SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GEORGES COSMAS
vom 13. Mai 1997 *

In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof über Rechtsmittel zu entscheiden, die die Kommission und die Französische Republik nach Artikel 49 der EWG-Satzung des Gerichtshofes gegen das Urteil des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 18. September 1995 [1] eingelegt haben. Mit dem angefochtenen Urteil wurde der Klage der englischen Gesellschaft Ladbroke Racing Limited nach Artikel 173 EG-Vertrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 29. Juli 1993 stattgegeben, mit der die Kommission die Beschwerde von Ladbroke vom 24. November 1989 (IV/33.374) zurückgewiesen hatte, die gegen die Art der Organisation der Totalisatorwetten (pari mutuel) für Pferderennen in Frankreich [2] und die im französischen Recht einem nationalen (französischen) Unternehmensverband, dem Pari Mutuel Urbain (nachstehend: PMU), übertragenen ausschließlichen Rechte gerichtet war.

Gleich zu Beginn möchte ich darauf hinweisen, daß das Gericht in dem angefochtenen Urteil einer Auslegung der Artikel 85 und 86 mit besonders interessanten Auswirkungen gefolgt ist, über deren Richtigkeit der Gerichtshof nunmehr zu befinden hat.

I — Sachverhalt und Verfahren

1. Der Sachverhalt des zu prüfenden Falles ist in den Randnummern 1 bis 25 des angefochtenen Urteils ausführlich dargestellt; hierauf möchte ich den Gerichtshof verweisen. Bei dieser Rechtsmittelsache brauche ich nur folgendes in Erinnerung zu rufen:

2. Am 24. November 1989 reichte Ladbroke bei der Kommission eine Beschwerde (IV/33.374) ein gegen 1. die Französische Republik, 2. die zehn führenden Rennvereine („sociétés de courses") in Frankreich [3], und

* Originalsprache: Griechisch.

1 — Rechtssache T-548/93 (Ladbroke Racing/Kommission, Slg. 1995, II-2565).

2 — Die Totalisatorwette, das einzig zugelassene Wettsystem in Frankreich, ist wesentlich dadurch gekennzeichnet, daß die Wetteinsätze in einen gemeinsamen Pool gelangen, der nach Abzug mehrerer Abgaben an die Gewinner verteilt wird. Die Wetter wetten gegeneinander, die Gewinnerträge hängen vom Gesamteinsatz und der Zahl der Gewinner ab und der Veranstalter der Wette erhält seine Vergütung nicht aus den verlorenen Einsätzen der Wetter, sondern durch Abzüge von Abgaben aus dem Pool der Einsätze.

3 — Sie allein haben die Erlaubnis zur Veranstaltung von Totalisatorwetten bei Pferderennen — ursprünglich innerhalb und außerhalb der Rennplätze.

3. den PMU [4]. Soweit ihre Beschwerde gegen den PMU und dessen Mitgliedsvereine gerichtet war, beantragte Ladbroke bei der Kommission auf der Grundlage von Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 [5],

erstens, Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag, die aus den Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen der in Frankreich zugelassenen Rennvereine untereinander und mit dem PMU folgten, festzustellen und anzuordnen, daß sie abgestellt werden. Angeblich bezweckten diese Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, dem PMU ausschließliche Rechte für die Verwaltung und Organisation der Totalisatorwetten außerhalb von Rennplätzen für die von den genannten Vereinen veranstalteten oder kontrollierten Rennen einzuräumen, einen Antrag auf staatliche Beihilfe zugunsten des PMU und deren Gewährung zu unterstützen und es schließlich dem PMU zu ermöglichen, seine Tätigkeiten auf andere Mitgliedstaaten als die Französische Republik auszudehnen;

zweitens, Zuwiderhandlungen gegen Artikel 86 EWG-Vertrag, die aus der Einräumung ausschließlicher Rechte für die Verwaltung und Organisation von Wetten außerhalb von Rennplätzen zugunsten des PMU sowie daraus folgten, daß der PMU eine rechtswidrige staatliche Beihilfe erhalten und die durch diese Beihilfe verschafften Vorteile zur wettbewerblichen Betätigung verwendet habe, festzustellen und anzuordnen, daß sie abgestellt werden; weiter, dem PMU aufzugeben, die so erhaltene rechtswidrige staatliche Beihilfe zuzüglich der marktüblichen Zinsen zurückzuzahlen. Außerdem wies Ladbroke die Kommission auf andere Fälle des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung durch den PMU hin [6]. Schließlich behauptete Ladbroke, der Wettbewerb werde wegen der engen Verbindungen zwischen dem PMU und seinen wichtigsten Lieferanten beeinträchtigt.

3. Soweit die Beschwerde gegen die Französische Republik gerichtet war, beantragte Ladbroke bei der Kommission, eine Entscheidung auf der Grundlage des Artikels 90 Absatz 3 EWG-Vertrag zu erlassen, um den Verstoß der Französischen Republik gegen folgende Vorschriften abzustellen:

erstens, die Artikel 3 Buchstabe f, 5, 52, 53, 85, 86 und 90 Absatz 1 EWG-Vertrag wegen des Erlasses und der Beibehaltung der erwähnten Rechtsvorschriften, die den Vereinbarungen der Rennvereine untereinander

4 — Der PMU ist ein wirtschaftlicher Interessenverband der führenden Pferderennvereine in Frankreich, der gegründet wurde, um die Rechte dieser Vereine zur Organisation von Totalisatorwetten außerhalb der Rennplätze zu verwalten. Der PMU verwaltete die Rechte der Rennvereine zur Veranstaltung dieser Wetten ursprünglich als „gemeinsamer Dienst" (Dekret vom 11. Juli 1930 zur Ausdehnung der Totalisatorwetten außerhalb von Rennplätzen). Nach Artikel 13 des Dekrets Nr. 74-954 vom 14. November 1974 über die Pferderennvereine nimmt ab diesem Tag ausschließlich der PMU die Rechte der Rennvereine in bezug auf Totalisatorwetten außerhalb von Rennplätzen wahr. Dieser Artikel bestimmt: „Die Rennvereine, die zum Abhalten von Totalisatorwetten außerhalb von Rennplätzen berechtigt sind, übertragen die Verwaltung dieser Wetten einem gemeinsamen Dienst mit der Bezeichnung Pari mutuel urbain." Das damit dem PMU übertragene ausschließliche Recht wird außerdem dadurch geschützt, daß es anderen als dem PMU untersagt ist, Wetten für Pferderennen abzuschließen oder entgegenzunehmen (Artikel 8 der interministeriellen Verordnung vom 13. September 1985 über den Pari mutuel urbain). Es gilt auch für Wetten, die im Ausland für in Frankreich veranstaltete Rennen, sowie für Wetten, die in Frankreich auf im Ausland veranstaltete Rennen entgegengenommen werden, die beide ebenfalls nur von den zugelassenen Rennvereinen und/oder PMU abgeschlossen werden können (Artikel 15 Absatz 3 des Gesetzes Nr. 64-1279 vom 23. Dezember 1964 über den Haushalt für 1965).

5 — Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. 1962, Nr. 13, S. 204).

6 — Ladbroke zufolge werden beim PMU Wettende ausgebeutet, weil es keine Organisation der Wetten für Rennen auf Geländen gebe, die nicht den führenden Rennvereinen gehörten, und weil die Wetten für Rennen auf Rennplätzen, die diesen Vereinen gehörten, nur unvollständig zugänglich seien. Ladbroke beklagt außerdem, daß der PMU und seine Agenturen die ausländischen Rennen nur eingeschränkt abdeckten und qualitativ schlechte Dienste anböten.

und mit dem PMU eine Rechtsgrundlage gäben; diese Vorschiften räumten dem PMU ausschließliche Rechte für die Entgegennahme von Wetten außerhalb von Rennplätzen ein und untersagten es jedermann, außerhalb von Rennplätzen Wetten für in Frankreich veranstaltete Pferderennen anders als über den PMU abzuschließen oder entgegenzunehmen;

zweitens, die Artikel 3 Buchstabe f, 52, 53, 59, 62, 85, 86 und 90 Absatz 1 EWG-Vertrag wegen des Erlasses und der Beibehaltung der erwähnten Rechtsvorschriften, die es untersagten, in Frankreich unbehindert Wetten für im Ausland durchgeführte Rennen abzuschließen;

drittens, Artikel 90 Absatz 1, 92 und 93 EWG-Vertrag wegen dem PMU gewährter rechtswidriger Beihilfen.

4. Mit Schreiben vom 11. August 1992 forderte Ladbroke die Kommission gemäß Artikel 175 EWG-Vertrag auf, binnen zwei Monaten zu ihrer Beschwerde vom 24. November 1989 Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 12. Oktober 1992 teilte die Kommssion Ladbroke mit, daß sie die Beschwerde weiterhin prüfe, daß die Prüfung aber erhebliche Zeit in Anspruch nehme. Am 21. Dezember 1992 erhob Ladbroke Untätigkeitsklage gemäß Artikel 175 EG-Vertrag, die auf die Feststellung gerichtet war, daß es die Kommission unterlassen habe, eine Entscheidung über die Artikel 90 berührenden Aspekte ihrer Beschwerde zu erlassen. Diese Klage wurde vom Gericht mit Urteil vom 27. Oktober 1994 als unzulässig abgewiesen [7].

5. Bezüglich der Aspekte der Beschwerde von Ladbroke, die sich auf die angeblichen Verstöße der französischen Rennvereine und des PMU gegen die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag bezogen, teilte die Kommission Ladbroke mit Schreiben vom 9. Februar 1993 gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 mit, daß sie nicht beabsichtige, der Beschwerde insoweit stattzugeben. Mit Entscheidung, die in einem Schreiben vom 29. Juli 1993 enthalten war, wies die Kommission in der Tat die Beschwerde von Ladbroke mit Gründen zurück, die sowohl in dieser Entscheidung als auch in dem Schreiben vom 9. Februar 1993 enthalten waren.

6. Am 19. Oktober 1993 erhob Ladbroke Klage auf Nichtigerklärung dieser Entscheidung beim Gericht erster Instanz; die französische Regierung wurde als Streithelferin zugelassen. Mit Urteil vom 18. September 1995 in der Rechtssache T-548/93 [8] gab das Gericht der Klage von Ladbroke statt und erklärte die Entscheidung der Kommission vom 29. Juli 1993 für nichtig. Gegen dieses Urteil legten am 22. November 1995 die Kommission (Rechtssache C-359/95 P) und am 27. November 1995 die Französische Republik (Rechtssache C-379/95 P) Rechtsmittel ein. Durch Beschluß des Präsidenten des Gerichtshofes vom 29. Januar 1996 sind

7 — Rechtssache T-32/93 (Ladbroke Racing/Kommission, Slg. 1994, II-1015).

8 — Vgl. Fußnote 1.

die beiden Rechtssachen zu gemeinsamem schriftlichen und mündlichen Verfahren und gemeinsamer Entscheidung verbunden worden.

7. Die Kommission beantragt, das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als es die Entscheidung, mit der die Beschwerde zurückgewiesen wurde, für nichtig erklärt, die Klage von Ladbroke als unbegründet abzuweisen und Ladbroke sämtliche Verfahrenskosten aufzuerlegen.

Die Französische Republik beantragt, das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als es die Entscheidung, mit der die Beschwerde zurückgewiesen wurde, für nichtig erklärt, und den Anträgen der Kommission beim Gericht stattzugeben.

Ladbroke beantragt, die Rechtsmittel zurückzuweisen, der Kommission und der Französischen Republik die Verfahrenskosten aufzuerlegen, hilfsweise für den Fall, daß der Gerichtshof den Rechtsmitteln stattgeben sollte, über die offenen Punkte der Klage von Ladbroke ohne Zurückverweisung selbst zu entscheiden oder die Sache zur Entscheidung über diese Punkte an das Gericht zurückzuverweisen.

II — Das angefochtene Urteil

8. Die den Urteilstenor tragenden Gründe des Urteils des Gerichts sind in den Randnummern 43 und 46 bis 51 enthalten, die wie folgt lauten:

„(Randnummer 43) Das Gericht ist der Ansicht, daß im vorliegenden Fall zunächst die Rüge bezüglich der Behandlung der beiden Aspekte der Beschwerde zu prüfen ist, die die angeblichen Verstöße gegen die Artikel 85 und 86 sowie gegen Artikel 90 des Vertrages betreffen, da damit die allgemeine Weise, in der die Kommission die Beschwerde geprüft hat, in Frage gestellt wird. Insbesondere ist die Frage zu prüfen, ob die Kommission verpflichtet war, die Vereinbarkeit der nationalen französischen Rechtsvorschriften mit dem Vertrag zu beurteilen, bevor sie die angefochtene Entscheidung im Hinblick auf die Artikel 85 und 86 des Vertrages erlassen hat ...

(Randnummer 46) Im vorliegenden Fall hat die Kommission das Verfahren zur Prüfung der Beschwerde der Klägerin gemäß Artikel 90 des Vertrages eingeleitet, um die Vereinbarkeit der nationalen französischen Rechtsvorschriften mit den anderen Vorschriften des Vertrages zu beurteilen, und dieses Verfahren ist noch anhängig. Demzufolge ist zu prüfen, ob die Kommission die Beschwerde der Klägerin gemäß den Artikeln 85 und 86 des Vertrages und der Verordnung Nr. 17 endgültig zurückweisen konnte, ohne zuvor die Prüfung der

Beschwerde gemäß Artikel 90 des Vertrages abgeschlossen zu haben.

(Randnummer 47) Die Kommission hat im schriftlichen Verfahren und in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, die durch die Beschwerde der Klägerin aufgeworfene Wettbewerbsproblematik könne nur durch die Prüfung der Vereinbarkeit der nationalen französischen Rechtsvorschriften über das gesetzliche Monopol des PMU mit den Vorschriften des Vertrages und durch ein etwaiges Tätigwerden nach Artikel 90 des Vertrages gelöst werden; daher sei diese Prüfung vorrangig, da ihre Ergebnisse für alle früheren oder künftigen Vereinbarungen zwischen den Rennvereinen gälten (Klagebeantwortung, Nr. 46). Folglich ist das Gericht der Auffassung, daß die Beurteilung der von Ladbroke in ihrer Beschwerde gerügten Verhaltensweisen der Rennvereine und des PMU anhand der Artikel 85 und 86 des Vertrages nicht ohne eine vorherige Prüfung der nationalen Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Bestimmungen des Vertrages vollständig erfolgen konnte.

(Randnummer 48) Denn falls die Kommission die Vereinbarkeit der betreffenden nationalen Rechtsvorschriften mit den Vertragsbestimmungen feststellen sollte, würde die Vereinbarkeit der Verhaltensweisen der Rennvereine und des PMU mit diesen nationalen Rechtsvorschriften bewirken, daß diese Verhaltensweisen ebenfalls als mit den Artikeln 85 und 86 des Vertrages vereinbar angesehen werden müßten, während die Unvereinbarkeit der fraglichen Verhaltensweisen mit den nationalen Rechtsvorschriften zu der Feststellung führen könnte, daß diese Verhaltensweisen selbst Zuwiderhandlungen gegen diese Vertragsbestimmungen darstellen.

