2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Urteil in der Hauptsache vorbehalten.

Luxemburg, den 17. Januar 1980

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN-PIERRE WARNER VOM 9. JANUAR 1980 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Der dieser Rechtssache zugrunde liegende Sachverhalt und das Vorbringen der Parteien sind Ihnen geläufig; eine Wiederholung kann ich mir ersparen.

In ihrer schriftlichen Stellungnahme zu dem Antrag auf Erlaß einstweiliger Anordnungen hebt die Kommission zwei Punkte zur Zulässigkeit der Klage im Hauptverfahren, soweit diese auf Artikel 173 des Vertrages gestützt wird, hervor. Heute morgen wurde des längeren die Frage erörtert, ob diese Punkte beim gegenwärtigen Stand des Verfahrens erheblich seien. Meiner Meinung nach sind sie es notwendigerweise, denn wenn Sie, meine Herren Richter, zu der Auffassung gelangen sollten, daß die Klage im Hauptverfahren eindeutig unzulässig ist, muß der vorliegende Antrag zurückgewiesen werden, oder es wäre Ihnen jedenfalls möglich, ihn mit dieser Begründung zurückzuweisen.

Das erste Argument besagt, das von einem Beamten der Kommission unterzeichnete Schreiben vom 27. August 1979, in dem dieser den Anwälten der Antragstellerin mitteilte:

„Ich bedauere, Ihrem Antrag, einstweilige Maßnahmen zu ergreifen, nicht entsprechen zu können. Für ein solches Verfahren besteht im Gemeinschaftsrecht keine Rechtsgrundlage",

stelle weder seiner Form noch seinem Inhalt nach eine Entscheidung der Kommission dar. Die Kommission zitiert insoweit die Schlußanträge von Generalanwalt Mayras in den Rechtssachen 109 und 114/75 (*NCC/Kommission*, Slg. 1977, 381), denen wegen der späteren Einstellung des Verfahrens kein Urteil des Gerichtshofes folgte. Es scheint mir, daß, wie die Antragstellerin vorgetragen hat, diese Schlußanträge, in denen Generalanwalt Mayras das anwendbare Recht sehr sorgfältig geprüft hat, ein klares Argument gegen das Vorbringen der Kom-

1 — Aus dem Englischen übersetzt.

mission darstellen, denn Generalanwalt Mayras hat die Auffassung vertreten, daß das vergleichbare Schreiben in jener Rechtssache, von einem Umstand abgesehen, eine Entscheidung der Kommission gewesen wäre, auf deren Aufhebung die Klägerin hätte klagen können. Dieser Umstand war der, daß das Schreiben lediglich eine frühere stillschweigende Entscheidung der Kommission bestätigte. Ich würde daher das Vorbringen der Kommission zu diesem ersten Punkt zurückweisen.

Zweitens meint die Kommission, ohne allerdings auf diesem Punkt zu bestehen, die Klage des Hauptverfahrens sei möglicherweise nicht innerhalb der in Artikel 173 vorgesehenen Frist erhoben worden. Das Schreiben vom 27. August trägt einen Stempel, aus dem hervorgeht, daß es den Anwälten der Klägerin am 4. September 1979 zugegangen ist. Die in Artikel 173 vorgeschriebene Zweimonatsfrist wäre demnach am 4. November 1979 abgelaufen. Dieser Tag fiel jedoch auf einen Sonntag, so daß gemäß Artikel 80 Absatz 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes der letzte Tag, an dem die Klage erhoben werden konnte, der 5. November 1979 war. Tatsächlich ist sie an diesem Tag erhoben worden. Das zweite von der Kommission vorgetragene Argument greift demnach meines Erachtens ebenfalls nicht durch.

