Importeur festgesetzten Preisen vorgeschrieben wird, mit Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 3 Buchstabe f und Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages vereinbar ist, ist zu prüfen, ob unter Berücksichtigung der Hindernisse, die sich für den Handel aus dem Steuersystem, dem diese Erzeugnisse unterworfen sind, seiner Natur nach ergeben können, ein derartiges System nicht nur möglicherweise die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung begünstigt, sondern auch geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

3. Ein unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse geltender Höchstpreis ist zwar als solcher noch keine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung, doch kann er eine solche Wirkung entfalten, wenn er derart festgesetzt wird, daß der Absatz von Einfuhrerzeugnissen unmöglich oder gegenüber dem einheimischer Produkte erschwert wird. Dagegen ist eine mitgliedstaatliche Regelung, durch die für den Verbrauch von eingeführten wie von im Inland hergestellten Tabakerzeugnissen an den Verbraucher ein fester Preis vorgeschrieben wird, der vom Hersteller oder vom Importeur frei festgesetzt wird, nur dann eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung, wenn unter Berücksichtigung der Hindernisse, die sich aus den verschiedenen Methoden steuerlicher Kontrolle ergeben, welche die Mitgliedstaaten insbesondere anwenden, um die Einkünfte aus den Steuern zu sichern, denen diese Erzeugnisse unterworfen sind, ein derartiges System der Preisbindung geeignet ist, die Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.

4. Artikel 5 der Richtlinie Nr. 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer soll es den Mitgliedstaaten nicht verbieten, eine Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, die für den Verkauf von eingeführten oder im Inland hergestellten Tabakerzeugnissen an den Verbraucher einen Verkaufspreis nämlich den auf der Steuerbanderole angegebenen Preis, vorschreibt, sofern dieser Preis vom Hersteller oder vom Importeur frei festgesetzt worden ist.

In der Rechtssache 13/77

betreffend ein dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag von dem belgischen Hof van Cassati in dem vor diesem Gericht anhängigen Rechtsstreit

AKTIENGESELLSCHAFT GB-INNO-BM, Brüssel,

gegen

VERENIGING VAN DE KLEINHANDELAARS IN TABAK (ATAB), VEREIN OHNE GEWINNZWECK, Elsene,

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 3 Buchstabe f, Artikel 5 Absatz 2, Artikel 30, 31, 32, 86 und 90 EWG-Vertrag sowie der Richtlinie Nr. 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972

über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. L 303, S. 1)

erläßt

DER GERICHTSHOF

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

Generalanwalt: G. Reischl
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

Das Vorlageurteil und die gemäß Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes der EWG abgegebenen schriftlichen Erklärungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I — Sachverhalt und Verfahren

1. Im Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens zwischen der belgischen Aktiengesellschaft „GB-INNO-BM" und dem Verband der Tabakwarenkleinhändler „Vereniging van de kleinhandelaars in tabak" (nachstehend ATAB genannt), einem Verein ohne Gewinnzweck, geht es um Artikel 58 des belgischen Gesetzes vom 3. Juli 1969 über die Einführung der Mehrwertsteuer. Dort ist bestimmt:

„Für eingeführte oder im Inland hergestellte Tabakerzeugnisse wird die Mehrwertsteuer jeweils erhoben, wenn hierfür nach den einschlägigen Rechtsvorschriften die Verbrauchsteuer zu entrichten ist. Sie wird berechnet nach dem auf der Steuerbanderole angegebenen Preis, welcher der gebundene Preis für den Verkauf an den Verbraucher sein muß, oder, falls kein Preis angegeben ist, nach der Grundlage für die Verbrauchsteuererhebung."

2. Am 7. Februar 1972 ließ die ATAB durch einen Gerichtsvollzieher feststellen, daß die Aktiengesellschaft „GB Entreprises" (deren Rechtsnachfolgerin die GB-INNO-BM ist) Zigaretten unter dem auf der Steuerbanderole angegebenen Preis feilhielt und verkaufte. Am 24. Februar 1972 beantragte sie gemäß Kapitel IV des Gesetzes vom 14. Juli 1971 über die Handelspraktiken beim Vorsitzenden der Rechtsbank van Koophandel Brüssel

gegen die beanstandete Praxis eine Unterlassungsverfügung nebst der Anordnung des Aushanges der zu erlassenen Entscheidung.

3. Mit Entscheidung vom 24. April 1972 ordnete der Vorsitzende der Rechtsbank van Koophandel Brüssel an, daß der Verkauf von Zigaretten mit Preisnachlässen zu unterlassen sei, weil dies gegen Artikel 58 des belgischen Gesetzes über die Mehrwertsteuer verstoße und die Einhaltung der Gesetze zu den Gepflogenheiten ehrlicher Kaufleute gehöre. Dagegen lehnte er es ab, den Aushang anzuordnen.

4. GB-INNO-BM legte gegen diese Entscheidung mit Schriftsatz vom 24. Mai 1972 Berufung ein. Sie begründete diese unter anderem mit Ausführungen über die Unvereinbarkeit von Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer mit gewissen Bestimmungen des EWG-Vertrags über den Wettbewerb und den freien Warenverkehr sowie mit den Vertragsbestimmungen über die Ziele der Gemeinschaft und mit der Richtlinie Nr. 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. L 303, S. 1). Hilfsweise regte sie an, der Hof van Beroep möge von der Möglichkeit des Vorabentscheidungsverfahrens nach Artikel 177 des EWG-Vertrags Gebrauch machen.

5. Mit Urteil vom 24. Dezember 1974 verwarf der Hof van Beroep Brüssel alle von GB-INNO-BM vorgebrachten gemeinschaftsrechtlichen Argumente und lehnte die Vorlage zur Vorabentscheidung mit der Begündung ab, es bestehe kein Zweifel bezüglich der Auslegung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen.

6. GB-INNO-BM legte gegen dieses Urteil Kassationsbeschwerde ein. Der Hof van Cassatie hat mit Urteil vom 7. Januar 1977 vor dem Erlaß einer Entscheidung über die Hauptsache das Verfahren bis zur Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften über die nachfolgenden Fragen ausgesetzt:

„1. a) Sind Artikel 3 Buchstabe f, Artikel 5 Absatz 2 und Artikel 86 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß es einem Mitgliedstaat verboten ist, eine Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, durch die unter anderem für eingeführte wie für im Inland hergestellte Waren ein von den Herstellern oder Importeuren festgesetzter Preis für den Verkauf an den Verbraucher für verbindlich erklärt wird, wenn diese Vorschrift geeignet ist, die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt durch ein oder mehrere Unternehmen im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag zu begünstigen?

Ist es in diesem Zusammenhang unter anderem verboten, eine nationale Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, die den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen begünstigt, welche darin besteht, daß Hersteller und Importeure von Tabakerzeugnissen die Einzelhändler in einem Mitgliedstaat zur Einhaltung der von ihnen für den Verkauf an den Verbraucher festgesetzten Preise zwingen können?

b) Ist es selbst dann verboten, eine nationale Vorschrift der unter a) bezeichneten Art zu erlassen oder beizubehalten, wenn diese in dem Sinne allgemeiner Natur ist, daß sie für jeden Hersteller oder Importeur gilt, also auch für diejenigen, die keine beherrschende Stellung haben oder sie nicht mißbrauchen, und erst recht dann, wenn Ziel, Gegenstand und Wirkung der Vorschrift keineswegs in der Begünstigung des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung bestehen?

Sind in einem derartigen Fall die unter a) bezeichneten Vorschrif-

ten des EWG-Vertrags, gegebenenfalls in Verbindung mit anderen Vorschriften, nicht dahin auszulegen, daß der Erlaß oder die Beibehaltung einer deratigen innerstaatlichen Vorschrift nicht verboten ist, daß vielmehr diese Vorschrift lediglich keine Auswirkung auf das Anwendungsgebiet des Artikels 86 EWG-Vertrag haben kann, so daß der Mißbrauch einer beherrschenden Stellung auch dann verboten bleibt, wenn er im konkreten Fall durch die Rechtsvorschrift begünstigt wird?

2. Ist Artikel 90 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß ‚Unternehmen, denen der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt' vorliegen, wenn der Staat den Herstellern und Importeuren bestimmter Erzeugnisse — im Gegensatz zu Herstellern und Importeuren anderer Erzeugnisse, die Preiserhöhungen dem Wirtschaftsminister anzeigen müssen, jedoch einen gebundenen Verkaufspreis nicht festsetzen können — die gleiche Verpflichtung, Preiserhöhungen anzumelden, auferlegt, ihnen aber durch eine Rechtsvorschrift, die den nach Anmeldung erhöhten Preis der Erzeugnisse für den Verkauf an Verbraucher verbindlich macht, mittelbar die Möglichkeit einräumt, den gebundenen Preis für den Verkauf an den Verbraucher selbst festzusetzen?
Kann, falls diese Frage zu bejahen ist, die Beibehaltung dieser besonderen oder ausschließlichen Rechte gegen die Vorschriften des EWG-Vertrags insbesondere gegen die Artikel 7 und 85 bis 94, verstoßen?

3. Sind die Artikel 30, 31 und 32 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß es eine ‚Maßnahme mit gleicher Wirkung wie...' im Sinne des vorerwähnten Artikels 30 darstellt, wenn in einem Mitgliedstaat eine Regelung für den Verkauf bestimmter Erzeugnisse an den Verbraucher einen festen Preis vorschreibt, der auf den Steuerbanderolen angegeben wird und je nach Lage des Falles von den inländischen Herstellern oder den Importeuren dieser Erzeugnisse, insbesondere aus anderen Mitgliedstaaten, festgelegt wird?
Oder sind diese Artikel dahin auszulegen, daß eine solche Regelung nur dann eine derartige Maßnahme darstellt, wenn tatsächlich feststeht, daß sie den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern geeignet ist, was im Einzelfall festzustellen Sache der innerstaatlichen Gerichte ist?
Gilt etwas anderes, wenn der Mitgliedstaat den Herstellern oder Importeuren erlaubt, nach Anmeldung einer Preiserhöhung und bei Einhaltung einer bestimmten Wartezeit die Preise einschließlich der Einzelhandelspreise frei festzusetzen, diese Preise aber veröffentlicht und ihre Einhaltung entsprechend der oben genannten Maßnahmen vorschreibt?

4. a) Haben die Bestimmungen der Richtlinien Nr. 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972, insbesondere Artikel 5, unmittelbare Wirkung, so daß sie unter anderem von den einzelnen vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden können?

   b) Ist Artikel 5 der Richtlinie Nr. 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer dahin auszulegen, daß er es den Mitgliedstaaten verbietet, eine Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, die für den Verkauf von eingeführten oder im Inland hergestellten Tabakerzeugnissen an den Verbraucher einen Verkaufspreis, nämlich den auf der Steuerbanderole angegebenen Preis, vorschreibt, so daß weder die Höchstgrenze überschritten noch zu einem niedrigeren Preis verkauft werden darf?"

7. Parallel zum Ausgangsverfahren legte GB-INNO-BM am 2. April 1974

zwei Beschwerden bei der Kommission ein.

— Die erste Beschwerde war gegen den belgisch-luxemburgischen Verband der tabakverarbeitenden Industrien (FEDETAB), den nationalen Verband des Tabakwarengroßhandels (FNCG) und die ATAB gerichtet. Mit dieser Beschwerde begehrte sie von der Kommission die Einleitung eines Verfahrens gegen diese drei Verbände, damit diese zur Einstellung der verschiedenen Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag angehalten würden.
— Die zweite Beschwerde war gegen den belgischen Staat gerichtet. Mit ihr machte sie die Unvereinbarkeit von Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer mit den Artikel 85, 86, 90, 30, 31 und 5 Absatz 2 des Vertrages sowie mit der Richtlinie Nr. 72/464/EWG des Rates geltend und verlangte von der Kommission die Einleitung eines Verfahrens nach Artikel 169 des Vertrages.

8. Auf die erste Beschwerde leitete die Kommission am 29. Juli 1974 ein Verfahren aufgrund der Verordnung Nr. 17 des Rates ein. Am 18. Juli 1975 teilte sie den betroffenen Unternehmensverbänden ihre Beschwerdepunkte mit. In dieser Mitteilung erklärte sie, daß ihres Erachtens bestimmte Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen der FEDETAB und ihrer Mitglieder gegen Artikel 85 EWG-Vertrag verstießen. Am 22. Oktober 1975 fand eine allgemeine Anhörung statt. Seitdem ist in der Angelegenheit dieser Beschwerde nichts mehr erfolgt.

9. Auf die gegen den belgischen Staat erhobene Beschwerde erhielt GB-INNO-BM nur eine Empfangsbestätigung und eine vorläufige Antwort vom 15. Dezember 1975. Einen weiteren Bescheid, wie auf ihre Beschwerde hin verfahren werde, erhielt sie nicht.

10. Schließlich erhob GB-INNO-BM am 11. Juni 1974 beim Raad van State Klage auf Aufhebung des ministeriellen Erlasses vom 9. April 1974. Dieser Erlaß betraf die Anpassung der Bestimmungen der dem ministeriellen Erlaß vom 22. Januar 1948 beigefügten Verordnung über die Erhebung der Verbrauchsteuer auf Tabakwaren an die Fassung des Artikels 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer. Der Raad van State hat über diese Klage noch nicht entschieden.

Verfahren

Das Vorlageurteil ist am 26. Januar 1977 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden. Gemäß Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes haben die GB-INNO-BM, die ATAB, der Rat der Europäischen Gemeinschaften, die Kommission der Europäischen Gemeinschaften sowie die Regierungen von Belgien, den Niederlanden, Luxemburg und Italien schriftliche Erklärungen abgegeben.

II — Zusammenfassung der schriftlichen Erklärungen

Erklärungen der GB-INNO-BM Aktiengesellschaft

Die *GB-INNO-BM* stellt zunächst die Entstehung des Artikels 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer dar. Dessen ursprüngliche Fassung, wie sie in dem von der Regierung vorgelegten Gesetzesentwurf enthalten gewesen sei, habe die Berechnung der Mehrwertsteuer „auf der Grundlage des auf der Steuerbanderole angegebenen Höchstpreises" vorgesehen. Die jetzige Fassung, nach der dieser Preis „der gebundene Preis für den Verkauf an den Verbraucher sein muß", gehe auf einen Änderungsantrag von Herrn Goeman zurück, der nicht nur Mitglied der Abgeordnetenkammer und ihres Finanzausschusses sondern auch Sekretär des Tabakwarengroßhandelsverbandes FNCG gewesen sei. Trotz des Widerstandes der Regierung sei das — möglicherweise etwas ungewöhnlich erscheinende — Ergebnis gewesen, daß in eine steuerliche Vorschrift eine Bestimmung aufgenom-

men worden sei, die ihrer Natur nach eher in die Regelung der Handelspraktiken oder der Preise gehört hätte, und die schlecht mit der geltenden preisrechtlichen Regelung in Einklang zu bringen sei, die im wesentlichen auf den Begriffen des „normalen Preises" und des „Höchstpreises" beruhe. Zudem sei es auch ungewöhnlich, daß der *verbindliche* Preis für den Verkauf von Tabakerzeugnissen an den Verbraucher von demjenigen bestimmt werden könne, der die Steuerbanderole anbringe, — also von dem Hersteller oder dem Importeur — und nicht von der zuständigen öffentlichen Stelle.

