den daran beteiligten Unternehmen Geldbußen auferlegen, da diese Vereinbarung nicht angemeldet worden ist.

3. Die Kommission hat gemäß Artikel 190 EWG-Vertrag ihre Entscheidungen zwar mit Gründen zu versehen und dabei die sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte, von denen die Rechtmäßigkeit der Maßnahme abhängt, sowie die Erwägungen aufzuführen, die sie zum Erlaß ihrer Entscheidung veranlaßt haben; sie braucht jedoch bei einer Entscheidung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht auf alle sachlichen und rechtlichen Fragen einzugehen, die von den Beteiligten während des Verwaltungsverfahrens vorgebracht wurden.

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PIETER VERLOREN VAN THEMAAT
vom 29. Januar 1985 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

I — Einleitung

Die Klägerinnen in den vorliegenden verbundenen Rechtssachen beantragen,

— die Entscheidung der Kommission vom 15. Juli 1982 (Sachen IV/29.525 und IV/30.000-SSI) ganz oder teilweise aufzuheben,

— *hilfsweise*, Artikel 5 dieser Entscheidung ganz oder teilweise aufzuheben, soweit gegen bestimmte Klägerinnen Geldbußen festgesetzt werden, oder die Geldbußen zumindest auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen.

II — Überblick über den Sachverhalt und die einschlägigen besonderen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft und des Niederländischen Staates (mit Ausnahme der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen der Gemeinschaft)

Die folgende Zusammenfassung der wichtigsten Tatsachen und der einschlägigen besonderen Rechtsvorschriften, auf die die Klägerinnen sich berufen, habe ich — bis auf einige Ergänzungen und eine andere Numerierung — dem Sitzungsbericht entnommen.

1. *Die „Stichting Sigarettenindustrie"*

1.1. Die „Stichting Sigarettenindustrie" (nachstehend: „SSI") ist eine im Jahr 1955 errichtete Stiftung niederländischen Rechts. Ihr Zweck ist es, die gemeinschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder, bei denen es sich um niederländische Zigarettenhersteller und -importeure handelt, wahrzunehmen. Nach Auskunft der SSI gibt es in den Niederlanden nur einen einzigen Zigarettenhersteller und nur vier Zigarettenimporteure, die der SSI nicht angehören.

1.2. Die Mitglieder der SSI schlossen am 20. Dezember 1976 eine Rahmenvereinbarung, die am 20. September 1977 gemäß Artikel 4 der Verordnung Nr. 17/62 bei der

* Aus dem Niederländischen übersetzt.

Kommission angemeldet wurde. Diese Vereinbarung sieht im wesentlichen vor, daß die Vertragspartner die SSI als einzigen Gesprächspartner des Staates für die Konsultationen benennen, die insbesondere die Endpreise sowie die Großhandels- und Einzelhandelsspannen zum Gegenstand haben.

1.3. Auf dem niederländischen Zigarettenmarkt gibt es außerdem zwei Großhandelsorganisationen sowie eine Organisation des Fachhandels, die Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie (nachstehend: „NSO").

2. *Besondere Rechtsvorschriften, auf die sich die Klägerinnen berufen*

2.1. Zur Verteidigung ihrer mit der angefochtenen Entscheidung verbotenen Vereinbarungen berufen sich die Klägerinnen in erster Linie auf die Richtlinie 72/464 des Rates vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. L 303, S. 1) in der Fassung der Richtlinie 77/805 des Rates vom 19. Dezember 1977 (ABl. L 338, S. 22). Durch diese Richtlinie sollen die Verbrauchsteuern auf Tabakwaren harmonisiert werden. Sie läßt die Erhebung einer in einem bestimmten Prozentsatz vom Kleinverkaufshöchstpreis ausgedrückten proportionalen (oder wertabhängigen) Verbrauchsteuer und einer spezifischen Verbrauchsteuer zu, deren Höhe je nach Erzeugniseinheit festgesetzt wird. Ziel dieser Richtlinie ist es, in allen Mitgliedstaaten das gleiche Verhältnis zwischen den proportionalen und den spezifischen Steuern herzustellen.

2.2. Die niederländischen Vorschriften über die Verbrauchsteuer (Wet op de Accijns van Tabaksfabrikaten, nachstehend: „Tabaksteuergesetz") entsprechen den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen. Die Abgabenbelastung der Zigaretten besteht im wesentlichen aus wertabhängigen Steuern. Ihre Erhebung wird durch Steuerbanderolen gewährleistet, die den Kleinverkaufspreis (nachstehend „KVP") angeben, nach dem die Verbrauchsteuer berechnet worden ist. Der Hersteller kauft diese Banderolen bei der Finanzverwaltung, zahlt den Steuerbetrag und bringt die Banderolen auf den Zigarettenpackungen an. Diese Anbringung hat zur Folge, daß nach Artikel 30 des Tabaksteuergesetzes die Tabakwaren nicht mehr zu einem höheren oder niedrigeren Preis verkauft werden dürfen, als er auf der Banderole angegeben ist. Das Tabaksteuergesetz sieht außerdem vor, daß ein Tabakerzeugnis nur unter einem einzigen Einzelhandelspreis verkauft werden darf, es sei denn, daß innerhalb der Marke oder durch die Marke, unter der es verpackt ist, deutlich ein Unterschied gemacht wird (Artikel 28).

2.3. Schließlich ist für die Beurteilung der vorliegenden Rechtssachen wichtig, daß der niederländische Staat im Rahmen des Kampfes gegen die Inflation aufgrund des Preisgesetzes (Prijzenwet) die sogenannte Preisverordnung für Waren und Dienstleistungen (Prijzenbeschikking Goederen en Diensten, nachstehend: „PGD") erlassen hat. Diese PGD wird seit 1973 jährlich als ministerielle Verordnung erlassen. In ihr sind die Berechnungskriterien für Preiserhöhungen oder -senkungen aufgrund von Kostenerhöhungen oder -senkungen festgelegt. 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 Tag (Stichtag) verkauft hat, zuzüglich — oder abzüglich — des Betrags, um den die Herstellungskosten dieses Erzeugnisses seit diesem Stichtag gestiegen — oder zurückgegangen — sind. Nach Artikel 3 der PGD ist es dem *Händler* untersagt, eine Ware zu einem Preis zu verkaufen, der über dem Einkaufspreis zuzüglich einer nach oben begrenzten Gewinnspanne liegt. Zuwiderhandlungen gegen die PGD werden aufgrund des Gesetzes über Wirtschaftsver-

gehen vom 22. Juni 1950 strafrechtlich verfolgt.

2.4. Auf alle die genannten Vorschriften werde ich, soweit nötig, in meinen Schlußanträgen noch ausführlich zurückkommen. Sie sind außerdem ausführlicher in den Randnummern 21 bis 32 der angefochtenen Entscheidung dargestellt.

3. *Die streitigen Vereinbarungen und Verhaltensweisen*

3.1. Außer der vorstehend erwähnten SSI-Rahmenvereinbarung haben die SSI-Mitglieder hinsichtlich der Handelsspannen und der Preise verschiedene Vereinbarungen getroffen und bestimmte Verhaltensweisen praktiziert.

3.2. Am 4. Dezember 1974 unterzeichneten die SSI-Mitglieder sowie die Firma Gruno eine Vereinbarung über die Bonusregelung für Fachgeschäfte. Später beteiligte sich auch die Firma Imperial Tobacco an dieser Vereinbarung, ohne sie jedoch zu unterzeichnen. Diese Vereinbarung sieht vor, daß den *Fachhändlern* ein fester Jahresbonus für je 1 000 Zigaretten gewährt wird, die sie von den Vertragspartnern beziehen. Der auf diese Weise gewährte Bonus wurde regelmäßig erhöht, und zwar bis auf 75 Cent je 1 000 Zigaretten im Jahre 1978. Der Gesamtbetrag des Bonus wird von den Herstellern/Importeuren nach Maßgabe ihres Umsatzes mit diesen Fachhändlern aufgebracht. Die Vereinbarung definiert die Fachhändler anhand verschiedener Kriterien, die sich insbesondere auf den durch den Zigarettenverkauf erzielten Umsatzanteil dieser Geschäfte oder auf einen Mindestumsatz beziehen. Diese Vereinbarung wurde am 20. September 1977 bei der Kommission angemeldet.

3.3. Zwischen der SSI und dem Großhandel sowie zwischen der SSI und dem Einzelhandel wurden verschiedene Vereinbarungen zur Festsetzung der dem Großhandel und dem Einzelhandel eingeräumten höchstzulässigen Gewinnspannen abgeschlossen. Da sich aus steuerlichen Gründen, die auf die niederländischen Rechtsvorschriften über die Verbrauchsteuer zurückzuführen sind, der Einzelhandelspreis einer Zigarettenpackung bereits im Herstellungsstadium in Erfahrung bringen läßt, konnte durch Vereinbarungen festgelegt werden, welcher Prozentsatz dieses Preises den verschiedenen Händlern zukommen sollte. Die Vereinbarung zur Festlegung der Großhandelsspannen wurde am 27. Dezember 1979 bei der Kommission angemeldet.

3.4. Neben den vorstehend beschriebenen Vereinbarungen gibt es eine weitere von den SSI-Mitgliedern am 23. April 1975 getroffene Vereinbarung über die Verhaltensregeln für den Zigarettenhandel. Diese sieht unter anderem vor, daß außer den von den SSI-Mitgliedern untereinander vereinbarten Rabatten keine andere Vergütung gewährt werden darf.

3.5. Nach den Feststellungen der Kommission wird durch verschiedene aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen der Höchstbetrag der Gewinnspanne der Einzelhändler festgelegt. An diesen Verhaltensweisen sollen zum einen in bezug auf Direktlieferungen der Zigarettenhersteller an Einzelhändler die SSI-Mitglieder und andere Hersteller außerhalb der SSI sowie zum anderen die SSI-Mitglieder und Großhändler beteiligt gewesen sein.

3.6. Die SSI-Mitglieder schlossen am 1. August 1974, am 7. November 1975 und am 1. Februar 1978 drei Vereinbarungen, die eine Erhöhung des Einzelhandelspreises zur Folge hatten. Diese Vereinbarungen kamen zustande, nachdem eine ministerielle Erlaubnis zur Preiserhöhung gemäß der PGD erteilt worden war. Sie enthielten außerdem unter anderem quantitative und qualitative Absatzbeschränkungen sowie kollektive und teilweise zwischen den Händlern diskrimi-

nierende wettbewerbsbeschränkende Vorschriften über Gewinnspannen und über den Händlern einzuräumende zusätzliche Vergütungen.

3.7. Schließlich wurden in einer Vereinbarung von 1971 die Voraussetzungen für die Zulassung von Großhändlern festgelegt. Zu ihr gehörte ein Mustervertrag über den Preisnachlaß und die sonstigen Verkaufsbedingungen, der die Beziehungen zwischen Herstellern und Großhändlern regelte. Diese Vereinbarung wurde 1978 aufgehoben.

3.8. Alle genannten Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sind in den Randnummern 33 bis 87 der angefochtenen Entscheidung genau beschrieben.

4. *Die Entscheidung der Kommission*

4.1. Die Kommission erfuhr von dem Vorgehen der niederländischen Zigarettenhersteller/-importeure vor allem anläßlich der Anmeldung der Rahmenvereinbarung, der Bonusregelung für Fachgeschäfte und der Vereinbarungen zur Festlegung der höchstzulässigen Großhandelsspanne.

Mit Entscheidungen vom 21. Juni 1979 und vom 12. Dezember 1980 leitete die Kommission das in Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17/62 vorgesehene Verfahren ein.

Nach Anhörung der beteiligten Unternehmensvereinigung und Unternehmen gemäß Artikel 19 der Verordnung Nr. 17/62 in Verbindung mit der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission vom 25. Juli 1963 und nach Einholung der am 10. Mai 1982 abgegebenen Stellungnahme des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen gemäß Artikel 10 der Verordnung Nr. 17/62 erließ die Kommission am 15. Juli 1982 die Entscheidung 82/506/EWG, die Gegenstand der vorliegenden Rechtssachen ist.

4.2. Die Kommission war der Ansicht, die verschiedenen ihr zur Kenntnis gelangten Vereinbarungen und Verhaltensweisen stellten Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag dar. Durch einige dieser Vereinbarungen und Verhaltensweisen werde jede Möglichkeit eines Wettbewerbs hinsichtlich der Gewinnspannen beseitigt. Es handele sich um die Vereinbarung über die Bonusregelung für Fachgeschäfte, die Vereinbarung über die Festsetzung der Großhandels- und Einzelhandelsspanne sowie die Vereinbarung über die Verhaltensregeln für den Zigarettenhandel.

Diese Maßnahmen stünden einmal deshalb im Widerspruch zu Artikel 85 Absatz 1, weil sie die Wirtschaftsteilnehmer (Händler, Importeure, Großhändler, Einzelhändler) daran hinderten, in voller Unabhängigkeit ihre Spannen zu bestimmen oder auszuhandeln, und weil sie jeden Anreiz dafür beseitigten, sich um Sondervergütungen zu bemühen. Außerdem seien die an dem Kartell nicht beteiligten Hersteller gezwungen, die gleichen Maßnahmen zu ergreifen, wenn sie nicht vom Markt verdrängt werden wollten. Die SSI-Mitglieder hätten ferner regelrechte Preisvereinbarungen geschlossen, die schon immer beanstandet worden seien.

Die in Rede stehenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen könnten nicht gemäß Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden, da sie entweder nicht alle Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllten oder nicht gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17/62 bei der Kommission angemeldet worden seien.

