URTEIL DES GERICHTSHOFES (Fünfte Kammer)
10. Dezember 1985 *

In der Rechtssache 260/82

Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie (NSO) mit Sitz in Haarlem, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt T. R. Ottervanger, Rotterdam, mit Kanzlei in Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter: Rechtsanwalt E. A. Arendt, rue Philippe-II, Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch ihren Rechtsberater B. van der Esch als Bevollmächtigten, Beistand: Rechtsanwalt C. E. M. van Nispen tot Sevenaer, Den Haag, mit Kanzlei in Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter: das Mitglied ihres Juristischen Dienstes Oreste Montalto, Jean-Monnet-Gebäude, Luxemburg-Kirchberg,

Beklagte,

wegen Anfechtung der Entscheidung der Kommission vom 15. Juli 1982 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag in den Sachen IV/29.525 und IV/30.000 (ABl. L 232 vom 6. August 1982, S. 1)

erläßt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten U. Everling, der Richter R. Joliet, O. Due, Y. Galmot und C. Kakouris,

Generalanwalt: P. VerLoren van Themaat
Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 29. Januar 1985,

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

folgendes

URTEIL

(„Tatbestand" nicht wiedergegeben)

Inhaltsverzeichnis

I — Erster Klagegrund: Die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag seien nicht gegeben ... 3817
A — Zur Behauptung, die verbotenen Vereinbarungen und Praktiken hätten keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt ... 3817
1. Zu dem entscheidenden Einfluß, den der rechtliche Rahmen auf das Verhalten der Klägerin gehabt haben soll ... 3817
a) Beschreibung des rechtlichen Rahmens ... 3817
b) Zur angeblichen Unmöglichkeit eines Wettbewerbs bei den Handelsspannen 3819
c) Zu dem vom Staat angeblich ausgeübten Druck ... 3820
2. Zum Fehlen einer spürbaren Beschränkung des Wettbewerbs ... 3821
a) Zum Fehlen einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den an der Bonusregelung beteiligten Herstellern ... 3821
b) Zu den Auswirkungen auf die an der Bonusregelung nicht beteiligten Dritten 3822
c) Zum Fehlen einer spürbaren Beschränkung des Wettbewerbs ... 3824
B — Zur Behauptung, der Handel zwischen Mitgliedstaaten sei nicht beeinträchtigt ... 3825
II — Zweiter Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag ... 3827

Entscheidungsgründe

1 Die Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie (Organisation der niederländischen Tabakwareneinzelhändler; NSO) hat mit Klageschrift, die am 24. September 1982 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, gemäß Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag Klage erhoben auf Aufhebung der Entscheidung der Kommission vom 15. Juli 1982 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/29.525 und IV/30.000 SSI; ABl. L 232, S. 1), insbesondere der Artikel 1, 3 und 4 dieser Entscheidung, soweit sie eine Vereinbarung über die Bonusregelung für Fachgeschäfte betreffen.

2 Der Präsident des Gerichtshofes hat mit Beschluß vom 14. Dezember 1982 im Wege der einstweiligen Anordnung den Vollzug von Artikel 4 dieser Entscheidung insoweit ausgesetzt, als den Adressaten der Entscheidung darin aufgegeben wird, der Vereinbarung über die Bonusregelung für Fachgeschäfte (nachstehend: Bonusregelung) ein Ende zu setzen.

3 NSO ist eine Vereinigung niederländischen Rechts, die die Interessen des Tabakwareneinzelhandels in den Niederlanden vertritt. Sie strebt eine Verbesserung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse ihrer Mitglieder an, und zwar insbesondere durch Konsultationen mit dem niederländischen Staat und der Tabakwarenindustrie. Sie hat mehr als 1 500 Mitglieder.

4 Die vorliegende Klage wurde zur gleichen Zeit erhoben wie die Klagen der Stichting Sigarettenindustrie (nachstehend: SSI) und mehrerer niederländischer Tabakwarenhersteller, die Gegenstand der verbundenen Rechtssachen 240 bis 242, 261, 262, 268 und 269/82 sind.

5 Wie die Mehrzahl der Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die die Kommission in der genannten Entscheidung beanstandet hat, kam die Bonusregelung innerhalb der SSI — einer Stiftung, in der fast alle in den Niederlanden ansässigen Tabakwarenhersteller und -importeure zusammengeschlossen sind — zustande. Die Bonusregelung wurde in ihrer ersten Fassung am 4. Dezember 1974 von den Mitgliedern der SSI unterzeichnet. Diese Regelung wurde am 24. Januar 1977 geändert und in ihrer geänderten Fassung am 20. September 1977 bei der Kommission angemeldet.

6 Die Mitglieder der SSI schlossen 1976 auch eine Rahmenvereinbarung, kraft deren sie die SSI als einzigen Gesprächspartner des Staates für die Konsultationen benennen, die insbesondere die Endverkaufspreise sowie die Großhandels- und Einzelhandelsspannen zum Gegenstand haben. Diese Rahmenvereinbarung verpflichtet die Mitglieder der SSI ausdrücklich zur Einhaltung der 1974 getroffenen Bonusregelung.

