2. Artikel 92 EWG-Vertrag ist dahin zu verstehen, daß eine staatliche Beihilfe im Sinne dieses Artikels nicht vorliegt, wenn eine staatliche Stelle für den Einzelhandelsverkauf eines Erzeugnisses Mindestpreise festsetzt, die allein zu Lasten der Verbraucher gehen.

Kutscher Sørensen Bosco

Donner Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 24. Januar 1978.

Der Kanzler
A. Van Houtte

Der Präsident
H. Kutscher

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCESCO CAPOTORTI VOM 13. DEZEMBER 1977 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Die Kernfrage dieser Rechtssache läßt sich wie folgt zusammenfassen: Ist eine innerstaatliche Maßnahme, mit der Mindestpreise für den Einzelhandelsverkauf von bestimmten Erzeugnissen festgesetzt werden, mit dem Verbot von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen nach Artikel 30 EWG-Vertrag vereinbar?

Bei den Erzeugnissen, um die es hier geht, handelt es sich um zwei in den Niederlanden sehr verbreitete alkoholische Getränke: Genever und „Vieux" (einem Getränk mit Cognac-Aroma). Die niederländischen Erzeuger dieser Getränke wandten lange Zeit einvernehmlich ein System vertikaler Preisbindung an. Mit Urteil vom 22. September 1975 entschied jedoch die Arrondissementsrechtbank Utrecht, daß eine solche Preisabsprache mit dem niederländischen Gesetz über den Wettbewerb nicht vereinbar sei. Dies führte in dem betreffenden Wirtschaftsbereich zu einem lebhaften Wettbewerb und zu einem spürbaren Preisverfall. Um ruinöse Auswirkungen für zahlreiche kleine Händler zu vermeiden, ermächtigte die niederländische Königliche Verordnung Nr. 51 vom 18. Dezember 1975 den Vorstand der für die Regulierung von Produktion und Absatz destillierter alkoholischer Getränke zuständigen Stelle (Produktschap voor Gedistilleerde Dranken), die Preise für die Dauer von längstens drei Jahren zu re-

1 — Aus dem Italienischen übersetzt.

geln. Aufgrund dieser Ermächtigung, die gemäß Artikel 4 des Gesetzes über die Errichtung der Produktschap vom 30. September 1954 erteilt worden war, verabschiedete die Produktschap am 17. Dezember 1975 eine Verordnung, die unter anderem folgende Bestimmungen enthielt:

1. Für „jonge Genever" oder „Vieux" einer Marke oder eines Typs, für die es einen Katalogseinheitspreis („gerieprijs") gibt, das Verbot, unter dem vorgenannten Katalogpreis zuzüglich eines festen Betrags von 0,60 Gulden und 16 % Mehrwertsteuer zu verkaufen; der „Katalogeinheitspreis" war der Literpreis, der am 6. Oktober 1975 in der vom Hersteller seinen Kunden mitgeteilten Preisliste angegeben war, ohne Berücksichtigung möglicher Rabatte und Abschläge, ohne Mehrwertsteuer und zuzüglich des Betrags, um den die Verbrauchsteuer am 1. Januar 1976 erhöht wurde (Artikel 2 Ziffer 1 und Artikel 1 Ziffer 3);
2. für die beiden vorgenannten Erzeugnisse, sofern kein Katalogeinheitspreis vorhanden ist, und in jedem Falle für alten Genever das Verbot, zu einem Preis unter 11,25 Gulden pro Liter zu verkaufen (Artikel 2 Ziffer 2 und 3);
3. für andere destillierte alkoholische Getränke das Verbot, unter dem Einkaufspreis zuzüglich der Mehrwertsteuer zu verkaufen (Artikel 4).

Nach Artikel 1 Ziffer 2 der erwähnten Verordnung ist unter Einzelhandelsverkauf der Verkauf an Personen zu verstehen, die mit den betreffenden alkoholischen Getränken keinen Handel treiben dürfen.

Nach Artikel 3 ist es beim Einzelhandelsverkauf verboten, Rabatte oder Nachlässe zu gewähren, wenn diese dazu führen, daß der tatsächliche Preis unter die in Artikel 2 vorgesehene Mindesthöhe fällt. Wenn die Erzeugnisse zu diesem Mindestpreis verkauft werden, ist die Gewährung von Geschenken oder Vorteilen jeglicher Art verboten. Dasselbe gilt in allen Fällen, in denen der gewährte Vorteil unter Berücksichtigung seines tatsächlichen Wertes dazu führen würde, daß der Verkaufspreis unter die in Artikel 2 vorgesehene Höhe fiele.

Diese Preisregelung wurde von der Produktschap für ein Jahr erlassen und dann bis zum 1. März 1978 verlängert. Der ursprüngliche Mindestpreis von 11,25 Gulden wurde nachträglich auf 11,70 Gulden erhöht.

Es ist noch darauf hinzuweisen, daß die fragliche Regelung sowohl inländische als auch aus den übrigen Mitgliedstaaten stammende Erzeugnisse erfaßt und daß destillierte alkoholische Getränke keiner gemeinsamen Marktordnung unterliegen.

