SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL VOM 21. SEPTEMBER 1977

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

In dem heute zu behandelnden Vorlageverfahren, das durch den belgischen Kassationshof anhängig gemacht worden ist, geht es um die Auslegung der Artikel 3 f), 5 Absatz 2, 86, 90, 30, 31 und 32 des EWG-Vertrags sowie einiger Vorschriften der am 1. Juli 1973 in Kraft getretenen Ratsrichtlinie Nr. 72/464 (Amtsblatt 1972, L 303, S. 3) über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer.

Im einzelnen schicke ich zum Verständnis des Verfahrens folgendes voraus.

In Belgien wird auf verarbeiteten Tabak Verbrauchsteuer und Mehrwertsteuer erhoben. Steuerschuldner sind, soweit es um in Belgien hergestellte Waren geht, die Produzenten und, soweit es sich um eingeführte Erzeugnisse handelt, die Importeure. Entrichtet wird die Steuer mit Hilfe von Banderolen, die bei der Steuerbehörde erworben werden. Sie können sowohl vom Hersteller als auch vom Importeur angebracht werden; da aber die Anbringung unter der Zellophan-Verpakkung vorgeschrieben ist, wo eine solche vorhanden ist (und das scheint bei Zigaretten die Regel zu sein), erfolgt die Anbringung auch bei importierten Waren in der Praxis durch den in diesem Fall ausländischen Hersteller. Als Bemessungsgrundlage für die Steuer gilt der auf der Banderole angegebene Einzelhandelspreis. Er wird von den Herstellern und Importeuren grundsätzlich frei festgelegt. Zu beachten ist allerdings, daß Preiserhöhungen, weil es in Belgien eine hoheitliche Kontrolle der Höchstspannen gibt, vom Wirtschaftsminister genehmigt werden müssen. Desgleichen sind offenbar Preissenkungen anzumelden, und es muß, ehe sie in Kraft treten können, der Ablauf bestimmter Fristen abgewartet werden.

Für das vorliegende Verfahren ist vor allem wichtig, daß die Einzelhändler verpflichtet sind, die auf den Banderolen angegebenen Preise einzuhalten. Dies ergibt sich aus Artikel 58 des Gesetzes zur Einführung des Mehrwertsteuergesetzbuches vom 3. Juli 1969, der wie folgt lautet:

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

Dementsprechend wurde auch die Verbrauchsteuerverordnung vom 22. Januar 1948 durch eine Ministerialverordnung vom 9. April 1974 geändert, so daß sich nunmehr auch aus der Tabaksteuerverordnung ergibt, daß die erfaßten Produkte zu den auf den Banderolen angegebenen Preisen an die Verbraucher verkauft werden müssen.

An die Bestimmung des erwähnten Artikels 58 hat sich die Rechtsvorgängerin der Klägerin des Ausgangsverfahrens, die in Belgien Warenhäuser betreibt, nicht gehalten, als sie im Jahre 1972 Zigaretten zu einem Preis verkaufte, der unter dem auf der Banderole angegebenen Preis lag. Das veranlaßte die Beklagte des Ausgangsverfahrens, den Verband von Tabakeinzelhändlern („ATAB"), sich mit einem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung an das Handelsgericht Brüssel zu wenden. Diesem Antrag wurde vom Vorsitzenden des genannten Gerichts stattgegeben. Weil das Verhalten von INNO als unrechtmäßige Wettbewerbshandlung und Verstoß gegen Artikel 58 des erwähnten Gesetzes angesehen

wurde, wurde dieses Unternehmen dazu verurteilt, das Feilhalten oder den Verkauf von Zigaretten unter dem Preis, der auf der Steuerbanderole angegeben ist, zu unterlassen.

Gegen diese Anordnung legte INNO Berufung ein mit der Begründung, der erwähnte Artikel 58 sei mit den Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrags und dessen Bestimmungen über den freien Warenverkehr nicht vereinbar, und er verstoße auch gegen die bereits erwähnte Ratsrichtlinie, nach der nur Höchstpreise zulässig seien. Da das Berufungsgericht der Ansicht von INNO nicht folgte, rief INNO anschließend den belgischen Kassationshof an. Dabei brachte das Unternehmen vor, das Urteil des Berufungsgerichts verletze, weil es von der Vereinbarkeit des Artikels 58 des belgischen Gesetzes mit dem EWG-Vertrag ausgehe, die Artikel 3 f), 5 Absatz 2, 85, 86 und 90 sowie die Artikel 30, 31, 32 und 36 des EWG-Vertrags und schließlich auch die Vorschriften der Ratsrichtlinie Nr. 72/464.

Mit Rücksicht auf diese Argumentation setzte der Kassationshof durch Urteil vom 7. Januar 1977 das Verfahren aus und legte folgenden umfangreichen Fragenkatalog zur Vorabentscheidung nach Artikel 177 des EWG-Vertrags vor:

1. a) Sind die Artikel 3 Buchstabe b, 5 Absatz 2 und 86 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß es einem Mitgliedstaat verboten ist, eine Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, durch die für eingeführte wie für im Inland hergestellte Waren ein von den Herstellern oder Importeuren festgesetzter Verbraucherpreis für verbindlich erklärt wird, wenn die Vorschrift ihrer Art nach geeignet ist, den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag zu begünstigen?
   Ist in diesem Sinne unter anderem der Erlaß oder die Beibehaltung einer nationalen Rechtsvorschrift verboten, die den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen begünstigt, welche darin besteht, daß Hersteller und Importeure von Tabakerzeugnissen die Einzelhändler in einem Mitgliedstaat zwingen können, die von ihnen festgesetzten Verbraucherpreise einzuhalten?
   b) Ist es selbst dann verboten, eine nationale Vorschrift des unter Buchstabe a bezeichneten Inhalts zu erlassen oder beizubehalten, wenn diese in dem Sinne allgemeiner Natur ist, daß sie für jeden Hersteller und Importeur gilt, also auch für solche, die keine beherrschende Stellung haben oder sie nicht mißbrauchen, und etwa sogar dann, wenn Ziel, Gegenstand und Wirkung der Vorschrift keineswegs in einem Mißbrauch einer beherrschenden Stellung bestehen?
   Müssen in einem solchen Fall die unter Buchstabe a bezeichneten Vorschriften des EWG-Vertrags, gegebenenfalls in Verbindung mit weiteren Vorschriften, nicht dahin ausgelegt werden, daß der Erlaß oder die Beibehaltung einer derartigen nationalen Vorschrift nicht verboten ist, daß vielmehr diese Vorschrift an sich keine Auswirkung auf das Anwendungsgebiet des Artikels 86 EWG-Vertrag haben kann und ein Mißbrauch einer beherrschenden Stellung selbst dann verboten bleibt, wenn er im konkreten Fall durch die Rechtsvorschrift begünstigt wird?
2. Ist Artikel 90 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß es sich immer dann um „Unternehmen, denen der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt" handelt, wenn — im Gegensatz zu Herstellern und Importeuren anderer Erzeugnisse, die Preiserhöhungen dem Wirtschaftsminister anzeigen müssen, jedoch einen gebundenen Verkaufspreis nicht festsetzen können — der Staat den Herstellern und Importeuren bestimmter Erzeugnisse die gleiche Verpflichtung, Preiserhöhun-

gen anzumelden, auferlegt, ihnen aber durch eine Rechtsvorschrift, die den nach Anmeldung erhöhten Preis der Erzeugnisse für den Verkauf an Verbraucher obligatorisch macht, mittelbar die Möglichkeit einräumt, den gebundenen Verbraucherpreis selbst festzusetzen?

Kann, falls die Frage zu bejahen ist, die Beibehaltung dieser besonderen und ausschließlichen Rechte gegen Vorschriften des EWG-Vertrags verstoßen, insbesondere gegen Artikel 7 und 85 bis 94?

3. Sind die Artikel 30, 31 und 32 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß eine Regelung eines Mitgliedstaats, die für den Verkauf bestimmter Erzeugnisse an Verbraucher einen festen Preis vorschreibt, der auf Steuerbanderolen angegeben wird und je nach Lage des Falles von den inländischen Herstellern oder den Importeuren dieser Erzeugnisse — insbesondere auch dieser Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten — festgelegt wird, eine „Maßnahme mit gleicher Wirkung wie ..." im Sinne des genannten Artikels 30 darstellt?

Oder sind diese Artikel dahin auszulegen, daß eine derartige Regelung nur dann eine solche Maßnahme darstellt, wenn tatsächlich feststeht, daß sie den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell behindern kann, was im Einzelfall festzustellen Sache der nationalen Gerichte ist?

Gilt etwas anderes, wenn der Mitgliedstaat den Herstellern oder Importeuren erlaubt, nach Anmeldung einer Preiserhöhung und bei Einhaltung einer bestimmten Wartezeit die Preise einschließlich der Kleinhandelspreise frei festzusetzen, die Preise aber veröffentlicht und ihre Einhaltung gemäß der oben genannten Maßnahme vorschreibt?

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

   b) Ist Artikel 5 der Richtlinie Nr. 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer dahin auszulegen, daß er den Mitgliedstaaten verbietet, eine Rechtsvorschrift zu erlassen oder beizubehalten, durch die für eingeführte oder im Inland hergestellte Tabakwaren ein Verbraucherpreis, nämlich der auf der Steuerbanderole angegebene Preis, vorgeschrieben wird, das heißt, daß weder das Maximum überschritten, noch zu einem niedrigeren Preis verkauft werden darf?

