SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS G. FEDERICO MANCINI

vom 31. März 1987 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Am 8. Juli 1985 erließ die Kommission der Europäischen Gemeinschaften die Entscheidung (K(85) 1089) zur Einführung eines Mitteilungs- und Abstimmungsverfahrens über die Wanderungspolitik gegenüber Drittländern und gab sie drei Tage später den Ständigen Vertretungen der Mitgliedstaaten bekannt. Am 18. Juli 1985 wurde der Ständigen französischen Vertretung eine geänderte Fassung (C(85) 1089 Rév.) bekanntgegeben; der Rechtsakt wurde endgültig als Entscheidung 85/381 im Amtsblatt vom 14. August 1985 (ABl. L 217, S. 25) veröffentlicht.

Mit Klageschriften, die zwischen dem 17. und 23. September 1985 eingegangen sind, haben die Bundesrepublik Deutschland (Rechtssache 281/85), die Französische Republik (Rechtssache 283/85), das Königreich der Niederlande (Rechtssache 284/85), das Königreich Dänemark (Rechtssache 285/85) und das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (Rechtssache 287/85) die Nichtigerklärung dieser Entscheidung beantragt. Außerdem sind mit drei Beschlüssen vom 19. Februar 1986 die Niederlande als Streithelfer Deutschlands, das Vereinigte Königreich als Streithelfer Frankreichs und das Europäische Parlament als Streithelfer der Kommission zugelassen worden. Schließlich hat der Gerichtshof mit Beschluß vom 9. Juli 1986 a) die Entscheidung über die von der Kommission in der Rechtssache 284/85 aufgeworfene Frage der Zulässigkeit dem Endurteil in dieser Sache vorbehalten und b) die fünf Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Meine Schlußanträge beziehen sich daher auf alle Klagen.

2. Die streitige Entscheidung gründet sich auf Artikel 118 EWG-Vertrag, der die Kommission ihrer Ansicht nach ermächtigt, „die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im sozialen Bereich ... zu fördern und zu diesem Zweck ein geeignetes Beratungsverfahren zu entwickeln" (siebte Begründungserwägung). Die Entscheidung enthält drei Gruppen von Vorschriften, die alle an die Mitgliedstaaten gerichtet sind: Artikel 1 erlegt ihnen eine Reihe von Informationspflichten auf, Artikel 3 umschreibt das Ziel der Abstimmung, zu der die einzelnen Regierungen aufgefordert sind und die Artikel 2 und 4 regeln die Einzelheiten des Durchführungsverfahrens.

Die Mitteilungen, zu denen die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, betreffen ihre Wanderungspolitik; es geht also um ihre Maßnahmen und Abkommen, die dieser Politik gedient haben (Artikel 1 Absatz 2) oder dienen sollen. Die Kommission interessieren allerdings vor allem die in Vorbereitung befindlichen Maßnahmen. Nach Artikel 1 Absatz 1 haben die Mitgliedstaaten nämlich rechtzeitig oder spätestens zum Zeitpunkt der Bekanntmachung mitzuteilen: a) die geplanten Maßnahmen gegenüber Arbeitnehmern aus Drittländern oder ihren Familienangehörigen hinsichtlich folgender Regelungsbereiche: Zuwanderung, Aufenthalt und Beschäftigung, auch wenn diese illegal erfolgen, Gleichbehandlung auf dem Gebiet der Lebens- und Arbeitsbedingun-

* Aus dem Italienischen übersetzt.

gen des Arbeitsentgelts und der wirtschaftsrechtlichen Ansprüche, der Förderung der beruflichen, sozialen und kulturellen Eingliederung und der freiwilligen Rückwanderung in das Herkunftsland; b) die eigens zur Regelung dieser Bereiche geplanten Abkommen; c) die Kooperationsabkommen mit Drittländern, die ausgehandelt oder verlängert werden sollen, soweit sie sich auf diese Gebiete erstrecken; d) die ebenfalls auszuhandelnden oder zu verlängernden Abkommen mit Drittländern über die Aufenthalts- und Beschäftigungsbedingungen der Gemeinschaftsangehörigen, die in Drittländern arbeiten, sowie deren Familienangehörigen.

