SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN-PIERRE WARNER VOM 12. MÄRZ 1980 [1]

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 2267

Die Vorgeschichte der Entscheidung der Kommission vom 20. Dezember 1977 2270

Die Entscheidung vom 20. Dezember 1977 2278

Die Reaktion der DCL auf die Entscheidung vom 20. Dezember 1977 2279

Der Streitgegenstand 2279

Die fehlende Anmeldung der Preisbedingungen durch DCL 2280

Die wesentlichen Grundlagen des Verlangens der DCL auf Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 2282

Die Verfahrensfragen 2290

Antrag 2298

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Einleitung

Die vorliegende Klage ist nach Artikel 173 EWG-Vertrag von der Distillers Company Limited (DCL) erhoben worden; mit ihr wird eine Entscheidung der Kommission vom 20. Dezember 1977 (78/163/EWG, ABl. L 50 vom 22. 2. 1978, S. 16) angefochten. Mit dieser Entscheidung hat die Kommission festgestellt, daß bestimmte Beschränkungen, die DCL für den Export ihrer Erzeugnisse (schottischer Whisky, Gin, Wodka und Pimm's) aus dem Vereinigten Königreich in andere Mitgliedstaaten der EWG verfügt hatte, Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag darstellten und die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 nicht erfüllten.

DCL wurde 1877 durch die Fusion von sechs Scotch-Brennereien gegründet. Sie hat heute über 70 Tochtergesellschaften und angeschlossene Gesellschaften, deren Tätigkeit über die Spirituosenindustrie hinausgeht; der überwiegende Teil der Geschäfte der Gruppe besteht aber immer noch in der Herstellung und im Vertrieb von alkoholischen Getränken.

Es gibt 38 DCL-Tochtergesellschaften, die im Vereinigten Königreich Spirituosen herstellen. Von diesen produzieren 32 schottischen Whisky, 4 Gin, eine Wodka und eine Pimm's. Der Gesamtumsatz der DCL-Gruppe in dem am 31. März 1977 endenden Geschäftsjahr betrug 847 172 000 UKL, wovon auf den Getränkeumsatz 732 053 000 UKL entfielen (507 473 000 UKL nach Abzug der Steuern).

Die DCL-Tochtergesellschaften, die schottischen Whisky herstellen, besitzen mehr als 50 verschiedene Marken. Es

1 — Aus dem Englischen übersetzt.

gibt Standardmarken, von denen die wichtigsten und bekanntesten Johnnie Walker Red Label, Black & White, Haig White Label, Dewars, White Horse und Vat 69 sind, es gibt Luxusmarken, insbesondere Johnnie Walker Black Label, Haig Dimple und The Antiquary, und es gibt Malzwhiskys. Vom Gesamtabsatz der DCL-Gruppe an schottischem Whisky entfallen ungefähr 15 % auf den Markt des Vereinigten Königreichs, etwa 15 % auf die anderen Mitgliedstaaten der EWG und der verbleibende Teil auf Exporte in den Rest der Welt.

Nach den Angaben der Kommission betrug der Marktanteil der DCL bei schottischem Whisky im Vereinigten Königreich in den Jahren 1973 bis 1977 zwischen 40 und 50 %. Dies wird von DCL bestritten. Eine Tabelle auf Seite 11 der Erwiderung der DCL zeigt während dieses Zeitraums einen Abwärtstrend bei ihrem Marktanteil von etwa 50 % bei Beginn zu etwas über 30 % am Ende. In den anderen EWG-Ländern hatte DCL 1975 folgende Marktanteile: 54 % in Belgien und Luxemburg, 47 % in Dänemark, 35 % in Frankreich, 33 % in Italien und in Deutschland, 32 % in Irland und 29 % in den Niederlanden.

Die Hauptkonkurrenten von DCL's Scotch-Marken im Vereinigten Königreich und die dort auch am meisten verkauften Marken sind Bell's (im Eigentum von Arthur Bell & Sons Limited, einer selbständigen Gesellschaft) und Teacher's (im Eigentum einer Tochtergesellschaft von Allied Breweries Limited). Im kontinental-europäischen Teil der EWG sind die Hauptkonkurrenten von Johnnie Walker Red Label, der meistverkauften Marke, Ballantine's (im Eigentum einer amerikanisch-kanadischen multinationalen Gesellschaft, Hiram Walker & Co. Limited) und J & B (im Eigentum des Brauerei- und Hotelkonzerns Grand Metropolitan Hotels Limited).

Bei Gin sind die führenden Marken, die von DCL-Tochtergesellschaften hergestellt werden, Gordon's, Booth's und High and Dry. In den Jahren 1973 bis 1975 betrug der Anteil dieser Tochtergesellschaften am Gin-Markt des Vereinigten Königreichs etwa 70 %. Ihre Marktanteile in den anderen EWG-Ländern betrugen schätzungsweise 44 % in Belgien und Luxemburg sowie in Dänemark, 30 % in den Niederlanden, 27 % in Deutschland, 20 % in Frankreich und Italien sowie 10 % in Irland.

Die DCL-Tochtergesellschaft, die Wodka herstellt, führt die Marke Cossack, die ihrem Absatz nach im Vereinigten Königreich an zweiter Stelle liegt und auf die etwa ein Viertel des dortigen Wodka-Marktes entfällt, der ungefähr 2 % des gesamten Spirituosenmarktes ausmacht. Der Absatz der Marke in anderen EWG-Ländern scheint auf Irland und die Niederlande beschränkt zu sein, wo er nach den Angaben der DCL, deren Zahlen von der Kommission nicht in Zweifel gezogen worden sind, 0,43 % beziehungsweise 0,02 % des gesamten Spirituosenmarktes ausmacht.

Pimm's ist ein in seiner Art einmaliges Erzeugnis, das nur von Pimm's Limited, einer Tochtergesellschaft von DCL, verkauft wird. Nach den Angaben von DCL beträgt sein Anteil am gesamten Spirituosenmarkt im Vereinigten Königreich nur 0,133 %; es gebe erhebliche Schwierigkeiten, anderswo in der EWG auf dem Markt Fuß zu fassen. DCL gibt einen Marktanteil von 0,077 % für Frankreich (für das eine besondere Formel entwikkelt werden mußte, da die Limonadensorte, mit der Pimm's normalerweise gemischt wird, dort nicht verfügbar ist), von 0,061 % in Irland, 0,031 % in Belgien, Luxemburg und den Niederlanden, 0,008 % in Italien, 0,006 % in Deutschland und 0,005 % in Dänemark an. Auch hier bezweifelt die Kommission die

Zahlen nicht, sie hat aber die gewagte Auffassung vertreten, Pimm's sei möglicherweise überhaupt nicht als geistiges Getränk zu betrachten.

Jede der 38 Tochtergesellschaften von DCL ist für den Absatz ihrer Spirituosenmarke oder ihrer Spirituosenmarken verantwortlich. Das Vertriebssystem ist unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um das Vereinigte Königreich oder die anderen Mitgliedstaaten der EWG handelt.

Innerhalb des Vereinigten Königreichs bestellen die DCL-Tochtergesellschaften gewöhnlich keine Vertriebshändler, sondern verkaufen unmittelbar an den Großhandel. Der Verkauf erfolgt an ungefähr 1 000 Großhändler. Der Großhandel zerfällt in einen „gebundenen" Sektor, der im wesentlichen aus Brauereigruppen besteht, die Einzelhandelsverkaufsstellen besitzen (sowohl Geschäfte als auch Gastwirtschaften), und einen „freien" Sektor, in dem die Brauereien und andere Großhändler einen großen Kreis von Einzelhändlern beliefern, der selbständige Geschäfte, Supermärkte, Hotels usw. umfaßt. Der gebundene Sektor und der freie Sektor machen jeweils ungefähr die Hälfte des Marktes aus.

In den übrigen Ländern der EWG besteht die übliche Praxis darin, daß jede DCL-Tochtergesellschaft für jedes Land einen Alleinvertriebshändler für ihre Marken bestellt. Die Alleinvertriebshändler, von denen es ungefähr 200 in der gesamten Gemeinschaft gibt, verkaufen gewöhnlich an Großhändler weiter. Vertriebshändler der verschiedenen DCL-Marken stehen untereinander im Wettbewerb. Die meisten Vertriebshändler verkaufen außerdem eine große Anzahl von anderen Weinen und Spirituosen.

Die von den DCL-Tochtergesellschaften angewandte Methode bei der Festsetzung der Preise gegenüber ihren Großhandelskunden im Vereinigten Königreich geht zurück bis weit vor den Beitritt des Vereinigten Königreichs zur Gemeinschaft im Jahre 1973 (vgl. das Rundschreiben über „Home Trade Scotch Whisky Prices" — Binnenhandelspreise für schottischen Whisky — vom 31. Juli 1970 und das gleichartige Schreiben über „Home Trade Gin Prices" — Binnenhandelspreise für Gin — vom 16. September 1972, die der Erwiderung als Anlage beigefügt sind). Sie besteht darin, einen Bruttopreis festzusetzen und darauf gegebenenfalls eine Reihe von Nachlässen, Rabatten und Skonti zu gewähren. Diese haben von Zeit zu Zeit umfaßt:

— einen Großhandelsnachlaß, der Kunden gewährt wird, die eine Mindestmenge beziehen;

— einen Gesamtmengenrabatt, der auf der Grundlage der von einem Kunden während eines bestimmten Jahres von DCL-Tochtergesellschaften bezogenen Spirituosenmenge gewährt wird;

— einen nachträglichen Sondernachlaß (eingestellt seit dem 31. März 1978), im Ergebnis ein Treuerabatt;

— einen Ertragsbonus-Nachlaß, der ein vom Erreichen von Sollzahlen abhängiger Bonus war und der nur im Hinblick auf die Abnahme von schottischem Whisky im Geschäftsjahr von März 1977 bis März 1978 gewährt wurde, wenn die Abnahme von DCL-Marken während dieses Jahres sich auf mindestens 95 % der Gesamtmenge des Vorjahres belief;

— einen Barrabatt, der für verzollte Spirituosen gewährt wird, für die die

Kunden bei der Auftragserteilung bar zahlen;

— Werbenachlässe, die von einzelnen DCL-Tochtergesellschaften in Form von Beiträgen zu besonderen Werbekampagnen für ihre Marken gewährt werden.

Eine ähnliche Methode wird für die Festlegung der Preise gegenüber den Alleinvertriebshändlern von DCL-Spirituosen in anderen Mitgliedstaaten der EWG angewandt. Für jede Marke gibt es einen einheitlichen Bruttopreis, von dem ein Preisnachlaß für den Vertriebshändler und gegebenenfalls ein Barrabatt abgezogen wird. DCL-Tochtergesellschaften beteiligen sich auch in manchen Fällen an den Aufwendungen, die ihren Alleinvertriebshändlern bei Werbe- und Absatzförderungsmaßnahmen für ihre Marken entstehen.

Bevor ich mich mit der Vorgeschichte der Entscheidung der Kommission vom 20. Dezember 1977 befasse, muß ich im Hinblick auf die Lage im Vereinigten Königreich zwei weitere Tatsachen erwähnen.

Zum einen wurden bis vor ganz kurzer Zeit alle Preise von Spirituosen, die für den Markt des Vereinigten Königreichs geliefert wurden, von der durch den *Counter-Inflation Act 1973* eingesetzten Price Commission überwacht. Exportpreise unterlagen keiner solchen Kontrolle.

Zum anderen sind im Vereinigten Königreich Verbrauchsteuern auf Spirituosen in dem Zeitpunkt zu zahlen, in dem sie das Zollager verlassen. Für den Export bestimmte Spirituosen bleiben unter Zollverschluß, bis sie den Zoll passieren. Es gibt kein System für die Erstattung von Steuern, die für sie beim Verlassen des Zollagers gezahlt worden sind, wenn sie später exportiert werden.

Die Vorgeschichte der Entscheidung der Kommission vom 20. Dezember 1977

Die Vereinbarungen, die die DCL-Tochtergesellschaften mit ihren Kunden im Vereinigten Königreich beziehungsweise ihren Alleinvertriebshändlern in anderen Mitgliedstaaten abschließen, waren Gegenstand getrennter Verfahren vor der Kommission.

Das sich auf die Alleinvertriebsvereinbarungen beziehende Verfahren ist in dieser Rechtssache nur am Rande von Bedeutung. Es hat lange gedauert. Eine Mustervertriebsvereinbarung meldete DCL bereits am 31. Januar 1963 bei der Kommission an. Seit 1965 wurde anscheinend die Vereinbarung zwischen White Horse Distillers Limited und ihrem Vertriebshändler in Frankreich (heute Corima S.A.) als repräsentativ für die anderen Vereinbarungen angesehen. Eine Reihe von Änderungen dieser Vereinbarung wurde von der Kommission vorgeschlagen und von DCL angenommen. DCL beschwerte sich wiederholt bei der Kommission darüber, daß das Verfahren nicht abgeschlossen werde. Offenbar wurde DCL im August 1976 zu verstehen gegeben, daß die Genehmigung der Vereinbarung von dem Standpunkt abhänge, den die Kommission im Hinblick auf die Preisbedingungen von DCL für das Vereinige Königreich einnehmen werde, die zu diesem Zeitpunkt geprüft wurden. Die letzten Maßnahmen in dem White Horse — Corima-Verfahren waren die Herausgabe einer Mitteilung der Beschwerdepunkte durch die Kommission am 7. Juli 1977 und die Vorlage einer schriftlichen „Antwort" auf diese Mitteilung durch DCL am 2. August 1977.

Ich komme nun zu den Vereinbarungen zwischen den DCL-Tochtergesellschaften und ihren Kunden im Vereinigten Königreich.

Am 30. Juni 1973 meldete DCL eine Reihe von Muster-„Verkaufsbedingungen" für ihre Tochtergesellschaften bei der Kommission an, verbunden mit einem Antrag auf Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3. Es handelte sich um eine förmliche Anmeldung auf dem durch die *Verordnung (EWG) Nr. 1133/68 der Kommission* vorgeschriebenen Formblatt A/B. Die Bedingungen enthielten eine Klausel 5 b des Inhalts, daß Waren, die in Flaschen zur Lieferung in Großbritannien verkauft werden, nicht zur Lieferung außerhalb Großbritanniens weiterverkauft werden durften. Diese Bedingung mußte bei allen Weiterverkäufen weitergegeben werden. Dies war natürlich ein ausdrückliches Exportverbot, das unter anderem auch für die EWG-Länder galt. Es wurde durch Klausel 6 ergänzt, wonach Waren, die unter Zollverschluß verkauft wurden, vom Käufer nur als verzollte Ware und dann weiterverkauft oder in anderer Weise übertragen werden durften, wenn der Käufer den vollen, für zum Verbrauch im Vereinigten Königreich bestimmte Waren geltenden Abgabensatz gezahlt hatte. Die im Vereinigten Königreich geltenden Abgabensätze waren und sind so hoch, daß das Verbot des Weiterverkaufs der Waren unter Zollverschluß ihren Export hoffnungslos unwirtschaftlich machte.