2. Mit Urteil des Wirtschaftsstrafrichters bei der Arrondissementsrechtbank Rotterdam vom 18. Mai 1976 wurde Herr Jacobus Philippus van Tiggele, der in einer Ortschaft der Niederlande einen Discount-Selbstbedienungsgetränkehandel betreibt, zu einer Geldstrafe von 5 000 Gulden — ersatzweise drei Monaten Haft — verurteilt, da er fortgesetzt gegen die vorstehend beschriebene Regelung verstoßen habe, indem er Genever verschiedener Marken unter dem festgesetzten Mindestpreis verkauft habe. Nach zwei Instanzen — Berufung beim Gerechtshof Den Haag, der das Urteil der ersten Instanz aufhob, und Kassation beim Hoge Raad, der das Urteil der Berufungsinstanz aufhob — wurde die Rechtssache an den Gerechtshof Amsterdam zurückgewiesen. Dieser hat den Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag ersucht, sich im Wege der Vorabentscheidung zu folgenden Fragen zu äußern:

1. Sind die Artikel 30 bis 37 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß die vom Vorstand der Produktschap voor Gedistilleerde Dranken am 17. Dezem-

ber 1975 in der „Prijsverordening gedistilleerde dranken" aufgestellte Mindestpreisregelung für den inländischen Absatz destillierter Getränke als mengenmäßige Einfuhrbeschränkung oder als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung verboten ist?

2. Sind die Artikel 92 bis 94 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß die vorstehend erwähnte Regelung als eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe der Niederlande anzusehen ist?

Bevor ich auf die durch diese Fragen aufgeworfenen Probleme eingehe, halte ich den Hinweis für angebracht, daß es sich vorliegend um Erzeugnisse handelt, für die ein Katalogeinheitspreis gilt und bei denen der für alten Genever festgesetzte allgemeine Mindestpreis nur in Betracht kommen kann, sofern es keinen Katalogeinheitspreis gibt. Das scheint bei eingeführten Erzeugnissen dieser Art (jungen Genever und „Vieux") tatsächlich der Fall zu sein.

Die von dem niederländischen Richter vorgelegten Fragen betreffen jedoch das Gesamtsystem der für den Verkauf destillierter Getränke in den Niederlanden geltenden Mindestpreise. Dieses System ist deshalb in seiner Gesamtheit zu prüfen, zumal es nicht unsere ufgabe ist festzustellen, ob eine bestimmte innerstaatliche Vorschrift nach dem Gemeinschaftsrecht rechtmäßig ist, sondern zu klären, welche Tragweite den Vertragsvorschriften, um deren Auslegung ersucht wird, im Hinblick auf ein Preissystem der beschriebenen Art zukommt.

3. Die erste Frage steht ausdrücklich im Zusammenhang des Kapitels des EWG-Vertrags über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten. Zu untersuchen ist, wie ich bereits gesagt habe, ob ein innerstaatliches Mindestpreissystem, wie es die genannte „Prijsverordening gedistilleerde dranken" festsetzt, gegen das den Mitgliedstaaten durch Artikel 30 EWG-Vertrag auferlegte Verbot der Anwendung von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen verstößt. Artikel 34 EWG-Vertrag betrifft unser Problem nicht, denn, da es hierbei um die Preisregelung im Einzelhandel geht, gibt es keine Auswirkungen für den Export, und das Verbot von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen kann nicht eingreifen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs erfaßt das oben genannte Verbot nicht nur die innerstaatlichen Maßnahmen, die sich *tatsächlich* beschränkend auf den Warenverkehr auswirken. Damit man von einer Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung sprechen kann, genügt es, daß die Handelsregelung eines Mitgliedstaats auch nur potentiell und mittelbar geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen.

Dies hat der Gerichtshof im Urteil vom 11. Juli 1974 (Rechtssache Dassonville, 8/74 — Slg. 1974, 837 ff.) generell für alle den Handel betreffenden innerstaatlichen Regelungen klar ausgesprochen, ohne daß es hierbei darauf ankommt, ob es sich um landwirtschaftliche oder industrielle Erzeugnisse handelt und ob es eine gemeinsame Marktorganisation gibt oder nicht; für Erzeugnisse, die einer gemeinsamen Marktorganisation unterliegen, wurde dies im Urteil vom 30. Oktober 1974 (Rechtssache Van Haaster, 190/73 — Slg. 1974, 1123 ff.) bestätigt.

Ein innerstaatliches System zur Festsetzung von Mindestpreisen fällt ohne Zweifel unter den Begriff „Handelsregelung"; auch für sie gilt daher die soeben in Erinnerung gerufene Auslegung.

Was besonders staatliche Maßnahmen zur Preisregelung anbelangt, hatte der Gerichtshof mehrfach Gelegenheit, die Kriterien für die Vereinbarkeit der Festsetzung von *Höchst*preisen mit dem

Funktionieren einer bestimmten gemeinsamen Marktorganisation anzugeben (vgl. insbesondere die Urteile vom 23. Januar 1975, Galli, 31/74 — Slg. 1975, 47 ff. —, vom 26. Februar 1976, Tasca, 65/75, sowie Sadam, 88-90/75 — Slg. 1976, 291 bzw. 323).

Während das im wesentlichen auf dem Vorhandensein und den Auswirkungen einer gemeinsamen Marktordnung beruhende Urteil in der Rechtssache Galli für unseren Fall nichts Sachdienliches enthält, stecken die Urteile in den Rechtssachen Tasca und Sadam auch die Tragweite von Artikel 30 EWG-Vertrag im Hinblick auf staatliche Eingriffe im Bereich der Preise ab.

Der Gerichtshof hat in diesen Urteilen, nachdem er zunächst die vorstehend erwähnte Auslegung des Begriffs der Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen bestätigt hatte, erklärt: „Ein unterschiedslos für einheimische wie eingeführte Erzeugnisse geltender Höchstpreis ist zwar als solcher noch keine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung, doch kann er eine solche Wirkung entfalten, wenn er derart festgesetzt wird, daß der Absatz von Einfuhrerzeugnissen unmöglich oder gegenüber dem einheimischer Produkte erschwert wird. Daher stellt ein Höchstpreis, jedenfalls soweit er für Einfuhrerzeugnisse gilt, insbesondere dann eine mengenmäßige Beschränkung dar, wenn er so niedrig festgesetzt wird, daß Händler, die das fragliche Erzeugnis in den betreffenden Mitgliedstaat einführen wollen, dies — unter Berücksichtigung der allgemeinen Lage bei Importerzeugnissen, verglichen mit der bei einheimischen Produkten — nur mit Verlust tun könnten." (Vgl. Rdnrn. 27 und 28 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache Tasca und 35 und 36 des Urteils in der Rechtssache Sadam.)