Jedoch habe die belgische Rechtsprechung anerkannt, daß Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer seinem Wortlaut entsprechend zu verstehen sei, daß diese Bestimmung also zwingend die bei dem Verkauf im Einzelhandel zu beachtenden Preise vorschreibe.

Vorschlag für die Beantwortung der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen

A — Vereinbarkeit von Artikel 58 mit den Wettbewerbsregeln (in Verbindung mit Artikel 3 Buchstabe f und Artikel 5 Absatz 2 EWG-Vertrag)

1. Entstehungsgeschichte des Artikels 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer

Die GB-INNO-BM gibt eine Darstellung der Umstände, unter denen Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer erlassen worden sei:

Seit Jahren hätten sich die FEDETAB und die FNCG bemüht, den Vertrieb von Tabakerzeugnissen in Belgien zu reglementieren.

Am 9. Januar 1967 habe die FEDETAB mit der FNCG eine Vereinbarung geschlossen, nach der die Mitglieder der FNCG sich verpflichtet hätten, Zigaretten nicht mit Preisnachlässen gleich welcher Art zu kaufen oder zu verkaufen; bei Nichteinhaltung dieser Verpflichtung sei als Rechtsfolge der Verlust des Vorteils der Großhandelsbedingungen vorgesehen gewesen. Die Durchführung dieser Vereinbarung sei mittels gesonderter Verträge zwischen der FEDETAB und den jeweiligen Großhändlern erfolgt.

Diese Vereinbarung sei am 22. Mai 1967 durch eine weitere Vereinbarung zwischen der FEDETAB und der FNCG ergänzt worden, nach der die Großhändler, welche Einzelhandelsgeschäfte betrieben, sich verpflichtet hätten, alle Zigaretten zu dem auf der Steuerbanderole angegebenen Preis ohne jeden Preisnachlaß an den Verbraucher zu verkaufen. Am selben Tag sei ein Rundschreiben an die „Zigaretten-Kleinverteiler" geschickt worden, in welchem diese aufgefordert worden seien, sich einzeln an einer Vereinbarung zu beteiligen, durch die sie dieselbe Verpflichtung übernehmen sollten, jeden Verkauf zu einem Preis unter dem auf der Banderole angegebenen zu unterlassen.

Am 5. Oktober 1967 habe sich die FNCG im Namen ihrer Mitglieder durch eine „Auslegungsvereinbarung über Preisunterbietung" der FEDETAB gegenüber verpflichtet, jede Belieferung von Einzelhändlern zu unterlassen, die die Preise „unterböten". Den einzelnen Großhändlern sei dies durch Rundschreiben der FEDETAB und der FNCG vom 6. bzw. 26. Oktober 1967 mitgeteilt worden. Mit Schreiben vom 26. Oktober 1967 habe die FNCG die Großhändler wissen lassen, daß die Hersteller ihre Lieferungen an diejenigen Großhändler einstellen würden, die „Preisunterbieter" belieferten.

Am 30. Oktober habe die FEDETAB den Zigarettengroßhändlern mitgeteilt, daß die Zigarettenindustrie beschlossen habe, die Lieferungen von Zigaretten an alle großen Vertriebsunternehmen, zu denen die Aktiengesellschaften Grand Bazar d'Anvers, Super-Bazar und Supermärkte GB gehörten, einzustellen. Jedoch sei es einigen der Unternehmen gelungen, sich

bei gewissen Großhändlern einzudecken und weiterhin beim Verkauf von Zigaretten Preisnachlässe zu gewähren.

Am 19. und 20. Februar 1968 sei in der Form eines Briefwechsels eine Vereinbarung zwischen der FEDETAB einerseits und den drei vorerwähnten Gesellschaften andererseits zustande gekommen.

So sei die Situation gewesen, als das Gesetz vom 3. Juli 1969 über die Mehrwertsteuer vorbereitet worden sei.

Es habe also eine eindeutige Verbindung zwischen den Versuchen der FEDETAB und der FNCG zur Durchsetzung ihrer Verträge über die bindenden Verkaufspreise bei allen Einzelhändlern und dem Inhalt von Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer in der Fassung des Änderungsantrages Goeman gegeben.

2. Würdigung der Vereinbarungen und des Verhaltens der FEDETAB und der FNCG nach den Regeln des EWG-Vertrags über den Wettbewerb

Die GB-INNO-BM untersucht die Vereinbarungen der FEDETAB und der FNCG und kommt zu dem Ergebnis, daß sie unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages fielen. Die Kommission sei in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 18. Juli 1975 von demselben Standpunkt ausgegangen und habe angekündigt, daß sie gegen die betroffenen Unternehmen Geldbußen zu verhängen beabsichtigte.

In dem Verhalten der FEDETAB liege auch ein nach Artikel 86 des Vertrages verbotener Mißbrauch einer beherrschenden Stellung.

Man könne kaum bestreiten, daß die FEDETAB in Anbetracht ihres hohen Marktanteils bei Tabakerzeugnissen eine beherrschende Stellung auf dem Markt habe. Diese beherrschende Stellung werde noch verstärkt durch die engen Verbindungen, die sie zu der FNCG hergestellt habe, was diesen beiden Organisationen ermöglicht habe, den Vertrieb der Tabakerzeugnisse bis hin zur Einzelhandelsstufe zu reglementieren. Darüber hinaus habe die FEDETAB festgelegt, welche Gewinnspannen den Händlern einzuräumen seien, und sie habe letztlich entschieden, in welche Kategorie (Großhändler I, Großhändler II, anerkannter Einzelhändler, gewöhnlicher Einzelhändler) die einzelnen Händler einzuordnen seien.

Die beherrschende Stellung der FEDETAB auf dem belgischen und luxemburgischen Markt erstrecke sich auf „einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes".

Der Druck, den die FEDETAB auf die Großhändler und auf die Einzelhändler ausgeübt habe, um diese zur Anpassung ihrer Verkaufspolitik an die von ihr in Verbindung mit FNCG beschlossene Linie zu zwingen, sei ein Mißbrauch einer beherrschenden Stellung.

Dieser Mißbrauch sei geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, denn bestimmte von den Mitgliedern der FEDETAB verkaufte Erzeugnisse würden aus anderen Mitgliedstaaten eingeführt, und die Verpflichtung zum Verkauf zu den von der FEDETAB gemeinsam mit der FNCG vorgeschriebenen Bedingungen gelte nicht nur für die Mitglieder der FEDETAB, sondern auch für die ausländischen Hersteller, die ihre Erzeugnisse in Belgien verkaufen wollten.

3. Verhältnis zwischen den gemeinschaftsrechtlichen Regeln und dem innerstaatlichen Wettbewerbsrecht

Unter Berufung auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache 14/68 (Urteil vom 13. Februar 1969, *Walt Wilhelm* — Slg. 1969, S. 1 ff.) macht die GB-INNO-BM geltend, daß es dem Wesen des Vertragssystems widersprechen würde, wenn die Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen oder aufrechterhalten

dürften, die die praktische Wirksamkeit des Vertrages beeinträchtigen könnten. Im Schrifttum werde zu dieser Frage übereinstimmend die Ansicht vertreten, daß ein Mitgliedstaat seine privaten Unternehmen nicht zu einem Verhalten zwingen könne, das ohne die staatliche Maßnahme gegen Artikel 85 und 86 verstoßen würde. Diese Ansicht werde von denjenigen Autoren geteilt, welche die Vereinbarkeit innerstaatlicher Maßnahmen über Zwangskartelle mit dem Vertrag untersucht hätten.

Zwar sei es unbestreitbar, daß sich die Artikel 85 und 86 für sich genommen nur an die Unternehmen richteten, doch verpflichte der Vertrag die Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu unterlassen, die das gute Funktionieren der Wettbewerbsregeln gefährden könnten. Die rechtliche Grundlage für diese Verpflichtung der Mitgliedstaaten könne man entweder in der allgemeinen Treuepflicht, wie sie in Artikel 5 Absatz 2 zum Ausdruck gekommen sei, oder in Artikel 90 sehen.

Der Gerichtshof habe bereits entschieden, daß Artikel 5 Absatz 2 eine allgemeine Pflicht der Mitgliedstaaten enthalte, deren konkreter Inhalt in jedem Einzelfall von den Bestimmungen des Vertrages oder den aus dessen allgemeinem System abzuleitenden Regeln abhänge. Daraus folge, daß die Verletzung von Artikel 5 — welche vorläge, wenn eine staatliche Maßnahme die praktische Wirksamkeit von Vertragsbestimmungen mit hinreichend klarem und deutlichem Inhalt wie die Artikel 85 und 86 beeinträchtigen würde, — genügend ausgeprägt sei, um unmittelbar vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden zu können.

a) Praktische Wirksamkeit von Artikel 85

Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer habe genau dieselbe Wirkung wie die Vereinbarungen. Diese zielten darauf ab, die Einzelhändler beim öffentlichen Verkauf zur Einhaltung des auf der Banderole angegebenen Preises zu verpflichten. Was zuvor die Vereinbarungen vorgesehen hätten, werde nun durch Artikel 58 angeordnet. Da diese Vereinbarungen gegen Artikel 85 des Vertrages verstoßen hätten, beeinträchtige Artikel 58 die praktische Wirksamkeit von Artikel 85 und verletzte folglich Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages.

Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer habe die oben erwähnten Vereinbarungen zwischen der FEDETAB und der FNCG überflüßig gemacht. Was früher in den Vereinbarungen vorgesehen worden sei, werde jetzt vom Gesetz vorgeschrieben.

Es sei bedauerlich, daß der Hof von Cassatie nicht die Frage vorgelegt habe, wie Artikel 85 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 2 auszulegen sei, zumal eine entsprechende Frage für Artikel 86 gestellt worden sei. Eine Beantwortung dieser Frage durch den Gerichtshof wäre für das Berufungsgericht, an das der Hof van Cassatie den Rechtsstreit später zurückverweisen werde, von Interesse.

b) Praktische Wirksamkeit von Artikel 86

Zur ersten Frage des Hof van Cassatie macht GB-INNO-BM geltend, es gehe nicht darum, ob Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer *als solcher* gegen Artikel 86 verstoße, sondern vielmehr darum, ob er mit der Pflicht der Mitgliedstaaten zur Unterlassung von Beeinträchtigungen der praktischen Wirksamkeit des Artikels 86 vereinbar sei. Artikel 58, der den Herstellern und Importeuren die Möglichkeit einräume, die Einzelhändler zur Einhaltung des auf der Steuerbanderole angegebenen Verkaufspreises zu zwingen, habe damit notwendigerweise zur Folge, daß die mißbräuchliche Ausnützung einer beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes (hier Belgien) ermöglicht und geregelt werde. Die früher von der FEDETAB begangenen Mißbräuche würden also durch das Gesetz „gedeckt" und nicht nur „ermöglicht".

Man könne auch nicht annehmen, daß Artikel 58 „lediglich keine Auswirkung auf das Anwendungsgebiet des Artikel 86 EWG-Vertrag" habe, wie der Hof van Cassatie in dem zweiten Teil dieser Frage erkläre. Dies würde nämlich bedeuten, daß Artikel 58 nur bei Herstellern und Importeuren anwendbar wäre, die keine beherrschende Stellung innehätten, daß aber im Fall von Unternehmen mit beherrschender Stellung diese Bestimmung wegen Verletzung des Vertrages unanwendbar wäre. Eine solche Auslegung würde in der Praxis zu endloser Verwirrung und zu Schwierigkeiten führen.

Man müsse also folgern, daß eine gesetzliche Bestimmung, die mißbräuchliche Verhalten „begünstige", *insgesamt* verboten sei, selbst wenn sie auch in Fällen angewendet werden könne, in denen keine beherrschende Stellung vorliege.

Aus diesen Gründen schlägt GB-INNO-BM vor, die erste Frage wie folgt zu beantworten:

„Artikel 3, Buchstabe f, Artikel 5 Absatz 2 und Artikel 86 EWG-Vertrag sind dahin auszulegen, daß es einem Mitgliedstaat verboten ist, eine Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, welche die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch eines oder mehrere Unternehmen oder Unternehmensverbände in der Weise begünstigt, daß diese Vorschrift die Unternehmen oder Unternehmensverbände in die Lage versetzt, die gleichen Ergebnisse — insbesondere die Möglichkeit, die Einzelhändler zur Einhaltung der von den Herstellern oder Importeuren für den Verkauf an den Verbraucher festgesetzten Preise zu zwingen — zu erreichen, die durch den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung angestrebt wurden."

c) Zweite Frage (Artikel 90)

Die GB-INNO-BM bemerkt, der Begriff der „Unternehmen, denen der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt" in Artikel 90 des Vertrages müsse unter Berücksichtigung der Funktion ausgelegt werden, die dieser Artikel nach dem Vertrag habe.

Sie macht geltend, nach einhelliger Ansicht im Schrifttum verfolge Artikel 90 den Zweck, die den Unternehmen obliegenden Verpflichtungen auf die Mitgliedstaaten anwendbar zu machen, so daß die Mitgliedstaaten ihre Unternehmen der Wirkung des Vertrages nicht entziehen könnten. Ebenso werde allgemein angenommen, daß eine Maßnahme den Vorschriften des Vertrages insbesondere dem Artikel 86 „widersprechen" könne, wenn sie die von Artikel 90 erfaßten Unternehmen zu einer Zuwiderhandlung veranlasse. Im Schrifttum bestehe darüber hinaus Einigkeit darüber, daß das Wort „Maßnahme" auch Gesetze im formellen Sinne erfasse.

In Anbetracht des Wortlauts von Artikel 90 sei nicht zweifelhaft, daß der Ausdruck „Unternehmen, denen der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt" sich auch auf private Unternehmen beziehen könne. Dagegen müsse der Sinn des Begriffs „besondere oder ausschließliche Rechte" unter Bezugnahme auf das Ziel des Artikels 90 und seine Stellung im System des Vertrages bestimmt werden.

Artikel 90 Absatz 1 wolle die Mitgliedstaaten daran hindern, ihren Unternehmen eine Beschränkung des Wettbewerbs zu ermöglichen. Um zu beurteilen, ob eine Rechtsstellung „besondere oder ausschließliche Rechte" verleihe, müsse man einen Vergleich mit der Rechtsstellung der den Regeln über den Wettbewerb unterliegenden Unternehmen vornehmen. Wenn ein Mitgliedstaat Unternehmen das Recht zubillige, den Wettbewerb ganz oder teilweise zu beschränken, dann gewähre er diesen Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1.

Es sei offensichtlich, daß Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer den Herstellern und Importeuren von Tabak-

erzeugnissen besondere oder ausschließliche Rechte in dem vorgenannten Sinne gewähre, indem er ihnen gestatte, verbindliche Preise für den Verkauf ihrer Erzeugnisse an den Verbraucher festzusetzen. Eine derartige Befugnis werde von der belgischen Gesetzgebung keiner anderen Gruppe von Unternehmen gewährt.