Nicht erwähnt in der Anmeldung war die Methode zur Festlegung der Preise für den Binnenhandel. Auf die Frage III.1. im Formblatt A/B, die — soweit hier erheblich — lautet: „Geben sie an, ob und inwieweit die Vereinbarung ... betrifft ... die Einhaltung bestimmter Ein- oder Verkaufspreise, Rabatte oder Geschäftsbedingungen ...", antwortete DCL: „Die Bedingungen betreffen keinen dieser Punkte mit Ausnahme des in der Antwort zu Absatz II. 3. d) oben erwähnten." In ihrer Antwort auf Frage II. 3. d) hatte sie erklärt:

„Das Ziel der Bedingungen besteht darin, die Bestimmungen festzulegen, nach denen der Verkauf von Waren im Vereinigten Königreich stattfindet. Einige dieser Bestimmungen sollen die Vorkehrungen der Gesellschaft für den Vertrieb der Waren auf anderen Märkten ergänzen und die Vertriebshändler auf diese Weise in die Lage versetzen, die wirtschaftlichsten und effektivsten Vertriebsmethoden anzuwenden und gleichzeitig den Bedarf der Kunden zu decken und mit den vielen anderen Spirituosenmarken in Konkurrenz zu treten."

Von seiten der DCL ist uns erklärt worden, daß zu diesem Zeitpunkt die Methode für die Festsetzung der Binnenhandelspreise als im Rahmen des Artikels 85 nicht erheblich angesehen worden sei, da sie nur für im Vereinigten Königreich abgewickelte Kaufverträge gegolten habe und die Verkaufsbedingungen Exporte aus dem Vereinigten Königreich durch Käufer, die zu diesen Preisen kauften, ausgeschlossen hätten.

Dem Eingang der Anmeldung bei der Kommission folgten ein Schriftwechsel zwischen DCL und der Kommission und Besprechungen zwischen Vertretern beider Seiten. Auf die Einzelheiten kommt es nicht an.

Am 24. Juni 1975 versandte DCL an die Kunden ihrer Tochtergesellschaften im Vereinigten Königreich ein Rundschreiben mit der Überschrift „Verkaufs- und Preisbedingungen für den Binnenhandel". Das Schreiben ist so wichtig, daß ich es fast im vollen Wortlaut verlesen muß. In ihm führte die DCL aus:

„Nach der Abstimmung über den Gemeinsamen Markt schreiben wir Ihnen im Namen unserer Tochtergesellschaften, um Ihnen die Änderungen der Verkaufsbedingungen für die Verkäufe von Spirituosen durch diese Gesellschaften an Sie und ihre anderen Binnenhandelskun-

den mitzuteilen und um zu klären und zu bestätigen, auf welcher Basis Ihnen und diesen Kunden die verschiedenen Nachlässe, Rabatte und Skonti durch die Gesellschaften dieser Gruppe angeboten werden.

Verkaufsbedingungen

Die Verkaufsbedingungen, die für den Binnenhandel schon vor dem Beitritt des Vereinigten Königreichs zum Gemeinsamen Markt in Kraft waren, beinhalten ein Ausfuhrverbot. Die Bedingungen einschließlich dieses Verbots wurden bei den EWG-Behörden in Brüssel angemeldet . . .

Nach der Abstimmung über den Beitritt ändern wir nun die Verkaufsbedingungen, um Abnehmern im Inland die Ausfuhr nach anderen EWG-Ländern zu gestatten. Nehmen Sie bitte jedoch zur Kenntnis, daß Ausfuhren nur für den Verbrauch innerhalb des Gemeinsamen Marktes erlaubt sind: Die Ausfuhr nach Ländern außerhalb des Gemeinsamen Marktes ist weiterhin verboten.

Beigefügt (als Anhang I) ist ein Exemplar der geänderten Verkaufsbedingungen, die von nun an bis auf weiteres für alle Binnenhandelsverkäufe an sie gelten . . .

Preisbedingungen

Wir sollten klarstellen, daß — obgleich die geänderten Verkaufsbedingungen Ausfuhren zum Verbrauch in anderen EWG-Ländern gestatten — die verschiedenen Nachlässe, Rabatte und Skonti dazu bestimmt sind, den besonderen Binnenhandelserfordernissen Rechnung zu tragen, und daß die Abnehmer darauf nur Anspruch haben, wenn die Waren tatsächlich im Vereinigten Königreich verbraucht werden.

Wenn sie daher Käufe zwecks Ausfuhr nach anderen EWG-Ländern tätigen wollen, müssen sie dies in Ihrem Auftrag angeben, und der Kauf muß zum Bruttopreis erfolgen.

Wir hoffen, daß alle Kunden durch ihre Zusammenarbeit zur Durchführung eines einfachen und praktischen Systems beitragen. Wenn jedoch ein Abnehmer irgendwelche Binnenhandelsnachlässe, -rabatte oder -skonti für von ihm gekaufte Waren erhält oder beansprucht und solche Waren in einem Land außerhalb des Vereinigten Königreichs auf den Markt kommen, so ist allen Gesellschaften der DCL-Gruppe das Recht vorbehalten, an die verantwortlichen Kunden von da an nur noch zu Bruttopreisen zu verkaufen.

Als Anhang II ist ein Vermerk über bestimmte vertragliche Bestimmungen beigefügt, die die vorgenannten Grundsätze verbindlich festlegen und erweitern und die bis auf weiteres Bestandteil eines jeden Kaufvertrages für Spirituosen bilden, der künftig zwischen einem Unternehmen der DCL-Gruppe und einem Inlandskunden abgeschlossen wird."

Wie in dem Schreiben angegeben, waren ihm zwei Anhänge beigefügt.

Anhang I enthielt die geänderten „Verkaufsbedingungen". In dieser geänderten Fassung war das Verbot in Klausel 5 b auf Ausfuhren in Länder außerhalb der EWG beschränkt und die frühere, sich auf Verkäufe unter Zollverschluß beziehende Klausel 6 gestrichen.

Anhang II trug die Überschrift „Bestimmte Vertragsbestimmungen (bezüglich der Preise) als Ergänzung zu den Verkaufsbedingungen". Nach dem Hinweis darauf, daß DCL selbst nicht mit Waren handele, definierte der Anhang als „Verkäufer" jede DCL-Tochtergesellschaft und als „Käufer" jeden Kunden einer solchen Tochtergesellschaft. Weiter hieß es darin:

„(2) Alle Nachlässe, Skonti und Rabatte gleich welcher Art (ob unmittelbare

oder nachträgliche), die von dem Verkäufer oder in seinem Namen dem Käufer im Wege der Herabsetzung des Bruttopreises jeglicher Waren, die Gegenstand eines Vertrages zwischen Käufer und Verkäufer sind, gewährt oder gezahlt werden (wobei diese Nachlässe, Skonti und Rabatte im weiteren pauschal als ‚Preisnachlässe' bezeichnet werden), sind dazu bestimmt, den besonderen Marktverhältnissen im Vereinigten Königreich Rechnung zu tragen. Hat der Verkäufer berechtigten Grund zu der Annahme, daß eine bestimmte Menge dieser Waren außerhalb des Vereinigten Königreichs verbraucht wurde oder verbraucht werden wird, so ist der Verkäufer berechtigt (unbeschadet etwaiger anderer ihm zustehender Ansprüche), dem Käufer für jegliche Warenmengen, die dem Käufer von dem Verkäufer geliefert werden (sei es nach dem genannten Vertrag oder nach einem darauf folgenden Vertrag), den Bruttopreis dieser Waren ohne Verminderung dieses Preises durch Preisnachlässe zu berechnen, solange und soweit der Käufer keinen den Verkäufer zufriedenstellenden Beweis dafür erbringt, daß diese Mengen innerhalb des Vereinigten Königreichs verbraucht werden, vorausgesetzt, daß der Verkäufer bei Vorlage dieser Beweise sicherstellt, daß der Käufer unverzüglich die entsprechenden Preisnachlässe zuzüglich eines angemessenen Zinses erhält, der für die entsprechenden Zeiträume berechnet wird, während deren der Käufer (ohne die vorstehenden Bestimmungen dieses Absatzes 2) die betreffenden Preisnachlässe erhalten hätte."

Absatz 3 definierte die Beweisstücke, die im Sinne von Absatz 2 Gründe für die „berechtigte Annahme auf seiten des Verkäufers" darstellten, daß eine bestimmte Warenmenge außerhalb des Vereinigten Königreichs verbraucht werden würde.

Absatz 4 schließlich stellte fest: „Die vorstehenden Bestimmungen ergänzen die Verkaufsbedingungen (Anhang I)."

Der Inhalt des Anhangs II ist in diesem Verfahren als „Preisbedingungen" bezeichnet worden. Wie Sie sehen, führten sie eine doppelte Preisstruktur ein, nach der den Kunden im Vereinigten Königreich, wenn die von ihnen gekauften Spirituosen für den Verbrauch im Vereinigten Königreich bestimmt waren, niedrigere Preise berechnet wurden als dann, wenn sie für die Ausfuhr bestimt waren.

Der Schriftwechsel zwischen DCL und der Kommission ging weiter. Am 3. Juli 1975 und erneut am 8. Juli 1975 beantwortete DCL der Kommission schriftlich Fragen, die diese aufgeworfen hatte. In dem letzteren Schreiben nahm DCL Bezug auf die geänderten Verkaufsbedingungen. Sie führte aus:

„Die Änderung dieser Bedingungen mit dem Ziel, sie in Einklang mit Artikel 85 EWG-Vertrag zu bringen, ist seit einiger Zeit in Erwägung gezogen worden. Nach der kürzlichen Abstimmung über die Mitgliedschaft im Gemeinsamen Markt sind die britischen Kunden der DCL-Tochtergesellschaften von den geänderten Verkaufsbedingungen unterrichtet worden, die in Zukunft für alle Käufe dieser Kunden gelten werden. Wir fügen diesem Schreiben als Anlage eine Kopie der geänderten Verkaufsbedingungen bei, aus der Sie entnehmen können, daß das Verbot der Ausfuhr aus dem Vereinigten Königreich in andere Länder innerhalb der EWG aufgehoben worden ist. Wir glauben, daß die geänderten Bedingungen in vollem Umfang im Einklang mit Artikel 85 stehen."

Die Anlage zu diesem Schreiben enthielt den Wortlaut des Anhangs I zum Rundschreiben der DCL vom 24. Juni 1975. DCL deutete gegenüber der Kommission nicht an, daß es dieses Rundschreiben selbst oder den Anhang II dazu gab.

In der Zwischenzeit war jedoch am 27. Juni 1975 in der Financial Times ein Artikel mit der Überschrift „‚Inoffizielle' Whiskyexporte verhindert" erschienen, der sich auf das Rundschreiben bezog und in Grundzügen die durch dieses eingeführte doppelte Preisstruktur beschrieb.

Dieser Artikel alarmierte die Kommission, die am 4. Juli 1975 ein Schreiben an DCL richtete, das sich anscheinend mit dem Schreiben von DCL vom 8. Juli 1975 gekreuzt hat. Die Kommission machte DCL auf den Artikel aufmerksam und verlangte eine Stellungnahme, Informationen und schriftliche Unterlagen. Sie gab an, daß das Verlangen auf Artikel 11 der *Verordnung Nr. 17* gestützt war.

DCL antwortete mit Schreiben vom 11. Juli 1975, dem das Rundschreiben und seine beiden Anhänge in vollem Wortlaut als Anlage beigefügt waren. Die von DCL auch in diesem Verfahren aufrechterhaltene Auffassung bestand darin, daß sich in bezug auf die verschiedenen Preisnachlässe, die den Kunden ihrer Tochtergesellschaften im Vereinigten Königreich angeboten wurden, nichts geändert habe. Sie schrieb:

„Was mit dem Schreiben vom 24. Juni an diese Kunden bewirkt worden ist, ist eine Klarstellung und Bestätigung der Grundlage, auf der diese Preisnachlässe bisher gewährt worden sind, insbesondere, daß sie für schottischen Whisky gelten, der für den Verbrauch im Vereinigten Königreich verkauft wird."

Die Kommission bestätigte den Empfang des Schreibens der DCL vom 11. Juli 1975 mit Schreiben vom 19. August 1975, in dem sie anmerkte: „Verwenden Sie bitte in Zukunft für die Korrespondenz über Ihre Verkaufsbedingungen das Aktenzeichen IV/28.282". Dann nahm die Kommission Bezug auf die „neuen Bestimmungen Ihrer Verkaufsbedingungen vom 24. Juni 1975 betreffend die Gewährung von Nachlässen, Skonti und Rabatten" und führte aus, diese seien anscheinend dazu bestimmt, Parallelexporte in andere EWG-Länder zu verhindern, und verstießen insoweit gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag; die Kommission verlangte auch nach weiteren Auskünften gemäß Artikel 11 der *Verordnung Nr. 17.*

Eine der Fragen, die Sie zu entscheiden haben, besteht darin, ob DCL unter diesen Umständen trotz der Bestimmungen des Artikels 4 Absatz 1 und des Artikels 6 Absatz 1 der *Verordnung Nr. 17* über die Anmeldung und trotz der Bestimmungen der *Verordnung Nr. 1133/68* über die Form einer solchen Anmeldung eine Freistellung der Preisbedingungen nach Artikel 85 Absatz 3 beanspruchen kann.

Am 18. Mai 1976 ging bei der Kommission eine Beschwerde nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der *Verordnung Nr. 17* einer Gruppe von Whiskyhändlern aus der Gegend von Glasgow ein, bestehend aus einer Familiengesellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit, A. Bulloch & Co., und vier Gesellschaften mit beschränkter Haftung, A. Bulloch (Agencies) Limited, John Grant (Blenders) Limited, Inland Fisheries Limited und Classic Wines Limited, die überwiegend im Eigentum und unter der Leitung von Mitgliedern derselben Familie stehen. (Ich werde sie pauschal als „Bulloch" bezeichnen. Wie Sie wissen, sind sie dem vorliegenden Verfahren als Streithelferinnen beigetreten.) In der Beschwerde wird behautptet, DCL's Preisbedingungen verstießen gegen Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag und das Geschäft von Bulloch sei dadurch geschädigt worden.

Mit Schreiben vom 26. Mai 1976 unterrichtete die Kommission DCL vom Vorliegen der Beschwerde.

Mit Schreiben vom 23. Februar 1977 gab DCL den Kunden ihrer Tochtergesellschaften im Vereinigten Königreich eine Änderung der Preisbedingungen bekannt. Der Preis für den zum Verbrauch in anderen Mitgliedstaaten der EWG bestimmten Whisky sollte künftig der Bruttopreis sein, den die Alleinvertriebshändler in diesen Staaten zu zahlen hatten („Brutto-EWG-Exportpreis"), nicht der Binnenhandelsbruttopreis. DCL unterrichtete die Kommission von dieser Änderung (unter vielen anderen Punkten) mit Schreiben vom 25. Februar 1977.