Ehe auf diese Fragen eingegangen werden kann, ist noch zu erwähnen, daß sich INNO im Jahre 1974 mit einer Beschwerde an die Kommission gewandt und die Eröffnung eines Wettbewerbsverfahrens beantragt hat gegen FEDETAB, einen Verband, in dem die meisten belgischen und luxemburgischen Tabakwarenhersteller, die zum Teil auch Importeure sind, zusammengeschlossen sind, gegen FNCG, einen Verband aller wichtigen belgischen Tabakwarengroßhändler, sowie gegen ATAB, den Verband der Tabakwarenkleinhändler in Belgien. Dabei hatte INNO eine Reihe von Vereinbarungen aus den Jahren 1967 bis 1969 im Auge, die FEDETAB mit dem Großhandelsverband sowie den belgischen Grossisten und Einzelhändlern abgeschlossen hat und die sich auf die Einhaltung der Banderolenpreise, auf den Ausschluß von Preisnachlässen und auf die Nichtbelieferung von Händlern beziehen, die sich an diese Preisbestimmungen nicht halten. Darauf hat die Kommission im Juli 1974 ein Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 vom 6. Februar 1962 (Amtsblatt vom 21. Februar 1962, Nr. 204/62) eingeleitet und im Juli 1975 der FEDETAB eine Reihe von Beschwerdepunkten mitgeteilt. Dieses Verfahren ist offenbar immer noch bei der Kommission anhängig.

Wissenswert ist außerdem, daß INNO bei der Kommission den Antrag gestellt hat, gegen den belgischen Staat ein Verfahren nach Artikel 169 des EWG-Vertrags wegen Unvereinbarkeit des erwähnten Artikels 58 mit den Bestimmungen des EWG-Vertrags und der Ratsrichtlinie Nr. 72/464/EWG vom 19. Dezember 1972 einzuleiten. Die Kommission hat daraufhin eine Prüfung der belgischen Bestimmung im Lichte des Artikels 30 des EWG-Vertrags durchgeführt, ist aber anscheinend zu dem Ergebnis gekommen, daß sich eine Klageerhebung nicht rechtfertige.

Wie wir gesehen haben, stellt sich für das vorlegende Gericht die Frage, ob der Artikel 58 des belgischen Gesetzes vom 3. Juli 1969, der die Einhaltung der Banderolenpreise vorschreibt, mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbaren ist. Bei der Untersuchung der einzelnen Fragen nehme ich mir die Freiheit, von der Reihenfolge abzuweichen, die der Kassationshof gewählt hat. Ich werde, weil mir dies am einfachsten erscheint, mit den Erwägungen beginnen, die sich auf die Ratsrichtlinie aus dem Jahre 1972 beziehen. Danach wende ich mich den Problemen zu, die mit Artikel 30 ff. des EWG-Vertrags — Maßnahmen mit gleichen Wirkungen wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen — zusammenhängen. Schließlich soll noch auf das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft eingegangen und untersucht werden, was sich für die Lösung des vorliegenden Falles einerseits aus den Artikeln 3 f), 5 Absatz 2 und 86, andererseits aus Artikel 90 des EWG-Vertrags ergibt.

1. Zu der Ratsrichtlinie vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer hat der Kassationshof eine Frage gestellt, die aus zwei Teilen besteht. Einmal soll geklärt werden, ob die Richtlinie und insbesondere ihr Artikel 5 unmittelbare Wirkung im Sinne der direkten Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts hat, weil nur dann ein nationales Gericht sie als Prüfungsmaßstab für die Beurteilung nationalen Rechts heranziehen kann. Zum anderen ist zu prüfen, ob sich aus dem erwähnten Artikel 5 für die Mitgliedstaaten das Verbot ableiten läßt, Rechtsvorschriften zu erlassen, durch die für eingeführte oder im Inland hergestellte Tabakwaren ein Verbraucherpreis, nämlich der auf der Steuerbanderole angegebene Preis, vorgeschrieben wird.

Bei der Prüfung dieser Frage erscheint es mir sinnvoll, zunächst ihrem zweiten Teil nachzugehen.

Lassen Sie mich zu diesem Zweck vorweg den Wortlaut des Artikels 5 Absatz 1 der Ratsrichtlinie in Erinnerung bringen. Dort heißt es:

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

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die sich vor dem belgischen Gericht auf diese Vorschrift berufen hat, meint — namentlich unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte und die Begründung der Richtlinie —, damit habe der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen wollen, daß nur Höchstpreise zulässig seien und die Preisbildung im übrigen frei sein müsse. Der Zusatz in Satz 2 — „Vorschriften über die Einhaltung der vorgeschriebenen Preise" — könne sich, solle er mit dem Vertrag vereinbar sein, nur auf die von den Herstellern individuell und vertraglich festgesetzten Preise beziehen. Dagegen sei hier nicht an eine Legalisierung von Kollektivsystemen zu denken im Sinne einer für die Mitgliedstaaten geltenden Ermächtigung, die Preise festzulegen oder eine derartige Befugnis den Herstellern und Importeuren zu überlassen.

Dem steht die Meinung derer gegenüber, die sagen, der Rat habe mit dem erwähnten Zusatz ausdrücklich ein System ge-

bundener Preise gebilligt; man könne aus der Tatsache, daß insoweit eine Harmonisierung nicht angestrebt wurde, schließen, daß ein derartiges System nicht als Hindernis für den freien Warenverkehr anzusehen sei.

Eine dritte Meinung liegt gleichsam dazwischen. Für ihre Anhänger ist nach der Entstehungsgeschichte sowie nach dem Wortlaut der Bestimmung ebenfalls klar, daß die Richtlinie nicht nur das Prinzip der Höchstpreise kennt. Eine derartige preisrechtliche Zielrichtung habe in einer fiskalischen Richtlinie auch gar keinen Platz. Andererseits soll nach dieser Meinung Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 nicht als ausdrückliche Billigung eines Festpreissystems zu verstehen sein. Dies liege nämlich außerhalb des Harmonisierungsrahmens. Der angeführte Satz sei vielmehr als schlichter Hinweis auf die Kompetenz der Mitgliedstaaten im Bereich der Preisfestsetzung zu verstehen, als ein Vorbehalt für nationale Festpreisregelungen, nach denen Preise entweder direkt festgelegt oder Preisfestsetzungen der Hersteller und Importeure genehmigt werden. Ob solche Systeme Bestand haben könnten, müsse korrekterweise nach den allgemeinen Vertragsbestimmungen beurteilt werden, von denen auch der Rat nicht abweichen könne.

Was diesen Streit angeht, so ist meines Erachtens leicht zu zeigen, daß die von INNO vertretene Ansicht nicht richtig ist, daß also der Richtlinie mit ihrem Hinweis auf Kleinverkaufshöchstpreise nicht das Verbot entnommen werden kann, Festpreissysteme vorzusehen.

Zunächst läßt sich schon sagen, daß eine derartige wettbewerbsrechtliche Zielsetzung in einer Richtlinie zur Harmonisierung der Besteuerungsgrundlagen keinen rechten Platz hätte.

Man kann auch auf den *Wortlaut* von Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 Bezug nehmen. Die Formulierung „Vorschriften über die Einhaltung der vorgeschriebenen Preise" legt, weil Vorschriften ihrem Wesen nach allgemeine Tragweite haben, durchaus die Annahme nahe, damit seien kollektive Systeme der Preisfestsetzung, also nicht nur individuelle, vertraglich vereinbarte Preisfestsetzungen gemeint.

Nicht zuletzt weist die Entstehungsgeschichte der Vorschrift deutlich in diese Richtung. Zunächst hieß es in dem geänderten Vorschlag einer Richtlinie über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer, den die Kommission dem Rat am 20. November 1970 vorgelegt hat, in Artikel 6 Absatz 1, der später Artikel 5 Absatz 1 wurde, im Anschluß an den Satz, daß die Hersteller und Importeure für jedes ihrer Erzeugnisse den Kleinverkaufshöchstpreis frei bestimmen, lediglich: „Diese Vorschrift steht jedoch der Anwendung nationaler Rechtsvorschriften über die Preisüberwachung nicht entgegen." Im Wirtschafts- und Sozialausschuß, der dazu seine Stellungnahme abzugeben hatte, wurde — mit einer Begründung, auf die ich nachher noch zurückkommen werde — beantragt, „Kleinverkaufshöchstpreise" zu ersetzen durch „Kleinverkaufsfestpreise" oder „Kleinverkaufspreise". Entsprechend lautete der Vorschlag des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu Artikel 5 Absatz 1 und Artikel 6 Absatz 1. Außerdem hat sich der Wirtschafts- und Sozialausschuß (vgl. Amtsblatt 1971, C 93, S. 12) dafür ausgesprochen, in Artikel 6 Absatz 1 Satz 2 im Rahmen des Vorbehalts für nationale Vorschriften die Worte „oder über die Bestimmung von Kleinverkaufsfestpreisen" einzufügen. — Mit dem zuletzt genannten Punkt stimmte ein Entschließungsantrag des Finanz- und Haushaltsausschusses des Europäischen Parlaments überein, wofür in dem Bericht vom 11. Oktober 1971 (Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente, Dokument Nr. 117/71 vom 11. Oktober 1971) die Begründung gegeben wurde, im Text der Richtlinie sei klarzustellen, daß die Festlegung von Kleinverkaufsfestpreisen nicht verboten sei. Das Parlament selbst ging darüber in seinem Beschluß vom 16. Dezember 1971 (Amtsblatt 1972, C 2, S. 10) noch hinaus. Auch nach seiner Vorstel-

lung sollte, da alle Mitgliedstaaten ein solches System kannten, sowohl in Artikel 5 als auch in Artikel 6 der Richtlinie statt von Kleinverkaufshöchstpreisen von festen Kleinverkaufspreisen gesprochen werden. Der Rat wollte sich dies offenbar im Hinblick auf den bevorstehenden Beitritt dreier neuer Mitgliedstaaten, denen ein solches System fremd ist, nicht zu eigen machen, kam aber dafür zu der Lösung, in Satz 2 des Artikels 5 Absatz 1 den Vorbehalt über die Einhaltung der vorgeschriebenen Preise anzuhängen. Meines Erachtens kann schon nach dieser Entstehungsgeschichte kein Zweifel daran bestehen, daß damit nur die von den Herstellern und Importeuren festgelegten Preisen und die Bindung der Einzelhändler an sie gemeint waren.

