SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL VOM 3. JULI 1980

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Gegenstand der acht Verfahren, zu denen ich mich heute äußere und die durch Beschluß des Gerichtshofes vom 26. Oktober 1978 zum Zwecke gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbunden worden sind, ist eine von der Kommission am 20. Juli 1978 gemäß Artikel 85 des EWG-Vertrags getroffene Entscheidung. Sie betrifft Maßnahmen, die für den belgischen Markt von Tabakerzeugnissen gegolten haben und noch gelten.

Bei der Aufzählung der in Betracht kommenden Maßnahmen muß zwischen der Zeit vor dem 1. Dezember 1975 und dem Zeitraum danach unterschieden werden.

In die zuerst genannte Periode fielen Maßnahmen, die — nach der in der Kommissionsentscheidung gegebenen Schilderung — folgendes zum Gegenstand hatten:

— die Anerkennung der Groß- und Einzelhändler von Tabakerzeugnissen durch die Fédération belgo-luxembourgeoise des industries du tabac („FEDETAB", eine im Jahre 1946 gegründete und fast alle belgischen und luxemburgischen Tabakverarbeiter umfassende Vereinigung) sowie die Einteilung der Händler in verschiedene Kategorien und die Zuerkennung unterschiedlicher Verdienstspannen an die Händler;

— die Einhaltung der von den Herstellern vorgeschriebenen Wiederverkaufspreisen auf der Ebene des Großhandels und des Einzelhandels, wofür einige von der FEDETAB mit der Fédération nationale du commerce de gros en produits manufacturés du tabac („FNCG") geschlossene Abkommen maßgebend gewesen sein sollen;

— die Beschränkung des Zugangs zu bestimmten Großhandelskategorien durch die FEDETAB;

— das für Großhändler verfügte Verbot des Weiterverkaufs an andere Grossisten und bestimmte Einzelhändler;

— die Anwendung einheitlicher Zahlungsfristen bei der Belieferung der Groß- und Einzelhändler sowie

— die Einhaltung der den Einzelhändlern auferlegten Verpflichtung, ein Mindestsortiment anzubieten.

Am 1. Dezember 1975 — und damit komme ich zu dem an zweiter Stelle genannten Zeitraum — trat eine vom Verwaltungsrat der FEDETAB zum Verkauf von Zigaretten auf dem belgischen Markt beschlossene Empfehlung in Kraft, zu der die sieben jetzt klagenden Hersteller von Tabakerzeugnissen erklärt hatten, sie würden sie befolgen. Sie hat zum Gegenstand:

— die Einteilung der belgischen Groß- und Einzelhändler in verschiedene Kategorien und die Zuerkennung unterschiedlicher Höchstverdienstspannen an diese Kategorien;

— die Anwendung einheitlicher Zahlungsfristen bei der Belieferung der Groß- und Einzelhändler und

— die Zahlung einer Jahresabschlußvergütung an die Groß- und Einzelhändler.

Die Kommission wurde vom ersten Teil dieser Maßnahmen — ich werde sie in Zukunft zur Abgrenzung von der soeben erwähnten Empfehlung die „früheren Maßnahmen" nennen — schon zu Beginn des Jahres 1971 ausführlich in Kenntnis gesetzt, und zwar nachdem sie aufgrund einer Beschwerde eines belgischen Unternehmens ein Auskunftsersuchen an die FEDETAB gerichtet hatte.

Am 2. April 1974 wandte sich das schon aus dem Verfahren 13/77 (GB-Inno-BM/Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak, Urteil vom 13. Oktober 1977, Slg. 1977, 2115) bekannte, Verbrauchermärkte betreibende Unternehmen GB-Entreprises SA (die spätere GB-Inno-BM) mit dem Antrag an die Kommission, im Hinblick auf die erwähnten „früheren Maßnahmen" ein Verfahren zur Feststellung eines Vorstoßes gegen die Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags einzuleiten. Dem kam die Kommission mit einer Entscheidung vom 29. Juli 1974 nach. Im Rahmen dieses Verfahrens wurden der FEDETAB und ihren Mitgliedern, zu denen alle Kläger der vorliegenden Verfahren gehören, am 18. Juli 1975, wie in Artikel 2 der Kommissionsverordnung Nr. 99/63 vorgesehen, Beschwerdepunkte zugestellt.

Durch Schreiben vom 10. und 13. Oktober 1975 erklärten zwei weitere belgische Unternehmen, die Firma Mestdagh Frères & Cie., die Lebensmittel in einer Reihe von Supermärkten und Filialen vertreibt, sowie die Firma Eugène Huyghebaert, die Einzelhändler beliefert, der Kommission gegenüber ihre Absicht, sich der von GB-Inno-BM eingereichten Beschwerde anzuschließen. Dies geschah dann mit einem Schriftsatz vom 17. Oktober 1975, der bei der Kommission offenbar am 21. Oktober 1975 eingegangen ist. Am 22. Oktober 1975 fand bei der Kommission im Rahmen des durch Entscheidung vom 29. Juli 1974 eröffneten Verfahrens eine mündliche Anhörung statt, an der die FEDETAB, verschiedene ihrer Mitglieder und GB-Inno-BM teilnahmen. Der zu diesem Termin ebenfalls geladene Vertreter der Firma Huyghebaert wurde von der Anhörung auf Wunsch der Kläger ausgeschlossen. In der Folgezeit, nämlich am 13. November 1975, wurde die von Mestdagh und Huyghebaert eingereichte Beschwerde den Klägern zur Stellungnahme zugeleitet. Deren Stellungnahmen gingen Ende 1975/Anfang 1976 bei der Kommission ein, wie es dann auch noch im Juli 1976 zu einer Stellungnahme der Kläger zu der von Mestdagh und Huyghebaert eingereichten Erwiderung kam.

Was die von FEDETAB beschlossene *Empfehlung* angeht, so wurde sie am 1. Dezember 1975 bei der Kommission angemeldet. In diesem Zusammenhang erklärten alle Kläger, daß sie der Empfehlung nachzukommen beabsichtigten. Nachdem das bereits bei der Kommission anhängige Verfahren durch Entscheidung vom 10. Mai 1976 auf die Empfehlung erstreckt worden war, kam es dann am 17. Mai 1976 zu einer zweiten Mitteilung von Beschwerdepunkten und am 22. September 1976 zu einer zweiten mündlichen Anhörung der Kläger.

Dies alles führte am 20. Juli 1978 zum Erlaß der bereits erwähnten Kommissionsentscheidung, die an die FEDETAB und an die Tabakerzeugnisse herstellenden Unternehmen Cinta SA, Éts. Gosset SA, Jubilé SA, Vander Elst SA, Weltab SA, BAT Benelux SA — alle mit Sitz in Belgien — sowie an Heintz van Landewyck Sàrl, ein Produktionsunternehmen mit Sitz in Luxemburg, gerichtet wurde.

Die Entscheidung stellte in Artikel 1 fest, die erwähnten früheren Maßnahmen zur Organisation des Vertriebs von Tabakerzeugnissen in Belgien seien als Beschlüsse der Unternehmensvereinigung

FEDETAB und als Vereinbarungen zwischen sieben Produktionsunternehmen, den Klägern der vorliegenden Verfahren, zu werten und hätten in der Zeit vom 13. März 1962, dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17, bis zum 1. Dezember 1975 Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags dargestellt.

Nach Artikel 2 der Entscheidung stellt auch die von der FEDETAB und sieben Produktionsunternehmen bei der Kommission angemeldete, am 1. Dezember 1975 in Kraft getretene Empfehlung eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags dar. Insofern wurde außerdem ausgesprochen, die Empfehlung könne nicht in den Genuß einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 des EWG-Vertrags gelangen.

Artikel 3 der Entscheidung schließlich bestimmt, ihre Adressaten seien gehalten, die in Artikel 2 festgestellten Zuwiderhandlungen unverzüglich abzustellen und in Zukunft jede Handlung zu unterlassen, welche den gleichen Zweck verfolge wie die Empfehlung vom 1. Dezember 1975.

Gegen diese Entscheidung haben ihre Adressaten am 28. und 29. September 1978 den Gerichtshof angerufen.

Sie beantragen (so in der Rechtssache 209/78), Artikel 1, 2 und 3 Absatz 1 der Entscheidung oder (so die anderen Kläger) die Entscheidung insgesamt aufzuheben.

In der Klageschrift 214/78 findet sich zusätzlich der Hilfsantrag, die Sache zur Prüfung der Freistellung sowohl der früheren Maßnahmen als auch der Empfehlung gemäß Artikel 85 Absatz 3 des EWG-Vertrags an die Kommission zurückzuverweisen.

Hilfsweise wird in der Rechtssache 215/78 außerdem beantragt, Artikel 2 der Entscheidung insoweit aufzuheben, als er bestimmt, daß eine Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 auf die Empfehlung der FEDETAB nicht gerechtfertigt sei, und dementsprechend auch Artikel 3 Absatz 1 der Entscheidung zu annullieren.

Schließlich wird in der Klage 218/78 hilfsweise beantragt, die Artikel 2 und 3 Absatz 1 der Entscheidung aufzuheben, sowie erneut hilfsweise beantragt zu erkennen, wie im Hilfsantrag der Rechtssache 215/78 formuliert worden ist.

Ehe ich auf diese Anträge, um deren Abweisung die Kommission gebeten hat, eingehen kann, muß ich auch noch erwähnen, daß mehrere Streithelfer zu dem Verfahren zugelassen worden sind.

Es sind dies auf seiten der Kläger:

— die Association des détaillants en tabac Asbl (ATAB), ein 1966 gegründeter Verband von — nunmehr — 360 Einzelhändlern;

— die Association nationale des grossistes en produits manufacturés du tabac (AGROTAB), ein Verband, der 1976 geschaffen worden war als Ersatz für die 1976 aufgelöste Association nationale des grossistes itinérants en produits manufacturés du tabac (ANGIPMT), die ihrerseits zusammen mit der Nationale Vereniging van Familiale Tabakgroothandelsondernemingen — NVFG — im Jahre 1974 an die Stelle der 1957 gegründeten Fédération nationale du commerce de gros en produits manufacturés du tabac — FNCG — getreten war, sowie

— die Fédération nationale des négociants en journaux, publications, librairie et articles connexes (FNJ).

Auf der Seite der Kommission sind dem Verfahren außerdem beigetreten

— die bereits erwähnten Unternehmen GB-Inno-BM, Mestdagh und Huy-

ghebaert, die der Kommission gegenüber als Beschwerdeführer aufgetreten waren, und

— die Fédération belge du commerce alimentaire (FBCA).

Bei der Prüfung dieses recht umfangreichen Streitstoffes werde ich wie folgt vorgehen:

Zunächst wende ich mich den Klagegründen zu, die sich auf den Ablauf des Verwaltungsverfahrens bei der Kommission beziehen. Danach werde ich prüfen, ob die Kommission zu Recht angenommen hat, die Maßnahmen zur Organisation des Vertriebs von Tabakwaren in Belgien fielen unter Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags, seien also als Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen anzusehen, die eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken und geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Danach muß gegebenenfalls noch der Frage nachgegangen werden, ob eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 zu Recht versagt worden ist.

I — Zu dem von der Kommission durchgeführten Verwaltungsverfahren

Nach Ansicht der Kläger ist das Verwaltungsverfahren bei der Kommission in verschiedener Hinsicht nicht korrekt verlaufen. So seien ihre Verteidigungsrechte dadurch beeinträchtigt worden, daß ihnen keine ausreichende Einsicht in die von der Kommission geführten Verwaltungsakten gewährt worden sei. Die Kommission habe es ferner zu Unrecht unterlassen, bestimmte Unternehmensverbände anzuhören. Sie habe weiterhin ihre Entscheidung auch auf die Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert gestützt, ohne diesbezüglich ein korrektes Wettbewerbsverfahren durchzuführen und die Betroffenen von der Verbindung dieses Verfahrens mit den anderen zu unterrichten. Vorzuwerfen sei ihr auch, daß sie Geschäftsgeheimnisse der Kläger preisgegeben habe. Ferner seien bei der von der Kommission durchgeführten mündlichen Anhörung nicht alle beauftragten Beamten ständig anwesend gewesen. Schließlich müsse noch beanstandet werden, daß in der Mitteilung der Beschwerdepunkte die Möglichkeit der Freistellung nur unter Hinweis auf eine der vier in Artikel 85 Absatz 3 genannten Bedingungen verneint worden sei und daß sich die angegriffene Entscheidung, ohne daß die Kläger dazu hätten Stellung nehmen können, auch zum Vorliegen anderer Freistellungsbedingungen ausspreche. Dies alles müsse zudem als Verletzung des Artikels 6 der Menschenrechtskonvention angesehen werden.

1. Angeblich unzureichende Einsicht in die von der Kommission gesammelten Verwaltungsunterlagen

Hier sind verschiedene Aspekte auseinanderzuhalten.

a) Soweit in drei Klagen (209, 210 und 218/78) davon die Rede ist, die Kommission habe einem Antrag der Kläger auf Einsicht in die Verwaltungsakten, der im August 1978, also *nach Erlaß der angegriffenen Entscheidung*, gestellt worden sei, nicht stattgegeben, stellen die Klageschriften 209 und 218 selbst schon klar, daß dieser Hinweis nicht als Annullierungsgrund zu werten sei, sondern nur zur Begründung eines Beweisantrags (Rechtssache 218/78) beziehungsweise (so in der Rechtssache 209/78) zur Begründung des Vorbehalts diene, die Klageschrift gegebenenfalls noch ergänzen

zu können. Desgleichen wurde auch in der Rechtssache 210/78, wenn auch erst in der Replik, klargestellt, daß auf diese Weise der Antrag auf Aufhebung der angegriffenen Entscheidung nicht begründet werden sollte.

Zu der Richtigkeit dieser Auffassung bedarf es keines weiteren Wortes. Tatsächlich handelt es sich um ein Verhalten der Kommission nach Abschluß des Verwaltungsverfahrens, das zu der angegriffenen Entscheidung geführt hat, also um ein Verhalten, das keinen Einfluß auf die Gestaltung der Entscheidung haben konnte. Deshalb braucht jetzt auch nicht der verhältnismäßig ausführlich erörterten Frage nachgegangen zu werden, ob die Reaktion der Kommission auf die genannten Anträge — im Verfahren war die Rede von mündlichen und schriftlichen Antworten — ausreichend und angemessen war. Unsere Untersuchung kann sich vielmehr auf andere Aspekte dieses Klagegrundes beschränken.

b) Hinsichtlich der *während* des Verwaltungsverfahrens gestellten Anträge der Kläger hat die Kommission dargelegt, es sei an sie nie das Ansinnen herangetragen worden, den Klägern die gesamten Verwaltungsakten zugänglich zu machen. Ein solcher Antrag ist — wie die Kommission mit Recht hervorhebt — insbesondere nicht in gewissen Formulierungen zu erblicken, die sich auf den Seiten 18 und 19 des Protokolls über die zweite Anhörung vom September 1976 finden.

Andererseits hat die Kommission überzeugend belegt, daß sie dem Verlangen auf Einsicht in bestimmte Dokumente ausreichend nachgekommen ist. Auf die bei der ersten Anhörung geäußerte Beanstandung — die als einschlägiger Antrag gewertet werden kann —, den Klägern seien die Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert nicht bekannt, wurden diese alsbald den Klägern zugestellt. Auch das in einem Schreiben von FEDETAB vom 21. Mai 1976 (zitiert auf Seite 27 der Duplik) hauptsächlich erbetene Schreiben des Nationalen Verbandes der reisenden Tabakwarengroßhändler vom 2. März 1976 (nicht, wie irrtümlich angegeben, vom 13. Februar 1976) ist der FEDETAB tatsächlich zugeleitet worden. Soweit aber in dem Schreiben der FEDETAB vom 21. Mai 1976 auch die Rede von der Übermittlung aller sonstigen Dokumente ist, darf der Zusammenhang nicht übersehen werden, in dem sich diese Wendung findet. Gemeint sind nämlich Dokumente, auf die sich die Kommission bei der Anhörung beziehen könnte. Dazu ist es indessen, wie unwidersprochen vorgetragen worden ist, nicht gekommen, da sich die Kommission bei der Anhörung auf keinerlei Dokumente bezogen hat. Außerdem ist insofern von Interesse, daß die Kläger offenbar vor Erlaß der angegriffenen Entscheidung nicht in deutlicher Form auf die ihrer Ansicht nach unzulängliche Mitteilung von Dokumenten reagiert haben.

c) Darüber hinaus ist zu der These der Kläger, die Kommission sei, weil die Betroffenen die genaue Zusammensetzung der Verwaltungsakten nicht kennen könnten, ohne Rücksicht auf gestellte Anträge verpflichtet, alle Dokumente mitzuteilen, in denen sich von ihr verwertete Tatsachen fänden — da sie sich ja nur auf Tatsachen stützen dürfe, zu denen die Betroffenen Stellung hätten nehmen können —, und es sei namentlich zu beanstanden, daß die Stellungnahme des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen zu ihrem Fall den Klägern nicht bekanntgegeben worden sei, nach meiner Meinung folgendes anzumerken:

— Zu dem zuletzt genannten Punkt hat die Kommission wohl zu Recht darauf hingewiesen, daß die Stellungnahme des Beratenden Ausschusses gemäß Artikel 10 der Verordnung Nr. 17 nicht veröffentlicht wird; sie ist überdies nur für die Kommission und nicht für die Betroffenen bestimmt. Seine Vorlage kann demnach auch im Gerichtsverfahren nicht ohne Anführung entsprechender Indizien lediglich mit der Begründung verlangt werden, nur so sei es dem Gerichtshof möglich, zu kontrollieren, ob der Beratende Ausschuß korrekt eingeschaltet worden sei.

— Zum sonstigen Vorbringen der Kläger verweise ich darauf, daß in der älteren Rechtsprechung (Rechtssachen 56 und 58/64, Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH/Kommission, Urteil vom 13. Juli 1966, Slg. 1966, 386) ausdrücklich betont wurde, es sei nicht notwendig, den an einem Kartellverfahren Beteiligten „sämtliche Unterlagen mitzuteilen"; entscheidend sei nur (vgl. Urteil vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 49/69, Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG/Kommission, Slg. 1972, 731), daß „die Betroffenen über die wesentlichen Tatsachen in Kenntnis gesetzt werden, auf die sich die Kommission für die in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte stützt". Insofern konnten die Kläger das Vorbringen der Kommission nicht entkräften, es seien ihnen alle Tatsachen, auf die sich die angegriffene Entscheidung stütze, mitgeteilt worden und sie hätten keine wichtige Tatsache und keinen wichtigen Umstand benennen können, zu dem sie sich im Verwaltungsverfahren nicht hätten äußern können.

Soweit sich die Kläger demgegenüber auf das Urteil der Rechtssache 85/76 (Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission, Urteil vom 13. Februar 1979, Slg. 1979, 512) beziehen, nach dessen Erwägungsgrund 11 die Gewährung des rechtlichen Gehörs es erfordere, dem betroffenen Unternehmen im Laufe des Verwaltungsverfahrens Gelegenheit zu geben, zum Vorliegen und zur Erheblichkeit der behaupteten Tatsachen und Umstände sowie zu den von der Kommission für die Begründung des Vorwurfs einer Verletzung von Artikel 86 des Vertrages herangezogenen Unterlagen Stellung zu nehmen, ist zu sagen, daß man in diesem Urteil schwerlich eine Neuorientierung der Rechtsprechung im Sinne ihrer These erblicken kann. Die zitierte Äußerung des Gerichtshofes ist meines Erachtens vielmehr dahin zu verstehen, daß Einsicht in Unterlagen zum Zwecke der Stellungnahme zu bestimmten Tatsachen nur insoweit zu gewähren ist, als dies — etwa, wenn der Beweiswert einer Urkunde strittig ist — für eine sinnvolle Stellungnahme zu den in dem Dokument enthaltenen Tatsachen unerläßlich ist. Das aber kann schwerlich von den in den Ziffern 101, 102, 127 und 130 der angegriffenen Entscheidung behandelten Umständen gesagt werden, auf die in der mündlichen Verhandlung so sehr hingewiesen worden ist. Hier geht es um Auskünfte der Produzenten zur Anwendung von Zahlungsfristen und Handelsspannen, um die Behauptung, die für die Einstufung in die verschiedenen Händlerkategorien geltenden Kriterien seien nicht nur von den Beschwerdeführern, sondern auch vom wichtigsten Großhändlerverband kritisiert worden, sowie um die angeblich für die Händler bestehende Unmöglichkeit, Zigarettenmarken, die sie verkaufen wollen, zu wählen und deren Zahl entsprechend der Nachfrage zu beschränken. Dazu verweise ich nur auf die Einlassung der Kommission, die Antworten der Produzenten zur Anwendung der Empfehlung hätten für die Entscheidung keine maßgebende Bedeutung gehabt, sowie auf die Tatsache, daß in der Entscheidung der Kommission das *Prinzip* der Abstimmung und nicht die

Art der Festlegung der Einstufungskriterien im Vordergrund steht. Ebensowenig ist einzusehen, daß die Kläger zur Entwicklung des Zigarettenverkaufs in Belgien, zu den Besonderheiten des belgischen Fiskalsystems und seinen Auswirkungen, zur Zahl der Einzelhändler in anderen Mitgliedstaaten und zu dem Vergleich der Dienste, die die verschiedenen Händler bei der Verteilung erbringen, soweit es sich wirklich — was nicht von allen diesen Tatsachen gesagt werden kann — um entscheidungserhebliche Gesichtspunkte handelt, nur nach Einsicht in die von der Kommission dazu verwendeten Unterlagen hätten Stellung nehmen können.

d) Das Verwaltungsverfahren kann somit nicht mit der Begründung kritisiert werden, den Klägern sei die Einsicht in Dokumente nicht gestattet worden, die für eine sinnvolle Stellungnahme zu den ihnen gemachten Vorwürfen notwendig gewesen wäre und die, wäre sie gewährt worden, den Gang des Verfahrens und sein Ergebnis hätte wesentlich beeinflussen können.