Die Abstimmung verfolgt dreierlei Ziele. Erstens soll sie die gegenseitige Unterrichtung erleichtern, damit die Fragen von gemeinsamem Interesse ermittelt und eben dadurch gemeinsame Linien insbesondere für internationale Abkommen in bezug auf die Wanderung festgelegt werden können. Das zweite Ziel ist, sicherzustellen, daß die in Artikel 1 genannten geplanten Abkommen und Maßnahmen mit den Politiken und Initiativen der Gemeinschaft, einschließlich der Entwicklungshilfe, in Einklang stehen und deren Ergebnisse nicht beeinträchtigen, insbesondere was die Arbeitsmarktpolitik der Gemeinschaft betrifft. Drittens dient die Abstimmung der Prüfung der Zweckmäßigkeit von Maßnahmen, die von der Gemeinschaft oder den Mitgliedstaaten mit dem Ziel getroffen werden könnten, nationale ausländerrechtliche Vorschriften zu harmonisieren, die Aufnahme von möglichst vielen gemeinsamen Bestimmungen in die bilateralen Abkommen zu fördern und den Schutz der Gemeinschaftsangehörigen, die in Drittländern leben oder arbeiten, zu verbessern.

Wie bereits gesagt, regeln die Artikel 2 und 4 das Verfahren der Abstimmung. Nach Artikel 2 Absatz 1 wird innerhalb von zwei Wochen nach Eingang der Informationen über die beabsichtigten Abkommen und/oder nationalen Maßnahmen die Kommission wegen Anberaumung einer Abstimmung von sich aus tätig oder aber ein Mitgliedstaat stellt einen entsprechenden Antrag; die Abstimmung findet innerhalb der folgenden sechs Wochen oder, wenn ein Mitgliedstaat einen Dringlichkeitsantrag stellt, unverzüglich statt. Ebenfalls auf Antrag eines Mitgliedstaats oder auf Veranlassung der Kommission kann auch jederzeit eine Abstimmung erfolgen, die ich als „außerordentlich" bezeichnen möchte; sie muß sich jedoch auf Fragen beziehen, die nicht bereits Gegenstand einer ordentlichen Abstimmung waren oder die zumindest neue Gesichtspunkte enthalten.

Nach Artikel 4 obliegt die Durchführung der Abstimmung der Kommission, die den Vorsitz bei den Sitzungen führt und die Sekretariatsgeschäfte wahrnimmt. Jedoch bleiben die Zuständigkeit der bereits bestehenden Organe, insbesondere des Beratenden Ausschusses und des Fachausschusses für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, wie sie in der Verordnung Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 (ABl. L 257, S. 2) festgelegt sind, davon unberührt. Schließlich müssen die Mitgliedstaaten nach Artikel 4 alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um eine reibungslose Abwicklung des Abstimmungsverfahrens sicherzustellen und gegebenenfalls die ihnen bei dieser Gelegenheit zur Kenntnis gelangen Informationen geheimzuhalten.

3. Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung steht die Auslegung einer Primärvorschrift: des Artikels 118 EWG-Vertrag. Im Gegensatz zur Beklagten vertreten die klagenden Mitgliedstaaten nämlich die Ansicht, diese Vorschrift verleihe ihr keine Zuständigkeit im Bereich der Wanderungspolitik gegenüber Drittländern und rechtfertige vor allem nicht den Erlaß verbindlicher Rechtsakte. Es empfiehlt sich daher, unsere Untersuchung mit einer Prüfung dieser Vorschrift zu beginnen, insbesondere der für ihre Anwendung maßgeblichen Kriterien, der auf sie

gegründeten Rechtsakte sowie der bisherigen Praxis der Kommission bei den Konsultationen zwischen den Mitgliedstaaten.