Es ist vielleicht hilfreich, wenn ich kurz einhalte, um zu beschreiben, welche Preisstruktur sich in diesem Stadium hieraus für DCL's Standardmarken von schottischem Whisky ergab. Ich übernehme die Zahlen aus den Feststellungen der Kommission, wie sie in deren Entscheidung wiedergegeben sind. (Diese Feststellungen bezogen sich ausdrücklich auf Johnnie Walker Red Label; in dieser Rechtssache ging die Diskussion jedoch davon aus, daß sie repräsentativ seien.) Der Binnenhandelsbruttopreis (ohne Verbrauch- und Mehrwertsteuer) betrug 13,61 UKL für einen Karton mit 12 Flaschen. Die Preisnachlässe bei Verkäufen an Großhändler für den Markt des Vereinigten Königreichs betrugen durchschnittlich 5,41 UKL pro Karton, was zu einem durchschnittlichen Nettopreis von 8,20 UKL führte. Der Brutto-EWG-Exportpreis belief sich auf 13,15 UKL pro Karton, auf den ein Alleinvertriebshändler einen Vertriebshändlernachlaß von 4,62 UKL erhielt und einen Barrabatt von 54 p. erhalten konnte. Erhielt er beide, so betrug der Nettopreis für ihn also 8,35 UKL. Durchschnittlich verdiente DCL demnach pro Karton bei ihren Verkäufen auf dem Markt des Vereinigten Königreichs 15 p. weniger als bei ihren Verkäufen an Alleinvertriebshändler in anderen Mitgliedstaaten. Am wichtigsten jedoch für das vorliegende Verfahren ist die Tatsache, daß ein Großhändler im Vereinigten Königreich, der beabsichtigte, in andere Mitgliedstaaten zu exportieren, pro Karton 5,16 UKL mehr bezahlen müßte als ein Alleinvertriebshändler in irgendeinem dieser Staaten (dies ist die Differenz zwischen 8,35 und 13,51 UKL).

Am 7. März 1977 ging bei der Kommission eine weitere Beschwerde nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der *Verordnung Nr. 17* ein, die von einer Londoner Firma namens Madison, Benson & Carter Limited kam und die Schwierigkeiten betraf, schottischen Whisky der DCL für den Export zu beziehen.

Die umfangreiche Korrespondenz, die weiter zwischen DCL und der Kommission geführt wurde, führte schließlich dazu, daß die Kommission der DCL am 22. April 1977 eine Mitteilung der Beschwerdepunkte in bezug auf deren Verkaufs- und Preisbedingungen schickte. Aus der Mitteilung der Beschwerdepunkte ergab sich die Absicht der Kommission

a) zu entscheiden, daß das bis zum 24. Juni 1975 aufgrund der Klauseln 5 b und 6 der Verkaufsbedingungen geltende Verbot der Ausfuhr und des Weiterverkaufs unter Zollverschluß gegen Artikel 85 Absatz 1 verstieß und die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 nicht erfüllte;

b) zu entscheiden, daß das Verbot der Ausfuhr nach Ländern außerhalb der EWG gegen Artikel 85 Absatz 1 verstieß und die Voraussetzungen für eine Freistellung nicht erfüllte;

c) zu entscheiden, daß die Preisbedingungen gegen Artikel 85 Absatz 1 verstießen, und DCL dazu zu verpflichten, diesen Verstoß abzustellen.

Zu dem Verlangen der DCL nach Freistellung der Preisbedingungen nach Artikel 85 Absatz 3 führte die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte aus, dieses Verlangen brauche nicht geprüft zu werden, da die Preisbedingungen nicht den Bestimmungen der *Verordnung Nr. 17* entsprechend angemeldet worden seien; die Preisbedingungen erfüllten aber in keinem Fall die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3.

Abdrucke der bei der Kommission eingegangenen Beschwerden von Bulloch und von Madison, Benson & Carter Limited übersandte die Kommission am 13. Mai 1977 an DCL. Im Fall der Beschwerde von Bulloch wurden fast 19 der insgesamt 35 Seiten weggelassen. DCL räumte zwar ein, daß die Kommission das Recht habe, Passagen wegzulassen, die sich auf die Geschäftsgeheimnisse von Bulloch bezögen, bestand jedoch auf einem vollständigeren Text. Dieses Verlangen wurde von der Kommission aus Gründen zurückgewiesen, die sie in einem Fernschreiben vom 27. Mai 1977 an DCL wie folgt formulierte:

„... während die Kommission verpflichtet ist, die Beschwerdegegner in vollem Umfang über die Umstände zu unterrichten, die wahrscheinlich für die Entscheidung von Bedeutung sein werden, besteht für sie keine darüber hinausgehende Verpflichtung, Abschriften von Beschwerden ganz oder teilweise mitzuteilen. Die Beurteilung dieses Falles durch die Kommission beruht vollständig auf Informationen, die von DCL vorgelegt worden sind, und ausschließlich auf Tatsachen, die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargestellt sind. Da es schien, daß die Beschwerden die Auffassung der Kommission, daß Whiskyhändler durch die Praktiken der DCL geschädigt würden, bestätigten, und um Sie davon zu unterrichten, wurden Ihnen die entscheidungserheblichen Auszüge aus den Beschwerden zugeleitet. Die weggelassenen Seiten enthalten Material, das entweder vertraulich oder für das Verständnis des Falles ohne Bedeutung ist. Das gesamte Material, auf das sich die Kommission stützt oder das ihre Auffassung beeinflussen könnte, ist Ihnen mitgeteilt worden ..."

Am 16. Juni 1977 übersandte DCL an die Kommission ein Schreiben, das sie als „Erwiderung" auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte bezeichnete. Um Verwechslungen mit der Erwiderung, die Teil des Parteivorbringens vor dem Gerichtshof ist, zu vermeiden (und entsprechend der Formulierung in Artikel 3 Absatz 2 der *Verordnung Nr. 69/63/EWG der Kommission)*, werde ich dieses Schriftstück „schriftliche Bemerkungen" der DCL nennen. Das Schreiben wurde im Laufe der folgenden Wochen und Monate durch die Einreichung von sechs Nachträgen ergänzt.

DCL bemühte sich nicht, die Verbote in den früheren Klauseln 5 b und 6 der Verkaufsbedingungen zu verteidigen. Insbesondere räumte sie ein, daß diese Verbote nicht „unerläßlich" (im Sinne des Artikels 85 Absatz 3 Buchstabe a EWG-Vertrag) seien, um das Ziel der Verbesserung des Vertriebs ihrer Produkte zu erreichen. Dagegen bestritt DCL die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 auf das Verbot der Ausfuhr in Länder außerhalb der EWG.

DCL erkannte an, daß die Preisbedingungen von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt würden, vertrat aber die Auffassung, sie müßten nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden. Ohne Bedeutung sei es, daß sie nicht förmlich angemeldet worden seien. Im wesentlichen trug DCL damals wie später vor dem Gerichtshof vor, die Marktverhältnisse im Vereinigten Königreich und in den kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten seien so

verschieden, daß sie nach verschiedenen Vertriebsmethoden verlangten. Im Vereinigten Königreich gebe es, da schottischer Whisky ein gut eingeführtes Erzeugnis sei und da die Brauereien einen großen Teil der Verkaufsstellen kontrollierten, einen intensiven Preiswettbewerb. In den kontinentaleuropäischen Ländern dagegen habe Whisky einen viel kleineren Anteil am Spirituosenmarkt und könne aus verschiedenen Gründen mit inländischen Spirituosen nicht über den Preis konkurrieren. Sein Absatz müsse daher aktiv gefördert werden. Dies bringe Aufwendungen auf seiten der Alleinvertriebshändler mit sich. Die Alleinvertriebshändler könnten es sich nicht leisten, diese Aufwendungen zu tragen, wenn ihre Preise von Parallelexporteuren unterboten werden könnten, die diese Aufwendungen nicht zu tragen hätten. Dieselbe Marke von schottischem Whisky könne deshalb nicht mit Erfolg im Vereinigten Königreich und in den kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten vertrieben werden, wenn die Parallelexporteure nicht einen erhöhten Preis zahlten, der die Aufwendungen der Alleinvertriebshändler für die Absatzförderung widerspiegele. DCL hat unterstrichen, daß diese Aufwendungen sich nicht auf die Werbung in den Medien beschränkten. Sie umfaßten Marktforschung, die Beschäftigung von Verkaufspersonal, die Lieferung von „Material für Verkaufsstellen" („Meßgläser" usw.), die Ausbildung von Barmännern, die Behandlung von Beschwerden der Kunden und natürlich Lagerhaltung. Sie umfaßten auch den Schutz der Marke gegen betrügerische Handlungen, die bekanntlich auf dem Whiskymarkt weit verbreitet seien und in vielen Formen aufträten, wie der des Füllens von Flaschen mit verfälschten Spirituosen und der Benutzung von gefälschten Etiketten, neben gängigeren Formen der Verletzung des Warenzeichenrechts.

Am 23. Juni 1977 führte die Kommission eine Anhörung durch, bei der sowohl DCL als auch Bulloch vertreten waren. DCL übergab der Kommission an diesem Tag ein Exemplar des ersten Nachtrags zu ihren schriftlichen Bemerkungen, nämlich eine von Lady Hall, einer berühmten Wirtschaftswissenschaftlerin aus Oxford verfaßte „wirtschaftliche Würdigung".

Der zweite Nachtrag folgte am 28. Juni 1977, der dritte am 26. Juli 1977.

Anscheinend ist bei der Anhörung und erneut bei einem nicht offiziellen Treffen zwischen Vertretern der DCL und der Kommission am 19. Juli 1977 die Frage aufgeworfen worden, ob der Unterschied zwischen den Preisen, die DCL den Parallelexporteuren einerseits und ihren Alleinvertriebshändlern andererseits in Rechnung stellte, tatsächlich die zusätzlichen Kosten der letzteren widerspiegelte. DCL führte daraufhin eine detaillierte Untersuchung der Kosten ihrer Alleinvertriebshändler durch. (Von seiten der DCL ist vorgetragen worden, es sei fast sicher, daß sie die Mitarbeit ihrer Alleinvertriebshändler bei einer solchen Untersuchung nicht früher habe sicherstellen können, das heißt nicht ohne den Druck, der durch das Vorliegen der Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission auf die Alleinvertriebshändler ausgeübt worden sei.)

Am 21. September 1977 bestätigte DCL der Kommission schriftlich, daß die Ergebnisse ihrer Untersuchung dieser Kosten bis zum 21. Oktober der Kommission vorliegen würden.

Später erfuhr DCL, daß ihr Fall von dem Beratenden Ausschuß nach Artikel 10 der *Verordnung Nr. 17* möglicherweise in einer Sitzung am 19./21. Oktober 1977 beraten werde. Am 11. Oktober 1977 schrieb DCL erneut an die Kommission und brachte ihre Besorgnis darüber zum

Ausdruck, daß der Beratende Ausschuß den Entwurf einer Entscheidung berate, ohne daß ihm die Ergebnisse der Untersuchung vorlägen, da die Kosten der Vertriebshändler, die die Parallelimporteure nicht zu tragen hätten, „von solch entscheidender Bedeutung für das Problem" seien.

Die Ergebnisse der Untersuchung, soweit sie die Vertriebshändler für schottischen Whisky betrafen, waren in dem vierten Nachtrag zu den schriftlichen Bemerkungen der DCL enthalten. Dieser zeigte, daß ihre zusätzlichen Kosten durchschnittlich 5,07 UKL pro Karton betrugen.

Der vierte und der fünfte Nachtrag, beide vom 20. Oktober 1977, gingen tatsächlich am Morgen des 21. Oktober bei der Kommission ein. Am gleichen Tag trat der Beratende Ausschuß zusammen und verfaßte seinen Bericht über den Fall. Die Kommission hat vorgetragen (Klagebeantwortung Absätze 172 bis 174), der Ausschuß sei — im Laufe der Sitzung und bevor er irgendeine Entscheidung gefällt habe — davon unterrichtet worden, daß der vierte Nachtrag anscheinend die von DCL in ihren schriftlichen Bemerkungen angegebenen Zahlen bestätige; der Ausschuß sei ebenso von dem Eingang des fünften Nachtrags und von dessen Inhalt in Kenntnis gesetzt worden; der Ausschuß habe jedoch beschlossen, die Sitzung nicht zu vertagen, um diese Nachträge weiter zu prüfen. (Der fünfte Nachtrag enthielt die mit Gründen versehenen Antworten der DCL auf die von Beamten der Kommission bei oder nach der Anhörung aufgeworfenen Frage, wie DCL ihr Preissystem ändern könne.)

Ebenso ist von Bedeutung, daß im Zeitpunkt der Sitzung des Beratenden Ausschusses das Protokoll der Anhörung nicht einmal im Entwurf verfügbar war. Ein Protokollentwurf wurde den Verfahrensbeteiligten am 25. Oktober 1977 zugesandt; am 15. November 1977 gingen von der Kommission als „geringfügig" bezeichnete Änderungen durch die DCL ein.

Am 24. November 1977 reichte DCL den sechsten (und letzten) Nachtrag bei der Kommission ein. Diese enthielt die Ergebnisse der Untersuchung der Kosten der Alleinvertriebshändler von Gin durch DCL.

Die Entscheidung vom 20. Dezember 1977

Knapp einen Monat später, am 20. Dezember 1977, erließ die Kommission die Entscheidung, gegen die sich die vorliegende Klage richtet. In dieser Entscheidung

a) stellte die Kommission fest, daß das Verbot der Ausfuhr und des Weiterverkaufs unter Zollverschluß, das bis zum 24. Juni 1975 Bestandteil der Verkaufsbedingungen der DCL gewesen war, gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoße und die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 nicht erfülle,

b) stellte die Kommission fest, daß die Preisbedingungen gegen Artikel 85 Absatz 1 verstießen und nicht nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden könnten, sowohl, weil sie nicht angemeldet worden seien, als auch, weil sie die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 nicht erfüllten,

und

c) verpflichtete die Kommission DCL und deren Tochtergesellschaften, die Preisbedingungen insoweit aufzuheben, als sie Ausfuhren aus dem Vereinigten Königreich in andere EWG-Länder beschränkten.

Nach der Entscheidung der Kommission verstießen die Verkaufsbedingungen insoweit nicht gegen den Vertrag, als sie Exporte in Nicht-EWG-Länder verboten. Auch erlegte sie DCL keine Geldbuße auf.

