In den verbundenen Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79

betreffend die dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag vom Tribunal de Grande Instance Paris (31. Kammer) in den vor diesem Gericht anhängigen Strafverfahren

PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE SOWIE FRANCIS PACHOT UND VINCENT RAMON

gegen

BRUNO GIRY UND GUERLAIN SA (Rechtssache 253/78),

PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE UND FRAU ULM, VERHEIRATETE WINDENBERGER,

gegen

MAURICE PIERRE CELICOURT UND PARFUMS ROCHAS SA (Rechtssache 1/79),

PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE UND FRAU ULM, VERHEIRATETE WINDENBERGER,

gegen

YVES PIERRE LANVIN UND LANVIN PARFUMS SA (Rechtssache 2/79),

PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE UND FRAU ULM, VERHEIRATETE WINDENBERGER,

gegen

ANDRÉ ALBERT FAVEL UND NINA RICCI SARL (Rechtssache 3/79)

vorgelegten Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 85 EWG-Vertrag und einiger Durchführungsbestimmungen zu dieser Vorschrift,

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Kutscher , der Kammerpräsidenten A. O'Keeffe und A. Touffait, der Richter J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, Mackenzie Stuart, G. Bosco, T. Koopmans und O. Due,

Generalanwalt: G. Reischl
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

I — Sachverhalt und Verfahren

1. Der den Ausgangsverfahren zugrunde liegende Sachverhalt läßt sich wie folgt zusammenfassen:

a) Rechtssache 253/78

Herr Giry, kaufmännischer Direktor der Gesellschaft Guerlain, wurde vor die 31. Kammer des Tribunal de Grande Instance Paris gestellt, weil er eine der Anwendung unzulässiger Preise gleichgestellte Straftat dadurch begangen haben soll, daß er sich geweigert hat, eine von den Antragstellern im Adhäsionsverfahren, die ihr Geschäft in Aix-en-Provence betreiben, aufgegebene Bestellung von Parfümerieerzeugnissen auszuführen, wobei die Aktiengesellschaft Guerlain gesamtschuldnerisch haftet.

Zur Begründung seiner Weigerung machte Herr Giry geltend, seine Gesellschaft sei durch einen Alleinvertriebsvertrag an einen Parfümeriehändler in Aix-en-Provence gebunden und könne in dieser Stadt nicht, ohne diesem zu schaden, weitere Vertragshändler besitzen. Außerdem trug er vor, die Gesellschaft Guerlain betreibe, um den Ruf ihres Warenzeichens zu wahren und den Schutz ihrer Kundschaft sicherzustellen, eine Geschäftspolitik des selektiven Vertriebs, die im sogenannten „Guerlain-Urteil" der Cour d'Appel Paris vom 26. Mai 1965 ausdrücklich zugelassen worden sei.

Die Antragsteller im Adhäsionsverfahren, die vor Gericht erklärt hatten, der ihnen entstandene Schaden sei sehr beträchtlich, beantragten, Herrn Giry und die Gesellschaft Guerlain gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 450 000 FF als Schadensersatz zu verurteilen.

Herr Giry beantragte Freispruch und hob insbesondere die Bösgläubigkeit der beiden Antragsteller im Adhäsionsverfahren sowie die unlauteren Mittel hervor, die diese angewandt hätten, um Erzeugnisse der Gesellschaft Guerlain bei Alleinvertretern weit entfernt von Aix-en-Provence zu erwerben und sie dann aber

in dieser Stadt weiterzuverkaufen. Er berief sich außerdem auf den zwangsläufig selektiven Charakter der Absatzwege im Parfümeriehandel und wies darauf hin, daß die Gesellschaft Guerlain die Genehmigung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für die Einführung eines selektiven Vertriebssystems erhalten habe.

b) Rechtssache 1/79

Herr Celicourt, kaufmännischer Direktor der Gesellschaft Parfums Rochas, wurde ebenfalls vor die 31. Kammer des Tribunal de Grande Instance Paris gestellt, weil er eine gleichartige Straftat im Zusammenhang mit den von der Antragstellerin im Adhäsionsverfahren, Frau Ulm, die ihr Geschäft in Straßburg betreibt, aufgegebenen Bestellungen von Parfümerieerzeugnissen begangen haben soll, wobei die Aktiengesellschaft Parfums Rochas gesamtschuldnerisch haftet.

Zur Begründung seiner Verkaufsweigerung machte Herr Celicourt geltend, seine Gesellschaft sei durch Alleinvertriebsverträge an sechs Straßburger Parfümeriehändler gebunden, weshalb die von der Antragstellerin im Adhäsionsverfahren bestellten Erzeugnisse nach ständiger Rechtsprechung rechtlich gesehen nicht frei verfügbar gewesen seien. Im Hinblick auf die Bestellungen einer weiteren Antragstellerin im Adhäsionsverfahren, die ihr Geschäft in Toulon betreibt, die aber, wie das Gericht feststellte, ihren Antrag im Adhäsionsverfahren zurücknahm, machte er die gleichen Gründe, diesmal in bezug auf Alleinvertriebsverträge mit fünf Parfümeriehändlern in Toulon, geltend.

Frau Ulm beantragte, Herrn Celicourt und die Gesellschaft Rochas, zivilrechtlich als Gesamtschuldner haftend, zur Zahlung von 91 466 FF als Schadensersatz zu verurteilen.

Herr Celicourt beantragte Freispruch und hob insbesondere hervor, daß der Absatz der betreffenden Erzeugnisse sowohl in Frankreich als auch in den anderen Mitgliedstaaten über ein selektives Vertriebssystem aufgrund von Verträgen erfolge, die bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaft angemeldet worden seien. Die Kommission habe durch eine Entscheidung vom 26. März 1976 dieses selektive Vertriebssystem genehmigt und es hierdurch aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 im Hinblick auf die europäischen Wettbewerbsregeln für gültig erklärt. Diese Entscheidung sei Bestandteil des Gemeinschaftsrechts, das nicht durch innerstaatliche Rechtsvorschriften in Frage gestellt werden dürfe. Herr Celicourt verwies zur Unterstützung seines Vorbringens auf mehrere Urteile des Gerichtshofes und vertrat unter anderem die Auffassung, die staatlichen Behörden dürften keine Wettbewerbsbeschränkungen verbieten, die die Kommission gemäß Artikel 85 Absatz 3 von dem Verbot ausgenommen habe.

c) Rechtssache 2/79

Herr Lanvin, bevollmächtigter geschäftsführender Direktor der Gesellschaft Lanvin-Parfums, wurde vor die 31. Kammer des Tribunal de Grande Instance Paris gestellt, weil er ebenfalls eine gleichartige Straftat im Zusammenhang mit den von der Antragstellerin im Adhäsionsverfahren, Frau Ulm, die ihr Geschäft in Straßburg betreibt, aufgegebenen Bestellungen von Parfümerieerzeugnissen begangen haben soll, wobei die Aktiengesellschaft Lanvin-Parfums gesamtschuldnerisch haftet.

Zur Begründung seiner Verkaufsweigerung machte Herr Lanvin zum einen geltend, der Betrieb der Antragstellerin im Adhäsionsverfahren weise nicht die Merkmale des Luxushandels auf, die für den Absatz der Prestigeerzeugnisse der

Firma Lanvin unerläßlich seien, und zum anderen, diese Erzeugnisse würden von zwölf Verkaufsstellen in Straßburg abgesetzt und eine neue Verkaufsstelle hätte die Alleinvertreter der Gesellschaft durch die Erhöhung ihrer Werbungskosten geschädigt.

Die Antragstellerin im Adhäsionsverfahren beantragte, Herrn Lanvin und die Gesellschaft Lanvin-Parfums zur Zahlung von 70 000 FF als Schadensersatz zu verurteilen.

Herr Lanvin beantragte Freispruch und hob insbesondere hervor, daß seine Gesellschaft ihre Parfümerieerzeugnisse weltweit über ein dichtes Netz von zugelassenen Alleinvertretern vertreibe, um ihr Warenzeichen zu schützen, daß diese Art des Vertriebs eine Voraussetzung für die Eroberung des Platzes sei, den die Gesellschaft auf dem Weltmarkt habe einnehmen wollen, und daß dieses Vorgehen impliziere, daß der Parfümeriefabrikant sowohl in bezug auf die Auswahl als auch auf die Anzahl seiner Wiederverkäufer über sein Vertriebsnetz frei bestimmen könne.

Er trug außerdem vor, die Verkaufsweigerung sei gemäß dem Vertrag von Rom rechtmäßig und zulässig und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften habe wegen der besonderen Struktur des Marktes für Luxusparfümeriewaren beschlossen, das von den Parfümeriefabrikanten üblicherweise angewandte selektive Vertriebssystem zuzulassen. Die getroffene Entscheidung sei Bestandteil des Gemeinschaftsrechts, und dieses Recht dürfe nicht durch innerstaatliche Rechtsvorschriften in Frage gestellt werden. Der freie Wettbewerb sei durch die Anzahl seiner Alleinvertriebshändler in Straßburg hinreichend gesichert, und das selektive Vertriebssystem sei durch die Entscheidungen der Kommission genehmigt worden, die dem innerstaatlichen Recht vorgingen; unter diesen Umständen habe er seine Verkaufsstellen einschränken und die Auswahl und Anzahl derjenigen Händler frei bestimmen dürfen, an die er sich habe binden wollen.

d) Rechtssache 3/79

Herr Favel, kaufmännischer Direktor der Gesellschaft Nina Ricci Parfums, wurde ebenfalls vor die 31. Kammer desselben Gerichts gestellt, weil er eine gleichartige Straftat im Zusammenhang mit den von der Antragstellerin im Adhäsionsverfahren, Frau Ulm, die ihr Geschäft in Straßburg betreibt, aufgegebenen Bestellungen von Parfümerieerzeugnissen begangen haben soll, wobei die Gesellschaft mit beschränkter Haftung Nina Ricci Parfums gesamtschuldnerisch haftet.

Zur Begründung seiner Verkaufsweigerung machte Herr Favel geltend, der Betrieb der Antragstellerin im Adhäsionsverfahren weise nicht die Voraussetzungen einer Luxusparfümerie auf, die für den Absatz der Prestigeerzeugnisse seiner Gesellschaft unerläßlich seien, wobei er hinzufügte, daß diese Erzeugnisse bereits durch zwölf in der Nähe des Betriebs der Antragstellerin im Adhäsionsverfahren gelegene Verkaufsstellen in Straßburg vertrieben würden, weshalb er die erwähnten Bestellungen nicht habe ausführen können, ohne seine Alleinvertreter zu beeinträchtigen, an die er durch Verträge gebunden sei, die auf dem Grundsatz des selektiven Vertriebs beruhten.

Die Antragstellerin im Adhäsionsverfahren beantragte, Herrn Favel und die Gesellschaft Nina Ricci Parfums zur Zahlung von 60 020 FF als Schadensersatz zu verurteilen.

Herr Favel beantragte Freispruch und hob insbesondere hervor, daß seine Gesellschaft auf der ganzen Welt außerordentlichen Erfolg gehabt habe, daß sie in Frankreich mehr als 700 Personen beschäftige und ihre Parfums in 130 Län-

dern zu kaufen seien, daß ihre Erzeugnisse insbesondere in den Vereinigten Staaten einen der ersten Plätze einnähmen und diese Entwicklung zum Stillstand gebracht würde, wenn sie ihre Produkte durch jedermann absetzen lassen müßte. Herr Favel trug außerdem Argumente namentlich in bezug auf das Gemeinschaftsrecht vor, die praktisch mit denen identisch sind, die Herr Lanvin für seine Ansicht, daß die ihm zur Last gelegte Verkaufsweigerung zulässig sei, geltend gemacht hatte.

2. Da sich das Tribunal de Grande Instance Paris über das Gemeinschaftsrecht für unzureichend informiert hielt, hat es durch vier Urteile vom 5. Juli 1978 die Vorlage der von Guerlain, Parfums Rochas, Lanvin Parfums und Nina Ricci geschlossenen Alleinvertriebsverträge an den Gerichtshof angeordnet,

„in denen eine nicht nur auf qualitativen, sondern auch auf quantitativen Auswahlkriterien beruhende Vertriebsorganisation geregelt ist, damit der Gerichtshof klarstellt, ob bestimmte Luxusartikel, deren Markenimage eine bedeutende Rolle spielt, unter die Freistellungsbestimmungen des Artikels 85 Absatz 3 des Vertrages der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft fallen können und ob sich im vorliegenden Fall [die betreffenden Gesellschaften] im Rahmen des Gemeinschaftsrechts darauf berufen [können]".

3. Die Vorlageurteile sind am 14. November 1978 — Rechtssache 253/78 — und am 2. Januar 1979 — Rechtssachen 1 bis 3/79 — in der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Der Gerichtshof hat durch Beschluß vom 17. Januar 1979 die Rechtssachen für die Zwecke des schriftlichen und mündlichen Verfahrens verbunden.

Nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EG haben folgende Beteiligte schriftliche Erklärungen eingereicht: die Antragsteller im Adhäsionsverfahren in der Rechtssache 253/78, Francis Pachot und Vincent Ramon, vertreten durch Rechtsanwalt Dewynter, zugelassen bei der Cour d'Appel Paris, die Antragsgegner in der Rechtssache 253/78, Herr Bruno Giry und die Guerlain SA, vertreten durch den Präsidenten der Anwaltskammer Mollet-Vieville und Rechtsanwalt Robert Collin, zugelassen bei der Cour d'Appel Paris, die Antragstellerin im Adhäsionsverfahren in den Rechtssachen 1 bis 3/79, Frau Ulm, verheiratete Windenberger, vertreten durch die S.C.P. Rambaud-Martel, diese vertreten durch Rechtsanwältin Claudine Maitre-Devallon, zugelassen bei der Cour d'Appel Paris, die Antragsgegner in der Rechtssache 1/79, Herr Pierre Celicourt und die Parfums Rochas SA, vertreten durch die Rechtsanwälte Bernard Buisson und Robert Collin, zugelassen bei der Cour d'Appel Paris, die Antragsgegner in der Rechtssache 2/79, Herr Yves Lanvin und die Lanvin Parfums SA, vertreten durch die Rechtsanwälte Claude Lebel und Robert Collin, zugelassen bei der Cour d'Appel Paris, die Antragsgegner in der Rechtssache 3/79, Herr Albert Favel und die Nina Ricci Parfums SARL, vertreten durch die Rechtsanwälte Claude Lebel und Robert Collin, zugelassen bei der Cour d'Appel Paris, die Regierung der Französischen Republik, die Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch Herrn R. D. Munrow, Treasury Solicitor's Office, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch ihren Rechtsberater John Temple Lang und durch das Mitglied ihres Juristischen Dienstes Jean-François Vertrynge als Bevollmächtigte.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche

Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EG eingereichte schriftliche Erklärungen

A — Erklärungen der Antragsteller im Adhäsionsverfahren Pachot und Ramon (Rechtssache 253/78)

Die Antragsteller im Adhäsionsverfahren Pachot und Ramon weisen darauf hin, daß sie Eigentümer dreier luxuriöser Einzelhandelsgeschäfte für Parfümerieerzeugnisse in Aix-en-Provence seien, die von hochqualifizierten Verkäuferinnen und Vorführdamen geführt würden. Diese Parfümerien hätten bereits bei ihrer Gründung im Jahre 1967 die Zulassung der größten Parfüm- und Schönheitsmittelmarken — mit Ausnahme von Guerlain — erhalten. Seit 1968 hätten sie, die Herren Pachot und Ramon, von der Wirkung der Marke Guerlain überzeugt, sich unablässig um diese Marke bemüht, jedoch ohne Erfolg. Angesichts der Weigerung der Gesellschaft Guerlain hätten sie dieser am 16. Juni 1975 eine Aufforderung zustellen lassen, mit der sie eine bestimmte Anzahl von Erzeugnissen gegen bestätigten Scheck in Höhe von 38 000 FF bestellt hätten. Da die Gesellschaft Guerlain es abgelehnt habe, ihre Haltung zu ändern, hätten sie Strafantrag sowie Antrag im Adhäsionsverfahren wegen Verkaufsweigerung gestellt.

Nach ihrer Ansicht besteht das Hauptargument der Gesellschaft Guerlain zur Rechtfertigung ihrer Verkaufsweigerung darin, daß die Versorgung der Verbraucher durch eine räumliche Begrenzung der Anzahl ihrer Alleinvertriebshändler und durch einen selektiven Vertrieb aufgrund von Kriterien in bezug auf den Luxus des betreffenden Alleinvertriebshändlers und die fachliche Qualifikation seines Personals verbessert werde. Die Gesellschaft Guerlain behaupte ferner, den Anforderungen von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages dadurch zu genügen, daß sie den zugelassenen Einzelhändlern erlaube, ihre Erzeugnisse durch jeden zugelassenen Generalvertreter oder Einzelhändler in der Gemeinschaft einzukaufen und weiterzuverkaufen sowie ihre Verkaufspreise selbst festzusetzen, wenn es sich um Erzeugnisse handele, die aus anderen Ländern des Gemeinsamen Marktes reimportiert oder in solche reexportiert würden. In Wirklichkeit sei es die Willkür der Gesellschaft Guerlain bei der Erteilung oder Versagung ihrer Zulassung einem Parfümerieeinzelhändler gegenüber, durch die sie den Wettbewerb sowohl innerhalb des Gemeinsamen Marktes als auch in Frankreich verfälsche.

In bezug auf die von der Gesellschaft Guerlain angewandten Auswahlkriterien sei festzustellen, daß in den letzten Jahren die Zahl der von der Firma zugelassenen Alleinvertriebshändler in der Provinz ständig zugenommen habe. Unter Hinweis auf einige Ziffern machen die Herren Pachot und Ramon geltend, der Gesellschaft Guerlain sei daran gelegen, die Anzahl ihrer Alleinvertreter zu erhöhen; andererseits lehne sie die Zulassung bestimmter Einzelhändler aufgrund subjektiver Kriterien ab. Man könne sich schlecht erklären, weshalb eine Stadt wie Nîmes über vier Alleinvertreter verfüge, während sich die Firma Guerlain in einer Stadt wie Aix-en-Provence, die fast gleich groß sei, auf nur eine Alleinvertretung berufe, um ihre Zulassung zu versagen. Im übrigen entspreche die These der Gesellschaft, wonach ihre Erzeugnisse sich nicht mit einem mangelhaften und popularisierten Vertrieb begnügen könnten, nicht den Tatsachen.

Was die von den Antragstellern gebotenen Bedingungen in bezug auf Luxus und hohe fachliche Qualifikationen angehe, so sei zu bemerken, daß sie drei sehr luxuriöse Parfümerien in Aix-en-Provence, und zwar in den Hauptstraßen der Stadt, besäßen. Die Einrichtungen seien luxuriös, und der Umsatz sei hoch genug, um sie, die Antragsteller, unter die ersten fünfzig Parfümeriehändler Frankreichs einzureihen. Angesichts dieser Umstände sei das Argument unbeachtlich, daß die Begrenzung der Anzahl der Alleinvertreter im Interesse des Verbrauchers gerechtfertigt sei. Tatsächlich werde der wirkliche Grund für die Verkaufsweigerung der Gesellschaft Guerlain den Antragstellern gegenüber durch den Willen der Gesellschaft verständlich, ein enges Netz aufrechtzuerhalten und ihrem augenblicklichen Alleinvertriebshändler in Aix-en-Provence nicht zu mißfallen. Dies ergebe sich aus der Stellungnahme, die die Direction Générale de la concurrence et des prix [obere Staatsbehörde für Wettbewerb und Preise] im Ausgangsverfahren abgegeben habe.

