



Europäisches Wettbewerbsrecht vor französischen Gerichten

Author(s): Peter Behrens and Françoise Korb-Schikaneder

Source: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 48. Jahrg., H. 3 (1984), pp. 457-508

Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/27876889>

Accessed: 26-06-2024 13:19 +00:00

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



This article is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0). To view a copy of this license, visit <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.



Mohr Siebeck GmbH & Co. KG is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*

Europäisches Wettbewerbsrecht vor französischen Gerichten

VON PETER BEHRENS UND FRANÇOISE KORB-SCHIKANEDER
Hamburg und Frankfurt a. M.*

I. Einführung – 1. Gleichmäßige Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten – 2. Wettbewerbsrechtlicher Hintergrund in Frankreich – II. Überblick über die französische Rechtsprechung – III. Geltungsmodalitäten – 1. Unmittelbare Anwendbarkeit – 2. Vorrang – IV. Auslegung der Wettbewerbsregeln – 1. Art. 85 EWG-Vertrag – 2. Art. 86 EWG-Vertrag – V. Verfahrensrechtliche Fragen – 1. Verfahrensaussetzung wegen Einleitung eines Kommissionsverfahrens – 2. Verfahrensaussetzung wegen Vorlage an den Europäischen Gerichtshof – VI. Ergebnis – Summary

I. Einführung

1. Gleichmäßige Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten

Ein wesentliches Kennzeichen der Integration im Rahmen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) besteht in der Verbindung der Öffnung nationaler Märkte mit der Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs (Art. 3 lit. f EWGV) sowie in der Erhebung dieser beiden Gestaltungsprinzipien zu normativ verbindlichen Rechtsgrundsätzen. Soweit die EWG den Marktmechanismus sowohl als Ziel wie auch als Instrument der Integration in Anspruch nimmt, benutzt sie also spezifisch rechtli-

* Wesentliche Vorarbeiten für diesen Rechtsprechungsbericht hat Françoise Korb-Schikaneder während eines Forschungsaufenthaltes am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg geleistet. Die Verantwortung für die Analyse und Bewertung der französischen Rechtsprechung liegt bei Peter Behrens.

Berücksichtigt worden ist nur das in veröffentlichter Form zugängliche Entscheidungsmaterial. Für die veröffentlichten Urteile ist stets nur eine Fundstelle angegeben, auch wenn sie an verschiedenen Orten publiziert worden sind. Entscheidungen ohne Angabe einer Fundstelle sind solche, die sich nur indirekt aus den veröffentlichten Entscheidungen höherer Instanzen erschließen lassen.

che Regelmechanismen, um den zur Öffnung der Märkte erforderlichen Politikverzicht der Mitgliedstaaten ebenso wie den zur Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs erforderlichen Verzicht der Wirtschaftssubjekte auf die Ausübung privater Beschränkungsmöglichkeiten zu sichern¹. Daraus ergibt sich die zentrale Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln (Artt. 85 und 86 EWGV)² und ihrer Anwendung.

¹ Siehe zu den grundlegenden Rechtsstrukturen einer Marktintegration einerseits und einer Politikintegration andererseits Behrens, *Integrationstheorie, Internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung*: RabelsZ 45 (1981) 8–50 (42ff.).

² Die Bestimmungen des EWG-Vertrages lauten wie folgt:

Artikel 85

(1) Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
- d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- e) die an den Abschluß von Verträgen geknüpfte Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

(2) Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.

(3) Die Bestimmungen des Absatzes (1) können für nicht anwendbar erklärt werden auf

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
- Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen
 - a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
 - b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Artikel 86

Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Mißbrauch kann insbesondere in folgendem bestehen:

Die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln ist nun entscheidend von einer Dreispurigkeit der Rechtsanwendungskompetenzen geprägt, wie sie für die Struktur der EWG charakteristisch ist: Zum einen sind diese Kompetenzen auf die Kommission und die mitgliedstaatlichen Behörden verteilt, wie sie bereits in den Artt. 88, 89 EWGV angelegt und dann durch die vom Rat aufgrund des Art. 87 erlassene Verordnung Nr. 17 (VO 17)³ näher geregelt worden sind. Zum anderen bewirkt das vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) entwickelte Konzept der unmittelbaren Anwendbarkeit gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften, daß auch die Bürger des Gemeinsamen Marktes selbst für die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln vor den nationalen Gerichten in Anspruch genommen werden⁴. Der Gerichtshof hat dieses allgemeine Konzept ausdrücklich aus dem vertraglichen Ziel der »Schaffung eines gemeinsamen Marktes, dessen Funktionieren die der Gemeinschaft angehörenden Einzelnen unmittelbar betrifft«⁵, abgeleitet, und seine Anwendbarkeit auf die Wettbewerbsregeln steht jedenfalls seit dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 außer Frage⁶.

Aus der Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte zur unmittelbaren Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln resultiert nun aber zugleich das Problem, wie angesichts der in den Mitgliedstaaten durchaus unterschiedlichen materiell- und verfahrensrechtlichen Gegebenheiten die erforderliche Gleichmäßigkeit der Anwendung des Gemeinschaftsrechts gewährleistet werden kann. Daß die gleichmäßige Rechtsanwendung zu den grundlegenden Gestaltungsprinzipien der EWG gehört, folgt nicht nur aus dem vertraglichen Ziel einer gemeinschaftlichen Wettbewerbsordnung, welche die Schaffung übereinstimmender gemeinschaftsrechtlicher Daten in den Mitgliedstaaten und insoweit gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Wirtschaftssubjekte der Gemeinschaft impliziert. Vielmehr folgt das Gebot

- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- d) der an den Abschluß von Verträgen geknüpften Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

³ Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. 2. 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. 1962, S. 204.

⁴ EuGH 30. 1. 1974 – Rs. 127/73 (*BRT und Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs ./. SABAM und Fonior – »BRT I«*), Slg. 1974, 51 (62): »Da die in den Artikeln 85 Absatz 1 und 86 enthaltenen Verbote ihrer Natur nach geeignet sind, in den Beziehungen zwischen einzelnen unmittelbare Wirkungen zu erzeugen, lassen sie unmittelbar in deren Person Rechte entstehen, welche die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben.«

⁵ EuGH 5. 2. 1963 – Rs. 26/62 (*van Gend en Loos ./. Niederländische Finanzverwaltung*), Slg. 1963, 1 (24).

⁶ EuGH 6. 4. 1962 – Rs. 13/61 (*De Geus ./. Bosch und Van Rijn*), Slg. 1962, 97.

gleichmäßiger Anwendung des Gemeinschaftsrechts schon aus der Rechtsqualität der Gemeinschaft: Vor dem Gemeinschaftsrecht müssen alle Marktbürger gleich sein. Soweit dieser Grundsatz durch mögliche Konflikte zwischen den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln und den daneben geltenden nationalen Wettbewerbsvorschriften gefährdet werden könnte, gilt zwar das allgemeine Prinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, das der Europäische Gerichtshof ebenfalls ausdrücklich aus den Vertragszielen abgeleitet hat, die in Frage gestellt würden, »wenn das Gemeinschaftsrecht je nach der . . . innerstaatlichen Gesetzgebung von einem Staat zum anderen verschiedene Geltung haben könnte«⁷. Demgemäß ist die Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts nur statthaft, »soweit sie die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts und die volle Wirksamkeit der zu seinem Vollzug ergangenen Maßnahmen auf dem gesamten Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt«⁸. Aber zum einen ist die Reichweite des gemeinschaftsrechtlichen Vorrangs selbst keine vollständig geklärte Rechtsfrage, so daß seine Verwirklichung durch die nationalen Gerichte mit Unsicherheiten behaftet ist. Zum anderen besteht ganz allgemein die Gefahr, daß die nationalen Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts von nationalen Rechtsvorstellungen beeinflusst werden. Dies hat sich exemplarisch schon an dem inzwischen durch die Verordnung Nr. 17 überholten Streit über die Frage gezeigt, ob der Zusammenhang von Art. 85 I und III EWGV – entsprechend den in §§ 2ff. des deutschen GWB zum Ausdruck gekommenen Rechtsvorstellungen – als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder – entsprechend dem in Art. 51 der französischen Preisverordnung von 1945⁹ enthaltenen Grundsatz der Legalausnahme – im Sinne einer Tatbestandseinschränkung zu verstehen sei. Die damit angedeuteten Unsicherheiten werden durch das im EWG-Vertrag vorgesehene Vorlageverfahren nach Art. 177, mit dem der Europäische Gerichtshof zu einer Vorabentscheidung über die Auslegung von Gemeinschaftsrecht veranlaßt werden kann, nicht vollständig ausgeräumt, weil die Handhabung dieses Verfahrens durch die nationalen Gerichte ihrerseits mit nicht unerheblichen Unsicherheiten behaftet ist. Um beurteilen zu können, inwieweit eine einheitliche Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln tatsächlich gewährleistet oder gefährdet ist, genügt es daher nicht, die Vorabentscheidungen des Europäischen

⁷ EuGH 15. 7. 1964 – Rs. 6/64 (*Costa ./. E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1251 (1270).

⁸ EuGH 13. 2. 1969 – Rs. 14/68 (*Walt Wilhelm u. a. ./. Bundeskartellamt – »Teerfarben«*), Slg. 1969, 1 (13); ebenso 10. 7. 1980 – verbundene Rs. 253/78 und 1 bis 3/79 (*Procureur de la République u. a. ./. Giry und Guerlain u. a. – »Wettbewerb – Parfums«*), Slg. 1980, 2327 (2375).

⁹ Früher Art. 59^{ter} Ordonnance Nr. 45-1483 vom 30. 6. 1945 relative aux prix, J.O. vom 8. 7. 1945, S. 4150, Numerierung der Artikel geändert durch Art. 12 des Gesetzes über die Zusammenschlußkontrolle und die Verfolgung unzulässiger Kartelle sowie des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Loi Nr. 77-806 vom 19. 7. 1977 du contrôle de la concentration économique et répression des ententes illicites et des abus de position dominante, J.O. vom 20. 7. 1977, S. 3833).

Gerichtshofs zu betrachten¹⁰. Vielmehr kommt es darauf an, die Entscheidungen der nationalen Gerichte daraufhin zu analysieren, inwieweit sie gemeinschaftsrechtliche Prinzipien zutreffend zur Geltung bringen oder – insbesondere aufgrund nationaler Rechtsvorstellungen – verfälschen¹¹. Ein Urteil hierüber setzt allerdings die Kenntnis des rechtlichen Hintergrundes in den Mitgliedstaaten der EWG voraus. Da sich die folgende Analyse auf die Rechtsprechung der französischen Gerichte beschränkt, sind im folgenden zunächst die wesentlichen Züge des französischen Wettbewerbsrechts zu skizzieren.

2. Wettbewerbsrechtlicher Hintergrund in Frankreich

Das französische Wettbewerbsrecht erfaßt – jeweils tatbestandsmäßig getrennt –:

- horizontale Konzertierungspraktiken (gleichgültig, welchen Wettbewerbsparameter sie betreffen, insbesondere sofern sie die Preisbildung, den technischen Fortschritt oder den Außenseiterwettbewerb negativ beeinflussen)¹²;

¹⁰ Darauf beschränkt sich aber *Loj*, L'application en France du droit communautaire de la concurrence: Rev. trim. dr. eur. 16 (1980) 438–459.

¹¹ Dazu bereits grundlegend *Ullrich*, Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen des Gemeinsamen Marktes und die einzelstaatliche Zivilgerichtsbarkeit (1971) (Schriften zum Prozeßrecht, 22); vgl. ferner die instruktiven Rechtsprechungsübersichten von *Steindorff*, Zur Entwicklung des europäischen Kartellrechts (Teil I): ZgesHR 137 (1973) 203–236; *ders.*, Europäisches Kartellrecht und Staatenpraxis, Zur Entwicklung des Europäischen Kartellrechts Teil II: ebd. 142 (1978) 525–556; *ders.*, Europäisches Kartellrecht vor staatlichen Gerichten, Teil I 1958–1970, in: Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit, FS Kutscher (1981) 437–460; *ders.*, Europäisches Kartellrecht vor staatlichen Gerichten 1971–1978, Zur Entwicklung des Europäischen Kartellrechts Teil III: ZgesHR 146 (1982) 140–165.

¹² Dies ergibt sich aus den Artt. 50 und 51 der Preisverordnung von 1945 (oben N. 9) in der Fassung des Finanzgesetzes 1963 (Loi Nr. 63-628 vom 2. 7. 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, J.O. vom 3. 7. 1963, S. 5915 [berichtigt: J.O. vom 11. 7. 1963, S. 6243]), der Verordnung gegen unlauteren Wettbewerb (Ordonnance Nr. 67-835 vom 28. 9. 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, J.O. vom 29. 9. 1967, S. 9592) und des Gesetzes über die Zusammenschlußkontrolle und die Verfolgung unzulässiger Kartelle sowie des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung von 1977 (oben N. 9). *Art. 50* lautet:

Abgestimmte Verhaltensweisen, Verträge, ausdrücklich oder stillschweigend getroffene Absprachen und Koalitionen, in welcher Rechtsform und aus welchem Grund auch immer sie zustande gekommen sein mögen, sind unter Vorbehalt der Bestimmungen des folgenden Artikels verboten, sofern sie eine Behinderung, Beschränkung oder Verfälschung des freien Wettbewerbs bezwecken oder zur Folge haben können, indem sie insbesondere

- eine Senkung der Gestehungskosten, der Verkaufs- oder der Wiederverkaufspreise behindern;

– vertikale Konzertierungspraktiken (Lieferverweigerung, Konditionen- und Preisdiskriminierung, Kopplungsgeschäfte, Preisbindung)¹³;

- eine künstliche Steigerung oder Senkung der Preise begünstigen;
- den technischen Fortschritt hemmen;
- die Ausübung des freien Wettbewerbs durch andere Unternehmen beschränken.

Diese Verbote gelten ungeachtet entgegenstehender Vorschriften für alle Güter, Erzeugnisse oder Dienstleistungen.

Jede Verpflichtung oder Vereinbarung, die sich auf eine hiernach verbotene Verhaltensweise bezieht, ist nichtig.

Diese Nichtigkeit kann von den Beteiligten und von Dritten geltend gemacht werden; sie kann Dritten von den Beteiligten nicht entgegengehalten werden; sie wird gegebenenfalls durch die ordentlichen Gerichte festgestellt, denen die Kommission für Wettbewerb ihre Stellungnahme übermittelt, falls eine solche vorliegt.

Unter denselben Bedingungen sind Verhaltensweisen eines Unternehmens oder einer Gruppe von Unternehmen verboten, die auf dem Inlandsmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben eine durch ein Monopol oder eine offenbare Konzentration wirtschaftlicher Macht gekennzeichnete beherrschende Stellung innehaben, sofern diese Verhaltensweisen eine Beeinträchtigung des normalen Marktablaufs bezwecken oder zur Folge haben können.

Art. 51 lautet:

Die Bestimmungen des vorstehenden Artikels gelten nicht für abgestimmte Verhaltensweisen, Verträge oder Absprachen sowie für die Verhaltensweisen eines Unternehmens oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine beherrschende Stellung innehaben:

1. wenn sie auf einer gesetzlichen Bestimmung oder einer Verwaltungsanordnung beruhen; Verwaltungsanordnungen, die vor dem 31. 10. 1967 erlassen worden sind, können hierfür nach dem 1. 1. 1969 nicht mehr geltend gemacht werden;

2. soweit die Beteiligten nachweisen, daß damit die Entwicklung des wirtschaftlichen Fortschritts, insbesondere durch Erhöhung der Produktivität, gesichert wird.

¹³ *Art. 37* der Preisverordnung von 1945 (oben N. 9) in der Fassung der Verordnung zur Änderung der Verordnung über den freien Wettbewerb (Decret Nr. 58-545 vom 24. 6. 1958 modifiant certaines dispositions de l'ordonnance Nr. 45-1483 vom 30. 6. 1945 relatives au maintien de la libre concurrence, J.O. vom 25. 6. 1958, S. 5877 [berichtigt: J.O. vom 9. 7. 1958, S. 6438]) und des Gesetzes über Handel und Handwerk (Loi Nr. 73-1193 vom 27. 12. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, J.O. vom 30. 12. 1973, S. 14139). *Der Art. 37* lautet:

Dem Fordern gesetzwidriger Preise wird gleichgestellt:

1. Für jeden industriellen oder handwerklichen Erzeuger oder Händler:

a) die Weigerung, im Rahmen seiner verfügbaren Vorräte und der handelsüblichen Bedingungen der Nachfrage von Käufern nach Produkten oder der Nachfrage nach Dienstleistungen nachzukommen, sofern diese Nachfrage keine ungewöhnlichen Merkmale aufweist, die Nachfrager in gutem Glauben handeln und der Verkauf der Produkte oder die Dienstleistung weder gesetzlich noch behördlich verboten ist;

...

c) wenn er den Verkauf einer Ware oder die Erbringung einer Dienstleistung vom gleichzeitigen Kauf anderer Waren, vom Kauf einer bestimmten Menge oder von der Erbringung einer anderen Dienstleistung abhängig macht;

...

Der Art. 37 des soeben genannten Gesetzes über Handel und Handwerk von 1973 lautet:

Es ist jedem industriellen oder handwerklichen Erzeuger oder Händler verboten:

1. diskriminierende Preise oder Verkaufsbedingungen anzuwenden, die nicht durch entsprechende Unterschiede der Selbstkosten für die gelieferte Ware oder Dienstleistung

- Behinderungspraktiken aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung¹⁴;
- Zusammenschlußpraktiken mit wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen¹⁵.

Bemerkenswert ist zunächst, daß damit nicht nur der Regelungsbereich der Artt. 85, 86 EWGV auch durch das innerstaatliche Recht voll abgedeckt ist, sondern daß die französischen Wettbewerbsvorschriften sich auch im Wortlaut bewußt eng an die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen anlehnen. Vergleicht man die Tatbestände, so lassen sich wesentliche Divergenzen nicht erkennen, und zwar sowohl was die Verbots- als auch was die Rechtfertigungsgründe angeht. Es läge daher die Vermutung nahe, daß eine zutreffende Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln durch französische Gerichte jedenfalls nicht wegen abweichender Konzeptionen des nationalen Wettbewerbsrechts auf Schwierigkeiten stoßen dürfte. Aber der Buchstabe des Gesetzes täuscht. Am französischen Beispiel zeigt sich besonders deutlich, daß über die Bedeutung wirtschaftsrechtlicher Normen allein ihr konkreter Vollzug entscheidet und daß dieser seinerseits unmittelbar vom wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gesamtzusammenhang abhängig ist. Unter diesem Gesichtspunkt erweisen sich die französischen und die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften doch als recht unterschiedlich:

gerechtfertigt sind;

2. ...

3. ...

4. für jedermann die Festsetzung, Durchsetzung oder Erzwingung von Mindestpreisen für Produkte und Dienstleistungen oder von Handelsspannen, sei es durch Preislisten, sei es durch Absprachen gleich welcher Form oder Art.

Hiervon sind solche Fälle ausgenommen, in denen Produkte oder Dienstleistungen Gegenstand einer durch gemeinschaftlichen Erlaß des Wirtschaftsministers, des Handelsministers und sonstiger betroffener Ministerien erteilten Ausnahmegenehmigung sind. ...

¹⁴ Artt. 50 V, 51 der Preisverordnung von 1945 (oben N. 9).

¹⁵ Gesetz von 1977 über die Zusammenschlußkontrolle und die Verfolgung unzulässiger Kartelle sowie des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (oben N. 9), Art. 4:

Ein Zusammenschluß im Sinne dieses Abschnitts liegt ungeachtet der gewählten Rechtsform bei jedem Rechtsgeschäft und jeder Rechtshandlung vor, durch die das Eigentum oder die Nutzung des Vermögens, der Rechte und der Verpflichtungen eines Unternehmens ganz oder teilweise übertragen werden oder die bezwecken oder bewirken, daß ein Unternehmen oder eine Gruppe von Unternehmen direkt oder indirekt über ein oder mehrere andere Unternehmen einen Einfluß erhält, der geeignet ist, die Geschäfte oder die Tätigkeit dieser Unternehmen zu führen oder zu bestimmen.

Der Kontrolle kann ein Zusammenschluß unterworfen werden, der geeignet ist, den ausreichenden Wettbewerb auf einem Markt zu beeinträchtigen.

... [Eingriffskriterien]

Die in Art. 8 bezeichneten Maßnahmen finden keine Anwendung, wenn die Beeinträchtigung des Wettbewerbs dadurch ausgeglichen wird, daß das Rechtsgeschäft oder die Rechtshandlung einen hinreichenden Beitrag für den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt leistet. Bei dieser Abwägung ist die internationale Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen zu berücksichtigen.

Zunächst einmal weist die französische Wirtschaftsverfassung dem Wettbewerb von vornherein eine begrenztere Rolle zu, als ihm im Rahmen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zukommt¹⁶. In einer Wirtschaftsordnung, die – wie die französische – in wichtigen Bereichen das Unternehmensverhalten durch Konzertierung mit dem Staat und über den Staat auf bestimmte Wohlfahrtsziele hin steuert (»Planifikation«), kann Wettbewerb nur außerhalb dieser Konzertierung eine sinnvolle Funktion erfüllen. Zudem liegt es nahe, daß dann auch wettbewerbliches Unternehmensverhalten an bestimmten Wohlfahrtseffekten gemessen wird. Hieraus folgt, daß die französischen Wettbewerbsvorschriften einerseits von vornherein das Unternehmensverhalten nicht kontrollieren sollen, soweit es planinduziert ist, und andererseits auch »planexterne« Wettbewerbsbeschränkungen nur insoweit bekämpft werden, als sie – gemessen an den Wohlfahrtszielen – negative Marktergebnisse erwarten lassen. Daher kommt im französischen Wettbewerbsrecht den gesetzlichen Rechtfertigungsgründen zentrale Bedeutung zu, die eine Abwägung der Beschränkungen des Wettbewerbs gegen etwaige wirtschaftliche Vorteile, insbesondere in Gestalt von Produktivitätssteigerungen, vorsehen (»bilan économique«) und die als Legalausnahmen im Sinne von Tatbestandsrestriktionen interpretiert werden. In ihnen drückt sich die lange Tradition der Unterscheidung von »guten« und »schlechten« Wettbewerbsbeschränkungen aus, die für das französische Wettbewerbsrecht seit jeher typisch gewesen ist.