Der Gerichtshof hat vor kurzem im Urteil vom 16. November 1977 (G.B. Inno-B.M./Vereinigung der Tabakwareneinzelhändler, 13/77 — Rdnr. 52 der Entscheidungsgründe) dasselbe Kriterium auch bei innerstaatlichen Maßnahmen angewandt, die dazu führten, daß der Erzeugernettopreis in einen für den Einzelhandelsverkauf von Zigaretten vorgeschriebenen Festpreis umgewandelt wurde.

Während es in dem Fall, der dem Tasca- Urteil zugrunde lag, vor dem ersuchenden Gericht um das Verhalten eines einzelnen ging, der die in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Höchstpreisgrenzen überschritten hatte, waren in dem Inno-Fall Erzeugnisse zu Preisen verkauft worden, die unter dem festgesetzten Preis lagen.

Im ersten Falle konnte sich der Verstoß gegen das Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen daraus ergeben, daß die innerstaatlichen Behörden bei der Festsetzung des Höchstpreises die im Vergleich mit entsprechenden einheimischen Erzeugnissen möglicherweise höheren Kosten für eingeführte Waren nicht berücksichtigt hatten. In einem solchen Falle hätte es für die Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten tatsächlich schwer, wenn nicht gar unmöglich werden können, in dem betreffenden Mitgliedstaat eine Absatzmöglichkeit zu behalten.

Wenn — wie im Inno-Fall — ein Festpreis vorgeschrieben wird, gilt dieselbe Erwägung für das mit diesem verbundene Verbot, einen höheren Preis zu verlangen; tatsächlich hat sich der Gerichtshof ausdrücklich auf den Begriff „Höchstpreis" bezogen. Dagegen enthält das Urteil in der Rechtssache Inno keine spezielle Äußerung zu der Eigenschaft eines „Mindestpreises", die dem Festpreis auch zukommt; diese Eigenschaft hat in der Entscheidung des Gerichtshofes letztlich keine unmittelbare Berücksichtigung gefunden.

Ferner ist noch anzumerken, daß in dem Inno-Fall die im wesentlichen aus steuerlichen Gründen getroffene staat-

liche Regelung sich darauf beschränkte, den vom Hersteller frei gewählten Preis verbindlich zu machen; dagegen stellt im vorliegenden Fall der einheitliche Mindestpreis, der, da es an einer Mitteilung der Preislisten seitens der ausländischen Erzeuger fehlt, der einzige zu sein scheint, welcher in der Praxis für nicht niederländische Erzeugnisse in Betracht kommt, einen in vollem Umfang von oben und jedenfalls ohne vorherige Anhörung der nicht niederländischen Erzeuger verordneten Preis dar.

All dies führt zu der Feststellung, daß die mit einem verbindlichen *Mindest*preissystem verbundenen Probleme in der Rechtsprechung des Gerichtshofes über staatliche Preisregelungsmaßnahmen noch nicht unmittelbar behandelt worden sind. Dennoch finden sich in dieser Rechtsprechung zwei nützliche Hinweise: erstens die Klarstellung des Begriffs der Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung, der für alle Preissysteme gilt, die geeignet sind, die Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern; zweitens der speziellere Gedanke, daß ein staatlich verordneter Preis, auch wenn er für inländische und ausländische Erzeugnisse in gleicher Weise gilt, eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung darstellen kann, falls seine Höhe den Absatz von eingeführten Erzeugnissen im Vergleich zu inländischen Erzeugnissen unmöglich macht oder auch nur erschwert. Wir werden noch sehen, zu welchem Ergebnis diese Kriterien in dem hier zu untersuchenden Fall führen können.

In dieser Sicht und vor allem im Hinblick auf das zweite vorstehend genannte Kriterium ist es schließlich angezeigt, an die „Richtlinie der Kommission vom 22. Dezember 1969, gestützt auf die Vorschriften des Artikels 33 Absatz 7 über die Beseitigung von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen, die nicht unter andere aufgrund des EWG-Vertrags erlassene Vorschriften fallen", zu erinnern. Sie nennt unter den Maßnahmen, deren Beseitigung sie verlangt, ausdrücklich Maßnahmen, „die die Preise für Waren in Abhängigkeit vom Gestehungspreis oder der Qualität der inländischen Waren allein in einer solchen Höhe festlegen, daß sich hieraus ein Einfuhrhindernis ergibt" (Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe *e)*, sowie Maßnahmen, die eine Verteuerung eines eingeführten Erzeugnisses bewirken (Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe *f)*. Dies bestätigt mittelbar, daß sich nicht ausschließen läßt, daß sich ein verbindlicher und verallgemeinerter Mindestpreis nachteilig auf die Einfuhren und den Absatz von Einfuhrerzeugnissen auswirkt.

4. In der Rechtslehre ist die Ansicht vertreten worden, die Anwendung innerstaatlicher Preisregelungen führe nicht nur dazu, die objektiven Wettbewerbsmöglichkeiten und die Neigung der Unternehmen, miteinander in Wettbewerb zu treten, zu beschränken, sondern sie setze häufig voraus, daß die auf dem Gemeinsamen Markt tätigen Unternehmen sich Praktiken zu eigen machen, die den Wettbewerbsregeln des Gemeinschaftsrechts widersprechen (M. Walbroek, Les réglementations nationales de prix et le droit communautaire, Brüssel 1975, S. 55). Vielleicht durch diese Ansicht veranlaßt, hat die Kommission die Bestimmungen von Artikel 30 ff. EWG-Vertrag auch im Hinblick auf die sich angeblich für die Mitgliedstaaten aus Artikel 5 EWG-Vertrag ergebende Verpflichtung untersucht, keine Maßnahmen zu ergreifen, die Verhältnisse zu schaffen geeignet sind, welche, wenn sie auf das Tun von Unternehmen zurückzuführen wären, unter die Verbote der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag fielen.