Die Herren Pachot und Ramon machen abschließend geltend, gemeinschaftsrechtskonforme Verträge seien nicht ohne weiteres mit dem französischen Recht vereinbar, das in bezug auf die Einhaltung der Wettbewerbsregeln sehr strenge Anforderungen aufstellen könne, ohne gegen die Gemeinschaftsbestimmungen zu verstoßen. Der Stellungnahme der Kommission vom 3. Juni 1976, die der Ansicht gewesen sei, sie brauche nicht gegen die Auswahl der Verkaufsstellen einzuschreiten, sei zu entnehmen, daß die Kommission es jedem Mitgliedstaat überlassen wolle, den Vertrieb von Luxusartikeln in seinem Gebiet zu regeln, und zwar im Einklang mit den Entscheidungen der Gemeinschaft. Die Frage, ob sich die Firma Guerlain auf eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages von Rom berufen könne, sei also belanglos, wenn es um die Entscheidung eines französischen Gerichts darüber gehe, ob ein französischer Händler mit einer Verkaufsweigerung eines französischen Fabrikanten konfrontiert worden sei. Falls der Gerichtshof anders entscheide, müßten für die Ausnahmen von Artikel 85 strengere Kriterien aufgestellt werden, denn so, wie sie heute formuliert seien, könnten sie nur den freien Wettbewerb sowohl auf nationaler Ebene als auch zwischen den Ländern des Gemeinsamen Marktes verfälschen.

B — Erklärungen der Antragstellerin im Adhäsionsverfahren, Frau Ulm (Rechtssachen 1 bis 3/79)

Frau Ulm schildert zunächst kurz den Sachverhalt, der den Ausgangsverfahren zugrunde liegt, und macht sodann geltend, die strengen, präzisen Voraussetzungen, von denen die von der Kommission gewährten Befreiungen hinsichtlich der auf quantitativen und qualitativen Auswahlkriterien beruhenden Vertriebsnetze für bestimmte Luxuswaren abhingen, seien in bezug auf Toilettenartikel und Parfüms wie diejenigen, die von den Gesellschaften Parfums Rochas, Lanvin Parfums und Nina Ricci vertrieben würden, nicht vollständig erfüllt. Denn es könne nur ausnahmsweise eine Befreiung für Vertriebssysteme gewährt werden, die auf qualitativen Kriterien beruhten, und auch nur insoweit, als aufgrund der Art der Erzeugnisse (technische Kompliziertheit, Notwendigkeit eines besonders guten Kundendienstes, gefährliche Eigenschaften) eine derart enge Zusammenarbeit zwischen Herstellern und Wiederverkäufern erforderlich sei, daß vernünftigerweise jedes andere Vertriebssystem ausscheide.

Jedenfalls habe die Kommission im vorliegenden Fall keine spezifische positive Freistellungsentscheidung erlassen. Sie habe die einzelnen betroffenen Gesellschaften nur wissen lassen, „daß sie keinen Anlaß mehr sah, gegen die Verträge über die auf dem fraglichen Sektor angewandten Verkaufsorganisationen einzuschreiten, vorausgesetzt, daß jedes an die zugelassenen Generalvertreter oder Einzelhändler gerichtete direkte oder indirekte Exportverbot sowie die ihnen auferlegte Verpflichtung, die Preisbindung bei der Wiedereinfuhr oder -ausfuhr zu beachten, aufgehoben werden". Hierbei handele es sich um eine bloße Verwaltungsentscheidung über die Einstellung des Verfahrens.

Somit gebe es entgegen den Behauptungen der Antragsgegner im Verfahren vor dem Tribunal de Grande Instance Paris keine Entscheidung der Kommission ihnen gegenüber, die ausdrücklich im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 das System des selektiven Vertriebs ihrer Erzeugnisse genehmigt habe, was die einzig mögliche Grundlage für eine derartige ausdrückliche Genehmigung sei; gegen eine solche Entscheidung, die Bestandteil des Gemeinschaftsrechts sei, könne nicht von einem nationalen Gericht eine Bestimmung des innerstaatlichen Rechts angeführt werden, die dem Gemeinschaftsrecht zuwiderlaufe.

Zwar sei nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere nach dem Urteil *Walt Wilhelm* (Slg. 1969, 1), der Vorrang der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen von den nationalen Behörden zu beachten, die nur unter dem Vorbehalt in Anwendung des innerstaatlichen Rechts tätig werden dürften, daß dieses nicht gegen das Gemeinschaftsrecht verstoße; dieser Vorrang könne sich aber ganz eindeutig nur aus Bestimmungen des positiven Gemeinschaftsrechts ergeben, daß heiße, aus den Vertragsbestimmungen oder aus Durchführungsmaßnahmen der Gemeinschaftsorgane.

Der Gerichtshof habe in dem erwähnten Urteil ausgeführt, daß nur für den Fall, daß sich eine Entscheidung der nationalen Kartellbehörde mit der Entscheidung als unvereinbar erweisen sollte, durch welche die Kommission ein von ihr eingeleitetes Verfahren abgeschlossen habe, also mit einer Verbots- oder einer Freistellungsentscheidung, jene Behörde den Wirkungen der Kommissionsentscheidung Rechnung tragen müsse.

Im vorliegenden Fall sei aber keine positive Freistellungsentscheidung, keine wirkliche Durchführungsmaßnahme von der zuständigen Behörde der Europäischen Gemeinschaften, nämlich der Kommission, getroffen worden. Die Kommission habe gegenüber den Gesellschaften nur eine rein administrative Ordnungsentscheidung erlassen, mit der die Akten hätten geschlossen werden sollen, da die betreffenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen keinen derartigen Einfluß auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten und auf den Wettbewerb gehabt hätten, daß ein positiver exekutiver Eingriff der Kommission, sei es gemäß Artikel 85 Absatz 1 im Wege des Verbotes, sei es gemäß Artikel 85 Absatz 3 im Wege der Befreiung, gerechtfertigt gewesen wäre.

Da also die betroffenen Gesellschaften keine positive Durchführungsbestimmung des Gemeinschaftsrechts nachweisen könnten, die ihr qualitativ wie auch quantitativ selektives Vertriebssystem ausdrücklich genehmige und für gültig erkläre und die unter Umständen die Anwendung abweichender, restriktiverer Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts auf diesem Gebiet verhindern könne, stellten sich die von den Antrags-

gegnern in den vorliegenden Rechtssachen aufgeworfenen Probleme des Zusammentreffens gemeinschaftsrechtlicher und innerstaatlicher Bestimmungen und des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht.

Frau Ulm schlägt sonach vor, die von dem vorlegenden Gericht in den Rechtssachen 1 bis 3/79 gestellten Vorabentscheidungsfragen wie folgt zu beantworten:

„Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften kann in Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 Freistellungsentscheidungen für bestimmte Luxusartikel treffen, deren Vertrieb auf einem in qualitativer wie auch quantitativer Hinsicht selektiven System beruht, wenn die strengen Voraussetzungen dieses Artikels sämtlich erfüllt sind und insbesondere, wenn das Erzeugnis aufgrund seiner technischen Kompliziertheit, der Notwendigkeit eines besonders guten Kundendienstes oder seiner gefährlichen Eigenschaften von solcher Art ist, daß nur dieses Vertriebssystem sicherstellen kann, daß die günstigen Auswirkungen der Alleinvertriebsvereinbarungen erreicht werden, was bei den Toilettenartikeln und Parfüms der Gesellschaft (Rochas/Lanvin/Nina Ricci) nicht der Fall ist.

Die Gesellschaft (Rochas/Lanvin/Nina Ricci) kann sich keineswegs auf eine solche von der Kommission in Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 getroffene Freistellungsentscheidung berufen, das heißt auf eine wirkliche positive Durchführungsentscheidung auf Gemeinschaftsebene, die ihr in qualitativer wie auch quantitativer Hinsicht selektives Vertriebssystem ausdrücklich für gültig erklärt und genehmigt und die geeignet ist, die Anwendung abweichender, restriktiverer Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts auszuschließen."

C — Erklärungen der Antragsgegner in den Rechtssachen 253/78, 1 bis 3/79

1. Schilderung des Sachverhalts

Die Erklärungen der Antragsgegner in den Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 beginnen mit einer Zusammenfassung des vor dem vorlegenden Gericht dargestellten Sachverhalts und einer Untersuchung der von den betroffenen Gesellschaften gehandhabten Verkaufsorganisation. Diese Schilderung läßt sich wie folgt zusammenfassen:

a) Rechtssache 253/78

Die Gesellschaft Guerlain führt aus, sie verkaufe ihre Erzeugnisse in Frankreich und den anderen EWG-Ländern über ein selektives Vertriebsnetz, das folgende Merkmale aufweise:

1. In Paris würden ihre Erzeugnisse in ihren eigenen Einzelhandelsgeschäften verkauft.
2. In Frankreich außerhalb von Paris habe Guerlain Vertriebsverträge mit zugelassenen Einzelhändlern geschlossen. Insgesamt besitze sie in Frankreich 682 Alleinvertreter und 800 Verkaufsstellen.
3. Außerhalb Frankreichs habe Guerlain Musterverträge über den Alleinvertrieb mit Generalvertretern geschlossen, die ihrerseits Vereinbarungen mit den zugelassenen Einzelhändlern träfen.

Die gesamte Organisation beruhe auf qualitativen und quantitativen Auswahlkriterien. Diese Politik sei dadurch gerechtfertigt, daß für Guerlain die Notwendigkeit bestehe, ihr Markenimage aufrechtzuerhalten, den Verbraucherschutz zu gewährleisten und eine Abwertung ihrer Erzeugnisse zu verhindern, die unausweichlich aus einem allgemeinen und unkontrollierten Vertrieb folgen würde. Guerlain zitiert in diesem Zusammenhang die nachstehenden Auszüge aus

dem sogenannten „Guerlain-Urteil" der Cour d'Appel Paris vom 20. März 1965:

„Unter diesen Umständen kann ein Ruf, der sowohl in Frankreich als auch im Ausland einen beträchtlichen Absatz bewirkt, nicht aufrechterhalten werden, wenn der Fabrikant, der auf eine Vermehrung seiner Verkaufsstellen angewiesen ist und seine Erzeugnisse nicht mehr im Interesse des Kunden verfolgen und überwachen kann, aufhören müßte, eine Vertriebsart, die ihm zu seinem Erfolg verholfen hat, streng und aufmerksam zu kontrollieren."

„Infolgedessen ist es, da es sich um ein hochwertiges, für eine finanzielle und kosmopolitische Elite bestimmtes Erzeugnis handelt, wirtschaftlich gesehen wünschenswert und im Einklang mit den Handelsusancen, daß einem Fabrikanten, der sein Produktionsniveau durch die Absatzmöglichkeiten, die er sich auf einem begrenzten Markt erschließen konnte, beibehalten möchte, das Recht zuerkannt wird, im Interesse des Käufers für eine perfekte Vermarktung zu sorgen und daher die Anzahl und Auswahl der Alleinvertriebshändler, an die er sich vertraglich binden will, frei zu bestimmen."

Guerlain trägt schließlich vor, sie habe es abgelehnt, die Antragsteller im Adhäsionsverfahren Pachot und Ramon mit ihren Erzeugnissen zu beliefern, weil sie bereits einen Alleinvertriebshändler in Aix-en-Provence besessen habe. Guerlain ist der Ansicht, die Antragsteller hätten bösgläubig gehandelt, als sie sich die Guerlain-Erzeugnisse in unzulässiger Weise beschafft und sie zum Verkauf angeboten hätten, obgleich sie nicht an das Vertriebsnetz Guerlain angeschlossen gewesen seien.

b) Rechtssache 1/79

Bevor Rochas in einer bestimmten Stadt eine neue Verkaufsstelle eröffne, nehme sie sowohl eine qualitative Auswahl zwecks Berücksichtigung der Ausstattung des Geschäfts, seiner Eignung zum Verkauf von Luxusparfüms, der Anzahl und Qualifikation der dort beschäftigten Arbeitskräfte und der Lage dieses Geschäfts als auch eine quantitative Auswahl vor, bei der auch die mehr oder weniger große Zahl der an das Vertriebsnetz Rochas angeschlossenen Einzelhändler für die betreffende Stadt, die Bedeutung dieser Stadt sowie die Kaufkraft ihrer Bewohner berücksichtigt würden, all dies zum Zwecke der Feststellung, ob der Bewerber in der Lage sei, einen Mindestumsatz zu erzielen.

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien habe sich Rochas dazu veranlaßt gesehen, die Bestellung, die Frau Ulm in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführerin der Gesellschaft Duo bei ihr aufgegeben habe, abzulehnen. Denn auch wenn das von der Gesellschaft Duo betriebene Geschäft eine durchschnittliche Ausstattung aufweise, die ohne das beträchtliche Vorhandensein von Modeartikeln, die mit Luxusparfümerieerzeugnissen nichts zu tun hätten, im wesentlichen annehmbar sei, so seien doch die übrigen Kriterien für die Anerkennung eines zugelassenen Einzelhändlers nicht erfüllt. Insbesondere sei das Geschäft schlecht gelegen, und es fehle darin an qualifiziertem Personal.

c) Rechtssache 2/79

Die Gesellschaft Lanvin Parfums verkaufe ihre Erzeugnisse in Frankreich und den anderen EWG-Ländern über ein selektives Vertriebsnetz. Außerhalb Frankreichs habe Lanvin Parfums Musterverträge über den Alleinvertrieb mit Generalvertretern geschlossen, die ihrerseits Vereinbarungen mit zugelassenen Einzelhändlern träfen. In Frankreich habe Lanvin Parfums Alleinvertriebsverträge mit zugelassenen Einzelhändlern geschlossen. Die Anzahl der zugelasse-

nen Verkaufsstellen für den Vertrieb der Lanvin-Erzeugnisse betrage 1 726.

Lanvin Parfums habe die Belieferung der Gesellschaft Duo, die in einer kleinen Straße von Straßburg einen Parfümladen betreibe, deshalb abgelehnt, weil sie gemeint habe, sie sei in Straßburg, wo sie bereits elf Wiederverkäufer besitze, bereits ausreichend vertreten.

d) Rechtssache 3/79

Die Gesellschaft Nina Nicci verkaufe ihre Erzeugnisse ebenfalls über ein selektives Vertriebsnetz, das 2 153 Verkaufsstellen umfasse. Da sie gemeint habe, sie sei in Straßburg ausreichend vertreten, habe sie die von der Firma Duo aufgegebene Warenbestellung aus diesem Grund abgelehnt.

2. Rechtsausführungen

Die Antragsgegner in den Ausgangsverfahren tragen sodann in ihren Schriftsätzen rechtliche Argumente nach folgendem Schema vor:

a) Beurteilung nach Artikel 85 Absatz 3

Auf die sich durch die fraglichen Vertriebsnetze ergebenden Beschränkungen sei unzweifelhaft Artikel 85 Absatz 3 anwendbar.

Die Erzeugung werde unter anderem durch die Qualifikation der zugelassenen Einzelhändler verbessert, die eine bessere Aufklärung des Herstellers über die Bedürfnisse und den Geschmack der Kundschaft sowie über die Marktlage ermögliche.

Die Verteilung werde aufgrund der beruflichen Qualifikation der zugelassenen Einzelhändler und der von ihnen den Kunden gebotenen Geschäftsausstattung verbessert.

Die quantitative Auswahl der zugelassenen Einzelhändler trage dadurch zu dieser Verbesserung bei, daß sie eine strenge Kontrolle der Qualität der dem Verbraucher zur Verfügung gestellten Erzeugnisse möglich mache.

Die Verbraucher würden an dem aus dieser Organisation entstehenden Gewinn dadurch angemessen beteiligt, daß ihnen im gewünschten Rahmen qualifizierte Verkäufer zu ihrer Beratung sowie immer weiter verbesserte Originalerzeugnisse zur Verfügung stünden und sie die Gewißheit hätten, daß diese Erzeugnisse völlig frisch seien.

Die Antragsgegner in den Rechtssachen 2 und 3/79 heben in diesem Zusammenhang hervor, daß mit den Vereinbarungen zwischen dem Fabrikanten und seinen Wiederverkäufern eine wirkliche Unterstützung des Verkaufs verbunden sei, die der Fabrikant den Wiederverkäufern leiste und die kostspielig sei (Ablieferung von Werbeplakaten und verschiedenem Einrichtungsmaterial, Vorführgegenstände, kostenlose Proben usw.). Werde der Fabrikant gezwungen, seine Erzeugnisse an jeden Parfümeriehändler, der sie bestelle, zu liefern, so führe dies unfehlbar zu neuen Belastungen, die sich zwangsläufig auf die Verkaufspreise auswirkten.

Die fraglichen Beschränkungen seien unerläßlich, denn ohne sie finde eine Popularisierung der Erzeugnisse statt, die den Handel mit Luxusparfüms und -schönheitsmitteln zunichte mache.

Schließlich werde auch der Wettbewerb nicht für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren ausgeschaltet, wie die Kommission in dem an die beteiligten Gesellschaften gerichteten Schreiben eindeutig festgestellt habe.

Die Antragsgegner in den Rechtssachen 2 und 3/79 tragen in ihren Schriftsätzen außerdem vor, die von den Fabrikanten getroffenen Entscheidungen über die Eröffnung neuer Geschäftskonten hingen vor allem von der Entwicklung dessen

ab, was, wie es jetzt gebräuchlich sei, mit der Vokabel „richesse vive" bezeichnet werde. Die Antragsteller legen in der Anlage einen Auszug aus einer Broschüre des „Proscop-Verzeichnisses" über die „richesse vive" vor. Die „richesse vive" eines Gebietes sei die Geldmenge, die geeignet sei, in diesem Gebiet in Käufe umgesetzt zu werden. Es richte sich nach den Möglichkeiten des Marktes, ob die Fabrikanten neue Geschäftskonten eröffneten. Man könne nicht davon ausgehen, daß sie verpflichtet seien, allen Verlangen nach einer Kontoeröffnung zu entsprechen, sobald diese geäußert würden.

b) Grundlagen der Vorlageentscheidung

Die Antragsgegner machen geltend, die nationalen Behörden könnten kein Kartell freistellen, das von der Kommission untersagt worden sei, ebenso wie sie kein Kartell untersagen könnten, das von der Gemeinschaftsbehörde freigestellt worden sei. Die Kommission könne aufgrund der ihr durch Artikel 9 der Verordnung Nr. 17 übertragenen ausschließlichen Zuständigkeit für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 eine einheitliche Politik für die Gemeinschaft in bezug auf die Kartelle festlegen. In diesem Rahmen wünsche das vorlegende Gericht, darüber unterrichtet zu werden, wie die Schreiben auszulegen seien, die die Kommission an die Antragsgegner im Anschluß an die Anmeldung ihrer Vertriebsverträge und das gegen sie eingeleitete Verfahren gesandt habe.

c) Rechtsnatur der an die Antragsgegner gesandten Schreiben der Kommission

Die Antragsgegner in den Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 tragen vor, sie hätten alle von der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission ein nahezu gleichlautendes Schreiben erhalten. Das an Guerlain gerichtete Schreiben vom 28. Oktober 1975 habe folgenden Wortlaut:

„Sehr geehrte Herren,

die SA Guerlain hat in Frankreich und den anderen EWG-Ländern ein selektives Vertriebsnetz errichtet, das durch eine begrenzte Zahl zugelassener Einzelhändler gekennzeichnet ist.

Diese Verkaufsorganisation beruht auf einem Mustervertrag über den Alleinvertrieb, den Guerlain mit ihren Generalvertretern in den einzelnen EWG-Ländern schließt, sowie auf Vertriebsvereinbarungen, die die Generalvertreter und Guerlain mit ihren zugelassenen Einzelhändlern in ihrem jeweiligen Vertragsgebiet treffen.

Diese Vereinbarungen enthielten Bestimmungen, die von der Kommission als unvereinbar mit Artikel 85 des Vertrages von Rom angesehen wurden. Es handelte sich insbesondere um Bestimmungen, welche die zugelassenen Einzelhändler daran hindern sollten, Guerlain-Erzeugnisse bei zugelassenen Generalvertretern oder Einzelhändlern der anderen EWG-Länder einzukaufen oder an diese weiterzuverkaufen, sowie um die ihnen auferlegte Verpflichtung, die Preisbindung auch bei den Guerlain-Erzeugnissen zu beachten, die sie im Gemeinsamen Markt reimportierten. Aufgrund des Einschreitens der Kommission hat Ihre Gesellschaft die Verträge über ihre Verkaufsorganisation in der EWG dahin geändert, daß es den zugelassenen Einzelhändlern freisteht, Guerlain-Erzeugnisse an jeden zugelassenen Generalvertreter oder Einzelhändler in der EWG weiterzuverkaufen oder von ihnen Guerlain-Erzeugnisse zu beziehen; handelt es sich um Erzeugnisse, die aus anderen Ländern des Gemeinsamen Marktes reimportiert oder in solche reexportiert wurden, so setzen sie ihre Preise selbst fest.