(Randnummer 49) Falls die Kommission dagegen feststellen sollte, daß die nationalen Rechtsvorschriften nicht mit den Vertragsbestimmungen vereinbar sind, hätte sie anschließend zu prüfen, ob der Umstand, daß sich die Vereine und der PMU an nationale Rechtsvorschriften gehalten haben, die gegen die Vertragsbestimmungen verstoßen, ihnen gegenüber zum Erlaß von Maßnahmen führen kann, die auf Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 85 und 86 des Vertrages gerichtet sind.

(Randnummer 50) Daher kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Kommission, als sie die Entscheidung über die endgültige Zurückweisung der Beschwerde der Klägerin gemäß den Artikeln 85 und 86 des Vertrages erließ, ohne zuvor ihre Prüfung der Vereinbarkeit der nationalen französischen Rechtsvorschriften mit den Bestimmungen des Vertrages abgeschlossen zu haben, ihre Verpflichtung, die ihr von den Beschwerdeführern vorgetragenen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte aufmerksam zu prüfen, erfüllt hat (vgl. Urteil Automec/Kommission, a. a. O., Randnr. 79), um dem Erfordernis der Gewißheit genügen zu können, [die] eine endgültige Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Zuwiderhandlung kennzeichnen muß (vgl. Urteil des Gerichts vom 24. Januar 1992 in der Rechtssache T-44/90, La Cinq/Kommission, Slg. 1992, II-1, Randnr. 61). Sie war in dieser Phase somit nicht berechtigt, die genannten Bestimmungen des Vertrages für unanwendbar auf die von der Klägerin erwähnten Verhaltensweisen der führenden französischen Rennvereine und des PMU zu halten und im Anschluß daran das Gemeinschaftsinteresse an einer Feststellung

der von der Klägerin behaupteten Zuwiderhandlungen mit der Begründung zu verneinen, daß es sich um lange zurückliegende Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln handele.

(Randnummer 51) Aus dem Vorstehenden folgt, daß die Kommission, indem sie die Beschwerde der Klägerin unter Berufung auf die Unanwendbarkeit der Artikel 85 und 86 des Vertrages und das fehlende Gemeinschaftsinteresse endgültig zurückgewiesen hat, bevor sie ihre Prüfung der durch diese Beschwerde in Frage gestellten Vereinbarkeit der nationalen französischen Rechtsvorschriften mit den Wettbewerbsregeln des Vertrages abgeschlossen hatte, ihre Überlegungen auf eine unzutreffende rechtliche Auslegung der Voraussetzungen gestützt hat, unter denen eine endgültige Beurteilung des Bestehens oder Nichtbestehens der angeblichen Zuwiderhandlungen erfolgen kann."

III — Rechtsmittelgründe

A — *Rechtssache C-359/95 P*

Die Kommission macht in ihrer Rechtsmittelschrift drei Rechtsmittelgründe geltend:

1. *Erster Rechtsmittelgrund*

9. Die Kommission rügt, das Gericht habe das Recht verletzt, als es entschied, wenn in einem Fall sowohl Artikel 90 als auch die Artikel 85 und 86 erheblich sein könnten, müsse die Kommission ihre Untersuchung nach Artikel 90 abschließen, bevor sie über die Anwendbarkeit der Artikel 85 und 86 entscheide oder die Beschwerde wegen fehlenden Gemeinschaftsinteresses zurückweise.

a) Erster Teil des ersten Rechtsmittelgrundes

Der erste Teil des ersten Rechtsmittelgrundes bezieht sich auf die Randnummer 47 des angefochtenen Urteils.

10. Die Kommission erklärt, sie habe niemals behauptet, daß Beschwerden über Verstöße gehen die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag nur untersucht werden könnten, wenn zuvor die Vereinbarkeit des einschlägigen französischen Rechts mit dem EG-Vertrag geprüft worden sei. Sie habe sich in ihrer Klagebeantwortung vor dem Gericht auf die Feststellung beschränkt, daß sie der Prüfung des französischen Rechts im Licht des Artikels 90 Vorrang eingeräumt habe, weil diese ihr als das unmittelbarste Hindernis für den Wettbewerb erschienen seien. Außerdem habe sie kein Gemeinschaftsinteresse an der Prüfung des Verhaltens der Rennvereine vor 1974 festgestellt.

b) Zweiter Teil des ersten Rechtsmittelgrundes

11. Nach Auffassung der Kommission hat das Gericht mit der Feststellung, daß sie vor Zurückweisung der auf Artikel 85 und 86

EG-Vertrag gestützten Beschwerde die Untersuchung nach Artikel 90 hätte abschließen müssen, eine zwischen dem Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 und dem Vertragsverletzungsverfahren gegen einen Mitgliedstaat eine Rangfolge festgelegt. Diese Rangfolge sei im Urteil des Gerichts nicht angemessen begründet worden und mit dem Ermessenspielraum nicht zu vereinbaren, den die Kommission nach Gemeinschaftsrecht bei der Festlegung der Reihenfolge der Prüfung der Rechtsgrundlagen einer Beschwerde habe [9].

12. Nach Auffassung von Ladbroke geht der Hinweis der Kommission auf das Urteil Rendo fehl, da die Kommission dem auf Artikel 90 gestützten Teil der Beschwerde tatsächlich keinen Vorrang eingeräumt, sondern ihn unbeachtet gelassen habe, bis Ladbroke mit einem Verfahren nach Artikel 175 gedroht habe. Das einzige Ziel der Kommission sei es im vorliegenden Fall gewesen, eine Antwort auf die Frage zu umgehen, ob die französischen Vorschriften den EG-Vertrag verletzten, obwohl diese Frage wesentlich für die richtige Behandlung der Beschwerde von Ladbroke gewesen sei. Die Absichten der Kommission ließen sich daran erkennen, daß es bis jetzt keine Entscheidung der Kommission über die Vereinbarkeit des einschlägigen französischen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht gebe.

9 — Urteil in der Rechtssache C-19/93 (Rendo u. a./Kommission, Slg. 1995, I-3319).

2. Zweiter Rechtsmittelgrund

13. Im Rahmen des zweiten Rechtsmittelgrundes bringt die Kommission vor, das Gericht habe das Recht verletzt, weil es die Feststellung der Kommission nicht berücksichtigt habe, daß unabhängig von der Vereinbarkeit des französischen Rechts mit dem EG-Vertrag kein Verstoß gegen die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag vorliege. Ihre Feststellung, daß mehrere der Voraussetzungen für die Anwendung der betreffenden Bestimmungen nicht erfüllt gewesen seien, sei ein ausreichender Grund gewesen, die Beschwerde bezüglich dieser Rechtsgrundlagen zurückzuweisen; es habe keine Notwendigkeit bestanden, zuvor die Vereinbarkeit des französischen Rechts mit dem EG-Vertrag zu prüfen.

a) Erster Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes

14. Die Kommission verweist zur Erklärung der Zurückweisung der Beschwerde von Ladbroke auf die Nummern 6 bis 10, 13 und 14 ihrer Entscheidung, in denen folgendes ausgeführt sei: Erstens habe es keine Absprache oder einen Beweis für eine abgestimmte Verhaltensweise des Inhalts gegeben, daß die führenden Rennvereine dem PMU vor 1974 ausschließliche Rechte übertragen hätten. Zweitens habe es keinen Beweis für die Richtigkeit der Behauptung von Ladbroke gegeben, daß diese Vereine bei den französischen Behörden vorstellig geworden seien, um staatliche Beihilfen für den PMU zu erhalten; selbst wenn ein solches Vorgehen

nachgewiesen worden wäre, wäre es nach den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln keine abgestimmte Verhaltensweise gewesen. Drittens habe es keinen Beweis für die Ausweitung der Tätigkeiten des PMU über Frankreich hinaus gegeben. Viertens habe all dies den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt, da das französische Recht den französischen Markt ohnehin vollkommen isoliert habe.

b) Zweiter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes

15. Die Kommission verweist darauf, daß sie in den Nummern 11 und 12 ihrer Entscheidung zu dem Ergebnis gelangt sei, daß ein Verstoß gegen Artikel 86 nicht vorliege. Erstens stelle es keinen Mißbrauch dar, daß der PMU mit der Koordinierung und Zusammenfassung der Wetten für von den Rennvereinen veranstaltete Rennen betraut worden sei. Auch durch die Übertragung ausschließlicher Rechte an den PMU habe der Handel zwischen Mitgliedstaaten wegen der Isolierung des französischen Marktes aufgrund des einschlägigen französischen Rechts nicht beeinträchtigt werden können. Drittens stelle das behauptete Vorgehen zur Erlangung staatlicher Beihilfen keinen Mißbrauch dar. Viertens sei bezüglich der angeblichen Ausbeutung des Wettpublikums durch den PMU zu beachten, daß sie nicht Gegenstand eines förmlichen Antrags auf Feststellung eines Verstoßes und außerdem auf die französischen Rechtsvorschriften zur Eindämmung des Wettens zurückzuführen gewesen sei. Zudem sei diese Behauptung nicht bewiesen worden und habe ohnehin den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen können.

c) Dritter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes

16. Die Kommission legt dar, daß sie unabhängig von den Ergebnissen ihrer Prüfung bezüglich der Feststellung eines möglichen Verstoßes gegen Artikel 90 die Beschwerde angemessen prüfen konnte und zu dem Schluß gelangen durfte, daß kein Gemeinschaftsinteresse an der Feststellung eines möglichen Verstoßes gegen die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag bestehe.

17. Ladbroke hält diesem Vorbringen entgegen, daß sich die Kommission ihre Entscheidung, daß mehrere Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 85 fehlten, nicht auf französisches Recht stützen könne, ohne zuvor geprüft zu haben, ob diese Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar seien. Wenn diese Rechtsvorschriften den EG-Vertrag verletzten und nicht zu rechtmäßigen Ergebnissen führten, würde das Verhalten der Vereine, das unmittelbar in den Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag fiele, wenn es diese Vorschriften nicht gäbe, durch diese Vorschriften nicht gedeckt [10].

10 — Ladbroke verweist auf die Urteile vom 3. Dezember 1987 in der Rechtssache 136/86 (BNIC, Slg. 1987, 4789), vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 123/83 (BNIC, Slg. 1985, 391) und vom 11. April 1989 in der Rechtssache 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen u. a., Slg. 1989, 803).

3. *Dritter Rechtsmittelgrund*

18. Nach Auffassung der Kommission ist das angefochtene Urteil unzureichend begründet. Erstens erkläre es nicht, weshalb die Kommission das französische Recht vor Zurückweisung der auf die Artikel 85 und 86 gestützten Beschwerde im Licht des Artikels 90 hätte prüfen müssen. Zweitens erkläre es nicht, wieso die Kommission nicht berechtigt gewesen sei, bei der Festlegung der Rangfolge zwischen den einzelnen Gesichtspunkten der Beschwerde das Gemeinschaftsinteresse zu berücksichtigen. Außerdem äußere sich das angefochtene Urteil an keiner Stelle dazu, aus welchem Grund der Standpunkt der Kommission bezüglich des fehlenden Gemeinschaftsinteresses fehlerhaft gewesen sei.

19. Ladbroke verweist darauf, daß diese Fragen in den Randnummern 42 bis 47 des angefochtenen Urteils angemessen begründet würden.

B — *Rechtssache C-379/95 P*

Die französische Regierung macht drei Rechtsmittelgründe geltend.

1. *Erster Rechtsmittelgrund*

20. Die französische Regierung ist der Auffassung, daß das Gericht zu Unrecht die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag in Fällen außer acht gelassen habe, in denen das Verhalten der betreffenden Unternehmen durch nationales Recht vorgegeben sei, das ihnen in der Sache keine Wahl lasse.

Insbesondere könnten die Artikel 85 und 86 unabhängig vom Inhalt des nationalen Rechts auf Unternehmen angewandt werden, wenn diese autonom über ihr Verhalten entscheiden könnten [11]. Wenn indessen nationales Recht den Unternehmen kein autonomes Verhalten ermögliche, könnten die Artikel 85 und 86 solange nicht angewandt werden, als dieses nationale Recht in Geltung bleibe [12]. Bei dieser Sachlage wäre die Prüfung der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dem EG-Vertrag zwecklos, sofern die Kommission die Unternehmen nicht aufgrund der Artikel 85 und 86 auffordern könne, sich nicht an nationales Recht zu halten, da dieses gegen Gemeinschaftsrecht verstoße. Weder der Gerichtshof noch das Gericht hätten aber bisher entschieden, daß Unternehmen verpflichtet seien, die für sie geltenden Gesetze zu brechen, weil diese von ihnen verlangten, gegen das Gemeinschaftsrecht zu handeln. Die französische Regierung verweist auf ein Urteil, in dem sich der Gerichtshof geweigert habe, die horizontale unmittelbare Wirkung von Richtlinien anzuerkennen [13].

11 — Vgl. Urteile in den Rechtssachen 123/83 und 136/86, BNIC (zitiert in Fußnote 10).

12 — Die französische Regierung verweist auf die Urteile des Gerichtshofes vom 16. Dezember 1975 in den verbundenen Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73 (Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663) und vom 10. Dezember 1985 in den verbundenen Rechtsssachen 240/82 bis 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 und 269/82 (Sigaretteninbdustrie u. a./Kommission, Slg. 1985, 3831) sowie auf das Urteil des Gerichts vom 29. Juni 1993 in der Rechtssache T-7/92 (Asia Motor France u. a./Kommission, Slg. 1993, II-669).

13 — Urteil vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-91/92 (Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325).

Da das ab 1974 geltende französische Recht den französischen Rennvereinen keine Handlungsfreiheit gelassen habe, habe die Kommission, ohne zuvor das einschlägige französische Recht im Licht des Artikels 90 zu untersuchen, den auf die Artikel 85 und 86 gestützten Teil der Beschwerde zurückweisen können.

21. In ihrer Entgegnung legt die Kommission dar, daß im Gemeinschaftsrecht zwischen staatlichen Maßnahmen, die Unternehmen verpflichteten, gegen die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag zu verstoßen, und solchen Maßnahmen zu unterscheiden sei, die zwar keinen solchen Verstoß forderten, wohl aber einen rechtlichen Rahmen schüfen, der als solcher den Wettbewerb beschränke. Im letzteren Fall könne Artikel 85 unter gewissen Umständen auf Absprachen zwischen Unternehmen unanwendbar sein, wenn keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb oder den Handel zwischen Mitgliedstaaten festzustellen seien. Umgekehrt komme im erstgenannten Fall, auch wenn das Verhalten der Unternehmen gänzlich vom nationalen Recht bestimmt werde, Artikel 85 ohne Rücksicht darauf zur Anwendung, wie diese Vorschriften nach Gemeinschaftsrecht behandelt würden [14]. Infolge des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und der unmittelbaren Wirkung der Artikel 85 Absatz 1 und 86 EG-Vertrag könne ein Untenehmen es nicht nur ablehnen, sich an staatliche Maßnahmen zu halten, die ein gegen Gemeinschaftsrecht verstoßendes Verhalten forderten, sondern müsse dies sogar tun.