7 Die Bonusregelung sieht vor, daß bestimmten sogenannten Facheinzelhändlern ein fester Jahresbonus für je 1 000 Zigaretten gewährt wird, die sie von den Vertragspartnern beziehen. Dieser Bonus wurde regelmäßig erhöht, und zwar bis auf 0,75 HFL je 1 000 Zigaretten im Jahre 1978. Der Bonus wird gewährt, nachdem die Einzelhändler am Jahresende einen dahin gehenden Antrag zusammen mit einer Jahresübersicht über die gekauften Zigaretten an eine aufgrund der Regelung gebildete besondere Kommission gerichtet haben. Die für die Zahlung sämtlicher Boni benötigten Beträge werden der SSI von den Herstellern nach Maßgabe ihres

jeweiligen Absatzes über den Fachhandel gezahlt, wobei dieser Absatz von einer darauf spezialisierten unabhängigen Stelle berechnet wird. Die SSI verteilt sodann diese Beträge auf die verschiedenen für den Bonus in Betracht kommenden Einzelhändler. Der Bonus wird normalerweise spätestens drei Monate nach Ablauf des Jahres ausgezahlt, für das er gewährt wird.

8 In Artikel 3 der Bonusregelung sind die Voraussetzungen genannt, die die Händler erfüllen müssen, um für den Bonus in Frage zu kommen. Sie müssen erstens mindestens 60 % des auf dem niederländischen Markt erhältlichen Markensortiments führen, und zwar ohne dabei irgendeinen Vertragsbeteiligten zu diskriminieren. Zweitens müssen diese Händler ihre Schaufenster und Ladentische zu einem Viertel für die Auslage von Zigaretten und Werbematerial für Zigaretten reservieren. Drittens sind sie verpflichtet, bei der Einführung neuer Marken mitzuwirken. Schließlich müssen sie einen Mindestumsatz von (1,5 Millionen) Zigaretten erzielen, die sie von den an der Regelung beteiligten Herstellern und Importeuren entweder unmittelbar oder über den Großhandel beziehen. Ferner ist vorgesehen, daß die Regelung nicht individuell gekündigt werden kann.

9 Die Bonusregelung gehört zu einer Reihe von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die die Handelsspanne der Einzelhändler (also den ihnen zustehenden Teil des Einzelhandelspreises) betreffen und zwischen den Mitgliedern der SSI zustande kamen. So schlossen diese Ende 1979 eine Vereinbarung zur Festsetzung der dem Einzelhandel im Falle einer Direktlieferung zustehenden Höchstspanne. Auch diese Vereinbarung sah vor, daß die Bonusregelung beachtet werden mußte.

10 Ergänzt wurde diese Vereinbarung gleichzeitig durch ein abgestimmtes Verhalten zwischen den Mitgliedern der SSI, das die Einräumung einer festen Gewinnspanne für Direktlieferungen zum Gegenstand hatte, und durch mit den Großhändlern abgestimmte Verhaltensweisen im Hinblick auf die Einräumung einer Höchstspanne für deren Lieferungen an Fachgeschäfte.

11 Schließlich werden die Auswirkungen der vorstehend beschriebenen Vereinbarungen und Praktiken durch eine andere Vereinbarung verstärkt, die die Mitglieder der SSI am 23. April 1975 abschlossen. Diese Vereinbarung, in der die Verhaltens-

regeln für den Zigarettenhandel festgelegt sind, sieht vor, daß außer den zwischen den Mitgliedern der SSI vereinbarten Rabatten keine andere Vergütung gewährt werden darf.

12 Die Kommission stellte in ihrer Entscheidung fest, alle diese Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen verstießen gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag, da durch sie jede Möglichkeit eines Wettbewerbs bei den Handelsspannen ausgeschlossen werde.

13 Zu der Bonusregelung im besonderen führte die Kommission aus, diese Regelung bewirke zunächst eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs in bezug auf Sondervergütungen für die Einzelhändler. Da die Höhe des Bonus vom Gesamtumfang der bei den Vertragsparteien getätigten Käufe abhänge, hätten Anstrengungen des Einzelhändlers, um von seinen Lieferanten durch die Konzentrierung seiner Einkäufe bei einem oder mehreren von ihnen oder durch Erbringung weiterer Leistungen eine Sondervergütung zu erhalten, praktisch keinen Sinn. Außerdem stelle die Gewährung des Bonus eine Diskriminierung derjenigen Wiederverkäufer dar, die nicht die in der Regelung aufgestellten Voraussetzungen erfüllten. Auch beschränkten die in der Regelung festgelegten gemeinsamen Bedingungen für die Gewährung des Bonus spürbar die Handlungsfreiheit der Einzelhändler. Schließlich habe die nahezu allgemeine Anwendung der Bonusregelung neue Hersteller und Importeure auf dem niederländischen Markt praktisch gezwungen, einen Bonus zu gewähren, der für die Einzelhändler günstiger sei als die von den Vertragspartnern zugestandene Sondervergütung.