Ich beehre mich, Ihnen mitzuteilen, daß die Kommission hiernach angesichts des geringen Anteils, den Ihre Gesellschaft in

den einzelnen EWG-Ländern am Markt für Parfümerie-, Schönheits- und Toilettenartikel besitzt, und im Hinblick auf die beträchtliche Zahl von Konkurrenzunternehmen vergleichbarer Größe auf diesem Markt nach den ihr bekannten Tatsachen keinen Anlaß mehr sieht, gegen die erwähnten Vereinbarungen aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages von Rom einzuschreiten. Das Verfahren kann daher eingestellt werden.

Ich weise Sie jedoch darauf hin, daß die Kommission aufmerksam darüber wachen wird, daß die Zulassung oder der Ausschluß von qualifizierten Einzelhändlern in Ihrem selektiven Vertriebssystem nicht willkürlich gehandhabt und nicht auf Umwegen dazu benutzt wird, den freien Warenaustausch zwischen den zugelassenen Verteilern zu vereiteln.

Mit vorzüglicher Hochachtung

W. Schlieder"

Ähnliche Schreiben hätten die Gesellschaften Rochas am 26. März 1976, Lanvin Parfums am 22. September 1976 und Nina Ricci am 20. Januar 1978 erhalten.

Die Antragsgegner in den Ausgangsverfahren machen unter Bezugnahme auf das Urteil des Gerichtshofes vom 15. März 1967 in der Rechtssache *SA Cimenteries C.B.R. u. a.* (Slg. 1967, 99) geltend, die erwähnten Schreiben der Kommission stellten Maßnahmen dar, durch die das Gemeinschaftsorgan die Bedingungen für die Handhabung des selektiven Vertriebs der betroffenen Gesellschaften in unzweideutiger Weise festgelegt habe. Es handele sich also tatsächlich um eine Entscheidung.

d) Tragweite dieser Schreiben

Um die genaue Tragweite dieser Schreiben festzustellen, müßten ihr Inhalt, der von der Kommission in den Beschwerdepunkten eingenommene Standpunkt und das Kommuniqué der Kommission im Fünften Bericht über die Wettbewerbspolitik untersucht werden.

i) Inhalt der Schreiben

Die Antragsgegner machen geltend, unabhängig von den von der Kommission verwendeten Formulierungen sei ihnen tatsächlich eine echte Genehmigung erteilt worden. Die Antragsgegner weisen insbesondere auf die Passage hin, in der die Kommission erwähnt habe, daß sie weiterhin die von ihr genehmigten Verträge überwache und daß die vertragschließenden Gesellschaften das ihnen von der Gemeinschaftsbehörde zuerkannte Recht nicht mißbrauchen dürften. Nach Ansicht der Antragsgegner fällt dieser Teil der Schreiben unter Artikel 8 der Verordnung Nr. 17, der sich mit der Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 befasse.

ii) Mitteilung der Beschwerdepunkte

Die Kommission habe in der Mitteilung der Beschwerdepunkte, die sie der Gesellschaft Rochas am 24. Juli 1972 habe zugehen lassen, folgendes anerkannt (S. 7):

„Auf die Alleinvertriebsverträge, in denen eine nicht nur auf qualitativen, sondern auch auf quantitativen Auswahlkriterien beruhende Verkaufsorganisation geregelt ist, kann für bestimmte Luxusartikel, deren Markenimage — wie es hier zutrifft — eine bedeutende Rolle spielt, Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag angewandt werden."

Auch wenn die Kommission in der Folge aus internen politischen Erwägungen beschlossen habe, keine formelle Entscheidung zu erlassen, so habe sie doch ihren Standpunkt in dieser Angelegenheit ganz klar zum Ausdruck gebracht und könne daher in dem Moment, in dem ihre Entscheidung voll zur Geltung kommen solle, nicht von dem abgehen, was sie erklärt habe.

iii) Fünfter Bericht über die Wettbewerbspolitik (Nrn. 58 und 59)

In diesem Kommuniqué seien die beiden folgenden Feststellungen enthalten:

a) Die Vertriebsverträge seien unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsregeln zufriedenstellend.

b) Die Kommission greife zu einer globalen und einheitlichen Lösung für den gesamten Parfümeriesektor. Diese Lösung werde „ohne formelle Entscheidungen" angewandt.

Nach Auffassung der Antragsgegner in den Ausgangsverfahren ergibt sich aus dieser Untersuchung, daß die Kommission informelle Entscheidungen zugunsten einer jeden Gesellschaft im Gemeinsamen Markt getroffen habe, die Luxusparfümeriewaren herstelle und über ein in qualitativer wie auch quantitativer Hinsicht selektives Vertriebssystem verkaufe. Auch wenn die Kommission aus Gründen, die wahrscheinlich mit ihrer allgemeinen Wettbewerbspolitik zusammenhingen, eine einschränkende Formulierung in bezug auf den Wortlaut der an die betroffenen Unternehmen gerichteten Entscheidungen verwendet habe, so habe sie doch die Gültigkeit der fraglichen Verträge unter Bedingungen anerkannt, die in den Anwendungsbereich von Artikel 85 Absatz 3 fielen.

Schon mit Rücksicht auf das Vertrauen, das man in die Entscheidung und Kommuniqués der Kommission haben könne, und im Hinblick auf die Rechtssicherheit sei es wesentlich, daß der Wirtschaftssektor der Parfümerieerzeugnisse vor jeder Beeinträchtigung der gemeinschaftsrechtlichen Lösungen, die für ihn gefunden worden seien, geschützt werde.

Die Antragsgegner in den Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 schlagen vor, die dem Gerichtshof gestellte Frage wie folgt zu beantworten:

„Das Schreiben der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (vom 28. Oktober 1975/26. März 1976/22. September 1976/20. Januar 1978) ist eine informelle Entscheidung, die ihrem Inhalt nach eine Freistellung sämtlicher Verträge über den in qualitativer und quantitativer Hinsicht selektiven Vertrieb der Gesellschaften (Guerlain/Parfums Rochas/Lanvin Parfums/Nina Ricci) im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag darstellt."

D — Erklärungen der Regierung der Französischen Republik

Die Regierung der Französischen Republik bemerkt zunächst, der selektive Vertrieb, der besonders die Hersteller von Luxusartikeln wie etwa Parfüms angehe, sei Gegenstand von Maßnahmen sowohl seitens der nationalen Behörden, die das nationale Wettbewerbsrecht anzuwenden hätten, als auch von seiten der Gemeinschaftsbehörden, soweit es um die Gemeinschaftsbestimmungen gehe.

Die französische Regierung unterstreicht, sie halte es für wichtig, daß die nationalen und die gemeinschaftlichen Behörden ohne Disharmonie, unter Berücksichtigung der jeweiligen Zuständigkeiten vorgingen.

Was Frankreich betreffe, so falle das Problem des selektiven Vertriebs unter Artikel 37 Absatz 1a der Verordnung Nr. 45-1483 vom 30. Juni 1945, der die Verkaufsweigerung vorbehaltlich einiger Ausnahmen, die in einem Rundschreiben vom 31. März 1960, dem sogenannten „Fontanet-Rundschreiben", erläutert seien, untersage. Zu diesen Ausnahmen gehöre insbesondere der Alleinvertriebsvertrag. Ein solcher Vertrag könne eine Ausnahme vom Verbot der Verkaufsweigerung darstellen, wenn er bestimmte Voraussetzungen erfülle, nämlich im Interesse der Verbraucher liege, keine

Preisbindung aufweise, die Rechte Dritter in keiner Weise beeinträchtige und frei sei von jeder Absicht der Wettbewerbsbeschränkung, die im Wirtschaftsrecht verboten sei.

Es sei Sache der staatlichen Gerichte, gegebenenfalls über die Anwendung von Artikel 37 Absatz 1a der Verordnung Nr. 45-1483 und seiner Voraussetzungen auf den selektiven Vertrieb der Parfümerie- und Schönheitsartikel zu befinden.

Auf Gemeinschaftsebene habe die Kommission zu untersuchen, ob die selektiven Vertriebssysteme nicht unter die Bestimmungen von Artikel 85 des Vertrages von Rom fielen.

Die französische Regierung ist der Ansicht, das Verfahren zwischen der Gesellschaft Guerlain und bestimmten Vertriebshändlern betreffe keineswegs den innergemeinschaftlichen Handel; vielmehr gehe es darin nur um die nationalen Wettbewerbsregeln.

Im übrigen werfe die Frage, ob das staatliche Gericht Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages unmittelbar anwenden und ein Kartell aufgrund von Artikel 85 Absatz 2 für nichtig erklären könne, in Anbetracht des Artikels 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 und der gesamten Rechtsprechung des Gerichtshofes heikle Probleme auf.

Die dem Gerichtshof gestellte Frage betreffe ausschließlich Artikel 85 Absatz 3. Hierzu macht die französische Regierung die beiden folgenden Bemerkungen:

a) Das Tribunal de Grande Instance ersuche den Gerichtshof offenbar, über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 auf einen Einzelfall zu befinden. Dies sei im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens, in dem der Gerichtshof nach Artikel 177 des Vertrages nur eine Auslegung des Vertrages geben dürfe, nicht möglich.

b) Auf jeden Fall müsse der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht antworten, daß es für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages nicht zuständig sei. Denn die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 behalte der Kommission die ausschließliche Zuständigkeit vor, „vorbehaltlich der Nachprüfung der Entscheidung durch den Gerichtshof ... Artikel 85 Absatz 1 nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages für nicht anwendbar zu erklären". Nach Auffassung der französischen Regierung besagt diese Vorschrift, die insbesondere durch das für die Unternehmen bestehende Erfordernis der Rechtssicherheit gerechtfertigt sei, daß sowohl der Gerichtshof als auch das staatliche Gericht unzuständig seien, Artikel 85 Absatz 3 unmittelbar anzuwenden.

E — Erklärungen der Regierung des Vereinigten Königreichs

Die Regierung des Vereinigten Königreichs ist der Ansicht, die von dem vorlegenden Gericht gestellte Frage sei zweiteilig: Das Gericht wolle zum einen wissen, ob bestimmte Luxusartikel, deren Markenimage eine bedeutende Rolle spiele, unter die Freistellungsbestimmungen des Artikels 85 Absatz 3 fallen könnten, und zum anderen, ob sich im vorliegenden Fall die betroffenen Gesellschaften im Rahmen des Gemeinschaftsrechts darauf berufen könnten. Die Regierung des Vereinigten Königreichs beschränke ihre Ausführungen auf den zweiten Teil der Frage.

Dieser Teil gliedere sich seinerseits in folgende drei Fragen:

a) Ist eine Einzelfreistellung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages und Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 gewährt worden?

b) Falls dies verneint wird: Greift eine Gruppenfreistellung ein?

c) Wenn weder eine Einzelfreistellung noch eine Gruppenfreistellung vorliegt, erfüllt dann die in Rede stehende Vereinbarung die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3, um eine Einzelfreistellung zu erlangen?

Soweit es sich hierbei um Tatsachenfragen handele, weise die Regierung des Vereinigten Königreichs darauf hin, daß sich die Zuständigkeit des Gerichtshofes nach Artikel 177 darauf erstrecke, über Fragen nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu befinden, nicht aber, über Tatsachenfragen zu entscheiden oder sich zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf einen bestimmten Sachverhalt zu äußern.

Soweit die angeführten Fragen die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 beträfen, sei zu bemerken, daß nach Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 für die Gewährung von Freistellungen die Kommission ausschließlich zuständig sei und der Gerichtshof die Aufgabe habe, die Ausübung dieser Befugnis zu kontrollieren; was die Gruppenfreistellungen angehe, so habe die Kommission oder das staatliche Gericht darüber zu entscheiden, ob eine solche Freistellung eingreife.

Die Regierung des Vereinigten Königreichs erklärt, daß sie gleichwohl folgende Bemerkungen machen möchte: In den vier Rechtssachen behaupteten die Antragsgegner, die Kommission habe die fraglichen Vereinbarungen nach Artikel 85 Absatz 3 genehmigt. Dieses Vorbringen ergebe sich eindeutig aus dem Vorlageurteil in der Rechtssache 1/79, in dem das Gericht (S. 6) unter anderem ausgeführt habe:

„in der Erwägung, daß die Anwälte geltend machen, das selektive Vertriebssystem der Gesellschaft sei durch eine Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 26. März 1976 genehmigt worden; ... daß infolgedessen die Kommission der Europäischen Gemeinschaften durch ihre vorerwähnte Entscheidung das von der Gesellschaft ‚Parfums Rochas' gehandhabte selektive Vertriebssystem unter dem Gesichtspunkt der europäischen Wettbewerbsregeln aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 für gültig erklärt habe ..."

Das Vereinigte Königreich äußert insoweit stärkste Bedenken. Eine Einzelfreistellung könne nur im Wege einer Entscheidung gewährt werden (Artikel 6 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17), die selbst im Amtsblatt zu veröffentlichen sei (Artikel 21 Absatz 1 der Verordnung). Das Vereinigte Königreich hebt hervor, daß keine Entscheidung der Kommission betreffend diese vier Fälle und insbesondere keine Entscheidung vom 26. März 1976 in bezug auf die Gesellschaft Rochas im Amtsblatt veröffentlicht worden sei. Ob im vorliegenden Fall eine Gruppenfreistellung eingreife, sei unklar; doch sei es nicht Sache des Gerichtshofes, über diese Frage zu befinden.

Für das Vereinigte Königreich scheint es, daß in diesen vier Rechtssachen die Kommission — so wie sie es bereits in der Rechtssache 59/77, *de Bloos/Bouyer*, (Slg. 1977, 2359) getan habe — lediglich beschlossen habe, nicht einzuschreiten. Dies werde durch das bestätigt, was die Kommission in den Nrn. 57 bis 59 des Fünften Berichtes über die Wettbewerbspolitik ausgeführt habe. In bezug auf die in Rede stehenden Vereinbarungen sei nur eine Entscheidung über die „Einstellung des Verfahrens" getroffen worden.

Das Vereinigte Königreich macht unter Hinweis auf die Schlußanträge des Generalanwalts Mayras in der erwähnten Rechtssache *de Bloos* geltend, eine „Einstellungsentscheidung" sei keine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3. Da die Kommission keine Freistellungsentscheidung gemäß Artikel 85 Absatz 3 im Hin-

blick auf die fraglichen Vereinbarungen getroffen habe und die Kommission hierfür aufgrund von Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 ausschließlich zuständig sei, vertrete die Regierung des Vereinigten Königreichs abschließend die Ansicht, der Gerichtshof solle davon absehen, die in den vier Rechtssachen vorgelegten Fragen zu beantworten, soweit sie dahin gingen, ob eine bestimmte Vereinbarung unter die genannte Vorschrift falle.

F — Erklärungen der Kommission

1. Zulässigkeit der Vorabentscheidungsfragen

Die Kommission bemerkt zunächst, der Gerichtshof habe seit dem Urteil *Costa/ ENEL* (Slg. 1964, 1251) in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß er im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 177 nicht befugt sei, den Vertrag auf Einzelfälle anzuwenden.

In der Formulierung der vom Tribunal de Grande Instance vorgelegten Ersuchen seien zwei Hinweise enthalten, die zeigten, daß es sich um eine Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf spezielle Fälle handeln könne.

Der erste bestehe darin, daß das Gericht wünsche, „dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Alleinvertriebsverträge der Gesellschaft . . . vorzulegen"; der zweite ergebe sich daraus, daß im letzten Satzteil der Ersuchen die Frage gestellt werde, „ob sich *im vorliegenden Fall* die Gesellschaft . . ." auf eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages berufen könne.

Die Kommission ist daher der Ansicht, daß insoweit, als die gestellten Fragen nur die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf bestimmte Sachlagen beträfen, die Gegenstand der Ausgangsverfahren seien, der Gerichtshof sich für unzuständig erklären und die Fragen als unzulässig zurückweisen müsse.

Die Kommission ist aber auch der Ansicht, daß — worauf der Gerichtshof bereits in seiner Rechtsprechung hingewiesen habe — die Möglichkeit bestehe, die in den vorliegenden Rechtssachen gestellten Fragen neu zu formulieren.

Bevor die Kommission einen Vorschlag für die Neuformulierung der Fragen des Tribunal de Grande Instance vorlege, wolle sie jedoch einige Bemerkungen zu den Befugnissen des staatlichen Gerichts im Hinblick auf die der Kommission durch Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 übertragene ausschließliche Zuständigkeit für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 machen.

Es frage sich, ob diese Vorschrift das Recht der staatlichen Gerichte einschränke, dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 des Vertrages Vorabentscheidungsfragen nach der Auslegung von Artikel 85 Absatz 3 vorzulegen. Die Kommission macht unter Bezugnahme auf Randnr. 12 der Entscheidungsgründe in der Rechtssache *Brasserie de Haecht II* (Slg. 1973, 77) geltend, das staatliche Gericht könne daran interessiert sein, dem Gerichtshof eine Vorabentscheidungsfrage zu Artikel 85 Absatz 3 vorzulegen, um bestimmen zu können, ob in einem speziellen Fall die Gewährung einer Befreiung in Betracht komme. Falls das nationale Gericht im Anschluß an das Urteil des Gerichtshofes über die Auslegung von Artikel 85 Absatz 3 die Feststellung treffen könne, daß diese Auslegung im gegebenen Fall keine Befreiung erlaube, werde es im ermöglicht, die Unvereinbarkeit des Kartells mit Artikel 85 als zweifelsfrei gegeben anzunehmen und in diesem Sinne zu entscheiden.

Umgekehrt könne das Gericht beschließen, das Verfahren auszusetzen und sich

an die Kommission zu wenden, die allein für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 zuständig sei. Somit könne der Umstand, daß das staatliche Gericht keine Befreiung nach Artikel 85 Absatz 3 gewähren könne, dieses Gericht nicht daran hindern, dem Gerichtshof Vorabentscheidungsfragen vorzulegen, um eine Auslegung von Artikel 85 Absatz 3 zu erhalten.

2. Die Verwaltungsverfahren

Die Kommission trägt vor, sie habe sich im Parfümeriesektor dafür entschieden, global vorzugehen und dabei zu versuchen, den europäischen Parfümeriemarkt schnellstmöglich und unter annehmbaren Bedingungen zu liberalisieren.

a) Die Anmeldungen

Die Kommission erklärt in bezug auf die vier betroffenen Gesellschaften, sie hätten alle ihre Musterverträge über den Vertrieb in Frankreich, ihre Alleinvertriebsverträge mit ihren Generalvertretern in den anderen Mitgliedstaaten und einige Verträge dieser Generalvertreter mit ihren zugelassenen nationalen Wiederverkäufern angemeldet.

b) Die Untersuchung

Bei der Kommission seien zahlreiche Anmeldungen aus dem Parfümeriesektor (ungefähr 260 für insgesamt etwa 70 Unternehmen) eingegangen. Ihre Prüfung habe zu der Feststellung geführt, daß die meisten Fabrikanten dieses Sektors den Vertrieb ihrer Erzeugnisse innerhalb der EWG ähnlich gestalteten.

Außerdem habe sich gezeigt, daß es auf dem Markt für Parfümerie-, Schönheits- und Toilettenartikel in der EWG eine beträchtliche Anzahl von Konkurrenten gebe, von denen keiner eine Vorzugsstellung habe. Sie hätten in den einzelnen Mitgliedstaaten der EWG nur relativ geringe Marktanteile. Selbst die größten Unternehmen des Sektors besäßen keinen höheren Marktanteil als 5 %, während viele andere Unternehmen nur über einen Anteil von 0,5 bis 2 % verfügten. Auch wenn einige dieser Unternehmen, die in Unternehmensgruppen zusammengeschlossen seien, einen beträchtlichen Gesamtumsatz aufwiesen, so habe dieser Umsatz nach den Feststellungen der Kommission doch keine erkennbare praktische Auswirkung auf den Parfümeriemarkt.