Die zweite Frage könne also wie folgt beantwortet werden:

„Artikel 90 EWG-Vertrag ist dahin auszulegen, daß ‚Unternehmen, denen der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt' dann vorliegen, wenn der Staat den Herstellern und Importeuren bestimmter Erzeugnisse im Gegensatz zu Herstellern und Importeuren anderer Erzeugnisse, die keinen verbindlichen Preis für den Verkauf an den Verbraucher festsetzen können, die Möglichkeit einräumt, den gebundenen Preis für den Verkauf an den Verbraucher selbst festzusetzen. Die Beibehaltung eines solchen besonderen oder ausschließlichen Rechtes, widerspricht den Artikeln 85 und 86' im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 des Vertrages."

B — Dritte Frage (Vereinbarkeit von Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer mit den Artikeln 30, 31 und 32 des Vertrages)

Die Firma GB-INNO-BM bemerkt unter Berufung auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere das Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 *(Dassonville* — Slg. 1974, 837) und die Urteile vom 26. Februar 1976 in der Rechtssache 65/75 *(Tasca* — Slg. 1976, 291) und den verbundenen Rechtssachen 80 bis 90/75 (SADAM 9 Slg. 1976, 323), da Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer sowohl für inländische als auch für eingeführte Erzeugnisse gelte, stelle sich die Frage, ob diese Bestimmung den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern geeignet sei.

Artikel 58 führe dazu, daß die Einzelhändler ihre Preise nur dann frei festsetzen könnten, wenn sie die Tabakerzeugnisse unmittelbar importierten. Da aber mehr als die Hälfte der nach Belgien eingeführten Zigaretten von den belgischen Herstellern vertrieben würden, dürfe man nicht erwarten, daß die ausländische Hersteller an einen belgischen Einzelhändler verkauften, zumal wenn dieser seine Erzeugnisse unter dem in Belgien üblichen Preis verkaufe. Wenn ein belgischer Händler Tabakerzeugnisse nach Belgien einführen wolle, dann müsse er darüber hinaus, um die Kosten der für die Anbringung der Steuerbanderolen erforderlichen speziellen Ausrüstung zu vermeiden, den ausländischen Hersteller zur Anbringung der Banderolen veranlassen. Dies würde bedeuten, daß der ausländische Hersteller ein Kontrollrecht über die Preise erhielte, die der Einzelhändler anzuwenden wünschte. Die Pflicht zur Einhaltung des auf der Steuerbanderole angegebenen Preises schließe also praktisch jede Möglichkeit der unmittelbaren Einfuhr für die Einzelhändler aus.

Die Einzelhändler seien deshalb nicht in der Lage, das Preisniveau der importierten Erzeugnisse frei zu bestimmen.

Die GB-INNO-BM schlägt folglich folgende Antwort auf die dritte Frage vor:

„Eine Rechtsvorschrift, durch die für eingeführte wie für im Inland hergestellte Waren ein von den Herstellern und Importeuren festgesetzter Preis für den Verkauf an den Verbraucher vorgeschrieben wird, der auf den Steuerbanderolen angegeben und je nach Lage des Falles von den inländischen Herstellern oder von den Importeuren dieser Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten festgelegt wird, ist eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 30 des Vertrages, wenn die Vorschrift den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern geeignet ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn wegen der be-

sonderen tatsächlichen Verhältnisse auf dem Markt für die fraglichen Erzeugnisse diese Vorschrift die Einzelhändler daran hindert, diese Erzeugnisse unmittelbar aus anderen Mitgliedstaaten einzuführen oder deren Preise frei festzusetzen."

C — Vierte Frage (Vereinbarkeit von Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer mit der Richtlinie Nr. 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972)

1. Unvereinbarkeit von Artikel 58 mit der Richtlinie

Nach Ansicht der GB-INNO-BM hat die Richtlinie das Ziel zu verhindern, daß durch die Erhebung der nationalen Steuern auf den Verbrauch von Tabakerzeugnissen die Wettbewerbsbedingungen verfälscht und der freie Verkehr dieser Erzeugnisse in der Gemeinschaft behindert werden. Zu diesem Zweck harmonisiere sie die Regeln über die Besteuerung und sehe außerdem in ihrem Artikel 5 Absatz 1 eine Regelung über die Bildung der Verkaufspreise dieser Erzeugnisse vor.

Artikel 5 Absatz 1 bestimmt:

„Die Hersteller und Importeure bestimmen frei für jedes ihrer Erzeugnisse den Kleinverkaufshöchstpreis. Diese Vorschrift steht jedoch der Anwendung einzelstaatlicher Rechtsvorschriften über die Preisüberwachung oder die Einhaltung der vorgeschriebenen Preise nicht entgegen."

Die GB-INNO-BM bemerkt, der Rat sei einem Vorschlag zur Änderung dieser Vorschrift nicht gefolgt, der anläßlich der Verhandlungen im Europäischen Parlament über den von der Kommission ausgearbeiteten Richtlinienvorschlag gemacht worden sei; danach habe das Wort „Höchstpreis" durch das Wort „Festpreis" ersetzt werden sollen. Der Rat habe also seinem Willen Ausdruck geben wollen, daß die Mitgliedstaaten das System der Freiheit der Preise zugrunde legen sollten. Diese Auslegung werde durch die achte Begründungserwägung bestätigt, in der es heiße: „Die Erfordernisse des freien Wettbewerbs bedingen eine freie Preisbildung für alle Gruppen von Tabakwaren."

Der im zweiten Satz der Vorschrift zum Ausdruck gekommene Vorbehalt beziehe sich nur auf Systeme gebundener Preise, die *mit dem Vertrag vereinbar seien.* Man könne nicht annehmen, daß der Rat kollektive Systeme gebundener Preise legalisiert habe. Andernfalls müßte man daraus folgern, daß die Richtlinie selbst gegen den Vertrag verstoße und unwirksam sei; denn der Rat könne nicht durch eine Harmonisierungsrichtlinie vom Vertrag verbotene nationale Maßnahmen legalisieren.

2. Unmittelbare Wirkung der Richtlinie

Der erste Satz von Artikel 5 Absatz 1 enthalte eine klare und unbedingte Verpflichtung für die Mitgliedstaaten zur Einführung eines Systems der freien Preisbildung. Diese Verpflichtung habe seit dem 1. Juli 1973, dem in Artikel 12 der Richtlinie für das Inkraftsetzen der Vorschriften durch die Mitgliedstaaten vorgesehenen Zeitpunkt, unmittelbare Wirkung.

Die Gesellschaft GB-INNO-BM schlägt die folgende Antwort auf die vierte Frage vor:

„a) Artikel 5 der Richtlinie des Rates vom 19. Dezember 1972 hat unmittelbare Wirkung.

b) Artikel 5 der Richtlinie des Rates vom 19. Dezember 1972 ist dahin auszulegen, daß er es den Mitgliedstaaten verbietet, eine Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, durch die für eingeführte oder im Inland hergestellte Tabakwaren ein Preis für den Verkauf an den Verbraucher, nämlich der auf der Steuerbanderole angegebene Preis, vorgeschrieben wird, so daß weder die Höchstgrenze überschritten, noch der Artikel zu einem niedrigeren Preis verkauft werden darf."

Erklärungen der ATAB

Bevor sie auf die rechtliche Erörterung der von dem Hof van Cassatie vorgelegten Fragen eingeht, untersucht die ATAB die Entstehung des Festpreises bei dem Verkauf von Tabakerzeugnissen an den Verbraucher. Sie bemerkt, dieses Preissystem sei keine belgische Besonderheit, und gibt sodann eine Darstellung des Systems der gebundenen Verkaufspreise dieser Erzeugnisse in den anderen ursprünglichen Mitgliedstaaten der EWG. Schließlich befaßt sie sich mit den wirtschaftlichen und sozialen Notwendigkeiten und den Erfordernissen eines echten und wirksamen Wettbewerbs in dem fraglichen Bereich sowie dem Schutz des Verbrauchers gegen bestimmte Mißbräuche.

Aus ihrer Untersuchung dieser Fragen zieht sie die nachstehenden Schlußfolgerungen:

1. Der Festpreis für Tabakerzeugnisse sei die Konsequenz aus dem in diesem Bereich geltenden besonderen Steuersystem. Er sichere dem Staat die Erhebung der ihm zustehenden erheblichen Abgaben, die nach einem im voraus festgesetzten Verbraucherpreis, der auf der Steuerbanderole angegeben werde, berechnet würden.
2. Die Zulässigkeit des Festpreises für Tabakerzeugnisse, die in der Richtlinie des Rates vom 19. Dezember 1972 ausdrücklich niedergelegt worden sei, bestätige die insoweit in den Rechtsvorschriften der verschiedenen Mitgliedstaaten bestehenden Regelungen.
3. Das Verschwinden der Tabakeinzelhändler, zu dem es in der Folge der Abschaffung des Festpreises kommen würde, hätte ohne Zweifel schwerwiegende wirtschaftliche und soziale Konsequenzen.
4. Die Abschaffung des gebundenen Preises wäre gleichbedeutend mit dem Ende eines echten, auf das Vorhandensein einer Vielzahl von Marken gegründeten Wettbewerbs zugunsten eines Scheinwettbewerbs, der mit dem Ausscheiden einer großen Zahl von Marken verbunden wäre.
5. Das Überleben der Facheinzelhändler, welches dank des Festpreises möglich bleibe, sei aus wirtschaftlichen und gesundheitlichen Gründen eine Garantie für den Verbraucher.

Erklärungen zur ersten Frage

Die ATAB macht geltend, da Artikel 86 EWG-Vertrag ein Anwendungsfall von Artikel 3 Buchstabe f sei, sei er ausschließlich im Lichte dieses Artikels auszulegen. Die Verfolgung der allgemeinen Ziele des Vertrages bleibe von *politischen* Maßnahmen abhängig und begründe keine anderen Verpflichtungen als die in den anderen Artikeln des Vertrages vorgesehen.

Artikel 5 des Vertrages bedeute nicht, daß einem Mitgliedstaat etwas verboten werde, was nicht durch einen bestimmten Artikel des Vertrages *eindeutig* untersagt sei.

Die ATAB ist der Ansicht, Artikel 86 des Vertrages richte sich nur gegen das Verhalten von Unternehmen und nicht gegen das Verhalten eines Mitgliedstaats. Artikel 86 betreffe nicht eine gesetzliche Regelung, sondern vielmehr *den Mißbrauch* einer beherrschenden Stellung, gleich ob diese beherrschende Stellung durch eine gesetzliche Regelung begünstigt werde oder nicht. Folglich sei die Wirkung der Einführung einer gesetzlichen Maßnahme im Hinblick auf Artikel 86 neutral: Selbst wenn die fragliche Maßnahme auf die Schaffung einer beherrschenden Stellung hinausliefe, fiele nicht die Maßnahme unter das Verbot des Artikels 86, sondern das Verhalten des Unternehmens, welches in einer beherrschenden Stellung die dergestalt entstandene Situation zu einem Mißbrauch ausnutze.

Von einer beherrschenden Stellung aufgrund einer gewissen Stärke könne nicht die Rede sein, wenn *alle Wettbewerber* gleich stark seien. Das durch Artikel 58 des belgischen Gesetzes über die Mehrwertsteuer eingeführte System versetze alle Hersteller und alle Importeure in die

gleiche Lage, indem es ihnen die gleichen Pflichten auferlege. Dadurch, daß es festlege, daß der Verkaufspreis, über den sie frei entschieden, von den Händlern eingehalten werden müsse, beseitige es den Wettbewerb keineswegs.

Der Hersteller oder der Importeur mißbrauche durch diese Entscheidung nicht etwa eine beherrschende Stellung, sie machten nur frei von ihren Rechten im Wettbewerb Gebrauch.

Beiläufig bemerkt die ATAB, daß der der Vorlagefrage zugrunde liegende Rechtsstreit von einem Verband von Kleinhändlern gegen einen großen Verbrauchermarkt geführt werde, welcher im Vergleich zu jenen eine beherrschende Stellung innehabe und diese durch den Verkauf von Tabakerzeugnissen mit einer geringeren Gewinnspanne und sogar mit Verlust zum Schaden der Kleinhändler mißbrauche.

Daher ist die ATAB der Ansicht, die erste Frage könne wie folgt beantwortet werden:

„a) Artikel 3 Buchstabe f, Artikel 5 Absatz 2 und Artikel 86 EWG-Vertrag verbieten einem Mitgliedstaat nicht, eine Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, durch die für eingeführte wie für im Inland hergestellte Waren ein von den Herstellern oder Importeuren festgesetzter Preis für den Verkauf an den Verbraucher für verbindlich erklärt wird, selbst wenn diese Vorschrift die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch eines oder mehrere Unternehmen begünstigen sollte, sondern sie richten sich gegen ein Unternehmen, das einen derartigen Mißbrauch begeht.

b) Eine nationale Vorschrift der unter a) bezeichneten Art ist jedenfalls dann nicht verboten, wenn sie in dem Sinne allgemeiner Natur ist, daß sie für jeden Hersteller und Importeur gilt, also auch für diejenigen, die keine beherrschende Stellung haben oder sie nicht mißbrauchen, und erst recht dann, wenn Ziel, Gegenstand und Wirkung der Vorschrift keineswegs in einer Begünstigung des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung bestehen."

Erklärungen zur zweiten Frage

Artikel 90 des Vertrages verbiete es den Mitgliedstaaten nicht, Unternehmen „besondere oder ausschließliche Rechte" zu gewähren. Dies ergebe sich aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73 *(Sacchi* — Slg. 1974, 409).

Ein „Recht", das allen konkurrierenden Unternehmen, im vorliegenden Fall allen konkurrierenden Herstellern und Importeuren, gewährt werde, könne offensichtlich kein besonderes oder ausschließliches Recht sein.

Jedoch komme im vorliegenden Fall der Hersteller oder Importeur keineswegs in den Genuß besonderer Rechte, sondern er habe im Gegenteil die *Pflicht,* auf den auf der Steuerbanderole angegebenen Betrag die Verbrauchsteuer und die Mehrwertsteuer zu entrichten, und diese Verpflichtung treffe keinen Hersteller oder Importeur anderer Erzeugnisse.

Die ATAB räumt ein, die Mitgliedstaaten könnten „hinsichtlich dieser Unternehmen" keine Maßnahmen treffen, die gegen die Artikel 7 und 85 bis einschließlich 94 verstießen, meint aber, eine Maßnahme wie Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer stehe keineswegs in Widerspruch zu diesen Artikeln, insbesondere

— nicht zu Artikel 7 des Vertrages, denn es liege keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor,
— und auch nicht, wie bereits gezeigt worden sei, zu Artikel 86.