Im vorliegenden Fall stimme die Kommission hingegen mit dem Standpunkt der französischen Regierung überein, da die französischen Rechtsvorschriften von 1974 nicht den Abschluß von Vereinbarungen zwischen den Rennvereinen forderten, sondern selbst dem PMU das ausschließliche Recht zur Organisation von Totalisatorwetten außerhalb von Rennplätzen übertrügen. Daher sei die Beschränkung des Wettbewerbs unmittelbare Folge des einzelstaatlichen Rechts [15].

22. Ladbroke widerspricht der Auffassung, daß die Artkel 85 und 86 EG-Vertrag nicht anwendbar sein sollten, wenn das Verhalten eines Unternehmens durch eine geltende staatliche Maßnahme angeordnet werde. Sie wendet sich auch gegen die Auffassung, daß bestehende Vereinbarungen, die in der Folge durch innerstaatliche Rechtsvorschriften zwingenden Charakter annähmen, anders behandelt werden sollten als Vereinbarungen, die von Anfang an bindend seien. Selbst wenn man der Auslegung der maßgebenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts durch die französische Regierung folge, müsse man davon ausgehen, daß in dem zu prüfenden Fall den Rennvereinen ein Rest Autonomie verblieben sei, den sie dazu benutzt hätten, vor 1974 die betreffenden Vereinbarungen zu treffen. Die Autonomie der Mitgliedsvereine des PMU und des PMU selbst sei bis zum Erlaß des Dekrets von 1974 nicht völlig beseitigt gewesen.

Schließlich dürfe man sich nicht auf innerstaatliche Maßnahmen stützen, die gegen den

14 — Die Kommission verweist auf das Urteil des Gerichtshofes vom 16. November 1977 in der Rechtssache 13/77 (GB-Inno-BM, Slg. 1977, 2115).

15 — Urteil des Gerichtshofes vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-2/91 (Meng, Slg. 1993, I-5751).

EG-Vertrag verstießen, um das Fehlen einer negativen Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten darzutun. Daß den Unternehmen kein Vorwurf daraus gemacht werden könne, daß sie sich an ihr nationales Recht gehalten hätten, schließe die Feststellung nicht aus, daß sie gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hätten.

2. *Zweiter Rechtsmittelgrund*

a) Erster Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes

23. Nach Auffassung der französischen Regierung hat das Gericht gegen das Recht verstoßen, indem es eine ständige Rechtsprechung nicht berücksichtigt hat, der zufolge eine Person, die eine Beschwerde nach der Verordnung Nr. 17 einreicht, keinen Anspruch auf eine endgültige Entscheidung bezüglich des Vorliegens eines Verstoßes gegen Artikel 85 und 86 EG-Vertrag hat [16].

b) Zweiter Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes

24. Die französische Regierung legt dar, die Kommission könne ohne weiteres eine Beschwerde gegen das Verhalten eines Unternehmens, das zwar gegen die Wettbewerbsregeln verstoße, aber durch nationales Recht vorgeschrieben sei, zurückweisen, ohne zuvor über die Vereinbarkeit dieses Rechts mit dem EG-Vertrag zu entscheiden. Es sei bemerkenswert, daß sich die Hilfsbegründung für die Zurückweisung der Beschwerde, das fehlende Gemeinschaftsinteresse, auf einen unstreitigen Umstand stütze: Seit 1974 sei das Fehlen eines freien Wettbewerbs auf dem französischen Markt für Pferderennwetten unmittelbare Folge des französischen Rechts gewesen. Folglich könne eine Feststellung von Verstößen der Rennvereine gegen die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag keine positive Auswirkung auf die Wettbewerbsbedingungen auf dem französischen Markt für Pferderennwetten seit 1974 haben.

25. Nach Auffassung von Ladbroke hat das Gericht nicht entschieden, daß die Kommission nicht berechtigt war, eine Beschwerde wegen fehlenden Gemeinschaftsinteresses zurückzuweisen. Es habe die Entscheidung der Kommission in Wahrheit vielmehr deshalb aufgehoben, weil die Beschwerde von Ladbroke wegen der Auswirkungen des französischen Rechts auf den französischen Markt für Pferderennwetten zurückgewiesen worden sei, ohne daß zuvor die Vereinbarkeit dieser Vorschriften mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln geprüft worden wäre.

3. *Dritter Rechtsmittelgrund*

26. Die französische Regierung vertritt die Auffassung, das Gericht ziehe in dem angefochtenen Urteil de facto das Ermessen der Kommission in Zweifel, ob gegen einen Mitgliedstaat vorzugehen sei, der gegen den EG-Vertrag verstoßendes nationales Recht

16 — Die Rechtsmittelführerin stützt ihr Vorbringen auf die Urteile des Gerichtshofes vom 18. Oktober 1979 in der Rechtssache 125/78 (GEMA/Kommission, Slg. 1979, 3173) und des Gerichts vom 18. September 1992 in der Rechtssache T-24/90 (Automec/Kommission, Slg. 1992, II-2223).

beibehalte. Nach ständiger Rechtsprechung stehe der Kommission bei der Entscheidung, ob ein Verfahren nach Artikel 169 oder nach Artikel 90 Absatz 3 EG-Vertrag einzuleiten sei, ein weites Ermessen zu. Obwohl das angefochtene Urteil nicht ausdrücklich entschieden habe, daß die Kommission verpflichtet gewesen sei, diese Verfahren durchzuführen, stelle sich doch die Frage, welchen Zwecken mit einer Prüfung des französischen Rechts im Licht der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln gedient wäre, wenn die Kommission für den Fall, daß die Vorschriften als unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht angesehen werden sollten, keine rechtlichen Konsequenzen aus dieser Feststellung zöge, d. h. nicht auf das Verfahren nach Artikel 169 zurückgriffe oder eine Entscheidung nach Artikel 90 Absatz 3 träfe.

Schließlich wendet sich die französische Regierung gegen Randnummer 46 des angefochtenen Urteils, in der das Gericht die Auffassung vertrete, daß die Kommission, wenn sie kein Verfahren nach Artikel 90 EG-Vertrag eingeleitet hätte, die Rügen der Beschwerde bezüglich der Artikel 85 und 86 hätte zurückweisen können, ohne zuvor das französische Recht zu prüfen. Dieser Gedankengang könne die Kommission, wenn ihr eine Beschwerde vorgelegt werde, zu der Erklärung verleiten, daß sie nicht beabsichtige, das innerstaatliche Recht im Licht des Artikels 90 zu prüfen, um dadurch ihr Ermessen zu wahren.

27. Nach Auffassung von Ladbroke könnte das Vorbringen der französischen Regierung dem Beschwerdeführer das ihm in der Verordnung Nr. 17 gewährte Recht nehmen, daß die Kommission über die Beschwerde in der Sache entscheide. Die Kommission sei nach Artikel 90 nicht zum Tätigwerden verpflichtet [17], so daß auf die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag gestützte Beschwerden systematisch mit der Begründung zurückgewiesen werden könnten, das zu prüfende Verhalten sei durch nationales Recht vorgeschrieben, zu dessen Untersuchung die Kommission nicht verpflichtet sei. Gewiß könne die Kommission unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt sein, eine Beschwerde über Verstöße gegen die Artikel 85 und 86 zurückzuweisen, ohne zuvor das betreffende nationale Recht untersuchen zu müssen. Im vorliegenden Fall sei hingegen eine Prüfung der nationalen Maßnahmen notwendig gewesen, um festzustellen, ob die Kommission denkgesetzlich richtig die auf die Artikel 85 und 86 gestützten Punkte ihrer Beschwerde zurückgewiesen habe. Wenn die Kommission festgestellt hätte, daß dieses nationale Recht gegen Gemeinschaftsrecht verstoße, wäre sie nach Artikel 155 EG-Vertrag verpflichtet gewesen, die notwendigen Maßnahmen zur Bereinigung der Sachlage ohne Rücksicht darauf zu treffen, ob eine Beschwerde nach der Verordnung Nr. 17 eingelegt worden wäre.

IV — Prüfung der Rechtsmittelgründe

Die von der Kommission und der französischen Republik gegen das angefochtene Urteil erhobenen Rügen betreffen folgende Fragen:

A — *Die unterbliebene Prüfung der anderen Gründe für die Zurückweisung der Beschwerde durch das Gericht*

28. 1) Mit dem ersten und dem zweiten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes macht

17 — Vgl. Urteil in der Rechtssache T-23/93 (Ladbroke/Kommission, zitiert in Fußnote 7).

die Kommission geltend, das angefochtene Urteil müsse aufgehoben werden, weil es das Gericht unterlassen habe, die Gründe insgesamt zu prüfen, auf die die Zurückweisung der Beschwerde gestützt worden sei. Diesen Gründen sei zu entnehmen, daß unabhängig davon, ob das französische Recht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei, kein Verstoß gegen die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag vorgelegen habe. Das Gericht habe ihre Entscheidung insofern falsch verstanden, als die Zurückweisung der Beschwerde nicht auf die Geltung französischer Rechtsvorschriften zur Verhinderung des Wettbewerbs und des Handels zwischen Mitgliedstaaten gestützt worden sei, sondern darauf, daß die Kommission ein gegen die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag verstoßendes Verhalten der Unternehmen, gegen die die Beschwerde gerichtet gewesen sei, nicht festgestellt habe.

29. Die Entscheidung der Kommission, wie sie in den Randnummern 14 bis 18 des angefochtenen Urteils dargestellt ist, enthält neben dem Hinweis darauf, daß das französische Recht den Markt für Pferderennwetten den Regeln des freien Wettbewerbs entzogen habe, alternative Gründe dafür, daß ein Verstoß gegen die Artikel 85 und 86 nicht vorliege. Soll indessen die Feststellung des Gerichts angreifbar werden, müssen diese alternativen Gründe von der Kommission zur Stützung der Entscheidung der Zurückweisung als Ganzes herangezogen worden sein; sie müßten mit anderen Worten, falls sie zutreffen, die Zurückweisung des Beschwerdeteils insgesamt (und nicht nur teilweise) tragen, der sich auf das Verhalten der Rennvereine und des PMU bezieht. Wenn diese Gründe sich hingegen nur auf einige der Rügen in der Beschwerde beziehen, können sie naturgemäß, selbst wenn sie zutreffen, die endgültige Zurückweisung der Beschwerde auf der Grundlage der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag nicht stützen. Bei dieser Sachlage beruhe die endgültige Zurückweisung der Beschwerde zumindest teilweise auf der Argumentation, daß wegen des geltenden französischen Rechts kein Verstoß gegen die Artikel 85 und 86 vorgelegen habe, da auf dem französischen Markt oder im Handel zwischen Mitgliedstaaten für Pferderennwetten kein Wettbewerb gegeben gewesen sei. Da das Gericht aber festgestellt hatte, daß diese Argumentation rechtlich unzutreffend war, konnte es diesfalls, ohne daß es einer weiteren Untersuchung der übrigen Gründe bedurft hätte, die Zurückweisung der Beschwerde aufheben, da sie auf einer rechtsirrigen Begründung beruhte.

30. Mithin ist die Tragweite der übrigen Gründe zu prüfen, auf die die Entscheidung der Kommission neben dem für rechtsfehlerhaft erklärten Grund gestützt war. Die Kommission verweist auf die Nummern 6 bis 14 ihrer Entscheidung und meint, sie habe das Nichtvorliegen von Verstößen gegen die Artikel 85 und 86 angemessen begründet, ohne daß es auf das einschlägige französische Recht angekommen wäre.

31. Aus der streitigen Entscheidung, wie sie in den Randnummern 14 bis 18 des angefochtenen Urteils dargestellt ist, ergibt sich, daß sich diese alternativen Gründe insgesamt auf die Rügen, die Ladbroke in ihrer Beschwerde bezüglich des Verstoßes gegen Artikel 86 erhoben hat, sowie auf einen Großteil der Rügen beziehen, die Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag betreffen. Sie erfassen indessen nicht die angeblichen Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 als Ganzes, die auf die dem PMU gewährten ausschließlichen Rechte bei der Verwaltung von Totalisatorwetten zurückgehen sollen, die der Beschwerde zufolge auf Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen der führenden

Rennvereine beruhen. Die Argumente der Kommission bei der Behandlung und Zurückweisung dieser Rügen (Nrn. 6 bis 8 der Entscheidung, wie sie in Randnr. 14 des angefochtenen Urteils dargestellt sind) beruhen in erster Linie auf der Annahme, daß Artikel 85 Absatz 1 nicht eingreife, da das französische Recht jeden Wettbewerb beseitigt und den französischen Markt für Pferderennwetten vollkommen isoliert habe. Kein weiterer ausführlich behandelter alternativer Grund wird angeführt, der die Entscheidung der Kommission stützen könnte, die Beschwerde von Ladbroke in diesem Teil zurückzuweisen.

32. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, daß das Gericht entgegen dem schriftlichen und mündlichen Vorbringen der Kommission vor dem Gerichtshof die entsprechenden Teile der angefochtenen Entscheidung nicht mißverstanden hat, mit anderen Worten das Beweismaterial nicht verfälscht oder abgeändert hat. Was den Teil der Beschwerde angeht, der die Übertragung ausschließlicher Rechte durch die französischen Rennvereine an den PMU betrifft, räumt die Kommission ein, daß ein Zusammenwirken dieser Vereine vorlag; dieses sei ihnen allerdings durch das französische Dekret vom 11. März 1930 vorgeschrieben worden. Für die Kommission kann weiter nicht davon ausgegangen werden, daß mit dem Dekret von 1974 gegen Artikel 85 verstoßende Absprachen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen legalisiert worden seien, weil diese Abstimmung, nebst den hieraus hervorgegangenen Vereinbarungen, eine der Voraussetzungen war, die 1930, d. h. lange vor Unterzeichnung des EWG-Vertrags, von der französischen Regierung für Totalisatorwetten außerhalb der Rennplätze aufgestellt wurden [18]. Die Kommission stellt weiter in ihrer Entscheidung fest, daß die Rennvereine nicht berechtigt waren, Rennwetten außerhalb der Rennplätze selbst entgegenzunehmen; daher habe Wettbewerb zwischen ihnen nur bezüglich der Auswahl des Unternehmers bestehen können, dem sie die Organisation ihrer Wetten anvertrauen wollten [19].

33. Aus dieser Argumentation lassen sich zwei Schlüsse ziehen. Erstens lag in der Tat ein Zusammenwirken der Rennvereine vor, das aber nach Auffassung der Kommission nicht unter dem Blickwinkel des Artikels 85 geprüft werden konnte, weil es aufgrund nationalen Rechts stattfand, das dieses Zusammenwirken forderte und den französischen Markt für Pferderennwetten dem Wettbewerb entzogen hatte. Zweitens prüfte die Kommission nicht eingehend das Verhalten der Unternehmen, gegen die sich die Beschwerde richtete — von diesen heißt es nur kurz ohne weitere Erläuterung, daß eine Vereinbarung über die Einräumung von Ausschließlichkeitsrechten nicht festgestellt worden sei —, sondern das französische System der Rechts- und Verwaltungsvorschriften als Grund dafür, daß Artikel 85 im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei.

34. Da das Gericht festgestellt hatte, daß diese Auslegung des Artikels 85 rechtswidrig sei, konnte es sich somit hierauf stützen und entscheiden, daß die abschließende Zurückweisung der Beschwerde von Ladbroke auf

18 — Nr. 6 der streitigen Kommissionsentscheidung, die vom Gericht ordnungsgemäß berücksichtigt und in Randnr. 14 der angefochtenen Urteils in Bezug genommen wurde.