14 Die Kommission lehnte es ab, die Bonusregelung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag freizustellen. Eine solche Vereinbarung trage nicht zur Verbesserung des Vertriebs bei, da sie den Einzelhändlern die Möglichkeit nehme, einen Bonus zu erhalten, der sich nicht nach ihrem Gesamtumsatz, sondern nach den für jeden Hersteller individuell erbrachten Leistungen richte. Außerdem trügen die verschiedenen Voraussetzungen für den Erhalt des Bonus nicht zu einer Verbesserung des Vertriebs bei. Schließlich kämen die etwaigen Vorteile, die sich aus diesen Bedingungen ergeben könnten, hauptsächlich den Zigarettenherstellern und -importeuren zugute; für die Erreichung der verfolgten Ziele seien sie nicht unerläßlich. Wegen der Beteiligung an der Bonusregelung hätten für den Zeitraum zwischen ihrem Zustandekommen im Jahre 1974 und ihrer Anmeldung im Jahre 1977 gegen die Unternehmen Geldbußen verhängt werden können. Die Kommission habe dies jedoch nicht für angebracht gehalten.

15 Die Kommission war außerdem der Ansicht, die SSI-Rahmenvereinbarung von 1976 verstoße, soweit sie die Mitglieder der SSI zur Einhaltung der Bonusregelung verpflichte, gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag und könne ebenfalls nicht gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag freigestellt werden.

16 Die NSO, an die die Entscheidung der Kommission gerichtet ist, stützt ihre Klage auf zwei Klagegründe. In erster Linie macht sie geltend, die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag seien nicht erfüllt. Hilfsweise rügt sie einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag.

I — Erster Klagegrund: Die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag seien nicht gegeben

17 Mit ihrem Vorbringen im Rahmen dieses Klagegrundes versucht die Klägerin zunächst darzulegen, daß die Bonusregelung und die SSI-Rahmenvereinbarung, soweit sie zur Einhaltung der Bonusregelung verpflichtet, keine Wettbewerbsbeschränkung hätten bezwecken oder bewirken können, da in den Niederlanden ein wirklicher Wettbewerb nicht möglich sei. Die Unmöglichkeit eines Wettbewerbs in diesem Sektor sei auf den rechtlichen Rahmen und den vom Staat ausgeübten Druck zurückzuführen. Außerdem hätten diese Vereinbarungen den Wettbewerb nicht spürbar beschränken können; auch seien sie nicht geeignet gewesen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

A — *Zur Behauptung, die verbotenen Vereinbarungen und Praktiken hätten keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt*

1. *Zu dem entscheidenden Einfluß, den der rechtliche Rahmen auf das Verhalten der Klägerin gehabt haben soll*

a) Beschreibung des rechtlichen Rahmens

18 Aus den Akten geht hervor, daß sich der niederländische Gesetzgeber im Einklang mit der Richtlinie 72/464 des Rates vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. L 303, S. 1) dafür entschieden hat, auf Tabakwaren im wesentlichen eine hohe wertabhängige Verbrauchsteuer, die in einem bestimmten Prozentsatz vom Höchstverkaufspreis ausgedrückt ist, anstelle einer spezifischen Verbrauchsteuer, deren Höhe je nach Erzeugniseinheit festgesetzt wird, zu erheben.

19 Die Erhebung dieser Verbrauchsteuer wird durch Steuerbanderolen gewährleistet, die die Hersteller oder Importeure bei der Finanzverwaltung kaufen. Diese Hersteller oder Importeure bestimmen zunächst den Einzelhandelspreis ihrer Erzeugnisse einschließlich aller Abgaben. Anschließend entrichten sie die in diesem Preis enthaltenen Abgaben. Schließlich bringen sie die Steuerbanderole, die den Einzelhandelspreis angibt, auf ihren Erzeugnissen an.

20 Nach Artikel 30 der niederländischen Wet op de Accijns van Tabaksfabrikaten (Gesetz über die Verbrauchsteuer auf Tabakwaren, *Staatsblad* 1964, Nr. 208; nachstehend: „Tabaksteuergesetz") dürfen Tabakwaren nicht zu einem höheren oder niedrigeren als dem auf der Banderole angegebenen Preis verkauft werden. Darüber hinaus sieht Artikel 28 des Tabaksteuergesetzes vor, daß ein Tabakerzeugnis nur zu einem einzigen Einzelhandelspreis verkauft werden darf, es sei denn, daß innerhalb einer Marke oder durch die auf der Zigarettenpackung angegebene Marke deutlich ein Unterschied gemacht wird. Es gibt jedoch Ausnahmemöglichkeiten.

21 Außerdem hat der niederländische Staat im Rahmen der Inflationsbekämpfung aufgrund der Prijzenwet (Preisgesetz; *Staatsblad* 1961, Nr. 135) seit 1973 jährlich eine Preisregelung in Form einer ministeriellen Verordnung erlassen (die sogenannte „Prijzenbeschikking Goederen en Diensten", nachstehend: „PGD"). Diese Verordnung legt die Berechnungskriterien für eine Erhöhung der Einzelhandelspreise im Falle eines Kostenanstiegs bzw. für eine Senkung der Einzelhandelspreise im Falle einer Kostensenkung fest.