Ein gesetzliches System fester Preise — nicht vorgeschriebener Preise —, in dem
— der Hersteller oder Importeur dem Einzelhändler nicht einen Preis vorschreibe, sondern der Staat den von

dem Hersteller oder Importeur festgesetzten Preis für jedermann verbindlich erkläre,
- der Hersteller oder Importeur nicht etwa in den Genuß besonderer Rechte komme, sondern vielmehr gezwungen sei, die Verbrauchsteuer und die Mehrwertsteuer im voraus zu entrichten,
- die Verbindlichkeit des auf der Steuerbanderole angegebenen Preises sich ausschließlich aus dem System der Steuererhebung ergebe,

falle nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 90.

Darüber hinaus habe Artikel 90 keine unmittelbare Wirkung; er begründe keine von den nationalen Gerichten zu beachtenden individuellen Rechte. Zur fehlenden unmittelbaren Wirkung von Artikel 90 Absatz 2 habe sich der Gerichtshof bereits ausdrücklich geäußert (Urteil vom 14. Juli 1971 in der Rechtssache 10/71, *Müller* — Slg. 1971, 730 f). Dieselbe Überlegung gelte auch für Artikel 90, Absatz 1.

Die ATAB ist deshalb der Ansicht, die zweite Frage könne wie folgt beantwortet werden:

„Artikel 90 EWG-Vertrag ist nicht dahin auszulegen, daß ‚Unternehmen, denen der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt' dann vorliegen, wenn der Staat den Herstellern und Importeuren bestimmter Erzeugnisse die allgemeine Verpflichtung zur Anmeldung geplanter Preiserhöhungen auferlegt, ihnen jedoch mittels einer Rechtsvorschrift steuerlicher Natur, die den nach Anmeldung erhöhten Preis dieser Erzeugnisse für verbindlich erklärt, mittelbar die Möglichkeit einräumt, den gebundenen Preis für den Verkauf an den Verbraucher selbst festzusetzen.

Die Beibehaltung dieser besonderen und ausschließlichen Rechte kann nicht gegen die Bestimmungen des EWG-Vertrags, insbesondere nicht gegen die Artikel 7 und 85 bis einschließlich 94, verstoßen.

Erklärungen zur dritten Frage

Die ATAB ist der Ansicht, für die Beantwortung der Fragen des Hof van Cassatie müßten
- einerseits, was das Gemeinschaftsrecht angehe, der Begriff der Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung
- und andererseits die Wirkung der durch Artikel 58 des belgischen Gesetzes über die Mehrwertsteuer ergriffenen Maßnahmen

geklärt werden.

Für die Bestimmung des Begriffs der Maßnahme mit gleicher Wirkung könne man auf die nunmehr feststehende Rechtsprechung des Gerichtshofes, beginnend mit dem Urteil in der Rechtssache *Dassonville* vom 11. Juli 1974 (Slg. 1974, 837, 852) bis zu den Urteilen in den Rechtssachen *Tasca* und *SADAM* vom 26. Februar 1976 (Slg. 1976, 291, 304 und 323, 340), zurückgreifen; daraus ergebe sich, daß unter „Maßnahmen mit gleicher Wirkung" jede Maßnahme zu verstehen sei, die die Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern geeignet sei.

Die Kommission habe ihre Bestimmung des Begriffs der „Maßnahme mit gleicher Wirkung" in ihrer Richtlinie 70/50/EWG vom 22. Dezember 1969 (ABl. L 13 vom 19. Januar 1970, S. 29) gegeben; dort habe sie erklärt, daß unterschiedslos auf inländische und eingeführte Waren anwendbare Maßnahmen im Gegensatz zu diskriminierenden Maßnahmen nur verboten seien, wenn ihre „einschränkenden Wirkungen auf den freien Warenverkehr ... den Rahmen der Eigenwirkungen [einer Handelsregelung] überschreiten".

Zwar sei der Gerichtshof dieser Unterscheidung nicht gefolgt, dies bedeute jedoch nicht, daß beide Arten von Maßnahmen vollständig gleichzustellen seien.

Tatsächlich habe der Gerichtshof in der Rechtssache 155/73 (Urteil vom 30. April

1974, *Sacchi* — Slg. 1974, 409) ausdrücklich auf die Richtlinie der Kommission Bezug genommen. Aus den Urteilen in den Rechtssachen *Tasca* und *SADAM*, wo es um Höchstpreise gegangen sei, ergebe sich, daß nicht jede behördliche Festsetzung eines Höchstpreises eine durch Artikel 30 verbotene Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung darstelle, sondern daß man in jedem Fall die konkrete Auswirkung der streitigen Maßnahme in der wirtschaftlichen Realität zu prüfen habe.

Die ATAB ist der Ansicht, den Begründungserwägungen der Richtlinie Nr. 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972 sei eindeutig zu entnehmen, daß sich die Einschränkungen des freien Verkehrs der Tabakerzeugnisse hauptsächlich aus den Verzerrungen zwischen den Steuersystemen der verschiedenen Mitgliedstaaten ergäben.

In dem System des Artikels 58 des belgischen Gesetzes über die Mehrwertsteuer stehe es jedem Hersteller frei, über den Preis zu entscheiden, zu dem sein Erzeugnis später an den Endverbraucher verkauft werden solle, so daß die gemeinschaftliche Rechtsprechung über die Zulässigkeit von nationalen Regelungen über Höchstpreise aus der Sicht des Artikels 30 im vorliegenden Fall sehr wohl anwendbar sei.

Anders als in der Rechtssache *Dassonville*, wo die Wettbewerber sich nicht in gleicher Lage befunden hätten, sei das Erfordernis der Anbringung der Steuerbanderole unter Berücksichtigung des von dem belgischen Staat eingeführten Systems etwas ganz Normales. Diese Formalität, die jedermann, der das Erzeugnis in den Verkehr bringe, obliege und die für die Erhebung der Steuern an der Quelle erforderlich sei, stehe in angemessenem Verhältnis zu dem von dem Staat verfolgten Ziel, denn Tabak sei im wesentlichen ein Fiskalerzeugnis.

Die ATAB schlägt deshalb vor, die dritte Frage wie folgt zu beantworten:

„Die Artikel 30, 31 und 32 EWG-Vertrag sind nicht dahin auszulegen, daß es eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung darstellt, wenn von dem Staat für inländische und für eingeführte Erzeugnisse unterschiedslos feste Preise vorgeschrieben werden, *es sei denn* die Praxis zeigt, daß dennoch eine Diskriminierung besteht. Dies scheidet im vorliegenden Fall aus, denn es ist ausdrücklich vorgesehen, daß die Hersteller und Importeure die Preise ihrer Waren frei festsetzen. Dies ist auch dann so, wenn der Staat den Herstellern und Importeuren gestattet, nach Anmeldung einer Preiserhöhung und bei Einhaltung einer bestimmten Wartefrist die Einzelhandelspreise frei festzusetzen, und die Einhaltung dieses Preises nach Veröffentlichung vorschreibt.

Jedenfalls obliegt es dem nationalen Gericht der Hauptsache, im vorliegenden Fall die Auswirkung einer derartigen nationalen Regelung zu überprüfen; gilt diese für alle Erzeugnisse gleicher Art unabhängig von ihrer Herkunft, dann ist sie nicht geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell, zu behindern.

Nicht anders ist es, wenn ein Mitgliedstaat den Herstellern und Importeuren gestattet, nach Anmeldung der Preiserhöhung und bei Einhaltung einer bestimmten Wartezeit die Preise einschließlich der Kleinverkaufspreise frei festzusetzen, sofern der Staat diese Preise veröffentlicht und ihrer Einhaltung gemäß der oben genannten Maßnahme vorschreibt."

Erklärungen zur vierten Frage

Die ATAB ist der Ansicht, daß die Richtlinie Nr. 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972 in ihrer Gesamtheit wohl keine unmittelbare Wirkung habe.

Unterstelle man jedoch sogar, daß die Richtlinie unmittelbar wirke, dann stehe die Freiheit zur Festsetzung der Höchstverkaufspreise der Anwendung einzel-

staatlicher Rechtsvorschriften über die Preisüberwachung oder die Einhaltung der vorgeschriebenen Preise gemäß Satz 2 von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie nicht entgegen. Zur Stützung dieser Ansicht bezieht sich die ATAB auf ein Schreiben vom 28. März 1973, das sie von Herrn Vogelaer, dem Generaldirektor für Finanzinstitute und Steuerfragen der Kommission erhalten habe.

Bei der Behandlung des Artikels 5 habe das Europäische Parlament eine Änderung vorgeschlagen, durch die der Begriff „Kleinverkaufshöchstpreis" durch „Kleinverkaufsfestpreis" ersetzt worden wäre. Der einzige Grund, weshalb man diesem Vorschlag nicht gefolgt sei, sei, daß das System der Festpreise in den drei neuen Mitgliedstaaten nicht gelte. Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 finde also seine Berechtigung darin, daß er jeden Streit über die Gültigkeit des Systems der Festpreise ausschließen solle. Dies besage eindeutig, daß einzelstaatliche Rechtsvorschriften, die gebundene Preise für Tabakerzeugnisse vorsähen, weiterhin in Kraft blieben und nicht gegen den EWG-Vertrag und erst recht nicht gegen die Richtlinie selbst verstießen.

Die ATAB schlägt folglich folgende Antwort auf die vierte Frage vor:

„a) Die Bestimmungen der Richtlinie Nr. 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972, insbesondere deren Artikel 5, haben keine unmittelbare Wirkung.

b) Artikel 5 dieser Richtlinie ist dahin auszulegen, daß es den Mitgliedstaaten nicht verboten ist, eine ausdrückliche Maßnahme zu erlassen oder beizubehalten, durch die für eingeführte oder im Inland hergestellte Tabakwaren ein auf der Steuerbanderole angegebener Preis für den Verkauf an den Verbraucher vorgeschrieben wird."

In einem ergänzenden Schriftsatz hat die ATAB weitere Ausführungen zu den von dem Hof van Cassatie vorgelegten Fragen vorgetragen. Sie beginnt ihre Erörterung mit der vierten Frage.

Zur vierten Frage

Die ATAB bemerkt, diese Frage beziehe sich zunächst und insbesondere darauf, ob die Richtlinie und insbesondere der Artikel 5 unmittelbar anwendbar sei. Sodann sei danach gefragt, ob nach diesem Artikel die Einführung oder die Beibehaltung von gesetzlich bestimmten Festpreisen für Tabakerzeugnisse verboten seien oder nicht.

Artikel 5

Die ATAB wendet sich sodann der Untersuchung von Artikel 5 zu und erklärt, die Vorschriften unter der Überschrift „Allgemeine Grundsätze", zu denen dieser Artikel gehöre, könnten unmittelbar anwendbar sein, sofern sie den vom Gerichtshof aufgestellten Erfordernissen der *Unbedingtheit, Klarheit und Eindeutigkeit* entsprächen.

Man müsse beachten, daß Artikel 5 drei Bestimmungen enthalte, die im Hinblick auf diese Voraussetzungen gemeinsam untersucht werden müßten:

1. Die Hersteller und Importeure bestimmten für ihre Erzeugnisse frei den Kleinverkaufshöchstpreis (Absatz 1 Satz 1).
2. Diese Vorschrift stehe jedoch der Anwendung einzelstaatlicher Rechtsvorschriften über die Preisüberwachung oder die Einhaltung der vorgeschriebenen Preise nicht entgegen (Absatz 1 Satz 2).
3. Die Mitgliedstaaten könnten die in Betracht kommende Zahl der möglichen Kleinverkaufspreise beschränken. Diese Beschränkung dürfe jedoch zu keiner Diskriminierung führen (Absatz 2).

Zwar entspreche Artikel 5 Absatz 2, der im übrigen für die Beantwortung der gestellten Frage von zweitrangigem Interesse sei, zweifelsfrei den vom Gerichtshof für die Anerkennung einer unmittelbaren Wirkung zugrunde gelegten Merkmalen, doch sei eine Äußerung zum ersten Ab-

satz dieses Artikels schwieriger. Der erste Satz dieses Absatzes sei für die Verwirklichung der ersten Stufe des Harmonisierungsprozesses unbedingt erforderlich, denn nach Artikel 4 Absatz 1 müsse die Steuer für Zigaretten in allen Mitgliedstaaten nach dem Kleinverkaufshöchstpreis berechnet werden. Wenn man andererseits bedenke, daß diese Steuer in allen Mitgliedstaaten bei dem Hersteller oder dem Importeur erhoben werde, dann verstehe man besser die wirkliche Bedeutung dieses ersten Satzes. Die Berechnung und die Erhebung der Steuer machten es notwendig, daß die Hersteller und die Importeure den Kleinverkaufspreis selbst bestimmten. Diese Notwendigkeit, die zwingend aus dem System folge, werde durch den ersten Satz von Artikel 5 Absatz 1 zur Regel erhoben.

Das Verständnis des ersten Satzes sei jedoch schwieriger, denn er spreche von einer „freien" Bildung des Preises durch den Hersteller und den Importeur, und dies stehe im Gegensatz zu dem darauf folgenden Satz, wonach diese Vorschrift der Anwendung einzelstaatlicher Rechtsvorschriften über die Preisüberwachung oder die Einhaltung der vorgeschriebenen Preise nicht entgegen stehe. Der zweite Satz sage deutlich, was der Hof van Cassatie wissen wolle: Die Regelung des ersten Satzes nehme den Mitgliedstaaten nicht das Recht, Rechtsvorschriften über die Preisüberwachung oder die Einhaltung der vorgeschriebenen Preise einzuführen oder beizubehalten.

Artikel 5 Absatz 1 begründe unmittelbar anwendbare Rechte, er habe jedoch keineswegs den ihm in der Vorlagefrage zugeschriebenen Sinn.

Die ATAB meint aber, man könne die Frage auch so verstehen, daß der zweite Satz von Artikel 5 Absatz 1 eine Beschränkung der in dem ersten Satz aufgestellten Regel enthalte. Die Begriffe „Preisüberwachung" und „vorgeschriebene Preise" erhielten dann gewissermaßen einen *gemeinschaftsrechtlichen* Inhalt. Die ATAB könne sich dieser Ansicht nicht anschließen. Wenn man jedoch diesen Begriffen eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung geben wolle, dann komme man notwendigerweise zu der Schlußfolgerung, daß die Mitgliedstaaten einen gewissen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der im nationalen Rahmen zu treffenden Durchführungsmaßnahmen behielten. Dieser Beurteilungsspielraum beschränke die unmittelbare Wirkung der Richtlinie auf die Prüfung der Einhaltung dieses Spielraums.

Wie man auch den Beurteilungsspielraum einschätze, den Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 den Mitgliedstaaten lasse, das in der Vorlagefrage in Betracht gezogene System der vorgeschriebenen Kleinverkaufspreise für Tabakerzeugnisse liege offensichtlich jenseits des Rahmens einer derartigen Prüfung, und zwar schon deshalb, weil dieses System die den Herstellern und Importeuren belassene Möglichkeit der freien Bestimmung ihrer Preise nicht beeinträchtige. Nur frei festgesetzte Preise könnten zu vorgeschriebenen Preisen werden. Ein auf diese Weise vorgeschriebener fester Preis sei von Grund auf mit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung des Begriffs des vorgeschriebenen Preises im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie vereinbar.

