2. Die Kommission wird verurteilt, die Kosten zu tragen.

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 7. Juni 1983.

Mertens de Wilmars Pescatore O'Keeffe Everling
Mackenzie Stuart Bosco Koopmans Due Bahlmann

Der Kanzler
P. Heim

Der Präsident
J. Mertens de Wilmars

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIMONE ROZÈS VOM 26. APRIL 1983 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Sie sind mit einer von der Kommission gemäß Artikel 169 EWG Vertrag erhobenen Klage befaßt, mit der die Feststellung begehrt wird, daß die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 37 EWG-Vertrag verstoßen hat, daß sie für den Einzelhandel mit Tabakwaren ein System fester Handelsspannen beibehalten hat.

I — Um die Tragweite dieser Klage richtig zu erfassen, ist es notwendig, ihren Hintergrund darzustellen. Die vorliegende Rechtssache steht im Zusammenhang mit den Bemühungen der Organe der Gemeinschaft, insbesondere der Kommission, im Tabakwarensektor — wie es Artikel 3 EWG-Vertrag [2] vorschreibt — eine Wirtschaftsunion mit gesundem Wettbewerb und binnenmarktähnlichen Verhältnissen herzustellen.

Diese Bemühungen liegen wegen des überragenden Einflusses der Steuern auf den Kleinverkaufspreis für Tabakwaren (durchschnittlich 70 % bei Zigaretten [3]) in erster Linie auf steuerlichem Gebiet. Der Rat hat am 19. Dezember 1972 die Erste Richtlinie zur Harmonisierung der Verbrauchsteuern auf Zigaretten (Richtlinie 72/464/EWG) erlassen, die seitdem mehrfach geändert worden ist. Mit dieser Richtlinie sollen im wesentlichen „aus den in den Mitgliedstaaten für den Tabakverbrauch geltenden steuerlichen Regelungen vor allem die Faktoren ausge-

1 — Aus dem Französischen übersetzt.

2 — Buchstaben a und f.

3 — Bericht von Herrn Bouke Beumer an das Europäische Parlament vom 3. November 1982, Drucksache 1-789/82, Nr. 9, S. 12, der französischen Übersetzung; Urteil des Gerichtshofes vom 29. Oktober 1980, sogenanntes FEDETAB-Urteil, Slg. 1980, 3125, Randnummer 121 der Entscheidungsgründe.

schaltet werden, die geeignet sind, den freien Verkehr zu behindern und die Wettbewerbsbedingungen sowohl auf einzelstaatlicher als auch auf innergemeinschaftlicher Ebene zu verfälschen" [1]. Die zu diesem Zweck eingesetzten Mittel sind im wesentlichen die Herstellung eines in allen Mitgliedstaaten gleichen Verhältnisses zwischen der proportionalen und der spezifischen Verbrauchsteuer [2] und die freie Preisbildung [3, 4]. Um die Bedeutung des letztgenannten Begriffs geht es derzeit in einem von der Kommission gegen die Französische Republik eingeleiteten Verfahren (Rechtssache 90/82).

Die unternommenen Bemühungen betreffen unstreitig alle Mitgliedstaaten. Gegenüber den Mitgliedstaaten jedoch, in denen der Tabakwarenhandel einem Handelsmonopol im Sinne von Artikel 37 unterliegt, wacht die Kommission als Hüterin der Durchführung des Vertrages darüber, daß die Erfordernisse, die sich für diese Staaten aus dieser besonderen Bestimmung ergeben, erfüllt werden. In bezug auf Frankreich hatte die Kommission am 22. Juli 1980 eine begründete Stellungnahme abgeben müssen und am 28. Oktober 1981 beschlossen, Sie mit dieser Angelegenheit zu befassen. Aufgrund der festgestellten Fortschritte und getroffenen Maßnahmen beschloß die Kommission jedoch am 18. Dezember 1980, von der Anrufung des Gerichtshofes abzusehen. Sie hielt die Maßnahmen, zu denen sich die französische Regierung verpflichtet hatte, für geeignet, das französische Monopol nach den Bestimmungen des EWG-Vertrags umzuformen [5].

Auch mit den italienischen Behörden wurde wegen des Monopols für Tabakwaren und Zündhölzer Fühlung aufgenommen. Da der Standpunkt der italienischen Behörden mit Artikel 37 unvereinbar blieb, wurde am 28. Oktober 1981 beschlossen, den Gerichtshof mit der Sache zu befassen; spätere Entwicklungen haben der Kommission jedoch auch hier ermöglicht, von der Anrufung des Gerichtshofes in bezug auf alle streitigen Punkte mit Ausnahme der Frage der Festsetzung der Einzelhandelsspannen abzusehen [6]. Auch in diesem Fall sind inzwischen bestimmte Umformungsmaßnahmen von der italienischen Regierung getroffen worden [7]. Die Punkte, in denen Übereinstimmung erzielt wurde, betreffen die Lager auf der Stufe des Großhandels, die Darbietung der Waren, die Durchführungsbestimmungen für die Steuererhebung, den unmittelbaren Zugang der zugelassenen Lagerhalter zu den Händlern, die Abschaffung des Erfordernisses der italienischen Staatsangehörigkeit für Händler und die Möglichkeit der Schaffung von sogenannten „Staats"-Verkaufsstellen [8]. Die begründete Stellungnahme von 1980 betraf auch das Zündholzmonopol. Während die Kommission nach der Ende 1980 erzielten Übereinkunft davon ausging, daß dieses Monopol nunmehr in voller Übereinstimmung mit Artikel 37 ausgeübt werde, stellte sich in der gerichtlichen Phase der vorliegenden Streitigkeit heraus, daß insoweit ein Mißverständnis vorlag. Wie die Tabakwaren unterliegen die Zündhölzer einer einheitlichen Einzelhandelsspanne. Obwohl der Gegenstand der vorliegenden Klage diese Frage nicht umfaßt, ergibt sich daraus, daß Ihre Entscheidung bezüglich der Tabakwaren auch für Zündhölzer gelten wird.

1 — Erste Begründungserwägung in der Wiedergabe im FEDETAB-Urteil, Randnummer 117 der Entscheidungsgründe.

2 — Fünfte und sechste Begründungserwägung.

3 — Siebte und achte Begründungserwägung.

4 — FEDETAB-Urteil, Tatbestand, Slg. 1980, 3162.

5 — Sechzehnter Gesamtbericht über die Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaften 1982, Nr. 238.

6 — Fünfzehnter Gesamtbericht über die Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaften 1981, Nr. 224.

7 — Sechzehnter Gesamtbericht über die Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaften 1982, Nr. 239.

8 — „Rivendite di Stato".

Die Bemühungen der Gemeinschaftsorgane gehen nicht nur dahin, die Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs und des normalen Funktionierens des Wettbewerbs durch die Staaten zu bekämpfen; sie erstrecken sich darüber hinaus auf Verhaltensweisen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, die gegen die Lauterkeit des Wettbewerbs verstoßen. So erließ die Kommission am 20. Juli 1978 die Entscheidung Nr. 78/670/EWG betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags [1], die Gegenstand der Klagen war, die zu Ihrem erwähnten Urteil vom 29. Oktober 1980 geführt haben [2]. Den Erklärungen der Kommission in der Rechtssache FEDETAB ist ferner zu entnehmen, daß sie seit 1976 Verfahren wegen des Verdachts der Verletzung der Artikel 85 und 86 durch die Ausschließlichkeitsverträge eingeleitet hat, die von dem französischen und dem italienischen Monopol (SEITA bzw. AAMS) mit den meisten ausländischen Herstellern von Tabakwaren geschlossen worden sind [3].

Es erscheint mir wichtig, bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, daß den Marktteilnehmern nach Ihrem FEDETAB-Urteil selbst dann, wenn die auf einem Gebiet bestehende nationale Regelung die Möglichkeit für Hersteller und Importeure, miteinander in Wettbewerb zu treten, erheblich verringert [4] — insbesondere weil der Steueranteil am Verkaufspreis hoch ist —, *„genügend Spielraum* [bleibt], um einen *wirksamen Wettbewerb* zu ermöglichen, da es sich hier um Massenbedarfsgüter handelt, bei denen eine sehr geringe Preissenkung auf der Ebene der Produktion oder der Einfuhr eine spürbare Auswirkung auf den Verbrauch haben kann" [5].

Vor diesem Hintergrund kann man sagen, daß die vorliegende Klage den Zweck hat, die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer zu vervollständigen. Die Einzelhandelspreise für Tabakwaren bestehen aus drei Elementen: dem Steueranteil (durchschnittlich 70 %), den Herstellungskosten (die ungefähr 20 % ausmachen) und dem Anteil des Einzelhändlers (der durchschnittlich 10 % beträgt) [6]. Die vorliegende Rechtssache gibt Ihnen somit Gelegenheit, in Ergänzung Ihrer Rechtsprechung zur Freiheit des Warenverkehrs im Hinblick auf den Steueranteil und den Anteil des Lieferanten, eine einzelstaatliche Bestimmung über den Anteil der Einzelhändler auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht hin zu überprüfen.

Schließlich erscheint es zweckmäßig, auf den weitgehend theoretischen Charakter dieser Klage hinzuweisen. Handelt es sich doch für die Kommission um eine Grundsatzangelegenheit, da keine Beschwerde von Importeuren nach Italien über die angegriffene Vorschrift vorliegt.

