dies gilt insbesondere im Falle von Brauereiverträgen der vorliegenden Art, weil der Gastwirt die unter den Vertrag fallenden Getränke selbstverständlich nur in seinem Betrieb absetzt. Die hier streitigen Vereinbarungen erfüllen also die Voraussetzungen des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe *b* der Verordnung Nr. 67/67.
- 14 Jedoch ist nach Absatz 2 der gleichen Vorschrift „Absatz 1 ... nicht anwendbar auf Vereinbarungen, an denen nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind und die den Weiterverkauf von Waren innerhalb eines Mitgliedstaates betreffen“.
- 15/18 Da Absatz 2 nach seinem Wortlaut Verträge der hier streitigen Art erfaßt, ist zu prüfen, ob für solche Verträge — soweit sie sonst unter das Verbot des Artikels 85 fielen — dennoch die Gruppenfreistellung zum Zuge kommt. In dem

vom vorliegenden Gericht angeführten Urteil in der Rechtssache Roubaix-Watrelas hat der Gerichtshof ausgeführt, die Bedeutung des Absatzes 2 liege darin, „Alleinvertriebsvereinbarungen mit reinem Inlandsbezug, die nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, vom Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 und folglich dem der Verordnung Nr. 67/67 auszunehmen“, dagegen bezwecke er nicht, „solche Vereinbarungen von der Gruppenfreistellung 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“. Bei diesem Urteil hat sich der Gerichtshof von der vierten Begründungserwägung dieser Verordnung leiten lassen, in der es heißt: „Da Alleinvertriebsvereinbarungen innerhalb eines Mitgliedstaats nur ausnahmsweise geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, besteht kein Bedürfnis, sie in diese Verordnung einzubeziehen“. Wenn Artikel 1 Absatz 2 der Verordnung Vereinbarungen mit reinem Inlandsbezug von der Gruppenfreistellung ausschließt, dann ist dies damit zu erklären, daß solche Vereinbarungen in der Regel hinsichtlich ihrer Auswirkung auf den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten als so harmlos anzusehen sind, daß sie nicht von einem Verbot freigestellt zu werden brauchen, das sie nur ausnahmsweise trifft.

19/20

Artikel 1 Absatz 2 der Verordnung Nr. 67/67 ist deshalb dahin auszulegen, daß die Freistellung derartige Vereinbarungen erfaßt, wenn sie ausnahmsweise unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fallen, denn nur bei dieser Auslegung läßt sich die Ungereimtheit vermeiden, daß eine bestimmte Art rein inlandsbezogener Vereinbarungen strenger behandelt wird als gleichartige Vereinbarungen unter Beteiligten aus mehreren Ländern, obwohl letztere offenbar in der Regel eine größere Gefahr für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes bilden. Diese Auslegung erscheint nicht nur im Hinblick auf *Alleinbelieferungsvereinbarungen*, sondern auch bei *Alleinbezugsvereinbarungen* als zwingend.

21

Aus diesen Gründen folgt, daß zwischen zwei Unternehmen aus ein und demselben Mitgliedstaat geschlossene Vereinbarungen im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 67/67 die Voraussetzungen für die Anwendung dieses Artikels erfüllen, soweit sie unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fallen.

22/23

Damit eine Vereinbarung unter die Gruppenfreistellung fallen kann, muß sie auch noch die Voraussetzungen der Artikel 2 und 3 der genannten Verord-

nung erfüllen. Artikel 2 betrifft nur Alleinbelieferungsverträge, während Artikel 3 nur Fälle behandelt, die mit Brauereiverträgen der vom vorliegenden Gericht bezeichneten Art offensichtlich nichts zu tun haben.

24 3. Zwar legen die vorstehenden Erwägungen nahe, die vom vorliegenden Gericht aufgeworfene Frage zu bejahen, es ist aber noch zu prüfen, ob eine solche Antwort nicht auf gewisse im Laufe des Verfahrens erhobene Einwendungen stößt.

25 a) Es ist vorgetragen worden, eine Lösung, die die Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 67/67 auf die hier erörterten Vereinbarungen bejaht, sei unvereinbar mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes, derzufolge Alleinbelieferungs- oder -bezugsvereinbarungen, selbst wenn sie einzeln betrachtet nicht unter das Verbot des Artikels 85 fallen, dennoch nach dieser Vorschrift verboten sein können, wenn sie zu einer Anzahl gleichartiger Verträge gehören, die zusammengenommen geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und den innergemeinschaftlichen Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen.

26/29 Die Urteile, von denen die Rede ist, beschäftigen sich mit der Frage, ob — und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen — die genannten Vereinbarungen nach Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag verboten sind, nicht aber mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen in diesem Falle eine Gruppen- oder Einzelfreistellung nach Artikel 85 Absatz 3 eingreift oder eingreifen kann. Das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Roubaix-Wattrelos, das sich als einziges mit einem diesem verwandten Problem beschäftigt hat, weist aus den angeführten Erwägungen in Richtung auf eine Bejahung der Vorlagefrage. Es läßt sich nicht behaupten, daß es gegen den Geist und die Ziele der Verordnung Nr. 67/67 verstieße, wenn man diese auf Vereinbarungen für anwendbar erklärt, die nur wegen der kumulativen Wirkung des Bestehens eines oder mehrerer Netze von gleichartigen Verträgen unter das Verbot des Artikels 85 fallen. Diese Ansicht findet nicht nur keine Stütze im Text der Verordnung, sie würde die Verordnung auch weithin gegenstandslos machen, weil diese sich gerade mit Gruppen von Vereinbarungen befaßt, die häufig Bestandteil solcher Netze von Verträgen sind.