Alle Mitgliedstaaten, die die Richtlinie gegenwärtig anwendeten, hätten es für erforderlich gehalten, Vorschriften in diesem Sinne zu erlassen.

Unabhängig von der Bedeutung, die man Artikel 5 Absatz 1 zuerkenne, komme man immer zu dem Ergebnis, daß die Vorschrift bei beiden vorstehend untersuchten Auslegungen den Erfordernissen der Unbedingtheit, Klarheit und Eindeutigkeit genüge. Die Betroffenen könnten sich also den Mitgliedstaaten gegenüber vor den innerstaatlichen Gerichten auf sie berufen. Die unmittelbare Wirkung der Richtlinie insgesamt betrachtet könne jedoch bezweifelt werden. Im übrigen sei die Vorlagefrage zu verneinen.

Zur dritten Frage (Artikel 30, 31 und 32)

Artikel 30

Artikel 30 verbiete jede mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im zwischenstaatlichen Handel sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung.

Damit eine Maßnahme unter dieses Verbot falle, genüge es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes, daß sie die Einfuhren von einem Mitgliedstaat in einen anderen *unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell* zu behindern geeignet sei (Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74, *Dassonville*).

Da diese Voraussetzungen hinreichend, aber auch notwendig seien, sei die dritte Frage in ihren beiden ersten Absätzen zu bejahen.

Die ATAB legt sodann die wesentlichen Gründe dar, die den belgischen Gesetzgeber zur Beibehaltung des Systems vorgeschriebener Preise für Tabakerzeugnisse veranlaßt hätten.

Sie ist der Ansicht, nationale Rechtsvorschriften, die aus sozialen und politischen Gründen bis zu einem gewissen Punkt in die Wettbewerbssituation des Einzelhandels eingriffen, hätten nicht die gleichen Wirkungen wie eine Einfuhrbeschränkung im Sinne der Artikel 30, 31 und 32 des Vertrages und könnten auch nicht so wirken, sofern sie unterschiedslos auf inländische und eingeführte Erzeugnisse anwendbar seien.

Abschließend meint die ATAB, die Artikel 30, 31 und 32 seien dahin auszulegen, daß *feste* Preise, die der Staat unterschiedslos für inländische und für eingeführte Erzeugnisse vorschreibe, keine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung darstellten, es sei denn die Praxis zeige, daß sie dennoch auf die eine oder andere Weise diskriminierend wirkten. Dies sei im vorliegenden Fall ausgeschlossen, denn es sei ausdrücklich vorgesehen, daß die Hersteller und Importeure den Preis für ihre Erzeugnisse frei festsetzten. Dies gelte auch dann, wenn der Staat den Herstellern und Importeuren gestatte, nach Anmeldung einer Preiserhöhung und bei Einhaltung einer bestimmten Wartezeit den Einzelhandelspreis frei festzusetzen, und wenn er diesen Preis nach Veröffentlichung vorschreibe.

Zur zweiten Frage (Artikel 90)

Die ATAB ist der Ansicht, diese Frage könne nur *verneint* werden.

Artikel 90 Absatz 1 verbiete den Mitgliedstaaten, zugunsten der öffentlichen Unternehmen und der Unternehmen, denen sie ausschließliche oder besondere Rechte gewährten, Bestimmungen einzuführen oder beizubehalten, die im Widerspruch zum Vertrag stünden.

Unter Berufung auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache 155/73 *(Sacchi)* macht die ATAB geltend, Artikel 90 Absatz 1 gestatte den Mitgliedstaaten ein Verhalten, das einem Unternehmen mit beherrschender Stellung auf dem Markt verboten sei. Deshalb treffe Artikel 90 Absatz 1 eine Unterscheidung zwischen der Gewährung der Rechte durch den Staat und der Ausübung dieser Rechte durch die betroffenen Unternehmen.

Der Begriff der „Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren" müsse möglichst eng ausgelegt werden. Das Mindesterfordernis sei sicher, daß die Gewährung von Rechten notwendig sei. Dieses Erfordernis sei nicht erfüllt, wenn ein Mitgliedstaat Rechtsvorschriften benutze, um allgemein gewisse Unternehmen zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten. In diesem Fall würden die betroffenen Unternehmen vielleicht *bevorzugt behandelt*, gewiß würden ihnen aber nicht Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 gewährt.

Ein unmittelbarer und tiefgreifender Eingriff des Staates in die wirtschaftliche Tätigkeit sei durch Artikel 90 Absatz 1 nicht gedeckt. Diese Erwägung allein sollte für die Beantwortung der gestellten Frage ausreichen können.

Zur ersten Frage (Artikel 3 Buchstabe f, Artikel 5 Absatz 2 und Artikel 86)

Die ATAB meint, diese Frage laufe auf eine Prüfung der Tragweite von Artikel 3 Buchstabe f und Artikel 5 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 86 hinaus. Sie erwägt zunächst, ob diese Artikel den ihr in der Frage beigemessenen Inhalt hätten und ob sie in der innerstaatlichen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten unmittelbar wirkten.

Artikel 3 Buchstabe f solle eine Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes verhindern. Dieses Ziel werde in mehreren Bestimmungen, darunter in Artikel 86, näher ausgeführt. Artikel 3 Buchstabe f betrachte die Verwirklichung dieses Ziels als eine unabdingbare Pflicht der Gemeinschaft. Zwar regele er grundlegend die Tätigkeit der Gemeinschaft, jedoch könne für die Tätigkeit der Mitgliedstaaten daraus keine Rechtsfolge abgeleitet werden, wie dies in der Vorlagefrage geschehe.

Es frage sich, ob sich die gewünschten Folgerungen nicht aus Artikel 5 Absatz 2 ergäben. Unter Berufung auf die von Generalanwalt Reischl in der Rechtssache 155/73 *(Sacchi)* zusammengestellte Rechtsprechung des Gerichtshofes erklärt die ATAB zu Artikel 5 sei klarzustellen, daß dieser wegen seiner allgemeinen Formulierung für die einzelnen nicht unmittelbar subjektive Rechte begründe.

Die ATAB ist der Ansicht, die Auslegung, die dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts in der Vorlagefrage gegeben werde, gehe zu weit. Weder die Gesetzgebungszuständigkeit der Mitgliedstaaten noch die konkrete Anwendung der Rechtsnormen der Mitgliedstaaten durch diese hänge davon ab, ob ein oder mehrere Unternehmen auf dem Markt eine beherrschende Stellung innehätten oder mißbrauchten.

Die ATAB hebt hervor, die Vorlagefrage könne nicht sinnvoll behandelt werden, wenn man nicht von vornherein den Verstoß gegen Artikel 86 als gegeben unterstelle. Dies gelte für die beherrschende Stellung und für ihre mißbräuchliche Ausnutzung, aber auch für die Beschränkungen des innerstaatlichen Handels. Es sei nicht Aufgabe des Gerichtshofes, in einem Vorabentscheidungsverfahren zu prüfen, ob diese Voraussetzung zutreffe.

Folglich sei die Frage zu verneinen.

Erklärungen der Kommission

1. Vorbemerkungen

Die Kommission stellt zunächst die wesentlichen Merkmale des Tabaksektors nicht nur bezüglich des Vertriebs, sondern auch bezüglich der Herstellungsstufe heraus und erläutert den Ablauf der Erhebung der belgischen Verbrauchersteuer auf Tabakerzeugnisse; sodann untersucht sie die Rechtsnatur von Artikel 58 des belgischen Gesetzes über die Mehrwertsteuer. Sie ist der Ansicht, diese Bestimmung sei nur äußerlich eine preisrechtliche Maßnahme. Da sie nämlich den Wettbewerb bei Tabakerzeugnissen auf der Einzelhandelsstufe wirksam ausschließe, gehöre sie zur Gruppe der gelegentlich als Zwangskartelle bezeichneten Eingriffe der öffentlichen Hand in den Wettbewerb.

Die Kommission schließt ihre Vorbemerkungen mit einer kurzen Darstellung der sozialen Seite des Tabakeinzelhandels in Belgien.

Die Kommission befaßt sich sodann mit der Untersuchung der Vorlagefragen und trägt vor:

2. Auslegung von Artikel 3 Buchstabe f, Artikel 5 Absatz 2 und Artikel 86 des Vertrages

Die erste Frage beziehe sich auf das, was der Hof van Cassatie die „Begünstigung"

der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt nenne. Die Kommission bezweifle ernsthaft, daß ein System vorgeschriebener Preise, das sich, wie im vorliegenden Fall, aus dem Gesetz ergebe, die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung begünstige. Sicher schreibe die nationale Maßnahme ein bestimmtes *System* der Preisbildung vor, aber dies schaffe keine Abhängigkeit, der eine beherrschende Stellung entspreche.

Dagegen sei es richtig, daß das belgische Steuersystem so ausgestaltet sei, daß die Anbringung der Steuerbanderole praktisch nur durch den Hersteller erfolgen könne. In diesem besonderen Punkt gebe es allerdings eine beherrschende Stellung des Herstellers im Verhältnis zu den Importeuren und möglicherweise zu anderen Beteiligten auf der Handelsstufe. Ein Marktteilnehmer, der sich rechtlich oder tatsächlich im Verhältnis zu seinen Abnehmern in einer Situation technischer Ausschließlichkeit befinde, nutze diese mißbräuchlich aus, sobald er es, insbesondere durch eine Liefersperre, unternehme, das Verhalten seiner Abnehmer auf dem Markt zu beeinflussen. Zur Stützung ihrer Ansicht verweist die Kommission auf das Urteil des Gerichtshofes vom 13. November 1975 in der Rechtssache *General Motors/Kommission* (Rechtssache 26/75 — Slg. 1975, 1378 ff.).

Zur Frage, ob nationale Maßnahmen, die eine in mißbräuchlicher Weise ausnutzbare technische Ausschließlichkeit schüfen, mit Artikel 3 Buchstabe f, Artikel 5 Absatz 2 und Artikel 86 des Vertrages vereinbar seien, ist die Kommission der Ansicht, wenn derartige Ausschließlichkeiten nicht bereits als solche mit den Artikeln 30 bis 37 unvereinbar seien, könnten sie auf ihre Vereinbarkeit mit Artikel 5 Absatz 2 untersucht werden; die Einhaltung der dort begründeten Verpflichtung bedeute, daß die Mitgliedstaaten schon bei der Schaffung von Ausschließlichkeiten sinnvolle Schutzmaßnahmen gegen vorhersehbare mißbräuchliche Ausnutzung der mit jeder Ausschließlichkeit verbundenen beherrschenden Stellung ergreifen müßten. Mit Bezug auf den Schluß der Frage 1 b) sei es jedenfalls ausgeschlossen, mögliche Mißbräuche damit zu rechtfertigen, daß eine beherrschende Stellung auf einer staatlichen Maßnahme beruhe.

3. Auslegung von Artikel 90

Die besonderen oder ausschließlichen Rechte, von denen in Artikel 90 Absatz 1 die Rede sei, betreffen nach Ansicht der Kommission die Herstellung und den Absatz von Waren (und entsprechend auch von Dienstleistungen) durch den Berechtigten selbst, mit anderen Worten also den Zugang zum Markt. In diesem Sinne habe der Gerichtshof in Randnummer 14 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache 155/73 *(Sacchi* — Slg. 1974, 409) den Artikel 90 verstanden.

Die belgische Maßnahme wirke sich in keiner Weise so aus, wie dies in diesem Absatz der Entscheidungsgründe beschrieben werde. Der Zugang zum Markt für Tabakerzeugnisse bleibe auf allen Stufen frei. Die einzige besondere Rolle der Hersteller und Importeure sei, daß ihre Entscheidung über die Berechnungsgrundlage der Verbrauchsteuern zugleich das Preisniveau liefere, für das der Gesetzgeber dem Einzelhändler seine Handlungsfreiheit nehme. Es handele sich nicht nur nicht um ein „Recht" im Sinne von Artikel 90 Absatz 1, sondern dieses vermeintliche Recht sei auch weder „ausschließlich" noch „besonders". Die Maßnahme liege jenseits der „ratio legis" von Artikel 90.

4. Auslegung von Artikel 30

Die Kommission ist der Ansicht, die Prüfung der Vereinbarkeit eines gesetzlich begründeten Systems vertikaler Preisbindung mit Artikel 30 werde durch die Besonderheit bestimmt, daß eine derartige Maßnahme ihrer Natur nach den Wettbewerb beeinflusse. In diesem Bereich

stünden sowohl der Kommission als auch den Mitgliedstaaten Handlungszuständigkeiten zu, die durch das Merkmal der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, wie es in Artikel 85 des Vertrages niedergelegt sei, gegeneinander abgegrenzt seien. Kartelle, die diesen Handel berühren könnten, fielen in den Zuständigkeitsbereich der Kommission; Kartelle, die sich nicht so auswirken könnten, gehörten in den nationalen Zuständigkeitsbereich, was insbesondere bei Kartellen zwischen Unternehmen eines einzigen Mitgliedstaates der Fall sein könne.

Es obliege also den zuständigen nationalen Stellen, auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder Praktiken, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht einmal potentiell beeinträchtigten, gegebenenfalls einzelstaatliche Vorschriften anzuwenden. Im Bereich der nationalen Wettbewerbspolitik obliege die Entscheidung darüber, ob dem Staat das Instrument der sich aus dem Gesetz ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen, also der öffentlich-rechtlichen Zwangskartelle, zur Verfügung stehen solle oder nicht, dem nationalen Gesetzgeber. Allerdings müßten die Mitgliedstaaten dabei die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen sich und der Kommission beachten.

Im Lichte dieser Erwägungen untersucht die Kommission die Frage, ob ein vertraglich begründetes System der vertikalen Preisbindung, das sich nur auf einen Mitgliedstaat bezieht, den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann.

Die Kommission ist der Ansicht, im Gegensatz zu *individuellen* Vereinbarungen über vorgeschriebene Preise zwischen einem Hersteller und einer gewissen Anzahl von Händlern aus ein und demselben Mitgliedstaat fielen *kollektive* Vereinbarung über die Preisbindung, an denen sich zugleich die Hersteller, die Importeure und die Händler aus ein und demselben Mitgliedstaat beteiligten, im allgemeinen unter Artikel 85 Absatz 1. Das Hinzutreten der Importeure beeinträchtige unvermeidlicherweise den Handel zwischen Mitgliedstaaten, zumal dann, wenn an der Vereinbarung die Hauptimporteure mitwirkten.

Diesem Standpunkt entsprechend habe die Kommission im Anschluß an die Vereinbarungen über vertikale Preisbindung, die zuvor zwischen der FEDETAB und dem belgischen Verband der Tabakgroßhändler abgeschlossen worden seien, den Betroffenen ihre Beschwerdepunkte mitgeteilt. Dieses Verfahren laufe noch.

Betrachte man ein auf dem Gesetz beruhendes kollektives System der vertikalen Preisbindung, das seiner Natur nach nicht nur *alle* Hersteller, sondern auch *alle* Importeure umfasse, aus dieser Sicht, dann dränge sich die Schlußfolgerung auf, daß ein derartiges System den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sei und deshalb in die Zuständigkeit der Kommission falle.