Wie die Kommission anschließend ausführt, hätten die meisten der angemeldeten Verträge Klauseln enthalten, die sie als unvereinbar mit Artikel 85 des Vertrages angesehen habe; es habe sich insbesondere um Bestimmungen gehandelt, welche die zugelassenen Einzelhändler der selektiven Vertriebssysteme verpflichtet hätten,

— nur an Endverbraucher zu verkaufen (indirektes Exportverbot),

— nur beim Generalvertreter (oder dem Fabrikanten) ihres Landes einzukaufen (indirektes Importverbot),

— die Preisbindung auch bei reexportierten oder reimportierten Erzeugnissen zu beachten.

Durch diese Bestimmungen sei jede Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Warenverkehrs zwischen den zugelassenen Einzelhändlern unterbunden worden, was zu einer Abschottung der EWG-Märkte auf der Handelsstufe und zum Fortbestand der zum Teil erheblichen Preisunterschiede bei gleichen Erzeugnissen innerhalb des Gemeinsamen Marktes geführt habe.

c) Das Vorgehen der Kommission

Aus diesem Grund habe die Kommission am 27. April 1972 ein Verfahren gegen drei Unternehmen eingeleitet, die derartige Verträge angemeldet hätten, nämlich

Dior, Lancôme und Rochas, die sie als Testfälle für den gesamten Sektor betrachtet habe.

Am 24. Juli 1972 habe die Kommission jedem dieser drei Unternehmen eine Mitteilung der Beschwerdepunkte zugehen lassen, namentlich um den selektiven Vertriebssystemen, so wie sie zu diesem Zeitpunkt bestanden hätten, die Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 zu versagen. Im Anschluß an diese Mitteilungen seien die Unternehmen gehört worden; insbesondere sei ihnen Gelegenheit gegeben worden, ihren Standpunkt am 22. September 1972 mündlich zu erläutern.

Am 25. Mai 1973 habe die Kommission eine zusätzliche Mitteilung von Beschwerdepunkten an Rochas gesandt, die dann noch einmal Gelegenheit gehabt habe, ihren Standpunkt am 17. Juli 1973 mündlich zu erläutern.

Die Probleme, welche die im Parfümeriesektor gehandhabten selektiven Vertriebssysteme im Hinblick auf das Wettbewerbsrecht aufgeworfen hätten, seien mit den betroffenen Kreisen ausgiebig erörtert worden. Sie seien auch auf zwei Konferenzen der Regierungssachverständigen für Kartellfragen, die am 9. November 1973 und 26. September 1974 stattgefunden hätten, diskutiert worden.

Bei dieser Gelegenheit habe die Kommission ihren Standpunkt in dieser Sache dargelegt und die Lösung aufgezeigt, die sie für den gesamten Sektor erwogen habe. Sie sei nämlich der Ansicht gewesen, daß für sie kein Anlaß mehr bestehe, gegen die Verträge über die im Parfümeriesektor angewandten Absatzsysteme aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag einzuschreiten, vorausgesetzt, daß sämtliche, insbesondere den zugelassenen Wiederverkäufern erteilten, direkten und indirekten Ausfuhr- oder Einfuhrverbote sowie die ihnen auferlegte Verpflichtung, die Preisbindung bei der Wiedereinfuhr oder -ausfuhr zu beachten, aufgehoben würden.

Die Regierungssachverständigen — die dem mit den zahlreichen Anmeldungen in diesem Sektor aufgeworfenen Mengenproblem gegenüber nicht gleichgültig gewesen seien — hätten im Prinzip keinen Einwand gegen eine solche Lösung erhoben.

Diese Lösung sei auch vom COLIPA (Comité de liaison des Syndicats européens de la parfumerie), in dem die nationalen Herstellerverbände zusammengeschlossen seien, in seiner Sitzung am 17. September 1974 in Brüssel gebilligt worden. Im Laufe dieser Sitzung sei außerdem vereinbart worden, daß die Lösung auf alle Unternehmen des Sektors angewandt werde.

Von diesen Zielvorstellungen ausgehend sei die Kommission zunächst in Sachen Dior, Lancôme und Rochas vorgegangen, gegen die das Verfahren eingeleitet gewesen sei.

Als erste hätten Dior und Lancôme und sodann habe Rochas eingewilligt, die beanstandeten Bestimmungen ihrer Verträge aufzuheben und den zugelassenen Einzelhändlern zu erlauben, innerhalb ihrer Vertriebsnetze Vertragserzeugnisse an jeden zugelassenen Generalvertreter oder Einzelhändler in den übrigen Mitgliedstaaten der EWG weiterzuverkaufen oder von ihnen Vertragserzeugnisse zu beziehen sowie ihre Preise selbst festzusetzen, wenn es sich um Erzeugnisse handele, die aus anderen Mitgliedstaaten reimportiert oder in solche reexportiert würden.

In Anbetracht der vorgenommenen Änderungen habe die Kommission keinen Anlaß mehr gesehen, gegen die von den drei Unternehmen praktizierte Auswahl der Verkaufsstellen nach Artikel 85 Absatz 1 einzuschreiten; hiervon habe sie die Unternehmen unterrichtet. Bei Ab-

schluß des Verfahrens gegen Dior und Lancôme habe die Kommission am 20. Dezember 1974 eine Pressemitteilung herausgegeben, aus der hervorgegangen sei, daß ihre Stellungnahme „Hinweise darüber [gibt], von welchen Grundsätzen und Kriterien sich die Kommission bei der Würdigung ähnlicher Fälle auf dem Parfümeriesektor leiten lassen wird". Die Kommission habe anschließend die anderen Unternehmen aufgefordert, die von ihr beanstandeten restriktiven Bestimmungen oder jede andere Klausel analoger Wirkung, die in ihren Vertriebsverträgen enthalten sein könnte, aufzuheben. Sie habe zu diesem Zweck ebenfalls Schreiben an Guerlain (am 23. Dezember 1974), an Lanvin (am 13. Januar 1975) und an Nina Ricci (am 4. März 1975) gerichtet.

Alle angesprochenen Unternehmen (einschließlich Guerlain, Lanvin und Nina Ricci) hätten sich daraufhin bereit erklärt, ihre Verkaufsorganisation im Sinne der Kommission zu ändern, und hätten ihre Verträge entsprechend geändert. Sowie die betroffenen Unternehmen die Kommission darüber informiert hätten, daß die neuen Verträge in Kraft getreten seien, habe die Kommission sie in einem Schreiben davon unterrichtet, daß das Verfahren habe eingestellt werden können [1].

3. Vorschlag für eine Neuformulierung der Fragen

Die Kommission ist der Ansicht, der Gerichtshof könne nach der erwähnten Rechtsprechung aus den Ersuchen, die ihm das Tribunal de Grande Instance Paris vorgelegt habe, die Auslegungsfragen herausschälen.

Mit den Fragen des Tribunal de Grande Instance werde das Problem angeschnitten, wie die fraglichen Verträge gemeinschaftsrechtlich im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 3 zu beurteilen seien. Eine solche Fragestellung lasse vermuten, daß nach Auffassung des Gerichts diese Verträge den Tatbestand des Artikels 85 Absatz 1 erfüllten.

Die Kommission meint jedoch, es müsse zunächst geprüft werden, ob dies tatsächlich der Fall sei, denn nur wenn der Tatbestand des Artikels 85 Absatz 1 erfüllt sei, stelle sich das Problem einer etwaigen Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3. Die Kommission habe aber bereits in ihrer Darstellung des Ablaufs der Verwaltungsverfahren darauf hingewiesen, daß dies nach ihrer Ansicht nicht mehr der Fall sei, nachdem die betroffenen Unternehmen die beanstandeten Vertragsklauseln aufgehoben hätten.

Die Kommission schlägt vor, eine erste Frage wie folgt neu zu formulieren:

a) Ist Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß Verträge über eine Verkaufsorganisation, die nicht nur auf qualitativen, sondern auch auf quantitativen Auswahlkriterien beruht, im Sektor für bestimmte Luxusartikel, deren Markenimage eine bedeutende Rolle spielt, aufgrund dieser Vorschrift verboten sind?

Die Kommission nimmt sich dann vor, die Frage nach der Auslegung von Artikel 85 Absatz 3 zu beantworten, die sie wie folgt umformuliert:

b) Ist Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß Verträge über eine Verkaufsorganisation, die nicht nur auf qualitativen, sondern auch auf quantitativen Auswahlkriterien beruht, im Sektor für bestimmte Luxusartikel, deren Markenimage eine bedeutende Rolle spielt, in den Genuß einer Freistellungsentscheidung kommen können, falls derartige Alleinvertriebsverträge unter das Verbot des Absatzes 1 dieses Artikels fallen?

1 — Der Wortlaut dieses Schreibens ist oben unter C wiedergegeben.

Im Hinblick auf die Auskünfte, die die Kommission über ihr Vorgehen in den Verwaltungsverfahren gegeben habe, könne eine dritte Frage wie folgt neu formuliert werden:

c) Kann nach dem Gemeinschaftsrecht davon ausgegangen werden, daß das Vorgehen der Kommission in den Verwaltungsverfahren zu einer Freistellung der Verträge über die Verkaufsorganisation der Gesellschaften Guerlain, Rochas, Lanvin und Nina Ricci aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag geführt hat?

Da sich aus den Vorabentscheidungsersuchen ergebe, daß sich einige der Beteiligten gegenüber einer möglichen Anwendung der französischen Rechtsvorschriften über die Verkaufsweigerung auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts berufen hätten, müsse wahrscheinlich auch hierzu eine Frage neu formuliert werden. Eine solche Frage setze jedoch voraus, daß zunächst die genaue rechtliche Situation der betreffenden Vereinbarungen aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts geklärt werde.

Deshalb schlägt die Kommission vor, eine vierte Frage wie folgt neu zu formulieren:

d) Wie ist im Zusammenhang mit den Antworten auf die vorhergehenden Fragen die genaue rechtliche Situation der Verträge aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts?

Sodann könne folgende fünfte Frage formuliert werden:

e) Welches sind im Zusammenhang mit den Antworten auf die vorhergehenden Fragen und unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts die Möglichkeiten für ein nationales Gericht, strengere nationale Rechtsvorschriften auf die durch diese Verträge geregelten Verkaufsorganisationen anzuwenden?

4. Artikel 85 Absatz 1

Frage a:

„Ist Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß Verträge über eine Verkaufsorganisation, die nicht nur auf qualitativen, sondern auch auf quantitativen Auswahlkriterien beruht, im Sektor für bestimmte Luxusartikel, deren Markenimage eine bedeutende Rolle spielt, aufgrund dieser Vorschrift verboten sind?"

Was den Geltungsbereich von Artikel 85 Absatz 1 angehe, so sei in erster Linie daran zu erinnern, daß es jedem Unternehmen freistehe, sein Produktionsvolumen zu bestimmen, den Kundenkreis zu definieren, den es erreichen wolle (die Masse oder eine spezifische Kundschaft), und die Vertriebsmodalitäten zu wählen, die es für die angemessensten halte (Tochterbetriebe, Alleinvertreter, zugelassene Einzelhändler usw.), sofern die Maßnahmen, die es ergreife, nicht gegen die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag verstießen.

Was die selektiven Vertriebssysteme betreffe, so könne die Auswahl der Wiederverkäufer, die zu einem solchen Vertriebsnetz zugelassen würden, anhand verschiedener Kriterien erfolgen. Wie auch das Tribunal de Grande Instance festgestellt habe, wählten die Fabrikanten der Luxusparfümerieindustrie die Wiederverkäufer nicht nur aufgrund qualitativer, sondern auch anhand quantitativer Kriterien aus.

Zunächst müßten diese Begriffe erläutert werden. Die Kommission habe ihre Auffassung hierüber bereits mehrfach in ihren Berichten über die Wettbewerbspolitik deutlich gemacht.

Die *qualitative* Auswahl der Wiederverkäufer erfolge anhand bestimmter objektiver, einheitlicher Voraussetzungen in bezug auf die berufliche Eignung und die Fachkenntnisse des Wiederverkäufers

und seines Personals sowie die Verkaufseinrichtungen der Wiederverkäufer etwa im Hinblick auf die Möglichkeiten der Aufbewahrung und Darbietung der Erzeugnisse und auf die Lage und Ausstattung der Geschäftsräume.

Erfolge die Auswahl auch anhand *quantitativer* Kriterien, so werde die Zahl der Wiederverkäufer, über die der Fabrikant (oder seine Generalvertreter) seine Erzeugnisse abzusetzen sich verpflichte, außerdem nach geographischen Gebieten zum Beispiel im Zusammenhang mit der potentiellen Kaufkraft des vom Fabrikanten (oder von seinen Generalvertretern) bestimmten örtlichen Kundenkreises beschränkt.

a) Die qualitative Auswahl

Die Kommission vertritt unter Hinweis auf Randnr. 20 der Entscheidungsgründe in der Rechtssache *Metro* (Slg. 1977, 1875) die Auffassung, im Parfümeriesektor könne auch die Auswahl der Vertriebshändler aufgrund rein qualitativer Kriterien dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 entgehen, wenn diese Kriterien einheitlich und ohne Diskriminierung auf alle in Betracht kommenden Vertriebshändler angewandt würden, um deren Eignung für den Anschluß an das Vertriebsnetz festzustellen.

b) Die quantitative Auswahl

Die qualitative Auswahl sei jedoch nicht das Hauptproblem bei den im Luxusparfümeriesektor angewandten selektiven Vertriebssystemen. Denn die meisten Unternehmen dieses Sektors träfen neben der qualitativen Auswahl ihrer Wiederverkäufer noch eine quantitative Auswahl, wie es die von den Antragsgegnern in den Ausgangsverfahren zur Begründung ihrer Verkaufsweigerung gemachten Ausführungen bestätigten.

Die Kommission meint hierzu, daß dann, wenn sich die Fabrikanten (oder ihre Generalvertreter) durch Verträge mit den zugelassenen Wiederverkäufern verpflichteten, ihre Erzeugnisse nicht an andere Vertriebshändler zu liefern, die zwar genügend qualifiziert, aber aufgrund der zahlenmäßigen Begrenzung der Wiederverkäufer nicht an das Vertriebsnetz angeschlossen seien, es sich grundsätzlich um eine Wettbewerbsbeschränkung handele. Der Umstand, daß eine solche Beschränkung mit dem Volumen der mutmaßlichen Kaufkraft des Kundenkreises für bestimmte Erzeugnisse in bestimmten Gebieten begründet werde, könne an dieser Feststellung nichts ändern.

Für diese Schlußfolgerung spreche auch die erwähnte Randnr. 20 der Entscheidungsgründe in der Rechtssache *Metro,* in der der Gerichtshof ausgeführt habe, daß die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver qualitativer Gesichtspunkte einheitlich und in nichtdiskriminierender Weise erfolgen müsse. Wenn aber die Auswahl der Wiederverkäufer auch anhand quantitativer Kriterien erfolge, werde eine bestimmte Anzahl von Wiederverkäufern, die die qualitativen Kriterien erfüllten, allein aufgrund der zahlenmäßigen Begrenzung nicht zu dem Vertriebsnetz zugelassen, somit bei gleicher Qualifikation ungleich behandelt und von diesem Netz ausgeschlossen.

Die in diesen Verträgen enthaltene Bestimmung, welche die Möglichkeiten des an das Vertriebsnetz angeschlossenen Wiederverkäufers einschränke, die betreffenden Erzeugnisse an nicht angeschlossene Vertriebshändler weiterzuverkaufen, stelle grundsätzlich ebenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung dar. Aufgrund dieser Bestimmung kann nach Ansicht der Kommission der Absatz durch die zugelassenen Wiederverkäufer im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe b eingeschränkt und kontrolliert werden.

c) Die Spürbarkeit der Beschränkung

Im allgemeinen sehe sich die Kommission in derartigen Fällen veranlaßt einzuschreiten, insbesondere wenn es um in mehreren Mitgliedstaaten parallel und gleichmäßig angewandte Absatzsysteme gehe, es sei denn, die Beschränkung sei offensichtlich nicht spürbar. Wenn die Beschränkung nicht geeignet sei, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, brauche die Kommission natürlich auch nicht einzuschreiten.

Nach Prüfung der vom Gerichtshof in Randnr. 18 der Entscheidungsgründe seines Urteils *Béguelin* (Slg. 1971, 949) genannten Kriterien sei die Kommission *aufgrund der ihr bekannten Tatsachen* zu dem Schluß gelangt, daß die Wettbewerbsbeschränkungen, die möglicherweise noch bei den im Parfümeriesektor gehandhabten selektiven Vertriebssystemen bestünden, *wegen der Besonderheiten* dieses Sektors nicht mehr spürbar und jedenfalls nicht mehr geeignet seien, den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise, die der Verwirklichung der Ziele des EWG-Vertrags schaden könne, spürbar zu beeinträchtigen.

5. Artikel 85 Absatz 3

Frage b:

„Ist Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß Verträge über eine Verkaufsorganisation, die nicht nur auf qualitativen, sondern auch auf quantitativen Auswahlkriterien beruht, im Sektor für bestimmte Luxusartikel, deren Markenimage eine bedeutende Rolle spielt, in den Genuß einer Freistellungsentscheidung kommen können, falls derartige Alleinvertriebsverträge unter das Verbot des Absatzes 1 dieses Artikels fallen?"

Falls die Verträge über ein derartiges, auf quantitativen Kriterien beruhendes selektives Vertriebssystem alle Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 erfüllten, stelle sich die Frage der Gewährung einer Freistellung nach Absatz 3 dieses Artikels durch Einzelentscheidung, vorausgesetzt natürlich, daß die Freistellung nicht bereits durch eine Gruppenfreistellungsverordnung — wie die Verordnung Nr. 67/67 — gewährt worden sei.

Die Kommission könne sich nicht erschöpfend dazu äußern, welche Haltung sie in einem solchen Fall einnehmen würde, da die Beurteilung derartiger selektiver Vertriebssysteme von Fall zu Fall je nach den besonderen wirtschaftlichen und kommerziellen Gegebenheiten des einzelnen Systems stark variiere. Sie könne höchstens im folgenden einige allgemeine Überlegungen zu diesem Punkt anstellen.

Die Kommission habe bereits in ihren Berichten über die Wettbewerbspolitik hervorgehoben, daß eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 in den Fällen der quantitativen Auswahl nur ausnahmsweise gewährt werden könne. Die Frage, die gestellt werden müsse, laute, ob die Art des Erzeugnisses (technische Kompliziertheit, Notwendigkeit eines besonders guten Kundendienstes, gefährliche Eigenschaften) eine enge Zusammenarbeit zwischen Fabrikanten und Wiederverkäufern verlange, die ein anderes Vertriebssytem nicht gewährleisten könne.

Vor dem Erlaß einer Freistellungsentscheidung müßten die Vorteile, die diese für die Verbraucher mit sich bringen könne, im Hinblick auf den Umfang der sich daraus ergebenden besonderen Beschränkungen unter Berücksichtigung der Stellung der Vertragspartner und ihrer Erzeugnisse auf dem Markt ermittelt werden. In bestimmten Fällen könne die Genehmigung selektiver Vertriebssysteme die Verbraucher an vorteilhaften Käufen hindern.

Außerdem sei zu prüfen, ob die Bestimmungen der Verträge, die den Weiterverkauf der Erzeugnisse an nicht an das Vertriebsnetz angeschlossene Vertriebshändler untersagten — und auf denen die „Geschlossenheit" des Netzes beruhe — unerläßlich seien, um die günstigen Ziele der ersten beiden Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 zu erreichen.

Was insbesondere die im *Luxusparfümeriesektor* gehandhabten selektiven Vertriebssysteme angehe, so sei die Kommission zu dem Schluß gelangt, daß die quantitative Auswahl nicht schon deswegen nach Artikel 85 Absatz 3 vom Kartellverbot freigestellt werden könne, weil es sich um Luxusartikel handele.

Die Exklusivität eines Erzeugnisses könne durch das Niveau der vom Fabrikanten (oder von seinen Generalvertretern) angewandten Preise für die Wiederverkäufer, notfalls ergänzt durch eine qualitative Auswahl, hinreichend gewährleistet werden. Eine quantitative Begrenzung der Händler auf der Vertriebsstufe gehe über die objektiven Erfordernisse der Erhaltung eines Erzeugnisses als Luxusartikel hinaus.