Sie hat erklärt, die Festsetzung von Mindestpreisen stelle sich im allgemeinen als eine Maßnahme dar, die das freie Spiel des Marktes stärker einschränke und störe als die Festsetzung von Höchstprei-

sen. Anders als diese letztere bedeutet die Festsetzung von Mindestpreisen in der Weise, daß durch deren Höhe der natürlichen Tendenz eines Marktes mit freien Preisen zur Preissenkung entgegengewirkt wird, in der Tat notwendigerweise eine schwerwiegende Beschränkung des Wettbewerbs.

Die Kommission hat zum vorliegenden Fall darauf hingewiesen, daß das niederländische System verbindlicher Mindestpreise für alkoholische Getränke — nach einer kurzen Zeit freien und äußerst lebhaften Wettbewerbs — das zwischen den Erzeugern einvernehmlich bestehende System vertikaler Absprachen der Preisfestsetzung bei den gleichen Erzeugnissen abgelöst habe, das abgeschafft worden sei, weil es gegen die innerstaatlichen Wettbewerbsregeln verstoßen habe. Nach Ansicht der Kommission ist das augenblickliche Mindestpreissystem in seinen Wirkungen für den Wettbewerb gleichbedeutend mit dem früheren System kollektiver vertikaler Preisbindungsabsprachen und wirft wie dieses die Frage der Vereinbarkeit mit den in Artikel 3 Buchstabe f und Artikel 85 EWG-Vertrag niedergelegten Grundsätzen auf.

Es läßt sich natürlich nicht leugnen, daß jede Maßnahme zur Festsetzung von Mindestverkaufspreisen wettbewerbsbeschränkend wirkt. Und es ist gleichermaßen klar, daß diese Wirkung, die auch zum Nachteil der Erzeugnisse aus den übrigen Mitgliedstaaten eintritt, zwangsläufig Rückwirkungen für die Einfuhren dieser Erzeugnisse in den Staat hat, in dem eine solche Anordnung getroffen wird.

Untersucht man jedoch mitgliedstaatliche Eingriffsmaßnahmen im Bereich der Preise im Hinblick auf das Verbot von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen, dann ist der Gesichtspunkt der Wettbewerbswidrigkeit in ganz anderer Weise von Bedeutung als bei der Prüfung von Verhaltensweisen von Unternehmen im Hinblick auf die Feststellung der Vereinbarkeit mit den Artikeln 85 und 86 EWG-Vertrag.

Bei diesen beiden Bestimmungen handelt es sich in Wirklichkeit um Wettbewerbsregeln *für Unternehmen* — wie es ausdrücklich in der Überschrift des einschlägigen Abschnitts des Vertrages heißt —, sie sind logisch und systematisch von den Wettbewerbsregeln, die sich an die Staaten richten (Artikel 92 ff. EWG-Vertrag), verschieden. Die Artikel 30 und 34 einerseits und die Artikel 85 und 86 andererseits unterscheiden sich nicht nur nach dem Verbotsadressaten, sondern auch nach der Art der verbotenen Verhaltensweisen: Es soll der Hinweis genügen, daß die den Handel beschränkenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten wegen der durch sie bewirkten Störung des innergemeinschaftlichen Handels stets mit dem Vertrag unvereinbar sind, während die Absprachen zwischen Unternehmen nur dann mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind, wenn die doppelte Voraussetzung erfüllt ist, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird; auch verlangt der Mißbrauch einer beherrschenden Stellung neben dem Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten ein Verhalten mißbräuchlicher Ausnutzung.

5. Gewiß hat der Gerichtshof in dem bereits genannten Urteil in der Rechtssache 13/77, Inno, staatliche Maßnahmen zur Preisfestsetzung nicht nur anhand von Artikel 30, sondern auch im Hinblick auf Artikel 86 EWG-Vertrag geprüft, der es den Unternehmen untersagt, eine beherrschende Stellung mißbräuchlich auszunutzen. Er hat jedoch diese Bestimmung nur insoweit herangezogen, als sie das in Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag festgelegte grundsätzliche Ziel (den Schutz des freien Wettbewerbs) näher erläutert und als das ebenso grundsätzliche Verbot aller staat-

lichen Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele des Gemeinsamen Marktes gefährden könnten (Artikel 5 Absatz 2), logischerweise die Verpflichtung beinhaltet, keine Maßnahmen zu erlassen, die geeignet sind, die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln, zu denen Artikel 86 zählt, zu beseitigen. So erklärt sich die Feststellung in dem erwähnten Urteil, daß die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen erlassen dürfen, die es privaten Unternehmen ermöglichen, sich den ihnen durch die Artikel 85 bis 90 EWG-Vertrag auferlegten Bindungen zu entziehen, und die möglicherweise die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung begünstigen (Rdnrn. 33-34 des Inno-Urteils).

Eine Berufung auf Artikel 86 — und das gleiche hat für Artikel 85 zu gelten — im Zusammenhang mit dem Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen ist also nur möglich, wenn die staatlichen Maßnahmen eine Verletzung der Wettbewerbsregeln durch die eigentlichen Normadressaten, also die Unternehmen, begünstigen.