19 — Nr. 6, dritter Absatz der Entscheidung der Kommission.

der Grundlage der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag rechtswidrig und daher aufzuheben sei. Das Vorbringen der Kommission und der Französischen Republik, das sich auf die Weigerung des Gerichts bezieht, die übrigen Gründe der angefochtenen Entscheidung zu prüfen, ist daher unerheblich, da diese Gründe die Zurückweisung als Ganzes nicht tragen konnten [20].

35. 2) Mit dem dritten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes der Kommission und dem zweiten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes der französischen Regierung wird gerügt, daß das Gericht nicht die Frage geprüft habe, ob die Hilfsbegründung der Entscheidung der Kommission, wie sie in Randnummer 19 des angefochtenen Urteils dargestellt ist, zutreffend war. Dieser Begründung zufolge bestand, selbst wenn ein Teil des geprüften Verhaltens unter die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag fiele, kein Gemeinschaftsinteresse an der Feststellung einer Zuwiderhandlung; solche Zuwiderhandlungen könnten nur im Zeitraum von 1962, dem Jahr des Erlasses der Verordnung Nr. 17, bis 1974, dem Jahr des Erlasses der Vorschriften, mit denen Frankreich dem PMU ausschließliche Rechte übertrug, vorliegen. Eine Feststellung solcher Zuwiderhandlungen könne keine positiven Auswirkungen auf die Wettbewerbsbedingungen nach 1974 haben. Das Gericht habe zu Unrecht diese in sich schlüssige Begründung nicht berücksichtigt.

36. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß das Gericht, wie sich aus den Randnummern 44 und 45 des angefochtenen Urteils ergibt, die Befugnis der Kommission zur Zurückweisung einer Beschwerde wegen fehlenden Gemeinschaftsinteresses nicht in Zweifel gezogen hat. Im vorliegenden Fall beruht jedoch die Auffassung der Kommission vom fehlenden Gemeinschaftsinteresse an einer Untersuchung der Beschwerde von Ladbroke auf ihrer — logisch vorrangigen — Annahme, nach dem Inkrafttreten des französischen Dekrets vom 14. November 1974 fehle es an einem Wettbewerb und einem Handelsverkehr zwischen Mitgliedstaaten im französischen Rennwettsektor.

37. Die Kommission setzt namentlich als gegeben voraus, daß die Tätigkeiten der französischen Rennvereine und des PMU nach 1974 keine Wirkung auf den französischen Markt haben konnten, weil das französische Dekret vom 14. November 1974 den Markt vollständig isoliert und die betreffenden Vereine gezwungen habe, ohne Rücksicht auf die Wettbewerbsregeln tätig zu werden. Um zu dem Ergebnis zu gelangen, daß kein Gemeinschaftsinteresse an der Feststellung einer Zuwiderhandlung bestehe, untersuchte die Kommission folglich nicht eingehend die Tätigkeiten der Vereine, gegen die die Beschwerde gerichtet war, sondern zog sich auch in diesem Punkt auf ihren Standpunkt zurück, daß ein Verstoß gegen die Artikel 85 und 86 nicht vorliege, wenn die Wirkungen auf Wettbewerb und Handelsverkehr zwischen Mitgliedstaaten ausschließlich und notwendig eine Folge des geltenden Rechts seien. Da das Gericht entschieden hatte, daß

20 — Gleichwohl kann dem Vorstehenden entnommen werden, daß eine Gesamtaufhebung der Zurückweisung der Beschwerde durch die Kommission nicht offensichtlich ist. Der Fehler der Kommission liegt (nach der vom Gericht zugrundegelegten Auslegung des Artikels 85) in der Art und Weise, in der sie den ersten Teil der Beschwerde von Ladbroke zurückgewiesen hat, d. h. den Teil, der sich auf Absprachen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen bezog, mit denen die Rennvereine dem PMU für die Verwaltung von Totalisatorwetten in Frankreich Ausschließlichkeitsrechte übertragen hatten. Diese Klarstellung ist meines Erachtens einem bessseren Verständnis des angefochtenen Urteils förderlich.

diese Auslegung der Artikel 85 und 86 nicht mit dem EG-Vertrag vereinbar war, hat es somit die Begründung des fehlenden Gemeinschaftsinteresses zu Recht nicht berücksichtigt; dies setzt natürlich voraus, daß die vom Gericht gefundene Auslegung der betreffenden Bestimmungen dem Gemeinschaftsrecht entspricht, was nunmehr zu prüfen ist.

B — *Das beschränkte Ermessen der Kommission nach den Artikeln 85 und 86 in Verbindung mit Artikel 90 EG-Vertrag*

38. 1) Zunächst ist die Rüge im ersten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes der französischen Regierung zurückzuweisen, das Gericht habe zu Unrecht eine ständige Rechtsprechung nicht berücksichtigt, der zufolge Personen, die eine Beschwerde nach der Verordnung Nr. 17 einreichen, keinen Anspruch auf eine endgültige Entscheidung gegen die Kommission hätten; sie beruht auf einer falschen Voraussetzung. Das Gericht hat das Ermessen der Kommission betreffend Erlaß oder Nichterlaß einer Entscheidung über eine Beschwerde nicht in Zweifel gezogen und hat auch keinen Anspruch von Beschwerdeführern auf Erlaß einer Entscheidung anerkannt [21]. Allerdings verbietet es die Kommission, eine Beschwerde aufgrund der Artikel 85 und 86 endgültig zurückzuweisen, ohne zuvor die Untersuchung abgeschlossen zu haben, die erforderlich ist, um eine ordnungsgemäße Anwendung dieser Bestimmungen sicherzustellen.

21 — Ein solcher Anspruch besteht außerdem nicht, vgl. Urteil GEMA (zitiert in Fußnote 16).

Diese Rüge ist daher unbegründet.

39. 2) Die Kommission und die französische Regierung machen geltend, daß das Gericht in dem angefochtenen Urteil das Ermessen der Kommission, in welcher Reihenfolge die Rechtsgrundlagen einer Beschwerde zu prüfen seien, untergrabe. Das Gericht habe eine de jure- oder de facto-Rangfolge zwischen dem in der Verordnung Nr. 17 geregelten Verfahren nach den Artikeln 85 und 86 und dem Verfahren nach Artikel 90 festgelegt.

40. Diese Rüge wirft die Frage auf, wie die betreffende Begründung (Randnrn. 46 bis 51) des angefochtenen Urteils zu verstehen ist. Aus der Formulierung der Randnummer 46 könnte zunächst geschlossen werden, daß das Gericht aufgrund der Tatsache, daß das Verfahren zur Prüfung der Beschwerde von Ladbroke nach Artikel 90 eingeleitet und noch anhängig war, die Frage stellte, ob dieses Verfahren hätte abgeschlossen werden müssen, bevor eine endgültige Entscheidung über die Beschwerde wegen angeblicher Verstöße gegen die Artikel 85 und 86 erging. Auf den ersten Blick entsteht der Eindruck, daß das Gericht die genannten Bestimmungen im Zusammenhang ausgelegt hat und zu dem Ergebnis gekommen ist, daß die Kommission bei dieser Beschwerde verpflichtet war, ihre Untersuchung auf der Grundlage des Artikels 90 abzuschließen, bevor sie eine endgültige Entscheidung auf der Grundlage der Artikel 85 und 86 traf. Das Verfahren nach Artikel 90 würde mit anderen Worten unter bestimmten Umständen zeitlichen Vorrang vor dem Verfahren nach den Artikeln 85 und 86 beanspruchen.

41. So verstehen die Rechtmittelführer das angefochtene Urteil, aber dieses Verständnis ist nicht das richtige [22].

42. Zunächst ist zweifelhaft, ob die Ermittlungen der Kommission nach Artikel 90 in tatsächlicher Hinsicht an die Stelle einer Antwort auf sämtliche Beschwerden von Ladbroke nach den Artikel 85 und 86 treten oder zumindest als deren Ersatz gelten können. Wie bereits angedeutet [23], liegt einer der interessantesten Punkte bei der Prüfung dieses Rechtsmittels im ersten Teil der Beschwerde von Ladbroke, in dem auf Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen der in Frankreich zugelassenen Rennvereine und des PMU hingewiesen wird. Ob eine Untersuchung nach Artikel 90 Antwort auf die Rechtsfragen liefern kann, die das Verhalten der französischen Rennvereine unter dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts aufwirft, ist nicht klar, weil dieser Artikel die Überprüfung der Vereinbarkeit nicht alle, sondern nur solcher nationaler Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht betrifft, mit denen Unternehmen besondere und ausschließliche Rechte gewährt wurden. Zumindest bei einigen Punkten der Beschwerde, die sich auf das unter Artikel 85 fallende Verhalten von Unternehmen beziehen, scheint es keinen unmittelbaren Nutzen zu bringen, zunächst das Verfahren nach Artikel 90 abzuschließen. Der entscheidende Punkt bei der vorliegenden Beschwerde kann mit anderen Worten nicht der Abschluß des Verfahrens nach Artikel 90 sein, sondern der etwaige Abschluß der Untersuchungen über die Vereinbarkeit französischen Rechts mit dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht im allgemeinen.

43. Ich bin, um diese letzte Erwägung zu erweitern, der Meinung, daß die Art und Weise, wie die Rechtsmittelführerinnen das angefochtene Urteil dargestellt haben, nicht dessen wahren Sinn wiedergibt. Das Gericht hat nicht versucht, die Artikel 85, 86 und 90 EG-Vertrag miteinander zu vergleichen und eine Rangfolge zwischen den Verfahren nach Artikel 90 einerseits, den Artikeln 85 und 86 andererseits aufzustellen [24] und damit letztlich das Ermessen der Kommission zu beschränken, da dieses Ermessen doch in Randnummer 44 des angefochtenen Urteils ausdsrücklich anerkannt wird. Es ist nicht sein Hauptziel, die Kommission dazu anzuhalten, die Rügen bezüglich der Zuwiderhandlungen gegen Artikel 90 zu prüfen, bevor eine endgültige Entscheidung über die Beschwerden nach Artikeln 85 und 86 getroffen wird. Wie man der Formulierung der Randnummer 50 entnehmen kann, untersuchte das Gericht, ob die Kommission, als sie endgültig über die Beschwerde von

22 — Wenn dieses Verständnis zuträfe, müßte das Urteil des Gerichts meines Erachtens aufgehoben werden. Die beiden von der Kommission nach Artikel 90 und nach den Artikeln 85 und 86 eingeleiteten Verfahren sind völlig unabhängig voneinander. Außerdem kann aus einer Auslegung dieser Artkel in ihrem wechselseitigen Zusammenhang nicht der Schluß gezogen werden, daß der Abschluß der Untersuchung nach Artikel 90 Vorrang vor der Prüfung nach den Artikeln 85 und 86 hätte. Da der EG-Vertrag der Kommission ein Ermessen einräumt, um zu entscheiden, wann und wie sie vorgehen soll, fände eine Einschränkung dieses Ermessens bei der Wahl der angemessenen Vorgehensweise in einem Vergleich dieser Verfahren keine rechtliche Grundlage. Eine solche Beschränkung wäre außerdem von nicht geringer praktischer Bedeutung. Die Kommission könnte es in Zukunft, worauf die französische Regierung zu Recht aufmerkam macht, ablehnen, vor der endgültigen Zurückweisung einer Beschwerde nach den Artikeln 85 und 86 ein Verfahren nach Artikel 90 einzuleiten, um insbesondere die Verpflichtungen zu vermeiden, die ihr das Gericht auferlegt.

23 — Vgl. Nr. 31 dieser Schlußanträge.

24 — Hier scheint der Hinweis auf das Urteil in der Rechtssache Rendo u. a./Kommission (zitiert in Fußnote 9), Randnrn. 21 bis 23, angezeigt, in der der Gerichtshof im Rahmen eines Rechtsmittels über eine ähnliche Frage zu entscheiden hatte.

Ladbroke entschied, den Erfordernissen des Gemeinschaftsrechts gerecht wurde; es stellte fest, daß diese ihre Verpflichtung, die ihr in der betreffenden Beschwerde vorgetragenen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte sorgfältig zu prüfen, um sicherzustellen, daß keine Zweifel an der Richtigkeit der endgültigen Zurückweisung der Beschwerde aufkamen, nicht erfüllt hatte.

Folglich gründet sich der von den Rechtsmittelführerinnen angegriffene Standpunkt des Gerichts *lediglich* auf seine Auslegung der Artikel 85 und 86 und nicht auf deren Verhältnis zu Artikel 90.

44. Das ergibt sich aus der Formulierung des angefochtenen Urteils und insbesondere aus den Randnummern 48, 49 und 51 [25]. Nach der Begründung des Gerichts muß unter bestimmten Umständen, wenn ermittelt werden soll, ob das Verhalten eines oder mehrerer Unternehmen gegen die Artikel 85 und 86 verstößt, das geltende nationale Recht, in dessen Rahmen sich die zu prüfende Betätigung entwickelt hat, untersucht werden [26], weil die Kommission, wenn die staatlichen Maßnahmen gegen Gemeinschaftsrecht verstießen, „anschließend zu prüfen [hätte], ob der Umstand, daß sich die Vereine und der PMU an nationale Rechtsvorschriften gehalten haben, die gegen die Vertragsbestimmungen verstoßen, ihnen gegenüber zum Erlaß von Maßnahmen führen kann, die auf Abstellung von Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 85 und 86 gerichtet sind" [27]. Die Prüfung der Vereinbarkeit des nationalen Rechts ist von diesem Standpunkt aus unbedingt und unabhängig davon erforderlich, ob insoweit ein Verfahren nach Artikel 90 Absatz 3 eingeleitet wird oder eine Beschwerde gegen diese Rechtsvorschriften bei der Kommission eingereicht worden ist.

45. Der Eckpfeiler der Argumentation des Gerichts liegt mithin in seiner Auslegung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, die sich wie folgt zusammenfassen läßt: *Behindert nationales Recht selbst den freien Wettbewerb oder den Handel zwischen Mitgliedstaaten und schreibt es den Unternehmen zwingend ein Verhalten vor, das sonst wahrscheinlich*

25 — Wer das angefochtene Urteil liest, sollte sich nicht dadurch verwirren lassen, daß im letzten Satz der Randnr. 46 auf Artikel 90 abgestellt wird. Zunächst nahm das Gericht in dieser Randnummer nicht zu der Frage Stellung, sondern umriß lediglich das Problem und prüfte den Umstand, daß in der bei ihm anhängigen Sache tatsächlich eine Beschwerde nach Artikel 90 vorlag, die noch bei der Kommission anhängig war. Die Verpflichtung der Kommission, die französischen Rechtsvorschriften zu prüfen, bevor sie die auf die Artikel 85 und 86 gestützte Beschwerde endgültig zurückwies, ergibt sich mit anderen Worten nicht daraus, daß die Beschwerde über eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 90 noch anhängig ist. Die betreffende Verpflichtung ergibt sich unmittelbar aus den Artikeln 85 und 86, wie meines Erachtens die Formulierung der Randnrn. 50 und 51 des angefochtenen Urteils deutlich macht. Im vorliegenden Fall war es einfach so, daß das Verfahren nach Artikel 90 bereits eingeleitet worden war, da dieses Verfahren im EG-Vertrag unmittelbar vorgesehen ist, um die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht von der Kommission überprüfen zu lassen (siehe Nrn. 68 ff. dieser Schlußanträge).