Im übrigen gebe es weniger einschränkende Mittel, um eine zu starke Streuung der Verkaufsstellen zu verhindern, beispielsweise die Festsetzung von Mindestabsatzmengen.

Die Kommission sei jedenfalls bisher der Ansicht gewesen, daß die von den betroffenen Unternehmen geltend gemachten Argumente nicht geeignet seien, die Gewährung einer Freistellung für die Vereinbarungen über derartige Vertriebssysteme in diesem Sektor zu rechtfertigen. Insbesondere habe sie gemeint, daß die Probleme, die mit der Rücknahme der unbrauchbar gewordenen Erzeugnisse in diesem Sektor verbunden seien, die Gewährung einer solchen Freistellung nicht rechtfertigen könnten.

Es sei jedoch darauf hinzuweisen, daß die Kommission in jedem Einzelfall von ihrem Ermessen Gebrauch machen müsse, um das Für und Wider einer etwaigen Freistellung durch Einzelentscheidung abzuwägen.

6. Keine Gewährung einer Freistellung durch die Kommission

Frage c:

„Kann nach dem Gemeinschaftsrecht davon ausgegangen werden, daß das Vorgehen der Kommission in den Verwaltungsverfahren zu einer Freistellung der Verträge über die Verkaufsorganisation der Gesellschaften Guerlain, Rochas, Lanvin und Nina Ricci aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag geführt hat?"

Nach Auffassung der Kommission wirft diese Frage zunächst das Problem der Zusammenarbeit zwischen dem staatlichen Gericht, das nach dem Gemeinschaftsrecht für die Anwendung der Absätze 1 und 2 des Artikels 85 zuständig sei, und der Kommission auf, die ebenfalls nach dem Gemeinschaftsrecht die ausschließliche Zuständigkeit für die Gewährung einer Freistellung aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 besitze.

Namentlich dann, wenn Vereinbarungen angemeldet worden seien, die Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens im Hinblick auf eine eventuelle Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 seien oder gewesen seien, sei es besser, wenn sich die für die Anwendung der Absätze 1 und 2 des Artikels 85 zuständigen nationalen Behörden im Zweifelsfall bei der Kommission erkundigten, ob in bezug auf die Vereinbarungen eine Freistellungsentscheidung gemäß Artikel 85 Absatz 3 ergangen sei.

Hätte das Tribunal de Grande Instance Paris ein entsprechendes Schreiben an die Kommission gerichtet, so hätte diese

geantwortet, daß sie keine Entscheidung getroffen habe, mit der die fraglichen Vereinbarungen nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt worden seien, und daß sie nicht der Ansicht sei, daß sie freigestellt werden könnten.

Das vorlegende Gericht hätte sich auch auf die Tatsache stützen können, daß die Kommission keine solche Entscheidung über eine nach Artikel 85 Absatz 3 erfolgte Freistellung der von den betroffenen Gesellschaften geschlossenen Vereinbarungen gemäß Artikel 21 der Verordnung Nr. 17 veröffentlicht habe, um zu der Auffassung zu gelangen, daß diese Vereinbarungen somit nicht in den Genuß einer Freistellung gekommen seien.

Wie bereits ausgeführt, habe die Kommission im Falle der von Guerlain, Rochas, Lanvin und Nina Ricci geschlossenen Verträge die Gewährung einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 durch Einzelentscheidung im Laufe der Verwaltungsverfahren abgelehnt. Folglich sei nach dem Gemeinschaftsrecht nicht davon auszugehen, daß das Vorgehen der Kommission eine Freistellung der betreffenden Vereinbarungen aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 zur Folge gehabt habe.

7. Die derzeitige rechtliche Situation der Vereinbarungen

Frage d:

„Wie ist im Zusammenhang mit den Antworten auf die vorhergehenden Fragen die derzeitige rechtliche Situation der betreffenden Verträge aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts?"

Nach Ansicht der Kommission sind die fraglichen Verträge aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts jedenfalls insoweit als wirksam zu betrachten, als sie nicht den Tatbestand des Artikels 85 Absatz 1 erfüllten. Wie die Kommission bereits erwähnt habe, sei sie aufgrund der ihr bekannten Tatsachen zu dem Schluß gelangt, daß dieser Tatbestand nicht erfüllt sei.

Darüber hinaus habe der Gerichtshof in seinem Urteil *De Bloos* (aaO, S. 2369 f.) bestätigt, daß die ordnungsgemäß angemeldeten oder von der Anmeldung freigestellten Altkartelle vorläufig wirksam seien, und für Recht erkannt, daß in der Zeit von der Anmeldung bis zu dem Tag, an dem eine Entscheidung der Kommission ergehe, die Gerichte, vor denen ein Rechtsstreit über ein ordnungsgemäß angemeldetes oder von der Anmeldung befreites Altkartell anhängig sei, diesem die nach dem anwendbaren Recht mit ihm verbundenen Rechtswirkungen zuerkennen müßten, ohne daß diese Wirkungen in Zweifel gezogen werden könnten, weil etwa die Vereinbarkeit des Kartells mit Artikel 85 Absatz 1 bestritten werde.

Nun ergebe sich aber aus der Beschreibung des Ablaufs der Verwaltungsverfahren, daß *die Kommission* jedenfalls *nichts getan habe, was geeignet gewesen sei, den Verträgen, die vorläufig wirksam gewesen seien, diese Wirksamkeit zu nehmen.* Im Gegenteil, ihr Vorgehen habe dazu geführt, daß die Unternehmen diejenigen Bestimmungen ihrer Verträge aufgehoben hätten, die sie als unvereinbar mit Artikel 85 Absatz 1 betrachtet habe.

Für den Fall, daß das nationale Gericht in der Annahme, die Vereinbarungen erfüllten sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1, die Feststellung treffen könne, daß den Vereinbarungen keine solche vorläufige Wirksamkeit zukomme, müsse es gleichwohl noch prüfen, ob diese Verträge unter eine Freistellung aufgrund einer Gruppenfreistellungsverordnung fielen, vorausgesetzt natürlich, daß sie nicht Gegenstand einer Einzelfreistellungsentscheidung der Kommission seien.

Die Verordnung Nr. 67/67 der Kommission über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen sei die einzige Gruppenfreistellungsverordnung, die für das in Rede stehende Problem in Betracht kommen könne.

Die Kommission meint allerdings, daß die Vertriebsverträge zwischen den Herstellern (oder ihren Generalvertretern) und den Wiederverkäufern, in denen eine Verkaufsorganisation in Form eines Netzes von in begrenzter Zahl ausgewählten Wiederverkäufern geregelt sei, aus mehreren Gründen normalerweise nicht unter die mit dieser Verordnung gewährte Freistellung fielen [1].

Ein erster Grund liege darin, daß auf die Vereinbarungen zwischen den Herstellern (oder ihren Generalvertretern) und den Wiederverkäufern nicht die Beschreibung des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe a dieser Verordnung zutreffe, wonach diejenigen Verträge freigestellt seien, in denen sich ein Vertragspartner dem anderen gegenüber verpflichte, „zum Zwecke des Weiterverkaufs innerhalb eines abgegrenzten Gebietes des Gemeinsamen Marktes bestimmte Waren nur an ihn zu liefern". Im Falle der zugelassenen Wiederverkäufer gebe es weder eine Alleinbelieferung noch eine solche Gebietsvertretung.

Der Hauptgrund sei aber der, daß derartige Verträge in der Regel Bestimmungen enthielten, die den zugelassenen Wiederverkäufern untersagten, die betreffenden Erzeugnisse an andere Vertriebshändler, die nicht an das Netz angeschlossen seien, weiterzuverkaufen. Ein solches Verbot hindere nach den Bestimmungen der Artikel 2 und 3 der Verordnung Nr. 67/67 die Anwendung der Gruppenfreistellung auf Verträge, in denen eine Verkaufsorganisation in Form eines Netzes von in begrenzter Zahl ausgewählten Wiederverkäufern geregelt sei.

Die Kommission ist abschließend der Ansicht, das nationale Gericht könne nur davon ausgehen, daß die Vereinbarungen aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts nichtig seien, wenn

— alle tatbestandlichen Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 erfüllt seien,

— die Vereinbarungen nicht aufgrund einer Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt worden seien,

— die Vereinbarungen nicht durch Einzelentscheidung der Kommission freigestellt worden seien,

— das Gericht die Feststellung treffen könne, daß den Vereinbarungen keine vorläufige Wirksamkeit zukomme.

Auch in einem solchen Fall habe das nationale Gericht darüber zu entscheiden, ob das Verfahren auszusetzen sei, um den Beteiligten Gelegenheit zu geben, eine Stellungnahme der Kommission einzuholen, wie der Gerichtshof in seinem Urteil *Brasserie de Haecht II* (aaO, Randnr. 12 der Entscheidungsgründe) ausgeführt habe.

8. Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften

Frage e:

„Welches sind im Zusammenhang mit den Antworten auf die vorhergehenden Fragen und unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts die Möglichkeiten für ein nationales Gericht, strengere nationale Rechtsvorschriften auf die durch diese Verträge geregelten Verkaufsorganisationen anzuwenden?"

Die Kommission bemerkt, da sich nach der Beantwortung der vorhergehenden Fragen aus den Antworten auf diese Fra-

1 — Die Kommission stellt jedoch klar, daß diese Beurteilung nicht für Verträge zwischen den Herstellern und ihren Generalvertretern gelte, die den Anforderungen der Verordnung Nr. 67/67 genügten.

gen ergebe, daß die Verträge nicht unter eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 fielen, stelle sich für das vorlegende Gericht das Problem des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nur im Rahmen des Artikels 85 Absatz 1.

Im Urteil *Walt Wilhelm* (Slg. 1969, 1) sei der Grundsatz aufgestellt worden, daß die Anwendung des nationalen Rechts die uneingeschränkte und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigen dürfe. Die Kommission unterscheidet insoweit zwei Fälle:

a) Der Tatbestand des Artikels 85 Absatz 1 ist nicht erfüllt

Die Kommission trägt vor, daß dann, wenn feststehe, daß eine Vereinbarung nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 falle, weil sie nicht geeignet sei, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen, die Mitgliedstaaten und somit auch die Gerichte dieser Staaten ihre strengeren Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet anwenden dürften.

Diese Feststellung stehe im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes, der ausgeführt habe, daß diese tatbestandliche Voraussetzung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 darauf abziele, die Geltung des Gemeinschaftsrechts gegenüber derjenigen des staatlichen Rechts im Bereich der Kartellvorschriften abzugrenzen. Die Kommission ist der Auffassung, die gleichen Überlegungen könnten im Prinzip auch dann gelten, wenn Artikel 85 Absatz 1 deshalb keine Anwendung finde, weil eine andere tatbestandliche Voraussetzung dieser Vorschrift nicht erfüllt sei.

Man könne sich jedoch fragen, ob die uneingeschränkte und einheitliche Anwendung von Artikel 85 nicht gefährdet werde, wenn durch die Anwendung des strengeren nationalen Rechts eines Mitgliedstaats die Verhaltensweise eines Unternehmens untersagt werde, die nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 falle, die aber zur Erreichung der Ziele des EWG-Vertrags beitrage.

Der Gerichtshof habe in dem erwähnten Urteil *Walt Wilhelm* ausgeführt, daß der Vertrag mit der Anwendung von Artikel 85 zwar in erster Linie die Hindernisse für den freien Warenverkehr auf dem Gemeinsamen Markt beseitigen und die Einheit dieses Marktes bekräftigen und gewährleisten wolle, daß er aber auch den Gemeinschaftsbehörden gewisse positive, obgleich mittelbare Eingriffe zur Förderung einer harmonischen Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft im Sinne von Artikel 2 des Vertrages gestatte.

Es könne tatsächlich sein, daß die günstige Einstellung der Kommission, die in einem bestimmten Fall in der Erteilung eines Negativattestes zum Ausdruck komme, hierdurch motiviert worden sei. Dies treffe aber für die Einstellung der Kommission gegenüber den von den Parfümeriehändlern in den vorliegenden Rechtssachen gehandhabten selektiven Vertriebssystemen nicht zu. Die Kommission ist deshalb der Ansicht, daß die Bestimmungen des EWG-Vertrags das Tribunal de Grande Instance nicht daran hinderten, die französischen Rechtsvorschriften über die Verkaufsweigerung auf eine Weigerung anzuwenden, die mit der Existenz selektiver Vertriebssysteme begründet worden sei, welche auf Vereinbarungen beruhten, die deshalb nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fielen, weil eine oder mehrere tatbestandliche Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht erfüllt seien.

b) Der Tatbestand des Artikels 85 Absatz 1 ist erfüllt

Gelange das nationale Gericht dagegen zu dem Schluß, daß der Tatbestand des

Artikels 85 Absatz 1 erfüllt sei, so müsse es die Feststellung treffen, daß die Vereinbarung nach Artikel 85 Absatz 1 verboten und aufgrund von Artikel 85 Absatz 2 nichtig sei, wenn es ermittelt habe, daß sie nicht unter eine Gruppenfreistellung falle, nicht Gegenstand einer Einzelfreistellung sei und ihr keine vorläufige Wirksamkeit zukomme. Das nationale Gericht könne dann davon ausgehen, daß die Unvereinbarkeit des Kartells mit Artikel 85 keinem Zweifel unterliege und die Vereinbarung in dem Fall nichtig sei.

In einem solchen Fall impliziere der Vorrang des Gemeinschaftsrechts, daß das nationale Gericht zunächst die Nichtigkeit der Vereinbarung feststelle, bevor es gegebenenfalls sein einschlägiges innerstaatliches Recht anwende.

Die Frage, ob das nationale Gericht eventuell noch vor der Feststellung der Nichtigkeit der Vereinbarung sein innerstaatliches Recht anwenden könne, hänge von der Art des bei ihm anhängigen Verfahrens und den herangezogenen nationalen Bestimmungen ab. Auf jeden Fall könne keine nichtige Vereinbarung zur Begründung einer nach den nationalen Rechtsvorschriften verbotenen Verkaufsweigerung herangezogen werden. Das nationale Gericht müsse also die Folgerungen aus dieser Ungültigkeit ziehen.

Die Frage, wie sich das Gemeinschaftsrecht und das nationale Recht zueinander verhielten, wenn eine Vereinbarung von der Kommission freigestellt worden sei, stelle sich in den vorliegenden Fällen nicht. Ebensowenig stelle sich hier die Frage nach diesem Verhältnis, wenn eine Vereinbarung unter eine durch Verordnung gewährte Gruppenfreistellung falle, weil die Verordnung Nr. 67/67 aus den angegebenen Gründen auf die betreffenden Vereinbarungen nicht anwendbar sei.

Könne aber das nationale Gericht die Feststellung treffen, daß der Vereinbarung vorläufige Wirksamkeit zukomme, so dürfe es sein strengeres innerstaatliches Recht nur unter dem Vorbehalt anwenden, daß dies die uneingeschränkte und einheitliche Anwendung von Artikel 85 sowie die praktische Wirksamkeit dieser Vorschrift nicht beeinträchtigen könne.

Der Gerichtshof habe in der erwähnten Rechtssache *De Bloos* für Recht erkannt, daß das nationale Gericht in einem solchen Fall dem Kartell die nach dem anwendbaren Recht mit ihm verbundenen Rechtswirkungen zuerkennen müsse, ohne daß diese Wirkungen in Zweifel gezogen werden könnten, weil etwa die Vereinbarkeit des Kartells mit Artikel 85 Absatz 1 bestritten werde. Das nationale Gericht müsse also ein derartiges Kartell als wirksam betrachten und dürfe ihm nicht durch die Anwendung seines innerstaatlichen Rechts seine vorläufige Wirksamkeit nehmen.

Darüber hinaus habe der Gerichtshof in der erwähnten Rechtssache *Walt Wilhelm* ausgeführt, daß dann, wenn sich im Verlauf eines innerstaatlichen Verfahrens ergebe, daß die Kommission möglicherweise ein das gleiche Kartell betreffendes anhängiges Verfahren durch eine Entscheidung abschließen werde, mit der die Wirkungen einer Entscheidung der staatlichen Behörden nicht vereinbar wären, diese Behörden die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen hätten.

Somit stelle sich die Frage, ob die Anwendung der französischen Rechtsvorschriften über die Verkaufsweigerung im Falle der französischen Parfümerieindustrie die geschilderte Wirkung haben könne. Wenn ja, dürfe das vorlegende Gericht diese Vorschriften nicht anwenden. Wenn nein, dürfe es sie anwenden. Die Antwort auf diese Frage ergebe sich jedoch aus den tatsächlichen Umständen

der vorliegenden Fälle, die von dem vorlegenden Gericht zu beurteilen seien.

Es sei aber darauf hinzuweisen, daß eine *systematische* Anwendung der französischen Rechtsvorschriften über die Verkaufsweigerung gegenüber den Parfümerie*herstellern* (oder den französischen Generalvertretern ausländischer Hersteller) zur Folge hätte, daß das in den Vereinbarungen dieser Unternehmen geregelte selektive Vertriebssystem seines wesentlichen Merkmals der Auswahl beraubt würde.

Die Kommission meint in diesem Zusammenhang, die nationalen Behörden dürften zwar ihr innerstaatliches Recht im gleichen Sinne anwenden wie das Gemeinschaftsrecht, insbesondere auch um eine Vereinbarung zu verbieten, die bereits nach dem Gemeinschaftsrecht untersagt sei; dies gelte aber nicht für den Fall, daß die Anwendung des innerstaatlichen Rechts gemeinschaftsrechtswidrige Auswirkungen habe.

Das nationale Gericht müsse folglich in einem derartigen Fall von der Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften insoweit absehen, als eine solche Wirkung eintreten würde. Eine Anwendung des innerstaatlichen Rechts, durch die der Hersteller verpflichtet werde, auf die Auswahl seiner Verkaufsstellen völlig zu verzichten, würde aber die Verträge, in denen eine derartige Verkaufsorganisation geregelt sei, tatsächlich ihrer wesentlichen Wirkung berauben.

In den Augen der Kommission sind jedoch von den erörterten Fragen nur diejenigen in den vorliegenden Fällen von Bedeutung, die sich bei einer Unanwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 stellten.

In einer Schlußbemerkung führt die Kommission aus, daß sie angesichts der mit der Neuformulierung der gestellten Fragen verbundenen Schwierigkeiten und der Unsicherheit darüber, welchen Inhalt der Gerichtshof in bezug auf diese Fragen für zutreffend halte, gegen ihre Gewohnheit davon absehe, genau formulierte Antworten auf die gestellten Fragen vorzuschlagen, daß sie sich aber zur Verfügung halte, ihre Ausführungen im einzelnen zu erläutern oder zu ergänzen.

III — Mündliche Verhandlung

Die Antragsteller im Adhäsionsverfahren in der Rechtssache 253/78, vertreten durch Rechtsanwalt Dewynter, die Antragstellerin im Adhäsionsverfahren in den Rechtssachen 1 bis 3/79, vertreten durch Rechtsanwalt Devallon, die Antragsgegner in der Rechtssache 253/78, vertreten durch die Rechtsanwälte Collin und Mollet-Vieville, die Antragsgegner in der Rechtssache 2/79, vertreten durch Rechtsanwalt Buisson, die Antragsgegner in den Rechtssachen 2 und 3/79, vertreten durch Rechtsanwalt Lebel, und die Kommission, vertreten durch Herrn Verstrynge, haben in der Sitzung vom 16. Oktober 1979 mündliche Ausführungen gemacht.

Im Laufe der Sitzung haben die *Antragsteller* der Ausgangsverfahren unter anderem hervorgehoben, nach der Entscheidungspraxis der Kommission lasse sich eine Freistellungsentscheidung zugunsten eines auf quantitativen Kriterien beruhenden selektiven Vertriebssystems in bestimmten Fällen nur für Erzeugnisse von hoher technischer Qualität denken. Vorliegend habe die Kommission keine Freistellung gewährt. Die Kommission sei nur zu der Schlußfolgerung gelangt, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht mehr beeinträchtigt werde, und habe daher das Verfahren eingestellt. Da kein Anlaß für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts bestehe, handele es sich nur noch um eine Frage des innerstaatlichen Rechts in jedem der betreffenden Länder.