4.3. Den Adressaten ihrer Entscheidung, d. h. der Stichting Sigarettenindustrie, British-American Tobacco Co. (Nederland) BV, Sigarettenfabriek Ed. Laurens BV, Theodorus Niemeyer BV, Philip Morris Holland BV, R. J. Reynolds Tobacco BV, Turmac Tobacco Co. BV, Tabaksfabriek Gruno BV, Imperial Tobacco (Holland) BV, Reemtsma Nederland BV, Tabak Ex-

press Nederland, Eerste Grossiers Vereniging, den unabhängigen Großhändlern sowie der Nederlandse Sigarenwinkeliersorganisatie, gab die Kommission daher auf, diesen Vereinbarungen unverzüglich ein Ende zu setzen. Gegen die Unternehmen, die angeblich an den Preisvereinbarungen beteiligt waren, wurden Geldbußen festgesetzt. Es handelt sich um die Firmen British-American Tobacco Co. (Nederland) BV, Sigarettenfabriek Ed. Laurens BV, Theodorus Niemeyer BV, Philip Morris Holland BV, R. J. Reynolds Tobacco BV und Turmac Tobacco Co. BV.

III — Das Vorbringen der Klägerinnen

Die Klägerinnen tragen zur Begründung ihrer Klage vier Angriffsmittel vor.

In ihrem *am ausführlichsten dargestellten ersten Klagegrund* machen sie geltend, die Entscheidung erfülle nicht die Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag. Erstens werde ein wirksamer Wettbewerb in dem betreffenden Bereich verhindert durch die von mir zuvor zusammengefaßte Regelung der Steuer- und Preisvorschriften, durch den vom niederländischen Staat ausgeübten Druck, durch die Wettbewerbsbeschränkung aufgrund eines überhöhten „Multiplikators" und der preisdrückenden Wirkung der Steuerlast (Kompressionseffekt) sowie durch die Wettbewerbsbeschränkung infolge anomaler Bemessungs- und Erhebungsmodalitäten der Verbrauchsteuer auf Tabak. Zweitens könne von einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels keine Rede sein.

Als *zweiten Klagegrund* führt eine der Klägerinnen an, die Entscheidung der Kommission sei in sich widersprüchlich. Namentlich Artikel 6 der angefochtenen Entscheidung, in dem der SSI Konsultationen mit der Regierung untersagt würden, sei mit den Artikeln 1 und 4 dieser Entscheidung unvereinbar, die die Bestimmungen der Rahmenvereinbarung hinsichtlich dieser Konsultationen unberührt ließen.

Als *dritten Klagegrund* machen die Klägerinnen geltend, die Kommission habe dadurch, daß sie gegen die Klägerinnen Geldbußen verhängt habe, gegen Artikel 15 der Verordnung Nr. 17/62 des Rates und gegen Artikel 190 EWG-Vertrag verstoßen. Sie bringen hierzu Form- und Sachrügen sowie Einwände gegen die Bemessung der Geldbußen vor und behaupten einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag.

Der *vierte Klagegrund* geht schließlich dahin, die Kommission habe gegen Artikel 190 EWG-Vertrag verstoßen, da sie nicht hinreichend auf die Argumente der Klägerinnen eingegangen sei.

An dieser Stelle kann ich mich wohl mit dieser sehr allgemeinen Zusammenfassung der Klagegründe begnügen. Wegen der Zusammenfassung der im schriftlichen Verfahren zu diesen Klagegründen gegebenen Erläuterungen verweise ich hier auf den Sitzungsbericht, in dem auch eine Zusammenstellung der von der Kommission im schriftlichen Verfahren angeführten Gegenargumente zu finden ist. Wenn nötig werde ich jedoch auf diese Argumente der Parteien in den Schlußanträgen noch ausführlich zurückkommen. Dabei werde ich natürlich auch berücksichtigen, was von den Parteien in der mündlichen Verhandlung dazu noch vorgetragen worden ist.

Die von den Klägerinnen behauptete Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse durch das Tabaksteuergesetz (und mittelbar durch die vorher genannte Harmonisierungsrichtlinie des Rates auf diesem Gebiet), durch die darauffolgende jährliche Preisverordnung für Waren und Dienstleistungen sowie durch die Einmischung des Staates in die Preis- und Gewinnspannenpolitik der Klägerinnen hat sowohl in den Klageschriften und Erwiderungen als auch in ihren mündlichen Ausführungen in der mündlichen Verhandlung eine maßgebliche Rolle

gespielt. Außerdem wird dieser Gesichtspunkt bei den Erläuterungen zu verschiedenen Klagegründen behandelt. Entsprechend Ihrem Urteil vom 16. Dezember 1975 in den verbundenen Rechtssachen 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 und 114/73 (Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663, Randnrn. 12 bis 24 der Entscheidungsgründe) halte ich es denn auch für zweckmäßig, im folgenden Teil meiner Schlußanträge zunächst allgemein die Frage zu untersuchen, inwieweit der angeführte staatliche Einfluß der Wirtschaft noch Raum für den Wettbewerb gelassen hat. Erst danach werde ich die einzelnen Klagegründe der Klägerinnen nacheinander abhandeln.

IV — Die Beurteilung der angeführten Klagegründe

1. *Die Erheblichkeit des behaupteten staatlichen Einflusses*

1.1. Vorbemerkung

Ebenso wie einige Klägerinnen in den „Zuckersachen" (s. Randnr. 12 der Entscheidungsgründe des gerade zitierten Urteils des Gerichtshofes) haben in der vorliegenden Rechtssache die Klägerinnen vor allem geltend gemacht, der genannte staatliche Einfluß habe jeden funktionsfähigen Wettbewerb zwischen ihnen unmöglich gemacht. Eine gesonderte Untersuchung der Frage, inwieweit diese wichtige Behauptung durch die von den Klägerinnen und der Kommission gelieferten oder aber allgemein verfügbaren Angaben erhärtet wird, muß daher auch hier einer Prüfung der einzelnen Beschwerdepunkte vorangehen.

1.2. Die Richtlinien des Rates

Da sie auch Grundlage für die niederländische Verbrauchsteuergesetzgebung sind und die Klägerinnen ihnen außerdem einzelne Argumente entnehmen, halte ich zuerst einige Bemerkungen zu den gerade bereits von mir genannten Harmonisierungsrichtlinien des Rates für dienlich. Nach den ersten drei Begründungserwägungen der Richtlinie vom 19. Dezember 1972 war Hauptanlaß für ihren Erlaß der Umstand, daß die bestehenden — und sehr unterschiedlichen — besonderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes und auch innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten verfälschten und den freien Verkehr mit diesen Waren innerhalb des gemeinsamen Marktes behinderten. Aus den folgenden Begründungserwägungen und aus den Bestimmungen der Richtlinien selbst ergibt sich, wie eine Harmonisierung der Strukturen dieser Verbrauchsteuern sowohl die Wettbewerbsverfälschungen als auch einen Teil der zwischenstaatlichen Handelsbeschränkungen beseitigen soll [1]. Namentlich für Zigaretten ist nach Artikel 4 Absatz 3 dazu in allen Mitgliedstaaten ein gleiches Verhältnis zwischen proportionaler (nach dem Wert berechneter) und spezifischer (für alle Preisklassen gleicher) Verbrauchsteuer herzustellen, so daß der Fächer der unterschiedlichen Kleinverkaufspreise die unterschiedlichen Herstellerpreise angemessen wiedergibt. Zur Erläuterung dieses Punktes möchte ich noch anmerken, daß die Wettbewerbsverfälschung innerhalb des gemeinsamen Marktes hier vor allem dadurch entsteht, daß hohe spezifische (für alle Preisklassen gleiche) Verbrauchsteuern die höheren Preisklassen verhältnismäßig begünstigen, während hohe proportionale Steuern eine relativ bessere Wettbewerbsposition für die niedrigen Preisklassen schaffen. Die Unterschiede bei den Produktions- und Vertriebskosten kommen ja bei spezifischen Verbrauchsteuern in den Endpreisen weiterhin genau zum Ausdruck, während sie bei proportionalen Steuern auf die Kleinverkaufspreise verstärkt (in den Niederlanden mit einem Multiplikator von anfänglich 4) durchschlagen. Wegen dieser unter-

1 — Das Problem der Beseitigung von Verbrauchsteuerkontrollen an der Grenze hängt nicht allein mit unterschiedlichen Steuer*strukturen*, sondern auch mit unterschiedlichen Steuer*sätzen* zusammen und wird in den geltenden Harmonisierungsrichtlinien nicht geregelt.

schiedlichen Folgen wirkt das Nebeneinander von relativ hohen spezifischen Steuern in bestimmten Mitgliedstaaten und verhältnismäßig hohen proportionalen Steuern in anderen Mitgliedstaaten auch als Handelshemmnis. Die teureren Preisklassen, die in der ersten Gruppe der Mitgliedstaaten eine relativ günstigere Marktposition besitzen, waren bei der Ausfuhr in die Mitgliedstaaten der zweiten Gruppe benachteiligt und umgekehrt. Für die erste Stufe der Harmonisierung wurde deshalb in Artikel 8 der ersten Richtlinie für den spezifischen Teilbetrag der Verbrauchsteuern ein Rahmen von mindestens 5 % und höchstens 75 % der Gesamtsteuerlast der meistgefragten Preisklasse festgelegt. In der vorher zitierten Richtlinie vom 19. Dezember 1977 wurde der Höchstanteil der spezifischen Verbrauchsteuer (abgesehen von hier weniger wichtigen Ausnahmen) auf 55 % der Gesamtsteuerlast gesenkt, in der jetzt aber die (wettbewerbsneutrale) Mehrwertsteuer mitenthalten war. Eine stärkere Einengung dieses Rahmens durch Erhöhung der Untergrenze von 5 % ist bis jetzt nicht gelungen. Wegen der festgestellten Verzerrungen bei den Wettbewerbsbedingungen könnte ein Fortschritt in diese Richtung meines Erachtens vom Rat auch aufgrund von Artikel 101 EWG-Vertrag, also mit qualifizierter Mehrheit der Stimmen, erreicht werden.

Wie sich aus dem von den Klägerinnen in der Anlage zu ihrer Erwiderung vorgelegten Bericht der Kommission an das Europäische Parlament vom 18. Februar 1982 (der „Tugendhat-Bericht") über die Auswirkungen einer weiteren Harmonisierung — und auch aus den Ausführungen der Klägerinnen in diesem Verfahren — ergibt, befürwortet die Wirtschaft im allgemeinen einen höheren spezifischen und einen niedrigeren proportionalen Steueranteil. Dies ist verständlich, da sich auf diese Weise der entsprechende Anteil der Wirtschaft am Endpreis der teureren Marken erhöht, und die Wirtschaft natürlich an teureren Marken mehr verdient als an billigeren. Dagegen ist weniger einsichtig, daß eine solche Verschiebung im Verhältnis zwischen spezifischem und proportionalem Steueranteil auch im Interesse der Verbraucher sein soll. Bei billigeren Marken wird dann ja der Preis ohne Steuer bei gleichbleibender Gesamtsteuerlast mit einem höheren Steuersatz belegt. Der Verbraucherpreis für billigere Marken wird also steigen.

Die Klägerinnen haben im übrigen die für dieses Verfahren ebenfalls wichtigen Seiten 73 bis 80 des genannten Berichts nicht vorgelegt. Die dort aufgeführten Statistiken beweisen unwiderlegbar, daß die Preisunterschiede zwischen den verschiedenen Marken in Ländern mit einem hohen proportionalen Steueranteil außerordentlich viel größer sind als in den Ländern mit einem hohen spezifischen Steueranteil. So kostet in Italien die teuerste Zigarette 500 % mehr als die billigste, während in Irland als einem extremen Beispiel für einen hohen spezifischen Steueranteil der Unterschied nur 10 % beträgt. Außerdem scheinen die hohen proportionalen Steueranteile in den Niederlanden und in Luxemburg kein Hindernis dafür zu sein, daß die gängigsten Marken erheblich teurer sind als die billigsten Marken, die in den Niederlanden nach den Statistiken in dem Bericht nur einen Marktanteil von ungefähr 15 % halten (gegenüber 75 % Marktanteil der gut 10 % teureren gängigsten Preisklasse). Diese Tatsachen mindern sicher den Wert der klägerischen Behauptungen über den „Kompressionseffekt" einer hohen Proportionalsteuer.

Artikel 5 der Ersten Richtlinie bestimmt, daß die Hersteller und Importeure vorbehaltlich der Möglichkeit nationaler Rechtsvorschriften zur Preisüberwachung den Kleinverkaufshöchstpreis frei festsetzen. Absprachen von Herstellern und Importeuren hinsichtlich dieser Kleinverkaufspreise sind demnach von der Kommission grundsätzlich als mit dieser Bestimmung unvereinbar anzusehen, was namentlich für die Beurteilung

der streitigen Preisvereinbarungen wichtig ist. Außerdem können die Mitgliedstaaten nach Artikel 5 Absatz 2 zwar zur Erleichterung der Steuererhebung eine Tabelle der Kleinverkaufspreise festlegen, aber dies ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß diese Tabelle so umfassend und so aufgefächert ist, daß sie der Verschiedenartigkeit der in der Gemeinschaft hergestellten Tabakwaren voll gerecht wird.

Aus Artikel 5 ist insgesamt zu folgern, daß der Rat sogar in dem im Jahre 1972 noch möglichen sehr hohen Anteil des proportionalen Teilbetrags der betreffenden Verbrauchsteuer (75 %) keine Rechtfertigung für Preisabsprachen und für Vereinbarungen oder staatliche Maßnahmen zur Beschränkung der Anzahl der zu führenden Marken (Preisklassen) gesehen hat. Hinsichtlich der Absprachen über Handelsspannen kann dagegen aus dieser Richtlinie keine eindeutige Schlußfolgerung gezogen werden, außer wenn solche Absprachen zugleich die Freiheit einschränken, die Kleinverkaufspreise (Einzelhandelspreise) festzusetzen.