26 — Es gibt Fälle wie diesen, in denen die Tätigkeit einzelner, die begründete Vorbehalte bezüglich ihrer Vereinbarkeit mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft auslösen könnte, von nationalen Rechtsvorschriften für diese Tätigkeit beherrscht wird, die den nationalen Markt den Bedingungen des Wettbewerbs und des zwischenstaatlichen Handels entzogen haben. Auch unter diesen Umständen müssen natürlich die innerstaatlichen Vorschriften nicht a priori untersucht werden, damit eine endgültige Entscheidung nach den Artikeln 85 und 86 getroffen werden kann. Die Kommission hat z. B. die Möglichkeit festzustellen, daß allein die Prüfung der Tätigkeit der Unternehmen gezeigt hat, daß diese keine Absprachen getroffen, abgestimmte Verhaltensweisen gezeigt oder eine beherrschende Stellung mißbraucht haben. Wie auch in unserem Fall braucht die Kommission indessen ihre Untersuchung nicht auf das Verhalten der Unternehmen zu richten, sondern kann sie darauf stützen, daß dieses Verhalten *auf keinen Fall* den Wettbewerb oder den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen könnte, weil die geltenden Rechtsvorschriften dieses Ergebnis allein und notwendig bewirkt haben. Dann folgt das, was das Gericht als die richtige Auslegung und Anwendung der Artikel 85 und 86 betrachtet, notwendig aus der vorangegangenen Prüfung der Vereinbarkeit der nationalen Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht.

27 — Randnr. 49 des angefochteten Urteils.

in den Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 fiele, so erfordert eine ordnungsgemäße Auslegung und Anwendung der genannten Vorschriften, daß eine endgültige Entscheidung darüber, ob eine Zuwiderhandlung gegen die Artikel 85 und 86 vorliegt, erst dann getroffen wird, wenn festgestellt ist, ob das nationale Recht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, weil bei Verneinung dieser Frage die Unternehmen, die sich an das nationale Recht gehalten haben, gegen die Artikel 85 und 86 verstoßen haben.

46. Bei diesem Rechtsstandpunkt berücksichtigte das Gericht folgendes:

Erstens war die endgültige Zurückweisung der Beschwerde nach den Artikeln 85 und 86 durch die Kommission auf die Geltung nationalen Rechts gestützt [28], das den Wettbewerb verhindert und den Unternehmen keine Handlungsfreiheit läßt.

Zweitens war, was die Prüfung der Vereinbarkeit des betreffenden französischen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht betrifft, die Beschwerde von Ladbroke nach Artikel 90, deren Behandlung die Kommission bereits in Gang gesetzt hatte, noch anhängig.

Drittens räumte die Kommission selbst ein, daß die Frage der Prüfung der Vereinbarkeit des französischen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht von entscheidender Bedeutung für die Beantwortung der Fragen bezüglich des Wettbewerbssystems ist, das für den französischen Markt für Wetten gilt oder gelten sollte [29].

47. Im Licht dieser Erwägungen kam das Gericht zu dem Ergebnis, daß die abschließende Entscheidung der Kommission über die Beschwerde von Ladbroke *nicht die erforderliche Gewißheit und Vollständigkeit erkennen ließ*, weil die Kommission „ihre Verpflichtung, die ihr von den Beschwerdeführern vorgetragenen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte aufmerksam zu prüfen, [nicht] erfüllt hat" [30]. Folglich war im Kontext der betreffenden Beschwerde der

28 — Wie in Nr. 34 dieser Schlußanträge ausgeführt, reichten die übrigen von der Kommission angeführten Gründe für sich genommen nicht als Grundlage für eine endgültige Zurückweisung der Beschwerde im Hinblick auf die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag aus.

29 — Vgl. Randnr. 47 des angefochtenen Urteils. Im ersten Teil des ersten Rechtsmittelgrundes tritt die Kommission der Richtigkeit dieser Argumentation entgegen, weil sie auf einem Mißverständnis ihrer Einlassung in dem Verfahren beim Gericht beruhe. In Wahrheit hat indessen die Kommission den wahren Sinn der Randnr. 47 nicht verstanden. Das Gericht vertrat nicht die Auffassung, die Kommission habe es für notwendig befunden, das nach Artikel 90 anhängige Verfahren abzuschließen, bevor eine endgültige Antwort im Hinblick auf die Artikel 85 und 86 erfolgte. Es berücksichtigte indessen, daß auch nach Meinung der Kommission das durch die Beschwerde von Ladbroke aufgeworfene allgemeine Wettbewerbsproblem zufriedenstellend nur gelöst werden könnte, wenn die Frage, ob das französische Recht über das Monopol des PMU mit dem EG-Vertrag im Einklang stand, eine Antwort fände.

30 — Randnr. 50 des angefochtenen Urteils.

entscheidende Faktor für die abschließende Entscheidung über eine Zuwiderhandlung gegen die Artikel 85 und 86 nicht der Abschluß des Verfahrens nach Artikel 90, sondern die Antwort auf die Frage, ob das französische innerstaatliche Recht mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln in Einklang stand. So hat das Gericht entschieden, ohne daß die Absicht bestanden hätte, das Ermessen der Kommission einzuschränken [31] oder eine Rangfolge zwischen Artikel 90 und den Artikeln 85 und 86 zu schaffen.

48. Natürlich führt die Entscheidung des Gerichts selbst bei dieser Auslegung *de facto* zu einer Einschränkung des Ermessens der Kommission hinsichtlich der Frage, wann und wie im Kontext der betreffenden Beschwerde das Verfahren nach Artikel 90 zur Ermittlung der Vereinbarkeit des französischen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht eingeleitet werden sollte. Allerdings ist die Frage, ob diese praktische Konsequenz auf einer zutreffenden Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruht, Teil der allgemeinen Frage, ob die im vorliegenden Fall befolgte Auslegung der Artikel 85 und 86 mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht, was nunmehr zu prüfen sein wird.

31 — Nach der Begründung des Gerichts ist die Kommission aufgrund der Artikel 85 und 86 sowie des Artikels 155 EG-Vertrag unmittelbar verpflichtet, die Vereinbarkeit nationalen Rechts mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln zu prüfen. Entgegen dem Standpunkt, den die französische Regierung in ihrem dritten Rechtsmittelgrund vertritt, kann die Kommission dieser Pflicht nicht dadurch entgehen, daß sie bei Einreichung der Beschwerde erklärt, sie beabsichtige nicht, das nationale Recht im Licht des Artikels 90 zu untersuchen, um so ihr Ermessen zu wahren.

C — *Die Auslegung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag*

1. Artikel 85 und 86 EG-Vertrag im Licht des angefochtenen Urteils (Randnr. 49)

49. Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund macht die französische Regierung geltend, die Lösung, zu der das Gericht in seinem Urteil gelangt sei, widerspreche der ständigen Rechtsprechung zu der Frage, ob die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag dann angewandt werden könnten, wenn das Verhalten der betreffenden Unternehmen durch nationales Recht vorgegeben sei. Außerdem sei bisher eine Pflicht nationaler Unternehmen, sich nicht an eine nationale Maßnahme zu halten, die gegen Gemeinschaftsrecht verstoßende Pflichten begründe, nicht anerkannt worden.

50. Die Kommission vertritt eine andere Auffassung als die französische Regierung. Sie unterscheide zwischen den beiden Fallgestaltungen, ob die innerstaatlichen Rechtsvorschriften den Unternehmen gegen die Artikel 85 und 86 verstoßende Pflichten auferlegen oder ob sie selbst einen rechtlichen Rahmen schaffen, der den Wettbewerb beschränkt, so daß es kein Verhalten der Unternehmen (im Sinne der Artikel 85 und 86) gibt, das den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beschränken könnte. Nur bei der zweiten Fallgestaltung seien die Artikel 85 und 86 unanwendbar.

a) Die Auslegung der Artikel 85 und 86 durch das Gericht und die bisherige Rechtsprechung

51. Der Standpunkt des Gerichts im angefochtenen Urteil [32] scheint in der Tat zumindest in zwei wichtigen Fragen nicht mit der bisherigen Rechtsprechung übereinzustimmen: erstens in der Frage, ob Unternehmen eine Zuwiderhandlung gegen die Artikel 85 und 86 begehen, deren gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßendes Verhalten zur Gänze durch zwingendes nationales Recht vorgegeben ist; zweitens weicht das Urteil — und dies in meinen Augen deutlicher — von dem allgemein in der Rechtsprechung zugrundegelegten Verständnis der Bedingungen ab, unter denen nationales Wirtschaftsrecht im Licht der Artikel 5 und 85 EG-Vertrag geprüft werden kann.

52. i) Das Gericht ist, wie man der Formulierung der Randnummer 49 des angefochtenen Urteils entnehmen kann, dem zunächst im Urteil Suiker Unie gefundenen Ergebnis nicht gefolgt, das bisher nicht unmittelbar aufgegeben worden ist [33]. Nach allgemein anerkanntem Verständnis entschied der Gerichtshof in diesem Urteil, daß eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 EG-Vertrag nicht vorliegt, wenn das Verhalten der Unternehmen, obwohl es grundsätzlich unter die Verbote dieser Bestimmung zu fallen scheint, in staatlichem Recht vorgeschrieben war, das den Unternehmen keine Handlungsfreiheit ließ.

53. Sicher hat der Gerichtshof in späteren Urteilen versucht, die Konsequenzen dieser Rechtsprechung abzumildern [34]. Wenn die

32 — Er betrifft die Pflicht der Kommission, unter bestimmten Umständen erst die Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht zu prüfen, bevor sie eine endgültige Entscheidung nach den Artikeln 85 und 86 trifft.

33 — In diesem Urteil des Gerichtshofes vom 16. Dezember 1975 (zitiert in Fußnote 12) betreffend Unternehmen des Zuckerhandels findet sich folgende Begründung (Randnrn. 65 bis 72):

„ ... haben die italienische Regelung und die daran anknüpfende Praxis die den betroffenen Unternehmen vorgeworfene Verhaltensweise in wesentlichen Zügen so entscheidend beeinflußt, daß es ohne diese Regelung und die auf ihr beruhende Praxis zu der umstrittenen Zusammenarbeit offensichtlich entweder gar nicht oder in einer anderen als der von der Kommission festgestellten Form gekommen wäre.

... Ferner bezweckten und bewirkten die italienische Regelung und die daran anknüpfende Praxis, daß der Umfang des Angebots genau an denjenigen der Nachfrage angepaßt und auf diese Weise einer der tragenden Pfeiler des Wettbewerbsmechanismus beseitigt wurde. Das vorstehend beschriebene System beschränkte die Beteiligten nachhaltig in der Möglichkeit, einen Preis als Ergebnis des freien Spiels von Angebot und Nachfrage auszuhandeln. Ferner behinderte die italienische Regelung indirekt, aber in einschneidender Form die freie Lieferantenwahl durch den Abnehmer und umgekehrt.

... Hatte schon, wie bereits festgestellt, insbesondere das System der nationalen Quoten aufgrund der dadurch geförderten Tendenz zur Abschottung der nationalen Märkte zur Folge, daß den Wettbewerbsregeln nur mehr ein schmaler Anwendungsbereich verblieb, so wurde dieser Bereich seinerseits durch die Sonderregelung für den italienischen Markt grundlegend eingeengt.

Aus alledem folgt, daß die beanstandete Verhaltensweise den Wettbewerb nicht spürbar beeinträchtigen konnte und daher nicht unter das in Artikel 85 EWG-Vertrag ausgesprochene Verbot fiel."

34 — Es muß betont werden, daß der Gerichtshof in der Rechtsache Suiker Unie anerkannte, daß die italienischen Rechtsvorschriften über den Zuckerhandel inhaltlich nicht offensichtlich gegen Gemeinschaftsrecht verstießen. Darüber hinaus hatten es die Gemeinschaftsorgane nicht verstanden, für Zucker ein System ungetrübten freien Wettbewerbs zu schaffen. Es gab für den italienischen Markt zahlreiche Ausnahmen von der gemeinsamen Marktorganisation für dieses Erzeugnis, die es letztlich dem italienischen Gesetzgeber ermöglichten, den freien Wettbewerb auf ein Minimum zu reduzieren. Obwohl sich im Urteil kein direkter Hinweis auf die Vereinbarkeit des italienischen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht findet, gehe ich doch davon aus, daß der Gerichtshof dies stillschweigend berücksichtigte, bevor er entschied, daß die Artikel 85 und 86 auf Unternehmen nicht anwendbar seien, die auf dem italienischen Markt tätig seien. Es ist nicht sicher, ob das Urteil am Ende denselben Inhalt gehabt hätte, wenn das der Anwendung der Artikel 85 und 86 entgegenstehende nationale Recht unmittelbar gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hätte.

im Urteil Suiker Unie erstmals formulierte Ausnahme genaugenommen auch nie völlig aufgegeben worden ist, ist sie in der Praxis doch schwer anzuwenden, weil der Gerichtshof sehr genau prüft, ob nationales Recht Unternehmen völlig die Möglichkeit zur freien Gestaltung ihrer Tätigkeit nimmt und ihnen ein Verhalten aufgibt, das gegen die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln verstößt [35]. Zudem steht die Verantwortlichkeit der Unternehmen außer Zweifel, wenn das gegen die Artikel 85 und 86 verstoßende Verhalten von nationalen Behörden gefördert oder erleichtert worden ist [36].

54. ii) Die vorstehend angeführte Rechtsprechung betrifft in erster Linie und zumeist Unternehmen, während die Rechtsprechung, die ich nun behandeln werde, unmittelbar die Interessen der Mitgliedstaaten berührt und die Gültigkeit nationalen Rechts betrifft, das den freien Wettbewerb beeinträchtigt oder beseitigt. In seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Meng [37] führt Generalanwalt Tesauro aus, daß sich der Standpunkt des Gerichtshofes in dieser Frage wie folgt zusammenfassen lasse:

„Der Gerichtshof hat insoweit stets entschieden, daß die nationalen Regelungen für die wirtschaftliche Tätigkeit der Unternehmen nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 fallen. Die Artikel 85 und 86 seien nämlich an die Unternehmen und nicht an die Mitgliedstaaten gerichtet (persönlicher Anwendungsbereich); sie sollten die Wettbewerbsfreiheit schützen, nicht aber die Vorrechte der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Wirtschaftspolitik einschränken, für die, soweit erforderlich, andere Bestimmungen des EWG-Vertrags gälten (sachlicher Anwendungsbereich).

Andererseits hat der Gerichtshof wiederholt entschieden, daß ‚die Mitgliedstaaten ... aufgrund der Artikel 85 und 86 in Verbindung mit Artikel 5 EWG-Vertrag keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten [dürfen], die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten' [38].