II — Zur Feststellung der behaupteten Vertragsverletzung ist die angegriffene italienische Vorschrift an den Anforderungen von Artikel 37 EWG-Vertrag zu messen. Ich muß deshalb kurz das italienische System schildern, in dem die Vorschrift über die Handelsspannen ein Element darstellt.

Das italienische Tabakmonopol ist ein Handelsmonopol im Sinne von Artikel 37 EWG-Vertrag. Es ist gleichzeitig ein Monopol zur Herstellung und zum Vertrieb dieser Waren unter nationaler Marke oder unter ausländischer Marke mit Lizenz. Die AAMS (Azienda Autonoma dei Monopoli dello Stato) ist allein

1 — Abgekürzt „FEDETAB-Empfehlung".

2 — Urteil vom 29. Oktober 1980, van Landewyck und andere/Kommission, verbundene Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125.

3 — FEDETAB-Urteil, Slg. 1980, 3218.

4 — Randnummer 130 der Entscheidungsgründe des FEDETAB-Urteils vom 29. Oktober 1980.

5 — Randnummer 133 der Entscheidungsgründe des FEDETAB-Urteils (Kursivschrift vom Verfasser).

6 — Siehe den erwähnten Beumer-Bericht Nr. 9, S. 12 und 13.

befugt, den 80 000 Tabakeinzelhändlern die unerläßliche Zulassung zu erteilen; die Händler müssen sich ihrerseits zur Einhaltung bestimmter in einem Auflagenkatalog niedergelegter Bedingungen verpflichten.

Wie wir gehört haben, gibt es trotz der bestehenden Kontrollen einen organisierten Schmuggel insbesondere amerikanischer Zigaretten in großem Stil.

Seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Rom wurde das italienische Tabakmonopol im Hinblick auf die sich aus dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere aus Artikel 37 EWG-Vertrag ergebenden Anforderungen von Grund auf neu gestaltet. Problematisch ist heute nur noch die Festsezung einer einheitlichen Spanne für die Einzelhändler. Sie beträgt 8 % des Endverkaufspreises [1]. Die Festsetzung dieser Spanne stellt offensichtlich „die Ausübung der spezifischen Funktion eines öffentlichen Monopols, also sein Ausschließlichkeitsrecht" [2] dar, die deshalb unter die „lex specialis" des Artikels 37 und nicht unter die allgemeinen Bestimmungen des EWG-Vertrags, insbesondere Artikel 30, fällt.

Wie die italienische Regierung aufgeführt hat, handelt es sich nicht um eine Spanne mit festliegendem Wert, deren Betrag unabhängig vom Verkaufspreis der Tabakware unveränderlich bliebe. Es handelt sich um eine einheitliche Spanne in Höhe eines festen Prozentsatzes, die somit je nach dem Wert des Erzeugnisses verschieden hoch ist.

Diese Spanne ist ein Element des Kleinverkaufspreises. Die Tabellen, deren derzeit geltende Fassung im Anhang zu dem erwähnten decreto-legge vom 1. Oktober 1982 zu finden ist, setzen nicht nur den Endverkaufspreis, sondern auch die dem Fiskus (als Sonderverbrauchsteuern und Mehrwertsteuer) sowie den Einzelhändlern zukommenden Bestandteile dieses Preises fest. Der Unterschied zwischen dem Endverkaufspreis einerseits und der Summe von Steueranteil und Handelsspanne andererseits ergibt den Restanteil, der zur Vergütung der Herstellung und des Großhandels (Lieferanten-Anteil) bestimmt ist.

Die Kleinverkaufspreise werden von den Importeuren unter den Preisen, die in regelmäßig in der „Gazzetta Ufficiale" als Anhang zu Gesetzes- und Verordnungsvorschriften des Finanzministeriums veröffentlichten Tabellen aufgeführt sind, frei ausgewählt. Diese Tabellen enthalten für jede Warenkategorie eine große Anzahl verschiedener Preise. So enthalten z. B. jene im Anhang zum Gesetz Nr. 724 vom 10. Dezember 1975 36 Preise für Prisentabak, 71 Preise für Zigaretten, 91 Preise für Zigarillos, 133 Preise für Pfeifentabak und 213 Preise für Zigarren. Wenn keiner dieser Preise den Vorstellungen der Marktteilnehmer entspricht, können diese die Aufnahme eines neuen Preises in die Tabellen verlangen. Dieses System steht mit der erwähnten Richtlinie 72/464/EWG im Einklang. Die italienische Regierung bezeichnet es als ein System vorgeschriebener Preise in dem Sinne, daß die Ware nicht mehr zu einem niedrigeren oder höheren Preis gehandelt werden darf, sobald der gewählte Preis in die Tabelle aufgenommen worden ist und solange keine den Preis ändernde Maßnahme erfolgt.

Die derzeit geltenden Bestimmungen ergeben sich aus dem Gesetz Nr. 825 vom 13. Juli 1965 in der Fassung des Gesetzes Nr. 724 vom 13. Dezember 1975; die derzeitigen Preise sind in den Tabellen im Anhang zum decreto-legge Nr. 697 vom 1. Oktober 1982 aufgeführt.

1 — Siehe z. B. die in der mündlichen Verhandlung vom Vertreter Italiens zitierten Anhänge des decreto-legge Nr. 697 vom 1. Oktober 1982.

2 — Urteil vom 20. Februar 1979, Rewe, Rechtssache 120/78, genannt „Cassis de Dijon", Slg. 1979, 662, Randnummer 7 der Entscheidungsgründe.

III — Vor einer Beurteilung der Gültigkeit dieser Regelung im Hinblick auf Artikel 37 soll dessen Tragweite anhand Ihrer Rechtsprechung in Erinnerung gerufen werden. Dies erscheint um so mehr angebracht, als diese Bestimmung Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten gegeben hat, was noch an dem vorliegenden Rechtsstreit abzulesen ist.

Tatsächlich geht es hier nur um Artikel 37 Absatz 1 Unterabsatz 1, der wie folgt lautet:

„Die Mitgliedstaaten formen ihre staatlichen Handelsmonopole schrittweise derart um, daß am Ende der Übergangszeit jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist."

Ihre Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich dieser Bestimmung und die mit ihr verfolgten Zwecke schrittweise aufgehellt.

A — Erstens soll diese Vorschrift verhindern, daß die Inervention eines Mitgliedstaats „Diskriminierungen zu Lasten der Erzeuger oder des Handels anderer Mitgliedstaaten" schafft [1], und soll somit den aus anderen Mitgliedstaaten eingeführten Erezugnissen völlige Chancengleichheit gewährleisten [2].

B — Wie Sie ebenfalls in Ihrer Rechtsprechung hervorgehoben haben, soll die Vorschrift zweitens „die Beachtung der Grundregel des freien Warenverkehrs im gesamten Gemeinsamen Markt [sicherstellen], und zwar insbesondere durch die Beseitigung der Zölle und Abgaben gleicher Wirkung im Handel zwischen den Mitgliedstaaten" [3].

Die damit erfolgte Bezugnahme auf den Begriff der Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen wirft die Frage auf, ob dieser Begriff in Artikel 37 dieselbe Bedeutung hat wie in Artikel 30. Ihre Rechtsprechung läßt auf diese Frage, so meine ich, nur eine bejahende Antwort zu.

Diese Antwort ergibt sich aus den Randnummern 8 und 9 Ihres Urteils Manghera [4]. Randnummer 8 lautet wie folgt:

„[Artikel 37 Absatz 2] verpflichtet ... die Mitgliedstaaten, vom Beginn der Übergangszeit an, jede Maßnahme zu unterlassen, welche die Tragweite der Artikel über die Abschaffung der Zölle und mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten einengen kann. Ferner bestimmt Absatz 3, daß die in Absatz 1 angeordnete Umformung der in den Artikeln 30 bis 34 vorgesehenen Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen für dieselben Waren anzupassen ist."

Dank dieser Formulierung und der folgenden, die Schlußfolgerung daraus ziehenden Randnummer — im Lichte der besonders eindeutigen Schlußanträge von Generalanwalt Warner gesehen [5] —

1 — Urteil vom 13. März 1979, Hansen/Hauptzollamt Flensburg, Rechtssache 91/78, Slg. 1979, 935, Randnummer 9 der Entscheidungsgründe.

2 — a. a. O., Randnummer 13 der Entscheidungsgründe.
In demselben Sinne: zwei Urteile vom 17. Februar 1976, Rewe/Hauptzollamt Landau, Rechtssache 45/75, Slg. 1976, 181, Randnummer 26 der Entscheidungsgründe, und Miritz, Rechtssache 91/75, Slg. 1976, 217, Randnummer 8 der Entscheidungsgründe: „Artikel 37 Absatz 1 ... untersagt nach Ablauf der Übergangszeit jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten"; Urteil vom 13. März 1979, Peureux, Rechtssache 86/78, Slg. 1979, 897, Randnummer 30 der Entscheidungsgründe, wo die erwähnten Randnummern der Urteile Rewe und Miritz wiederholt wurden.

3 — Urteil vom 3. Februar 1976, Manghera, Rechtssache 59/75, Slg. 1976, 91, Randnummer 9 der Entscheidungsgründe, und das erwähnte Urteil Miritz, a. a. O., Randnummer 8 der Entscheidungsgründe.
Der gleiche Gedanke kommt mit anderen Worten in den folgenden, bereits erwähnten Urteilen zum Ausdruck: Urteil Rewe vom 17. Februar 1976, a. a. O., Randnummer 26 der Entscheidungsgründe, Urteil Peureux vom 13. März 1979, a. a. O., Randnummer 30 der Entscheidungsgründe, Urteil Hansen vom 13. März 1979, a. a. O., Randnummern 13 und 19 der Entscheidungsgründe.

4 — Urteil Manghera, Slg. 1976, 91.

5 — Schlußanträge Manghera, Slg. 1976, 103, 107 f.

scheint mir die Identität des Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung in Artikel 37 und Artikel 30 unbestreitbar. Es scheint mir ferner nicht unnütz, darauf hinzuweisen, daß bereits vor fast 20 Jahren Generalanwalt Lagrange in bezug auf Artikel 37 eine Formulierung gebraucht hat, die heute hellsichtig erscheinen mag: „Nach dem Zweck der Vorschrift kommt es ... nur auf den — *wirklichen oder nur möglichen* — merklichen Einfluß auf die Einfuhr oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten an ...“ [1] Ich teile somit den insoweit von R. Kovar zum Ausdruck gebrachten Standpunkt: „Der Gerichtshof faßt unter dem Mantel dieser Bestimmung (Artikel 37) die Gesamtheit der anderweitig begründeten Verbote von Verletzungen des Grundsatzes des freien Warenverkehrs zusammen“ [2]. Ich zitiere ferner A. Pappalardo: „Die Schlußfolgerung des Gerichtshofes (in der Rechtssache Manghera) ergibt sich somit einzig und allein aus der Anwendung der Regeln über den freien Warenverkehr auf das Gebiet der Monopole ... Artikel 37 [ist] somit eine Sondervorschrift, deren Kennzeichen ein *spezielles Verfahren* ist, die jedoch in *materiell-rechtlicher Hinsicht* mit den anderen Bestimmungen desselben Kapitels identisch ist.“ [3]

C — Der dritte Artikel 37 zugewiesene Zweck ist „die Aufrechterhaltung normaler Wettbewerbsbedingungen zwischen den Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten“ [4]. Er ermöglicht es, zu verhindern, daß die Intervention eines Mitgliedstaats „durch die Tätigkeit eines staatlichen Monopols ... eine Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen auf dem Gemeinsamen Markt“ bewirkt [5].

Diesem Zweck kommt im vorliegenden Rechtsstreit eine besondere Bedeutung zu. Die zweite Rüge der Kommission geht nämlich dahin, die Festsetzung einheitlicher Handelsspannen durch den Staat verfälsche die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt. Die italienische Regierung verneint dies und hält diese Rüge für unzulässig. Nach ihrer Meinung dürfen mutmaßliche Verzerrungen der Wettbewerbsbedingungen im Rahmen von Artikel 37 nur unter dem Gesichtspunkt behaupteter Diskriminierungen geprüft werden.

Dieser Einwand scheint mir teilweise auf einem Mißverständnis zu beruhen. Ich bin nämlich der Ansicht, daß die in den Randnummern 9 und 19 des Urteils Hansen angesprochenen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs nicht identisch sind mit den in den Artikeln 85 und 86 EWG-Vertrag angesprochenen Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Unternehmen; gemeint sind vielmehr jene Eingriffe in den redlichen Wettbewerb zwischen den Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten insgesamt, die die Staaten mittels Handelsmonopolen, die sie kontrollieren, lenken oder merklich beeinflussen (Artikel 37 Absatz 1 Unterabsatz 2), vornehmen. Dieser Begriff des redlichen Wettbewerbs, der in der Präambel des Vertrages erwähnt und mit anderen Worten in Artikel 3 Absatz 1 aufgegriffen wird, kann deshalb bei der Auslegung einer großen Zahl von Bestimmungen des Vertrages, zu denen auch Artikel 37 gehört, herangezogen werden.

Ferner scheint es mir deshalb sinnvoll, die Aufrechterhaltung des redlichen Wettbewerbs zwischen den Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten als einen

1 — Schlußanträge vom 25. Juni 1964 in der Rechtssache 6/64, Costa/Enel, Slg. 1964, 1279, 1302.

2 — Anmerkung mit seinen Initialen zu Ihren Urteilen vom 13. März 1979 in den Rechtssachen 86/78, 91/78 und 119/78 im Journal de droit international 1981, S. 126.

3 — in: Position des monopoles publics par rapport aux monopoles privés, Semaine de Bruges 1977, S. 554 und 555.

4 — Urteil Hansen vom 13. März 1979, a. a. O., Randnummer 19 der Entscheidungsgründe.

5 — Urteil Hansen, a. a. O., Randnummer 9 der Entscheidungsgründe.

Zweck des Artikels 37 anzuerkennen, weil sich dieser Gesichtspunkt und die Aufrechterhaltung des feien Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten ergänzen. Es sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß die Verfasser des Vertrages Vorbehalte gegen eine Aufnahme des späteren Artikels 37 in das Kapitel über die Wettbewerbsregeln hatten, was leicht verständlich ist [1].

Die Regeln über den freien Warenverkehr und jene, die die Freiheit des Wettbewerbs gewährleisten sollen, bezwecken gleichermaßen die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes (Artikel 2 EWG-Vertrag), d. h. eines Marktes mit denselben Merkmalen wie ein Binnenmarkt oder wenigstens mit Merkmalen, die dem so nah wie möglich kommen [2]. Wie einer der Vertragsunterhändler und -Unterzeichner schrieb, bestanden die künstlichen Abschottungen zwischen den Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten, die „der Vertrag über den Gemeinsamen Markt insgesamt beseitigen sollte", nicht nur „in den drei Kategorien protektionistischer Maßnahmen . . ., die im Vertrag über den Gemeinsamen Markt besonders angesprochen werden: die mengenmäßigen Beschränkungen der Einfuhr und der Ausfuhr, die Beschränkungen des Umtauschs und der Devisen, die Zolltarife, sondern sie bestanden darüber hinaus in einer großen Anzahl von Maßnahmen eines indirekten Protektionismus, von denen die öffentlichen Unternehmen und die Monopole eine der gefährlichsten Formen darstellen".

Artikel 90 EWG-Vertrag steht im Kapitel der Regeln über die Freiheit des Wettbewerbs, die sowohl dem Verbraucher als auch der Produktivität nützt. „Artikel 37 ist im übrigen *in gleicher Weise* auf die Abschaffung des Schutzes durch staatliche Monopole gerichtet." [3]

Ich bin der Meinung, daß die Wettbewerbsverzerrungen und die Behinderungen des Warenverkehrs nur unterschiedliche Aspekte ein und desselben Phänomens sind.

Dies läßt sich anhand des vorliegenden Falles besonders genau feststellen.

Die Kommission behauptet insbesondere, ein Monopol, das zugleich Herstellungs- wie Handelsmonopol ist, könne nicht umhin, den Handel in einer seine eigenen Erzeugnisse bevorzugenden Weise zu organisieren. Dies ist eine bereits in der erwähnten Rechtssache Manghera vorgebrachte Rüge.

In jener Rechtssache hat die Kommission dieses bevorzugende System als „eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung" [4] qualifiziert. In der vorliegenden Rechtssache argumentiert sie mit einem Vergleich der durch ein Monopol gege-

1 — Charles-Étienne Gudin, Les monopoles nationaux à caractère commercial dans le droit de la Communauté économique européenne, Dissertation, Universität Paris II, 1977, Band 1, S. 129.

2 — Urteil vom 20. Januar 1981, Gema, verbundene Rechtssachen 55 und 57/80, Slg. 1981, 147, Randnummer 14 der Entscheidungsgründe: „. . . das wesentliche Ziel des Vertrages, der Zusammenschluß der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, . . ."; Urteil vom 25. Oktober 1977, Metro, Rechtssache 26/76, Slg. 1977, 1875, Randnummer 20 der Entscheidungsgründe: „Der . . . unverfälschte Wettbewerb setzt das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs . . . auf dem Markt voraus; es muß also soviel Wettbewerb vorhanden sein, daß die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt und seine Ziele, insbesondere die Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen, erreicht werden."

3 — Baron Snoy et d'Oppuers, La notion de l'intérêt de la Communauté à l'article 90 du Traité de Rome sur le Marché Commun, Rivista di diritto industriale, 1963, S. 247 und 248; Unterstreichungen durch den Verfasser.

So auch insbesondere: 1. allgemein: Wortley, An introduction to the Law of the European Economic Community, Manchester, 1972, Kapitel 6, Monopolies under the EEC Treaty, S. 67; 2. zu einer bestimmten Frage, nämlich der Gleichwertigkeit der Formel „den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet" in Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag und des Begriffs der Behinderungen des freien Warenverkehrs in Ihrer klassischen Definition der Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Artikel 30 EWG-Vertrag: Erklärungen der Kommission in den Rechtssachen 177 und 178/82, van de Haar und Kaveka; 3. für den Tabaksektor: der erwähnte Beumer-Bericht, Nr. 6, S. 10 und 11 der französischen Übersetzung.

4 — Manghera, Slg. 1976, 91, 95.

benen Lage und der Lage, die aufgrund einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung zwischen Unternehmen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 besteht, wie Sie sie in Ihrem Urteil vom 29. Oktober 1981, FEDETAB [1], verworfen haben.

Mit ihrer zweiten Rüge behauptet die Kommission, das beanstandete System verfälsche die *Wettbewerbsbedingungen* innerhalb des Gemeinsamen Marktes durch eine gewisse *Diskriminierung.* Die Verpflichtung, für neue Erzeugnisse dieselbe Spanne wie für die bereits auf dem Markt eingeführten einzuräumen, bedeute nämlich, daß unterschiedliche Sachverhalte ohne objektiven Grund gleichbehandelt werden.

Die Anerkennung einer weiten Bedeutung von Artikel 37 Absatz 1 Unterabsatz 1 durch Ihre Rechtsprechung ist auch aus allgemeinen Überlegungen heraus zu begrüßen. Dafür spricht zunächst die Stellung dieser Bestimmung im Rahmen des Vertrages und somit der grundlegende Charakter des Prinzips der Einheit des Marktes und — als dessen Folge — des freien Warenverkehrs [2]. Sie ist weiter zu begrüßen wegen der besonderen Wachsamkeit, die das Bestehen für den Warenverkehr so gefährlicher Gebilde wie der staatlichen Handelsmonopole — wie Baron Snoy betonte (in seinem erwähnten Aufsatz) —, erforderlich macht.

Unter Beachtung der Grundsätze dieser Rechtsprechung ist nunmehr die Stichhaltigkeit der beiden von der Kommission gegen das italienische System der Handelsspannen vorgebrachten Klagegründe sowie der von der italienischen Regierung zu ihrer Entkräftung vorgetragenen Argumente zu prüfen.

IV — A. Nach Ansicht der Kommission liegt eine durch Artikel 37 verbotene Diskriminierung der eingeführten Waren vor, wenn ein Staat als Inhaber eines Herstellungsmonopols (und zugleich eines Handelsmonopols) für die Erzeugnisse seiner Konkurrenten in den anderen Mitgliedstaaten dieselbe Handelsspanne vorschreibt wie für seine eigenen Erzeugnisse. Es behandle nämlich auf diese Weise unterschiedliche Sachverhalte — die von ihm hergestellten und die eingeführten Erzeugnisse — gleich. Artikel 37 solle gerade verhindern, daß ein Mitgliedstaat als Inhaber eines *Herstellungs*monopols sein *Handelsmonopol* dazu benützen könne, eine derartige Situation zu schaffen.

Das italienische Tabakmonopol sei nun aber zugleich ein Herstellungs- und ein Handelsmonopol. Als Handelsmonopol setze es die Spanne für Tabakwaren nach Maßgabe der Verkaufspolitik für seine eigenen Erzeugnisse fest. Diese Spanne gelte jedoch auch für die eingeführten Erzeugnisse. Wenn sie auch unstreitig der Situation der Monopolwaren angepaßt sei, so sei sie dies nicht notwendigerweise in bezug auf die eingeführten Waren, denn ein Staat könne wohl kaum umhin, zu versuchen, den Absatz seiner eigenen Erzeugnisse zu begünstigen. Auf diese Weise seien die Importeure nicht nur nicht mehr frei, den Einzelhändlern die von ihnen für angemessen gehaltene Vergütung zu gewähren, sondern sie seien darüber hinaus gezwungen, sie in der von ihrem direkten Konkurrenten, dem italienischen Staat als Inhaber des Herstellungsmonopols, festgesetzten Weise zu vergüten. Es sei kaum ein Sachverhalt vorstellbar, bei dem die Dis-

1 — Mit Gründen versehene Stellungnahme vom 3. November 1980, S. 9.

2 — Anerkannter Grundsatz, namentlich seit Ihrem Urteil vom 14. Dezember 1962 in der sogenannten „Lebkuchen"-Rechtssache, Kommission/Luxemburg und Belgien, verbundene Rechtssachen 2 und 3/62, Slg. 1962, 867; siehe auch insbesondere Urteil vom 9. Dezember 1981, Kommission/Italien, Rechtssache 193/80, sogenannte „Weinessig"-Rechtssache, Slg. 1981, 3019, Randnummer 17 der Entscheidungsgründe.

kriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen offensichtlicher sei.

Das Monopol schaffe auf diese Weise eine Situation, die der des privaten Herstellers entspreche, der seinen Konkurrenten die Marge aufzwingen wolle, die er selbst den Einzelhändlern für seine eigenen Erzeugnisse vorschreibe. Nun sei aber eine Übereinkunft zwischen Unternehmen auf dem belgisch-luxemburgischen Markt, die für die Parteien dieser Übereinkunft das Verbot bewirkt habe, „mit den Großhändlern je nach der Marktlage individuelle Spannen und weitergehende Vergünstigungen auszuhandeln", als eine von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag untersagte Wettbewerbsbeschränkung beurteilt worden [1].

Schließlich hätten die ausländischen Erzeugnisse im ganzen gesehen einen höheren Preis als die inländischen. Deshalb belaste die Festsetzung einer prozentualen, also je nach Einzelverkaufspreis unterschiedlichen Spanne, die teuren Erzeugnisse, die im allgemeinen eingeführte Waren seien, in realen Kosten stärker als die meistens billigeren italienischen Erzeugnisse. Die Importeure könnten aber auch die Vergütung für ihre Wiederverkäufer nicht herabsetzen, um diesen Nachteil auszugleichen, denn das System der einheitlichen Spanne hindere sie daran.

B. Die Festsetzung einheitlicher Handelsspannen durch den Staat verfälsche ferner die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt und besonders im italienischen Staatsgebiet. Sie verschaffe nämlich den in diesem Gebiet bereits eingeführten und bekannten Tabakmarken einen Vorteil gegenüber den neuen Marken, die Lieferanten aus anderen Mitgliedstaaten gegebenenfalls dort absetzen wollten. Denn das italienische System mache es unmöglich, mit den Händlern höhere Spannen in Form von Markteroberungsprämien auszuhandeln. Dieses System beschränke somit die Wahl der Verkaufsmethoden; es verhindere deren Anpassung an die Eigenart der Märkte für die verschiedenen Tabakwaren und an die Entwicklung der jeweiligen Marktsituation.

Dieser Nachteil werde durch das Verbot jeder Werbung auf dem betroffenen Gebiet noch verstärkt. Nach Ansicht der Kommission ist die Festsetzung einheitlicher Spannen geeignet, die Wettbewerbsbedingungen zu verfälschen, und stellt eine Beeinträchtigung der *Chancengleichheit* dar, die den aus anderen Mitgliedstaaten eingeführten Erzeugnissen im Verhältnis zu den inländischen Erzeugnissen gewährleistet werden müsse [2]. Mit diesem letzteren Begriff gelange man wieder zur Diskriminierung. Für neue Erzeugnisse die Einräumung derselben Spanne vorzuschreiben, wie für auf einem Markt bereits bekannte Waren, laufe nämlich darauf hinaus, ohne objektiven Grund unterschiedliche Sachverhalte gleichzubehandeln.

V — Im Interesse der Verständlichkeit habe ich das Vorbringen der italienischen Regierung auf diese Rügen in drei Kategorien eingeteilt:

— gemeinsames Vorbringen gegen beide Rügen;

— spezifisches Vorbringen gegen die erste Rüge;

— spezifisches Vorbringen gegen die zweite Rüge.

A — 1. Allgemein bringt die italienische Regierung vor, die streitige Maßnahme sei allein aus dem Grund nicht als diskriminierend und damit als Verstoß

1 — Urteil vom 29. Oktober 1980 in der Rechtssache FEDETAB, Slg. 1980, 3125, Randnummern 110 und 131 bis 134 der Entscheidungsgründe.

2 — Randnummer 13 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 13. März 1979, Hansen, Rechtssache 91/78, Slg. 1979, 935.

gegen Artikel 37 Absatz 1 Unterabsatz 1 anzusehen, weil sie unterschiedslos für die ausländischen wie für die inländischen Erzeugnisse gelte.

Dem hält jedoch die Kommission entgegen, im Rahmen des als eine Einheit aufgefaßten Gemeinsamen Marktes stelle die einheitliche Spanne eine Diskriminierung zum Nachteil der Hersteller aus den anderen Mitgliedstaaten dar.

Es erscheint mir nicht erforderlich, auf die Stichhaltigkeit der These der Kommission einzugehen, wonach auf der Ebene der Gemeinschaft geprüft werden müsse, ob eine Verletzung von Artikel 37 vorliege, denn nach Ihrer Rechtsprechung verbietet er Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen. Es genügt somit festzustellen, ob die Festlegung einer Handelsspanne in Höhe eines einheitlichen Prozentsatzes für die aus anderen Mitgliedstaaten eingeführten und für die Monopolwaren für erstere eine zumindest mittelbare und potentielle Behinderung auf dem italienischen Binnemarkt darstellen kann. Das Vorbringen greift mit anderen Worten nicht durch, weil es auf einer zu engen — und von Ihrer Rechtsprechung widerlegten — Auffassung von Artikel 37 beruht.

2. Die italienische Regierung führt sodann aus, das gegenwärtige System sei deshalb nicht diskriminierend, weil es den Marktteilnehmern gestatte, bei der Wahl des Kleinverkaufspreises alle Bestandteile des Preises einschließlich des Betrags der Spanne einzuschätzen. Es handele sich somit um ein System der „Transparenz" der verschiedenen Bestandteile des Endpreises.

Selbstverständlich kennen die Importeure bei der Wahl des Kleinverkaufspreises ihrer Erzeugnisse den Betrag der Handelsspanne, denn diese ist ein fester Vomhundertsatz des ersteren. Doch läßt sich daraus kaum ableiten, daß das streitige System nicht auf eine Beschränkung des Warenverkehrs oder eine Verfälschung des Wettbewerbs hinausläuft.

3. Noch weiter gehend behauptet die italienische Regierung, daß in Wirklichkeit die Abschaffung des Systems der einheitlichen Spannen diskriminierend wäre, denn sie gäbe den Einzelhändlern die Möglichkeit, bestimmte Lieferanten zum Nachteil der anderen zu bevorzugen.

Nur die bedeutendsten Hersteller seien nämlich in der Lage, hohe und für die Einzelhändler attraktive Spannen einzuräumen. Sie könnten deshalb die kleineren Hersteller nämlich aus dem legalen Markt verdrängen, was diese dazu verleiten könnte, ihre Erzeugnisse als Schmuggelware zu verkaufen.

Zunächst ist festzustellen, daß es zu weit ginge, den italienischen Tabakeinzelhändlern jede kommerzielle Rolle abzusprechen. Es ist ihnen nämlich trotz des Werbeverbots möglich, ein bestimmtes Erzeugnis eines bestimmten Herstellers im Gespräch mit dem Kunden oder etwa durch die Anordnung ihrer Auslagen besonders zu empfehlen.

Andererseits ist wohl kaum anzunehmen, daß die Abschaffung des gegenwärtigen Systems der vom Staat bestimmten festen Spanne und seine Ersetzung etwa durch ein System einer im Rahmen einer bestimmten Skala frei gewählten Spanne auch nur den geringsten Einfluß auf den Umfang des Schwarzmarkthandels in Italien haben könnte. Dieser erklärt sich hinlänglich aus anderen Gegebenheiten, die hier nicht anzuführen sind.

Das allgemeine Verteidigungsvorbringen der italienischen Regierung erscheint mir somit nicht überzeugend.

B — Prüfen wir nun die spezifisch zur ersten Rüge der Kommission vorgebrachten Argumente.

1. Die italienische Regierung behauptet, den Vomhundertsatz des „aggio" nicht nach Maßgabe der für die Erzeugnisse ihres Monopols günstigsten Verkaufspolitik festgesetzt zu haben, denn sie müsse eine ganze Reihe anderer Faktoren berücksichtigen, insbesondere die Forderungen der Tabakeinzelhändler sowie die Auswirkungen der Tabakpreise auf die Lebenshaltungskosten und über die Anpassungsklauseln („scala mobile") auf die Löhne. Da die ausländischen Erzeugnisse durchschnittlich teurer seien und die Spanne mit dem Preis variiere, erhielten die Einzelhändler für diese Erzeugnisse in absoluten Zahlen die höchste Spanne.

2. Diese Argumente tatsächlicher Art, die bis zu einem gewissen Grade einleuchten, sind gleichwohl nicht ausreichend.

Untersuchen wir das angeblich größere Interesse der Einzelhändler am Verkauf ausländischer als am Verkauf inländischer Waren. Hier ist festzuhalten, daß diese Einzelhändler von der Monopolverwaltung zugelassen werden müssen und folglich durchaus die Möglichkeit besteht, daß diese sie auffordert, als Gegenleistung trotz des genannten finanziellen Vorteils die Monopolerzeugnisse zu bevorzugen. Ferner stellen die Einzelhändler nicht die einzige von der streitigen Frage betroffene Berufsgruppe dar: Der von der italienischen Regierung angeführte Vorteil kann durch Nachteile für die in der Absatzkette weiter oben angesiedelten Marktteilnehmer aufgehoben werden.

Aber neben der Frage, ob der Verkauf ausländischer Waren für die Einzelhändler tatsächlich vorteilhafter ist als der Verkauf inländischer oder ob das Monopol die Preise zu seinem Vorteil und somit zum Nachteil seiner ausländischen Wettbewerber festsetzt, kommt es vor allem darauf an, ob das von dem Monopol eingerichtete System in einer diskriminierenden oder zumindest den innergemeinschaftlichen Handel behindernden Weise gebraucht werden kann. Wie Generalanwalt Warner in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Manghera [1] betont hat, wendet sich Artikel 37 nämlich genau wie die Artikel 30 bis 36 gegen die *potentiellen* Behinderungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten [2]. Das „aus der Verwendung der Wörter ‚ensure' und ‚soit-assurée' im englischen und französischen Text des Artikels 37 Absatz 1" abgeleitete Wortlautargument von Generalanwalt Warner erhält hier seine volle Bedeutung: „Die Abschaffung irgendeines Umstands ist nicht ‚gesichert', wenn die Möglichkeit bestehen bleibt, daß er wieder eintritt."

Durch Ihre Rechtsprechung ist die logische Folge der Gleichheit des Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung in Artikel 37 und in Artikel 30 herausgearbeitet worden.

Diese Ausgangsüberlegung führt mich dazu, dem von der Kommission eingenommenen Standpunkt beizupflichten. Dennoch kann man ihrer Überlegung nicht in ihrer Gesamtheit folgen: Der Umstand, daß das italienische Monopol zugleich ein Herstellungs- und ein Handelsmonopol ist, gestattet nicht *unweigerlich* die Annahme, daß es den Handel zugunsten seiner eigenen und zum Nachteil der Waren seiner Wettbewerber in den anderen Mitgliedstaaten ausgestaltet. Es handelt sich dabei um eine bloße Behauptung, die noch nicht einmal vom Ansatz eines Beweises gestützt wird. Ich

1 — Slg. 1976, 103, 108.

2 — So auch: Schlußanträge von Generalanwalt Lagrange in der erwähnten Rechtssache Costa/Enel.

halte die dargestellte Situation jedoch für gefährlich; sie kann zu Mißbräuchen führen, und insbesonder *kann* die Festsetzung einer einheitlichen Spanne durch das Monopol sowohl für die eigenen als auch die Erzeugnisse seiner Wettbewerber diskriminierende oder behindernde Auswirkungen für die Importeure von Tabakwaren aus den anderen Mitgliedstaaten haben.

Ich greife die Argumente von Generalanwalt Roemer in der italienischen „Milchzentralen"-Rechtssache [1] auf und teile seinen Standpunkt: „Im Hinblick auf ausschließliche Verkaufsrechte der in Artikel 37 visierten Einrichtungen stellt sich somit die Frage, ob auf diese Weise *notwendig* eine Diskriminierung der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten gegeben ist. Wie die Kommission gezeigt hat, muß das, jedenfalls die *Möglichkeit* der Diskriminierung, für den Fall bejaht werden, daß sich der Staat das exklusive Verkaufsrecht vorbehält, *läßt sich doch nicht ausschließen, daß der Staat auf diese Weise andere als rein wirtschaftliche Interessen verfolgt.* — Noch deutlicher wird das in Fällen, in denen ein ausschließliches Verkaufsrecht einer Einrichtung zusteht, die die vertriebenen Produkte selbst herstellt oder bearbeitet. Bezogen auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und in Anbetracht der Tatsache, daß sich für den zwischenstaatlichen Handel in aller Regel nur behandelte Milch eignet, kann in der Tat angenommen werden, daß die mit einem exklusiven Verkaufsrecht ausgestatteten Milchzentralen der von ihnen selbst bearbeiteten Milch im Absatz den Vorzug geben würden." [2]

Diese Schlußanträge verdienen um so mehr unsere Beachtung, als das in jener Rechtssache betroffene Monopol — wie Sie bemerkt haben werden — ebenfalls zugleich ein Herstellungs- und ein Vertriebsmonopol war, und die Rüge der Kommission dort der von ihr in der vorliegenden Rechtssache erhobenen ähnlich war.

C — Es bleibt das Vorbringen der italienischen Regierung speziell zur zweiten Rüge der Kommission zu prüfen.

1. Ich verweise hier nur auf das von dieser Regierung gleichsam einleitend vorgebrachte Argument der Unzulässigkeit dieser zweiten Rüge. Wie ich bereits ausführte, kann seit Ihrem Urteil Hansen vom 13. März 1979 nicht mehr davon ausgegangen werden, daß mutmaßliche Verzerrungen der Wettbewerbsbedingungen — zumindest in dem von mir dargelegten Sinne — im Rahmen von Artikel 37 nur unter dem Aspekt etwaiger Diskriminierungen geprüft werden dürfen.

2. Die italienische Regierung trägt in zweiter Linie vor, der Wettbewerb sei nicht tatsächlich verfälscht worden, weil der Marktanteil der eingeführten Tabakwaren in Italien seit einigen Jahren beträchtlich gestiegen sei. Zur Untermauerung dieser Behauptung hat sie im schriftlichen Verfahren Zahlen vorgelegt, die merklich von denen der Kommission abweichen. Auf Ihr Verlangen in der mündlichen Verhandlung hin wurden für den Zeitraum 1970 bis 1982 vollständige Statistiken vorgelegt, die die Aussagen der italienischen Regierung tatsächlich bestätigen. Die Berechnungsgrundlage dieser Daten wird jedoch von der Kommission mit der recht einleuchtenden Begründung bestritten, daß als ausländische Erzeugnisse unter anderem die in Italien unter ausländischer Lizenz hergestellten Erzeugnisse angesehen würden.

1 — Schlußanträge vom 23. Februar 1972 in der Rechtssache 82/71, Sail, Slg. 1972, 141, insbesondere 145.

2 — Kursivschrift durch den Verfasser.

Jedenfalls gestatten es die von der Regierung der Beklagten vorgelegten Zahlen nicht, die von ihr daraus gezogenen Schlußfolgerungen zu teilen. Selbst wenn der Marktanteil der ausländischen Erzeugnisse unter dem System der einheitlichen Spannen gestiegen ist, ist damit nicht bewiesen, daß ein anderes System nicht zu einer größeren Steigerung hätte führen können. Mit anderen Worten, der von der italienischen Regierung vorgeschlagene „Test" liefert nicht den gesuchten Beweis.

Im vorliegenden Fall geht es — wie ich bereits ausführte — darum, ob die angegriffene Maßnahme „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann" [1].

Aus den für die erste Rüge der Kommission angeführten Gründen ist diese Frage zu bejahen. Die von der Kommission in ihrer zweiten Rüge angeführte zusätzliche Erwägung, daß die Importeure tatsächlich gehindert seien, mit den Einzelhändlern andere als die durch das Monopol vorgeschriebenen Spannen und insbesondere Markteroberungsprämien zu vereinbaren, kann die Richtigkeit dieser Antwort, soweit überhaupt noch erforderlich, offensichtlich nur untermauern.

3. Zu dem absoluten Werbeverbot, das nach Meinung der Kommission die ausländischen, weniger bekannten Erzeugnisse benachteiligt, trägt die italienische Regierung zwei verschiedene Erwägungen vor:

1. Dieses Verbot werde im Fall der ausländischen Erzeugnisse nicht beachtet;
2. es habe sie tatsächlich nicht benachteiligt.

In dem ersten Punkt entspricht die vorgebrachte Behauptung der Wirklichkeit. Im übrigen scheint es vernünftig, davon auszugehen, daß das zu dem System der einheitlichen Handelsspannen hinzukommende Werbeverbot die Schwierigkeiten bei der Einführung eines neuen Erzeugnisses auf dem italienischen Markt vergrößert.

Deshalb ist die Annahme der italienischen Regierung zutreffend, daß die inländischen Erzeugnisse, wenn dieses Verbot im Fall der ausländischen, nicht aber der inländischen Erzeugnisse teilweise übertreten wird, genau in dem Maße benachteiligt werden, in dem die Importeure das Gesetz nicht beachten. Mir scheint jedoch, daß diese Nichtbeachtung eher Sanktionen wegen Verstoßes gegen das übergangene Gesetz rechtfertigen würde als die Aufrechterhaltung diskriminierender Regelungen wie der einheitlichen Handelsspanne, zumal man versuchen könnte — folgt man dem Gedankengang der Regierung der Beklagten bis zu Ende —, diese Aufrechterhaltung mit der Notwendigkeit eines Ausgleichs für die Verstöße gegen das Gesetz über das Werbeverbot zu rechtfertigen.

In dem zweiten Punkt ist das Vorbringen nicht stichhaltig. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bestimmter Marktteilnehmer, denen es gelingt, die Auswirkungen einer zumindest potentiell protektionistischen Regelung auszuschalten, halte ich nicht für einen hinreichenden Grund für deren Beibehaltung. Außerdem ist das von der italienischen Regierung vorgebrachte Argument nicht sehr überzeu-

1 — Urteil vom 13. Juli 1966, Consten und Grundig/Kommission, verbundene Rechtssachen 56 und 58/64, Slg. 1966, 321, 389. Dieses Urteil erging, wie Sie wissen, auf dem Gebiet des Wettbewerbs; eine sehr ähnliche Formulierung wurde auf dem Gebiet der Maßnahmen mit gleicher Wirkung in Ihrem Urteil vom 11. Juli 1974, Dassonville, Rechtssache 8/74, Slg. 1974, 837, Randnummer 5 der Entscheidungsgründe, gewählt.

gend. Wenn die heute am meisten verkaufte ausländische Zigarette sich bereits 1962 im Handel befand (also vor dem Inkrafttreten des Gesetzes, das die Werbung für Tabakwaren verbot), während dies bei der heute am meisten verkauften inländischen Zigarette nicht der Fall war, so läßt sich daraus nicht folgern, daß das Verbot der Werbung die ausländischen Erzeugnisse begünstigt habe. Allenfalls kann man feststellen, daß ausländische Zigaretten es schwer haben, auf dem italienischen Markt Fuß zu fassen, was bei der heute am meisten verkauften inländischen Zigarette nicht der Fall war.

4. Schließlich ist die italienische Regierung der Ansicht, die den Importeuren offenstehende Möglichkeit, ihre Erzeugung zu einem zugkräftigeren Preis zu verkaufen, ohne über die Spanne des Einzelhandels vorgehen zu müssen, beweise jedenfalls, daß Wettbewerbsbeschränkungen nicht vorlägen.

Ich bin demgegenüber mit der Kommission der Ansicht, daß die Möglichkeit vom Wettbewerb auf der Ebene der Einzelverkaufspreise kein Grund ist, dessen Ausschluß auf der Ebene der Einzelhandelsspanne als zulässig anzusehen. Die Hersteller können nämlich ein Interesse daran haben, eher diese zu erhöhen, als den Endverkaufspreis zu senken. Während der italienische Staat als Inhaber sowohl des Herstellungs- als auch des Vertriebsmonopols gleichermaßen über die Spanne wie über den Endverkaufspreis vorgehen kann, können die Importeure mit dem Preis arbeiten, weil sie im übrigen die Spanne einhalten müssen, die dem italienischen Monopol am besten paßt.

Daraus ergibt sich, daß die angegriffene Maßnahme mit Artikel 37 selbst in seiner engsten Lesart eindeutig unvereinbar ist. Dabei möchte ich bemerken, daß Sie selbst übrigens diese enge Auslegung, verworfen haben, wonach diese Bestimmung lediglich reine Diskriminierungen im engen Sinne dieses Ausdrucks und nicht jede Behinderung des Handels und jede Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten verbiete.

D — Im Hinblick auf die heute Artikel 37 im positiven Recht zuerkannte Tragweite, die insbesondere die Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen in gleicher Weise umfaßt wie Artikel 30, bleibt jedoch ein letzter Gesichtspunkt zu prüfen.

Das mit Artikel 30 aufgestellte Verbot findet nämlich seine Grenze einerseits in den durch Artikel 36 vorgesehenen Ausnahmen und andererseits in den unterschiedslos für inländische wie eingeführte Erzeugnisse geltenden Handelsregelungen der Mitgliedstaaten, die „notwendig sind, um [bestimmten] zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden" [1]. Wie die Ausnahmen des Artikels 36 müssen diese Regelungen nichtwirtschaftliche Ziele verfolgen. Nach meinem Dafürhalten muß wegen der Einheit des Kapitels über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen — oder zumindest wegen des Sachzusammenhangs [2] — für die gegen Artikel 37 verstoßenden Maßnahmen das gleiche gelten.

Gewiß können derartige Maßnahmen nicht mit einer ausdrücklichen Bezugnahme auf Artikel 36 gerechtfertigt werden, denn dieser ist eng auszulegen, und sein Wortlaut („die Bestimmungen der Artikel 30 bis 34 stehen ... nicht entgegen ...") schließt dies eindeutig aus. Es kann jedoch meines Erachtens geprüft werden, ob es im Rahmen von Artikel 37

1 — Urteil vom 20. Februar 1979, Rewe, Rechtssache 120/78, Slg. 1979, 649, Randnummer 8 der Entscheidungsgründe.

2 — Um einen Ausdruck von Generalanwalt Roemer in der erwähnten Rechtssache Sail, Slg. 1972, 141, 147, aufzugreifen.

mit Hilfe der in Artikel 36 aufgeführten Ausnahmen und, in bestimmten Fällen, anderer zwingender Erfordernisse „möglich ist, das Vorliegen von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen im Sinne dieses Artikels zu verneinen" [1].

Ich schlage Ihnen mit anderen Worten vor, die Gleichstellung von Artikel 37 und Artikel 30 dadurch zu ergänzen, daß auf den ersteren die mit Ihrem Urteil in der Rechtssache „Cassis de Dijon" eingeführte und später insbesondere in dem Urteil in der Rechtssache „Reisemitbringsel aus Irland" sowie Ihrem erst kürzlich ergangenen Urteil zum italienischen Wermut [2] näher dargelegte Methode übertragen wird.

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall werden Sie feststellen, daß ein einziges Argument der italienischen Regierung, und zwar das aus dem Verbraucherschutz abgeleitete, auf den ersten Blick insoweit geprüft werden könnte. Aufgrund der Durchsicht der diesem Gesichtspunkt gewidmeten Ausführungen erweist sich jedoch eine nähere Prüfung seiner Begründetheit als überflüssig. Die italienische Regierung macht nämlich geltend, die Unveränderlichkeit der Spanne schütze die Verbraucher dadurch, daß sie sie vor einer unkontrollierten Preissteigerung bewahre. Dieses Verteidigungsvorbringen ist somit wirtschaftlicher Art und als solches unzulässig.

VI — Die italienische Regierung bringt hilfsweise ein letztes, aus Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag abgeleitetes Verteidigungsmittel vor.

In dieser Bestimmung heißt es: „Für Unternehmen, die ... den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft."

Es handelt sich somit um eine Ausnahmebestimmung, die es Unternehmungen, die an sich mit dem EWG-Vertrag unvereinbar sind, ermöglichen, dem grundsätzlich aus dieser Unvereinbarkeit folgenden Verbot zu entgehen. Die italienische Regierung beruft sich also nur hilfsweise auf sie, d. h. für den Fall, daß sie die streitige Maßnahme für einen Verstoß gegen Artikel 37 Absatz 1 Unterabsatz 1 halten sollten. Artikel 90 Absatz 2 stellt eine Ausnahmebestimmung dar und ist als solche eng auszulegen [3].

Wie Sie wissen, ist die Frage, ob sich ein Mitgliedstaat auf Artikel 90 berufen kann, um der Anwendung von Artikel 37 zu entgehen, in der Lehre umstritten. So führt Franceschelli aus: „Artikel 37 muß Artikel 90 jedenfalls in dem Sinne vorgehen, daß auch diejenigen in den weiten Anwendungsbereich von Artikel 90 fallenden Monopole, welche Diskriminierungen in den Versorgungs- und Absatzbedingungen bewirken, in der Weise umzuformen sind, daß dieser Unterschied nach Ablauf der Übergangszeit verschwindet und somit der Grundsatz der Nichtdiskriminierung beachtet wird, der zu Recht als ein grundlegendes Prinzip des EWG-Vertrags bezeichnet wird ... Artikel 90 als eine *gestattende* Vorschrift

1 — Urteil vom 17. Juni 1981, Kommission/Irland, Rechtssache 113/80, Slg. 1981, 1629, Randnummer 9 der Entscheidungsgründe.

2 — Urteil vom 20. April 1983, Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft, Rechtssache 59/82, Randnummer 11 der Entscheidungsgründe, Slg. 1983, 1217.

3 — Urteil vom 21. März 1974, BRT/SABAM, Rechtssache 127/73, Slg. 1974, 313, Randnummer 19 der Entscheidungsgründe.

muß Artikel 37, der in seinem ersten Absatz ein *Gebot* enthält, weichen" [1].

Auch bei van Hecke heißt es:

„In its relation to article 90, article 37 must be seen as a special provision taking precedence over the more general provisions of article 90" [2].

Trotz des Gewichts dieser Argumente bin ich dennoch unter anderem mit Colliard der Ansicht, daß „die Verbindung beider Vorschriften Artikel 90 zum Zuge kommen läßt, der weitergehende und endgültigere Ausnahmen beinhaltet". Die umgekehrte Lösung scheint mir nämlich Artikel 90 einen Teil seiner praktischen Wirksamkeit zu nehmen.

Nach Überwindung dieses Hindernisses müssen noch die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sein, damit diese Bestimmung im vorliegenden Fall eingreift:

— Das italienische Tabakmonopol muß ein Finanzmonopol im Sinne dieser Vorschrift sein.

— Ohne das System fester Spannen muß die Erfüllung der fiskalischen Aufgabe des Monopols verhindert werden.

— Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Die Kommission vertritt den Standpunkt, daß keine dieser Voraussetzungen erfüllt sei.

Prüfen wir sie somit nacheinander.

A — Ist das italienische Tabakmonopol ein Finanzmonopol im Sinne von Artikel 90 Absatz 2? Diese Frage zieht eine andere nach sich: Was ist ein Finanzmonopol im Sinne dieser Bestimmung?

Für die Kommission ist das italienische Tabakmonopol kein Finanzmonopol; die italienische Regierung habe kein Recht, sich auf Artikel 90 Absatz 2 zu stützen. Ein Monopol könne nicht bereits dann als Finanzmonopol bezeichnet werden, wenn es die Aufgabe habe, eine Verbrauchsteuer zugunsten der Staatskasse zu erheben. Es müsse darüber hinaus die Maximierung der Steuereinnahmen zum wesentlichen Zweck haben. Die Steuereinnahmen aus dem Verkauf von Tabakwaren in den Mitgliedstaaten, in denen kein Handelsmonopol bestehe, seien nun aber nicht niedriger als in den Mitgliedstaaten mit einem derartigen Monopol. Es gehe nämlich aus einer über die Steuereinnahmen aus Tabakwaren im Jahr 1978 angestellten Untersuchung hervor, daß — welches Kriterium man auch wähle — die beiden Staaten mit einem Handelsmonopol beim Steueraufkommen aus dem Tabakwarenverkauf nicht an der Spitze der Mitgliedstaaten lägen.

Die italienische Regierung hält diesem Standpunkt zahlreiche Argumente entgegen. Sie macht sich zunächst die Bemerkung von Pappalardo zu eigen, wonach „in der Praxis ... alle Finanzmonopolunternehmen neben dem Zweck, der sie als solche charakterisiert, noch andere und schwer von diesem zu trennende Zwecke [verfolgen], weil ein modernes Finanzmonopol eine organische Einheit darstellt, in der die verschiedenen Zwecke eng voneinander abhängen" [3]. Deshalb seien, wie auch Frignani und Waelbroek bemerkten, „die Finanzmonopole staatliche Monopole, deren (wenn auch nicht ausschließlicher) Zweck die Erzielung von Steuereinnahmen ist" [4].

1 — Les monopoles dans le marché commun, l'article 37 du Traité de Rome, Travaux d'un groupe d'études 1965-1967, Ligue internationale contre la concurrence déloyale, Mailand, 1968, S. 75.

2 — Government enterprises and national monopolies under the EEC Treaty, Common market law review, Band III/1965-1966, Nr. 4, S. 454.

3 — Kommentar zu Artikel 90 in Quadri-Monaco-Trabucchi, „Commentario CEE", Mailand 1965, S. 696.

4 — Disciplina della Concorrenza nella CEE, Neapel 1978, S. 120.

Die italienische Regierung kritisiert sodann die restriktive Auffassung der Kommission. Sie ist der Auffassung, daß ein Monopol seinen Charakter als Finanzmonopol selbst dann behält, wenn es nicht auf die Maximierung der Steuereinnahmen gerichtet ist.

Die Kommission räumt ein, daß ihre Auslegung restriktiv ist. Nach ihrer Meinung ist aber eine derartige Auslegung wegen des Ausnahmecharakters des Regelungsgehalts von Artikel 90 im Verhältnis zum Grundsatz des EWG-Vertrags geboten.

In dieser Hinsicht erscheint es mir sehr schwer, dem Standpunkt der Kommission beizupflichten. Gewiß ist unbestreitbar, daß Artikel 90 Absatz 2 als Ausnahmebestimmung eng ausgelegt werden muß. Ferner ist die Frage eigentlich nicht streitig, ob ein Monopol zugleich ein Handelsmonopol im Sinne von Artikel 37 und ein Finanzmonopol im Sinne von Artikel 90 sein kann, denn die Kommission hat dies in ihrer Klagebeantwortung eingeräumt. Es erscheint mir im übrigen unmöglich, das Gegenteil zu vertreten [1].

Unter diesen Umständen geht es im Kern um die Frage, ob der Zweck der Maximierung der Steuereinnahmen eine unerläßliche Voraussetzung für den Charakter eines Monopols als Finanzmonopol darstellt. Ich bin nicht dieser Meinung. Wie eine italienische Regierung ausführt, mag diese Zielsetzung aus allgemeinen wirtschaftspolitschen Erwägungen (Bekämpfung der Inflation), aus Erwägungen der Sozialpolitik (Vorrang für die Erhöhung der direkten Steuern) oder der Strukturpolitik (z. B. Belebung des Tabakwarenverbrauchs unter dem Druck von in bestimmten Regionen einflußreichen Herstellern von Rohtabak) während eines mehr oder weniger langen Zeitraums nicht mit Vorrang verfolgt werden. Das darf nicht den Verlust des Charakters als Finanzmonopol zur Folge haben. Der Umstand, daß ein Monopol mit dem Ziel eingerichtet worden ist, mehr Einnahmen zu erzielen, als es sonst möglich wäre, genügt meines Erachtens, um das Monopol als Finanzmonopol anzusehen.

Im übrigen ist das geringere Steueraufkommen in den Ländern mit Monopol gegenüber den Ländern ohne Monopol offensichtlich kein ausreichender Beweis dafür, daß ein Monopol nicht den Charakter eines Finanzmonopols hat. Dieser Unterschied kann auf zahlreiche Faktoren zurückzuführen sein, die mit dem Bestehen des Monopols nichts zu tun haben. Denken wir, um einige Beispiele unter vielen zu nennen, an die Struktur der Besteuerung (jeweiliger Anteil der Mehrwertsteuer und der Sonderverbrauchsteuer; Anteil des spezifischen und des proportionellen (ad valorem) Elements der Sonderverbrauchsteuer), an die Organisation der Herstellung und des Vertriebs (für letzteren etwa an die Vorschriften über die Werbung) oder einfach an die Verbrauchsgewohnheiten.

Diese Feststellung wäre im übrigen selbst dann nicht beweiskräftig, wenn man die enge Auffassung der Kommission gelten ließe. Ein Monopol, dem seine Schöpfer eindeutig einen fiskalischen Zweck gegeben haben, verliert nicht deswegen seinen Charakter als Finanzmonopol, weil die Steuereinnahmen tatsächlich geringer ausfallen, als mit seiner Schaffung angestrebt worden war. Das Gegenteil gelten zu lassen, liefe darauf hinaus, Zweck und Wirkung der Schaffung eines Monopols oder mit anderen Worten Absicht und Ergebnis zu verwechseln.

Obwohl ich eine autonome gemeinschaftliche Definition des Begriffs des Finanz-

1 — Anzumerken ist, daß in der Rechtssache Manghera die Standpunkte der Kommission und Italiens umgekehrt waren: siehe Schlußanträge des Generalanwalts Warner, Slg. 1976, 103, 106.

monopols einer Verweisung auf einzelstaatliche Definitionen vorziehen würde, scheint es mir ferner nützlich anzumerken, daß im italienischen Recht das Tabakmonopol als „der typische Fall eines Finanzmonopols" angesehen wird [1]. Genauso verhält es sich im übrigen mit dem französischen Tabakmonopol im französischen Recht [2]. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß die Corte di cassazione bereits entschieden hat, daß das italienische Tabakmonopol den Charakter eines Finanzmonopols besitzt und somit in den Anwendungsbereich des Artikels 90 Absatz 2 fällt [3].

Jedenfalls bin ich auch ausgehend von einer autonomen Definition aus den dargelegten Gründen der Ansicht, daß die erste Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 90 Absatz 2 erfüllt ist: Das italienische Tabakmonopol ist ein Finanzmonopol im Sinne dieser Bestimmung.

B — Damit die in Artikel 90 Absatz 2 vorgesehene Ausnahme zur Anwendung gelangen kann, ist weiterhin erforderlich, daß ohne die einheitlichen Spannen „die Erfüllung der [den Monopolen] übertragenen besonderen Aufgabe ... verhindert" wird. Nach meiner Auffassung ist dies von dem Mitgliedstaat, der sich auf diese Vorschrift beruft, darzutun. Bei ihm liegt die Beweislast [4].

Diese Formulierung stellt tatsächlich zwei Voraussetzungen auf. Unter die gesetzliche Ausnahme fallen zunächst nur bestimmte Tätigkeiten, die zu der besonderen Aufgabe des Finanzmonopols gehören [5]. Unterstellt, diese Voraussetzung sei erfüllt, so kommt die Ausnahme nur zum Zuge, wenn die Anwendung der normalen Vertragsvorschriften, zu denen Artikel 37 gehört, die Durchführung der besonderen, dem Monopol zugewiesenen Aufgabe unmöglich macht. Um die Anwendung der normalen Vorschriften des Vertrags auszuschließen, reicht es mit anderen Worten nicht aus, daß diese Anwendung die Erfüllung der dem Monopol zugewiesenen Funktion schwieriger macht. Es muß hinzukommen, daß dieses, um seine Aufgaben wahrzunehmen, keine andere Wahl hat, als gegen die anderen Bestimmungen des EWG-Vertrags zu verstoßen. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Ausdruck „*ver*hindert" im Deutschen und im Niederländischen und „fait échec" im Französischen [4]. Es handelt sich somit um äußerst einschränkende Voraussetzungen, die nur in sehr außergewöhnlichen Fällen erfüllt sein dürften.

Ich meine nicht, daß sie hier erfüllt sind.

Für die italienische Regierung trägt die Unveränderlichkeit der Spanne entscheidend zur Transparenz und Kontrolle der Endverkaufspreise der Monopolwaren sowie zur Begrenzung des Phänomens des Schmuggels bei. Sie gewährleiste ferner die neutrale und paritätische Stellung der Einzelhändler: neutral in dem Sinne, daß sie in bezug auf die von ihnen verkauften Erzeugnise völlig unparteiisch zu sein hätten, paritätisch in dem Sinne, daß zwischen ihnen keine Konkurrenz bestehen dürfe.

Wie sich feststellen läßt, wiederholt die italienische Regierung an dieser Stelle lediglich die bereits gegen die Rügen der Kommission vorgebrachten Argumente, die mir nicht stichhaltig erschienen. Die

1 — Erklärungen der italienischen Regierung in der erwähnten Rechtssache Manghera, Slg. 1976, 91, 95.

2 — Erklärung des Vertreters der französischen Regierung in der Rechtssache 90/82.

3 — Corte di cassazione, Sezione III, Urteil vom 17. Januar 1975, zitiert in Eversen/Sperl, 1975, Nr. 1048; so auch Deringer, The competition law of the EEC, New York 1968, Nr. 888, S. 252.

4 — So auch Deringer, a. a. O., Nr. 894.

5 — Deringer, a. a. O., Nr. 892.

Ersetzung des gegenwärtigen Systems der einheitlichen Spannen durch ein mit Artikel 37 übereinstimmendes System kann die Erfüllung der dem italienischen Tabakmonopol übertragenen fiskalischen Aufgabe nicht verhindern. Ich bin noch nicht einmal sicher, daß ein System mit variabler Spanne — wenn im übrigen alles beim alten bleibt — die Steuereinnahmen des Monopols überhaupt vermindert. In einem derartigen System würden nämlich die Importeure wahrscheinlich die Spanne bei bestimmten Erzeugnissen erhöhen, wie die italienische Regierung zu befürchten angibt. Diese Anhebung dürfte jedoch ein entsprechendes Mehr an Steuereinnahmen zur Folge haben. Selbst wenn die Importeure das „aggio" für andere Waren herabsetzen würden, was sich in einer Senkung der Kleinverkaufspreise äußern würde, so würden sich hieraus nicht notwendigerweise Steuereinnahmeverluste ergeben, weil die Preissenkung möglicherweise durch die Steigerung der Verkaufsmengen ausgeglichen würde.

C — Da sich die italienische Regierung auf das nach Artikel 90 Absatz 2 Satz 1 unter bestimmten Voraussetzungen bestehende Recht, von den allgemeinen Vorschriften des EWG-Vertrags abzuweichen, nicht berufen kann, erübrigt sich die Prüfung, ob ihr dieses Recht im vorliegenden Fall durch die Einschränkung des zweiten Satzes desselben Artikels wieder genommen wird. Sollten Sie jedoch zu dem gegenteiligen Schluß gelangen, scheint mir, daß der Wortlaut des zweiten Satzes hier der Anwendung des ersten nicht entgegenstehen dürfte. Um nämlich die normalen Vorschriften des EWG-Vertrags wieder zum Zuge kommen zu lassen, wenn die in Artikel 90 Absatz 2 Satz 1 genannten Voraussetzungen erfüllt sind, muß der Ausschluß dieser Vorschriften die Entwicklung des Handelsverkehrs in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Ohne daß es erforderlich wäre, in der umstrittenen Frage der Bedeutung dieses letzteren Begriffs Partei zu ergreifen, genügt es festzustellen, daß das System der einheitlichen Handelsspannen die *Entwicklung* des Handelsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt hat. Wie die italienische Regierung zu Recht bemerkt, ist diese Wendung deutlich enger als jene Ihrer klassischen Definition der Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen. Bei der fraglichen Wendung liegt der Akzent auf der Zunahme des Handels innerhalb des Gemeinsamen Marktes; diese Voraussetzung ist deshalb nur erfüllt, wenn die negative Auswirkung der angegriffenen Maßnahmen auf die Entwicklung des Handels wesentlich ist [1]. Eine Maßnahme, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel potentiell zu behindern, und die somit mit Artikel 37 unvereinbar ist, beeinträchtigt nicht die Entwicklung des Handelsverkehrs im Sinne von Artikel 90 Absatz 2.

Eben das ist der Fall bei der einheitlichen Handelsspanne für Tabakwaren in Italien. Die auf Ihr Verlangen von der italienischen Regierung in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Zahlen beweisen jedenfalls, auch wenn man sich die kritischen Bemerkungen der Kommission zu ihrer Berechnungsgrundlage zu eigen macht, daß die Menge der aus dem Ausland eingeführten und in Italien verkauften Tabakwaren (fünftes Schaubild, vierte Spalte) stärker zugenommen hat als die Menge der Erzeugnisse, die in diesem Land unter einer nationalen Marke oder unter ausländischer Lizenz hergestellt worden sind (dasselbe Schaubild, zweite Spalte, Inländische Erzeug-

1 — So Deringer, a. a. O., Nr. 900.

nisse, und dritte Spalte, Erzeugnisse unter ausländischer Lizenz).

Da jedoch die italienische Regierung nicht hat nachweisen können, daß das System einheitlicher Handelspannen für die Erfüllung der fiskalischen Aufgabe ihres staatlichen Tabakmonopols unerläßlich ist, dürfte ihrem Versuch, dem Verbot des Artikels 37 mit Hilfe von Artikel 90 Absatz 2 zu entgehen, kein Erfolg beschieden sein.

Ich beantrage deshalb, wie folgt für Recht zu erkennen:

1. Die Italienische Republik hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 37 Absatz 1 Unterabsatz 1 EWG-Vertrag verstoßen, daß sie ein System fester prozentualer Handelsspannen für den Handel mit Tabakwaren beibehalten hat.

2. Die Italienische Republik wird verurteilt, die Kosten zu tragen.