Nach dieser Vorbemerkung könnte man, zu unserem Problem zurückkommend, die Frage stellen, ob nicht die von der niederländischen „Produktschap" erlassenen Maßnahmen, obwohl sie die formale Weihe öffentlich-rechtlicher Handlungen empfangen haben, deren Einhaltung der Staat mit Strafsanktionen bewehrt, in Wahrheit den übereinstimmenden Willen der Unternehmen dieser Branche wiedergeben.

Man könnte sich also fragen, ob es für eine realistische Beurteilung des untersuchten Phänomens nicht ungenügend ist, wenn man bei der formalen Betrachtung des Charakters des hoheitlichen Aktes stehen bleibt, den der Staat den Entscheidungen einer Stelle verleihen kann (und vorliegend verliehen hat), die damit betraut ist, Aufgaben öffentlichen Interesses bei der Wirtschaftslenkung zu erfüllen. Aber eine solche Frage ist nur sinnvoll, wenn diese Stellen in der Weise errichtet worden sind und arbeiten, daß ihre Entscheidungen der Ausdruck nicht nur der Interessen, sondern auch des übereinstimmenden Willens der Unternehmen sind, die sich in der Branche betätigen, für welche die Stellen zuständig sind.

In einem solchen Fall dürften die Verbindlichkeit und auch der normative Charakter, die der Staat den Entscheidungen solcher „halbstaatlicher" Stellen verleiht, für sich allein nicht ausschließen, daß diese Maßnahmen — für die allerdings der Mitgliedstaat gegenüber der Gemeinschaft gemäß Artikel 30 ff. EWG-Vertrag einzustehen hat — gleichzeitig nach den Artikeln 85 und 86 EWG-Vertrag anhand der Tatbestandsmerkmale der „Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen", der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen oder der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung zu prüfen sind.

Das in der erwähnten Rechtssache Inno angeführte Merkmal, wonach die Beurteilung staatlicher Maßnahmen nach Artikel 5, Artikel 3 Buchstabe f und Artikel 86 EWG-Vertrag von dem Verhältnis abhängig ist, in dem diese Maßnahmen zu den wettbewerbsfeindlichen Verhaltensweisen der Unternehmen stehen, käme dann voll zur Anwendung. Vorliegend hätten die Unternehmen, die an einem System gebundener Preise mit ähnlichen Wirkungen, wie sie sich früher aus einem System von vertikalen Absprachen ergaben, interessiert waren, ihr wettbewerbsfeindliches Konzept über ihre im Vorstand der Produktschap tätigen Vertreter durchsetzen können.

Entscheidend ist jedoch die Untersuchung der Zusammensetzung dieses Organs. Nach Artikel 3 des Gesetzes vom 30. September 1954 über die Errichtung der für destillierte alkoholische Getränke zuständigen Produktschap besteht der Vorstand dieser Stelle aus 20 Mitgliedern, die je zur Hälfte von den

Arbeitgeberverbänden und zur Hälfte von den Arbeitnehmerverbänden der Branche des destillierten Alkohols ernannt werden. In jeder der beiden Gruppen sind ein Mitglied aus der Alkohol- und Mostindustrie, drei Mitglieder aus dem Industriezweig der destillierten Getränke, ein Mitglied aus dem Einfuhr- und Zwischenhandel solcher Getränke, ein Mitglied aus dem inländischen Großhandel mit destillierten Getränken und vier Mitglieder aus dem Einzelhandel mit diesem Erzeugnis vertreten. Der Präsident wird von der Königin ernannt.

Eine derartige Zusammensetzung ermöglicht es den inländischen Firmen der Branche der destillierten alkoholischen Getränke zweifellos, ihre Auffassung geltend zu machen und so den Vorrang der Interessen der Herstellung und des Handels inländischer Erzeugnisse zu sichern. Aber auch, wenn man annehmen kann, daß sich die Entscheidungen einer solchen Stelle gewöhnlich auf ein breites Maß an Übereinstimmung zwischen den Branchenunternehmen stützen, scheint es mir doch insbesondere im Hinblick auf die paritätische Zusammensetzung mit Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern nicht möglich, die von ihr beschlossenen Eingriffe in die Wirtschaft zu den nach Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag verbotenen Handlungen und Verhaltensweisen zu zählen. Bei der Produktschap handelt es sich, mit anderen Worten, nicht um das Organ einer Unternehmensvereinigung.

Es bliebe noch die Möglichkeit, daß der formale Akt der Produktschap in Wahrheit eine zugrunde liegende Absprache oder abgestimmte Verhaltensweise der Unternehmen der Branche widerspiegelt. Dieses Problem stellt sich hier jedoch aus dem einfachen Grunde nicht, weil im vorliegenden Verfahren zu keiner Zeit die Frage der Vereinbarkeit des Verhaltens der niederländischen Unternehmen, zu deren Gunsten die Mindestpreise festgesetzt worden sind, mit den Artikeln 85 und 86 EWG-Vertrag aufgeworfen worden ist. Das vorlegende Gericht hat ausschließlich auf die Verordnung der Produktschap und auf die hierzu ermächtigende Königliche Verordnung Bezug genommen. Die Kommission, der es nach dem Vertrag obliegt, auf die Anwendung der Wettbewerbsregeln zu achten, hat ihrerseits nicht nur keine von ihr geführte Untersuchung wegen des Verhaltens der Unternehmen der Branchen im Hinblick auf die Anwendung der Verbote der Artikel 85 und 86 erwähnt, sondern sie hat auch während des vorliegenden Verfahrens keine Zweifel an der Vereinbarkeit dieses Verhaltens mit den genannten Bestimmungen geäußert.

Ich komme also zu dem Ergebnis, daß nach Lage der Akten die notwendigen Voraussetzungen für eine Berücksichtigung dieser Bestimmungen bei der Beurteilung von Maßnahmen der vom vorlegenden Gericht erwähnten Art nicht vorliegen.