2. *Zur unterbliebenen Anhörung bestimmter Verbände im Verwaltungsverfahren, die eine unzulängliche Sachaufklärung nach sich gezogen haben soll*

Hier sind zwei Komplexe auseinanderzuhalten.

Zum einen geht es um Anträge, an der zu der Empfehlung veranstalteten Anhörung beteiligt zu werden, die von den Verbänden selbst ausgingen. Derartige Anträge sind gestellt worden

— am 9. Juni 1976 von der Association des grossistes itinérants en produits manufacturés du tabac, einem der Verbände, die nach der Auflösung der FNCG gegründet wurden und dem seinerseits im Jahre 1977 die AGROTAB nachfolgte;

— am 1. Juli 1976 von der ATAB sowie

— am 17. September 1976 von der Association des grossistes „Groupe Tabac", einer Association de fait, die sich aus den wichtigsten Großhändlern zusammensetzt, die früher Mitglieder der ANGIPMT waren und jetzt noch Mitglieder der AGROTAB sind.

Zum anderen geht es um den von der FEDETAB am 30. Juni 1976 gestellten Antrag, zwei Verbände anzuhören, nämlich einmal die bereits erwähnte „Groupe Tabac" und zum anderen die eingangs schon erwähnte NVFG, einen der zwei Verbände, die nach der 1976 erfolgten Auflösung der ANGIPMT als Association de fait gegründet worden waren.

a) Was zunächst die Anträge anbelangt, die von den Verbänden selbst ausgingen, so bestimmt dazu Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17:

„Soweit die Kommission oder die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten es für erforderlich halten, können sie auch andere Personen oder Personenvereinigungen anhören. Beantragen Personen oder Personenvereinigungen, daß sie angehört werden, so ist diesem Antrag stattzugeben, wenn sie ein ausreichendes Interesse glaubhaft machen."

Ferner heißt es in Artikel 5 der Kommissionsverordnung Nr. 99/63:

„Beantragen Personen oder Personenvereinigungen nach Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 ihre Anhörung, so gibt ihnen die Kommission Gelegenheit, sich schriftlich innerhalb einer von ihr bestimmten Frist zu äußern, wenn sie ein ausreichendes Interesse glaubhaft machen."

Artikel 7 der gleichen Verordnung bestimmt dazu:

„1. Die Kommission gibt Personen, die dies in ihrer schriftlichen Äußerung beantragt haben, Gelegenheit zur mündlichen Erläuterung, wenn sie ein ausreichendes Interesse glaubhaft machen oder wenn die Kommission eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld gegen sie festsetzen will.

2. Die Kommission kann auch in anderen Fällen Personen Gelegenheit zur mündlichen Äußerung geben."

Schließlich wird in Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 99/63 zu den von der Kommission durchzuführenden Anhörungen angeordnet:

„Die Sitzung ist nicht öffentlich. Die Personen werden einzeln oder in Anwesenheit anderer geladener Personen gehört . . ."

Aus diesen Bestimmungen ist zu folgern, daß im Bereich der Anhörung die Kommission einen Ermessensspielraum hat. Anspruch auf Anhörung besteht nur, wenn ein ausreichendes Interesse glaubhaft gemacht wird, und auch dann kommt es grundsätzlich lediglich zu einer schriftlichen Anhörung. Mündliche Anhörungen sind nur durchzuführen, wenn gerade dafür ein ausreichendes Interesse glaubhaft gemacht wird oder wenn die Kommission eine Geldbuße oder ein Zwangsgeld gegen die Betreffenden festsetzen will. Klar ist danach außerdem — so muß Artikel 9 der Verordnung Nr. 99/63 verstanden werden —, daß ein kontradiktorisches Verfahren nicht die Regel ist. Ich vermag übrigens auch keine Zweifel an der Vereinbarkeit der Verordnung Nr. 99/63 mit der Ratsverordnung Nr. 17 zu erkennen, von denen die Kläger in der mündlichen Verhandlung und namentlich im Hinblick auf das Erfordernis eines kontradiktorischen Verfahrens gesprochen haben. Immerhin kann dazu dem Urteil der Rechtssache 8/71 (Deutscher Komponistenverband/Kommission, Urteil vom 13. Juli 1971, Slg. 1971, 710) entnommen werden, daß es bei Anträgen Dritter auf Anhörung genügt, wenn Gelegenheit zur Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme nach Artikel 5 der Verordnung Nr. 99/63 gegeben wird.

Im vorliegenden Verwaltungsverfahren wurden — nach dem unwidersprochenen Vortrag der Kommission — schriftliche Stellungnahmen von der ATAB am 21. Oktober 1974 und 10. September 1976 sowie von der „Groupe Tabac" am 17. September 1976 eingereicht, wobei es sich namentlich um Stellungnahmen zu der Beschwerde von GB-Inno-BM sowie zu den Beschwerdepunkten von Mai 1976 handelte. Schriftliche Stellungnahmen gingen ferner am 5. März 1975, 7. Oktober 1975 und 2. März 1976 von seiten der ANGIPMT, der die Mitglieder der Groupe Tabac angehörten, ein. Daneben soll es auch zu offiziellen Gesprächen von Beamten der Kommission mit Vertretern der Verbände ATAB, ANGIPMT und NVFG gekommen sein, und zwar am 8. Juli 1974, 13. November 1974 und 18. März 1976 mit Vertretern der ATAB, am 23. September 1974 und 26. Februar 1976 mit Vertretern der ANGIPMT und am 29. Oktober 1974 mit Vertretern der NVFG. Außerdem sind zu erwähnen schriftliche Stellungnahmen des Europäischen Tabakwaren-Großhandelsverbandes (ETV) vom 21. Februar 1975 und 7. Oktober 1975 sowie der Confédération européenne des détaillants en tabac (CEDT) vom 11. Dezember 1974 und 4. November 1976, mit deren Vertretern überdies Gespräche am 13. November 1974 (CEDT) und am 18. Februar 1975 (ETV) geführt worden sein sollen.

Kann schon hiernach schwerlich von einer Mißachtung des Rechts auf Anhörung dieser Verbände und auf Geltendmachung der besonderen Interessen des

Handels die Rede sein, so ist darüber hinaus, was die Ablehnung der Kommission angeht, Vertreter dieser Verbände auch an der mündlichen Anhörung zu beteiligen, nicht nur der Umstand in Rechnung zu stellen, daß die ATAB keineswegs alle spezialisierten Einzelhändler, sondern nur einige hundert von ihnen repräsentiert. Wichtig ist auch, daß offenbar kein Verband nach der abschließenden Antwort der Kommission und nach späteren Schreiben der Kommission — etwa solchen von Oktober 1976 — die Behauptung aufrechterhalten hat, er sei nicht gehört worden. Zudem erscheint die Verneinung eines ausreichenden Interesses an einer ergänzenden *mündlichen* Anhörung unter Hinweis darauf, daß die Händler sich der Empfehlung nicht angeschlossen hätten, weswegen ihnen die diesbezüglichen Beschwerdepunkte auch nicht zugestellt worden seien, im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung durchaus gerechtfertigt. Ich erinnere dazu an das Urteil der Rechtssachen 56 und 58/64 (Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH/Kommission, Urteil vom 13. Juli 1966, Slg. 1966, 395), in dem ausdrücklich hervorgehoben wurde, Unternehmen, die an einer Vereinbarung nicht beteiligt seien, hätten keinen Anspruch darauf, in dem Verfahren, das die Kommission im Hinblick auf solche Vereinbarungen einleitet, gehört zu werden.

b) Was andererseits den in diesem Zusammenhang auch interessierenden, von FEDETAB ausgehenden Antrag auf Anhörung einiger Verbände angeht, so kommt es dafür entscheidend auf Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung Nr. 99/63 an, wo es heißt:

„Sie" (nämlich die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, denen, als den Betroffenen, Beschwerdepunkte zugestellt wurden) „können zum Nachweis vorgetragener Tatsachen alle zweckdienlichen Unterlagen beifügen. Sie können auch vorschlagen, daß die Kommission Personen hört, die die vorgetragenen Tatsachen bestätigen können."

Daneben ist auch an Artikel 7 Absatz 2 dieser Verordnung zu denken, wonach die Kommission auch in anderen Fällen Personen Gelegenheit zur mündlichen Äußerung geben kann.

Eine Pflicht, Anhörungsanträgen stattzugeben, läßt sich danach — Artikel 7 Absatz 2 mit seiner Ermessensbefugnis kann offensichtlich beiseite gelassen werden — allenfalls auf Artikel 3 Absatz 3 gründen und wohl nur annehmen bei Sachlagen, in denen bestimmte Personen gleichsam als Zeugen für die Bestätigung bestimmter Tatsachen benannt werden.

Eine solche Sachlage ist jedoch bei Berücksichtigung aller Umstände, die hier interessieren, nach dem Schreiben der FEDETAB vom 30. Juni 1976 (vgl. Anlage 3 des Schriftsatzes der Kommission zum Schriftsatz der AGROTAB) nicht zu erkennen. In diesem Schreiben wird zunächst zu einer Anfrage der Kommission erklärt, FEDETAB habe nichts dagegen einzuwenden, daß Vertreter der Association nationale des grossistes itinérants an der Anhörung beteiligt würden. Daran anschließend heißt es lediglich: „La FEDETAB souhaite cependant pour que la Commission soit complètement éclairée de convoquer également les associations suivantes" (nämlich die NVFG und die GT). Damit ist sicherlich — nicht nur, weil eine Bezugnahme auf Artikel 3 der Verordnung Nr. 99/63 fehlt, sondern auch weil Tatsachen, die bestätigt werden sollten, nicht genannt waren — ein Interesse an der Anhörung der genannten Verbände nicht ausreichend belegt, was dann übrigens auch bei der Anhörung selbst nicht geschehen ist. Darüber hinaus ist für die Ansicht, die Unterlassung der beantragten Anhörung

sei nicht als Beschneidung der Verteidigungsrechte anzusehen, nicht nur von Bedeutung, daß die FEDETAB selbst die NVFG als unbedeutende Vereinigung bezeichnet hat, die auf keiner Ebene in Erscheinung trete. Es ist auch von Interesse, daß es nach Zurückweisung des Antrags offenbar zu einer entschiedenen Reaktion weder von seiten der FEDETAB noch von seiten der genannten Verbände kam.

c) Das Verwaltungsverfahren kann also sicher auch nicht mit der Begründung als fehlerhaft angesehen werden, es seien die Vorschriften über die Anhörung Dritter, die sich in den Verordnungen Nrn. 17 und 99/63 finden, mißachtet worden.

3. Zu den von Mestdagh und Huyghebaert eingereichten Beschwerden und dem dadurch ausgelösten Verfahren

Im Oktober 1975 schlossen sich zwei belgische Unternehmen, die Firmen Mestdagh Frères & Cie sowie Huyghebaert, der Beschwerde von GB-Inno-BM an, was bei der Kommission unter einer besonderen Verwaltungsnummer registriert worden ist. Die Kläger sind — namentlich im Hinblick auf den zuletzt genannten Gesichtspunkt — der Meinung, damit sei ein besonderes zusätzliches Verfahren in Gang gesetzt worden. Davon ausgehend beanstanden sie, daß ihnen nie eine Entscheidung über die Verbindung dieses Verfahrens mit anderen bei der Kommission anhängigen und sich auf das Vertriebssystem für Tabakerzeugnisse beziehenden Verfahren zuging und daß sie sich folglich nicht zu den dafür maßgebenden Motiven hätten äußern können. Sie beanstanden ferner, daß im Rahmen des von Mestdagh und Huyghebaert eingeleiteten Verfahrens, von dessen Eigenständigkeit sie ausgehen mußten, nie nach einer — im übrigen ebenfalls fehlenden — formellen Verfahrenseröffnung Beschwerdepunkte an sie gerichtet worden seien und nie eine Anhörung stattgefunden habe. Dies zwinge zu der Schlußfolgerung, daß die Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert bei der Entscheidung der Kommission nicht hätten berücksichtigt werden dürfen, daß es also als unkorrekt gelten müsse, mit einer einzigen Entscheidung drei Verfahren abzuschließen.

a) Zu dieser Gruppe von Rügen hat die Kommission — meines Erachtens zu Recht — zunächst einmal darauf hingewiesen, daß ihr Verwaltungsverfahren nicht in dem von den Klägern angenommenen Sinn formalisiert sei. Nicht jede Beschwerde über ein angeblich wettbewerbswidriges Verhalten, die aus verwaltungstechnischen Gründen eine besondere Registernummer erhält, leitet also notwendigerweise ein selbständiges Verfahren ein, auch wenn sie sich auf einen Sachverhalt bezieht, der aufgrund einer ähnlichen Beschwerde schon Gegenstand eines Wettbewerbsverfahrens ist. Bei einer solchen Sachlage kommt es nicht zur Eröffnung eines neuen Verfahrens, sondern das bereits anhängige Verfahren wird einfach auf die zusätzliche Beschwerde erstreckt, was im vorliegenden Fall durch Entscheidung der Kommission vom 10. Mai 1976 geschehen ist. Es bedurfte also keiner formellen Entscheidung über die Verbindung der Verfahren, die hätte begründet werden müssen und die den Betroffenen zur Stellungnahme zuzuleiten gewesen wäre. Es mußte nur ausreichend klar sein, daß die neu hinzugekommene Beschwerde von der Kommission in die Prüfung des bereits anhängigen Streitkomplexes einbezogen werde, und es mußte den Betroffenen Gelegenheit gegeben werden, auch zu der zusätzlichen Beschwerde Stellung zu nehmen.

Im vorliegenden Fall ist es aber klar und unbestreitbar, daß die im Anschluß an die Beschwerde von GB-Inno eingereichten Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert zumindest teilweise den gleichen Gegenstand hatten — sie bezogen sich ebenfalls auf die sogenannten früheren Maßnahmen betreffend den Vertrieb von Tabakerzeugnissen in Belgien und ihre wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen — und daß dafür auch eine im wesentlichen gleichartige Begründung gegeben wurde. Tatsächlich greifen Mestdagh und Huyghebaert, auch wenn für sie der Vorwurf unberechtigter Vorzugsbehandlung bestimmter Händler im Vordergrund stand, doch das ganze System der kollektiven Festsetzung von Geschäftsbedingungen durch die Mitglieder der FEDETAB als rechtswidrig an. Von Bedeutung ist ferner, daß nicht nur der Anwalt von FEDETAB von einer entsprechenden Absicht schon im September 1975 in Kenntnis gesetzt worden ist — worauf der Anwalt von Mestdagh und Huyghebaert bei der im Jahr 1975 durchgeführten Anhörung hinwies —, sondern daß auch in einem Schreiben der Kommission an die FEDETAB vom 20. Oktober 1975, das den Mitgliedern der FEDETAB zur Kenntnis gebracht werden sollte, von der Verbindung der drei genannten Beschwerden und davon gesprochen wurde, Mestdagh solle zu der Anhörung hinzugezogen werden.

Darüber hinaus gibt es auch noch verschiedene andere Indizien dafür, daß den Klägern der enge Zusammenhang zwischen diesen Beschwerden durchaus klar war. So erklärte der Anwalt von FEDETAB bei der Anhörung im Jahr 1975, es sei wünschenswert, zu den Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert kein neues Verfahren einzuleiten, sondern die Angelegenheit insgesamt zu behandeln. Weiter nehmen sowohl die Antwort von FEDETAB auf die Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert als auch die Antworten von Jubilé und Vander Elst auf diese Beschwerden sowie die zweite Stellungnahme von FEDETAB zu den Beschwerden eindeutig auf das durch die Beschwerde von GB-Inno eingeleitete Verfahren Bezug. Ferner wurde in den Schreiben des Anwalts zweier Kläger an die Kommission vom 9. Juni 1976 die enge Verbindung der Beschwerde von Mestdagh und Huyghebaert mit den in der FEDETAB-Empfehlung behandelten Problemen hervorgehoben und betont, dies werde bei der Antwort auf die zweiten Beschwerdepunkte berücksichtigt. Nicht zuletzt erklärten auch andere Kläger, die Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert würden bei der Stellungnahme zu den zweiten Beschwerdepunkten berücksichtigt, und erkannten damit den Zusammenhang an, der insoweit zu der FEDETAB-Empfehlung bestand.

Wie man danach als Verfahrensfehler kritisieren will, daß die Kommission es unterlassen hat, die Verbindung der Verfahren Mestdagh und Huyghebaert mit dem Verfahren GB-Inno in einer begründeten förmlichen Entscheidung und nach besonderer, dahin gehender Stellungnahme der Kläger auszusprechen, sehe ich nicht ein.

b) Wenn man sich im übrigen überlegt, ob durch das Vorgehen der Kommission die Verteidigungsrechte der Betroffenen mißachtet wurden und es deshalb als unzulässig zu bezeichnen ist, daß auch das Verfahren Mestdagh und Huyghebaert mit der angegriffenen Entscheidung abgeschlossen wurde, so kann auch die Antwort darauf meines Erachtens nicht im Sinne der klägerischen These ausfallen.

Dazu ist vorweg in Erinnerung zu rufen, daß es nach der Rechtsprechung

(Rechtssachen 40 etc./73, Suiker Unie u. a./Kommission, Urteil vom 16. Dezember 1975, Slg. 1975, 1954) durchaus möglich ist, in einer Wettbewerbsentscheidung über mehrere Zuwiderhandlungen zu befinden; es muß nur darauf geachtet werden, daß in der Entscheidung keine Beschwerdepunkte verwertet werden, zu denen die Betroffenen nicht Stellung nehmen konnten.

Maßgebend erscheint mir sodann nicht, daß auf die Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert keine besonderen Beschwerdepunkte an die Kläger gerichtet worden sind. Entscheidend ist vielmehr, daß diese Beschwerden allen Klägern (auch — wie sie in ihrer Replik einräumt — der Klägerin der Rechtssache 209/78) zugeleitet wurden und daß sie dazu in Schreiben vom 17. Dezember 1975, 22. Dezember 1975, 5. Januar 1976, 7. Januar 1976, 20. Januar 1976 und 21. Januar 1976 Stellung genommen haben. Wichtig ist auch, daß dazu wieder Antworten von Mestdagh und Huyghebaert, die sich übrigens auch auf die Empfehlung bezogen, eingingen, denen wiederum Reaktionen der Kläger in Schreiben vom 27. Juli 1976, 28. Juli 1976, 29. Juli 1976 und 30. Juli 1976 folgten. Zudem gingen die Beschwerdepunkte aus dem Jahr 1976, zu denen sich die Kläger äußern konnten, auch auf das von Mestdagh und Huyghebaert besonders angesprochene Problem der angeblich diskriminierenden Behandlung der Händler ein.

Was aber die Frage der mündlichen Anhörung zu den Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert angeht, so kann darauf hingewiesen werden, daß sie schon am 20. Oktober 1975 — wie von der Kommission beabsichtigt — hätte erfolgen können, wenn sich nicht die Kläger gegen eine Teilnahme des Vertreters von Huyghebaert an dieser Zusammenkunft ausgesprochen hätten, der dabei seine Beschwerde, die den Klägern damals noch nicht zugeleitet worden war, hätte erläutern können. Außerdem fand ja am 22. September 1976 eine zweite Anhörung zu der FEDETAB-Empfehlung statt. Ihr ging eine Stellungnahme von Mestdagh und Huyghebaert voraus, die sich auch auf die Empfehlung bezog; es kann also ohne weiteres angenommen werden, daß die Kläger dabei ausreichend Gelegenheit hatten, auch auf die Ansichten von Mestdagh und Huyghebaert einzugehen.

c) Die Beschwerden Mestdagh und Huyghebaert wurden demnach im Verwaltungsverfahren nicht in einer Weise behandelt, die die in den Verordnungen Nr. 17 und Nr. 99/63 umschriebenen Verteidigungsrechte der Kläger geschmälert hätte und dazu Anlaß geben müßte, die Entscheidung der Kommission insoweit zu annullieren, als sie auch das auf die Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert eingeleitete Verfahren mit abschloß.