Dies wird zudem ausdrücklich in einem Ratsprotokoll klargestellt, nach dem Rat und Kommission darin übereinstimmen, daß unter „prix imposé" „les prix fixés par les fabricants ou les importateurs et, éventuellement, homologué par l'État" zu verstehen seien. Jedenfalls kann man nicht wie INNO der Meinung sein, diese Wendung habe nur Preise im Auge, die der Staat im Sinne genehmigter Höchstpreise für zulässig erkläre, denn dafür wäre es ausreichend gewesen, von Vorschriften über die Preisüberwachung allein zu sprechen.

Gegen diese Auslegung kann im übrigen auch nicht auf den achten Erwägungsgrund der Ratsrichtlinie verwiesen werden, in dem es heißt: „Die Erfordernisse des freien Wettbewerbs bedingen eine freie Preisbildung für alle Gruppen von Tabakwaren." Meines Erachtens sollte damit nur zum Ausdruck gebracht werden, daß der Staat die Preisbildung möglichst nicht beeinflussen sollte. Dagegen reicht diese wenig präzise Erwägung angesichts des eindeutigen Ziels der Richtlinie, in Anbetracht des Wortlauts des Artikels 5 Absatz 1 und bei Berücksichtigung der aufgezeigten Entstehungsgeschichte schwerlich aus, um darzutun, nach dem Willen des Rates müsse die Freiheit der Preisbildung auf der Einzelhandelsstufe gewährleistet werden.

Die Auslegung des Artikels 5 der Richtlinie führt demnach nicht zu dem Ergebnis, daß grundsätzlich nur Kleinhandelshöchstpreise bestehen dürften und daß von den Herstellern oder Importeuren festgelegte Preise nicht als verbindlich bezeichnet werden könnten. Diese Feststellung reicht im gegenwärtigem Zusammenhang aus. Offenbleiben kann zunächst also, ob die Richtlinie tatsächlich zum Ausdruck bringen sollte, daß Festpreisregelungen aus der Sicht des Rates rechtens seien, was, wäre dies beabsichtigt, die weitere Frage aufwerfen müßte, ob dies nach dem Vertrag möglich wäre oder ob sich Einwendungen gegen die Gültigkeit der Richtlinie aus den allgemeinen Vertragsgrundsätzen ergeben würden.

Auf den anderen Teil der sich auf die Richtlinie beziehenden Frage, ob Artikel 5 Absatz 1 eine unmittelbar anwendbare Norm darstellt, auf die man sich in nationalen Gerichtsverfahren berufen kann, braucht eigentlich nicht mehr eingegangen zu werden, nachdem sich gezeigt hat, daß Artikel 58 des belgischen Gesetzes vom 3. Juli 1969 mit den Bestimmungen der Richtlinie nicht unvereinbar ist. In Kürze sei hierzu jedoch noch folgendes bemerkt. Sicherlich können Richtlinien — das hat sich in der bisherigen Rechtsprechung schon ergeben — nicht insgesamt eine derartige Wirkung haben; es ist aber nicht ausgeschlossen, daß diese einzelnen Bestimmungen einer Richtlinie zukommen. Voraussetzung dafür ist, daß es sich um klare und unbedingte Vorschriften handelt, daß in ihnen ein bestimmtes Verhalten, ein genaues Resultat vorgezeichnet wird und daß es keinen Vorbehalt für Ermessensbefugnisse der Mitgliedstaaten gibt. Ich verweise dazu auf die Urteile der Rechtssachen 9/70 (Franz Grad/Finanzamt Traunstein, Urteil vom 6. Oktober 1970, Slg. 1970, 825), 41/74 (Yvonne van Duyn/Home Office, Urteil vom 4. Dezember 1974, Slg. 1974, 1337) und 51/76 (Verbond van Nederlandse Ondernemingen/Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Den Haag, Urteil vom 1. Februar 1977). Nach den

bisherigen Ausführungen ist jedoch klar, daß diese Voraussetzungen für Artikel 5 Absatz 1 Satz 1, den die Klägerin des Ausgangsverfahrens für sich in Anspruch nimmt, nicht vorliegen, weil sich in dem anschließenden Satz, der mit dem ersten Satz zusamen gesehen werden muß, ein Vorbehalt findet. Nach ihm sind für die Mitgliedstaaten Abweichungen von der Höchstpreisregelung möglich, da es in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt ist, es bei der Höchstpreisregelung zu belassen oder eine Preisüberwachung bei der Festsetzung der Höchstpreise vorzunehmen oder aber die von den Herstellern und Importeuren gewählten Höchstpreise für verbindlich zu erklären.

Somit kann zusammenfassend festgehalten werden, daß die Ratsrichtlinie Nr. 72/464 nicht den Schluß zuläßt, Artikel 58 des belgischen Gesetzes aus dem Jahre 1969 sei unanwendbar.

2. Ehe wir uns danach den weiterhin gestellten Fragen, die sich auf die Auslegung des Artikels 30 und der Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrags beziehen, zuwenden, ist es meines Erachtens sinnvoll, auf den von ATAB vertretenen Standpunkt einzugehen, die angezogenen Vorschriften kämen für die Beurteilung der belgischen Festpreisbestimmung überhaupt nicht in Betracht.

Nach dieser Ansicht zieht eine hohe Proportionalsteuer, die wie in Belgien nach dem Einzelhandelspreis berechnet wird, notwendig ein System von Festpreisen nach sich. Dadurch werde nämlich sichergestellt, daß der Staat die im Haushalt eingeplanten Einnahmen aus der Tabaksteuer tatsächlich auch erhalte. Lasse man dagegen Preisunterschiede auf der Einzelhandelsstufe zu, so bestehe wegen der geringen hier geltenden Handelsspanne die Gefahr, daß Einzelhandelsgeschäfte dem Wettbewerbsdruck nicht standhalten könnten, und es sei damit zu rechnen, daß es danach — wie in Deutschland Anfang der dreißiger Jahre — zu beträchtlichen Steuerausfällen komme. Zudem bestehe auch aus der Sicht der Verbraucher keinerlei Interesse an einem Preiswettbewerb auf der Einzelhandelsstufe. Die auf dem Tabakwarenmarkt bestehende Transparenz sorge nämlich bei Preisunterbietungen dafür, daß es zu allgemeinen Preissenkungen durch die Hersteller selbst und damit zur Verwendung von Steuerbanderolen mit einem geringeren Wert komme. Die daraus resultierende Verringerung der Steuereinnahmen werde aber alsbald durch eine Erhöhung der Tabaksteuer wieder ausgeglichen, damit die Vorausplanungen eingehalten werden können; der Verbraucher habe also in Wirklichkeit bei derartigen Preissenkungsmaßnahmen nur einen vorübergehenden Vorteil. Sei aber anzuerkennen, daß Verbraucherfestpreise einen wesentlichen Bestandteil des Steuersystems darstellen und bei der Tabaksteuer geradezu systeminhärent seien, so müsse es naheliegen, diesen Faktor allein im Rahmen der nach Artikel 99 ff. des Vertrages vorgesehenen Harmonisierung zu erfassen, der gegenüber sowohl die Vorschriften über die mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen, als auch das Wettbewerbsrecht zurückzustehen hätten. Klar sei außerdem, daß diese Harmonisierung noch in den Anfängen stecke und im Rahmen der ersten Etappe, die bisher erreicht sei, jedenfalls noch nicht bis zur Erfassung des uns hier interessierenden Elements vorgedrungen sei. Tatsächlich würden verschiedene Hindernisse für den Handelsverkehr, die sich aus den Unterschieden der nationalen Rechte ergäben, auch nach der Ratsrichtlinie des Jahres 1972 noch in Kauf genommen, und so erkläre es sich auch, daß der Rat in Artikel 5 der Richtlinie ausdrücklich Festpreissysteme gebilligt habe.

Diese Einlassungen, die auf den ersten Blick eindrucksvoll erscheinen, erweisen sich bei näherem Zusehen nicht als überzeugungskräftig.

So erscheint schon die These nicht recht einleuchtend, die Einnahmen aus der Tabaksteuer seien nur bei einem Festpreissystem gesichert. Dem kann immerhin entgegengehalten werden, daß ein

anderes System — Verbraucherhöchstpreise — gerade auch in Belgien offenbar lange Zeit befriedigend funktioniert hat.

Für wichtig halte ich ferner, daß der Vertreter des Rates in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich betont hat, es sei nicht Sinn der Ratsrichtlinie aus dem Jahre 1972, eine Aussage dazu zu machen, ob die in Artikel 5 Absatz 1 erwähnten „vorgeschriebenen Preise" vertragskonform seien. Wo der entsprechende Vorbehalt in Artikel 5 beginne, hätten in Wirklichkeit die Harmonisierungsbestrebungen aufgehört; die Frage der Vereinbarkeit von Festpreisregelungen mit dem Vertrag sei also offengeblieben.

Weiterhin ist für mich nicht erwiesen, daß sich aus der von ATAB angezogenen Rechtsprechung (Urteile der Rechtssachen 74/76, Iannelli & Volpi S.p.A., Mailand/Paolo Meroni, Urteil vom 22. März 1977, und 111/76, Officier van Justitie/Beert van den Hazel, Urteil vom 18. Mai 1977) folgern läßt, es bestehe die Tendenz, den Vorschriften über die mengenmäßigen Beschränkungen, jedenfalls in besonderen Fällen, nur eingeschränkte Bedeutung zuzuerkennen. In keinem Fall kann dies dem Urteil 111/76 entnommen werden, in dem es, weil die Unvereinbarkeit nationaler Maßnahmen schon aus einer Gemeinschaftsverordnung (der Verordnung Nr. 123/67, Amtsblatt 1967, Nr. 117, S. 2301) folgte, gar nicht notwendig war, auf Artikel 30 einzugehen. Zum Urteil 74/76, nach dem Artikel 30 nicht für Hindernisse gilt, für die spezifische Bestimmungen bestehen, ist andererseits hervorzuheben, daß es sich auf andersgeartete Probleme bezog, nämlich die Vorschriften über die Zölle, den Artikel 95 sowie die Beihilfebestimmungen des Vertrages. Zu den letzteren ist außerdem betont worden, daß es für Modalitäten einer Beihilferegelung, die für ihr Ziel und ihr Funktionieren nicht notwendig seien, durchaus möglich sei, eine Prüfung im Lichte des Artikels 30 durchzuführen und einen Verstoß gegen diese Vorschrift festzustellen.