1.3. Die niederländische Verbrauchsteuergesetzgebung

Die letztgenannten Schlußfolgerungen aus meiner Untersuchung der Harmonisierungsrichtlinien gelten bis auf einzelne, jetzt zu behandelnde Besonderheiten auch für die niederländische „Wet op de Accijns van Tabaksfabrikaten" (Tabaksteuergesetz, Stb. 1964, 208, seither oft geändert). Der proportionale Teilbetrag dieser Verbrauchsteuer wurde im Jahr 1977 für Zigaretten auf 51,75 % des Kleinverkaufspreises herabgesetzt, wodurch die wettbewerbsverfälschende Wirkung des Verhältnisses zur spezifischen Steuer von 2,50 HFL je 1 000 Stück verringert wurde. Im Jahr 1980 wurde der proportionale Teilbetrag weiter auf 50,72 % vermindert und das spezifische Element auf 9,45 HFL je 1 000 Stück erhöht, so daß das Verhältnis zwischen proportionalem und spezifischem Teilbetrag noch etwas ausgeglichener wurde. Für das vorliegende Verfahren sind gerade die Gesetzesänderungen in diesen beiden Jahren von Bedeutung. Artikel 30 des niederländischen Gesetzes bestimmt unter anderem, daß Tabakwaren an andere Personen als Wiederverkäufer nicht „zu einem niedrigeren Preis, als auf der angebrachten Verbrauchsteuermarke angegeben ist," verkauft werden dürfen. Diese Vorschrift, die im vorliegenden Verfahren eine wichtige Rolle gespielt hat, schließt sicher den Preiswettbewerb zwischen Einzelhändlern aus. Dagegen schränkt weder sie noch irgendeine andere Bestimmung des Gesetzes die Freiheit der Hersteller und Importeure ein, im Rahmen der Tabelle der Kleinverkaufspreise, für die nach Artikel 5 der Ersten Richtlinie Verbrauchsteuermarken zur Verfügung gestellt werden, und unter Beachtung von Artikel 28 des Gesetzes ihre Kleinverkaufspreise unabhängig festzusetzen. Nach Absatz 1 dieses Artikels darf ein Hersteller oder Händler ein Tabakerzeugnis nur unter einem einzigen Einzelhandelspreis in den Handel bringen oder bringen lassen, es sei denn, daß in der Marke oder durch eine Marke, unter der es verpackt ist, deutlich ein Unterschied gemacht wird. Vor allem wahrscheinlich, um bei Preiserhöhungen oder -senkungen einen Preisunterschied zwischen alten Beständen und den Ergänzungen dieser Bestände zu ermöglichen, gibt Artikel 28 Absatz 2 dem Minister die Handhabe, unter von ihm festzulegenden Voraussetzungen Abweichungen von Absatz 1 zuzulassen. Der Minister hat von dieser Möglichkeit in diesem Sinne sehr regelmäßig in Form von Übergangsverordnungen Gebrauch gemacht, nach denen es zulässig war, ein und dasselbe Tabakerzeugnis meistens einen Monat lang mit ein und derselben Marke sowohl zu dem *vor* dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung als auch zu dem *nach* diesem Zeitpunkt geltenden Kleinverkaufspreis in den Handel zu bringen oder bringen zu lassen.

Das System des Tabaksteuergesetzes (Verbrauchsteuermarken für den Kleinverkaufspreis) bringt es außerdem mit sich, daß es keine Beschränkungen hinsichtlich der Festlegung der Handelsspannen enthält. Sowohl der Preiswettbewerb zwischen Herstellern und Importeuren bei der Festsetzung der Einzelhandelspreise als auch der Preiswettbewerb bei ihrem Verkauf an Groß- und Einzelhändler (und beim Verkauf des Großhandels an den Einzelhandel) werden durch dieses Gesetz also nicht beschränkt.

1.4. Das Preisgesetz

Nach Artikel 2 Absatz 1 des Preisgesetzes vom 24. März 1961 (Stb. 1965, 646) können „unsere Minister" unter anderem für bestimmte Waren oder Dienstleistungen unter der dort genannten Voraussetzung, daß es im allgemeinen sozialen und wirtschaftlichen Interesse erforderlich ist, und ausschließlich in bezug auf den inländischen Markt „den Verkauf ... von diesen Waren ... zu höheren als den von ihnen anzugebenden Preisen verbieten". Aufgrund der genannten Bestimmung des Preisgesetzes wurde in der Zeit, auf die sich das vorliegende Verfahren bezieht, jährlich eine „Preisverordnung für Waren und Dienstleistungen" für das betreffende Jahr erlassen. Eine solche Verordnung hat den Charakter einer Kalkulationsverordnung, was für den Hersteller bedeutet, daß festgelegt wird, welche Art von Kostensteigerungen weitergegeben werden dürfen und gegebenenfalls (vor allem bei den Lohnkosten) zu welchem Prozentsatz, während im Zusammenhang mit der Inflation außerdem für die gesamte Industrie eine gewisse Preiserhöhung im Vergleich zum „Referenzpreis" zugelassen wird. Unter „Referenzpreis" wird nach Artikel 1 der Verordnung der Preis verstanden, „den der Betroffene oder sein Rechtsvorgänger — ausschließlich Umsatzsteuer — für eine letztmalig vor dem 1. Dezember [des vorhergehenden Jahres] gelieferte oder vermietete Ware" in Rechnung gestellt hat oder, wenn dieser höher ist, der Preis, den er oder sein Rechtsvorgänger — ausschließlich Umsatzsteuer — für diese Ware ... am 30. November [des vorhergehenden Jahres] infolge einer Befreiung aufgrund der Preisverordnung für Waren und Dienstleistungen [des vorhergehenden Jahres] höchstens in Rechnung stellen durfte". Artikel 2 der Verordnung bestimmt hinsichtlich des festgestellten Höchstpreises (unbeschadet der genehmigten Weitergabe von Kostensteigerungen): „Dem Hersteller ist es verboten, auf dem Inlandsmarkt irgendwelche Waren ... zu einem höheren Preis als x % (im Jahr 1980: 100,2 %) des Referenzpreises — abzüglich der im Referenzpreis enthaltenen Verbrauchsteuern — für eine gleiche Ware in einem entsprechenden Fall ... zu verkaufen." Ich habe diese Formulierung der für das Jahr 1980 geltenden PGD entnommen, bei der als Stichtag für den Referenzpreis somit der 30. November 1979 galt.

Aus der Formulierung von Artikel 2 der PGD und aus Artikel 2 des Preisgesetzes selbst kann nichts zur Stützung des Standpunktes hergeleitet werden, daß die genehmigten Erhöhungen nur innerhalb einer bestimmten Frist nach dem Inkrafttreten der PGD eingeführt werden könnten. Ein solcher Standpunkt ist auch mit dem allgemeinen Ziel des Preisgesetzes, Preiserhöhungen soweit wie möglich zu verhindern bzw. (bei Kostensenkungen) Preissenkungen durchzusetzen, eindeutig unvereinbar. Schließlich bestimmt Artikel 2 der PGD nichts hinsichtlich der Festlegung der Ladenpreise durch den Hersteller. Bei den genannten Punkten wird die Wettbewerbsfreiheit der Hersteller durch die PGD also nicht beschränkt.

Artikel 3 der PGD 1980 untersagt einem Händler unter anderem (ebenso wie mutatis mutandis die vorhergehenden Preisverordnungen), „auf dem Inlandsmarkt irgendeine Ware ... zu einem höheren Preis als zum Einkaufspreis dieser Ware, zuzüglich der prozentualen Gewinnspanne, die er oder sein Rechtsvorgänger letztmalig vor dem

1. Dezember 1979 für eine derartige Ware in einem entsprechenden Fall berechnet haben, sowie zuzüglich der geschuldeten Umsatzsteuer ... zu verkaufen". Auf diese Bestimmung bezieht sich die von den Klägerinnen angeführte Theorie des „Dominoeffekts". Wenn der Hersteller oder Importeur seine Verkaufspreise nicht oder nicht vollständig oder nicht sofort entsprechend der PGD erhöht oder sie sogar aufgrund von Kostenvorteilen oder wirtschaftlichen Überlegungen senkt, muß der Händler diese — im Vergleich zu vielleicht anders handelnden Konkurrenten — vorübergehend oder dauernd verhältnismäßig niedrigen Preise in seinen Wiederverkaufspreisen weitergeben. Ist der Wiederverkäufer ein Großhändler, verhindert Artikel 2 der PGD auch nach meiner Meinung eine Erhöhung der Gewinnspanne zugunsten dieses Großhändlers (außer in Form von nachher zuerkannten Sondervergütungen, wobei sich aus den Prozeßakten auch ergibt, daß die Behörden in diesem Punkt auf dem Zigarettenmarkt eine gewisse, jedoch nicht genau geklärte Flexibilität zeigen). Dies gilt (unter denselben Vorbehalten) grundsätzlich auch, wenn der Einkaufspreis des Großhändlers — mit oder ohne Verhandlungen — durch Festlegung eines bestimmten Nachlasses auf den Ladenpreis bestimmt wird. Aufgrund einer im vorliegenden Fall durch Artikel 30 des „Tabaksteuergesetzes" gesetzlich vorgeschriebenen vertikalen Preisbindung sieht es bei den Einzelhandelsgewinnspannen anders aus. Der vom Hersteller festgelegte Einzelhandelspreis hat hier wegen des genannten Artikels 30 die Verbindlichkeit einer gesetzlichen Verpflichtung erhalten, die die Weitergabe von niedrigeren Einkaufspreisen durch den Einzelhändler unmöglich macht. Ich stimme mit der Kommission darin überein, daß dem Artikel 30 des genannten Tabaksteuergesetzes hier eindeutig der Vorrang zuzuerkennen ist, wenn der wirtschaftliche Kontrolldienst oder der für Wirtschaftsvergehen zuständige Strafrichter auf den unwahrscheinlichen Gedanken kommen sollte, die von einem Einzelhändler unterlassene Weitergabe der niedrigeren Einkaufspreise als einen Verstoß gegen die PGD anzusehen. Da der Kleinverkaufspreis vom Hersteller oder Importeur festgesetzt wird, ist der Einzelhändler auch in gar keiner Weise zu einer solchen Weitergabe berechtigt. Übrigens bestätigt die noch zu behandelnde und vom niederländischen Staat *zumindest* für „annehmbar" gehaltene, wahrscheinlich aber sogar angeregte „Bonusregelung" für Fachgeschäfte eine bedeutsame Schlußfolgerung, die sich auch aus Artikel 3 der PGD klar ergibt, nämlich daß diese Preisvorschrift über die Gewinnspannen keinesfalls Mengennachlässen oder anderen Nachlässen oder Vergütungen entgegensteht, die dem Großhandel oder Einzelhandel nach dem Verkauf gewährt werden. Wie sich aus den in der Entscheidung beschriebenen Preisvereinbarungen ergibt, gehen die Klägerinnen selbst ebenfalls davon aus, daß dies auch hinsichtlich des Großhandels gilt (s. Randnr. 65 der Entscheidung).

Das Ergebnis muß in diesem Punkt also lauten, daß die PGD einen Gewinnspannenwettbewerb von Herstellern und Importeuren gegenüber dem Großhandel nur in Form von besonderen Nachlässen oder Vergütungen nach dem Verkauf und der Lieferung zuläßt, auf der Einzelhandelsebene aber auch in Form von niedrigeren Einkaufspreisen (größere Nachlässe auf den Ladenpreis). Dieses Ergebnis ist bedeutsam, da für Erzeugnisse, für die eine vertikale Preisbindung gilt, ein Wettbewerb über Gewinnspannen vor allem auf der Einzelhandelsebene bekanntlich ein äußerst wichtiges Wettbewerbsmittel darstellt, um die Einzelhändler zu größeren Verkaufsanstrengungen hinsichtlich der betreffenden Erzeugnisse anzuspornen. Ich möchte dazu auf die Literatur verweisen, die ich in meinen Schlußanträgen vom 18. Oktober 1983 in der Rechtssache über das niederländisch-flämische Buchkartell zitiert habe.

1.5. Der angeblich vom Staat ausgeübte Druck

Die von den Klägerinnen vorgelegten Schreiben des Wirtschaftsministers an die Kommission vom 12. Mai und 20. Juli 1980 sowie vom 20. Juli 1981 (Anlagen IX, X und XI zur Klageschrift in der Rechtssache 240/82) und andere von ihnen vorgelegte Unterlagen zeigen gewiß, daß sich der niederländische Staat intensiv in die Preis- und Handelsspannenpolitik der Klägerinnen eingeschaltet hat. Das allgemeine Ziel der von der Regierung in ihren Konsultationen mit der SSI aufgestellten Leitlinien wird in Randnummer 88 der angefochtenen Entscheidung wiedergegeben und danach in den Randnummern 91 bis 97 näher erläutert.

Aus den von den Klägerinnen vorgelegten Unterlagen ergibt sich nicht, daß der niederländische Staat die SSI jemals dazu gedrängt hätte, die Ergebnisse der Konsultation in verbindlichen Vereinbarungen zwischen den Klägerinnen festzulegen. Das Wirtschaftsministerium hat in den vorgelegten Schreiben auch ausdrücklich verneint, ein solches Anliegen jemals geäußert zu haben, und es hat außerdem bestritten, daß die niederländische Regierung über den Inhalt der abgeschlossenen Vereinbarungen unterrichtet worden sei. Diese Äußerungen werden auch durch den Umstand bekräftigt, daß nach Randnummer 2 der angefochtenen Entscheidung sowie nach Artikel 3 der von den Klägerinnen als Anlage I zur Klageschrift der SSI vorgelegten Stiftungsakte die Festlegung von Vorschriften, die den gegenseitigen Wettbewerb der Mitglieder regeln sollen, nicht zu den Befugnissen dieses Gesprächspartners des Staates gehört. Zumindest hinsichtlich der den Klägerinnen vorgeworfenen Vereinbarungen über die Einzelhandelspreise wäre irgendein staatliches Drängen auf Abschluß diesbezüglicher verbindlicher Vereinbarungen außerdem mit dem vorher genannten Artikel 5 der ersten Richtlinie unvereinbar. Es darf daher auch nicht unterstellt werden und ist von den Klägerinnen auch nicht nachgewiesen worden.