4. Verletzung von Geschäftsgeheimnissen

Wie wir im Verfahren gehört haben, wurde die Stellungnahme der FEDETAB vom 22. September 1975 mit ihren Anhängen, in denen die Entwicklung des Absatzes von 160 Zigarettenmarken in Belgien während der davorliegenden fünf Jahre, die von den hauptsächlichen spezialisierten reisenden Grossisten getätigten Zigarettenkäufe und die Zahlungsfristen, die 25 wichtige Kunden der bedeutendsten belgischen Zigarettenhersteller eingehalten haben, dargestellt waren, der Beschwerdeführerin GB-Inno übermittelt. Das ist nach Ansicht der Kläger unter Mißachtung des Artikels 20 der Verordnung Nr. 17 geschehen, weil es sich dabei natürlicherweise um Geschäftsgeheimnisse gehandelt habe und dies auch durch die Bezeichnung „vertraulich"

deutlich gemacht worden sei. Weil es so der Beschwerdeführerin ermöglicht worden sei, Erklärungen zu ihr an sich nicht zugänglichen Fakten abzugeben, sei das Ermittlungsverfahren verfälscht worden mit der notwendigen Folge, daß die daraus resultierende Kommissionsentscheidung annulliert werden müsse.

Die Kommission hat dazu den Standpunkt vertreten, in Wahrheit könne der Inhalt der genannten Anhänge, von denen übrigens nur zwei, nicht dagegen der über den Absatz von 160 Zigarettenmarken, als vertraulich bezeichnet worden seien, nicht als geheim angesehen werden. Selbst wenn dies aber der Fall wäre, habe das Interesse an der Geheimhaltung vor dem Interesse der Kommission an einer vollständigen Information und Sachaufklärung zurücktreten müssen. Jedenfalls sei dadurch das Verfahren nicht in einer Weise verfälscht worden, die den Bestand der angegriffenen Entscheidung berühren könne.

a) Hier stellt sich zunächst die Frage, ob der Inhalt der erwähnten Anhänge tatsächlich als geheim bezeichnet werden mußte.

Dazu ist sicher nicht entscheidend, daß die Anhänge teilweise ausdrücklich als vertraulich bezeichnet worden sind und teilweise nicht. Auch ist aus Artikel 20 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17, in dem es heißt:

„Die Vorschriften der Absätze 1 und 2 stehen der Veröffentlichung von Übersichten oder Zusammenfassungen, die keine Angaben über einzelne Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen enthalten, nicht entgegen",

nicht zwingend der Schluß zu ziehen, alles andere sei als geheim zu behandeln und dürfe nicht preisgegeben werden. Ferner kann man in diesem Zusammenhang — und das richtet sich gegen die Kommission — nicht mit einem Hinweis auf das belgische Arrêté royal vom 8. Oktober 1976 argumentieren, wonach die Unternehmen zur Veröffentlichung ihrer Umsätze verpflichtet sind. Denn abgesehen davon, daß diese Vorschrift erst seit 1976 existiert, also Vorgänge aus dem Jahr 1975 nicht abdecken kann, ist klar, daß damit nicht notwendig Einzelheiten der hier interessierenden Art der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Desgleichen würde ich den Hinweis der Kommission darauf nicht gelten lassen, daß die Werte von der FEDETAB geliefert worden sind und daß sie somit unter den *Herstellern* nicht als geheim gelten könnten, da alle Hersteller, sei es über ihre Vertreter im Verwaltungsrat oder sei es im Rahmen der nach dem Vertriebssystem vorgesehenen Kontrollen betreffend die Zahlungsfristen und die Jahresvergütung, Zugang zum FEDETAB-Material hätten. Denn auch, wenn etwas allen Herstellern bekannt oder leicht zugänglich ist, schließt dies nicht aus, daß ein Interesse an der Geheimhaltung den *Abnehmern* der Hersteller gegenüber besteht.

Sieht man sich aber den *Inhalt* der fraglichen Anhänge an, so kann man sich, ohne daß es notwendig wäre, insofern auf Artikel 214 des EWG-Vertrags zurückzugreifen, dem Eindruck nicht verschließen, daß es sich tatsächlich um Fakten handelt, die sicher nicht mit allen Einzelheiten zur Kenntnis der Kunden der Hersteller kommen durften. Meines Erachtens kann man also entsprechend dem Standpunkt der Kläger davon ausgehen, daß für die Kommission grundsätzlich die Pflicht bestand, die fraglichen Anhänge nicht anderen Kreisen zugänglich zu machen.

b) Davon ausgehend ist weiter zu überlegen, ob etwa das Bestreben der Kommission, zu einer möglichst umfassenden Sachaufklärung zu kommen, eine Recht-

fertigung in diesem Punkte abgeben kann. Dazu beruft sich die Kommission auf Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17, wo es heißt:

„Die Kommission und die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sowie ihre Beamten und sonstigen Bediensteten sind verpflichtet, Kenntnisse nicht preiszugeben, die sie bei Anwendung dieser Verordnung erlangt haben und die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen; die Artikel 19 und 21 bleiben unberührt."

Die Tatsache, daß Artikel 19 — Artikel 21 interessiert hier nicht — unberührt bleibe, könne nur bedeuten, daß die Kommission im Rahmen der von ihr für erforderlich gehaltenen Anhörung anderer Personen nach Artikel 19 Absatz 2 über die Pflicht zur Geheimhaltung hinweggehen könne.

Meines Erachtens braucht jetzt nicht abschließend geklärt zu werden, wie im einzelnen bei der Abwägung der Interessen an einer Geheimhaltung und des Interesses an einer vollständigen Sachaufklärung, die der Kommission tatsächlich nach der Verordnung Nr. 17 aufgegeben ist, verfahren werden muß; unter anderem ist davon auch die Rede im Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76 (Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 512), wo festgestellt wird, die Verpflichtung nach Artikel 20 Absatz 2 müsse mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör in Einklang gebracht werden. Es ist uns nämlich nicht schlüssig dargelegt worden, daß der Beschwerdeführerin GB-Inno eine brauchbare Stellungnahme zu den Antworten der Kläger auf die Beschwerdepunkte der Kommission nur bei vollständiger Mitteilung des vorhin erwähnten Schriftsatzes der FEDETAB mit allen seinen Anhängen möglich war. Soweit eine solche Mitteilung überhaupt angebracht erschien, was zumindest bezüglich der Entwicklung des Absatzes von 160 Zigarettenmarken in Belgien angezweifelt werden kann, hätte sicher auch ein Vorgehen ausgereicht, bei dem nicht alle Einzelheiten, etwa zur individuellen Gestaltung von Zahlungsfristen, und namentlich nicht die Identität der betreffenden Unternehmen offenbart worden wäre. Man kann also annehmen, daß im vorliegenden Fall die Kommission die Mißachtung ihrer Geheimhaltungspflicht nicht unter Hinweis auf das Bemühen, mit Hilfe der Beschwerdeführerin zu einer möglichst gründlichen Sachaufklärung zu kommen, rechtfertigen kann.

c) Damit ist freilich nicht gesagt, daß sich daran, wie die Kläger meinen, notwendig die Schlußfolgerung knüpft, die Entscheidung der Kommission sei zu annullieren. Insofern kommt es vielmehr darauf an — dazu kann etwa auf das Urteil vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76 (United Brands Company und United Brands Continental BV/ Kommission, Slg. 1978, 308) verwiesen werden —, ob durch den der Kommission anzulastenden Verstoß der Gang des Verfahrens entscheidend beeinflußt wurde und ob angenommen werden kann, daß dieses bei korrektem Verlauf mit einem anderen Resultat abgeschlossen worden wäre. Das aber kann man sich in der Tat angesichts der Art der mitgeteilten Fakten und der dazu von der Beschwerdeführerin abgegebenen Stellungnahme nicht vorstellen. Demgegenüber beziehen sich die Kläger meines Erachtens zu Unrecht auf das Urteil der Rechtssache 85/76 (Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 512), wo davon die Rede ist, die Kommission könne nicht Tatsachen, Umstände oder Unterlagen berücksichtigen, zu deren Weiterleitung an die betroffenen Unternehmen sie nach ihrer Auffassung nicht berechtigt sei. Insofern ist einfach wichtig, daß die fraglichen Unterlagen im vorliegenden Fall

mit Recht von der FEDETAB verlangt wurden und daß sich die Kommission für berechtigt hielt, sie an die Beschwerdeführerin weiterzuleiten, was für den wesentlichen Inhalt sicher auch zutrifft.

Die zu Recht kritisierte Mißachtung der Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen ist also für das vorliegende Verfahren letztlich ohne Bedeutung. Ob sie eventuell — wozu bekanntlich noch andere Voraussetzungen erfüllt sein müßten — zu Haftungsansprüchen gegen die Gemeinschaft führen kann, ist hier nicht weiter zu prüfen.

5. Angeblich unkorrekte Durchführung der mündlichen Anhörung

Zu kritisieren ist nach Ansicht der Kläger weiterhin, daß bei der am 22. Oktober 1975 durchgeführten Anhörung während einer bestimmten Zeit, wie sich aus dem Protokoll über diese Anhörung (Seite 58) ergibt, nicht alle Beamten der Kommission anwesend waren, die mit dem Fall FEDETAB zu tun hatten. Dies stelle eine Verletzung von Artikel 9 der Verordnung Nr. 99/63 dar, in dem es heißt: „Die Anhörungen werden von den Personen durchgeführt, die die Kommission damit beauftragt." Tatsächlich müsse es im Interesse einer korrekten Sachaufklärung als notwendig angesehen werden, daß die mit der Sache befaßten Beamten, denen auch die Vorbereitung der Entscheidung obgelegen habe, ihre Eindrücke unmittelbar aus der Anhörung bezögen, namentlich wenn, wie zu jener Zeit, ein wichtiger Punkt, nämlich die Bemessung der Zahlungsfristen, erörtert werde, daß sie sich also nicht mit Aufzeichnungen über die mündlichen Ausführungen begnügten.

Als *beauftragt* im Sinne des genannten Artikels 9 war jedoch nur der Direktor Thompson anzusehen, der sich als solcher auch vorgestellt hatte und in dieser Eigenschaft im Protokoll vermerkt wurde. Darauf wurde überdies in einem Vermerk hingewiesen, der vor der Anhörung an die Beteiligten gerichtet worden war; danach war als beauftragter Beamter nur der den Vorsitz Führende anzusehen und war davon auszugehen, daß die anderen Beamten der Kommission ihm lediglich *assistierten.* Da aber unstreitig der Direktor Thompson, der das Protokoll über die Anhörung auch unterzeichnet hat, ständig anwesend war, muß der Verlauf der Anhörung als korrekt bezeichnet werden und kann jedenfalls kein gravierender Mangel in dem Umstand erblickt werden, daß ihm assistierende Beamte, auch wenn sie in der Anhörung Fragen stellten und mit der Vorbereitung der Kommissionsentscheidung als Berichterstatter betraut waren, vorübergehend anwesend waren.

Demgegenüber kann meines Erachtens nicht auf das von den Klägern angeführte belgische Recht verwiesen werden, wo offenbar die Regel gilt, daß im Falle des Erlasses einer Entscheidung durch eine Verwaltungskommission deren sämtliche Mitglieder bei allen Debatten anwesend gewesen sein müssen. Umgekehrt ist vielmehr von Bedeutung, daß alle in der Anhörung gemachten Ausführungen aufgezeichnet und allen beteiligten Beamten diese Aufzeichnungen zur Verfügung gestellt worden sind. Von Bedeutung erscheint mir auch, daß in der Rechtsprechung — etwa im Urteil vom 15. Juli 1970 der Rechtssache 44/69 (Buchler & Co./Kommission, Slg. 1970, 733) — schon festgehalten wurde, es reiche für Wettbewerbsverfahren aus, wenn die Mitglieder der Kommission von der mit einer Anhörung beauftragten Person mit Hilfe von Protokollen und Bandaufzeichnungen unterrichtet worden und ihnen die Verwaltungsakten zugänglich gewesen seien. Genügt dies für die eine Entscheidung tragenden Perso-

nen, so kann schwerlich etwas anderes angenommen werden in bezug auf Beamte, die eine Entscheidung nur vorbereiten und für deren Entwurf ohnehin der ihnen vorgesetzte Beamte, der im vorliegenden Fall bei der Anhörung tatsächlich ununterbrochen anwesend war, die Verantwortung trägt.

Wegen angeblich unkorrekter Durchführung des Anhörungsverfahrens, eines Vorwurfs, der sich übrigens nur auf den Entscheidungsteil zu den früheren Maßnahmen bezieht, kann es also ebenfalls nicht zur Aufhebung der Entscheidung kommen.

6. Zur angeblichen Unvollständigkeit der zu der Empfehlung vom 1. Dezember 1975 mitgeteilten Beschwerdepunkte

Mit einer weiteren Rüge weisen die Kläger darauf hin, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu der am 1. Dezember 1975 in Kraft getretenen Empfehlung werde eine Versagung der Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 des EWG-Vertrags nur unter Bezugnahme auf *eine* der dort behandelten Bedingungen erörtert, nämlich die, in der von einem Beitrag „zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts" die Rede ist. Nur dazu hätten sie deshalb schriftlich und bei der Anhörung durch die Kommission mündlich Stellung genommen. In der angegriffenen Entscheidung aber werde auch davon gesprochen, eine Freistellung komme nicht in Betracht, weil auch noch andere Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 nicht erfüllt seien. Die Entscheidung stütze sich also auf Beanstandungen, zu denen die Kläger nicht hätten Stellung nehmen können; dies stelle eine Verletzung der ihnen in den Artikeln 2 und 4 der Verordnung Nr. 99/63 eingeräumten Rechte dar.

Die Kommission macht demgegenüber geltend, in ihren ersten, die „früheren Maßnahmen" betreffenden Beschwerdepunkten aus dem Jahre 1975 sei auch von der angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn gesprochen worden. Dazu aber stellten die zweiten Beschwerdepunkte, weil die Kommission ihre früher gemachten Bemerkungen nicht fallengelassen habe, nur eine *Ergänzung* dar. Außerdem sei nicht nur wichtig, daß sich die Kläger bei der im Jahre 1976 durchgeführten Anhörung auch zu der eben genannten Bedingung geäußert hätten; die meisten der Kläger hätten zudem in ihrer Stellungnahme zu den ersten Beschwerdepunkten und bei der Anhörung im Jahre 1975 eine Äußerung zu allen Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 abgegeben, wie auch bei der Anmeldung der Empfehlung Bemerkungen zu allen diesen Bedingungen gemacht worden seien. Von einer Verkürzung ihres Anhörungsrechts könne also keine Rede sein.

Nach dieser Auseinandersetzung fragt es sich, ob es tatsächlich erforderlich ist, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte auch Ausführungen zu Artikel 85 Absatz 3 zu machen, ferner, ob es ausreicht, daß nur in der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte eine weitere Bedingung des Artikels 85 Absatz 3 behandelt worden ist, und schließlich, ob es genügt, daß sich die Kläger von sich aus zu Beginn des Verfahrens und bei der Anmeldung der Empfehlung umfassend zu Artikel 85 Absatz 3 geäußert haben.

Indessen werden diese Fragen, da unstreitig in der zweiten Mitteilung der Beschwerdepunkte die Frage der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, die auch in der Entscheidung eine Rolle spielt, behandelt worden ist, nur relevant, wenn sich zeigt, daß der den Artikel 85 Absatz 3 betreffende Entscheidungsteil überhaupt zu prüfen ist, und

wenn sich die Ablehnung der Freistellung unter Hinweis auf die eben genannte Bedingung nicht halten läßt, die anderen Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3, die in den zweiten Beschwerdepunkten übergangen worden sind, also tatsächlich von Wichtigkeit sind. Bei dieser Sachlage und angesichts des ohnehin außerordentlich umfangreichen Prozeßstoffes erscheint es mir angebracht, die diesbezügliche Rüge vorläufig nicht zu behandeln und darauf gegebenenfalls einzugehen, wenn zur Ablehnung der Freistellung überhaupt etwas gesagt werden muß.

7. Verletzung von Artikel 6 der Menschenrechtskonvention

In ihrer Replik haben einige Kläger zusätzlich noch die These vertreten, alle bisher schon behandelten, die angeblich unkorrekte Abwicklung des Verwaltungsverfahrens betreffenden Verstöße seien auch als eine Mißachtung der Verteidigungsrechte zu werten, wie sie sich aus Artikel 6 der Menschenrechtskonvention ableiten ließen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte greife diese Vorschrift ein, wenn Streit über Rechte oder Pflichten bestehe, die dem Zivilrecht zuzurechnen seien. Darunter falle auch eine Anwendung des Artikels 85 des EWG-Vertrags. Namentlich müsse nach Artikel 6 der Menschenrechtskonvention verlangt werden — was im vorliegenden Fall nicht geschehen sei —, daß ein in allen Phasen kontradiktorisches Verfahren stattfinde, und es müsse danach insbesondere als Verstoß gelten, wenn — dies bezieht sich im besonderen auf die Ablehnung der Anhörung der von den Klägern benannten Verbände — einem Anspruch auf Anhörung von Entlastungszeugen nicht stattgegeben werde.

Zu dieser Rüge könnte zunächst die Frage aufgeworfen werden, ob sie nicht als verspätet erhoben nach Artikel 42 der Verfahrensordnung überhaupt außer Betracht zu bleiben hat. Ich will dies indessen auf sich beruhen lassen, weil man daran zweifeln kann, ob es sich tatsächlich um ein völlig neuartiges, eigenständiges Angriffsmittel handelt — in Wahrheit wird nur bereits in den Klageschriften enthaltenes Vorbringen juristisch zusätzlich qualifiziert —, aber auch, weil es in der Rechtsprechung vorgekommen ist — womit der Artikel 42 der Verfahrensordnung einen Teil seiner Bedeutung verliert —, daß Angriffsmittel von besonderem Gewicht ex officio behandelt wurden.

Was die Beurteilung der Rüge im übrigen angeht, so kann es zu der Frage der Unvollständigkeit der Beschwerdepunkte in bezug auf die Freistellungsvoraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 bei den vorhin gemachten Bemerkungen bleiben. Hinsichtlich der unterbliebenen Anhörung der von FEDETAB benannten Verbände genügt es, daran zu erinnern, daß nach dem bereits erwähnten einschlägigen Schreiben von FEDETAB erhebliche Zweifel daran bestehen, ob es wirklich um die Benennung von Entlastungszeugen für bestimmte Fakten ging. Darüber hinaus darf, auch wenn man, was die Kommission selbst für richtig hält, davon ausgeht, daß die Gemeinschaftsorgane zur Respektierung gemeinsamer Grundrechtsvorstellungen und zur Beachtung der Menschenrechtskonvention verpflichtet sind, nicht übersehen werden, daß Artikel 6 der Menschenrechtskonvention nur vorschreibt, jeder habe Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise von einem unabhängigen Gericht gehört werde. Daraus können also keine Anforderungen für ein von der Kommission durchzuführendes *Verwaltungs*verfahren abgeleitet werden; es erscheint mir auch nicht angängig — wie in der mündlichen Verhandlung versucht wurde —, darauf

die These zu stützen, in einem solchen Verfahren verlange, eben weil die Kommission keine unabhängige und unparteiische Instanz sei, der Artikel 6 der Menschenrechtskonvention um so mehr Beachtung. Da es sich aber gezeigt hat, daß die Kommission die Regeln des Gemeinschaftsrechts, wie sie in den Verordnungen Nrn. 17 und 99/63 niedergelegt sind, nicht verletzt hat, und da auch nicht dargetan werden konnte, diese Vorschriften stünden nicht in Einklang mit der Menschenrechtskonvention oder die Kommission habe unabhängig davon gegen die Menschenrechtskonvention verstoßen, bleibt auch hier letztlich nur die Feststellung, daß mit derartigen Überlegungen die Aufhebung der angegriffenen Entscheidung nicht erreicht werden kann.

II — Zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags

Ich komme nunmehr zu der Frage, ob die Organisation des Vertriebs von Tabakerzeugnissen in Belgien mit Hilfe bestimmter Vereinbarungen und mit Hilfe von Beschlüssen der FEDETAB in der Zeit zwischen dem 13. März 1962 und dem 1. Dezember 1975 sowie die am 1. Dezember 1975 in Kraft getretene Empfehlung betreffend den Verkauf von Zigaretten auf dem belgischen Markt gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages verstoßen.