Die *Antragsgegner des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 253/78* haben die Gründe näher erläutert, die sie dazu veranlaßt haben, die Schreiben, die die Dienststellen der Kommission an die verschiedenen Parfümerieherstellers gerichtet haben, als informelle Freistellungsentscheidungen zu betrachten. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, daß die Dienststellen der Kommission während des von ihr im Jahre 1972 gegen die Gesellschaften Dior, Lancôme und Rochas in bezug auf die Zuwiderhandlung eingeleiteten Verfahrens zugesichert hätten, daß den betroffenen Gesellschaften eine entsprechende Freistellung, wie sie die Firma *Omega* erhalten habe (ABl. 1970, L 242, S. 22), gewährt werde, wenn sie ihre Vertriebsverträge in dem von der Kommission gewünschten Sinne änderten. Auch wenn die Kommission später aus eigenen Gründen und vielleicht aus Furcht, einen Präzedenzfall zu schaffen, der sie in anderen Fällen behindern könnte, darauf verzichtet habe, formelle Entscheidungen zu erlassen, so blieben die fraglichen Schreiben doch Ausdruck einer mit den Dienststellen der Kommission getroffenen Vereinbarung und müßten unter Berücksichtigung dieses Zusammenhangs ausgelegt werden. Die nunmehr von der Kommission vertretene These, wonach diese Schreiben lediglich den Standpunkt wiedergäben, daß Artikel 85 Absatz 1 keine Anwendung finde, sei schwerlich mit derjenigen Passage in diesen Schreiben vereinbar, in der die Fabrikanten darauf hingewiesen würden, „daß die Kommission aufmerksam darüber wachen wird, daß die Zulassung oder der Ausschluß von qualifizierten Einzelhändlern in Ihrem selektiven Vertriebssystem nicht willkürlich gehandhabt ... wird". Wenn die fraglichen Vertriebsnetze den Handel zwischen Mitgliedstaaten wirklich nicht beeinträchtigten und das Gemeinschaftsrecht somit nicht auf sie anwendbar sei, sei schlecht zu erkennen, welches die Rechtsgrundlage für die Überwachung durch die Kommission sei. Die These der Kommission sei auch unvereinbar mit ihrer eigenen Entscheidungspraxis, wie sie in dem Verfahren *Omega* zum Ausdruck komme. Schließlich seien die gegenüber den Parfümerieherstellern getroffenen Maßnahmen in weitem Umfang von der Kommission veröffentlicht und im Vierten und im Fünften Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik beschrieben worden; man könne daher nicht behaupten, daß diese Schreiben keine die Kommission bindenden informellen Entscheidungen darstellten.

Die *Antragsgegner des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 1/79* haben der von der Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen vertretenen Ansicht widersprochen, wonach die quantitative Auswahl der Wiederverkäufer nicht erforderlich sei, um eine unheilvolle Streuung der Verkaufsstellen zu verhindern, da sie durch weniger restriktive Mittel, wie etwa die Festsetzung von Mindestabsatzmengen, ersetzt werden könne. Die Antragsgegner werfen die Frage auf, ob es vernünftig und wünschenswert sei, einen Hersteller zu verpflichten, augenblicklich eine beträchtliche Anzahl von Einzelhändlern zu seinem Netz zuzulassen, um später festzustellen, daß die meisten von ihnen für die Erreichung der gesetzten Ziele unfähig seien, und nicht nur die geringe Anzahl neuer Einzelhändler zu berücksichtigen, die diese Ziele verwirklichen könnten und auf jeden Fall alle Chancen hätten, zu dem Vertriebsnetz zugelassen zu werden. Darüber hinaus sei das Kriterium des „Umsatzes" nur scheinbar „objektiv", denn seine Anwendung setze zwangsläufig subjektive Entscheidungen und Beurteilungen des Herstellers voraus.

Die *Antragsgegner der Ausgangsverfahren in den Rechtssachen 2 und 3/79* haben unter anderem darauf hingewiesen, daß die

innerstaatlichen französischen Rechtsvorschriften eine Quelle von Wettbewerbsverzerrungen und damit von Hindernissen für das Funktionieren des Gemeinschaftssystems seien. Im vorliegenden Fall laufe die Anwendung des innerstaatlichen Rechts den im Gemeinschaftsrecht verankerten Lösungen zuwider, die die quantitative Auswahl der Wiederverkäufer gestatteten.

Die *Kommission* hat daran erinnert, daß sie den in Rede stehenden selektiven Vertriebssystemen keine Freistellung gewährt habe, sondern daß sie nur festgestellt habe, daß Artikel 85 Absatz 1 keine Anwendung finde. Die Kommission hat geltend gemacht, nach ihrer Auffassung sei ihre wichtigste Aufgabe die, für die Verwirklichung der Vertragsziele zu sorgen, und der Erlaß von Entscheidungen stelle nur ein Mittel dar, um dies zu erreichen. Da sich die betreffenden Unternehmen bereit erklärt hätten, ihre Vertriebssysteme in dem von der Kommission gewünschten Sinne zu ändern, sei sie der Ansicht gewesen, daß sie nicht mehr verpflichtet sei, eine formelle Entscheidung über ein Negativattest zu erlassen, denn die Vertragsziele seien erreicht gewesen. Die umstrittenen Schreiben bänden die nationalen Gerichte, die zu entscheiden hätten, ob Artikel 85 Absatz 1 Anwendung finde, nicht mehr als ein formelles Negativattest. Auf eine Frage des Gerichtshofes hat die Kommission angegeben, daß die Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens von dem verantwortlichen Kommissionsmitglied, Herrn Borschette, getroffen worden sei, der für den Erlaß sämtlicher vorbereitender Untersuchungsmaßnahmen im Namen der Kommission und namentlich für die Entscheidung über die Eröffnung eines Verfahrens zuständig sei. Auf eine weitere Frage hat die Kommission bemerkt, auch ein Negativattest und nicht nur eine Freistellungsentscheidung könne der Anwendung strengerer nationaler Rechtsvorschriften entgegenstehen, wenn die Kommission die Vereinbarung, auf die sich das Negativattest beziehe, als notwendig für die Erreichung der Vertragsziele betrachte. Dies treffe zum Beispiel für eine Vereinbarung zu, für die deshalb ein Negativattest erteilt worden sei, weil sie für die Verwirklichung der gemeinsamen Agrarpolitik erforderlich sei. Im vorliegenden Fall sei die Kommission jedoch nicht der Ansicht gewesen, daß die quantitative Auswahl der Parfümerieeinzelhändler für die Erreichung der Vertragsziele notwendig sei.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 22. November 1979 vorgetragen.

IV — Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung

1. Der Gerichtshof hat mit Beschluß vom 16. Januar 1980 die mündliche Verhandlung in den vorliegenden Rechtssachen sowie in den Rechtssachen 37/79 und 99/79 wiedereröffnet und die Beteiligten der Ausgangsverfahren, die Mitgliedstaaten, den Rat und die Kommission aufgefordert, zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen:

„Für den Fall, daß

a) das vorlegende Gericht der Ansicht ist, daß die betreffenden Vereinbarungen in den Geltungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 fallen,

b) die in den verbundenen Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 sowie in der Rechtssache 99/79 in Rede stehenden Vereinbarungen als ‚Altvereinbarungen' anzusehen sind, die durch die ‚vorläufige Wirksamkeit' geschützt sind,

c) die Schreiben, die die Kommission an die einzelnen Hersteller gerichtet hat, um sie über die Einstellung ihrer Verfahren zu unterrichten, nicht als Frei-

stellungsentscheidungen im Sinne von Artikel 8 der Verordnung Nr. 17 oder als Negativatteste im Sinne von Artikel 2 dieser Verordnung zu betrachten sind,

d) keinerlei Wahrscheinlichkeit besteht, daß die Kommission in absehbarer Zukunft derartige Entscheidungen erlassen wird:

1. Verhindert der Schutz, den die rechtzeitig angemeldeten oder von der Anmeldung befreiten ‚Altvereinbarungen' genießen, daß auf diese Vereinbarungen das innerstaatliche Recht eines Mitgliedstaats angewandt wird, das gegebenenfalls in bestimmter Hinsicht strenger ist als das Gemeinschaftsrecht?

2. Rechtfertigen die bisher für den vorläufigen Schutz der ‚Altvereinbarungen' angeführten Gründe unter den vorgenannten Voraussetzungen, daß dieser Schutz gegenüber der Anwendung von Artikel 85 Absätze 1 und 2 des Vertrages durch ein staatliches Gericht unbegrenzt beibehalten wird?

3. Wie ist der Fall der angemeldeten oder von der Anmeldung befreiten ‚neuen Vereinbarungen' unter den in den Fragen 1 und 2 geschilderten Umständen zu lösen?"

Schriftliche Antworten sind eingereicht worden von den Antragsgegnern der Ausgangsverfahren in den Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79, und der Antragstellerin der Ausgangsverfahren in den Rechtssachen 1 bis 3/79, jeweils vertreten durch ihren Rechtsanwalt, vom Vereinigten Königreich, vertreten durch Herrn A. D. Preston, Treasury Solicitor's Office, von der dänischen Regierung, vertreten durch Herrn Per Lachmann, Berater im Ministerium für auswärtige Angelegenheiten, der französischen Regierung, vertreten durch Herrn François Bessani, stellvertretender Generalsekretär des Interministeriellen Ausschusses für Fragen der europäischen wirtschaftlichen Zusammenarbeit, der belgischen Regierung, der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Herrn Martin Seidel, der niederländischen Regierung, vertreten durch Herrn F. Italianer, und von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch ihren Rechtsberater John Temple Lang und das Mitglied ihres Juristischen Dienstes Jean-François Verstrynge als Bevollmächtigte.

2. Die schriftlichen Antworten auf die gestellten Fragen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Frage 1

A — Nach Ansicht der *Antragsgegner der Ausgangsverfahren in den Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79* verhindert der den „Altvereinbarungen" zukommende vorläufige Schutz, daß auf diese Vereinbarungen das innerstaatliche Recht eines Mitgliedstaats angewandt wird, das gegebenfalls in bestimmter Hinsicht strenger ist als das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht. Dieser Schutz sei dadurch gerechtfertigt, daß die Kommission mit rückwirkender Kraft entscheiden könne, daß die Vereinbarung mit Artikel 85 Absätze 1 oder 3 vereinbar sei. Die staatlichen Stellen seien daher verpflichtet, eine Anwendung ihres innerstaatlichen Rechts zu verhindern, die mit der Vorrangwirkung der eventuell ergehenden Entscheidung der Kommission unvereinbar sei. Dieser Schutz rechtfertige sich um so mehr in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die Beteiligten infolge des Einschreitens der Kommission ihre Vereinbarungen in dem von der Kommission gewünschten Sinne geändert hätten.

B — Nach Auffassung der *Antragstellerin der Ausgangsverfahren in den Rechts-*

sachen 1 bis 3/79, der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Kommission ist die erste Frage insoweit zu verneinen, als die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vereinbarungen Gegenstand einer „Einstellungsverfügung" der Kommission geworden seien.

Die *Antragstellerin in den Rechtssachen 1 bis 3/79* bezieht sich auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache *De Bloos/Bouyer* (Slg. 1977, 2359). Hieraus ergebe sich, daß die vorläufige Gültigkeit nur „in der Zeit von der Anmeldung bis zu dem Tag, an dem eine Entscheidung der Kommission ergeht", ihre Wirkungen entfalte. Im vorliegenden Fall habe die Kommission aber eine Einstellungsentscheidung getroffen. Die Anwendung des innerstaatlichen Rechts beeinträchtige nicht die volle und einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts und die Wirkung von Maßnahmen zur Durchführung dieses Rechts, da die Kommission gegenüber den Parfümerieherstellern keine positive Entscheidung über die Anwendung des Gemeinschaftsrechts getroffen habe, sondern sich mit dem Erlaß einer Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens begnügt habe.

Die *Regierung der Bundesrepublik Deutschland* ist ebenfalls der Ansicht, daß die erste Frage zu verneinen sei. Sofern — wie hier — feststehe, daß die Kommission keine Entscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 erlassen werde, oder keinerlei Wahrscheinlichkeit bestehe, daß eine solche Entscheidung ergehe, sei es nicht notwendig, die Beteiligten davor zu schützen, daß eine Vereinbarung lediglich für bestimmte Zeit durch Anwendung nationalen Rechts verboten und später von der Kommission genehmigt werden könnte. Im vorliegenden Fall habe die Kommission keine Entscheidung im formellen Sinne getroffen, aber durch Schreiben zu erkennen gegeben, daß sie keinen Anlaß sehe, nach Artikel 85 Maßnahmen zu ergreifen. Diese Mitteilung schränke das Aufgreifermessen der Kommission ein, solange sich der Sachverhalt nicht ändere, und es bestehe für die vorläufige Wirksamkeit kein Bedürfnis mehr.

Nach Ansicht der *Kommission* müssen die angemeldeten Altvereinbarungen unterschieden werden, je nachdem ob sie Gegenstand einer Einstellungsverfügung gewesen seien oder nicht [1].

Soweit in bezug auf die betreffenden Vereinbarungen keine solche Verfügung getroffen sei, könne man nicht ausschließen, daß durch eine künftige Entscheidung oder eine Gruppenverordnung dieser Vereinbarung eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 gewährt werde; diese Möglichkeit genüge bereits, um die Anwendung strengerer innerstaatlicher Rechtsvorschriften auszuschließen. Vereinbarungen, die durch eine Freistellungsmaßnahme gedeckt seien, die nach Ansicht der Kommission eine „positive

1 — Die Kommission ist der Auffassung, die von der Anmeldung befreiten Altvereinbarungen könnten nur dann den Schutz der vorläufigen Gültigkeit genießen, wenn sie tatsächlich angemeldet worden seien.

In ihrem Schriftsatz hat die Kommission einige Zahlen in bezug auf die angemeldeten Altvereinbarungen genannt. Sie erklärt, sie habe innerhalb der Frist des Artikels 5 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 32 017 Anmeldungen erhalten, von denen 30 840 Gegenstand einer Einstellungsverfügung gewesen seien. Bei 1 177 Anmeldungen sei die Untersuchung der Kommission noch nicht beendet; diese teilten sich wie folgt auf:

— 889 Anmeldungen in bezug auf Lizenzvereinbarungen, von denen sich der größte Teil auf Patentlizenzvereinbarungen beziehe,

— 214 Anmeldungen in bezug auf Vertriebsvereinbarungen, von denen sich der größte Teil auf selektive Vertriebssysteme im Automobilsektor beziehe (ungefähr 150),

— 74 Anmeldungen in bezug auf horizontale und andere Vereinbarungen.

Nehme man von dieser Gruppe die Patentlizenzvereinbarungen und die selektiven Vertriebsvereinbarungen im Automobilsektor aus, für die Gruppenfreistellungsverordnungen in Vorbereitung seien, blieben weniger als 250 angemeldete Vereinbarungen, die nicht Gegenstand einer Einstellungsverfügung gewesen seien.

Handlung [darstellt], mit der die Bedeutung anerkannt wird, die sie für die Gemeinschaft haben", könnten nämlich nicht durch Anwendung strengerer innerstaatlicher Rechtsvorschriften verboten werden. Wenn dagegen in bezug auf die betreffende Vereinbarung eine Einstellungsverfügung ergangen sei, stelle sich das Problem der vorläufigen Gültigkeit nicht mehr, und die Anwendung des innerstaatlichen Rechts könne die Verwirklichung der Vertragsziele nicht gefährden. Denn dann handele es sich um einen Fall, in dem die Kommission gemeint habe, keine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 gewähren zu müssen. Was den vorliegenden Fall betreffe, so sei die Kommission der Ansicht, daß die quantitative Auswahl der Parfümerieverkäufer nicht notwendig sei, um die Ziele des EWG-Vertrages zu verwirklichen, und daß das Verbot dieser Auswahl durch das gegebenenfalls strengere innerstaatliche Recht die Verwirklichung dieser Ziele nicht gefährden könne.

C — Nach Ansicht der *britischen, der dänischen, der französischen, der belgischen und der niederländischen Regierung* kann die bloße Existenz der vorläufigen Gültigkeit aus folgenden Gründen keinesfalls der Anwendung eines innerstaatlichen Wettbewerbsrechts, das gegebenenfalls strenger ist als das Gemeinschaftsrecht, entgegenstehen:

a) Die Tatsache allein, daß eine Vereinbarung für die Anwendung von Artikel 85 durch die vorläufige Gültigkeit geschützt werde [1], brauche nicht zu bedeuten, daß ein staatliches Gericht gezwungen sei, sie nach dem innerstaatlichen oder dem Gemeinschaftsrecht aus Gründen, die nichts mit der Verletzung des Artikels 85 zu tun hätten, als gültig anzusehen. Die Vereinbarung könne aus zahlreichen Gründen (z. B. wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit oder wegen Arglist) für rechtswidrig erklärt werden. Es sei nicht einzusehen, weshalb zwischen dem „strengeren" innerstaatlichen Wettbewerbsrecht und anderen Rechtsgebieten (Handels-, Steuer-, Strafrecht usw.) zu unterscheiden sei. Keinesfalls führe die Gewährung des vorläufigen Schutzes dazu, daß den Parteien erlaubt werde, andere Vorschriften des innerstaatlichen oder des Gemeinschaftsrechts außer acht zu lassen oder zu verletzen. Da keine Vorschrift des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts die Parteien verpflichte, eine durch die vorläufige Gültigkeit geschützte Vereinbarung zu erfüllen, sei auch kein Mitgliedstaat verpflichtet, sein innerstaatliches Recht nicht anzuwenden, um diese Erfüllung zu ermöglichen *(britische Regierung).*

b) Seit dem Urteil *Walt Wilhelm* (Slg. 1969, 1) werde davon ausgegangen, daß die nationalen Stellen verpflichtet seien, Bestimmungen des innerstaatlichen Wettbewerbsrechts, die für eine Vereinbarung, die in den Genuß einer Freistellungsentscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 gekommen sei, ungünstig seien, nicht anzuwenden. In allen übrigen Fällen, zum Beispiel wenn für die Vereinbarung ein Negativattest erteilt worden sei, stehe nichts der Anwendung des innerstaatlichen Rechts in seiner ganzen Strenge entgegen. Dieser Grundsatz sei auch dann zu beachten, wenn es sich um nur durch die vorläufige Gültigkeit geschützte Vereinbarungen handele *(dänische Regierung).*

c) Aus dem Urteil *De Bloos/Bouyer* (aaO) ergebe sich, daß die angemeldeten Altvereinbarungen nur gültig seien, „soweit das anwendbare innerstaatliche Recht dies zuläßt". Die vom Gerichtshof anerkannte vorläufige Gültigkeit habe

1 — Nach Ansicht des Vereinigten Königreichs gilt das System der „Altvereinbarungen" jedenfalls auch für diejenigen Vereinbarungen, die in den neuen Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt des Beitritts in Kraft waren.