22 Nach Artikel 2 der PGD ist es dem Hersteller untersagt, sein Erzeugnis zu einem Preis zu verkaufen, der über dem Preis liegt, zu dem er dieses Erzeugnis an einem bestimmten Stichtag verkauft hat, zuzüglich des Betrags, um den die Herstellungskosten dieses Erzeugnisses seit dem Stichtag gestiegen bzw. abzüglich des Betrags, um den diese Kosten zurückgegangen sind. Nach Artikel 3 der PGD ist es dem Händler untersagt, eine Ware zu einem Preis zu verkaufen, der über ihrem Einkaufspreis zuzüglich einer nach oben begrenzten Gewinnspanne liegt. Ein Hersteller oder Händler hat jedoch immer die Möglichkeit, die in der PGD vorgesehenen Höchstgrenzen zu überschreiten, wenn ihm eine besondere Ermächtigung durch den Wirtschaftsminister erteilt wird. Zuwiderhandlungen gegen die PGD werden aufgrund des Gesetzes über Wirtschaftsvergehen vom 22. Juni 1950 (*Staatsblad*, K 258) strafrechtlich verfolgt.

b) Zur angeblichen Unmöglichkeit eines Wettbewerbs bei den Handelsspannen

23 Die Klägerin ist ferner der Ansicht, die niederländischen Rechtsvorschriften hätten jede Möglichkeit eines Wettbewerbs bei den dem Handel zu gewährenden Spannen ausgeschlossen.

24 Die Klägerin stützt dieses Vorbringen auf den angeblichen Widerspruch zwischen Artikel 3 der PGD, dessen Rechtsgrundlage das Preisgesetz sei, und Artikel 30 des Tabaksteuergesetzes. Nach Artikel 3 der PGD sei nämlich jeder Einzelhändler verpflichtet, bei einem Rückgang seines Gestehungspreises seinen Verkaufspreis zu senken. Wenn ein Hersteller bestimmten Einzelhändlern einen Bonus einräume und sich deren Einkaufspreis dadurch entsprechend verringere, dann seien diese Händler gemäß Artikel 3 der PGD gehalten, ihren Einzelhandelspreis zu senken. Die Klägerin spricht insoweit von einem „Dominoeffekt". Dieser „Dominoeffekt" bewirke jedoch, daß die Einzelhändler Artikel 30 des Tabaksteuergesetzes zuwiderhandelten, der ihnen verbiete, die Zigaretten zu einem anderen als dem auf der Steuerbanderole angegebenen Preis zu verkaufen. Jeder Bonus, der die Gewinnspanne der Einzelhändler erhöhe, führe deshalb zwangsläufig dazu, daß diese gegen eine Rechtsvorschrift verstießen. Unter diesen Umständen hätten die Hersteller und Importeure keine andere Wahl gehabt, als die Boni gemeinsam und im Einvernehmen mit dem Staat festzulegen und auf diese Weise den Einzelhändlern die Gewißheit zu verschaffen, daß gegen sie keine Strafverfolgung eingeleitet werde.

25 Die Kommission trägt zu ihrer Verteidigung hauptsächlich vor, der PGD komme im Tabakwarensektor eine besondere Funktion zu. Der von der Klägerin beschriebene Dominoeffekt komme nur in den Sektoren voll zum Tragen, in denen die Einzelhändler noch selbst die Verkaufspreise festsetzen dürften. In diesem Fall müsse sichergestellt werden, daß die ihnen gewährten Vorteile letztlich im Einzelhandelspreis weitergegeben würden. Dies sei die Funktion des Dominoeffekts. Im Tabakwarensektor setzten dagegen die Hersteller selbst den Einzelhandelspreis fest. Die Einzelhändler bräuchten deshalb nicht verpflichtet zu werden, eigene Kosteneinsparungen weiterzugeben. Wenn eine ministerielle Genehmigung zur Preiserhöhung erteilt werde, so schließe die genehmigte Erhöhung die gesamte Spanne ein, die bei diesem Preis für Industrie und Handel verfügbar sei. Die Hersteller könnten einander aber noch bei der Aufteilung dieser Spanne auf die verschiedenen Handelsstufen Konkurrenz machen. Im übrigen weist die Kommission das Vorbringen der Klägerin zurück, der Staat habe eine Verletzung der PGD stillschweigend gestattet. Aus den Konsultationen, die zwischen der Industrie und dem Staat geführt worden seien, könne nicht hergeleitet werden, daß der Staat den Einzelhändlern stillschweigend gestattet habe, eine Rechtsvorschrift zu übertreten.

26 Der Argumentation der Klägerin kann nicht gefolgt werden. Durch den Abschluß einer Vereinbarung zur Gewährung einer Sondervergütung für bestimmte Einzelhändler haben die Hersteller nämlich gemeinsam genau das getan, was sie einzeln angeblich nicht tun durften. Dadurch, daß sie sich über diese Vergütung abgestimmt haben, wäre nicht verhindert worden, daß die Empfänger der Vergütung hätten bestraft werden müssen, wenn den niederländischen Rechtsvorschriften die Bedeutung zukäme, die die Klägerin ihnen beimißt. Dies kann aber nicht der Fall sein, denn es ist nicht nachgewiesen worden, daß auch nur ein einziger Einzelhändler verurteilt worden wäre, weil er den Verbrauchern einen ihm von den Mitgliedern der SSI verschafften Vorteil vorenthalten hätte. Ebensowenig trifft die Behauptung der Klägerin zu, daß der Staat den Einzelhändlern stillschweigend gestattet hätte, gegen eine Rechtsvorschrift zu verstoßen; der Staat hat der Industrie nur zu erkennen gegeben, daß er eine Verbesserung der Lage des Fachhandels wünsche.