Die Reaktion der DCL auf die Entscheidung vom 20. Dezember 1977

Die Reaktion der DCL auf die Entscheidung bestand darin, die sofortige Abschaffung der doppelten Preisstruktur anzukündigen, wobei sie bestimmte weitere Maßnahmen traf, die — so hat sie erklärt — von der Überzeugung diktiert waren, daß in Zukunft dieselbe Marke von schottischem Whisky nicht sowohl im Vereinigten Königreich mit Erfolg am Wettbewerb teilnehmen als auch das Ausmaß von Absatzförderung erhalten könne, das notwendig sei, damit sie erfolgreich im kontinentaleuropäischen Teil der EWG konkurrieren könne. Diese Maßnahmen bestanden darin, im Vereinigten Königreich eine Standardwhiskymarke, Johnnie Walker Red Label, und eine Luxusmarke, Haig Dimple, aus dem Verkauf zu ziehen und bei der Preiskommission des Vereinigten Königreichs die Genehmigung für eine Erhöhung der Preise von vier anderen Standardmarken, Black & White, Vat 69, Dewars und White Horse, um 5,94 UKL pro Karton und von zwei Luxusmarken, The Antiquary und Johnnie Walker Black Label, um 3,00 UKL pro Karton zu beantragen. Haig White Label sollte im Vereinigten Königreich zu seinem damaligen Preis weiterverkauft werden. Die Preiskommission gab dem Antrag der DCL statt, beschränkte jedoch die Preiserhöhung bei Dewars auf 3,00 UKL pro Karton, und genehmigte bei White Horse überhaupt keine Erhöhung. Eine der DCL-Tochtergesellschaften hat eine neue Standardmarke von schottischem Whisky mit der Bezeichnung „John Barr" eingeführt und verkauft sie in den charakeristischen viereckigen Flaschen, die an Johnnie Walker denken lassen. Im Hinblick auf irgenwelche andere Spirituosen traf DCL keine ähnlichen Maßnahmen.

Die Kommission hat ausgeführt, man dürfe nicht von ihrem Einverständnis damit ausgehen, daß DCL mit den von ihr ergriffenen Maßnahmen die Entscheidung in der gebotenen Weise und im Einklang mit dem Recht befolgt habe. Dies ist eine Angelegenheit, die die Kommission mit DCL ausmachen mag, je nachdem, wie dieses Verfahren ausgeht. Sie kann keinen Einfluß auf diesen Ausgang haben.

Der Streitgegenstand

In diesem Verfahren begehrt DCL die Feststellung, daß die Entscheidung vom 20. Dezember 1977 insgesamt nichtig ist, hilfsweise die Feststellung, daß die Entscheidung insoweit nichtig ist, als sie sich auf die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 auf die Preisbedingungen bezieht.

DCL hat jedoch klargestellt, daß die Anfechtung der Entscheidung in ihrer Gesamtheit nur auf die Verletzung wesentlicher Formvorschriften gestützt wird, die in dem zu der Entscheidung führenden Verfahren vorgekommen sein sollen. Es sind dies:

a) Eine Reihe von wichtigen Schriftstükken sei von dem Beratenden Ausschuß nicht angemessen oder überhaupt nicht berücksichtigt worden, zum Beispiel:

   i) Lady Hall's „Wirtschaftliche Würdigung", die — wie sich aus der Gegenerwiderung der Kommission (Absatz 66) ergeben hat — nicht unter „den wichtigsten Schriftstücken" war, die die Kommission bei ihrer Ladung zu

der Sitzung des Ausschusses nach Artikel 10 Absatz 5 der *Verordnung Nr. 17* zusammengestellt hatte;

ii) der vierte und der fünfte Nachtrag zu den schriftlichen Bemerkungen der DCL, die — wie Sie sich erinnern — erst am Morgen des Tages eintrafen, an dem der Ausschuß zusammentrat;

iii) der sechste Nachtrag und das Protokoll der Anhörung vom 23. Juni 1977, die erst nach diesem Tag verfügbar waren.

b) Die Kommission habe der DCL eine Kopie der Beschwerde von Bulloch überlassen, die in unzulässigem Ausmaß gekürzt worden sei.

c) Was Pimm's anbetreffe, sei die Entscheidung der Kommission auf eine „unzureichende und/oder widersprüchliche Begründung" gestützt.

DCL bestreitet nicht, daß die Entscheidung der Kommission inhaltlich insoweit richtig ist, als in ihr festgestellt wird, daß das in den ursprünglichen Verkaufsbedingungen der DCL enthaltene Verbot der Ausfuhr und des Weiterverkaufs unter Zollverschluß gegen Artikel 85 Absatz 1 verstößt und die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 nicht erfüllt, und auch insoweit, als in ihr festgestellt wird, daß die vom 24. Juni 1975 an geltende doppelte Preisstruktur von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt wird. Das einzige materiell-rechtliche Argument, das DCL geltend macht, besteht darin, daß die Kommission die Freistellung der Preisbedingungen nach Artikel 85 Absatz 3 nicht habe ablehnen dürfen.

Die hauptsächlichen Streitfragen in diesem Verfahren sind daher die Fragen,

i) ob und inwieweit die Entscheidung aufgrund von Mängeln im Verwaltungsverfahren unwirksam sein könnte;

ii) ob das Fehlen einer förmlichen Anmeldung der Preisbedingungen ihre Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 ausgeschlossen hat und

iii) ob andernfalls die Entscheidung der Kommission, daß die Preisbedingungen die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 nicht erfüllen, aufrechterhalten werden kann.

Ich möchte die Verfahrensfragen bis zum Schluß zurückstellen und mit der Prüfung der die Anmeldung betreffenden Streitfrage beginnen.

Die fehlende Anmeldung der Preisbedingungen durch DCL

DCL gibt zu, daß die Preisbedingungen „verfahrenstechnisch gesehen" nicht nach den einschlägigen Bestimmungen der *Verordnung Nr. 17* und der *Verordnung Nr. 1133/68* angemeldet wurden.

In dem Bestreben, den Folgen dieser Unterlassung zu entgehen, macht sie wohl im wesentlichen vier Argumente geltend.

An erster Stelle habe die Anmeldung der Verkaufsbedingungen insoweit die Preisbedingungen miterfaßt, als das Ziel der Preisbedingungen dasselbe gewesen sei wie das Ziel des Exportverbots, nämlich der Schutz der Alleinvertriebshändler in den kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten vor Parallelexporten zu den im Vereinigten Königreich geltenden Preisen. Die Preisbedingungen seien ein weniger drastisches Mittel gewesen, um dieses Ziel zu erreichen.

Meiner Meinung nach hält dieses Argument einer Überprüfung nicht stand. Es ist für das vorliegende Verfahren unerheblich, ob die Preisbedingungen ein weniger drastisches Mittel waren, um dieses Ziel zu erreichen (ein Punkt, in dem

DCL und die Kommission verschiedener Meinung sind). Nicht Ziele, sondern (soweit hier erheblich) Vereinbarungen müssen nach Artikel 4 Absatz 1 der *Verordnung Nr. 17* angemeldet werden. Liest man DCL's Anmeldung auf Formblatt A/B vom 30. Juni 1973 unvoreingenommen, so kann sie nicht als eine Anmeldung der Methode von DCL, die Preise für ihre Kunden im Vereinigten Königreich festzusetzen, gelten. Im Gegenteil, die in dieser Anmeldung auf die Fragen II.3. d) und III.1. gegebenen Antworten, die ich gelesen habe, waren so formuliert, daß eine Offenlegung der Methode vermieden wurde. DCL mag mit ihrer Auffassung recht haben, daß sie aus den Gründen, die ich oben festgehalten habe, zu diesem Zeitpunkt nicht verpflichtet gewesen sei, die Methode offenzulegen, sie kann aber nun nicht mit ihrem Vorbringen gehört werden, daß sie in dieser Anmeldung die Methode offengelegt habe.

Zweitens hat DCL vorgetragen, daß eine getrennte Anmeldung der Preisbedingungen im Jahre 1975 nicht erforderlich gewesen sei, weil sie für Verkäufe im Vereinigten Königreich schon immer gegolten hätten. Diese Argumentation ist meiner Meinung nach ebenfalls zurückzuweisen. Selbst wenn DCL mit ihrer Auffassung recht hat, daß die Preisbedingungen im Jahre 1973 nicht angemeldet werden mußten, so bekamen sie im Jahre 1975, als das Exportverbot aufgehoben wurde und sie das einzige Mittel der DCL zur Beschränkung von Parallelexporten wurden, eine andere Bedeutung. Ich möchte hinzufügen, daß meiner Meinung nach die Formulierung des Rundschreibens vom 24. Juni 1975 und von dessen Anhang II zeigen, daß DCL sich der veränderten Funktion der Preisbedingungen bewußt war. Wenn es keine solche Veränderung gegeben hätte, wäre es kaum nötig gewesen, die Kunden dazu aufzufordern, „durch ihre Zusammenarbeit zur Durchführung eines einfachen und praktischen Systems beizutragen", oder in alle Einzelheiten gehende neue Bestimmungen zur Bestrafung von Kunden einzuführen, wenn „berechtigter Grund zu der Annahme" bestand, daß von ihnen zu Binnenhandelspreisen gekaufte Waren im Ausland aufgetaucht waren, oder festzustellen, daß diese neuen Bestimmungen eine Ergänzung der Verkaufsbedingungen darstellten.

Drittens hat DCL vorgetragen, nachdem die Kommission ihr Schreiben vom 11. Juli 1975 mit dem vollständigen Wortlaut des Rundschreibens vom 24. Juni und der dazu gehörenden Anhänge erhalten habe, sei es für DCL sinnlos gewesen, sich der „inhaltlosen Formalität" zu unterziehen, die Preisbedingungen auf Formblatt A/B anzumelden; die Kommission hätte dadurch nichts gewonnen. Das ist auf den ersten Blick ein überzeugendes Argument. Es bleibt jedoch die Tatsache, daß die Kommission aus einem Zeitungsartikel zum erstenmal von dem Bestehen der Preisbedingungen erfuhr und daß sie deren Wortlaut auf dem Weg über ein Auskunftsersuchen nach Artikel 11 der *Verordnung Nr. 17* erhielt. Dies ist eindeutig nicht die Art der „Anmeldung", an die die Verfasser der *Verordnung Nr. 17* dachten. Sie nahmen in die Präambel der Verordnung Begründungserwägungen mit dem folgenden Wortlaut auf:

„Die Einzelheiten der Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 müssen festgelegt werden, wobei dem Erfordernis einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle Rechnung zu tragen ist.

Es erscheint deshalb notwendig, die Unternehmen, die Artikel 85 Absatz (3) in Anspruch nehmen wollen, grundsätzlich zu verpflichten, ihre Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimm-

ten Verhaltensweisen bei der Kommission anzumelden."

Die Auffassung, daß ein Unternehmen, das sich nicht an die Verordnung gehalten hat, Anspruch auf die gleiche Behandlung hat wie eines, das die Verordnung beachtet hat, wäre kaum mit den hier zum Ausdruck gebrachten Zielen vereinbar. Darüber hinaus hat die förmliche Anmeldung außer der Offenlegung der betreffenden Vereinbarung gegenüber der Kommission drei Wirkungen: Aus ihr folgt, daß für den Fall, daß die Vereinbarung unter Artikel 85 Absatz 1 fällt, eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 begehrt wird, sie gibt die Gründe an, aus denen eine solche Freistellung beantragt wird, und sie bestimmt gemäß Artikel 6 Absatz 1 der *Verordnung Nr. 17* den frühesten Zeitpunkt, von dem an die Freistellung wirksam werden kann.

Die Frage ist nicht diskutiert worden, ob ein an der Vereinbarung Beteiligter dann, wenn die Kommission von einer gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßenden Vereinbarung aus den Zeitungen und durch Ausübung ihrer Befugnisse nach Artikel 11 der *Verordnung Nr. 17* erfährt, noch eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 beanspruchen kann, indem er nachträglich das Formblatt A/B ausfüllt. Diese Frage stellt sich bei dem vorliegenden Sachverhalt auch nicht. Ich kann sie deshalb übergehen.

Es bleibt das vierte Argument der DCL: Die Kommission habe auf die förmliche Anmeldung verzichtet und ihr Recht verwirkt, darauf zu bestehen. Für die Kommission ist vorgetragen worden, daß ein solcher Verzicht ihre Befugnisse überschreiten würde. Ich halte es nicht für erforderlich, mich dazu zu äußern, ob dies zutrifft, weil ich nicht der Auffassung bin, daß die Kommission in diesem Fall auf die Anmeldung verzichtet hat. Der Anwalt der DCL hat auf das Schreiben der Kommission vom 19. August 1975, in dem die Kommission dazu aufforderte, bei der künftigen Korrespondenz über die Verkaufs- und über die Preisbedingungen dasselbe Aktenzeichen zu benutzen, und darauf hingewiesen, daß die Kommission danach im Verwaltungsverfahren die Verkaufs- und die Preisbedingungen zusammen behandelt habe. Ich bin nicht der Meinung, daß die Wahl dieses Verfahrens seitens der Kommission auf einen Verzicht auf die förmliche Anmeldung der Preisbedingungen hinausläuft. In der Mitteilung der Beschwerdepunkte vertrat die Kommission eindeutig den Standpunkt, daß die Preisbedingungen niemals ordnungsgemäß angemeldet worden seien, und von diesem Einwand ist sie niemals abgegangen.

Ich bin deshalb der Auffassung, daß DCL in der Frage der Anmeldung keinen Erfolg haben kann.

Damit wäre diese Rechtssache erledigt. Trotzdem befasse ich mich für den Fall, daß Sie in dieser Frage anderer Auffassung sein sollten, mit den wesentlichen Grundlagen des Verlangens der DCL nach Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3.

Die wesentlichen Grundlagen des Verlangens der DCL nach Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3

Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag stellt vier Voraussetzungen — zwei positive und zwei negative — dafür auf, daß eine Vereinbarung von dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 freigestellt werden kann:

i) Die Vereinbarung muß die Verbraucher angemessen an dem entstehenden Gewinn beteiligen;

ii) sie muß (soweit hier von Bedeutung) zu einer Verbesserung der Warenverteilung beitragen;

iii) sie darf den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegen, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind;

und

iv) es dürfen diesen Unternehmen keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die Kommission behandelte in ihrer Entscheidung im vorliegenden Fall die Voraussetzungen (i) und (iv) nicht. Sie befaßte sich nur mit den Voraussetzungen (ii) und (iii).

In bezug auf die Voraussetzung (ii) hat die Kommission die Behauptung der DCL, das Bestehen der Preisbedingungen trage zu einer Verbesserung des Vertriebs der Waren der DCL bei, mit einer Begründung zurückgewiesen, die man nur als gekünstelt bezeichnen kann. Diese Begründung besteht darin, daß die Verbesserung des Vertriebs, auf die sich DCL berufe, sich nicht unmittelbar aus den Vereinbarungen mit den Großhändlern im Vereinigten Königreich, deren Bestandteil die Preisbedingungen sind, ergebe, sondern aus einer davon getrennten Reihe von Vereinbarungen, nämlich jenen mit den Alleinvertriebshändlern in den anderen Mitgliedstaaten. Die Kommission hat diese Ansicht vor dem Gerichtshof näher ausgeführt. Nach dem Vorbringen der Kommission reicht die Tatsache, daß eine unstreitig unter Artikel 85 Absatz 1 fallende Vereinbarung möglicherweise zur Durchführung einer anderen Vereinbarung auf dem Gebiet des Vertriebs (von der man behaupten könnte, daß sie Vorteile bringt) beiträgt, nicht aus, um für die erste Vereinbarung die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 zu schaffen. In anderer Form vertrat die Kommission diese Ansicht mit der Aussage, daß in diesem Fall die Preisbedingungen und die Alleinvertriebsvereinbarungen sich auf verschiedene Waren bezögen.