Gerade an dieses Urteil und die zuletzt erwähnte Feststellung kann aber in bezug auf die These von ATAB erinnert werden, das Festpreissystem sei ein notwendiges Element des Tabaksteuersystems, und es dürfe deshalb nicht nach den allgemeinen Vertragsvorschriften, namentlich dem Artikel 30, beurteilt werden, sondern allein im Rahmen der Harmonisierungsvorschriften der Artikel 99 ff. erfaßt werden, also unter Umständen mit Hilfe einer Empfehlung der Kommission nach Artikel 102 des Vertrages. Nach allem, was im Verfahren bekanntgeworden ist, muß nämlich der Eindruck bestehen, daß die These, das belgische Festpreissystem sei ein wesentlicher unerläßlicher Bestandteil des Tabaksteuersystems, nicht ausreichend belegt ist.

Insofern halte ich für bezeichnend, daß der Vertreter der luxemburgischen Regierung in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich erklärt hat, die Einführung des Festpreissystems in Luxemburg sei im Herbst 1975 nicht aus fiskalischen Gründen erfolgt, es seien vielmehr wettbewerbsrechtliche Motive ausschlaggebend gewesen, nämlich das Bestreben, den Tabakwareneinzelhandel vor der Konkurrenz großer Ladenketten oder Warenhäuser zu schützen.

Bezeichnend ist ebenfalls, daß die niederländische Regierung das Festpreissystem gleichermaßen mit rein wettbewerbsrechtlichen, mittelstandspolitischen Erwägungen zu rechtfertigen versucht hat. Im Mittelpunkt ihrer Ausführungen standen Hinweise darauf, daß die Zahl der Tabakwareneinzelhändler, die unter großen Schwierigkeiten zu leiden hätten, stark abgenommen habe und daß eine weitere Verringerung wegen der Auswirkungen auf den Großhandel und kleine Hersteller, aber auch im Interesse der Verbraucher, für die ein reichhaltiges Angebot wichtig sei, nicht hingenommen werden könne.

Schließlich hat, wie schon erwähnt, auch in Belgien selbst das Tabaksteuerregime mehr als 20 Jahre lang lediglich mit

einer Höchstpreisregelung, also ohne Festpreise, funktioniert. Bei der Einführung der Festpreisregelungen wurde ausdrücklich eingeräumt, sie habe auch eine wirtschaftliche Zielsetzung.

Hält man sich also an die strengen Grundsätze, die dem Urteil 74/76 bezüglich der Außerachtlassung allgemeiner Vertragsbestimmungen entnommen werden können, so kann man schwerlich der Ansicht folgen, die Festpreisregelung im Zusammenhang mit der Besteuerung von Tabakwaren lasse sich nur im Rahmen der Steuerharmonisierung erfassen. Wir haben es in Wahrheit nicht mit einem Sachverhalt zu tun, bei dem Sonderregelungen, wie es die Kommissionsrichtlinie Nr. 70/50 (Amtsblatt 1970, L 13, S. 29), auf die wir noch zurückkommen werden, vorsieht, eine Außerachtlassung der Bestimmungen betreffend die mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen erlauben könnten. Auch hat die Kommission sicher recht, wenn sie sagt, die Erkenntnis allein, daß auch fiskalische *Motive* bei einer Regelung eine Rolle gespielt haben, könne, wolle man nicht eine Aushöhlung grundlegender Vertragsbestimmungen in Kauf nehmen, nicht dazu führen, daß die allgemeinen Vertragsbestimmungen über Maßnahmen gleicher Wirkung und die Wettbewerbsvorschriften als Prüfungsmaßstab außer acht gelassen werden.

3. Erübrigt sich demnach keineswegs die Auslegung der anderen vom Kassationshof angezogenen Vertragsbestimmungen, so will ich mich nunmehr, wie angekündigt, zunächst dem Problemkreis zuwenden, der sich auf die Artikel 30 ff. des EWG-Vertrags bezieht und nach dem namentlich zu klären ist, ob als Maßnahme gleicher Wirkung eine nationale Regelung angesehen werden kann, nach der für den Verkauf von Tabakwaren an die Verbraucher von den Herstellern oder Importeuren festgelegte Festpreise gelten. Diesem Punkt einen gewissen Vorrang in der Untersuchung einzuräumen, erscheint mir angezeigt, weil er für das Verfahren ganz offensichtlich von zentraler Bedeutung ist und weil ihm die gründlichsten Ausführungen gewidmet worden sind.

Das Problem der Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen hat in der Rechtsprechung schon wiederholt eine Rolle gespielt. So kam es zur Klärung einer Reihe von Aspekten, von denen auch jetzt ausgegangen werden kann.

Ich erinnere etwa dran, daß sich der Gerichtshof mehrere Male schon auf die Definition gestützt hat, die in der Kommissionsrichtlinie 70/50 schon früh erarbeitet worden sind. Das war in den Rechtssachen 155/73 (Giuseppe Sacchi, Urteil vom 30. April 1974, Slg. 1974, 409) und 74/76 der Fall. Klargeworden ist in der Rechtsprechung auch, daß nicht nur Maßnahmen in Betracht kommen, die sich unmittelbar auf die Importe beziehen. Zu denken ist auch an solche, die die Einfuhren indirekt beeinflussen, wie Maßnahmen, die die Produktion oder andere Vermarktungsstufen betreffen. Dazu läßt sich etwa auf das Urteil der Rechtssachen 3, 4 und 6/76 (Kramer, Urteil vom 14. Juli 1976, Slg. 1976, 1279) oder das Urteil der Rechtssache 65/75 (Riccardo Tasca, Urteil vom 26. Februar 1976, Slg. 1976, 291) verweisen. Demgemäß ist es nicht erstaunlich, daß die allgemeine Definition der Maßnahmen gleicher Wirkung, die neuerdings in der Rechtsprechung ständig wiederkehrt, recht umfassend gehalten ist. Nach ihr (vgl. etwa Urteil vom 11. Juli 1974 der Rechtssache 8/74, Staatsanwaltschaft/Benoît und Gustave Dassonville, Slg. 1974, 852) ist als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten anzusehen, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.

Ehe ich daran gehe, den streitigen Sachverhalt im Lichte dieser Rechtsprechung zu behandeln, halte ich es für richtig, zwei Feststellungen zu der ausgedehnten

Diskussion zu treffen, die sich ohne Schwierigkeiten machen lassen.

Sie erinnern sich, daß im Verfahren auch auf die Rechtsprechung zu Höchstpreisregelungen hingewiesen wurde, wie sie in den Urteilen 65/75 (Riccardo Tasca) und 88 bis 90/75 (Società SADAM und andere gegen den Interministeriellen Preisausschuß und den Minister für Industrie, Handel und Handwerk und andere, Urteil vom 26. Februar 1976, Slg. 1976, S. 323) enthalten ist. Für mich ist offensichtlich, daß diese im vorliegenden Verfahren wegen der Unterschiede im Sachverhalt nicht unmittelbar verwertet werden kann. In den erwähnten Urteilen ging es um staatlich fixierte Höchstpreise, deren Niveau sich hemmend auf den Importhandel auswirken konnte. Derartige Auswirkungen sind bei einer Festpreisregelung der uns hier interessierenden Art nicht vorhanden, denn die Höchstpreise, die dann als Festpreise gelten, werden von den Importeuren, wenn wir uns auf sie beschränken wollen, frei bestimmt, d. h. es liegt bei den Importeuren selbst, durch die Wahl des Preisniveaus die Absatzchancen der importierten Güter zu bestimmen.

Die zweite Bemerkung, die ich vorweg machen will, bezieht sich auf ein Argument, das zugunsten der belgischen Festpreisregelung aus der erwähnten Kommissionsrichtlinie 70/50 hergeleitet werden soll. In ihr wird unterschieden zwischen Maßnahmen, die nicht unterschiedslos für inländische und importierte Waren anwendbar sind (Artikel 2), und Maßnahmen über die Vermarktung von Waren die unterschiedslos für inländische und eingeführte Waren gelten (Artikel 3). Im Rahmen des Artikels 2 sind ausdrücklich in Absatz 3 unter Buchstaben a bis e Maßnahmen erwähnt, die sich auf die Preise beziehen. Daraus und aus der Tatsache, daß die belgische Maßnahme, weil unterschiedslos für inländische und importierte Produkte geltend, nicht unter Artikel 2, sondern allenfalls unter Artikel 3 fällt, glaubte man folgern zu können, daß sie, da in Artikel 3 von Regelungen auf dem Preissektor nicht ausdrücklich gesprochen wird, nicht als Maßnahme gleicher Wirkung angesprochen werden kann. Diese Schlußfolgerung erscheint mir nicht zwingend, und zwar nicht nur, weil man generell bei derartigen Umkehrschlüssen vorsichtig zu sein hat. Wichtig erscheint mir vielmehr, daß, weil in Artikel 3 ganz allgemein von Vermarktung gesprochen wird, nach diesem Begriff sicher kein Anlaß besteht, gerade Preismaßnahmen auszuschließen. Außerdem ist von Bedeutung, daß sich gegen die angeführte Argumentation ohne weiteres auf die recht weitreichende Definition der Maßnahmen gleicher Wirkung verweisen läßt, die in der Rechtsprechung erarbeitet worden ist.

Können die zwei angeführten Überlegungen also nicht zur Lösung des vorliegenden Problems beitragen, so ist nunmehr zu überlegen, was sich dazu nach der erwähnten allgemeinen Definition ergibt, die der Gerichtshof festgelegt hat. Dabei können wir uns auf die Festlegung der Preise durch Importeure beschränken und diejenige außer Betracht lassen, die von inländischen Herstellern vorgenommen wird. Für den zwischenstaatlichen Handel wären letztere nämlich nur von Bedeutung, wenn die Einzelhändler, für die die Preisbindung gilt, Exportgeschäfte durchführen würden. Wegen der Banderolenregelung, die von der Kommission mit Recht als legitime Kontrollmaßnahme angesprochen wurde, geschieht dies aber tatsächlich nicht; allenfalls handelt es sich um ganz unbedeutende Absätze an Grenzgänger, und sie können bei der Beurteilung der Regelung sicher ohne weiteres außer Betracht bleiben.