6. Ich werde nun die drei Arten von Mindestpreisen, die die Verordnung der Produktschap — wie einleitend dargestellt — festgesetzt hat, im Hinblick auf die beschränkenden Wirkungen untersuchen, die sich im Handel zwischen den Mitgliedstaaten daraus ergeben können.

Was den „Katalogeinheitspreis" anbelangt, so bezweckt die Art und Weise seiner Berechnung — unter Anwendung bestimmter Erhöhungen des am 6. Oktober 1975 vom Erzeuger mitgeteilten Verkaufspreises — offensichtlich, beim Einzelhandelsverkauf eine gewisse Gewinnspanne zu garantieren.

Der Umstand, daß dieser Mindestpreis Rabatte und Preisnachlässe nicht berücksichtigt, die der Erzeuger im allgemeinen denjenigen einräumt, die größere Mengen en gros abnehmen, verhindert, daß die Verbrauchermärkte die vorteilhafte Stellung, die sie, verglichen mit den kleinen Geschäften, sowohl bei dem tatsächlichen Einstandspreis als auch bei den Kosten haben, in den Preisen zum Ausdruck bringen können, was für die kleinen Geschäfte ruinös sein könnte.

Bekanntlich und verständlicherweise werden gängige Konsumgüter, die in einem Verbrauchermarkt mit Selbstbedienung verkauft werden, dort im allgemeinen billiger angeboten als in den Geschäften, in denen der Kunde individuell von einem Verkäufer bedient wird. Dieser niedrigere Preis ist die Folge der Einsparung von Personalkosten, die durch das System des Selbstbedienungsverkaufs erreicht wird, und im allgemeinen auch der Skonti, welche die Verbrauchermärkte beim Einkauf der Ware wegen des Umfangs ihrer Bestellungen, die gewöhnlich größer als die kleinerer Wiederverkäufer sind, erhalten können. Die größeren Mengen, die verkauft werden, gestatten es dem Verbrauchermarkt im übrigen, seine Einheitsgewinnspanne im Vergleich zu der für ein kleines Geschäft erforderlichen zu begrenzen. Der in Frage stehende vorgeschriebene Preis, der es verhindert, daß der spontane Wettbewerb den Preis für alkoholische Getränke so stark drückt, daß er für die kleinen Einzelhändler nicht mehr gewinnbringend ist, stellt also eine diese letzteren begünstigende Maßnahme dar.

Dementsprechend liegt eine Wettbewerbsbeschränkung zum Nachteil der Verbrauchermärkte vor, was, so ließe sich hinzufügen, durch die größere Gewinnspanne ausgeglichen wird, die ihnen das Mindestpreissystem verschafft. Hier ist jedoch von Interesse, daß die Beschränkung nicht speziell dieses oder jenes Erzeugnis (und insbesondere die eingeführten Erzeugnisse) betrifft, sondern sich bei allen in diesen Geschäften verkauften Erzeugnissen, seien es nun in- oder ausländische, äußert. Angesichts der Tatsache, daß der Preis für jede alkoholische Getränkemarke und -sorte gesondert nach dem Preis festgesetzt wird, den der Hersteller zwei Jahre früher mitgeteilt hat, ist die einzige Wirkung des fraglichen Mechanismus, daß der Wettbewerb zwischen Verkäufern von Erzeugnissen derselben Marke ausgeschlossen wird, während — anders als bei der Anwendung des einheitlichen Mindestpreises — der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Marken nicht behindert wird.

Mithin scheint mir nicht, daß der Katalogeinheitspreis die eingeführten Erzeugnisse in eine im Vergleich zu den inländischen Erzeugnissen nachteilige Lage bringen kann.

Aus ähnlichen Gründen ist auszuschließen, daß der für alle anderen alkoholischen Getränke als Genever und „Vieux" vorgeschriebene Mindestpreis, der dem tatsächlichen Gestehungspreis entspricht, eine dem innergemeinschaftlichen Handel unangemessene Beschränkung beinhalten kann; hierzu ist anzumerken, daß es nicht als normal angesehen werden kann, wenn in einem System des freien Handels und des gesunden Wettbewerbs nicht kostendeckend verkauft wird, um einen Markt zu erobern!

7. Es bleibt noch der einheitliche Mindestpreis zu untersuchen, der für alten Genever gilt und der auf jungen Genever und „Vieux" erstreckt wird, wenn es keinen „Katalogeinheitspreis" gibt.

Anders als die beiden vorstehend behandelten Preisarten beruht der hier in Frage stehende Preis weder auf einer selbständigen Mitteilung des Herstellers noch auf der Entscheidung des Vertriebsunternehmens beim Einkauf eines bestimmten Erzeugnisses. Der einheitliche Mindestpreis wird in vollem Umfang von oben verordnet und eignet sich nicht für eine Differenzierung nach der jeweiligen Qualität, den Kosten oder der Handels- und Wettbewerbsstellung der Erzeugnisse.

Im Laufe des Verfahrens hat die Regierung der Niederlande erklärt, der fragliche Mindestpreis sei unter Berücksichtigung des Preisniveaus für billige niederländische destillierte Getränke festgesetzt worden, das sich von dem für destillierte Markengetränke deutlich unterschieden habe. Auch habe es in diesem

Bereich der billigen Getränke keine großen Preisunterschiede zwischen jungem und altem Genever gegeben.

Namens der Firma Van Tiggele ist andererseits vorgetragen worden, daß vor der Einführung der umstrittenen Preisregelung der Preis für jungen Genever bei 9,50 Gulden je Literflasche, also spürbar unter dem Einheitsmindestpreis von 11,25 Gulden, gelegen habe. Diese Firma hat auch darauf hingewiesen, daß ihr gegenwärtig das Angebot eines Herstellers aus der Bundesrepublik Deutschland für Genever zu einem Preis (8,95 Gulden je Liter frachtkostenfrei) vorliege, das es ihr ermöglichen würde, den Genever in den Niederlanden zu einem Preis weit unter dem augenblicklichen Mindestpreis von 11,70 Gulden mit Gewinn zu verkaufen.