Meiner Meinung nach ist diese Begründung unhaltbar. Aus Artikel 85 Absatz 3 ist in keiner Weise zu entnehmen, daß die dort aufgeführten Vorteile sich unmittelbar aus den Bestimmungen der betroffenen Vereinbarung ergeben müßten und sich nicht aus den Auswirkungen dieser Vereinbarung in ihrem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang ergeben dürften. Dieser Zusammenhang ist unbestreitbar bei der Überlegung von Bedeutung, ob eine Vereinbarung überhaupt unter Artikel 85 fällt (vgl. Rechtssache 23/67, *Brasserie de Haecht/Wilkin*, Slg. 1967, 543); ihn für die Zwecke von Artikel 85 Absatz 3 für unerheblich zu halten, würde Artikel 85 insgesamt zu einer seltsam „hinkenden" Bestimmung machen. Darüber hinaus würde dann, wenn die Tochtergesellschaften von DCL in ihren Vereinbarungen mit Alleinvertriebshändlern ausdrücklich versprochen hätten, auf dem Wege über eine doppelte Preisstruktur Schutz zu gewähren, die Rechtswirksamkeit dieses Versprechens von genau den gleichen Erwägungen abhängen wie denen, die für die Preisbedingungen gelten.

So komme ich nun zum Kernpunkt. In diesem Punkt hat sich die Kommission in ihrer Entscheidung (Absatz III.2.2.2.c) wie folgt ausgedrückt:

„Selbst wenn die ‚Price Terms' in Beziehung zum Alleinvertriebssystem der DCL zu betrachten wären, käme eine Freistellung nicht in Frage.

Die Kommission erkennt an, daß sich aus der Einsetzung von Alleinvertriebshändlern in EWG-Ländern, die für einen Hersteller, der in einem anderen EWG-Land ansässig ist, Verkaufsförderung betreiben, häufig Vorteile ergeben. Was die Alleinvertriebsverträge angeht, die DCL-

Tochtergesellschaften mit Händlern in EWG-Staaten außer dem Vereinigten Königreich abgeschlossen haben, so hat die Kommission ihre Absicht bekanntgegeben, in bezug hierauf eine günstige Entscheidung zu fällen ...

Selbst wenn zugegeben werden muß, daß die Einsetzung von Alleinvertriebshändlern durch DCL eine Verbesserung der Verteilung zur Folge hat, kann doch nicht festgestellt werden, daß die ‚Price Terms' eine Einschränkung darstellen, die zur Erreichung dieses Ziels unerläßlich ist."

Es stellt sich demnach die Frage, ob die Kommission mit gutem Grund die Auffassung vertreten konnte, die Preisbedingungen seien nicht unerläßlich gewesen, um die sich aus dem Alleinvertriebssystem der DCL ergebende Verbesserung des Vertriebs zu erreichen. Ich bin nach anfänglichem Zögern — wie ich gestehe — zu der Schlußfolgerung gekommen, daß sie dies nicht konnte.

DCL's Analyse der Gegensätzlichkeit der Marktbedingungen im Vereinigten Königreich einerseits und in den übrigen Mitgliedstaaten andererseits war insgesamt gesehen überzeugend.

Nehmen Sie schottischen Whisky. Er macht mehr als 50 % der im Vereinigten Königreich verkauften Spirituosen aus. Der Markt des Vereinigten Königreichs wurde deshalb, wie ich meine, zutreffend als ein Markt beschrieben, der das Stadium der „Sättigung", in dem der Wettbewerb über den Preis die allergrößte Bedeutung bekommt, erreicht hat. Beweise für die Preisempfindlichkeit dieses Marktes wurden im fünften Nachtrag zu den schriftlichen Bemerkungen der DCL vorgelegt.

Daraus geht zum Beispiel hervor, daß DCL, als Bell's und Teacher's im April 1970 ihre Preise um 60 Pence pro Karton (oder 5 Pence pro Flasche) erhöhten, ihren Marktanteil in den sechs Monaten bis zum 1. Oktober 1970, als sie ihre eigenen Preise erhöhte, auf 73 % gegenüber dem Anteil von 51 % steigerte, den sie während der zwölf Monate vor dem 31. März 1970 innehatte. In ähnlicher Weise führte eine Anhebung des Preises durch DCL um 45 Pence pro Karton (weniger als 4 Pence pro Flasche) am 1. Oktober 1975, bei der Bell's und Teacher's nicht unmittelbar nachzogen, zu einer Verringerung ihres Marktanteils auf 32 % während der sechs Monate bis zum 31. März 1976 gegenüber den 51 % während der zwölf Monate vor dem 30. September 1975. Dieses Vorbringen ist nicht bestritten worden. Wenn noch eine Bestätigung erforderlich wäre, ließe sie sich darin finden, daß Black & White und Vat 69 infolge der auf die Entscheidung folgenden Preiserhöhungen ihren Marktanteil fast vollständig und Dewars den seinen zu zwei Dritteln verloren.

DCL hat außerdem Beweise für die Marktmacht der großen Brauereiunternehmen im Vereinigten Königreich als Abnehmer von schottischem Whisky vorgelegt. Diese Macht, die aus der Kontrolle der Brauereien über die Verkaufsstellen herrührt, wird (neben anderen Beweisen) durch den den schriftlichen Bemerkungen der DCL als Anlage beiliegenden Bericht der United Kingdom Monopolies Commission voll bestätigt. Der von den Brauereien, die bei schottischem Whisky ihre eigenen „Hausmarken" führen, ausgeübte Druck erklärt zum Teil das niedrige Niveau der Großhandelspreise auf dem britischen Markt.

In allen anderen Mitgliedstaaten mit Ausnahme von, wie ich glaube, Belgien muß schottischer Whisky mit alteingeführten und beliebten inländischen Erzeugnissen konkurrieren. Er kann dies nicht über den Preis tun.

In fünf dieser Mitgliedstaaten hat Whisky nur einen bescheidenen Anteil

am Spirituosenmarkt: 3,5 % in Deutschland, 5,3 % in Dänemark, 5,5 % in Frankreich, 8,2 % in Italien und 8,9 % in den Niederlanden. Hier befindet sich der Markt noch im „Wachstums"-Stadium, in dem hohe Ausgaben für Absatzförderung normal sind.

Die Situation ist anders in Belgien, wo schottischer Whisky einen Anteil von 36,6 % am Spirituosenmarkt besitzt. Der Markt für schottischen Whisky in diesem Land ließe sich vielleicht als ein Markt ansehen, der sich dem Stadium der Sättigung nähert.

Über den irischen Markt ist wenig vorgetragen worden. Er nimmt wahrscheinlich eine Stellung in der Mitte zwischen den Märkten des Vereinigten Königreichs und denen der restlichen Gemeinschaft ein. Schottischer Whisky muß jedoch natürlich in Irland mehr als auf anderen Märkten mit irischem Whiskey konkurrieren.

DCL hat die zusätzlichen Schwierigkeiten betont, auf die der Vertrieb von schottischem Whisky stößt, in Deutschland aufgrund der diskriminierenden Praktiken der staatlichen Monopolverwaltung, die der Gerichtshof in der Rechtssache 91/78 (*Hansen/HZA Flensburg*, Slg. 1979, 935) und in Dänemark, Frankreich und Italien aufgrund der diskriminierenden Besteuerung, die der Gerichtshof vor kurzem in den *„Branntwein"*-Rechtssachen für rechtswidrig erklärt hat (Rechtssache 168/78, *Kommission/Frankreich;* Rechtssache 169/78, *Kommission/Italien;* Rechtssache 171/78, *Kommission/Dänemark,* und Rechtssache 68/79, *Just/Ministerium für das Steuerwesen).* Dies war meiner Meinung nach nicht das beste Argument der DCL. Die Rechtssachen *Hansen* und *Just* zeigen die Rechtsschutzmöglichkeiten, die Händlern offenstehen, die Opfer einer solchen Diskriminierung geworden sind.

Überzeugender war ein Vorbringen, das DCL in ihren schriftlichen Bemerkungen anführte, um zu zeigen, daß dieselbe Marke nur auf der Grundlage eines Systems unterschiedlicher Preise sowohl im Vereinigten Königreich als auch in der restlichen Gemeinschaft wettbewerbsfähig sein könne. Dieses Vorbringen bestand darin, daß — während der Absatz der führenden Marken der DCL gleichmäßig über das Vereinigte Königreich und den Rest der Gemeinschaft verteilt sei — ihre Hauptkonkurrenten im Vereinigten Königreich, Bell's und Teacher's, nur einen geringen Absatz in den anderen Mitgliedstaaten hätten, während ihre Hauptkonkurrenten in den kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten, Ballantines und J. & B., nur einen geringen Absatz im Vereinigten Königreich hätten.

DCL hat ihre Rechtsauffassung in der Feststellung zusammengefaßt, es gebe im wesentlichen drei Fragen, die — wie sie nachgewiesen habe — alle bejaht werden müßten. Die Fragen lauteten:

„— Trifft es zu, daß die Alleinvertriebshändler im Durchschnitt ungefähr 5 UKL für jeden von ihnen verkauften Karton schottischen Whiskys ausgeben müssen, um dem Whisky einen erfolgreichen Wettbewerb mit anderen Spirituosen auf den kontinentaleuropäischen Märkten der EWG zu ermöglichen?

— Trifft es zu, daß schottischer Whisky im Vereinigten Königreich zu einem Preis, der die von den Alleinvertriebshändlern auf dem Kontinent getragenen Absatzförderungskosten widerspiegelt, nicht konkurrenzfähig ist?

— Trifft es zu, daß demzufolge eine Marke von schottischem Whisky ohne eine doppelte Preisstruktur nicht sowohl im Vereinigten König-

reich als auch im kontinentaleuropäischen Teil der EWG konkurrenzfähig sein kann?"

Die Argumente der Kommission kamen mir dagegen schwach vor.

In der Entscheidung selbst führte die Kommission zwei Begründungen für ihre Auffassung an. Nach der ersten „sind die Spirituosen der DCL keine neuen Produkte, für die eine Einführung mit außerordentlichen Werbeanstrengungen erforderlich wäre. Die Marktbedingungen in [den EWG-Ländern ohne das Vereinigte Königreich] sind nicht dergestalt, daß ein Schutz dieser Märkte gegen einen Wettbewerb seitens der Händler, die sich im Vereinigten Königreich DCL-Spirituosen beschaffen, vonnöten wäre".

Abgesehen von der Feststellung, daß die DCL-Spirituosen keine „neuen Produkte" seien, ist dies eher eine Schlußfolgerung als eine Begründung. Weder aus Artikel 85 Absatz 3 noch aus irgendeiner Entscheidung des Gerichtshofes läßt sich entnehmen, daß eine Beschränkung nur unerläßlich für die Verbesserung der Warenverteilung sein kann, wenn es sich um neue Produkte handelt. Auch gibt es keinen prinzipiellen Grund, warum das so sein sollte. Die einzige für Artikel 85 Absatz 3 erhebliche Frage besteht darin, ob im Einzelfall die in Frage stehende Beschränkung unerläßlich für die Verbesserung der Verteilung von Waren — seien sie althergebracht oder neu — ist.

Die Kommission hat auf mehrere Entscheidungen des Gerichtshofes hingewiesen. In einigen von diesen Fällen stellte sich die Frage der Auslegung oder der Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 nicht; ich brauche Ihre Zeit nicht für eine Erörterung dieser Fälle in Anspruch zu nehmen. Von den Artikel 85 Absatz 3 betreffenden Entscheidungen hat sich die Kommission hauptsächlich auf die Entscheidung in den Rechtssachen 56 und 58/64 *(Consten und Grundig/Kommission,* Slg. 1966, 321) gestützt.

Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich aus zwei Gründen von dem vorliegenden Fall. Erstens war die Beschränkung, deren Freistellung dort begehrt wurde, ein absolutes Verbot von Parallelexporten. Obwohl von seiten der Kommission und von Bulloch behauptet worden ist, daß die doppelte Preisstruktur zwar nicht ihrem äußeren Anschein nach, wohl aber in der Praxis Parallelimporte unmöglich mache, ist diese Behauptung im vorliegenden Fall durch die Tatsache widerlegt worden, daß die DCL-Tochtergesellschaften im Jahre 1977 340 000 Kartons schottischen Whisky zum Brutto-EWG-Exportpreis verkauft haben, eine Menge, die, wie DCL vortrug, in diesem Jahr ungefähr ein Zehntel des Gesamtexports von DCL-Marken von schottischem Whisky in andere Mitgliedstaaten ausmachte. Zweitens war die Begründung, mit der die Freistellung in der Rechtssache *Consten und Grundig* begehrt wurde, nicht mit der vergleichbar, auf die sich DCL im vorliegenden Fall stützt.

Was die in der Rechtssache *Consten und Grundig* aufgestellten Grundsätze betrifft, sind meiner Ansicht nach zwei Gesichtspunkte von Bedeutung. Der erste besteht darin, daß der Gerichtshof dort die Notwendigkeit betont hat, daß die Kommission, wenn eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 beantragt wird, eine gründliche Bewertung des Sachverhalts vornimmt. DCL beklagt sich hauptsächlich — und wie mir scheint mit einer gewissen Berechtigung — darüber, daß die Kommission es unterlassen habe, im vorliegenden Fall eine solche Bewertung vorzunehmen. Zweitens beruft sich die Kommission auf die Rechtssache *Consten und Grundig* für ihre Behauptung, daß

die Befugnisse des Gerichtshofes, in die Beurteilung durch die Kommission einzugreifen, beschränkt seien, wenn die Kommission genötigt sei, schwierige Wertungen wirtschaftlicher Sachverhalte vorzunehmen. Ohne Zweifel sind sie beschränkt; die Kommission hat aber im weiteren argumentiert, als habe der Gerichtshof unter solchen Umständen praktisch keine Entscheidungsbefugnis. Diese Auffassung findet in dem Urteil in der Rechtssache *Consten und Grundig* eindeutig ebensowenig eine Stütze wie in den von der Kommission zitierten Urteilen in späteren Rechtssachen. Soweit einschlägig, stellte das Urteil in der Rechtssache 17/74 *(Transocean Marine Paint/Kommission,* Slg. 1974, 1063) lediglich in allgemeiner Form fest, daß der Kommission bei der Festlegung von Voraussetzungen für die Gewährung einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 ein weiter Ermessensspielraum zusteht, die Rechtssache 71/74 *(Frubo/Kommission,* Slg. 1975, 563) betraf einen Fall, in dem es nach dem Sachverhalt klar war, daß es der Kommission freistand, zu entscheiden wie geschehen, und die Rechtssache 26/76 *(Metro/Kommission,* Slg. 1977, 1875) zeigt, daß der Gerichtshof bei der Überprüfung der Ausübung ihrer Befugnisse durch die Kommission sehr weit gehen kann.