Daß die Harmonisierungsrichtlinien indessen jedoch nicht jede Konsultation zwischen dem Staat und den Herstellern und Importeuren ausschließen, sondern im Gegenteil bestimmte Konsultationen ausdrücklich zulassen, ergibt sich aus Artikel 8 Absatz 1 der ersten Richtlinie sowie aus Artikel 10 Buchstabe b der Richtlinie vom 19. Dezember 1977. Diese Konsultation bezieht sich dann jedoch nur auf statistische Daten über die relative Popularität der verschiedenen Preisklassen zu dem Zweck, die meistgefragte Preisklasse festzustellen. Nach Artikel 4 Absatz 2 der ersten Richtlinie müssen die Sätze der proportionalen Verbrauchsteuer und der Betrag der spezifischen Verbrauchsteuer für alle Preisklassen gleich sein. Nach Artikel 8 Absatz 1 der ersten Richtlinie sowie nach Artikel 10 Buchstabe b der Richtlinie vom 19. Dezember 1977 soll der Betrag der spezifischen Verbrauchsteuer jedoch unter Bezugnahme auf die meistgefragte Preisklasse festgestellt werden. Zu diesem Zweck muß der Staat also allgemeine Daten erhalten.

Wegen der sehr großen etatmäßigen Bedeutung des Ertrags der betreffenden Verbrauchsteuern ist es außerdem verständlich, daß der Staat auch einen Überblick über das vermutliche Aufkommen aus diesen Abgaben erhalten möchte. Dieses Aufkommen hängt jedoch nicht nur von dem Preisniveau in den verschiedenen Preisklassen ab, sondern in noch stärkerem Maße von der Gesamtnachfrage nach Zigaretten und der Verteilung der Gesamtnachfrage auf die verschiedenen Preisklassen. Die Bedeutung dieses Aspekts, der den belgischen Staat sogar dazu veranlaßt hat, Vorkehrungen gegen unnötige Preiserhöhungen zu treffen, wird in Randnummer 121 der Entscheidungsgründe des noch mehrmals zu erörternden Fedetab-Urteils des Gerichtshofes (Slg. 1980, 3125) hervorgehoben. Nach den in Randnummer 11 der Entscheidung

zitierten statistischen Daten weist der Zigarettengesamtverbrauch in den Niederlanden von Jahr zu Jahr sehr starke Schwankungen auf, die bis zu 20 % betragen können. Darüber hinaus können die Hersteller und Importeure außer bei Vereinbarungen über streng verbindliche Absatzbeschränkungen hinsichtlich der unterschiedlichen Preisklassen natürlich keine Garantie dafür geben, daß sich die Nachfrage nicht zu der niedrigsten Preisklasse hin verschiebt, die in den Niederlanden wie gesagt nicht notwendig mit der meistgefragten Preisklasse zusammenfällt. Daher kann der niederländische Staat aus budgetären Erwägungen also auch kein besonderes Interesse an Angaben zur Preispolitik der Hersteller und Importeure haben, die eine geringere Fehlermarge aufweisen als 10 %. Daß der Staat zuweilen wohl eine globale Angabe zur Preispolitik verlangt hatte und dabei dann auch ein eindeutig budgetäres Interesse verfolgte, zeigte sich vor allem im Jahr 1975. Der Staat hatte damals nach Aussage der Klägerinnen die Verbrauchsteuer herabgesetzt und gleichzeitig eine Erhöhung des Kleinverkaufspreises um 25 Cents je Päckchen genehmigt, um nicht allein den Kostensteigerungen Rechnung zu tragen, sondern auch die Ertragslage der Hersteller und Händler zu verbessern. Ich verweise dazu auf die Randnummern 66 und 95 der angefochtenen Entscheidung. Um das Steueraufkommen trotz der Steuersenkung nicht sinken und um dem Handel eine Erhöhung von 10 Cents zukommen zu lassen, drängte der Staat nach Aussage der Klägerinnen damals auch auf eine tatsächliche Durchführung der genehmigten Preiserhöhung. Auch im Jahr 1974 wurde eine Preiserhöhung laut Randnummer 58 der Entscheidung mit aus dem Grunde genehmigt, um eine Verbesserung der Handelsspannen zu ermöglichen. Auch das vom Staat in jenem Jahr aus etatmäßigen und 1974 auch aus anderen Erwägungen heraus gewünschte Maß an Sicherheit hinsichtlich der Politik der Klägerinnen bei den Einzelhandelspreisen verlangte jedoch aus den zuvor genannten budgetären Gründen gewiß keine genauen und für alle Hersteller und Importeure notwendigerweise gleichen Angaben über ihre zukünftige Politik. Individuelle Angaben waren zumal im Zusammenhang mit den großen Unsicherheitsfaktoren hinsichtlich des Umsatzes in den verschiedenen Preisklassen bestimmt ausreichend, um eine globale Schätzung des Steueraufkommens vornehmen zu können. Aus den von den Klägerinnen vorgelegten Unterlagen hat sich im übrigen auch nichts ergeben, was darauf hinweisen könnte, daß der Staat damals oder in irgendeinem anderen Jahr auf bindende gegenseitige Preisabsprachen der Hersteller und Importeure gedrängt hätte, wie sie nach den Akten in den Jahren 1974, 1975 und 1978 bezüglich der Kleinverkaufspreise (Ladenpreise) zustande gekommen sind. Wie gesagt hätte ein solcher Druck auch einen eindeutigen Verstoß gegen Artikel 5 der ersten Richtlinie dargestellt.

Was die Höhe der Handelsspannen angeht, so steht meiner Meinung nach aufgrund der vorgelegten Schriftstücke durchaus fest, daß der Staat, zumindest im Jahr 1978, auf die Betroffenen einen starken Druck ausgeübt hat, zumindest die höchstzulässige Gewinnspannenerhöhung zuzugestehen (s. Randnr. 96 Absatz 3 der Entscheidung). Dabei wurde auch mit einer Branchenverordnung gedroht. Wie die Kommission jedoch zu Recht bemerkt hat, erlaubt das Preisgesetz zwar, die zulässige Höchstgrenze für Handelsspannen genau festzulegen, nicht aber, diese Höchstgrenze zugleich als Mindestgrenze vorzuschreiben. Außerdem läßt selbst ein solch starker Druck die eigene Verantwortlichkeit der Wirtschaft für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen unberührt. Aus den von den Klägerinnen vorgelegten Unterlagen läßt sich auch nicht herleiten, daß der niederländische Staat tatsächlich auf bindende gegenseitige Absprachen der Betroffenen über die

zuzugestehenden Handelsspannen gedrängt hat. In den vorgelegten Schreiben des Wirtschaftsministers wird jeder Druck zum Abschluß gegenseitiger Absprachen in dieser Richtung auch ausdrücklich bestritten.

Hinsichtlich der Bonusregelung für Fachgeschäfte steht ebenfalls fest, daß der Staat bezüglich der Einräumung und der Höhe eines solchen Bonus Druck ausgeübt hat. Auch hier ergibt sich aus den Schriftstücken jedoch nicht, daß er auf eine kollektive Absprache gedrungen hat. Sicher ist nicht anzunehmen, daß der Staat auf irgendeine Weise als mitverantwortlich für die vereinbarten Auswahlkriterien hinsichtlich der begünstigten Fachgeschäfte oder für die (den Wettbewerb zwischen den Mitgliedern der SSI und auch zwischen den betreffenden Fachgeschäften beschränkenden) Bedingungen, die den begünstigten Fachgeschäften auferlegt worden sind, angesehen werden kann. Der Staat bestreitet sogar, von diesen Modalitäten der Bonusregelung unterrichtet worden zu sein. Wegen einer Beschreibung dieser Modalitäten verweise ich auf die Randnummern 41 bis 49 der angefochtenen Entscheidung.

1.6. Abschließende Bemerkungen

Zusammenfassend gelange ich aufgrund meiner vorangegangenen Untersuchung zu folgendem Ergebnis:

— *Erstens*: Der Wettbewerb zwischen den Herstellern und Importeuren bei der Festlegung des Einzelhandelspreises von Zigaretten wurde weder durch die Verbrauchsteuergesetzgebung noch durch die Preisverordnungen noch durch den seitens des Staates ausgeübten Druck wesentlich beschränkt.

— *Zweitens*: Der vom Staat hinsichtlich der dem Handel einzuräumenden Gewinnspannen sicherlich ausgeübte Druck bezog sich ausschließlich auf die Mindestspannen; weder die bestehenden noch die aufgrund des Preisgesetzes möglichen Preisverordnungen hinderten die Hersteller und Importeure oder konnten sie hindern, vor allem bestimmten Einzelhändlern von dem ihnen zukommenden Anteil an einem bestimmten Kleinverkaufspreis individuell eine größere Spanne einzuräumen; nur für die Großhändler hat sich gezeigt, daß diese grundsätzlich verpflichtet waren, einen ihnen nach der PGD eingeräumten höheren Nachlaß auf den Kleinverkaufspreis an den Einzelhandel weiterzugeben; dies ließ jedoch die Möglichkeit unberührt, auch dem Großhandel bestimmte Vergütungen einzuräumen, die nicht weitergegeben zu werden brauchten.

— *Drittens*: Der Staat hat gewiß auf die SSI einen starken Druck ausgeübt, damit sie Fachgeschäften Bonusse von einer bestimmten Höhe einräumte, doch ist keineswegs bewiesen, daß er dabei die Betroffenen dazu ermuntert hat, eine kollektive Regelung mit den wettbewerbsbeschränkenden Modalitäten, wie sie im vorliegenden Fall festgestellt worden sind, aufzustellen.

Die Berufung der Klägerinnen auf das „Fedetab"-Urteil des Gerichtshofes vom 29. Oktober 1980 (verbundene Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125) in diesen drei Punkten kann keinen Erfolg haben.

Was die Preisvereinbarungen der Klägerinnen über die Kleinverkaufspreise betrifft, muß insoweit an erster Stelle festgestellt werden, daß es in dem genannten Urteil nicht um damit vergleichbare Vereinbarungen ging. Zweitens kann der eventuelle Einfluß von staatlichen Maßnahmen und von staatlichem Druck natürlich nur durch eine Untersuchung der staatlichen Maßnahmen und des staatlichen Drucks bestimmt werden, die in dem betreffenden Mitgliedstaat festgestellt worden sind. Ein wesentlicher Unterschied zwischen der in Randnummer

127 der Entscheidungsgründe zusammengefaßten belgischen Situation und den niederländischen Verhältnissen liegt darin, daß die degressive Wirkung des auch in den Niederlanden recht hohen Multiplikators auf die Preise in den Niederlanden in viel geringerem Maße durch eine Mindestverbrauchsteuer begrenzt wird. Diese ist in den Niederlanden nämlich erheblich niedriger als in Belgien (aufgrund der von den Klägerinnen zitierten Fassung von 1977 ungefähr 50 % des Gesamtbetrags aus proportionaler und spezifischer Verbrauchsteuer gegenüber 90 % dieses Betrags in Belgien). Schließlich ist im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen, daß auch der niederländische Staat (wie es laut Randnummer 21 der Entscheidungsgründe des Fedetab-Urteils in Belgien der Fall zu sein scheint) die Betroffenen daran hindert, ihre Preise zu senken, indem er für diese niedrigeren Preise keine Steuerbanderolen zur Verfügung stellt. Aus Randnummer 16 der Entscheidungsgründe Ihres Urteils vom 5. April 1984 in den verbundenen Rechtssachen 177 und 178/82 (Jan van de Haar und Kaveka de Meern BV) ergibt sich im Gegenteil, daß dies in den Niederlanden nicht der Fall ist.

Was die Möglichkeit von Gewinnspannenwettbewerb betrifft, so zeigt meine vorhergehende Untersuchung dagegen, daß die Schlußfolgerung hinsichtlich Belgiens in Randnummer 131 der Entscheidungsgründe des genannten Fedetab-Urteils auch für die Niederlande gilt, und zwar vor allem für den Einzelhandel. Auch die Kommission hat in diesem Punkt also zu Recht auf eine Entsprechung zwischen den belgischen und den niederländischen Verhältnissen hingewiesen.

Bezüglich der Bonusregelung mag hier die Feststellung genügen, daß es in der belgischen Rechtssache um keine vergleichbare Regelung ging.

Mit diesen Feststellungen ist bereits im voraus ein großer Teil der klägerischen Rügen widerlegt. Ich werde auf die von den Klägerinnen angeführten Klagegründe soweit nötig jetzt jedoch noch im einzelnen eingehen.

2. *Der erste Klagegrund*

2.1. Der angebliche Ausschluß funktionsfähigen Wettbewerbs

In ihrem ersten Klagegrund machen die Klägerinnen in erster Linie geltend, ein funktionsfähiger Wettbewerb zwischen den Zigarettenherstellern und -importeuren sei infolge der gesamten staatlichen Regelungen und Leitlinien nicht möglich. Alle klägerischen Ausführungen zu diesem Punkt müssen aufgrund meiner vorangegangenen Untersuchung der Art und der Wirkungen des staatlichen Einflusses zurückgewiesen werden. Außerdem findet die diesem Vorbringen zugrundeliegende Unterstellung, daß Artikel 85 Absatz 1 nur Beschränkungen des „funktionsfähigen Wettbewerbs" betreffe (was dieser in der Literatur sehr strittige Begriff auch immer bedeuten mag) weder in dieser Vorschrift noch in Ihrer Rechtsprechung irgendeine Stütze. Ich verweise in diesem Zusammenhang beispielsweise auf die Randnummer 24 der Entscheidungsgründe des von den Klägerinnen zitierten Urteils des Gerichtshofes in der von mir vorher genannten Zuckersache und auf Randnummer 132 des gleichfalls von den Klägerinnen genannten Fedetab-Urteils. Bereits in der Rechtssache 56/65 (Société technique minière/Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, 281) haben Sie klargestellt, daß es bei der Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 ausschließlich um die Frage geht, ob der Wettbewerb, wie er ohne die streitige Vereinbarung bestehen würde, spürbar behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird.