Der Inhalt von Artikel 118, der in Kapitel 1 („Sozialvorschriften") des Titels III („die Sozialpolitik") steht, ist bekannt. Der erste der drei Absätze nennt die Ziele, die der Verordnungsgeber mit Erlaß dieser Vorschrift erreichen wollte: „Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen ... [des] Vertrages hat die Kommission entsprechend seinen allgemeinen Zielen die Aufgabe, eine enge Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten in sozialen Fragen zu fördern, insbesondere auf dem Gebiet der Beschäftigung, des Arbeitsrechts und der Arbeitsbedingungen, der beruflichen Ausbildung und Fortbildung, der sozialen Sicherheit, der Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten, des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit, des Koalitionsrechts und der Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern."

Im zweiten Absatz werden die Mittel genannt, deren sich die ausführende Gewalt bei der Durchsetzung dieser Ziele zu bedienen hat. „Die Kommission — so heißt es dort — [wird] in enger Verbindung mit den Mitgliedstaaten durch Untersuchungen, Stellungnahmen und die Vorbereitung von Beratungen tätig, gleichviel ob es sich um innerstaatliche oder um internationalen Organisationen gestellte Probleme handelt." Der dritte Absatz stellt eine wesentliche Formvorschrift auf, indem er verlangt, daß „vor Abgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Stellungnahmen ... die Kommission den Wirtschafts- und Sozialausschuß" hört.

Das vorausgeschickt, ist gleich anzumerken, daß über die Grundsätze des Artikels 118, an denen sich seine Anwendung orientieren muß — oder konkreter, über die Art und Weise, in der die Kommission von den ihr aufgrund dieser Vorschrift zugewiesenen Befugnissen Gebrauch machen soll — niemals Einverständnis erzielt wurde. Seit Beginn der 60er Jahre hat sich klar gezeigt, daß die Mitgliedstaaten oder ein großer Teil von ihnen den Gebrauch dieser Befugnisse in möglichst engen Grenzen halten wollten. So endeten die Treffen, zu denen die Kommission die für soziale Fragen zuständigen Behörden einlud, um Formen einer gegenseitigen Zusammenarbeit zu untersuchen, sehr bald in einem Fiasko; schwerer wiegt jedoch, daß die Regierungen starke Vorbehalte gegenüber dem Recht der Kommission anmeldeten, Empfehlungen zu erlassen (1967) und Stellungnahmen zu verfassen, obwohl letztere in der Vorschrift ausdrücklich angeführt werden. Die Stellungnahmen — so wurde ausgeführt — würden in Ausübung einer beratenden Funktion abgegeben; sie könnten daher nicht ohne ausdrückliches Ersuchen der Mitgliedstaaten erstellt und verbreitet werden.

Nicht weniger mißtrauisch und streng war die Haltung gegenüber den Untersuchungen. Zu diesem Punkt erarbeiteten die Vertreter der Mitgliedstaaten in den Sitzungen vom 24. Mai und 21./22. Oktober 1963 sogar einen richtigen Verhaltenskodex, den die Kommission hätte befolgen sollen. Im einzelnen wurde vereinbart: a) Vor der Durchführung einer Untersuchung über neue soziale Fragen müsse die Kommission das Vorhaben dem Rat oder den Regierungen vorlegen und dürfe es nur nach deren einstimmiger Genehmigung weiter verfolgen; b) ohne vorherige Zustimmung der Regierungen dürfe die Kommission aus den durchgeführten Untersuchungen keine Schlüsse ziehen, um auf deren Grundlage eine besondere Politik zu verfolgen; c) sie dürfe ohne die Beteiligung der Regierungen oder unabhängiger Sachverständiger nicht die Ergebnisse verwerten, zu denen die Konferenz über soziale Sicherheit von 1962 gelangt sei; d) die Entscheidung über die Beteiligung der Sozialpartner stehe in jedem einzelnen Fall ausschließlich den Regierungen zu.

Die nationalen Delegierten konnten sich jedoch nicht auf das Organ einigen, das die Untersuchungsthemen festlegen sollte; es ist jedoch bezeichnend für ihre Vorstellungen, daß die von ihnen geäußerten Zweifel sich auf das Problem beschränkten, ob dem Rat oder einer Regierungskonferenz im Rahmen des Rates der Vorzug zu geben sei (siehe Bericht des Parlamentsmitglieds Nederhorst über die Anwendung der Sozialvorschriften aus Artikel 118 des EWG-Vertrags, Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1965-1966, Dokument 60 vom 14. 6. 1965, S. 9 und Heyning,„Problèmes institutionnels posés par la mise en oeuvre d'une politique sociale au niveau communautaire" in *Revue du Marché commun*, 1967, S. 198 ff.).

Sicher fehlte es nicht an aufgeschlosseneren Stimmen. Insbesondere die italienische Regierung kritisierte in einem „memorandum sulla politica sociale" (1964) hart die bis dahin herrschende „restriktive Auslegung" des Artikels 118. Diese Auslegung — so heißt es dort — habe in eine Sackgasse geführt, da die Gemeinschaftsaktionen auf wenige kaum wirksame oder wirkungslose Maßnahmen beschränkt worden seien und für jeden verbindlicheren Beschluß das lähmende Verfahren der Konferenzen der Vertreter der Mitgliedstaaten erforderlich gewesen sei. Nichts hindere jedoch, die Ziele des Artikels 118 durch die „normale Dynamik" der Gemeinschaftseinrichtungen zu erreichen; auch lasse sich dem nicht entgegenhalten, die Kommission dürfe nach dieser Vorschrift nur eine enge Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten fördern, da die Vorschrift ebenfalls vorsehe, daß diese Aufgabe „unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrages" wahrgenommen werde (das Memorandum findet sich im Anhang zum Bericht von Nederhorst, a. a. O., S. 20).

Eine noch energischere Linie vertrat das Europäische Parlament. In seiner Entschließung vom 16. Juni 1965 befürwortet es eine ausgesprochen „weite" Auslegung des Artikels 118 und der anderen Artikel des Vertrages, „die ... ein Initiativrecht und einen Koordinierungsauftrag für die EWG-Kommission enthalten und aufgrund deren es gerechtfertigt ist, soziale Maßnahmen auf gemeinschaftlicher Ebene zu treffen". Es lehnte daher „den Standpunkt der Regierungen einiger Mitgliedstaaten ab, die der Ansicht sind, daß zunächst eine völlige Übereinstimmung zwischen ... [ihnen] erforderlich ist, bevor die EWG-Kommission berechtigt ist, neue Themen sozialer Art zu untersuchen oder Empfehlungen gemäß Artikel 118 abzugeben" (ABl. 1965, S. 2018).

Diese Stellungnahmen führten zu einer recht lebhaften Auseinandersetzung, die in der Hauptsache vom Rat und vom Parlament geführt wurde. Am 19. Dezember 1966 wies der Rat in einer Äußerung zum Thema der Untersuchungen kurz und bündig die Auffassung zurück, die die Mitgliedstaaten drei Jahre vorher vertreten hatten. Die Antwort der Versammlung erfolgte mit Nachdruck: So wandte sie sich in einer Entschließung vom 1. Februar 1967 „gegen die ... Tendenzen ... [bei denen] bi- oder multilateralen Ad-hoc-Verfahren der Vorzug vor Gemeinschaftsmaßnahmen gegeben würde, die im Einklang mit den Verträgen stehen und ihre politischen und rechtlichen Grundlagen in den darin von den Mitgliedstaaten eingegangenen Verpflichtungen haben". Doch der Rat schenkte dem keine Beachtung. Seine beiden Programme vom 19. Februar 1968 (im Anhang II zum Dok. 1413 f 68 (Dok. 84) vom 26. 9. 1968) und vom 29. Juli 1971 (ABl. C 23 vom 8. 3. 1972, S. 20) behandelten erneut die Frage der Untersuchungen und wiesen der Kommission eine in mancher Hinsicht noch beschränktere und unselbständigere Rolle zu. Ihr wurde das Recht eingeräumt, bei der Auswahl der Untersuchungsthemen mitzuwirken; zugleich wurde ihr jedoch die Befugnis genommen, selbständig Untersuchungen durchzuführen. „Der Stand der Arbei-

ten — so das Programm von 1971 — müßte *in regelmäßigen Abständen ... gemeinsam* geprüft werden, damit die Einheitlichkeit und der Zusammenhang dieses Programms ... gewahrt bleiben." (Hervorhebungen durch mich).