Die zweite Begründung, die die Kommission in der Entscheidung für ihre Auffassung zu diesem Teil des Falles anführt, besteht darin, daß DCL „in der Lage [sei], durch andere Mittel als durch die Behinderung von Parallelexporten dafür zu sorgen, daß die Alleinvertriebshändler ihre Aufgaben erfolgreich durchführen". Die Kommission gibt dann zwei Beispiele dafür, wie DCL dies bewerkstelligen könne:

a) „DCL könnte, wie sie dies auch auf dem Markt im Vereinigten Königreich handhabt, selbst die Absatzförderung auf anderen EWG-Märkten übernehmen"; oder

b) DCL könnte „die Aufwendungen der Alleinvertriebshändler für Absatzförderung bei der Preisberechnung berücksichtigen".

Die Kommission führt weiter aus: „Es ist nicht bewiesen, daß die von der DCL beschriebenen Marktbedingungen die Anwendung anderer Preisvereinbarungen, die nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen würden, unmöglich machen". Aus der Entscheidung selbst geht nicht eindeutig hervor, ob dies eine aus dem Vorausgehenden gezogene Schlußfolgerung ist oder ein dritter Weg, auf dem DCL nach Meinung der Kommission über die Schwierigkeiten hinwegkommen könnte. Nach den von der Kommission vor dem Gerichtshof vorgebrachten Argumenten scheint es so, als sei das letztere die zutreffende Antwort.

Die Übernahme der Verantwortung für die Absatzförderung auf den anderen Märkten der EWG durch DCL selbst ist eindeutig keine zweckmäßige Lösung.

Erstens übersieht dieser Vorschlag das (in Anhang 5 zu den schriftlichen Bemerkungen der DCL enthaltene) Beweismaterial, das sich auf die erfolglosen Versuche bezieht, schottischen Whisky unmittelbar auf dem Kontinent auf den Markt zu bringen, die von DCL selbst und von Wm. Teacher & Sons Limited (wobei im Fall von Teacher's der Markt die Schweiz war) unternommen wurden. Die Kommission hat versucht, diese Beweise dadurch zu widerlegen, daß sie (in ihrer Klagebeantwortung) auf die Methoden hinwies, die einerseits Martini & Rossi verwendeten, um im Vereinigten Königreich, andererseits Arthur Guinness Son and Company Limited, um in „EWG-Ländern ohne Frankreich und Belgien" auf dem Markt Fuß zu fassen. DCL hat überzeugend nachgewiesen

(vgl. S. 39 bis 42 der Erwiderung), daß die Bezugnahme auf Martini & Rossi aus mehreren Gründen nicht paßt. Im Hinblick auf Guinness hat DCL hauptsächlich vorgetragen, sie wisse wenig von diesem Unternehmen und wisse insbesondere nicht, wie erfolgreich Guinness auf den in Frage stehenden Märkten gewesen sei. Die Kommission hat sich in diesem Punkt (in ihrer Gegenerwiderung) für geschlagen erklärt, eingestanden, daß es nicht ihre Absicht gewesen sei, zu behaupten, das Vorgehen von Martini & Rossi sei „identisch mit dem von DCL" gewesen, und anscheinend eingestanden, daß alles, was sie über Arthur Guinness Son and Company Limited wisse, darin bestehe, daß die Gesellschaft nach ihrem Jahresbericht 1977 „in jüngster Zeit in Deutschland und in Italien Tochtergesellschaften gegründet" habe.

Der Haupteinwand gegenüber diesem Vorschlag besteht jedoch darin, daß er darauf hinausläuft, DCL solle ihr Vertriebssystem vertikal zusammenfassen, denn „Absatzförderung" bedeutet im vorliegenden Fall nicht nur Werbung. DCL müßte die Lager- und Vertriebsorganisation ihrer Vertriebshändler übernehmen oder ihre eigene schaffen. An die Stelle von 200 Vertriebshändlern ein einziges monolithisches, vom Hersteller betriebenes System zu setzen, muß nachteilig für den Wettbewerb sein. Es würde insbesondere das Ende des Wettbewerbs zwischen DCL-Marken bedeuten.

Dem zweiten Vorschlag der Kommission, DCL könne die Aufwendungen der Alleinvertriebshändler für Absatzförderung bei der Preisberechnung berücksichtigen, ist DCL mit dem Einwand entgegengetreten, sie müsse dann an diese mit Verlust verkaufen. Die Kommission hat erwidert, dies sei nicht notwendig, da DCL alle ihre Preise, einschließlich ihrer Preise im Vereinigten Königreich, anheben könne. Dies konnte DCL nach dem vorgelegten Beweismaterial nicht in genügendem Ausmaß tun, ohne sich über die Preise selbst vom Markt des Vereinigten Königreichs zu verdrängen. Daß die Kommission dieses Beweismaterial nicht verstanden hat, zeigt die Tatsache, daß sie in der Klagebeantwortung den Umstand, daß DCL als Reaktion auf die Entscheidung einige ihrer Preise im Vereinigten Königreich erhöht hat, als Zeichen dafür erwähnt, daß nichts DCL habe daran hindern können, diese Preise anzuheben. Die Kommission hat an dieser Stelle weiter ausgeführt:

„Es ist Sache der DCL zu entscheiden, ob sie der Auffassung ist, daß die im Endergebnis möglichen Gewinne den Versuch, im kontinentaleuropäischen Teil der EWG Fuß zu fassen, rechtfertigen. Falls DCL der Auffassung ist, daß die möglichen Gewinne die Risiken nicht rechtfertigen, dann wird sich DCL vermutlich dafür entscheiden, im kontinentaleuropäischen Teil der EWG nicht zu verkaufen. Wenn andererseits die zu erwartenden Gewinne angemessen sind, dann wird DCL vermutlich bereit sein, am Anfang alle die Aufwendungen und Anstrengungen zu machen, die möglicherweise erforderlich sind, um diese Gewinne zu erzielen. Wozu eine bedeutende Firma wie DCL mit einem alteingeführten Erzeugnis wie schottischem Whisky im Rahmen der Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft kein Recht hat, ist der Versuch, durch die Behinderung von Parallelimporten und die Aufteilung des Marktes in der EWG sich selbst zu schützen und sich auf diese Weise die Möglichkeit zu verschaffen, hohe Preise zu verlangen, während sie auf dem Markt Fuß faßt."

In dieser Passage bringt die Kommission, so scheint es, zum Ausdruck, daß es ihr gleichgültig ist, ob die Erzeugnisse der

DCL in den kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten vertrieben werden oder nicht, und daß die Beachtung ihrer eigenen Politik im Hinblick auf Parallelimporte wichtiger ist. Daß dies die Einstellung der Kommission gewesen ist, eine Einstellung, die meiner Meinung nach unvereinbar mit einer ordnungsgemäßen Ausübung des Ermessens nach Artikel 85 Absatz 3 durch die Kommission ist, scheint durch den folgenden Satz in der Gegenerwiderung bestätigt zu werden:

„Wenn DCL in ihrer wirtschaftlichen Beurteilung zu der Entscheidung kommt, daß sie nicht mit einem Gewinn tätig werden kann, der ausreicht, die mit der Tätigkeit verbundenen finanziellen und anderen Aufwendungen zu rechtfertigen, dann wird sie sich vermutlich zurückziehen und den Markt anderen Unternehmen überlassen."

Ich komme zum dritten Argument der Kommission: DCL habe nicht nachgewiesen, daß die von ihr beschriebenen Marktverhältnisse die Anwendung von anderen Preissystemen, die nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen würden, nicht zulasse. Um diese Behauptung zu stützen, hat die Kommission sich vor dem Gerichtshof auf die Zahlenangaben über die Kosten der Vertriebshändler im vierten und sechsten Nachtrag zu den schriftlichen Bemerkungen der DCL berufen. Diese Zahlen beweisen meiner Ansicht nach nicht, wie die Kommission es vorträgt, daß das grundsätzliche Argument der DCL fehlgeht. Sie zeigen aber, daß die Höhe der Differenz zwischen den durch die DCL-Tochtergesellschaften ihren Alleinvertriebshändlern einerseits und den Parallelexporteuren andererseits in Rechnung gestellten Preisen nicht in allen Fällen angemessen war. Dies ist insbesondere der Fall bei Gin, bei dem die Differenz durchschnittlich 5,25 UKL pro Karton betrug, während sich die zuständigen Kosten der Alleinvertriebshändler im Durchschnitt lediglich auf 4,21 UKL pro Karton beliefen. Bei Whisky lauteten die Zahlen 5,16 UKL beziehungsweise 5,07 UKL, mit der Folge, daß man die Abweichung vielleicht als unbeachtlich betrachten und in der Tat den Anspruch der DCL anerkennen könnte, daß ihre Kenntnis des Marktes sie — sogar bevor sie die Kosten ihrer Alleinvertriebshändler im einzelnen untersucht habe — in die Lage versetzt habe, die Höhe dieser Kosten recht genau abzuschätzen.

Die Kommission hat jedoch darauf hingewiesen, die Zahl 5,07 UKL sei nur ein Durchschnitt und die Kosten einiger Vertriebshändler seien niedriger, in einigen Fällen viel niedriger. Dies trifft natürlich zu. Es trifft ebenfalls zu, daß die Kosten einiger Vertriebshändler höher, in einigen Fällen viel höher waren. Die wahre Frage besteht darin, ob die Verwendung eines Gesamtdurchschnitts den Rückgriff auf ein zu grob ausgefallenes Instrumentarium darstellt. DCL hat meiner Meinung nach recht, wenn sie vorträgt, sie habe diese Zahl nicht von Land zu Land ändern können. Abgesehen davon, daß es in der Praxis für DCL schwierig gewesen wäre, zu wissen, für welches Land eine Bestellung zum Brutto-EWG-Exportpreis bestimmt war, hätte dies eine noch weitergehende Aufteilung des Gemeinsamen Marktes bedeutet. Im System der DCL war wenigstens die einzige Aufteilung die zwischen dem Vereinigten Königreich und der restlichen Gemeinschaft. Andererseits bin ich nicht überzeugt, daß DCL nicht zwischen den Marken hätte differenzieren sollen. Die Zahlen zeigen — so scheint es —, daß die durchschnittlichen Kosten der Absatzförderung bei einigen Marken nennenswert höher sind als die für die Förderung des Absatzes von anderen Marken.

Die Tatsache, daß die unterschiedliche Preisgestaltung von DCL insoweit kritisiert werden kann, bedeutet jedoch nicht, daß die Entscheidung der Kommission aufrechterhalten werden könnte: Diese Entscheidung stützt sich nicht auf irgendeine Kritik an den Zahlen, sondern auf eine Verurteilung der doppelten Preisstruktur als solcher. Als nämlich DCL eine Zusammenkunft mit der Kommission zur Diskussion der Ergebnisse der Untersuchung der Kosten der Alleinvertriebshändler forderte, brachte die Kommission ihre Auffassung in einem Fernschreiben vom 24. Oktober 1977, in dem sie ihr Einverständnis mit einer Besprechung am oder nach dem 15. November 1977 erklärte, wie folgt zum Ausdruck: „Es gibt keinen Zusammenhang zwischen der Darstellung Ihrer Vertriebskosten und dem laufenden Verfahren, der es in irgendeiner Weise rechtfertigte, den Ablauf dieses Verfahrens zu verzögern", und weiter: „Es ist deshalb eindeutig klarzustellen, daß unsere nächste Besprechung nur Ihre zukünftige Preispolitik betreffen wird." Es ist bezeichnend, daß die Entscheidung zwar in vielen Punkten detailliert Zahlen und Fakten aufführt, aber nichts über die tatsächlichen Kosten der Alleinvertriebshändler sagt.

Als letztes komme ich nun zu den Verfahrensfragen.

Die Verfahrensfragen

Was sie anbetrifft, muß ich mich zuerst mit der Behauptung der DCL befassen, daß eine Entscheidung der Kommission insgesamt für nichtig erklärt werden müsse, wenn irgendwelche wesentlichen Formvorschriften verletzt worden seien, ohne daß DCL nachzuweisen brauche, daß der Verstoß den Ausgang des Verfahrens beeinflußt habe. Die einzige Quelle, die DCL zur Stützung dieser Auffassung zitiert hat, ist ein Lehrbuch des französischen Verwaltungsrechts (Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 2. Auflage, Band II, S. 522 f.). Wie ich in der Rechtsache 90/74 *(Deboeck/Kommission*, Slg. 1975, 1123, 1140 ff.) dargelegt habe, unterscheidet sich das Gemeinschaftsrecht in dieser Frage jedoch vom französischen Recht. Nach Gemeinschaftsrecht kann eine Person, die die Gültigkeit einer Entscheidung der Verwaltung angreift, sich nur dann auf einen Fehler in dem zu dieser Entscheidung führenden Verfahren berufen, wenn sie zumindest die Möglichkeit nachweist, daß die Entscheidung ohne diesen Fehler anders ausgefallen wäre. Dieser Grundsatz ist sowohl in Wettbewerbssachen als auch in Personalsachen angewendet worden (vgl. für Wettbewerbssachen die *„Chinin"*-Rechtssachen, Rechtssache 41/69, *ACF Chemiefarma/Kommission*, Slg. 1970, 661, Randnrn. 47 bis 53 der Entscheidungsgründe; Rechtssache 44/69, *Buchler/Kommission*, Slg. 1970, 733, Randnrn. 15, 35 und 36, und Rechtssache 45/69, *Boehringer Mannheim/Kommission*, Slg. 1970, 769, Randnrn. 15, 39 und 40; was Personalsachen anbetrifft, habe ich die früheren Belegstellen in der Rechtssache *Deboeck/Kommission* zusammengestellt; danach ist der Grundsatz erneut in dieser Rechtssache selbst, Randnrn. 11 bis 15 der Entscheidungsgründe, in der Rechtssache 9/76, *Morello/Kommission*, Slg. 1976, 1415, Randnr. 11, und in der Rechtssache 25/77, *De Roubaix/Kommission*, Slg. 1978, 1081, Randnr. 22, bestätigt worden). Demzufolge konnte meiner Meinung nach jede Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift durch die Kommission oder — in dieser Sache — durch den Beratenden Ausschuß die Entscheidung der Kommission nur insoweit rechtswidrig machen, als sie sich auf die Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 auf die Preisbedingungen bezieht, da DCL im Verwaltungsverfahren die Auffassung

der Kommission in keinem anderen erheblichen Punkt in Zweifel gezogen hat, so daß die Entscheidung in keinem solchen Punkt anders hätte ausfallen können. Es wäre in der Tat sehr seltsam, wenn der Gerichtshosf zum Beispiel jetzt für Recht erkennen würde, daß die Entscheidung insoweit nichtig sei, als sie erklärt, daß die Preisbedingungen unter Artikel 85 Absatz 1 fielen, während DCL im Verwaltungsverfahren (meiner Meinung nach vollkommen zu Recht) anerkannt hat, daß dem so sei.