Wie die Klägerinnen im Verfahren selbst eingeräumt haben, verhinderte der vorhin untersuchte staatliche Einfluß erstens nicht, daß Hersteller und Importeure neue Marken zu niedrigeren Preisen auf den Markt

brachten. Zweitens verhinderte er nicht, daß nach einer genehmigten Preiserhöhung diese nicht sogleich, sondern erst später oder nur unvollständig durchgeführt wurde. Drittens verhinderte der staatliche Einfluß auch nicht, daß eine vom Staat gewünschte Erhöhung der Handelsspannen von einzelnen Herstellern oder Importeuren teilweise auf Kosten ihrer eigenen Gewinnspanne gewährt wurde. Der Multiplikatoreffekt, auf den die Klägerinnen so großes Gewicht gelegt haben [2], brachte es dabei mit sich, daß selbst dann, wenn nur ein kleiner Teil der Spannenerhöhung aus dem eigenen Gewinn bestritten wurde, dies zu interessanten Verbesserungen der Wettbewerbsposition hinsichtlich der Verbraucherpreise führen konnte. Bezüglich des sogenannten „Kompressionseffekts" ist noch zu bemerken, daß die Anerkennung seiner Existenz noch keineswegs bedeutet, daß hierdurch die Kosten aller Hersteller oder Händler auf denselben Betrag je vergleichbare Einheit (z. B. 1 000 Zigaretten) zusammengedrückt werden. Das grundsätzliche Verbot, gleichzeitig zwei Einzelhandelspreise für ein und dieselbe Marke zu verlangen, bringt schließlich nur praktische Schwierigkeiten bei zwischenzeitlichen Preissenkungen mit sich, nicht aber bei nicht, unvollständig oder erst später als von den Wettbewerbern durchgeführten Preiserhöhungen.

Zu den vereinbarten Beschränkungen des Wettbewerbs bei den Handelsspannen habe ich bereits dargelegt, warum der von den Klägerinnen erläuterte Dominoeffekt einen Spannenwettbewerb auf der Einzelhandelsstufe nicht verhindert. In verstärktem Maße gilt dies für die Einräumung von Sondervergütungen für besondere Anstrengungen eines Einzelhändlers. Unter dem Gesichtspunkt der Kundenwerbung ist der Wettbewerb bei den Handelsspannen gerade auf dieser Stufe eine wichtige Wettbewerbswaffe. Ein Spannenwettbewerb, der die Kleinverkaufspreise unberührt läßt und somit auf Kosten der Gewinnspanne des Herstellers, Importeurs oder Großhändlers geht, ist im übrigen im Gegensatz zu einem Wettbewerb bei den Einzelhandelspreisen während der gesamten Laufzeit einer PGD ohne praktische Schwierigkeiten möglich, wie auch die Kommission betont hat. Die Behauptung der Klägerinnen, die PGD verhindere, daß dem Handel größere Nachlässe auf den Einzelhandelspreis eingeräumt würden, findet in dem vorhin zitierten Artikel 3 der PGD keine Stütze und steht im Gegensatz zu den deutlich gewordenen Anregungen des Staates, die sogar ersichtlich auf eine Erhöhung der Handelsspannen (sowohl des Groß- als des Einzelhandels) gerichtet waren.

Bezüglich dieses ersten Klagegrundes fällt übrigens auf, daß er sich nur auf die Verteidigung der Preis- und Gewinnspannenregelung bezieht, aber keine Argumente zur Rechtfertigung der einschneidenden weitergehenden Wettbewerbsbeschränkungen enthält, die die den Klägerinnen in der Entscheidung zum Vorwurf gemachten Preisvereinbarungen aufweisen. Auf diesen Punkt werde ich in einem anderen Zusammenhang noch zurückkommen.

Um diesen ersten Klagegrund abzuschließen, möchte ich endlich noch darauf hinweisen, daß der angeführte Multiplikatoreffekt hoher Proportionalsteuern die Wirkungen eines Preis- und Kostenwettbewerbs nicht beschränkt, sondern gerade verstärkt. Die Behauptung, die angeblich wettbewerbsverfälschende Wirkung dieses Multiplikatoreffekt sei zugleich für die Möglichkeit eines funktionsfähigen Wettbewerbs von Bedeutung, findet in der mir bekannten Literatur über „workable competition" keine Stütze. Diese Behauptung wird außerdem durch die vorhin genannten empiri-

2 — Dieser Multiplikatoreffekt beinhaltet, daß bei einer Verbrauchsteuer von 300 % auf die Herstellungs- und Vertriebskosten einschließlich Gewinnspanne jede Erhöhung oder Senkung der Hersteller- oder Händlernettopreise — ohne Steuer — mit einem viermal so hohen Betrag im Einzelhandelspreis zum Ausdruck kommt.

schen Daten in dem „Tugendhat-Bericht" widerlegt. Bereits vorhin habe ich dargelegt, daß die ihr zugrundeliegende Unterstellung, Artikel 85 Absatz 1 schütze nur den „funktionsfähigen Wettbewerb" in Ihrer Rechtsprechung keine Stütze findet.

2.2. Das Erfordernis einer möglichen Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Zur zweiten Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 tragen die Klägerinnen an erster Stelle vor, die Zigaretten könnten nach Anbringung der Steuerbanderole nicht mehr ausgeführt werden. Sie bestreiten einen möglichen Einfluß der Preis- und Gewinnspannenregelungen auf die Einfuhr, da es sich hier ausschließlich um „gruppeninterne Importe" von Waren handele, die noch nicht auf dem Gemeinschaftsmarkt in den Handel gebracht worden seien und daher den Handel nicht beeinträchtigen könnten. Bei allem Respekt vor den Klägerinnen halte ich dieses Argument für unhaltbar, aber auch für unbegreiflich, da feststeht, daß durch die im Rahmen der SSI getroffenen Regelungen auch Importeure betroffen sind und die Regelungen auch für die Zigaretten gelten, die über „gruppeninterne Importe" dann in den Niederlanden in den Handel gebracht werden. Außerdem steht fest, daß fast die gesamte Einfuhr in die Niederlande (deren Marktanteil in den betreffenden Jahren laut Randnr. 11 der Entscheidung gleichfalls beträchtlich war) auf Rechnung der an den streitigen Vereinbarungen und Verhaltensregeln Beteiligten ging. Ebenso wie in der Rechtssache Fedetab (Randnrn. 170 bis 173 der Entscheidungsgründe) muß daher im vorliegenden Fall der Schluß gezogen werden, daß die Kommission in ihrer Entscheidung zu Recht festgestellt hat, daß die streitigen Wettbewerbsbeschränkungen geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die erste Rüge ist daher insgesamt als unbegründet zurückzuweisen.

3. *Der zweite Klagegrund (der Klägerin in der Rechtssache 262/82)*

Als zweiten Klagegrund trägt nur die British American Tobacco Company (Nederland) BV (Batco, Klägerin in der Rechtssache 262/82) vor, es bestehe ein Widerspruch zwischen Artikel 6 der angefochtenen Entscheidung, in dem der SSI Konsultationen mit der Regierung untersagt würden, sowie den Artikeln 1 und 4 der Entscheidung, die die Rahmenvereinbarung von 1976, soweit sie diese Konsultationen betreffe, unberührt ließen. Wie die Kommission in ihrer Erwiderung zu Recht bemerkt, beruht diese Rüge auf einer falschen Auslegung des Artikels 6 der Entscheidung. Diese Vorschrift verbietet nämlich nur, daß „die in Artikel 7 genannten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen ... in Zukunft ... *untereinander* gemeinsame Konsultationen über eine Erhöhung der Zigarettenpreise oder eine Veränderung der Handelsspannen der Zigarettenhändler in den Niederlanden ... pflegen" (Hervorhebung von mir). Diese Konsultation zwischen der SSI und der Regierung kann nach Meinung der Kommission so eingerichtet werden, daß die erforderlichen Angaben auf neutrale und vertrauliche Weise gesammelt und die Ergebnisse in objektiver Weise weitergegeben werden.

Diese Rüge ist deshalb ebenfalls als unbegründet zurückzuweisen.

4. *Der dritte Klagegrund* (angeblicher Verstoß gegen Artikel 15 der Verordnung Nr. 17/62 des Rates und Artikel 190 EWG-Vertrag durch Verhängung von Geldbußen)

In ihrem dritten Klagegrund führen die Klägerinnen eine Reihe einzelner Rügen an,

die ich nacheinander — in einer etwas vom Sitzungsbericht abweichenden Reihenfolge — behandeln werde.

4.1. Fehlen von Vorsatz oder Fahrlässigkeit

Die *Firma Turmac* beanstandet, daß im Sinne des Artikels 85 tatbestandsmäßiges Handeln in der praktischen Rechtsanwendung per se zur Verhängung einer Geldbuße führe und Feststellungen allein zur Höhe dieser Buße getroffen würden, ohne daß es auf Verschulden ankäme. Dazu trägt die *Firma Reynolds* vor, aus der Tatsache allein, daß eine horizontale Preisabsprache vorliege, könne der Vorsatz bzw. die Fahrlässigkeit nicht abgeleitet werden. Die materiellen Erfordernisse „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" hätten eine selbständige Bedeutung und seien den im Strafrecht der Mitgliedstaaten allgemein anerkannten Begriffen „Vorsatz" und „Schuld" gleichzustellen. Vorsatz und Schuld könnten aber nicht aus dem bloßen Vorliegen einer Zuwiderhandlung hergeleitet werden, sondern beträfen den Willen, eine beabsichtigte Handlung vorzunehmen, bzw. die Umstände, unter denen die Zuwiderhandlung stattfinde und aus denen sich ergebe, daß die Rechtswidrigkeit der Handlung fahrlässig nicht erkannt worden sei. Daher hätte die Kommission nach Ansicht der Firma Reynolds den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit bei jedem der betroffenen Unternehmen nachweisen müssen. Sowohl die Firma *Reynolds* als auch die Firma *Batco* berufen sich in diesem Zusammenhang auch auf die Schlußanträge des Generalanwalts Mayras in der Rechtssache 26/75 (General Motors, Slg. 1975, 1367, insbesondere 1389). Ich erinnere daran, daß Generalanwalt Mayras dort ausgeführt hat, der Begriff „Vorsatz" beinhalte notwendigerweise, „daß der Zuwiderhandelnde bewußt handelte, mit dem Willen, eine als illegal und vom Vertrag verboten erkannte Handlung zu begehen, und mit dem Bewußtsein der rechtswidrigen Folgen seines Verhaltens" [3]. Dagegen liegt nach seiner Meinung nur „Fahrlässigkeit" vor, „wenn dem Zuwiderhandelnden das Bewußtsein fehlt, etwas Ungesetzliches zu tun, und wenn er die Folgen seines Handelns nicht vorausgesehen hat, obwohl bei normaler Lebenserfahrung eine hinreichend aufmerksame Person diese sicherlich vorausgesehen hätte". *Sämtliche Klägerinnen* machen geltend, sie hätten unter Berücksichtigung dieser Definitionen weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt. Nach Meinung der Firmen *Turmac* und *Laurens* handelt es sich im vorliegenden Fall um einen schuldausschließenden Verbotsirrtum.

Zur näheren Begründung dieser Rüge führen die Klägerinnen in erster Linie an, sie hätten guten Glaubens annehmen können, daß die Preisvereinbarung von 1978 durch die Anmeldung der Rahmenvereinbarung gedeckt gewesen sei. In bezug auf die ersten beiden Preisvereinbarungen meinen die Klägerinnen, insbesondere die Firma *Reynolds* in ihrer Erwiderung, als diese Vereinbarungen getroffen worden seien, sei ihre Unzulässigkeit aufgrund des Gemeinschaftsrechts nicht völlig klar gewesen. Bis zu dem VCH-Urteil in der Rechtssache 8/72 (Slg. 1972, 977) seien nur sehr umfangreiche Preiskartelle zwischen Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten als unzulässig angesehen worden. Von der nationalen Preisregelung, um die es in dem genannten Urteil gegangen sei, hätten sich die im Rahmen der SSI getroffenen Preisvereinbarungen außerdem unter mehreren Gesichtspunkten unterschieden. Vor allem seien die betreffenden Preisvereinbarungen innerhalb eines gesetzlichen Rahmens abgeschlossen worden, der eine entscheidende Rolle gespielt habe, und hätten sich aus Konsultatio-

3 — Nach meiner Meinung ist es aufgrund Ihrer Rechtsprechung unter Umständen auch ausreichend, daß ein sorgfältiger Unternehmer hätte wissen *müssen*, daß die betreffende Handlung gesetzeswidrig und vertraglich verboten war, doch spielt dieser Punkt im vorliegenden Fall keine Rolle, so daß ich darauf nicht näher eingehe.

nen mit den Behörden ergeben. Die Klägerinnen hätten daher in gutem Glauben von der Gültigkeit ihrer Vereinbarungen ausgehen können. Wenn sich die Klägerinnen in diesem Zusammenhang darauf berufen, daß das Fedetab-Urteil des Gerichtshofes erst nach diesen Vereinbarungen erlassen worden sei, so kann dies außer Betracht bleiben, da es, wie ich vorhin gesagt habe, in dieser Rechtssache nicht um vergleichbare horizontale Preisvereinbarungen ging.

Vor allem die *Firmen Philip Morris* und *Niemeyer* berufen sich darauf, daß sie nicht an den Konsultationen mit der niederländischen Regierung teilgenommen hätten. Den streitigen Vereinbarungen seien sie nur deshalb beigetreten, weil sie davon überzeugt gewesen seien, daß die Regierung diese Vereinbarungen für notwendig halte und daß diese nicht zu beanstanden seien. Die Firma *Niemeyer* trägt außerdem vor, daß sie seinerzeit nicht über gut informierte Rechtsberater verfügt habe; daher sei es ihr nicht möglich gewesen zu erkennen, daß gegen Artikel 85 EWG-Vertrag verstoßen worden sei. Die Firma *Reynolds* führt aus, als die ersten Vereinbarungen getroffen worden seien, habe sie gerade erst Fuß auf dem niederländischen Markt gefaßt. Den streitigen Vereinbarungen sei sie nur wegen der SSI beigetreten (die ihre Beteiligung an den Vereinbarungen für notwendig gehalten habe). In der mündlichen Verhandlung hat sie diesen Standpunkt noch einmal nachdrücklich vorgetragen.