Besonders charakteristisch für das in diesem Sinne instrumentalisierte Verständnis des Wettbewerbs ist die Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und die Handhabung der Sanktionen. Das französische Recht verfolgt traditionell eine strikte Trennung zwischen staatlicher Kartellkontrolle auf der Grundlage strafrechtlicher Sanktionen einerseits und privater Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften auf der Grundlage der Nichtigkeits- und Schadensersatzfolge für Privatrechtsgeschäfte andererseits. Die staatliche Kartellkontrolle obliegt dem Wirtschaftsminister, der durch die Wettbewerbskommission (Commission de la concurrence) beraten wird. Die Wettbewerbskommission unterbreitet aufgrund der von ihr zu vollziehenden Abwägung der ökonomischen Vor- und Nachteile eines festgestellten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens Vorschläge, die durchweg nicht etwa auf die Abstellung dieses Verhaltens hinauslaufen, sondern die den Beteiligten bestimmte Änderungen empfehlen, welche zweckmäßig erscheinen, um ihr Verhalten im Sinne des bilan économique akzeptabel zu machen. Der Wirtschaftsminister folgt gewöhnlich diesen Vorschlägen. Vor 1977 konnten Empfehlungen der Wettbewerbskommission nicht zwangsweise gegenüber den Beteiligten durchgesetzt werden. Ihnen konnte lediglich mit der Dro-

¹⁶ Siehe zu diesem prinzipiellen Zusammenhang ausführlich *Ohr*, Die Konzeption der französischen Kartellkontrolle in der »Rechtsprechung« der Technischen Kartellkommission (Diss. Mannheim 1972).

hung der Einleitung eines Strafverfahrens nahegelegt werden, sich im Wege eines »Vergleichs« mit dem Minister gütlich zu einigen¹⁷. Nur in den seltenen Fällen, in denen dieser Weg nicht zum Erfolg führte, wurden schließlich die Strafgerichte bemüht. Inzwischen hat der Gesetzgeber ein wettbewerbsrechtliches Verwaltungsverfahren eingeführt, welches dem Minister zwar zum einen die Befugnis einräumt, Wettbewerbsverstöße ohne Einschaltung der Strafgerichte selbst mit Untersagungsverfügungen und Bußgeldbescheiden zu unterbinden, welches ihm aber andererseits auch die Möglichkeit gibt, mit denselben Mitteln die im Sinne des bilan économique für erforderlich gehaltenen Auflagen gegenüber den Beteiligten durchzusetzen¹⁸. Nach wie vor kann die staatliche Kartellkontrolle daher nicht im strengen Sinne als Rechtsanwendung betrachtet werden. Vielmehr haben die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften im Grunde den Charakter von Aufgreifkriterien, bei deren Vorliegen die Wirtschaftsverwaltung sich primär veranlaßt sieht, in bestimmte Praktiken gestaltend einzugreifen, um ihre Konformität mit den allgemeinen wirtschaftspolitischen Zielvorstellungen zu gewährleisten. Die Kartellaufsicht fügt sich insoweit nahtlos in das allgemeine französische System der Konzertierung von Staat und Unternehmen. Sie ist selbst ein Instrument der Wirtschaftslenkung.

Es ist auf diesem Hintergrund nur konsequent, daß Private nicht befugt sind, das staatliche Kontrollverfahren und insbesondere das Strafverfahren aufgrund der Wettbewerbsvorschriften in Gang zu setzen. Sie sind vielmehr darauf beschränkt, die Zivilgerichte anzurufen, um insbesondere die Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Rechtsgeschäfte oder Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

Soweit hiernach die ordentlichen (Straf- oder Zivil-)Gerichte mit der Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen befaßt sind, geht es nun allerdings im Prinzip auch in Frankreich um eine strikte Gesetzmäßigkeitskontrolle, die von den Opportunitätserwägungen der Wirtschaftsverwaltung rechtlich unabhängig ist. Die Gerichte sind selbst dann

¹⁷ Art. 52 VII der Preisverordnung von 1945 (oben N. 9) in der Fassung der Verordnung gegen unlauteren Wettbewerb von 1967 (oben N. 12), aufgehoben durch das Gesetz über die Zusammenschlußkontrolle und die Verfolgung unzulässiger Kartelle sowie des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (oben N. 9). Der Art. 52 VII besagte:

Der Minister kann auch den Beteiligten die Annahme einer gütlichen Regelung vorschlagen, nach der sie sich verpflichten, in ihrem Verhalten die ihm notwendig erscheinenden Änderungen vorzunehmen. Ein derartiges Angebot kann befristet und unter Bedingungen gemacht werden. Es wird hinfällig, wenn es nicht von allen Beteiligten innerhalb einer vom Minister gesetzten Frist, die nicht weniger als zwei Monate betragen darf, angenommen wird.

¹⁸ Siehe Artt. 8 und 9 des Gesetzes über die Zusammenschlußkontrolle und die Verfolgung unzulässiger Kartelle sowie des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (oben N. 9); siehe ferner Art. 17, durch den ein entsprechender Art. 54 in die Preisverordnung von 1945 (oben N. 9) neu eingefügt worden ist, so daß für alle Arten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens insoweit praktisch dasselbe gilt.

nicht an Stellungnahmen der Wettbewerbskommission gebunden, wenn sie selbst die Kommission um die Erstellung eines Gutachtens ersucht haben. Gerichte haben Kartellpraktiken gelegentlich durchaus strenger beurteilt als die Wettbewerbskommission. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß der Einfluß wirtschaftspolitischer Erwägungen auf die gerichtliche Rechtsanwendung zumindest im Strafverfahren dadurch offengehalten wird, daß die Wirtschaftsverwaltung Herr des Verfahrens bleibt und die Beschuldigten bis zur Rechtskraft des Strafurteils sich noch zu einem Vergleich mit der Behörde im oben beschriebenen Sinne bereit erklären können¹⁹. Im Zivilverfahren beherrschen zwar die Privatparteien das Verfahren, aber es ist nicht völlig auszuschließen, daß Zivilgerichte die Stellungnahmen der Wettbewerbskommission doch für maßgeblich halten. Aber ganz unabhängig von solchen wirklichen oder vermeintlichen Abhängigkeiten der gerichtlichen Beurteilung von den wirtschaftspolitischen Vorstellungen der Verwaltungsbehörden muß man davon ausgehen, daß die grundsätzliche Einstellung der französischen Gerichte gegenüber Wettbewerbsbeschränkungen ohnehin vom bilan économique geprägt ist, der ja nicht vom Gesetzgeber erfunden, sondern von der Rechtsprechung selbst schon im 19. Jahrhundert im Rahmen einer Strafbestimmung des Code pénal von 1808²⁰ entwickelt worden ist, die bis 1945 die einzige Grundlage für die Bekämpfung kollusiver Marktbeeinflussungspraktiken darstellte.

Vergleicht man diese Situation mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht, so springt ins Auge, daß der entscheidende Unterschied nicht etwa im Fehlen wirtschaftspolitischer Erwägungen bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen besteht. Im Gegenteil: Art. 85 III EWGV normiert ausdrücklich einen gewissermaßen gemeinschaftsrechtlichen bilan économique und bringt damit zum Ausdruck, daß dem Wettbewerb auch auf der Ebene der Gemeinschaft eine instrumentelle Bedeutung zukommt, d. h. unter dem Vorbehalt »effizienterer« nichtwettbewerblicher Möglichkeiten der Koordi-

¹⁹ Art. 33 der Verordnung über die Feststellung, Verfolgung und Bestrafung von Wirtschaftsvergehen (Ordonnance Nr. 45-1484 vom 30. 6. 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, J. O. vom 8. 7. 1945, S. 4156).

²⁰ Art. 419 Code pénal lautet in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 3. 12. 1926 (Loi modifiant les articles 419, 420 et 421, zitiert nach: D.P. 1927. 4.145):

Wer 1. durch Verbreitung von falschen Tatsachen oder Verleumdungen in der Öffentlichkeit oder durch Marktangebote, die absichtlich die Preise verwirren sollen, oder durch Angebote, die über den von den Verkäufern selbst geforderten Preisen liegen, oder durch irgendwelche anderen verleumderischen Machenschaften, oder wer 2. einzeln oder gemeinschaftlich in vorübergehendem oder dauerndem Zusammenwirken den Markt beeinflußt oder zu beeinflussen versucht mit dem Ziel, sich einen Gewinn zu verschaffen, der nicht das Ergebnis des natürlichen Spiels von Angebot und Nachfrage ist, und damit direkt oder durch eine Mittelsperson eine künstliche Erhöhung oder Herabsetzung der Preise für Lebensmittel, Waren oder Gegenstände des öffentlichen oder privaten Bedarfs bewirkt oder zu bewirken versucht, wird... bestraft.

nation unternehmerischen Verhaltens steht. Der entscheidende Unterschied betrifft vielmehr die Kompetenz zur Abwägung der Vor- und Nachteile wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens: Anders als nach französischem Recht sind die Gerichte nach Gemeinschaftsrecht nicht zuständig, aufgrund eigener Abwägung ein Kartell für wohlfahrtsfördernd zu erklären und vom Kartellverbot freizustellen. Diese Kompetenz steht nach Art. 9 VO 17 ausschließlich der Kommission zu. Dieses Prinzip wird auch nicht im Falle von Gruppenfreistellungen durchbrochen; denn insoweit handelt es sich um Rechtsanwendung durch die nationalen Gerichte, d. h. um Subsumtion von Tatsachen unter Normen und nicht um deren Evaluation unter Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten.

Die Analyse der Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln durch französische Gerichte wird demnach die Aufmerksamkeit insbesondere darauf zu lenken haben, ob die Gerichte sich in der Weise von der nationalen Praxis des *bilan économique* haben beeinflussen lassen, daß sie entweder schon zu einer – gemeinschaftsrechtlich nicht gerechtfertigten – restriktiven Interpretation der Verbotstatbestände der Artt. 85, 86 EWGV gelangt sind oder daß sie die für Freistellungen vorgesehene gemeinschaftsrechtliche Kompetenzordnung nicht beachtet haben. Davon hängt es ab, ob die Einheitlichkeit der gemeinschaftlichen Wettbewerbspolitik gewährleistet oder gefährdet ist.

II. Überblick über die französische Rechtsprechung

Während der ersten 25 Jahre des Bestehens der EWG haben die französischen Gerichte in rund 30 Fällen, die einen Bezug zu den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln aufwiesen, rund 65 Entscheidungen hervorgebracht, von denen allerdings nur etwa 40 im veröffentlichten Wortlaut zugänglich sind. Der Inhalt der übrigen 25 Entscheidungen läßt sich allenfalls indirekt aus den Urteilen höherer Instanzen, manchmal auch nur aus Rechtsprechungsberichten oder Kommentierungen erschließen. Von den Endurteilen, die französische Gerichte in immerhin 9 Fällen im Anschluß an Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zu fällen hatten, sind nur 2 veröffentlicht. Die publizierten Entscheidungen sind zudem über zahlreiche in- und ausländische Zeitschriften und Rechtsprechungssammlungen verstreut. So bereitet schon die Verfolgung eines einzelnen Falles durch die Instanzen oft erhebliche Schwierigkeiten. Die Transparenz ist höchst unbefriedigend. Eine systematische Überprüfung der französischen Rechtsprechung ist damit wesentlich erschwert.

Die Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln durch die französischen Gerichte setzt zeitlich erst mit Inkrafttreten der

Verordnung Nr. 17 im Jahre 1962 ein. In regionaler Hinsicht konzentriert sich das Fallmaterial auf die im Pariser Raum ansässigen Gerichte. Nur 10 der insgesamt rund 30 Fälle sind von anderen Gerichten entschieden worden. Nur 2 von insgesamt 8 an den Europäischen Gerichtshof gerichteten Vorabentscheidungen stammen von Gerichten außerhalb des Pariser Raums. Hinsichtlich der Beachtung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts ist somit ein deutliches regionales Gefälle festzustellen. Schließlich ist anzumerken, daß etwa zwei Drittel aller Fälle die Berufungs- oder gar die Revisionsinstanz erreicht haben.

Bei der Gruppierung des Fallmaterials nach Sachverhaltstypen fällt zunächst auf, daß fast ausschließlich vertikale Beschränkungsformen zu beurteilen waren. Dies bedeutet allerdings nicht, daß gemeinschaftsrechtliche Überlegungen nur in Verbindung mit Art. 37 der französischen Preisverordnung Nr. 45-1483 vom 30. 6. 1945²¹ angestellt worden wären. In zahlreichen Fällen spielte das Gemeinschaftsrecht eine durchaus selbständige Rolle, weil das französische Wettbewerbsrecht der Partei, die gegen ein bestimmtes Verhalten vorzugehen versuchte, offenbar keine Hilfe geboten hätte. Im einzelnen ergibt die Gruppierung der Fälle folgendes Bild:

Die ganz überwiegende Mehrzahl der Entscheidungen (rund 25 Fälle) hatte Alleinvertriebsverträge zum Gegenstand, deren Nichtigkeit von einer der Prozeßparteien geltend gemacht wurde. Dabei sind verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden.

In einer ersten Gruppe von Fällen ging es darum, daß die Vertragsbeziehungen zwischen dem Hersteller und dem Alleinvertriebsberechtigten von einer der Vertragsparteien einseitig abgebrochen worden waren (sei es daß der Bezugspflichtige Konkurrenzware von Dritten beziehen²², sei es daß der Lieferpflichtige seine Ware auch an Dritte liefern²³ wollte) und die andere Partei nunmehr den nach französischem Recht üblichen Schadenersatzan-

²¹ Siehe den Wortlaut dieser Vorschrift oben in N. 13.

²² *S.A. La Technique Minière (L.T.M.) c. Société Maschinenbau Ulm (M.B.U.)*: Trib. com. Seine 8. 1. 1964 (siehe oben N. *); Cour d'appel de Paris 7. 7. 1965, Rev. trim. dr. eur. 1 (1965) 490 (mit concl. av. gén. *Toubas*); EuGH 30. 6. 1966 – Rs. 56/65, Slg. 1966, 281; Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 (Endurteil), J.C.P. 1967.II.15167.

Lavecire France c. Isobel: Cour d'appel de Paris 27. 4. 1968, WuW/E EWG/MUV 211.

S.A. Fonderies de Roubaix-Wattrelos c. Société nouvelles des Fonderies Roux et Société des Fonderies J.O.L.: Trib. com. Paris 1. 8. 1973; Cour d'appel de Paris 5. 7. 1975, Gaz. Pal. 1975.II.831 (mit concl. av. gén. *Franck*); EuGH 3. 2. 1976 – Rs. 63/75, Slg. 1976, 111.

²³ *Société Stricker-Boats (Nederland) c. Société les Entreprises Garoche*: Trib. com. Seine 1. 7. 1970; Cour d'appel de Paris 20. 12. 1971, Gaz. Pal. 1972.II.702; Cour de Cassation 8. 5. 1973, J.C.P. 1973.II.17497.

S.A. Cadillon c. Société Höss Maschinenbau: Trib. com. Lyon 24. 9. 1970, Rev. trim. dr. eur. 7 (1971) 212; EuGH 6. 5. 1971 – Rs. 1/71, Slg. 1971, 351.

Société Vishay Inter Technology, Inc. (V.I.) c. Société française de l'électro-résistance (S.F.E.R.): Cour d'appel de Paris 26. 5. 1976; Cour de Cassation 3. 4. 1978, Bull. civ. 1978.IV. 89 Nr. 108.

spruch wegen mißbräuchlichen Vertragsabbruchs erhob, wogegen dann der Einwand der Nichtigkeit des Vertrags wegen Verstoßes gegen Art. 85 EWGV geltend gemacht wurde.

Eine zweite Fallgruppe betraf die Rechtsstellung von Außenseitern. Dabei ging es zum einen darum, einem Alleinvertriebsvertrag die rechtfertigende Kraft, die ihm nach französischem Recht in begrenztem Umfang gegenüber einer grundsätzlich nach Art. 37 der erwähnten Preisverordnung von 1945²⁴ unzulässigen Lieferverweigerung zukommt²⁵, durch die Berufung auf die Nichtigkeit gemäß Art. 85 EWGV zu nehmen und dem Außenseiter damit Belieferungs- bzw. Schadenersatzansprüche zu eröffnen. Dies ist vor allem im Rahmen selektiver Vertriebssysteme relevant geworden²⁶. Zum anderen ging es darum, der Drittwirkung, die das französische Lauterkeitsrecht einem Alleinvertriebsvertrag beilegt (Außenseiter können durch Unterlassungs- und Schadenersatzklagen wegen unlauteren Wettbewerbs vom Be-

²⁴ Siehe den Wortlaut dieser Vorschrift oben in N. 13.

²⁵ Eine Lieferverweigerung gegenüber Außenseitern ist dann vom Verbot ausgenommen, wenn sich der Lieferant darauf berufen kann, daß die Belieferung gegen eine ausschließliche Vertriebsbindung (*contrat de distribution exclusive*) verstieße, die er gegenüber einem bestimmten Händler eingegangen ist, sofern dieser Alleinvertriebsvertrag gewisse Bedingungen erfüllt: Insbesondere müssen sich die Vertragsparteien gegenseitig gebunden haben (wechselseitiger Ausschluß der Belieferung bzw. des Bezugs von Konkurrenten), und die gebundene Ware muß angesichts ihrer qualitativen und technischen Merkmale eine Selektion unter den Händlern erfordern, um eine zuverlässige Versorgung der Verbraucher zu gewährleisten. Außerdem darf der Alleinvertriebsvertrag nicht benutzt werden, um den Preiswettbewerb auf der Handelsstufe durch Preisbindung zu beschränken. Diese Grundsätze sind von den französischen Gerichten in dem gerade auch im vorliegenden Zusammenhang bedeutsamen Strafverfahren *Nicolas et Brandt* (siehe folgende Note) entwickelt worden. Dieser Ausnahme vom Verbot der Lieferverweigerung liegen die typischen Erwägungen des »bilan économique« zugrunde, wie sie ausdrücklich bereits in einem entsprechenden Erlaß des französischen Wirtschaftsministeriums vom 31. 2. 1960 (J.O. vom 2. 4. 1960, S. 3048) niedergelegt worden waren.

²⁶ *Nicolas et Société Maison Brandt Frères* (Strafverfahren): Trib. corr. Seine 13. 7. 1960, D. 1960 Somm. 122 = Gaz. Pal. 1960. II. 102; Cour d'appel de Paris 7. 2. 1961, D. 1961 J. 175 (mit concl. subst. gén. *Robin*) = J.C.P. 1961. II. 12052 mit Anm. *Plaisant*; Cour de Cassation 11. 7. 1962, D. 1962 J. 497 (mit rapp. cons. *Costa*); Cour d'appel d'Amiens 9. 5. 1963, D. 1963 J. 556 mit Anm. *Hémard*; Cour de Cassation 22. 10. 1964, D. 1964 J. 753.

Société nouvelle des Etablissements Camuset c. Fédération française de football et S.A.R.L. Adidas: Trib. gr. inst. Paris 12. 6. 1974, Gaz. Pal. 1974. II. 754 (mit concl. pr. subst. *Montanier*).

Procureur de la République et al. c. Bruno Giry et S.A. Guerlain et al. (Strafverfahren): Trib. gr. inst. Paris 5. 7. 1978; EuGH 10. 7. 1980 – verbundene Rs. 253/78 und 1 bis 3/79 (»Wettbewerb – Parfums«) (oben N. 8) 2327. Sodann: Trib. gr. inst. Paris 2. 3. 1981 (*Guerlain*), Gaz. Pal. 1981. II. 441 (Endurteil). Ferner Cour d'appel de Paris 22. 12. 1981 (*Lanvin*); Cour de Cassation 3. 11. 1982, Gaz. Pal. 1982. II. 658.

S.A. Anne Marty c. S.A. Estée Lauder: Trib. com. Paris 28. 2. 1979, [1979] 3 C.M.L.R. 58; EuGH 10. 7. 1980 – Rs. 37/79 (»Wettbewerb – Parfums«), Slg. 1980, 2481.

Société S.M.P.O. Rallye et al. c. Vogt et Will (Grundig-France) (Strafverfahren): Trib. corr. Nanterre 21. 1. 1981, J.C.P. 1981. II. 19617 mit Anm. *Decocq*; Cour d'appel de Versailles 11. 12. 1981, J.C.P. 1982. II. 19785.

zug und Vertrieb der gebundenen Ware ferngehalten werden), durch den Nichtigkeitseinwand gemäß Art. 85 EWGV die Grundlage zu entziehen²⁷.

Als dritte Fallgruppe lassen sich Alleinbezugsvereinbarungen in der Brauerei- und der Mineralölwirtschaft isolieren. In diesen Fällen ging es stets darum, daß die durch Bierlieferungsverträge²⁸ bzw. durch Tankstellenverträge²⁹ gebundenen Abnehmer sich durch die Berufung auf die Nichtigkeit nach Art. 85 EWGV aus der Bezugsbindung befreien und der Inanspruchnahme auf Schadenersatz wegen rechtswidrigen Abbruchs der Vertragsbeziehungen entziehen wollten.

Die wenigen Fälle, die einen Bezug zu den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln aufwiesen, ohne eine Alleinvertriebsvereinbarung zum Ge-

²⁷ *Société Arlab Import-Export (S.A.R.I.E.) c. Société Union Nationale des Economies Familiales (U.N.E.F.) S.A.R.L.*: Trib.com.Seine 25. 6. 1962, [1963] C.M.L.R. 185.

Etablissements Consten et al. c. Société Union Nationale des Economies Familiales (U.N.E.F.) (Eilverfahren): Trib.gr.inst.Seine – référé – 19. 5. 1961/6. 4. 1962; Cour d'appel de Paris 26. 1. 1963, Clunet 90 (1963) 746 mit Anm. Goldman; Cour de Cassation 30. 4. 1965; siehe auch den Bericht von Mezger, Entwicklung der französischen Rechtsprechung über vertikale Bindungen im Jahre 1965: RIW/AWD 1966, 158–159 (159 li. Sp.); (Hauptverfahren): Trib.com.Seine 21. 5. 1962; Cour d'appel de Paris 26. 1. 1963, D.1963 J.189 mit Anm. Robert; EG-Kommission 23. 9. 1964, ABl. 1964, S. 2545; EuGH 13. 7. 1966 – verbundene Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 321.

Etablissements Consten c. Willy Leissner: Trib.gr.inst. Strasbourg 3. 6. 1965, Gaz.Pal. 1965.II.172; EuGH 13. 7. 1966 – verbundene Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 321.

Société Pierre Rivière et Cie. et al. c. Société nouvelle de produits alimentaires »La Maison du Whisky«: Trib.com.Seine 5. 3. 1963, D.1963 J.367 mit Anm. Robert.

»Rechenmaschinen«: Trib.com.Seine 1. 5. 1964, GRUR Int. 1966, 562 (Nr. 1983/66).