Was die Festlegung der Preise durch Importeure angeht, so behauptet namentlich die Kommission, der zwischenstaatliche Handel werde davon betroffen, auch wenn es sich nicht um direkt gegen Importe gerichtete Maßnahmen handle. Denn ohne die Preisbindung hätten Einzelhändler die Möglichkeit, eine eigene Preispolitik zu verfolgen, also durch Preis-

senkungen, insbesondere in den Grenzgebieten, für einen verstärkten Absatz und damit für eine Zunahme der Handelsströme zu sorgen. Bei Aufrechterhaltung der Maßnahme sei dies dagegen beträchtlich erschwert. Zu berücksichtigen sei einmal, daß eine einfache Durchführung von Parallelimporten ausscheide, weil Tabakwaren mit belgischen Banderolen in anderen Mitgliedstaaten nicht im Freiverkehr seien. Die Möglichkeit, auf dem ausländischen Markt erhältliche Tabakwaren zu importieren, sei ebenfalls außer Betracht zu lassen, weil die Erstattung der ausländischen Tabaksteuer ein außerordentlich umständlicher Vorgang sei — so müsse nach dem deutschen Tabaksteuergesetz eine Vernichtung der Banderolen unter amtlicher Aufsicht und danach eine Neuverpackung vorgenommen werden. Der Einzelhändler sei also entweder auf die Mitwirkung der Importeure angewiesen, denen gegenüber aber nur mächtige Abnehmer eigene Preisvorstellungen durchsetzen könnten. Oder es sei an die Möglichkeit zu denken, daß sich Einzelhändler selbst zu Importeuren im Sinne des belgischen Gesetzes machten und danach durch den Erwerb entsprechender Banderolen die Preise selbst festlegten. Hierbei sei jedoch zu berücksichtigen, da eine derartige Umwandlung der Rolle im Wirtschaftsleben schwierig und kostspielig sei und daher nur für potente Marktteilnehmer in Betracht komme. Zu bedenken sei ferner, daß Händler als Importeure wegen der als legitim anzusehenden Banderolenregelung auf die Mitwirkung ausländischer Hersteller bei der Anbringung der Banderolen angewiesen seien. Dabei ergebe sich die Schwierigkeit, da man eigene Preisvorstellungen gegen die oft differenzierte Preispolitik der Hersteller nicht durchsetzen könne; auch stoße man, weil Exklusivverträge mit anderen Importeuren bestünden, auf Lieferverweigerungen. Dies wurde im Verfahren durch einen von INNO vorgelegten Briefwechsel mit ausländischen Herstellern oder Exklusiv-Importeuren belegt. Schließlich bilde ein wesentliches Hindernis bei derartigen Bemühungen die Unmöglichkeit, bei der belgischen Steuerbehörde Banderolen mit einem niedrigeren Preis zu erhalten. Tatsächlich stehe die zuständige Behörde, wie sich aus einem an INNO gerichteten Schreiben des belgischen Generalinspektors für Verbrauchsteuern vom 14. Juni 1977 ergebe, auf dem Standpunkt, Zigaretten gleicher Marke und gleicher Qualität könnten nicht zu gleicher Zeit mit verschiedenen Banderolen versehen auf den Markt gebracht werden. Dabei werde Bezug genommen auf die belgische Tabaksteuerverordnung, aber auch auf die Ratsrichtlinie aus dem Jahre 1972, nach der mehrere Einzelverkaufshöchstpreise für *ein* Produkt nicht denkbar seien. Aus allen diesen Gründen müsse anerkannt werden, daß für Einzelhändler ganz erhebliche Hindernisse für eine eigene absatzfördernde Preispolitik bestünden. Bei ausländischen Marken sei dies um so schwerwiegender, als sie sich auf dem Markt einen Platz erst noch erkämpfen müßten; die bestehende Preisregelung habe also für sie stärkere Auswirkungen als für inländische Erzeugnisse.

Dazu kommt, daß ein beträchtlicher Teil, nämlich mehr als die Hälfte der Importe, in Belgien durch belgische Tabakwarenhersteller besorgt wird, die an einer Ausweitung des Absatzes ausländischer Produkte kaum das gleiche Interesse haben dürften wie vollkommen unabhängige Importeure.

Nun ist es allerdings unrealistisch anzunehmen, daß kleine Tabakwareneinzelhändler in nennenswertem Umfang das Verlangen haben, eine eigene Preispolitik zu betreiben, indem sie Preisnachlässe gewähren. Daran hindert sie die geringe Handelsspanne, die in Belgien bei Zigaretten offenbar ungefähr 7,5 % des Banderolenpreises beträgt. So wurde auch zur Begründung des bereits erwähnten, im Wirtschafts- und Sozialausschuß gestellten Antrags, in der Ratsrichtlinie nur von Kleinhandelsfestpreisen zu sprechen, ausgeführt, Tabakwaren eigneten sich am wenigsten für Preisabschläge; im Kleinhandel seien Abschläge wegen der sehr geringen Gewinnspannen auf keinen Fall

möglich; erlauben könnten sie sich nur Warenhäuser, was aber als unlauterer Wettbewerb anzusehen sei. Denn die Warenhäuser haben geringere Kosten wegen Selbstbedienung, günstige Großeinkaufsmöglichkeiten und die Möglichkeit der Ausnutzung der gesamten für Groß- und Kleinhandel geltenden Gewinnspanne von 10 %. Demgemäß werden auch Bemühungen um Abweichungen von den Banderolenpreisen in Belgien nur von großen Warenhäusern unternommen, während der Verband der Tabakwareneinzelhändler mit Nachdruck das Festpreissystem verteidigt. So gesehen kann also nicht geltend gemacht werden, eine Erschwerung von Parallelimporten mit eigener Preisbildung sei schon darin zu erblicken, daß es schwierig sei, aus der Rolle des Einzelhändlers in die des Importeurs überzuwechseln. Denn mit Sicherheit trifft dies für Unternehmen wie die Klägerin des Ausgangsverfahrens nicht zu.

Zu den Problemen, auf die INNO bei seinen Versuchen, Importe mit niedrigeren Banderolenpreisen selbst durchzuführen, gestoßen ist, ist zudem folgendes anzumerken.

Wie wir gehört haben, beriefen sich ausländische Hersteller entweder auf Exklusivverträge mit belgischen Importeuren oder sie lehnten unterschiedliche Preise für ihre Produkte ab. Belgische Importeure weigerten sich, verschiedene Preise anzuwenden, wobei geltend gemacht wurde, dies sei nach der belgischen Rechtslage nicht möglich. Letzterem entspricht außerdem die Haltung der belgischen Steuerverwaltung, die in dem bereits erwähnten, von INNO vorgelegten Schreiben zum Ausdruck kommt.

Wenn wir uns zunächst dem an letzter Stelle genannten Punkt zuwenden, so ergibt sich dazu, daß sich die belgischen Behörden nicht auf Artikel 58 des Gesetzes aus dem Jahre 1969, um den es im Ausgangsverfahren geht, beriefen, sondern auf die belgische Tabaksteuerverordnung und die Ratsrichtlinie aus dem Jahre 1972. Das aus der Haltung der belgischen Steuerbehörden resultierende Hindernis hat also seinen Ursprung nicht in der Festpreisregelung für Tabakwaren, sondern in anderen Vorschriften. Außerdem ist in diesem Zusammenhang festzustellen, daß die Ratsrichtlinie von den belgischen Behörden für ihren Standpunkt zu Unrecht in Anspruch genommen wird; denn es ist nicht zu erkennen, wie sich aus der Richtlinie der Grundsatz ableiten läßt, für ein Erzeugnis sei nur *ein* Einzelhandelshöchstpreis möglich. Was die angezogene belgische Tabaksteuerverordnung angeht, so ist zudem wichtig — und dies, weil die Vorgänge, die der Kassationshof zu beurteilen hat, sich im Jahre 1972 abspielten —, daß die Steuerbehörde zur Begründung ihrer Ansicht allein auf die im Jahre 1974 geänderte Fassung Bezug nahm. Zu der früher geltenden Fassung dagegen heißt es in dem erwähnten Schreiben ganz klar, die Frage der Unterbanderolierung habe sich damals nicht gestellt, weil Verkäufe unter Banderolenpreis seinerzeit nicht verboten gewesen seien.

Die anderen angeführten Hindernisse haben ihre Wurzel teilweise im Verhalten ausländischer Hersteller, das, wie die Kommission mit Recht bemerkt hat, angesichts ihres technischen Monopols bei der Anbringung der Banderolen als mißbräuchlich im Sinne von Artikel 86 des Vertrages gewertet werden kann. Teilweise sind sie darauf zurückzuführen, daß die Hersteller Exklusivverträge über die Belieferung des belgischen Markts mit belgischen Unternehmen haben, wobei nicht nur bedenklich stimmen muß, daß wegen der steuerrechtlichen Besonderheiten Parallelimporte, wie sie von der Kommission in diesem Zusammenhang für unerläßlich gehalten werden, nicht möglich sind, sondern auch, daß als Alleinimporteure weiterhin belgische Hersteller von Tabakwaren fungieren.

Dagegen kann das Festpreissystem als eigentliche Ursache für die Erschwerung von Parallelimporten, also für die Handelsbeeinträchtigung, nicht angesehen werden.

Da sich somit eine Handelsbeeinträchtigung nur aus dem Zusammenwirken der Festpreisregelung mit dem Verhalten anderer Marktteilnehmer und einer nationalen Verwaltungspraxis ergibt, für die in der Festpreisregelung selbst keine Basis zu finden ist, kann meines Erachtens die Festpreisregelung nicht als mit Artikel 30 des Vertrages unvereinbar angesehen werden. Viel eher liegt es nahe, gegen die erkennbaren Hindernisse auf andere Weise anzugehen, etwa mit Maßnahmen gegen ausländische Hersteller unter Berufung auf Artikel 86 des EWG-Vertrags, durch eine strengere Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen, die Parallelimporte ausschließen, und durch eine Untersagung der belgischen Verwaltungspraxis hinsichtlich unterschiedlicher Banderolenpreise.