Die zahlreichen, hierzu vorgetragenen Argumente legen es nahe, eine gewisse Systematisierung zu versuchen. So will ich mich zunächst den Angriffsmitteln zuwenden, die im besonderen die *früheren* Maßnahmen betreffen. Daran anschließend ist auf spezielle Rügen einzugehen, die der Empfehlung gelten. Schließlich sind noch Argumente zu behandeln, die für beide im großen ganzen in gleicher Weise gelten.

A — Die zu der Entscheidung über die früheren Maßnahmen vorgetragenen besonderen Angriffsmittel

1. Hier interessiert an erster Stelle die von der Klägerin Heintz van Landewyck gemachte Bemerkung, sie habe nur den Brief vom 23. Dezember 1971 zur Festlegung von Höchstzahlungsfristen, aber keine andere Abmachung oder Maßnahme unterzeichnet. Folglich könne ihr nur dieser Brief zugerechnet werden; darüber hinaus dürfe in bezug auf ihr Unternehmen nicht von Wettbewerbsabsprachen oder abgestimmtem Verhalten gesprochen werden, denn bezüglich der anderen in der Entscheidung behandelten Maßnahmen habe sie sich nur aus Gründen des Marktzwangs dem Verhalten anderer Hersteller angepaßt. Hierher gehört auch die allgemeine, von FEDETAB vertretene These, ihre Mitglieder seien nur für Maßnahmen und Entscheidungen verantwortlich, denen sie ausdrücklich zugestimmt hätten. Außerdem ist in diesem Zusammenhang auch auf das Vorbringen von AGROTAB im Antrag auf Zulassung als Streithelferin einzugehen, der soeben erwähnte Brief vom 23. Dezember 1971 sei von der Klägerin Weltab nicht unterzeichnet worden, während drei andere Gesellschaften, die ihn unterzeichnet hätten, von der Kommission nicht in das Verfahren einbezogen worden seien.

a) Was zunächst das Vorbringen der Klägerin Heintz van Landewyck angeht, so gibt es gute Gründe, daran zu zweifeln, daß sie, abgesehen von dem Brief vom 23. Dezember 1971, alle anderen früheren Maßnahmen nur aus Gründen des Marktzwanges angewandt habe und daß es deshalb verfehlt sei, insofern von einem kollektiven Vorgehen und abgestimmtem Verhalten zu sprechen. Hierzu hat die Kommission nämlich vorgetragen — und die Klägerin hat dies nur ganz

pauschal ohne nähere Begründung bestritten —, einige auf dem belgischen Markt tätige Importeure hätten durchaus Tabakerzeugnisse vermarktet, ohne die von der Kommission beanstandeten Vertriebsregeln zu beachten. Außerdem wurde uns nicht im einzelnen belegt, wieso gerade die Klägerin Heintz van Landewyck durch die Kräfte des Marktes zu einem Verhalten gezwungen worden sein soll, das mit dem der belgischen Hersteller übereinstimmte. Der Hinweis auf einen angeblichen Marktanteil von 3 % — nach den Schätzungen der Kommission soll er immerhin zwischen 5 und 6 % betragen haben — dürfte dafür schwerlich ausreichen.

Indessen braucht dem wohl nicht weiter nachgegangen zu werden. Die Firma Heintz van Landewyck ist nämlich seit 1947 Mitglied der FEDETAB und war damit an der Annahme der früheren Maßnahmen beteiligt. Nach Artikel 9 der FEDETAB-Statuten sind die Mitglieder gehalten, sich allen Entscheidungen anzuschließen, die aufgrund der Statuten getroffen werden, und den sich daraus ergebenden Verpflichtungen nachzukommen. Ferner sind die in diesem Zusammenhang interessierenden Abmachungen von der FEDETAB im *Namen* der Hersteller getroffen worden, und es ergibt sich aus den dabei gewählten Formulierungen, daß Verpflichtungen der Unternehmen gemeint sind. Bei dieser Sachlage kann tatsächlich nicht beanstandet werden, daß die Kommission davon ausgegangen ist, die Hersteller seien durch die von der FEDETAB getroffenen Abmachungen und Entscheidungen verpflichtet worden, und daß sie deshalb der Klägerin Heintz van Landewyck wettbewerbswidriges Verhalten nicht nur in bezug auf die Festlegung von Höchstzahlungsfristen, sondern auch in Ansehung der anderen früheren Maßnahmen vorgeworfen hat.

b) Damit ist eigentlich das Wesentliche auch zu der allgemeinem, von FEDETAB vorgetragenen These gesagt, den Herstellern könnten Maßnahmen der FEDETAB nur zugerechnet werden, soweit sie ihnen ausdrücklich zugestimmt hätten. Darüber hinaus ist hier aber auch von Bedeutung — und das belegt die Richtigkeit der Annahme der Kommission, bezüglich aller früheren Maßnahmen sei von einem kollektiven Vorgehen und abgestimmtem Verhalten zu sprechen —, daß sich die Unternehmen keineswegs von den Maßnahmen der FEDETAB distanziert und durch ihr Verhalten Ablehnung bekundet haben, sondern daß sie — zumindest im großen ganzen — durchaus praktizierten.

c) Zu dem besonderen Vorbringen von AGROTAB ist außerdem noch anzumerken, daß die FEDETAB zu dem Schreiben vom 23. Dezember 1971 betreffend die Höchstzahlungsfristen selbst erklärt hat, es habe sich um eine kollektive Maßnahme gehandelt und die größten Hersteller hätten ihre Unterschrift nur zur Vergrößerung des Gewichts dieser Maßnahme auf den Brief gesetzt, obwohl sie — so muß man wohl folgern — nicht unbedingt erforderlich gewesen wären. Daneben hat die Kommission unwidersprochen vorgetragen, die Klägerin Weltab habe den genannten Brief sehr wohl unterzeichnet und der Umstand, daß die Unterschrift von BAT gefehlt habe, erkläre sich nur daraus, daß diese seinerzeit noch nicht die Kontrolle über das Unternehmen Odon Warland erlangt habe. Was aber die an sich jetzt bedeutungslose Tatsache angeht, daß die Entscheidung der Kommission nicht auch an die Gesellschaften Laurens, Odon Warland und Tabalux, die den Brief vom 23. Dezember 1971 unterzeichnet hatten, gerichtet worden ist, so dürfte dafür die Erklärung ausreichen, daß diese Unternehmen unter die Kontrolle der Gruppen

geraten sind, denen auch die Kläger angehören.

2. Eine Reihe anderer im Zusammenhang mit den früheren Maßnahmen zu behandelnder Rügen bezieht sich sodann auf die Fragen, ob tatsächlich eine Abstimmung angenommen werden könne, ob das Schreiben der FEDETAB vom 21. Dezember 1970 (Politique de distribution cigarettes — tabac à partir du 1. 1. 1971) zwingende Regeln enthalten habe und wie es sich damit verhält, daß bestimmte Abmachungen angeblich nicht angewandt worden sind. Außerdem sollen einige in der Entscheidung erwähnte Schreiben von dem Großhändlerverband FNCG ausgegangen sein, also den Herstellern nicht zugerechnet werden können.

a) Hier interessiert zunächst der Hinweis, das am 22. Mai 1967 von der FEDETAB und der FNCG für ein Jahr abgeschlossene und auf die Einhaltung der von den Herstellern angegebenen Preise durch die Großhändler sich beziehende Musterabkommen sei nie angewandt und durch die FEDETAB-Entscheidung vom Januar 1968 hinfällig geworden. Weiter gehört hierher die Behauptung, das Zusatzabkommen vom 5. Oktober 1967, wonach Einzelhändler, die die Banderolenpreise nicht beachteten, von den Großhändlern nicht beliefert werden durften, habe nie praktische Folgen gehabt. Ferner ist hier das Vorbringen zu erwähnen, die Mustervereinbarung, die FEDETAB mit den meisten Großhändlern am 30. Juni 1972 abgeschlossen hat und die die Verpflichtung zur Einhaltung der von den Herstellern angegebenen Preise durch die Großhändler und ein Verbot der Lieferung an bestimmte Händler vorsah, sei nie angewandt und 1973 schon beendet worden. Hierzu wies AGROTAB, um die ausgebliebene Konkretisierung zu belegen, darauf hin, daß der Verband FNCG schon seit 1972 gleichsam im Sterben gelegen habe.

Dazu und zu dem in diesem Zusammenhang wichtigen Hinweis von AGROTAB auf ein Schreiben vom FNCG vom 8. Mai 1970, das — weil es an frühere Abkommen erinnere — beweise, daß diese nicht angewandt worden seien, hat die Kommission einmal mit Recht hervorgehoben, für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 sei nicht entscheidend, ob eine Vereinbarung angewandt werde. Für Artikel 85 Absatz 1 reiche es vielmehr aus, daß eine Wettbewerbsbeschränkung *bezweckt* werde, und dies lasse sich, gehe man vom Inhalt der in Frage stehenden Abmachungen aus, keinesfalls in Zweifel ziehen.

Aus demselben Grunde ist sodann auch nicht entscheidend, ob Sanktionen zur Durchsetzung der Abmachungen angewandt wurden oder nicht. Insofern konnte die Kommission — ganz abgesehen davon, daß schon eine Androhung von Sanktionen bei mächtigen Verbänden wirksam sein kann — immerhin auf ein Schreiben der FEDETAB vom 3. Oktober 1967 hinweisen, in dem die Großhändler aufgefordert wurden, bestimmte Händler, die Preise und Handelsspannen nicht beachteten, nicht zu beliefern. Ferner konnte sie auch daran erinnern, daß in einem Ergänzungsabkommen vom 29. Dezember 1970 zwischen der FEDETAB und der FNCG verabredet wurde, die Anwendung der Abmachungen streng zu kontrollieren und die Jahresabschlußvergütungen nur an Großhändler auszuzahlen, die die Verpflichtungen aus dem Abkommen vom 22. Mai 1967 beachteten.

Außerdem betont die Kommission mit Recht, die Gültigkeitsdauer der Absprachen sei im vorliegenden Fall nicht von Interesse. Dies trifft deshalb zu, weil sich die Entscheidung auf die Feststellung beschränkt, Artikel 85 Absatz 1 sei mißach-

tet worden, während sie keine Sanktionen verhängt, für die es auf die Dauer und die Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen ankommt.

b) Danach ist auf den Hinweis einzugehen, einige in der Entscheidung genannte Schreiben stammten von der FNCG und konnten daher nicht der FEDETAB und ihren Mitgliedern zugerechnet werden.

Es handelt sich dabei einmal um ein Schreiben vom 26. Oktober 1967, in dem mitgeteilt wurde, die Zigarettenhersteller lieferten nicht mehr an Großhändler, die Händler belieferten, welche Mengenrabatte einräumten. Es handelt sich weiter um ein Schreiben vom 8. Mai 1970, in dem an die Verpflichtung erinnert wurde, die von den Herstellern festgelegten Preise einzuhalten, nur den von FEDETAB anerkannten Einzelhändlern die für sie vorgesehenen Konditionen einzuräumen sowie an andere Großhändler nicht zu verkaufen. Drittens handelt es sich um das Schreiben vom 22. März 1972, in dem vom Verbot der Lieferung von Tabakwaren an bestimmte Großhändler die Rede war.

Auch hier kann man aber mit der Kommission der Meinung sein, daß dies für die Beurteilung ihrer Entscheidung keine Bedeutung hat, und zwar vor allem deswegen, weil die erwähnten Schreiben in dieser Entscheidung nicht als selbständige, wettbewerbsrechtlich relevante Akte gewürdigt werden. Tatsächlich darf nicht übersehen werden, daß das an erster Stelle genannte Schreiben auf eine von den *Herstellern* beabsichtigte Aktion hinweist. Sie steht im Zusammenhang mit dem Verbot der Gewährung von Nachlässen, das den Herstellern zuzurechnen ist, und sollte seiner Durchsetzung dienen. Dabei ist auch von Interesse das Schreiben der FEDETAB vom 3. Oktober 1967, in dem die Großhändler aufgefordert wurden, bestimmte Händler nicht zu beliefern, die die festgesetzten Preise und Verdienstspannen nicht beachten. Das an zweiter Stelle genannte Schreiben erinnert an Verpflichtungen aus einer Abmachung, an der die Hersteller zumindest über die FEDETAB beteiligt waren. Hinsichtlich des dritten, vorhin erwähnten Schreibens ist einmal von Bedeutung, daß in ihm auf das mit der FEDETAB am 29. Dezember 1970 abgeschlossene Ergänzungsabkommen Bezug genommen wird, dem zufolge eine Verstärkung des Einflusses der Lebensmittelbranche im Bereich Tabakwaren vermieden werden soll. Zum anderen darf der Zusammenhang mit dem am 30. Juni 1972 von der FEDETAB mit fast allen Grossisten abgeschlossenen Mustervertrag nicht übersehen werden, der das Verbot der Belieferung bestimmter Händler enthält und der durchaus als Folge des Schreibens der FNCG angesehen werden kann.

Bei dieser Betrachtung läßt sich tatsächlich nicht sagen, es seien den Herstellern in der Entscheidung zu Unrecht Akte zugerechnet worden, die in Wahrheit von dem genannten Großhändlerverband ausgingen.

c) Was sodann das von AGROTAB im Schriftsatz zur Begründung des Streithilfeantrags vorgetragene Argument angeht, der Brief der FNCG vom 26. Oktober 1967 weise geradezu auf das Fehlen einer Abstimmung in diesem Bereich hin, so ist dazu zwar einzuräumen, daß ihm entnommen werden kann, bestimmte Einzelhändler hätten sich nicht an das Rabattverbot und bestimmte Großhändler hätten sich nicht an das solchen Einzelhändlern gegenüber geltende Lieferverbot gehalten. Es läßt sich so aber sicher nicht belegen, daß die Vertriebsregelung weithin nicht funktioniert habe. Außerdem wird in der angegriffenen

Entscheidung, die ja nur an die Hersteller und ihren Verband gerichtet wurde, lediglich das von ihnen praktizierte Verhalten erfaßt. Auf ihre Einstellung kann man aber aus etwaigen Abweichungen von den Regeln auf nachgeordneten Stufen nicht schließen; es kann sogar, eben weil in dem genannten Schreiben auf die Absicht der Hersteller hingewiesen wird, Sanktionen zu verhängen, von deren Willen ausgegangen werden, dem Vertriebssystem zu voller Wirksamkeit zu verhelfen. Das aber macht das genannte Schreiben in Wahrheit zu einem Beleg für die Richtigkeit der von der Kommission vorgenommenen Wertung.

d) Schließlich ist in diesem Zusammenhang zu dem von der Klägerin FEDETAB stammenden Vorbringen, ihr Dokument vom 21. Dezember 1970 über die „Politique de distribution cigarettes — tabac à partir du 1. 1. 1971" sei nicht als zwingendes Arbeitsinstrument betrachtet worden, jeder Hersteller habe es vielmehr je nach seiner Absatzpolitik benutzt, noch dies anzumerken:

Gegen eine derartige Wertung spricht offensichtlich schon der Wortlaut. Wenn es im ersten Satz dieses Dokuments heißt: „Les fabricants de cigarettes, membres de FEDETAB, se sont engagés vis-à-vis des grossistes spécialisés en produits manufacturées en tabac à respecter les règles ci-après", so deutet dies darauf hin, daß die angeführten Regeln maßgebliche Richtschnur sein sollten. Dafür läßt sich auch auf die in der Entscheidung angeführten Kontrollmechanismen und auf die dort kritisierten Sanktionsmaßnahmen verweisen. Da überdies nicht streitig ist, daß das Dokument das Verhalten der Hersteller wesentlich beeinflußt hat und sie im großen und ganzen seine Regeln praktiziert haben, kann schwerlich beanstandet werden, daß die Kommission insofern vom Beschluß einer Unternehmensvereinigung und von abgestimmtem Verhalten gesprochen hat, das grundsätzlich von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt wird.

3. Eine weitere Gruppe besonders zu behandelnder Rügen bezieht sich ebenfalls mit Schwerpunkt auf den die früheren Maßnahmen betreffenden Entscheidungsteil und hat zum Gegenstand die darin enthaltene Beurteilung des Rabattverbots, der Festlegung einheitlicher Zahlungsfristen, der Bestimmung eines Mindestsortiments und des Verbots der Belieferung bestimmter Grossisten durch andere Großhändler.

a) So wurde zum Verbot der Gewährung von Nachlässen geltend gemacht, derartige Praktiken seien nur möglich bei großen Verdienstspannen, an denen es aber im Handel mit Tabakwaren fehle. Außerdem sei dieses Verbot erforderlich gewesen zum Schutze spezialisierter Händler, deren Existenz andernfalls in Gefahr geraten wäre.

Mit der Kommission bin ich jedoch der Ansicht, daß sich mit einer solchen Begründung nicht dartun läßt, Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags sei zu Unrecht auf Maßnahmen angewandt worden, deren grundsätzlich wettbewerbsbeschränkender Charakter — sie betreffen den Preiswettbewerb zwischen Händlern — schwerlich bestritten werden kann.

Tatsächlich darf einmal nicht vergessen werden, daß es nicht nur um den Ausschluß *großer* Nachlässe ging, die eventuell als unlauterer, ruinöser Wettbewerb zu qualifizieren wären, sondern um den Ausschluß jeglichen Rabattes. Zum anderen wurde auch nicht dargelegt, daß die Verdienstspannen seinerzeit derart komprimiert waren, daß sie auch kleine Rabatte nicht verkraften konnten. Dabei soll gar nicht einmal so sehr auf die Geschäftspraktiken großer Verteiler wie GB-Inno abgestellt werden, von denen im Verfahren ausführlich die Rede war

und die — weil sie sowohl Großhandels- wie Einzelhandelsfunktionen übernehmen — die dafür in Betracht kommenden Spannen kumulieren können. Von Interesse ist vielmehr der nicht bestrittene Vortrag der Streithelferin Fédération nationale des négociants en journaux, publications, librairie et articles connexes, dem zufolge Großhändler, die solche Einzelhändler beliefern, sich tatsächlich — offenbar auch jetzt noch — mit Preisnachlässen Konkurrenz machen. Dies zeigt überdies, daß eine solche Praxis — jedenfalls wenn sie sich auf einen angemessenen Rahmen beschränkt — keineswegs die Gefahr des Verschwindens spezialisierter Händler mit sich bringt.

b) Zur Festlegung einheitlicher Zahlungsfristen für die Abnehmer der Hersteller (vgl. das Schreiben vom 23. Dezember 1971) wurde sodann vorgebracht, dies sei unter dem Gesichtspunkt der Notwehr zu rechtfertigen. Es habe eine Aktion großer Verteiler mit dem Ziel der Einräumung längerer Zahlungsfristen gegeben, und es habe sich, als andere Abnehmer gleiche Vergünstigungen verlangten, die Gefahr abgezeichnet, daß sich so beträchtliche Auswirkungen auf den Preis ergeben würden, die eine Marktschädigung mit sich bringen mußten. Entsprechendes wurde übrigens auch zur Einhaltung von Mindestsortimenten durch bestimmte Händler vorgetragen. Dazu sei wissenswert, daß große Verteiler als Repressalie wegen der Verweigerung längerer Zahlungsfristen ihr Sortiment auf weniger als 60 Marken verringert hätten, und zwar durch Boykottierung der Kläger Weltab und Jubilé, die als die verletzlichsten anzusehen gewesen seien. Dem sei man — was ebenfalls als Notwehr gelten müsse — mit Liefersperren begegnet, die also nur auf die Aufhebung des Boykotts und nicht auf die Einhaltung einer bestimmten Sortimentsverpflichtung abgezielt hätten.

aa) Zu diesem Vorbringen muß zunächst einmal angemerkt werden, daß es außerordentlich zweifelhaft erscheint, ob es wettbewerbsrechtlich zulässig ist, auf einen angeblich unzulässigen Druck starker Nachfrager mit einem Wettbewerbsverstoß zu reagieren. Daran könnte allenfalls gedacht werden, wenn keinerlei andere Mittel in Betracht kämen, was jedoch nicht nachgewiesen wurde.

Darüber hinaus ist nicht nur von Interesse, daß, wie die Kommission mit Recht hervorgehoben hat, das von FEDETAB auf Seite 30 ihrer Klageschrift zitierte Schreiben schwerlich als Beleg dafür anzusehen ist, es habe eine gemeinsame Aktion mehrerer großer Verteiler bezüglich des Boykotts zweier Hersteller gegeben, daß heißt eine Maßnahme, der nur gemeinsam von allen Herstellern begegnet werden konnte. Es muß auch ganz generell als unwahrscheinlich bezeichnet werden, daß sich alle an der Aktion beteiligten Hersteller den erwähnten Verteilern gegenüber in einer schwachen Position befunden hätten. Eine Reihe von ihnen gehört nämlich starken internationalen Gruppen an, während andererseits etwa GB-Inno, der größte der hier in Betracht kommenden Verteiler, nur einen Anteil von etwa 6 % am Zigarettenmarkt hat.