4.2. Beurteilung der ersten Rüge

Für die Beurteilung dieser ersten Rüge erinnere ich zunächst daran, daß nach Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17/62 die Kommission gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen in Höhe von eintausend bis zu einer Million Rechnungseinheiten oder über diesen Betrag hinaus bis zu 10 % des von dem einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festsetzen kann, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig gegen Artikel 85 Absatz 1 oder Artikel 86 des Vertrages verstoßen. Außerdem ist nach dieser Vorschrift bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße neben der Schwere des Verstoßes auch die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen. In diesem Verfahren ist festgestellt worden, daß im vorliegenden Fall nur eine Geldbuße von 0,85 % des von dem einzelnen betroffenen Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festgesetzt worden ist.

Außerdem hat nach Artikel 17 der genannten Verordnung der Gerichtshof „bei Klagen gegen Entscheidungen der Kommission, in denen eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld festgesetzt ist, ... die Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung der Entscheidung im Sinne von Artikel 172 des Vertrages; er kann die festgesetzte Geldbuße oder das festgesetzte Zwangsgeld aufheben, herabsetzen oder erhöhen".

Weiterhin ist festzustellen, daß sich der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit in diesem Fall nach den Randnummern 162 und 169 der Entscheidung eher implizit als ausdrücklich aus der Schwere der betreffenden Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft ergibt. Wie Sie wissen, hat es der Gerichtshof vor allem in seiner Rechtsprechung über die Verhängung von Geldbußen im Stahlsektor auch ausdrücklich gebilligt, wenn in dieser Weise implizit aus der Schwere des Verstoßes zumindest Fahrlässigkeit abgeleitet wurde. Im vorliegenden Fall beruft sich die Kommission sowohl a) auf den Umstand, daß Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe a ausdrücklich die Festsetzung unter anderem von Verkaufspreisen als eine Maßnahme nennt, die den Wettbewerb verhindert, einschränkt oder verfälscht, als auch b) auf den Zeitraum, für den die betreffenden Preisvereinbarungen geschlossen worden sind. Zum Inhalt der Preisvereinbarungen möchte ich noch bemerken, daß, wie sich aus den Randnummern 61, 67, 69 und

75 der Entscheidung ergibt, diese auch mengenmäßige Absatzbeschränkungen für einen bestimmten Zeitraum (der Zeitraum, in dem es die beste Möglichkeit gab, die genehmigten Preiserhöhungen nicht sofort oder nicht vollständig einzuführen) sowie eine allmähliche Verminderung der Anzahl Preisklassen mit einem Fest- oder Mindestpreis (von anfänglich 13 über 12 und 11 auf schließlich 7 Preisklassen) enthielten. Vor allem die genannten mengenmäßigen Absatzbeschränkungen fallen meiner Meinung nach ohne Zweifel unter Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe b und bilden allein bereits einen ernsten Verstoß gegen diese Vorschrift. Ob die allmähliche Verminderung der Anzahl geregelter Preisklassen auch zu einer Beschränkung der Zahl der Preisklassen geführt hat und dadurch gleichfalls einen ernsten Verstoß gegen Artikel 85 dargestellt hat, kann dagegen der Entscheidung nicht mit Sicherheit entnommen werden. Aus dem angewendeten niedrigen Satz der Geldbuße sowie aus den von der Kommission schriftlich und mündlich gegebenen Erläuterungen ist zu schließen, daß die Kommission in diesem Fall allen betroffenen Unternehmen nur Fahrlässigkeit vorgeworfen hat.

Der Umstand, daß sich die Randnummer 167 der Entscheidung formal gesehen nur auf die *Höhe* der Geldbuße bezieht, ändert meiner Meinung nach nichts daran, daß die Kommission in der Tat zu Recht davon ausgehen konnte, daß der Abschluß von Vereinbarungen, die unmittelbar die Verkaufspreise festsetzen und darüber hinaus Absatzbeschränkungen enthalten, sehr ernste Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 darstellen. Diese Art von Wettbewerbsbeschränkungen wird ja in Artikel 85 wie gesagt ausdrücklich als unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs genannt (natürlich wenn sie zugleich geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, was im vorliegenden Fall, wie vorhin festgestellt, hinreichend bewiesen ist). Zugleich konnte die Kommission nach meiner Auffassung hier auch zu Recht die Meinung vertreten, daß den betreffenden Unternehmen diesbezüglich zumindest Fahrlässigkeit in dem Sinn, wie sie Generalanwalt Mayras in der Rechtssache „General Motors" definiert hat, vorgeworfen werden konnte.

Ebenso wie die Kommission bin ich bezüglich der Fahrlässigkeit zunächst der Meinung, daß die Klägerinnen nicht guten Glaubens davon ausgehen konnten, daß die Preisvereinbarung von 1978 durch die Anmeldung der Rahmenvereinbarung gedeckt gewesen sei. Diese Rahmenvereinbarung betraf hinsichtlich der Kleinverkaufspreise ausschließlich die Konsultationen der SSI mit der Regierung (s. Randnr. 35 der Entscheidung). Wie bereits gesagt, bestimmt die Satzung der SSI außerdem ausdrücklich, daß Regelungen über den gegenseitigen Wettbewerb der Mitglieder nicht zu den Befugnissen der SSI gehören. Weiterhin ist aus der in Randnummer 34 der Entscheidung genannten und im Verfahren vor dem Gerichtshof näher erläuterten Unsicherheit der Betroffenen hinsichtlich der Anmeldepflicht der Rahmenvereinbarung abzuleiten, daß die Betroffenen nicht der Ansicht waren, daß die Vereinbarung als solche zugleich schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen wie die hier in Rede stehenden enthalte. Schließlich kann dieses Argument keinesfalls die Nichtanmeldung der Preisvereinbarungen von 1974 und 1975 erklären. Was diese früheren Vereinbarungen betrifft, konnten die Klägerinnen unter Berücksichtigung des von ihnen zitierten VCH-Urteils von 1972 nicht guten Glaubens davon ausgehen, daß die betreffenden Preisvereinbarungen, die auch für eingeführte Zigaretten galten, trotz des eindeutigen Wortlauts des Artikels 85 Absatz 1 nicht unter diese Verbotsnorm fielen. Wenn sich die Klägerinnen zur Entschuldigung auf die Konsultationen mit dem Staat berufen, so können sie damit keinen Erfolg haben, da ich vorhin bereits festgestellt habe, daß diese Konsultationen nicht gegenseitige Preisvereinbarungen der Art,

wie sie in der Entscheidung festgestellt worden sind, betrafen. Die besonderen Rügen der Firmen Philip Morris, Niemeyer und Reynolds können außer Betracht bleiben, da auch sie nicht gegen die diesen Klägerinnen ebenfalls implizit vorgeworfene Fahrlässigkeit in dem vorhin angegebenen Sinne sprechen.

Aus diesen Gründen ist nach meiner Ansicht in der Entscheidung hinreichend nachgewiesen worden, daß sämtlichen Klägerinnen zumindest Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist und daß die hier besprochene Rüge somit zurückgewiesen werden muß. Ich will Ihnen jedoch nicht mein Bedauern darüber verhehlen, daß die Kommission der Feststellung des Schuldmaßes in ihrer Entscheidung nicht mehr Aufmerksamkeit hat zukommen lassen. Infolgedessen beruhen die Bußgelder sozusagen auf einer Angleichung der angewandten Bußgeldsätze an das geringste Maß an Fahrlässigkeit, das auch dem am wenigsten fahrlässigen Beteiligten zur Last gelegt werden mußte. Dies bedeutet, daß auch auf die Beteiligten, denen ein deutlich höheres Maß an Fahrlässigkeit oder sogar Vorsatz vorgeworfen werden konnte, zu Unrecht kein höherer Bußgeldsatz als die genannten 0,85 % des letzten Jahresumsatzes angewandt wurde. Aufgrund von Artikel 17 der Verordnung Nr. 17/62 könnte dies an sich für den Gerichtshof sogar ein Grund sein, die gegen etliche Unternehmen festgesetzten Geldbußen von Amts wegen zu erhöhen. Ich möchte Ihnen jedoch nicht vorschlagen, von dieser Befugnis in diesem Fall Gebrauch zu machen. Erstens hat der Gerichtshof diese Befugnis bisher noch niemals wahrgenommen, ihre erstmalige Ausübung könnte wegen der damit verbundenen formellen und sachlichen Probleme auch besser in Vollsitzung erfolgen. Zweitens wäre es, wenn eine Ausübung dieser Befugnis überlegt würde, nach meiner Meinung vielleicht empfehlenswert, die Parteien rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung schriftlich auf diese Befugnis hinzuweisen und, falls nötig, zugleich die für die Wahrnehmung dieser Befugnis fehlenden Angaben von der Kommission anzufordern sowie den Klägerinnen Gelegenheit zu geben, dazu bereits vor der mündlichen Verhandlung schriftlich Stellung zu nehmen. Im vorliegenden Fall wäre die Einholung näherer Informationen über das Maß an Fahrlässigkeit oder Schuld sicher notwendig gewesen, da die Entscheidung in diesem Punkt wie gesagt sichtlich von einer nur für einige Beteiligte festgestellten Mindestfahrlässigkeit ausgeht und nicht das vermutlich größere Maß an Schuld anderer Beteiligter berücksichtigt. Ich habe es trotzdem für wünschenswert gehalten, gerade in diesem Verfahren auf diese Möglichkeit hinzuweisen, da es ein gutes Beispiel dafür abgibt, wann an und für sich die Ausübung dieser Befugnis gerechtfertigt sein könnte. Zugleich halte ich es für zweckmäßig, die Betroffenen darauf hinzuweisen, daß die Erhebung einer Klage gegen die Auferlegung von Geldbußen grundsätzlich neben der Möglichkeit der Herabsetzung auch das Risiko der Erhöhung der Geldbuße mit sich bringt. Dies kann unter Umständen auch für Stahlsachen eine Rolle spielen, in denen die Kommission wie bekannt Standardsätze anzuwenden pflegt, die definitionsgemäß in manchen Fällen unbillig hoch, in anderen Fällen aber auch unbillig niedrig sein können. Im Zusammenhang mit einer Bemerkung der Kommission zu den divergierenden Anforderungen, die an die Verhängung von Geldbußen im Stahlsektor einerseits und an die Wettbewerbspolitik andererseits zu stellen sind, werde ich auf die insoweit bestehenden relevanten Unterschiede in meinen Schlußanträgen vom 14. Februar 1985 in der Rechtssache 64/84 (Queenborough Rolling Mills) noch zurückkommen.

4.3. Die angebliche Anwendbarkeit von Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17/62

Mit ihrer zweiten Rüge machen die Klägerinnen geltend, das Erfordernis der Anmeldung der betreffenden Preisvereinbarungen

habe für sie nach Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17/62 nicht gegolten, da alle betroffenen Unternehmen in einem einzigen Mitgliedstaat ansässig gewesen seien und ihre Vereinbarungen weder Einfuhren noch Ausfuhren betroffen hätten. Dem fügt die *Firma Turmac* in ihrer Erwiderung (unter Hinweis auf Gleiss-Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Auflage, Artikel 15 der Verordnung Nr. 17/62, Rdnr. 71) noch hinzu, die Unterscheidung in dem genannten Artikel 4 zwischen anmeldebedürftigen und nicht anmeldebedürftigen Vereinbarungen wäre sinnlos, wenn die unterlassene Anmeldung doch Anlaß zur Verhängung von Geldbußen sein könnte. Zur Begründung ihrer Ansicht verweisen die Klägerinnen auf das Urteil des Gerichtshofes vom 3. Februar 1976 in der Rechtssache 63/75 (Fonderies Roubaix, Slg. 1976, 111), dem zufolge, wie sie meinen, Vereinbarungen weder die Einfuhr noch die Ausfuhr betreffen, wenn die Vermarktung, auf die sich die Vereinbarung beziehe, ausschließlich auf dem Gebiet des Mitgliedstaats erfolge, in dem die Unternehmen ihren Sitz hätten.

4.4. Beurteilung der zweiten Rüge.

Bei der Beurteilung dieser zweiten, zum dritten Klagegrund gehörenden Rüge muß vorausgeschickt werden, daß sich aus dem Wortlaut von Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 eindeutig ergibt, daß das dort verwendete Kriterium für die Nichtanwendbarkeit des ersten Absatzes (der die sogenannte Anmeldepflicht betrifft [4]) sichtlich enger gefaßt ist als das vergleichbare Kriterium für die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages. Dies ist auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes wiederholt bestätigt worden. Insoweit ist das Vorbringen der Klägerinnen also gerechtfertigt.

4 — In Wirklichkeit geht es hier bekanntlich nicht um eine Anmeldepflicht, sondern nur um eine Voraussetzung für eine Einzelfreistellung nach Artikel 85 Absatz 3, wie Sie in Randnr. 4 der Entscheidungsgründe Ihres Roubaix-Urteils verdeutlicht haben.