27 Die Kommission hat im übrigen überzeugend dargelegt, inwieweit der PGD im Tabakwarensektor eine besondere Funktion zukommt. Danach tritt der Domino-effekt nur in den Sektoren ein, in denen jedes Unternehmen seinen Verkaufspreis frei festsetzen kann; dies ist bei Tabakwaren nicht der Fall, da die Einzelhändler nach dem Tabaksteuergesetz verpflichtet sind, den vom Hersteller oder Importeur festgesetzten Banderolenpreis einzuhalten.

c) Zu dem vom Staat angeblich ausgeübten Druck

28 Die Klägerin macht geltend, die Initiative für die Bonusregelung sei vom niederländischen Wirtschaftsministerium ausgegangen, das bei der Industrie energisch auf die Einführung und Aufrechterhaltung dieser Regelung gedrungen habe. Diese Einflußnahme des Staates finde ihre Erklärung in dem Bestreben, den Einzelhändlern ein zusätzliches Einkommen zu garantieren. Dieses Ziel habe aber nur durch ein kollektives Übereinkommen zwischen den Herstellern erreicht werden können. Ohne ein solches Übereinkommen könne ein Einzelhändler eine individuelle Bonusregelung mit einem Hersteller nur dann treffen, wenn er bereit sei, strenge Anforderungen hinsichtlich der Geschäftsausstattung und Werbung für die Produkte dieses Herstellers zu erfüllen. Diese Anforderungen seien von der Art, daß der Einzelhändler nicht gleichzeitig den Anforderungen eines anderen Herstellers gerecht werden könne. Ohne ein solches kollektives Übereinkommen hätte jeder Hersteller — was kaum realisierbar gewesen wäre — auch eine Liste der mit allen Einzelhändlern getroffenen individuellen Regelungen aufstellen müssen, damit der Staat hätte prüfen können, ob der dem Einzelhandel gewährte Bonus ausreichend gewesen sei.

29 Die Kommission räumt ein, daß der niederländische Staat die Industrie nachdrücklich ersucht habe, die Lage des Fachhandels zu verbessern. Die Klägerin habe jedoch nicht dargetan, daß der niederländische Staat den Abschluß einer den Wettbewerb beschränkenden horizontalen Kollektivvereinbarung gebilligt oder angeregt habe. Ebensowenig sei der Nachweis dafür erbracht worden, daß der Staat Einwände gegen eine Regelung erhoben habe, wonach jeder Hersteller individuell über die den Einzelhändlern zu gewährenden Boni zu entscheiden gehabt hätte.

30 Es bedarf hier nicht der Prüfung, inwieweit ein Druck oder eine Anregung von seiten des Staates dazu führen kann, daß Vereinbarungen zwischen Unternehmen der Anwendung von Artikel 85 EWG-Vertrag entzogen sind. Es ist zwar dargelegt worden, daß der niederländische Staat mit den interessierten Herstellern und Importeuren verschiedene Gespräche geführt und dabei bestimmte Ziele vorgegeben hat, die er zugunsten des Einzelhandels erreicht wissen wollte. Es ist jedoch nicht der Nachweis erbracht worden, daß der Staat erklärt hätte, diese Ziele sollten durch den Abschluß einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung erreicht werden, wie sie in der angefochtenen Entscheidung beanstandet worden ist.

2. Zum Fehlen einer spürbaren Beschränkung des Wettbewerbs

a) Zum Fehlen einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den an der Bonusregelung beteiligten Herstellern

31 Die Klägerin trägt vor, die Bonusregelung hindere die Einzelhändler nicht daran, sich für bestimmte Lieferanten besonders einzusetzen; folglich werde der Wettbewerb zwischen Herstellern und Importeuren nicht beschränkt.

32 Die Kommission ist der Ansicht, im vorliegenden Fall sei die wesentliche Wettbewerbsbeschränkung weniger in der Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit der Einzelhändler als vielmehr in den Verpflichtungen zu sehen, die die Hersteller und Importeure eingegangen seien. Mit der Bonusregelung hätten die Hersteller und Importeure den Rabattwettbewerb beschränkt, da die Einzelhändler nicht mehr daran interessiert seien, ihre Einkäufe bei einem oder mehreren Herstellern zu konzentrieren oder weitere Dienstleistungen für diese zu erbringen.

33 Zunächst ist auf das in der Bonusregelung vorgesehene System der Zahlung der Sondervergütung einzugehen. Die Einzelhändler melden der hierfür gebildeten besonderen Kommission die Gesamtmenge der Zigaretten, die sie von den an der Regelung beteiligten Herstellern bezogen haben, ohne diese Menge nach den einzelnen Lieferanten aufzuschlüsseln. Der aufgrund der Regelung gezahlte Bonus wird von den Herstellern und Importeuren nach Maßgabe ihres Absatzes über den Fachhandel finanziert.

34 In diesem System wird der Bonus den Einzelhändlern somit ohne Berücksichtigung der einem Hersteller erbrachten besonderen Leistungen oder des Umfangs der bei diesem Hersteller getätigten Käufe gezahlt. Ein Einzelhändler kann selbst dann einen von allen Herstellern gemeinsam finanzierten Bonus erhalten, wenn er bei einigen dieser Hersteller nichts gekauft hat. Daher hat ein Einzelhändler im Rahmen der Bonusregelung kein Interesse daran, sich für die Erzeugnisse eines bestimmten Herstellers besonders einzusetzen, da der Bonus, den er erhalten wird, jedenfalls nicht von den besonderen wirtschaftlichen Beziehungen abhängt, die ihn eventuell mit diesem Hersteller verbinden.