Mit Notwehr kann also schwerlich das klägerische Verhalten gerechtfertigt werden.

bb) Zu der Einhaltung eines bestimmten Mindestsortiments von Zigaretten ist im übrigen noch hervorzuheben, daß es dabei keineswegs nur um eine Reaktion auf einen Teilboykott durch große Verteiler ging. Wenn ich das FEDETAB-Dokument „Politique de distribution cigarettes — tabac à partir du 1. 1. 1971" richtig verstehe, hatte die Führung eines Mindestsortiments vielmehr allgemeine Bedeutung im Sinne einer Voraussetzung

für die Zuerkennung bestimmter Bezugsbedingungen. Als solche aber wurde sie in der Entscheidung wohl grundsätzlich mit Recht als Wettbewerbsbeeinträchtigung gewertet, weil sie die Wahlfreiheit der Händler beeinträchtigen kann und auch mit einer Festlegung von Kapital verbunden ist, soweit es sich um weniger gängige Marken handelt. Auch läßt es sich nicht ohne weiteres mit der Begründung rechtfertigen, auf diese Weise werde der Wettbewerb zwischen den Marken gefördert, ist doch eine derartige Aufrechnung von Einschränkungen der Wettbewerbsmöglichkeiten der Händler mit einer Stimulierung des Wettbewerbs auf der Herstellerebene schwerlich gutzuheißen. Fraglich kann allenfalls sein, ob im Hinblick auf ohnehin bestehende derartige Handelsusancen von einer spürbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung gesprochen werden kann. Darauf wird in einem späteren Zusammenhang zurückzukommen sein.

c) Schließlich haben einige Kläger noch in bezug auf das in der Entscheidung behandelte Verbot der Belieferung bestimmter Grossisten durch andere Grossisten geltend gemacht, eine solche Anordnung müsse als absurd bezeichnet werden. Ein Grossist kaufe ohnehin nicht bei einem anderen Großhändler, weil ihm so eine kleinere Verdienstspanne zukomme. Außerdem sei — abgesehen davon, daß Warenhäuser und ähnliche Verteiler nicht als Großhändler gelten könnten — zu bedenken, daß die von Lebensmittelgrossisten und nicht spezialisierten Großhändlern ausgehende Nachfrage zu umfangreich sei, als daß sie durch spezialisierte Großhändler ohne schwere finanzielle Risiken befriedigt werden könne.

Auch in diesem Punkt wird man den Klägern nicht beipflichten können. Ganz abgesehen davon, daß bei der Anwendung von Artikel 85, wie schon gesagt, in Fällen, in denen eine Wettbewerbsbeschränkung *bezweckt* wird, die Frage der Auswirkungen auf den Markt offenbleiben kann, muß daran erinnert werden, daß die fraglichen Klauseln offenbar im Hinblick auf Grossisten festgelegt wurden, die von den Herstellern nicht beliefert wurden, oder im Hinblick auf Händler, die nur begrenzte Mengen erhielten. Wollten derartige Grossisten sich weiterhin am Geschäftsleben in befriedigendem Umfang beteiligen, so blieben ihnen tatsächlich nur andere Großhändler als Lieferquellen. Offenbar fanden derartige Lieferungen gelegentlich auch statt, wie sich den Erklärungen der FNCG vom 22. März 1972 entnehmen läßt. Außerdem muß hier daran erinnert werden, daß es auch zu gewissen wirksamen Lieferstopps gegenüber großen Verteilern gekommen ist, die ja als Wirtschaftssubjekte — und dafür ist die genannte Klausel wichtig gewesen — durchaus Funktionen des Großhandels und des Einzelhandels in sich vereinigen; ich verweise dazu auf die im Schriftsatz von GB-Inno auf Seite 6 aufgeführten Maßnahmen von Oktober 1967, Mai 1970 und März 1971.

d) Als Zwischenergebnis läßt sich somit festhalten, daß keine der bisher behandelten besonderen Rügen die Aufhebung des Entscheidungsteils rechtfertigen könnte, der sich auf die früheren Maßnahmen bezieht.

B — Ich komme danach zu einigen besonderen Rügen, die dem Artikel 2 der angegriffenen Entscheidung, also der FEDETAB-Empfehlung zum Zigarettenvertrieb in Belgien, gelten.

1. Hierzu haben einige Kläger beanstandet, daß die Entscheidung die Empfehlung als *Vereinbarung* zwischen den Unternehmen qualifiziere, die dazu ihre Zustimmung gegeben und erklärt hätten,

sie würden sie befolgen. Nach richtiger Auffassung seien Vereinbarungen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags nur Verträge nach nationalem Recht. Mit derartigen Abmachungen habe man es indessen im vorliegenden Fall nicht zu tun, denn es fehle an der verbindlichen Wirkung und es sei nichts vorgesehen, was ihre Einhaltung sichere. Dafür berufen sie sich unter anderem auf das Urteil der Rechtssache 48/69 (Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission, Urteil vom 14. Juli 1972, Slg. 1972, 658), in dem es heißt:

„Artikel 85 stellt den Begriff ‚aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen' neben die Begriffe ‚Vereinbarungen zwischen Unternehmen' und ‚Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen', um durch seine Verbotsvorschrift eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen zu erfassen, die zwar noch nicht bis zum Abschluß eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewußt eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten läßt."

Ich habe jedoch den Eindruck, daß gerade dieses Urteil deutlich macht, daß wir es bei dem jetzt zu behandelnden Punkt im Grunde mit einem unwichtigen Qualifikationsstreit zu tun haben. Dies läßt sich sagen, weil das Verfahren gezeigt hat, daß jedenfalls von einem abgestimmten Verhalten im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 ausgegangen werden kann, eben von einer „im Verhalten der Beteiligten zutage tretenden Koordinierung". Völlig unstreitig ist nämlich, daß die Vertriebsrichtlinien nicht nur gemeinsam ausgearbeitet wurden, sondern daß sie auch zur Anwendung gelangten und gelangen. Ich verweise dazu auf die Einlassung der FEDETAB, die immerhin von einer elastischen Anwendung spricht. Dazu kann auch auf die Erklärungen fast aller Kläger in der mündlichen Verhandlung verwiesen werden, die in der Empfehlung festgelegten Spannen seien von ihnen beachtet worden.

Darüber hinaus kann man aber auch den Standpunkt vertreten, der Begriff „Vereinbarung" im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 sei weiter als der des Vertrages im Sinne des Zivilrechts. Insofern ist das Urteil der Rechtssache 44/69 (Buchler & Co./Kommission, Urteil vom 15. Juli 1970, Slg. 1970, 757) zu sogenannten „Gentlemen's Agreements" von Interesse. Sie wurden tatsächlich als Vereinbarungen angesehen, weil es dazu nach Ansicht des Gerichtshofes ausreicht, wenn verschiedene Unternehmen sich untereinander bereit erklären, sich dementsprechend zu verhalten, und wenn so der gemeinsame Wille mehrerer Unternehmen hinsichtlich ihres Verhaltens auf dem Gemeinsamen Markt getreu zum Ausdruck kommt. Dies läßt sich ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen, in dem — wie schon gesagt — die Vertreter der Kläger bei der Ausarbeitung der Vertriebsempfehlung mitgewirkt haben. Wenn sie danach noch ihre Zustimmung ausdrücklich erklären und ihre Absicht zum Ausdruck bringen, die Empfehlung zu verwirklichen, so kann dies wohl als gegenseitige Willensübereinstimmung im Sinne des erwähnten Urteils und damit als Vereinbarung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 gewertet werden.

2. Kritisiert wurde ferner, daß die Empfehlung in der angegriffenen Entscheidung als Beschluß einer Unternehmensvereinigung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 bezeichnet wurde. Dazu weist die Streithelferin AGROTAB darauf hin, die FEDETAB sei eine Vereinigung ohne Gewinnzweck und nehme als solche am Wirtschaftsleben nicht teil.

Auch hier möchte ich der Meinung der Kommission zustimmen, daß dem zuletzt

genannten Umstand keine Bedeutung zukommt. Dafür ist nicht nur wichtig, daß die FEDETAB Rechtspersönlichkeit besitzt, also am Rechtsleben teilnehmen kann. Dazu kann auch auf die bereits erwähnte Tatsache hingewiesen werden, daß Entscheidungen der FEDETAB — wie sich aus Artikel 8 und 9 ihrer Satzung ergibt — für ihre Mitglieder verpflichtende Wirkungen haben. Außerdem muß man sich klarmachen, daß bei einer anderen Sicht der Dinge der Artikel 85 lückenhaft erscheinen könnte: Unternehmen müßten dann nur, anstatt sich untereinander zu verabreden, einen entsprechenden Verbandsbeschluß herbeiführen, der vielfach gleiches Gewicht hat, um so der Anwendung des Artikels 85 zu entgehen. Deshalb wurde auch in der Rechtsprechung (Rechtssache 71/74, Nederlandse Vereniging voor Fruit en Groentenimporthandel und Nederlandse Bond van Grossiers in Zuidvruchten en ander geimporteerd Fruit/Kommission, Urteil vom 15. Mai 1975, Slg. 1975, 583) ausdrücklich hervorgehoben, Artikel 85 Absatz 1 gelte auch für Vereinigungen, soweit deren eigene Tätigkeit oder die der in ihnen zusammengeschlossenen Unternehmen auf die Folgen abziele, die er unterbinden wolle.

Der FEDETAB-Beschluß als solcher, dessen Wirkungen dadurch verstärkt werden sollten, daß einzelne Hersteller ausdrücklich erklärten, ihm zuzustimmen, ist also durchaus wettbewerbsrechtlich relevant, das heißt, er kann als solcher, wie die Kommission angenommen hat, von Artikel 85 erfaßt werden.

3. Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, die Empfehlung sei unverbindlich und es werde insbesondere in Ziffer 61 der angegriffenen Entscheidung zu Unrecht von einer wirklichen Verpflichtung gesprochen, die sich für alle Unternehmen der Branche aus der Empfehlung ergebe.

Mit Recht hat die Kommission in diesem Zusammenhang daran erinnert, daß nach der Rechtsprechung (Rechtssache 8/72, Vereniging van Cementhandelaren/Kommission, Urteil vom 17. Oktober 1972, Slg. 1972, 990) schon die Festsetzung eines Richtpreises als Wettbewerbsbeeinträchtigung gilt, weil er nämlich sämtlichen Teilnehmern die Möglichkeit gibt, mit hinreichender Sicherheit vorauszusehen, welche Preispolitik ihre Konkurrenten verfolgen werden. Sie hat außerdem, unter Bezugnahme auf das Urteil 73/74 (Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique und andere/Kommission, Urteil vom 26. November 1975, Slg. 1975, 1491), darauf hingewiesen, daß Entsprechendes zu gelten habe bei Klauseln über andere Geschäftsbedingungen, wenn Hauptelemente des Preises als Richtwerte festgesetzt werden, was im vorliegenden Fall für die den Abnehmern der Hersteller gewährten Vergütungen zutrifft. Überdies darf nicht vergessen werden, daß eine Reihe von Herstellern ihre Zustimmung zu der Empfehlung gegeben hat und durch die so geartete Willensübereinstimmung zumindest eine gewisse Verbindlichkeit begründet hat.

Soweit aber in Ziffer 61 der Entscheidung von einer Verpflichtung für Dritte gesprochen wird, ist offensichtlich nicht eine rechtliche Verpflichtung anderer Unternehmen der Branche gemeint, sondern nur an einen wirtschaftlichen Zwang gedacht worden. Dieser dürfte tatsächlich schwerlich anzuzweifeln sein, wenn man sich vor Augen hält, daß die sieben Unternehmen, die der Empfehlung zugestimmt haben, rund 80 % des Zigarettenabsatzes in Belgien kontrollieren und damit sicher einen beträchtlichen Einfluß auf das Marktgeschehen haben.

4. Endlich ist in diesem Zusammenhang noch auf den Vorwurf einzugehen, die

Kommission habe zu Unrecht in der Empfehlung eine einfache Fortsetzung des früher geltenden Vertriebssystems gesehen. In Wahrheit bestünden aber ganz deutliche Unterschiede in den Auswirkungen. So kenne die Empfehlung keine ausdrückliche und besondere Zulassung von Händlern zu bestimmten Kategorien, und sie enthalte auch keine Beschränkung des Zugangs zum Großhandel. Unbekannt seien ihr Querlieferungsverbote, und sie sehe keine kollektiven Maßnahmen namentlich im Hinblick auf die Durchsetzung von Zahlungsfristen vor. Sie beschränke sich ferner auf die Fixierung von *Höchstspannen* und lasse den Herstellern jede Freiheit in bezug auf andere Vergütungen. Nicht zuletzt sei wesentlich, daß sie nur für das Verhältnis Hersteller — direkte Abnehmer gelte; für Händler seien also, was die Wiederverkaufsbedingungen angeht, keine Regeln vorgesehen, und es sei demzufolge unrichtig, von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen zu sprechen. Da die Kommission dem nicht Rechnung getragen habe, müsse die in der Entscheidung enthaltene Beurteilung der Empfehlung als auf falschen Tatsachen beruhend und irrig angesehen werden.

Zu dieser Rüge ist zunächst festzuhalten, daß sie nicht begründet erscheint, soweit sie auf die These zurückgeht, die Empfehlung gelte nur für das Verhältnis der Hersteller zu ihren direkten Kunden. Daß dem nicht so ist, daß sie vielmehr auch das Verhältnis Grossisten — Einzelhändler im Auge hat, hat die Kommission meines Erachtens namentlich in ihrer Duplik auf den Seiten 80 bis 90 überzeugend gezeigt. Dafür läßt sich etwa — erschöpfend ist diese Aufzählung nicht — darauf verweisen, daß in der Anmeldung der Empfehlung auch von Höchstsätzen für *Zwischennachlässe* gesprochen wird. Dafür ist von Interesse, daß auch Spannen für Einzelhändler, die zahlenmäßig größte Kundenklasse (mehrere zehntausend), festgelegt werden und gleichzeitig hervorgehoben wird, daß sie fast alle unmittelbar von Großhändlern beliefert würden. Dafür kann auch auf das Antwortschreiben der FEDETAB vom 29. Juli 1976 zur Stellungnahme von Mestdagh und Huyghebaert verwiesen werden, in dem davon die Rede ist, bei der Belieferung von Lebensmittelgeschäften durch Großhändler werde der übliche, für nicht spezialisierte Einzelhändler geltende Satz von 7,25 % eingeräumt.

Andererseits ist allerdings einzuräumen, daß die Empfehlung für das Verhältnis Grossisten — Einzelhändler offensichtlich nicht Wirkungen von der Intensität des früheren Regimes hat, in dem es regelrechte Abmachungen zwischen den Herstellern und den Grossisten gab. So erklärt es sich auch, daß sich die Grossisten offenbar nicht durchweg an die Empfehlung halten. Jedenfalls ist nicht daran zu zweifeln — dies hat auch der Vertreter der Fédération nationale des négociants en journaux, publications, librairie et articles connexes erklärt —, daß sich die Großhändler bei der Festlegung ihrer Abgabepreise durchaus Wettbewerb machen.

Indessen muß man den Eindruck haben, daß die Kommission diesen Unterschied wie auch andere Abweichungen der Empfehlung von den früheren Maßnahmen durchaus gesehen hat. Tatsächlich ist festzustellen, daß in der Entscheidung einerseits die früheren Maßnahmen mit allen Details und andererseits, davon getrennt, der Inhalt der Empfehlung geschildert wird. Desgleichen erfolgte die rechtliche Würdigung getrennt. Wenn es dabei aber in dem einen oder anderen Punkt zu einer Bezugnahme auf die Würdigung der früheren Maßnahmen gekommen ist, so läßt sich dies schwerlich beanstanden. Insoweit ist nicht nur

von Interesse, daß die Kläger bei der Anmeldung der Empfehlung, zu deren Ausarbeitung es nach der Zustellung der Beschwerdepunkte zu den früheren Maßnahmen gekommen ist, erklärt haben, die Empfehlung solle die früheren Maßnahmen *ersetzen*. Unbestreitbar ist wohl auch, daß der Gegenstand der Maßnahmen weithin gleichartig ist und daß von ihnen, eben weil die wesentlichen Elemente beibehalten wurden und die Kläger im großen ganzen sowohl die früheren Maßnahmen als auch die Empfehlung tatsächlich angewandt haben, ähnliche Auswirkungen auf den Markt und seine Wettbewerbsverhältnisse ausgingen.

Durchschlagende Kritik an der Entscheidung betreffend die FEDETAB-Empfehlung kann also schwerlich mit der Begründung geübt werden, die Empfehlung sei in ihrem Verhältnis zu den früheren Maßnahmen unzutreffend gewürdigt worden.

C — Nach dieser für die Kläger erfolglosen Untersuchung der besonderen, zu Artikel 2 der Entscheidung vorgetragenen Rügen muß jetzt auf die Kritik eingegangen werden, die sich, was Artikel 85 Absatz 1 anbelangt, auf die Entscheidung insgesamt bezieht, also im großen ganzen sowohl für den Teil gilt, der die früheren Maßnahmen behandelt, als auch für den Teil, in dem die Empfehlung beurteilt wird.

1. Hier ist an erster Stelle das Vorbringen der Kläger wichtig, es sei zu berücksichtigen, daß Ziel der beanstandeten Maßnahmen die Aufrechterhaltung des traditionellen Vertriebs mit einem dichten Netz sei, das auch kleinen, wenig bekannten Marken, die zur Verstärkung des Wettbewerbs beitragen, eine Chance lasse. Dafür seien spezialisierte Großhändler unerläßlich, die, würden ihre Dienste durch Aufrechterhaltung eines bestimmten Preisniveaus nicht besonders honoriert, dem Wettbewerb anderer Großverteiler, deren Umsatz eine steigende Tendenz aufweise, nicht standhalten könnten. Für ein solches Anliegen sei die Rechtsprechung in der Rechtssache 26/76 (Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Kommission, Urteil vom 25. Oktober 1977, Slg. 1977, 1899 ff.) von besonderem Interesse. Danach komme dem Preiswettbewerb kein absoluter Vorrang zu. Insbesondere stehe mit dem Wettbewerbsrecht eine Trennung der Funktionen einerseits des Großhandels und andererseits des Einzelhandels in Einklang, wenn sie nur nach objektiven Kriterien erfolge. Darüber hinaus sei in dem Urteil nicht nur hervorgehoben worden, ein selektives Vertriebssystem sei mit Artikel 85 Absatz 1 vereinbar; betont worden sei auch, das Bestreben, für den Fachhandel ein bestimmtes Preisniveau aufrechtzuerhalten und den Fortbestand dieses Vertriebsweges zu erhalten, verstoße nicht zwangsläufig gegen Artikel 85 Absatz 1. Dem aber habe die Kommission bei der Würdigung des in Belgien für Tabakwaren geltenden Vertriebssystems nicht korrekt Rechnung getragen.

Zu diesen Ausführungen ist meines Erachtens zunächst einmal anzumerken, daß die Kommission nichts gegen die Einteilung der Händler in verschiedene Kategorien hat, wenn sie nach objektiven, gleichermaßen angewandten Kriterien erfolgt, und auch die Festlegung unterschiedlicher Spannen für sie nicht beanstandet. Es trifft also nicht zu, daß sie auf einem Wettbewerb zu gleichen Bedingungen zwischen spezialisierten Großhändlern und anderen Großverteilern besteht, der zum Verschwinden des spezialisierten Großhandels, das heißt eines traditionellen Vertriebsweges, führen müßte, auf den kleinere Hersteller besonders angewiesen sind. Worum es

der Entscheidung vor allem geht, ist, daß die wichtigsten Hersteller bei der Verfolgung dieses Anliegens konzertiert vorgehen und untereinander einen diesbezüglichen Wettbewerb ausschalten.