Es komme hinzu, so meint die Kommission, daß aus den von ihr dargelegten und auf dem Steuersystem bei den Verbrauchsteuern beruhenden technischen Gründen der Tabaksektor kaum die Möglichkeit biete, die Auswirkung dieses Systems für den innerstaatlichen Handel gegebenenfalls durch Parallelimporte abzuschwächen.

Die Kommission ist folglich der Ansicht, ein auf dem Gesetz beruhendes kollektives Preisbindungssystem habe, zumal wenn es mit einem Steuersystem wie dem im allgemeinen für Tabakerzeugnisse geltenden verbunden sei, einen spürbaren, der Verwirklichung der Zielsetzungen eines einzigen zwischenstaatlichen Marktes möglicherweise schädlichen Einfluß auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten und behindere deshalb zugleich diesen Handel.

Ein solches System schaffe eine Situation, in der der Marktanteil importierter Waren ausschließlich von der Verkaufspolitik der Importeure abhänge. Die in dem

Einfuhrland tätigen Händler könnten diesen Marktanteil in keiner Weise beeinflussen. Dies sei eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels.

Zusammenfassend ist die Kommission der Ansicht, ein auf dem Gesetz beruhendes Preisbindungssystem behindere den freien Verkehr eingeführter Waren im Sinne der vom Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache *Dassonville* (8/74, Slg. 1974, 837) gegebenen Definition der Maßnahme gleicher Wirkung; dies gelte insbesondere in einem Bereich, in dem wegen steuerlicher Vorschriften der Parallelimport schwieriger sei als der reguläre Import.

Die Kommission brauche an dieser Stelle nicht anzugeben, wie man diese Wirkung vermeiden könnte. Sie deutet jedoch einige mögliche Lösungen an.

Die Kommission meint, man könne auf Gesetz beruhende kollektive Preisbindungssysteme auch anhand solcher Überlegungen auf ihre Vereinbarkeit mit Artikel 30 prüfen, wie sie die Kommission gewöhnlich bei der Prüfung möglicher Maßnahmen gleicher Wirkung anstelle, nämlich anhand der in der Richtlinie vom 22. Dezember 1969 (ABl. 1970 L 13, S. 29) aufgestellten Grundsätze, ergänzt durch Gesichtspunkte aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere dem Dassonville-Urteil. Von diesem Ansatz aus gelange man zum selben Ergebnis.

Die auf dem Gesetz beruhende kollektive Preisbindung überlasse es *dem Importeur,* seine eigene Preispolitik zu betreiben. Es liege also keine unmittelbare Behinderung des Imports vor.

Jedoch müsse man eine mittelbare Behinderung für wahrscheinlich erachten, da es unmöglich sei, zu einem niedrigeren Preis zu verkaufen. Wenn ein solches Verbot auch für eingeführte Erzeugnisse gelte, dann sei es praktisch unmöglich, Rückwirkungen für die Handelsströme innerhalb der Gemeinschaft zu vermeiden.

Die konkreten Gegebenheiten, in deren Rahmen eine auf dem Gesetz beruhende kollektive Preisbindung gestellt sei, spielten eine wesentliche Rolle. Die Wahrscheinlichkeit einer Behinderung des Handels zwischen Mitgliedstaaten werde spürbar größer, wenn die eingeführten Erzeugnisse auf den anderen Märkten der Gemeinschaft nicht frei verfügbar seien, so daß es keine normale Beschaffungsmöglichkeit für Parallelimporte gebe. Dies sei, wie bereits erwähnt, im Tabaksektor aufgrund des für Tabakerzeugnisse in allen Mitgliedstaaten geltenden Steuersystem der Fall.

Die Kommission gibt eine kurze Darstellung der technischen und praktischen Hindernisse für Parallelimporte und folgert, daß das Steuersystem für Tabakerzeugnisse, die Möglichkeit derartiger Importe, die es bei anderen Erzeugnissen im allgemeinen gebe, erheblich verringere. Daraus ergebe sich, so meint die Kommission, daß die für wahrscheinlich erachtete Behinderung des Handels zwischen Mitgliedstaaten zur Gewißheit werde, selbst wenn es schwierig bleibe, ihre Größenordnung zu schätzen.

Diese Vorwürfe gegen die auf dem Gesetz beruhende Preisbindung würden bestätigt und verstärkt, wenn man sich frage, ob das gesetzte Ziel nicht mit einer weniger einschränkenden Maßnahme erreicht werden könne. Die Kommission ist der Ansicht, diese Frage sei zu bejahen, jedenfalls sofern es das gesetzte Ziel bleibe, den traditionellen Einzelhandel gegen die aggressiven Verkaufstechniken von Großbetrieben zu schützen, und sie zeigt einige weniger einschränkende Lösungsmöglichkeiten auf.

Am Schluß der dritten Frage ziehe der Hof van Cassatie den Fall in Betracht, daß die Hersteller und die Importeure weiterhin über das Niveau der Einzelhandelspreise bestimmten, aber die Verbindlichkeit dieser Preise auf andere Weise als durch Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer, nämlich durch eine Veröffentlichung dieser Preise, ergänzt

durch die Verpflichtung zu ihrer Beachtung, erreicht würde. Diese Fallgestaltung ändere aber nur die Form der belgischen Maßnahme, nicht ihren Inhalt, so daß sich an dem Ergebnis der Prüfung der Vereinbarkeit mit Artikel 30 nichts ändern könne.

Als Ergebnis ihrer Erklärungen zur Auslegung von Artikel 30 legt die Kommission Wert auf den Hinweis, daß bei einer einschränkenderen Auslegung dieser Vorschrift Artikel 5 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 85 des Vertrages Bedeutung erlangen könne. Man könne sich fragen, ob ein Eingriff der Mitgliedstaaten in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft, der den Handel zwischen Mitgliedstaaten potentiell berühre, ohne daß es jedoch möglich sei, eine potentielle Behinderung dieses Handels nachzuweisen, unter das in Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages ausgesprochene Verbot falle.

Gestützt auf das *Galli*-Urteil Rechtssache 31/74 – Slg. 1975, S. 65, Randnummer 30 der Entscheidungsgründe) und auf das *Kramer*-Urteil (verbundene Rechtssachen 3, 4 und 6/76 – Sgl. 1976, 1314, Randnummer 51 der Entscheidungsgründe) ist die Kommission geneigt, diese Frage zu bejahen.

Die Kommission ist der Ansicht, nicht einmal Wettbewerbsbeschränkungen, die gemäß Artikel 85 Absatz 3 freistellbar seien, soweit die Unternehmen ihnen freiwillig zugestimmt hätten, könnten von den Mitgliedstaaten zwingend vorgeschrieben werden. Bei gesetzlich vorgeschriebenen Wettbewerbsbeschränkungen werde nicht nur die für das freiwillige Zustandekommen einer Vereinbarung notwendige Willensübereinstimmung der Betroffenen durch einen hoheitlichen Eingriff ersetzt, sondern es komme auch ein Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses neben den normalerweise Kartellen zugrunde liegenden Privatinteressen zum Tragen. Die Anwendung von Artikel 85 werde formal unmöglich gemacht, während materiell das Problem verschärft werde, beides Gesichtspunkte, die jeder für sich bereits genügten, die Verwirklichung der Ziele des Vertrages im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 zu gefährden.

Dieselbe Überlegung könne auch hier eingreifen, wo der Ursprung der potentiellen Behinderung des Handels zwischen Mitgliedstaaten nicht eindeutig sei, weil sie sich einerseits aus Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer und andererseits aus der für den Tabaksektor geltenden steuerlichen Regelung insgesamt ergebe.

Wenn derartige Umstände der Anwendung von Artikel 30 entgegenstünden, dann bleibe es doch dabei, daß die nationale Maßnahme eine Lage schaffe, für die bei vertraglicher Grundlage eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 nicht in Betracht käme. Das Verbot von Artikel 5 Absatz 2 gelte erst recht für einen Eingriff dieser Art. Die Anwendung dieser Bestimmung führe folglich zu denselben Ergebnissen wie die Überprüfung der Vereinbarkeit mit Artikel 30 des Vertrages, mit dem einzigen Unterschied, daß man sich nicht auf die unmittelbare Wirkung der Vertragsbestimmungen berufen könne.

5. Auslegung der Richtlinie Nr. 72/464/EWG des Rates

Die Kommission beschränkt sich in ihren Ausführungen auf Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie.

Diese Bestimmung könne nicht losgelöst von Artikel 4 der Richtlinie gesehen werden, der vorsehe, daß „der Kleinverkaufshöchstpreis" als Grundlage für die Berechnung der Verbrauchsteuer dienen solle. Sinngemäß stelle Artikel 5 Absatz 1 zwei Dinge klar: Erstens könnten diejenigen, die Tabakerzeugnisse auf den Markt brächten, den in Artikel 4 erwähnten Kleinverkaufshöchstpreis frei bestimmen; zweitens bleibe diese Freiheit der in den Mitgliedstaaten ausgeübten allgemeinen Preisüberwachung unterworfen.

Mit dem Erlaß des Artikels 5 Absatz 1 sei ein klares, aus der Begründung der Richtlinie erkennbares Ziel verfolgt worden. Die letzte Begründungserwägung laute: „Die Erfordernisse des freien Wettbewerbs bedingen eine freie Preisbildung für alle Gruppen von Tabakwaren."

Artikel 5 Absatz 1 sei Ausdruck dieses Willens. Die Erhebung von Verbrauchsteuern setze eine gewisse Reglementierung voraus. Jedoch sollte diese nicht benutzt werden, um mittelbar den Wettbewerb zu beschränken. Mit diesem Vorbehalt blieben einzelstaatliche Zuständigkeiten im Bereich der Preise unberührt.

So betrachtet schreibe Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie den Mitgliedstaaten *keine* „bestimmte Verhaltensrichtlinie" im Sinne des Urteils des Gerichtshofes vom 2. Februar 1977 in der Rechtssache 51/76 *(Verbond van nederlandse ondernemingen/Inspecteur der invoerrechten en accijnzen* — Slg. 1977, 113) vor, so daß man daraus folgern könne, daß diese Bestimmung nicht unmittelbar anwendbar sei.

Die Kommission faßt ihre Erklärungen wie folgt zusammen:

„1. Das in Artikel 30 des Vertrages aufgestellte Verbot aller Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung ist so zu verstehen, daß es auf eine nationale Regelung anwendbar ist, die auf dem nationalen Markt den Wettbewerb beschränkt und den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einem Sinne beeinflußt, der der Verwirklichung eines einheitlichen Marktes schädlich sein kann.
2. Eine nationale Regelung, die rechtlich oder tatsächlich bestimmten Marktteilnehmern im Verhältnis zu anderen Marktteilnehmern eine beherrschende Stellung einräumt, ist mit Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages unvereinbar, wenn sie nicht mit sinnvollen Vorkehrungen gegen vorhersehbare Folgen der mißbräuchlichen Ausnutzung dieser Stellung einhergeht.
3. Eine nationale Maßnahme, nach der bestimmte Marktteilnehmer das Verhalten anderer Teilnehmer auf dem Markt Dritten gegenüber mittelbar beeinflussen können, macht diese Unternehmen nicht zu Unternehmen im Sinne von Artikel 90 des Vertrages.
4. Artikel 5 der Richtlinie 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972 hat keine unmittelbare Wirkung und gewährt den einzelnen keine Rechte, welche die nationalen Gerichte zu beachten haben."

Erklärung des Rates

Der Rat beschränkt sich in seinen Erklärungen auf die vierte Frage, die sich auf die Richtlinie Nr. 72/464/EWG und insbesondere auf die Bedeutung von Artikel 5 Absatz 1 bezieht. Der Rat ist der Ansicht, Artikel 5 Absatz 1 begründe eine mit Vorbehalten versehene Verpflichtung, die deshalb keine unmittelbare Wirkung habe. Der Rat stellt sodann die Entstehung des Wortlauts der Richtlinie dar und erklärt, diese sei so auszulegen, daß sie der Einführung einer gesetzlichen Maßnahme über feste, von den Einzelhändlern einzuhaltende Preise durch die Mitgliedstaaten nicht entgegenstehe.

Erklärungen der belgischen Regierung

Die belgische Regierung geht von der Feststellung aus, daß Tabakerzeugnisse und insbesondere Zigaretten nichts mit anderen im Handel befindlichen Waren gemein hätten. Sie seien die einzigen einem Verbrauchsteuersystem unterliegenden Erzeugnisse, bei denen eine wertabhängige Verbrauchsteuer erhoben werde, die nach dem Einzelhandelsverkaufspreis „einschließlich Mehrwertsteuer" berechnet werde. Es sei deshalb verboten, Tabak zu einem Preis *über* dem auf der Steuerbanderole angegebenen Einzelhandelspreis an den Verbraucher zu verkaufen, da die Verbrauchsteuer und die Mehrwertsteuer auf der Grundlage dieses Preises berechnet würden. Nichts hindere, sofern alle steuer-

rechtlichen Erfordernisse beachtet würden, einen Hersteller oder Importeur daran, den Verkaufspreis „erga omnes" zu ermäßigen, indem er eine Steuerbanderole mit dem herabgesetzten Preis anbringe.

Zu den Vorlagefragen meint die belgische Regierung, es verstoße nicht gegen Artikel 3 Buchstabe f, Artikel 5 Absatz 2 und Artikel 86 des Vertrages, wenn ein Mitgliedstaat für den Verkauf eines eingeführten oder im Inland hergestellten Erzeugnisses an den Verbraucher einen von den Herstellern oder von den Importeuren festgesetzten Preis vorschreibe. Eine solche Maßnahme stehe jedoch der Anwendung von Artikel 86 des Vertrages auf die Unternehmen nicht entgegen.

Die belgische Regierung macht geltend, Artikel 58 des Gesetzes über die Mehrwertsteuer gewähre in Wahrheit nicht Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 des Vertrages, sondern er begründe Pflichten. Insbesondere aus diesem Grund — und dies sei bereits ausreichend — könne man Artikel 90 Absatz 1 auf die nationale Maßnahme nicht für anwendbar erklären.

Die Artikel 30, 31 und 32 seien dahin auszulegen, daß es nicht gegen diese Vertragsbestimmungen verstoße, wenn eine Regelung für den Verkauf an den Verbraucher feste Preise vorschreibe, die auf Steuerbanderolen angegeben und von den inländischen Herstellern oder den Importeuren von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten frei bestimmt würden. Eine solche Regelung wirke sich in keiner Weise ungünstig auf die Verkaufsmöglichkeiten für importierte Erzeugnisse aus und könne deshalb den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinflussen.

Um die Vereinbarkeit der fraglichen Regelung mit den Artikeln 30, 31 und 32 des Vertrages zu beurteilen, genüge es, wenn man vom Zweck der nationalen Maßnahme und ihren Auswirkungen auf das Vorhandensein einer Behinderung der Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten schließen könne, ohne daß die tatsächliche Behinderung der Einfuhr nachgewiesen werden müßte.