also eine Grenze, die durch die Vereinbarkeit mit dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten gebildet werde. Das Gemeinschaftsrecht und das innerstaatliche Wettbewerbsrecht hätten verschiedene Zielsetzungen: Das erste schütze den freien Wettbewerb und den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, während das zweite die Transparenz und Moral des Handels innerhalb des Mitgliedstaats anstrebe, in dem dieses Recht gelte *(französische Regierung).*

d) Die vorläufige Gültigkeit habe nur eine gemeinschaftsrechtliche Dimension: Sie schränke allein die Befugnis des staatlichen Gerichts zur Anwendung von Artikel 85 Absätze 1 und 2 ein, solange die Kommission noch kein Verfahren eingeleitet habe. Die vorläufige Gültigkeit hindere also nicht die Anwendung des innerstaatlichen Wettbewerbsrechts. Jedenfalls könne zwischen den gemeinschaftlichen und den innerstaatlichen Entscheidungen kein Konflikt bestehen, da das Gemeinschaftsrecht und das innerstaatliche Recht verschiedene Ziele verfolgten. Man könne daher auch nicht behaupten, daß eine aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 getroffene Freistellungsentscheidung die nationalen Stellen rechtlich daran hindere, die betreffenden Vereinbarungen gemäß dem innerstaatlichen Recht zu verbieten. Denn die Kommission habe nur die Befugnis, bestimmte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu verbieten; sie sei nicht befugt, die Unternehmen zum Abschluß derartiger Vereinbarungen zu veranlassen. Dieser Standpunkt stehe nicht in Widerspruch zu Randnr. 5 der Entscheidungsgründe des Urteils *Walt Wilhelm* (aaO), in der der Gerichtshof ausgeführt habe, daß „auf diese Weise ... der Vertrag in erster Linie Hindernisse für den freien Warenverkehr auf dem Gemeinsamen Markt beseitigen und die Einheit dieses Marktes bekräftigen und gewährleisten [will]; daneben gestattet er jedoch den Gemeinschaftsbehörden auch gewisse positive, obgleich mittelbare Eingriffe zur Förderung einer harmonischen Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft im Sinne von Artikel 2 EWGV". Die „positiven Eingriffe", von denen in dieser Randnr. die Rede sei, bestünden darin, kein rein negatives Verhalten zu zeigen. Die Kommission könne davon absehen, das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 auf bestimmte Vereinbarungen anzuwenden. Sie sei jedoch keineswegs verpflichtet, aktiv zugunsten bestimmter Vereinbarungen einzuschreiten, und Artikel 85 Absatz 3 sehe die *Möglichkeit* und nicht die Verpflichtung vor, eine Freistellung zu gewähren. Eine aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 getroffene Entscheidung über die Nichtanwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 könne also nur in dem Sinne verstanden werden, daß die Kommission zulasse, daß Vereinbarungen, die verboten werden müßten, nur vorläufig und unter bestimmten Voraussetzungen bestehen könnten und erfüllt werden dürften (Artikel 8 der Verordnung Nr. 17). Es sei daher anzuerkennen, daß die nationalen Stellen die Möglichkeit hätten, die fraglichen Vereinbarungen aufgrund innerstaatlicher Bestimmungen zu verbieten, weil sie sich damit enger an das wesentliche Grundprinzip, nämlich das der Unvereinbarkeit dieser Vereinbarungen mit dem Gemeinsamen Markt, anlehnten. In diesem Fall könne die Kommission nichts dagegen haben, daß die sich aus der Freistellung ergebende Ausnahmesituation beendet werde oder daß diese Freistellung zumindest teilweise, das heiße auf nationaler Ebene, zunichte werde. Schließlich sei zu bemerken, daß allgemein anerkannt sei, daß die nationalen Stellen die Befugnis hätten, gegenüber Vereinbarungen, für die die Kommission aufgrund der Verordnung Nr. 17 ein Negativattest erteilt habe, auf nationaler

Grundlage ein Verbot auszusprechen. Es wäre unlogisch und auch unbillig, wenn diese Stellen nicht die gleiche Befugnis in bezug auf Vereinbarungen hätten, die grundsätzlich mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar seien, aber dennoch von der Kommission gemäß Artikel 85 Absatz 3 geduldet würden. Es sei nämlich zu erwarten, daß derartige Vereinbarungen nicht nur auf Gemeinschaftsebene, sondern auch und manchmal sogar in noch größerem Umfang auf nationaler Ebene einen ungünstigeren Einfluß auf den Wettbewerb hätten als Vereinbarungen, für die ein Negativattest erteilt worden sei. Es sei also davon auszugehen, daß die nationalen Stellen in allen Fällen befugt seien, ihre nationalen Rechtsvorschriften, die gegebenenfalls strenger seien als das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht, auf jede Verhaltensweise unabhängig von ihrem gemeinschaftsrechtlichen Status anzuwenden *(belgische Regierung).*

e) Es bestehe kein Anlaß, von der rechtlichen Zuständigkeitsabgrenzung, die der Gerichtshof im Urteil *Walt Wilhelm* (aaO) vorgenommen habe, abzuweichen *(niederländische Regierung).*

Frage 2

A — Nach Ansicht der *Antragsgegner der Ausgangsverfahren in den Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 sowie der britischen und der französischen Regierung* ist die zweite Frage aus folgenden Gründen zu bejahen:

a) Die vorläufige Gültigkeit der Altvereinbarungen sei vor allem eine unmittelbare Folge des Artikels 7 der Verordnung Nr. 17 des Rates, der es ermögliche, ordnungsgemäß angemeldete Altvereinbarungen, die gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßen hätten oder die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 nicht erfüllt hätten, die aber durch die Parteien geändert worden seien, um sie mit den Erfordernissen dieser Bestimmungen in Einklang zu bringen, rückwirkend für gültig zu erklären. Eine Vereinbarung könne nicht für einen bestimmten Zeitraum für nichtig und anschließend für denselben Zeitraum für gültig erklärt werden. Die vorläufige Gültigkeit sei also stets gerechtfertigt, sogar in dem Fall, auf den der Gerichtshof in seiner zweiten Frage abstelle. Die Dauer der vorläufigen Gültigkeit hänge allein vom Eifer der Kommission ab, die verpflichtet sei, die Vereinbarungen, die die erforderlichen Voraussetzungen erfüllten, nach Artikel 85 Absatz 3 freizustellen *(Antragsgegner in den Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79).*

b) Auch wenn man an der Stichhaltigkeit des auf Artikel 7 der Verordnung Nr. 17 gestützten Arguments zweifeln könne, so rechtfertigten doch die Tatsache, daß der Vertrag keine Übergangsbestimmung in bezug auf die Wirkung des Artikels 85 Absatz 2 auf die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Vertrages oder der Verordnung Nr. 17 geschlossenen Vereinbarungen enthalte, sowie die bei der Kommission entstehenden — manchmal beträchtlichen — Verzögerungen bei der Bearbeitung der ihr vorgelegten Akten die Beibehaltung des vorläufigen Schutzes *(britische Regierung).*

c) Da die Absätze 1 und 3 des Artikels 85 unteilbare Bestandteile einer und derselben Vorschrift seien, könne die Gültigkeit der betreffenden Vereinbarungen nur anhand einer wirtschaftlichen Abwägung beurteilt werden, für die nur die Kommission die Gesichtspunkte zusammenstellen könne. Hieraus folge, daß Artikel 85 in bezug auf die angemeldeten Altkartelle nicht unmittelbar Rechte für einzelne begründe; diese könnten sich

daher nicht vor dem staatlichen Gericht auf diese Bestimmungen berufen, um die Gültigkeit einer Vereinbarung anzufechten, solange die Kommission noch keine Entscheidung über diese Vereinbarung getroffen habe *(französische Regierung)*.

B — Die *dänische, die belgische und die deutsche Regierung* sowie die *Kommission* gelangen dagegen aus unterschiedlichen Gründen und auf unterschiedlichen Wegen zu der Auffassung, daß die Beibehaltung der vorläufigen Gültigkeit nicht mehr gerechtfertigt sei. Die von diesen Regierungen und der Kommission vorgeschlagenen Lösungen sowie die Gründe, auf die sie sich stützen, sind folgende:

a) Die *dänische Regierung* ist der Ansicht, es sei nicht mehr möglich, die Beibehaltung der vorläufigen Gültigkeit der „Altvereinbarungen" unter Berufung auf die Erwägungen der Rechtssicherheit, die dieser Lehre zugrunde lägen, noch länger zu rechtfertigen. Die dänische Regierung mißt der Tatsache eine besondere Bedeutung bei, daß die Beibehaltung der vorläufigen Gültigkeit von Altvereinbarungen, die nach dem Urteil eines Gerichts in den Geltungsbereich des Artikels 85 fielen und die daher gegen den Vertrag verstießen, im Hinblick auf die durch die Vereinbarung beeinträchtigten Dritten eine Art „Rechtsverweigerung" bedeute und damit der Berücksichtigung der Rechtssicherheit dieser Dritten im Wege stehe, und daß diese „Rechtsverweigerung" mit der Zeit immer bemerkenswerter werde. Die Regierung hebt hervor, daß der Anwendungsbereich der „Altvereinbarungen" durch den Abschluß späterer Vereinbarungen, in denen auf bereits angemeldete alte Musterverträge Bezug genommen werde, beständig erweitert werden könne und daß die Kontrolle der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht besser durch eine gleichzeitige Kontrolle durch die Gemeinschaftsbehörden und die staatlichen Gerichte ausgeübt werden könne. In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes Artikel 85 Absatz 1 unmittelbar anwendbar sei, daß das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 eine einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts gewährleiste und daß die Parteien der Vereinbarung in der langen Zeit, die seit dem Inkrafttreten des in Rede stehenden Verbots vergangen sei, die Möglichkeit gehabt hätten, die Vereinbarung an die Erfordernisse des Gemeinschaftsrechts anzupassen.

b) Nach Auffassung der *belgischen Regierung* ist die Ausnahmeregelung der vorläufigen Gültigkeit eingeführt worden, um den Parteien Gelegenheit zu geben, ihre Vereinbarungen an die Gemeinschaftsregelung anzupassen, und um der Kommission zu ermöglichen, während der „Anlaufzeit" eine Übersicht über die verschiedenen Bindungen zwischen den Unternehmen zu erhalten und eine Lösung für die Masse der zu prüfenden Fälle zu finden. Für die Parteien könne die Anfangszeit bereits seit langem als abgelaufen betrachtet werden. Eine Anpassungsfrist von einigen Monaten oder sogar einigen Jahren könne genügen. Vergleichsweise sei auf die in der Verordnung Nr. 67/67 vorgesehene Anpassungsfrist verwiesen, die weniger als fünf Monate betrage. Die „Anlaufzeit" für die Kommission sei zweifellos auch bereits seit langem abgelaufen. Man könne von vornherein davon ausgehen, daß sich das „Massenproblem" im allgemeinen nicht mehr so wie in der Vergangenheit für alle in Frage stehenden Altkartelle stelle.

Das System der angemeldeten Altvereinbarungen, für die keine Verbotsentscheidung erlassen oder eine Einzel- oder

Gruppenfreistellung gewährt worden sei, könne als gleichwertig mit dem System derjenigen Vereinbarungen betrachtet werden, für die ein Negativattest erteilt worden sei. Denn die Kommission sei verpflichtet, so rasch wie möglich gegen die ihr bekannten Vereinbarungen, die gegen den Vertrag verstießen, einzuschreiten. Das langdauernde Ausbleiben einer Entscheidung stehe einem stillschweigenden Negativattest gleich. Dies bedeute, daß diese Vereinbarungen vom nationalen Gericht ohne weiteres als gültig angesehen werden müßten. Da jedoch die Kommission stets aufgrund geänderter wirtschaftlicher und sogar rechtlicher Umstände das erteilte Negativattest für die Zukunft zurücknehmen könne, müsse dem staatlichen Gericht unter den gleichen Voraussetzungen auch erlaubt sein, Artikel 85 Absatz 1 anzuwenden. Die belgische Regierung schlägt deshalb vor, die zweite Frage wie folgt zu beantworten:

„Die staatlichen Stellen sind nur befugt, Artikel 85 Absatz 1 ex nunc auf angemeldete Altvereinbarungen anzuwenden, wenn sich die wirtschaftlichen oder rechtlichen Umstände derart geändert haben, daß ein Einschreiten der Kommission im gleichen Sinne gerechtfertigt wäre."

c) Die *Regierung der Bundesrepublik Deutschland* bezieht sich auf ihre Ausführungen zu Frage 1 und meint aus den gleichen Gründen, daß eine unbegrenzte Beibehaltung des durch die vorläufige Gültigkeit gewährten Schutzes unter den vom Gerichtshof in den Buchstaben a bis d genannten Voraussetzungen nicht gerechtfertigt sei. Soweit die Kommission keine Entscheidung nach Artikel 85 Absatz 3 treffe, sei die vorläufige Gültigkeit nicht mehr gerechtfertigt.

d) Die *Kommission* bemerkt, die vorläufige Gültigkeit bestehe während der Zeit von der Anmeldung bis zur Entscheidung der Kommission, also so lange, bis für die Altvereinbarungen eine Freistellungsentscheidung der Kommission ergehe. Von dem Zeitpunkt an, zu dem sich herausstelle, daß die Kommission keine Freistellungsentscheidung erlassen werde, was für die Vereinbarungen zutreffe, die Gegenstand einer Einstellungsverfügung würden, sei die Beibehaltung der vorläufigen Gültigkeit nicht mehr gerechtfertigt. Für Altvereinbarungen, die Gegenstand einer Einstellungsverfügung geworden seien, könne daher ein ähnliches System gelten wie das in den Randnrn. 11 und 12 der Entscheidungsgründe des Urteils *Brasserie de Haecht II* (Slg. 1973, 77) genannte System für die neuen Vereinbarungen. Dies bedeute, daß das nationale Gericht im Hinblick auf diese Vereinbarungen die in Artikel 85 Absatz 2 erwähnte Nichtigkeit aussprechen könne, wenn es imstande sei festzustellen, daß die Unvereinbarkeit der Vereinbarung mit Artikel 85 keinem Zweifel unterliege.

Die Entwicklung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts ermögliche es den Parteien dieser Altvereinbarungen, diese so zu ändern, daß sie nicht mehr unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fielen oder daß sie die Tatbestandsmerkmale des Artikels 85 Absatz 3 erfüllten. Das Problem der vorläufigen Gültigkeit stelle sich in einem derartigen Fall, in dem eine Einstellungsverfügung ergangen sei, grundsätzlich nicht mehr, denn nach Auffassung der Kommission erfülle diese Vereinbarung nicht oder nicht mehr die Tatbestandsmerkmale des Artikels 85 Absatz 1. Wenn das staatliche Gericht gleichwohl meine, daß die Tatbestandsmerkmale des Artikels 85 Absatz 1 erfüllt seien, sei es vorzuziehen, daß es in einem solchen Fall auf die vom Gerichtshof in den Randnrn. 11 und 12 der Entscheidungsgründe seines Urteils *Bras-*

serie de Haecht II (aaO) für die neuen Vereinbarungen angegebene Weise vorgehe.

C — Die *niederländische Regierung* untersucht in ihren Erklärungen im wesentlichen die Möglichkeiten einer Annäherung zwischen dem System für die Altvereinbarungen und dem für die angemeldeten neuen Vereinbarungen. Die niederländische Regierung erklärt sich bereit, als Lösung anzuerkennen, daß das nationale Gericht eine Altvereinbarung aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 verbiete, sofern dieses Verbot nur für die Zukunft (ex nunc) wirke. Die Schutzwirkung der vorläufigen Gültigkeit müsse jedenfalls Dritten für die Zeit vor dem Datum, an dem der Gerichtshof in den vorliegenden Rechtssachen sein Urteil erlasse, weiterhin zugute kommen. Die niederländische Regierung hält es für wichtig, daß das staatliche Gericht auf jeden Fall die Möglichkeit behalte, das Verfahren auszusetzen, um der Kommission die Entscheidung zu ermöglichen, ob die Vereinbarung unter Artikel 85 Absatz 1 falle und, wenn ja, ob sie in den Genuß der Bestimmungen des Artikels 85 Absatz 3 kommen könne. Nach Auffassung der niederländischen Regierung wäre es empfehlenswert, den staatlichen Gerichten nahezulegen, von der Möglichkeit der Aussetzung des Verfahrens namentlich in den Fällen Gebrauch zu machen, in denen die Vereinbarung Ähnlichkeiten mit solchen Vereinbarungen aufweise, zugunsten deren die Kommission bereits Artikel 85 Absatz 3 angewandt habe.

Frage 3

A — Die *Antragsgegner der Ausgangsverfahren in den Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79* sind der Auffassung, man müsse im Rahmen der Rechtsprechung über die neuen Vereinbarungen eine Lösung finden, die an diejenige anknüpfe, die für die Altvereinbarungen gewählt worden sei. Die angemeldeten neuen Vereinbarungen könnten stets rückwirkend in den Genuß einer formellen Freistellungsentscheidung kommen. Wenn aus den (gegebenenfalls informellen) Präzedenzentscheidungen hervorgehe, daß die Kommission möglicherweise hinsichtlich einer neuen Vereinbarung eine günstige Entscheidung treffen werde, sei das nationale Gericht verpflichtet, die Anwendung des innerstaatlichen Rechts eines Mitgliedstaats auf diese Vereinbarungen, das gegebenenfalls in bestimmter Hinsicht strenger sei als das Gemeinschaftsrecht, auszusetzen, bis die Kommission ihre Meinung habe äußern können.

B — Die *britische, die dänische, die französische, die belgische und die deutsche Regierung* vertreten in bezug auf die Anwendung des innerstaatlichen Rechts den Standpunkt, die Lösung, die sie in ihrer Antwort auf Frage 1 in bezug auf die Altvereinbarungen empfohlen hätten, müsse auch für die neuen Vereinbarungen gelten: Nichts im gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht stehe der Anwendung eines nationalen Wettbewerbsrechts, das gegebenenfalls strenger sei als das Gemeinschaftsrecht, auf diese Vereinbarungen entgegen.

Was die Anwendung von Artikel 85 Absätze 1 und 2 angeht, so empfehlen die vorgenannten Mitgliedstaaten folgende Lösungen:

a) Nach Ansicht der *britischen, der dänischen und der deutschen Regierung* genießen neue Vereinbarungen keinen besonderen Schutz, wie der Gerichtshof in seinem Urteil *Brasserie de Haecht II* (aaO) entschieden habe. Die dänische Regierung meint, daß diese Lösung beibehalten werden solle. Die Bundesregierung hebt ihrerseits hervor, daß die nationalen Gerichte nicht an ein formelles

Negativattest der Kommission gebunden seien und daß dies erst recht gelten müsse, wenn die Kommission lediglich informelle Schreiben an die betreffenden Parteien gerichtet habe.

b) Nach Auffassung der *französischen Regierung* rechtfertigen die Rechtssicherheitserwägungen, auf denen die Theorie der vorläufigen Gültigkeit beruhe, auch einen gewissen Schutz der neuen Vereinbarungen. Dieser Schutz sei zwar nicht so groß wie der der vorläufigen Gültigkeit, aber dennoch wirksam. In der Zeit von der Eröffnung des Verfahrens bis zur Entscheidung der Kommission müsse für die neue Vereinbarung eine „Vermutung der (vorläufigen) Gültigkeit" im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht gelten. Vor diesem Zeitraum genieße die neue Vereinbarung keinen Schutz.

c) Nach Ansicht der *belgischen Regierung* ist das staatliche Gericht für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 auf neue Vereinbarungen so lange zuständig, wie die Kommission das Verfahren gegen diese Vereinbarungen noch nicht eingeleitet habe. Da das staatliche Gericht jedoch jeden Konflikt mit möglichen Entscheidungen der Kommission verhindern müsse, die, wie im Urteil *Walt Wilhelm* (aaO) ausgeführt sei, Vorrang hätten, könne es Artikel 85 Absatz 1 nur für anwendbar erklären, wenn es zu der Überzeugung gelangt sei, daß die Kommission eine gleichartige Entscheidung erlassen hätte.

C — Die *Kommission* macht zu Frage 3 folgende Ausführungen:

a) *In bezug auf die Anwendung von Artikel 85 Absätze 1 und 2* vertritt die Kommission die Ansicht, es bestehe kein Anlaß, die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wie sie sich aus den Randnrn. 10 bis 12 der Entscheidungsgründe des Urteils *Brasserie de Haecht II* (aaO) ergebe, zu ändern. Diese Rechtsprechung erlaube es dem staatlichen Gericht, die Bestimmungen des Artikels 85 Absätze 1 und 2, die unmittelbar anwendbar seien, ungehindert anzuwenden. Sie ermögliche es, die Zusammenarbeit der staatlichen Gerichte bei der weiteren Einhaltung der betreffenden Gemeinschaftsbestimmungen zu gewährleisten.