Klar ist für mich sodann auch, daß sich für den vorliegenden Fall, insbesondere zu dem zuletzt genannten Gesichtspunkt, aus dem Urteil 26/76 (Metro) keine Entscheidungshilfe im Sinne der klägerischen These gewinnen läßt. Zwar ist einzuräumen, daß sich in ihm Äußerungen zur Vereinbarkeit eines selektiven Vertriebssystems mit Artikel 85 Absatz 1 finden. Von Wichtigkeit ist aber einmal, daß sich dies auf ein selektives Vertriebssystem für hochentwickelte Verbrauchsgüter bezieht, in dem es um die Auswahl bestimmter Händler nach qualitativen Gesichtspunkten ging. Insofern kann man sich mit Recht fragen, ob sich dies ohne weiteres auf den Vertrieb von Tabakwaren übertragen läßt, bei dem es an derartigen Besonderheiten fehlt und bei dem überdies gar keine Selektion nach qualitativen Gesichtspunkten stattfindet. Von Wichtigkeit ist ferner, daß es in der Rechtssache 26/76 (Metro) um ein individuelles Vertriebssystem *eines* Herstellers ging. Es gab dort keine horizontalen Absprachen, vielmehr verblieb ein Wettbewerb mit anderen Vertriebsformen anderer Hersteller. Anders als im vorliegenden Fall blieb auch die Handlungsfreiheit der Händler unangetastet, das heißt, es gab im Rahmen des selektiven Vertriebsnetzes keine Gleichförmigkeit der Preisbildung, sondern durchaus Wettbewerb in diesem Bereich. Auch darf nicht übersehen werden, daß die seinerzeit zu beurteilende Entscheidung der Kommission weithin auf den Artikel 85 Absatz 3 des EWG-Vertrags gestützt war, der bestimmte Einschränkungen des Wettbewerbs zuläßt, wenn dies für die Verwirklichung gewisser schützenswerter Ziele erforderlich erscheint. Dazu wurde der Kommission im Urteil ausdrücklich aufgegeben, darauf zu achten, daß die „Starrheit der Preisstruktur nicht noch stärker wird, was geschehen könnte, wenn die Anzahl der selektiven Vertriebsnetze für den Absatz desselben Erzeugnisses größer werden sollte". Damit ist offensichtlich eine Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen zwischen verschiedenen Herstellern gemeint, wie sie im vorliegenden Fall zweifellos anzutreffen ist.

Angesichts der Besonderheiten des gegenwärtigen Falles erscheint es demnach sicher nicht angängig, unter Bezugnahme auf das Metro-Urteil den Standpunkt zu vertreten, die Kommission habe zu Unrecht von einer Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 gesprochen.

2. Daran schließt sich die weitere Frage an, ob die Kommission bei der *Würdigung des Vertriebssystems für Tabakwaren in Belgien* tatsächlich alle wesentlichen Umstände ausreichend und korrekt berücksichtigt hat und danach mit Recht eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 angenommen hat.

Dazu weisen die Kläger bekanntlich auf die besondere Wettbewerbslage hin, die den Markt für Tabakwaren kennzeichne. Für sie sei bestimmend die Erhebung einer hohen Proportionalsteuer nach dem vom Hersteller oder Importeur festzulegenden Einzelverkaufspreis, wobei der Wettbewerb nach unten durch eine Mindeststeuer begrenzt sei. Ferner ließen die in Belgien geltenden Regeln betreffend die Preisüberwachung Preiserhöhungen nicht ohne weiteres zu, und für Tabakwaren gelte dort die Festpreisregel des Artikels 58 des belgischen Gesetzes vom 3. Juli 1969, die schon in der Rechtssache 13/77 (GB-Inno-BM/Vereniging van de Kleinhandelaars in Ta-

bak, Urteil vom 16. November 1977, Slg. 1977, 2115 ff.) eine Rolle gespielt habe. Außerdem sei zu beachten, daß es nach belgischem Recht nicht möglich sei, für eine Zigarettenmarke verschiedene Steuerbanderolen zu erhalten, und daß auch gesundheitsrechtliche Vorschriften den Wettbewerb beeinflußten. Dem hat nach Auffassung der Kläger die Kommission nicht oder nicht in zutreffender Weise Rechnung getragen. Sie habe bei ihrem Urteil über die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung insbesondere außer acht gelassen, daß der Wettbewerbsraum durch die genannten Regeln bereits wesentlich eingeengt sei — einige meinen sogar, daß sie den Wettbewerb praktisch ausschlössen — und daß hoheitlich bedingten Wettbewerbsverfälschungen, die eine „workable competition" ausschlössen, mit marktregulierenden Maßnahmen von seiten der betroffenen Unternehmen habe entgegengetreten werden müssen.

a) Meines Erachtens ist es zweckmäßig, an den Beginn der Untersuchung dieses Streitkomplexes, die, auch wenn sie grundsätzlich für die Gesamtheit aller Maßnahmen zur Regelung des Tabakwarenvertriebs gilt, zum Schluß doch einige besondere Ausführungen zu den „früheren Maßnahmen" erforderlich macht, eine kurze Darstellung der von der Kommission in der Entscheidung gegebenen wettbewerbsrechtlichen Würdigung dieser Maßnahmen zu stellen.

aa) Zu den früheren Maßnahmen

— Was zunächst die Einteilung der Händler in Kategorien und die Festlegung bestimmter Verdienstspannen für sie angeht, so sieht die Kommission darin einmal eine Einschränkung des Wettbewerbs der Hersteller im Bereich der von ihnen gewährten Gewinnspannen. Sie geht zum anderen auch von einer Einschränkung des Wettbewerbsraums der Großhändler aus. Dies deswegen, weil es — da die Einstufungskriterien nicht den sonstigen Leistungen und Anstrengungen Rechnung trugen, die Händler individuell erbringen — danach nicht zu einem Wettbewerb auf dem Gebiet der für die Hersteller geleisteten Dienste kommen konnte und weil die Großhändler nicht miteinander bei der Festlegung ihrer Wiederverkaufspreise konkurrierten.

— In der vorgeschriebenen Einhaltung der von den Herstellern festgelegten Abgabepreise der Großhändler und der Wiederverkaufspreise der Einzelhändler sieht die Kommission weiter eine Einschränkung des Preiswettbewerbs, wie er für ein und dieselbe Marke möglich gewesen wäre.

— Soweit eine quantitative Beschränkung der Anerkennung von Grossisten bestimmter Kategorien vorgesehen war, spricht die Kommission ferner von einer Beschränkung der Möglichkeit des Marktzugangs für die nicht anerkannten Großhändler.

— Im Hinblick auf das Verbot der Belieferung anderer Großhändler und bestimmter Einzelhändler durch die zugelassenen Grossisten meint die Kommission, damit sei solchen Zwischenhändlern die Möglichkeit genommen worden, bestimmte Verkäufe zu tätigen und ihre Marktstellung zu verbessern; ferner seien die Käufer daran gehindert worden, größere Mengen und zu günstigeren Bedingungen zu beziehen.

— Was die Festlegung von Höchstzahlungsfristen für Großhändler angeht, so hebt die Kommission dazu hervor, dies habe Auswirkungen auf die Gewinnspannen der Hersteller und der Händler gehabt.

— Zur Verpflichtung der Einzelhändler, ein Mindestsortiment anzubieten, schließlich kritisiert die Kommission, daß

dies verhindert habe, den Verkauf einer Marke besonders zu forcieren, und daß dies die Händler zur Führung schlecht verkäuflicher Marken, also zu einer unproduktiven Festlegung des Betriebskapitals, genötigt habe.

bb) Entsprechend wertet die Kommission *die mit der Empfehlung getroffenen Maßnahmen*, die ähnlichen Charakter haben.

— Soweit es um die Einstufung der Händler in Kategorien und die Festlegung von Gewinnspannen für sie geht, spricht die Kommission gleichfalls von einer Einschränkung des Wettbewerbs sowohl zwischen den Herstellern als auch zwischen den Wiederverkäufern. Soweit für die Einstufung die Zahl der geführten Marken von Bedeutung ist — also eine gewisse Verpflichtung zur Sortimentsgestaltung besteht —, wird auch hier für die früheren Maßnahmen von einer Einschränkung des Wettbewerbs für diese Händler gesprochen.

— In bezug auf die Regelung der Jahresabschlußvergütung geht die Kommission davon aus, auf diesem Gebiet werde der Wettbewerb zwischen Herstellern eingeschränkt. Sie hebt außerdem hervor, es würden so — weil sich die Vergütung nach dem Gesamtumsatz mit allen Herstellern richtet — besondere Bemühungen eines Händlers um zusätzliche Vorteile bei einem Hersteller und die Konzentrierung der Käufer auf einen Hersteller ihre Bedeutung verlieren, ganz abgesehen davon, daß dieses System eine Belastung für neu am Markt auftretende Hersteller, also eine Erschwerung des Marktzuganges, darstelle.

— Zur einheitlichen Festlegung von Höchstzahlungsfristen endlich wird festgestellt, sie verhindere, wie schon die entsprechende Maßnahme des früheren Systems, den Wettbewerb auf diesem Gebiet.

b) Zweckmäßig erscheint es ferner, da es für die Beurteilung dieser Wettbewerbsbeschränkungen nach Ansicht der Kläger — auch die Kommission hat dies nicht grundsätzlich verworfen — auf bestimmte, den Markt beeinflussende, hoheitliche Regelungen und Praktiken ankommen soll — die Hersteller sprechen insofern von Zwängen, denen die Marktteilnehmer unterworfen seien —, sie vorweg im einzelnen darzustellen und anhand der Elemente, die im Verfahren zutage getreten sind, eine Bewertung ihrer Auswirkungen zu versuchen.

aa) Zum belgischen Steuersystem

Es ist im Bereich der Tabakwaren gekennzeichnet durch eine hohe Proportionalsteuer, die nach dem vom Hersteller oder Importeur, den Steuerschuldnern, festzusetzenden Kleinverkaufspreis berechnet wird. Dies war — wie wir in der mündlichen Verhandlung gehört haben — immer so. Daran hat sich auch nichts geändert nach Erlaß der Ratsrichtlinie vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. L 303 vom 31. Dezember 1972, S. 1). Danach gilt für die erste Stufe der Harmonisierung, daß der Anteil der spezifischen Steuer nicht unter 5 % liegen darf, woran sich Belgien gehalten hat; für die zweite Stufe gilt derselbe Prozentsatz, allerdings unter Einschluß der Mehrwertsteuer. Es sieht auch nicht so aus, als würde in absehbarer Zeit eine stärkere Verschiebung des Verhältnisses Proportionalsteuer — spezifische Steuer zugunsten der letzteren stattfinden. Ich verweise dazu auf die Richtlinie Nr. 77/805, mit der ab 1. Juli 1978 die zweite Stufe der Harmonisierung begonnen wurde, sowie auf die Ausführungen in der mündlichen Verhandlung über die voraussehbare weitere Entwicklung dieser Frage.

Die entscheidende Wirkung einer solchen Besteuerungsart liegt darin, daß jede Veränderung in anderen Kostenelementen als der Verbrauchsteuer und der Mehrwertsteuer, die auch proportional ist, sich in einem Vielfachen ihres Wertes im Kleinverkaufspreis niederschlägt; auf diese Weise wird — wie die Kläger erklärt haben — der Wert jeder Wettbewerbshandlung vervielfacht. Insoweit spricht man üblicherweise von einem „Multiplikator". Er liegt nach dem belgischen System zwischen den Werten 4 und 5 und hatte auch — wie gezeigt wurde — in der Zeit von 1972 bis 1978 keineswegs, was dem Ziel der Harmonisierung entsprechen würde, die Tendenz abzunehmen, sondern eher die, zuzunehmen. Wie sich dies im einzelnen in der wirtschaftlichen Wirklichkeit darstellt, wurde von den Klägern — aber auch in der mündlichen Verhandlung von der Kommission — anhand von Zahlenbeispielen eindrucksvoll demonstriert. So führt die Vergrößerung *eines* Kostenelements, des Herstelleranteils oder der Händlerspanne, zu einem unverhältnismäßig starken Ansteigen des Kleinverkaufspreises, was etwa bei einer Differenzierung von Handelsspannen und entsprechend differenzierter Gestaltung des Einzelverkaufspreises einen sehr großen Wettbewerbsvorteil für weniger kostenintensive Vertriebsformen ergeben würde. Umgekehrt hätte eine Verringerung von Kostenelementen eine unverhältnismäßig starke Absenkung des Einzelverkaufspreises zur Folge, weil der entsprechende Verzicht auf der Hersteller- oder Händlerebene gleichsam mit Steuermitteln vervielfacht wird. Dies berechtigt dazu, von einem wettbewerbsverzerrenden Effekt zum Nachteil kostenintensiver Produkte — neuer Marken, kleiner Marken, Marken von kleinen Herstellern — und zum Nachteil kostenintensiver Vertriebsformen zu sprechen. Ausdrücklich anerkannt wird dies übrigens in der Begründung der Richtlinie Nr. 72/464: Hier ist davon die Rede, die zur Zeit bestehenden Verbrauchsteuern auf Tabakwaren seien nicht wettbewerbsneutral, sie seien geeignet, die Wettbewerbsbedingungen sowohl auf einzelstaatlicher als auch auf innergemeinschaftlicher Ebene zu verfälschen. Dahin spricht sich auch der Wirtschafts- und Sozialausschuß in seiner Stellungnahme zu dem Vorschlag für eine Fünfte Richtlinie des Rates über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. C 204 vom 30. August 1976, S. 1) aus. Die Wettbewerbsverfälschung wird zudem in gewisser Weise dadurch verstärkt, daß Artikel 10 der Richtlinie Nr. 72/464 die Einführung einer Mindeststeuer vorsieht — was in Belgien geschehen ist —, deren Betrag nicht höher sein darf als 90 % des Gesamtbetrages aus proportionaler und spezifischer Verbrauchsteuer, die auf den am meisten gefragten Zigaretten liegen. Denn damit wird offensichtlich ausgeschlossen, daß sich der Multiplikatoreffekt nach unten zugunsten billiger Produkte voll auswirkt.

Bei einer solchen Sachlage ist es den Herstellern — und zwar im Hinblick auf die Bestände des Handels — praktisch verwehrt, Preissenkungen vorzunehmen. Die Bestände des Handels müßten nämlich, weil die Händler nicht auf ihre Spanne verzichten werden, überproportional, und zwar in Höhe eines Vielfachen des vom Hersteller gewollten Verzichts, auf Kosten des Herstellers entlastet werden oder letzterer müßte — was als zu kostspielig ausscheidet — die Waren zum Zwecke der Steuererstattung und der Anbringung neuer Banderolen zurücknehmen.

Bei einer solchen Sachlage, bei der mit hohen Kosten belastete Produkte wegen des Verteuerungseffekts des Multiplikators nur erheblich geminderte Marktchancen haben, tritt offensichtlich auch

eine andere Folge ein, nämlich ein Nivellierungs- oder Komprimierungseffekt im Bereiche des Herstelleranteils und der Vertriebskosten. Dies wird belegt durch die Tatsache, daß 80 % der in Belgien verkauften Zigaretten in oder unter der meist verkauften Preisklasse liegen; sie betrug zu einer bestimmten Zeit 41 belgische Franken, wogegen die billigsten Zigaretten 38 belgische Franken kosteten. Dazu kann auch auf eine Tabelle verwiesen werden, die sich auf Seite 81 der Duplik der Kommission findet und nach der der Anteil des Zigarettenverkaufspreises, über den Industrie und Vertrieb verfügen, von allen Mitgliedsländern mit Ausnahme von Luxemburg in Belgien am geringsten ist. Außerdem kann insofern auf Auszüge aus einem Bericht der englischen Price Commission Bezug genommen werden, die auf Seite 18 der Replik in der Rechtssache 215/78 abgedruckt sind und nach denen der Multiplikatoreffekt einer hohen Proportionalsteuer — in dem Bericht war nur eine solche von 30 % erwähnt — die Notwendigkeit mit sich bringt, die Kosten möglichst niedrig zu halten.

Demnach kann man wohl davon ausgehen, daß ein Verbrauchsteuersystem mit einem sehr hohen Proportionalsteueranteil den Wettbewerbsraum der Marktteilnehmer beträchtlich einengt und daß es auch mit Wettbewerbsverfälschungen verbunden ist, an denen bei einer Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 nicht vorbeigegangen werden kann.

bb) Die belgischen Preisüberwachungsvorschriften

Nach dem Arrêté ministériel vom 22. Dezember 1971 sind Preiserhöhungen zwei Monate vor der beabsichtigten Anwendung beim Wirtschaftsminister anzumelden. Dieser gibt dazu eine Empfehlung ab mit der Wirkung, daß die Preiserhöhung verschoben werden muß, wenn sie den in der Empfehlung angegebenen Umfang übersteigt. Im Hinblick auf diese Regelung, deren bremsender Effekt nicht zu leugnen ist, und im Hinblick auf die Beurteilung ihrer Auswirkungen sind im Tabaksektor zwei Umstände von besonderer Bedeutung. Die Regelung wird offenbar minuziös und streng gehandhabt, weil sie den Index beeinflußt, der für viele Bereiche eine große Rolle spielt. Im Tabaksektor wird in die Verhandlungen — und zwar mit ziemlich bestimmendem Einfluß — auch der Finanzminister eingeschaltet, weil unter Umständen neue Banderolen geschaffen und eine neue Mindeststeuer festgesetzt werden müssen, aber auch, weil Auswirkungen auf das Steueraufkommen eintreten können. Dabei ist der Finanzminister — und zwar gerade in den letzten Jahren, in denen sich eine erhebliche Steueranhebung ergab — darauf bedacht, daß der Anteil des Fiskus an einer Preiserhöhung — unter Umständen auf Kosten der anderen Beteiligten — gesichert wird. Er wird ferner auch zu starke Preiserhöhungen zu verhindern suchen, weil sie zu einem teilweisen Konsumverzicht und damit zu Steuerausfällen führen könnten.

Diese Umstände bringen es einmal mit sich, daß alle Elemente des Preises, auch die verschiedenen Gewinnspannen, sorgfältig geprüft werden. So kann aus uns vorgelegten Dokumenten — einem Schreiben und einer Entschließung der Preiskommission aus dem Jahr 1976 — entnommen werden, daß eine ganz bestimmte Anhebung der Handelsspanne, ja sogar speziell der Spanne der Großhändler, gutgeheißen wurde. Weiter wurde gezeigt, daß bei einer Preiserhöhung um 5 Franken im Jahre 1977 der größte Anteil dem Staat reserviert wurde und nur ein kleiner Bruchteil den Einzelhändlern zugestanden wurde. Auch ist von Interesse, daß im Jahre 1978 die Preisbehörde weit unter dem von den

Beteiligten beantragten Niveau geblieben ist — den Herstellern wurden statt 28 Franken nur 20 Franken und dem Handel statt 12 Franken nur 8 Franken zugesprochen —, was eine Verminderung der Spannen in Prozenten mit sich brachte.

Die angeführten Besonderheiten bei der Handhabung der Preisüberwachung, namentlich die Beteiligung des Finanzministers, bringen es auch mit sich, daß die Verwaltung — obwohl an sich individuelle Anmeldungen durch einzelne Unternehmen und individuelle Preismaßnahmen möglich sind — Wert auf kollektive Verhandlungen mit Verbänden, also auf eine gewisse Konzertierung legt. Dafür ist das von der Klägerin BAT angeführte Beispiel der Einführung einer neuen Marke zu einem bestimmten niedrigen Preis kennzeichnend, wo es offenbar — im einzelnen verweise ich dazu auf die Ausführungen in der mündlichen Verhandlung — nach einer allgemeinen Preisanhebung im Jahre 1977 nur auf besonderes Drängen und nur für kurze Zeit gelang, das vom Hersteller gewünschte niedrigere Preisniveau beizubehalten.

Man kann also feststellen, daß die Handhabung der Preisüberwachungsvorschriften ein gemeinsames Vorgehen bei der Gestaltung der Preise und ihrer Elemente begünstigen. Andererseits kann auch, weil die Handhabung der Regelung zu einer beträchtlichen Komprimierung des Herstelleranteils und der Spannen führt — etwa weil die im Jahr 1979 durch Steuererhöhungen verursachten Verkaufsrückgänge aufgefangen werden mußten —, davon gesprochen werden, daß sie zu einer erheblichen Einengung des Wettbewerbsspielraums beiträgt.

cc) Zur belgischen Fiskalpolitik

In diesem Zusammhang haben die Kläger auch besondere Ausführungen zu der belgischen Fiskalpolitik hinzugefügt. Die Tabaksteuer stelle eine wichtige Steuerquelle dar; ihr Umfang müsse, weil im Budget eingeplant, zuverlässig voraussehbar sein. Außerdem bestehe eine Tendenz zur Einnahmenausweitung, was durch die Tatsache belegt werde, daß die Steuer in zehn Jahren verfünffacht worden sei.

Tatsächlich wird man nicht leugnen können — dies klang schon bei dem vorhin behandelten Punkt der Preisüberwachung an —, daß auch die Fiskalpolitik zur Begrenzung des Aktionsfeldes der Unternehmen merklich beiträgt. Ich erinnere dazu noch einmal an das, was zu den Bemühungen der Klägerin BAT um die Aufrechterhaltung eines bestimmten Preisniveaus für eine neu eingeführte Marke ausgeführt wurde. Außerdem sind insofern Erklärungen von Interesse, die die belgische Regierung in einem gegen sie gemäß Artikel 169 des EWG-Vertrags eingeleiteten Verfahren abgegeben hat. Danach kann davon ausgegangen werden, daß in einer Situation, in der sich ein Rückgang des Einzelverkaufspreises ergäbe — etwa aufgrund besonderer Wettbewerbsanstrengungen von Händlern, die sich einer Marke speziell annehmen und dafür honoriert werden —, der Finanzminister einen damit verbundenen Rückgang der Tabaksteuereinnahmen nicht hinnehmen und einen Ausgleich — etwa über eine hohe Spezialsteuer — suchen würde.