Ich muß mich auch mit der Frage befassen, die sich im Hinblick auf die Auslegung von Artikel 42 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes stellt. Sie stellt sich deshalb, weil zwei der Behauptungen der DCL weder in der Klageschrift noch in der Erwiderung vorgebracht worden sind, sondern zum erstenmal in einem Schriftsatz mit der Überschrift „Addendum zur Erwiderung", den DCL nach der Gegenerwiderung eingereicht hat. Es handelt sich um die Behauptungen der DCL im Hinblick auf Lady Hall's „Wirtschaftliche Würdigung" und auf die Beschwerde von Bulloch. Der Grund dafür, daß DCL die erste Behauptung nicht früher vorgebracht hatte, lag darin, daß DCL erst aus der Gegenerwiderung erfahren hatte, daß Lady Hall's Gutachten nicht unter den „wichtigsten Schriftstücken" gewesen war, die die Kommission für den Beratenden Ausschuß in einer Liste zusammengestellt hatte. Der Grund, aus dem DCL die zweite Behauptung nicht früher vorgebracht hat, liegt darin, daß sie erst dann von dem gesamten Inhalt von Bullochs Beschwerde Kenntnis bekam, als ihr Bullochs Antrag auf Zulassung als Streithelferin, dem der vollständige Wortlaut der Beschwerde als Anlage beigefügt war, zugestellt wurde. Dieser Antrag ist nach der Erwiderung eingereicht worden. Erst dann — so trägt DCL vor — entdeckte sie, daß die ihr von der Kommission zur Verfügung gestellte Kopie der Beschwerde in unzulässigem Ausmaß gekürzt worden war. DCL beruft sich auf Artikel 42 § 2 Absatz 1, der konkludent das Vorbringen „neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel" im Laufe des Verfahrens zuläßt, wenn „sie auf rechtliche oder tatsächliche Gründe gestützt werden, die erst während des schriftlichen Verfahrens zutage getreten sind". Diese Formulierung scheint mir auf den vorliegenden Fall zu passen, aber die Kommission hat gegen die Zulässigkeit des Addendums Einwände erhoben. Nach Artikel 42 § 2 Absätze 2 und 3 hat der Präsident den anderen Verfahrensbeteiligten Gelegenheit gegeben, zu den durch das Addendum aufgeworfenen Streitfragen Stellung zu nehmen, und die Entscheidung über die Zulässigkeit dieses Vorbringens Ihrem Endurteil vorbehalten.

Der Anwalt der DCL hat die Unterschiede zu zwei kürzlich entschiedenen Rechtssachen, in denen Artikel 42 § 2 ohne Erfolg geltend gemacht worden ist, zutreffend herausgearbeitet: Rechtssache 232/78 *(Kommission/Frankreich,* Urteil vom 25. September 1979, Slg. 1979, 2729) und Rechtssache 125/78 *(GEMA/Kommission,* Urteil vom 18. Oktober 1979, Slg. 1979, 3173). In diesen beiden Fällen war versucht worden, Artikel 42 § 2 als Mittel zur Klageerweiterung zu benutzen.

Ich stimme der Auffassung zu, die Generalanwalt Capotorti in der Rechtssache 112/78 *(Kobor/Kommission,* Slg. 1979, 1573, 1581) zum Ausdruck gebracht und die der Gerichtshof in dieser Rechtssache stillschweigend anerkannt hat. Der Generalanwalt sagte: „[Deshalb] erscheint mir eine zu enge Auslegung des Artikels 42 § 2 nicht gerechtfertigt. Es kommt darauf an festzustellen, ob die Partei, der gegenüber das neue Vorbringen geltend

gemacht wird, durch das Prozeßverhalten der Gegenpartei in ihrer Rechtsverteidigung beeinträchtigt worden ist." Im vorliegenden Fall sind die Kommission und Bulloch in der Lage gewesen, schriftlich und in der mündlichen Verhandlung zu dem Addendum Stellung zu nehmen. Darüber hinaus scheinen mir die von der Kommission (in einem langen Schreiben an den Kanzler vom 23. November 1978) gegen die Zulässigkeit des Addendums vorgebrachten Argumente selbst bei einer engen Auslegung des Artikels 42 § 2 sämtlich nicht zuzutreffen.

Ich würde daher das Addendum als zulässig ansehen.

Ich gehe nun auf den ersten der von DCL behaupteten Verfahrensfehler ein, daß nämlich eine Reihe von wichtigen Schriftstücken von dem Beratenden Ausschuß nicht angemessen oder überhaupt nicht gewürdigt worden seien.

In den „*Chinin*"-Rechtssachen sagte Generalanwalt Gand, wobei er insbesondere an den Beratenden Ausschuß dachte, daß „in bestimmten Fällen eine die ergehende Entscheidung rechtswidrig machende Verletzung wesentlicher Formvorschriften vorliegen kann, wenn eine Vorschrift, die vor der Entscheidung eine Verfahrensförmlichkeit oder die Anhörung einer Einrichtung vorsieht, nicht oder nicht ordnungsgemäß befolgt wird" (Slg. 1970, 713). Ich möchte hinzufügen, daß ich für meinen Teil das Verfahren des Beratenden Ausschusses wegen der Geheimhaltung, die es umgibt, mit einem gewissen Unbehagen betrachte. Die betroffenen Unternehmen werden darüber, was dem Ausschuß von der Kommission vorgetragen oder nicht vorgetragen wird, und darüber im unklaren gelassen, welchen Inhalt die Stellungnahme des Ausschusses hat. Sie haben keine Gelegenheit, sich an den Ausschuß zu wenden. Die Frage, ob ein solches Verfahren mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist, deren Beachtung der Gerichtshof sicherzustellen hat, ist in dieser Rechtssache nicht aufgeworfen oder diskutiert worden. Geht man jedoch von der Annahme aus, daß die Bestimmungen des Artikels 10 der Verordnung *Verordnung Nr. 17*, die dieses Verfahren vorschreiben, rechtswirksam sind, dann gebietet die Gefahr einer ungerechten Behandlung, die das Verfahren mit sich bringt, meiner Ansicht nach, daß es mit äußerster Sorgfalt durchgeführt wird.

Ich würde es der Kommission aber nicht zum Vorwurf machen, daß sie es unterlassen hat, Lady Hall's Gutachten unter „den wichtigsten Schriftstücken" aufzuführen. Meines Erachtens fügte dieses Gutachten den schriftlichen Bemerkungen der DCL nichts Wesentliches hinzu; ich bin der Auffassung, daß die Entscheidung, es wegzulassen, im Rahmen des Ermessens der Kommission nach Artikel 10 Absatz 5 lag.

Was den vierten und den fünften Nachtrag zu den schriftlichen Bemerkungen der DCL anbetrifft, habe ich größere Zweifel. Sie wurden von DCL offenbar als wichtig angesehen, und ich glaube, daß sie dies waren. Der vierte Nachtrag enthielt — wie Sie wissen — die Ergebnisse der Untersuchung der Kosten der Alleinvertriebshändler für schottischen Whisky durch DCL, der fünfte Nachtrag die mit Gründen versehenen Antworten der DCL zu zwei von Beamten der Kommission bei der Anhörung vorgebrachten Argumenten, nämlich dem Argument, daß eine Lösung des Problems der DCL in einer Erhöhung ihrer Preise für die Großhändler im Vereinigten Königreich und einer Senkung ihrer Preise für die Alleinvertriebshändler auf dem Kontinent liegen könne, und dem Argument, daß DCL vielleicht den Alleinvertriebshändlern in verschiedenen Ländern verschiedene Preise entsprechend ihren

unterschiedlichen Kosten in Rechnung stellen müsse. Die Kommission gibt selbstverständlich zu, daß der Beratende Ausschuß von dem Vorliegen dieser Schriftsätze nicht 14 Tage vor der Sitzung Kenntnis hatte, wie durch Artikel 10 Absatz 5 vorgeschrieben. Auch trägt die Kommission nicht vor, daß sie die Schriftsätze nicht als wichtig angesehen habe. Sie verteidigt sich damit, daß der Beratende Ausschuß bei seiner Sitzung von ihrem Inhalt unterrichtet worden sei und beschlossen habe, die Sitzung nicht zu dem Zweck zu vertagen, sie eingehender zu prüfen. „Dies", so trägt die Kommission vor, „war eine Entscheidung, die vollkommen im Ermessen des Ausschusses stand, und es war keine Angelegenheit, bei der die Kommission in irgendeiner Weise zum Eingreifen berechtigt oder verpflichtet war. Mit der Unterrichtung des Ausschusses vom Vorliegen der Schriftsätze hatte die Kommission ihre Verpflichtung vollständig erfüllt. Die darauf folgende Maßnahme des Beratenden Ausschusses gibt keinen Grund dafür ab, die Entscheidung der Kommission aufzuheben" (Klagebeantwortung, Absatz 174). Meiner Ansicht nach kann jedoch die Mißachtung von Formvorschriften durch den Ausschuß die Entscheidung der Kommission ebenso rechtswidrig machen wie die Mißachtung dieser Vorschriften durch die Kommission selbst.

DCL hat vorgeschlagen, der Gerichtshof solle, wenn er in diesem Punkt irgendeinen Zweifel habe, der Kommission aufgeben, ihm „das Protokoll der Sitzung des Beratenden Ausschusses" zugänglich zu machen. Der Gerichtshof hat schließlich verlangt, daß ihm eine Kopie der nach Artikel 10 Absatz 6 der *Verordnung Nr. 17* abgegebenen Stellungnahme zur Verfügung gestellt werde. Die Kommission ist diesem Ersuchen nachgekommen, hat aber gefordert, zu der Frage der Vertraulichkeit dieser Stellungnahme noch eingehender gehört zu werden, wenn der Gerichtshof beabsichtige, sie der DCL offenzulegen. Die Kommission dachte wahrscheinlich an das in der Rechtssache 110/75 (Mills/EIB, Slg. 1976, 1613, 1634 f.) angewandte Verfahren. Wenn ich der Auffassung gewesen wäre, daß dieser Punkt für die Entscheidung der Rechtssache erheblich sein könnte, hätte ich sie nachdrücklich dazu aufgefordert, die Parteien zu dieser Frage zu hören. Da ich aber nicht dieser Auffassung war und auch jetzt nicht bin, werde ich auf diese Frage nicht weiter eingehen.

Was den sechsten Nachtrag anbetrifft, der die Ergebnisse der Untersuchung der Kosten der Alleinvertriebshändler für Gin durch DCL enthält, hat sich die Kommission zwar nicht ausdrücklich, aber im Ergebnis damit verteidigt, daß dieser keines „der wichtigsten Schriftstücke" gewesen sei. Dies ist von DCL nicht bestritten worden.

Ich wende mich daher der Frage des Protokolls der Anhörung zu.

DCL's Rüge in diesem Punkt bestand darin, daß das Protokoll nicht nur in der von der Kommission an den Beratenden Ausschuß übermittelten Liste der wichtigsten Schriftstücke gefehlt habe, sondern daß es am 21. Oktober 1977, als die Sitzung des Ausschusses stattfand, nicht einmal im Entwurf vorgelegen habe. Denken Sie dabei bitte daran, daß Artikel 9 Absatz 4 der *Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission* die Abfassung eines solchen Protokolls und seine Genehmigung durch die an der Anhörung teilnehmenden Personen vorschreibt. Man fragt sich, warum fast vier Monate nach der Anhörung noch nichts unternommen worden war, um dieser Forderung nachzukommen.

Von seiten der DCL ist die Auffassung vertreten worden, der Beratende Aus-

schuß könne nur dann rechtswirksam beraten, wenn ihm das Protokoll der Anhörung zur Verfügung stehe. Die Kommission hat vorgetragen, keine der einschlägigen Verordnungen schreibe ausdrücklich vor, daß das Protokoll dem Ausschuß zur Verfügung stehen müsse.

In der Rechtssache *Buchler* war das Argument vorgebracht worden, sowohl der Beratende Ausschuß als auch die Kommission seien auf der Grundlage eines Protokollentwurfs tätig geworden, der die von dem Kläger vorgeschlagenen Änderungen nicht berücksichtigt habe. Der Gerichtshof entschied, daß die Gültigkeit der dort in Frage stehenden Entscheidung nur dann beeinträchtigt gewesen wäre, wenn diese Fassung des Protokolls in einem wesentlichen Punkt irreführend gewesen wäre. Dies war nicht der Fall, da die Änderungsvorschläge sich sämtlich auf unwesentliche Punkte bezogen. Der Entwurf „konnte somit dem Beratenden Ausschuß und der Kommission zur vollständigen Unterrichtung über den wesentlichen Inhalt der in der Anhörung abgegebenen Erklärungen dienen" (vgl. Randnrn. 16 und 17 der Entscheidungsgründe, Slg. 1970, 755). Auf einem ähnlichen Einwand in der Rechtssache 48/69, *(ICI/Kommission,* Slg. 1972, 619) wurde in ähnlicher Weise entgegnet (vgl. Randnrn. 27 bis 33 der Entscheidungsgründe). Diese Rechtssachen sind ein Beleg für die Auffassung, daß ein Verstoß gegen eine wesentliche Formvorschrift vorliegen kann, wenn dem Beratenden Ausschuß ein Protokollentwurf vorgelegt wird, der so unvollständig oder ungenau ist, daß er den Ausschuß leicht irreführen kann. Sie erfassen nicht den Fall, daß ein Protokollentwurf überhaupt nicht vorliegt.

Meines Erachtens wird jedoch in der *VerordnungNr. 99/63,* wenn man sie in ihrer Gesamtheit und im Licht von Artikel 10 der *Verordnung Nr. 17* liest, stillschweigend vorausgesetzt, daß das Protokoll dem Beratenden Ausschuß zur Verfügung stehen muß. Ich denke insbesondere an Artikel 1 der *Verordnung Nr. 99/63,* wonach die Kommission vor der Einschaltung des Beratenden Ausschusses eine Anhörung durchzuführen hat. Es war wohl kaum beabsichtigt, daß die Mitglieder des Ausschusses dann gezwungen sein sollten, das bei der Anhörung Gesagte auf andere Weise als durch das in Artikel 9 Absatz 4 dieser Verordnung vorgeschriebene Protokoll festzustellen. Ich sehe auch nicht, wie die Kommission die durch Artikel 10 Absatz 5 der *Verordnung Nr. 17* vorgeschriebenen Schriftstücke, nämlich die Darstellung des Sachverhalts, die Liste der wichtigsten Schriftstücke und ihren vorläufigen Entscheidungsvorschlag, ordnungsgemäß abfassen könnte, ohne zumindest einen Entwurf dieses Protokolls zur Verfügung zu haben.