35 Ein derartiges System verhindert, daß die Hersteller und Importeure bei der Gewährung eines Bonus an die Facheinzelhändler in einen wirklichen Wettbewerb miteinander treten, und begrenzt die Höhe der individuellen Sondervergütungen. Da die Gewährung eines Bonus die Höhe des Verkaufspreises beeinflußt, haben die Hersteller und Importeure jedenfalls eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe a EWG-Vertrag geschlossen.

b) Zu den Auswirkungen auf die an der Bonusregelung nicht beteiligten Dritten

36 Die Klägerin macht erstens geltend, die Bonusregelung wirke sich entgegen dem Vorbringen der Kommission in Nr. 99 Buchstabe h ihrer Entscheidung nicht nachteilig für außenstehende Hersteller aus. Diese könnten weiterhin frei darüber entscheiden, in welcher Höhe sie einem Einzelhändler, der ihre Produkte absetze, Rabatte gewährten.

37 Nach Ansicht der Kommission bewirkt die Bonusregelung, daß die Einzelhändler ihre Zigarettenkäufe bei den an der Regelung beteiligten Herstellern konzentrieren. Diese Wirkung sei im wesentlichen darauf zurückzuführen, daß die Einzel-

händler verpflichtet seien, einen sehr großen Teil ihres Umsatzes mit Produkten der an der Regelung beteiligten Hersteller zu realisieren, wenn sie für den Bonus in Frage kommen wollten.

38 In diesem Zusammenhang ist zunächst auf einige Merkmale der Bonusregelung einzugehen. Erstens erhalten nur diejenigen Einzelhändler einen Bonus, die eine Mindestmenge von Zigaretten der an der Regelung beteiligten Hersteller absetzen. Die Klägerin räumt selbst ein, daß diese Umsatzzahl sehr hoch ist und von ziemlich vielen Einzelhändlern nicht erreicht wird. Zweitens wird diese Umsatzzahl am Ende jedes Jahres berechnet. Schließlich wird der Bonus, wenn dieser Umsatz erzielt worden ist, auf der Grundlage der Gesamtabnahme errechnet.

39 Ein solches System wirkt sich nachteilig für diejenigen Hersteller aus, die an der Regelung nicht beteiligt sind. Die Einzelhändler haben nämlich ein Interesse daran, ihre Einkäufe bei den an der Regelung beteiligten Herstellern im Laufe des Jahres zu konzentrieren, um so den unstreitig hohen Mindestumsatz zu erreichen und dann einen Bonus von 0,75 HFL je 1 000 Zigaretten zu erhalten. Deckt sich der Einzelhändler bei einem Dritten ein, so läuft er Gefahr, am Jahresende diesen Umsatz nicht zu erreichen und damit seinen Anspruch auf den Bonus zu verlieren. Um diesen möglichen Verlust auszugleichen, muß der Dritte selbst dann einen Bonus mindestens in derselben Höhe anbieten, wie ihn die an der Regelung beteiligten Hersteller für 1,5 Millionen Zigaretten gewähren, wenn er nur eine geringere Menge verkaufen will.

40 Im übrigen erfahren die Einzelhändler erst am Jahresende, ob sie den Mindestumsatz erzielt haben. Bis dahin bleiben sie insoweit im ungewissen, und diese Ungewißheit ist dazu angetan, alle Einzelhändler — einschließlich derjenigen, die den Bonus letztlich nicht erhalten werden — zu veranlassen, ihre Einkäufe bei den an der Bonusregelung beteiligten Herstellern zu konzentrieren.

41 Die Klägerin trägt zweitens vor, den von der Bonusregelung ausgeschlossenen Einzelhändlern entstehe kein Nachteil, da sie mit den Herstellern und Importeuren einzeln oder gemeinsam Bonusvereinbarungen aushandeln könnten.

42 Nach Ansicht der Kommission stellt die auf bestimmte Einzelhändler beschränkte Gewährung eines Bonus eine Diskriminierung der davon ausgeschlossenen Wiederverkäufer gemäß Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe d EWG-Vertrag dar. Daß letztere individuelle Vereinbarungen aushandeln könnten, ändere nichts daran, daß ihnen keinesfalls ein Anspruch auf den Bonus zustehe.

43 Da die Kommission, wie bereits dargelegt worden ist, zu Recht festgestellt hat, daß die Bonusregelung den Wettbewerb zwischen den Herstellern und Importeuren beschränke, erübrigt sich die Prüfung der Frage, ob die Kommission auch berechtigt war, ihre Entscheidung auf den angeblich diskriminierenden Charakter der Regelung zu stützen.

c) Zum Fehlen einer spürbaren Beschränkung des Wettbewerbs

44 Die Klägerin macht zunächst geltend, die Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den an der Bonusregelung beteiligten Herstellern und Importeuren sei nicht spürbar, da es diesen nach wie vor freigestanden habe, bestimmten Einzelhändlern individuelle Sondervergütungen zu gewähren.

45 Die Kommission ist demgegenüber der Auffassung, aufgrund der Bonusregelung sei es praktisch unmöglich geworden, von einem Hersteller oder Importeur Sondervergütungen zu erlangen.