Meines Erachtens ist ohne weiteres klar, daß sich derartige Perspektiven auf Wettbewerbsanstrengungen lähmend auswirken und daß dem bei der Anwendung von Artikel 85 Rechnung zu tragen ist.

dd) Zur belgischen Festpreisregelung

Nach dem am 1. Januar 1971 in Kraft getretenen Artikel 58 des belgischen Mehrwertsteuergesetzes, der uns schon aus dem Verfahren 13/77 bekannt ist,

besteht die Verpflichtung, den auf den Steuerbanderolen angegebenen Preis einzuhalten.

Dies bedeutet offensichtlich, daß es für einen Händler, der im Hinblick auf eine Marke besondere Anstrengungen unternimmt, nicht nur schwierig, sondern ausgeschlossen ist, dies im Wege einer Verringerung des Einzelverkaufspreises zu bewirken. Die Regelung hat also einen Ausschluß des Wettbewerbs für ein und dieselbe Marke auf dem Niveau des Einzelhandels zur Folge, und dies kann auch nicht — wie die Kommission irrig meint — durch etwaige Gratisabgaben von Zigaretten umgangen werden, da der von ihr ins Auge gefaßte Artikel 5 der Verordnung, die als Anhang zur belgischen Verordnung vom 22. Januar 1948 ergangen ist, in Wahrheit nur vergünstigte Abgaben an das Personal der Hersteller und Importeure erfaßt. Vielmehr muß auch dies bei der Untersuchung des Wettbewerbsverhaltens der am Markt von Tabakwarenerzeugnissen Beteiligten berücksichtigt werden.

Dem läßt sich meines Erachtens nicht mit einem Hinweis auf das Urteil der Rechtssache 13/77 (Slg. 1977, 2115 ff.) entgegentreten, in dem der genannte Artikel 58 unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu untersuchen war. Das Urteil beschränkt sich nämlich darauf auszusprechen, das vorlegende Gericht habe zu ermitteln, ob feste Einzelhandelspreise mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, und es habe insbesondere festzustellen, „ob ein derartiges System der Preisbindung unter Berücksichtigung der steuerlichen Behinderungen, die den Bereich dieser Erzeugnisse treffen, als solches geeignet ist, die Einfuhren zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern". Danach kann keineswegs davon ausgegangen werden — ich habe dies in meinen Schlußanträgen zu der genannten Rechtssache aufzuzeigen versucht —, daß der genannte Artikel 58 als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar nicht angewandt werden könne.

Hinzusetzen ließe sich in diesem Zusammenhang übrigens — und dies für den Fall, daß man von der Unanwendbarkeit des Artikels 58 ausgehen oder es doch für möglich halten wollte, daß Händler durch besondere Anstrengungen indirekt auf die Festsetzung niedriger Einzelverkaufspreise hinzuwirken vermögen —, daß selbst dann ein nennenswerter Wettbewerb im Bereich der Einzelverkaufspreise ein und derselben Marke schwer vorstellbar erscheint. Insofern ist die Überlegung nicht von der Hand zu weisen, daß die Hersteller schwerlich geneigt sind, Steuern auf einen höheren als den vom Verbraucher zu zahlenden Preis abzuführen, daß sie also bestrebt sein werden — und dahin wirkt auch die Markttransparenz —, bei einer Unterschreitung des Banderolenpreises eine allgemeine Preisangleichung nach unten vorzunehmen. Außerdem ist an die vorhin zur Fiskalpolitik angestellten Erwägungen, also daran zu erinnern, daß in einem solchen Fall der Fiskus bestrebt sein wird, den Steuerausfall wettzumachen, so daß sich aus etwaigen Wettbewerbsbemühungen nur für kurze Zeit ein Vorteil für die Verbraucher einstellen würde.

ee) Zum Verbot der Ausgabe unterschiedlicher Steuerbanderolen für eine Zigarettenmarke

Im Verfahren wurde uns weiterhin dargelegt — ich beziehe mich dazu auf ein Schreiben des belgischen Finanzministers vom 25. Juni 1979 und die Antwort der belgischen Regierung auf eine Anfrage des Gerichtshofes —, daß es Herstellern und Importeuren nicht gestattet ist, Zigaretten der gleichen Marke, der gleichen

Qualität und in gleicher Verpackung zu unterschiedlichen Banderolenpreisen auf den Markt zu bringen. Es gilt also — abgesehen von dem bereits erwähnten Fall der vorzugsweisen Versorgung des Personals der Hersteller und Importeure — das Prinzip der gleichen Besteuerung. Für dieses ist offenbar ein wichtiges Motiv, daß sich andernfalls die Steuereinnahmen nicht zuverlässig genug vorausschätzen lassen. Dafür stützt sich die belgische Regierung seit dem Erlaß der Ratsrichtlinie Nr. 72/464 — wie man anerkennen muß, mit plausiblen Gründen — auf deren Artikel 4, wonach sich die proportionale Verbrauchssteuer nach dem Kleinverkaufs*höchst*preis richtet, von dem es wohl nur einen einzigen geben kann.

Auch das stellt sicherlich eine Einschränkung der Wettbewerbsmöglichkeiten dar, der man Rechnung tragen muß. Tatsächlich ist es auf diese Weise den am Absatz nach den Herstellern Beteiligten — etwa Unternehmen mit geringeren Vertriebskosten — nicht möglich, den Verzicht auf einen Teil der Spanne, der aufgrund besonderer Absatzanstrengungen denkbar wäre, in einer besonderen Banderole zum Ausdruck zu bringen und an den Verbraucher weiterzugeben.

ff) Gesundheitsrechtliche Bestimmungen

Es ist schließlich noch auf gewisse, von den Klägern angeführte Zwänge einzugehen, die sich aus gesundheitsrechtlichen Vorschriften in Belgien ergeben sollen. Dazu wurden angeführt die — absatzhemmende — Verpflichtung, die Zigarettenpackungen mit einem Hinweis auf die gesundheitsgefährdenden Wirkungen des Rauchens zu versehen, sowie gewisse Maßnahmen, die insbesondere die Werbung, nach Darstellung der Kläger ein Hauptaktionsfeld des Wettbewerbs auf dem Zigarettenmarkt, betreffen.

Hierzu habe ich jedoch den Eindruck, daß diese für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden können.

Man kann nämlich einmal erhebliche Zweifel daran haben, ob die erwähnte Aufdruckspflicht — ganz abgesehen davon, daß sie für alle Erzeugnisse in gleicher Weise gilt — den Absatz ernsthaft hemmt, also durch Reduzierung der Kaufbereitschaft die Marktverhältnisse maßgebend beeinflußt.

Was aber andere Maßnahmen, insbesondere zur Einschränkung der Werbung, anbelangt, so konnte für die Zeit bis zum Erlaß der angegriffenen Entscheidung keine hoheitliche Regelung mit dieser Wirkung nachgewiesen werden. Als solche kommt schwerlich in Betracht die in der Replik der Kläger erwähnte dahin gehende Selbstbeschränkung der Unternehmen, mit der übrigens nach den unwidersprochenen Erklärungen der Kommission, auch wenn sie vom Minister akzeptiert worden ist, die Werbung nicht ausgeschaltet wurde. Die nach diesem Zeitpunkt erst in Kraft getretenen Regelungen jedoch — ein Gesetz vom 24. Januar 1977, nach dem der Minister restriktive Maßnahmen erlassen kann, und insbesondere die in der mündlichen Verhandlung angeführten Verordnungen von Dezember 1979 und März 1980, von denen sich allein letztere auf die Werbung bezieht — müssen für das vorliegende Verfahren zweifellos außer Betracht bleiben.

c) Wenn wir uns nach alledem der Frage zuwenden, ob die von der Kommission gegebene wettbewerbsrechtliche Würdigung des belgischen Vertriebssystems für Tabakwaren stichhaltig oder anfechtbar ist, so kommen hier verschiedene Überlegungen in Betracht.

aa) Zunächst einmal haben die Kläger geltend gemacht, die Entscheidung enthalte einige Irrtümer, und Sie haben darzulegen versucht, daß die Kommission teilweise von unrichtigen Tatsachen und Umständen ausgegangen sei, die einen Einfluß auf ihre Wertung gehabt hätten.

So sei etwa im Erwägungsgrund 1 der Entscheidung davon die Rede, der Zigarettenverkauf nehme ständig zu, während er in Wahrheit nur von 1967 bis 1973 eine Zunahme zu verzeichnen gehabt hätte und seitdem — was statistisch zu belegen sei — rückläufig sei. In Ziffer 11 der Entscheidung werde davon gesprochen, in Belgien würden die Tabakwaren mit einer Akzise „ad valorem" belegt, die an die Stelle der Mehrwertsteuer trete, während in Wahrheit die Mehrwertsteuer *neben* der Verbrauchsteuer erhoben werde. Ferner werde in Ziffer 88 hervorgehoben, Tabakwaren würden nicht *allein* mit einer hohen Steuer belegt. Damit werde offensichtlich — und das sei auch im gerichtlichen Verfahren deutlich geworden — auf die Besteuerung von Mineralöl, Alkohol und alkoholischen Getränken Bezug genommen, aber nicht bedacht, daß für diese Erzeugnisse nur eine spezifische Steuer gelte, bei der es keinen Multiplikatoreffekt gebe. Nicht zuletzt hätten — dies bezieht sich auf Ausführungen in Ziffer 81 der Entscheidung — Großhändler durchaus die Möglichkeit, auf dem Gebiet der den Herstellern geleisteten Dienste miteinander in Wettbewerb zu treten, weil diese darauf in Form anderer Vorteile als der — vereinheitlichten — Handelsspannen reagieren könnten.

Zu diesem Vorbringen ist sicher einzuräumen, daß es für die Beurteilung der Marktverhältnisse und der Wettbewerbslage von Bedeutung ist, ob ein expandierender Markt vorliegt — wie die Kommission generell für den Zigarettenverbrauch meint — oder ob der Gesamtabsatz zurückgeht und damit die Erhaltung und der Ausbau der Marktanteile erschwert wird. Ferner ist es für die Beurteilung der Wettbewerbslage wichtig — dies bezieht sich auf den an letzter Stelle von den Klägern angeführten Punkt —, ob außerhalb der Händlerspannen andere von den Herstellern gewährte Vorteile vorhanden sind, bei denen es, weil sich die Wettbewerbsbeschränkung darauf nicht bezieht, Wettbewerb gibt. Das sei — wie uns nachdrücklich vorgetragen wurde — der Fall, und dazu wurde etwa hingewiesen auf Häufigkeit und Schnelligkeit der Belieferung, Einführungsaktionen mit besonderen Prämien, Unterstützung bei der Ausstattung und Werbung, Überlassung kostenloser Muster sowie Gewährung von rechtlichen Ratschlägen und Hilfeleistungen bei vorübergehenden Schwierigkeiten. Deshalb sei auch der Wettbewerb — dazu erinnere ich noch einmal an das Vorbringen des Zeitschriftenhändlerverbandes — zwischen Großhändlern, auch solchen, die derselben Kategorie angehörten, durchaus lebhaft, nämlich bei der Festlegung der Abgabepreise, der Gewährung von Krediten, der Häufigkeit der Belieferung, der Sortimentsgestaltung, der Beratung unter anderem bei der Buchführung oder der Rücknahme unverkaufter Ware. Dies äußere sich darin — wofür auch gewisse Einlassungen in der Stellungnahme zu den ersten Beschwerdepunkten sprächen —, daß es im Kreis der Großhändler erhebliche Veränderungen gerade bei der Umsatzentwicklung gebe.

Außerdem kann nicht von der Hand gewiesen werden, daß die in der Entscheidung enthaltenen, sich auf die Besteuerung von Tabakwaren beziehenden Feststellungen von den Klägern mit Recht kritisiert worden sind. Dies trifft einmal für die Ziffer 88 der Entscheidung zu. Wenn die Kommission, was sich daraus

zu ergeben scheint, die Besteuerung von Alkohol und Rohöl als mit der Besteuerung von Tabakwaren vergleichbar ansieht, so hat sie offenbar den wesentlichen Unterschied zwischen spezifischen Steuern und Proportionalsteuern — letztere gelten nur für Tabakwaren — nicht gesehen, also den Multiplikatoreffekt verkannt, der die Wettbewerbsverhältnisse tatsächlich erheblich verfälscht. Ein Gleiches gilt auch für Ziffer 11 der Entscheidung. Danach hat die Kommission offenbar nicht berücksichtigt, daß die Mehrwertsteuer *neben* der Verbrauchsteuer erhoben wird und daß sich so, weil auch die Mehrwertsteuer eine Proportionalsteuer ist, eine Vergrößerung des Multiplikatoreffekts ergibt.

Nach meiner Meinung sind diese Punkte bei der Beurteilung der Entscheidung sicher von Bedeutung, auch wenn sie für sich allein wohl schwerlich dafür ausreichen, die Entscheidung ernsthaft zu erschüttern.

bb) Die Kläger machen sodann auch geltend, die Kommission habe bei der Untersuchung des Falles Besonderheiten des belgischen Tabakmarktes nicht berücksichtigt, die zu der Feststellung führen müßten, der Wettbewerb im Bereich der Spannen sei infolge der vorhin angeführten Regelungen praktisch ausgeschlossen oder der Wettbewerbsraum sei doch zumindest so sehr eingeengt, daß die gerügten Maßnahmen nicht als *spürbare* Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden könnten. Sie heben hervor, die Kommission sei bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung der Maßnahmen grundsätzlich von einem unzutreffenden Standpunkt ausgegangen; denn mit der bisherigen Rechtsprechung lasse sich die Feststellung in Ziffer 88 der Entscheidung nicht in Einklang bringen, in der es heißt:

„Wenn nationale Rechtsvorschriften eventuell eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirken, so sind die Auswirkungen dazukommender privater Wettbewerbsbeschränkungen folglich um so spürbarer."

Außerdem betonen sie, es sei nicht vertretbar, daß die Kommission in Ziffer 83 der Entscheidung, in der vom belgischen Festpreissystem gesprochen wird, auf Formulierungen aus dem Urteil der Rechtssache 13/77 Bezug nehme, um zu erklären, Artikel 85 Absatz 1 greife auch ein, wenn eine Einschränkung des Wettbewerbs durch eine innerstaatliche Gesetzesbestimmung *begünstigt* werde.

Dazu ist meines Erachtens im einzelnen folgendes anzumerken:

— Tatsächlich kann man nach der Entscheidungsbegründung nicht nur den Eindruck haben, die von der Kommission angestellten Untersuchungen seien unzulänglich gewesen, weil nämlich die Ziffer 88 der Entscheidung nur von der Höhe der Steuerbelastung und von dem Meldesystem für Erhöhungen von Verdienstspannen und Wiederverkaufspreisen, nicht aber von anderen, vorhin angeführten und ebenfalls relevanten Besonderheiten des belgischen Tabakmarktes die Rede ist. Zu Recht stellt sich nach der Entscheidungsbegründung die Frage, ob überhaupt geprüft worden ist, welcher Wettbewerbsraum den Wirtschaftssubjekten nach den dargestellten Besonderheiten des belgischen Marktes noch verbleibt. Insofern ist die Formulierung bezeichnend, „wenn nationale Rechtsvorschriften *eventuell* eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirken ...". Zu erklären ist diese Haltung der Kommission aus der im folgenden Satzteil dargelegten These, es seien, wenn der Wettbewerbsraum hoheitlich eingeschränkt werde, „dazukommende private Wettbewerbsbeschränkungen ... *um so* spürbarer", also offenbar in jedem Fall von Artikel 85

Absatz 1 zu erfassen. Darin kann ein schwerwiegender Fehler erblickt werden. Denn nach der Rechtsprechung (Rechtssache 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Kommission, Urteil vom 25. Oktober 1977, Slg. 1977, 1875 ff.) setzt Artikel 85 das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs (workable competition) voraus. Es ist demnach, wenn mancherlei Regelungen den Wettbewerbsraum beträchtlich einengen, genau zu ermitteln, wieweit das der Fall ist und ob gleichwohl Raum für wirksamen Wettbewerb verbleibt, der durch private Maßnahmen spürbar eingeschränkt wird.

— Zu kritisieren ist auch die Grundkonzeption, von der die Kommission offenbar zu der Frage der spürbaren Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen ist. Ich erinnere dazu an die bereits zitierte Formulierung aus Ziffer 88 der Entscheidung, wonach, wenn nationale Rechtsvorschriften eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirkten, die Auswirkungen dazukommender privater Wettbewerbsbeschränkungen um so spürbarer seien. Ich erinnere ferner an die Erklärungen der Kommission in ihrer Klagebeantwortung, nach der Rechtsprechung komme es dafür maßgeblich auf die Marktstellung der Beteiligten, also auf ihre Marktanteile an. Insofern sei aber wichtig, daß die Mitglieder der FEDETAB, zu denen fast alle belgischen Hersteller gehörten, einen sehr hohen Marktanteil hätten — zehn Marken der Kläger machten zwei Drittel des belgischen Absatzes aus —, und es sei auch von Bedeutung, daß die meisten belgischen Hersteller von Multis beherrscht würden sowie daß sieben Kläger zu vier großen internationalen Gruppen gehörten.

Demgegenüber berufen sich die Kläger auf die bekannte Rechtsprechung zu den Zucker-Fällen (Rechtssachen 40 etc./73, Coöperative vereniging „Suiker Unie" und andere/Kommission, Urteil vom 16. Dezember 1975, Slg. 1975, 1939 ff.). In ihr ging es unter anderem um die Abschirmung des italienischen Zuckermarktes, um ein abgestimmtes Verhalten zur Kontrolle von Zuckerlieferungen nach Italien. Dazu wurde festgestellt, die gemeinsame Marktordnung für Zucker mit ihrer Quotenregelung lasse dem Wettbewerb nur einen schmalen Anwendungsbereich. Weiter wurde hervorgehoben, zusätzlich hätten sich italienische Regelungen und von italienischen Behörden ergriffene Maßnahmen wettbewerbsbeschränkend ausgewirkt. Danach sei der Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln so grundlegend eingeengt gewesen, daß die von der Kommission beanstandeten Verhaltensweisen den Wettbewerb nicht spürbar hätten beeinträchtigen können.

Nun ist zwar einzuräumen, daß sich diese Rechtsprechung nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen läßt. *Ein* wesentlicher Gedanke zur rechtlichen Wertung von Wettbewerbsverstößen bei Sachverhalten wie dem vorliegenden läßt sich ihr aber doch entnehmen. Danach kann die Marktstellung allein nicht maßgebend sein; denn die italienischen Zuckerhersteller hatten einen beträchtlichen Marktanteil und die an der Abstimmung Beteiligten besorgten drei Viertel der italienischen Importe. Entscheidend ist also, daß sorgfältig geprüft werden muß, welchen Wettbewerbsraum hoheitliche Regelungen übriglassen, und daß sich danach die Bewertung einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung richtet.

Im vorliegenden Fall ist dies nicht in befriedigender Weise geschehen. Andererseits ist es nach allem, was wir gehört haben, nicht ausgeschlossen, daß die Besonderheiten des belgischen Marktes zu einer ganz erheblichen Einengung des

Wettbewerbsraumes auch für die Produzenten in den für die Entscheidung relevanten Bereichen führen. Deshalb muß — namentlich weil die notwendigen Feststellungen im gerichtlichen Verfahren, in dem zudem manches streitig blieb, nur unzulänglich nachgeholt werden können — der klägerische Vorwurf als berechtigt anerkannt werden, die Kommissionsentscheidung beruhe auf einem schwerwiegenden Fehler, weil Untersuchungen zu der Frage, ob die kritisierten Maßnahmen eine *spürbare* Beeinträchtigung des Wettbewerbs mit sich gebracht haben, nicht oder zumindest nicht gründlich genug durchgeführt worden sind.

— Vorwerfen kann man der Kommission in diesem Zusammenhang außerdem — und dies bezieht sich auf Punkt 83 der angegriffenen Entscheidung —, sie habe zu Unrecht die Erwägung aus dem Urteil 13/77 (Slg. 1977, 2141 ff.), Artikel 86 greife auch ein, wenn ein Mißbrauch durch nationale Regelungen begünstigt werde, für die Begründung ihrer Entscheidung verwendet. Dazu hat die Kommission ausgeführt, die Kläger hätten keineswegs belegt, daß die in der FEDETAB-Empfehlung behandelten Elemente durch eine hoheitliche Regelung festgelegt würden oder daß die dargestellten belgischen Regelungen die verschiedenen kritisierten Wettbewerbsbeschränkungen begünstigten. Selbst wenn dem aber so wäre, könne wegen der im Inno-Urteil getroffenen Feststellungen ein solcher Begünstigungseffekt nicht zum Ausschluß der Anwendung des Artikels 85 führen.