Die beiden Feststellungen stehen durchaus im Einklang miteinander. Zwar betreffen die Artikel 85 und 86 wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Unternehmen, doch dürfen es die Mitgliedstaaten den Unternehmen nicht ermöglichen, die Verbote zu umgehen, indem sie ihnen den ‚Schild' einer gesetzlichen Deckung bieten. Anderenfalls könnte den Artikeln 85 und 86 ihre Wirksamkeit genommen werden: *Die Mitgliedstaaten dürfen demnach die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln nicht beeinträchtigen.*"

35 — Ein typisches Beispiel bildet das Urteil in der Rechtssache Stichting Sigarettenindustrie u. a./Kommission (zitiert in Fußnote 12).

36 — Vgl. Urteil vom 10. Januar 1985 in der Rechtssache 229/83 (Leclerc u. a., Slg. 1985, 1) und vom 29. Januar 1985 in der Rechtssache 231/83 (Cullet und CSNCRA, Slg. 1985, 305).

37 — Zitiert in Fußnote 15.

38 — Fußnote 2 der Schlußanträge von Generalanwalt Tesauro in der Rechtssache Meng: „Vgl. zuletzt Urteil vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-332/89 (Marchandise u. a., Slg. 1991, I-1027, Randnr. 22)."

55. Demgemäß kann der Gerichtshof nur unter bestimmten Umständen ausnahmsweise die Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht im Licht der Artikel 85 und 86 prüfen, wenn diese Maßnahme die Wirksamkeit dieser Bestimmungen beeinträchtigt [39]. Die Folgerungen aus der Rechtsprechung, insbesondere im Hinblick auf Artikel 85, der in unserem Fall von Interesse ist, sind in Randnummer 14 des Urteils Meng zusammengefaßt:

„... Nach ständiger Rechtsprechung dürfen die Mitgliedstaaten jedoch aufgrund von Artikel 85 in Verbindung mit Artikel 5 EWG-Vertrag keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten. Nach der Rechtsprechung ist ein solcher Fall dann gegeben, wenn ein Mitgliedstaat gegen Artikel 85 verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichert oder deren Auswirkungen verstärkt oder wenn er der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, daß er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt" [40].

56. Der Standpunkt des Gerichts im angefochtenen Urteil steht mit dem Vorstehenden nicht in Einklang. Es unterscheidet insbesondere nicht die zwischen nationalen Maßnahmen, die die Artikel 85 und 86 unanwendbar machen, und solchen, die nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen fallen. Im Gegenteil fordert das Gericht mit der allgemeinen Formulierung der Randnummer 49 des angefochtenen Urteils die Kommission auf, nationale Vorschriften allgemein auf der Grundlage der gemeinschaftlichen Wettbewerbsbestimmungen zu prüfen und das Ergebnis dieser Prüfung heranzuziehen, um nach Maßgabe dieser Bestimmungen das Verhalten der Unternehmen zu untersuchen, die sich an die betreffenden Vorschriften gehalten haben. Das Gericht weicht damit, ohne es ausdrücklich zu sagen, von dem Standpunkt ab, den die bisherige Rechtsprechung zu den Voraussetzungen einer Prüfung nationaler Rechtsvorschriften im Licht der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag eingenommen hat.

39 — Vgl. Urteile in den Rechtssachen GB-Inno-BM (zitiert in Fußnote 14), BNIC/Clair, BNIC/Aubert, Ahmed Saeed Flugreisen u. a. (zitiert in Fußnote 10), Meng (zitiert in Fußnote 15) sowie Urteile vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209/84, 210/84, 211/84 und 213/83 (Asjes u. a., Slg. 1986, 1425), vom 1. Oktober 1987 in der Rechtssache 311/85 (VVR, Slg. 1987, 3801), in der Rechtssache Leclerc u. a. (zitiert in Fußnote 36) sowie vom 21. September 1988 in der Rechtssache 267/86 (Van Eycke, Slg. 1988, 4769).

40 — Im vorgenannten Urteil Meng hatte der Gerichtshof eine deutsche Versicherungsregelung zu würdigen, die die Weitergabe von Provisionen an Kunden untersagte. Das Urteil des Gerichtshofes wurde auf folgende Gründe gestützt: „Schließlich ist festzustellen, daß die Regelung selbst das Verbot von Sondervergütungen für Versicherungsnehmer aufstellt und die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen nicht privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt. Nach alledem fällt eine Regelung der im Ausgangsverfahren streitigen Art nicht in die Kategorien staatlicher Regelungen, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die praktische Wirksamkeit der Artikel 3 Buchstabe f, 5 Absatz 2 und 85 EWG-Vertrag beeinträchtigen. Die Frage des vorlegenden Gerichts ist daher so zu beantworten, daß die Artikel 3 Buchstabe f, 5 Absatz 2 und 85 EWG-Vertrag einer staatlichen Regelung, durch die es Versicherungsvermittlern untersagt ist, die von den Versicherungsgesellschaften erhaltenen Provisionen ganz oder teilweise an ihre Kunden abzugeben, nicht entgegenstehen, wenn jeder Zusammenhang mit einem von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag erfaßten Verhalten von Unternehmen fehlt" (Randnrn. 20 bis 22).

Damit stellt sich die Frage, ob die vom Gericht geforderte Auslegung im Rechtsmittelverfahren vor dem Gerichtshof aufrechterhalten werden sollte.

b) Folgen der vom Gericht im angefochtenen Urteil gefundenen Auslegung der Artikel 85 und 86

57. i) Vorab halte ich den erneuten Hinweis für angebracht, daß die Artikel 85 und 86 vollständige Rechtsnormen mit voller (vertikaler und horizontaler) Wirkung enthalten [41]. Als Bestimmungen des EG-Vertrags gehen sie ferner nationalem Recht vor. Da diese Bestimmungen somit in der Normenhierarchie nationalem Recht übergeordnet sind, sollte es grundsätzlich als undenkbar erscheinen, daß die letztgenannten deren Anwendung entgegenstehen könnten. Die Verpflichtung, einer höherrangigen Norm trotz einer entgegenstehenden Norm niedrigeren Ranges zu folgen, ist darüberhinaus allen Rechtssystemen gemein. Hieraus sollte zwingend folgen, daß diese Pflicht auch für dem Gemeinschaftsrecht unterworfene Bürger gilt, selbst wenn man damit von ihnen fordert, sich nicht an abweichendes, geltendes nationales Recht zu halten. Anderenfalls wäre nicht nur der höhere Rang, sondern auch die unmittelbare Wirkung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag in Frage gestellt.

58. Gleichwohl sind diese selbstverständlichen, den nationalen Rechtssystemen wohlbekannten Grundprinzipien im Gemeinschaftsrecht bisher nicht voll zur Anwendung gelangt; sie stellen den Vorrang der Gemeinschaftsrechtsordnung gegenüber den nationalen Rechtsordnungen nicht gänzlich sicher. Zumindest nach der bisherigen Rechtsprechung zeitigen die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts nicht alle ihrem höheren Rang entsprechenden Rechtsfolgen.

59. ii) An dieser Stelle sollten die Konsequenzen aufgezeigt werden, die sich aus einer Änderung der Rechtsprechung ergäben. Hierbei sollten die Auswirkungen, die die im angefochtenen Urteil gefundene Auslegung der Artikel 85 und 86 auf die rechtliche Behandlung von Unternehmen hätte, von denen unterschieden werden, die sie auf die wirtschaftsrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten hätte.

60. aa) Unternehmen, deren Verhalten unter die Verbote der Artikel 85 und 86 fällt, müßten die Konsequenzen tragen, die sich aus diesen Bestimmungen ergeben, ohne sich

41 — Es genügt hier der Hinweis auf die Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofes seit dem Urteil vom 6. April 1962 in der Rechtssache 13/61 (Bosch, Slg. 1962, 97) über das Urteil vom 30. Januar 1974 in der Rechtssache 127/73 (BRT, Slg. 1974, 51) bis zum Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 37/79 (Marty, Slg. 1980, 2481).

zur Rechtfertigung ihres rechtswidrigen Verhaltens auf die Geltung entgegenstehenden zwingenden nationalen Rechts berufen zu können. Umgekehrt wären sie verpflichtet, wenn sie den Sanktionen der Artikel 85 und 86 entgehen möchten, sich nicht an die sie betreffenden nationalen Vorschriften zu halten.

61. Ich wäre grundsätzlich einer Entwicklung der Rechtsprechung in dieser Richtung nicht abgeneigt. Es könnten aber zwei wichtige Probleme entstehen. Erstens könnte es übertrieben hart erscheinen, die betreffenden Unternehmen unter den negativen Folgen eines Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht leiden zu lassen, für den tatsächlich die Mitgliedstaaten verantwortlich sind. Zweitens ließe sich der vorstehenden Auslegung der Artikel 85 und 86 entgegenhalten, daß sie die Gemeinschaftsrechtsordnung auf Kosten der Interessen einzelner schützt, die die Folgen ihrer Unterwerfung unter nationales Recht zu tragen haben und sozusagen zu „Märtyrern" bei der Verteidigung des Gemeinschaftsrechts werden müssen.

62. Diese beiden Probleme lassen sich zufriedenstellend lösen.

63. Vor allem wird die Formulierung eines allgemeinen Grundsatzes, daß einzelne, die nationale Rechtsvorschriften befolgen, nach Gemeinschaftsrecht haftbar sein können, sicherlich Verblüffung auslösen. Das ist indessen das Ergebnis des Grundsatzes des Vorrangs einer Gemeinschaftsvorschrift vor der entsprechenden nationalen Vorschrift. Außerdem muß unbedingt zwischen der Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Gemeinschaftsrecht und der Haftbarmachung des Zuwiderhandelnden unterschieden werden. Befolgt ein Unternehmen eine zwingende nationale Vorschrift, die gegen die Artikel 85 und 86 verstößt, so beseitigt dies vom Standpunkt des Gemeinschaftsrechts aus nicht die Rechtswidrigkeit des Verhaltens, kann indessen Anlaß sein, das Unternehmen aus der Haftung zu entlassen oder seine Haftung einzuschränken [42]. Stellt die Kommission fest, daß eine nationale Vorschrift, die untersuchten Unternehmen ein bestimmtes Verhalten vorschreibt oder nahelegt, mit dem Gemeinschaftsrecht nicht in Einklang steht, wird sie nach diesem Denkansatz einen Verstoß der betreffenden Unternehmen gegen die Artikel 85 und 86 feststellen und die Fortsetzung des rechtswidrigen Verhaltens untersagen, aber keine oder nur eine geringe Geldbuße verhängen [43]. So

42 — Hier könnte auf die allgemeinere Frage verwiesen werden, auf die nationale Rechtsordnungen im Straf- und Disziplinarrecht eine Antwort finden müssen, ob nämlich Anordnungen von Vorgesetzten oder Rechtsunkenntnis die Rechtswidrigkeit der Handlung beseitigen oder nur die Verantwortung ausschließen oder beschränken.

43 — So, wenn diese Unternehmen nachweisen, daß sie nationale Vorschriften befolgt haben, entweder weil sie entschuldbar der Meinung waren, daß diese mit den entsprechenden Gemeinschaftsbestimmungen in Einklang seien, oder wegen der Härte der Sanktionen, die eine Nichtbefolgung nach sich ziehen würde. Verstoßen dagegen die nationalen Rechtsvorschriften offensichtlich gegen Gemeinschaftsrecht und ist sich das Unternehmen dessen bewußt, so sehe ich keinen Grund, weshalb dieses Unternehmen durch die staatliche Maßnahme geschützt werden sollte und damit die Sanktionen des Artikels 85 vermeiden könnte.
Jedenfalls halte ich diese Unterscheidung für notwendig. Umgekehrt wäre es übertrieben hart, mit den vorgeschriebenen Sanktionen ein Unternehmen zu belegen, das durch nationale Rechtsvorschriften gezwungen wurde, gegen die Artikel 85 und 86 zu verstoßen, ohne daß eine weitere Voraussetzung erfüllt sein müßte. Vgl. hierzu Schlußanträge von Generalanwalt Jacobs vom 27. Februar 1997 zu den Urteilen des Gerichtshofes vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-90/94 (Haahr Petroleum), in den verbundenen Rechtssachen C-114/95 und C-115/95 (Texaco und Olieselskabet/Dänemark) sowie in der Rechtssache C-242/95 (GT-Link) (Slg. 1997, I-4085).

gesehen bin ich nicht der Meinung, daß die vorgeschlagene Änderung der Auslegung der Artikel 85 und 86 über das Angemessene hinausgeht oder unfair gegenüber den Unternehmen ist.

64. Zu der Fallgestaltung, daß Unternehmen entgegen ihrem nationalen Recht zu handeln und die erwarteten Auswirkungen dieses Verhaltens hinzunehmen haben, sind folgende Bemerkungen angebracht. Die Gemeinschaftsrechtsordnung hat den einzelnen die angemessenen Rechtsbehelfe zur Verteidigung ihrer anerkannten Rechte bereitgestellt, wenn diese durch eine nationale Maßnahme verletzt oder gefährdet werden. In diesem Punkt ist der Beitrag, den der Gerichtshof durch seine Vorabentscheidungen geleistet hat, von besonderer Bedeutung. Es sei nur auf das Urteil Factortame I hingewiesen [44], nach dem das Gemeinschaftsrecht dem einzelnen angemessenen Rechtsschutz auch in den nationalen Rechtsordnungen bietet, wenn eine staatliche Maßnahme Rechte beeinträchtigt, die dem einzelnen vom Gemeinschaftsrecht eingeräumt wurden. Im Ausgangsfall kann das Unternehmen, das Sanktionen wegen Nichtbeachtung nationalen Rechts zu befürchten hätte, das gegen gemeinschaftliches Wettbewerbsrecht verstößt, bei den nationalen Gerichten Klage erheben; diese müssen nicht nur das fragliche Recht außer Anwendung lassen, sondern auch angemessenen vorläufigen Rechtsschutz gewähren. Folglich kann der hier erörterte Einwand nicht anerkannt werden, ohne damit zugleich einzugestehen, daß der Rechtsschutz, den die Gemeinschaftsrechtsordnung den einzelnen bietet, unangemessen ist, was meiner Meinung nach nicht länger zutrifft.

65. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen komme ich zu dem Ergebnis, daß die vom Gericht im angefochtenen Urteil gefundene Auslegung, die mittelbar eine Abweichung von dem mit dem Urteil Suiker Unie eingeschlagenen Pfad bedeutet, Unterstützung verdient und mit dem Grundprinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts besser in Einklang steht.

66. bb) Allerdings hat diese Auffassung, wie bereits bemerkt, auch eine Änderung der Rechtsprechung in einer anderen grundlegenden Frage zur Folge, nämlich der Berufung auf die Artikel 85 und 86 in Verbindung mit Artikel 5 EG-Vertrag, um die Vereinbarkeit nationalen Rechts mit diesen Bestimmungen prüfen zu lassen. Wie bereits gesagt, [45] stellt diese Frage nicht die von den Rechtsmittelführerinnen angeführte *De-facto*-Beschränkung des Ermessens der Kommssion hinsichtlich der Frage, ob eine Beschwerde zuerst unter dem Blickwinkel des Artikels 90 oder dem der Artikel 85 und 86 geprüft werden sollte, meines Erachtens den eigentlichen Kern des Problems der Richtigkeit des angefochtenen Urteils dar. Die spezifische Beschränkung des Ermessens der Kommission ist nur eine — und vielleicht nicht die wichtigste — Rechtsfolge der

44 — Urteil vom 19. Juni 1990 in der Rechtssache C-213/89 (Factortame u. a., Slg. 1990, I-2433).

45 — Vgl. Nrn. 56 ff. dieser Schlußanträge.

Begründung des Gerichts in Randnummer 49 des angefochtenen Urteils.

67. Insbesondere müßte, wenn der vom Gericht gefundenen Auslegung der Artikel 85 und 86 zu folgen wäre, stets dann geprüft werden, ob zwingendes nationales Recht, das den bindenden Rahmen für die Ausübung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit festlegt, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, wenn das Verhalten der untersuchten Unternehmen gegen die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln verstieße, aber durch dieses nationale Recht vorgeschrieben wäre [46]. Damit wird in diesen Fällen eine Pflicht zur Prüfung der nationalen Maßnahmen unter dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts lediglich im Rahmen der Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag festgeschrieben. Diese Pflicht trifft hauptsächlich die Kommission bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnis, die Einhaltung der Vertragsbestimmungen und insbesondere die Einhaltung der Artikel 85 und 86 durch Bürger zu überwachen.

68. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes kann wettbewerbsbeschränkendes nationales Recht mit Ausnahme staatlicher Beihilfen zum einen in den Anwendungsbereich des Artikels 90 fallen (bei öffentlichen Unternehmen oder solchen, denen besondere oder ausschließliche Rechte übertragen wurden), zum anderen in den Bereich der Artikel 85 und 86 in Verbindung mit Artikel 5 (wenn diesen Bestimmungen ihre Wirksamkeit genommen wird [47]) und zum dritten der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln der Artikel 85 bis 94 EG-Vertrag entgehen. Diese Einteilung würde umgestürzt, wenn dem Standpunkt des Gerichts im angefochtenen Urteil zu folgen wäre. Nationale Vorschriften, die den Wettbewerb beeinträchtigen oder einschränken, könnten unter bestimmten Umständen insgesamt auf ihre Vereinbarkeit mit den Artikeln 85 und 86 hin überprüft werden. Diese Prüfung wurde vorab durchgeführt, bevor also die zuständigen Gemeinschaftsorgane eine Entscheidung über das Verhalten der Unternehmen träfen, die sich an diese Vorschriften gehalten hätten.

69. Die erörterte Auslegung der Artikel 85 und 86 macht eine Unterscheidung zwischen nationalen Vorschriften, die zugleich unter Artkel 90 fallen, und solchen notwendig, die keine Beziehung zu diesem Artikel aufweisen. Im erstgenannten Fall hat die Kommission theoretisch drei Möglichkeiten. Sie kann einer bei ihr nach Artikel 90 eingereichten Beschwerde wegen der Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit den Gemeinschaftsregeln nachgehen (diese Fallgestaltung ähnelt dem Sachverhalt der vorliegenden Rechtssache am meisten). Sie kann weiter ein Verfahren nach den Artkeln 169 ff. oder von Amts wegen ein Verfahren zur Überprüfung der nationalen Rechtsvorschriften nach

46 — Natürlich nur dann, wenn die Kommission bei Durchführung ihrer Untersuchung ein Verhalten der Unternehmen festgestellt hat, das unter die Artikel 85 und 86 fällt.

47 — Vgl. Urteil Meng (zitiert in Fußnote 15).

Artikel 90 einleiten [48]. Zum dritten kann sie eine Inzidentprüfung der nationalen Rechtsvorschriften im Rahmen der Artikel 5, 85 und 66 vornehmen.

70. Fällt die nationale Maßnahme nicht unter Artikel 90, so kann die Kommission theoretisch entweder die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme aus dem Blickwinkel des nationalen Rechts im Verfahren nach den Artikeln 169 ff. betreiben oder eine Inzidentprüfung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften im Rahmen der Anwendung der Artikel 5, 85 und 66 durchführen.

71. Die Methode der Inzidentprüfung hat den Vorzug größerer Einfachheit, führt indessen unter dem Blickwinkel des institutionellen Gemeinschaftsrechts zu größeren Schwierigkeiten. Es ist nicht klar, ob die Einräumung eines solchen Ermessens mit der Struktur des EG-Vertrags in Einklang steht. Stellt die Kommssion fest, daß nationales Recht nicht mit dem Gemeinschaftsrecht übereinstimmt, so muß sie sich nach der Rechtsprechung an den betreffenden Mitgliedstaat wenden. Zu diesem Zweck steht das allgemeine Verfahren nach den Artikeln 169 ff. bereit, mit dem eine Lösung des Konflikts beim Gerichtshof angestrebt wird, falls sich die Mitgliedstaaten der Auffassung der Kommission nicht beugen. Vor der endgültigen Entscheidung des Gerichtshofes liegt natürlich kein anerkannter Verstoß — und keine rechtswidrige nationale Maßnahme — seitens des Mitgliedstaates vor, weil die Kommission nach dem EG-Vertrag nicht befugt ist, mit Ausnahme einer bloßen Empfehlung eine Entscheidung zu dieser Frage zu erlassen [49]. Ausnahmsweise, insbesondere in Fällen, in denen möglicherweise Artikel 90 Anwendung findet, kann die Kommission zwischen dem allgemeinen Verfahren nach den Artikeln 169 ff. und dem besonderen Verfahren nach Artikel 90 Absatz 3 wählen; aufgrund der letztgenannten Bestimmung trifft die Kommission selbst eine Entscheidung über die Vereinbarkeit staatlicher Maßnahmen mit dem Gemeinschaftsrecht [50]. Jedenfalls würde es der anerkannten Struktur des primären Gemeinschaftsrechts widersprechen, wenn die Kommission nationale Maßnahmen beanstanden könnte, ohne sich förmlich festzulegen, d. h. ohne „geeignete Richtlinien

48 — Der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Anwendung von Artikel 90 einerseits, der Artikel 85 und 86 andererseits auf nationale Rechtsvorschriften läßt sich entnehmen, daß eine Kumulierung dieser Rechtsgrundlagen grundsätzlich nicht möglich ist. Insbesondere liegt das Grundkriterium für die Annahme, daß nationale Rechtsvorschriften ausnahmsweise unter die Artikel 85 und 86 fallen, in der Feststellung, daß die betreffenden Vorschriften ihren „staatlichen Charakter" verloren haben, gerade weil sie wettbewerbswidriges Verhalten einzelner vorschreiben, erleichtern oder verstärken oder weil sie privaten Wirtschaftsteilnehmern die Verantwortung für die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen übertragen, vgl. Urteil Meng (zitiert in Fußnote 15). Umgekehrt setzt die Anwendbarkeit des Artikels 90 voraus, daß die Wettbewerbsbeschränkung durch eine rein staatliche Maßnahme herbeigeführt wurde (vgl. z. B. Urteil vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223, in dem die Entscheidung der Kommission insoweit aufgehoben wurde, als sie die Mitgliedstaaten zum Erlaß von Maßnahmen verpflichtete, um Vereinbarungen öffentlicher Telekommunikationsunternehmen mit den Benutzern von Mietgeräten zu beenden; diese Vereinbarungen fielen nicht unter Artikel 90, weil sie nicht von den Mitgliedstaaten erzwungen worden waren). Gilt die nationale Regelung sowohl für Unternehmen im Sinne des Artikels 90 als auch für Unternehmen, die nicht zu dieser Kategorie gehören, so wird ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht gewiß teils nach Artikel 90, teils nach den Artikeln 5, 85 und 86 geprüft, vgl. Urteil Ahmed Saeed Flugreisen u. a. (zitiert in Fußnote 10). Eine sorgsame Prüfung der französischen Vorschriften für Pferderennwetten könnte durchaus zeigen, daß diese Vorschriften unter beide Rechtsgrundlagen fallen.

49 — Vgl. Urteil vom 27. Mai 1981 in den verbundenen Rechtssachen 142/80 und 143/80 (Essevi und Salengo, Slg. 1981, 1413).

50 — Stellt sich die Frage der Vereinbarkeit staatlicher Maßnahmen, mit denen Unternehmen besondere oder ausschließliche Rechte übertragen werden, mit dem Gemeinschaftsrecht, so ist Artikel 90 Lex specialis, die vorrangig anzuwenden ist (vgl. zum besonderen Charakter des Artikels 90 die Schlußanträge von Generalanwalt Reischl in den verbundenen Rechtssachen 188/80, 189/90 und 190/80, Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1982, 2545).

oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten" im Sinne des Artikels 90 [51] oder ohne Formulierung von Bemerkungen und einer mit Gründen versehenen Stellungnahme im Verfahren nach Artikel 169 [52] [53]. Gleichwohl ist in meinen Augen die Inzidentprüfung die fortschrittlichste Lösung.

72. Schließt man hingegen die Inzidentprüfung nationaler Rechtsvorschriften nach den Artikeln 85 und 86 aus, so wird die Anwendung dieser Bestimmungen im Einklang mit der Auslegung des Gerichts in bestimmten Fällen davon abhängig sein, ob die Kommission bereit ist, die Verfahren nach Artikel 90 und nach den Artikeln 169 ff. in Gang zu setzen. Der Gerichtshof hat bisher anerkannt, daß die Kommission über ein weites Ermessen bei der Einleitung und der Durchführung dieser Verfahren und ganz allgemein bei ihrem Vorgehen verfügt, das zu einer Auseinandersetzung mit einem Mitgliedstaat führen kann [54]. Man kann mit anderen Worten aus den Artikeln 85 und 86 keine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung der Kommission ableiten, nach Artikel 90 oder den Artikel 169 ff. gegen nationales Recht vorzugehen.

73. Damit bleibt der besondere Fall, daß bereits eine Beschwerde nach Artikel 90 vorliegt und die Kommission ihre Untersuchungen begonnen hat. In dieser Form haben die Dinge auch in unserem Fall ihren Gang genommen. Zunächst verstieße es gegen die strenge Logik, die die Gemeinschaftsrechtsordnung als Rechtssystem auszeichnen sollte, wenn die Lösung einer derart bedeutenden Kategorie von Auseinandersetzungen von dem zufälligen Umstand abhinge, ob eine Beschwerde nach Artkel 90 anhängig wäre oder nicht. Außerdem verschwindet das erwähnte institutionelle Problem nicht ganz. Das Ermessen der Kommission bei der

51 — Wir dürfen nicht außer acht lassen, daß das Verfahren nach den Artikeln 85 und 86 in Verbindung mit Artikel 5 EG-Vertrag nicht zum Erlaß einer Entscheidung der Kommission führen kann, die an die Mitgliedstaaten statt an Unternehmen gerichtet wäre. Vgl. Beschluß des Gerichtshofes vom 30. September 1987 in der Rechtssache C-229/86 (Brother Industries u. a./Kommission, Slg. 1987, 3757) und insbesondere Urteil des Gerichts vom 13. Dezember 1990 in der Rechtssache T-113/89 (Nefarma/Kommission, Slg. 1990, II-797).

52 — Es könnte darüber hinaus bezweifelt werden, ob ein solches Vorgehen nicht auch noch die Verfahrensrechte des Mitgliedstaats beeinträchtigt. Da das Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 gegen Unternehmen gerichtet ist, ist der Mitgliedstaat nicht zugegen, wenn die Frage aufkommt, ob die nationalen Rechtsvorschriften im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehen. Natürlich kann der Mitgliedstaat um Äußerung ersucht werden, auch wenn es keine entsprechende Rechtsvorschrift gibt (vgl. Urteile des Gerichtshofes vom 14. Februar 1990 in der Rechtssache C-301/87, Frankreich/Kommission, Slg. 1990, I-307, und vom 12. Februar 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-48/90 und C-66/90, Niederlande u. a./Kommission, Slg. 1992, I-565). Auch kann gegen die abschließende Entscheidung der Kommission im Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 Klage nach Artikel 173 EG-Vertrag erhoben werden.

53 — Darüber hinaus könnte eine solche Möglichkeit, wie die Kommission im Urteil Meng (zitiert in Fußnote 15) bemerkte, womöglich die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen. Die Kommission könnte die Befolgung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln fördern, weil sie zusätzlich zu den Mitteln, die gewöhnlich verwendet werden, um die Rücknahme nationaler Maßnahmen zu erreichen, die der Anwendung von Gemeinschaftsbestimmungen abweichenden Inhalts entgegenstehen, eine weitere rechtliche Waffe zur Verfügung hätte. Diesem Argument könnte man allerdings nicht nur die besondere Natur der Artikel 85 und 86, sondern auch die — zumindest ursprünglich — wirtschaftliche Ausrichtung der Gemeinschaften entgegenhalten. Außerdem ist der Umstand, daß die Befugnisse der Kommission nur auf einem der Gebiete der Gemeinschaftsrechtsordnung erweitert würden, kein ausreichender Grund für die Ablehnung dieser Perspektive; in der Praxis hat sich gezeigt, daß die europäische Integration nicht in allen Fragen gleichmäßig Fortschritte macht.

54 — Zum Verfahren nach Artikel 169 vgl. Urteil vom 1. März 1966 in der Rechtssache 48/65 (Lütticke u. a./Kommission, Slg. 1966, 28). Zum Verfahren nach Artikel 90 vgl. Urteil des Gerichts Ladbroke (zitiert in Fußnote 7). Trotzdem sollte die Möglichkeit eines Wandels der Rechtsprechung im Sinne einer weiteren Einschränkung des Ermessens der Kommission nicht ausgeschlossen werden. Die Schlußanträge von Generalanwalt La Pergola in der Rechtssache C-107/95 P (Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Kommission, Slg. 1997, I-947) gehen in diese Richtung und legen es, obwohl der Gerichtshof ihnen in seinem Urteil vom 20. Februar 1997 nicht gefolgt ist, nahe, daß die betreffende Rechtsfrage nicht als geklärt gelten kann.

Ausübung derjenigen ihrer Befugnisse, die sie in Konflikt mit den Mitgliedstaaten geraten ließe, wird, wenn auch nur mittelbar, in Frage gestellt; die Kommission wäre bei der Entscheidung über die Reihenfolge der Prüfung zweier Beschwerden, von denen eine auf Artikel 90, die andere auf die Artikel 85 und 86 gestützt ist, nicht länger völlig frei.

74. Wie bereits bemerkt [55] ist diese Beschränkung nicht der Kern des Problems, sondern nur eine seiner Facetten. Die Rechtsfrage, die das angefochtene Urteil und insbesondere dessen Randnummer 49 aufwerfen, muß aus dem besonderen Rahmen der besonderen Umstände dieses Falles und aus dem „Pseudo-Dilemma" der Wahl zwischen dem Verfahren nach Artikel 90 und dem Verfahren nach den Artikeln 85 und 86 herausgelöst werden. Die vom Gerichtshof hier zu beantwortende Frage ist einfach die, die zu Beginn dieses Abschnitts herausgestellt wurde: Ist die in Randnummer 49 des angefochtenen Urteils gefundene Auslegung der Artikel 85 und 86, wonach es unter bestimmten Umständen einer Prüfung der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln bedarf, bevor eine endgültige Entscheidung darüber getroffen wird, ob bestimmte Unternehmen gegen die Artikel 85 und 86 verstoßen haben, mit Buchstaben und Geist des Gemeinschaftsrechts zu vereinbaren?