30/31 Diese Betrachtungsweise wird auch bestätigt durch die Überlegung, daß die Verordnung Nr. 67/67 die Rechtssicherheit der Marktteilnehmer fördern und die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften erleichtern will. Es besteht ein großes Interesse daran, soweit nach dem Vertrag

möglich eine Gruppenfreistellung zugunsten solcher Vereinbarungen vorzusehen, die nur wegen der kumulativen Wirkung des Bestehens eines oder mehrerer Netze von gleichartigen Vereinbarungen unter das Verbot des Artikels 85 fallen, also nur wegen außerhalb der betreffenden Vereinbarungen liegender Umstände, welche den Parteien in der Regel nicht genau bekannt sind und die zu beurteilen die Prüfung so zahlreicher und verwickelter tatsächlicher Verhältnisse erfordert, daß die nationalen Gerichte vor den allergrößten Schwierigkeiten stehen können. Sollte die Kommission meinen, daß die kumulative Auswirkung der betroffenen Vereinbarungen so wettbewerbsbeschränkend ist, daß eine Gruppenfreistellung nicht gerechtfertigt erscheint, so wäre sie berechtigt und verpflichtet, von den Befugnissen Gebrauch zu machen, die ihr in Artikel 7 der Verordnung Nr. 19/65 eingeräumt werden, wonach die Kommission, wenn sie „feststellt, daß im Einzelfall Vereinbarungen . . ., die unter eine aufgrund des Artikels 1 erlassene Verordnung“ — d. h. eine Gruppenfreistellungsverordnung — „fallen, gleichwohl Wirkungen haben, die mit den in Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages vorgesehenen Voraussetzungen unvereinbar sind, . . . unter Entzug des Vorteils der Anwendung der Verordnung eine Erklärung nach den Artikeln 6 und 8 der Verordnung Nr. 17 abgeben [kann], ohne daß es einer Anmeldung nach Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 bedarf“. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß bei der Kommission nach deren eigenen Ausführungen zum einen eine Reihe von Brauereiverträgen angemeldet wurden, ohne daß diese bisher eine Entscheidung getroffen hätte, und die Kommission zum anderen aufgrund des Artikels 12 der Verordnung Nr. 17 eine — allerdings auf die sechs alten Mitgliedstaaten beschränkte — Untersuchung des Brauereisektors durchgeführt hatte, die ebensowenig zu einer Entscheidung geführt hat.

34/36

b) Endlich kann die Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 67/67 auf die streitigen Vereinbarungen nicht mit der Begründung bestritten werden, diese Vereinbarungen brauchten, weil unter Artikel 4 Absatz 2 Ziffer 1 der Verordnung Nr. 17 fallend, nicht angemeldet zu werden, während die Verordnung Nr. 67/67 nirgends sage, was mit solchermaßen von der Anmeldepflicht freigestellten Vereinbarungen zu geschehen hat. Es widerspräche in der Tat der Vernunft, nicht anmeldepflichtige — und daher für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes als in der Regel weniger schädlich angesehene — Vereinbarungen, die nach Artikel 85 EWG-Vertrag verboten sind, jedoch alle Voraussetzungen für die Anwendung der Verordnung Nr. 67/67 erfüllen, nicht unter die Gruppenfreistellung fallen zu lassen. Dies gilt um so mehr, als selbst Vereinbarungen, die nach der Verordnung Nr. 17 angemeldet werden konnten, jedoch unter die Verordnung Nr. 67/67 fallen, „nicht mehr angemeldet zu werden [brauchen]“, wie in der vorletzten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 67/67 ausdrücklich bestätigt wird.

- 37 Dem Hof van Beroep Gent ist deshalb zu antworten, daß Vereinbarungen, an denen nur zwei Unternehmen aus ein und demselben Mitgliedstaat beteiligt sind, in denen sich ferner ein Vertragspartner dem anderen gegenüber verpflichtet, zum Zwecke des Weiterverkaufs bestimmte Waren nur von ihm zu beziehen, und die nicht die Tatbestandsmerkmale des Artikels 3 der Verordnung Nr. 67/67 erfüllen, unter die Gruppenfreistellung der Verordnung Nr. 67/67 fallen, soweit sie ohne eine Freistellung vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag erfaßt würden.

#### Zu den übrigen Fragen

- 38/39 Die Antwort auf die zweite Frage hat zur Folge, daß Vereinbarungen der vom vorlegenden Gericht beschriebenen Art als gültig anzusehen sind, weil entweder bereits das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag für sie nicht gilt oder weil die Gruppenfreistellung der Verordnung Nr. 67/67 eingreift. Die übrigen Fragen des vorlegenden Gerichts brauchen deshalb nicht mehr beantwortet zu werden.

#### Kosten

- 40 Die Auslagen der belgischen Regierung und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren vor dem Gerichtshof ein Zwischenstreit in dem vor dem innerstaatlichen Gericht anhängigen Verfahren; die Kostenentscheidung obliegt daher diesem Gericht.

Aus diesen Gründen

hat

#### DER GERICHTSHOF

auf die ihm vom Hof van Beroep Gent vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

**Vereinbarungen, an denen nur zwei Unternehmen aus ein und demselben Mitgliedstaat beteiligt sind, in denen sich ferner ein Vertragspartner dem anderen gegenüber verpflichtet, zum Zwecke des Weiterverkaufs bestimmte Waren nur von ihm zu**

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<sup>1</sup>

*Herr Präsident,  
meine Herren Richter!*

Mit dieser Rechtssache stehen wir von neuem vor der ganzen Problematik der Beurteilung der sogenannten „Brauerverträge“ 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 Gastwirthehepaar 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.

<sup>1</sup> — Aus dem Französischen übersetzt.