Lassen Sie mich aber gleichsam zur Abrundung diesen Feststellungen noch eine letzte, ebenfalls wichtige Überlegung hinzufügen.

Im Verfahren ist deutlich geworden, daß die Festpreisregelung für Tabakwaren in Belgien auch ein wirtschaftspolitisches Ziel hat: Der Einzelhandel soll gegen die Konkurrenz der großen Warenhäuser geschützt werden, und zwar auch im Interesse des Verbrauchers, dem so ein ausreichend enges Vertriebsnetz mit einer umfassenden Auswahl zur Verfügung steht. Die grundsätzliche Berechtigung dieses Anliegens wird auch von der Kommission nicht angezweifelt. Sie meint aber, es könne auf andere, für den zwischenstaatlichen Handel weniger einschneidende Weise verfolgt werden, und sie führt dabei als denkbare Maßnahmen das Verbot des Verkaufs unter dem Einkaufspreis, eine Begrenzung von Rabatten, die im Einzelhandel gewährt werden können, oder ein System von Genehmigungen für den Einzelhandel an, nach dem Tabakwaren nur in Spezialgeschäften verkauft werden dürften. Damit spielt sie offensichtlich auf Artikel 3 ihrer Richtlinie 70/50 vom 22. Dezember 1969 an, in dem von unterschiedslos auf inländische und eingeführte Waren anwendbaren Maßnahmen über die Vermarktung die Rede ist, die als Maßnahmen gleicher Wirkung gelten, wenn ihre beschränkenden Wirkungen auf den Warenverkehr den Rahmen der solchen Handelsregelungen eigentümlichen Wirkungen überschreiten.

Eine solche Überlegung führt im Hinblick auf die Abwägung der verschiedenen in Betracht kommenden Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung des Handelsverkehrs zu der Fragestellung, ob es in einer Situation, in der sich eine handelshemmende Wirkung aus einer Festpreisregelung in Verbindung mit anderen Umständen (Marktverhalten anderer Wirtschaftssubjekte, Verwaltungspraxis bei der Banderolenerteilung) ergibt, nicht eher angezeigt erschiene, Schritte gegen die angeführten Begleitumstände einzuleiten, die mit besonderen Schwierigkeiten nicht verbunden sind, und die Festpreisregelung als im Sinne von Artikel 3 der Kommissionsrichtlinie angemessen zu bezeichnen, als sich für den Wegfall des Festpreissystems bei gleichzeitiger Einführung der von der Kommission empfohlenen Ersatzmaßnahmen auszusprechen. Hält man sich vor Augen, daß die Kommission dabei an Maßnahmen denkt, die bis zur Lizenzerteilung für den Tabakwareneinzelhandel gehen, so besteht für mich kein Zweifel, daß die an erster Stelle genannte Möglichkeit als die für das Wirtschaftsleben weniger einschneidende vorzuziehen wäre. Man kann demnach auch unter Beachtung der Grundsätze der Kommissionsrichtlinie 70/50 nicht zu dem Ergebnis kommen, daß die belgische Festpreisregelung für Tabakwaren als Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Artikels 30 des EWG-Vertrags anzusehen ist.

Damit, und ohne daß es notwendig erscheint, auf die verschiedenen Nuancen der vom Kassationshof gestellten Frage weiter einzugehen, dürfte auch die sich auf Artikel 30 des Vertrages beziehende Problematik ausreichend behandelt sein.

4. Die nächste Frage, der wir uns danach zuwenden, gilt den Artikeln 3 f), 5

Absatz 2 und 86 des EWG-Vertrags. Ihren umfangreichen Text will ich jetzt nicht wiederholen, obwohl dies nützlich wäre, um zu zeigen, daß die Fragestellung mit ihren verschiedenen Unterteilungen nicht gerade leicht verständlich ist und man deshalb einige Schwierigkeiten hat, ihren Sinn zu erfassen. So erklärt es sich übrigens auch, daß dazu von den am Verfahren Beteiligten die verschiedenartigsten Äußerungen abgegeben worden sind, für die ein System zu finden recht schwierig, wenn nicht unmöglich ist.

Unabhängig vom genauen Sinn der Fragen lassen sich einige Feststellungen im Zusammenhang mit der Behandlung der darin angedeuteten Probleme verhältnismäßig leicht treffen. Mit ihnen will ich beginnen.

Wichtig ist zunächst der Hinweis darauf, daß wir es im vorliegenden Verfahren, das sich auf Artikel 177 des Vertrages stützt, nur mit einer *Auslegung* des Gemeinschaftsrechts zu tun haben und daß uns tätsächliche Feststellungen, die in den Bereich der *Anwendung* des Gemeinschaftsrechts gehören, verwehrt sind. Dieser Hinweis ist angebracht im Hinblick auf einige von INNO vorgebrachte, außerordentlich bestechende Argumente. INNO hat sich bekanntlich auf in den Jahren 1967 bis 1969 von der FEDETAB mit belgischen Großhändlern und Einzelhändlern abgeschlossene Vereinbarungen bezogen, die mit Artikel 85 des EWG-Vertrags nicht vereinbar sein sollen. Davon ausgehend folgert INNO, es könne nach dem Gemeinschaftsrecht auch nicht möglich sein, die gleiche Wirkung — eine Art Zwangskartell — durch gesetzliche Maßnahmen zu erzielen. Desgleichen hat INNO auf die beherrschende Stellung verwiesen, die FEDETAB im Zusammenwirken mit dem belgischen Großhändlerverband innehabe, und hat ausgeführt, diese Stellung sei — durch Ausübung von Druck — dazu mißbraucht worden, für die Einhaltung der Preise zu sorgen, die von den Herstellern festgelegt worden seien. Es müsse aber auch als ausgeschlossen gelten, daß der Staat durch hoheitliche Anordnungen — mit Hilfe von Gesetzen — ein gleiches Ergebnis vorschreibe und damit den Mißbrauch sozusagen legalisiere. Diesen tatsächlichen Fragen können wir im Verfahren nach Artikel 177 sicherlich nicht nachgehen, wir können also nicht ermitteln, ob tatsächlich von einer beherrschenden Stellung und ihrem Mißbrauch gesprochen werden kann. Desgleichen ist es uns in diesem Verfahren verwehrt, zu untersuchen, ob bestimmte Vereinbarungen gegen Artikel 85 des Vertrages verstoßen und nach Artikel 85 Absatz 3 nicht freigestellt werden können, eine Frage, die offenbar immer noch Gegenstand von Untersuchungen durch die Kommission ist. Korrekterweise müssen wir uns demgemäß davor hüten, als gegeben hinzunehmen, daß die erwähnten Tatbestände vorliegen, d. h. wir können unsere Auslegung nicht ohne weiteres auf die von INNO angeführten Tatsachen gründen.

Sicher ist fernerhin — auch dies ist eine Feststellung, die ohne Schwierigkeiten getroffen werden kann —, daß eine gesetzliche Machtstellung — in unserem Falle die Möglichkeit der Hersteller und der Importeure, die Einzelhandelspreise verbindlich festzusetzen — als solche nicht notwendig eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages begründet. Ich erinnere dazu an das Urteil vom 8. Juni 1971 in der Rechtssache 78/70 (Deutsche Grammophon Gesellschaft GmbH/Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, Slg. 1971, 487), in dem betont wurde, wer ein dem Urheberrecht verwandtes Recht innehabe, besitze nicht schon deshalb eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86. In bezug auf den hier interessierenden Sachverhalt darf namentlich nicht vergessen werden, daß die erwähnte Möglichkeit auch für kleine Hersteller und für kleine Importeure gilt. Wenn die Anwendbarkeit des Artikels 86 bejaht werden soll, bedarf es also in jedem Fall noch zusätzlicher Feststellungen markttechnischer Art, wie sie in der Rechtsprechung im Hinblick auf die Möglichkeit,

den Wettbewerb auszuschalten, schon wiederholt für notwendig erklärt worden sind.

An dritter Stelle kann vorweg auch festgehalten werden, daß der Vertrag keineswegs die Begründung beherrschender Marktpositionen untersagt und daß er namentlich nicht ausschließt, daß sie durch Gesetz geschaffen werden. Auch dies läßt sich in der Rechtsprechung belegen. Danach aber ist es unrichtig aus Artikel 86 für die Mitgliedstaaten das Gebot herzuleiten, keinerlei Maßnahmen zu treffen, die den Wettbewerb in Gefahr bringen.

Versuchen wir daran anschließend weitere Auslegungshilfe für die Lösung des Falles zu geben, so wie sie in den Fragen des Kassationshofes angestrebt zu sein scheint, so kann zu dem wesentlichen Streitpunkt, ob sich im Rahmen der erwähnten Bestimmungen tatsächlich für die Mitgliedstaaten geltende Verpflichtungen feststellen lassen, folgendes festgehalten werden.

Offensichtlich wendet sich Artikel 86 nur an die Unternehmen und definiert Grenzen für ihr Verhalten. Eine unmittelbare Anwendung auf Staaten und hoheitliche Maßnahmen kommt also nicht in Betracht. Ebenso klar dürfte sein, daß Artikel 3 Buchstabe f, weil Artikel 3 mit den Worten beginnt „die Tätigkeit der Gemeinschaft ... umfaßt nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge ...", sich an die Gemeinschaftsorgane richtet. Allenfalls kann er, wie in den Rechtssachen 6/72 (Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc./Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Urteil vom 21. Februar 1973, Slg. 1973, 215) und 6 und 7/73 (Istituto Chemoterapico Italiano S.p.A. und Commercial Solvents Corporation/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Urteil vom 6. März 1974, Slg. 1974, 223) hervorgehoben wurde, zur Auslegung der Artikel 85 und 86 herangezogen werden. Auch ihm können also Verpflichtungen der Mitgliedstaaten unmittelbar nicht entnommen werden.