Die Kommission würde es jedoch gerne sehen, daß die Handlungsmöglichkeiten für das staatliche Gericht noch präzisiert würden, wenn das Gericht — wie in der ersten Hypothese der Fragen des Gerichtshofes angegeben — der Ansicht sei, daß die fraglichen Vereinbarungen in den Geltungsbereich von Artikel 85 Absatz 1 fielen. In einem solchen Fall, so meint die Kommission, habe das staatliche Gericht in erster Linie zu prüfen, ob für die betreffende Vereinbarung nach Artikel 85 Absatz 3 eine Freistellung gewährt worden sei, entweder durch eine Gruppenfreistellungsverordnung oder durch eine Einzelentscheidung der Kommission. Sei dies der Fall, so könne das staatliche Gericht nicht aufgrund von Artikel 85 Absatz 2 die Nichtigkeit feststellen und müsse somit die Vereinbarung als aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts definitiv gültig betrachten. Sei dies nicht der Fall, so könne das staatliche Gericht die Nichtigkeit der Vereinbarung feststellen, wenn deren Unvereinbarkeit mit Artikel 85 nicht in Zweifel gezogen werden könne. Nach Auffassung der Kommission kann das staatliche Gericht nur dann zu der Schlußfolgerung gelangen, daß die Unvereinbarkeit der Vereinbarung mit Artikel 85 keinem Zweifel unterliege,

— wenn sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes oder der ständigen Entscheidungspraxis der Kommission ergebe, daß man bei derartigen Ver-

einbarungen, wie sie hier in Rede stünden, nicht der Ansicht sein könne, daß die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 erfüllt seien, oder

— wenn völlig klar sei, daß eine derartige Vereinbarung nicht die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 erfülle.

Könne das staatliche Gericht dagegen nicht in dieser Weise feststellen, daß die Unvereinbarkeit der Vereinbarung mit Artikel 85 keinem Zweifel unterliege, so sei es für das Gericht noch immer möglich, Artikel 85 anzuwenden, ohne das Verfahren aussetzen zu müssen. Wie sie bereits in der mündlichen Verhandlung in der Rechtssache *Concordia* (Slg. 1977, 65, 89, 5. Frage) ausgeführt habe, vertrete die Kommission die Ansicht, daß dann, wenn es im Lichte der gemeinschaftlichen Rechtsprechung und Praxis vernünftigerweise keinen Zweifel gebe, daß eine bestimmte Vereinbarung nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden könne, das staatliche Gericht die Möglichkeit habe, den von einer Partei erhobenen Einwand der Nichtigkeit zu verwerfen. Das Gericht könne in einem solchen Fall ungeachtet der Bestimmungen des Artikels 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 die Vereinbarung als aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts definitiv gültig betrachten.

Habe das staatliche Gericht seine Zweifel, ob die Vereinbarung mit Artikel 85 vereinbar sei, nicht durch diese verschiedenen Mittel ausräumen können, bleibe ihm noch die Möglichkeit, das Verfahren auszusetzen, um den Parteien Gelegenheit zu geben, eine Stellungnahme der Kommission einzuholen. Die Kommission meint, wenn ein derartiges Ersuchen an sie gerichtet werde, sei sie verpflichtet, dem staatlichen Gericht folgendes mitzuteilen:

— entweder den Standpunkt, den sie in dieser Angelegenheit bereits vertreten habe, (wenn in bezug auf die Vereinbarung bereits eine Einstellungsverfügung getroffen sei)

— oder den Standpunkt, den sie auf das Ersuchen hin vertrete.

Eine solche Stellungnahme der Kommission, die die Zweifel des staatlichen Gerichts beseitigen könne, ermögliche es diesem also, entweder die Nichtigkeit nach Artikel 85 Absatz 2 festzustellen oder die Vereinbarung als aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts definitiv gültig zu betrachten.

b) Zur Anwendung des innerstaatlichen Rechts

Bei der Prüfung der Frage der Anwendung eines gegebenenfalls strengeren innerstaatlichen Rechts eines Mitgliedstaats ist nach Ansicht der Kommission von der Lösung auszugehen, zu der das staatliche Gericht aufgrund des Gemeinschaftsrechts gelangt sei.

Wenn das staatliche Gericht feststelle, daß die Vereinbarung nach dem Gemeinschaftsrecht nichtig sei, sei es durch nichts daran gehindert, auch sein innerstaatliches Recht auf die fragliche Vereinbarung anzuwenden.

Wenn das staatliche Gericht dagegen zu der Schlußfolgerung gelange, daß die Vereinbarung aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts definitiv gültig sei, entweder weil sie bereits nach Artikel 85 Absatz 3 (durch Verordnung oder durch Entscheidung) freigestellt worden sei oder weil im Lichte der gemeinschaftlichen Rechtsprechung und Praxis vernünftigerweise kein Zweifel bestehe, daß sie freigestellt werden könne, müsse das Gericht daran gehindert sein, sein innerstaatliches Recht anzuwenden, soweit dieses strenger sei.

Obgleich das Problem des Vorrangs der Freistellungen in den Fragen des Gerichtshofes in Wirklichkeit nicht aufgeworfen werde, so fügt die Kommission hinzu, bestehe das Hauptargument für diesen Vorrang darin, daß die Freistellung einer Vereinbarung gewährt werde, die zur Verwirklichung der Vertragsziele beitrage. Es sei nämlich daran zu erinnern, daß nach der dritten Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 die Freistellung nicht gewährt werden könne, wenn die von den beteiligten Unternehmen beschlossenen Beschränkungen nicht unerläßlich seien, um die mit der fraglichen Vereinbarung angestrebten Ziele der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts zu erreichen.

Die Kommission ist daher der Ansicht, daß die Anwendung des gegebenenfalls strengeren innerstaatlichen Rechts nicht dazu führen dürfe, den wesentlichen Inhalt der durch Entscheidung (oder Gruppenverordnung) gewährten Freistellung in Frage zu stellen. Doch dürfe die Freistellung die Anwendung eines innerstaatlichen Rechts nicht verhindern, das ihren Gebrauch auf nationaler Ebene regele und hierbei den wesentlichen Inhalt der gewährten Freistellung nicht in Frage stelle. Die konkreten Modalitäten dieses Gebrauchs müßten also von Fall zu Fall bestimmt werden. Man könne jedoch keine Anwendung innerstaatlicher Vorschriften gestatten, die die Beschränkung, die aufgrund des Gemeinschaftsrechts freigestellt worden sei, untersagten.

3. Die Antragsteller der Ausgangsverfahren, vertreten durch die Rechtsanwälte Collin und Lebel, die Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch Herrn Scott, und die Kommission, vertreten durch Herrn Verstrynge, haben in der Sitzung vom 29. April 1980 mündliche Ausführungen gemacht.

Der Generalanwalt hat in der Sitzung vom 24. Juni 1980 ergänzende Schlußanträge vorgetragen.

Entscheidungsgründe

1 Das Tribunal de Grande Instance Paris (31. Kammer) hat dem Gerichtshof mit Beschlüssen vom 5. Juli 1978, bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 14. November 1978 (Rechtssache 253/78) und 2. Januar 1979 (Rechtssachen 1 bis 3/79), gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag mehrere Vorabentscheidungsfragen nach der Auslegung von Artikel 85 des Vertrages vorgelegt.

2 Diese Fragen sind im Rahmen von Strafverfahren gegen die Leiter der Gesellschaften Guerlain (Rechtssache 253/78), Parfums Rochas (Rechtssache 1/79), Lanvin Parfums (Rechtssache 2/79) und Nina Ricci (Rechtssache 3/79) wegen Verstoßes gegen Artikel 37 Absatz 1 Buchstabe a der

französischen Preisverordnung Nr. 45-1483 vom 30. Juni 1945 aufgeworfen worden; hiernach begeht eine strafbare Handlung jeder Erzeuger, Händler, Fabrikant oder Handwerker, „der sich weigert, im Rahmen seiner Möglichkeiten und zu den Handelsbräuchen entsprechenden Bedingungen Bestellungen der Abnehmer von Erzeugnissen oder Bestellungen von Dienstleistungen auszuführen, wenn diese Bestellungen nichts Ungewöhnliches aufweisen, von gutgläubigen Bestellern ausgehen und der Verkauf von Erzeugnissen oder die Einbringung von Dienstleistungen nicht durch Gesetz oder behördliche Anordnung verboten ist". Die Strafverfahren sind auf Strafanzeige nebst Antrag im Adhäsionsverfahren von Parfümerieeinzelhändlern eingeleitet worden, denen die genannten Gesellschaften den Verkauf verweigert hatten.

3 Die Angeklagten trugen vor dem vorlegenden Gericht vor, die Verkaufsverweigerungen seien insbesondere durch die Existenz selektiver Vertriebssysteme für die betreffenden Erzeugnisse gerechtfertigt. Sie machten außerdem geltend, die Vereinbarungen, auf denen diese selektiven Vertriebssysteme beruhten, seien von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften genehmigt worden, wie aus den von der Generaldirektion Wettbewerb an sie gerichteten Schreiben vom 28. Oktober 1975 (Guerlain), 26. März 1976 (Parfums Rochas), 22. September 1976 (Lanvin Parfums) und 20. Januar 1978 (Nina Ricci) hervorgehe. Mit diesen nahezu gleichlautenden Schreiben wurde den betroffenen Gesellschaften mitgeteilt, daß angesichts des geringen Anteils, den die einzelne Gesellschaft am Markt für Parfümerie-, Schönheits- und Toilettenartikel besitze, und im Hinblick auf die beträchtliche Zahl von Konkurrenzunternehmen vergleichbarer Größe „die Kommission nach den ihr bekannten Tatsachen keinen Anlaß mehr sieht, gegen die erwähnten Vereinbarungen aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages von Rom einzuschreiten. Das Verfahren kann daher eingestellt werden."

4 Die Angeklagten, die erklärten, daß diese Schreiben als Erklärungen nach Artikel 85 Absatz 3 anzusehen seien, trugen vor, wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts dürften die nationalen Stellen nicht gemäß dem innerstaatlichen Recht Wettbewerbsbeschränkungen verbieten, die von der Kommission im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht als zulässig anerkannt worden seien.

5 Da sich das Tribunal de Grande Instance über das Gemeinschaftsrecht für unzureichend informiert hielt, hat es angeordnet, dem Gerichtshof die von den genannten Gesellschaften geschlossenen Alleinvertriebsverträge vorzulegen,

„in denen eine nicht nur auf qualitativen, sondern auch auf quantitativen Auswahlkriterien beruhende Vertriebsorganisation geregelt ist, damit der Gerichtshof klarstellt, ob bestimmte Luxusartikel, deren Markenimage eine bedeutende Rolle spielt, unter die Freistellungsbestimmungen des Artikels 85 Absatz 3 des Vertrages der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft fallen können und ob sich im vorliegenden Fall [die betreffenden Gesellschaften] im Rahmen des Gemeinschaftsrechts darauf berufen [können]".

6 Der Gerichtshof ist im Rahmen der ihm durch Artikel 177 des Vertrages zugewiesenen Aufgabe nicht befugt, über die Anwendung des Vertrages auf einen Einzelfall zu befinden; er kann aber in Anbetracht der Notwendigkeit, zu einer zweckdienlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gelangen, aus dem dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Sachverhalt die für das Verständnis der gestellten Fragen und die Erarbeitung einer sachgerechten Antwort erforderlichen Einzelheiten entnehmen.

7 Aus den Vorlageurteilen ergibt sich, daß die Vorabentscheidungsersuchen dem vorlegenden Gericht die Entscheidung darüber ermöglichen sollen, ob — wie die Angeklagten vortragen — die Stellungnahme in den von der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission an die betroffenen Gesellschaften gerichteten Schreiben der Anwendung der französischen Rechtsvorschriften über das Verbot der Verkaufsweigerung entgegenstehen. Die Bezugnahme auf Artikel 85 Absatz 3 in der Frage des Tribunal de Grande Instance erklärt sich nur durch das Vorbringen der Angeklagten, wonach diese Schreiben gemäß Artikel 85 Absatz 3 erlassene Freistellungsentscheidungen darstellen. Somit wird sich der Gerichtshof auf die Prüfung der Frage beschränken, inwieweit das Gemeinschaftsrecht unter Umständen wie den vorliegenden der Anwendung der Bestimmungen des innerstaatlichen Wettbewerbsrechts durch die nationalen Stellen entgegensteht.

8 Vor der Untersuchung dieser Frage ist es erforderlich, die Rechtsnatur der vorerwähnten Schreiben zu bestimmen.

Zur Rechtsnatur der fraglichen Schreiben

9 Artikel 87 Absatz 1 des Vertrages hat den Rat ermächtigt, alle zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 niedergelegten Grundsätze zu erlassen. Aufgrund dieser Ermächtigung erließ der Rat Verordnungen — unter anderem die Verordnung Nr. 17 vom 6. Februar 1962 (ABl. 1962, S. 204) —, die der Kommission die Befugnis verliehen haben, verschiedene Arten von Verordnungen, Entscheidungen und Empfehlungen zu erlassen.

10 Zu dem der Kommission damit für die Erfüllung ihrer Aufgabe zur Verfügung gestellten Instrumentarium gehören die Negativatteste und die Erklärungen nach Artikel 85 Absatz 3. In bezug auf die Negativatteste bestimmt Artikel 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates, daß die Kommission auf Antrag der beteiligten Unternehmen feststellen kann, daß nach den ihr bekannten Tatsachen für sie kein Anlaß besteht, gegen eine Vereinbarung, einen Beschluß oder eine Verhaltensweise aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 oder von Artikel 86 des Vertrages einzuschreiten. In bezug auf die Erklärungen nach Artikel 85 Absatz 3 sehen die Artikel 6 ff. der Verordnung Nr. 17 vor, daß die Kommission Entscheidungen erlassen kann, mit denen die Bestimmungen des Artikels 85 Absatz 1 auf eine bestimmte Vereinbarung für nicht anwendbar erklärt werden, sofern diese bei ihr angemeldet wurde, es sei denn, daß sie nach Artikel 4 Absatz 2 dieser Verordnung von der Anmeldung befreit ist.

11 Die Verordnung Nr. 17 und die Verordnungen zu ihrer Durchführung legen die Regeln fest, die die Kommission bei Erlaß der vorerwähnten Entscheidungen zu beachten hat. Will die Kommission ein Negativattest aufgrund des genannten Artikels 2 erteilen oder eine Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3 abgeben, so ist sie gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 insbesondere verpflichtet, den wesentlichen Inhalt des Antrags oder der Anmeldung mit der Aufforderung an alle betroffenen Dritten zu veröffentlichen, der Kommission innerhalb einer von ihr festzusetzenden Frist Bemerkungen mitzuteilen. Nach Artikel 21 Absatz 1 der Verordnung sind die Entscheidungen über ein Negativattest und die Freistellungsentscheidungen zu veröffentlichen.

12 Es ist offensichtlich, daß Schreiben wie die von der Generaldirektion Wettbewerb an die betroffenen Gesellschaften gerichteten, die abgesandt worden sind, ohne daß die Veröffentlichungsvorschriften des Artikels 19 Absatz 3

der Verordnung Nr. 17 beachtet wurden, und die auch nicht nach Artikel 21 Absatz 1 dieser Verordnung veröffentlicht worden sind, weder Negativatteste noch Erklärungen nach Artikel 85 Absatz 3 im Sinne der Artikel 2 und 6 der Verordnung Nr. 17 darstellen. Wie die Kommission selbst hervorhebt, handelt es sich lediglich um Verwaltungsschreiben, durch die dem beteiligten Unternehmen die Ansicht der Kommission mitgeteilt wird, daß für sie kein Anlaß besteht, gegen die fraglichen Verträge aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages einzuschreiten, und daß das Verfahren somit eingestellt werden kann.

13 Derartige, nur auf die der Kommission bekannten Tatsachen gestützte Schreiben, die eine Beurteilung der Kommission wiedergeben und ein von den zuständigen Dienststellen der Kommission durchgeführtes Untersuchungsverfahren beenden, hindern die innerstaatlichen Gerichte, vor denen die Unvereinbarkeit der fraglichen Vereinbarungen mit Artikel 85 geltend gemacht wird, nicht daran, aufgrund der ihnen vorliegenden Tatsachen eine andere Beurteilung dieser Vereinbarungen vorzunehmen. Die in derartigen Schreiben mitgeteilte Ansicht bindet zwar die innerstaatlichen Gerichte nicht, sie stellt aber einen tatsächlichen Umstand dar, den diese Gerichte bei ihrer Prüfung der Frage, ob die betreffenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen mit Artikel 85 vereinbar sind, berücksichtigen können.

Zur Anwendung des innerstaatlichen Wettbewerbsrechts

14 Das Hauptproblem in den vorliegenden Rechtssachen besteht darin, die Wirkung zu bestimmen, die derartige Schreiben in dem Fall haben können, in dem die nationalen Stellen nicht die Artikel 85 und 86 des Vertrages, sondern nur ihr innerstaatliches Recht anwenden.

15 Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 13. Februar 1969 in der Rechtssache 14/68 (*Wilhelm/Bundeskartellamt*, Slg. 1969, 1) entschieden hat, beurteilen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft und das staatliche Wettbewerbsrecht die restriktiven Praktiken nicht nach den gleichen Gesichtspunkten. Die Artikel 85 und 86 stellen darauf ab, ob sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindern können, während jede der staatlichen Wettbewerbsgesetzgebungen von ihren eigenen Erwägungen ausgeht und die restriktiven Praktiken lediglich nach ihnen beurteilt. Hieraus folgt, daß die staatlichen Stellen auch gegen Sachverhalte vorzugehen befugt sind, die Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sein können.

16 Im vorgenannten Urteil hat der Gerichtshof jedoch auch hervorgehoben, daß eine gleichzeitige Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts nur statthaft ist, soweit sie die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts und die volle Wirksamkeit der zu seinem Vollzug ergangenen Maßnahmen auf dem gesamten Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt.

17 In diesem Zusammenhang ist vorgetragen worden, daß die Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts nicht zulässig sei, wenn sie dazu führe, daß eine durch Entscheidung oder Gruppenverordnung gewährte Freistellung in Frage gestellt werde. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich jedoch, daß in bezug auf die Verträge, die Gegenstand der vorliegenden Rechtssachen sind, keine Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3 abgegeben wurde. Außerdem steht fest, daß die fraglichen Vereinbarungen nicht in den Geltungsbereich irgendeiner Gruppenfreistellungsverordnung fallen.

18 Die betreffenden Verträge waren nur Gegenstand einer Verfahrenseinstellung durch die Kommission, die die Ansicht geäußert hat, daß für sie kein Anlaß besteht, gegen diese Verträge aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 einzuschreiten. Dieser Umstand kann nicht für sich allein bewirken, daß die nationalen Stellen daran gehindert sind, auf diese Vereinbarungen Bestimmungen des innerstaatlichen Wettbewerbsrechts anzuwenden, die gegebenenfalls strenger sind als das einschlägige Gemeinschaftsrecht. Die Tatsache, daß eine Praktik von der Kommission als nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absätze 1 und 2 fallend beurteilt wurde, dessen Geltungsbereich auf diejenigen Kartelle beschränkt ist, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, schließt keineswegs aus, daß diese Praktik von den nationalen Stellen unter dem Gesichtspunkt der restriktiven Wirkungen betrachtet wird, die sie im innerstaatlichen Rahmen entfalten kann.

19 Auf die vorgelegte Frage ist sonach zu antworten, daß das Gemeinschaftsrecht der Anwendung innerstaatlicher Bestimmungen über ein Verbot der Verkaufsweigerung nicht entgegensteht, auch wenn die zur Rechtfertigung dieser Weigerung herangezogenen Verträge Gegenstand einer Verfahrenseinstellung durch die Kommission waren.

Kosten

20 Die Auslagen der belgischen Regierung, der dänischen Regierung, der französischen Regierung, der niederländischen Regierung, der Regierung der Bundesrepublik Deutschland, der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Beteiligten der Ausgangsverfahren ist das Verfahren ein Bestandteil der vor dem nationalen Gericht anhängigen Verfahren; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

die ihm vom Tribunal de Grande Instance Paris mit Urteilen vom 5. Juli 1978 vorgelegte Frage für Recht erkannt:

Das Gemeinschaftsrecht steht der Anwendung innerstaatlicher Bestimmungen über ein Verbot der Verkaufsweigerung nicht entgegen, auch wenn die zur Rechtfertigung dieser Weigerung herangezogenen Verträge Gegenstand einer Verfahrenseinstellung durch die Kommission waren.

Kutscher O'Keeffe Touffait Mertens de Wilmars Pescatore

Mackenzie Stuart Bosco Koopmans Due

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 10. Juli 1980.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher