SITZUNGSBERICHT
in den verbundenen Rechtssachen 142 und 156/84 *

Inhaltsverzeichnis

I — Die Beteiligten 4492

II — Sachverhalt 4492

1. Die Vereinbarungen von 1981 4493

2. Die Vereinbarungen von 1984 4494

3. Das Verwaltungsverfahren 4497

III — Das Verfahren vor dem Gerichtshof 4505

IV — Anträge der Beteiligten 4506

V — Vorbringen der Beteiligten 4507

A — Zur Zulässigkeit 4507

a) Rembrandt 4507

b) Kommission 4507

c) BAT 4508

d) Reynolds 4508

B — Zur Begründetheit 4509

Vorbemerkungen 4509

1) Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag 4509

a) BAT 4509

b) Reynolds 4514

c) Kommission 4517

d) Rembrandt 4519

e) Morris 4522

* Verfahrenssprache: Englisch.

2) Verstoß gegen Artikel 86 EWG-Vertrag 4525

a) BAT 4525

b) Reynolds 4527

c) Kommission 4528

d) Rembrandt 4529

e) Morris 4530

3) Unzulänglichkeit der von den Streithelferinnen der Kommission gegenüber abgegebenen Verpflichtungserklärungen 4530

a) BAT 4530

b) Reynolds 4531

c) Kommission 4532

d) Rembrandt 4532

e) Morris 4533

4) Unzulänglichkeit der Begründung der Entscheidung 4534

a) BAT 4534

b) Reynolds 4535

c) Kommission 4536

d) Rembrandt 4537

e) Morris 4538

5) Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben 4538

a) BAT 4538

b) Reynolds 4539

c) Kommission 4540

d) Rembrandt 4540

e) Morris 4541

6) Verletzung von Grundrechten 4541

a) BAT 4541

b) Reynolds 4542

c) Kommission 4542

d) Rembrandt 4543

e) Morris 4543

I — Die Beteiligten

1. Die *Rembrandt Group Ltd* (im folgenden: Firma Rembrandt) ist eine südafrikanische Investmentgesellschaft. Sie erzielt den größten Teil ihrer Einnahmen aus ihren weltweit gestreuten Beteiligungen in den Sektoren Tabak und alkoholische Getränke. Etwa die Hälfte ihrer Einnahmen stammen aus diesen Sektoren. Die Firma Rembrandt verkauft keine Tabakwaren in der EWG. Sie hält auch in einer Vielzahl anderer Sektoren Beteiligungen.

2. Die *Rothmans Tobacco (Holding) Ltd* (im folgenden: Firma Rothmans Holdings) ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Firma Rembrandt mit Sitz im Vereinigten Königreich. Sie betätigt sich hauptsächlich als Investmentgesellschaft und hat eine sehr bedeutende Beteiligung an der Rothmans International plc inne.

3. Die *Rothmans International plc* (im folgenden: Firma Rothmans International) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz im Vereinigten Königreich. Sie bildet mit ihren Tochtergesellschaften zusammen eine Gruppe, deren hauptsächliche Betätigung die Herstellung und der Verkauf von Zigaretten und anderen Tabakwaren ist. 1981 betrugen die Verkaufseinnahmen der Gruppe etwa 2,4 Mrd UKL, wovon 90 % auf Tabak entfielen; die Hälfte des Absatzes der Gruppe wurde in der EWG abgewickelt. Der Anteil der Firma Rothmans International am Zigarettenmarkt beträgt in der EWG 12 bis 15 %, dagegen in den Beneluxstaaten annähernd 50 %.

4. Die *Philip Morris Inc.* (im folgenden: Firma Morris) ist eine amerikanische Gesellschaft, die hauptsächlich Zigaretten, Bier und nichtalkoholische Getränke herstellt. Von ihren Gesamteinnahmen entfallen etwa 65 % auf den Tabaksektor. Der Anteil der Firma Morris am Zigarettenmarkt der EWG beträgt 11 bis 14 % (etwas weniger in den Beneluxstaaten).

5. Die *R.J. Reynolds Industries Inc.* (im folgenden: Firma Reynolds) ist eine amerikanische Gesellschaft. Sie stellt Zigaretten her, ist aber auch in sehr verschiedenen anderen Bereichen, darunter Kentucky Fried Chicken und Del Monte Obst- und Gemüsekonserven, tätig. Sie hat nur einen Anteil von 3 bis 4 % am Zigarettenmarkt der EWG inne; ihr Marktanteil in den Niederlanden und in der Bundesrepublik Deutschland beträgt jedoch etwa 10 %.

6. Die *British-American Tobacco Company Ltd* (im folgenden: BAT), der größte Tabakwarenhersteller der westlichen Welt, ist eine im Vereinigten Königreich niedergelassene Gesellschaft. Sie betätigt sich auch in einer Reihe von kommerziellen Tätigkeiten und in der Versicherungswirtschaft. Ihr Anteil am Zigarettenmarkt der EWG insgesamt beträgt zirka 10 %; in Belgien und in Luxemburg beträgt er ebenfalls 10 %, in der Bundesrepublik Deutschland und in den Niederlanden etwa 25 %.

II — Sachverhalt

Vor Eintritt der maßgeblichen Ereignisse hatte die Firma Rembrandt das gesamte Kapital der Firma Rothmans Holdings inne; diese wiederum war mit 43,8 % am gezeichneten Aktienkapital der Firma Rothmans International beteiligt. Aufgrund ihrer Aktienbeteiligung an der Firma Rothmans International hätten der Firma Rothmans Holdings 58,3 % der Stimmen zugestanden; ihr Stimmrechtsanteil war jedoch durch die Satzung der Firma Rothmans International auf die Hälfte der Stimmen minus eine Stimme beschränkt. Da der Besitz an den Rothmans-International-Aktien, die nicht der Firma Rothmans Holdings gehörten, sehr stark aufgesplittert war, hatte die Firma Rothmans Holdings die effektive Kontrolle über die Firma Rothmans International inne. Ihr gehörten ferner alle kumulativen Vorzugsaktien der Firma Rothmans International, wodurch ihr bei Beschlüssen von außer-

gewöhnlicher Bedeutung ausschlaggebende Stimmrechte zustanden.

1. *Die Vereinbarungen von 1981*

Nach dem Fehlschlag von Verhandlungen mit den Klägerinnen über den Verkauf eines Teils der Rothmans-International-Aktien schloß die Firma Rembrandt im April und im Mai 1981 mit der Firma Morris Vereinbarungen, durch die diese Inhaberin der Hälfte der von der Firma Rothmans Holdings ausgegebenen Aktien und der Hälfte der im Besitz der Firma Rembrandt befindlichen Wandelschuldverschreibungen der Firma Rothmans International wurde und bestimmte Warenzeichenrechte in Nord- und Südamerika sowie in Südafrika erlangte. Die übrigen von der Firma Rothmans Holdings ausgegebenen Aktien verblieben der Firma Rembrandt. Als Gegenleistung für die aus den Vereinbarungen resultierenden Rechte zahlte die Firma Morris der Firma Rembrandt 350 Mio USD.

Die Vertragsparteien räumten einander ferner ein Vorkaufsrecht für den Fall ein, daß eine von ihnen sich gutgläubig entschließen sollte, ihre Beteiligung am Kapital der Firma Rothmans Holdings oder ihre Aktien und Schuldverschreibungen der Firma Rothmans International ganz oder teilweise zu normalen Marktbedingungen an einen Dritten zu veräußern. Im Falle des Erwerbs weiterer Aktien oder Schuldverschreibungen der Firma Rothmans International durch eine der Parteien sollte diese verpflichtet sein, der anderen Partei einen gleichen Erwerb zu ermöglichen.

Ferner wurde durch die Vereinbarungen für die Streithelferinnen das Recht begründet, je drei Mitglieder des sechsköpfigen Verwaltungsrats der Firma Rothmans Holdings zu ernennen; der Vorsitzende dieses Verwaltungsrats sollte im Einvernehmen zwischen den Parteien benannt und gewählt werden, und bei Stimmengleichheit sollte seine Stimme nicht den Ausschlag geben.

Die Vereinbarungen sahen vor, daß sich die Unterrichtung der Firma Morris über Geschäftsvorgänge der Firma Rothmans International nicht auf wettbewerbsrelevante Tatsachen beziehen dürfe, da die Rothmans-International-Gruppe und die Philip-Morris-Gruppe auf bestimmten Schlüsselmärkten weiterhin in Wettbewerb zueinander stehen und beide Parteien die Rechte aller Aktionäre respektieren sollten.

Ferner behielt die Firma Rembrandt die bisher von ihr ausgeübten Leitungsbefugnisse insoweit, als sie die Geschäftstätigkeit der Firma Rothmans International betrafen.

Die Firmen Morris und Rothmans International bekundeten in der Vereinbarung jedoch mit folgender Klausel ihre Absicht zur Zusammenarbeit:

„Die Parteien bemühen sich um die Nutzung der potentiellen Vorteile, die sich aus einer Zusammenarbeit auf Gebieten wie dem gemeinsamen Vertrieb, der gemeinsamen Herstellung, dem technischen Know-how, der technischen Forschung usw. ergeben. Der Verkäufer wird dafür sorgen, daß die Firma Rothmans International sich an solchen Bemühungen um eine Zusammenarbeit beteiligt."

Diese Absicht spiegelte sich auch in einer besonderen „Partnerschafts"-Vereinbarung nieder, die von September 1981 bis April 1983 in Kraft war.

So erwarb die Firma Morris gemäß diesen Vereinbarungen eine indirekte Beteiligung von 21,9 % am Gewinn ihrer Konkurrentin Rothmans International, und die Beteiligungen der Streithelferinnen am Kapital der Firma Rothmans International gestalteten sich wie folgt:

Firma Morris *Firma Rembrandt* *Publikum*

50 % 50 %

Firma Rothmans Holdings

43,8 % entsprechend 58,3 % der Stimmen, in den meisten Fällen jedoch satzungsmäßig beschränkt auf die Hälfte der Stimmen minus eine Stimme

Gleichgewicht des Kapitals und der Stimmen

Firma Rothmans International

2. *Die Vereinbarungen von 1984*

Aufgrund von Beschwerden, die unter anderem von den Klägerinnen eingereicht worden waren, richtete die Kommission an die Streithelferinnen eine Mitteilung der Beschwerdepunkte, wonach die Vereinbarungen von 1981 sowohl gegen Artikel 85 als auch gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstießen.

Nachdem die Kommission angeregt hatte, daß die Streithelferinnen Änderungen vorschlagen sollten, durch die ihre Bedenken ausgeräumt würden, erklärten sich die beiden Firmen zu einer Änderung ihrer Vereinbarungen von 1981 bereit.

Nach den schließlich 1984 geschlossenen neuen Vereinbarungen verzichtete die Firma Morris auf ihre 50%ige Beteiligung am Kapital der Firma Rothmans Holdings zugunsten einer direkten Beteiligung am Kapital der Firma Rothmans International. Diese Beteiligung beträgt 30,8 %, entsprechend 24,9 % der Stimmen, während die Beteiligung, die die Firma Rothmans Holdings für die Firma Rembrandt innehat, nunmehr nach Umwandlung bestimmter Schuldverschreibungen ebenfalls 30,8 % beträgt, wobei auf sie aber ein Stimmenanteil von 43,6 % entfällt.

Außerdem hat sich die Firma Morris, die weiterhin bestimmte Wandelschuldverschreibungen innehat, verpflichtet, ihre Beteiligung am Kapital der Firma Rothmans International nicht in einer Weise zu erhöhen, die zu einem Stimmenanteil von 25 % oder mehr führt. Somit verteilen sich die Aktien und die Stimmrechte in der Firma Rothmans International wie folgt:

Firma Rembrandt *Firma Morris* *Publikum*

Firma Rothmans Holdings

30,8 % des Kapitals, entsprechend 24,9 % der Stimmen

30,8 % des Kapitals, entsprechend 43,6 % der Stimmen

Firma Rothmans International

Die Vereinbarungen enthalten ferner folgende Klauseln, durch die sich die Parteien für den Fall der Veräußerung ihrer Beteiligung gegenseitig ein Vorkaufsrecht einräumen:

— Die Firma Rembrandt darf ihre Beteiligung nur als ganze veräußern und muß zuvor der Firma Morris Gelegenheit zur Ausübung des Vorkaufsrechts geben und genaue Angaben über den Kaufinteressenten machen. Falls die Firma Morris von dieser Gelegenheit nicht Gebrauch macht, darf die Firma Rembrandt ihre Beteiligung nur an einen unabhängigen Käufer oder an mindestens zehn voneinander und von der Firma Rembrandt unabhängige Käufer veräußern, vorausgesetzt, daß keiner dieser Käufer da-

durch mehr als 10 % der Stimmrechte in der Firma Rothmans International erlangt.

— Falls die Firma Rembrandt ihre Beteiligung an einen einzelnen Käufer veräußern will, muß sie dafür sorgen, daß dieser Käufer ein gleiches Angebot für die Beteiligung der Firma Morris macht.

— Vor jedem Verkauf ihrer Beteiligung muß die Firma Rembrandt der Firma Morris den Austausch der Hälfte ihrer gewöhnlichen Aktien (vier Stimmen) gegen eine gleiche Anzahl von gewöhnlichen „B"-Aktien (eine Stimme) anbieten oder sich auf Verlangen der Firma Morris darum bemühen, daß die Firma Rothmans International alle Aktien mit vierfachem Stimmrecht in Aktien mit einfachem Stimmrecht umwandelt.

— Die Firma Morris darf ihre Beteiligung nur als ganze veräußern und muß zuvor der Firma Rembrandt Gelegenheit zur Ausübung des Vorkaufsrechts geben sowie genaue Angaben über den Kaufinteressenten und die Art des beabsichtigten Verkaufs machen. Falls die Firma Rembrandt von dieser Gelegenheit nicht Gebrauch macht, darf die Firma Morris ihre Beteiligung nur an einen unabhängigen Käufer oder an mindestens zehn voneinander und von der Firma Morris unabhängige Käufer veräußern, vorausgesetzt, daß keiner dieser Käufer dadurch mehr als 10 % der Stimmrechte in der Firma Rothmans International erlangt.

— Falls die Firma Rembrandt im Falle einer Veräußerung durch die Firma Morris ihr Vorkaufsrecht nicht ausübt, kann letztere einen Käufer für eine Anzahl von Rothmans-International-Aktien mit einfachem Stimmrecht benennen, die mindestens der Hälfte der Anzahl der Aktien der Firma Rembrandt mit vierfachem Stimmrecht entspricht, diese Person ist dann berechtigt, außer hinsichtlich der Ernennung oder Absetzung eines Mitglieds des Verwaltungsrats der Firma Rothmans International, drei Viertel der Stimmrechte, die mit der Hälfte der Aktien der Firma Rembrandt mit vierfachem Stimmrecht verbunden sind, auszuüben. Sie und ihre Rechtsnachfolger treten in die oben festgelegten Rechte der Firma Morris ein.

Gleichzeitig gaben die Streithelferinnen gegenüber der Kommission folgende Verpflichtungserklärungen ab:

— Die Firma Morris verpflichtet sich, die Kommission über jede Änderung oder Ergänzung der Vereinbarungen unverzüglich nach dem Inkrafttreten dieser Änderung oder Ergänzung zu unterrichten.

— Die Firma Morris verpflichtet sich ferner, wenn sie oder ihre Tochtergesellschaften ihre Beteiligung an der Firma Rothmans International erweitern oder aber in irgendeiner Weise, die dazu führt, daß sie an sämtlichen mit den Rothmans-International-Aktien verbundenen Stimmrechten einen Anteil von 25 % oder mehr innehaben, Stimmrechte erwerben, binnen 48 Stunden die Kommission zu unterrichten, damit diese, wenn sie es für erforderlich hält, die infolge dieser Situation in der Tabakindustrie in der Europäischen Gemeinschaft bestehende Wettbewerbslage prüfen und sich über ihre eventuellen Bedenken schlüssig werden kann. Falls die Kommission im Anschluß an eine solche Unterrichtung es verlangt, wird die Firma Morris für einen Zeitraum von drei Monaten nach einer solchen Erweiterung ihrer Beteiligung eine angemessene Vereinbarung über die Trennung der jeweiligen Interessen der Firmen Rothmans International und Morris auf dem Tabakmarkt der Europäischen Gemeinschaft in Kraft setzen, durch die

der Status quo während des Zeitraums aufrechterhalten wird, innerhalb dessen die Kommission darüber entscheiden kann, welche weiteren Maßnahmen gegebenenfalls angebracht sind.

— Die Firma Morris verpflichtet sich, keinen Vertreter in den Verwaltungsrat oder ein anderes Leitungsorgan der Firma Rothmans International oder eines anderen Unternehmens der Rothmans-International-Gruppe zu entsenden, das eine Beteiligung auf dem Tabaksektor der Europäischen Gemeinschaften innehat.

— Die Firma Morris verpflichtet sich ferner, von der Firma Rothmans International oder der Firma Rembrandt keine die Rothmans-International-Gruppe betreffende Informationen anzufordern oder anzunehmen, die das Wettbewerbsverhalten einer der Gesellschaften der Philip-Morris-Gruppe in der Europäischen Gemeinschaft beeinflussen oder sich auf andere Weise auf die Tätigkeit der Philip-Morris-Gruppe im Wettbewerb mit der Rothmans-International-Gruppe oder auf die Wettbewerbsbeziehungen zwischen der Philip-Morris-Gruppe und der Rothmans-International-Gruppe in der Europäischen Gemeinschaft auswirken könnten.

— Die Firma Morris kann jederzeit — höchstens aber einmal jährlich — die Kommission um Überprüfung der Situation ersuchen, damit diese binnen 90 Tagen feststellt, ob die übernommenen Verpflichtungen noch immer zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs in der Tabakindustrie in der EWG erforderlich sind. In jedem Fall enden diese Verpflichtungen mit dem Verkauf oder einer anderweitigen Veräußerung sämtlicher Aktienbeteiligungen der Firma Morris und ihrer Tochtergesellschaften an der Firma Rothmans International.

— Die Firma Rembrandt verpflichtet sich, die Firma Rothmans International nicht dazu zu veranlassen, der Firma Morris Informationen weiterzugeben, die diese aufgrund der von ihr eingegangenen Verpflichtung von der Firma Rothmans International weder anfordern noch annehmen darf.

Die Vereinbarung über die Trennung der Interessen, zu deren Inkraftsetzung unter bestimmten Umständen sich die Firma Morris verpflichtet hat, soll folgende Merkmale aufweisen:

— Die Vereinbarung muß vom Zeitpunkt der oben erwähnten Erweiterung der Stimmrechte an drei Monate gelten.

— Während dieses Zeitraums legt die Firma Morris nicht ihre Beteiligungen im Tabaksektor der Gemeinschaft mit den Beteiligungen zusammen, die sie im Tabaksektor der Gemeinschaft an der Rothmans-International-Gruppe innehat, und trifft keine Maßnahmen zur Vorbereitung einer solchen Zusammenlegung.

— Während dieses Zeitraums unternimmt die Firma Morris weder direkte noch indirekte Schritte zur Verringerung der Fähigkeit der Rothmans-International-Gruppe zur Ausübung eines effektiven Wettbewerbs als lebensfähiger und unabhängiger Wirtschaftsteilnehmer auf dem Tabakmarkt der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.

— Während dieses Zeitraums wird die Firma Morris alle von der Rothmans-International-Gruppe auf dem Tabakmarkt der Europäischen Gemeinschaft verwendeten Vermögenswerte erhalten und schützen, nichts unternehmen, was deren Wert verringern könnte, und sie nicht im gewöhnlichen Geschäftsgang veräußern.

— Während dieses Zeitraums werden die dem Tabakabsatz dienenden Maßnahmen der Rothmans-International-Gruppe in der Europäischen Gemeinschaft von denen der Philip-Morris-Gruppe getrennt. Insbesondere werden die Verkaufsorganisationen nicht zusammengelegt und die Vertriebsabteilungen getrennt gehalten; die Werbeetats werden nicht zusammengefaßt, und die bestehenden Verträge mit Werbeagenturen werden aufrechterhalten.

— Während dieses Zeitraums bemüht sich die Firma Morris nicht um Änderungen der Politik hinsichtlich irgendeines Aspekts des Vertriebs von Tabakwaren in der Europäischen Gemeinschaft durch die Rothmans-International-Gruppe.

— Während dieses Zeitraums ersetzt die Firma Morris kein Verwaltungsratsmitglied und keine Führungskraft irgendeiner zur Rothmans-International-Gruppe gehörenden Gesellschaft, die in der Europäischen Gemeinschaft Tabakwaren auf den Markt bringt.

— Während dieses Zeitraums beteiligt sich die Firma Morris weder direkt noch indirekt an Beschlüssen oder Entscheidungen des Verwaltungsrats oder irgendeines anderen Leitungsorgans der Firma Rothmans International, die das Verhalten der Firma Rothmans International auf dem Tabaksektor in der Europäischen Gemeinschaft betreffen.

— Während dieses Zeitraums enthält sich die Firma Morris jedes Austauschs von den Tabakmarkt der EWG betreffenden oder sich auf ihn auswirkenden wettbewerbsrelevanten Informationen zwischen dem Führungspersonal der Rothmans-International-Gruppe und ihrem eigenen Führungspersonal, das mit Geschäften im Tabaksektor der Europäischen Gemeinschaft betraut ist.

3. *Das Verwaltungsverfahren*

Am 4. Mai 1981 brachte die Firma Reynolds bei der Kommission eine Beschwerde gegen die Vereinbarungen von 1981 vor, wobei sie geltend machte, diese Vereinbarungen seien zwischen den Streithelferinnen unter Verstoß sowohl gegen Artikel 85 als auch gegen Artikel 86 EWG-Vertrag geschlossen worden.

Am 20. Januar 1982 reichte die BAT eine ähnliche Beschwerde ein.

Am 26. Mai 1981 wurden die zwischen den Streithelferinnen geschlossenen Vereinbarungen von 1981 zur Erlangung eines Negativattests oder einer Freistellung bei der Kommission angemeldet.

Am 19. Mai 1982 leitete die Kommission, da die Vereinbarungen von 1981 ihrer Ansicht nach sowohl gegen Artikel 85 als auch gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstießen, das Verfahren nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 ein, indem sie den Streithelferinnen je eine Mitteilung der Beschwerdepunkte übermittelte, von der die Klägerinnen nach Entfernung der Teile, die nach Angabe der Streithelferinnen vertraulichen Charakter besaßen, eine Kopie erhielten. *Die Mitteilung der Beschwerdepunkte hatte im wesentlichen folgenden Inhalt:*

Vorab bemerkte die *Kommission,* daß die Firma Morris durch den Erwerb von Aktien und Schuldverschreibungen der Firma Rothmans International in eine Stellung absoluter Gleichheit mit der Firma Rembrandt gelange. Sodann wies sie darauf hin, daß *der Zigarettenmarkt der Gemeinschaft* von 1976 bis 1980 quantitativ stagnierend und oligopolistisch gewesen sei, so daß anzunehmen gewesen sei, daß die Werbung und der Erwerb von Unternehmen mangels eines echten Preiswettbewerbs oder von Durchbrüchen in der Forschung die wichtigsten Mittel zur Erhöhung des Marktanteils seien. Aus mehreren in den letzten Jahren durchgeführten Untersuchungen gehe hervor, daß

die Werbung weniger zur Steigerung des Absatzes und des Gesamtverbrauchs von Zigaretten als zur Erhaltung oder Vergrößerung des Marktanteils diene. Da außerdem der Markt von großen Unternehmen mit beträchtlichen Mitteln und technischen Kenntnissen beherrscht werde und die Werbung von überragender Bedeutung sei, sei es sehr schwierig, dort Fuß zu fassen.

Zum Erwerb von Aktien der Firma Rothmans Holdings durch die Firma Morris führte die Kommission aus, diese Vereinbarung bezwecke eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von *Artikel 85 Absatz 1* EWG-Vertrag. Die Philip-Morris- und die Rothmans-International-Gruppe seien vor Eintritt der Ereignisse, die Anlaß zu dem fraglichen Verfahren gegeben hätten, normale Konkurrenten auf dem Zigarettenmarkt der Gemeinschaft gewesen. Wenn infolge einer Vereinbarung zwei tatsächliche oder potentielle Konkurrenten zusammen Eigentümer einer Tochtergesellschaft seien, die ihre Erzeugnisse auf demselben Markt verkaufe, stelle der Umstand, daß es mit den wirtschaftlichen Interessen jeder der beiden Muttergesellschaften unvereinbar sei, mit ihrer Tochtergesellschaft (und daher insoweit miteinander) in Wettbewerb zu treten, eine Auswirkung der Vereinbarung auf den Wettbewerb im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 dar.

Außerdem habe die Beteiligung der Firma Rothmans Holdings, die 43,8 % des ausgegebenen Gesellschaftskapitals der Firma Rothmans International und 58,3 % der Stimmrechte in dieser Firma entsprochen habe, der Firma Rothmans Holdings trotz der besonderen Bestimmung, mit der eine automatische Mehrheit der Firma Rothmans Holdings habe verhindert werden sollen, die effektive Kontrolle über die Geschäfte der Firma Rothmans International verschafft.

Das Marktverhalten dieser Firma wird nach Ansicht der Kommission durch die das Verfahren veranlassenden Vereinbarungen beeinflußt; die Firma Morris habe kein Interesse an einem den Belangen der Firma Rothmans International zuwiderlaufenden Wettbewerb mehr. Die Firma Rembrandt habe kein Interesse an einem Wettbewerb gegen die Firma Rothmans International und habe unmittelbar durch die Vereinbarung erreicht, daß dies nun auch auf die Firma Morris, die zuvor ein wichtiger Wettbewerber gewesen sei, zutreffe. Aufgrund der zwischen den beteiligten Gesellschaften hergestellten Beziehungen würden sie sich somit voraussichtlich nicht mehr so verhalten, wie sie es vor dem Aktienerwerb getan hätten oder wie sie es tun würden, wenn dieser Erwerb unterblieben sei.

Die Kommission stellte fest, die Firmen Morris und Rothmans International würden zahllose Gelegenheiten und Anlässe zur Koordinierung ihres Marktverhaltens haben. Aufgrund ihrer neuen Beziehung würden sie gegen ihre gemeinsamen und gegen ihre getrennten Interessen handeln, wenn sie nicht bei der Planung und Durchführung von Marktstrategien, die die Einführung neuer Marken, Werbekampagnen oder die Expansion oder Einschränkung auf einem bestimmten Gebiet beträfen, oder bei der zu einer Marktaufteilung führenden Koordinierung der Preis- und der Absatzpolitik zusammenarbeiteten. Jedenfalls würden selbst bei einseitigem Handeln eines Unternehmens die Interessen und Pläne des anderen berücksichtigt. Das eindeutig vorhersehbare Ergebnis einer solchen Koordinierung wäre eine Einschränkung des Wettbewerbs.

Selbst wenn die im folgenden geprüften anderen Aspekte des Gesamtgeschäfts nicht vorlägen, wäre eine Einschränkung des Wettbewerbs wahrscheinlich, wenn ein Unternehmen eine bedeutende finanzielle Beteiligung an einer Holdinggesellschaft erwerbe, die ein Konkurrenzunternehmen kontrolliere. Wenn die Unternehmen, die zuvor in normalem Wettbewerb miteinander gestanden hätten, weiter auf dem Markt tä-

tig seien, gehe ihr Wettbewerb nicht mehr so weit, daß sie bewußt den Interessen des jeweils anderen schadeten.

So würde ein Unternehmen, das eine bedeutende direkte oder indirekte Investition in ein anderes Unternehmen vorgenommen habe, von jeder Maßnahme, die letzterem Unternehmen schaden könnte, Abstand nehmen, damit der Wert seiner Investition nicht gefährdet werde. Außerdem würde das investierende Unternehmen Einfluß auf die Leitung und das Verhalten des Unternehmens, in das es investiert hat, erlangen und könnte so sicherstellen, daß seine eigenen Geschäftsinteressen durch die Betätigung des letzteren Unternehmens nicht beeinträchtigt würden. In entsprechender Weise könnte ein Unternehmen, in das auf diese Weise investiert worden sei, nicht umhin, sein Verhalten und seine Pläne so anzupassen, daß den Interessen des Investors Rechnung getragen werde, und der frühere Mehrheitsaktionär dieses Unternehmens könnte seine verbleibenden Rechte und Befugnisse nicht ohne Rücksicht auf die Interessen und die Politik des Erwerbers ausüben.

Aufgrund ihrer 50%igen Beteiligung an der Firma Rothmans Holdings, die ihrerseits die Firma Rothmans International kontrolliere, sei die Firma Morris gezwungen, ihre Geschäftstätigkeit auf dem Tabakmarkt der Gemeinschaft in beträchtlichem Maß mit derjenigen der Firma Rothmans International zu koordinieren. Selbst wenn der Aktienerwerb durch die Firma Morris als passive Investition gedacht sein sollte, *bewirke* er doch unvermeidlich eine Einschränkung des Wettbewerbs.

Die Kommission stellte ferner fest, die gemeinsame Kontrolle dieser beiden Unternehmen über die Firma Rothmans Holdings werde durch die Vereinbarung über die Ernennung der Mitglieder des Verwaltungsrats noch verstärkt; der Ausschluß eines Stichentscheids durch den Vorsitzenden habe zur Folge, daß der Verwaltungsrat keine Entscheidung ohne Zustimmung beider Unternehmen treffen könne. Unter Berücksichtigung der Kontrolle der Firma Rothmans Holdings über die Firma Rothmans International diene das Recht zur Ernennung von Verwaltungsratsmitgliedern zur Verstärkung der wettbewerbswidrigen Wirkung des Aktienerwerbs. Die Bestimmungen, durch die Vorkaufsrechte eingeräumt würden oder durch die die Gleichheit der Beteiligungen der Streithelferinnen an der Firma Rothmans Holdings gesichert werden solle, führten dazu, daß kein unkoordinierter Schritt von Bedeutung möglich sei.

So leitete die Kommission aus den Bestimmungen über den Aktienerwerb ab, daß die Firmen Morris, Rembrandt und Rothmans International zur Koordinierung ihres Verhaltens auf dem Zigarettenmarkt der Gemeinschaft gezwungen seien und daß jede von ihnen aufgrund ihrer eigenen besonderen Interessen einseitig die Tätigkeit und die Belange der anderen berücksichtigen müsse. Dies bewirke unvermeidlich eine Einschränkung des Wettbewerbs, mit dem vernünftigerweise im Verhältnis zwischen den Beteiligten zu rechnen wäre. Hieraus könne der Schluß gezogen werden, daß die Bestimmungen eine Beschränkung des Wettbewerbs *bezweckten.*

Zur Partnerschaftsvereinbarung zwischen den Streithelferinnen führte die Kommission aus, die Firma Rembrandt werde mit Rücksicht auf ihre vertraglichen Beziehungen zur Firma Morris bei der Fortsetzung ihrer Leitungstätigkeit in der Firma Rothmans International unweigerlich den Interessen der Firma Morris Rechnung tragen. Die Beziehungen zwischen den Firmen Morris und Rothmans International seien so gestaltet, daß beide Unternehmen in ihrem eigenen Interesse die Ansichten und Absichten des jeweils anderen berücksichtigen müßten. Ebenso würden, wenn zahlreichen besonderen Klauseln der Partnerschaftsvereinbarung

die Bedeutung zukommen solle, die den Worten, in die sie gekleidet seien, normalerweise beigelegt werde, Informationen über die Firma Rothmans International, die wahrscheinlich von Interesse für einen Wettbewerber seien, zwangsläufig der Firma Morris bekannt.

Die Kommission zog, wobei sie auch auf die Klausel über die Nutzung der potentiellen Vorteile einer Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten hinwies, den Schluß, daß die Partnerschaftsvereinbarung eindeutig auf eine Koordinierung der Tätigkeit zweier Unternehmen gerichtet sei, die auf dem Zigarettenmarkt der Gemeinschaft miteinander in Wettbewerb stünden. Er *bezwecke* somit eine Einschränkung des Wettbewerbs und eine Verstärkung der oben erwähnten Einschränkungen.

Die Kommission stellte schließlich fest, daß mehrere Tochtergesellschaften der Firmen Morris und Rothmans International im innergemeinschaftlichen Handel tätig seien; dieser werde daher durch die Vereinbarungen spürbar beeinträchtigt.

Was *Artikel 85 Absatz 3* EWG-Vertrag angehe, so bestehe für sie kein Grund zu der Feststellung, daß die Vereinbarungen zur Verbesserung der Zigarettenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitrügen oder daß sie eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an jedem eventuellen Gewinn vorsähen.

Die Kommission stellte daher fest, daß derzeit kein Grund zur Gewährung einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 für irgendeine der festgestellten Beschränkungen bestehe, die sowohl für sich genommen als auch zusammen gegen Artikel 85 verstießen.

In bezug auf *Artikel 86* vertrat die Kommission die Ansicht, die Firma Rothmans International habe mit ihrem Marktanteil, der 1980 47,8 % in Belgien und Luxemburg und 49 % in den Niederlanden betragen habe, in zwei wesentlichen Teilen des Gemeinsamen Marktes eine beherrschende Stellung inne.

Da zu den Marktanteilen der Rothmans-International-Gruppe in den Beneluxstaaten die Hilfsmittel und die Stärke der Gruppe, deren Marktanteil im Gemeinsamen Markt insgesamt größer sei als der ihrer Konkurrenten, hinzukomme, könne die Gruppe mit einem erheblichen Maß an Unabhängigkeit von ihren Wettbewerbern und Kunden agieren.

Die Kommission stellte fest, vor dem Abschluß der fraglichen Vereinbarungen habe die Firma Rembrandt die Firma Rothmans International über die Firma Rothmans Holdings kontrolliert. Die beherrschenden Stellungen der Firma Rothmans International könnten daher der Firma Rembrandt zugerechnet werden. Diese habe ihre beherrschende Stellung durch den Abschluß der fraglichen Verträge mit der Firma Morris mißbräuchlich ausgenutzt, wodurch die beherrschende Stellung der Firma Rothmans International ausgebaut worden sei. Die Firma Rembrandt habe sichergestellt, daß die Firma Morris, deren Marktanteil 1980 in Belgien und Luxemburg 8,7 % und in den Niederlanden 7 % betragen habe, ihre Geschäftstätigkeit in erheblichem Maß mit derjenigen der Firma Rothmans International koordinieren müsse. Es sei ihr damit gelungen, die Firma Morris als mit der Firma Rothmans International konkurrierende Kraft zu neutralisieren. Beispielshalber verweist die Kommission auf die Urteile vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72 (Europemballage und Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215) und vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76 (Hoffmann-La Roche/Kommission, Slg. 1979, 461), in denen der Gerichtshof ausgeführt habe, daß ein Unternehmen seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutze, wenn es sie so sehr verstärke, daß der Wettbewerb stark behindert oder die tatsächliche Wettbewerbsstruktur des Gemein-

samen Marktes beeinträchtigt werde. Im vorliegenden Fall werde der verbleibende Wettbewerb durch die beherrschende Stellung der Firma Rothmans International auf den beiden fraglichen Märkten und deren Verstärkung in Verbindung mit der Stärke und den Ressourcen der Firma Morris spürbar behindert. Die Wettbewerbsstruktur zweier wesentlicher Teile des Gemeinsamen Marktes werde dadurch noch weiter geschwächt.

Die beiden Unternehmen würden durch ihre auf eine wettbewerbswidrige Koordinierung gerichtete kombinierte Kraft in die Lage versetzt, mit einem erheblichen Maß an Unabhängigkeit von ihren Wettbewerbern und Kunden zu agieren. Die Streithelferinnen nähmen somit zusammen eine beherrschende Stellung in zwei wesentlichen Teilen des Gemeinsamen Marktes ein. Die Firma Morris habe ihre beherrschende Stellung durch den Kauf von Rothmans-International-Aktien mißbräuchlich ausgenutzt; sie habe damit von der Vereinbarung über die Zusammenarbeit Gebrauch gemacht und ihre Politik der Koordination mit der Firma Rothmans International auf den fraglichen Märkten intensiviert. Die dadurch bewirkte Verstärkung der beherrschenden Stellung behindere den Wettbewerb spürbar.

Das mißbräuchliche Verhalten der beiden an den Vereinbarungen beteiligten Unternehmen beeinträchtige den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und sei daher mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

Im Begleitschreiben zur Mitteilung der Beschwerdepunkte wies die Kommission die Streithelferinnen darauf hin, daß somit Gründe für die Annahme bestehen könnten, sie hätten gegen die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag verstoßen, und daß sie vorbehaltlich des eventuellen Vorbringens der beiden Unternehmen beabsichtige, eine Entscheidung zu erlassen, durch die ihnen gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 aufgegeben werde, die fraglichen Zuwiderhandlungen abzustellen.

Gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 99/63 der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates (ABl. 1963, S. 2268) räumte die Kommission den Streithelferinnen die Möglichkeit ein, schriftlich zu den gegen sie gerichteten Beanstandungen Stellung zu nehmen; ferner gab sie ihnen gemäß Artikel 17 dieser Verordnung Gelegenheit zur mündlichen Darlegung ihres Standpunkts.

Im September 1982 antworteten die Streithelferinnen schriftlich auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte. Nach Eingang der schriftlichen Äußerungen der Firma Reynolds zu den Antworten der Streithelferinnen führte die Kommission am 5. und 6. Oktober 1982 eine Anhörung in Anwesenheit der Klägerinnen durch.

Nach der Anhörung übermittelte die Firma Reynolds am 28. Oktober 1982 der Kommission ein Aide-mémoire. Dem folgte im November 1982 ein Schreiben der Firma Morris mit Ausführungen zu den bei der Anhörung erörterten Fragen. Im Dezember 1982 erhielt die Kommission ein zweites Aide-mémoire der Firma Reynolds.

Im Mai 1983 teilte die Kommission den Klägerinnen mit, daß die Streithelferinnen ihre Vereinbarungen von 1981 geändert hätten. In dem Glauben, daß die Firma Morris politischen Druck auf die Kommission ausübe, richtete die BAT mehrere Protestschreiben an die Kommission. Auf Ersuchen der Firma Reynolds fand im Juli 1983 eine Sitzung statt, der am 15. September 1983 eine zweite Sitzung folgte.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 1983 teilte die Kommission den Klägerinnen gemäß Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 mit, es bestünden keine ausreichenden Gründe mehr, ihren Anträgen stattzugeben; zugleich forderte sie sie auf, ihr schriftlich eventuelle weitere Bemerkungen zu übermitteln. Unter Bezugnahme auf den frühe-

ren Schriftverkehr und auf die Anhörung vom Oktober 1982 unterrichtete sie die Klägerinnen davon, daß die Streithelferinnen die Vereinbarungen aufgegeben oder wesentlich geändert hätten. Sie fügte hinzu, nach den ihrem Schreiben abschriftlich beigefügten neuen Vereinbarungen, die die Firma Morris mit der Firma Rembrandt zu schließen gedenke, würde die Firma Morris eine Beteiligung am Kapital der Firma Rothmans International erwerben, aufgrund deren ihr in der Hauptversammlung 24,9 % der Stimmen zustünden.

Im Anschluß an eine Erläuterung des Inhalts der neuen Vereinbarungen stellte die Kommission fest, die Streithelferinnen verfügten nicht mehr über ein System der Koordinierung ihrer Tätigkeit in bezug auf die Rothmans-International-Gruppe, und die Stellung der Firma Morris als mit keinem anderen Aktionär verbundene Minderheitsaktionärin der Firma Rothmans International gebe keinen Anlaß mehr zu der Besorgnis, daß eine spürbare wettbewerbswidrige Auswirkung auf ihr Verhalten oder auf das Verhalten der Firma Rothmans International auf dem Zigarettenmarkt der Gemeinschaft eintreten würde. Insbesondere hätten die Streithelferinnen auf ihre „Partnerschafts"-Vereinbarung und auf die Möglichkeiten verzichtet, die der Firma Morris Einfluß in der Firma Rothmans International gegeben hätten. Es liege somit keine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 85 EWG-Vertrag und auch keine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag mehr vor.

Außerdem führte die Kommission aus, die abzuschließenden Vereinbarungen umfaßten Bestimmungen über die Veräußerung und den Erwerb von Rothmans-International-Aktien, sie habe aber die Firma Morris darauf hingewiesen, daß die Durchführung dieser Bestimmungen unter den derzeit absehbaren Umständen mit den Wettbewerbsregeln unvereinbar wäre. Die Beteiligten hätten Verpflichtungserklärungen abgegeben, aufgrund deren sie bei einer weiteren Änderung der Struktur der Kapitalbeteiligungen an der Firma Rothmans International erforderlichenfalls schnellstens angemessene Maßnahmen treffen könne.

In ihrer Antwort auf das Schreiben der Kommission nach Artikel 6 machten die *Klägerinnen* geltend, der Umstand, daß die Kommission die Zurückweisung ihrer Beschwerden nicht begründet habe, stelle einen Grund für die Aufhebung dieses Schreibens und/oder einen Verstoß gegen eine wichtige Verfahrensgarantie dar, der als solcher jede nachfolgende Entscheidung der Kommission, mit der die in diesem Schreiben enthaltene Schlußfolgerung aufrechterhalten werde, fehlerhaft machen werde.

Die Auffassung der Kommission sei mit den in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte vertretenen Ansichten unvereinbar, da die von der Kommission für kritikwürdig erachteten Teile der ursprünglichen Vereinbarungen in den neuen Vereinbarungen erhalten geblieben seien.

Erstens äußerten die Klägerinnen die Ansicht, die Ersetzung der Rothmans-Holdings-Aktien der Firma Morris durch Rothmans-International-Aktien begegne denselben Einwendungen wie denjenigen, die die Kommission gegen die ursprünglichen Vereinbarungen vorgebracht habe. Die indirekte 22%ige Beteiligung der Firma Morris am Kapital der Firma Rothmans International werde nun eine direkte Beteiligung von 30,8 %. Jede Einwendung aufgrund der Beteiligung der Firma Morris an den Gewinnen eines ihrer Wettbewerber müsse daher erst recht gegenüber den neuen Vereinbarungen gelten. Wenn ein Unternehmen eine bedeutende finanzielle Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen erwerbe, so sei dies für sich geeignet, den Wettbewerb einzuschränken. Sofern Unternehmen, die zuvor in normalem Wettbewerb miteinander

gestanden hätten, weiter auf dem Markt tätig seien, gehe ihr Wettbewerb nicht mehr so weit, daß sie bewußt den Interessen des jeweils anderen schadeten.

Zweitens führten die Klägerinnen aus, die Kommission habe nicht nachgewiesen, daß der Wille der Firmen Morris und Rothmans International zur Zusammenarbeit nicht mehr bestehe. Diese Zusammenarbeit werde im Gegenteil bereits in vielen Gebieten außerhalb der EWG verstärkt. Das Führungspersonal werde im Laufe seiner Karriere oft von einem ins andere Land versetzt, und es sei eine Illusion, zu erwarten, daß dieselben Personen nach ihrer Versetzung in die EWG ihre im Laufe der Jahre außerhalb der EWG angenommene Gewohnheit zusammenzuarbeiten aufgeben und plötzlich zueinander in Wettbewerb treten und einander die gegenseitige Unterrichtung über geschäftliche Vorgänge vorenthalten würden.

Drittens machten die Klägerinnen geltend, die Vorkaufsrechte und die verschiedenen Sondervereinbarungen der Streithelferinnen über künftige Geschäfte über Aktien und Wandelschuldverschreibungen der Firma Rothmans International verstärkten die Gegenseitigkeit der Kontrolle und schränkten die Handlungsfreiheit der Firma Rembrandt stark ein. Insbesondere verstoße eine Vereinbarung, durch die der Firma Morris die Möglichkeit eingeräumt werde, später rechtswidrigerweise zusätzliche Rothmans-International-Aktien zu erwerben, gegen die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag.

Schließlich machten die Klägerinnen geltend, die der Kommission gegenüber eingegangenen Verpflichtungen reichten nicht aus, denn sie könnten eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts nicht verhindern, weil sie erst nach Vornahme einer rechtswidrigen Handlung, wie z. B. einer Erhöhung der Beteiligung der Firma Morris am Kapital der Firma Rothmans International, zum Tragen kämen.

Mit Schreiben vom 22. März 1984, die als „Entscheidung" bezeichnet waren, teilte die Kommission unter Bezugnahme auf ihre Schreiben nach Artikel 6 und auf die Antworten der Klägerinnen auf diese Schreiben mit, daß ihre gemäß Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 gestellten Anträge abgelehnt und die diese betreffenden Verfahren eingestellt würden. Ferner führte die Kommission folgendes aus:

„Artikel 85

21. Es hat sich nicht nachweisen lassen, daß die Vereinbarungen, wenn man sie in ihrem rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang und innerhalb ihres wirtschaftlichen Umfelds prüft, eine Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

22. Während die ursprünglichen Vereinbarungen der Firma Morris mittels des institutionellen Gefüges der Holdinggesellschaft ein Vetorecht über eine tatsächliche Aktienmehrheit in der Firma Rothmans International verschafften, ist die Firma Morris nach den neuen Vereinbarungen nur noch Minderheitsaktionärin.

23. Mehrere Bestimmungen der neuen Vereinbarungen sollen es der Firma Morris ermöglichen, entweder (i) eventuell die Kontrolle über die Firma Rothmans International zu erlangen oder (ii) im Falle eines von der Firma Rembrandt vorgenommenen Verkaufs an einen oder mehrere Dritte wieder eine Position der Gleichheit mit der Firma Rembrandt herzustellen oder (iii) an einen namentlich bezeichneten Dritten Aktien zu verkaufen, auf die 34,5 % der Stimmrechte in der Firma Rothmans International entfallen.

24. Obwohl mit diesen Bestimmungen der Firma Morris die Möglichkeit eingeräumt wird, künftig ihre Stellung als Minderheitsaktionärin dahin abzuändern, daß sie die Kontrolle über die Firma Rothmans Inter-

national erlangt, bewirkt das Vorhandensein dieser Bestimmungen derzeit keine Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 85.

25. Nach den neuen Vereinbarungen kann die Firma Rembrandt die mit ihrer beträchtlichen Beteiligung an der Firma Rothmans International verbundenen Stimmrechte ohne Rücksicht auf den Standpunkt der Firma Morris ausüben und durch ihren Stimmrechtsanteil von 43,6 % sowie durch die traditionellen Beziehungen zwischen ihr und der Leitung der Firma Rothmans International in der Praxis die Firma Rothmans International kontrollieren. Es besteht kein Grund zu der Annahme, daß die Firma Rembrandt kein Interesse daran haben könnte, die Firma Rothmans International zu einem möglichst erfolg- und ertragreichen Unternehmen zu machen.

26. Wenngleich der Firma Morris grundsätzlich nicht an einer Gefährdung des Werts ihrer gegenwärtigen Investition in die Firma Rothmans International gelegen sein dürfte, bleibt sie doch unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles in erheblichem Maße daran interessiert, jede Vergrößerung des Marktanteils der Firma Rothmans International im Gemeinsamen Markt durch ihre eigenen industriellen und geschäftlichen Anstrengungen in Grenzen zu halten. Der Grund dafür liegt vor allem darin, daß der Firma Morris daran gelegen sein wird, in der bestmöglichen finanziellen Lage für die Ausübung ihrer Option auf den zusätzlichen Kauf von Rothmans-International-Aktien zu sein, falls die Kommission in Zukunft unter veränderten Marktverhältnissen keine Einwendungen gegen die Ausübung dieser Option erheben sollte.

27. Außerdem haben die beteiligten Unternehmen der Kommission gegenüber die unten im Abschnitt 30 dargestellten Verpflichtungserklärungen über ihr künftiges Verhalten abgegeben, die der Kommission ein angemessenes Vorgehen ermöglichen werden, falls bei der Durchführung der betreffenden Bestimmungen Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht vorkommen sollten. Somit steht fest, daß die Kommission, nachdem sie bereits ein Verfahren eingeleitet und den Beteiligten die oben erwähnte Mitteilung der Beschwerdepunkte zugesandt hat, die erforderlichen Maßnahmen treffen wird, um eine Abstellung aller Zuwiderhandlungen zu erreichen, falls die Beteiligten sich erneut in eine ähnliche Lage wie diejenige bringen sollten, die mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte beanstandet wurde.

28. Unter diesen Umständen besteht kein hinreichender Grund zu der Annahme, daß die neuen Vereinbarungen einen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln mit sich bringen.

Artikel 86

29. Es läßt sich keine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 feststellen, wenn die investierende Gesellschaft das Verhalten der Gesellschaft, in die sie investiert, nicht kontrollieren kann. Im vorliegenden Fall versetzen die neuen Vereinbarungen die Firma Morris aus den oben dargelegten Gründen nicht in die Lage, die Geschäftstätigkeit der Firma Rothmans International zu kontrollieren. Es liegt daher kein Verstoß gegen Artikel 86 vor."

Die Verpflichtungserklärungen

„30. ..."

Ergebnis

31. Wie der Gerichtshof kürzlich in seinem Urteil vom 17. Januar 1984 in den verbundenen Rechtssachen 43 und 63/82 (VBVB und VBBB/Kommission, Slg. 1984, 19, Randnr. 52) ausgeführt hat, bietet das Verwaltungsverfahren der Kommission den betroffenen Unternehmen Gelegenheit, ihre Vereinbarungen und Praktiken mit den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags in Einklang zu bringen.

32. Im vorliegenden Fall haben sich die Firmen Morris und Rembrandt bereit erklärt, an ihren früheren Vereinbarungen wesentliche Änderungen vorzunehmen und das Instrumentarium zu beseitigen, das es der Firma Morris ermöglichte, auf die Firma Rothmans International entscheidenden Einfluß zu nehmen. Die Firma Morris erlangt lediglich die Stellung eines unabhängigen Minderheitsaktionärs der Firma Rothmans International.

33. Unter den Umständen des vorliegenden Falles hat die Kommission aus den oben dargelegten Gründen festgestellt, daß die neuen Vereinbarungen weder gegen Artikel 85 noch gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßen. Außerdem hält sie es nicht für angebracht, eine Entscheidung über die wesentlich geänderten ursprünglichen Vereinbarungen der betroffenen Unternehmen zu erlassen."

..."

III — Das Verfahren vor dem Gerichtshof

Am 4. Juni 1984 hat die BAT eine Klage gegen die Entscheidung der Kommission vom 22. März 1984 eingereicht (Rechtssache 142/84).

Am 20. Juni 1984 hat die Firma Reynolds eine Klage gegen dieselbe Entscheidung eingereicht (Rechtssache 156/84).

Da die Rechtssachen 142/84 und 156/84 miteinander in Zusammenhang stehen, hat sie der Gerichtshof am 26. September 1984 auf Antrag der Kommission gemäß Artikel 43 der Verfahrensordnung zu gemeinsamer mündlicher Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Mit Beschlüssen vom 28. November 1984 hat der Gerichtshof die Firmen Rembrandt und Morris als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen.

Mit Beschluß vom 18. Juni 1986 hat der Gerichtshof einen Antrag der Klägerinnen abgewiesen, der Kommission die Vorlage bestimmter Dokumente und bestimmter Teile von Dokumenten aufzugeben, die nach Ansicht der Kommission unter das Geschäftsgeheimnis fallen und die sie bei der Übermittlung der übrigen Dokumente an die Klägerinnen geheimgehalten hatte.

Insoweit hat der Gerichtshof ausgeführt, alle Dokumente und Teile von Dokumenten, deren Vorlage die Klägerinnen beantragt hätten, beträfen die Vereinbarungen von 1981. Für den Gerichtshof seien diese Vereinbarungen nur insoweit von Interesse, als sie die ursprünglichen Absichten der an den Vereinbarungen Beteiligten erkennen ließen; hierüber gäben aber die dem Gerichtshof vorliegenden Akten bereits hinreichend Aufschluß.

Mit demselben Beschluß hat der Gerichtshof ferner einen Antrag der Firma Reynolds zurückgewiesen, der im wesentlichen dahin ging, die Kommission aufzufordern, dem Gerichtshof alle in ihrem Besitz befindlichen Schriftstücke vorzulegen, aus denen sich ergeben könnte, weshalb sie sich formell zu einem Verbot der Vereinbarungen von 1981 entschlossen hatte und weshalb sie zu dem Ergebnis gekommen ist, daß die Vereinbarungen von 1984 nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fallen.

Bei der Zurückweisung dieses Antrags hat der Gerichtshof festgestellt, eine solche Prüfung stelle eine außerordentliche Beweiserhebung dar und der Antrag setze voraus, daß die Begleitumstände des Erlasses der fraglichen Entscheidung zu ernsthaften Zweifeln über die wirklichen Gründe und insbesondere zu Vermutungen des Inhalts Anlaß gäben, daß diese Gründe außerhalb der gemeinschaftsrechtlichen Ziele lägen und somit ermessensmißbräuchlich seien.

Der Gerichtshof hat festgestellt, keine der Klägerinnen habe geltend gemacht, daß ein Ermessensmißbrauch vorliege. Außerdem habe eine Prüfung der Begründung des Antrags der Firma Reynolds insoweit keine plausiblen Argumente erkennen lassen. Außerdem sei die Mitteilung der Beschwerdepunkte nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ein Verfahrensdokument vorbereitender Art, das ausschließlich für die Unternehmen, gegen die das Verfahren eingeleitet worden sei, bestimmt sei und mit diesen die wirksame Ausübung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör ermöglichen solle. Daher stelle das Vorbringen, daß zwischen der Beurteilung der Vereinbarungen von 1981 durch die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der Beurteilung der Vereinbarungen von 1984 in der streitigen Entscheidung ein offensichtlicher Widerspruch bestehe und daß dieser Widerspruch von der Kommission in der Begründung der Entscheidung nicht erklärt worden sei, keinen Grund dar, das Vorliegen verdeckter und dem Gemeinschaftsrecht fremder Gründe zu vermuten. Der Umstand allein, daß die Kommission gesonderte Sitzungen mit den an den Vereinbarungen Beteiligten abgehalten habe, stelle ebenfalls keinen hinreichenden Grund für eine Prüfung der internen Unterlagen der Kommission zu dem Zweck dar, die Gründe für die Zurückweisung der Beschwerden der Klägerinnen durch die Kommission zu überprüfen.

Auf Bericht des Berichterstatters hat der Gerichtshof nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

Mit Beschluß vom 18. Juni 1986 hat der Gerichtshof die Rechtssachen an die Sechste Kammer verwiesen.

IV — Anträge der Beteiligten

1. In der *Rechtssache 142/84* beantragt *die Klägerin, die BAT,*

— die Klage für zulässig zu erklären,

— die Entscheidung der Kommission vom 22. März 1984 aufzuheben,

— die Kommission zu verpflichten, zum Antrag der Klägerin unter Berücksichtigung des Urteils des Gerichtshofes neu Stellung zu nehmen,

— der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

2. In der *Rechtssache 156/84* beantragt *die Klägerin, die Firma Reynolds,*

— die Entscheidung der Kommission vom 22. März 1984 aufzuheben,

— die Kommission zu verpflichten, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergebenden Maßnahmen zu ergreifen,

— der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,

— auf jeden Fall die dem Gerichtshof geboten erscheinenden weiteren Maßnahmen zu treffen.

3. Die *Kommission* beantragt,

— die Klagen abzuweisen,

— den Klägerinnen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

4. Die *Rembrandt Group Limited* beantragt als Streithelferin zur Unterstützung der Kommission:

— die Klagen für unzulässig zu erklären,

— hilfsweise die Klagen abzuweisen,

— den Klägerinnen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

5. Die *Firma Philip Morris Incorporated* beantragt, ebenfalls als Streithelferin zur Unterstützung der Kommission,

— die Klagen abzuweisen,

— den Klägerinnen ihre Kosten als Streithelferin aufzuerlegen.

V — Vorbringen der Beteiligten

A — *Zur Zulässigkeit*

a) Die *Firma Rembrandt* macht geltend, sie sei berechtigt, die Frage der Zulässigkeit aufzuwerfen (Urteil vom 22. März 1961 in den verbundenen Rechtssachen 42 und 49/59, Snupat/Hohe Behörde, Slg. 1961, 111). Sie hält die Klagen in beiden Rechtssachen für unzulässig. Hilfsweise beantragt sie, die Frage der Zulässigkeit von Amts wegen zu prüfen.

Die Firma Rembrandt trägt vor, das Schreiben vom 22. März 1984 sei zwar an die Klägerinnen ergangen, stelle ihnen gegenüber aber keine Entscheidung im Sinne des Artikels 173 Absatz 2 EWG-Vertrag dar, weil es ihnen gegenüber keine Rechtswirkungen entfalte und ihre Rechtsposition nicht verändere. Sie bestreitet, daß ein Kläger die für die Klageerhebung nach Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag erforderliche Stellung allein dadurch erlange, daß die Kommission ihm ein Schreiben mit einer endgültigen Ablehnung zusende; auf die Form des Schreibens komme es dabei nicht an. Unter dem Begriff „berechtigtes Interesse", den der Gerichtshof in seinen Urteilen vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 (Metro/Kommission, Slg. 1977, 1875), vom 11. Oktober 1983 in der Rechtssache 210/81 (Demo-Studio Schmidt/Kommission, Slg. 1983, 3045) und vom 4. Oktober 1983 in der Rechtssache 191/82 (Fediol/Kommission, Slg. 1983, 2913) verwendet habe, sei dasselbe zu verstehen wie unter dem „unmittelbaren und individuellen Betroffensein" im Sinne von Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag. Der jeweilige Kläger müsse daher dartun, daß die Entscheidung der Kommission, das Verwaltungsverfahren einzustellen, ihn unmittelbar und individuell betreffe. Weder die BAT noch die Firma Reynolds habe indessen dargetan, daß die Minderheitsbeteiligung der Firma Morris am Kapital der Firma Rothmans International, wenn sie auch mit einem Vorkaufsrecht verbunden sei, sie unmittelbar und individuell betreffe, und diese Situation unterscheide sich eindeutig von einer Weigerung, den Beschwerdeführer zu beliefern, wie sie in den Rechtssachen 26/76 (Metro) und 210/81 (Demo-Studio Schmidt) vorgelegen habe. Der bloße Umstand, daß zwischen zwei Unternehmen ein Wettbewerbsverhältnis bestehe, reiche nicht als Nachweis für ein „unmittelbares und individuelles Betroffensein" aus (siehe Urteil vom 10. Dezember 1969 in den verbundenen Rechtssachen 10 und 18/68, Eridania/Kommission, Slg. 1969, 459).

Die Grundsätze für die Zulässigkeit sollten aus folgenden Gründen nicht gelockert werden: Die Firma Reynolds habe eingeräumt, daß sich ihre Situation nicht verschlechtert habe, und dies gelte auch für die Situation der BAT; die Kommission könne das Verfahren wiederaufnehmen, wenn eine neue Beschwerde erhoben werde; außergerichtliche Einigungen sollten erleichtert werden, und die Streithelferinnen hätten Anspruch auf Rechtsschutz.

b) Die *Kommission* räumt ein, daß sie das Schreiben vom 22. März 1984 auf Ersuchen der Klägerinnen in der Form einer „endgültigen Entscheidung" abgefaßt habe. Sie widersetzt sich nicht der Anrufung des Gerichtshofes durch die Klägerinnen, weist aber darauf hin, daß im Urteil vom 18. Oktober 1979 in der Rechtssache 125/78 (GEMA/Kommission, Slg. 1979, 3173) festgestellt worden sei, daß Artikel 3 der Ver-

ordnung Nr. 17 dem Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine abschließende Entscheidung der Kommission über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der behaupteten Zuwiderhandlung gebe.

Aus dem angewandten Verfahren ergebe sich nicht, daß die Klägerinnen berechtigt seien, eine ganz bestimmte abweichende Entscheidung anzustreben. Soweit mit der Klage das Ziel verfolgt werde, den Gerichtshof zu der Anordnung zu veranlassen, daß die Kommission eine den Interessen der Klägerinnen besser entsprechende Entscheidung zu erlassen habe, sei die Klage als unzulässig abzuweisen.

c) Die *BAT* trägt vor, sie sei innerhalb der Gemeinschaft ein unmittelbarer Konkurrent der Firmen Morris und Rothmans International. Das als „Entscheidung" bezeichnete Schreiben sei ihr aufgrund eines Antrags nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 zugesandt worden, in dem sie die Kommission ersucht habe, im vorliegenden Fall ebenso zu verfahren wie in der Rechtssache Demo-Studio Schmidt und eine mit Klage anfechtbare Entscheidung zu erlassen. Die Rechtswirkung der Entscheidung der Kommission habe darin bestanden, daß ihr das durch die Verordnung Nr. 17 verliehene Recht genommen worden sei, ihre Einwände gegen die Vereinbarungen zwischen den Streithelferinnen vorzubringen.

Selbst wenn der Gerichtshof feststellen sollte, daß das Schreiben vom 22. März 1984 keine „an sie ergangene Entscheidung" gewesen, sondern bezüglich der Einstellung des die Beschwerden betreffenden Verfahrens durch die Kommission an die Streithelferinnen gerichtet gewesen sei, betreffe diese Entscheidung die Klägerinnen unmittelbar und individuell im Sinne von Artikel 173 EWG-Vertrag.

Die Erwägungen des Urteils vom 15. Juli 1963 in der Rechtssache 25/62 (Plaumann/Kommission, Slg. 1963, 213) ließen sich direkt auf die vorliegende Rechtssache übertragen, da die Klägerinnen die beiden „anderen" der vier wichtigsten Wettbewerber auf einem streng oligopolistischen Markt seien und ihnen die fraglichen Aktien vor dem Verkauf an die Firma Morris angeboten worden seien. Die BAT meint, ihre Interessen seien durch die Befugnis der Kommission, das Verfahren wiederaufzunehmen, nicht hinreichend geschützt. Der Hinweis auf diese Befugnis stehe nicht im Einklang mit der von der Firma Rembrandt vorgebrachten Begründung dafür, daß die Entscheidung an die Streithelferinnen gerichtet sei, nämlich mit der Estoppel-Wirkung des Schreibens vom 22. März 1984.

Nach Ansicht der BAT sind die Ausführungen der Kommission zur Zulässigkeit der nicht auf Aufhebung gerichteten Anträge zurückzuweisen, da diese Anträge durchaus der Ratio des Artikels 3 der Verordnung Nr. 17 und der Begründung des Urteils des Gerichtshofes vom 18. Oktober 1979 in der Rechtssache 125/78 (GEMA) entsprächen. Sie verlange keineswegs „eine ganz bestimmte abweichende Entscheidung", sondern ersuche den Gerichtshof, der Kommission aufzugeben, ihre Stellungnahme unter Berücksichtigung des Urteils zu ändern.

d) Die *Firma Reynolds* teilt die Ansicht der BAT. Zu der Feststellung der Kommission, die Klägerinnen hätten keinen Anspruch auf eine ganz bestimmte abweichende Entscheidung, bemerkt die Firma Reynolds, die Kommission habe nicht angegeben, inwiefern die Anträge der Firma Reynolds ihrer Ansicht nach unzulässig seien.

Ferner trägt die Firma Reynolds vor, die Kommission habe ebenso, wie sie dies in der Rechtssache 210/81 (Demo-Studio Schmidt) getan habe, ihren endgültigen Standpunkt in der Form einer mit Gründen versehenen Entscheidung dargelegt. Daher seien die Klagen, zumal die Klägerinnen die

einzigen Adressaten der fraglichen Entscheidung seien, unbestreitbar zulässig. Die Firma Reynolds verweist in diesem Zusammenhang auf das Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 (Metro).

Die Firma Reynolds beantragt, der Firma Rembrandt auf jeden Fall ihre Kosten hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit aufzuerlegen.

B — *Zur Begründetheit*

Vorbemerkungen

Die Klägerin in der Rechtssache 142/84, die BAT, hat ihre Argumente in Form von sechs gesonderten Klagegründen vorgebracht; die folgende Darstellung ist dementsprechend gegliedert. Da die Klägerinnen in ihrer Argumentation praktisch übereinstimmen, werden die Auffassungen der Klägerin in der Rechtssache 156/84, der Firma Reynolds, im folgenden nur insoweit wiedergegeben, als sie der Vertiefung dieser Argumentation dienen können.

Die Argumentation der Streithelferinnen der Kommission, der Firmen Rembrandt und Morris, stimmt größtenteils mit der der Kommission überein. Daher werden ihre Ausführungen nur insoweit wiedergegeben, als sie einen neuen Gesichtspunkt enthalten.

Die BAT bringt folgende Klagegründe vor:

1) Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag insofern, als die Kommission festgestellt habe, daß die Vereinbarungen von 1984 keine Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschrift darstellten, obwohl die Tatbestandsmerkmale des Artikels 85 Absatz 1 erfüllt seien.

2) Verstoß gegen Artikel 86 in der gleichen Weise.

3) Offensichtlicher Irrtum insofern, als die Kommission die Verpflichtungserklärungen der Streithelferinnen als ausreichend angesehen habe, um gegenwärtige oder künftige Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht auszuschließen.

4) Verstoß gegen Artikel 190 wegen unzulänglicher Begründung der Entscheidung.

5) Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben sowie Verletzung wesentlicher Formvorschriften, da das von der Kommission angewandte Verfahren keine faire und sachliche Prüfung der Beschwerden gewährleistet habe.

6) Verletzung von Grundrechten, da die Entscheidungen auf der Grundlage von Bewertungen und Gründen erlassen worden seien, bezüglich deren die Klägerinnen keine Gelegenheit zur Äußerung gehabt hätten.

Die Kommission und die Streithelferinnen halten sämtliche gegen die Entscheidung vorgebrachten Klagegründe für nicht stichhaltig.

1) *Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag*

a) Die *BAT* trägt vor, die Kommission habe in ihrer Entscheidung nicht erklärt, daß Artikel 85 auf die neuen Vereinbarungen nicht angewandt werden könne, sie sei aber zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt, daß Artikel 85 nicht verletzt sei, weil diese Vereinbarungen den Wettbewerb nicht einschränkten. Zwar habe die Kommission in einem Memorandum von 1966 mit dem Titel „Zusammenschlüsse von Unternehmen im Gemeinsamen Markt" ausgeführt, daß der Erwerb von Aktien nur untersagt sei, soweit er zu einer zu starken Machtposition auf dem Markt führe, während Vereinbarungen zwischen Unternehmen in der Regel verboten werden könnten, sobald sie den Wettbe-

werb spürbar beeinträchtigten. Selbst ausgehend davon falle aber der Erwerb einer Beteiligung am Gesellschaftskapital eines bedeutenden Wettbewerbers in einem Industriesektor, der anerkanntermaßen in hohem Grade oligopolistisch sei, unter das Verbot des Artikels 85. Trotz seines oligopolistischen Charakters habe in dem fraglichen Sektor bisher wegen des bestehenden Gleichgewichts ein äußerst lebhafter Wettbewerb geherrscht; dieses Gleichgewicht werde durch den streitigen Aktienerwerb und seine logischen Auswirkungen zerstört.

Die BAT trägt ferner vor, daß sich die Probleme, die mit einer Anwendung von Artikel 85 auf den Erwerb von Aktien beispielsweise durch Akkumulation an der Börse, d. h. ohne Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen, zusammenhingen, im vorliegenden Fall mit Sicherheit nicht stellten, da die Vereinbarungen zwischen den Streithelferinnen mindestens dreimal präzisiert worden seien und die Beschränkungen der Übertragbarkeit der Aktien das wesentliche Instrument der Einwirkung der Firma Morris auf die Firma Rothmans International darstelle, aus dem sich die Beschränkungen des Wettbewerbs zwischen der Firma Rothmans International und der Firma Morris sowie gegenüber Dritten ergäben. Ein Grundsatz, wonach der Erwerb von Aktien als solcher vom Anwendungsbereich des Artikels 85 ausgeschlossen wäre, sei von der Kommission im vorliegenden Fall niemals angewandt worden, obwohl die Streithelferinnen im Verwaltungsverfahren geltend gemacht hätten, daß die Kommission hierzu verpflichtet sei.

Die BAT meint, der Erwerb einer direkten Beteiligung durch die Firma Morris in Höhe von 30,8 % des Kapitals der Firma Rothmans International, die der Firma Morris 24,9 % der Stimmrechte verschaffe, verändere die Wettbewerbsstruktur, indem zwischen zwei führenden Wirtschaftsteilnehmern auf dem Markt Bindungen hergestellt und alle anderen Wirtschaftsteilnehmer auf diesem Markt daran gehindert würden, die Kontrolle über die Firma Rothmans International zu erlangen. Die Bindungen zwischen den zwei größten Zigarettenherstellern im Gemeinsamen Markt zerstörten das ziemlich stabile Gleichgewicht eines oligopolistischen Marktes. Der Erwerb der Beteiligung verfälsche außerdem den Wettbewerb durch die Auswirkungen, die er infolge der mit ihm geschaffenen Möglichkeiten der Koordination des Verhaltens der beteiligten Unternehmen auf deren Verhalten und auf das Verhalten ihres Personals habe.

Nach Ansicht der BAT wird durch eine bedeutende Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen *zwangsläufig der Wettbewerb beschränkt*, und zwar unabhängig davon, ob die erworbene Beteiligung a) eine rechtliche oder faktische Kontrolle des Unternehmens, an dem eine Beteiligung erworben wird, b) die Vertretung des Investors im Verwaltungsrat dieses Unternehmens oder c) den direkten Zugang zu wettbewerbsrelevanten Informationen, die sich auf die Tätigkeit dieses Unternehmens beziehen, mit sich bringt. Infolge des Erwerbs der Beteiligung gehe der Wettbewerb des Investors und des Unternehmens, in das investiert worden sei, nicht mehr so weit, daß sie bewußt den Interessen des jeweils anderen schadeten.

In ihrer früheren Praxis in Verfahren, die Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures) betroffen hätten (siehe z. B. die Entscheidung der Kommission vom 23. November 1977 betreffend „GEC-Weir-Natriumumwälzpumpen", ABl. L 327 vom 20.12.1977, S. 26) habe die Kommission erklärt, daß Muttergesellschaften im allgemeinen nicht mit Unternehmen in Wettbewerb träten, an denen sie wesentliche Beteiligungen besäßen, auch wenn sie dies nach dem Vertrag tun könnten. Die Feststellungen der Kommission zu den wettbewerbswidrigen Auswirkungen der Kapitalbeteiligung seien ganz unabhängig von ihren Feststellungen zu den

Auswirkungen der gemeinsamen Kontrolle, der Vertretung im Verwaltungsrat und des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Informationen getroffen worden.

In der Mitteilung der Beschwerdepunkte habe die Kommission die Auswirkungen der Vereinbarungen von 1981 geprüft und sei zu dem Ergebnis gekommen, daß diese den Wettbewerb auf dem fraglichen Markt einschränkten. Sie habe hierzu ausgeführt, selbst wenn man von den anderen Aspekten des geprüften Geschäfts absehe, sei eine Einschränkung des Wettbewerbs wahrscheinlich, wenn ein Unternehmen eine bedeutende Investition in eine Holdinggesellschaft vornehme, die ein Konkurrenzunternehmen kontrolliere. Die BAT weist darauf hin, daß die indirekte Beteiligung der Firma Morris am Kapital der Firma Rothmans International gemäß den Vereinbarungen von 1981 22% betragen habe, während ihre direkte Beteiligung gemäß den neuen Vereinbarungen 30,8% des Kapitals der Firma Rothmans International verbunden mit 24,9% der Stimmrechte entspreche. Das Ergebnis, zu dem die Kommission bezüglich der Vereinbarungen von 1981 gelangt sei, gelte erst recht für die neuen Vereinbarungen.

Die BAT stimmt uneingeschränkt der Feststellung der Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte und in der Entscheidung zu, daß die Firma Morris den Wert ihrer Investition in die Firma Rothmans International nicht werde gefährden wollen. Die Unternehmensleitung der Firma Morris würde ihre Pflicht gegenüber den Aktionären versäumen, wenn sie es nicht für wünschenswert hielte, daß die Firma Rothmans International eine möglichst hohe oder zumindest akzeptable Rendite der über 350 Mio USD betragenden Investition erwirtschafte. Die Wirkung der Beteiligung der Firma Morris am Kapital der Firma Rothmans International bestehe somit darin, daß die Firma Morris den Erfolg der Firma Rothmans International wünsche und ihre Investition zu sichern suche. Die Firma Morris werde diese Investition sicher bei ihren Entscheidungen im Rahmen des Marktes berücksichtigen. Die Argumentation der Kommission in der angefochtenen Entscheidung, daß die Firma Morris weiterhin daran interessiert sein werde, eine Vergrößerung des Marktanteils der Firma Rothmans International in Grenzen zu halten, um ihr Vorkaufsrecht für zusätzliche Aktien unter möglichst günstigen finanziellen Bedingungen ausüben zu können, sei somit unvollständig und unlogisch; sie widerspreche im übrigen den Erklärungen der Firma Morris im Verwaltungsverfahren. Der Umstand, daß die Tätigkeit der Firma Morris sich fast ganz auf den Markt für Zigaretten des amerikanischen Typs richte, während die Firma Rothmans International auf dem Markt für Virginia-Tabak, insbesondere in den Beneluxländern tätig sei, bedeute, daß die Unternehmen zusammenarbeiten könnten und daß die Firma Morris durch die spätere Erlangung der finanziellen Kontrolle über die Firma Rothmans International in Sektoren und Länder vordringen könne, in denen sie derzeit nicht aktiv sei. Es sei undenkbar, daß die Firmen Morris und Rothmans International, die beide weltweite multinationale Konzerne seien, außerhalb der Gemeinschaft, wie sie dies bisher getan hätten und weiterhin täten, ihre Strategien koordinieren und einander Verkaufsrechte für bedeutende Marken in Drittländern einräumen könnten, ohne daß dies ihr Wettbewerbsverhalten innerhalb des Gemeinsamen Marktes beeinflusse. Die Kommission habe in keiner Weise dargetan, daß die Struktur der Leitung der Firma Morris der Notwendigkeit einer solchen Trennung der Geschäftsführung Rechnung trage.

Außerdem habe die Kommission nicht berücksichtigt, daß die Firma Morris, wenn sie Einbußen im Handel hinnehmen müsse, diese vorzugsweise gegenüber der Firma Rothmans International statt gegenüber ir-

gendeinem anderen Konkurrenten erleiden würde.

Bei zutreffender Prüfung im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 1 hätte die Kommission zu der Feststellung gelangen müssen, daß sich der Erwerb von 30,8 % der Rothmans-International-Aktien in Verbindung mit 24,9 % der Stimmrechte durch die Firma Morris spürbar auf *deren einseitiges Verhalten* gegenüber der Firma Rothmans International auswirken werde. Das Interesse der Firma Morris, in Wettbewerb zur Firma Rothmans International zu treten, werde in beträchtlichem Maß verfälscht. Wegen der zwischen den beiden Unternehmen hergestellten Beziehungen werde sich die Firma Morris voraussichtlich nicht mehr so verhalten werde, wie sie es vor dem Aktienerwerb getan habe oder wie sie es getan hätte, wenn die fragliche Investition unterblieben wäre.

In der Entscheidung vom 22. März 1984 habe die Kommission es anders als in der Mitteilung der Beschwerdepunkte unterlassen, die Auswirkungen des Aktienerwerbs durch die Firma Morris auf *das Verhalten der Firma Rothmans International* auch nur zu prüfen. Durch die neuen Vereinbarungen bleibe die Firma Morris in der Lage, jede Übernahme der Kontrolle über die Firma Rothmans International durch andere Konkurrenten zu verhindern, und ihre Ausgangsposition für die Erlangung der rechtlichen oder faktischen Kontrolle über dieses Unternehmen sei besonders gut. Das Führungspersonal und die sonstigen Bediensteten der Firma Rothmans International paßten ihr Verhalten dieser Lage an.

Die stillschweigende Ansicht der Kommission, die Firma Rembrandt werde bei der Ausübung ihrer Befugnisse in der Firma Rothmans International den Interessen der Firma Morris nicht Rechnung tragen, sei naiv. Die Firma Rembrandt, die 44 % der Stimmrechte in der Firma Rothmans International und wegen der breiten Streuung der Rothmans-International-Aktien in vielen Fällen die faktische Kontrolle über dieses Unternehmen innehabe, benötige doch für Beschlüsse von großer Bedeutung die Stimmen des anderen großen Aktionärs. Sie wolle sich die Unterstützung der Firma Morris sichern. Sie sei somit für die Ausübung der Kontrolle über die Firma Rothmans International weiterhin auf die Firma Morris angewiesen.

Es verstehe sich von selbst, daß die Interessen der Firma Morris in bestimmten Fällen mit der Politik der Firma Rothmans International in Konflikt gerieten. In solchen Fällen habe die Firma Morris ein letztes Druckmittel in der Hand, mit dem sie Einfluß auf die Firma Rembrandt ausüben könne, insbesondere wenn der Konflikt eine für sie besonders wichtige Frage betreffe. Nach den neuen Vereinbarungen sei die Firma Morris berechtigt, ihre gesamte Beteiligung zu veräußern. Wenngleich die Ausübung dieses Rechts durch das Vorkaufsrecht der Firma Rembrandt eingeschränkt sei, könne es in der Praxis dazu benutzt werden, auf die Firma Rembrandt Einfluß zu nehmen. Für den Fall, daß diese ihr Vorkaufsrecht nicht ausüben sollte, sei die Firma Morris nach den neuen Vereinbarungen berechtigt, den Käufer auszuwählen und sicherzustellen, daß zwischen diesem und der Firma Rembrandt Stimmengleichheit bestehe.

Die Kommission habe dem Umstand keine Bedeutung beigemessen, daß sowohl die Firma Morris als auch die Firma Rembrandt jederzeit ihre Aktienbeteiligung verkaufen könne, wenn eine der Parteien bei der Planung ihrer Tätigkeiten die Interessen der jeweils anderen nicht respektiere. Wenn die Firma Rembrandt ihre Aktien verkaufe, sei die Firma Morris in der Lage, die faktische Kontrolle über die Firma Rothmans International zu erlangen, indem sie mit der Ausübung ihres Vorkaufsrechts für den Fall ei-

nes Verkaufs an einen einzelnen Käufer drohe und so die Firma Rembrandt zwinge, die Aktien an zehn oder mehr Käufer zu veräußern. Die gegenüber der Kommission abgegebenen Verpflichtungserklärungen bezögen sich nicht auf einen solchen Fall. Aufgrund der Klauseln der neuen Vereinbarungen, die den Verkauf von Aktien beträfen, besitze sowohl die Firma Morris als auch die Firma Rembrandt die Kontrolle über die Firma Rothmans International.

Der Erwerb der Minderheitsbeteiligung am Kapital der Firma Rothmans International durch die Firma Morris in Verbindung mit den Bestimmungen der neuen Vereinbarungen über die Veräußerung und den Erwerb von Aktien hinderten jeden Konkurrenten auf dem fraglichen Sektor daran, durch die Übernahme der Kontrolle über die Firma Rothmans International seinen Marktanteil zu vergrößern. In der Mitteilung der Beschwerdepunkte habe die Kommission festgestellt, daß die Werbung und der Kauf von Unternehmen auf dem Zigarettenmarkt die wichtigsten Mittel für die Vergrößerung des Marktanteils eines Unternehmens seien. Durch die Vereinbarungen zwischen den zwei bedeutendsten Lieferanten dieses Marktes werde somit eines der beiden Mittel des Wettbewerbs auf diesem Markt ausgeschaltet.

Die BAT meint ferner, es sei widersinnig anzunehmen, daß ein Unternehmen, das auf einem oligopolistischen Markt eine bedeutende Rolle spiele, eine wesentliche Beteiligung am Kapital eines wichtigen Konkurrenten zu dem ausschließlichen Zweck erwerbe, an seinem Gewinn beteiligt zu sein. Die Firma Morris verfolge drei Ziele: Erzielung hoher Gewinne aus ihrer Investition, Koordinierung ihrer Politik mit den Firmen Rembrandt und Rothmans International und Hinderung anderer Konkurrenten an der Übernahme der finanziellen Kontrolle über die Firma Rothmans International, indem sie sich selbst eine Vorrangstellung für den Fall einräume, daß sie diese Kontrolle zu einem späteren Zeitpunkt zu erlangen wünsche. Daß die Klausel über die Zusammenarbeit zwischen den Streithelferinnen aus den Vereinbarungen herausgestrichen worden sei, bedeute nicht, daß die Beteiligten jeden Gedanken an eine Zusammenarbeit aufgegeben hätten, und nichts in der Entscheidung deute darauf hin, daß sie ihre darauf gerichtete ursprüngliche Absicht aufgegeben hätten. Die Firma Morris sei in keiner Weise daran gehindert, zu versuchen, die künftige Industrie- und Handelspolitik der Firma Rothmans International zu beeinflussen. Wenn, wie die Firma Morris geltend mache, weder eine Zusammenarbeit noch eine Koordination stattfinden werde, obwohl die Firma Morris Inhaberin einer direkten Beteiligung am Kapital der Firma Rothmans International sei, so sei es erstaunlich, daß die Firma Morris eine so hohe Summe gezahlt habe und daß der Preis der Transaktion 1984 im Vergleich zu dem von 1981 nicht verringert worden sei.

Die in Abschnitt 24 der Entscheidung enthaltenen Feststellung der Kommission, daß das Vorhandensein von Bestimmungen, durch die es der Firma Morris ermöglicht werden solle, entweder letztendlich die Kontrolle über die Firma Rothmans International zu übernehmen oder 34,5 % der Stimmrechte innerhalb der Firma Rothmans International entsprechende Aktien an einen namentlich bezeichneten Dritten zu verkaufen, derzeit keine Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 85 bewirke, sei wegen fehlerhafter Begründung, rechtlicher Irrtümer und unzutreffender Sachverhaltswürdigung fehlerhaft. Da die Kommission weder in Abschnitt 24 noch in irgendeinem anderen Abschnitt eine Begründung für diese Feststellung gegeben habe, habe sie gegen ihre Verpflichtung aus Artikel 190 EWG-Vertrag verstoßen.

Jedenfalls gehe die Kommission mit der Feststellung, daß die Vorschriften über den

Erwerb und die Veräußerung von Aktien derzeit keine Verfälschung des Wettbewerbs bewirkten, von der irrigen Annahme aus, daß eine gegenwärtige Auswirkung auf den Wettbewerb eine zwingende Voraussetzung für das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 sei. Das ergebe sich daraus, daß die Kommission weder zum Zweck noch zur wahrscheinlichen Auswirkung dieser Vorschriften auf den Wettbewerb etwas ausgeführt habe. Die Anwendung von Artikel 85 hänge von der tatsächlichen wirtschaftlichen Lage ab. Diese habe sich gegenüber den Vereinbarungen von 1981 und den Feststellungen der Kommission in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht verändert. Die Kommission habe selbst erklärt, daß die Durchführung dieser Klauseln unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Umstände mit den Wettbewerbsregeln des Vertrages unvereinbar sein würde. Aus dem Urteil vom 13. Juli 1966 in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64 (Consten und Grundig/Kommission, Slg. 1966, 322) ergebe sich, daß Vereinbarungen, mit denen ein rechtswidriger Zweck verfolgt werde, unabhängig davon, ob dieser erreicht worden sei, selbst rechtswidrig seien.

Die Kommission habe ferner den Sachverhalt der Rechtssache unzutreffend gewürdigt, indem sie ausgeführt habe, diese Klauseln entfalteten keine gegenwärtigen Wirkungen. Nach Ansicht der BAT verstärken die Bestimmungen über den Erwerb und die Veräußerung von Aktien die oben dargelegten wettbewerbswidrigen Auswirkungen des Erwerbs der Beteiligung.

Schließlich weist die BAT darauf hin, daß die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte festgestellt habe, daß die Vereinbarungen von 1981 den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet seien und für sie keine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 bewilligt werden könne. In der Entscheidung vom 22. März 1984 deute nichts darauf hin, daß die Kommission ihre Auffassung in bezug auf die neuen Vereinbarungen geändert habe; sie könne daher insoweit weder die Begründung der Mitteilung der Beschwerdepunkte noch die darin enthaltenen abschließenden Feststellungen in Frage stellen.

Die BAT kommt zu dem Ergebnis, daß die neuen Vereinbarungen unter das Verbot des Artikels 85 fielen und daß die angefochtene Entscheidung daher nichtig sei, soweit sie dieses Verbot betreffe.

b) Die *Firma Reynolds* trägt allgemein vor, die Kommission habe in der Mitteilung der Beschwerdepunkte bestimmte rechtliche und tatsächliche Feststellungen zu den Vereinbarungen von 1981 getroffen und der Auslegung der Entscheidung vom 22. März 1984 sei die Annahme zugrunde zu legen, daß diese Feststellungen der Kommission zutreffend gewesen seien und im Rahmen der vorliegenden Rechtssache nicht in Frage gestellt werden könnten. Die Kommission habe nämlich weder in dem Schreiben nach Artikel 6 noch in der Entscheidung erkennen lassen, daß sie ihre Ansicht zu irgendeinem der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, auf die die Mitteilung der Beschwerdepunkte gestützt gewesen sei, oder zu irgendeinem Punkt der darin enthaltenen Würdigung des Sachverhalts geändert habe.

Die Firma Reynolds trägt sodann vor, die Kommission habe sich in der Entscheidung kaum um eine Einzeluntersuchung der Klauseln der neuen Vereinbarungen bemüht und es demzufolge versäumt, die höchst wettbewerbswidrige Wirkung dieser Bestimmungen offenzulegen. Ohne eine solche Untersuchung sei ein zutreffendes Verständnis der Rechtssache nicht möglich.

In diesem Zusammenhang weist die Firma Reynolds zunächst darauf hin, daß die Firma Morris die von ihr gekauften Schuldverschreibungen jederzeit in Rothmans-In-

ternational-Aktien umwandeln und damit ihre Beteiligung an diesem Unternehmen auf 30,1 bis 37,2 % erhöhen und sich 25,7 bis 30,6 % der Stimmrechte in der Firma Rothmans International sichern könne.

Zum Vorkaufsrecht der Firma Morris führt die Firma Reynolds aus, durch die Ausübung dieses Rechts würde die Firma Morris durch die Verbindung der 44 % ausmachenden Stimmrechtsanteil der Firma Rembrandt mit ihrem eigenen Stimmrechtsanteil von 24,9 % die *rechtliche* Kontrolle über die Firma Rothmans International erlangen.

Die Firma Reynolds meint, im Falle eines Verkaufs der Aktien der Firma Rembrandt besäße die Firma Morris infolge der in der Vereinbarung über das Vorkaufsrecht niedergelegten Bedingungen jedenfalls die *faktische* Kontrolle über die Firma Rothmans International. Jeder Verkauf von Rothmans-International-Aktien durch die Firma Rembrandt unterliege einem Vorkaufsrecht der Firma Morris; bevor die Firma Rembrandt irgendeinen Verkauf vornehmen könne, müsse sie auch anbieten, die Hälfte ihrer Rothmans-International-Aktien mit vierfachem Stimmrecht gegen der Firma Morris gehörende Rothmans-International-Aktien mit einfachem Stimmrecht zu tauschen oder aber der Umwandlung aller ihrer Aktien in Aktien mit einfachem Stimmrecht zuzustimmen, so daß die Firma Morris der einzige Käufer wäre, der sicher sein könnte, alle Stimmrechte der Firma Rembrandt zu erlangen. Ohne Zustimmung der Firma Morris könne die Firma Rembrandt nicht lediglich einen Teil ihrer Beteiligung an der Firma Rothmans International verkaufen, d. h. sie sei an einer schrittweisen Veräußerung ihrer Beteiligung gehindert. Jeder von der Firma Rembrandt geschlossene Vertrag über den Verkauf ihrer Aktien an einen einzelnen Aktionär werde nicht nur der aufschiebenden Bedingung, daß die Firma Morris ihr Vorkaufsrecht für diese Aktien nicht ausübe, sondern auch der Zusage unterliegen, daß der Käufer anbieten werde, die Rothmans-International-Aktien der Firma Morris zum selben Preis wie die der Firma Rembrandt gehörenden Aktien dieses Unternehmens zu kaufen. Jeder Käufer der Beteiligung der Firma Rembrandt müßte die für diese geltenden Verpflichtungen mit übernehmen. Der Endeffekt all dieser Bestimmungen bestehe somit darin, daß der Kauf von Aktien von der Firma Rembrandt für jeden Kaufinteressenten mit Ausnahme der Firma Morris höchst unattraktiv gemacht werde. Wenn die Firma Rembrandt ihre Aktien gemäß der neuen Vereinbarung an mehrere Käufer veräußern sollte, so hätte die Firma Morris noch immer 24,9 % der Stimmrechte gegenüber maximal 10 % jedes anderen Aktionärs und besäße damit die faktische Kontrolle über die Firma Rothmans International, auch ohne die mit ihren Schuldverschreibungen der Firma Rothmans International verbundenen Umwandlungsrechte auszuüben und sogar ohne ihre Aktien mit einfachem Stimmrecht gegen Aktien der Firma Rembrandt mit vierfachem Stimmrecht zu tauschen oder die Umwandlung der Aktien der Firma Rembrandt mit vierfachem Stimmrecht in Aktien mit einfachem Stimmrecht zu erwirken. Die Firma Morris könnte so letztlich die tatsächliche Kontrolle über die Firma Rothmans International sogar ohne Erfüllung der Verpflichtungen erlangen, die sie der Kommission gegenüber eingegangen sei. Außerdem bestehe kein ernsthafter Grund geschäftlicher oder praktischer Art für die Aufnahme derartiger Klauseln, wenn es sich bei der Transaktion um eine bloße Investition habe handeln sollen. Die unvermeidliche praktische Auswirkung dieser Bestimmungen bestehe darin, daß der Einfluß der Firma Morris auf die Firma Rothmans International beträchtlich erhöht werde.

Die Firma Reynolds geht sodann auf die Feststellung der Kommission ein, daß die Firma Morris nach dem Abschluß der neuen Vereinbarungen wegen ihrer Option auf den

Erwerb zusätzlicher Rothmans-International-Aktien weiterhin ein beträchtliches Interesse daran habe, jede Vergrößerung des Marktanteils der Firma Rothmans International im Gemeinsamen Markt durch ihre eigenen Anstrengungen in Grenzen zu halten. Die Firma Reynolds macht geltend, diese Feststellung sei, obwohl sie mit den Worten „vor allem" eingeleitet werde, der einzige in der Entscheidung angegebene Grund für ein Ergebnis, das grundlegend von der Mitteilung der Beschwerdepunkte abweiche; sie stehe in direktem Widerspruch zu dem von der Firma Morris im Verwaltungsverfahren vorgelegten Beweismaterial und es handele sich dabei um eine völlig neue Erwägung, die in dem Schreiben nach Artikel 6 nicht einmal angedeutet gewesen sei. Die weitere, in der Klagebeantwortung von der Kommission vorgebrachte Behauptung, aufgrund des von der Firma Morris im Verwaltungsverfahren vorgebrachten Beweismaterials stehe fest, daß das geschäftliche Interesse der Firma Morris an der Rentabilität ihrer eigenen Tätigkeit auf jeden Fall ausschließe, daß der Wettbewerb wegen ihrer Beteiligung von 30,8 % an den Gewinnen der Firma Rothmans International verfälscht werde, habe in der Entscheidung ganz gefehlt und stehe wiederum im Widerspruch zu dem tatsächlichen Beweismaterial und zu den wiederholten Feststellungen der Kommission über die Rechtswidrigkeit der Vereinbarungen von 1981. Außerdem werde die Feststellung der Kommission durch eine einfache Rechnung widerlegt, die zeige, daß es für die Firma Morris selbst bei einem späteren Kauf einer gleichen Anzahl von Aktien wie der ihr bereits gehörenden Aktien vorteilhafter wäre, einen höheren Preis für diese Aktien einer Gesellschaft (Rothmans International), deren Einnahmen gestiegen seien, zu zahlen als einen niedrigeren Preis für diese Aktien einer Gesellschaft mit verminderten Einnahmen zu entrichten. Die Feststellung der Kommission beruhe schließlich auf der rein theoretischen Annahme, daß die Firma Rembrandt zum Verkauf ihrer Beteiligung und die Kommission zur Änderung ihrer Auffassung über die Rechtmäßigkeit eines späteren Kaufs von Rothmans-International-Aktien durch die Firma Morris bereit seien.

Außerdem habe die Kommission nicht die Frage behandelt, wie sich der Erwerb der Beteiligung durch die Firma Morris auf das Verhalten des Führungspersonals der Firma Rothmans International auswirken werde. Die Firmen Morris und Rembrandt hätten im Verwaltungsverfahren hervorgehoben, daß es im Zigarettengeschäft in hohem Maße auf die beteiligten Personen ankomme. Weder der Inhalt der neuen Vereinbarungen noch der der gegenüber der Kommission abgegebenen Verpflichtungserklärungen schließe aber die Kontakte aus, die zwischen einem bedeutenden Aktionär und der Leitung einer Gesellschaft gang und gäbe seien und von entscheidendem Einfluß auf die Laufbahn der Inhaber von Schlüsselpositionen sein könnten.

Die Kommission habe auch nicht berücksichtigt, welche Beweggründe die Firma Rembrandt für eine Zusammenarbeit mit der Firma Morris und für die Anpassung an deren Ansichten habe. Wegen der sehr komplizierten Bestimmungen über die eventuelle künftige Regelung der Beteiligungen der Streithelferinnen habe die Firma Rembrandt allen Anlaß, mit der Firma Morris zusammenzuarbeiten und sich deren Auffassungen anzupassen, wann immer sie dies ohne ernsthafte Beeinträchtigung ihrer eigenen abweichenden Interessen tun könne.

Zur Weglassung der die Zusammenarbeit betreffenden Teile der Vereinbarungen von 1981 in den neuen Vereinbarungen vertritt die Firma Reynolds die Ansicht, nichts lasse den Schluß zu, daß die Streithelferinnen ihre Absicht zusammenzuarbeiten vorbehaltslos aufgegeben hätten, wenn sie auch ihre Absichten in den neuen Vereinbarungen nicht zum Ausdruck gebracht hätten. Weder

aus dem Schreiben gemäß Artikel 6 noch aus der Entscheidung ergebe sich ein solcher Sinneswandel, und es lägen auch keine Beweise hierfür vor. Die Firmen Morris und Rothmans International hätten außerdem über eine Zusammenarbeit in Indonesien, in Malaysia und auf den Philippinen verhandelt. Die Firma Reynolds schließt hieraus, daß die Firmen Morris und Rothmans International ihre Verhandlungen über eine Zusammenarbeit auch innerhalb der Gemeinschaft fortsetzen würden.

Die Firma Reynolds meint, der Umstand, daß die Kommission keine Schritte gegen die Bestimmungen der neuen Vereinbarungen zu treffen beabsichtige, deren Durchführung laut ihrem Schreiben nach Artikel 6 gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen würde, stelle seinerseits eine Verletzung der Verpflichtungen der Kommission aus dem Vertrag dar. Die Parteien hätten diese Bestimmungen schon sofort nach Unterzeichnung der neuen Vereinbarungen durchgeführt, indem jede von ihnen es unterlassen habe, mit ihrer Beteiligung an der Firma Rothmans International in einer nach den verschiedenen Vereinbarungen unzulässigen Weise umzugehen.

Außerdem enthalte die Entscheidung insofern einen ohne weiteres erkennbaren offensichtlichen Irrtum, als mit ihr Vereinbarungen nicht beanstandet würden, mit der Folgen hervorgerufen werden sollten, die in der Entscheidung selbst als rechtswidrig bezeichnet würden. Die von der Kommission in Abschnitt 23 der Entscheidung vorgenommene Untersuchung der neuen Vereinbarungen zeige, daß es mit diesen der Firma Morris ermöglicht werden solle, letztlich die Kontrolle über die Firma Rothmans International zu übernehmen oder wieder in eine Position der Gleichheit mit der Firma Rembrandt zu gelangen, falls diese an einen oder mehrere Dritte verkaufen sollte; beides habe die Kommission für rechtswidrig erachtet. Vereinbarungen, die eine Verfälschung des Wettbewerbs bezweckten, seien aber selbst dann schon rechtswidrig, wenn sie eine solche Wirkung noch nicht hervorgerufen hätten.

Außerdem habe die Kommission nicht die Möglichkeit beachtet, daß die Firma Rembrandt ihre Beteiligung an der Firma Rothmans International an mehrere Dritte veräußern könnte, so daß die Firma Morris als der bei weitem größte Aktionär der Firma Rothmans International zurückbliebe.

c) Nach Ansicht der *Kommission* widerspricht ihre Entscheidung vom 22. März 1984 keineswegs ihrer früheren Position zur Unternehmenskonzentration und zu Gemeinschaftsunternehmen. Die Untersuchung von 1966 über das Problem der Konzentration, der Vorschlag von 1973 für eine Verordnung über die Kontrolle der Konzentrationen und ihre Praxis in bezug auf Gemeinschaftsunternehmen beruhten alle auf dem Kriterium der Kontrolle über ein Unternehmen. Die Firma Morris habe aber durch die Vereinbarungen von 1984 nicht die Kontrolle über die Firma Rothmans International erlangt; sie habe lediglich eine Minderheitsbeteiligung erworben. Es stehe fest, daß die Klausel, durch die ein Vorkaufsrecht begründet werde, derzeit keine Konzentration bewirke. Ebenso könne angesichts des Verhältnisses zwischen dem Stimmrechtsanteil der Firma Morris und dem der Firma Rembrandt sowie wegen der von der Firma Morris der Kommission gegenüber eingegangenen Verpflichtungen, sich nicht in den Leitungsorganen der Firma Rothmans International vertreten zu lassen und keine dieses Unternehmen betreffenden wettbewerbsrelevanten Informationen anzunehmen, nicht geltend gemacht werden, daß die Firma Rothmans International einer von den Streithelferinnen gemeinsam ausgeübten Kontrolle unterworfen worden sei.

Nach Ansicht der Kommission geht es hier um die Frage, ob sie vernünftigerweise zu

dem Schluß kommen durfte, daß die *neuen Vereinbarungen* nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 verstießen, da alle Bestimmungen der alten Vereinbarungen und der Vereinbarung, die eine Zusammenarbeit zwischen den Parteien vorgesehen habe oder in der die Absicht zur Zusammenarbeit zum Ausdruck gekommen sei, nicht mehr in Kraft seien. Es sei eine Irreführung, wenn die Klägerinnen Äußerungen auswählten, die sich ausschließlich auf die alten Vereinbarungen bezogen hätten, und diese auf die neue Situation anzuwenden versuchten. So könnten die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte enthaltenen Ausführungen der Kommission über die 50%ige Beteiligung der Firma Morris an der Muttergesellschaft Rothmans Holdings nicht als auf die vorliegende Situation anwendbar angesehen werden, da die Firma Morris nicht an der Firma Rothmans Holdings beteiligt und die neue wirtschaftliche Lage durch eine Minderheitsbeteiligung in Verbindung mit den neuen Vereinbarungen, den der Kommission gegenüber abgegebenen Verpflichtungserklärungen und der Vereinbarung über die Trennung der Interessen gekennzeichnet sei.

Die erste von den Klägerinnen aufgeworfene Frage gehe dahin, ob die Minderheitsbeteiligung den Wettbewerb einschränke. Die Klageschriften rechtfertigten keine solche Feststellung. Sie zeigten vielmehr, daß die Parteien der Vereinbarungen noch immer ein Interesse daran hätten, einander Konkurrenz zu machen.

Die rechtliche Würdigung der neuen Vereinbarungen durch die Kommission gehe dahin, daß sie keinen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrages darstellten.

Die alten Vereinbarungen hätten der Firma Morris ein Vetorecht über eine tatsächliche Aktienmehrheit in der Firma Rothmans International mittels des institutionellen Instruments der Holdinggesellschaft eingeräumt. Sie habe ein Verfahren eingeleitet, eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Betroffenen gerichtet, eine Anhörung durchgeführt und den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit gegeben, ihre Vereinbarungen und Praktiken mit den Wettbewerbsregeln des Vertrages in Einklang zu bringen. Die Streithelferinnen hätten ihre früheren Vereinbarungen durch die Beseitigung des Instrumentariums, das der Firma Morris die Ausübung eines entscheidenden Einflusses auf die Firma Rothmans International ermöglicht habe, so geändert, daß die Firma Morris nach den neuen Vereinbarungen nur noch Minderheitsaktionärin der Firma Rothmans International sei. Es habe nicht nachgewiesen werden können, daß die neuen Vereinbarungen, in ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang untersucht, eine Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckten oder bewirkten. Wenn die Parteien zu einer Situation zurückkehren sollten, die der in der Mitteilung der Beschwerdepunkte beanstandeten Lage entspreche, so werde sie selbstverständlich die notwendigen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, daß die Parteien alle Verstöße abstellten.

Die Kommission räumt ein, daß mehrere Bestimmungen der neuen Vereinbarungen es der Firma Morris ermöglichen sollten, entweder 1) letztlich die Kontrolle über die Firma Rothmans International zu übernehmen oder 2) wieder in eine Position der Gleichheit mit der Firma Rembrandt zu gelangen, falls diese an einen oder mehrere Dritte verkaufen sollte, oder 3) an einen namentlich zu bezeichnenden Dritten Aktien zu verkaufen, auf die 34,5 % der Stimmrechte in der Firma Rothmans International entfielen. Diese Bestimmungen räumten der Firma Morris ein zukünftiges direktes und indirektes Vorkaufsrecht ein, das von ihr mit dem Ziel überwacht werde, zu gewährleisten, daß die Durchführung der Vereinbarungen nicht unter Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 zu einer Verhinderung,

Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes führe. Die neuen Vereinbarungen räumten der Firma Morris nur für die Erlangung der Kontrolle über die Firma Rothmans International durch Ausübung ihres Vorkaufsrechts bei jedem Verkauf der Rothmans-International-Wertpapiere der Firma Rembrandt eine Vorrangstellung ein. Es treffe zu, daß die neuen Vereinbarungen den Kauf von Rothmans-International-Wertpapieren in dem Fall, daß die Firma Morris ihr Vorkaufsrecht nicht ausübe, für Konkurrenten äußerst unattraktiv machten. Ein Konkurrent, der sich für den Kauf von Rothmans-International-Aktien interessiere, müsse ein Angebot für die der Firma Morris gehörenden Aktien machen und wisse eine Zeitlang nicht, ob die Firma Philip Morris 1) die Anteile der Firma Rembrandt zu dem von ihm angebotenen Preis kaufen werde, 2) einfach nichts tun und ihm so den Kauf der Anteile der Firma Rembrandt ermöglichen werde oder 3) ihm ihre Aktien anbieten und so den Umfang und die Kosten der Investition verdoppeln werde.

Obwohl diese Bestimmungen der Firma Morris die Möglichkeit gäben, in der Zukunft ihre Position als Minderheitsaktionärin mit dem Ziel zu verändern, die Kontrolle über die Firma Rothmans International zu erlangen, bewirke ihr Vorhandensein derzeit keine Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 85.

Einerseits bestehe kein Grund zu der Annahme, daß die Firma Rembrandt und das Führungspersonal der Firma Rothmans International kein Interesse daran hätten, die Firma Rothmans International zu einem möglichst erfolg- und ertragreichen Unternehmen zu machen, und die Firma Rembrandt könne die Firma Rothmans International in der Praxis durch ihren Stimmrechtsanteil von 43,6 % sowie durch die traditionellen Bindungen zwischen ihr und der Leitung dieses Unternehmens kontrollieren. Andererseits bleibe die Firma Morris, obwohl ihr grundsätzlich nicht an einer Gefährdung des Werts ihrer Investition in die Firma Rothmans International gelegen sein dürfte, doch in erheblichem Maße daran interessiert, jede Vergrößerung des Marktanteils der Firma Rothmans International durch ihre eigenen industriellen und geschäftlichen Anstrengungen in Grenzen zu halten. Dadurch vergrößere sie ihre eigenen Gewinne und ihren Marktanteil und bewirke, daß die Rothmans-International-Aktien im Falle eines späteren Erwerbs durch sie billiger seien. Da die direkte Investition der Firma Morris im Gemeinsamen Markt ihre Investition in Rothmans-International-Aktien bei weitem übersteige, sei es höchst unwahrscheinlich, daß die Firma Morris die Firma Rothmans International zum Nachteil ihrer eigenen Unternehmen bevorzugen werde.

Die Klägerinnen hätten auch nicht dargetan, daß das Wettbewerbsverhalten der Firma Morris infolge ihrer Investition in die Firma Rothmans International verändert worden sei. Es könne daher nicht festgestellt werden, daß die neuen Vereinbarungen gegen die Wettbewerbsregeln verstießen.

Die zweite von den Klägerinnen aufgeworfene Frage gehe dahin, ob die Kommission die erforderlichen gemeinschaftsrechtlichen Befugnisse besitze, um die Einhaltung der Verpflichtungserklärungen durchzusetzen und während des Zeitraums der „Interessentrennung" alle gebotenen vorläufigen oder endgültigen Maßnahmen zu treffen. Die Kommission bejaht diese Frage und bezeichnet das Vorbringen der Klägerinnen zu diesem Punkt als „haltlos und unsubstantiiert".

d) Die *Firma Rembrandt* bemerkt vorab, die Kommission verfüge hinsichtlich der Einstellung des Verfahrens über ein weites Ermessen und der Gerichtshof habe sich auf die Prüfung der Frage zu beschränken, ob

die Verfahrenseinstellung durch die Kommission weder auf offensichtlich falschen Tatsachenfeststellungen beruhe noch mit einem offensichtlichen Ermessensfehler behaftet sei (Urteil vom 11. Oktober 1983 in der Rechtssache 210/81, Demo-Studio Schmidt/ Kommission, Slg. 1983, 3045), während es Sache der Kommission sei, die Vielzahl der fraglichen komplexen wirtschaftlichen Gesichtspunkte zu bewerten (Urteil vom 13. Juli 1966 in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64, Consten und Grundig/Kommission, Slg. 1966, 322). Es obliege den Klägerinnen, darzutun, daß der Sachverhalt unzutreffend festgestellt oder in offensichtlich irriger Weise gewürdigt worden sei. Wenn die Klägerinnen sich hauptsächlich auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte stützten, so ließen sie damit außer acht, daß diese vorläufiger Natur sei und daß sich die Lage seit ihrer Zustellung grundlegend geändert habe.

Die Firma Rembrandt widerspricht der Ansicht, daß Artikel 85 Absatz 1 ohne weiteres anwendbar sei, wenn der Aktienerwerb nachweislich den Wettbewerb verfälsche. Sie weist darauf hin, daß die neuen Vereinbarungen nur die Beteiligung der Firma Morris am Kapital der Firma Rothmans International und den eventuellen Erwerb weiterer Aktien beträfen. Artikel 85 Absatz 1 gelte aus folgenden Gründen nicht für den Aktienerwerb als solchen: Die Grundsatzfragen, die die freie Übertragbarkeit des Eigentums an Aktien und anderen von Gesellschaften ausgegebenen Wertpapieren berührten, seien viel zu komplex und die Antworten auf diese Fragen zu ungenau, als daß das in Absatz 1 enthaltene automatische Verbot auf solche Transaktionen Anwendung finden könne, Absatz 2 stelle eine für die Übertragung von Eigentumsrechten ungeeignete Sanktion dar, die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 auf solche Transaktionen wäre ebenfalls unangemessen und schließlich gebe es keinen einleuchtenden Grund, zwischen Vereinbarungen über den Kauf von Aktien an der Börse, für die Artikel 85 Absatz 1 nicht gelten könne, und anderen Arten des Aktienerwerbs zu unterscheiden. Wenn Artikel 85 Absatz 1 für den Erwerb von Aktien nicht gelte, so folge daraus, daß er auch auf ein Vorkaufsrecht nicht anwendbar sei.

Somit beruhe die Feststellung der Kommission, daß der Erwerb von Aktien durch die Firma Morris aufgrund der neuen Vereinbarungen nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoße, keineswegs auf einem offensichtlichen Irrtum. Jedes andere Ergebnis liefe dem Memorandum der Kommission von 1966 über Unternehmenskonzentrationen, der bisherigen Praxis der Kommission, dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Gemeinschaftsrecht zuwider.

Die Entscheidungen der Kommission, die Gemeinschaftsunternehmen beträfen, seien nicht einschlägig, weil sie Kooperationsvereinbarungen ganz anderer Art als die neuen Vereinbarungen beträfen und in ihnen kein allgemein anwendbarer Grundsatz aufgestellt worden sei.

Auch die Mitteilung der Beschwerdepunkte spreche in keiner Weise für das Vorbringen der BAT, da sich die darin enthaltenen Ausführungen ausdrücklich auf eine Beteiligung von 50 % am Kapital der Holdinggesellschaft, die die Kontrolle über ein Konkurrenzunternehmen innehabe, bezögen, während durch die neuen Vereinbarungen der Firma Morris eine direkte Beteiligung, wenngleich eine Minderheitsbeteiligung, am Kapital dieser Gesellschaft ohne gemeinsame Kontrolle irgendeiner Gesellschaft eingeräumt werde.

Wenn Artikel 85 Absatz 1 entgegen ihrer Ansicht anwendbar wäre, so müßten die wirtschaftlichen Auswirkungen jeder Transaktion in jedem Einzelfall darauf hin untersucht werden, ob unter Berücksichtigung der besonderen Umstände der Wettbewerb

spürbar eingeschränkt oder verfälscht werde. Ihres Wissens gebe es kein entwickeltes wettbewerbsrechtliches System, das Geschäfte über den Aktienerwerb zwischen Konkurrenzunternehmen als solche verbiete.

Zur Investition der Firma Morris in die Firma Rothmans International trägt die Firma Rembrandt vor, die neuen Vereinbarungen hätten einer Untersuchung durch die Kommission bedurft und diese sei schließlich zu dem Ergebnis gelangt, daß die Firma Morris die Firma Rothmans International nicht wesentlich beeinflussen und diese nicht von der Firma Morris beeinflußt werden könne. Die Firma Morris habe nachgewiesen, daß ihr oberstes Bestreben die Optimierung der ganz ihr zufließenden Gewinne aus ihrer eigenen Geschäftstätigkeit im Tabaksektor und nicht der Schutz ihrer Beteiligung von 30,8% am Kapital der Firma Rothmans International sei. Dieses Bestreben mache die Fortsetzung eines uneingeschränkten Wettbewerbs mit der Firma Rothmans International erforderlich. Außerdem komme auf einem Markt wie dem Zigarettenmarkt jede Verminderung der Anstrengungen einer Gesellschaft zugunsten eines einzelnen Wettbewerbers notwendigerweise den anderen Konkurrenten zugute.

Aus entsprechenden Gründen sei es unwahrscheinlich — und schon unter der Geltung der Vereinbarungen von 1981 unwahrscheinlich gewesen —, daß die Firma Rothmans International ihre Anstrengungen vermindere, um die Firma Morris zu begünstigen. Die Möglichkeit, daß die Firma Rothmans International den Interessen der Firma Morris Rechnung tragen könnte, liege unter der Geltung der neuen Vereinbarungen noch ferner. Wie die Kommission festgestellt habe, sei die Firma Morris nur noch Minderheitsaktionärin und nicht mehr an der Kontrolle über die Firma Rothmans Holdings beteiligt, die durch ihren Stimmrechtsanteil die tatsächliche Kontrolle über die Firma Rothmans International innehabe. Außerdem habe sich die Firma Morris verpflichtet, keine Vertreter in irgendein Leitungsorgan der Firma Rothmans International zu entsenden, so daß sie nicht mehr über irgendein Mittel, Druck auf die Leitung der Firma Rothmans International auszuüben, verfüge. Die Firma Morris habe sich ferner verpflichtet, sich keine wettbewerbsrelevanten Informationen über die Angelegenheiten der Firma Rothmans International zu beschaffen, und es gebe keinen Beweis dafür, daß die Firma Morris sich um „informelle Kontakte" mit der Leitung der Firma Rothmans International bemühe. Es sei nicht plausibel, daß sich das Führungspersonal der Firma Rothmans International durch die ungewisse Aussicht beeinflussen lassen sollte, daß die Firma Morris in Zukunft die Kontrolle über die Firma Rothmans International erlangen könnte, und selbst wenn dem so wäre, wäre es weit wahrscheinlicher, daß sie der Firma Morris einen scharfen Wettbewerb lieferten, um sich bei dieser einen Namen als effiziente Kaufleute zu machen. Sie selbst habe keinesfalls die Absicht, auf eine Zusammenarbeit zwischen den Firmen Rothmans International und Morris hinzuwirken.

Die Firma Rembrandt erklärt, entgegen dem Vorbringen der BAT, daß sie bei der Ausübung ihrer Rechte als Aktionärin der Firma Rothmans International oder ihrer Rolle bei deren Leitung nicht den Interessen der Firma Morris Rechnung tragen werde. Ihr sei an der Rentabilität und am Erfolg der Firma Rothmans International gelegen; ihr Interesse decke sich mit dem der Privataktionäre und der Firma Rothmans International selbst. Sie sei an der Geschäftstätigkeit der Firma Morris weder innerhalb noch außerhalb Europas beteiligt, und es gebe auch keine Gegenleistung, aufgrund deren sie bei der Ausübung ihrer Leitungsfunktion den Interessen der Firma Morris Rechnung tragen würde. In der Praxis könne die Firma Rembrandt die Annahme gewöhnlicher Beschlüsse durch Abgabe der ihr zustehenden

44 % der Stimmen erreichen. Außergewöhnliche Beschlüsse würden im Leben einer Gesellschaft nur selten gefaßt, und die anderen Druckmittel, die die Firma Morris nach Ansicht der BAT einsetzen könnte, seien nur hypothetisch und ohne Durchschlagskraft.

Die Firma Rembrandt geht sodann auf die Ausführungen der Klägerinnen zu den Vorkaufsrechten ein und bezeichnet sie als nicht überzeugend. Nach Ansicht der Firma Rembrandt bereitet es keine Schwierigkeiten, einen Einzelkäufer für ihre Beteiligung an der Firma Rothmans International zu finden. Der Umstand, daß die Firma Morris aufgrund der neuen Vereinbarungen gegen diesen Käufer einen vertraglichen Anspruch des Inhalts habe, daß er ihr den Kauf ihrer Beteiligung anbiete, begründe keine über das Reglement der Londoner Börse („The City Code on Takeovers") hinausgehende Verpflichtung. Es gebe somit kein Hindernis von Bedeutung für Verhandlungen mit einem Kaufinteressenten. Außerdem hätte sie keine Schwierigkeiten, ihre Aktien auf dem Markt zu placieren, was ein normales Mittel für die Veräußerung großer Aktienbestände sei; auch insofern stelle das Vorkaufsrecht der Firma Morris kein Hindernis von Bedeutung für die Bewerkstelligung einer solchen Placierung dar. Es sei im übrigen unwahrscheinlich, daß die Firma Morris versuchen würde, ihr Hindernisse bei der Veräußerung ihrer Beteiligung an der Firma Rothmans International in den Weg zu legen. Jedenfalls ändere diese unwahrscheinliche Eventualität nichts an ihrem überragenden Eigeninteresse, die wohlverstandenen Interessen der Firma Rothmans International ohne Rücksicht auf die Firma Morris zu fördern. Das Vorkaufsrecht bewirke somit derzeit keine Verfälschung des Wettbewerbs. Es bezwecke eine solche auch nicht.

Es gebe auch keinen Beweis dafür, daß die Kommission nicht die Möglichkeit berücksichtigt habe, daß die Firma Morris als größter Aktionär der Firma Rothmans International zurückbliebe, wenn die Firma Rembrandt an Dritte verkaufen würde; die Ausführungen der BAT zu dieser Möglichkeit seien ohne Belang, da sie niemals Wirklichkeit werden könne. Sollte dieser Fall doch eintreten, so würde die Kommission prüfen, ob sich die Umstände wesentlich geändert hätten und gegebenenfalls ob die Beteiligung der Firma Morris unter diesen neuen Umständen gegen Artikel 85 oder Artikel 86 verstoße. Die Firma Morris bleibe ihrerseits durch die gegenüber der Kommission eingegangenen Verpflichtungen gebunden, keinen Vertreter in irgendein Leitungsorgan der Firma Rothmans International zu entsenden und sich keine wettbewerbsrelevanten Informationen über die Firma Rothmans International zu beschaffen. Die Firma Morris habe somit weder die Kontrolle über die Firma Rothmans International inne noch könne sie diese wesentlich beeinflussen.

e) Die *Firma Morris* prüft zunächst das Vorbringen der Klägerinnen und trägt vor, weder die Kommission noch der Gerichtshof habe jemals Artikel 85 auf den Erwerb von Aktien angewandt. Die Entscheidung vom 22. März 1984 habe ebenfalls nicht die Frage der Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den Erwerb von Aktien aufgeworfen. Bei Gemeinschaftsunternehmen beruhe die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 auf dem Vorhandensein einer Vereinbarung zwischen zwei tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern, die beschlössen, etwas gemeinsam statt im Wettbewerb gegeneinander zu tun. Der Umstand, daß jede Partei zur Durchführung der Vereinbarung über die Zusammenarbeit Anteile an dem Gemeinschaftsunternehmen erwerbe, bedeute nicht, daß Artikel 85 auf einen einseitigen Erwerb von Aktien anwendbar wäre, da die Vereinbarung über die Zusammenarbeit der Grund für die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 sei. Die Kommission habe bisher nicht angenommen, daß der Erwerb von Aktien als solcher unter Artikel 85 Absatz 1

falle, wenn keine Kooperationsvereinbarung vorgelegen habe.

Bei seinem gegenwärtigen Stand ermögliche das Gemeinschaftsrecht nur eine beschränkte Kontrolle von den Erwerb von Aktien umfassenden Geschäften, mit denen nicht zugleich ein Gemeinschaftsunternehmen oder eine Kooperationsvereinbarung zwischen tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern verbunden sei. Nur wenn eine der beteiligten Gesellschaften eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 innehabe, könne der Erwerb unter bestimmten Umständen als Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln angesehen werden. Jedenfalls gebe es in der Wirtschaft viele Beispiele dafür, daß Firmen Minderheitsbeteiligungen an Konkurrenzunternehmen innehätten.

Die Firma Morris vertritt die Ansicht, die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte enthaltene, von den Klägerinnen angeführte Erklärung habe nicht die allgemeine Bedeutung, die ihnen von den Klägerinnen beigemessen werde. Die Klägerinnen selbst hätten sich in ihrer an die Kommission gerichteten Beschwerde nicht auf eine so weite Auslegung des Artikels 85 gestützt.

Die verallgemeinerte Anwendung von Artikel 85 auf den Erwerb von Beteiligungen an Konkurrenzunternehmen, für die sich die Klägerinnen aussprächen, würde zwangsläufig bedeuten, daß zahllose bisher für vollkommen rechtmäßig angesehene Sachverhalte Anlaß zur Beanstandung durch die Kommission oder interessierte Privatpersonen im Hinblick auf Artikel 85 gäben. Jedenfalls sei keine gegenwärtige wettbewerbswidrige Wirkung dargetan worden.

Zu der vermuteten Fortsetzung der Zusammenarbeit trägt die Firma Morris vor, nach den neuen Vereinbarungen sei keine Zusammenarbeit geplant, denn die Vorschriften über eine Zusammenarbeit oder eine Kooperationsabsicht seien schon 1983 gestrichen worden, als die „Partnerschafts"-Vereinbarung aufgehoben worden sei. Außerdem habe sie keine Sperrbefugnisse mehr, und die Firma Rembrandt sei in einer Lage, die ihr die Ausübung ihrer Leitungsfunktion in der Firma Rothmans International ermögliche, ohne auch nur theoretisch darauf angewiesen zu sein, sich um die Unterstützung der Firma Morris zu bemühen. Es gebe keine andere vernünftige Auslegung der neuen Vereinbarungen oder der Entscheidung als die, daß sie und die Firma Rembrandt weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Zusammenarbeit auf dem Tabaksektor in der EWG beabsichtigten. Im vorliegenden Fall trügen die Klägerinnen die Beweislast dafür, daß es eine gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßende Zusammenarbeit gegeben habe oder geben werde; diesen Beweis hätten sie aber nicht erbracht. Außerdem hätten die Klägerinnen nicht dargelegt, welche Auswirkungen eine Zusammenarbeit zwischen ihr und der Firma Rembrandt oder der Firma Rothmans International außerhalb der EWG innerhalb der Gemeinschaft haben könnte. Die Firma Morris macht geltend, keine außerhalb der EWG bestehende Vereinbarung zwischen ihr und der Firma Rothmans International wirke sich auf das Verhalten der Beteiligten innerhalb der Gemeinschaft aus; dasselbe gelte für das einer der Beteiligten eingeräumte Recht, bestimmte Handelsmarken der anderen Beteiligten in bestimmten Drittländern zu benutzen. Soweit es solche Vereinbarungen tatsächlich gebe, stellten sie alle völlig normale Lizenz- und Geschäftsvereinbarungen dar, die in jeder Hinsicht mit den Bräuchen in der Industrie und mit einem uneingeschränkten Wettbewerb vereinbar seien; im übrigen bedienten sich auch die Klägerinnen dieses Instruments.

Zu den Bestimmungen über das Vorkaufsrecht und die Veräußerung von Rothmans-International-Wertpapieren durch die Streithelferinnen trägt erstere vor, sie seien von

den Klägerinnen in irreführender und unredlicher, ihre wahre Natur und ihre wahre Wirkung entstellender Weise dargestellt worden.

Mit diesen Bestimmungen würden hauptsächlich zwei Zwecke verfolgt: 1) Soweit als möglich ein Vorkaufsrecht für den Fall zu begründen, daß sie oder die Firma Rembrandt sich zur Veräußerung ihrer Rothmans-International-Wertpapiere entschließen sollte, 2) sicherzustellen, daß bei einer derartigen Veräußerung jede Partei eine angemessene Gegenleistung für ihre Wertpapiere erhalte. Es sei völlig normal, daß sich Parteien, die eine verhältnismäßig große Investition vornähmen, mit der Frage des Verkaufs oder der Veräußerung ihrer eigenen oder fremder Aktien beschäftigten; das Vorkaufsrecht sei somit ein üblicher Bestandteil vieler geschäftlicher Transaktionen. Solche Vorschriften, die allein dem Schutz des Wertes der Investitionen dienten, stellten kein ernsthaftes Hindernis für einen Dritterwerber dar, der sich entschlossen habe, eine bedeutende Investition in eine bedeutende Aktiengesellschaft wie die Rothmans International vorzunehmen.

Schließlich macht die Firma Morris geltend, sie habe keine Handhabe, um die Firma Rembrandt zur Streuung ihrer Beteiligung zu veranlassen, um selbst die faktische Kontrolle über die Firma Rothmans International zu erlangen. Es sei unrealistisch, anzunehmen, daß sie die Firma Rembrandt zur Veräußerung ihrer Aktien an mehrere Käufer zwingen könnte, da die Firma Rembrandt durch eine solche Veräußerung voraussichtlich keinen maximalen Gewinn erzielen könnte. Ihr einziges Mittel, einen Einzelkäufer am Erwerb der Beteiligung der Firma Rembrandt zu hindern, bestehe darin, ihr Vorkaufsrecht auszuüben und der Firma Rembrandt den von dem Kaufinteressenten gebotenen Preis zu zahlen; in diesem Fall hätte die Firma Rembrandt keinen Grund, einer Aufsplitterung ihrer Beteiligung unter mehrere Käufer den Vorzug zu geben. Mit dem Erfordernis, daß an mindestens zehn Käufer veräußert werden müsse, solle lediglich festgelegt werden, unter welchen Voraussetzungen die Parteien ihr Vorkaufsrecht gegenüber den Käufern verlören. Jedenfalls hätte die Kommission in dem unwahrscheinlichen Fall, daß die Firma Morris tatsächlich mit einem Stimmrechtsanteil von 24,9 % Hauptaktionärin der Firma Rothmans International würde, die Möglichkeit, die Lage zu überwachen und die geeigneten Maßnahmen zu treffen. Außerdem bliebe die Firma Morris weiter durch die der Kommission gegenüber eingegangenen Verpflichtungen gebunden.

Aus alledem folge, daß es sich um normale geschäftliche Bestimmungen handele, die auf praktische Weise im Zusammenhang mit der Umstrukturierung von 1984 aufgetretene Fragen lösten. Sie begründeten für die Parteien Rechte, deren Auswirkungen nur und erst bei ihrer Ausübung anhand der dann vorliegenden Umstände beurteilt werden könnten. So würde es nicht notwendigerweise einen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft bedeuten, wenn sie irgendwann in der Zukunft infolge der Ausübung dieser Rechte die Kontrolle über die Firma Rothmans International erlangen sollte. Die Firma Rothmans International sei eine große und in hohem Maße diversifizierte Gruppe, die in unterschiedlichen Teilen der Welt in einer Reihe unterschiedlicher Sektoren tätig sei. Die Struktur der Rothmans-International-Gruppe sowie ihre Betätigung in verschiedenen Teilen der Welt und in verschiedenen Sektoren könnten sich anders entwickeln, und auch die Struktur der Märkte, auf denen sie agiere, könne sich ändern. Die Übernahme der Kontrolle über die Firma Rothmans International durch sie könne, wenn es überhaupt dazu komme, zu einer Zeit oder in einer Situation stattfinden, in der nicht geltend gemacht werden könnte, daß sie eine nach den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft verbotene Wirkung hervorrufe.

Die Kommission habe daher zu Recht festgestellt, daß die Beteiligung der Firma Morris an der Firma Rothmans International keine nachteiligen Folgen für den Wettbewerb habe. Die Daten über die Entwicklung des Marktes in der EWG bewiesen, daß seit dem Abschluß der Vereinbarungen von 1981 weiterin ein unvermindert starker Wettbewerb herrsche.

2) *Verstoß gegen Artikel 86 EWG-Vertrag*

a) Die *BAT* prüft zunächst den Abschnitt 29 der Entscheidung und weist darauf hin, daß in der Entscheidung nicht dargelegt sei, was die Kommission genau unter „Kontrolle" verstehe; offenbar nehme sie aber auf Abschnitt 22 der Entscheidung Bezug, wo es heiße, daß die Firma Morris über kein „Vetorecht über eine tatsächliche Aktienmehrheit in der Firma Rothmans International" mehr verfüge und nunmehr „nur noch Minderheitsaktionärin" sei. So könne Artikel 86 nach Ansicht der Kommission selbst dann nicht auf ein Geschäft Anwendung finden, durch das eine Gesellschaft eine Minderheitsbeteiligung an ihrem Konkurrenten erwerbe, wenn durch dieses Geschäft eine Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt und bewirkt werde. Die Ansicht der Kommission stütze sich auf eine irrige Auslegung des Begriffs „mißbräuchliche Ausnutzung" in Artikel 86.

Nach Auffassung der BAT ist eine mißbräuchliche Ausnutzung jedes den Wettbewerb einschränkende oder verfälschende Verhalten einschließlich des Abschlusses eines Geschäfts, durch das eine Gesellschaft eine Minderheitsbeteiligung an einem Konkurrenzunternehmen erwirbt (siehe Urteil des Gerichtshofes vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, Hoffmann-La Roche/Kommission, Slg. 1979, 461). Die BAT leitet aus diesem Urteil ab, nicht der Grad der Beherrschung, sondern das Verhalten der beherrschenden Gesellschaft oder Unternehmensgruppe müsse den Wettbewerb beeinträchtigen, damit eine mißbräuchliche Ausnutzung vorliege; dieses Verhalten brauche den Wettbewerb nicht „erheblich" zu behindern, sondern müsse sich nur „spürbar" auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken, um eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 darzustellen.

Artikel 86 Buchstabe b, der die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung verbiete, sei im Urteil in der Rechtssache 85/76 (Hoffmann-La Roche, a. a. O.) und in den Urteilen vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76 (United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207), vom 16. Dezember 1975 in den verbundenen Rechtssachen 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 und 114/73 (Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663) und vom 6. März 1974 in den verbundenen Rechtssachen 6 und 7/73 (Commercial Solvents/Kommission, Slg. 1974, 223) für auf ein Verhalten anwendbar erachtet worden, das die Möglichkeiten der anderen Gesellschaften als des Unternehmens, das eine beherrschende Stellung innehabe, einschränke. Der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung am Kapital eines Konkurrenzunternehmens stelle ein Mittel dar, das von den Mitteln eines normalen Wettbewerbs abweiche, und er wirke sich eindeutig auf die Struktur des Marktes aus. Er schaffe eine wichtige Bindung zwischen zwei auf dem Markt konkurrierenden Unternehmen, beschneide oder beseitige für andere Konkurrenten die Möglichkeit, jemals ihren Marktanteil durch den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an diesem Konkurrenten zu vergrößern, und verschaffe dem Investor eine günstige oder gar privilegierte Ausgangsposition für die eventuelle spätere Erlangung der Kontrolle über ihren Konkurrenten. Außerdem verfälsche er den Wettbewerb zwischen dem Investor und dem Unternehmen, in das dieser investiert habe.

Die eingeschränkte Bedeutung, die die Kommission dem Begriff „mißbräuchliche Ausnutzung" zulege, stehe überdies eindeutig im Widerspruch zu Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag, der nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die Auslegung der Artikel 85 und 86 beeinflusse.

Die Kommission habe folglich dadurch einen Rechtsirrtum begangen, daß sie ihrer abschließenden Feststellung die Auffassung zugrunde gelegt habe, eine mißbräuchliche Ausnutzung setze die Kontrolle über das Verhalten der Gesellschaft voraus, in die investiert worden sei.

Die Kommission mache erstmals in ihrer Klagebeantwortung geltend, der Erwerb einer Beteiligung am Gewinn eines Mischkonzerns durch einen anderen Mischkonzern könne nicht zu den Mitteln gezählt werden, die von den Mitteln des normalen Wettbewerbs abwichen und die Struktur des Marktes beeinflußten. Es sei auf jeden Fall irreführend, den Begriff „Mischkonzern" im Zusammenhang mit den Firmen Rothmans International (Anteil des Tabakumsatzes am Gesamtumsatz der Gruppe im Jahr 1983: 85 %) und Morris (Anteil des auf Tabakwaren entfallenden Umsatzes am Gesamtumsatz der Gruppe im Jahr 1982: 67 %) zu verwenden.

Die BAT vertritt die Ansicht, der Abschluß der neuen Vereinbarungen stelle eine mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung dar, die die Streithelferinnen aufgrund der Vereinbarungen von 1981 gemeinsam auf dem Beneluxmarkt innehätten.

Sie macht geltend, weder dem Schreiben nach Artikel 6 noch der Entscheidung sei in irgendeiner Weise zu entnehmen, daß die Kommission ihre Position in bezug auf die allgemeinen Grundsätze, die Gründe und die abschließenden Feststellungen geändert habe, die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte aufgestellt und angewandt worden seien, nach der der Abschluß der Vereinbarungen zwischen den Streithelferinnen gegen Artikel 86 verstoße, wenn die Firma Morris weiterhin mit der Firma Rembrandt die Kontrolle über die Firma Rothmans International teile oder die alleinige Kontrolle über dieses Unternehmen erlange. Die Kommission könne daher im vorliegenden Verfahren nicht von dem Standpunkt abrükken, den sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte eingenommen habe.

Angesichts der finanziellen Bindungen zwischen den Firmen Morris, Rembrandt und Rothmans Holdings und der durch die Vereinbarungen von 1981 eingeführten umfassenden Zusammenarbeit habe die Kommission zu Recht die Ansicht vertreten, daß die Streithelferinnen aufgrund dieser Vereinbarungen eine beherrschende Stellung innehätten. Der Abschluß der neuen Vereinbarungen stelle, selbst wenn man die enge Auffassung der Kommission zugrunde lege, eine mißbräuchliche Ausnutzung dieser beherrschenden Stellung dar, weil die Firma Morris infolge des Erwerbs von Aktien und Wandelschuldverschreibungen der Firma Rothmans International, des Vorkaufsrechts und verschiedener besonderer Vereinbarungen über spätere Geschäfte in der Lage sei, gemeinsam mit der Firma Rembrandt die Tätigkeit der Firma Rothmans International zu kontrollieren.

Zur richtigen Anwendung des Begriffs „mißbräuchliche Ausnutzung" trägt die BAT vor, nach der vom Gerichtshof im Urteil Hoffmann-La Roche gegebenen Definition handele es sich dabei um jedes Verhalten, das die Verwendung von Mitteln einschließe, die von den Mitteln eines normalen Wettbewerbs abwichen, das die Struktur des Marktes beeinflusse und den bestehenden Wettbewerb verfälsche oder dessen Entwicklung behindere. Der Abschluß eines Geschäfts, durch den eine Gesellschaft eine bedeutende Beteiligung an einem wichtigen Konkurrenzunternehmen erwerbe, sei ein

Mittel, das von den Mitteln des normalen Wettbewerbs abweiche. Er beeinflusse die Struktur des Marktes, insbesondere wenn dieser stark oligopolistisch sei. Im vorliegenden Fall hinderten die Vereinbarungen sogar jeden anderen Konkurrenten daran, eine Mehrheitsbeteiligung an der Firma Rothmans International zu erwerben, und verschafften so der Firma Morris eine privilegierte Ausgangsposition für die eventuelle spätere Erlangung der Kontrolle.

Folglich beruhe die in der Entscheidung enthaltene Erklärung der Kommission, der Abschluß der neuen Vereinbarungen verstoße nicht gegen Artikel 86, auf einem Irrtum, sei es, weil die Kommission eine zu enge Auffassung vom Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung zugrunde gelegt habe, sei es, weil sie festgestellt habe, daß die Firma Morris keine Kontrolle über die Firma Rothmans International innehabe.

Nach Ansicht der BAT liegt ein Verstoß gegen Artikel 86 ferner aus einem anderen Grund vor, der sich nicht nur auf das Beneluxgebiet, sondern auf das gesamte Gebiet der Gemeinschaft erstreckt. Die vier Unternehmensgruppen Rothmans International, Morris, BAT und Imperial Tobacco bildeten zusammen ein Oligopol, das eine beherrschende Stellung (48,9 % des Marktes) im Gemeinsamen Markt innehabe. Jedes Verhalten eines zu einem Oligopol gehörenden Unternehmens oder einer solchen Unternehmensgruppierung, das auf eine Verstärkung des oligopolistischen Charakters des betreffenden Marktes abziele, stelle eine mißbräuchliche Ausnutzung einer von dem Oligopol eingenommenen gemeinsamen beherrschenden Stellung dar.

b) Die *Firma Reynolds* trägt vor, die Kommission räume im Abschnitt 14 der Entscheidung ein, daß die Firma Rembrandt über die Firma Rothmans International eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag in dem Belgien und Luxemburg umfassenden Gebiet und in den Niederlanden innehabe. Als einzigen Grund für die Ablehnung ihres Antrags, soweit er Artikel 86 betreffe, habe die Kommission in der Entscheidung angeführt, daß „die neuen Vereinbarungen die Firma Morris aus den oben genannten Gründen nicht in die Lage" versetzt, „die Geschäftstätigkeit der Firma Rothmans International zu kontrollieren". Zu diesen Gründen würden keine Angaben gemacht, aber Abschnitt 22 zeige, daß mit dem Begriff „Kontrolle" eine rechtlich durchsetzbare Verfügungsgewalt über eine Mehrheit von Aktien der Gesellschaft gemeint sei, in die investiert worden sei. Diese enge, eingeschränkte und technische Auffassung vom Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung laufe Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag zuwider und stehe im Widerspruch zu dem oben wiedergegebenen Standpunkt des Gerichtshofes im Urteil Hoffmann-La Roche. Zu ihrer abschließenden Feststellung sei die Kommission somit aufgrund einer rechtlich unzutreffenden Auffassung von dem Begriff „mißbräuchliche Ausnutzung" im Sinne von Artikel 86 gekommen. Soweit die Entscheidung Artikel 86 betreffe, beruhe sie also auf einem Rechtsirrtum und sei aufzuheben.

Die neuen Vereinbarungen stellten eine Fortsetzung und Ausweitung der Vereinbarungen von 1981 dar, auf die sich die Mitteilung der Beschwerdepunkte bezogen habe, und sie seien eine Fortsetzung und Verschärfung der zu beanstandenden Wirkungen dieser Vereinbarungen. Die alten und die neuen Vereinbarungen seien eng miteinander verwoben, da die Firma Morris durch die Vereinbarungen von 1984 im Austausch gegen die Beteiligung an der Firma Rothmans Holdings, die sie durch die Vereinbarungen von 1981 rechtswidrig erworben habe, 30,8 % des Gesellschaftskapitals (verbunden mit 24,9 % der Stimmrechte) der Firma Rothmans International und komplexe vertragliche Rechte erworben habe und weiterhin Inhaberin der Beteili-

gung an der Firma Rothmans International in Form der Schuldverschreibungen bleibe, die sie nach den Vereinbarungen von 1981 erworben habe.

c) Die *Kommission* verweist zunächst auf ihren Bericht über die Auswirkungen einer weiteren Harmonisierung der Verbrauchsteuern auf Tabakwaren. Danach habe sich der Zigarettenmarkt der Gemeinschaft zwischen 1970 und 1980 ausgeweitet, die Zigarettenindustrie habe sich aber wegen 1) des allgemeinen wirtschaftlichen Klimas und der hohen Arbeitslosigkeit, 2) der in vielen Ländern durchgeführten nachdrücklichen Kampagnen gegen das Rauchen, 3) der Erhöhung der Steuerinzidenz und 4) der Inbetriebnahme modernerer Einrichtungen an einen Geschäftsrückgang anpassen müssen. Außerdem habe die Kommission in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte darauf hingewiesen, daß die Kosten, insbesondere die Werbungskosten, äußerst hoch seien und daher der Zugang zu oder die Expansion auf dem Markt gegen die etablierten Positionen einer großen internationalen Gruppe wie der Firma Rothmans International mit wertvollen lokalen und internationalen Handelsmarken sehr schwierig sei. Die Kommission fügt jedoch hinzu, auf die Beneluxländer, in denen die Firma Rothmans International eine beherrschende Stellung innehabe, entfielen nur 8 % des Zigarettenverbrauchs in der Gemeinschaft, der sich auf über 40 Unternehmen und über 800 Marken verteile. Der grenzüberschreitende Absatz und der Wechsel von Fertigzigaretten zu selbstgedrehten Zigaretten und umgekehrt zeigten die Instabilität des Marktes und die Unsicherheit jeder Position der Stärke eines Herstellers.

Die Kommission verweist auf das Urteil des Gerichtshofes vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72 (Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215) sowie auf das bereits angeführte Urteil Hoffmann-La Roche, in denen der Gerichtshof ausgeführt habe, daß ein Unternehmen seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutze, wenn es sie dergestalt verstärke, daß es den Wettbewerb wesentlich behindere oder einen wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erschwere. (In ihrer Erwiderung stellt die Kommission klar, daß sie mit dem Wort „wesentlich" nicht mehr als eine „spürbare" Wirkung habe verlangen wollen.) So könne eine Unternehmenskonzentration, die begriffsnotwendig den Erwerb der Kontrolle impliziere, eine nach Artikel 86 verbotene mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung sein. Der Erwerb einer Beteiligung könne daher eine mißbräuchliche Ausnutzung darstellen, wenn er zu einer Unternehmenskonzentration führe. Die Kommission zitiert sodann folgende Passage aus dem Urteil Hoffmann-La Roche: „Der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung ist ... ein objektiver Begriff. Er erfaßt die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen."

Diese Definition werde durch die Urteile vom 11. Februar 1980 in der Rechtssache 31/80 (L'Oréal, Slg. 1980, 3775) und vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81 (Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461) bestätigt.

Wenn ein Unternehmen, das sich, wie zum Beispiel die Firma Morris, auf mehreren verschiedenen Märkten betätige, eine Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft erlange, in die sie investiert habe, so bestehe kein Grund zu der Annahme, daß infolgedessen

der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an einem Mischkonzern wie zum Beispiel der Firma Rothmans International durch diesen Mischkonzern zu den Mitteln gehören könne, die von den Mitteln eines normalen Wettbewerbs abwichen und die Struktur des Marktes beeinflussen könnten.

Die Kommission widerspricht der Ansicht, die neuen Vereinbarungen seien im wesentlichen eine Fortsetzung der alten, die offensichtlich mit den Wettbewerbsregeln des Vertrages unvereinbar gewesen seien. Sie fügt hinzu, das Verwaltungsverfahren gebe den betroffenen Unternehmen Gelegenheit, ihre Vereinbarungen und Praktiken mit diesen Regeln in Einklang zu bringen. Die Änderungen der fraglichen Vereinbarungen seien so wesentlich gewesen, daß sie zu der Ansicht gelangt sei, es handele sich wirklich um neue Vereinbarungen, nach denen die Firma Morris nur noch unabhängige Minderheitsaktionärin der Firma Rothmans International sei; die Unternehmen hätten ihren auf Artikel 86 gestützten Beschwerdepunkten Rechnung getragen, da nicht mehr zu erwarten sei, daß der Wettbewerb „spürbar behindert" oder die „Wettbewerbsstruktur des Gemeinsamen Marktes" beeinträchtigt werde. Der Gerichtshof habe, unter anderem im Urteil Hoffmann-La Roche (a. a. O.) erklärt, daß ein Verhalten, durch das die Möglichkeiten der anderen Unternehmen als des Unternehmens mit der beherrschenden Stellung eingeschränkt würden, verboten sei. Ein Geschäft, durch das ein Unternehmen eine Minderheitsbeteiligung an einem Konkurrenzunternehmen erwerbe, schließe selbst dann, wenn es eine Bindung zwischen diesen beiden Unternehmen auf dem Markt herstelle, nicht notwendigerweise die Möglichkeit aus, daß andere Wettbewerber ihren Marktanteil vergrößern könnten.

Zu den Vorkaufsrechten trägt die Kommission vor, diese unterlägen ihrer effektiven Kontrolle. Sie stellt noch einmal fest, daß die Firma Morris nur Minderheitsaktionärin sei und durch die neuen Vereinbarungen nicht in die Lage versetzt werde, die Geschäftsführung der Firma Rothmans International zu kontrolllieren. Daher sei das Vorbringen der Klägerinnen über angebliche Irrtümer der Kommission bei der Prüfung der Anwendbarkeit von Artikel 86 auf die neuen Vereinbarungen unbegründet. Die Klägerinnen hätten nicht dargetan, daß sich die Firma Rothmans International so verhalten habe, daß der Wettbewerb, der auf dem Zigarettenmarkt in den Beneluxländern, wo die Firma Rothmans International eine beherrschende Stellung innehabe, noch bestehe, durch die neuen Vereinbarungen geschwächt werde.

d) Die *Firma Rembrandt* ist der Ansicht, die Kommission habe zu Recht festgestellt, daß Artikel 86 auf die neuen Vereinbarungen nicht anwendbar sei. So ergebe sich aus Abschnitt 21 des Schreibens vom 22. März 1984 eindeutig, daß die fraglichen Vereinbarungen der Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs im Sinne des Urteils Hoffmann-La Roche (a. a. O.) nicht entgegenstünden.

Die Firma Rembrandt trägt weiter vor, die Firma Rothmans International habe weder auf dem die ganze Gemeinschaft umfassenden Markt noch auf dem Beneluxmarkt eine beherrschende Stellung inne; selbst wenn dies aber der Fall sein sollte, könne die Veräußerung von Aktien durch sie nicht als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung angesehen werden.

Schließlich widerspricht die Firma Rembrandt dem Vorbringen der Firma Reynolds, daß die neuen Vereinbarungen rechtswidrige Teile der Vereinbarungen von 1981 fortführten. Für die Rechtmäßigkeit der neuen Vereinbarungen sei entscheidend, ob die gegen die Wettbewerbsregeln verstoßenden Teile der Vereinbarungen von 1981 in den neuen Vereinbarungen nicht mehr enthalten seien.

e) Die *Firma Morris* macht geltend, eine Vereinbarung, die sich nicht auf den Wettbewerb auswirke, könne selbstverständlich nicht als mißbräuchliche Ausnutzung im Sinne von Artikel 86 angesehen werden. Außerdem hätte die Anwendung von Artikel 86 auf den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung eine höchst ungewöhnliche und im wesentlichen neue Auslegung dieses Artikels dargestellt, die der Aufstellung eines neuen Grundsatzes gleichgekommen wäre. Es sei zumindest nicht üblich, den Verkauf von Aktien durch ein Unternehmen mit beherrschender Stellung, durch den ein anderes Unternehmen zum Minderheitsaktionär gemacht werde, als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung zu qualifizieren. Selbst wenn man einräume, daß die Streithelferinnen nach den Vereinbarungen von 1981 die gemeinsame Kontrolle über die Firma Rothmans International innegehabt hätten, wäre es ebenfalls ungewöhnlich, die neuen Vereinbarungen, durch die diese gemeinsame Kontrolle beseitigt worden sei, als Mißbrauch dieser Kontrolle anzusehen.

Die Firma Morris macht geltend, für die Beurteilung der Marktposition der Firma Rothmans International und der Wirkung der Investition der Firma Morris in diese sei der relevante geographische Markt die EWG insgesamt. Es sei falsch, diese Wirkung nur in einem Teil der EWG zu beurteilen. Unbestreitbar seien die Tochtergesellschaften der Firma Rothmans International, obwohl sie die größten Hersteller in den Beneluxländern seien, dem intensiven Wettbewerb nicht nur anderer Hersteller in diesen Ländern, sondern auch aller Hersteller der anderen Mitgliedstaaten ausgesetzt. Dies werde schon durch die Marktdaten bestätigt, die zeigten, daß die Firma Rothmans International seit 1981 Marktanteile in der EWG insgesamt und in den Beneluxländern im besonderen verloren habe. Jede Tochtergesellschaft der Firma Rothmans International müsse somit bei der Festsetzung ihrer Strategie der Strategie der anderen Zigarettenhersteller in den anderen Mitgliedstaaten Rechnung tragen.

Zum fraglichen Erzeugnis trägt die Firma Morris vor, der Markt schließe selbstgedrehte Zigaretten ein, auf die in den Niederlanden 40 % und in Belgien 18 % des Gesamtverbrauchs entfielen. Es bestehe eine sehr ausgeprägte Kreuzelastizität der Nachfrage nach selbstgedrehten Zigaretten und nach Fertigzigaretten.

Bei der Prüfung der Frage, ob die Firma Rothmans International eine beherrschende Stellung innehabe, seien die Struktur des Marktes und die Natur des Wettbewerbs zu berücksichtigen; beide seien so beschaffen, daß unabhängig von der zugrunde gelegten Definition des Marktes nicht dargetan werden könne, daß die Firma Rothmans International das Maß an Unabhängigkeit von ihren Konkurrenten und den Verbrauchern besitze, das Voraussetzung für eine beherrschende Stellung sei. Es würden unablässig neue Marken eingeführt, und alle in der EWG tätigen Hersteller führten im Wettbewerb miteinander solche Einführungskampagnen durch oder hätten zumindest die Möglichkeit dazu.

3) *Unzulänglichkeit der von den Streithelferinnen der Kommission gegenüber abgegebenen Verpflichtungserklärungen*

a) Die *BAT* meint, die fraglichen Verpflichtungen seien von ausschlaggebender Bedeutung für die Entscheidung der Kommission, nicht gegen die neuen Vereinbarungen vorzugehen, denn die Kommission verweise unmittelbar vor der in Abschnitt 28 enthaltenen abschließenden Feststellung in Abschnitt 27 der Entscheidung auf sie.

Zu den Verpflichtungen, mit denen wettbewerbswidrigen Auswirkungen der Rolle, die die Firma Morris unmittelbar innerhalb der Firma Rothmans International spielen

könnte, vorgebeugt werden soll, trägt die BAT vor, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte habe die Kommission früher die Ansicht vertreten, daß sich die wettbewerbswidrigen Auswirkungen unabhängig vom Vorliegen eines institutionellen Instrumentariums, durch das dem Investor eine formelle Rolle bei der Geschäftsführung der Gesellschaft, in die er investiert habe, eingeräumt werde, aus dem Erwerb einer bedeutenden Beteiligung an einem Konkurrenten ergäben. Diese Beteiligung habe auch dann wettbewerbswidrige Auswirkungen auf das Verhalten der Firmen Morris und Rothmans International sowie anderer Konkurrenten, wenn die Firma Morris nicht im Verwaltungsrat der Firma Rothmans International vertreten sei.

Außerdem ergäben sich aus der Stellung der Firma Morris als bedeutender Aktionärin Gelegenheiten und Anlässe für eine Zusammenarbeit zwischen den Firmen Morris und Rothmans International, zumindest in der Form solcher Kontakte mit der Geschäftsführung, wie sie für einen Aktionär dieser Bedeutung durchaus üblich seien. Die Kommission habe keine Verpflichtungserklärung des Inhalts erhalten, daß die obigen Auswirkungen beseitigt oder die in den Vereinbarungen von 1981 geäußerte Absicht zur Zusammenarbeit aufgegeben werde.

Zu Informationen über die Tätigkeit der Firma Rothmans International trägt die BAT vor, die Firma Morris werde durch die von ihr eingegangenen Verpflichtungen nicht daran gehindert, aufgrund von in der Geschäftswelt zirkulierenden Gerüchten über die geschäftlichen Pläne der Firma Rothmans International, die aus anderen Quellen als den Firmen Rembrandt oder Rothmans International stammten, tätig zu werden. Außerdem sei die Fähigkeit der Kommission, diese Verpflichtungen zu überwachen und ihre Einhaltung durchzusetzen, offensichtlich sehr beschränkt. Die Verpflichtungen bezögen sich im übrigen nur auf das Wettbewerbsverhalten der Firma Rothmans International in der EWG. Die BAT bezweifelt, daß die Firmen Morris, Rembrandt und Rothmans International in der Praxis ihre Tätigkeit innerhalb der EWG von der in anderen Ländern trennen können.

Was die Verpflichtungen bezüglich künftiger Veränderungen bei der Beteiligung angehe, so ermöglichten sie der Kommission angeblich ein geeignetes Vorgehen für den Fall, daß sie einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht feststelle; sie gestatteten der Kommission aber nur ein nachträgliches Eingreifen, und die Vereinbarung über die Trennung der Interessen gelte nur drei Monate lang, danach könne die Firma Morris bis zum Erlaß der endgültigen Entscheidung der Kommission die Vorteile aus der Vergrößerung ihres Stimmrechtsanteils uneingeschränkt wahrnehmen.

b) Die *Firma Reynolds* macht geltend, die Verpflichtung bezüglich der Vertretung im Verwaltungsrat betreffe nur den formalen Aspekt der Beziehungen zwischen den Firmen Morris und Rothmans International und die Firma Morris sei keine Verpflichtung eingegangen, die sie daran hindern würde, wegen Fragen der Geschäftsführung informelle Kontakte mit der Firma Rothmans International aufzunehmen. Die Verpflichtungserklärung, die sich auf die Beschaffung von Informationen beziehe, sei vage und subjektiv formuliert, und ihre Einhaltung lasse sich nicht überwachen.

Die Verpflichtungserklärung bezüglich der Vergrößerung der Beteiligung oder des Stimmrechtsanteils der Firma Morris in der Firma Rothmans International sei wertlos, weil sie nicht ausreiche, Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht zu verhindern. Die Firma Morris könne in der Praxis ihre Beteiligung an der Firma Rothmans International nicht erweitern, ohne dies aller Welt und damit auch der Kommission zu offen-

baren. Die einzige Verpflichtung, der möglicherweise eine gewisse Bedeutung zukomme, sei die, daß die Firma Morris die Kommission vorab über die Vergrößerung ihrer Beteiligung an der Firma Rothmans International unterrichten müsse. Die Verpflichtungserklärung, die die Trennung der Interessen betreffe, sei allgemein gehalten und unbestimmt. Es sei eindeutig, daß die vertraglich bindenden Klauseln noch festgelegt werden müßten. Es erscheine sogar als möglich, daß die tatsächliche Vereinbarung erst abgefaßt werde, nachdem die Firma Morris weitere Aktien erworben habe, so daß für diese der Anreiz gering wäre, den Klauseln zuzustimmen. Die Firma Reynolds stellt auch die Frage, welches Gericht für die Entscheidung von die Einhaltung der Vereinbarung betreffenden Rechtsstreitigkeiten zuständig und welches Recht anzuwenden wäre.

In allgemeinerer Hinsicht handele es sich im wesentlichen um Verpflichtungserklärungen, wonach die Firma Morris im Anschluß an die Durchführung einer voraussichtlich rechtswidrigen neuen Transaktion durch sie und die Firma Rembrandt die Kommission unter bestimmten Umständen über diese Transaktion unterrichte und dann auf Ersuchen der Kommission gewisse unzureichend bestimmte und vielleicht überhaupt nicht bestimmbare Maßnahmen treffe. Selbst wenn die Verpflichtungserklärungen eingehalten würden oder ihre Einhaltung durchgesetzt werde, seien sie kein taugliches Mittel, um die Ziele der Kommission zu verwirklichen.

c) Die *Kommission* sieht die Verpflichtungserklärungen nicht als Voraussetzung für die Vereinbarkeit der Vereinbarungen mit Artikel 85 Absatz 1 an. Ausgangspunkt für die neuen Vereinbarungen sei eine neue wirtschaftliche Lage im Verhältnis zwischen den Firmen Morris und Rothmans International, denn die Firma Morris sei Minderheitsaktionärin der Firma Rothmans International geworden und die beiden Unternehmen hätten die Klausel der früheren Vereinbarung, die der Firma Morris einen entscheidenden Einfluß auf die Firma Rothmans International eröffnet habe, geändert. Mit den Verpflichtungserklärungen solle der Wettbewerbscharakter der neuen Vereinbarungen verstärkt und die Überwachung jeder Änderung der Verhältnisse durch die Kommission erleichtert werden.

Die Kommission habe die Abgabe von Verpflichtungserklärungen erreicht, die es ihr über die Befugnisse hinaus, die sie normalerweise auf dem Gebiet des Wettbewerbs habe, ermöglichten, während des Zeitraums der „Trennung der Interessen" oder zu jedem anderen Zeitpunkt rasch jede geeignete Maßnahme zu treffen, falls bei der Durchführung der neuen Vereinbarungen das Gemeinschaftsrecht verletzt werde. Sie sei befugt, die Einhaltung dieser Verpflichtungserklärungen durchzusetzen und während des Zeitraums der Trennung der Interessen jede erforderliche vorläufige oder endgültige Maßnahme zu treffen. Die von der Firma Morris getroffene Vereinbarung über die Trennung der Interessen, die sich auf einen Zeitraum von drei Monaten erstrecke, solle der Kommission die nötige Zeit zum Tätigwerden geben, falls sie Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht feststelle. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes könne die Kommission in diesem Fall dringende vorläufige Maßnahmen ergreifen, und sie habe in der Praxis ihren Willen, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, unter Beweis gestellt.

d) Die *Firma Rembrandt* pflichtet der Feststellung der Kommission bei, daß die Verpflichtungserklärungen es dieser ermöglichten, die Lage zu überwachen und bei jeder eventuellen Verletzung des Gemeinschaftsrechts tätig zu werden. Die Kommission habe somit bei der Ausübung ihres Ermessens in bezug auf die fraglichen Verpflichtungserklärungen nicht einem offensichtlichen Irrtum unterlegen.

Was die Verpflichtungserklärung angehe, die sich auf die Vertretung der Firma Morris im Verwaltungsrat der Firma Rothmans International beziehe, so gelte sie für alle Leitungsorgane dieses Unternehmens. Die Klägerinnen seien im übrigen jeden Beweis dafür schuldig geblieben, daß die Firma Morris sich um die Anknüpfung von Kontakten bemühe, um Einfluß auf die Firma Rothmans International ausüben zu können.

Schließlich bestreitet die Firma Rembrandt, daß die Verpflichtungserklärungen, die sich auf die Beteiligung und die Stimmrechte beziehen, unzulänglich seien, weil die Firma Morris durch eine Vergrößerung ihrer Beteiligung Einfluß auf die Firma Rothmans International gewinnen könnte und die Kommission erst nachträglich informiert würde. Dieser Einwand stehe auf schwachen Füßen. In dem angenommenen Fall wäre die Kommission berechtigt, von Morris sofort den Abschluß der Vereinbarung über die Trennung der Interessen zu verlangen und so den Status quo in bezug auf die Fähigkeit der Firma Morris zur Beeinflussung der Firma Rothmans International aufrechtzuerhalten. Die Bestimmungen dieser Vereinbarung seien eindeutig und erfüllten ihren Zweck.

e) Die *Firma Morris* trägt vor, die Verpflichtungserklärungen, die die Zusammensetzung des Verwaltungsrats und den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Informationen beträfen, sollten lediglich die Überwachung der neuen Vereinbarungen durch die Kommission erleichtern. Sie kämen zu den weitgehenden Befugnissen hinzu, über die die Kommission nach der Verordnung Nr. 17 im Hinblick auf die Untersuchung der Tätigkeit der Firmen Morris und Rothmans International verfüge.

Die Verpflichtungserklärungen seien nicht dazu bestimmt, eine restriktive Wirkung der neuen Vereinbarungen aufzuheben. Wie die Kommission in ihrer Entscheidung festgestellt habe, sei die Firma Morris aufgrund der neuen Vereinbarungen nur noch Minderheitsaktionärin der Firma Rothmans International, die in der Praxis von einer anderen Aktionärin, der Firma Rembrandt, aufgrund ihres Stimmrechtsanteils von 43,6 % und der traditionellen Bindungen zwischen ihr und der Leitung der Gesellschaft kontrolliert werden könne. Daher brauche nicht geprüft zu werden, ob diese Verpflichtungserklärungen „ausreichend" seien.

Zu den Verpflichtungserklärungen, die sich auf Änderungen des Wortlauts der Vereinbarungen und die Erweiterung der Beteiligung oder des Stimmrechtsanteils der Firma Morris einschließlich der Vereinbarung über die Trennung der Interessen beziehen, vertritt die Firma Morris die Ansicht, sie seien wirksame Mittel zur Überwachung des künftigen Verhaltens der Streithelferinnen.

Die Firma Morris trägt vor, die gemeinschaftsrechtliche Regelung auf dem Gebiet des Wettbewerbs beruhe nicht auf der Verhinderung von Verstößen, sondern vielmehr auf der Befugnis der Kommission, Verstöße abzustellen. In ihr sei auch eine Verpflichtung zur Anmeldung von Kartellen vorgesehen. Insoweit verstärkten und erleichterten die Verpflichtungserklärungen somit die Überwachungstätigkeit der Kommission.

Zu der von ihr übernommenen Verpflichtung, die Kommission binnen 48 Stunden über jede Änderung des Wortlauts der neuen Vereinbarungen und jede Erweiterung ihrer Beteiligung oder ihres Stimmrechtsanteils zu unterrichten, trägt die Firma Morris vor, erstens sei es höchst unwahrscheinlich, daß sie innerhalb von 48 Stunden irgendwelche unumkehrbaren Maßnahmen in bezug auf die Tätigkeit der Firma Rothmans International auf dem Tabaksektor der Gemeinschaft treffen könnte. Zweitens und vor allem könne die Kommission von ihr innerhalb von 48 Stunden nach der Ver-

größerung ihrer Investition verlangen, die Vereinbarung über die Trennung der Interessen in Kraft zu setzen, durch die ihr gesonderte Pflichten auferlegt würden und die dem von der Kommission verfolgten Ziel entsprechen würde. Diese Vereinbarung würde vom Zeitpunkt der Vergrößerung des Stimmrechtsanteils an drei Monate lang gelten, und während dieses Zeitraums würde sie einer Reihe weitgehender Verpflichtungen unterliegen, die effektiv jede bedeutende Veränderung des Status quo ausschlössen.

4) *Unzulänglichkeit der Begründung der Entscheidung*

a) Die *BAT* weist darauf hin, daß Artikel 190 EWG-Vertrag nach dem Urteil des Gerichtshofes vom 4. Juli 1963 in der Rechtssache 24/62 (Bundesrepublik Deutschland/Kommission, Slg. 1963, 143) dadurch, daß er die Kommission zur Begründung ihrer Entscheidungen verpflichte, den Parteien die Wahrnehmung ihrer Rechte und dem Gerichtshof die Ausübung seiner Rechtskontrolle ermöglichen wolle und daß in der Entscheidung die wichtigsten tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen darzulegen seien, auf denen sie beruhe und die für das Verständnis des Gedankengangs erforderlich seien, der die Kommission zu ihrer Entscheidung geführt habe. Ferner habe der Gerichtshof festgestellt, daß der Umfang der Begründungspflicht von der Art der fraglichen Maßnahme, den Umständen ihres Erlasses und ihren Auswirkungen abhänge, und in seinem Urteil vom 26. November 1975 in der Rechtssache 73/74 (Papier peints, Slg. 1975, 1491) habe er ausgeführt, daß die Kommission in einer Entscheidung, die erheblich weiter gehe als ihre früheren Entscheidungen, ihre Gründe ausführlicher darlegen müsse. Der Gerichtshof habe ferner erklärt, daß es im Interesse eines sachgerechten Rechtsschutzes und einer ordnungsgemäßen Anwendung der Artikel 85 und 86 liege, daß Personen, die nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 einen Antrag gestellt hätten, bei völliger oder teilweiser Ablehnung ihres Antrags über eine Klagemöglichkeit verfügten. Wenn die Nutzung dieser Klagemöglichkeit irgendeinen Sinn haben solle, so müsse die Kommission in Erfüllung ihrer Begründungspflicht dem Gerichtshof in angemessener Weise Gelegenheit geben, die Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. In der angefochtenen Entscheidung habe die Kommission zwei neue Grundsätze aufgestellt, nämlich, daß Artikel 85 nicht auf eine Vereinbarung anwendbar sei, durch die ein wichtiges Unternehmen auf dem relevanten Markt eine Minderheitsbeteiligung an einem wichtigen Konkurrenzunternehmen erwerbe, und daß eine mißbräuchliche Ausnutzung im Sinne von Artikel 86 nicht vorliegen könne, wenn ein Investor nicht das Recht zur Kontrolle über die Gesellschaft erwerbe, in die er investiert habe. Die Kommission sei daher verpflichtet gewesen, in umfassender Weise darzulegen, aus welchen Gründen sie die obigen Grundsätze aufgestellt und angewandt habe.

Nach Ansicht der BAT ist die Entscheidung insgesamt fehlerhaft und sogar ungültig, weil die Kommission viele komplexe und detaillierte Fragen allzu knapp behandelt habe, während sie in der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausführlich geprüft worden seien. Die Schlußfolgerung in Abschnitt 26 sei fehlerhaft, weil die Kommission nicht angegeben habe, auf welchem Weg sie zu ihr gelangt sei und weshalb sie von der Firma Morris vorgebrachte Beweismittel, die der Prämisse dieser Schlußfolgerung widersprächen, außer acht gelassen habe. Obwohl die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte festgestellt und in der Entscheidung bekräftigt habe, daß die Vereinbarungen von 1981 eine Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt und bewirkt hätten, habe sie in der Entscheidung in keiner Weise dargelegt, worauf sie die in Abschnitt

21 enthaltene Feststellung stütze, daß die neuen Vereinbarungen keine Verfälschung des Wettbewerbs bezweckten.

In ihren Erklärungen zu den Schriftsätzen der Streithelferinnen prüft die BAT beispielshalber die Frage der Beschränkungen der Übertragung von Rothmans-International-Aktien und vergleicht die Argumentation der Kommission mit der der Streithelferinnen.

Erst in Abschnitt 26 gebe die Kommission tatsächlich einen Grund dafür an, weshalb die neuen Vereinbarungen den Wettbewerb nicht einschränkten. Sie erkläre lediglich, die Firma Morris werde ihr möglichstes tun, um in einer möglichst guten Ausgangsposition für den Kauf zusätzlicher Rothmans-International-Aktien im Falle einer Änderung des Standpunkts der Kommission zu sein. Der einzige Grund, weshalb die Firma Morris angeblich uneingeschränkt mit der Firma Rothmans International konkurrieren werde, bestehe somit darin, daß die Firma Morris sich in einer guten Position befinden wolle, um etwas zu tun, was sie zu unterlassen versprochen habe und was nach der erklärten Ansicht der Kommission verboten sei. Während die Firma Rembrandt zumindest versuche, den einzigen von der Kommission vorgebrachten Grund dadurch zu untermauern, daß sie erkläre, das Bestreben der Firma Morris, aus ihrer eigenen Geschäftstätigkeit möglichst hohe Gewinne zu ziehen, verlange einen uneingeschränkten Wettbewerb gegenüber der Firma Rothmans International, wiederhole die Firma Morris lediglich den größten Teil der unbegründeten Behauptungen der Kommission in den Abschnitten 21 bis 25 der Entscheidung. In ihrer einzigen Erklärung, die ausdrücklich auf Abschnitt 26 der Entscheidung eingehe, lasse die Firma Morris einen Teil des Wortlauts weg. Dabei handele es sich gerade um die Passage, die sich auf die Motivation beziehe, der die Absicht, weitere Aktien zu erwerben, zugrunde liege; diese Absicht müsse die Firma Morris im Rahmen des vorliegenden Verfahrens natürlich beharrlich leugnen. Damit hebe sie allerdings die innere Widersprüchlichkeit des Abschnitts 26 der Entscheidung hervor.

Die BAT stellt abschließend fest, daß die genannten Argumente ebensowenig stichhaltig seien wie das Vorbringen der Firma Morris zum Vorkaufsrecht. Der Zweck dieses Rechts bestehe nicht darin, den Parteien für den Fall einer Veräußerung eine angemessene Gegenleistung zu sichern. Der richtige Wert der Rothmans-International-Aktien der Firma Morris würde durch das Marktgeschehen bestimmt, wenn ihre Übertragbarkeit keinen Beschränkungen unterläge. Im Falle der erwarteten Veräußerung der Beteiligung der Firma Rembrandt an der Firma Rothmans International könne die Firma Morris die tatsächliche Kontrolle über die Firma Rothmans International erlangen, indem sie entweder ihre Option ausübe oder, ohne dies zu tun, von der Firma Rembrandt verlange, daß sie an einen einzelnen Käufer, der infolge der Anpassung der Stimmrechte allenfalls gleich so stark wie die Firma Morris sei, oder an mindestens zehn Käufer verkaufen solle. Dies sei der wirkliche Zweck des Vorkaufsrechts, den die Kommission in der Entscheidung mit Stillschweigen übergangen habe.

b) Die *Firma Reynolds* trägt unter Hinweis auf das erwähnte Urteil vom 26. November 1975 (Papier peints) vor, wenn mit einer Entscheidung Neuland betreten werde oder wenn sie der Tendenz der bisherigen Praxis zuwiderlaufe, müsse sie ausführlicher begründet werden, als dies üblicherweise erforderlich sei. Dieser Grundsatz gelte nicht nur im Zusammenhang mit Erweiterungen oder Entwicklungen des geltenden Rechts, sondern auch beim Erlaß ungewöhnlicher, unerwarteter oder früheren Äußerungen der Kommission widersprechender Entscheidungen. Die Firma Reynolds verweist außerdem auf die verbundenen Rechtssachen 19 und

20/74 (Kali und Salz AG/Kommission, Slg. 1975, 499, 527) und auf die Rechtssache 158/80 (Rewe/Hauptzollamt Kiel, Slg. 1981, 1805). Die Firma Reynolds meint daher, daß die Kommission umfassend hätte darlegen müssen, weshalb sie glaube, daß die von ihr in der Mitteilung der Beschwerdepunkte in bezug auf die Vereinbarungen von 1981 angestellte Untersuchung für die neuen Vereinbarungen nicht gelte und weshalb sie nach Absendung des Schreibens nach Artikel 6 ihre Ansicht zu bestimmten Fragen geändert habe. In der Entscheidung seien keine einleuchtenden Gründe dafür angegeben, weshalb die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte enthaltenen Feststellungen über die wettbewerbswidrige Natur einer beträchtlichen Beteiligung am Gewinn eines Konkurrenzunternehmens und über den Einfluß auf dieses, den eine Beteiligung dem Investor geben würde, für die neuen Vereinbarungen nicht zuträfen. Die Kommission habe in ihrer Entscheidung auch nicht die Bestimmungen der neuen Vereinbarungen über die Veräußerung von Aktien analysiert und habe sich nicht mit dem durch die alten Vereinbarungen zutage getretenen Streben der Parteien nach Zusammenarbeit auseinandergesetzt. Die Kommission habe keine Gründe dafür angegeben, daß sie nicht gegen Bestimmungen der neuen Vereinbarungen vorgegangen sei, deren Durchführung nach ihren eigenen Aussagen im Schreiben nach Artikel 6 gegen den Vertrag verstoßen würde, und sie sei auch nicht auf die zahlreichen Fragen eingegangen, die die Firma Reynolds in ihrer Antwort auf das Schreiben nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 aufgeworfen habe.

Die Firma Reynolds verweist ebenfalls darauf, daß die Entscheidung eine beträchtliche Anzahl von Gründen und Tatsachenfeststellungen enthalte, die im Schreiben nach Artikel 6 nicht vorkämen und ihr vor Erlaß der Entscheidung nicht mitgeteilt worden seien.

c) Die *Kommission* meint, zunächst sei eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten von in den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln vorgesehenen Entscheidungen zu treffen, um die fragliche Entscheidung vor Prüfung der Frage, ob sie den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts an die Begründung entspreche, in den richtigen Zusammenhang zu stellen.

Nach Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 habe sie vor Entscheidungen aufgrund der Artikel 2, 3, 6, 7, 8, 15 und 16 den beteiligten Unternehmen Gelegenheit zu geben, sich zu äußern. Ferner müsse sie andere Personen oder Personenvereinigungen anhören, wenn sie ein ausreichendes Interesse glaubhaft machten. Weder diese Vorschriften noch die Verordnung Nr. 99/63, verpflichte sie indessen, alle Bemerkungen von Unternehmen zu sämtlichen Beschwerdepunkten in den Gründen ihrer Entscheidung zu behandeln, wenn diese für sich gesehen die Schlußfolgerungen trügen, zu denen sie gelangt sei (Urteil vom 2. März 1983 in der Rechtssache 7/82, GVL/Kommission, Slg. 1983, 483). Außerdem sei die streitige Entscheidung keine von der Art der oben aufgezählten Entscheidungen.

Der Umfang der Begründung einer Entscheidung hänge von der Art der betreffenden Entscheidung ab, wie der Gerichtshof beispielsweise in seinem Urteil vom 14. Januar 1981 in der Rechtssache 819/79 (Bundesrepublik Deutschland/Kommission, Slg. 1981, 21) erklärt habe. Während in einer Entscheidung, mit der ein Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln festgestellt werde, eingehend dargelegt sein müsse, aus welchen Gründen die Kommission diese Vorschriften für verletzt halte, gelte dies nicht für eine an einen Beschwerdeführer mit der Stellung der Klägerin gerichtete Entscheidung, mit der festgestellt werde, daß kein Grund für ein Vorgehen gegen die Unternehmen vorliege, gegen die sich die Beschwerde richte. Für die Begründung ei-

ner solchen Entscheidung müßten notwendigerweise weniger strenge Anforderungen gelten und die Kommission brauche keinen negativen Beweis zu erbringen. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts sei die Kommission nicht einmal verpflichtet, überhaupt eine formelle Entscheidung zu erlassen.

Zu der Bezugnahme auf das Urteil vom 26. November 1975 (Papier peints, a. a. O.) bemerkt die Kommission, keine der Klägerinnen gehe so weit, zu behaupten, daß der angebliche Mangel einer ausreichenden Begründung der fraglichen Entscheidung genau dem in der genannten Rechtssache entspreche. Die Klägerinnen versuchten, aus den von ihnen angeführten Rechtssachen einen allgemeinen Grundsatz des Inhalts herzuleiten, daß die Kommission — selbst bei einer Änderung der Umstände — an ihre vorläufigen Äußerungen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte gebunden sei und daß sie, wenn sie zum Abschluß des Verwaltungsverfahrens zu einem anderen als dem von einem Beschwerdeführer erhofften Ergebnis gelange, dies so ausführlich begründen müsse, wie es bei Erlaß einer Entscheidung, mit der rechtliches Neuland betreten werde, geboten sei. Sie sei aber nicht verpflichtet, zu begründen, weshalb sie eine in der Mitteilung der Beschwerdepunkte vorläufig geäußerte Ansicht aufgegeben habe, und die streitige Entscheidung bedeute keineswegs eine Neuerung.

Sie sei auch nicht verpflichtet, in ihrer Entscheidung alle im Verwaltungsverfahren behandelten Tatsachen- und Rechtsfragen zu prüfen. In diesem Zusammenhang verweist die Kommission auf die Urteile des Gerichtshofes vom 29. Oktober 1980 in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78 (Van Landewyck/Kommission, Slg. 1980, 3125) und vom 17. Januar 1984 in den verbundenen Rechtssachen 43 und 63/82 (VBVB und VBBB/Kommission, Slg. 1984, 19).

Aus Abschnitt 21 der Entscheidung gehe eindeutig hervor, daß sie unter Berücksichtigung der seinerzeitigen Umstände keinen ausreichenden Grund für die Annahme gehabt habe, daß die Firma Morris aufgrund ihrer Investition in die Firma Rothmans International von einem normalen Wettbewerbsverhalten abkommen würde. Da die Argumente, die sich auf die Auswirkungen der Beteiligung eines Unternehmens am Kapital eines Konkurrenzunternehmens bezögen, im Verwaltungsverfahren sowohl von den Klägerinnen als auch von den Streithelferinnen eingehend erörtert worden seien, hätten erstere bei Lektüre der Entscheidung erkennen müssen, daß ihre Argumente in bezug auf die neuen Vereinbarungen gegenüber denen der Firma Morris nicht überzeugt hätten. Da offensichtlich gewesen sei, daß die Argumente der Klägerinnen die von ihr vorgenommene Untersuchung nicht entkräftet hätten, habe sie dies nicht deutlicher zum Ausdruck bringen müssen, als sie es in Abschnitt 26 ihrer Entscheidung getan habe. Es sei unvernünftig von den Klägerinnen, zu glauben, daß der einzige Grund für ihre Annahme, daß die Firma Morris mit der Firma Rothmans International konkurrieren würde, von einer Situation abhänge, die niemals eintreten könne, nämlich vom Kauf weiterer Aktien. Eine realistischere Sicht sowie im übrigen die Verwendung des Ausdrucks „vor allem", hätte die Klägerinnen erkennen lassen, daß sie eine wahrscheinlichere Lage im Auge gehabt habe.

d) Die *Firma Rembrandt* meint, unabhängig davon, ob das Schreiben vom 22. März 1984 eine Entscheidung im Sinne von Artikel 189 EWG-Vertrag darstelle, habe die Kommission lediglich allgemein die Gründe für die Zurückweisung der Beschwerde darlegen müssen. Eine gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 von der Kommission an ein Unternehmen gerichtete formelle Entscheidung, mit der eine Verletzung von Artikel 85 Absatz 1 oder von Artikel 86 festgestellt werde, müsse in der Tat eine umfas-

sende und ausführliche Begründung enthalten. Eine Mitteilung an einen Beschwerdeführer, mit der die Beschwerde zurückgewiesen werde, könne mit einer solchen Entscheidung nicht gleichgesetzt werden; ihre Begründung müsse nicht so ausführlich sein, und es genüge, wenn die Kommission die wesentlichen Gründe für die Zurückweisung der Beschwerde angebe. Die Zurückweisung einer Beschwerde werde in der Regel nicht so einschneidende Folgen wie eine Entscheidung haben, mit der Artikel 85 Absatz 1 oder Artikel 86 angewandt werde; bei einer Verletzung dieser Vorschriften sei das betroffene Unternehmen fast ausnahmslos zu einer Änderung seiner Geschäftspolitik in wichtigen Punkten gezwungen, und in bestimmten Fällen würden ihm schwere finanzielle Sanktionen auferlegt. So gesehen sei die Begründung der streitigen Entscheidung ausreichend.

e) Die *Firma Morris* ist der Ansicht, nach dem erwähnten Urteil vom 2. Februar 1973 (Continental Can) bedeute die Begründungspflicht nicht, daß die Kommission alle im Verwaltungsverfahren angeführten Argumente widerlegen müsse. Sie verweist insoweit ferner auf das Urteil vom 13. Juli 1966 (Consten und Grundig, a. a. O.), wonach die Kommission in Verwaltungsverfahren dieser Art nicht verpflichtet sei, die Zurückweisung von Vorbringen der Beteiligten zu begründen, und auf das Urteil vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 48/69 (ICI, Slg. 1972, 619), wonach die Kommission in ihren Entscheidungen nicht alle Argumente darlegen müsse, auf die sie sich in der Folgezeit gegenüber Rechtswidrigkeitsrügen gegen ihre Handlungen berufen könnte. Wenn im übrigen ein Kläger an dem dem Erlaß der Entscheidung vorausgehenden Verfahren beteiligt gewesen sei und daher anzunehmen sei, daß er die der Entscheidung zugrunde liegenden Gründe kenne, sei die Pflicht der Kommission zur Angabe der Gründe in der Entscheidung selbst weniger streng, als wenn die Entscheidung an eine Person gerichtet sei, die an ihrer Vorbereitung nicht teilgenommen habe (siehe Urteile des Gerichtshofes vom 11. Januar 1973 in der Rechtssache 13/72, Niederlande/Kommission, Slg. 1973, 27, vom 11. Dezember 1980 in der Rechtssache 1252/79, Lucchini/Kommission, Slg. 1980, 3753, und vom 14. Januar 1981 in der Rechtssache 817/79, Bundesrepublik Deutschland/Kommission, a. a. O.).

Die Firma Morris macht geltend, die Entscheidung gehe nicht weiter als frühere Erklärungen der Kommission, und da sie mit der bisherigen Verwaltungspraxis in Einklang stehe, habe die Kommission ihr Festhalten an dieser Praxis nicht besonders ausführlich darlegen müssen. Den Erklärungen der Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte komme nicht die allgemeine Bedeutung zu, die die Klägerinnen ihnen beilegten. Selbst wenn dem aber so wäre, brauchte sie nicht darzulegen, aus welchen Gründen sie die von ihr im Verwaltungsverfahren vertretenen vorläufigen Ansichten aufgegeben habe. Die Entscheidung, insbesondere ihre Abschnitte 21 bis 25, 27, 32 und 33, behandelten alle im Verfahren aufgeworfenen wichtigen Fragen und enthielten eine mehr als ausreichende Begründung für die abschließenden Feststellungen der Kommission.

5) *Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben*

a) Die *BAT* vertritt die Ansicht, die Kommission habe dadurch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen sowie wesentliche Formvorschriften verletzt, daß sie die Entscheidung auf willkürliche und nicht überprüfbare Gesichtspunkte gestützt habe. Der Gerichtshof habe entschieden, daß die Kommission den Grundsatz von Treu und Glauben jederzeit zu beachten habe und daß ihre Entscheidungen frei von Willkür sein müßten (siehe Urteil vom 15. Juli 1960

in den verbundenen Rechtssachen 43, 45 und 48/59, von Lachmüller/Kommission, Slg. 1960, 967). Die Berücksichtigung von mündlich vorgetragenen, nicht in einem Protokoll festgehaltenen Argumenten und Erklärungen, die außerhalb der in den Verordnungen Nr. 17 und Nr. 99/63 vorgesehenen Verfahren vorgebracht worden seien, verstoße, soweit sie die vorliegende Rechtssache beträfen, sowohl gegen den Buchstaben als auch gegen den Geist dieser Verordnungen sowie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

Zwar habe die Kommission nach Kenntnis der BAT die Verfahrensgarantien vor und während der Anhörung vom 5. bis 7. Oktober 1982 beachtet; danach hätten aber Lobbyisten der Firma Morris, insbesondere ein früherer Vizepräsident der Kommission, Kontakt mit der Kommission aufgenommen und seien von dieser empfangen worden. Keine der im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Verfahrensgarantien sei bei diesen informellen Anhörungen beachtet worden. Der Inhalt der Erklärungen der angehörten Personen sei entgegen Artikel 9 Absatz 4 der Verordnung Nr. 99/63 (ABl. 1963, S. 2268) niemals in einem Protokoll festgehalten worden. Aufgrund der Umstände bestehe in hohem Maße Anlaß zu der Vermutung, daß die bei diesen Sitzungen vorgebrachten Argumente nichts mit den Sachfragen der bei der Kommission anhängigen Angelegenheit zu tun gehabt hätten.

Die BAT schließt hieraus, daß die Kommission die Entscheidung ganz oder teilweise aufgrund willkürlicher, nicht offengelegter Gesichtspunkte erlassen habe, die in keinem Zusammenhang mit den Sachfragen der Angelegenheit gestanden hätten und bei Anhörungen außerhalb der festgelegten Verfahren geltend gemacht worden seien. Diese Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben und die Nichtbeachtung der im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Verfahrensgarantien seien ein zusätzlicher Grund, weshalb der Gerichtshof die Entscheidung aufheben müsse.

b) Die *Firma Reynolds* erklärt, ihres Wissens sei die Entscheidung von der Kommission getroffen worden, nachdem die Firma Morris und einer oder mehrere ihrer Lobbyisten außerhalb der regulären Verwaltungsverfahren sehr eingehende neue Erklärungen abgegeben hätten. Die Kommission habe den Klägerinnen keinen einzigen Punkt dieser Erklärungen offengelegt. Diese Erklärungen schienen insofern den Ausschlag gegeben zu haben, als durch sie die Kommission dazu überredet worden sei, etwas als rechtmäßig zu behandeln, was sie zuvor während des regulären Verwaltungsverfahrens als rechtswidrig angesehen habe. Außerdem seien diese Erklärungen der Kommission unmittelbar, bevor sie ihren Standpunkt entscheidend geändert habe, zugegangen. Die Kommission hätte daher die Klägerinnen über sie unterrichten müssen, bevor sie sie als zutreffend angesehen habe, und sie müsse nun dem Gerichtshof umfassend über die Erklärungen berichten, die ihr außerhalb des regulären Verwaltungsverfahrens zugegangen seien, um dem Gerichtshof eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen. Die Firma Reynolds fügt hinzu, das Vorbringen der Kommission, daß es ihr freistehe, außerhalb des regulären Verwaltungsverfahrens ihr gegenüber abgegebene Erklärungen nicht offenzulegen, zeige den Umfang des Ermessens, über den die Kommission verfügen würde, wenn der Gerichtshof deren Ansicht folgen würde, daß Beschwerdeführer keinen Anspruch darauf hätten, als Teil des Apparats der Entscheidungsfindung angesehen zu werden.

Wenn die Kommission geltend mache, daß kein Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit von Lobbyisten für die Firma Morris und der Änderung ihres Standpunkts bestehe, so müsse sie dem Gerichtshof alle in ihrem Besitz befindlichen Schriftstücke zukommen lassen, die sich auf diese Tätig-

keit und die Frage eines solchen ursächlichen Zusammenhangs bezögen.

c) Die *Kommission* trägt vor, in der Mitteilung der Beschwerdepunkte habe sie auf der Grundlage der seinerzeit von ihr vorgefundenen Situation einen vorläufigen Standpunkt bezogen. Sodann habe sie die beteiligten Unternehmen sowie die Klägerinnen angehört und den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit gegeben, ihre Vereinbarungen zu ändern. Sie sei dann zu der Auffassung gelangt, daß bei der nunmehr gegebenen Lage, das heißt, nachdem die Streithelferinnen ihre Vereinbarungen geändert hätten, kein Grund für die Anwendung der Artikel 85 oder 86 EWG-Vertrag mehr bestehe. Sie habe ihr Ermessen insoweit nach Treu und Glauben und nicht aufgrund der Tätigkeit von Lobbyisten ausgeübt.

Die Kommission erklärt, die von der BAT erwähnten Versuche der Einflußnahme von Lobbyisten hätten die Verhandlungen betroffen, die zwischen ihr und den Vertretern der Firma Morris zur Festlegung der Änderungen geführt worden seien, deren es zur Ausräumung ihrer Bedenken gegen die alten Vereinbarungen bedurft habe. Das Verwaltungsverfahren gebe den betroffenen Unternehmen die Gelegenheit, die beanstandeten Praktiken mit den Regeln des Vertrages in Einklang zu bringen. Dies impliziere, daß zu diesem Zweck informelle Gespräche zwischen Vertretern der beteiligten Unternehmen und ihr stattfinden könnten. Im vorliegenden Fall hätten diese Gespräche dazu geführt, daß die alten Vereinbarungen durch die neuen ersetzt und dadurch ihre Bedenken ausgeräumt worden seien. Die Klägerinnen seien über den Inhalt der neuen Vereinbarungen unterrichtet worden und hätten Gelegenheit erhalten, zu ihnen Stellung zu nehmen, bevor ihre Beschwerden mit der endgültigen Entscheidung zurückgewiesen worden seien.

Die Kommission stellt abschließend fest, das Vorbringen der Klägerin beruhe auf völlig unbewiesenen Behauptungen über die Art und Weise ihrer Entscheidungsfindung und auf einer Verkennung der Rechte der Beschwerdeführer.

d) Die *Firma Rembrandt* weist darauf hin, daß der Gerichtshof in seinem Urteil vom 8. November 1983 in den verbundenen Rechtssachen 96 bis 102, 104, 105, 108 und 110/82 (IAZ/Kommission, Slg. 1983, 3369) festgestellt habe, daß das Verwaltungsverfahren den betroffenen Unternehmen Gelegenheit gebe, die beanstandeten Praktiken mit den Vertragsbestimmungen in Einklang zu bringen. Zu diesem Zweck müsse ein informeller Meinungsaustausch zwischen Vertretern der betroffenen Unternehmen und der Kommission stattfinden.

Nach Ansicht der Firma Rembrandt war die Kommission nicht verpflichtet, die BAT über den Stand der Gespräche mit der Firma Morris und ihr auf dem laufenden zu halten. Tatsächlich sei es kaum vorstellbar, wie solche Gespräche durchgeführt werden sollten, ohne daß sowohl die Kommission als auch die Beteiligten unter Vorbehalt ihrer Rechtsposition und auf der Basis der Vertraulichkeit Vorschläge und Anregungen vorbringen könnten.

Schließlich bezeichnet die Firma Rembrandt die Behauptung der BAT für völlig unbegründet, die Entscheidung sei aufgrund willkürlicher oder nicht offengelegter Gesichtspunkte erlassen worden, die mit den Sachfragen des Falles nichts zu tun gehabt hätten. Ihres Wissens sei die Bereitschaft der Kommission, das Verfahren einzustellen, eine ausschließliche Folge der Bereitschaft der Beteiligten gewesen, ihre früheren Vereinbarungen aufzugeben und die neuen Vereinbarungen abzuschließen sowie in Verbindung damit die Verpflichtungserklärungen abzugeben. Die Klägerinnen hätten uneingeschränkt Gelegenheit gehabt, sich hierzu zu äußern.

e) Die *Firma Morris* trägt vor, entgegen dem, was die Bezugnahme der Klägerinnen auf das „reguläre" Verwaltungsverfahren impliziere, sei an der Aufnahme von Gesprächen mit der Kommission zu dem Zweck, Mittel zur Ausräumung von deren Bedenken zu finden, nichts „Irreguläres" oder Tadelnswertes. Die Klägerinnen bezögen sich auf Kontakte, wie sie sie selbst mit dem für Wettbewerbsfragen zuständigen Kommissionsmitglied und dem Leiter der Generaldirektion „Wettbewerb" gehabt hätten. Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren habe sie verschiedenste Arten von Beratern konsultiert, darunter die von den Klägerinnen erwähnte Person, die auch Professor für Volkswirtschaft an der Freien Universität Brüssel sei. Sie habe eine Reihe dieser Berater ermächtigt, den vorliegenden Fall mit der Kommission zu erörtern. Es sei offensichtlich, daß keiner von ihnen in der Lage gewesen sei, Einfluß auf die Kommission auszuüben.

6) *Verletzung von Grundrechten*

a) Die *BAT* macht geltend, die Kommission habe ihr Grundrecht auf Anhörung verletzt, aufgrund dessen sie vor Erlaß der Entscheidung zu den Erklärungen und dem Beweismaterial hätte gehört werden müssen, auf das die Kommission sich bei Erlaß der Entscheidung gestützt habe. Die Kommission habe anerkannt — und weder die Firma Morris noch die Firma Rembrandt hätten dem widersprochen —, daß sie ein ausreichendes Interesse an einer schriftlichen Stellungnahme und einer mündlichen Anhörung gemäß Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und den Artikeln 5 und 7 der Verordnung Nr. 99/63 habe. Unter diesen Umständen hätten sich die Klägerinnen auf das Urteil vom 23. Oktober 1974 in der Rechtssache 17/74 (Transocean Marine Paint Association/Kommission, Slg. 1974, 1063) berufen können, wonach „die Adressaten von Entscheidungen der öffentlichen Behörden, wenn ihre Interessen durch die Entscheidung spürbar berührt werden, Gelegenheit erhalten müssen, ihren Standpunkt gebührlich darzulegen". Die Kommission habe sich aber geweigert, ihnen wichtige Teile der Mitteilung der Beschwerdepunkte sowie die Vereinbarungen, auf die diese sich bezogen habe, schriftlichen und in ihrer mündlichen Stellungnahme gemäß den erwähnten Verordnungen zu den als vertraulich behandelten Unterlagen zu äußern. Die BAT ersucht den Gerichtshof daher, der Kommission im Rahmen einer Beweisaufnahme nach Artikel 45 § 2 Buchstabe b der Verfahrensordnung aufzugeben, bestimmte von der BAT aufgezählte Dokumente vorzulegen, damit überprüft werden könne, ob der Anspruch auf vertrauliche Behandlung begründet sei.

Da ihr außerdem die Erklärungen, die die Firma Morris bei den informellen Zusammenkünften abgegeben habe, niemals bekanntgegeben worden seien, habe sie hierzu niemals Stellung nehmen können, obwohl diese Erklärungen offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung für die endgültige Entscheidung der Kommission gewesen seien.

Schließlich enthalte die streitige Entscheidung eine Reihe von Gründen und Feststellungen, die weder im Schreiben nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 99/63 noch in den an sie gerichteten Mitteilungen dargelegt worden seien, so daß sie zu ihnen niemals vor Erlaß der Entscheidung habe Stellung nehmen können. Die betreffende Materie werde in erster Linie in den Abschnitten 26 und 29 der Entscheidung und in den der Kommission gegenüber abgegebenen Verpflichtungserklärungen behandelt.

Die BAT vertritt die Ansicht, die Auffassung der Kommission, daß das Grundrecht auf Anhörung nur für Betroffene im Rahmen eines bei ihr anhängigen Verfahrens gelte, sei sowohl unbegründet als auch unlogisch. Es gebe Beispielsfälle, in denen die Verwal-

tungsbehörde eine gesetzliche Befugnis zum Nachteil eines Dritten ausüben könne, indem sie die Tätigkeit eines oder mehrerer Beteiligter genehmige; in diesen Fällen werde den Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. So schreibe Artikel 19 der Verordnung Nr. 17 der Kommission selbst vor, daß sie Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme geben müsse, bevor sie ein Negativattest erteile.

b) In diesem Zusammenhang trägt die *Firma Reynolds* vor, es sei die ganze Zeit hindurch anerkannt gewesen, daß sie ein ausreichendes Interesse habe, das sie dazu berechtige, eine Beschwerde nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 einzureichen und sich schriftlich und mündlich gemäß Artikel 19 Absatz 2 dieser Verordnung und den Artikeln 5 und 7 der Verordnung Nr. 99/63 zu äußern. Außerdem gelte der vom Gerichtshof in dem erwähnten Urteil vom 25. Oktober 1974 (Transocean Marine Paint) aufgestellte allgemeine Grundsatz für jede Person, die ein berechtigtes Interesse an einer von einem Gemeinschaftsorgan erlassenen Entscheidung habe oder durch eine solche Entscheidung berührt werde. Dennoch sei sie an der Stellungnahme zu vielen Dingen gehindert gewesen, weil die Kommission sie ihr während des Verfahrens nicht offengelegt habe. Es handele sich dabei im wesentlichen um dieselben wie die von der BAT erwähnten Fragen.

Was die Dokumente im besonderen angeht, für die die Kommission sich auf die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen beruft, beantragt die Firma Reynolds, im Rahmen einer Beweisaufnahme gemäß Artikel 45 § 2 Buchstabe b der Verfahrensordnung die Vorlage aller von ihr aufgezählten Dokumente und Teile von Dokumenten anzuordnen, damit der Gerichtshof darüber entscheiden könne, ob die Kommission einem Rechtsirrtum unterlegen oder den Sachverhalt falsch gewürdigt habe, als sie ihr diese Unterlagen vorenthalten habe, und damit er gegebenenfalls die sofortige Bekanntgabe dieser Unterlagen an sie anordnen könne. Erst dann werde sie in der Lage sein, dem Gerichtshof gegenüber zu den rechtlichen und praktischen Auswirkungen der Vorenthaltung der betreffenden Unterlagen Stellung zu nehmen.

c) Die *Kommission* trägt in Erwiderung auf die Verweisung der Klägerinnen auf das erwähnte Urteil Transocean Marine Paint Association vor, die Klägerinnen versuchten aus diesem Urteil abzuleiten, daß die Kommission die Beschwerdeführer jedenfalls dann zu jeder Erklärung hören müsse, die sie von anderer Seite erhalte, wenn solche Erklärungen der Argumentation der Beschwerdeführer zuwiderliefen.

Mit diesem Vorbringen irrten die Klägerinnen in zweierlei Hinsicht: Erstens nähmen sie an, daß die Rechte des Betroffenen und die Rechte des Beschwerdeführers in Wettbewerbssachen einander gleichwertig seien. Zweitens schienen sie zu glauben, daß ein Beschwerdeführer als Teil des Instrumentariums der Entscheidungsfindung anzusehen sei und an jedem Schritt der Entscheidungsfindung beteiligt werden müsse. Die Position eines betroffenen Unternehmens und die eines Beschwerdeführers seien einander jedoch nicht gleichwertig; während ersteres zu allen Aspekten des gegen ihn gerichteten Verfahrens, zu allen von der Kommission ihm gegenüber ins Auge gefaßten Maßnahmen und zu allen Bedingungen, die die Kommission mit einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 zu verbinden beabsichtige, gehört werden müsse, sei letzterer nur eines von vielen Unternehmen, die daran interessiert sein könnten, daß die Kommission eine Untersuchung durchführe. Das erwähnte Urteil sei im Zusammenhang mit dem damaligen Fall zu sehen, der den Anspruch auf rechtliches Gehör betroffen habe. Die Klägerinnen erhöben mit ihrem Vorbringen Forderungen zugunsten der Rechte der Be-

schwerdeführer, die zu Lasten der Rechte der betroffenen Unternehmen gingen.

Zum Verhältnis zwischen einer endgültigen Einstellungsentscheidung und dem vorausgehenden Schreiben nach Artikel 6 trägt die Kommission unter Hinweis auf das Urteil vom 18. Oktober 1979 in der Rechtssache 125/78 (GEMA/Kommission, Slg. 1979, 3173) vor, sie sei selbst dann keineswegs verpflichtet, die Beschwerdeführer zum geplanten Inhalt der endgültigen Entscheidung zu hören, wenn dieser vom Inhalt des Schreibens nach Artikel 6 abweiche.

Im vorliegenden Fall habe sie den Klägerinnen eindeutig Gelegenheit zur Äußerung ihres Standpunkts gegeben. Den Klägerinnen sei vorbehaltlich der Bestimmungen über die Vertraulichkeit eine Abschrift aller wesentlichen Dokumente übermittelt sowie die Gelegenheit eingeräumt worden, sich schriftlich und mündlich zu äußern, und zwar auch zu dem Schreiben nach Artikel 6. Die Unterlagen, deren Vorlage die Klägerinnen trotz ihrer Vertraulichkeit, die sie im Einklang mit dem Urteil vom 29. Oktober 1980 (Van Landewyck, a. a. O.) respektiert habe, verlangten, hätten die Vereinbarungen von 1981 und ihre dagegen gerichteten Beschwerdepunkte betroffen. Für das vorliegende Verfahren seien sie daher nicht mehr von Belang.

d) Die *Firma Rembrandt* vertritt die Ansicht, es bestehe kein Grund, weshalb der Gerichtshof im Rahmen einer Beweisaufnahme nach Artikel 45 § 2 Buchstabe b der Verfahrensordnung die Vorlage eines der Dokumente oder Teile von Dokumenten verlangen sollte, die die BAT aufgezählt habe.

Sie trägt vor, erstens sei das auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen gegründete Verlangen der Streithelferinnen nicht unangemessen gewesen, zweitens sei die BAT so ausreichend über die Vereinbarungen von 1981 informiert gewesen, daß sie ihren Antrag habe stellen und im Verfahren Beweismaterial und Bemerkungen habe vorbringen können, und drittens bildeten die geheimgehaltenen Unterlagen betreffend die Partnerschaftsvereinbarung keinen Teil der neuen Vereinbarungen, auf die sich das Schreiben vom 22. März 1984 bezogen habe.

Zu dem vom Gerichtshof in seinem oben genannten Urteil vom 23. Oktober 1974 (Transocean Marine Paint Association) aufgestellten allgemeinen Grundsatz führt die Firma Rembrandt aus, dieser Grundsatz verlange nicht, daß die Kommission im Verwaltungsverfahren den Beschwerdeführer über jede Tatsache und jeden Gesichtspunkt, auf den sie sich bei der Zurückweisung der Beschwerde stützen könnte, zu unterrichten oder in dem Schreiben nach Artikel 6 jeden Gesichtspunkt, den sie in einem späteren Schreiben zur endgültigen Zurückweisung der Beschwerde anführen könnte, einzeln anzugeben habe.

Ferner seien die Ausführungen unbegründet, die die Klägerinnen im Rahmen des fünften und des sechsten Klagegrundes zu den Schritten gemacht hätten, die die Firma Morris während der Gespräche mit der Kommission unternommen habe. Es treffe nicht zu, daß die Kommission die neuen Vereinbarungen zuvor für rechtswidrig gehalten habe. Nach Ansicht der Firma Rembrandt kann es keine entscheidende Änderung der Haltung der Kommission zu neuen Vereinbarungen geben, die sie zuvor noch nicht geprüft hat. Die entscheidende Meinungsänderung sei Folge der Bereitschaft der Beteiligten gewesen, die neuen Vereinbarungen abzuschließen. Das Schreiben nach Artikel 6 habe die Klägerinnen voll über die neuen Vereinbarungen und die Gründe der Kommission für die Zurückweisung ihrer Beschwerde unterrichtet.

e) Nach Meinung der *Firma Morris* haben die Klägerinnen nicht dargetan, inwieweit

ihre Rechte durch die Geheimhaltung der Partnerschaftsvereinbarung von 1981 verletzt worden sind. Über das Bestehen der Partnerschaft seien sie durchaus informiert gewesen, denn sie hätte ihre an die Kommission gerichtete Beschwerden in erster Linie mit der angeblichen Vertragswidrigkeit einer solchen Partnerschaft begründet. Es sei nicht ersichtlich, was sie darüber hinaus hätten vorbringen können, wenn sie den genauen Inhalt der Partnerschaftsvereinbarung gekannt hätten. Außerdem seien die angeforderten Unterlagen schon seit 1983 nicht mehr gültig.

Was die Feststellungen angehe, die in der Entscheidung enthalten und in den Schreiben nach Artikel 6 nicht erwähnt worden seien, so zeige ein Vergleich dieser Schreiben mit der Entscheidung, daß sich die in den Schreiben nach Artikel 6 bekanntgegebenen Gründe entgegen den Behauptungen der Klägerinnen von den Gründen, auf die die Entscheidung gestützt sei, nicht „völlig unterscheiden". Jedenfalls sei die Kommission berechtigt, die vorläufigen Gründe abzuändern, um den Bemerkungen der Beschwerdeführer Rechnung zu tragen.

O. Due
Berichterstatter