Dagegen ist nicht von der Hand zu weisen, daß eine Kombination dieser Bestimmungen mit Artikel 5 Absatz 2 zu der Erkenntnis führt, daß in diesem Bereich auch staatliches Handeln gewisse Grenzen hat; denn nach Artikel 5 Absatz 2 sind die Mitgliedstaaten gehalten, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrages gefährden könnten. So wurde im Urteil der Rechtssache 78/70 ausgeführt, Artikel 5, Absatz 2 umschreibe eine allgemeine Verpflichtung, deren konkreter Inhalt von den Vertragsvorschriften, aber auch von den sich aus dem allgemeinen System des Vertrages ergebenden Rechtsnormen abhänge. Außerdem findet sich im Urteil vom 13. Februar 1969 in der Rechtssache 14/68 (Walt Wilhelm und andere/Bundeskartellamt, Slg. 1969, 1) — was das Verhältnis des nationalen Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft angeht — die bezeichnende Formulierung, den Mitgliedstaaten seien Maßnahmen nicht erlaubt, welche die praktische Wirksamkeit des Vertrages beeinträchtigen könnten.

Davon ausgehend muß man den Grundsatz anerkennen, daß das Gemeinschaftsrecht seine Wirkung entfalten können muß und daß die Mitgliedstaaten demzufolge gehalten sind, nichts zu tun, was dem entgegenwirkt. Bezogen auf Artikel 86 — zu Artikel 85 ist, weil danach nicht gefragt wurde und weil er offenbar für den Kassationshof nicht mehr im Bereich seiner Erwägungen liegt, nicht Stellung zu nehmen — rechtfertigt dies sicherlich die Feststellung, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Unternehmen dem Anwendungsbereich des Artikels 86 nicht zu entziehen und nicht durch staatliches Handeln Folgen hervorzurufen, die Unternehmen nach Artikel 86 nicht herbeiführen dürfen.

Indes gerät man in eine gewisse Verlegenheit, dem Kassationshof auf die Frage eine angemessene Antwort zu geben, in

der von staatlichen Vorschriften, die geeignet sind, den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung zu begünstigen, die Rede ist.

Sicher, es erscheint vertretbar, dazu festzuhalten, was die Kommission ausgeführt hat, nämlich, daß Staaten, die ein Preisbindungssystem wie das hier interessierende durch Gesetz ins Leben rufen, auch gehalten sind, Maßnahmen zu ergreifen, die einem voraussichtlichen Mißbrauch entgegenwirken sollen. Derartige Staaten trifft, mit anderen Worten, die Verpflichtung, darauf zu achten, daß es bei der Preisfestsetzung, der verbindlichen Wirkung zukommt, keine Mißbräuche gibt. Ich habe aber Zweifel, ob dies mit den Formulierungen der ersten Frage des Kassationshofes tatsächlich angesprochen werden sollte. Übersehen werden darf nämlich einmal nicht, daß solche Schutzvorkehrungen im belgischen Recht schon vorhanden sind, weil Preisänderungen für Tabakwaren vom Wirtschaftsminister genehmigt werden müssen und erst nach Ablauf einer bestimmten Frist mit seiner Zustimmung in Kraft treten können. Fragen kann man sich zum anderen auch, ob der angedeutete Begünstigungseffekt tatsächlich besteht; denn entweder haben bestimmte Unternehmen eine Marktmacht, die bei der Preisfestsetzung Mißbräuche erlaubt, oder es fehlt daran und damit auch an Auswirkungen des Preisbindungssystems auf die Preishöhe. Außerdem wurde in diesem Zusammenhang mit Recht darauf hingewiesen, daß das Gemeinschaftsrecht, was die Mißbrauchbekämpfung bei den Unternehmen angeht, keineswegs in seiner Wirksamkeit beeinträchtigt ist.

Deshalb wird man wohl vom Wortlaut der Fragen — „Begünstigung eines Mißbrauchs" — absehen und annehmen müssen, daß dem Gericht dabei ein Gedankengang vorschwebte, wie er in der Argumentation von INNO anklingt. Es ist also der Frage nachzugehen, ob der Vertrag ausschließt, daß das, was früher möglicherweise durch einen Mißbrauch erreicht wurde — nämlich die Einhaltung der von den Herstellern und Importeuren festgelegten Preise —, nunmehr durch Gesetz vorgeschrieben wird.

Auch bei dieser Betrachtung wird man aber schwerlich zu dem Ergebnis kommen können, die den Kassationshof interessierende Vorschrift des belgischen Rechts sei unanwendbar.

Dahingestellt bleiben kann wohl der Umstand, daß die Vorschrift auch für kleine Hersteller und Importeure gilt, für die sicher nicht von der Ersetzung eines mißbräuchlichen Verhaltens durch eine Gesetzesbestimmung gesprochen werden kann, so daß sich insofern zumindest die Frage stellen würde, ob gleichwohl die fragliche Vorschrift in vollem Umfang als unanwendbar angesehen werden kann. Maßgebend ist vielmehr, daß ein wichtiges Kriterium auch für die Anwendung des Artikels 86 die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist. Wenn aber schon bei der Prüfung des Problems der Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen davon auszugehen war, daß der Artikel 58 des belgischen Gesetzes aus dem Jahre 1969 nicht diese Wirkung hat, kann auch für Artikel 86 nichts anderes gelten.

Somit läßt sich auch in bezug auf Artikel 86 festhalten, daß sich aus diesem die Unanwendbarkeit der genannten belgischen Vorschrift mit ihrer Festpreisregelung nicht begründen läßt.

5. Es bleibt danach nur noch die Auslegung des Artikels 90 des EWG-Vertrags, also die Untersuchung der Frage, ob von Unternehmen, denen der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, gesprochen werden kann, wenn den Herstellern oder Importeuren bestimmter Erzeugnisse die Möglichkeit eröffnet wird, Verbraucherpreise verbindlich festzusetzen, sowie die Prüfung des Problems, ob die Beibehaltung dieser Rechte gegen die Artikel 7 und 85 bis 94 des Vertrages verstößt.

Auch dazu ist eine Fülle divergierender Ansichten vorgebracht worden. Versucht man eine Systematisierung, so muß zunächst dem Einwand nachgegangen werden, auf die Auslegung des Artikels 90 komme es im vorliegenden Fall gar nicht an. Er könne nämlich nicht eingreifen, weil die Preisregelung des Artikels 58 ein Bestandteil des belgischen Tabaksteuersystems sei, für dessen Beurteilung besondere Bestimmungen gelten; außerdem sei zu beachten, daß Artikel 90 nicht direkt anwendbar sei und er deshalb in nationalen Gerichtsverfahren keine Bedeutung haben könne.

Dem kann mit wenigen Bemerkungen begegnet werden. Zum ersten Teil des Einwands genügt ein Hinweis auf das, was ich vorhin vor der Behandlung des Artikels 30 des EWG-Vertrags in bezug auf die Artikel 99 ff. des Vertrages ausgeführt habe. Zum zweiten Teil erinnere ich an die Rechtsprechung (Urteil der Rechtssache 155/73, Guiseppe Sacchi), nach der klar ist, daß jedenfalls dem Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit unmittelbar anwendbaren Normen – und eine solche stellt Artikel 86 dar – durchaus unmittelbare Wirkung zukommt.

Überlegt man davon ausgehend weiterhin, wie der Satzteil „Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren", zu verstehen ist, so macht der Bestandteil „Unternehmen" sicher keine Schwierigkeiten. Tatsächlich läßt sich aus der Verwendung des allgemeinen Begriffs „Unternehmen" im Anschluß an die Wendung „öffentliche Unternehmen" ohne weiteres folgern, Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift seien auch private Unternehmen.

Schwieriger, weil heftig umstritten, ist dagegen die Beantwortung der Frage, ob im Falle der belgischen Regelung überhaupt von *Rechts*gewährung gesprochen werden kann. Dazu wurde die Ansicht vertreten, es gäbe kein Recht der Unternehmen, die Verbraucherpreise verbindlich festzulegen, sondern der Staat erkläre die Preise für verbindlich. In bezug auf Unternehmen seien vor allem Verpflichtungen zu erkennen, nämlich die zur Entrichtung der Tabak- und Mehrwertsteuer nach Maßgabe des Banderolenpreises und die zur Mitteilung von Preisänderungen. Zudem handele es sich keinesfalls um Rechte, die den Unternehmen in ihrem Interesse zur Erleichterung der Geschäfte eingeräumt würden, sondern um Maßnahmen, die einer besonderen staatlichen Politik zu dienen bestimmt seien.

Auch bestand keine Einhelligkeit darüber, ob, falls von einer Rechtsgewährung auszugehen sei, die Einräumung *spezieller* Rechte anzunehmen sei. Dazu wurde geltend gemacht, es komme auf einen Vergleich aller Unternehmen des betreffenden Wirtschaftssektors an, innerhalb dessen es einen Wettbewerb gebe, nicht aber auf einen Vergleich mit sämtlichen Wirtschaftssubjekten. Verfahre man so, so komme man nicht an der Einsicht vorbei, daß die belgische Regelung für alle Hersteller und Importeure von verarbeitetem Tabak gelte.

Zu diesen Streitpunkten sind nach meiner Überzeugung die folgenden Bemerkungen angebracht.

Prinzipiell darf man bei der Auslegung des Artikels 90 nicht aus den Augen verlieren, von welchem Grundgedanken diese Vorschrift beherrscht wird. Sie soll sicherstellen, daß in die Vertragsregeln nicht dadurch eine Bresche geschlagen wird, daß der Staat mit seinen Mitteln Unternehmen beeinflußt und auf sie einwirkt, um einen vertragswidrigen Zustand herbeizuführen, der den Unternehmen nicht gestattet ist. Wie vielfältig die hier bestehenden Möglichkeiten je nach Wirtschaftsstruktur und Staatsorganisation sind, wird klar, wenn man die wissenschaftlichen Erörterungen zu Artikel 90 liest. Danach, und weil jegliche Abweichung von den Vertragsregeln besonders streng zu beurteilen ist, muß für die Auslegung des Artikels 90 grundsätzlich gelten, daß sie sich nicht engherzig nach dem Wortlaut ausrichtet, sondern nach

Sinn und Zweck der Bestimmung und dem Bestreben, sie mit größtmöglicher Wirksamkeit auszustatten.