Abgesehen von diesen tatsächlichen Gesichtspunkten — über die das vorlegende Gericht anhand der Entscheidung über die Auslegung, die Sie treffen werden, zu befinden haben wird — meine ich, daß entgegen dem, was ich für die anfänglich untersuchten beiden anderen Arten von Mindestpreisen vertreten habe, hier der einheitliche Mindestpreis möglicherweise so gestaltet ist, daß er die eingeführten Erzeugnisse künstlich in eine nachteiligere Lage als die konkurrierenden einheimischen Erzeugnisse bringt.

Ein ausländisches Erzeugnis, das auf dem Markt eines bestimmten Landes weniger bekannt und eingeführt ist als die entsprechende inländische Marke, kann in der Tat beim Zugang zu einem solchen Markt oder bei der Behauptung seiner Stellung auf ihm auf ernsthafte Schwierigkeiten stoßen, wenn ihm jede Möglichkeit eines Preiswettbewerbs verwehrt ist.

Man denke beispielsweise an ein ausländisches Erzeugnis, das in Qualität und Präsentation (Verpackung, Aufmachung usw.) dem entsprechenden einheimischen Erzeugnis unterlegen ist, aber den Vorteil spürbar geringer Herstellungskosten aufweist und deshalb in der Lage ist, sich allein dank dem besonders günstigen Preis auf dem Markt durchzusetzen. In einem solchen Fall stellt die Festsetzung von verbindlichen Mindestpreisen eine eindeutige Behinderung der Einfuhr des in Frage stehenden Erzeugnisses stets dann dar, wenn das Mindestpreisniveau unter Berücksichtigung von Qualität, Präsentation und Durchschnitts-(oder Mindest-)kosten der inländischen Erzeugnisse ohne Rücksicht auf den Unterschied, der bei diesen Faktoren möglicherweise zwischen dem Inlandsmarkt und dem Markt der übrigen Mitgliedstaaten besteht, festgesetzt wird.

Mir scheint also, daß ein Preissystem mit diesen Merkmalen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten, sei es auch nur mittelbar, behindert und daß bei dieser Fallgestaltung das zuvor im Anschluß an die Untersuchung der Rechtsprechung des Gerichtshofes genannte Kriterium zur Anwendung kommen muß, das Kriterium also, wonach ein staatlich verordneter Preis, auch wenn er für inländische und ausländische Erzeugnisse in gleicher Weise gilt, eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung ist, wenn seine Höhe den Handel mit eingeführten Erzeugnissen schwieriger gestaltet als den mit inländischen. Die beschriebene Fallgestaltung fällt im übrigen in den Bereich des zitierten Artikels 2 Absatz 3 Buchstabe e der Richtlinie der Kommission vom 22. Dezember 1969, der das Verbot von Maßnahmen enthält, welche die Preise für Waren in Abhängigkeit vom Gestehungspreis oder der Qualität allein der inländischen Waren in einer solchen Höhe festlegen, daß sich hieraus ein Einfuhrhindernis ergibt.

Zum Ausgangsfall zurückkehrend meine ich, daß nach der Erklärung in der Einleitung der niederländischen Königlichen Verordnung Nr. 51 vom 18. Dezember 1975, durch die die Produktschap ermächtigt wurde, für destillierte

alkoholische Getränke Mindestpreise festzusetzen, diese Regelung verhindern sollte, daß die Verkaufspreise des betroffenen Erzeugnisses so weit fielen, daß sie selbst für effiziente und gut geführte Vertriebsunternehmen nicht mehr rentabel waren; außerdem sollte sie die Modernisierung der Betriebe zur Verbesserung ihrer Unternehmensstruktur ermöglichen.

In der mündlichen Verhandlung haben wir jedoch Äußerungen gehört, denen der Vertreter der niederländischen Regierung nicht widersprochen hat und aus denen sich ergäbe, daß die vorgenannte Regelung die Importeure zwingt, die aus den übrigen Mitgliedstaaten eingeführten Erzeugnisse zu Preisen zu verkaufen, die spürbar höher sind als die Preise, die sie zweckmäßigerweise anwenden könnten, ohne dabei auf eine angemessene Gewinnspanne zu verzichten.

Sollte also das vorlegende Gericht feststellen, daß der Mindestpreis, über den wir hier sprechen, gemessen an den Kosten der aus den übrigen Mitgliedstaaten eingeführten Erzeugnisse auf einem überhöhten Niveau festgesetzt wurde, so daß diese Erzeugnisse hinsichtlich ihrer tatsächlichen Wettbewerbsmöglichkeiten gegenüber den entsprechenden inländischen Erzeugnissen benachteiligt werden, dann würde bereits daraus folgen, daß das von Artikel 30 EWG-Vertrag aufgestellte Verbot der Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen verletzt ist.

Die niederländische Regierung hat jedoch die Ansicht vertreten, daß selbst in solchen Fällen die umstrittene Regelung nicht mit dem Verbot von Artikel 30 unvereinbar sei, denn die Mindestpreisverordnung vom 17. Dezember 1975 sehe in Artikel 8 vor, daß „der Präsident der Produktschap ... in bestimmten Fällen oder Gruppen von Fällen Befreiung von der Anwendung der Vorschriften dieser Verordnung gewähren [kann]".