Aufgrund dieses Ergebnisses ist es völlig unnötig, die Zulässigkeit der Klage noch insoweit zu prüfen, als sie auf Artikel 175 des Vertrages gestützt wird. Ich teile die Auffassung von Generalanwalt Mayras, der in der Rechtssache *NCC* dargelegt hat, daß ein Kläger, der durch die Weigerung der Kommission, eine bestimmte Maßnahme zu ergreifen, beschwert ist, das Recht haben muß, gegen die Kommission entweder gemäß Artikel 33 EGKS-Vertrag oder Artikel 173 EWG-Vertrag Anfechtungsklage *oder* gemäß Artikel 35 EGKS-Vertrag oder Artikel 175 EWG-Vertrag Untätigkeitsklage zu erheben. Man kann ihm nicht beide Klagearten verweigern. Ich stimme aber auch der Auffassung der Kommission zu, daß er nicht beide Klagearten gleichzeitig wählen kann. Er kann höchstens beide Klagen alternativ erheben, und das hat die Antragstellerin hier getan.

Ich wende mich nun dem Kern des Rechtsstreits zu, insbesondere der Hauptfrage, ob die Kommission befugt ist, im Rahmen des Verwaltungsverfahrens nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 einstweilige Maßnahmen zu treffen.

Im Falle der Verneinung dieser Frage muß der vorliegende Antrag auf Erlaß einstweiliger Anordnungen meines Erachtens zwangsläufig zurückgewiesen werden, denn in diesem Falle könnte der Gerichtshof weder dem Klageantrag der Antragstellerin im Hauptverfahren entsprechen und die Kommission anweisen, einstweilige Maßnahmen zu treffen, noch selbst einstweilige Anordnungen erlassen. Er kann sie deshalb nicht selbst erlassen, weil, wie die Kommission uns in ihrer schriftlichen Stellungnahme ins Gedächtnis gerufen hat, ein Antragsteller vor dem Gerichtshof mit seinem Antrag auf Erlaß einstweiliger Anordnungen nur dann durchdringen kann, wenn er darlegt, daß seine Rechtsposition im Hauptverfahren, wie die Kommission es formuliert hat, „prima facie richtig ist" — ich würde sagen: daß zumindest gute Gründe für sie sprechen. Dies bedeutet im vorliegenden Fall, daß, wenn die Kommission nach geltendem Recht nicht befugt ist, im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 einstweilige Maßnahmen zu ergreifen, die Klage im Hauptverfahren zweifellos unbegründet ist.

Daß der Kommission ausdrücklich keine derartige Befugnis verliehen worden ist,

ist meiner Meinung nach offenkundig. Die Kommission meint jedoch, sie sollte so behandelt werden, als verfüge sie über eine „immanente oder stillschweigend verliehene Befugnis", derartige Maßnahmen zu treffen. Auch die Antragstellerin ist der Auffassung, daß die Kommission eine solche stillschweigend verliehene Befugnis besitze.

Ich kann die Auffassung, die Kommission besitze möglicherweise insoweit eine „immanente" Befugnis, sehr kurz abtun. Ein Körperschaft, die durch eine juristische Übereinkunft geschaffen worden ist, hat keine „immanenten" Befugnisse. Sie hat nur die Befugnisse, die ihr in dieser Übereinkunft oder aufgrund dieser Übereinkunft entweder ausdrücklich oder als notwendige Folge der ihr zugewiesenen Aufgaben verliehen worden sind. Dadurch unterscheidet sie sich zum Beispiel von einer natürlichen Person oder einem Gebilde, das unabhängig von irgendwelchen Übereinkünften besteht, wie zum Beispiel ein souveräner Staat.

Die Frage ist also die, ob die fragliche Befugnis der Kommission als notwendige Folge der ihr zugewiesenen Aufgaben stillschweigend verliehen worden ist, und zwar entweder durch den EWG-Vertrag oder durch aufgrund des EWG-Vertrags erlassene Rechtsvorschriften, das heißt hier durch die Verordnung Nr. 17.

Eine derartige Befugnis dem EWG-Vertrag entnehmen zu wollen, widerspräche meines Erachtens den Bestimmungen dieses Vertrages. Artikel 87 sagt klar, daß eine derartige Befugnis der Kommission nur durch einen Rechtsakt des Rates verliehen werden kann. Die Übergangsbestimmungen der Artikel 88 und 89 sehen vor, daß, bis der Rat die in Artikel 87 vorgesehenen „zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 niedergelegten Grundsätze" erlassen hat, die Behörden der Mitgliedstaaten die Hauptlast der Verwirklichung dieser Grundsätze zu tragen hätten. Die Befugnisse der Kommission sind darauf beschränkt, diesen Behörden „geeignete Mittel" vorzuschlagen und äußerstenfalls eine Zuwiderhandlung gegen diese Grundsätze in einer mit Gründen versehenen Entscheidung festzustellen und die Mitgliedstaaten zu ermächtigen, „die erforderlichen Abhilfemaßnahmen zu treffen". Ich glaube nicht, daß man den ersten Satz des Artikels 89 so, wie dies heute morgen vorgeschlagen worden ist, von dem Rest dieses Artikels trennen kann. Ich glaube auch nicht, daß man die allgemeine Bestimmung des Artikels 155 so auslegen kann, als ginge sie den besonderen Bestimmungen der Artikel 87 bis 89 vor.

Wir sind auf die Beschlüsse des Präsidenten Lecourt in der Rechtssache *Miles Druce* (Slg. 1973, 1049, und 1974, 281) und auf seinen Beschluß über den Antrag auf Erlaß einstweiliger Anordnungen in der Rechtssache *NCC* (Slg. 1975, 1193) hingewiesen worden.

Meines Erachtens sind diese Beschlüsse anders zu sehen.

Erstens unterscheidet sich nicht nur der Wortlaut, sondern der ganze Aufbau der Bestimmungen des EGKS-Vertrags, auf die diese Beschlüsse sich stützen, insbesondere die Artikel 60 und 66, ganz erheblich von dem Wortlaut und dem Aufbau der hier in Frage stehenden Bestimmungen des EWG-Vertrags. Diese Bestimmungen des EGKS-Vertrags sehen insbesondere nicht vor, daß die entsprechenden Befugnisse der Kommission vom Rat festzusetzen seien. Sie sind in einer elastischen Ausdrucksweise im Vertrag selbst festgelegt.

Darüber hinaus handelte es sich in der Rechtssache *Miles Druce* bei den Vorschriften, die der Antragsteller besonders anführte und auf die Präsident Lecourt

sich in dem ersten seiner beiden Beschlüsse stützte, um den dritten Absatz des Artikels 66 § 5 EGKS-Vertrag, in dem die Kommission ausdrücklich ermächtigt wird, „die einstweiligen Maßnahmen [zu] ergreifen oder [zu] veranlassen, die sie ... für erforderlich hält ...".

In der Rechtssache *NCC* begehrte die NCC mit ihrem Hauptantrag allerdings eine Feststellung der Kommission, daß der National Coal Board nicht gegen den EGKS-Vertrag verstoßen habe. Der Fall lag damit so, als wäre im vorliegenden Fall die Feststellung beantragt worden, daß die Firmen Hasselblad nicht gegen den EWG-Vertrag verstoßen hätten. In einer derartigen Situation ist der Standpunkt durchaus vertretbar, der Gerichtshof besitze selbst die Entscheidungsbefugnis zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen und diese (sehr umfassend ausgestaltete) Entscheidungsbefugnis des Gerichtshofes umfasse aus den von Präsident Lecourt in seinem Beschluß dargelegten Gründen — wie zum Beispiel klare Aufgabentrennung zwischen dem Gerichtshof und der Kommission sowie bessere Sachkenntnis der Kommission — auch die Befugnis, die Kommission anzuweisen, derartige Maßnahmen zu treffen. Im vorliegenden Fall ist dieser Ansatz jedoch verfehlt, da die einzige Entscheidung der Kommission, um die es geht, sich auf ihre eigene Befugnis, einstweilige Maßnahmen zu erlassen, bezieht.

Es bleibt die Verordnung Nr. 17, deren Artikel 3 wie folgt lautet:

„1. Stellt die Kommission auf Antrag oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 oder 86 des Vertrages fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen.

2. Zur Stellung eines Antrags sind berechtigt:
   a) Mitgliedstaaten,
   b) Personen und Personenvereinigungen, die ein berechtigtes Interesse darlegen.

3. Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieser Verordnung kann die Kommission, bevor sie eine Entscheidung nach Absatz 1 erläßt, Empfehlungen zur Abstellung der Zuwiderhandlung an die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen richten."

Aus dieser Vorschrift ergibt sich meines Erachtens eine klare Unterscheidung zwischen dem, was die Kommission unternehmen kann, sobald sie eine Zuwiderhandlung festgestellt hat, und dem, was sie unternehmen kann, bevor sie dieses Stadium erreicht hat. Eine Befugnis der Kommission, vor Erlaß einer auf die Feststellung einer Zuwiderhandlung gegründeten Entscheidung mehr als Empfehlungen an die beteiligten Unternehmen zu richten, ist mit Artikel 3 unvereinbar. Heute morgen sind wir daran erinnert worden, daß eine Entscheidung gemäß Artikel 3 Absatz 1 erst nach Durchlaufen eines bestimmten vorgeschriebenen Verfahrens erlassen werden kann. So muß insbesondere dem oder den beteiligten Unternehmen eine Mitteilung der Beschwerdepunkte übersandt worden sein, ihnen muß Gelegenheit gegeben worden sein, dazu Stellung zu nehmen, und der Beratende Ausschuß muß angehört worden sein. Vor der Abgabe einer Empfehlung gemäß Absatz 3 sind dagegen keine derartigen Förmlichkeiten erforderlich. Die Schwierigkeit besteht jedoch meiner Meinung nach darin, daß nach Artikel 3 keine das oder die beteiligten Unternehmen bindende Entscheidung getroffen werden kann, bevor eine Zuwiderhandlung festgestellt worden ist.

Andere umfassende und ins einzelne gehende Befugnisse zum Erlaß einstweiliger Maßnahmen sind der Kommission in Artikel 11 und 14 der Verordnung übertragen worden, und sie sind durch die in Artikel 15 und 16 enthaltenen Vorschriften über Geldbußen und Zwangsgelder verstärkt worden. Aus keiner dieser Vorschriften ergibt sich jedoch auch nur entfernt eine Befugnis der Kommission, einstweilige Maßnahmen der hier in Frage stehenden Art zu ergreifen.

Ich gelange somit zu dem Ergebnis, daß eine derartige Befugnis der Kommission in der Verordnung Nr. 17 nicht nur nicht als notwendige Folge der ihr zugewiesenen Aufgaben übertragen worden ist, sondern daß in Wirklichkeit aus dem Wortlaut dieser Verordnung notwendig folgt, daß ihre Verfasser keineswegs beabsichtigten, der Kommission eine solche Befugnis zu verleihen.

Ob sie damit Recht hatten oder nicht, steht nicht zu Debatte. Die Antragstellerin und die Kommission haben teilweise überzeugende Gründe dafür vorgetragen, daß es wünschenswert wäre, wenn die Kommission eine solche Befugnis hätte. Meiner Meinung nach sollten diese Gründe dem Rat vorgetragen werden und nicht dem Gerichtshof. Aufgabe des Gerichtshofes ist es, zu entscheiden, was Rechtens ist, und nicht, was Rechtens sein sollte.

Im Ergebnis meine ich, daß der Antrag zurückgewiesen und die Antragstellerin in die den Firmen Hasselblad entstandenen Kosten verurteilt werden sollte. Die Kommission hat die Erstattung ihrer Kosten nicht beantragt.