46 Dem Vorbringen der Klägerin kann nicht gefolgt werden. Es ist im vorliegenden Fall unerheblich, ob die Bonusregelung als solche den Beteiligten rechtlich die Möglichkeit ließ, individuelle Sondervergütungen zu gewähren, da sie deren Höhe in der Praxis zwangsläufig beschränkt. Im übrigen ist bei der Beurteilung der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung der Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen. Dazu ist zu bemerken, daß die Hersteller und Importeure verschiedene Vereinbarungen getroffen haben, durch die der Wettbewerb bei den Handelsspannen zwischen ihnen fast vollständig ausgeschlossen wurde, und daß sie sich ferner gegenseitig verpflichtet haben, außer den zwischen ihnen abgesprochenen Rabatten keine andere Vergütung zu gewähren.

47 Die Klägerin macht sodann geltend, die durch die Bonusregelung bewirkte Wettbewerbsbeschränkung sei deshalb nicht spürbar, weil die Regelung nur einer besonderen Gruppe von Händlern zugute komme, auf die lediglich 20 % der Ziga-

rettenverkäufe in den Niederlanden entfielen. Außerdem falle die Sondervergütung, die den durch die Bonusregelung begünstigten Einzelhändlern gewährt werde, nicht ins Gewicht, da sie nur annähernd 0,6 % des Endverkaufspreises und 7 % der Gewinnspanne dieser Händler ausmache.

48 Die Kommission hält dem entgegen, die Bonusregelung sei von Unternehmen unterzeichnet worden, die zusammen mehr als 90 % des Gesamtumsatzes mit Tabakwaren in den Niederlanden erzielten. Unter diesen Umständen und wegen der Art der Vereinbarung könne die Wettbewerbsbeschränkung nicht als unbedeutend angesehen werden.

49 Insoweit genügt die Feststellung, daß eine Vereinbarung, die den Wettbewerb zwischen der Mehrzahl der in einem Sektor tätigen Hersteller und Importeure beschränkt und mit der ein Bonus eingeführt wird, der 7 % der Gewinnspanne der Einzelhändler ausmacht, per se eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt.

B — *Zur Behauptung, der Handel zwischen Mitgliedstaaten sei nicht beeinträchtigt*

50 Die Klägerin ist der Ansicht, die Bonusregelung beeinträchtige nicht den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag. Die Tabakwaren könnten nämlich, sobald eine Steuerbanderole angebracht sei, nicht mehr in einen anderen Mitgliedstaat ausgeführt werden. Diejenigen Tabakwaren, die noch nicht mit Steuerbanderolen versehen seien, seien zwar Gegenstand von Handelsgeschäften innerhalb eines Konzerns. Da sie in diesem Fall jedoch noch nicht in den Handel eines Mitgliedstaats gebracht worden seien, seien die sie betreffenden Vereinbarungen nicht geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Außerdem hätten die Einzelhändler den Bonus auch für die von den Mitgliedern der SSI eingeführten Zigaretten erhalten, da diese Zigaretten bei der Berechnung ihres Zigarettenabsatzes berücksichtigt würden. Selbst wenn aber der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinflußt worden sein sollte, fehle es jedenfalls an der Spürbarkeit, da der Absatz der unter die Regelung fallenden Einzelhändler verhältnismäßig geringfügig sei.

51 Die Kommission führt aus, nach Artikel 85 EWG-Vertrag komme es nicht darauf an, ob der zwischenstaatliche Handel beschränkt werde, sondern nur darauf, ob die Wettbewerbsverfälschung diesen Handel wenn nicht unmittelbar, so doch tatsächlich oder potentiell beeinflussen könne. Die an den fraglichen Vereinbarungen

und Verhaltensweisen beteiligten Unternehmen besäßen in den Niederlanden einen Marktanteil von 90 % und nähmen einen großen Teil der Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten auf ihre Rechnung. Unter diesen Umständen sowie unter Berücksichtigung der Randnummern 170 bis 172 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 29. Oktober 1980 in den Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78 (Van Landewyck/Kommission, Slg. 1980, 3125) lasse sich schwerlich bestreiten, daß die Voraussetzung einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erfüllt sei. Im übrigen zeige das Vorbringen der Klägerin deutlich, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten tatsächlich beeinflußt werde, da die Bonusregelung auch für eingeführte Zigaretten gelte.

52 Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65 (Société technique minière, Slg. 1966, 281) festgestellt hat, ist eine Vereinbarung nur dann geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigten, „wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann. Ob ein Vertrag ... unter Artikel 85 fällt, hängt daher insbesondere davon ab, ob er auf dem Markt für bestimmte Waren Handelsschranken zwischen Mitgliedstaaten errichten und so die vom Vertrag gewollte gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung erschweren kann." Dabei ist die Errichtung derartiger Handelsschranken nur ein Beispiel dafür, wie der zwischenstaatliche Handel im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag beeinflußt werden kann.

53 Eine Vereinbarung zwischen in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen, die nur für den Markt dieses Mitgliedstaats gilt, berührt daher, auch wenn durch sie keine Handelsschranken errichtet werden, den zwischenstaatlichen Handelsverkehr im Sinne von Artikel 85 EWG-Vertrag, sofern sie sich, sei es auch nur teilweise, auf ein Erzeugnis bezieht, das aus einem anderen Mitgliedstaat stammt, und zwar selbst dann, wenn die Beteiligten das Erzeugnis von einem Unternehmen erhalten haben, das demselben Konzern angehört wie sie.