4. Meinungsverschiedenheiten also, aber vor allem Zurückhaltung, Mißtrauen und äußerste Verteidigung der nationalen Souveränität sogar gegenüber solchen Mitteln wie Empfehlungen oder Untersuchungen. Eine Analyse der auf Artikel 118 gegründeten Rechtsakte zeigt immerhin, daß die Kommission zumindest seit Ende der 60er Jahre sich nicht vollkommen in den Käfig einsperren ließ, den der Rat und die Mitgliedstaaten ihr zugedacht hatten. Sie führte Untersuchungen, dazu auf hohem Niveau, durch, und wenn sie, soweit mir bekannt ist, auch keine Stellungnahmen abgab, kamen aus dem Berlaymont-Gebäude doch mindestens zehn Empfehlungen. Zwar ist in Artikel 118 diese letzte Gruppe von Maßnahmen nicht aufgeführt, doch räumt Artikel 155 der Kommission die Befugnis zu ihrem Erlaß mit Formulierungen („auf den ... [im] Vertrag bezeichneten Gebieten", „soweit sie es für notwendig erachtet") ein, deren Tragweite nicht umfassender sein könnte. Allerdings ist der Hinweis angebracht — seine Bedeutung wird sich weiter unten zeigen — daß die von mir angeführten Empfehlungen *stets* dem Wirtschafts- und Sozialausschuß zur Stellungnahme vorgelegt wurden.

Schließlich eine Überraschung: Die streitige Maßnahme ist nicht die erste dieser Art, die die Kommission aufgrund des Artikels 118 erlassen hat. Am 25. Juli 1974 wurden nämlich durch die beiden Beschlüsse 74/441 und 74/442 die Paritätischen Ausschüsse für die sozialen Probleme der Seefischerei und der landwirtschaftlichen Arbeitnehmer eingesetzt, und es läßt sich, wie wir genauer weiter unten (unter Nr. 7.) sehen werden, nicht sagen, daß die Mitgliedstaaten und der Rat der Anwendung dieses Mechanismus feindlich oder auch nur mit einem Stirnrunzeln begegnet wären.

Kommen wir zu den Beratungen. Sie fanden häufig statt und waren unterschiedlicher Art: Einige wurden von den Regierungen beantragt und in Form von Ad-hoc-Treffen ihrer „Sozialberater" mit Gemeinschaftsbeamten abgehalten; andere, als „europäische Konferenzen" bezeichnet, wurden unter Beteiligung von Vertretern der Mitgliedstaaten, Delegierten der Sozialpartner und Sachverständigen durchgeführt und waren der Untersuchung einiger großer Probleme gewidmet (soziale Folgen des technischen Fortschritts, 1960, und soziale Sicherheit, 1962); andere wiederum wurden je nachdem Seminar, Meinungsaustausch, Studientagung oder Round-table-Gespräche genannt und waren der Untersuchung weniger anspruchsvoller Themen gewidmet (Sozialwohnungen, 1963, Arbeitsmedizin und Ausbildung im sozialen Bereich, 1964). Es sind noch die schriftlichen Stellungnahmen anzuführen, die die Kommission von den im Vertrag vorgesehenen Ausschüssen und den nach sekundärrechtlichen Vorschriften eingesetzten Zweier- oder Dreiergruppen anforderte. In diesem Rahmen werden die Kapitel des Berichts der Kommission über die soziale Situation in der Gemeinschaft erstellt, die sie nach Artikel 122 des Vertrages dem Parlament jährlich vorzulegen hat.