Mit dieser Feststellung ist jedoch noch nicht die Frage geklärt, was das enger gefaßte Kriterium des Artikels 4 Absatz 1 Nr. 1 genau bedeutet. Etwas deutlicher wird dies gewiß durch das von den Klägerinnen angeführte Roubaix-Urteil. Das wesentliche Kriterium in diesem Urteil ist jedoch für den dort streitigen konkreten Fall nicht das von den Klägern zitierte Kriterium in der Randnummer 7 der Entscheidungsgründe (eine Alleinvertriebsvereinbarung zwischen zwei Unternehmen aus einem einzigen Mitgliedstaat) sondern das ihm vorangehende Kriterium in der Randnummer 6 der Entscheidungsgründe. Danach ist „diese zweite Voraussetzung [d. h., daß die Ein- oder Ausfuhren zwischen Mitgliedstaaten nicht betroffen sind] ... aus dem System des Artikels 4 und im Hinblick auf die Ziele der Verwaltungserleichterung auszulegen, die diese Vorschrift anstrebt, indem sie die Unternehmen nicht zur Anmeldung solcher Vereinbarungen verpflichtet, die zwar unter Artikel 85 Absatz 1 fallen können, jedoch aufgrund ihrer besonderen Merkmale allgemein als weniger schädlich für die Ziele dieser Bestimmung erscheinen und deshalb sehr wahrscheinlich für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 geeignet sind". Als der Gerichtshof dieses entscheidende Kriterium auf eine viel bedeutsamere Vereinbarung als die, um die es im Roubaix-Urteil ging, anwandte, die jedoch ebenso wie die im Roubaix-Urteil streitige Alleinvertriebsvereinbarung ausschließlich die Vermarktung von Waren auf dem Gebiet eines einzigen Mitgliedstaats betraf, kam er in den Randnummern 34 und 35 seines Urteils vom 8. November 1983 in den verbundenen Rechtssachen 96 bis 102, 104, 105, 108 und 110/82 (Übereinstimmungszeichen ANSEAU-NAVEWA, Slg. 1983, 3369) zu dem Ergebnis, daß diese wichtigere Vereinbarung aufgrund ihres Charakters nicht unter die Freistellung nach Artikel 4 Absatz 2 fiel.

Hinsichtlich der hier streitigen Vereinbarungen schlage ich Ihnen aus folgenden Grün-

den das gleiche Ergebnis wie in Ihrem ANSEAU-NAVEWA-Urteil vor: Es steht fest, daß die an den Preisvereinbarungen beteiligten Hersteller und Importeure in den Niederlanden zusammen über einen Marktanteil von ungefähr 90 % verfügen und die Vereinbarungen auch den weitaus größten Teil der Zigaretteneinfuhren aus anderen Ländern betreffen. Der Marktanteil dieser eingeführten Zigaretten betrug nach Randnummer 11 der Entscheidung in den für dieses Verfahren entscheidenden Jahren 1974, 1975 und 1978 26,1 %, 29,5 % und 31,3 %. Ebenso wie nach Ihrer Rechtsprechung staatliche Mindestpreisregelungen und zahllose andere Maßnahmen, die für den Wiederverkauf eingeführter Waren gelten, als Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen im Sinne von Artikel 30 EWG-Vertrag angesehen werden, müssen Preisvereinbarungen oder vertragliche Absatzbeschränkungen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1, die sich auch auf (den Wiederverkauf von) eingeführte(n) Waren beziehen, als Vereinbarungen angesehen werden, die die Einfuhr zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 Nr. 1 der Verordnung Nr. 17/62 betreffen.

Mit der Kommission bin ich im übrigen der Meinung, daß eine Vereinbarung, die von der Anmeldepflicht freigestellt ist, deshalb noch nicht gegen Geldbußen gefeit ist. Wie ich im ersten Abschnitt der Nr. 10 meiner Schlußanträge vom 29. Juni 1983 in der Rechtssache ANSEAU-NAVEWA bereits dargelegt habe, ergibt sich aus dem Wortlaut und dem Aufbau der Verordnung Nr. 17/62, daß das Verbot in Artikel 15 Absatz 5, Geldbußen aufgrund von angemeldeten Vereinbarungen zu verhängen, sich auch auf die in Artikel 4 Absatz 2 letzter Satz aufgenommenen freiwilligen Anmeldungen von Vereinbarungen bezieht, die in diesem Absatz von der „Verpflichtung" zur Anmeldung freigestellt sind. Diese Möglichkeit dient vor allem dazu, auch diesen Vereinbarungen die in Artikel 15 Absatz 5 beabsichtigte Rechtssicherheit zukommen zu lassen. Für eine Berufung auf Artikel 85 Absatz 3 ist sie gewiß nicht notwendig, wie auch in der Verwaltungspraxis der Kommission und in der Rechtsprechung des Gerichtshofes anerkannt ist. Zur Unterstützung ihres anderen Standpunkts beruft die Klägerin Turmac sich zu Unrecht auf die von ihr zitierte Stelle in der dritten Auflage des bekannten Kommentars von Gleiss-Hirsch. Zwar teilen diese Verfasser in der Tat den klägerischen Standpunkt, leiten ihn aber zu Unrecht aus Ihrem zweiten Haecht-Urteil (Rechtssache 48/72, Slg. 1973, 77) ab. Dieses Urteil behandelt überhaupt nicht die Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen bei nicht angemeldeten Kartellen. In ihm geht es ausschließlich um die Feststellung der Nichtigkeit angemeldeter und nicht angemeldeter, anmeldepflichtiger und nicht anmeldepflichtiger „Alt"- und „Neu"kartelle, die unter Artikel 85 Absatz 1 fallen, durch das nationale Gericht. Dazu heißt es unter Randnummer 13 der Entscheidungsgründe, woran vermutlich Gleiss und Hirsch bei ihrer Verweisung gedacht haben, folgendermaßen: „Wenn diese Erwägungen [die sich also auf die Feststellung der Nichtigkeit durch das nationale Gericht beziehen] auch in erster Linie Kartelle betreffen, die der Anmeldepflicht gemäß Artikel 4 der Verordnung unterliegen, so gelten sie doch ebenfalls für nicht anmeldebedürftige Kartelle, denn die Befreiung stellt lediglich ein nicht ausschlaggebendes Indiz dafür dar, daß die betreffenden Kartelle im allgemeinen weniger schädlich für das einwandfreie Funktionieren des Gemeinsamen Marktes sind." Die Möglichkeit, die Sanktion der Nichtigkeit festzustellen, die in den vorhergehenden Randnummern der Entscheidungsgründe des Urteils erläutert wird, gilt danach auch für nicht anmeldepflichtige Kartelle. Wenn man diese Überlegungen schon analog auf die Verhängung von Geldbußen anwenden will, so spricht wohl eine solche Analogie gerade gegen den Stand-

punkt der Klägerinnen und für die Meinung, die die Kommission in diesem Verfahren vertritt.

Zusammenfassend bin ich somit der Ansicht, daß auch diese Rüge als unbegründet zurückzuweisen ist.

4.5. Angebliche Verletzung des Billigkeits- und des Gleichbehandlungsgrundsatzes

In ihrer dritten Rüge tragen die Klägerinnen erstens vor, sie seien durch die Verhängung von Geldbußen zu Unrecht schlechter behandelt worden als die Unternehmen in der Rechtssache Fedetab, gegen die keine Geldbußen festgesetzt worden seien. Zweitens machen sie geltend, Artikel 85 EWG-Vertrag mache keinen Unterschied zwischen Preisvereinbarungen und Vereinbarungen über sonstige Geschäftsbedingungen, so daß die Kommission zu Unrecht zwischen ihren verschiedenen Vereinbarungen unterschieden habe.

Hinsichtlich des ersten Arguments hat die Kommission zu Recht darauf verwiesen, daß es in dem Fedetab-Urteil nicht um vergleichbare verbindliche Vereinbarungen über Kleinverkaufspreise gegangen sei. Was das zweite Argument angeht, genügt für die angemeldeten Vereinbarungen die Feststellung, daß die Kommission in den Randnummern 163 bis 165 hinreichend dargelegt hat, warum sie es für unmöglich oder — gerade mit Rücksicht auf den von den Klägerinnen geltend gemachten Gleichbehandlungsgrundsatz — nicht für angebracht hielt, wegen der in diesen Randnummern genannten Vereinbarungen Geldbußen festzusetzen. Die in Randnummer 169 genannten übrigen nicht angemeldeten Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen enthielten nach den dazu in der Entscheidung angeführten Tatsachen keine so schwerwiegenden und offenkundigen Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag, daß die Kommission sie in gleicher Weise wie die den Klägerinnen vorgeworfenen Preisvereinbarungen hätte behandeln müssen. Aufgrund der in der Entscheidung genannten Tatsachen konnte die Kommission deshalb, ohne gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu verstoßen, die Verhängung von Geldbußen auf die Preisvereinbarungen beschränken. Obwohl dies nicht nötig ist, möchte ich noch hinzufügen, daß weder aus Artikel 190 EWG-Vertrag noch aus irgendeinem Rechtsgrundsatz hergeleitet werden kann, daß prinzipiell auch die Nichtfestsetzung von Geldbußen zu begründen ist. Für eine solche Begründung wird in der Regel nur Veranlassung bestehen, wenn die betreffenden Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 auf den ersten Blick so viel Ähnlichkeit mit Verstößen aufweisen, derentwegen in anderen Fällen oder im selben Verfahren sehr wohl Geldbußen festgesetzt worden sind, daß es, um dem Vorwurf der Willkür zu begegnen, angebracht ist, die besonderen Gründe für die Nichtfestsetzung der Geldbuße anzugeben. Bezüglich der angemeldeten Vereinbarungen ist dies im vorliegenden Fall auch geschehen. Hinsichtlich der in Randnummer 169 genannten Verhaltensweisen hat sich jedoch aus den dazu in der Entscheidung aufgeführten und im übrigen auch in der mündlichen Verhandlung ausführlicher vorgetragenen Besonderheiten dieser beiden Fälle von abgestimmten Verhaltensweisen bereits hinreichend gezeigt, daß sie mit den den Klägerinnen vorgeworfenen Preisvereinbarungen nicht vergleichbar sind.

Auch diese Rüge ist deshalb nach meiner Meinung zurückzuweisen.

4.6. Die Rügen hinsichtlich der Höhe der Geldbußen

Die *Klägerinnen* nennen sodann eine Reihe von Kriterien, die der Gerichtshof bei der Festsetzung der Höhe der Geldbußen berücksichtigen müßte, falls er wider Erwarten Geldbußen zu verhängen gedenke. Zu diesen Kriterien gehörten vor allem die Laufzeit der Vereinbarungen (nur drei Monate

für die Preisabsprachen), die Tatsache, daß die Klägerinnen gutgläubig davon ausgegangen seien, die Vereinbarungen seien angemeldet, sowie die rein innerstaatliche Tragweite der Vereinbarungen. Außerdem müsse der Rolle der niederländischen Gesetzgebung und des Staates Rechnung getragen werden. Die Klägerinnen bringen anschließend sodann verschiedene Argumente vor, die jeweils ihre individuelle Lage betreffen.

So weisen die Firmen *Philip Morris* und *Batco* darauf hin, daß sie von 1975 an bei der Anpassung der rechtlichen Struktur der SSI mitgewirkt hätten. Bei dieser Gelegenheit erwähnt die Batco die Floral-Entscheidung (vom 28. November 1979, ABl. 1980, L 39, S. 51), in der die Kommission der Tatsache Rechnung getragen habe, daß Unternehmen eine Zuwiderhandlung abgestellt hätten, ohne die Entscheidung der Kommission abzuwarten. Diesem Fall komme im vorliegenden Verfahren um so größere Bedeutung zu, als die SSI-Mitglieder ihre Vereinbarungen zu einer Zeit geändert hätten, als noch keinerlei Klarheit über die Entscheidung der Kommission im Fedetab-Fall bestanden habe.

Die Firma *Niemeyer* ist ebenfalls der Auffassung, daß die Kommission bei der Festsetzung der Geldbußen den Umständen des Einzelfalls unzureichend Rechnung getragen habe. Im Hinblick auf ihre eigene Lage macht sie geltend, daß ihr Marktanteil stark zurückgegangen sei.

Schließlich trägt die *Firma Reynolds* vor, gegen sie hätten aus den folgenden Gründen keine Geldbußen verhängt werden dürfen: Sie habe erst später auf dem niederländischen Markt Fuß gefaßt und habe sich damals einer Regierung gegenüber gesehen, die sie durch die PGD und die Verbrauchsteuergesetzgebung zusammen mit ihren Kollegen in die Zwangsjacke einer konzertierten Aktion gedrängt habe. Gleichwohl habe sie sich an zwei der von der Kommission beanstandeten Vereinbarungen nicht beteiligt (an der Vereinbarung über die Zulassung von Großhändlern und der Vereinbarung über die Verhaltensregeln bei Zigaretten); die Rahmenvereinbarung habe sie nur unterzeichnet, weil sie angenommen habe, diese Vereinbarung trete erst nach ihrer Anmeldung bei der Kommission in Kraft. Die Kommission habe diese unterschiedlichen Gegebenheiten nicht berücksichtigt, als sie die Firma Reynolds mit einer Geldbuße belegt habe. Dies sei um so schlimmer, als bisher gegen ein horizontales Preiskartell noch nie so hohe Geldbußen wie im vorliegenden Fall verhängt worden seien.

In der mündlichen Verhandlung sind alle genannten Rügen nochmals ausführlich erläutert worden.

4.7. Beurteilung dieser Rügen

In tatsächlicher Hinsicht beziehen sich diese Rügen nahezu alle auf Punkte, die ich bereits in einem anderen Zusammenhang behandelt habe. Diesmal werden sie zu denselben Punkten aber nicht als Argumente vorgetragen, mit denen das Vorhandensein von Verstößen gegen Artikel 85 Absatz 1 bestritten wird, sondern als schuldmindernde oder -ausschließende Gründe im Zusammenhang mit den festgesetzten Geldbußen. Die Rügen werden insoweit also hilfsweise geltend gemacht.

Im Hinblick auf die stets kurze Geltungsdauer der Preisvereinbarungen (drei Monate) hat die Kommission zur Widerlegung der Rüge zu Recht darauf hingewiesen, daß die jeweilige kurze Geltungsdauer ja gerade in die Zeiträume nach Erlaß einer PGD gefallen sei, in denen die Hersteller und Importeure gewöhnlich die Beschlüsse über die Durchführung der genehmigten Preiserhöhungen fassen.

Daß der Einwand unbegründet ist, die Klägerinnen hätten in gutem Glauben davon ausgehen können, die Preisvereinbarungen

seien angemeldet oder wegen ihres nationalen Charakters nicht anmeldepflichtig, habe ich bereits in anderem Zusammenhang in den vorhergehenden Abschnitten 4.2 und 4.4 festgestellt.