Ebenso sei es, wenn der Mitgliedstaat den Herstellern oder Importeuren erlaube, nach Anmeldung einer Preiserhöhung und nach Einhaltung einer bestimmten Wartezeit die Preise einschließlich der Einzelhandelspreise frei festzusetzen, diese Preise aber veröffentliche und ihre Einhaltung aufgrund der vorerwähnten Regelung vorschreibe.

Abschließend schlägt die belgische Regierung vor, die Richtlinie Nr. 72/464/EWG entsprechend dem Vorschlag des Rates auszulegen.

Erklärungen der niederländischen Regierung

Die niederländische Regierung erklärt, im niederländischen Recht finde sich eine ähnliche Bestimmung wie im einschlägigen belgischen Recht. Die niederländische Regierung ist der Ansicht, maßgeblich seien weniger rechtliche als soziale und wirtschaftliche Erwägungen. Der Tabakeinzelhandel bestehe zum Teil aus einer Vielzahl kleiner Fachhändler, die in ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten seien. Die Gewinnspanne für Tabakerzeugnisse liege unter der Gewinnspanne im Einzelhandel vertriebener anderer Artikel, da bei Tabakerzeugnissen der Steueranteil der Preise erheblich sei. Die Abschaffung des Verbots könnte nur für die großen Verbrauchermärkte von Vorteil sein.

Erklärungen der luxemburgischen Regierung

Die Regierung von Luxemburg — wo es gleichartige Rechtsvorschriften gibt — trägt im wesentlichen ähnliche Erwägungen sozialer und wirtschaftlicher Art vor.

Erklärungen der italienischen Regierung

Die italienische Regierung weist darauf hin, daß der Preis für den Verkauf an den Verbraucher in Italien aus steuerlichen

Gründen von Staats wegen durch Gesetz festgesetzt werde und daß Artikel 86 sich nicht an die Mitgliedstaaten bei Ausübung ihrer gesetzgebenden Tätigkeit richte. Im italienischen System hätten die Hersteller oder Erzeuger keinerlei Möglichkeit zur Festsetzung des Verbraucherpreises. Ein derartiges System behindere den innergemeinschaftlichen Handel nicht. Außerdem werde in der Richtlinie die steuerliche Notwendigkeit der Beibehaltung eines Systems vorgeschriebener Preise anerkannt.

III — Mündliche Verhandlung.

In der Sitzung vom 16. Juni 1977 haben die Aktiengesellschaft GB-INNO-BM, vertreten durch Rechtsanwälte Van Bunnen, Waelbroek und Dassesse aus Brüssel, die ATAB, vertreten durch Rechtsanwälte Bayard, Goffin, Braun und Thys aus Brüssel und durch Rechtsanwalt Kemmler aus Frankfurt am Main, der Rat der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch seine Bevollmächtigten Fornasier und Brautigam, die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch ihren Bevollmächtigten van der Esch, die luxemburgische Regierung, vertreten durch ihre Bevollmächtigten Emringer und Rechtsanwalt Arendt aus Luxemburg, und die italienische Regierung, vertreten durch ihre Bevollmächtigten Maresca und Braguglia, mündliche Ausführungen gemacht.

Während der mündlichen Verhandlung hat die *ATAB* unter anderem geltend gemacht, Artikel 58 des belgischen Gesetzes über die Mehrwertsteuer falle nicht unter die Artikel 30 ff des Vertrages. Die Bestimmung sei nämlich steuerlicher Natur und könne nicht aus dem belgischen Steuersystem herausgelöst werden. Artikel 99 des Vertrages regle das Schicksal nationaler Vorschriften über die Umsatzsteuer und andere indirekte Steuern. Daraus folge logischerweise, daß diese Steuervorschriften bis zu ihrer Harmonisierung in vollem Umfang gültig blieben.

Die *Kommission* ist dem entgegengetreten; sie hat unter anderem erklärt, folgte man dieser Ansicht, so käme man zu dem unannehmbaren Ergebnis, daß es die steuerlichen Gründe einer derartigen Vorschrift gestatteten, die Regelung des Vertrages über den Wettbewerb auszuschalten, sofern ein Mitgliedstaat sein Steueraufkommen sicherstellen wolle und zugleich meine, die Rentabilität der Unternehmen schützen und den Wettbewerb zu diesem Zweck unterdrücken zu müssen. Dies sei eine Verletzung von Artikel 30 mit schwerwiegenden Auswirkungen für den innergemeinschaftlichen Handel.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 21. September 1977 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

1 Mit Urteil vom 7. Januar 1977, beim Gerichtshof eingegangen am 26. Januar 1977, hat der belgische Hof van Cassatie gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag vier Fragen zur Auslegung von Artikel 3 Buchstabe f, Artikel 5 Absatz 2, Artikel 30, 31, 32, 86 und 90 EWG-Vertrag sowie der Richtlinie Nr. 72/464/EWG des Rates über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. L 303, S. 1) vorgelegt.

2/3 Diese Fragen sind in einem Rechtsstreit zwischen einer belgischen Aktiengesellschaft, der „GB—INNO—BM", die in Belgien mehrere Verbrauchermärkte betreibt, und dem Verband der Tabakwarenkleinhändler in Belgien („Vereniging van de kleinhandelaars in tabak", nachstehend ATAB genannt), einem Verein ohne Gewinnzweck, aufgeworfen worden. Aus der Akte ergibt sich, daß der Vorsitzende der Rechtbank van Koophandel die Gesellschaft, deren Rechtsnachfolgerin die GB-INNO-BM ist, mit Entscheidung vom 24. April 1972 aufgrund einer von der ATAB erhobenen Klage verurteilte, den Verkauf oder das Feilhalten von Zigaretten zu einem Preis unter dem auf der Steuerbanderole angegebenen Preis zu unterlassen, weil diese Praxis einen unlauteren Wettbewerb und eine Verletzung von Artikel 58 des belgischen Gesetzes vom 3. Juli 1969 (Gesetz über die Mehrwertsteuer) darstelle. Dieser Artikel lautet:

„Für eingeführte oder im Inland hergestellte Tabakerzeugnisse wird die Mehrwertsteuer jeweils erhoben, wenn hierfür nach den einschlägigen Rechtsvorschriften die Verbrauchsteuer, zu entrichten ist. Sie wird berechnet nach dem auf der Steuerbanderole angegebenen Preis, welcher der gebundene Preis für den Verkauf an den Verbraucher sein muß, oder falls kein Preis angegeben ist, nach der Grundlage für die Verbrauchsteuererhebung."

4 Die von der GB-INNO-BM gegen diese Entscheidung eingelegte Berufung wurde vom Hof van Beroep Brüssel durch Urteil vom 24. Dezember 1974 zurückgewiesen; hiergegen legte die Gesellschaft Kassationsbeschwerde ein.

Die innerstaatliche Rechtslage

5/6 Tabakerzeugnisse unterliegen in Belgien der Verbrauchsteuer nach einem System, das durch die Erhebung einer wertabhängigen Steuer gekennzeichnet ist, die auf der Grundlage des Einzelhandelsverkaufspreises „einschließlich Mehrwertsteuer" berechnet wird. Der Hersteller oder Importeur hat die Summe beider Steuerbeträge beim Erwerb der Steuerbanderolen zu entrichten, die auf den verschiedenen hergestellten oder eingeführten Tabakerzeugnissen anzubringen sind und den Einzelhandelsverkaufspreis angeben.

7/9 Es ist verboten, Tabakerzeugnisse zu einem Preis über dem auf der Steuerbanderole angegebenen Einzelhandelsverkaufspreis an den Verbraucher zu verkaufen. Für den Bereich der Verbrauchsteuer ist dieses Verbot in Artikel 12 der Verordnung in der Anlage der ministeriellen Verordnung vom 22. Januar 1948 über die Erhebung der Verbrauchsteuern auf Tabakerzeugnisse ausdrücklich vorgesehen. Für den Bereich der Mehrwertsteuer folgt das Verbot daraus, daß Artikel 58 Absatz 1 des erwähnten Gesetzes vom 3. Juli 1969 auf die Grundsätze über die Erhebung der Verbrauchsteuer verweist.

10/11 Es ist ebenfalls verboten, Tabakerzeugnisse unter dem auf der Steuerbanderole angegebenen Preis an den Verbraucher zu verkaufen. Zwar galt dieses Verbot während des entscheidungserheblichen Zeitraums nicht für den Bereich der Verbrauchsteuer, wohl aber nach dem bereits zitierten Artikel 58 Absatz 1 des Gesetzes vom 3. Juli 1969 für den Bereich der Mehrwertsteuer.

12 Die vom Hof van Cassatie vorgelegten Fragen sollen diesem Gericht die Beurteilung ermöglichen, ob die Bestimmung des Artikels 58 Absatz 1 des belgischen Gesetzes vom 3. Juli 1969 insoweit mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, als sie für den Verkauf an den Verbraucher einen vom Hersteller oder vom Importeur festgesetzten Verkaufspreis vorschreibt.

Allgemeine Bemerkungen

13/14 In allen Mitgliedstaaten ist die Besteuerung von Tabakerzeugnissen eine wichtige staatliche Einnahmequelle; die zuständigen Stellen müssen deshalb über wirksame Mittel verfügen, um diese Einkünfte zu sichern. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts ist es Sache jedes Mitgliedstaats, seine eigene Methode der steuerlichen Kontrolle der in seinem Gebiet zum Verkauf gebrachten Tabakerzeugnisse zu bestimmen.

15/16 Zur Zeit sind die Einfuhr und die Ausfuhr von Tabakerzeugnissen wegen der Notwendigkeit, den Anforderungen der — strengen und oft umständlichen, noch dazu von einem Mitgliedstaat zum anderen unterschiedlichen — Kontrollen gerecht zu werden, unvermeidlichen Behinderungen ausgesetzt, und der zwischenstaatliche Handel mit diesen Erzeugnissen erfordert unter den gegebenen Umständen erhebliche Mittel und Fachkenntnisse. Der Gewinn, der den Großhändlern und den Einzelhändlern verbleibt, ist wegen des hohen Steueranteils in dem Preis für den Verkauf an den Verbraucher verhältnismäßig niedrig.

17/18 Erfolgt, wie im belgischen System, die Erhebung der Verbrauchsteuer und der Mehrwertsteuer auf der Grundlage des Einzelhandelsverkaufspreises, dann ist das Verbot, die Tabakerzeugnisse zu einem Preis über dem auf der Steuerbanderole angegebenen Einzelhandelspreis an den Verbraucher zu verkaufen, eine wesentliche steuerliche Sicherung, durch die verhindert werden soll, daß die Hersteller oder Importeure ihre Erzeugnisse bei der Entrichtung der Abgaben unterbewerten. Dagegen ist ein Verbot des Verkaufs an den Verbraucher unter dem auf der Steuerbanderole angegebenen Preis aus steuerlichen Gründen nicht zwingend begründet; es soll vielmehr nach Ansicht einiger

Regierungen, die sich am Verfahren beteiligt haben, wirtschaftlich-soziale Ziele verfolgen, denn es bezweckt die Erhaltung einer bestimmten Einzelhandelsstruktur durch den Ausschuß von Preisnachlässen aller Art beim Verkauf an den Verbraucher, indem es verhindert, daß sich zu Lasten der kleinen Einzelhändler eine stärkere Konzentration vollzieht.

19/20 Es ist noch geltend gemacht worden, die Aufrechterhaltung eines festen Einzelhandelspreises sei wesentlich, um sicherzustellen, daß der Mitgliedstaat die Steuern auf Tabakerzeugnisse tatsächlich erhalte. In einem System dieser Art werden jedoch die Einkünfte der Abgabe der Steuerbanderolen gesichert; deshalb ist dieses Argument zurückzuweisen.

21/22 Schließlich ist noch zu bemerken, daß in einem System wie dem in Belgien geltenden ein Einzelhändler grundsätzlich durch nichts gehindert wird, seinen eigenen Preis für den Verkauf an den Verbraucher festzusetzen und zu diesem Zweck Tabakerzeugnisse, die mit entsprechenden Steuerbanderolen versehen sind, zu erwerben. In der Praxis ist dies allerdings nur möglich, wenn der Hersteller oder der Importeur einerseits und die staatlichen Steuerbehörden andererseits dabei mitwirken, was im Einzelfall schwer zu erreichen sein mag.

23 Die von dem vorlegenden Gericht gestellten Fragen sind unter Berücksichtigung all dieser Erwägungen zu beantworten.

Zur ersten Frage

24/27 Der Hof van Cassatie bittet im ersten Teil der ersten Frage um Entscheidung darüber, ob Artikel 3 Buchstabe f, Artikel 5 Absatz 2 und Artikel 86 EWG-Vertrag dahin auszulegen sind, daß es einem Mitgliedstaat verboten ist, eine Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, durch die für eingeführte wie für im Inland hergestellte Waren ein von den Herstellern oder Importeuren festgesetzter Preis für den Verkauf an den Verbraucher für verbindlich erklärt wird, wenn diese Vorschrift

— geeignet ist, die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt durch ein oder mehrere Unternehmen im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag zu begünstigen,

— den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen begünstigt, welcher darin besteht, daß Hersteller oder Im-

porteure von Tabakerzeugnisse die Einzelhändler in einem Mitgliedstaat zur Einhaltung der von ihnen für den Verkauf an den Verbraucher festgesetzten Preise zwingen können.

Im zweiten Teil geht die Frage zunächst dahin, ob es selbst dann verboten ist, eine derartige nationale Vorschrift zu erlassen oder beizubehalten, wenn diese in dem Sinne allgemeiner Natur ist, daß sie für jeden Hersteller oder Importeur gilt, also auch für diejenigen, die keine beherrschende Stellung haben oder sie nicht mißbrauchen, und erst recht dann, wenn Ziel, Gegenstand und Wirkung der Vorschrift keineswegs in der Begünstigung des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung bestehen. Sodann ist danach gefragt, ob in einem derartigen Fall die im ersten Teil der Frage bezeichneten Vorschriften des EWG-Vertrags nicht dahin auszulegen sind, daß der Erlaß oder die Beibehaltung einer derartigen innerstaatlichen Vorschrift nicht verboten ist, daß diese vielmehr lediglich keine Auswirkung auf das Anwendunsgebiet des Artikels 86 EWG-Vertrag haben kann, so daß der Mißbrauch einer beherrschenden Stellung auch dann verboten bleibt, wenn er im konkreten Fall durch die Vorschrift begünstigt wird. Diese Frage ist in allen ihren Unterfragen gemeinsam zu behandeln.