Telefunken S.A. c. Ets. Aubin et Ets. Pucci: Trib.com.Marseille 13. 5. 1964, [1965] C.M.L.R. 185.

Société Madimpex c. B.A.P.: Trib.com.Seine 9. 7. 1964 (»Whisky«), Gaz.Pal.1964.II.333.

Compagnie nationale des machines de bureau (C.N.M.B.) c. Société bourse des machines de bureau (B.M.B.): Trib.com.Seine 23. 3. 1965, WuW/E EWG/MUV 155.

Whisky«: Trib.com.Seine 13. 5. 1965, GRUR Int.1966, 668 (Nr. 2400/66).

Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export: Trib.com.Nice 8. 2. 1971, EuGH 25. 11. 1971 – Rs. 22/71, Slg. 1971, 949.

²⁸ *Steffeck c. Société Lamot et Brasseries Artois*: Trib.com.Paris 31. 7. 1968; Cour d'appel de Paris 13. 3. 1970, Gaz. Pal.1971.II.204.

Dame Vve Mélet c. Société Piedboef: Trib.com. Paris 3. 7. 1968; Cour d'appel de Paris 12. 6. 1970, Rev.trim.dr.eur. 6 (1970) 539 mit Anm. Joliet.

Brasserie de Kronenbourg, Ets. »Pompe d'Or«, Ets. »Dhios« c. Jean Miquel: Trib.gr.inst. Strasbourg 27. 1. 1971, Rev.trim.dr.eur. 8 (1972) 113.

S.A.R.L.Soc.immob. et com.Carnot et Rozenberg c. S.A. La grande brasserie alsacienne d'Adelshoffen: Cour d'appel de Colmar 22. 5. 1974, D.1975 Somm.81.

Société européenne de Brasseries (S.E.B.) c. Levarlet: Cour d'appel de Nancy 21. 11. 1972; Cour de Cassation 28. 1. 1975, Rev.trim.dr.eur. 12 (1976) 145.

²⁹ *Debrouette c. Société Total*: Paris 23. 12. 1968, berichtet bei Fromont, Die französische Rechtsprechung zum Gemeinschaftsrecht, März 1968–Juni 1969: EuropaR 5 (1970) 48–55 (49f.).

Chamenoise des Carburants c. Spiess: Cour d'appel de Paris 23. 12. 1968, siehe Joliet (vorige Note) 543.

genstand zu haben, betrafen die Preisbindung im Buchhandel³⁰ (ein Preisbrecher versuchte, sich gegen seine Disziplinierung durch preistreue Konkurrenten zu wehren), Lizenzverträge³¹ (Lizenznehmer versuchten, sich durch den Einwand der Nichtigkeit gemäß Art. 85 EWGV gegen Gebührenansprüche zu wehren), eine Marktzutrittsverweigerung durch Verbandsbeschluß³² (Ausschluß eines Mitglieds aus einem Syndikat, das einen regionalen Markt monopolisierte) und schließlich den Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen³³ (Bezugsbindung für Mitgliedsverbände durch einen Dachverband; unangemessene Vertragsbedingungen einer Urheberrechtsverwertungsgesellschaft). In den meisten dieser Fälle bot das Gemeinschaftsrecht den Parteien offenbar den einzigen Ansatzpunkt, um bestehende Bindungen als wettbewerbswidrig anzugreifen.

Bei der folgenden Analyse des französischen Entscheidungsmaterials empfiehlt es sich, drei Gesichtspunkte voneinander zu trennen: zum einen die Grundlagen der Geltung (die Geltungsmodalitäten) der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln in den Mitgliedstaaten (unten III); zum anderen die Auslegung und Anwendung des materiellen Wettbewerbsrechts (unten IV); und schließlich die Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensregeln (unten V). Zu berücksichtigen ist freilich, daß sich die drei Gesichtspunkte wechselseitig stark beeinflussen.

³⁰ *Librairie « Au Blé Vert » et al. c. Société Thouars Distribution S.A. et Association des Centres Distributeurs Edouard Leclerc* (Eilverfahren): Trib. gr. inst. Bressure 11. 3. 1982 – référé –, [1982] 2 C.M.L.R. 568 (Grundlage des Rechtsstreits war das Preisgesetz für Bücher [Loi Nr. 81–766 vom 10. 8. 1981 relative aux prix du livre, J.O. vom 11. 8. 1981, S. 2198]).

³¹ *Laffort c. Société Laboratoire Sarbach*: Trib. arbitral 4. 5. 1963; Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967, J.C.P. 1967.II.15233 mit Anm. Robert.

Société des Ateliers de Construction de Compiègne c. Fabry: Trib. gr. inst. Lille 23. 1. 1976; Cour d'appel de Douai 2. 3. 1977, [1980] 3 C.M.L.R. 647 (649/656); Cour de Cassation 26. 3. 1979, J.C.P. 1979.II.19249 mit Anm. Jeantet = [1980] 3 C.M.L.R. 647 (654/661).

³² *Syndicat des expéditeurs et exportateurs en légumes et pommes de terre primeurs de la région malouine c. L'Hourre et al.*: Cour d'appel de Rennes 9. 7. 1980; Cour de Cassation 1. 3. 1982, Bull. civ. 1982.IV.69.

³³ *Fédération nationale des cinémas français c. Radiodiffusion-Télévision Française* (O.R.T.F.): Trib. com. Seine 8. 3. 1965, J.C.P. 1965.II.14208 mit Anm. G. Lyon-Caen; Cour d'appel de Paris 17. 5. 1967, J.C.P. 1967.II.15157 (mit concl. subst. gén. Souleau).

Société Greenwich Films c. S.A.C.E.M. et Société des Editions Labrador: Trib. gr. inst. Paris 26. 4. 1974; Cour d'appel de Paris 7. 5. 1976, [1979] 2 C.M.L.R. 535 (537/541); Cour de Cassation 12. 12. 1978, Gaz. Pal. 1979.II.442 mit Anm. Oser = [1979] 2 C.L.M.R. 535 (540/545); EuGH 25. 10. 1979 – Rs. 22/79, Slg. 1979, 3275; Cour de Cassation 10. 6. 1980 (Endurteil), [1982] 1 C.M.L.R. 578 (580/582).

III. Geltungsmodalitäten

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

Daß für die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln im Grundsatz vom Prinzip der unmittelbaren Anwendbarkeit auszugehen ist, steht außer Zweifel³⁴. Zumindest implizit ist dies auch von den französischen Gerichten regelmäßig dadurch anerkannt worden, daß sie sich in Zivil- und Strafverfahren mit den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln auseinandergesetzt haben. Erst in allerletzter Zeit haben französische Gerichte dieses Prinzip im Fall *S.M.P.O. Rallye c. Vogt et Will (Grundig-France)*³⁵ nunmehr auch explizit als allgemeinen Grundsatz bestätigt: Der französische Richter sei wegen des »effet direct« der Wettbewerbsregeln nicht nur zuständig, sondern auch verpflichtet, die Wirksamkeit eines Vertrages am Maßstab des Art. 85 I EWGV zu überprüfen.

Diese gemeinschaftsrechtlich zutreffende Position wird allerdings dadurch relativiert, daß die französischen Gerichte sich nicht ganz einig sind, ob die Wettbewerbsregeln von Amts wegen oder nur auf Parteivortrag hin zu beachten sind. Zwar heben einige Entscheidungen ausdrücklich hervor, daß die Wettbewerbsregeln Bestandteil des »ordre public« seien³⁶, so daß beispielsweise auch die Partei, die selbst an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligt war, nicht etwa nach dem Grundsatz »nemo auditur turpitudinem suam allegans« von der Geltendmachung der Nichtigkeit des zugrunde liegenden Vertrages ausgeschlossen ist³⁷. Die Anwendung der Wettbewerbsregeln ist aber teilweise erklärtermaßen deshalb unterblieben, weil keine der Parteien sich auf sie berufen hatte³⁸. Dieser Standpunkt kommt auch in einigen Fällen zum Ausdruck, in denen der Nichtigkeitseinwand aufgrund des Art. 85 EWGV erst mit der Berufung in das Verfahren eingeführt wurde³⁹, während das Gemeinschaftsrecht von den Vorinstanzen – und dies

³⁴ Siehe EuGH 6. 4. 1962 – *De Geus ./. Bosch und Van Rijn* (oben N. 6) sowie 30. 1. 1974 – *BRT ./. SABAM* (oben N. 4).

³⁵ Trib. corr. Nanterre 21. 1. 1981 sowie Cour d'appel de Versailles 11. 12. 1981 (oben N. 26).

³⁶ So etwa Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *Laffort c. Sarbach* (oben N. 31) sowie Cour de Cassation 26. 3. 1979 – *Ateliers de Construction c. Fabry* (oben N. 31).

³⁷ So entgegen dem Parteivortrag Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *Laffort c. Sarbach* (oben N. 31). Vgl. in diesem Zusammenhang aber auch Trib. com. Seine 1. 7. 1970 – *Stricker-Boats c. Garoche* (oben N. 23): Das Gericht fand es befremdlich, daß eine Partei den von ihr selbst abgeschlossenen Vertrag mit dem Nichtigkeitseinwand anzugreifen versuchte.

³⁸ So ausdrücklich Trib. gr. inst. Bressure 11. 3. 1982 – *Librairie »Au Blé Vert« c. Thouars* (oben N. 30).

³⁹ Cour d'appel d'Amiens 9. 5. 1963 – *Nicolas et Brandt* (oben N. 26); Cour d'appel de Paris 13. 3. 1970 – *Steffeck c. Lamot* (oben N. 28); Cour d'appel de Paris 12. 6. 1970 – *Mélet c. Piedboef* (oben N. 28); Cour d'appel de Nancy 21. 11. 1972 – *S.E.B. c. Levarlet* (oben N. 28).

schließt in einem Fall sogar den Kassationshof ein⁴⁰ – unbeachtet geblieben ist. Auf dieser Linie liegt auch die von den beiden unteren Instanzen im Fall *Ateliers de Construction c. Fabry*⁴¹ ernstlich vertretene und erst vom Kassationshof⁴² korrigierte Auffassung, ein Verstoß gegen Art. 85 EWGV könne durch einen Vergleich zwischen den Parteien gedeckt und danach nicht mehr geltend gemacht werden. In solchen Entscheidungen bricht sich immer wieder das Mißverständnis Bahn, die Wettbewerbsregeln dienten allein dem Individualschutz und stünden daher zur Disposition der Beteiligten. Dieses Denken findet seine Fortsetzung in der Anwendung von Beweislastregeln nach zivilprozessualen Grundsätzen⁴³.

In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, daß den »Parfums«-Fällen⁴⁴, zu deren Vorlage an den Europäischen Gerichtshof sich das Tribunal de grande instance de Paris im Jahre 1978 veranlaßt sah, schon einmal sachverhaltsgleiche Entscheidungen des Tribunal de grande instance de la Seine aus dem Jahre 1964⁴⁵ und der Cour d'appel de Paris aus dem Jahre 1965⁴⁶ vorausgegangen waren, in denen das Gemeinschaftsrecht trotz identischer Sachlage überhaupt nicht in den Blick gekommen und die Wirksamkeit eines selektiven Vertriebssystems damals im Ergebnis nicht in Frage gestellt worden ist. Im übrigen sind auch in Fällen, in denen es um die Anordnung vorläufiger Maßnahmen im Eilverfahren ging, die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln nicht in Betracht gezogen worden⁴⁷. Demgegenüber ist festzuhalten, daß auch der provisorische Charakter gerichtlicher Maßnahmen nicht

⁴⁰ Cour de Cassation 11. 7. 1962 – *Nicolas et Brandt* (oben N. 26). Der gemeinschaftsrechtliche Aspekt ist in diesem Fall erst von der Cour d'appel d'Amiens aufgenommen worden, an welche die Cour de Cassation das Verfahren zurückverwiesen hatte (siehe vorige Note).

⁴¹ Trib. gr. inst. Lille 23. 1. 1976 und Cour d'appel de Douai 2. 3. 1977 (oben N. 31).

⁴² Cour de Cassation 26. 3. 1979 (oben N. 31).

⁴³ Cour d'appel de Paris 26. 5. 1976 und Cour de Cassation 3. 4. 1978 – *V.I. c. S.F.E.R.* (oben N. 23): Nichtberücksichtigung des Nichtigkeitsseinwands aufgrund Art. 85 EWGV wegen Beweisfähigkeit der Partei, die sich auf die Nichtigkeit berief, hinsichtlich der relevanten Tatsachen; Cour d'appel de Paris 20. 12. 1971 – *Stricker-Boats c. Garoche* (oben N. 23): Nichtberücksichtigung einer die Nichtigkeitsfolge möglicherweise suspendierenden Anmeldung eines Vertrages bei der Kommission, weil sie von den Parteien nicht vorgetragen worden war; ebenso Trib. com. Paris 1. 8. 1973 – *Roubaix c. Roux* (oben N. 22); Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *Laffort c. Sarbach* (oben N. 31): Nichtberücksichtigung der etwaigen Einleitung eines Kommissionsverfahrens im Sinne des Art. 9(3) VO 17 mangels Nachweises seitens der Parteien; so schon Cour d'appel d'Amiens 9. 5. 1963 – *Nicolas et Brandt* (oben N. 26); ebenso auch Cour de Cassation 26. 3. 1979 – *Ateliers de Construction c. Fabry* (oben N. 31).

⁴⁴ Trib. gr. inst. Paris 5. 7. 1978 – *Giry et Guerlain* (oben N. 26).

⁴⁵ Trib. gr. inst. Seine 17. 11. 1964, D.1965 Somm. 35.

⁴⁶ Cour d'appel de Paris 26. 5. 1965, Gaz. Pal. 1965. II. 76 (sog. *Guerlain-Urteil*).

⁴⁷ Cour d'appel de Paris 26. 1. 1963 – *Consten c. U.N.E.F.* (oben N. 27); Trib. gr. inst. Bressure 11. 3. 1982 – *Librairie »Au Blé Vert« c. Thouars* (oben N. 30).

von der Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts entbindet⁴⁸. Bei solcher Handhabung des Wettbewerbsrechts ist ein beträchtliches Vollzugsdefizit vorprogrammiert, das im Rahmen der privatrechtlichen Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen aber zum Teil aus strukturellen Gründen unvermeidlich ist.

Die korrekte Befolgung des Prinzips der unmittelbaren Anwendung der Wettbewerbsregeln durch die nationalen Gerichte ist allerdings auch vom Gemeinschaftsrecht selbst her mit Unsicherheiten belastet, weil dieses Prinzip durch die Verordnung Nr. 17 in einer nicht immer einfach zu durchschauenden Weise relativiert wird. So haben die in Art. 9 VO 17⁴⁹ vorgesehenen Kompetenzen der Kommission gewisse materiellrechtliche Wirkungen, deren Tragweite erst im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geklärt werden konnte.

Vergleichsweise einfach ist dabei noch die in Art. 9(3) VO 17 geregelte ausschließliche Kompetenz der Kommission für Freistellungsentscheidungen gemäß Art. 85 III EWGV: Diese Kompetenz impliziert, daß das Prinzip der unmittelbaren Anwendung der Wettbewerbsregeln für Art. 85 III aufgehoben ist. Aber hier ist Vorsicht geboten: Der Ausschluß von der unmittelbaren Anwendung erfaßt nur die konstitutiv wirkende positive Freistellung vom Verbot des Art. 85 I EWGV im einzelnen Fall. Er gilt nicht für die bei der Anwendung des Kartellverbots implizit zu treffende negative Feststellung, daß Art. 85 III EWGV im konkreten Fall nicht in Betracht kommt⁵⁰; und er gilt auch nicht für Gruppenfreistellungen, die Rechtsnormcharakter haben und die als sekundäres Gemeinschaftsrecht von den nationalen Gerichten anzuwenden sind⁵¹. Eine fehlerhafte Beurteilung dieser Rechtslage durch nationale Gerichte ist also sowohl in der Weise möglich, daß sie bei der Anwendung des Kartellverbots zugleich selbst positiv über dessen Nichtanwendbarkeit gemäß Art. 85 III EWGV entscheiden (Verletzung der Kompetenzsperre des Art. 9[1] VO 17), als auch in der Weise, daß sie das Kartellver-

⁴⁸ Der Europäische Gerichtshof hat die nationalen Gerichte insoweit nur von der Vorlagepflicht nach Art. 177 III EWGV freigestellt: EuGH 24. 5. 1977 – Rs. 107/76 (*Hoffmann-La Roche ./. Centrafarm* – »Auslegung von Artikel 177«), Slg. 1977, 951.

⁴⁹ Diese Vorschrift lautet:

(1) Vorbehaltlich der Nachprüfung der Entscheidung durch den Gerichtshof ist die Kommission ausschließlich zuständig, Artikel 85 Absatz (1) nach Artikel 85 Absatz (3) des Vertrages für nicht anwendbar zu erklären.

(2) Die Kommission ist zuständig, Artikel 85 Absatz (1) und Artikel 86 des Vertrages anzuwenden, . . .

(3) Solange die Kommission kein Verfahren nach Artikel 2 [Negativattest], 3 [Abstellung von Zuwiderhandlungen] oder 6 [Freistellungsentscheidung] eingeleitet hat, bleiben die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig, Artikel 85 Absatz (1) und Artikel 86 nach Artikel 88 des Vertrages anzuwenden, . . .

⁵⁰ Dies folgt aus dem Grundsatz der integralen Anwendung von Art. 85 I und III EWGV, wie er sich schon aus dem *Bosch*-Urteil des EuGH (oben N. 6) ergibt.

⁵¹ Vgl. die Entscheidung des EuGH vom 3. 2. 1976 – *Roubaix ./. Roux* (oben N. 22).

bot anwenden, ohne die Möglichkeit der Anwendung einer Gruppenfreistellung bzw. die Aussichten einer Einzelfreistellung geklärt zu haben (Verletzung des Prinzips der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts bzw. des Grundsatzes der integralen Anwendung von Art. 85 I und III).

Eine Kompetenzüberschreitung durch die französischen Gerichte im ersten Sinne ist nur für die Anfangsphase festzustellen, als das Verhältnis von Kartellverbot und Freistellung unklar war und daher in Frankreich naheliegenderweise nach dem Muster der Legalausnahme entschieden wurde, wie es dem französischen Wettbewerbsrecht zugrunde liegt⁵². Demgegenüber hat die Cour d'appel de Paris schon bald mit aller wünschenswerten Klarheit daraufhingewiesen, daß Art. 9 VO 17 Freistellungsentscheidungen »unzweideutig« der Kommission vorbehalten⁵³. Gruppenfreistellungen haben die französischen Gerichte zwar berücksichtigt (es ging stets um die Verordnung Nr. 67/67 über die Gruppenausnahme für Alleinvertriebsverträge)⁵⁴, dabei sind aber in einigen Fällen erhebliche Schwierigkeiten bei der Auslegung aufgetreten, zu deren Behebung dann immerhin der Europäische Gerichtshof angerufen worden ist⁵⁵. Die Kompetenz zur negativen Anwendung von Art. 85 III EWGV im Rahmen der Anwendung des Kartellverbots haben die französischen Gerichte nur in drei Fällen implizit wahrgenommen, in denen sie die Nichtigkeit eines Vertrages bzw. eines Verbandsbeschlusses gemäß Art. 85 I EWGV ausgesprochen haben⁵⁶.

Erhebliche Schwierigkeiten hatten die französischen Gerichte mit der In-

⁵² Die Kompetenz zur Freistellung gemäß Art. 85 III EWGV wurde in mehreren Fällen in Anspruch genommen; Trib.com.Seine 21. 5. 1962 – *Consten c. U.N.E.F.* (oben N. 27): Ablehnung der Nichtigkeit des Alleinvertriebsvertrages zwischen Grundig und Consten mit der Erwägung, daß es sich jedenfalls um eine »bonne entente« handle; Trib.com.Seine 25. 6. 1962 – *S.A.R.I.E. c. U.N.E.F.* (oben N. 27): erneute Ablehnung der Nichtigkeit eines Alleinvertriebsvertrages mit der – allerdings doppelten – Begründung, es handle sich um eine »bonne entente« und Art. 85 EWGV richte sich nur gegen horizontale Beschränkungen des Herstellerwettbewerbs; Trib.com.Marseille 13. 5. 1964 – *Telefunken c. Aubin et Pucci* (oben N. 27): Anerkennung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung des Alleinvertriebsvertrages, aber Freistellung aufgrund der überwiegend positiven wirtschaftlichen Wirkungen.

⁵³ Cour d'appel de Paris 26. 1. 1963 – *Consten c. U.N.E.F.* (oben N. 27); vgl. auch Cour d'appel de Paris 7. 7. 1965 – *L.T.M. c. M.B.U.* (oben N. 22). Im letzteren Fall lehnte das Gericht ausdrücklich den Antrag einer der Parteien ab, der Europäische Gerichtshof möge unter diesem Gesichtspunkt um die Auslegung des Art. 9 VO 17 ersucht werden.

⁵⁴ Die Anwendung der Gruppenausnahme wurde bejaht von der Cour d'appel de Paris 12. 6. 1970 – *Mélet c. Piedboef* (oben N. 28). Im Fall *Stricker-Boats c. Garoche* wurde sie in der ersten Instanz bejaht, in den weiteren Instanzen dagegen abgelehnt: Trib.com.Seine 1. 7. 1970, Cour d'appel de Paris 20. 12. 1971 und Cour de Cassation 8. 5. 1973 (oben N. 23).

⁵⁵ Siehe dazu EuGH 6. 5. 1971 – *Cadillon c. Höss* (oben N. 23); 25. 11. 1971 – *Béguelin c. Import Export* (oben N. 27); 3. 2. 1976 – *Roubaix c. Roux* (oben N. 22).

⁵⁶ Cour d'appel de Paris 20. 12. 1971 sowie Cour de Cassation 8. 5. 1973 – *Stricker-Boats c. Garoche* (oben N. 23); Trib.com.Paris 1. 8. 1973 (aufgehoben durch Cour d'appel de Paris 5. 7. 1975) – *Roubaix c. Roux* (oben N. 22); Cour d'appel de Rennes 9. 7. 1980 und Cour de Cassation 1. 3. 1982 – *Syndicat des expéditeurs c. L'Hourre* (oben N. 32).

terpretation von Art. 9(3) VO 17 im Hinblick auf seine Bedeutung für die unmittelbare Anwendung der Wettbewerbsregeln. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß insoweit auch auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts lange Zeit erhebliche Unklarheiten herrschten. Die Frage, ob die Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission im Sinne einer Anwendungssperre für die nationalen Gerichte wirke oder nicht, war praktisch bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Fall *BRT ./. SABAM*⁵⁷ offen, und sie ist zum Teil durchaus im positiven Sinne beantwortet worden, weil man den Zweck der in Art. 9(3) VO 17 enthaltenen Kompetenzsperre für die nationalen »Behörden« in der Vermeidung von Entscheidungswidersprüchen sah – ein Zweck, der es nahelegte, auch Gerichte unter den Behördenbegriff zu subsumieren⁵⁸. Dieser Linie sind die französischen Gerichte in einer Reihe von Fällen gefolgt, indem sie sich bei parallel verlaufendem Kommissionsverfahren einer eigenen wettbewerbsrechtlichen Beurteilung durch Aussetzung des Verfahrens entzogen⁵⁹, oder indem sie ihre Kompetenz zur Anwendung der Wettbewerbsregeln damit begründet haben, daß ein Kommissionsverfahren nicht eingeleitet bzw. die Einleitung eines solchen Verfahrens von den Parteien nicht nachgewiesen worden sei⁶⁰. Der Europäische Gerichtshof hatte in der genannten Entscheidung eindeutig gegen diese Lösung optiert und deutlich gemacht, daß die Kompetenzsperre des Art. 9(3) VO 17 die nationalen Gerichte nicht erfasse und somit auch nicht als Anwendungssperre für die Wettbewerbsregeln interpretiert werden dürfe. Ansatzpunkt des Gerichtshofs war dabei nicht das Postulat einer widerspruchsfreien Entscheidungspraxis, sondern das Prinzip der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts, welches verlangt, daß den Prozeßparteien nicht Rechte genommen werden, die ihnen aufgrund des EWG-Vertrages zustehen⁶¹. Auch nach dieser Klarstellung haben französische Gerichte weiterhin Schwierigkeiten gehabt, den Grundsatz der unmittelbaren Anwendung mit der Kompetenzsperre des Art. 9(3) VO 17 in Einklang zu bringen. Im Fall *Marty c. Lauder*⁶² hat sich das Gericht erneut höchst unsicher gezeigt, ob nicht die Anwendung von Art. 85 I EWGV durch ein nationales Gericht davon abhän-

⁵⁷ EuGH 30. 1. 1974 (oben N. 4).

⁵⁸ Die anspruchsvollste Begründung dieser Lösungsmöglichkeit hat *Ullrich* (oben N. 11) geliefert.

⁵⁹ Cour d'appel de Paris 26. 1. 1963 – *Consten c. U.N.E.F.* (oben N. 27); Trib. arbitral 4. 5. 1963 – *Laffort c. Sarbach* (oben N. 31); Trib. com. Seine 1. 5. 1964 – »*Rechenmaschinen*« (oben N. 27); Trib. com. Seine 9. 7. 1964 – *Madimpex c. B.A.P.* (oben N. 27); Trib. com. Seine 23. 3. 1965 – *C.N.M.B. c. B.M.B.* (oben N. 27); Trib. gr. inst. Strasbourg 3. 6. 1965 – *Consten c. Leissner* (oben N. 27).

⁶⁰ Trib. com. Seine 25. 6. 1962 – *S.A.R.I.E. c. U.N.E.F.* (oben N. 27); Trib. com. Marseille 13. 5. 1964 – *Telefunken c. Aubin et Pucci* (oben N. 27); Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *Laffort c. Sarbach* (oben N. 31); Cour de Cassation 26. 3. 1979 – *Ateliers de Construction c. Fabry* (oben N. 31).

⁶¹ EuGH 30. 1. 1974 – *BRT ./. SABAM* (oben N. 4) 62.

⁶² Trib. com. Paris 28. 2. 1979 – *Marty c. Lauder* (oben N. 26).

gig ist, daß kein Kommissionsverfahren eingeleitet wurde. Immerhin sah sich das Gericht veranlaßt, diese Frage dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen, der in seiner Entscheidung vom 10. 7. 1980 die eindeutige Antwort gegeben hat, daß die Zuständigkeit der innerstaatlichen Gerichte, vor denen die unmittelbare Wirkung der Wettbewerbsregeln geltend gemacht wird, nicht durch Art. 9(3) VO 17 eingeschränkt werde⁶³.

Allerdings ist diese gemeinschaftsrechtliche Position vom Europäischen Gerichtshof selbst in wesentlichen Hinsichten relativiert worden. Zum einen ist – soweit Art. 9(3) VO 17 das Freistellungsverfahren nach Art. 6 VO 17 in Bezug nimmt – der nationale Richter im Falle von (vor dem Inkrafttreten der Verordnung zustande gekommenen) »Altkartellen« aus Gründen des Vertrauensschutzes gehalten, das Verfahren auszusetzen und über die Nichtigkeit erst zu entscheiden, nachdem die Kommission ihre Entscheidung getroffen hat⁶⁴. Insoweit suspendiert also insbesondere die Anmeldung einer Vereinbarung bei der Kommission die unmittelbare Anwendung des Art. 85 EWGV durch das nationale Gericht. Dem entspricht es, wenn das Tribunal commercial de la Seine in zwei Fällen einen Alleinvertriebsvertrag als vorläufig gültig betrachtete und auf seiner Grundlage jedenfalls dem gegen einen nicht konzessionierten Parallelimporteur gerichteten Unterlassungsanspruch stattgab, die Entscheidung über den ebenfalls geltend gemachten Schadenersatzanspruch allerdings aussetzte⁶⁵. Im Fall *Roubaix c. Roux* hat dann aber die Cour d'appel de Paris den Grundsatz der vorläufigen Gültigkeit unzutreffenderweise auch auf ein (nach Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 zustande gekommenes) »Neukartell« angewendet⁶⁶. Der Europäische Gerichtshof hatte diese Lösung zwar selbst noch in seinem *Portelange-Urteil*⁶⁷ nahegelegt, sie dann aber in der Entscheidung »*Haecht II*«⁶⁸ verworfen. Allerdings hat der Gerichtshof in dieser Entscheidung jedenfalls die Möglichkeit der Aussetzung des Verfahrens durch den nationalen Richter auch für »Neukartelle« anerkannt, soweit das Abwarten einer Kommissionsentscheidung im Einzelfall aus Gründen der Rechtssicherheit geboten erscheint. Aus diesem Grund ist es nicht zu kritisieren, wenn das Tribunal correctionnel de Nanterre im Fall *S.M.P.O. Rallye c. Vogt et Will (Grundig-France)*⁶⁹ zutreffend die Nichtanwendbarkeit des Prinzips der vorläufigen Gültigkeit auf Neukartelle

⁶³ EuGH 10. 7. 1980 – *Marty ./. Lauder* (oben N. 26).

⁶⁴ EuGH 6. 2. 1973 – Rs. 48/72 (*Brasserie de Haecht ./. Wilkin und Janssen – »Haecht II«*), Slg. 1973, 77 (87).

⁶⁵ Trib.com.Seine 5. 3. 1963 – *Rivière c. Maison du Whisky* (oben N. 27); Trib.com.Seine 9. 7. 1964 – *Madimpex c. B.A.P.* (oben N. 27).

⁶⁶ Cour d'appel de Paris 5. 7. 1975 – *Roubaix c. Roux* (oben N. 22).

⁶⁷ EuGH 9. 7. 1969 – Rs. 10/69 (*Portelange ./. Smith Corona Marchant International*), Slg. 1969, 309.

⁶⁸ EuGH 6. 2. 1973 (oben N. 64).

⁶⁹ Trib.corr.Nanterre 21. 1. 1981 – *S.M.P.O. Rallye c. Vogt et Will (Grundig-France)* (oben N. 26).

erkannt, die Entscheidung über die Nichtigkeit aber dennoch – zumal es sich um ein Strafverfahren handelte – »dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice« ausgesetzt hat. Ebenso wenig war es rechtsfehlerhaft, wenn das Tribunal de commerce de la Seine in einem der »Whisky«-Fälle die beantragte Aussetzung ablehnte, weil es die Voraussetzungen des Art. 85 I EWGV für offensichtlich nicht gegeben erachtete⁷⁰. Denn in eindeutigen Fällen gebietet die Rechtssicherheit auch nach der »Haecht II«-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs die Aussetzung nicht. Schließlich ist zu erwähnen, daß der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil in Sachen BRT ./ SABAM⁷¹ festgestellt hat, daß, auch soweit Art. 9(3) VO 17 das Kommissionsverfahren zur Abstellung verbotener Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 3 VO 17 in Bezug nimmt, der nationale Richter die Möglichkeit habe, aus Gründen der Rechtssicherheit seine Entscheidung bis zum Abschluß des Kommissionsverfahrens auszusetzen. Das Prinzip der vorläufigen Gültigkeit von Altkartellen wie auch die genannten Aussetzungsmöglichkeiten schränken somit die unmittelbare Anwendung der Wettbewerbsregeln durch die nationalen Gerichte schon auf der gemeinschaftsrechtlichen Ebene nicht unerheblich ein.

2. Vorrang

Die Durchsetzung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten ist im Bereich der Wettbewerbsregeln auf spezifische Schwierigkeiten gestoßen. Das wesentliche Hindernis bestand in der zunächst herrschenden Überzeugung, gemeinschaftliches und nationales Wettbewerbsrecht hätten verschiedene sachliche Anwendungsbereiche: nationales Recht schütze ausschließlich den Wettbewerb im innerstaatlichen Bereich, während das Gemeinschaftsrecht ausschließlich den Wettbewerb im zwischenstaatlichen Handel zum Gegenstand habe. Daraus wurde gefolgert, daß jede wettbewerbsbeschränkende Handlung, um erlaubt zu sein, sowohl am nationalen wie am europäischen Wettbewerbsrecht gemessen werden müsse, und zwar ganz unabhängig voneinander (sog. Zweischrankentheorie). Bei dieser Betrachtungsweise stellte sich die Rangfrage nicht. Vielmehr setzte sich faktisch das jeweils strengere Recht durch.

Die Berechtigung dieser Betrachtungsweise stand und fiel mit der – nicht begrifflichen, sondern tatsächlichen – Zerlegbarkeit eines wettbewerbsbeschränkenden Sachverhalts in einen rein innerstaatlichen und einen rein zwischenstaatlichen Teil. Und eben diese Annahme erwies sich im Laufe der Zeit

⁷⁰ Trib.com.Seine 13. 5. 1965 – »Whisky« (oben N. 27). Daß diese Entscheidung hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung in der Sache selbst nicht zu billigen ist, steht auf einem anderen Blatt (siehe dazu im folgenden).

⁷¹ EuGH 30. 1. 1974 – »BRT I« (oben N. 4).

als nicht generell haltbar. Dennoch wurde die Zweischrankentheorie auch gegen diese Einsicht zunächst deshalb verteidigt, weil nur sie die Gewähr zu bieten schien, daß das nationale Wettbewerbsrecht, von dessen Anwendbarkeit durchaus auch der EWG-Vertrag ausgeht⁷², nicht vom Gemeinschaftsrecht verdrängt würde. Erst im »Teerfarben«-Fall⁷³ hatte der Europäische Gerichtshof Gelegenheit, deutlich zu machen, daß der Vorrang des Gemeinschaftsrechts keineswegs zwingend die Verdrängung des nationalen Wettbewerbsrechts impliziert, sondern nur seine gemeinschaftsrechtskonforme Anwendung gebietet. Indem der Gerichtshof feststellte, daß »die Unterscheidung von gemeinschaftsrechtlichen und einzelstaatlichen Gesichtspunkten nicht in allen Fällen als ausschlaggebendes Merkmal für die Abgrenzung der Zuständigkeiten«⁷⁴ und damit auch des anzuwendenden Rechts brauchbar sei, entzog er der Zweischrankentheorie die Grundlage. Seither ist von der parallelen Anwendbarkeit gemeinschaftsrechtlicher und nationaler Wettbewerbsregeln und somit auch von der prinzipiellen Möglichkeit eines Konflikts zwischen beiden auszugehen. »Mit Rücksicht auf die allgemeine Zielsetzung des Vertrages ist diese gleichzeitige Anwendung des nationalen Rechts allerdings nur statthaft, soweit sie die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts und die volle Wirksamkeit der zu seinem Vollzug ergangenen Maßnahmen auf dem gesamten Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt.«⁷⁵ Und der Gerichtshof fährt fort: »Die Geltungskraft des Vertrages und der zu seiner Anwendung getroffenen Maßnahmen darf nicht von Staat zu Staat aufgrund der nationalen Rechtsakte verschieden sein; andernfalls würde die Wirkung der Gemeinschaftsordnung beeinträchtigt und die Verwirklichung der Vertragsziele gefährdet werden. Normenkonflikte zwischen Gemeinschafts- und innerstaatlichem Kartellrecht sind daher nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts zu lösen.«⁷⁶

Die Anwendung dieses Grundsatzes durch die französische Rechtsprechung ist zunächst einmal dadurch belastet, daß Uneinigkeit über seine Rechtsgrundlage besteht. Während der Kassationshof in seiner Grundsatzentscheidung im Fall Jacques Vabre⁷⁷ den Vorrang zutreffend und durchaus in Übereinstimmung mit dem vom Europäischen Gerichtshof im Fall Costa ./ E.N.E.L.⁷⁸ formulierten Standpunkt aus der Eigenart des Gemeinschaftsrechts ableitete⁷⁹, hat sich der Conseil d'Etat im Fall Fabricants de

⁷² Siehe Art. 87 EWGV sowie Art. 9(3) VO 17 in Verb. mit Art. 88 EWGV.

⁷³ EuGH 13. 2. 1969 – *Walt Wilhelm u. a. ./ Bundeskartellamt* (oben N. 8).

⁷⁴ EuGH 13. 2. 1969 (vorige Note) 13.

⁷⁵ EuGH 13. 2. 1969 a.a.O. (vorige Note).

⁷⁶ EuGH 13. 2. 1969 (oben N. 73) 15.

⁷⁷ Cour de Cassation (ch. mixte) 24. 5. 1975 – *Administration des Douanes c. Société Cafés Jacques Vabre et al.*, J.C.P. 1975. II. 18180^{bis} (mit concl. proc. gén. *Touffait*).

⁷⁸ EuGH 15. 7. 1964 (*Costa ./ E.N.E.L.*) (oben N. 7).

⁷⁹ Cour de Cassation (ch. mixte) 24. 5. 1975 (oben N. 77):

semoules⁸⁰ auf die Position zurückgezogen, daß dem Gemeinschaftsrecht Vorrang nur aufgrund und nach Maßgabe des Art. 55 der französischen Verfassung von 1958 gebühre⁸¹. Diese Vorschrift räumt völkerrechtlichen Verträgen zwar einen höheren Rang als einfachen Gesetzen ein. Aber sie wird von den Gerichten nicht im Sinne einer Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einfacher Gesetze angewendet. Dies kann bei Gesetzen, die nach Inkrafttreten des EWG-Vertrages erlassen worden sind, dazu führen, daß ein französischer Richter eine innerstaatliche Rechtsnorm auch dann anzuwenden hat, wenn sie dem Gemeinschaftsrecht widerspricht, was geradezu zur Umkehrung des Rangverhältnisses führen würde. Allerdings gilt dies nur für Gesetze im formellen Sinne, mit denen sich der Gesetzgeber bewußt hat in Widerspruch zu internationalen Abkommen setzen wollen⁸².

Schon weil der wesentliche Teil des französischen Wettbewerbsrechts lange Zeit nur Verordnungsrang besaß, hat sich die Divergenz zwischen Kassationshof und Conseil d'Etat im wettbewerbsrechtlichen Bereich bislang nicht ausgewirkt. Soweit sich wettbewerbsrechtliche Entscheidungen allgemein zur Rangfrage geäußert haben, ist der Vorrang des Gemeinschaftsrechts zwar zunächst ebenfalls auf Art. 55 der Verfassung von 1958 gestützt⁸³, später dann aber – der Linie des Kassationshofs folgend – zutreffend gemeinschaftsrechtlich begründet worden. Während sich allerdings der Kassationshof im Fall *Ateliers de Construction c. Fabry* mit der allgemeinen Bemerkung begnügt hat, »que le droit interne ne peut prévaloir sur les dispositions du Traité instituant la Communauté Economique Européenne«⁸⁴, hat sich das Tribunal correctionnel de Nanterre im Fall *S.M.P.O. Rallye c. Vogt et Will (Grundig-France)*⁸⁵ explizit auf die Urteile des Europäischen Gerichtshofes in den Fällen *Costa ./. E.N.E.L.*⁸⁶ und *Simmenthal*⁸⁷ berufen. Die Frage, inwieweit die französische Rechtsprechung über solche

»Le Traité de Rome qui a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres, directement applicable aux ressortissants de ces Etats et s'imposant à leurs juridictions.«

⁸⁰ Cons.d'Etat 1. 3. 1968 – *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, J.C.P. 1968.II.15675.

⁸¹ Die Bestimmung lautet:

»Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.«

⁸² Vgl. dazu des näheren *Decocq* (oben N. 26 a. E.).

⁸³ So Cour d'appel de Paris 26. 1. 1963 – *Consten c. U.N.E.F.* (oben N. 27); Cour d'appel de Paris 7. 7. 1965 – *L.T.M. c. M.B.U.* (oben N. 22).

⁸⁴ Cour de Cassation 26. 3. 1979 (oben N. 31).

⁸⁵ Trib. corr. Nanterre 21. 1. 1981 (oben N. 26).

⁸⁶ EuGH 15. 7. 1964 (oben N. 7).

⁸⁷ EuGH 9. 3. 1978 – Rs. 106/77 (*Staatliche Finanzverwaltung ./. S.p.A. Simmenthal* – »Nichtanwendung eines gegen das Gemeinschaftsrecht verstößenden Gesetzes durch das innerstaatliche Gericht«), Slg. 1978, 629.

allgemeinen Stellungnahmen hinaus das Prinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auch in einzelnen Fallkonstellationen zutreffend angewandt hat, läßt sich mit hinreichender Sicherheit nur an Fällen ablesen, in denen die Zweischrankentheorie und das Vorrangprinzip zu unterschiedlichen Ergebnissen führen würden. Es sind dies diejenigen Fallkonstellationen, in denen ein Konflikt zwischen gemeinschaftlichem und innerstaatlichem Wettbewerbsrecht besteht. Die verfahrensrechtliche Seite des Vorrangprinzips kommt in solchen Situationen in der Verbindlichkeit zum Ausdruck, welche die nationalen Gerichte den Entscheidungen der Kommission beilegen. Denn der Vorrang des Gemeinschaftsrechts ist keineswegs nur materiellrechtlich zu verstehen, sondern er erstreckt sich konsequenterweise auch auf die Maßnahmen, welche auf seiner Grundlage von einem Gemeinschaftsorgan ergriffen werden⁸⁸.

Ein Konflikt zwischen gemeinschaftlichem und innerstaatlichem Recht scheidet zunächst einmal immer dann aus, wenn ein bestimmtes Verhalten von den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln schon tatbestandlich nicht erfaßt wird. In diesem Fall steht der Anwendung strengeren innerstaatlichen Rechts nichts entgegen, denn das in einem Mitgliedstaat verhängte Verbot beeinträchtigt die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht. So hat es der Europäische Gerichtshof in den »Parfums«-Fällen dem vorliegenden Tribunal de grande instance de Paris freigestellt, das französische Verbot der Lieferverweigerung auf einen Sachverhalt anzuwenden, den die Kommission unter gemeinschaftsrechtlichem Aspekt für unbedenklich gehalten hatte⁸⁹. Es ist zu betonen, daß das Fehlen eines den gemeinschaftsrechtlichen Vorrang auslösenden Konflikts in diesen Fällen nicht etwa darauf beruhte, daß die Kommission ihr Verfahren eingestellt hatte. Denn eine Verfahrenseinstellung enthebt das nationale Gericht nach dem Grundsatz der unmittelbaren Anwendung der Wettbewerbsregeln ohnehin nicht einer eigenen Beurteilung. Die Verfahrenseinstellung durch die Kommission hat somit keine präjudizielle, sondern allenfalls indizielle Wirkung für den innerstaatlichen Richter. Ob dasselbe allerdings auch im Falle der Erteilung eines Negativattests durch die Kommission nach Art. 2 VO 17 gilt, ist für das Gemeinschaftsrecht nach wie vor eine offene Frage. Im Fall *Marty c. Lauder* hat das Tribunal de commerce de Paris darauf zwar unter Bezugnahme auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts eine positive Antwort geben wollen. Es hat dann aber diese Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt⁹⁰. Dieser brauchte jedoch dazu keine Stellung zu nehmen, weil die fragliche Äußerung der Kommission – wie in den übrigen »Parfums«-Fällen – kein Negativattest darstellte, sondern lediglich die Einstellung des Verfahrens zum Inhalt hatte.

⁸⁸ EuGH 10. 7. 1980 – *Giry et Guerlain* (»Wettbewerb – Parfums«) (oben N. 8) 2375 (Erwägung Nr. 16).

⁸⁹ EuGH 10. 7. 1980 a. a. O. (vorige Note) (Erwägung Nr. 18).

⁹⁰ Trib. com. Paris 28. 2. 1979 und EuGH 10. 7. 1980 (*Marty ./. Lauder*) (oben N. 26).

Problemlos ist des weiteren das Zusammentreffen von gemeinschaftsrechtlichem und innerstaatlichem Verbot. Da das Gemeinschaftsrecht die Bestimmung des Ausmaßes der Nichtigkeitsfolge (Teil- oder Gesamtnichtigkeit) sowie die Gewährung und den Umfang von Schadenersatzansprüchen ohnehin dem Recht der Mitgliedstaaten überläßt, ist ein Konflikt nicht denkbar. Demgemäß haben es die Gerichte im Fall *Syndicat d'expéditeurs c. L'Hourre* sogar offengelassen, ob die Nichtigkeit eines Verbandsbeschlusses auf dem gemeinschaftsrechtlichen oder dem nationalen Kartellverbot beruht⁹¹. Soweit im Einzelfall die parallele Anwendung von Gemeinschafts- und nationalem Recht einmal zur Kumulation von Geldbußen seitens der Kommission und der nationalen Behörden führt, ergibt sich ebenfalls kein den gemeinschaftsrechtlichen Vorrang auslösender Konflikt, sondern lediglich die Notwendigkeit der Berücksichtigung der früheren Sanktionsentscheidung bei der Bemessung der später zu verhängenden Sanktion nach Billigkeitsgrundsätzen⁹². Mit einer Konstellation dieser Art haben es die französischen Gerichte bislang offenbar nicht zu tun gehabt.

Ein Konflikt, der den gemeinschaftsrechtlichen Vorrang auslösen kann, entsteht hingegen, sobald ein Sachverhalt vom Gemeinschaftsrecht erfaßt wird, die rechtliche Beurteilung aber mit der des nationalen Rechts nicht übereinstimmt, sei es, daß das Gemeinschaftsrecht eine Wettbewerbsbeschränkung verbietet, die im innerstaatlichen Recht nicht auf Bedenken stößt, sei es, daß eine Wettbewerbsbeschränkung nach Gemeinschaftsrecht vom Kartellverbot freigestellt wird, während das innerstaatliche Recht sie verbietet. Die erste Alternative bereitet keine grundsätzlichen Probleme, weil die Zuständigkeit des Gemeinschaftsrechts nicht in Frage gestellt worden ist, Wettbewerbsbeschränkungen auch dort zu bekämpfen, wo sie vom nationalen Recht der Mitgliedstaaten nicht erfaßt werden. Dem entspricht es, daß die Gerichte im Fall *Stricker-Boats c. Garoche*⁹³ einen Alleinvertriebsvertrag, der nach französischem Recht offenbar unbedenklich war, gemäß Art. 85 I und II EWGV für nichtig erklärt haben. In vergleichbarer Weise hatte die *Cour d'appel de Paris* schon in ihrer Entscheidung im Fall *Consten c. U.N.E.F.*⁹⁴ jedenfalls den Grundsatz des gemeinschaftsrechtlichen Vorrangs dadurch gewahrt, daß sie eine etwaige Entscheidung über die Nichtigkeit eines Alleinvertriebsvertrages im anhängigen Kommissionsverfahren als für sich verbindlich betrachtete, wenngleich das Gericht dies dann unzutreffenderweise zum Anlaß nahm, das Verfahren auszusetzen⁹⁵. Im Fall *Ateliers de*

⁹¹ *Cour d'appel de Rennes* 9. 7. 1980 und *Cour de Cassation* 1. 3. 1982 – *Syndicat des expéditeurs c. L'Hourre* (oben N. 32).

⁹² *EuGH* 13. 2. 1969 (oben N. 8) 15.

⁹³ *Cour d'appel de Paris* 20. 12. 1971 und *Cour de Cassation* 8. 5. 1973 (oben N. 23).

⁹⁴ *Cour d'appel de Paris* 26. 1. 1963 (oben N. 27).

⁹⁵ Daß die Aussetzung des Verfahrens unter dem Gesichtspunkt der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts zu kritisieren ist, ist bereits oben erörtert worden.

Construction c. Fabry bedurfte es allerdings erst der Anrufung des Kassationshofs, um den Vorrang des möglicherweise eingreifenden gemeinschaftsrechtlichen Kartellverbots gegenüber Art. 2052 C.proc.civ.nouv. zur Geltung zu bringen, der einem Vergleich zwischen den Parteien Rechtskraft beilegt und der den Vorinstanzen dazu gedient hatte, den Nichtigkeitseinwand auf der Grundlage von Art. 85 II EWGV unberücksichtigt zu lassen⁹⁶.

Die eigentlich problematische Konstellation ist mit der zweiten der oben genannten Alternativen gegeben: Hier stellt sich die Frage, inwieweit französische Gerichte bereit gewesen sind, einer gemeinschaftsrechtlichen Freistellung Vorrang gegenüber einem innerstaatlichen Verbot einzuräumen. Mit dieser Problematik waren französische Gerichte in zwei Fällen befaßt. Im Jahre 1963 hat sich die Cour d'appel d'Amiens im Fall Nicolas et Brandt⁹⁷ eindeutig auf den Boden der damals durchaus herrschenden Zweischrankentheorie gestellt und den Standpunkt vertreten, daß eine etwaige Freistellungsentscheidung der Kommission nach Art. 85 III EWGV nur die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung einer Wettbewerbsbeschränkung betreffen könne, ein innerstaatliches Verbot hingegen unberührt lasse. Die gemeinschaftsrechtliche Freistellung eines Alleinvertriebsvertrages könne daher nicht eine Lieferverweigerung rechtfertigen, welche das französische Recht untersage. Mit dieser Erwägung lehnte es das Gericht ab, seine Entscheidung bis zum Abschluß des Kommissionsverfahrens auszusetzen. Den genau entgegengesetzten Standpunkt hat im Jahre 1981 das Tribunal correctionnel Nanterre im Fall S.M.P.O. Rallye c. Vogt et Will (Grundig-France)⁹⁸ vertreten. Das Gericht bezieht sich ausdrücklich auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im »Teerfarben«-Fall⁹⁹ und interpretiert sie zutreffend im Sinne der Ablehnung der Zweischrankentheorie. Konflikte zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht seien nach dieser Entscheidung auf der Grundlage des Vorrangprinzips zu lösen, demzufolge logischerweise eine Kartellvereinbarung nicht nach innerstaatlichem Recht untersagt werden könne, wenn sie nach Gemeinschaftsrecht freigestellt worden sei. Mit dieser Erwägung begründete das Gericht die Aussetzung seiner Entscheidung bis zum Abschluß des Kommissionsverfahrens. Die Berufung gegen dieses Urteil wurde von der Cour d'appel de Versailles zurückgewiesen¹⁰⁰.

⁹⁶ Cour de Cassation 26. 3. 1979 – *Ateliers de Construction c. Fabry* (oben N. 31).

⁹⁷ Cour d'appel d'Amiens 9. 5. 1963 (oben N. 26).

⁹⁸ Trib.corr.Nanterre 21. 1. 1981 (oben N. 26).

⁹⁹ EuGH 13. 2. 1969 – *Walt Wilhelm ./ Bundeskartellamt* (oben N. 8).

¹⁰⁰ Cour d'appel de Versailles 11. 12. 1981 (oben N. 26).

IV. Auslegung der Wettbewerbsregeln

1. Art. 85 EWG-Vertrag

a) Kartellverbot (Art. 85 I EWGV)

(1) »Unternehmen« als Adressaten des Kartellverbots

Der Unternehmensbegriff ist in französischen Entscheidungen durchweg nicht problematisiert worden. Erwähnenswert ist immerhin, daß der französische Fußballverband (*Fédération française de football*)¹⁰¹ ebenso wie der staatliche Rundfunk (*Office de Radiodiffusion-Télévision Française – O.R.T.F.*)¹⁰² ohne weiteres als Unternehmen angesehen worden sind. Soweit an den wettbewerbsrechtlich zu beurteilenden Vertragsverhältnissen französische Tochtergesellschaften ausländischer Unternehmen beteiligt waren, haben die französischen Gerichte sie gewöhnlich als rechtlich selbständig behandelt. Das hat sich insbesondere auf die Beurteilung der Frage ausgewirkt, ob ein wettbewerbsrechtlich zu bewertendes Vertragsverhältnis den zwischenstaatlichen Handel berührt: Hatte etwa das ausländische Unternehmen einem französischen Händler nicht selbst, sondern durch seine französische Tochtergesellschaft ein Alleinvertriebsrecht eingeräumt, dann wurde der gesellschaftsrechtlichen Verbindung zur ausländischen Muttergesellschaft keine Bedeutung beigemessen¹⁰³. Im Gegensatz dazu hat die *Cour d'appel de Versailles* im Fall *S.M.P.O. Rallye c. Vogt et Will (Grundig-France)*¹⁰⁴ die bemerkenswerte Auffassung vertreten, das zu beurteilende Vertriebssystem sei der ausländischen Muttergesellschaft zuzurechnen, da sie es gleichmäßig in allen Mitgliedstaaten praktiziere und die französische Tochter ihr gegenüber keinerlei Autonomie besitze, so daß nicht von einem rein innerstaatlichen Sachverhalt gesprochen werden könne. Anklänge an die vom Europäischen Gerichtshof im Fall *Commercial Solvents ./. Kommission*¹⁰⁵ entwickelte Formel zur Unternehmenseinheit sind unverkennbar. Im Fall *Telefunken c. Aubin et Pucci* ist das *Tribunal de commerce de Marseille* hingegen implizit davon ausgegangen, daß die rechtliche Selbständigkeit einer Tochtergesellschaft sogar hinsichtlich der Beurteilung konzerninterner Wettbewerbsbeschränkungen maßgeblich sei: Ein Alleinvertriebsvertrag

¹⁰¹ Siehe Trib. gr. inst. Paris 12. 6. 1974 – *Camuset c. Fédération française de football et Adidas* (oben N. 26).

¹⁰² Siehe Trib. com. Seine 8. 3. 1965 – *Fédération nationale des cinémas français c. O.R.T.F.* (oben N. 33).

¹⁰³ Siehe dazu Trib. gr. inst. Paris 12. 6. 1974 – *Camuset c. Fédération française de football et Adidas (-France)* (oben N. 26); *Mélet c. Piedboef (-France)* (oben N. 28).

¹⁰⁴ *Cour d'appel de Versailles* 11. 12. 1981 (oben N. 26).

¹⁰⁵ EuGH 22. 1. 1974 – verbundene Rs. 6 und 7/73 (*Istituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvents ./. Kommission*), Slg. 1974, 223.

zwischen der deutschen Unternehmenszentrale und der französischen Tochter wurde ohne weiteres dem Art. 85 I EWGV subsumiert¹⁰⁶. Im Fall *Béguelin c. Import Export* sah sich das Tribunal de commerce de Nice dann aber doch veranlaßt, die wettbewerbsrechtliche Relevanz von Alleinvertriebsverträgen zwischen verbundenen Gesellschaften dem Europäischen Gerichtshof zur Beurteilung vorzulegen aufgrund der dann vom Gerichtshof bestätigten Vermutung, daß insoweit nicht auf die rechtliche Selbständigkeit, sondern auf die wirtschaftliche Unternehmenseinheit der beteiligten Konzerngesellschaften abzustellen sei¹⁰⁷.

(2) »Vereinbarungen«, »Beschlüsse« und »abgestimmte Verhaltensweisen« als Mittel der Wettbewerbsbeschränkung

Die französischen Entscheidungen, die sich auf Art. 85 EWGV beziehen, hatten fast ausnahmslos die wettbewerbsrechtliche Relevanz von vertraglichen Vereinbarungen zu beurteilen¹⁰⁸. Dies erklärt sich aus dem Umstand, daß es sich in fast allen Fällen um vertikale Beschränkungen handelte, die durchweg nicht ohne ausdrückliche (vertragliche) Abmachungen erreicht werden können. Fälle der unternehmerischen Verhaltenskoordination durch bloße Abstimmung sind nicht aufgegriffen worden. Verbandsbeschlüsse lagen dem inkriminierten Verhalten lediglich in zwei Fällen zugrunde, wobei aber nur im Fall *Syndicat d'expéditeurs c. L'Hourre* der Beschluß selbst angegriffen wurde, durch den der Kläger aus einem Syndikat und damit vom Zugang zu einem Markt ausgeschlossen worden war, den das Syndikat monopolisierte¹⁰⁹. Hingegen wurde im Fall *Camuset c. Fédération française de football et Adidas*, obwohl dem inkriminierten Verhalten letztlich ein Verbandsbeschluß zugrunde lag, nicht dieser Beschluß – der immerhin die Mitgliedsverbände verpflichtete, ausschließlich die vom Dachverband vorgeschriebenen Trikots zu verwenden – angegriffen, sondern die vertragliche Bezugsbindung, die vom Dachverband mit einem bestimmten Lieferanten (*Adidas*) vereinbart worden war¹¹⁰.

Was die Abgrenzung wettbewerbsrechtlich relevanter Kartellverträge von reinen Umsatzgeschäften angeht, so haben die französischen Gerichte in der

¹⁰⁶ Trib. com. Marseille 13. 5. 1964 – *Telefunken c. Aubin et Pucci* (oben N. 27).

¹⁰⁷ Trib. com. Nice 8. 2. 1971 und EuGH 25. 11. 1971 – *Béguelin c. Import Export* (oben N. 27).

¹⁰⁸ In der Entscheidung des Tribunal de grande instance de Bressure vom 11. 3. 1982 im Fall *Librairie »Au Blé Vert« c. Thouars* (oben N. 30), in der das Gericht die Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln ablehnte, ging es um einen Verstoß gegen die gesetzliche Preisbindung im Buchhandel.

¹⁰⁹ Cour d'appel de Rennes 9. 7. 1980 und Cour de Cassation 1. 3. 1982 – *Syndicat des expéditeurs c. L'Hourre* (oben N. 32).

¹¹⁰ Trib. gr. inst. Paris 12. 6. 1974 – *Camuset c. Fédération française de football et Adidas* (oben N. 26).

Regel keine Schwierigkeiten gehabt. Immerhin sind in einzelnen Fällen Unsicherheiten erkennbar. So läßt sich dem an den Europäischen Gerichtshof gerichteten Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal de commerce de Nice im Fall *Béguelin c. Import Export* die Vorstellung entnehmen, das einem Parallelimport zugrunde liegende Umsatzgeschäft sei einer Beurteilung nach Art. 85 EWGV zugänglich¹¹¹, während umgekehrt das Tribunal de grande instance de Paris im Fall *Camuset c. Fédération française de football et Adidas* die Auffassung vertrat, daß die angegriffene Bezugsbindung, die ausdrücklich eine Festlegung für künftige Umsatzgeschäfte enthielt, ohne weiteres als ein bloßes Austauschgeschäft zu qualifizieren sei, durch das der Wettbewerb nicht beschränkt werde, sondern in dem dieser seine normale Vollendung finde¹¹².

(3) »Wettbewerbsbeschränkung« als Mittel der Handelsbeeinträchtigung

Nur in wenigen Fällen haben sich französische Gerichte veranlaßt gesehen, die wettbewerbsverhindernde, -einschränkende oder -verfälschende Wirkung bestimmter Verträge zu beurteilen. In der großen Mehrzahl der Entscheidungen sind die Gerichte nicht zu diesem Tatbestandsmerkmal vorgegangen, sei es weil sie – wie in den bereits erörterten Fällen – durch Aussetzung des Verfahrens bis zum Vorliegen einer Kommissionsentscheidung oder wegen Beweisfälligkeit der sich auf das Kartellverbot berufenden Partei einer Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln überhaupt auswichen, sei es weil sie schon andere – scheinbar einfacher zu handhabende – Tatbestandsmerkmale wie die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung oder die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels für nicht erfüllt angesehen haben. Eine Systematisierung der in den wenigen verbleibenden Entscheidungen der Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Wirkungen zugrunde gelegten Kriterien ergibt immerhin folgendes aufschlußreiche Bild:

Was die Bewertung von Alleinvertriebsverträgen angeht, so teilen die französischen Gerichte zunächst einmal den vom Europäischen Gerichtshof formulierten Ausgangspunkt, daß diese Verträge nicht bereits als solche wettbewerbswidrig sind¹¹³. Eine Abweichung von diesem Ausgangspunkt, d. h. eine Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen im Sinne eines per-se-Verbots, könnte allenfalls der erstinstanzlichen Entscheidung im Fall Rou-

¹¹¹ Trib.com.Nice 8. 2. 1971 und EuGH 25. 11. 1971 (oben N. 27). Der Europäische Gerichtshof bemerkte dazu (962): »Ein Einfuhr- oder Ausfuhrgeschäft als solches bezweckt oder bewirkt aber keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 85.«

¹¹² Trib.gr.inst.Paris 12. 6. 1974 – *Camuset c. Fédération française de football et Adidas* (oben N. 26).

¹¹³ Siehe dazu EuGH 30. 6. 1966 – *L. T. M. ./ M. B. U.* (oben N. 22).

baix c. Roux¹¹⁴ entnommen werden, in der das Gericht einen Alleinvertriebsvertrag ohne ersichtliche Analyse der zugrunde liegenden wirtschaftlichen Verhältnisse schlicht für nichtig erklärte. Die Berufungsinstanz vermied ein Eingehen auf diesen Punkt mit der unzutreffenden Erwägung, daß der fragliche Vertrag, bei dem es sich um ein Neukartell handelte, aufgrund seiner Anmeldung bei der Kommission als vorläufig gültig zu behandeln sei.

Bei der Ausfüllung des somit gemeinschaftsrechtlich vorgezeichneten Spielraums für die Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen stellen die französischen Gerichte vor allem auf folgende drei Gesichtspunkte ab: die Markterschließungswirkung eines Alleinvertriebsvertrags; die Existenz wirksamen Restwettbewerbs; und die Marktaufteilungswirkung von Reexport- und Parallelimportverboten. Die konkrete Handhabung dieser Gesichtspunkte durch die französischen Gerichte gibt zu Bedenken Anlaß:

Was den Gesichtspunkt der Markterschließung angeht, so hat der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung im Fall *L.T.M. ./ M.B.U.*¹¹⁵ darauf hingewiesen, daß eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor allem dann zweifelhaft erscheine, wenn sich ein Alleinvertriebsvertrag gerade für das Eindringen eines Unternehmens in ein Gebiet, in dem es bisher nicht tätig war, als notwendig erweise. Er hat aber zugleich betont, daß für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung insbesondere Art und Menge der gebundenen Produkte, Stellung und Bedeutung der Vertragsbeteiligten auf dem Markt, ein etwaiger Zusammenhang mit einem System weiterer Alleinvertriebsverträge, durch die derselbe Hersteller auch andere Händler binde, sowie die Bedeutung der zum Schutz des Alleinvertriebsrechts vorgesehenen Beschränkungen (insbesondere wenn es sich um Reexport- oder Parallelimportverbote handelt) zu würdigen sind. Eine diesen Anforderungen genügende Tatsachenwürdigung ist aber nur dem Endurteil zu entnehmen, das die Cour d'appel de Paris im Fall *L.T.M. c. M.B.U.* im Anschluß an die Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs gefällt hat¹¹⁶. Erst aufgrund einer detaillierten Analyse der Marktsituation, die zu dem Ergebnis führte, daß der Hersteller wegen seiner geringen Produktionskapazität eine äußerst schwache Marktstellung innehatte, verneinte der Gerichtshof die Wettbewerbswidrigkeit aus der Erwägung, dieser Vertrag sei für das Eindringen in den französischen Markt erforderlich gewesen und der Wettbewerb werde dadurch nicht behindert, sondern gefördert. Ohne vergleichbare Marktanalyse ließ es dagegen die Cour d'appel de Paris in den Fällen *Lavecir c. Isobel*¹¹⁷ und *Mélet c. Piedboef*¹¹⁸ mit dem Hinweis auf die markt-

¹¹⁴ Trib. com. Paris 1. 8. 1973 (oben N. 22).

¹¹⁵ EuGH 30. 6. 1966 (oben N. 22).

¹¹⁶ Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *L.T.M. c. M.B.U.* (oben N. 22).

¹¹⁷ Cour d'appel de Paris 27. 4. 1968 – *Lavecire c. Isobel* (oben N. 22).

¹¹⁸ Cour d'appel de Paris 12. 6. 1970 – *Mélet c. Piedboef* (oben N. 28).

erschließende Wirkung bewenden, um die Wettbewerbskonformität von Alleinvertriebsverträgen zu begründen.

Ähnlich pauschal haben französische Gerichte durchweg den Gesichtspunkt des Bestehens wirksamen Restwettbewerbs verwendet, um die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit von Alleinvertriebsverträgen zu begründen. Insbesondere ist in den Entscheidungen, die mit Bierlieferungs- oder Tankstellenverträgen zu tun hatten¹¹⁹, die – in diesem Zusammenhang nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs¹²⁰ erforderliche – Würdigung der gesamten Marktsituation im Hinblick auf die Existenz einer Vielzahl paralleler Bezugsbindungen unterblieben, oder man hat diesem Erfordernis lediglich verbal Rechnung getragen. So ist eine Beeinträchtigung des Zugangs von Konkurrenten zu den Vertriebswegen selbst dann verneint worden, wenn dieser Zugang praktisch nur noch für Newcomer offen war¹²¹. Nur das Endurteil der Cour d'appel de Paris im Fall *L. T. M. c. M. B. U.* stellt auch in diesem Zusammenhang wieder eine Ausnahme dar, weil es sein positives Urteil über den Restwettbewerb zutreffend erst aufgrund einer wirtschaftlichen Analyse der gesamten Marktsituation getroffen hat¹²².

Was schließlich den Aspekt der regionalen Marktaufteilung betrifft, so neigen die französischen Gerichte dazu, das Problem auf die Existenz von vertraglichen Reexport- oder Parallelimportverboten zu verengen. In drei Fällen ist die Wettbewerbswidrigkeit eines Alleinvertriebsvertrages auf das Vorliegen eines solchen Verbots gestützt worden¹²³. Der ausschließliche Blick auf das Vorliegen von Reexport- oder Parallelimportverboten birgt nun allerdings die Gefahr in sich, daß immer dann, wenn ein solches Verbot nicht vereinbart worden ist, ohne weiteres von der wettbewerbsrechtlichen Unbedenklichkeit eines Alleinvertriebsvertrages ausgegangen wird. Ein Beispiel hierfür hat schon die Cour d'appel d'Amiens im Fall *Nicolas et Brandt*¹²⁴ geliefert. Zwar hat das Gericht unter Hinweis auf das Fehlen eines vertraglichen Reexportverbots genau genommen nur das Vorliegen einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels verneint. Da aber bei einer an den Grenzen der Mitgliedstaaten orientierten Marktaufteilung die Wirkung der Handelsbeeinträchtigung und das Mittel der Wettbewerbsbeschränkung zusammenfallen, läßt sich diese Entscheidung ohne weiteres auch im Sinne der Verneinung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung interpretieren. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung im Fall *Béguelin c.*

¹¹⁹ Siehe die oben aufgeführten Entscheidungen (N. 28 und 29).

¹²⁰ EuGH 12. 12. 1967 – Rs. 23/67 (*Brasserie de Haecht et Consorts ./. Wilkin und Janssen – »Haecht II«*), Slg. 1967, 543.

¹²¹ So die Cour d'appel de Paris 23. 12. 1968 – *Debroutelle c. Total* (oben N. 29).

¹²² Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *L. T. M. c. M. B. U.* (oben N. 22).

¹²³ Siehe Trib.com.Marseille 13. 5. 1964 – *Telefunken c. Aubin et Pucci* (oben N. 27); Cour d'appel de Paris 20. 12. 1971 und Cour de Cassation 8. 5. 1973 – *Stricker-Boats c. Garoche* (oben N. 23); so im Ansatz auch Trib.com.Paris 28. 2. 1979 – *Marty c. Lauder* (oben N. 26).

¹²⁴ Cour d'appel d'Amiens 9. 5. 1963 (oben N. 26).

Import Export ausdrücklich darauf hingewiesen, daß eine rein formalrechtliche Betrachtungsweise unangebracht ist und daß auch ohne vertragliche Verbote im einzelnen Fall Umstände denkbar sind, die in ihrer praktischen Auswirkung auf eine regionale Marktaufteilung hinauslaufen¹²⁵. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn ein Hersteller – wie im Fall *Nicolas et Brandt* geschehen – die Märkte mehrerer oder gar aller Mitgliedstaaten bedient, die Alleinvertriebsrechte aber länderweise aufteilt. Dann kann es zur Marktabriegelung durchaus genügen, wenn sich der Hersteller verpflichtet, im konzessionierten Gebiet keine weiteren Vertriebsberechtigten zuzulassen, und sich die Alleinvertriebsberechtigten verpflichten, die Kundenwerbung außerhalb ihres Gebiets zu unterlassen. Mit der bloßen Feststellung, die Alleinvertriebsrechte seien nicht förmlich durch Export- oder Importverbote geschützt, läßt sich eine Beschränkung des Wettbewerbs durch Marktaufteilung dann nicht verneinen. Dies gilt aus französischer Sicht schon deshalb, weil der Alleinvertriebsberechtigte – wie oben erwähnt – in Frankreich bereits nach geltendem Lauterkeitsrecht im Prinzip deliktisch gegen Parallelimporte geschützt ist¹²⁶. Die Cour d'appel d'Amiens hätte die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit des Alleinvertriebsvertrages im Fall *Nicolas et Brandt* daher allenfalls unter dem Gesichtspunkt mangelnder Spürbarkeit verneinen können, dazu aber eine nähere Analyse der Marktstellung der Beteiligten vornehmen müssen. Auch im Fall *L.T.M. c. M.B.U.* hat die Cour d'appel de Paris in ihrem Endurteil das Fehlen von Ex- und Importverböten zur Begründung für die mangelnde Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels herangezogen und nicht für die Fragen der Wettbewerbswidrigkeit. Das ist in diesem Fall aber nicht zu kritisieren, weil der zugrunde liegende Alleinvertriebsvertrag offenbar nicht Bestandteil eines umfassenden Vertriebssystems war, von dem marktaufteilende Wirkungen auch ohne solche Verbote hätten ausgehen können¹²⁷.

Es bleibt zu erwähnen, wie die französischen Gerichte die wettbewerbsrechtliche Relevanz bei anderen Verträgen als Liefer- und Bezugsbindungen (Alleinvertriebsverträgen) beurteilt haben. Allerdings sind insoweit nur zwei Fälle zu nennen, und in beiden ging es um Lizenzverträge. In der Sache *Laffort c. Sarbach* verneinte die Cour d'appel de Paris in ihrer Entscheidung vom 22. 2. 1967 die Anwendbarkeit des Kartellverbots auf eine ausschließliche Lizenz, die dem Lizenznehmer sämtliche Rechte des Lizenzgebers einräumte, ohne ihm irgendwelche Verwendungsbeschränkungen aufzuerle-

¹²⁵ EuGH 25. 11. 1971 – *Béguelin ./. Import Export* (oben N. 27).

¹²⁶ Siehe dazu die oben in N. 27 aufgeführten Fälle. Allerdings ist die Unlauterkeitsklage nur in den vom Trib. com. Seine am 5. 3. 1963 und am 13. 5. 1965 entschiedenen »Whisky«-Fällen sowie in dem vom Trib. com. Marseille am 13. 5. 1964 entschiedenen Fall *Telefunken c. Aubin et Pucci* wirklich erfolgreich gewesen.

¹²⁷ Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *L.T.M. c. M.B.U.* (oben N. 22); ähnlich Cour d'appel de Paris 27. 4. 1968 – *Lavecire c. Isobel* (oben N. 22).

gen, und zwar aus der Erwägung, daß eine solche Lizenz im praktischen Ergebnis einer Vollrechtsübertragung gleichkomme und daß die Wettbewerbslage dadurch nicht verändert werde¹²⁸. Mit dieser Formel befand sich das Gericht zwar im Entscheidungszeitpunkt durchaus im Einklang mit der damaligen gemeinschaftsrechtlichen Beurteilung von ausschließlichen Lizenzen, wie sie insbesondere in der Bekanntmachung der Kommission über Patentreizenzverträge vom 24. 12. 1962¹²⁹ zum Ausdruck gekommen war. Im Lichte der später einsetzenden Entscheidungspraxis der Kommission¹³⁰ und der jüngsten Urteile des Europäischen Gerichtshofs¹³¹ wäre aber heute in einem vergleichbaren Fall die bloße Gleichstellung mit einer Vollrechtsübertragung nicht mehr hinreichend, um eine ausschließliche Lizenz vom Kartellverbot auszunehmen. Vielmehr wäre heute eine wirtschaftliche Einzelfallanalyse, wie sie ähnlich auch bei Alleinvertriebsverträgen vorzunehmen ist, erforderlich, um die Auswirkung der Lizenz auf die Marktstellung der Beteiligten sowie Dritter und damit ihre wettbewerbsrechtliche Relevanz beurteilen zu können. Im zweiten hier zu erwähnenden Fall *Ateliers de Construction c. Fabry* steht die endgültige Beurteilung einer ausschließlichen Lizenz mit Nichtangriffsklausel durch die französischen Gerichte noch aus. Der Kassationshof hat die Entscheidung der Cour d'appel de Douai, die eine wettbewerbsrechtliche Prüfung wegen eines zwischen den Parteien getroffenen Vergleichs abgelehnt hatte, aufgehoben und den Fall zur Prüfung der wettbewerbsrechtlichen Fragen an die Cour d'appel de Lyon zurückgewiesen¹³².

Schließlich ist der Fall eines für wettbewerbswidrig erklärten Verbandsbeschlusses zu erwähnen. Ein Verband von Gemüsehändlern kontrollierte den Zugang zu einer regionalen Gemüsebörse, die von diesem Verband und den in der Region ansässigen Produzenten gegründet worden war. Der Verband verpflichtete seine Mitglieder durch eine entsprechende Satzungsbestimmung, Geschäfte an dieser Börse ausschließlich für eigene Rechnung zu tätigen. Ein Mitglied, das gegen diese Bestimmung verstieß, wurde kurzerhand aus dem Verband und damit vom Zutritt zur Gemüsebörse ausgeschlossen. Damit war dem Betroffenen offenbar zugleich der Zutritt zum regionalen Markt praktisch versperrt. Die Gerichte erklärten den Verbands-

¹²⁸ Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *Laffort c. Sarbach* (oben N. 31).

¹²⁹ ABl. 1962, S. 2922, Ziff. I A 1.

¹³⁰ Siehe Kommission 22. 12. 1971 – 72/25/EWG (*Burroughs/Delplanque*) und 72/26/EWG (*Burroughs/Geha-Werke*), ABl. 1972 L 13/50 und 53; 9. 6. 1972 – 72/237/EWG (*Davidson Rubber Co.*), ABl. 1972 L 143/31; 9. 6. 1972 – 72/238/EWG (*Raymond/Nagoya*), ABl. 1972 L 143/39.

¹³¹ EuGH 8. 6. 1982 – Rs. 258/78 (*Nungesser und Eisele ./. Kommission – »Wettbewerb: Ausschließliche Lizenz – Sortenschutzrecht«*), Slg. 1982, 2015; 6. 10. 1982 – Rs. 262/81 (*Coditel ./. Ciné-Vog Films*), Slg. 1982, 3381.

¹³² Cour de Cassation 26. 3. 1979 – *Ateliers de Construction c. Fabry* (oben N. 31).

beschluß für wettbewerbswidrig¹³³. Dabei ließen sie es jedoch dahingestellt, ob die Nichtigkeit des Beschlusses auf der Grundlage des internen oder des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts auszusprechen sei, weil die Anwendung des einen wie des anderen Rechts zu demselben Ergebnis führe. Somit ist implizit ein Verstoß gegen Art. 85 I EWGV bejaht worden, ohne daß allerdings ersichtlich wäre, wie diese Wettbewerbsbeschränkung zu einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels hätte führen können.

(4) »Spürbarkeit« als Relevanzkriterium

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich bereits, daß die französischen Gerichte den quantitativen Gesichtspunkt der Spürbarkeit¹³⁴ einer Wettbewerbsbeschränkung, soweit er überhaupt Eingang in die Urteilerwägungen findet, an sich zutreffend im Gesamtzusammenhang der wettbewerbsrechtlichen Würdigung einer bestimmten Vereinbarung berücksichtigen. Es ist aber schon darauf hingewiesen worden, daß die französischen Gerichte die dafür erforderliche wirtschaftliche Analyse der Umstände des einzelnen Falles, wie sie der Europäische Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung im Fall *L.T.M. ./ M.B.U.* vorgezeichnet hatte, durchweg vermissen lassen. Wiederum war es praktisch allein das Endurteil, das die Cour d'appel de Paris in diesem Fall im Anschluß an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs erlassen hat, welches die Marktstellung der Beteiligten angemessen analysierte und erst auf dieser Grundlage das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung wegen Geringfügigkeit ablehnte¹³⁵. In den Entscheidungen, die sich mit Bierlieferungs-¹³⁶ bzw. Tankstellenverträgen¹³⁷ zu befassen hatten, ist die Spürbarkeit demgegenüber pauschal und ohne nähere Marktanalyse mit eher formelhaften Wendungen verneint worden. Andererseits gibt es Fälle, in denen die Unsicherheit der Gerichte hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Würdigung von Alleinvertriebsverträgen offensichtlich gerade mit dem Verzicht auf jegliche quantitative Bewertung zusammenhängt. So hätte es etwa in den Fällen *Roubaix c. Roux*¹³⁸, *Cadillon c.*

¹³³ Cour d'appel de Rennes 9. 7. 1980 und Cour de Cassation 1. 3. 1982 – *Syndicat des expéditeurs c. L'Hourre* (oben N. 32).

¹³⁴ Dieses Kriterium hat der Europäische Gerichtshof zum ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal des Art. 85 I EWGV erhoben. Siehe vor allem EuGH 9. 7. 1969 – Rs. 5/69 (*Voelk ./. Vervaecke*), Slg. 1969, 295 (302).

¹³⁵ EuGH 30. 6. 1966 und Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *L.T.M. c. M.B.U.* (oben N. 22).

¹³⁶ Siehe die oben N. 28 aufgeführten Entscheidungen.

¹³⁷ Siehe die oben N. 29 aufgeführten Entscheidungen.

¹³⁸ Cour d'appel de Paris 5. 7. 1975 (oben N. 22).

Höss¹³⁹ oder auch *Béguelin c. Import Export*¹⁴⁰ nahegelegen, angesichts der offenbar schwachen Marktstellung der Beteiligten die Anwendung des Kartellverbots wegen Geringfügigkeit von vornherein abzulehnen. Statt dessen rekurrten die Gerichte auf eine mögliche Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 67/67 und legten dem Europäischen Gerichtshof dazu nicht immer ganz einfach nachvollziehbare Interpretationsschwierigkeiten zur Entscheidung vor¹⁴¹. Nur im Fall *V.I. c. S.F.E.R.* hat sich die Cour d'appel de Paris einmal auf die Bagatellbekanntmachung der Kommission vom 17. 5. 1970¹⁴² berufen, eine Tatsachenwürdigung aber mangels entsprechenden Parteivortrags nicht wirklich vornehmen können.

(5) »Handelsbeeinträchtigung« als Abgrenzungskriterium

Wettbewerbsbeschränkungen, selbst wenn ihre Wirkungen die Grenze der Spürbarkeit überschreiten, werden von Art. 85 I EWGV nur dann erfaßt, wenn sie geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung bestimmt somit den eigentlichen Schutzzweck und den sachlichen Anwendungsbereich des Kartellverbots. Es wird daher von französischen Gerichten oft geradezu als präjudizielles Tatbestandsmerkmal behandelt¹⁴³. Indem die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten dieses Tatbestandsmerkmal konkretisieren, entscheiden sie also zugleich über die Stellung des Wettbewerbs im Integrationsprozeß. Diese Entscheidung wird wesentlich dadurch determiniert, ob die Gerichte ihre Auslegung eher an der Vorstellung orientieren, der EWG-Vertrag ziele auf die Schaffung binnenmarktähnlicher Verhältnisse ab (Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs), oder eher an der Vorstellung, der Vertrag habe lediglich die Liberalisierung des Außenhandels der Mitgliedstaaten im Verhältnis zueinander (Öffnung der nationalen Märkte) im Auge. Die letztgenannte Vorstellung kommt immer dann zum Ausdruck, wenn die Ein- oder Ausfuhr unmittelbar als Bezugspunkt der Handelsbeeinträchtigung angesehen wird, während die zuerst genannte Betrachtungsweise die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Gemeinsamen Markt zum Maßstab erhebt. Der Europäische Gerichtshof hat sich eindeutig für die Orientierung des Begriffs der Handelsbeeinträchtigung an der Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs entschieden, indem er im Fall *Bilger* ./ Jehle klarstellte, daß dem Begriff der Handelsbeeinträchtigung eine weitere Bedeutung zukomme

¹³⁹ Trib.com.Lyon 24. 9. 1970 (oben N. 23).

¹⁴⁰ Trib.com.Nice 8. 2. 1971 (oben N. 27).

¹⁴¹ Cour d'appel de Paris 26. 5. 1976, Cour de Cassation 3. 4. 1978 – *V.I. c. S.F.E.R.* (oben N. 23).

¹⁴² ABl. 1970 C 64/1.

¹⁴³ Siehe etwa Cour d'appel de Paris 12. 6. 1970 – *Mélet c. Piedboef* (oben N. 28).

als dem Begriff der Ein- und Ausfuhr¹⁴⁴. Daher kann eine Handelsbeeinträchtigung auch dann vorliegen, wenn eine Vereinbarung sich nicht unmittelbar auf die zwischenstaatlichen Handelsströme bezieht, sofern sie nur die Wettbewerbsverhältnisse in einer Weise beschränkt, die spürbare Rückwirkungen auf die Marktchancen von Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten hat. Schon im Fall *L. T. M. ./. M. B. U.* hatte der Gerichtshof sich dementsprechend auf den Standpunkt gestellt, daß es für die Festlegung einer Handelsbeeinträchtigung genüge, wenn eine Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann, und daß es darauf ankomme, ob die fragliche Vereinbarung auf dem Markt für bestimmte Waren Handelsschranken zwischen Mitgliedstaaten errichtet und die gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung erschwert¹⁴⁵.

Soweit die französischen Gerichte überhaupt Aussagen zum Merkmal der Handelsbeeinträchtigung machen, läßt sich den entsprechenden Formulierungen die Tendenz entnehmen, der vom Europäischen Gerichtshof vorgezeichneten Orientierung an der Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs nicht zu folgen und statt dessen den engeren Gesichtspunkt der unmittelbaren Beeinträchtigung der zwischenstaatlichen Ein- und Ausfuhr zum Maßstab zu erheben. Dies ergibt sich daraus, daß die Gerichte bei der Beurteilung der Zwischenstaatlichkeit wettbewerbsbeschränkender Wirkungen auf Gesichtspunkte wie den Sitz der beteiligten Unternehmen¹⁴⁶ oder die Herkunft der Produkte abstellen: So ist das Vorliegen einer Handelsbeeinträchtigung durch Alleinvertriebsverträge abgelehnt worden, weil nur inländische Unternehmen daran beteiligt waren¹⁴⁷, weil der Hersteller außerhalb der Gemeinschaft ansässig war¹⁴⁸ oder weil die fraglichen Produkte inländischer¹⁴⁹ oder überhaupt gemeinschaftsfremder¹⁵⁰ Herkunft waren. Demgemäß wurde den fraglichen Vereinbarungen entweder eine reine Inlandswirkung attestiert, oder ihre Wirkung wurde auf den Handel mit Drittstaaten bezogen, die nicht der Gemeinschaft angehörten. Demgegenüber hat der Europäische Gerichtshof betont, daß der Sitz eines Unternehmens für die

¹⁴⁴ EuGH 18. 3. 1970 – Rs. 43/69 (*Bilger ./. Jehle*), Slg. 1970, 127.

¹⁴⁵ EuGH 30. 6. 1966 – *L. T. M. ./. M. B. U.* (oben N. 22).

¹⁴⁶ Auf die Bedeutung, die in diesem Zusammenhang grenzüberschreitenden Unternehmensverflechtungen beigemessen wird, ist bereits eingegangen worden (oben IV 1 a [1]).

¹⁴⁷ Siehe Cour d'appel d'Amiens 9. 5. 1963 – *Nicolas et Brandt* (oben N. 26); Trib. gr. inst. Paris 12. 6. 1974 – *Camuset c. Fédération française de football et Adidas* (oben N. 26); Cour d'appel de Colmar 22. 5. 1974 – *Carnot et Rozemberg c. Adelschöffen* (oben N. 28).

¹⁴⁸ So Trib. com. Seine 5. 3. 1963 – *Rivière c. Maison du Whisky* (oben N. 27); Trib. com. Seine 13. 5. 1965 – »Whisky« (oben N. 27); vgl. dazu ferner Trib. com. Nice 8. 2. 1971 – *Béguelin c. Import Export* (oben N. 27).

¹⁴⁹ Cour d'appel d'Amiens 9. 5. 1963 – *Nicolas et Brandt* (oben N. 26); Trib. gr. inst. Paris 12. 6. 1974 – *Camuset c. Fédération française de football et Adidas* (oben N. 26).

¹⁵⁰ Trib. com. Seine 13. 5. 1965 – »Whisky« (oben N. 27); vgl. dazu auch Trib. com. Nice 8. 2. 1971 – *Béguelin c. Import Export* (oben N. 27).

Beurteilung der von Art. 85 EWGV erfaßten Wirkungen im Gemeinsamen Markt unerheblich ist¹⁵¹ und daß auch Vereinbarungen zwischen Unternehmen ein und desselben Mitgliedstaates mit Bezug auf reine Inlandswaren im Einzelfall einmal wettbewerbswidrig und handelsbeeinträchtigend sein können¹⁵². Entscheidend ist also auch insoweit, daß sich die Gerichte nicht an Formeln festhalten, sondern eine wirtschaftliche Bewertung der konkreten Umstände vornehmen.

Eine weitere Verengung der von Art. 85 I EWGV geforderten Betrachtungsweise läßt sich auch hinsichtlich regionaler Marktaufteilungsstrategien feststellen. Zwar ist dort, wo Alleinvertriebsrechte durch Reexport- oder Parallelimportverbote geschützt wurden, nicht nur die wettbewerbsbeschränkende, sondern zutreffend auch zugleich die handelsbeeinträchtigende Wirkung bejaht worden¹⁵³. Beide Gesichtspunkte fallen insoweit notwendig zusammen. Umgekehrt wirken sich aber das ausschließliche Abstellen auf das Fehlen vertraglicher Ex- oder Importverbote¹⁵⁴ sowie der Verzicht auf die wirtschaftliche Analyse der tatsächlichen Funktionsweise eines Vertrages und seiner etwaigen Einbettung in ein System länderspezifischer Vertriebsrechte auch in diesem Zusammenhang als unzulässige Verkürzung des gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Maßstabs aus. Daher wäre es höchst unbefriedigend, wenn insbesondere das Beispiel der Entscheidung der Cour d'appel d'Amiens im Fall *Nicolas et Brandt*¹⁵⁵ Nachahmung fände, in der die bloße Inlandswirkung eines gemeinschaftsweiten, aber doch länderspezifisch organisierten Alleinvertriebssystems¹⁵⁶ allein mit dem Fehlen vertraglicher Ex- und Importverbote begründet wurde. Dem wäre mit dem Europäischen Gerichtshof entgegenzuhalten, daß eine Alleinvertriebsvereinbarung insbesondere auch dann geeignet ist, »den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und den Wettbewerb zu stören, wenn sie in Verbindung mit einer nationalen Gesetzgebung über den unlauteren Wettbewerb dem Konzessionär die Möglichkeit gibt, Paralleleinfuhren aus anderen Mitgliedstaaten in das ihm eingeräumte Gebiet zu unterbinden«¹⁵⁷. Aber selbst beim Fehlen

¹⁵¹ Siehe EuGH 25. 11. 1971 – *Béguelin ./. Import Export* (oben N. 27).

¹⁵² Siehe EuGH 3. 2. 1976 – *Roubaix c. Roux* (oben N. 22).

¹⁵³ So Cour d'appel de Paris 26. 5. 1976 – *V.I. c. S.F.E.R.* (oben N. 23); Trib.com.Marseille 13. 5. 1964 – *Telefunken c. Aubin et Pucci* (oben N. 27); vgl. auch Trib.com.Paris 28. 2. 1979 – *Marty c. Lauder* (oben N. 26).

¹⁵⁴ So Cour d'appel d'Amiens 9. 5. 1963 – *Nicolas et Brandt* (oben N. 26); Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *L.T.M. c. M.B.U.* (oben N. 22); Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *Laffort c. Sarbach* (oben N. 31).

¹⁵⁵ Cour d'appel d'Amiens 9. 5. 1963 – *Nicolas et Brandt* (oben N. 26); vgl. auch Cour d'appel de Paris 27. 4. 1968 – *Lavecire c. Isobel* (oben N. 22).

¹⁵⁶ Nicht vergleichbar sind insoweit die Urteile Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *L.T.M. c. M.B.U.* (oben N. 22) und Cour d'appel de Paris 22. 2. 1967 – *Laffort c. Sarbach* (oben N. 31), in denen es um isolierte Vertragsbeziehungen ging.

¹⁵⁷ EuGH 25. 11. 1971 – *Béguelin ./. Import Export* (oben N. 27) 960. Der Versuch, Parallelimporte aufgrund des französischen Unlauterkeitsrechts vom Inlandsmarkt fernzu-

einer solchen Gesetzgebung kann die tatsächliche Handhabung eines Systems von Vereinbarungen im einzelnen Fall durchaus marktaufteilend wirken. Somit erweist sich erneut, daß die formelhafte Verwendung bestimmter Kriterien die Gefahr in sich birgt, daß der Blick für die wirtschaftlichen Realitäten verstellt wird.

b) Nichtigkeitsfolge (Art. 85 II EWGV)

Die Anwendung der Nichtigkeitsfolge durch die nationalen Gerichte wird in dem gleichen Maße wie das Prinzip der unmittelbaren Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln durch die verfahrensrechtlichen Bestimmungen der Verordnung Nr. 17 beeinflusst. Der Grundsatz, daß die Nichtigkeitsfolge eintritt, ohne daß es dazu einer vorherigen Entscheidung der Kommission bedürfte¹⁵⁸, wird durch die vom Europäischen Gerichtshof zur vorläufigen Gültigkeit von Kartellverträgen entwickelten Grundsätze ebenso relativiert wie durch die den nationalen Gerichten vom Gerichtshof eingeräumten Möglichkeiten der Verfahrensaussetzung¹⁵⁹. Unter beiden Gesichtspunkten darf die Annullierung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen aber letztlich nur dann von einer vorherigen Entscheidung der Kommission abhängig gemacht werden, wenn es der Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes verlangt¹⁶⁰. Dies ist insbesondere der Fall bei Altkartellen, für die bei der Kommission eine Freistellung beantragt ist; es kann aber im Einzelfall auch einmal für ein Neukartell gelten, mit dessen Freistellung oder Annullierung die Kommission befaßt ist, sofern dem nationalen Gericht eine eigene Entscheidung hierüber zweifelhaft erscheint¹⁶¹. Unzulässig ist aber die Suspendierung der Nichtigkeitsfolge mit der bloßen Begründung, die Kommission sei ebenfalls um eine Entscheidung ersucht worden und habe womöglich bereits ein entsprechendes Verfahren eingeleitet. Mit solchen rein verfahrensrechtlichen Erwägungen dürfen einer Partei nicht Rechte genommen werden, die ihr das Gemeinschaftsrecht ausdrücklich einräumt.

Die französischen Gerichte haben diesen Grundsätzen nicht immer Rechnung getragen. Was die Behandlung von Neukartellen angeht, so ist die

halten, ist immerhin in folgenden der oben in N. 27 aufgeführten Fälle erfolgreich gewesen: Trib.com.Seine 5. 3. 1963 – *Rivière c. Maison du Whisky*; Trib.com.Marseille 13. 5. 1964 – *Telefunken c. Aubin et Pucci*; Trib.com.Seine 9. 7. 1964 – *Madimpex c. B.A.P.*; Trib.com.Seine 13. 5. 1965 – »*Whisky*«.

¹⁵⁸ Dieser Grundsatz ist in Art. 1 der VO 17 ausdrücklich niedergelegt worden, so daß für das Verhältnis von Art. 85 I und III EWGV von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt auszugehen ist.

¹⁵⁹ Siehe dazu des näheren bereits im Zusammenhang mit der Erörterung des Prinzips der unmittelbaren Anwendbarkeit (oben III 1).

¹⁶⁰ So EuGH 6. 2. 1973 – »*Haecht II*« (oben N. 64).

¹⁶¹ So EuGH 30. 1. 1974 – »*BRT I*« (oben N. 4).

sofortige Nichtigkeit nur im Fall *Stricker-Boats c. Garoche*¹⁶² ausgesprochen worden. Im Fall *Roubaix c. Roux*, in dem es ebenfalls um ein Neukartell ging, hat nur die erste Instanz das Prinzip der sofortigen Nichtigkeit angewendet, während die *Cour d'appel de Paris* ohne nähere Begründung allein wegen der Anmeldung des Vertrages bei der Kommission unzutreffend von seiner vorläufigen Gültigkeit ausgegangen ist¹⁶³. Demgegenüber haben die Gerichte im Strafverfahren *S.M.P.O. Rallye c. Vogt et Will (Grundig-France)* ein angemeldetes Neukartell im Ergebnis als vorläufig gültig behandelt (und dem Strafanspruch wegen Lieferverweigerung zunächst nicht stattgegeben) aus der gemeinschaftsrechtlich nicht zu beanstandenden Erwägung, daß die Rechtssicherheit es in diesem Fall gebiete, das Verfahren auszusetzen und die Kommissionsentscheidung abzuwarten¹⁶⁴. Im Ergebnis zutreffend sind in zwei Fällen angemeldete Altkartelle (Alleinvertriebsverträge) als vorläufig gültig behandelt worden, indem das Gericht das Verfahren bis zu einer Kommissionsentscheidung aussetzte und den gegen die Parallelimporteure gerichteten Unterlassungsklagen vorläufig stattgab¹⁶⁵. Hingegen entsprach es nicht den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen, wenn die *Cour d'appel de Paris* im Fall *Consten c. U.N.E.F.* und das *Tribunal de grande instance de Strasbourg* im Fall *Consten c. Leissner* ihre Entscheidungen über ein nichtangemeldetes (aber anmeldungsbedürftiges) Altkartell (Alleinvertriebsvertrag) bis zur Entscheidung der Kommission im dort anhängigen Verbotsverfahren aussetzten und dem Kartellvertrag damit im Ergebnis zur vorläufigen Gültigkeit verhalfen¹⁶⁶. Auf dieser Linie lag auch das Urteil des *Tribunal de commerce de la Seine* im »Rechenmaschinen«-Fall¹⁶⁷.

Über diese ausdrücklichen oder impliziten Stellungnahmen französischer Gerichte zur Suspendierung der Nichtigkeitsfolge hinaus lassen sich einigen Entscheidungen auch materiellrechtliche Aussagen zur Geltendmachung und zum Umfang der Nichtigkeit entnehmen: Im Fall *Laffort c. Sarbach* hatte sich das Gericht mit dem Einwand zu befassen, daß es für eine am möglicherweise wettbewerbswidrigen Vertrag beteiligte Partei widersprüchlich sei, sich auf die Nichtigkeit nach Art. 85 II EWGV zu berufen gemäß dem Grundsatz »*nemo auditur turpitudinem suam allegans*«. Die *Cour d'appel de Paris* wies diesen Einwand mit dem Argument zurück, Art. 85 EWGV sei

¹⁶² *Cour d'appel de Paris* 20. 12. 1971 und *Cour de Cassation* 8. 5. 1973 (oben N. 23).

¹⁶³ Siehe *Trib.com.Paris* 1. 8. 1973 und *Cour d'appel de Paris* 5. 7. 1975 – *Roubaix c. Roux* (oben N. 22).

¹⁶⁴ *Trib.corr.Nanterre* 21. 1. 1981 und *Cour d'appel de Versailles* 11. 12. 1981 – *S.M.P.O. Rallye c. Vogt et Will (Grundig-France)* (oben N. 26).

¹⁶⁵ *Trib.com.Seine* 5. 3. 1963 – *Rivière c. Maison du Whisky* (oben N. 27); *Trib.com.Seine* 9. 7. 1964 – *Madimpex c. B.A.P.* (oben N. 27).

¹⁶⁶ *Cour d'appel de Paris* 26. 1. 1963 – *Consten c. U.N.E.F.* und *Trib.gr.inst.Strasbourg* 3. 6. 1965 – *Consten c. Leissner* (oben N. 27).

¹⁶⁷ *Trib.com.Seine* 1. 5. 1964 – »*Rechenmaschinen*« (oben N. 27).

Bestandteil des *ordre public* und stehe nicht zur Disposition der Parteien¹⁶⁸. Im Fall *Stricker-Boats c. Garoche* ging es um den Umfang der Nichtigkeit. Er bestimmt sich jedenfalls insoweit nach nationalem Recht, als es um die Kriterien geht, nach denen der Fortbestand des Restvertrages zu beurteilen ist¹⁶⁹. Im genannten Fall begründete die *Cour d'appel de Paris* die Gesamtnichtigkeit des Vertrages mit der Erwägung, die nichtige Ausschließlichkeitsklausel sei die entscheidende Bedingung dafür gewesen, daß sich die Parteien auf ihre wechselseitigen Verpflichtungen aus dem Alleinvertriebsvertrag eingelassen hätten¹⁷⁰. Die Frage der Nichtigkeit von Folgeverträgen hat das *Tribunal de commerce de Paris* in seiner erstinstanzlichen Entscheidung im Fall *Roubaix c. Roux* positiv entschieden: Der Zusammenhang zwischen einer Unterkonzession für ein Alleinvertriebsrecht, die als solche wohl unbedenklich gewesen wäre, und einer nach Meinung des Gerichts wettbewerbswidrigen Hauptkonzession, welche die Grundlage der ersteren bildete, wurde für ausreichend gehalten, um die Nichtigkeitsfolge auch auf dieses Vertragsverhältnis zu erstrecken¹⁷¹. Die Berufungsinstanz lehnte diese Betrachtung allerdings implizit ab, indem sie die Unterkonzession zu Recht einer eigenständigen wettbewerbsrechtlichen Würdigung unterwarf¹⁷², nachdem sie die Hauptkonzession – allerdings unzutreffend – für vorläufig gültig erklärt hatte¹⁷³.

Schließlich ist zu erwähnen, daß die Frage der Sanktionierung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln durch Schadenersatzansprüche jüngst im Fall *Syndicat d'expéditeurs c. L'Hourre* angesprochen worden ist. Die *Cour de Cassation* hat diese Frage zutreffend nationalem Recht unterstellt und die Möglichkeit des Schadenersatzes im Grundsatz ausdrücklich anerkannt mit der Begründung, daß Verstöße gegen Art. 85 EWGV genauso zu behandeln seien wie Verstöße gegen Art. 50 der französischen Preisverordnung Nr. 45-1483 vom 30. 6. 1945¹⁷⁴, die nach allgemeinem Deliktsrecht Schadenersatzansprüche auslösen¹⁷⁵.

¹⁶⁸ *Cour d'appel de Paris* 22. 2. 1967 – *Laffort c. Sarbach* (oben N. 31).

¹⁶⁹ EuGH 30. 6. 1966 – *L.T.M. ./ M.B.U.* (oben N. 22); siehe dazu jetzt auch EuGH 14. 12. 1983 – Rs. 319/82 (*Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est S.A. ./ Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG*) (noch nicht veröffentlicht).

¹⁷⁰ *Cour d'appel de Paris* 20. 12. 1971 – *Stricker-Boats c. Garoche* (oben N. 23).

¹⁷¹ *Trib.com.Paris* 1. 8. 1973 – *Roubaix c. Roux* (oben N. 22).

¹⁷² Vgl. dazu jetzt EuGH 14. 12. 1983 – *Société de Vente de Ciments et Bétons ./ Kerpen* (oben N. 169).

¹⁷³ *Cour d'appel de Paris* 5. 7. 1975 – *Roubaix c. Roux* (oben N. 22).

¹⁷⁴ Siehe oben N. 12.

¹⁷⁵ *Cour de Cassation* 1. 3. 1982 – *Syndicat des expéditeurs c. L'Hourre* (oben N. 32).

c) Freistellung (Art. 85 III EWGV)

In drei Fällen, welche in die Anfangsphase der Rechtsprechung zum gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht fallen, haben französische Gerichte unter Verstoß gegen die ausschließliche Kompetenz der Kommission individuelle Freistellungen von Alleinvertriebsverträgen vorgenommen¹⁷⁶. Die Argumentation ist dabei auf zwei Ebenen verlaufen: Zum einen haben die Gerichte den in Art. 85 EWGV zugrunde gelegten Wettbewerbsbegriff auf den Interbrand-Wettbewerb eingeschränkt. Demgemäß hat man eine Unterscheidung getroffen zwischen horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen, die allein vom Kartellverbot erfaßt würden, und vertikalen Vereinbarungen, die nicht eigentlich den Wettbewerb beschränkten, sondern nur den Vertrieb organisierten. Zum anderen hat man auf die positiven wirtschaftlichen Auswirkungen von Alleinvertriebsverträgen im Sinne der Markterschließung und der Qualität der Versorgung der Verbraucher abgestellt. In diesem Zusammenhang sind auch die Erwägungen herangezogen worden, welche die französische Rechtsprechung der Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen im Hinblick auf die Rechtfertigung von Lieferverweigerungen zugrunde gelegt hat¹⁷⁷, wie insbesondere die Erforderlichkeit einer Beschränkung der Vertriebswege wegen der besonderen Beschaffenheit der gebundenen Produkte und der Sicherung von Garantie- und Wartungsleistungen (after-sale service). Die Gerichte haben also die in Art. 85 III EWGV angelegte Abwägung entsprechend dem für das französische Recht typischen bilan économique vorgenommen und danach »gute« von »schlechten« Kartellen unterschieden. Wenngleich die französischen Gerichte damit ihre Kompetenz überschritten haben, ist doch immerhin festzustellen, daß die von ihnen materiell der Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen zugrunde gelegten Kriterien im Kern bereits Gesichtspunkte enthalten, die später auch im Gemeinschaftsrecht für die Bewertung von selektiven Vertriebssystemen für erheblich erachtet worden sind¹⁷⁸.

Von den gemeinschaftsrechtlichen Gruppenfreistellungen hat in der französischen Rechtsprechung praktisch nur die Verordnung Nr. 67/67¹⁷⁹ eine Rolle gespielt. Mit der Anwendung dieser Verordnung haben die Gerichte aber durchweg Schwierigkeiten gehabt. Im Fall *Cadillon c. Höss* mußte das französische Gericht erst vom Europäischen Gerichtshof auf die eventuelle

¹⁷⁶ Trib.com.Seine 25. 6. 1962 – *S.A.R.I.E. c. U.N.E.F.* (oben N. 27); Trib.com.Seine 21. 5. 1962 – *Consten c. U.N.E.F.* (oben N. 27); Trib.com.Marseille 13. 5. 1964 – *Telefunken c. Aubin et Pucci* (oben N. 27).

¹⁷⁷ Siehe dazu des näheren oben N. 25.

¹⁷⁸ Siehe insbesondere EuGH 25. 10. 1977 – Rs. 26/76 (*Metro SB-Großmärkte ./.* Kommission – »Selektives Vertriebssystem«), Slg. 1977, 1875.

¹⁷⁹ Verordnung Nr. 67/67 der Kommission vom 22. 3. 1967 über die Anwendung von Artikel 85 Abs. (3) des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen, ABl. 1967, S. 849.

Anwendbarkeit der Gruppenfreistellung hingewiesen werden¹⁸⁰. Im Fall *Mélet c. Piedboef* hat sich die Cour d'appel de Paris auf die Gruppenfreistellung berufen, obwohl sie den zu beurteilenden Bierlieferungsvertrag schon nach Art. 85 I EWGV für unbedenklich hielt¹⁸¹. Im Fall *Stricker-Boats c. Garoche* hielt die erste Instanz die Gruppenfreistellung für ebenso zweifelsfrei anwendbar, wie die höheren Instanzen sie für offensichtlich unanwendbar hielten, weil der zu beurteilende Vertrag Parallelimporte ausschloß (Art. 3 VO 67/67)¹⁸². Auslegungsprobleme, die zu Vorlagen an den Europäischen Gerichtshof führten, ergaben sich in zwei Fällen: Im Fall *Béguelin c. Import Export* hatte das Tribunal de commerce de Nice Zweifel, ob die Anwendung der Gruppenfreistellung durch ein vertragliches Reexportverbot ausgeschlossen werde¹⁸³. Im Fall *Roubaix c. Roux* sah die Cour d'appel de Paris hinsichtlich der Behandlung reiner Inlandskartelle einen Widerspruch zwischen Art. 4(2) VO 17, der solche Verträge von der Anmeldung befreit, und Art. 1(2) VO 67/67, der sie von der Gruppenfreistellung ausnimmt. Anstatt den naheliegenden Schluß zu ziehen, daß solche Verträge regelmäßig schon vom Kartellverbot nicht erfaßt werden, hielt es das Gericht für möglich, den entgegengesetzten Schluß zu ziehen¹⁸⁴.

2. Art. 86 EWG-Vertrag

In zwei Fällen ist vor den französischen Gerichten der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 86 EWGV geltend gemacht worden. In beiden Fällen scheiterte die Anwendung dieser Vorschrift daran, daß die Gerichte eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch die inkriminierten Verhaltensweisen verneinten:

Im Fall *Fédération nationale des cinémas français c. O.R.T.F.* versuchte der französische Filmtheaterverband die Ausstrahlung von Filmen durch das staatliche Fernsehen als mißbräuchliche Monopolausnutzung zu unterbinden. Das Tribunal de commerce de la Seine wich einer wirtschaftlichen Analyse der Marktstellung und des Verhaltens des O.R.T.F. mit der Erwägung aus, daß durch eine etwaige marktbeherrschende Stellung des staatlichen Fernsehens jedenfalls der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht berührt werde¹⁸⁵. Diese Erwägung war angesichts der Existenz eines grenzüberschreitenden Marktes selbst für französischsprachige Filme offensicht-

¹⁸⁰ Trib.com.Lyon 24. 9. 1970, EuGH 6. 5. 1971 – *Cadillon c. Höss* (oben N. 23).

¹⁸¹ Cour d'appel de Paris 12. 6. 1970 – *Mélet c. Piedboef* (oben N. 28).

¹⁸² Trib.com.Seine 1. 7. 1970, Cour d'appel de Paris 20. 12. 1971, Cour de Cassation 8. 5. 1973 – *Stricker-Boats c. Garoche* (oben N. 23).

¹⁸³ Trib.com.Nice 8. 2. 1971, EuGH 25. 11. 1971 – *Béguelin c. Import Export* (oben N. 27).

¹⁸⁴ Cour d'appel de Paris 5. 7. 1975, EuGH 3. 2. 1976 – *Roubaix c. Roux* (oben N. 22).

¹⁸⁵ Trib.com.Seine 8. 3. 1965 – *Fédération nationale des cinémas français c. O.R.T.F.* (oben N. 33).

lich unzutreffend. In der Berufungsinanz wurde die wirtschaftliche Analyse dann zumindest auf der Grundlage des französischen Wettbewerbsrechts durch Einholung einer Stellungnahme der Wettbewerbskommission nachgeholt¹⁸⁶. Die Kommission lehnte es ihrerseits ab, die Ausstrahlung von Kinofilmen durch das Fernsehen als Mißbrauch zu qualifizieren, weil das Fernsehen dadurch nicht die Marktverhältnisse habe beeinflussen wollen, sondern nur die durch die technische Entwicklung eröffneten Möglichkeiten ausnutze¹⁸⁷. Die Erwägung, daß Verhaltensmöglichkeiten, die einem Monopolisten allein aufgrund der technischen Entwicklung zuwachsen, als solche nicht mißbräuchlich sind, dürfte auch gemeinschaftsrechtlich nicht zu beanstanden sein.

Im Fall *Greenwich c. S.A.C.E.M.* ging es um die vom Europäischen Gerichtshof bereits im Fall *BRT ./. SABAM*¹⁸⁸ entschiedene Frage, ob eine Gesellschaft zur Verwertung von Urheberrechten eine marktbeherrschende Stellung innehatte und diese dadurch mißbräuchlich ausnutzte, daß sie ihre Mitglieder verpflichtete, ihre Urheberrechte stets vollständig, langfristig und für die gesamte Welt zu übertragen. Die Möglichkeit, daß durch eine solche Verpflichtung der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt wird, besteht darin, daß den Urhebern die Freiheit genommen wird, für die Wahrnehmung ihrer Rechte in anderen Mitgliedstaaten die Dienste der dort ansässigen Verwertungsgesellschaften in Anspruch zu nehmen. Da im vorliegenden Fall um Gebühren für die Verwertung musikalischer Kompositionen in Drittländern gestritten wurde, verneinte die *Cour d'appel de Paris* eine im Sinne des Art. 86 EWGV relevante Handelsbeeinträchtigung¹⁸⁹. Die *Cour de Cassation* hingegen hatte Zweifel und legte die Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor¹⁹⁰. Der Gerichtshof deutete an, daß die Anwendung des Art. 86 EWGV nicht mit der bloßen Erwägung vermieden werden könne, daß in concreto nur die Abwicklung der inkriminierten Verträge in Drittländern zur Diskussion stehe. Eine solche Isolierung bestimmter Teilwirkungen sei für die Beurteilung von Wahrnehmungsverträgen unzulässig. Vielmehr sei eine Gesamtwürdigung der Tätigkeit einer Verwertungsgesellschaft erforderlich. Ergebe sich daraus, daß die Gesellschaft eine marktbeherrschende Stellung einnimmt und daß sie diese durch mißbräuchliche Gestaltung ihrer Vertragsbedingungen ausnutzt, dann stehe der Umstand, daß diese Ausnutzung in einigen Fällen nur die Abwicklung von Verträgen in Drittländern betrifft, nicht der Annahme entgegen, daß der

¹⁸⁶ *Cour d'appel de Paris* 17. 5. 1967 (oben N. 33).

¹⁸⁷ Die entscheidende Passage des Gutachtens der Wettbewerbskommission vom 22. 11. 1968 ist wiedergegeben bei *Gide/Loyrette/Bouel*, *Le droit français de la concurrence et de la consommation* (1979) 128.

¹⁸⁸ EuGH 27. 3. 1974 – Rs. 127/73 (*BRT ./. SABAM – »BRT II«*), Slg. 1974, 313.

¹⁸⁹ *Cour d'appel de Paris* 7. 5. 1976 – *Greenwich c. S.A.C.E.M.* (oben N. 33).

¹⁹⁰ *Cour de Cassation* 12. 12. 1978 (oben N. 33).

zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt wird¹⁹¹. Obwohl hiernach eindeutig zunächst eine Würdigung der Marktstellung der S.A.C.E.M. und der von ihr praktizierten Vertragsbedingungen erforderlich gewesen wäre, schob die Cour de Cassation in ihrem Endurteil Art. 86 EWGV¹⁹² kurzerhand beiseite. Sie bestätigte das Berufungsurteil jetzt mit der Erwägung, das Gericht habe sein Beurteilungsermessen fehlerfrei ausgeübt, indem es den Nachweis für nicht geführt angesehen habe, daß durch die beanstandete Vertragsgestaltung der zwischenstaatliche Handel berührt werde. Statt dessen wäre eine Rückverweisung an eine Cour d'appel erforderlich gewesen, um eine erneute Prüfung in der Sache zu ermöglichen.

V. Verfahrensrechtliche Fragen

1. Verfahrensaussetzung wegen Einleitung eines Kommissionsverfahrens

Soweit die nationalen Gerichte im Falle der Einleitung eines Kommissionsverfahrens ausnahmsweise einmal aufgrund Art. 9(3) VO 17 berechtigt sind, ihr Verfahren bis zum Abschluß des Kommissionsverfahrens auszusetzen¹⁹³, kommt es auf die Frage an, unter welchen Voraussetzungen ein nationaler Richter davon ausgehen darf, daß die Kommission ein Verfahren »eingeleitet« hat. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sind in diesem Punkt spärlich. Immerhin hat der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung »Haecht II«¹⁹⁴ angedeutet, daß Art. 9(3) VO 17 einen hoheitlichen Rechtsakt der Kommission voraussetze, der deren Willen zum Ausdruck bringt, eine Entscheidung nach den dort genannten Artikeln herbeizuführen. Die bloße Bestätigung des Eingangs eines Antrags auf Erteilung eines Negativattests oder einer Anmeldung im Hinblick auf die Gewährung einer Freistellung könne nicht als Verfahrenseinleitung angesehen werden. Dem entspricht es, wenn französische Gerichte es abgelehnt haben, ein Verfahren aufgrund der bloßen Anmeldung einer Vereinbarung bei der Kommission auszusetzen¹⁹⁵. Sie haben die »Einleitung« eines Kommissionsverfahrens nur dann anerkannt, wenn sich dies aus einer unzweideutigen Äußerung der Kommission, insbesondere aus einer entsprechenden Mitteilung an die Parteien oder an die nationalen Instanzen ergab¹⁹⁶.

¹⁹¹ EuGH 25. 10. 1979 (oben N. 33).

¹⁹² Cour de Cassation 10. 6. 1980 (oben N. 33).

¹⁹³ Siehe dazu im einzelnen weiter oben im Zusammenhang mit der Erörterung des Grundsatzes der unmittelbaren Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln (oben III 1 a. E.).

¹⁹⁴ EuGH 6. 2. 1973 – »Haecht II« (oben N. 64) 88.

¹⁹⁵ So Trib.com.Seine 25. 6. 1962 – S.A.R.I.E. c. U.N.E.F. (oben N. 27); Cour d'appel d'Amiens 9. 5. 1963 – *Nicolas et Brandt* (oben N. 26).

¹⁹⁶ Cour d'appel de Paris 26. 1. 1963 – *Consten* c. U.N.E.F. (oben N. 27); Cour d'appel de

Zweifel haben sich gelegentlich auch hinsichtlich der Rechtsnatur von Erklärungen ergeben, mit denen die Kommission die Prüfung eines Falles abschließt. So war in den »Parfums«-Fällen¹⁹⁷ fraglich, ob ein bloßes Schreiben der Kommission, in dem sie ihre Ansicht mitteilte, daß für sie kein Anlaß bestehe, gegen die fraglichen Verträge einzuschreiten und daß das Verfahren daher eingestellt werden könne, ein Negativattest im Sinne von Art. 2 VO 17 darstelle. Die französischen Gerichte legten diese Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vor, der die Charakterisierung eines solchen Schreibens als Negativattest aus der Erwägung ablehnte, daß die in der Verordnung Nr. 17 für eine solche Entscheidung vorgesehenen Formalitäten nicht erfüllt gewesen seien¹⁹⁸. Dies bedeutet, daß ein Kommissionsverfahren nicht nur durch eine der in dieser Verordnung vorgesehenen Entscheidungen (Negativattest, Abstellungsanordnung, Freistellungserklärung) abgeschlossen werden kann, sondern auch durch eine bloße Verfahrenseinstellung ohne Entscheidung in der Sache.

2. Verfahrensaussetzung wegen Vorlage an den Europäischen Gerichtshof

Ein einzelstaatliches Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden können, ist nach Art. 177 III EWGV verpflichtet, Fragen der Auslegung des Gemeinschaftsrechts dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen. Diese Pflicht besteht nur dann nicht, wenn die Frage nicht entscheidungserheblich ist, wenn die Frage vom Europäischen Gerichtshof bereits geklärt worden ist oder wenn für die Beantwortung der Frage durch das nationale Gericht keinerlei vernünftige Zweifel möglich sind, wobei aber auch zu erwägen ist, daß Gerichte anderer Mitgliedstaaten möglicherweise zu einer abweichenden Beurteilung gelangen könnten¹⁹⁹. Der französische Kassationshof hat diesen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen in einigen, aber nicht in allen Fällen entsprochen: Zur Vorlage hat er sich nur ein einziges Mal entschlossen, nämlich im Fall *Greenwich c. S.A.C.E.M.*²⁰⁰. Obwohl der Europäische Gerichtshof die Frage der Rechtswidrigkeit von Vertragsbedingungen einer Urheberrechtsverwertungsgesellschaft, wie sie in diesem Fall streitig waren, im Grundsatz

Paris 22. 2. 1967 – *Laffort c. Sarbach* (oben N. 31); Cour de Cassation 26. 3. 1979 – *Ateliers de Construction c. Fabry* (oben N. 31); Trib. corr. Nanterre 21. 1. 1981 – *S.M.P.O. Rallye c. Vogt et Will (Grundig-France)* (oben N. 26).

¹⁹⁷ Trib. gr. inst. Paris 5. 7. 1978 – *Giry et Guerlain* (oben N. 26); Trib. com. Paris 28. 2. 1979 – *Marty c. Lauder* (oben N. 26).

¹⁹⁸ Siehe die Entscheidungen des EuGH vom 10. 7. 1980 (oben N. 26).

¹⁹⁹ Siehe dazu jetzt EuGH 6. 10. 1982 – Rs. 283/81 (*C.I.L.F.I.T. und Lanificio di Gavardo ./. Ministero della sanità – »Vorlagepflicht«*), Slg. 1982, 3415.

²⁰⁰ Cour de Cassation 12. 12. 1978 – *Greenwich c. S.A.C.E.M.* (oben N. 33).

bereits durch seine Entscheidung »BRT II«²⁰¹ geklärt hatte, war die Vorlage notwendig, weil es hier um die spezielle Frage ging, ob es für die Anwendung von Art. 86 EWGV (insbesondere für das Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung) von Bedeutung ist, wenn im anhängigen Verfahren lediglich über die Abwicklung von Verträgen in Drittländern gestritten wird. Andererseits hat der Kassationshof im Fall *Stricker-Boats c. Garoche*²⁰² die Anrufung des Europäischen Gerichtshofs mit der nicht zu beanstandenden Begründung abgelehnt, daß die Frage, inwieweit Art. 3 VO 67/67 bei Gewährung eines Gebietsschutzes für den Alleinvertriebsberechtigten die Freistellung des Alleinvertriebsvertrages ausschließt, vom Gerichtshof bereits in der Entscheidung *Béguélin ./ Import Export*²⁰³ hinreichend geklärt worden sei. In ähnlicher Weise hat der Kassationshof im Fall *S.E.B. c. Levarlet*²⁰⁴ für die Beurteilung eines Bierlieferungsvertrages auf die erste Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Fall *de Haecht ./ Wilkin und Janssen*²⁰⁵ hingewiesen, die Vorlage an den Gerichtshof dann aber genau genommen nicht mangels weiterer Klärungsbedürftigkeit der Rechtsfragen abgelehnt, sondern weil keine für einen Wettbewerbsverstoß hinreichenden Tatsachen vorgetragen worden seien. Diese Argumentationsfigur birgt die Gefahr in sich, daß dem Europäischen Gerichtshof Auslegungsprobleme entzogen werden, indem man Rechtsfragen in unzulässiger Weise in Tatfragen umdeutet, wie es jedenfalls im Fall *Nicolas et Brandt*²⁰⁶ eindeutig geschehen ist. Obwohl hier offensichtlich Anlaß bestanden hätte, den Begriff der Handelsbeeinträchtigung im Hinblick auf länderweise aufgeteilte Alleinvertriebsrechte vom Gerichtshof klären zu lassen, stellte sich die Cour de Cassation auf den Standpunkt, nach der rechtsfehlerfreien Tatsachenwürdigung durch die Berufungsinstanz sei von der Nichtanwendbarkeit des Art. 85 EWGV auszugehen.

Für die unteren Instanzen ist die Vorlage an den Europäischen Gerichtshof fakultativ. Im Fall *Fédération nationale des cinémas français c. O.R. T.F.* hat es das Tribunal de commerce de la Seine allein mit einem Hinweis auf die mangelnde Vorlagepflicht bewenden lassen, um ein Vorabentscheidungsersuchen abzulehnen²⁰⁷. In anderen Fällen haben aber auch französische Untergerichte durchaus von der Möglichkeit der Verfahrensaussetzung und der Vorlage an den Europäischen Gerichtshof Gebrauch gemacht. Zwei dieser Vorlagen stammen von Berufungsgerichten²⁰⁸, während der Europäische

²⁰¹ EuGH 27. 3. 1974 – »BRT II« (oben N. 188).

²⁰² Cour de Cassation 8. 5. 1973 – *Stricker-Boats c. Garoche* (oben N. 23).

²⁰³ EuGH 25. 11. 1971 – *Béguélin ./ Import Export* (oben N. 27).

²⁰⁴ Cour de Cassation 28. 1. 1975 – *S.E.B. c. Levarlet* (oben N. 28).

²⁰⁵ EuGH 12. 12. 1967 – *Brasserie de Haecht ./ Wilkin und Janssen* (oben N. 120).

²⁰⁶ Cour de Cassation 22. 10. 1964 – *Nicolas et Brandt* (oben N. 26).

²⁰⁷ Trib. com. Seine 8. 3. 1965 – *Féd. nat. des cinémas français c. O.R. T.F.* (oben N. 33).

²⁰⁸ Cour d'appel de Paris 7. 7. 1965 – *L.T.M. c. M.B.U.* (oben N. 22); Cour d'appel de Paris 5. 7. 1975 – *Roubaix c. Roux* (oben N. 22).

Gerichtshof in vier Fällen auch von erstinstanzlichen Gerichten angerufen worden ist²⁰⁹. Nicht alle dieser Vorlagen befriedigen hinsichtlich ihrer Begründung: Wenn etwa das Tribunal de commerce de Lyon im Fall *Cadillon c. Höss*²¹⁰ den Europäischen Gerichtshof ohne Formulierung einer konkreten Rechtsfrage um eine Vorabentscheidung ersucht hat aufgrund der allgemeinen Erwägung, es gelte Interpretationsdifferenzen zu vermeiden, so beruhte die Verfahrensaussetzung offensichtlich auf der generellen Unsicherheit des Gerichts über die Handhabung der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln. Auch dort, wo die Gerichte konkrete Rechtsfragen gestellt haben, sind die Auslegungsschwierigkeiten, die zur Verfahrensaussetzung geführt haben, nicht immer ganz plausibel. So ist es fraglich, ob es im Fall *Roubaix c. Roux*²¹¹ ernstlich zweifelhaft sein konnte, daß Art. 1(2) VO 67/67 Vereinbarungen mit durchweg reinem Inlandsbezug nur deshalb vom Anwendungsbereich der Gruppenfreistellung ausgenommen hat, weil solche Vereinbarungen regelmäßig von Art. 85 I EWGV nicht erfaßt werden, und nicht etwa deshalb, weil sie nicht freistellungsfähig wären. Gemeinschaftsrechtlich bedenklicher sind allerdings Fälle, in denen die Anrufung des Europäischen Gerichtshofs aus unzutreffenden Gründen unterblieben ist. So ist es unter dem Aspekt des gemeinschaftsrechtlichen Vorrangs nicht akzeptabel, wenn die Cour d'appel d'Amiens im Fall *Nicolas et Brandt*²¹² ein Vorabentscheidungsersuchen mit der Begründung abgelehnt hat, der Europäische Gerichtshof sei zur Entscheidung von Konflikten zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht nicht zuständig. Des weiteren hätten die Gerichte schon die Fälle *S.A.R.I.E. c. U.N.E.F.*²¹³ und *Consten c. U.N.E.F.*²¹⁴ zum Anlaß nehmen können, um die Bedeutung des Art. 9(3) VO 17 für die Kompetenz der nationalen Gerichte und für die unmittelbare Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln klären zu lassen. Sie haben dies unter dem Eindruck der vermeintlichen Eindeutigkeit dieser Bestimmung abgelehnt und sich damit unzutreffenderweise unter den Behördenbegriff subsumiert. Auch im Fall *Stricker-Boats c. Garoche* hatten die beiden ersten Instanzen eine Interpretationshilfe des Europäischen Gerichtshofs zur Auslegung der Verordnung Nr. 67/67 nicht für nötig gehalten mit dem Hinweis darauf, daß die fraglichen Bestimmungen »klar« seien²¹⁵. Dies überrascht um so mehr, als Instanz- und Berufungsgericht zu durchaus entgegen-

²⁰⁹ Trib.com.Lyon 24. 9. 1970 – *Cadillon c. Höss* (oben N. 23); Trib.com.Nice 8. 2. 1971 – *Béguelin c. Import Export* (oben N. 27); Trib.gr.inst.Paris 5. 7. 1978 – *Giry et Guerlain* (oben N. 26); Trib.com.Paris 28. 2. 1979 – *Marty c. Lauder* (oben N. 26).

²¹⁰ Trib.com.Lyon 24. 9. 1970 – *Cadillon c. Höss* (oben N. 23).

²¹¹ Siehe Cour d'appel de Paris 5. 7. 1975 – *Roubaix c. Roux* (oben N. 22).

²¹² Cour d'appel d'Amiens 9. 5. 1963 – *Nicolas et Brandt* (oben N. 26).

²¹³ Trib.com.Seine 25. 6. 1962 – *S.A.R.I.E. c. U.N.E.F.* (oben N. 27).

²¹⁴ Cour d'appel de Paris 26. 1. 1963 – *Consten c. U.N.E.F.* (oben N. 27).

²¹⁵ Trib.com.Seine 1. 7. 1970 und Cour d'appel de Paris 20. 12. 1971 – *Stricker-Boats c. Garoche* (oben N. 23).

gesetzten Ergebnissen hinsichtlich der Anwendung der Verordnung auf den konkreten Fall gelangten. Erst der Hinweis der Revisionsinstanz auf die Klärung der aufgeworfenen Frage durch die *Béguelin*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs²¹⁶ erscheint gemeinschaftsrechtlich akzeptabel. Wegen hinreichender Klärung des Beurteilungsmaßstabs für Bierlieferungsverträge durch die erste de-Haecht-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs²¹⁷ hat auch das Tribunal de grande instance im Fall *Kronenbourg c. Miquel*²¹⁸ – ähnlich wie später der Kassationshof im Fall *S.E.B. c. Levarlet*²¹⁹ – die Anrufung des Europäischen Gerichtshofs mit einer im Prinzip nicht zu beanstandenden Begründung abgelehnt. Und ebensowenig läßt sich die Cour d'appel de Paris kritisieren, weil sie es im Fall *L.T.M. c. M.B.U.*²²⁰ ablehnte, Zweifel an der ausschließlichen Kompetenz der Kommission für Freistellungsentscheidungen aufkommen zu lassen, und insoweit ein Vorabentscheidungsersuchen abwies. Grundsätzlich ist aber Skepsis gegenüber der »acte clair«-Theorie angebracht, der die französischen Gerichte im internen Recht anhängen und die sie auf das Gemeinschaftsrecht zu übertragen versuchen. Was dem nationalen Richter »klar« erscheinen mag, kann im gemeinschaftsrechtlichen Kontext, zu dem auch der zum Teil außerordentlich unterschiedliche Verständnishintergrund der einzelstaatlichen Gerichte gehört, höchst zweifelhaft sein. Auch hier liegt eine Quelle ungleichmäßiger Anwendung des Gemeinschaftsrechts.

VI. Ergebnis

Ein Fazit zu ziehen ist nur um den Preis starker Vergrößerungen möglich. Geht man von der hier zugrunde gelegten Frage nach dem Einfluß nationaler Rechtsvorstellungen auf die Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts aus, dann lassen sich aber den analysierten Entscheidungen doch gewisse verallgemeinerungsfähige Tendenzen entnehmen:

Auffällig ist zunächst einmal die vergleichsweise geringe Anzahl französischer Gerichtsentscheidungen, die sich mit den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages auseinandergesetzt haben. Dies steht in einem deutlichen Mißverhältnis zu der zentralen Rolle, die dem Wettbewerb im Integrationsprozeß zukommt. Auffällig ist des weiteren die durchweg geringe wirtschaftliche Bedeutung der entschiedenen Fälle und die Dominanz vertikaler Beschränkungsformen in Gestalt von Alleinvertriebsverträgen. Es drängt sich die Vermutung auf, daß diese Verkürzung der wettbewerbsrechtlichen

²¹⁶ EuGH 25. 11. 1971 – *Béguelin* ./ *Import Export* (oben N. 27).

²¹⁷ EuGH 12. 12. 1967 *Brasserie de Haecht* ./ *Wilkin und Janssen* (oben N. 120).

²¹⁸ Trib. gr. inst. Strasbourg 27. 1. 1971 – *Kronenbourg c. Miquel* (oben N. 28).

²¹⁹ Cour de Cassation 28. 1. 1975 – *S.E.B. c. Levarlet* (oben N. 28).

²²⁰ Cour d'appel de Paris 7. 7. 1965 – *L.T.M. c. M.B.U.* (oben N. 22).

Perspektive auf wirtschaftspolitischen Grundvorstellungen beruht, die in Frankreich eine lange Tradition haben: Der Leistungsfähigkeit des Marktes wird in wesentlichen Bereichen mißtraut und der Verhaltensabstimmung zwischen Wettbewerbern durchaus Sympathie entgegengebracht. Das gilt in besonderem Maße für horizontale Koordinierungsformen, deren grundsätzliches Verbot unter dem außerordentlich weitherzigen und schwer justiziablen Vorbehalt der Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts steht. Es ist daher zu vermuten, daß der (für die Beteiligten im vornhinein kaum kalkulierbare) bilan économique bewirkt, daß horizontale Wettbewerbsbeschränkungen im Zweifel für unschädlich gehalten und jedenfalls in erheblicherem Maße einer Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Gerichte unterworfen werden als vertikale Bindungen, deren Rechtfertigung an sehr viel berechenbarere Kriterien geknüpft ist. Diese Ausgangslage schlägt offenbar auch auf das Gemeinschaftsrecht durch und wirkt sich im Sinne eines deutlichen Vollzugsdefizits aus.

Von diesem grundsätzlichen Problem abgesehen, zeigt die Analyse der französischen Rechtsprechung, daß – auch soweit das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht von den Betroffenen in Anspruch genommen wird – seine Anwendung auf eine Vielzahl von Schwierigkeiten stößt. Allerdings beruhen diese Schwierigkeiten in der Vergangenheit zu einem nicht unerheblichen Teil auch darauf, daß wichtige Aspekte des Gemeinschaftsrechts erst im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geklärt werden konnten. Bei einigem Wohlwollen wird man daher heute feststellen können, daß die französischen Gerichte sowohl das Prinzip der unmittelbaren Anwendbarkeit als auch das Prinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts anerkannt haben und künftigen Entscheidungen zugrunde legen werden.

Unsicherer ist die Handhabung der Wettbewerbsregeln selbst. Allerdings bietet die französische Rechtsprechung kein einheitliches Bild. Die Neigung zu einer restriktiven Auslegung der Tatbestandsmerkmale ist aber unverkennbar. Die Bereitschaft, sich der Hilfestellung des Europäischen Gerichtshofs zu bedienen, ist begrenzt. Besonders schwer wiegen die erheblichen Unsicherheiten bei der wirtschaftlichen Würdigung konkreter Sachverhalte. Die französische Rechtsprechung läßt durchgehend einen erheblichen Mangel an Verständnis für die Funktionsweise des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs erkennen. Insbesondere werden potentielle Auswirkungen von innerstaatlichen Wettbewerbsbeschränkungen auf den Gemeinsamen Markt systematisch unterschätzt. Die Scheu, sich auf eine eingehende Analyse der Tatsachen einzulassen, und die Neigung, sich statt dessen auf eher begriffliche Formeln zurückzuziehen, dürften aber vermutlich nicht allein das Gemeinschaftsrecht treffen, sondern eine generelle Schwierigkeit der Gerichte im Umgang mit dem Wettbewerbsrecht signalisieren.

Insgesamt wird man den Schluß zu ziehen haben, daß das gemeinschaftli-

che Wettbewerbsrecht, soweit es zu seinem Vollzug die Bürger des Gemeinsamen Marktes in Anspruch nimmt, in Frankreich nur in begrenztem Umfang Berücksichtigung findet und daß sowohl die Intensität seiner Durchsetzung als auch die Einheitlichkeit seiner Anwendung zu wünschen übrig lassen. Es zeigt sich, daß die gleichmäßige Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Grunde die Angleichung der wirtschaftspolitischen Konzeptionen der Mitgliedstaaten zur Voraussetzung hat. Immerhin lassen sich für die vergangenen 25 Jahre auch Fortschritte konstatieren, die Ansatzpunkte für eine positive Weiterentwicklung bieten.

Summary

EUROPEAN COMPETITION LAW BEFORE FRENCH COURTS

This article analyzes the judgments of French courts relating to the application of the rules of competition of the European Economic Community (Arts. 85 and 86 EEC Treaty).

Upon reviewing the French case law, one is struck by the relatively small number of decisions that have dealt with questions of the EEC competition rules. This scarcity stands in contrast to the central function of competition in the integration process. One similarly notes that the cases decided by the French courts have generally been of only minor economic importance. Furthermore the majority of decisions deal with vertical restraints in the form of exclusive distribution contracts. The presumption is thus unavoidable that this curtailed perspective of the role of competition law is based upon fundamental political-economic conceptions possessing long tradition in France: the market's ability to perform in important areas is suspect, and the coordination of behavior among competitors is accorded a broad degree of sympathy. This is particularly true regarding horizontal forms of coordination; although prohibited in principle, they may be permitted under an extraordinarily broad exception for the advancement of economic progress, a very difficult standard to adjudicate. It can thus be supposed that the »bilan économique«, which is nearly impossible for the parties to calculate in advance, will produce the result that, in doubtful cases, horizontal competitive restraints will be viewed as harmless, or in any case as substantially less conducive to judicial control than vertical relations, whose legality is subject to more calculable criteria. This apparently has an impact upon the application of Community law and results in its limited implementation.

Apart from these fundamental problems, an analysis of the French cases demonstrates – to the extent Community competition law has been invoked by the parties concerned – that its application has encountered a multitude of difficulties. In the past, these have been due to a not insignificant extent to the fact that European law has only gradually been elucidated by the European Court of Justice. With a certain reluctance, it can be stated that the French courts have recognized the principles of the direct applicability of Commu-

nity law and its supremacy over national law, and that these principles will govern future decision making.

Less clear is the treatment accorded to the competition provisions themselves. The French case law certainly fails to present a uniform picture. Unmistakable, however, is the tendency towards a restrictive interpretation of the elements of the prohibitions. The willingness to request assistance from the European Court of Justice is limited. The substantial uncertainties inherent in the economic evaluation of concrete fact situations indicate particular difficulties on the part of the courts. French case law demonstrates a significant lack of understanding for the functioning of competition. In particular, the potential effects of national restraints of competition on the system of the Common Market are underestimated. It is likely, however, that the reluctance to engage in a thorough analysis of the facts and the tendency, in lieu of this, to resort to rather simplistic conceptual formulas affect not only Community law, but also signal a general difficulty of courts faced with applying competition law. It is once more evident that the harmonization of national economic policies is a prerequisite for the uniform application of Community law.

In general, it must be concluded that, to the extent the implementation of Community competition law relies on the initiative of the individual citizens of the Common Market, in France these rules enjoy only limited consideration. The intensity of enforcement and the consistency of application are less than satisfactory. Nonetheless, the past 25 years have yielded some progress, offering valuable starting points for a positive further development.