75. iii) Aus der vorstehenden Erörterung könnte man den Schluß ziehen, daß diese Auslegung zwar nicht unmittelbar gegen den EG-Vertrag verstößt, aber doch die heute anerkannte Auslegung einer Reihe grundlegender Prinzipien und Regeln des Gemeinschaftsrechts umstieße und einigen wichtigen Aspekten der Rechtsprechung des Gerichtshofes zuwiderliefe. Wie sehr man sich auch bemühte, die Änderungen darzustellen, die die Auslegung mit sich bringen könnte, die das Gericht in Randnummer 49 des angefochtenen Urteils gefunden hat, sicher ist doch, daß nicht alle diese Änderungen vorhersehbar oder wünschenswert wären. Gleichwohl bin ich der Auffassung, daß diese Auslegung der Artikel 85 und 86 den größtmöglichen Schutz der in diesen Bestimmungen anerkannten Rechte einzelner und insbesondere der Rechte von Unternehmen sicherstellen würde, die die Folgen zu tragen haben, die sich aus Zusammenschlüssen und dem Mißbrauch beherrschender Stellungen durch Wettbewerb ergeben. Zum Vergleich sei ein Zitat aus dem Urteil Brasserie du Pêcheur [56] zur Frage des Schutzes der durch das Gemeinschaftsrecht anerkannten Rechte einzelner gegenüber Eingriffen durch die Mitgliedstaaten angeführt:

„Würde außerdem der Schadensersatz davon abhängig gemacht, daß der Gerichtshof zuvor einen einem Mitgliedstaat zuzurechnenden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht feststellt, so stünde dies im Widerspruch zum Grundsatz der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, da dadurch jeder Entschädigungsanspruch ausgeschlossen wäre, solange der mutmaßliche Verstoß nicht Gegenstand einer Klage der Kommission nach Artikel 169 des Vertrages und einer

55 — Vgl. Nrn. 48 und 66 dieser Schlußanträge.

56 — Urteil vom 5. März 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du Pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029) zur Frage der Voraussetzungen für die Haftung eines Mitgliedstaats für Schäden, die einzelnen durch diesem Staat zurechenbare Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht entstanden sind.

Verurteilung durch den Gerichtshof geworden ist. Die den einzelnen zustehenden Rechte aus den Gemeinschaftsvorschriften, die in der nationalen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten unmittelbare Wirkung haben, können aber weder davon abhängen, daß die Kommission es für zweckmäßig hält, gemäß Artikel 169 des Vertrages gegen einen Mitgliedstaat vorzugehen, noch davon, daß der Gerichtshof gegebenenfalls den Verstoß in einem Urteil feststellt" (Randnr. 95).

76. So gesehen steht die Auffassung des Gerichts, wie sie sich aus Randnummer 49 des angefochtenen Urteils ergibt, in vollkommenem Einklang mit dem Grundsatz der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, wirft allerdings Fragen bezüglich der Konsequenzen auf, die sich hieraus für die Kommission bei der ihr im EG-Vertrag übertragenen Überwachung der Vereinbarkeit nationaler Maßnahmen mit dem Gemeinschaftsrecht ergeben.

2. *Überlegungen für den Fall, daß die Auslegung in Randnummer 49 des angefochtenen Urteils nicht aufrechterhalten werden sollte*

77. Ich halte es für sinnvoll, das angefochtene Urteil der Vollständigkeit halber auch auf der Grundlage zu prüfen, daß der vorstehenden Auslegung der Artikel 85 und 86 nicht gefolgt werden sollte. Meines Erachtens ist der Tenor des Urteils auch dann, wenn die Begründung anders und weniger anspruchsvoll ausfällt und sogar dann zutreffend, wenn man sowohl den allgemeinen Auslegungsgrundsatz der Randnummer 49 des Urteils als auch die Hinweise auf das bei der Kommission anhängige Verfahren nach Artikel 90 beiseite läßt.

78. Ausgangspunkt für die Entscheidung des Rechtsstreits bleibt natürlich die Prüfung des Inhalts der streitigen ursprünglichen Entscheidung der Kommission, mit der die Beschwerde von Ladbroke bezüglich der Rügen endgültig zurückgewiesen wurde, die die Zuwiderhandlung des PMU und einiger Rennvereine gegen die Artikel 85 und 86 betrafen. Bei Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen ist die Begründung der streitigen Entscheidung zumindest bezüglich der von Ladbroke erhobenen Rüge rechtswidrigen Zusammenwirkens der zehn führenden französischen Rennvereine und dieser Vereine mit dem PMU mindestens teilweise auf Hinweise auf den französischen Regelungsrahmen für den französischen Markt für Pferderennwetten gestützt. Die Kommission beruft sich auf die Auswirkungen des nationalen französischen Rechts auf den Markt für Pferderennwetten und verneint das Gemeinschaftinteresse an einer Feststellung einer möglichen Zuwiderhandlung der Rennvereine, weil der freie Wettbewerb in keinem Fall durch ein Verhalten der Vereine, sondern durch die geltenden staatlichen Vorschriften behindert werde.

79. Ich möchte hier darauf hinweisen, daß dieses französische Recht theoretisch aus

zweierlei Gründen für das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht von Bedeutung sein könnte. Soweit es sich auf Unternehmen bezieht, denen besondere oder ausschließliche Rechte eingeräumt wurden, ist es zum einen an Artikel 90 EG-Vertrag zu messen. Soweit es auf andere als die in Artikel 90 angeführten Unternehmen anzuwenden ist, fällt es zum anderen in den Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86, wenn es diesen, wie im vorgenannten Urteil Meng [57] entschieden, ihre Wirksamkeit nimmt.

80. Zumindest läßt sich aus den in der streitigen Entscheidung der Kommission getroffenen Feststellungen der Schluß ziehen, daß die Beurteilung dieser nationalen Rechtsvorschriften für das Verständnis des mit der Beschwerde aufgeworfenen Wettbewerbsproblems von grundlegender Bedeutung ist. Falls letztlich festgestellt werden sollte, daß das nationale Recht den Artikeln 85 und 86 ihre Wirksamkeit nimmt und damit nach dem Urteil Meng [58] in den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen fällt, könnte außerdem die Prüfung notwendig werden, ob diese Feststellung für die Behandlung von Unternehmen nach den Artikeln 85 und 86 von Bedeutung ist, die das betreffende nationale Recht befolgt haben. Diese Notwendigkeit wird von der Kommission unmittelbar in ihrer Stellungnahme zum ersten Rechtsmittelgrund der französischen Regierung eingeräumt [59].

81. Die Untersuchung der Kommission ist dieser Frage in ihrer Entscheidung, wie das Gericht zu Recht entschieden hat, nicht in angemessener Weise nachgegangen. Es findet sich lediglich ein Hinweis auf die Rolle des nationalen Rechts auf dem Markt für Pferderennwetten, ohne daß das Verhältnis dieses Rechts zum Verhalten der untersuchten Vereine ausreichend erklärt würde; darüber hinaus wird das nationale Recht nicht im Licht der Artikel 85 und 86 in Verbindung mit Artikel 5 EG-Vertrag geprüft und es wird nicht geklärt, ob es in die Kategorie der Vorschriften fällt, die diesen Bestimmungen die Wirksamkeit nehmen [60]. Die Behauptung der Kommission, daß sie wegen der besonderen Schwierigkeiten der Würdigung des französischen Rechts so lange Jahre nicht zu einer Entscheidung über dessen Vereinbarkeit mit gemeinschaftlichem Wettbewerbsrecht nach Artikel 90 habe kommen können, wohl aber in der Lage gewesen sei, dieses Recht unter dem Blickwinkel der Artikel 85 und 86 angemessen derart zu würdigen, daß sie Zuflucht zu den knappen Feststellungen der streitigen Entscheidung genommen hat, ist widersprüchlich [61]. Folglich ist die Begründung der Kommission, soweit sie die behaupteten Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 85 und 86 betrifft, unzureichend, so daß die Entscheidung zu Recht für nichtig erklärt wurde. Wie das Gericht ausdrücklich betont

57 — Vgl. Fußnote 15.

58 — Vgl. Fußnote 15.

59 — Vgl. Nr. 21 dieser Schlußanträge.

60 — Die Untersuchung des französischen Rechts durch die Kommission (Nr. 6 der streitigen Entscheidung) beschränkt sich auf die Feststellung, daß das Dekret von 1974 keine Absprachen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen legitimiert habe, weil diese bereits durch das Dekret von 1930 vorgeschrieben worden seien.

61 — Es ist ferner nicht Sache des Gerichtshofes oder des Gerichts, die Begründung der streitigen Entscheidung zu ersetzen oder zu ergänzen. Mithin sind die Erklärungen des Vertreters der Kommission unerheblich, denen zufolge das betreffende französische Recht nicht in die Kategorie der Vorschriften fiele, die den Artikeln 85 und 86 die Wirksamkeit nehmen. Diese Feststellung hätte in der streitigen Entscheidung eindeutig getroffen und aufgrund einer besonderen Untersuchung des nationalen Regelungsrahmens im Lichte der die Artikel 85 und 86 ordnungsgemäß begründet werden müssen. Die streitige Entscheidung befaßt sich, anders ausgedrückt, nicht mit der erforderlichen Gründlichkeit mit dieser Rechtsfrage, deren Bedeutung und Schwierigkeit von der Kommission doch ausdrücklich anerkannt wurde, als sie die gleichen Vorschriften im Lichte des Artikels 90 zu untersuchen hatte.

hat, hat die Kommission ihre Verpflichtung, die ihr von Beschwerdeführern vorgetragenen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte aufmerksam zu prüfen, nicht erfüllt [62]; ihre endgültige Entscheidung genügte nicht den in der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernissen der Gewißheit und Vollständigkeit [63].

82. Selbst bei dieser Argumentation steht natürlich das angefochtene Urteil nicht ganz im Einklang mit der Rechtsprechung oder zumindest nicht mit deren üblicher Auslegung. Zum einen gerät mittelbar die Auslegungsregel ins Wanken, deren Ausgangspunkt das Urteil Suiker Unie ist und der zufolge eine Zuwiderhandlung von Unternehmen gegen die Artikel 85 und 86 EG-Vertrag nicht vorliegt, wenn deren Verhalten völlig durch zwingende nationale Vorschriften bestimmt wurde [64]. Wichtiger aber ist meines Erachtens demgegenüber, daß die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Bedingungen, unter denen nationale Vorschriften den Artikeln 85 und 86 ihre Wirksamkeit nehmen, so daß sie in den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen fallen, künftig die Kommission bei der Durchführung der Prüfung des Verhaltens von Unternehmen nach den Artikeln 85 und 86 binden [65].

83. Letztlich bin ich der Auffassung, daß diese Lösung angemessener ist, weil sie den Artikeln 85 und 86 eine angemessene Bindungswirkung zuweist [66] und außerdem vom grundlegenden Prinzip der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gefordert wird. Folglich ist das angefochtene Urteil, auch wenn die Begründung wie angedeutet zu ändern und zu ergänzen sein sollte, zu der richtigen Lösung gelangt; daher sind die Rechtsmittelgründe zurückzuweisen.

62 — Vgl. Urteil in der Rechtssache Automec (zitiert in Fußnote 16) und Urteil des Gerichts vom 24. Januar 1995 in der Rechtssache T-114/92 (BEMIM/Kommission, Slg. 1995, II-147, Randnrn. 47 bis 57).

63 — Vgl. Randnr. 50 des angefochtenen Urteils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

64 — Welchen Nutzen hätte überdies eine Prüfung der Vereinbarkeit des französischen Rechts über Pferderennwetten mit dem Gemeinschaftsrecht, wenn die Feststellung ihrer bindenden Natur für das Verhalten der Unternehmen ausreichte, um sie von der Anwendung der Artikel 85 und 86 auszunehmen?

65 — Bekanntlich sind diese Kriterien der Rechtsprechung, wie sie im Urteil Meng aufgeführt sind, vom Gerichtshof im Zusammenhang der Beantwortung von Vorabentscheidungsfragen formuliert worden, mit anderen Worten in Fällen, in denen die Überprüfung nationaler Rechtsvorschriften nach den Artikeln 85 und 86 vom vorlegenden Gericht und nicht von der Kommission vorzunehmen war. Untersucht diese das Verhalten von Unternehmen nach Maßgabe dieser Bestimmungen, so konzentriert sich ihre Untersuchung auf dieses Verhalten. Ähnlich beschränkt sich der Gerichtshof, wenn er Entscheidungen der Kommission nach der Verordnung Nr. 17 zu überprüfen hat, auf Fragen, die die Tätigkeit der Unternehmen betreffen, und würdigt nationale Rechtsvorschriften nur, um festzustellen, ob ihr Verhalten vorgeschrieben war, nicht aber, um festzustellen, ob die Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.
Nach der hier entwickelten Argumentation hat die Kommission bei ihrer Prüfung des Verhaltens der Unternehmen zu entscheiden, ob das betreffende französische Recht den Artikeln 85 und 86 ihre Wirksamkeit nimmt. Das bedeutet, daß die Kommission eine Inzidentfeststellung über die Vereinbarkeit der nationalen Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht zu treffen hat, so daß die in den Nrn. 71 ff. dieser Schlußanträge dargelegten Überlegungen auch für diese Situation gelten. Es besteht indessen ein Unterschied insoweit, als diese Inzidentfeststellung nicht alle nationalen Vorschriften erfaßt, die den Wettbewerb beschränken könnten (wie die allgemeine Formulierung der Randnr. 49 des angefochtenen Urteils nahelegen könnte), sondern nur die Vorschriften, die den Artikeln 85 und 86 ihre Wirksamkeit nehmen, wie der Gerichtshof in den Urteilen GB-Inno-BM und Meng entschieden hat. Diese Auslegung verstärkt und erweitert daher — meines Erachtens mit Recht — die Anwendung dieser Rechtsprechung.

66 — Die Waage neigt sich heute zugunsten einer strengeren Anwendung der Artikel 85 und 86 zu Lasten nationalen Rechts. Vgl. Urteil des Gerichts vom 11. Juli 1996 in den verbundenen Rechtssachen T-528/93, T-542/93, T-543/93 und T-546/93 (Métropole Télévision u. a./Kommission, Slg. 1996, II-649) zu den Voraussetzungen, unter denen eine Tätigkeit als „im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe" von der Anwendung des Artikels 85 freigestellt werden kann. Es besteht ferner, wie erwähnt (vgl. Fußnote 54), das ernstliche Problem, daß das Ermessen der Kommission im Rahmen des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts selbst dort eingeschränkt werden muß, wo ein Tätigwerden die Kommission in Konflikt mit einem Mitgliedstaat zu bringen droht.

V — Ergebnis

84. Nach alldem schlage ich dem Gerichtshof vor,

1. die Rechtsmittel der Kommission und der französischen Regierung insgesamt zurückzuweisen;

2. die Verfahrenskosten den Rechtsmittelführerinnen aufzuerlegen.