Ich bin daher der Auffassung, daß das Fehlen des Protokolls prima facie einen Verstoß gegen eine wesentliche Formvorschrift darstellt. Ich sage „prima facie", weil die Kommission vorgetragen hat, daß, selbst wenn das zutreffe, der DCL kein Nachteil entstanden sei, da „bei der Anhörung die Zeugen und Berater der DCL lediglich Punkte wiederholt hätten, die im wesentlichen in den früheren Schriftstücken enthalten waren". Ich bin nicht der Meinung, daß ihre Aussagen auf eine bloße Wiederholung hinausliefen. Andererseits neige ich zu der Auffassung, daß sie nicht so neuartig oder anders als das Vorbringen in den schriftlichen Bemerkungen der DCL und in dem zweiten und dem dritten Nachtrag hierzu waren, daß sie zu einem anderen Ausgang dieses Verfahrens hätten führen können. Der im Protokoll festgehaltene neue Stoff bestand in der Hauptsache im überzeugenden Vorbringen von Bulloch. Auch hier ist es jedoch

meiner Ansicht nach nicht möglich, sich eine abschließende Meinung zu bilden, ohne den Inhalt der Stellungnahme des Beratenden Ausschusses zu berücksichtigen, die DCL vorenthalten worden ist. Erneut hätte ich, wenn ich diesem Punkt eine voraussichtlich entscheidende Bedeutung für die Rechtssache zugemessen hätte, Sie mit Nachdruck aufgefordert, die Beteiligten zu der Frage zu hören, ob eine Verpflichtung zur Offenlegung dieser Stellungnahme in diesem Verfahren bestand.

Ich komme nun zu dem zweiten hauptsächlichen Verfahrensfehler, der von DCL behauptet wird: Er betrifft die Kürzung der Beschwerde von Bulloch durch die Kommission.

In diesem Punkt stellt sich die Frage, wie weit die Befugnis der Kommission geht, Teile aus einer von einer „Person oder Personenvereinigung" nach Artikel 3 der *Verordnung Nr. 17* eingereichten Beschwerde wegzulassen, wenn sie diese Beschwerde an ein Unternehmen weiterleitet, gegen das sie gerichtet ist. (In diesem Artikel wird in Wirklichkeit der Begriff „Antrag" verwendet; ich will aber weiterhin von einer „Beschwerde" sprechen, da dieser Begriff während des ganzen Verfahrens verwendet wurde.) Ich habe keinen Zweifel, und DCL bestreitet nicht, daß die Kommission die Befugnis hat, ja sogar verpflichtet ist, die Passagen einer solchen Beschwerde wegzulassen, die Geschäftsgeheimnisse des Beschwerdeführers verraten. Meiner Meinung nach dürfte es auch Fälle geben, in denen die Kommission es vermeiden muß, die Identität des Beschwerdeführers preiszugeben — was es sogar erforderlich machen kann, das Vorliegen der Beschwerde überhaupt zu verschweigen —, um den Beschwerdeführer vor möglichen Repressalien zu schützen; das ist für die vorliegende Rechtssache jedoch ohne Belang. Von Belang ist hier, ob die Befugnisse der Kommission darüber hinausgehen, und insbesondere, ob — und wenn ja, in welchem Umfang — sie es der Kommission ermöglichen, wegzulassen, was sie für unerheblich hält.

Über den allgemeinen Grundsatz besteht kein Zweifel. Wer von einer Entscheidung der Verwaltung, die ihn speziell betrifft, in seinen Rechten verletzt werden könnte, hat Anspruch darauf, vor dem Erlaß der Entscheidung gehört zu werden und zu diesem Zweck zu erfahren, was gegen ihn vorgebracht wird. Auch dieser Grundsatz gilt im Gemeinschaftsrecht sowohl bei Wettbewerbssachen als auch bei Personalsachen (für Wettbewerbssachen vgl. die (bereits zitierten) „*Chinin*"-Rechtssachen, die (bereits zitierte) *Transocean*-Rechtssache und die Rechtssache 85/76, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Slg. 1979, 461; für Personalsachen vgl. die Rechtssache 34/77, *Oslislok/Kommission*, Slg. 1978, 1099, und die früheren Entscheidungen, die ich in meinen Schlußanträgen in jener Rechtssache auf S. 1124 f. zusammengestellt habe).

Die Kommission hat vorgetragen, die Beschwerden, die bei ihr eingingen, enthielten oft „völlig unwesentliche und unerhebliche Dinge einschließlich Material, das sich auf andere Gesellschaften, die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht behandelt sind, bezieht". Solche Dinge kann die Kommission ohne Zweifel zu Recht weglassen. Was sie aber bei der Beschwerde von Bulloch weggelassen hat, fällt nicht unter diese Beschreibung. Neben Passagen, die, wie DCL eingeräumt hat, zu Recht weggelassen worden waren (weil sie Geschäftsgeheimnisse von Bulloch verrieten), umfaßten die Streichungen Abschnitte, die die Herstellung und den Absatz von schottischem Whisky im allgemeinen, die Stellung der DCL in der Whiskyindustrie, die Einzelhandels- und Großhandelsmärkte für

Whisky, die Vertriebspolitik der DCL und die „marktbeherrschende Stellung", die DCL nach der Behauptung von Bulloch einnahm, betrafen. Die Kommission hat vorgetragen, diese Abschnitte seien unerheblich, da das einzige Vorbringen, auf das DCL zu entgegnen habe, das Vorbringen der Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte sei, das sich allein auf tatsächliche Angaben stütze, die von DCL selbst stammten, und weil dieses Vorbringen in keiner Weise auf Artikel 86 EWG-Vertrag gestützt sei. Dies ist meiner Meinung nach eine zu enge Auslegung des Begriffs „Erheblichkeit". Auch hat die Kommission nicht erklärt, warum sie, wenn sie diese weggelassenen Abschnitte für unerheblich hielt, diese nicht auch in der Fassung der Beschwerde von Bulloch wegließ, die sie dem Beratenden Ausschuß als eines der „wichtigsten Schriftstücke" in dieser Sache zugänglich machte.

DCL hat auf verschiedene Punkte hingewiesen, in denen sie bei der Darstellung ihrer Argumente gegenüber der Kommission, und über die Kommission gegenüber dem Beratenden Ausschuß, durch den Umstand behindert gewesen sei, daß diese Passagen ihr vorenthalten worden seien. Es ist nicht nötig, daß ich Ihre Zeit dafür in Anspruch nehme, alle diese Punkte zu erörtern. Ich greife nur zwei von ihnen auf.

Der eine bestand darin, daß der DCL jede Gelegenheit verweigert worden sei, unrichtige tatsächliche Angaben von Bulloch zurückzuweisen, die den Eindruck vermittelt hätten, DCL sei ein multinationaler Konzern, der „Tochtergesellschaften oder verbundene Gesellschaften in fast 100 Ländern" besitze oder kontrolliere und auf dem Markt für schottischen Whisky eine marktbeherrschende Stellung einnehme. Zwar ging die Kommission nicht davon aus, daß DCL irgendeine marktbeherrschende Stellung innehabe, aber es bleibt ungewiß, inwieweit diese unwiderlegten Tatsachen, bewußt oder unbewußt, das Denken der mit dieser Sache befaßten Beamten der Kommission und deren Einstellung der DCL gegenüber beeinflußten. In dieser Hinsicht hat DCL auf ein Indiz hingewiesen. Aus dem Protokoll der Anhörung geht (auf S. 63) hervor, daß Dr. Sauter, der Hauptvertreter des Bundeskartellamts, vier Anmerkungen machte, von denen eine lautete: „DCL verlangt ziemlich viel, wenn sie eine Freistellung für ihr System des mengenmäßigen Vertriebs fordert, während sie eine Monopolstellung innehat." Diesen Eindruck kann Dr. Sauter — soweit ich sehen kann — aus keiner anderen Quelle als aus der ungekürzten Fassung der Beschwerde von Bulloch bekommen haben. Auch hätte er ihn nicht bekommen, wenn der DCL eine Gelegenheit gegeben worden wäre, die Behauptungen von Bulloch rechtzeitig zurückzuweisen.

Zweitens hat DCL vorgebracht, daß sie dann, wenn ihr der volle Wortlaut der Beschwerde von Bulloch (nur ohne Bullochs Geschäftsgeheimnisse) übermittelt worden wäre, auf Aussagen von Bulloch hätte hinweisen können, die ihr eigenes Vorbringen unterstützen. Unter diesen Aussagen ist die Erklärung von Bulloch über die Gründe für ihren Wunsch, DCL-Marken von schottischem Whisky zu exportieren, hervorzuheben. Bulloch gab an, sie habe seit vielen Jahren eigene Marken von schottischem Whisky, „Glen Catrine" und „Scots Earl" hergestellt, bei denen es sich um „Standardwhisky von guter Qualität", aber nicht um „wohlbekannte Marken" gehandelt habe. Bulloch erklärte, sie habe etwas Glen Catrine und Scots Earl auf dem europäischen Festland verkauft, die Käufer dort trieben aber nur ungern Handel mit einem Vertriebshändler, der nicht die „großen Marken" anbieten könne. Sie

sagte zum Schluß: „Im Fall von Bulloch können — da die einzige Alternative für den Export ihrer eigenen Whiskymarken darin bestünde, einen Werbefeldzug zu beginnen, der über ihre finanziellen Möglichkeiten hinausgeht — die Exportgeschäfte von Bulloch nur weitergehen, wenn Bulloch eine Belieferung mit DCL-Whiskymarken erreichen kann." Dies — so DCL — zeige, daß nach der Aussage von Bulloch selbst eine Whiskymarke nur dann mit Erfolg in kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten vertrieben werden könne, wenn Geld für die Förderung ihres Absatzes ausgegeben werde. Die Kommission hat diesen Punkt mit der Begründung als unwichtig abgetan, daß das, was Bulloch gesagt habe, nichts Weiteres zu „dem Argument" hinzufüge, das DCL „während des gesamten Verfahrens ständig vorgebracht" habe. Damit hatte die Kommission meiner Ansicht nach Unrecht. Ein Argument gewinnt dadurch an Durchschlagskraft, daß es durch Beweise gestützt wird, die die Gegenseite vorlegt.

Es läßt sich meiner Meinung nach nicht sagen, daß die Entscheidung der Kommission zwangsläufig dieselbe gewesen wäre, wenn sie der DCL den vollen Text der Beschwerde von Bulloch übermittelt und dabei nur die Passagen, in denen Bulloch ihre Geschäftsgeheimnisse offenlegte, weggelassen hätte. Die Kommission scheint mir darüber hinaus auch übersehen zu haben, daß „der Gerechtigkeit nicht nur Genüge getan werden muß, sondern es auch offenbar sein muß, daß ihr Genüge getan wird". Der Gerechtigkeit wird nicht offenbar Genüge getan, wenn einem Unternehmen ohne zwingenden Grund ein Teil des Wortlauts einer gegen es gerichteten Beschwerde vorenthalten wird.

Der Anwalt der DCL hat in der mündlichen Verhandlung seine Besorgnis zum Ausdruck gebracht, daß der Gerichtshof zwar zu dem Ergebnis kommen werde, daß die Kommission sich rechtswidrig verhielt, als sie den Text der Beschwerde von Bulloch wie geschehen kürzte, aber seinem (bereits zitierten) Urteil in der Rechtssache *Hoffmann-La Roche* folgend entscheiden könnte, daß dieser Verstoß durch das Verfahren vor dem Gerichtshof selbst, in dem der volle Wortlaut der Beschwerde der DCL gegenüber offengelegt worden ist, geheilt worden ist (vgl. Randnrn. 15 bis 19 des Urteils). Der Anwalt hat vorgetragen, der einschlägige Teil des Urteils in der Rechtssache *Hoffmann-La Roche* sei unvereinbar mit dem, was der Gerichtshof eine Woche zuvor in den Rechtssachen 15 und 16/76 *(Frankreich/Komission,* Slg. 1979, 321) gesagt habe; von den beiden Belegstellen sei der letzteren der Vorzug zu geben. Dem stimme ich zu. In der Rechtssache *Frankreich/Kommission* hat der Gerichtshof entschieden:

„... die Rechtmäßigkeit eines angefochtenen Akts im Rahmen einer Aufhebungsklage nach Artikel 173 des Vertrages [ist] an dem Sachverhalt und der Rechtslage zu messen ..., die zur Zeit des Erlasses des Akts bestanden.

Eine nachträgliche Mängelbehebung kann deshalb bei dieser Beurteilung nicht berücksichtigt werden."

(Randnrn. 7 und 8 der Entscheidungsgründe.)

Dies muß meiner Meinung nach schon deshalb richtig sein, weil sich die Zuständigkeit des Gerichtshofes nach Artikel 173 darauf bezieht, „die Rechtsmäßigkeit des Handelns des Rates und der Kommission [zu überwachen]", was die Rechtmäßigkeit im Zeitpunkt des Handelns bedeuten muß. Die Entscheidung in der Rechtssache *Hoffmann-La Roche* ist in der Fachliteratur kritisiert worden, und ich glaube aus gutem Grund. Die Auffassung zu vertreten, daß in einem

Fall wie dem vorliegenden die Verletzung des Anspruchs eines Unternehmens auf rechtliches Gehör durch die Kommission dann nicht die Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Kommission zur Folge hat, wenn diesem Unternehmen nachträglich vor dem Gerichtshof in angemessener Form rechtliches Gehör gewährt wird, würde, so scheint es mir, auf die Aussage hinauslaufen, daß die Kommission ungestraft wesentliche Formvorschriften verletzten könnte, weil entweder das betroffene Unternehmen den Gerichtshof nicht anrufen würde, oder, wenn es dies täte, der Formfehler im Verlauf des gerichtlichen Verfahrens geheilt werden könnte.

Ich bin deshalb der Auffassung, daß die Rüge der DCL, die sich auf die Kürzung der Beschwerde von Bulloch bezieht, durchgreift.

Das dritte sich auf das Verfahren beziehende Argument der DCL bestand darin, daß die Entscheidung der Kommission im Hinblick auf Pimm's sich auf eine „unzureichende und/oder widersprüchliche Begründung" stütze. In diesem Punkt wurde vorgebracht — aber nicht sehr weit ausgeführt —, daß einer der Hauptgründe, die für die Entscheidung angegeben worden seien, darin bestanden habe, daß „DCL-Spirituosen keine neuen Produkte seien", während die vorgelegten Beweismittel gezeigt hätten, daß zumindest Pimm's im kontinentaleuropäischen Teil der EWG ein neues Produkt gewesen sei. Meiner Meinung nach betrifft das eher den materiell-rechtlichen Teil der Entscheidung als das Verfahren. Wenn ich mit dem recht habe, was ich zur materiell-rechtlichen Seite des Falles gesagt habe, ist dieses Vorbringen überflüssig.

Antrag

Obwohl ich der Auffassung bin, daß die Kommission zumindest eine wesentliche Formvorschrift verletzt hat, und obwohl ich glaube, daß ihre Entscheidung in ihrem materiell-rechtlichen Kern keinen Bestand haben kann, beantrage ich, die Klage abzuweisen, weil DCL die Preisbedingungen nicht, wie sie es hätte tun müssen, angemeldet hat, und DCL dazu zu verurteilen, die Kosten einschließlich der Kosten von Bulloch zu tragen.