54 Unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes ist festzustellen, daß die Bonusregelung den zwischenstaatlichen Handelsverkehr im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag berührt, da in die Berechnung des Bonus auch die Zigaretten einbezogen werden, die aus anderen Mitgliedstaaten stammen.

55 Das Vorbringen der Klägerin, der Einfluß auf den zwischenstaatlichen Handel sei nicht spürbar, ist unbegründet. Ein großer Teil der in den Niederlanden verkauften Tabakwaren stammt aus anderen Mitgliedstaaten, und die weitaus meisten dieser Tabakwaren werden von den an der Bonusregelung beteiligten Herstellern und Importeuren selbst eingeführt. Außerdem ist die Bonusregelung geeignet, unbeteiligte Hersteller aus anderen Mitgliedstaaten in ihren Bemühungen, auf dem niederländischen Markt Fuß zu fassen, zu behindern.

56 Die Kommission hat deshalb zu Recht festgestellt, daß die Bonusregelung und die SSI-Rahmenvereinbarung, soweit sie zur Einhaltung dieser Regelung verpflichtet, geeignet waren, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

57 Der erste Klagegrund ist somit insgesamt zurückzuweisen.

II — Zweiter Klagegrund: Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag

58 Die Klägerin trägt zunächst vor, die von der Kommission vorgenommene Prüfung der Voraussetzungen, unter denen die Bonusregelung in Anspruch genommen werden könne, sei unzutreffend. So benachteilige entgegen der Behauptung der Kommission das Erfordernis, daß der Einzelhändler mindestens 60 % seines Umsatzes mit Tabakwaren erzielen müsse, nicht die kleinen Fachhändler, da es sich dabei nicht um eine absolute, sondern um eine relative Zahl handele. Es sei nicht sehr schwierig, die Verpflichtung zur Führung eines Mindestsortiments zu erfüllen, das den Händler in die Lage versetze, Sonderwünschen der Kundschaft nachzukommen. Auch die Verpflichtung, die Schaufenster zu einem Viertel für Zigaretten zu reservieren, sei keine Belastung für die Einzelhändler, denen im übrigen zweifellos weitergehende Verpflichtungen auferlegt würden, wenn sie individuelle Rabattvereinbarungen abschließen müßten. Schließlich sei die Verpflichtung zur Erzielung eines Mindestumsatzes mit Rücksicht auf die Politik des Staates, nur den lebensfähigen Einzelhandel zu fördern, vorgesehen worden.

59 Die Klägerin führt weiter aus, die Bonusregelung hätte gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag freigestellt werden müssen. Die Einzelhändler als „Abnehmer" begrüßten es, daß sie einen Bonus erhielten. Die Hersteller leisteten damit einen Beitrag zur Aufrechterhaltung des von ihnen benötigten Vertriebsnetzes im Fachhandel. Den Verbrauchern entstehe kein Nachteil, da die von den Herstellern oder

den Importeuren festgesetzten Einzelhandelspreise für Tabakwaren gemäß Artikel 30 des Tabaksteuergesetzes bindend seien. Die den Fachhändlern gezahlten Sondervergütungen brächten im Gegenteil den Verbrauchern Vorteile, da sie die Leistungen der Geschäfte in Anspruch nehmen könnten, deren Bestand auf diese Weise gesichert werde.

60 Zu den angeblichen Fehlern in ihrer Entscheidung bemerkt die Kommission lediglich, die Klägerin habe nicht dargetan, inwiefern sie den Sachverhalt entstellt oder daraus falsche Schlüsse gezogen habe.

61 Zu der verweigerten Freistellung trägt die Kommission vor, für die Beurteilung der Frage, ob die Bonusregelung die Warenverteilung verbessere, sei es unerheblich, daß die Einzelhändler mit dieser Regelung einverstanden seien. Die Regelung sei auch nicht notwendig, um den Herstellern die Vorteile zu verschaffen, die sie nach eigenem Bekunden daraus zögen. Was schließlich die Verbraucher betrifft, so verweist die Kommission auf das Urteil vom 29. Oktober 1980 (Van Landewyck/Kommission, a. a. O.), in dem der Gerichtshof erklärt hat, daß „die Zahl der Händler und Marken ... nicht unbedingt das wesentliche Kriterium für eine Verbesserung des Vertriebs im Sinne von Artikel 85 Absatz 3" darstellt.

62 Insoweit genügt der Hinweis, daß die Kommission zu Recht festgestellt hat, weder sei die Notwendigkeit des Bonus für die Aufrechterhaltung eines Netzes von Fachgeschäften nachgewiesen, noch sei dargetan worden, daß ohne eine die meisten Tabakwarenhersteller und -importeure bindende Vereinbarung keine Boni in gleicher Höhe hätten gewährt werden können.

63 Nach alledem ist die Klage als unbegründet abzuweisen.

Kosten

64 Gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, hat sie die Kosten zu tragen.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1) Die Klage wird abgewiesen.

2) Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Everling Joliet

Due Galmot Kakouris

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 10. Dezember 1985.

Der Kanzler
P. Heim

Der Präsident der Fünften Kammer
U. Everling