Soweit sich die Klägerinnen auf den Einfluß der niederländischen Gesetzgebung und den staatlichen Druck berufen, kann ich im wesentlichen auf meine Untersuchung im einleitenden ersten Abschnitt dieses Kapitels verweisen. Dort habe ich in erster Linie festgestellt, daß sich weder aus der Verbrauchsteuergesetzgebung noch aus den darauf folgenden PGDs irgendeine Verpflichtung oder tatsächliche Notwendigkeit ergibt, die genehmigten Preiserhöhungen auch tatsächlich und vollständig durchzuführen. Außerdem habe ich in Abschnitt 1.4 zwar festgestellt, daß vor allem in den Jahren 1974 und 1975 der Staat deutlich auf eine Preiserhöhung gedrängt hat, daß aber weder bewiesen ist noch sich sonst gezeigt hat oder auch nur angenommen werden kann, daß der niederländische Staat bei der Festsetzung der Kleinverkaufspreise von dem in der ersten Harmonisierungsrichtlinie verankerten Grundsatz der insoweit den Herstellern und Importeuren eingeräumten individuellen Freiheit abgewichen ist, indem er von ihnen verbindliche gegenseitige Vereinbarungen wie die hier in Rede stehenden verlangt hat. Weder haben die Klägerinnen bewiesen, daß die diesbezügliche Behauptung in Randnummer 167 Buchstabe c der Entscheidung falsch ist, noch ist dies sonstwie einsichtig. Außerdem fällt auf, daß die Klägerinnen auch in der mündlichen Verhandlung zur Stützung dieser Rüge unter anderem Argumente vorgebracht haben, die höchstens für ihre Handelsspannenpolitik von Bedeutung sein können. Ich denke hier beispielsweise an die Argumentation bezüglich der angeblichen Widersprüchlichkeit zwischen der Verbrauchsteuergesetzgebung und den Preisvorschriften. Die daraus sich ergebenden Probleme könnten von Händlern höchstens zu ihrer Verteidigung dafür angeführt werden, daß sie herabgesetzte Einkaufspreise weitergegeben haben oder nicht. Wegen der Absprachen hinsichtlich der Handelsspannen hat die Kommission jedoch keine Geldbußen verhängt. Die Festsetzung der Kleinverkaufspreise als solche, um die es hier geht, wird durch diese angebliche Widersprüchlichkeit in keinem Fall betroffen.

Was die besonderen schuldmindernden Umstände bei den Klägerinnen Philip Morris, Batco, Niemeyer und Reynolds betrifft, kann ich wiederum im wesentlichen auf das verweisen, was ich bereits im Abschnitt 4.2 dieses Teils meiner Schlußanträge vorgetragen habe. Bezüglich des Einwandes der beiden erstgenannten Klägerinnen möchte ich dem noch hinzufügen, daß sie sich nach meiner Meinung zu Unrecht auf die Entscheidung in der Rechtssache Floral (ABl. 1980, L 39, S. 51) berufen. Die Kommission hat durchaus das Recht, Geldbußen für Verstöße gegen Artikel 85 EWG-Vertrag wie die hier in Rede stehenden zu verhängen, die sie nach der Einleitung des betreffenden Verfahrens festgestellt hat und die ihre vollständige Wirkung bereits vor dieser Verfahrenseinleitung entfaltet haben. Daß die Klägerinnen nach der Einleitung des Verfahrens keine *neuen* Preisvereinbarungen derselben Art mehr geschlossen haben, kann nicht als schuldmindernder Umstand berücksichtigt werden. In bezug auf die Firma Niemeyer kann der Rückgang ihres Marktanteils als solcher sich nicht schuldmindernd auswirken. Der im vorliegenden Fall nach Artikel 15 der Verordnung Nr. 17/62 angewandte Maßstab für die Bemessung der den Klägerinnen auferlegten Geldbußen bringt es im übrigen von selbst bereits mit sich, daß der Umsatzrückgang der Firma Niemeyer berücksichtigt worden ist.

Das Vorbringen der Klägerin Reynolds, sie sei ein Neuling auf dem niederländischen Markt gewesen, steht dem nicht entgegen, daß auch ihr zumindest Fahrlässigkeit vor-

zuwerfen ist. Ich habe schon vorhin ausgeführt, daß die Kommission nach meiner Meinung bei der Anwendung eines verhältnismäßig sehr niedrigen Bußgeldsatzes im vorliegenden Fall ersichtlich von dem geringsten Fahrlässigkeitsgrad, den sie festgestellt hat, ausgegangen ist, der in der Tat vielleicht bei der Firma Reynolds gegeben war, während in allen anderen Fällen von einem etwas oder sehr viel größeren Maß an Fahrlässigkeit oder vielleicht sogar von Vorsatz gesprochen werden muß. Ich hielte es trotzdem für denkbar, daß Sie die gegen die Firma Reynolds festgesetzte Geldbuße aufgrund des jetzt besprochenen Einwands tatsächlich herabsetzen. Da ich der Meinung bin, daß der angewandte niedrige Bußgeldsatz auch bezüglich der Firma Reynolds bereits hinreichend dem ihr vorwerfbaren Maß an Fahrlässigkeit Rechnung trägt, sehe ich jedoch keinen Grund, Ihnen in diesem Fall meinerseits eine Herabsetzung der Geldbuße vorzuschlagen. Wenn es diesbezüglich bereits eine Praxis des Gerichtshofes gäbe, hätte ich wie bereits gesagt in diesem Verfahren eher eine Veranlassung dafür gesehen, höhere Geldbußen für die Unternehmen vorzuschlagen, die insgesamt keine oder weniger schwerwiegende besondere Umstände, von denen sie individuell betroffen sind, vorgetragen haben.

Das Argument der Klägerin Reynolds, sie sei an den beiden von ihr genannten Vereinbarungen, die von der Kommission beanstandet worden seien, nicht beteiligt gewesen, ist in jedem Fall zurückzuweisen, da die Verhängung der Geldbuße sich weder unmittelbar noch mittelbar darauf bezieht.

Alle Rügen bezüglich der Höhe der festgesetzten Geldbußen sind deshalb nach meiner Meinung zurückzuweisen.

4.8. Der angebliche Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag

Der Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag wird nur von drei der Klägerinnen gerügt.

Nach Ansicht der *Firma Reynolds* hätten die Preisvereinbarungen freigestellt werden müssen, da sie bezweckten, die Struktur des Vertriebsnetzes zu schützen. Diese Politik komme dem Verbraucher zugute, da sie zahlreiche Verkaufsstellen aufrecht erhalte. Ein solche Politik zum Schutz des Einzelhandels könne nicht von den Verbrauchern, wohl aber nur von den betroffenen Unternehmen zusammen mit dem Staat realisiert werden. Dieses Ziel sei in allen SSI-Vereinbarungen festgeschrieben.

Die *Firma Laurens* erklärt zunächst, diese Rüge trage sie hilfsweise vor, denn sie gehe davon aus, daß die Preisvereinbarung von 1978 angemeldet worden sei und daß die anderen beanstandeten Vereinbarungen nicht anmeldebedürftig gewesen seien. Die Befreiungsvoraussetzungen seien gegeben, solange die aus der nationalen Gesetzgebung resultierenden Wettbewerbsverfälschungen nicht beseitigt seien. Die Richtlinie 72/464 des Rates beseitige diesen Mißstand nicht wirklich. Die Kommission bevorzuge im Gegenteil ein System wertabhängiger Verbrauchsteuern, das ohne die streitigen Vereinbarungen zu einem Zusammenbruch des Systems der Warenverteilung geführt hätte. Langfristig hätte diese Entwicklung dem Verbraucher geschadet, denn die niederländische Regierung hätte den Verbrauchsteuersatz erhöhen müssen, um den Rückgang des Steueraufkommens auszugleichen. Außerdem hätten Erzeugnisse minderer Qualität höherwertige Erzeugnisse verdrängt (aus diesem Grund seien übrigens Supermärkte und Discountgeschäfte in Frankreich und Italien vom Vertrieb von Tabakerzeugnissen ausgeschlossen). Die Firma Laurens verweist zur Begründung dieser Ausführungen darauf, daß im Vereinigten Königreich und in Irland, wo die spezifischen Steuern das Übergewicht hätten, die Industrie und der Handel nicht zu wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen gezwungen seien.

Schließlich meint die *Firma Turmac*, Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag sollte wohl hinreichend flexibel sein, um einer Ausnahmesituation wie der im Zigarettensektor gerecht zu werden. Man könne nicht entscheidend auf das Kriterium der wesentlichen Ausschaltung des Wettbewerbs abstellen, da es anderenfalls niemals möglich wäre, Krisenkartelle zu bilden.

4.9. Beurteilung der letztgenannten Rüge

Der Beurteilung dieser Rüge muß vorausgeschickt werden, daß die mit ihr angefochtenen Randnummern 144 bis 148 tatsächlich nach Randnummer 143 der Entscheidung überflüssig waren, da — wie schon festgestellt — die betreffenden Preisvereinbarungen hätten angemeldet werden müssen, um für diese Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 in Frage zu kommen. Eine solche Anmeldung hat jedoch, wie ebenfalls schon festgestellt, im vorliegenden Fall nicht stattgefunden.

Innerhalb der ihr zukommenden Ermessensfreiheit konnte die Kommission jedoch gewiß die Meinung vertreten, daß selbst dann, wenn eine Anmeldung dieser Preisvereinbarungen keine zwingende Voraussetzung für ihre Freistellung gewesen wäre, sie diese Freistellung hätte ablehnen müssen. Bei Preisvereinbarungen, die die Hersteller daran hindern, individuelle Kostenvorteile an ihre Abnehmer weiterzugeben, ist es feste Praxis der Kommission, keine Freistellung zu gewähren, und erfolgreiche Versuche, Sie zur Nichtigerklärung einer solchen Weigerung zu bewegen, habe ich nicht finden können. Die von den Klägerinnen im vorliegenden Fall vorgetragenen Argumente beziehen sich höchstens auf den ersten der in den Randnummern 144 bis 148 genannten Gründe für die Ablehnung einer Freistellung. Versuche zur Widerlegung der vier anderen Gründe, die für die Ablehnung in den genannten Randnummern aufgeführt sind, habe ich in den Klageschriften nicht entdeckt. Die von der Firma Reynolds behauptete Aufrechterhaltung einer großen Zahl von Verkaufsstellen als Folge der Preisvereinbarungen führt allein sicher nicht notwendig zu einer Verbesserung des Vertriebs und dient auch nicht unbedingt dem Interesse der Verbraucher, wie die Kommission unter Hinweis auf die Randnummer 184 der Entscheidungsgründe des Fedetab-Urteils zu Recht angemerkt hat. Der Gedanke, daß die von den Klägerinnen behauptete Wettbewerbsverfälschung aufgrund der nationalen Regelungen als solche eine Freistellung vom Kartellverbot rechtfertigen könne, findet weder in Artikel 85 Absatz 3 noch in Ihrer Rechtsprechung irgendeine Stütze. Da die einschlägigen Gründe für die Entscheidung nicht auf der in Artikel 85 Absatz 3 Buchstabe b genannten negativen Voraussetzung beruhen, kann der Einwand der Firma *Turmac*, der sich auf diese Voraussetzung bezieht, hier außer Betracht bleiben. Die in der mündlichen Verhandlung zur Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 noch vorgetragenen Argumente betrafen ausschließlich den Punkt, daß die Preisvereinbarungen die Wirkung der angeblichen Wettbewerbsverfälschungen mindern sollten. Ich habe dieses Argument schon behandelt, will aber dazu wegen des in der mündlichen Verhandlung als Beispiel genannten Entwurfs für eine Gruppenfreistellung auf dem Kraftfahrzeugsektor (ABl. 1983, C 165) noch hinzufügen, daß das Problem der Parallelein fuhren und der Wiederausfuhr der betreffenden Waren, um die es dort geht, im vorliegenden Verfahren keine Rolle spielt.

Auch die hier genannten Rügen sind daher zurückzuweisen.

5. *Der vierte Klagegrund: Angeblicher Verstoß gegen Artikel 190 EWG-Vertrag, da die Kommission nicht hinreichend auf die Argumente der Klägerinnen eingegangen sei*

Nach Meinung der Klägerinnen hat die Kommission ihre Argumente in allen Verfahrensstadien übergangen. Von diesen Ar-

gumenten sei in der Entscheidung nichts zu finden.

Ich verweise auf die Randnummer 66 der Entscheidungsgründe Ihres Fedetab-Urteils und bin mit der Kommission der Auffassung, daß die vierte Rüge der Klägerinnen zurückzuweisen ist. Dazu möchte ich noch bemerken, daß die in dieser Randnummer genannten sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte, von denen die Rechtmäßigkeit der Entscheidung abhängt oder nach Auffassung der Klägerinnen abhängt, in diesem Fall gerade außergewöhnlich genau und, wie sich aus den Akten ergibt, auch unter Berücksichtigung der Argumente der Klägerinnen festgestellt und in der Entscheidung aufgeführt worden sind. Auch die Erwägungen, die die Kommission zu der betreffenden Entscheidung veranlaßt haben, sind als ausreichend vollständig anzusehen, um der in Artikel 190 EWG-Vertrag verankerten Begründungspflicht zu genügen. Wie sich in diesem Verfahren zur Genüge gezeigt hat, hat die Begründung die tatsächlichen Klagemöglichkeiten der Klägerinnen auch in keiner Hinsicht beeinträchtigt.

Auch das vierte Angriffsmittel ist deshalb als unbegründet zurückzuweisen.

V — Ergebnis

Da ich zu dem Ergebnis gekommen bin, daß alle Angriffsmittel der Klägerinnen als unbegründet zurückzuweisen sind, schlage ich Ihnen abschließend vor,

1) die Klage sowohl hinsichtlich des Haupt- als auch hinsichtlich des Hilfsantrags abzuweisen und

2) den Klägerinnen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.