Dieses Argument scheint mir nicht überzeugend. Ich meine, daß Maßnahmen, welche die Wareneinfuhren aus anderen Mitgliedstaaten zu stören geeignet sind, nicht allein deshalb dem Verbot von Artikel 30 entgehen, weil einer inländischen Verwaltungsstelle die Befugnis eingeräumt wurde, von der Anwendung derartiger Maßnahmen Befreiung zu gewähren. Auch ist darauf hinzuweisen, daß Artikel 8 der niederländischen Verordnung keine Kriterien bestimmt, die einen Anhalt für die Ausübung der Befugnis zur Gewährung von Befreiungen geben, sondern der staatlichen Stelle einen überaus weiten Ermessensspielraum läßt. Diese Bestimmung ist also weit davon entfernt, den Erzeugnissen aus den übrigen Mitgliedstaaten, die bei ihrer Einführung auf dem Markt wegen der Mindestpreisregelung auf Schwierigkeiten stoßen sollten, einen Anspruch auf Befreiung zu verleihen; sie birgt vielmehr gerade die Gefahr in sich, daß von ihr später zum Nachteil der eingeführten Erzeugnisse ein diskriminierender Gebrauch gemacht wird.

8. Die zweite Frage des niederländischen Richters gilt, wie ich bereits gesagt habe, der Auslegung der Artikel 92 bis 94 EWG-Vertrag, um die Feststellung zu ermöglichen, ob eine Mindestpreisregelung der vorstehend beschriebenen Art als eine von den Niederlanden unter Verstoß gegen diese Bestimmungen gewährte Beihilfe anzusehen ist.

Voraussetzung dafür, daß eine Maßnahme, die eine Begünstigung bestimmter Unternehmen bewirkt, eine Beihilfe darstellen kann, ist bekanntlich, daß sie eine finanzielle Belastung für den Staat bedeutet. Das folgt bereits aus der Formulierung von Artikel 92 Absatz 1, der von „staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen" spricht.

Erforderlich ist also, daß der Staat bestimmten, einzeln oder der Art nach aufgeführten Unternehmen einen Vorteil einräumt, der eine Belastung für die öffentlichen Finanzen in der Form einer

Ausgabe oder Mindereinnahme mit sich bringt.

In der Rechtsprechung des Gerichtshofes hat das Urteil vom 23. Februar 1961 (De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg, 30/59 — Slg. 1961, 7 ff.) unter Bezug auf Artikel 4 EGKS-Vertrag klargestellt, daß der Begriff der Beihilfe nicht nur positive Leistungen wie Subventionen selbst umfaßt, sondern auch Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat, und die somit Subventionen nach Art und Wirkung gleichstehen. Später hatte der Gerichtshof Gelegenheit zu der Feststellung, daß sowohl ein Vorzugsrediskontsatz für Ausfuhrkredite, den ein Mitgliedstaat allein für inländische Exporterzeugnisse gewährt (Urteil vom 10. Dezember 1969 Kommission/Französische Republik, 6 und 11/69 — Slg. 1969, 523), als auch die teilweise Befreiung von den Soziallasten, welche die Unternehmen eines bestimmten Industriezweiges zu tragen haben (Urteil vom 2. Juli 1974 — Italienische Republik/Kommission, 173/73 — Slg. 1974, 709 ff.), nach Artikel 92 EWG-Vertrag verbotene Beihilfen darstellen.

Die Festsetzung von Mindestpreisen, die, auch wenn sie auf den Einzelhandelsverkauf von bestimmten — inländischen oder ausländischen — Erzeugnissen einheitlich angewandt werden, dazu führen, daß bestimmte Unternehmensgruppen gegenüber anderen im Wettbewerb benachteiligt werden, kann nicht als eine Beihilfe angesehen werden, die der Staat den letztgenannten Unternehmen gewährt. Ein Preissystem, das für von privaten Unternehmen hergestellte Waren gilt, bringt nämlich keinerlei Belastung für die öffentlichen Finanzen mit sich.

Falls die durch die Maßnahme eines Staates benachteiligten Unternehmen mit denjenigen identisch sind, die eingeführte Erzeugnisse vertreiben, wird die Vereinbarkeit einer solchen Maßnahme mit dem Vertrag, wie ich es versucht habe, anhand der Vorschriften, die eine Behinderung des freien Warenverkehrs verbieten, zu beurteilen sein.

9. Aus den dargelegten Gründen schlage ich dem Gerichtshof abschließend vor, auf die von dem Gerechtshof Amsterdam mit Urteil vom 30. Juni 1977 gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

1. Eine innerstaatliche Preisregelung ist eine nach den Artikeln 30 bis 34 EWG-Vertrag verbotene Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen, wenn und soweit sie den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell behindert.

2. Artikel 30 EWG-Vertrag, der den Mitgliedstaaten die Anwendung von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen verbietet, steht der Festsetzung eines für den Einzelhandelsverkauf bestimmter Erzeugnisse geltenden einheitlichen Mindestpreises durch den Staat oder durch eine von diesem ermächtigte öffentliche Stelle entgegen, soweit dieser Preis so festgesetzt wird, daß er den Absatz von Einfuhrerzeugnissen schwieriger macht als den inländischer Erzeugnisse. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Mindestpreis, dessen Höhe

sich nach dem durchschnittlichen Niveau der Kosten für inländische Erzeugnisse und unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Qualität dieser Erzeugnisse bestimmt, spürbar über dem Preis liegt, zu dem eingeführte billigere Erzeugnisse minderer Qualität sich auf dem Markt durchsetzen könnten.

3. Eine innerstaatliche Maßnahme, durch die ohne irgendeine Belastung für den Staat Mindestpreise für den Einzelhandelsverkauf bestimmter von privaten Unternehmen hergestellter Waren festgesetzt werden, ist keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 EWG-Vertrag, auch wenn sie dazu führt, daß inländische Erzeugnisse gegenüber eingeführten Erzeugnissen im Wettbewerb begünstigt werden.