Meines Erachtens kann man schon erhebliche Zweifel daran haben, ob sich der im Inno-Urteil zu Artikel 86 ausgedrückte Gedanke einfach auf Artikel 85 übertragen läßt. Denn immerhin darf nicht übersehen werden, daß für Artikel 86 — weil bei Vorliegen einer beherrschenden Position der Wettbewerb praktisch schon eliminiert ist — das Problem der Spürbarkeit nicht oder doch nicht in gleicher Weise wie für Artikel 85 eine Rolle spielt. Noch wichtiger aber ist, daß die Kläger gar nicht eine derartige *Begünstigung* geltend machen. Sie berufen sich vielmehr darauf, daß von den behandelten belgischen Vorschriften, insbesondere von der hohen Proportionalsteuer mit ihrem Multiplikatoreffekt, die sich seit 1973 sogar auf Gemeinschaftsrecht — die Richtlinie Nr. 72/464 — stützen könne, eine gravierende *Verfälschung* der Wettbewerbsbedingungen ausgehe. Dem entgegenzuwirken, seien schon gewisse nationale Vorschriften zur Einhaltung der Banderolenpreise und zur Unzulässigkeit der Ausgabe verschiedener Banderolen für eine Marke bestimmt, die somit auch als Folge der durch die Proportionalsteuer verursachten Wettbewerbsverfälschung anzusehen seien. Dieser entgegenzusteuern, eine Verzerrung der Kostenunterschiede abzumildern und für eine gewisse Pauschalierung der Händlervergütungen zu sorgen, sei auch das Hauptanliegen der von der Kommission beanstandeten Maßnahmen.

Meines Erachtens kann man derartigen Überlegungen schwerlich ihre Berechtigung absprechen, ebensowenig wie dem Standpunkt der Kläger, es müsse, wenn im Gemeinschaftsrecht ein Konflikt zwischen Wettbewerbsrecht einerseits und Fiskalpolitik andererseits zu erkennen sei, bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln, die anderen Vertragsbereichen gegenüber keinen Vorrang hätten, in Rechnung gestellt werden, ob und wieweit sich Maßnahmen, die als wettbewerbswidrig qualifiziert werden könnten, nur gegen Wettbewerbsverfälschungen richteten, die aus dem Steuerrecht resultierten. Darauf läßt sich durchaus die Ansicht stützen, dies habe im Zusammenhang mit der Prüfung der Spürbar-

keit von Wettbewerbsbeschränkungen Gewicht, und es müsse der Kommission als Fehler angelastet werden, daß sie dem nicht Rechnung getragen habe.

— Danach liegt die Schlußfolgerung nahe, die freilich, wie gleich zu zeigen sein wird, bezüglich der Entscheidung zu den früheren Maßnahmen noch nicht definitiv sein kann, das Urteil der Kommission zur Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 auf das belgische Vertriebssystem für Tabakwaren müsse als angreifbar bezeichnet werden.

cc) Auf die besondere, von den Klägern zur Wertung einzelner Bestandteile des Systems vorgebrachte Kritik braucht danach eigentlich nicht mehr eingegangen zu werden. Tut man dies aber entgegen der Auffassung der Kommission, die meint, das System müsse in seiner Gesamtheit betrachtet werden, doch — weil nämlich nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, daß Teile des Systems bei Wettbewerbswidrigkeit einzelner Bestandteile keinesfalls aufrechterhalten würden —, so ist dazu noch folgendes anzumerken:

— *Zur Festlegung von Höchstzahlungsfristen*

In diesem Zusammenhang bestreiten die Kläger einmal, daß die Zahlungsfristen — wie in der Entscheidung angenommen — zunehmend abgekürzt würden und daß sie nie länger als 14 Tage seien. In Wahrheit gebe es eine elastische, uneinheitliche Anwendung — einige Kläger behaupten, grundsätzlich Barzahlung zu praktizieren —, es finde also auf diesem Gebiet durchaus Wettbewerb statt. Zum anderen sei angesichts des raschen Umschlags von Zigaretten und angesichts der Tatsache, daß der Preis in Belgien zu über 70 % aus Steuern bestehe, die die Hersteller und Importeure vorzuschießen hätten, das gemeinsame Bemühen, übermäßige Zahlungsfristen, auf die vor allem starke Nachfrager Wert legten, zu vermeiden, in erster Linie als eine Bekämpfung von Wettbewerbsauswüchsen und als Hinweis auf die Gefahren zu sehen, die mit solchen Praktiken namentlich angesichts stark angestiegener Bankzinsen verbunden seien.

Insoweit ist wohl nicht weiter auf die die *Anwendung* dieser Maßnahmen betreffenden Einlassungen der Kommission einzugehen. Mir scheint nämlich überzeugend, was die Kläger zu dem Umstand vorgetragen haben, der Steueranteil im Preis sei kein echter Wettbewerbsparameter, und was sie — unter Anführung von Zahlenbeispielen — zu den Auswirkungen längerer Zahlungsfristen auf den Einzelverkaufspreis dargelegt haben. Danach wird man anerkennen können, daß es bei dem Bemühen der Hersteller in diesem Bereich vor allem um die Ausschaltung von Wettbewerbsverzerrungen geht und daß deshalb die Regelung der Zahlungsfristen, soweit von schützenswertem Wettbewerb nicht gesprochen werden kann, zumindest nicht als spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung zu werten ist.

— *Zur Festlegung eines Mindestsortiments als Voraussetzung für die Zuerkennung bestimmter Vorteile*

In diesem Punkt fällt für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung sicher nicht so sehr die Überlegung der Kläger ins Gewicht, auf diese Weise werde der Wettbewerb zwischen den Herstellern, also zwischen den verschiedenen Marken, gefördert und so auch kleinen Marken eine Vertriebschance erhalten, die sonst wegen ihrer Vertriebskosten vom Markt verschwinden müßten. Zu bedenken ist aber, daß die — indirekte — Verpflichtung zur Sortimentsgestaltung auf der Ebene des Einzelhandels nur für einen kleinen Bruchteil der Verteiler,

2 000 von rund 80 000 Vertriebsstellen, eine Rolle spielt. Außerdem ist von Interesse, daß nach dem Vorbringen des Vertreters des Zeitschriftenhändlerverbandes alle derartigen Händler, die rund 60 % des Zigarettenabsatzes in Belgien besorgen, ohnehin wegen der Wünsche ihrer Kunden mehr als 60 Marken vorrätig halten und daß Großabnehmer — dies läßt sich den Erklärungen von Mestdagh und Huyghebaert entnehmen — in ihrem Umsatz ohne weiteres auf rund 90 Marken kommen können. Da überdies die Lagerung einiger weniger, schlechter verkäuflicher Marken kaum Kapital in nennenswertem Umfang bindet und schwerlich die Forcierung des Absatzes einer oder einiger Marken verhindert — insofern ist von Bedeutung, daß in Belgien 17 Marken einen Marktanteil von rund 70 % haben und ca. 30 Marken fast den gesamten Verbrauch abdecken —, kann man durchaus der Meinung sein, es lasse sich auch in diesem Punkt nicht von einer spürbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung sprechen.

— *Zu der Jahresabschlußvergütung*

Was diesen Punkt angeht, so finde ich zwar das Vorbringen der Kläger, es sei auf dem Zigarettenmarkt normal, daß sich ein Händler nicht auf *einen* Hersteller konzentriere und daß folglich auch nicht individuelle Mengenrabatte vorgesehen würden, nicht besonders gewichtig. Nicht von der Hand zu weisen ist aber der Hinweis auf den verhältnismäßig geringen Umfang dieser Vergütung, die offenbar maximal nur den Bruchteil eines Prozentes vom Umsatz ausmachen kann. Hält man sich dies vor Augen, so ist tatsächlich schwer vorstellbar, daß auf diese Weise der Marktzugang für Newcomer mit eigener Rabattpolitik erschwert wird. Außerdem muß wohl eingeräumt werden, daß eine derartige Folge eher zu befürchten wäre, wenn sich die Vergütung jeweils nach den bei den einzelnen Herstellern bezogenen Mengen richten würde. Da es überdies — wie wir gesehen haben — nicht ausgeschlossen ist, daß die Hersteller besondere Leistungsentgelte einräumen, ist es auch hier zweifelhaft, ob eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt.

3. Ihre Rügen zur Bewertung des belgischen Vertriebssystems für Tabakwaren haben die Kläger, was die Erfüllung der Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 angeht, im wesentlichen sowohl auf die früheren Maßnahmen als auch auf die Empfehlung bezogen, soweit die Klagen nicht ausdrücklich auf den die Empfehlung betreffenden Entscheidungsteil beschränkt wurden. Dennoch bedarf es jetzt noch einiger zusätzlicher Ausführungen zu der Frage, ob die bisherige Beurteilung tatsächlich ausreicht, nicht nur den Artikel 2 der Entscheidung, sondern auch ihren Artikel 1 aufzuheben, einmal weil das mit der Empfehlung geschaffene Vertriebssystem von dem davor geltenden in einiger Weise abweicht, zum anderen im Hinblick darauf, daß auch die belgische Rechtslage, von der ausführlich gesprochen werden mußte, gewisse Änderungen erfahren hat.

Ich erinnere nur daran, daß die früheren Maßnahmen nicht nur eine Einteilung der Händler in verschiedene Kategorien mit unterschiedlichen Verdienstspannen, die Festlegung von Höchstzahlungsfristen für Großhändler sowie die Führung eines bestimmten Mindestsortiments an Zigaretten vorsahen. Sie hatten auch zum Gegenstand — was nach der Empfehlung nicht mehr der Fall war — die Einhaltung der von den Herstellern festgelegten Abgabepreise durch die Großhändler und bestimmte Einzelhändler, eine Beschränkung der Zulassung von Großhändlern bestimmter Kategorien sowie das Verbot der Belieferung von

Großhändlern und bestimmten Einzelhändlern durch die anerkannten Grossisten. Ferner darf — da sich die angegriffene Entscheidung, soweit es um die früheren Maßnahmen geht, auf einen Zeitraum ab 1962 bezieht — nicht übersehen werden, daß die belgische Festpreisregelung (Artikel 58 des Mehrwertsteuergesetzes) am 1. Januar 1971 in Kraft getreten ist und daß die Gemeinschaftsregelung (Richtlinie Nr. 72/464), die eine hohe Proportionalsteuer zuließ, erst ab 1973 galt, während es Vorschriften zur Preisüberwachung offenbar auch schon vor der Ministerialverordnung vom 22. Dezember 1971, nämlich seit Oktober 1959, gab.

a) Mein Eindruck ist jedoch — lassen Sie mich das Ergebnis meiner Überlegungen vorwegnehmen —, daß diese Umstände keine grundlegend andere Bewertung zu dem Entscheidungsteil notwendig machen, der sich auf die früheren Maßnahmen bezieht.

— Von Bedeutung ist nämlich, daß der Wettbewerbsraum auf dem belgischen Markt für Tabakwaren immer schon erheblich eingeengt war und daß die Wettbewerbsverfälschungen, von denen die Rede war, nicht erst jüngeren Datums sind.

Dies geht hauptsächlich auf die hohe Proportionalsteuer zurück, die es in Belgien — wie wir in der mündlichen Verhandlung gehört haben — immer schon gab. Auch ist dafür die Fiskalpolitik von Bedeutung, die auf hohe Einnahmen aus dem Verbrauch von Tabakwaren abzielt und Wert darauf legt, daß die Vorausschätzung dieser Einnahmen möglichst zuverlässig ist. Demgegenüber dürfte der Umstand, daß die hohe Proportionalsteuer vom Jahr 1973 an gemeinschaftsrechtlich abgedeckt war, nicht entscheidend sein, denn gemeinschaftsrechtlich zu beanstanden war sie vor Einleitung der Harmonisierungsbestrebungen sicher nicht. Auch muß anerkannt werden, daß das Ziel, die wettbewerbsverfälschenden Auswirkungen der hohen Proportionalsteuer einzudämmen, dem die Festpreisregelung des Jahres 1971 dient, vorher mit privatrechtlichen Mitteln verfolgt werden mußte, von denen zudem zu sagen ist, daß sie nicht die gleiche Wirksamkeit haben konnten wie hoheitliche, mit Sanktionen ausgestattete Vorschriften.

— Die Kommission wird — abgesehen von den Irrtümern, die die Kläger in der Entscheidung aufgezeigt haben und die sich jedenfalls teilweise auch auf die früheren Maßnahmen beziehen — hauptsächlich deshalb kritisiert, weil sie bei der Frage der spürbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung von einer falschen Konzeption ausgegangen sei. Dies läßt sich anhand der Ziffer 88 der Entscheidung belegen. Danach kann der Kommission mit Recht vorgehalten werden, nicht genau untersucht zu haben, welchen Wettbewerbsraum auf dem Markt der Tabakerzeugnisse in Belgien nationale Vorschriften lassen und ob dennoch davon gesprochen werden kann, mit den beanstandeten Maßnahmen seien spürbare Auswirkungen verbunden gewesen. Dies aber gilt in gleicher Weise für die Empfehlung wie für die hauptsächlichen Bestandteile der früheren Maßnahmen.

— Zumindest also insoweit, als sich Empfehlung und frühere Maßnahmen im wesentlichen decken, läßt sich meines Erachtens die Ansicht halten, auch Artikel 1 der Kommissionsentscheidung könne aus den vorhin dargelegten Gründen — zu den Zahlungsfristen und der Sortimentsverpflichtung kann ohnehin auf die dazu gemachten besonderen Ausführungen verwiesen werden — kritisiert werden.

b) Sollte man aber, obwohl sich die unzulängliche Prüfung der Kommision, was die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung angeht, offensichtlich auf den gesamten zu beurteilenden Komplex bezieht, der Meinung sein, die angestellten Überlegungen rechtfertigten jedenfalls nicht eine Kritik an der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Teils der früheren Maßnahmen, der die quantitative Beschränkung der Anerkennung von Großhändlern bestimmter Kategorien und das Verbot des Weiterverkaufs durch Großhändler an andere Händler zum Inhalt hat, so wäre immer noch zu prüfen, ob insoweit die andere in Artikel 85 genannte Voraussetzung, die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, vorliegt, die ja ebenfalls spürbar sein muß (vgl. etwa das Urteil der Rechtssache 28/77, Tepea BV/Kommission, Urteil vom 20. Juni 1978, Slg. 1978, 1391).

Dazu wird in der Entscheidung (Ziffer 91) einmal auf den Umstand hingewiesen, daß der bedeutendste luxemburgische Zigarettenhersteller, die Klägerin Heintz van Landewyck, Mitglied der FEDETAB sei und daß alle seine Verkäufe nach Belgien den von der Entscheidung erfaßten Wettbewerbsbeschränkungen unterlagen. Ferner wurde hervorgehoben, ein bedeutender Teil der belgischen Zigaretten- und Zigarrenimporte werde von Herstellern vorgenommen, die der FEDETAB angehörten, und dabei erfolge der Vertrieb der importierten Erzeugnisse unter denselben wettbewerbsbeschränkenden Bedingungen wie der Vertrieb der eigenen, in Belgien hergestellten Erzeugnisse. Außerdem sei davon auszugehen, daß die Importeure und Hersteller, die sich nicht den kritisierten Vertriebsregeln angeschlossen hätten, dennoch darin enthaltenen Beschränkungen unterworfen gewesen seien, wenn sie an Händler weiterverkauften, die die Vertriebsregeln beachteten; dies sei angesichts der starken Marktstellung der Mitglieder der FEDETAB und der Mitglieder des Großhändlerverbandes die Regel.

Meines Erachtens muß man erhebliche Zweifel daran haben, ob diese Überlegungen — unterstellt, die beiden erwähnten Klauseln seien als spürbare Wettbewerbsbeschränkungen zu werten — für die Annahme ausreichen, sie seien auch geeignet gewesen, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen. Im Verfahren ist nichts bekanntgeworden, und auch die Entscheidung enthält dazu keine ausreichenden Elemente, welchen Umfang die beanstandete Praxis der beschränkten Zulassung von Händlern bestimmter Kategorien und welche Bedeutung das Verbot der Belieferung bestimmter Händler durch zugelassene Grossisten im einzelnen hatte. Für die Anerkennung des Vorliegens der oben genannten Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 1 wäre es aber doch wohl notwendig, daß sich bei einer anderen Gestaltung der Absatzbedingungen, also bei einer unbeschränkten Anerkennung von Grossisten und bei Wegfall des Querlieferungsverbotes, die grenzüberschreitenden Handelsströme in spürbarem Umfang anders entwickelt hätten.

Hält man also dafür, daß die vorhin zur Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung angestellten kritischen Erwägungen nicht für die Gesamtheit der sogenannten früheren Maßnahmen gelten können, so müßte insofern die klägerische Kritik an der Entscheidung der Kommission doch deswegen als berechtigt anerkannt werden, weil es an ausreichenden Elementen für eine spürbare Handelsbeeinträchtigung fehlt.

4. Die zur Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 auf das belgische Vertriebs-

system für Tabakwaren vorgetragenen Rügen müssen somit, sei es, daß sie sich auf die sogenannten früheren Maßnahmen, sei es, daß sie sich auf die Empfehlung vom 1. Januar 1975 beziehen, als stichhaltig anerkannt werden mit der Folge, daß aus diesen Gründen die ganze Entscheidung — die Versagung der Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 hat ja zur Voraussetzung, daß Artikel 85 Absatz 1 überhaupt eingreift — aufzuheben ist.

III — Zum übrigen Prozeßstoff

Wie Sie sich erinnern, ging die streitige Auseinandersetzung über die bisher behandelten Punkte weit hinaus. So wurde ganz allgemein, also bezogen auf die Gesamtheit der von der Kommission beanstandeten Maßnahmen sowie unter Heranziehung von vielerlei Gesichtspunkten, die Frage diskutiert, ob tatsächlich von einer spürbaren Handelsbeeinträchtigung ausgegangen werden könne. Gerügt wurde ferner, die Kommission habe bei der Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 auf den belgischen Markt den Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen mißachtet, weil sie gegen gravierendere Behinderungen der Geschäftstätigkeit ausländischer Hersteller in den Monopolländern Frankreich und Italien nicht rechtzeitig und wirksam genug vorgegangen sei. Auch habe sie — dies bezieht sich gleichfalls auf die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 — dem belgischen Gesetz vom 27. Juli 1961 über die einseitige Kündigung exklusiver Verkaufsverträge, das den Schutz der Konzessionäre bezwecke und mit dem EWG-Vertrag vereinbar sei, nicht Rechnung getragen. Weiter habe sie auch nicht beachtet, daß das von ihr beanstandete Vertriebssystem mit Garantien für die Hersteller verbunden sei, deren Wegfall sich nachteilig auf die gemeinsame Marktorganisation für Rohtabak auswirken müsse, weil es dann notwendigerweise zum Sinken der Rohtabakpreise, zu verstärkten Interventionen und zu einer Zunahme der Ausfuhren mit Hilfe von Erstattungen kommen werde.

Schließlich wurde noch gerügt, die Kommission habe zu Unrecht eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 versagt. Dazu wurde, was die früheren Maßnahmen angeht, vorgebracht, die Kommission habe die Möglichkeit einer Freistellung überhaupt nicht untersucht, weil sie verkannt habe, daß ein Schreiben der FEDETAB vom Januar 1971 in Wahrheit als Anmeldung habe gewertet werden müssen, und weil sie übersehen habe, daß für die fraglichen Maßnahmen eine Befreiung von der Anmeldepflicht gegolten habe. Im Hinblick auf die Empfehlung vom 1. Januar 1975 wurde noch beanstandet, es sei nicht von allen Bedingungen des Absatzes 3 in den Beschwerdepunkten die Rede gewesen, die Kommission habe ihr Vorliegen zu Unrecht verneint und sie habe zu einigen von ihnen, namentlich weil sie nicht auf alle von den Klägern dazu vorgetragenen Argumente eingegangen sei, keine ausreichende Begründung gegeben.

Ich will es mir jedoch in Anbetracht des Umfangs meiner bisherigen Untersuchungen und des Ergebnisses, zu dem ich bezüglich der Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 gelangt bin, versagen, auf alle diese Fragen, auf die es nach meiner Überzeugung nicht mehr entscheidend ankommt, auch noch einzugehen.

IV — Mein abschließender *Entscheidungsvorschlag* lautet nach alledem wie folgt:

Den Klagen sollte stattgegeben und die angegriffene Entscheidung demgemäß in vollem Umfang aufgehoben werden.

Die Kosten des Verfahrens — unter Einschluß der Kosten des Verfahrens auf einstweilige Anordnung, in dem die Kläger ebenfalls erfolgreich waren — sollten grundsätzlich der Kommission auferlegt werden. Daneben sollte ausgesprochen werden, daß die auf seiten der Kommission dem Verfahren beigetretenen Streithelfer ihre eigenen Kosten sowie den Teil der klägerischen Kosten zu tragen haben, der durch die Streithilfe verursacht wurde.