So gesehen halte ich für durchaus vertretbar, bei dem vorliegenden Sachverhalt von einer Rechtsgewährung im Sinne des Artikels 90 zu sprechen. Entscheidend ist, daß die betroffenen Wirtschafssubjekte, wenn auch in Zusammenwirken mit einer gesetzlichen Regelung, zu der exorbitanten Möglichkeit gelangen, daß die von ihnen festgelegten Preise von den Einzelhändlern beachtet werden müssen, was ohne die gesetzliche Regelung nur im Wege der Vereinbarung denkbar wäre. Nicht für maßgebend erachte ich dagegen, daß im Normenzusammenhang auch Verpflichtungen — zur Steuerzahlung und zur Mitteilung von Preiserhöhungen — bestehen, zumal sie sich von den erwähnten Befugnissen logisch ohne weiteres trennen lassen. Ebensowenig kann es nach meiner Überzeugung darauf ankommen, welche Interessen mit der Regelung verfolgt werden und welche Motive sie beherrschen. Sicherlich würde Artikel 90 zu eng interpretiert und damit zum Teil seiner Wirkung beraubt, würde man nur Rechte in Betracht ziehen, die im Interesse der Unternehmen gewährt werden und bei deren Verfolgung hoheitliche Ziele keine Rolle spielen. Dies würde im Widerspruch zu der Erkenntnis stehen, daß für Artikel 90 kennzeichnend ist, auf diese Weise das Zusammenwirken hoheitlicher Vorgänge — und damit auch Zielsetzungen — mit unternehmerischer Tätigkeit zu erfassen. Deshalb müssen hier bei der Beurteilung die Wirkungen auf die Anwendung und Durchsetzung der Vertragsregeln im Vordergrund stehen.

Schwerlich verneinen läßt sich ferner — wenn man mit dieser Grundeinstellung an die Auslegung des Artikels 90 geht —, daß es sich bei der belgischen Festpreisregelung für den Tabaksektor, bezogen auf die Hersteller und Importeure, um die Einräumung *spezieller* Rechte handelt. Dabei kann nicht entscheidend sein, daß innerhalb des Bereiches der Tabakwarenherstellung und des Tabakwarenvertriebs nur die Hersteller und Importeure, also nicht alle in Frage kommenden Wirtschaftssubjekte, die Befugnis zur Preisfestsetzung haben. Meines Erachtens ist die Betrachtung grundsätzlich verfehlt, die in diesem Zusammenhang auf die einzelnen Wirtschaftssektoren abstellt und die Frage in den Mittelpunkt rückt, wie sich innerhalb eines Sektors die Wettbewerbsverhältnisse gestalten. Offensichtlich ist die Tragweite des Artikels 90 größer, wie die Bezugnahme auf Artikel 7 und andere Vertragsbestimmungen außerhalb des Wettbewerbsbereich zeigt. Man hat demgemäß davon auszugehen, daß Artikel 90 auch eingreift, wenn ein Wirtschaftssektor vollständig monopolisiert ist und Exklusivrechte für ein einziges Unternehmen geschaffen werden. Auch in einem solchen Fall muß dafür gesorgt werden, daß nicht mit Hilfe staatlicher Maßnahmen Wirkungen eintreten, die herbeizuführen den Unternehmen an sich nach dem Vertrag nicht gestattet sind.

Akzeptiert man diese Erkenntnisse zum ersten Teil der gestellten Fragen, so ergibt sich dann noch das Problem, ob aus Artikel 90 folgt, daß schon die Schaffung eines Festpreisregimes als solche unzulässig ist. Dies ist die Ansicht von INNO, die unter Berufung auf die Literatur (vgl. etwa Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 652) geltend gemacht hat, Artikel 90 greife ein, wenn für Unternehmen die Möglichkeit geschaffen werde, sich dem Wettbewerb zu entziehen; da im vorliegenden Fall nicht unterschieden werden könne zwischen der Ausübung des Rechts, die als vertragswidrig angesehen werden müsse, und seiner Einräumung, sei schon die Schaffung dieser Rechtslage als vertragswidrig zu bezeichnen. Dem steht die Ansicht derer gegenüber, die unter Hinweis auf den Wortlaut des Artikels 90 den Standpunkt vertreten, es sei zu unterscheiden zwischen der Begründung besonderer Rechte und zusätzlicher staatlicher Maßnahmen, für die es dann auch der Klärung der Frage bedarf, ob es sich um individuelle Maßnahmen handeln muß oder

ob auch allgemeine Vorschriften in Betracht kommen.

Zu diesem letzten Problemkreis des Verfahrens ist nach meiner Auffassung in Kürze noch folgendes festzuhalten.

Die Ansicht, schon die Begründung spezieller Rechte von der Art der vorliegenden verstoße gegen Artikel 90, hat sicherlich den Wortlaut der Vorschrift gegen sich. Außerdem kann darauf verwiesen werden, daß in der Rechtsprechung schon klargestellt wurde, nach dem Vertrag sei nicht die Begründung von Monopolsituationen, für die ja der Ausschluß jeglichen Wettbewerbs kennzeichnend ist, unzulässig und auch gegen eine Ausdehnung derartiger exklusiver Rechte sei nichts einzuwenden. Dies kommt in dem Urteil der Rechtssache 155/73 mit aller Eindeutigkeit zum Ausdruck. Ich würde also meinen, daß Artikel 90 mit der Wirkung der Unzulässigkeit entsprechender staatlicher Maßnahmen nicht schon eingreift, wenn für Unternehmen die Möglichkeit geschaffen wird, sich dem Wettbewerb zu entziehen.

Da im vorliegenden Fall jedoch von zusätzlichen, über die Rechtsgewährung hinausgehenden staatlichen Maßnahmen nicht die Rede ist, liegt der Schluß durchaus nahe — und zwar, ohne daß auf die Frage eingegangen werden müßte, wie staatliche Maßnahmen beschaffen sein müssen —, daß aus Artikel 90 nichts gewonnen werden kann, was gegen die Vereinbarkeit des belgischen Festpreisregimes mit dem Vertrag spricht.

Diese zu Artikel 90 negative Schlußfolgerung kann außerdem noch durch einige zusätzliche Überlegungen erhärtet werden. Richtet man den Blick auf die Auswirkungen, die nach dem Vertrag nicht statthaft sind, so kommt eine Verletzung von Artikel 7, d. h. die Mißachtung des Gebots, jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu unterlassen, sicher nicht in Betracht. Dafür genügt die Tatsache, daß die Festpreisregelung vollkommen unterschiedslos für inländische wie für importierte Erzeugnisse gilt. Was andererseits die Wettbewerbsregeln angeht, die Artikel 90 im Auge hat — die Vorschriften der Artikel 92 bis 94 scheiden im vorliegenden Fall offensichtlich aus —, so ist im Hinblick auf Artikel 86 wichtig, daß die belgische Maßnahme keinen Einfluß auf die Begründung einer beherrschenden Stellung hat, für die ja nicht die Rechtslage allein, sondern auch wirtschaftliche Fakten von Bedeutung sind. Auch kann nicht die Rede davon sein, daß sie irgendeinen Einfluß auf etwaige Mißbräuche in bezug auf die Festlegung des Preisniveaus hat. Nicht zuletzt aber darf nicht vergessen werden, daß die Artikel 85 und 86 nur im Falle einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels eingreifen. Daß davon jedoch, zieht man allein die Auswirkungen des Artikels 58 des belgischen Gesetzes in Betracht, nicht gesprochen werden kann, habe ich vorhin in einem anderen Zusammenhang gezeigt.

Somit kann zusammenfassend auch zu Artikel 90 festgehalten werden, daß diese Vorschrift selbst bei einer weiten Auslegung, der ich im Grunde in verschiedener Hinsicht zuneige, keine Handhabe bietet, den Artikel 58 des erwähnten belgischen Gesetzes für unanwendbar zu erklären.

6. Nach alledem schlage ich vor, zu dem vom belgischen Kassationshof vorgelegten Vorabentscheidungsersuchen folgende Stellungnahme abzugeben:

a) Die Artikel 3 f), 5 Absatz 2 und 86 des EWG-Vertrags sind nicht dahin auszulegen, daß es einem Mitgliedstaat verboten ist, Rechtsvorschriften zu erlassen, nach denen für eingeführte wie für im Inland hergestellte Tabak-

waren der vom Hersteller oder vom Importeur festgesetzte, auf der Banderole angegebene Verbraucherpreis für verbindlich erklärt wird, wenn dafür gesorgt ist, daß Importgeschäfte mit autonomer Preisfestsetzung ohne Behinderungen durch andere Marktteilnehmer oder eine nationale Verwaltungspraxis bei der Banderolenerteilung getätigt werden können.

b) Dasselbe gilt für die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes über das Verbot von Maßnahmen mit gleichen Wirkungen wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen.

c) Von Unternehmen, denen der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt, kann nach Artikel 90 auch gesprochen werden, wenn der Staat den Herstellern und Importeuren bestimmter Erzeugnisse durch Rechtsvorschriften, nach denen der von den Herstellern und Importeuren festgelegte Preis für den Verkauf an Verbraucher obligatorisch ist, die Möglichkeit einräumt, gebundene Verbraucherpreise festzulegen. Derartige für den Tabakwarensektor geltende Vorschriften verstoßen weder gegen Artikel 7 noch gegen Artikel 85 bis 94 des EWG-Vertrags, auf die der Artikel 90 Bezug nimmt.

d) Aus Artikel 5 der Richtlinie 72/464 des Rates vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchersteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer ergibt sich für die Mitgliedstaaten nicht das Verbot, Rechtsvorschriften zu erlassen, nach denen bei eingeführten und im Inland hergestellten Tabakwaren der auf der Steuerbanderole angegebene Verbraucherpreis verbindlich ist, also nicht über- oder unterschritten werden darf.