28/29 Das vom Vertrag gewollte System des einheitlichen Marktes schließt zum einen jede innerstaatliche Regelung aus, durch die der Handel innerhalb der Gemeinschaft unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell behindert wird. Zum anderen wird das in Artikel 3 Buchstabe f niedergelegte Ziel in verschiedenen Vertragsbestimmungen über die Wettbewerbsregeln erläutert; zu diesen gehört Artikel 86, der die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

30/35 Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages bestimmt, daß die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten. Obgleich sich Artikel 86 an die Unternehmen richtet, begründet deshalb der Vertrag doch auch für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmung ausschalten könnten. So sieht Artikel 90 vor, daß die Mitgliedstaaten in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine insbesondere den Artikeln 85 bis 94 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten. Desgleichen dürfen die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen treffen, die es privaten Unternehmen ermöglichen, sich den ihnen durch die Artikel 85 bis 94 des Vertrages auferlegten Bindungen zu entziehen. Auf alle

Fälle verbietet Artikel 86 die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen, auch wenn ein solcher Mißbrauch durch eine innerstaatliche Gesetzesbestimmung begünstigt wird. Eine innerstaatliche Vorschrift, die in ihrer Auswirkung die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung begünstigt, welche den Handel zwischen Mitgiedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist, wird jedenfalls normalerweise mit den Artikeln 30 und 34 unvereinbar sein, die mengenmäßige Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung verbieten.

36/38 Über die Vereinbarkeit eines Systems fester Einzelhandelsverkaufspreise mit dem Vertrag hat das innerstaatliche Gericht unter Berücksichtigung aller Voraussetzungen für die Anwendung der angeführten Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zu entscheiden. Der Hof van Cassatie hat in diesem Zusammenhang die Möglichkeit in Betracht gezogen, daß es einerseits eine beherrschende Stellung begründen könnte, daß Hersteller und Importe von Tabakerzeugnissen die Einzelhändler eines Mitgliedstaats zur Einhaltung der von ihnen festgesetzten Preise für den Verkauf an den Verbraucher zwingen können, daß andererseits die als mit Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 2 möglicherweise unvereinbar anzusehende Vorschrift zur Einhaltung dieser Preise beim Verkauf an den Verbraucher zwingt. Um zu beurteilen, ob der Erlaß oder die Beibehaltung einer derartigen Vorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, hat das innerstaatliche Gericht außerdem festzustellen, ob diese Vorschrift unter Berücksichtigung der Hindernisse, die sich aus dem fraglichen Steuersystem seiner Natur nach für den zwischenstaatlichen Handel mit Tabakerzeugnissen ergeben können, für sich genommen geeignet ist, den Handel zwischen Mitgiedstaaten zu beeinträchtigen, wie es Voraussetzung für die Anwendung des Verbots des Artikels 86 ist.

Zur zweiten Frage

39 Die zweite Frage des Hof van Cassatie geht dahin, ob im Sinne von Artikel 90 EWG-Vertrag Unternehmen, denen der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, vorliegen, wenn der Staat den Herstellern und Importeuren bestimmter Erzeugnisse — im Gegensatz zu Herstellern und Importeuren anderer Erzeugnisse — durch eine Rechtsvorschrift mittelbar die Möglichkeit einräumt, den Preis für den Verkauf an den Verbraucher selbst festzusetzen, und ob bejahendenfalls die Beibehaltung solcher besonderen oder ausschließlichen Rechte gegen die Artikel 7 und 85 bis 94 EWG-Vertrag verstößt.

40/42 Es ist daran zu erinnern, daß das umstrittene Steuersystem dem Hersteller oder Importeur die Freiheit läßt, für seine Erzeugnisse einen Einzelhandels-

verkaufspreis festzusetzen, der unter dem Verkaufspreis der Konkurrenzerzeugnisse gleicher Art, gleicher Qualität und gleicher Eigenschaften liegt. Da diese Möglichkeit jedem — auch dem Einzelhändler — offensteht, der sich als Hersteller oder Importeur von Tabakerzeugnissen betätigt, also einer unbestimmten Anzahl von Unternehmen, kann es fraglich erscheinen, ob diese Unternehmen als Inhaber von „besonderen" oder gar von „ausschließlichen" Rechten bezeichnet werden können. Jedoch erscheint in Anbetracht der Begründung der Antwort auf die erste Frage — in dem Sinne nämlich, daß Artikel 90 jedenfalls nur ein besonderer Anwendungsfall bestimmter allgemeiner, die Mitgliedstaaten verpflichtender Grundsätze ist — eine Beantwortung der zweiten Frage nicht erforderlich.

Zur dritten Frage

43/45 Die dritte Frage ist in drei Unterfragen aufgeteilt. Sie geht zunächst dahin, ob die Artikel 30, 31 und 32 EWG-Vertrag so auszulegen sind, daß es eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung darstellt, wenn in einem Mitgliedstaat eine Regelung für den Verkauf von Tabakerzeugnissen an den Verbraucher einen festen Preis vorschreibt, der auf den Steuerbanderolen angegeben wird und je nach Lage des Falles von den inländischen Herstellern oder den Importeuren dieser Erzeugnisse, insbesondere aus anderen Mitgliedstaaten, festgelegt wird. Es ist sodann danach gefragt, ob eine solche Regelung nur dann eine derartige Maßnahme darstellt, wenn tatsächlich feststeht, daß sie den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern geeignet ist, was im Einzelfall festzustellen Sache der innerstaatlichen Gerichte ist. Schließlich geht die Frage dahin, ob etwas anderes gilt, wenn er Mitgliedstaat den Herstellern oder Importeuren erlaubt, nach Anmeldung einer Preiserhöhung und bei Einhaltung einer bestimmten Wartezeit die Preise einschließlich der Einzelhandelspreise frei festzusetzen, diese Preise aber veröffentlicht und ihre Einhaltung entsprechend der oben genannten Maßnahme vorschreibt.

46/47 Nach Artikel 30 des Vertrages sind alle Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen im Handel zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Für einen Verstoß gegen dieses Verbot genügt es, daß die fraglichen Maßnahmen geeignet sind, die Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.

48/49 Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sind, wie es in der Richtlinie der Kommission 70/50 vom 22. Dezember 1969 (ABl. 1970, L 13, S. 29) heißt, „andere als unterschiedslos auf inlän-

dische und eingeführte Waren anwendbare Maßnahmen, die Einfuhren verhindern, die ohne diese Maßnahmen stattfinden könnten, einschließlich derjenigen, die die Einfuhren gegenüber dem Absatz der inländischen Erzeugung erschweren oder verteuern". Gleichwohl erfassen die in der Richtlinie bezeichneten Maßnahmen mit gleicher Wirkung nicht die Maßnahmen, die den zwischenstaatlichen Handel auf diese Weise behindern, aber im Vertrag bereits unter ihrer speziellen Bezeichnung, insbesondere als Abgaben, vorgesehen sind oder als sichtbarer oder verborgener Ausdruck von Befugnissen, die bei den Mitgliedstaaten verblieben sind, von vornherein als erlaubt gelten.

50/54 Mit den sich aus den indirekten Steuern ergebenden Schranken befaßt sich Artikel 99 des Vertrages, der der Kommission in Verbindung mit dem die Angleichung der Rechtsvorschriften betreffenden Artikel 100 aufgibt, zu prüfen, wie die Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten in diesem Bereich im Interesse des Gemeinsamen Marktes harmonisiert werden können. Gestützt auf die vorerwähnten Artikel hat der Rat, eben weil er der Ansicht war, daß es im Interesse des Gemeinsamen Marktes liege, die Besteuerung des Verbrauchs von Tabakwaren zu harmonisieren, um stufenweise aus den derzeitigen Regelungen die Faktoren auszuschalten, die geeignet sind, den freien Verkehr zu behindern und die Wettbewerbsbedingungen zu verfälschen, die Richtlinie Nr. 72/464 erlassen, auf die sich die vierte Frage bezieht. Ein unterschiedslos für einheimische wie eingeführte Erzeugnisse geltender Höchstpreis ist zwar als solcher noch keine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung, doch kann er eine solche Wirkung entfalten, wenn er derart festgesetzt wird, daß der Absatz von Einfuhrerzeugnissen unmöglich oder gegenüber dem einheimischer Produkte erschwert wird. Wird dagegen der Preis je nach Lage des Falles vom Hersteller oder vom Importeur frei festgesetzt, aber durch eine staatliche Gesetzgebungsmaßnahme zum vorgeschriebenen Verbraucherpreis erhoben und gilt ein solches System unterschiedslos für inländische und ausländische Erzeugnisse, dann hat es in der Regel ausschließlich innerstaatliche Wirkung. Man kann jedoch nicht ausschließen, daß ein solches System in bestimmten Fällen einen Einfluß auf den innergemeinschaftlichen Handel haben kann.

55/56 Die Ein- und Ausfuhr von Tabakerzeugnissen unterliegt, wie bereits erwähnt, Hindernissen, die sich aus den verschiedenen Methoden steuerlicher Kontrolle ergeben, welche die Mitgliedstaaten insbesondere anwenden, um die Einkünfte aus den Steuern zu sichern, denen diese Erzeugnisse unterworfen sind. Um zu beurteilen, ob eine mitgliedstaatliche Regelung, durch die für den Verkauf von Tabakerzeugnissen an den Verbraucher ein fester Preis vorgeschrieben wird, der vom Hersteller oder vom Importeur frei festgesetzt wird, möglicherweise eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung ist, hat deshalb das innerstaatliche Gericht festzustellen,

ob ein derartiges System der Preisbindung unter Berücksichtigung der steuerlichen Behinderungen, die den Bereich dieser Erzeugnisse treffen, als solches geeignet ist, die Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.

Zur vierten Frage

57/58 Diese Frage geht zunächst dahin, ob die Bestimmungen des Artikels 5 der Richtlinie Nr. 72/464 des Rates unmittelbare Wirkung haben, so daß sie von den einzelnen vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden können. Es ist sodann danach gefragt, ob es den Mitgliedstaaten verboten ist, eine Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, die für den Verkauf von eingeführten oder im Inland hergestellten Tabakerzeugnissen an den Verbraucher einen Verkaufspreis, nämlich den auf der Steuerbanderole angegebenen Preis, vorschreibt, so daß weder die Höchstgrenze überschritten noch zu einem niedrigeren Preis verkauft werden darf. Da, falls diese Frage in ihrem zweiten Teil zu verneinen sein sollte, der erste Teil nicht mehr beantwortet zu werden braucht, ist zunächst auf ihren zweiten Teil einzugehen.

59/62 Die Richtlinie Nr. 72/464 des Rates, die ebenso wie die Richtlinien vom 11. April 1967 (ABl. L 71, S. 1301 und 1303) über die Harmonisierung der Umsatzsteuer auf die Artikel 99 und 100 des Vertrages gestützt ist, enthält Grundregeln für eine erste Stufe der Harmonisierung der Verbrauchsteuern auf Tabakwaren. Nach der Präambel der Richtlinie geht der Rat von dem Grundsatz aus, daß die Schaffung einer Wirtschaftsunion mit gesundem Wettbewerb und binnenmarktähnlichen Verhältnissen im Bereich der Tabakwaren voraussetzt, daß die in den Mitgliedstaaten auf die Erzeugnisse dieses Sektors erhobenen Verbrauchsteuern die Wettbewerbsbedingungen nicht verfälschen und den freien Verkehr dieser Erzeugnisse im Gemeinsamen Markt nicht behindern. In ihrem Artikel 1 stellt die Richtlinie den Grundsatz auf, daß die Strukturen der Verbrauchsteuer, der die Tabakwaren unterliegen, in mehreren Stufen harmonisiert werden; nach Artikel 4 setzt sich die Verbrauchsteuer aus einem proportionalen und einem spezifischen Bestandteil zusammen. In Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie heißt es:

„Die Hersteller und Importeure bestimmen frei für jedes ihrer Erzeugnisse den Kleinverkaufshöchstpreis. Diese Vorschrift steht jedoch der Anwendung einzelstaatlicher Rechtsvorschriften über die Preisüberwachung oder die Einhaltung der vorgeschriebenen Preise nicht entgegen."

63/69 In der Erwägung, daß die Erfordernisse des freien Wettbewerbs eine freie Preisbildung für alle Gruppen von Tabakwaren bedingen, hat der Rat in Arti-

kel 5 Absatz 1 der Richtlinie vorgesehen, daß die Hersteller und Importeure für jedes ihrer Erzeugnisse den Kleinverkaufshöchstpreis frei bestimmen. Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 kann nach seinem Zusammenhang nicht so ausgelegt werden, daß er es den Mitgliedstaaten verbietet, eine Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, die für den Verkauf von eingeführten oder im Inland hergestellten Tabakerzeugnissen an den Verbraucher einen Verkaufspreis, nämlich den auf der Steuerbanderole angegebenen Preis vorschreibt, sofern dieser Preis vom Hersteller oder vom Importeur frei festgesetzt worden ist.

65 Angesichts der Antwort auf den zweiten Teil der vierten Frage braucht deren erster Teil nicht beantwortet zu werden.

Kosten

66/67 Die Auslagen der Regierung des Königreichs Belgien, der Regierung des Großherzogtums Luxemburg, der Regierung des Königreichs der Niederlande, der Regierung der Italienischen Republik, des Rates der Europäischen Gemeinschaften und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem Verfahren vor dem innerstaatlichen Gericht. Die Kostenentscheidung obliegt daher diesem Gericht.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm vom belgischen Hof van Cassatie mit Urteil vom 7. Januar 1977 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. **Artikel 86 EWG-Vertrag verbietet die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen, auch wenn ein solcher Mißbrauch durch eine innerstaatliche Gesetzesbestimmung begünstigt wird.**

2. **Um zu beurteilen, ob der Erlaß oder die Beibehaltung einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift, durch die für den Verkauf von Tabakerzeugnissen an den Verbraucher die Einhaltung von durch den Hersteller oder den Importeur festgesetzten**

Preisen vorgeschrieben wird, mit Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 3 Buchstabe f und Artikel 5 Absatz 2 des Vertrages vereinbar ist, ist zu prüfen, ob unter Berücksichtigung der Hindernisse, die sich für den Handel aus dem Steuersystem, dem diese Erzeugnisse unterworfen sind, seiner Natur nach ergeben können, ein derartiges System nicht nur möglicherweise die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung begünstigt, sondern auch geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

3. Eine mitgliedstaatliche Regelung, durch die für den Verkauf von eingeführten wie von im Inland hergestellten Tabakerzeugnissen an den Verbraucher ein fester Preis vorgeschrieben wird, der vom Hersteller oder vom Importeur frei festgesetzt wird, ist nur dann eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung, wenn unter Berücksichtigung der Hindernisse, die sich aus den verschiedenen Methoden steuerlicher Kontrolle ergeben, welche die Mitgliedstaaten insbesondere anwenden, um die Einkünfte aus den Steuern zu sichern, denen diese Erzeugnisse unterworfen sind, ein derartiges System der Preisbindung geeignet ist, die Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.

4. Artikel 5 der Richtlinie Nr. 72/464/EWG 5des Rates vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer soll es den Mitgliedstaaten nicht verbieten, eine Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, die für den Verkauf von eingeführten oder im Inland hergestellten Tabakerzeugnissen an den Verbraucher einen Verkaufspreis, nämlich den auf der Steuerbanderole angegebenen Preis, vorschreibt, sofern dieser Preis vom Hersteller oder vom Importeur frei festgesetzt worden ist.

Kutscher Sørensen Bosco Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 16. November 1977.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher