

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
WALTER VAN GERVEN

vom 28. April 1993 <sup>\*</sup>

*Herr Präsident,  
meine Herren Richter!*

1. Gemäß Artikel 95 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Juni 1991 <sup>1</sup> hat die Zweite Kammer die vorliegende Rechtssache dem Gerichtshof vorgelegt. Zugleich sind den Parteien, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, mit Beschluss vom 9. Dezember 1992 drei Fragen zur Beantwortung in der mündlichen Verhandlung gestellt worden <sup>2</sup>.

In diesen zweiten Schlußanträgen gehe ich in erster Linie auf die in der mündlichen Verhandlung vom 9. März 1993 abgegebenen Erklärungen ein und prüfe, ob sich durch sie etwas an den Ergebnissen, zu denen ich in meinen ersten Schlußanträgen vom 18. November 1992 gekommen bin, ändert. Im Hinblick auf den Sachverhalt der Rechtssachen kann ich auf die erwähnten Schlußanträge und den Sitzungsbericht verweisen. Es genügt der Hinweis, daß es in diesen Rechtssachen um die Vereinbarkeit eines nationalen Verbotes des Weiterverkaufs zum Verlustpreis mit Artikel 30 EWG-Vertrag geht.

#### Art der Regelung des Weiterverkaufs zum Verlustpreis

2. Ich gehe zunächst auf die dritte Frage des Gerichtshofes ein, die dahin geht, ob ein

Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis ein Mittel zur Unterbindung einer Methode zur Absatzförderung oder Teil eines nationalen Systems der Preisregelung ist. Zu dieser Frage hat sich der Gerichtshof meines Erachtens durch seine Rechtsprechung zu nationalen Regelungen der Preisfestsetzung veranlaßt gesehen. Der Gerichtshof hat nämlich wiederholt festgestellt, daß

„unterschiedslos für inländische wie für eingeführte Erzeugnisse geltende nationale Maßnahmen zur Regelung der Preisfestsetzung als solche keine Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung sind, jedoch eine solche Wirkung entfalten können, wenn sie aufgrund des gewählten Preisniveaus die eingeführten Erzeugnisse benachteiligen, insbesondere weil [deren] aus einem niedrigeren Gestehungspreis resultierender Wettbewerbsvorteil aufgehoben wird oder weil ein Höchstpreis auf einem derart niedrigen Niveau festgesetzt ist, daß die Händler, die die fraglichen Erzeugnisse in den betreffenden Mitgliedstaat einführen wollen, dies — unter Berücksichtigung der allgemeinen Lage bei Einfuhrerzeugnissen verglichen mit der bei inländischen Produkten — nur mit Verlust tun könnten“ <sup>3</sup>.

<sup>\*</sup> Originalsprache: Niederländisch.

<sup>1</sup> — ABl. L 176, S. 7.

<sup>2</sup> — Zum genauen Wortlaut dieser Fragen vgl. Ergänzung des Sitzungsberichts.

<sup>3</sup> — Urteil vom 7. Juni 1983 in der Rechtssache 78/82 (Kommission/Italien, Slg. 1983, 1955, Randnr. 16); vgl. ferner u. a. Urteile vom 5. April 1984 in den verbundenen Rechtssachen 177/82 und 178/82 (Van de Haer, Slg. 1984, 1797, Randnr. 19), vom 29. Januar 1985 in der Rechtssache 231/83 (Cullet, Slg. 1985, 305, Randnr. 23) und vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-287/89 (Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-2233, Randnr. 17).

Diese Rechtsprechung sieht mit anderen Worten in nationalen Preisregelungen nur dann eine nach Artikel 30 verbotene Maßnahme gleicher Wirkung, wenn diese Regelungen den Absatz der *eingeführten Erzeugnisse* dadurch verhindern, unmöglich machen oder gegenüber dem Absatz inländischer Erzeugnisse erschweren<sup>4</sup>, daß diesen Erzeugnissen der Vorteil eines niedrigeren Gestehungspreises genommen wird oder daß etwaige Einführer gezwungen werden, das Erzeugnis zum Verlustpreis zu kaufen.

3. Wie zu erwarten, ist die Frage übereinstimmend dahin beantwortet worden, daß die fragliche französische Regelung, mit der eine Beeinflussung der normalen Preisgestaltung nicht bezweckt wird, nicht Teil eines nationalen Preisregelungssystems sei. Dies konnte auch kaum anders sein, da Frankreich sein Preisregelungssystem, von einigen Ausnahmen abgesehen, mit der Ordonnance vom 1. Dezember 1986 abgeschafft hat<sup>5</sup>. Durch Artikel 32 dieser Ordonnance ist die geltende Fassung des hier streitigen Verbots des Weiterverkaufs zum Verlustpreis eingeführt worden<sup>6</sup>.

Die Frage des Gerichtshofes hat die französische Regierung veranlaßt, einige Anmerkungen zum Wesen des Verkaufs zum Verlustpreis und der entsprechenden Regelung zu machen, mit denen sie den Sachverhalt des vorliegenden Falles gegenüber den Sachverhalten in den Rechtssachen Oosthoek und Buet abzugrenzen sucht. Kurz zusammengefaßt macht die Regierung geltend, die

französische Regelung sei kein Mittel zur Unterbindung einer bestimmten *Methode der Absatzförderung*, sondern diene der Bekämpfung einer Form des *unlauteren Wettbewerbs zwischen Händlern*<sup>7</sup>.

Die französischen Erfahrungen bei der Verfolgung und Ahndung des Verkaufs zum Verlustpreis zeigten nämlich, daß dies Art des Verkaufs vor allem eine aggressive Strategie der — in diesem Land stark konzentrierten — großen Vertriebsnetze sei. Zudem betreffe die Mehrzahl der Zuwiderhandlungen gegen das Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis in der Praxis nicht Waren, die neu auf den Markt gebracht würden, sondern eingeführte Konsumartikel (Waschmittel, Kaffee, Getränke, Konserven), deren üblicher Preis dem Verbraucher bekannt sei. Nach alledem sei die Regelung des Weiterverkaufs zum Verlustpreis, anders als die Regelungen, um die es in den Rechtssachen Oosthoek (Zugabeverbot) und Buet (Verbot des Verkaufs von pädagogischem Material mittels Haustürwerbung) gegangen sei, eine allgemeine Regelung des Marktes, die *nicht auf die Lenkung der Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten* gerichtet, sondern die Auswirkung einer wirtschaftspolitischen Entscheidung — nämlich der Verwirklichung eines bestimmten Maßes an Transparenz und Lauterkeit der Wettbewerbsbedingungen — sei.

4. Obwohl diese Anmerkungen Aufschluß über die Bedingungen des Marktes und des Wettbewerbs in Frankreich geben können, tun sie der Feststellung keinen Abbruch, daß der Verkauf zum Verlustpreis eine Verkaufstechnik ist, die — wie ich im folgenden nochmals zu zeigen versuchen werde — *unter ganz bestimmten Umständen* den

4 — Vgl. Urteile vom 29. November 1983 in der Rechtssache 181/82 (Roussel Laboratoria, Slg. 1983, 3849, Randnr. 17) und vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-249/88 (Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-1275, Randnr. 15).

5 — Ordonnance Nr. 86-1243 vom 1. Dezember 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JORF vom 9. Dezember 1986.

6 — Durch Artikel 32 der Ordonnance wurde nämlich Artikel 1 Absatz I der Loi de finances Nr. 63-628 vom 2. Juli 1963 geändert.

7 — Sie verweist insoweit auch auf die Stellung des gesetzlichen Verbots im Rahmen der Ordonnance vom 1. Dezember 1986, und zwar in Titel 4 unter der Überschrift „De la transparence et des pratiques restrictives“.

Absatz eingeführter Waren unmöglich machen oder erschweren kann.

kauf werden, anzulocken, damit sie, einmal in den Verkaufsräumen, auch andere Waren erwerben, die zum Ausgleich des bei dem einen Artikel erlittenen Verlustes teurer angeboten werden<sup>9</sup>.

Die französische Regierung sieht im Verkauf zum Verlustpreis vor allem eine Strategie zur Ausschaltung von Wettbewerbern. Die von ihr wiederholt gezogene Parallele zum Dumping<sup>8</sup> zeigt, daß sie an den Fall eines Unternehmens — häufig eines Verbrauchermarktes — denkt, das versucht, seine Wettbewerber auf der Einzelhandelsstufe auszuschalten, indem es über einen bestimmten Zeitraum zu Verlustpreisen verkauft, um nach Ausschaltung des Wettbewerbers die derart erlangte beherrschende Stellung auszunützen, um von den Verbrauchern höhere Preise zu verlangen.

Wie bereits in meinen ersten Schlußanträgen dargelegt, ist dies in der Tat eine spezielle Erscheinungsform des Verkaufs zum Verlustpreis, deren Unterbindung ein Mitgliedstaat als erforderlich ansehen kann, um die — vom Gerichtshof im Rahmen von Artikel 30 als zwingendes Erfordernis anerkannte — Lauterkeit des Handelsverkehrs zu verwirklichen oder eine Verfälschung des Wettbewerbs zu verhindern. Dies ist gemeinschaftsrechtlich unbedenklich. In meinen ersten Schlußanträgen habe ich ferner eingeräumt, daß eine entsprechende Rechtfertigung, in diesem Fall aus Gründen des Verbraucherschutzes, auch für einen anderen Typ des Verkaufs zum Verlustpreis, das sogenannte Lockvogelverfahren (oder „loss-leading“), anzuerkennen ist: Dieses Verfahren besteht darin, Kunden durch Waren, die mit Verlust oder äußerst niedriger Gewinnspanne ver-

5. Solche Formen des Verkaufs zum Verlustpreis sind Methoden der Absatzförderung, die vor allem auf der Einzelhandelsstufe vorkommen. Allerdings ist der Verkauf zum Verlustpreis häufig auch für einen Hersteller, Einführer oder Großhändler — also *nicht* nur auf der Einzelhandelsstufe — ein wirksames Mittel zur Einführung eines neuen Produktes oder zur Durchdringung eines neuen Marktes. Im Verkauf zum Verlustpreis ist in solchen Fällen weniger ein Anreißer- oder Lockvogelverfahren als vielmehr eine Marketingstrategie zu sehen, mit der ein neues Produkt zu einem herabgesetzten Preis beim Publikum eingeführt werden soll, mit dem Hintergedanken, den Verlust bei dem Werbeerwerb später durch bessere Verkaufsergebnisse bei demselben Erzeugnis zu einem etwas höheren Preis auszugleichen. Vor allem für ausländische Marktteilnehmer ist dies eine absatzfördernde Methode, die angebracht sein kann, um auf einem anderen nationalen Markt Fuß zu fassen. Wird eine solche Strategie auf der Stufe der *Produktion, der Einfuhr oder des Großhandels* angewendet, ist sie gewiß unter dem Gesichtspunkt des Gemeinschaftsrechts relevant<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> — Vgl. Nr. 8 meiner Schlußanträge.

<sup>10</sup> — Im übrigen sei erwähnt, daß der Gerichtshof in dem von der französischen Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen angeführten Urteil Van Tiggele lediglich entschieden hat, daß Artikel 30 auf eine nationale Bestimmung, die den „Einzelhandelsverkauf“ zum Verlustpreis verbietet, nicht anwendbar ist: Urteil vom 24. Januar 1978 in der Rechtssache 82/77 (Slg. 1978, I, Randnr. 16). Der Gerichtshof hat sich in diesem Urteil also genau genommen nicht zu einer Regelung geäußert, die sich auch auf andere Handelsstufen erstreckt, was angesichts des Ausgangsverhältnisses (Einzelhandelsverkauf von Wacholderschnaps zu Preisen unterhalb der festgesetzten Mindestpreise) auch nicht erforderlich war.

<sup>8</sup> — Die französische Regierung hat diese Parallele in der ersten und in der zweiten mündlichen Verhandlung gezogen.

Meines Erachtens besteht daher im Hinblick auf die Anwendung von Artikel 30 kein Grund, zwischen auf Dauer angelegten Verfahren, wie der Gewährung von Zugaben, Haustürwerbung und Versandhandel<sup>11</sup>, und einem Verfahren, wie dem Verkauf zum Verlustpreis, bei dem es sich um eine zeitlich begrenzte verkaufsfördernde Maßnahme handelt, zu unterscheiden. Nach dem Urteil *Dassonville*<sup>12</sup> ist ausschlaggebend, ob von einer nationalen Regelung derartiger Verkaufsverfahren oder verkaufsfördernder Verfahren „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell“ behindernde Wirkung für den innergemeinschaftlichen Handel ausgeht. Auf diese Frage werde ich im folgenden eingehen.

In dieser Hinsicht ist es im übrigen belanglos, ob es sich bei der fraglichen nationalen Regelung um eine Preisregelung handelt. Auch wenn dies so ist, kommt es darauf an, ob sie geeignet ist, den Absatz der eingeführten Waren zu behindern oder unmöglich zu machen. Ebenso wie ein Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis kann nämlich auch eine Preisregelung bewirken, daß einem ausländischen Hersteller bei der Einfuhr der Vorteil seines niedrigeren Gestehungspreises genommen wird, mit der Folge, daß die Regelung gegen das Verbot von Artikel 30 verstößt<sup>13</sup>.

11 — Um das zuletzt genannte Verkaufsverfahren ging es in der Rechtssache *Delattre*: Urteil vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-369/88 (Slg. 1991, I-1487).

12 — Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 (Slg. 1974, 837, Randnr. 5).

13 — Meines Erachtens hat das bereits zitierte Urteil *Van Tiggele*, wie schon in meinen ersten Schlussanträgen in Nr. 3 ff. ausgeführt, in eben diesem Punkt seinen Präzedenzcharakter insoweit verloren, als aus diesem Urteil hergeleitet wird, daß ein Verbot des Verkaufs zum Verlustpreis nicht gegen Artikel 30 verstöße, sofern es unterschiedslos für inländische wie für eingeführte Erzeugnisse gelte. Vgl. im übrigen das bereits in Nr. 2 wiedergegebene Zitat aus der späteren Rechtsprechung des Gerichtshofes.

**Hat eine Regelung des Weiterverkaufs zum Verlustpreis „unmittelbare, mittelbare oder nur hypothetische Wirkungen“ für den innergemeinschaftlichen Handel?**

6. Der Gerichtshof hat die Beteiligten auch nach den Auswirkungen der Regelung des Weiterverkaufs zum Verlustpreis auf den innergemeinschaftlichen Handel gefragt. Er hat insoweit auf sein vor kurzem ergangenes Urteil zum Sonntagsverkaufsverbot, das Urteil *B & Q* vom 16. Dezember 1992, verwiesen, das folgende Feststellung enthält:

„Die Frage der Verhältnismäßigkeit einer nationalen Regelung, die ein gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigtes Ziel verfolgt, erfordert eine Abwägung des nationalen Interesses an der Erreichung dieses Ziels [gegen das] Gemeinschaftsinteresse am freien Warenverkehr. Bei der Prüfung, ob die beschränkenden Wirkungen der fraglichen Regelung auf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche nicht überschreiten, ist darauf abzustellen, ob diese Wirkungen unmittelbar, mittelbar oder nur hypothetisch sind und ob sie den Absatz eingeführter Erzeugnisse nicht stärker beeinträchtigen als denjenigen einheimischer.“<sup>14</sup>

7. Die Antworten der Beteiligten vor dem Gerichtshof waren unterschiedlich. Nach Auffassung der französischen Regierung sind die Wirkungen für den innergemeinschaftlichen Handel nur hypothetisch. Die Kommission meint, daß es sich um mittelbare oder hypothetische Wirkungen handle, und räumt ein, daß die Akten keinen Anhaltspunkt dafür enthielten, daß die Regelung des Verbots des Weiterverkaufs zum Verlustpreis unmittelbare Wirkung für den innergemeinschaftlichen Handel habe. Nach Auffassung

14 — Urteil vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-169/91 (*B & Q*, Slg. 1992, I-6635, Randnr. 15).

des Prozeßbevollmächtigten des Angeklagten Mithouard schließlich entfaltet die Regelung durchaus beschränkende Wirkung.

8. Bei meiner Stellungnahme zu diesem Streitpunkt gehe ich davon aus, daß der Gerichtshof an der weiten Formulierung im Urteil Dassonville festhält. Ich darf daran erinnern, daß ich in meinen Schlußanträgen in der ersten Rechtssache betreffend das Sonntagsverkaufsverbot<sup>15</sup> dem Gerichtshof vorgeschlagen habe, in bezug auf nationale Regelungen, die wie die Regelung in der vorliegenden Sache oder in der erwähnten Rechtssache betreffend das Sonntagsverkaufsverbot, nicht auf eine Regelung des innergemeinschaftlichen Handel gerichtet sind, einen zurückhaltenderen Standpunkt einzunehmen. Mein Vorschlag ging dahin, das Verbot des Artikels 30 auf solche nationalen Regelungen nur dann für anwendbar zu erklären, wenn sie eine *marktabschottende oder -aufsplitternde* Wirkung haben, wenn sie also die gegenseitige Durchdringung der nationalen Märkte gefährden<sup>16</sup>.

Die Sechste Kammer des Gerichtshofes ist mir nicht gefolgt. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil konkludent an der Dassonville-Formel festgehalten und ausgeführt, daß die Interessenabwägung, die in Anbetracht dieser weiten Auslegung bei der Anwendung des in Artikel 30 verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmen sei, Sache

15 — Schlußanträge in der Rechtssache C-145/88 (Torfaen, Slg. 1989, 3865 ff.).

16 — Vgl. hierzu und auch zu einigen anderen in der Rechtslehre vorgetragenen Vorschlägen für eine Beschränkung der Tragweite von Artikel 30 EWG-Vertrag den kürzlich erschienenen Aufsatz von J. Steiner „Drawing the line: uses and abuses of Article 30 EEC“, C. M. L. Rev., 1992, 749-774. Der Verfasser selbst schlägt vor, an der Dassonville-Formel festzuhalten, jedoch als Kriterium nicht auf die Frage abzustellen, welche Wirkung eine nationale Regelung auf die Einfuhren (d. h. auf ihren Umfang) habe, sondern auf die Frage, ob diese Regelung ein (tatsächliches oder potentielles) *Hemmnis* für den innergemeinschaftlichen Handel darstelle.

des nationalen Gerichts sei<sup>17</sup>. In seinem zweiten und noch deutlicher in dem bereits erwähnten dritten Urteil zum Sonntagsverkaufsverbot hat der Gerichtshof in Vollsitzung seine Meinung in dem zweiten<sup>18</sup>, nicht aber dem ersten Punkt geändert. Wie sich aus dem bereits wiedergegebenen (Nr. 6) Zitat aus dem dritten Urteil ergibt, prüft der Gerichtshof die fragliche nationale Regelung nämlich am Erfordernis der Verhältnismäßigkeit, hält also das Verbot des Artikels 30 grundsätzlich für anwendbar.

Ich werde daher im folgenden davon ausgehen, daß die weite Dassonville-Formel noch immer Eckstein der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Anwendungsbereich von Artikel 30 EWG-Vertrag ist. Um jedes Mißverständnis auszuschließen, ist der Gerichtshof jedoch meines Erachtens gegenüber den nationalen Gerichten verpflichtet, dies in aller Deutlichkeit zu bestätigen.

9. Wendet man die Dassonville-Formel auch auf die vorliegende Rechtssache an, so läßt sich nicht ausschließen, daß ein gesetzliches Weiterverkaufsverbot von der Art des französischen Verbotes den innergemeinschaftlichen Handel „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell“ behindern kann. Zwar ist das französische Verbot auf den Verkauf durch den (in- oder ausländischen) Hersteller nicht anwendbar, jedoch ergeben sich, wie ich in meinen ersten Schlußanträgen betont habe<sup>19</sup>, mindestens zwei potentielle Behinderungen: Zum einen behindert die Regelung einen Weiterverkäufer, der ohne

17 — Urteil vom 23. November 1989 in der Rechtssache C-145/88 (Slg. 1989, 3851).

18 — Sowohl in den Urteilen vom 18. Februar 1991 in der Rechtssache C-312/89 (Conforama, Slg. 1991, I-997, Randnr. 12) und in der Rechtssache C-332/89 (Marchandise, Slg. 1991, I-1027, Randnr. 13) als auch in dem Urteil vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-169/91 (B & Q, a. a. O., Randnr. 16) nimmt der Gerichtshof nämlich selbst die Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.

19 — Vgl. Nr. 5 dieser Schlußanträge.

Unterstützung des ausländischen Herstellers ein von ihm aus einem anderen Mitgliedstaat importiertes Erzeugnis auf dem französischen Markt einführen möchte, indem er es vorübergehend zum Verlustpreis, also unter dem ihm vom ausländischen Hersteller in Rechnung gestellten Preis, verkauft; zum anderen ist es möglich, daß ein Importeur-Weiterverkäufer eines ausländischen Erzeugnisses, auch wenn er in Frankreich zum Gestehungspreis oder zu einem darüber liegenden Preis verkauft, dort im Wettbewerb gegenüber einem inländischen Hersteller, der unbeschränkt mit Verlust verkaufen kann, da das französische Verbot die Herstellerstufe nicht erfaßt, benachteiligt ist.

gleicher Wirkung sei<sup>20</sup>. Dagegen hat der Gerichtshof, wie bereits in früheren Entscheidungen zum Sonntagsverkaufsverbot (Urteile Forfaen, Conforama und Marchandise), bestätigt, daß eine solche Regelung negative Folgen für das Verkaufsvolumen bestimmter Geschäfte haben kann, auch wenn sie den Verkauf einheimischer ebenso wie den Verkauf eingeführter Erzeugnisse berührt und daher der Absatz von aus anderen Mitgliedstaaten eingeführten Erzeugnissen nicht stärker erschwert wird als der von einheimischen Erzeugnissen<sup>21</sup>. Danach ist der Gerichtshof wiederum zu der Frage gekommen, ob mit der in Rede stehenden Regelung ein gerechtfertigtes Ziel verfolgt wird, um schließlich seine Argumentation mit einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Regelung abzuschließen.

10. Meine ersten Schlußanträge in dieser Rechtssache stammen vom 18. November 1992, gingen also dem letzten Urteil des Gerichtshofes zum Sonntagsverkaufsverbot voraus. Hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung zum freien Warenverkehr mit diesem Urteil eingeschränkt?

11. Allerdings enthält das Urteil B & Q meines Erachtens eine wichtige Klarstellung hinsichtlich der Art und Weise, in der der Gerichtshof seine *Verhältnismäßigkeitsprüfung* vornimmt. Der Gerichtshof stellt nämlich erstmals eindeutig fest, daß bei der Prüfung der Frage, ob eine Regelung das zur Erreichung des (nach dem Gemeinschaftsrecht gerechtfertigten) Zieles Erforderliche überschreitet, u. a. darauf abzustellen ist, ob die beschränkenden Wirkungen, die diese Regelung für den innergemeinschaftlichen

Das glaube ich nicht. Hätte der Gerichtshof die *Tragweite* des Verbots des Artikels 30 EWG-Vertrag im Grundsatz einschränken wollen, hätte er zweifellos zunächst ausdrücklich auf die Dasonville-Formel verwiesen, um diese dann einzuschränken und z. B. zu dem Ergebnis zu kommen, daß die in Rede stehende Regelung des Sonntagsverkaufsverbot (zu der das vorliegende Gericht festgestellt *hatte*, daß sie den Absatz eingeführter Waren beeinflusse) keine Maßnahme

20 — Der Gerichtshof hätte sich insoweit der von mir in meinen ersten Schlußanträgen zum Sonntagsverkaufsverbot vertretenen Auffassung (oben, Nr. 8) anschließen können oder eine Geringfügigkeitsregel im Bereich von Artikel 30 anwenden können — dies hätte aber ein Abweichen von dem Urteil Van de Haar erfordert (vgl. oben, Fußnote 3, Randnr. 13), in dem es heißt, daß eine nationale Maßnahme nicht allein deshalb nicht unter das Verbot von Artikel 30 fällt, weil die Einfuhrbehinderung „gering ist oder doch andere Möglichkeiten für den Vertrieb der eingeführten Erzeugnisse bestehen“; vgl. auch Urteile vom 14. März 1985 in der Rechtssache 269/83 (Kommission/Frankreich, Slg. 1985, 837, Randnr. 10), vom 5. Mai 1986 in der Rechtssache 103/84 (Kommission/Italien, Slg. 1986, 1759, Randnr. 18). Ausführlicher hierzu J. Steiner in dem in Fußnote 16 zitierten Aufsatz.

21 — Urteil B & Q (Randnr. 10); vgl. Urteile Torfaen (Randnr. 11), Conforama (Randnrn. 7 und 8), Marchandise (Randnrn. 9 und 10).

Handel hat, „unmittelbar, mittelbar oder nur hypothetisch“ sind. Eine Unvereinbarkeit mit Artikel 30 ist mit anderen Worten nicht gegeben, wenn sich zeigt, daß die genannte Wirkung auf die (oder der Zusammenhang mit der) Einfuhr derart unsicher oder spekulativ ist, daß sich von der fraglichen nationalen Bestimmung unmöglich sagen läßt, daß sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindert<sup>22</sup>.

Jedoch ändert diese Erläuterung meines Erachtens nichts an dem Ergebnis, zu dem ich in meinen ersten Schlußanträgen hinsichtlich der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gekommen bin. Wesentlich für die Verhältnismäßigkeitsabwägung bleibt, daß die beschränkenden Wirkungen der nationalen Regelung das zur Erreichung des *gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigten Zieles* Erforderliche nicht überschreiten dürfen. Da das französische Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis jedoch auch für Situationen gilt, in denen die vom Gerichtshof anerkannten zwingenden Erfordernisse nicht bestehen — hierher gehört z. B. die bereits angeführte Situation der Einführung eines neuen importierten Erzeugnisses — kann für das Verbot kein gemeinschaftsrechtlicher *Rechtfertigungsgrund* angeführt werden und es besteht damit für den Gerichtshof grundsätzlich kein Anlaß, das

nationale Verbot anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen<sup>23</sup>. In derartigen Fällen kann im übrigen die beschränkende Wirkung eines gesetzlichen Verbotes der vorliegenden Art schwerlich als „nur hypothetisch“ eingestuft werden.

12. Wie in meinen ersten Schlußanträgen ausgeführt, bedeutet dies nicht, daß die gesamte Regelung in einem derartigen Fall für mit Artikel 30 unvereinbar zu erklären ist. Nur soweit ihr eine gemeinschaftsrechtliche Rechtfertigung fehlt — und sie daher auch nicht automatisch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen wird — liegt Unvereinbarkeit vor. Im vorliegenden Fall bedeutet dies konkret, daß das vorliegende Gericht nicht verpflichtet ist, das französische Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis nicht anzuwenden: Der dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegende Sachverhalt betrifft nämlich nur Fälle eines Verkaufs zum Verlustpreis, die sich *ausschließlich* auf der *Einzelhandelsstufe* ergeben haben<sup>24</sup>. Wie die französische Regierung ausführt, geht es in beiden Fällen um einen französischen Leiter eines in Frankreich (allerdings im Grenzgebiet) gelegenen Supermarkts, der einen bestimmten Konsumartikel, Kaffee (Sati rouge) im einen, Bier (Picon Bière) im anderen Fall, zum Verlustpreis zum Kauf angeboten hat. Offensichtlich hat ein derartiger Sachverhalt — bei dem nicht einmal feststeht, daß das Erzeugnis aus einem anderen

22 — In diese Richtung deuten bereits frühere Entscheidungen des Gerichtshofes: Vgl. Urteile vom 31. März 1982 in der Rechtssache 75/81 (Blesgen, Slg. 1982, 1211, Randnr. 9), vom 25. November 1986 in der Rechtssache 148/85 (Forest, Slg. 1986, 3449, Randnr. 19), vom 7. März 1990 in der Rechtssache C-69/88 (Krantz, Slg. 1990, I-583, Randnr. 11), vom 11. Juli 1990 in der Rechtssache C-23/89 (Quietlynn, Slg. 1990, I-3059, Randnr. 10 und 11). Vgl. auch meine Schlußanträge in den letzten Rechtssachen zum Sonntagsverkaufsverbot (Rechtssachen C-306/88, C-304/90 und C-169/91 vom 8. Juli 1992, Slg. 1992, I-6635, Nr. 16).

23 — Ich sage „grundsätzlich“, da der Gerichtshof aus praktischen Gründen zunächst feststellen könnte, daß die Regelung überhaupt der Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält, ohne dabei auf die Frage einzugehen, ob ein nach dem Gemeinschaftsrecht anerkannter Rechtfertigungsgrund gegeben ist. In einem Bereich wie demjenigen des Artikels 30, in dem eine erhebliche Begriffsverwirrung besteht, erscheint mir dieses Verfahren jedoch nicht angebracht.

24 — Der Gerichtshof hat in bezug auf Regelungen, deren Anwendungsbereich auf die Einzelhandelsebene beschränkt ist, bereits früher entschieden, daß diese nicht unter das Verbot des Artikels 30 fallen, zumindest sofern der innergemeinschaftliche Handel jederzeit möglich bleibt: Vgl. Urteile vom 14. Juli 1981 in der Rechtssache 155/80 (Oebel, Slg. 1981, 1993, Randnr. 20), Urteil Blesgen (Randnr. 9), Urteil Quietlynn (Randnr. 10).

Mitgliedstaat stammt — nichts mit dem zuvor geschilderten Fall der Einführung eines neuen Erzeugnisses gemeinsam, sondern gehört vielmehr zu den anderen Erscheinungsformen des Verkaufs zum Verlustpreis, sei es, als Mittel zur Ausschaltung eines Wettbewerbers, sei es zur Anlockung von Verbrauchern <sup>25</sup>.

13. Angesichts der zuletzt gemachten Bemerkung möchte ich das Ergebnis, zu dem ich in meinen ersten Schlußanträgen gekommen bin, präzisieren. Dabei gehe ich davon aus, daß es Sache des Gerichtshofes ist, dem vorliegenden Gericht auf eine Vorlagefrage alle Gesichtspunkte — *aber auch nur diese* — zu liefern, die das Gericht für die Entscheidung des ihm vorliegenden Rechtsstreits benötigt. Dafür ist ausreichend, daß dem Gericht mitgeteilt wird, daß ein gesetzliches Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis nicht mit Artikel 30 EWG-Vertrag unvereinbar ist, da sich herausgestellt hat, daß der im Ausgangsverfahren vorliegende Sachverhalt sich auf der Einzelhandelsstufe ergeben hat, also auf einer Stufe, auf der für die Regelung ein anerkannter Rechtfertigungsgrund besteht, und daß auf dieser Stufe keineswegs eine mehr als nur hypothetische Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels und erst recht keine mehr als hypothetische

Behinderung von Handelsströmen gegeben ist <sup>26</sup>.

14. Damit sei nicht gesagt, daß Frankreich nicht, wie in meinen ersten Schlußanträgen angedeutet, gut daran täte, seine Rechtsvorschriften anzupassen, damit sie besser mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind. Auch wenn, wie die französische Regierung in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, die Verwaltungspraxis zeigen würde, daß bislang nur Verstöße gegen die Regelung verfolgt wurden, die sich auf die genannten Formen des Einzelhandelsverkaufs bezogen, erscheint im Hinblick auf die Rechtssicherheit eine Klarstellung des gesetzlichen Verbots dringlich, durch die es auf Sachverhalte beschränkt wird, die nicht gemeinschaftsrechtlich geregelt sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes erfordern nämlich

„die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes auf den vom Gemeinschaftsrecht erfaßten Gebieten eine eindeutige Formulierung der Rechtsnormen der Mitgliedstaaten ...“, die den betroffenen Personen die klare und genaue Kenntnis ihrer Rechte und Pflichten ermöglicht und die innerstaatlichen Gerichte in die Lage versetzt, deren Einhaltung sicherzustellen“ <sup>27</sup>.

25 — Insoweit ist darauf hinzuweisen, daß zumindest im Bereich des Personen- und Dienstleistungsverkehrs die Vorschriften des EWG-Vertrags nach ständiger Rechtsprechung Tätigkeiten nicht erfassen, die mit keinem Element über die Grenzen eines einzigen Mitgliedstaats hinausreichen: so kürzlich Urteil vom 19. März 1992 in der Rechtssache C-60/91 (Slg. 1992, I-2085, Randnr. 7). Ob dies der Fall ist, hängt jedoch von tatsächlichen Feststellungen ab, die nur das innerstaatliche Gericht treffen kann: Vgl. u. a. Urteile vom 18. März 1980 in der Rechtssache 52/79 (Debauve, Slg. 1980, 833, Randnr. 9), vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 37).

26 — Zum Unterschied zwischen einer Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels und einer Behinderung — im Sinne einer Abschreckung („deterrent“) — der Einfuhr von Waren aus einem anderen Mitgliedstaat vgl. den in Fußnote 16 angeführten Aufsatz von J. Steiner.

27 — Urteil vom 21. Juni 1988 in der Rechtssache 257/86 (Kommission/Italien, Slg. 1988, 3249, Randnr. 12); vgl. auch Urteil vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 143/83 (Kommission/Dänemark, Slg. 1985, 427, Randnr. 10).

Daraus, daß die fragliche Regelung angeblich in der Praxis nicht oder nur sehr selten in gemeinschaftsrechtswidriger Weise angewendet wird, kann daher kein Argument dafür hergeleitet werden, daß eine Anpassung dieser Bestimmung nicht erforderlich sei<sup>28</sup>. Bis zum Erlaß einer Gesetzesänderung ist es im übrigen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes Sache des nationalen Gerichts,

„das innerstaatliche Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden; soweit eine solche gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nicht möglich ist, darf es entgegenstehende innerstaatliche Vorschriften nicht anwenden“<sup>29</sup>.

## Antrag

15. Ich schlage dem Gerichtshof vor, wie folgt zu antworten:

In einer Situation der im Ausgangsverfahren vorliegenden Art steht Artikel 30 EWG-Vertrag einem gesetzlichen Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis nicht entgegen.

28 — Vgl. Urteil vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 166/82 (Kommission/Italien, Slg. 1984, 459, Randnr. 24). Die Unklarheit über die Vereinbarkeit einer Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht hat als solche bereits zumindest potentiell einen hemmenden Einfluß auf den freien Warenverkehr: Vgl. zu Artikel 34 EWG-Vertrag Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 173/83 (Kommission/Frankreich, Slg. 1985, 491, Randnrn. 7 und 8).

29 — Urteil vom 4. Februar 1988 in der Rechtssache 15/86 (Murphy, Slg. 1988, 673, Randnr. 11, 2. Satz). Obwohl dieses Urteil Artikel 119 EWG-Vertrag betraf, gilt die angeführte Feststellung zweifellos auch für die Auslegung nationaler Bestimmungen im Lichte anderer unmittelbar anwendbarer Vertragsbestimmungen, wie im vorliegenden Fall des Artikels 30. Sie gilt nämlich bereits für die Auslegung nationaler Bestimmungen im Lichte von nicht unmittelbar anwendbaren Richtlinienbestimmungen: Vgl. zuletzt Urteil vom 16. Januar 1992 in der Rechtssache C-373/90 (X, Slg. 1992, I-131, Randnr. 7).