Eine umfangreiche Tätigkeit, alles in allem; aber in diesen Fällen, wie zuzugeben ist, von der Kommission in rein untergeordneter Stellung durchgeführt. Die Lehre vertritt die Ansicht, daß die Entscheidung, ob, wie und wann die Beratungen stattfinden, den Mitgliedstaaten zukommt und die Kommission weder die zu erörternden Themen vorschreiben noch die Verfahrensregeln bestimmen kann (siehe Knolle, Artikel 118 in *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 2. Auflage, Baden-Baden, 1974, S. 1515). Nun, die Praxis scheint diese Ansicht, über die sich

immerhin streiten läßt, zu bestätigen. Die Fälle, in denen die Kommission, ohne sich der Zustimmung des Rates zu vergewissern, Zusammenkünfte anberaumte oder Stellungnahmen anforderte, blieben in der Tat ziemlich selten. Dies geschah — aber es handelt sich nur um Beispiele — bei den schriftlichen Konsultationen über die Durchführung des Artikels 118 (Ribas, *La politique sociale des Communautés européennes*, Paris 1969, S. 47) und bei dem Round-table-Gespräch über die Sozialpolitik auf dem Verkehrssektor. Der Rat gab hier an, welche Themen in die Tagesordnung aufgenommen werden sollten, und die nationalen Delegationen legten im einzelnen die Rolle der an diesem Gespräch teilnehmenden Regierungsbeamten fest (Achter Überblick über die Tätigkeit der Räte, April bis September 1963, S. 40).

5. Es ist an der Zeit, den Sachverhalt des Rechtsstreits zu untersuchen: In unserem Fall bedeutet dies, noch einmal die vielen Etappen des Prozesses durchzugehen, die schließlich zur Entscheidung 85/381 und den Klagen geführt haben, über die Sie zu befinden haben.

Soweit mir bekannt, stammen die frühesten Vorläufer der Entscheidung 85/381 aus dem Jahr 1974 oder sogar aus dem Jahr 1972. Die Staats- und Regierungschefs forderten im Oktober 1972 auf ihrer Konferenz in Paris die Brüsseler Behörden auf, die sozialpolitische Aktion der Gemeinschaft fortzusetzen und dazu die erforderlichen Maßnahmen und Mittel vorzusehen. Fünfzehn Monate später — am 21. Januar 1974 — kam der Rat dieser Aufforderung mit Erlaß einer Entschließung (ABl. C 13, S. 1) nach, in der „Vollbeschäftigung und bessere Beschäftigung auf gesellschaftlicher, einzelstaatlicher und regionaler Ebene als wesentliche Voraussetzungen einer wirksamen Sozialpolitik" genannt werden und die Verpflichtung übernommen wurde, die dazu geeigneten Maßnahmen bis 1976 zu verabschieden. Zu diesen letzteren gehörte — auf diesen Punkt kommt es an — ein unmittelbares „Aktionsprogramm", das a) die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer der Gemeinschaft und aus Drittländern „hinsichtlich der Lebens- und Arbeitsbedingungen, des Arbeitsentgelts und der wirtschaftlichen Rechte" sowie b) die „Abstimmung der Wanderungspolitik gegenüber Drittländern" fördern sollte.

Es folgten drei Ereignisse von einer gewissen Bedeutung mit denselben Organen in der Hauptrolle. Immer noch im Jahre 1974 wiesen die Staats- und Regierungschefs auf ihrem Gipfeltreffen (am 9. und 10. Dezember in Paris) in Punkt 10 des Schlußkommuniqués auf die Notwendigkeit hin, das Ausländerrecht schrittweise zu harmonisieren. Zwei Jahre später wiederholte der Rat in einer neuen Entschließung (9. Februar 1976, ABl. C 34, S. 2) die Themen des oben zitierten Programms, ergänzte sie um den Hinweis, daß die illegale Einwanderung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten gemeinsam bekämpft werden müsse, und brachte schließlich den „politischen Willen" zum Ausdruck, die versprochenen Aktionen unter Berücksichtigung der Zuständigkeit der betroffenen Stellen durchzuführen. Schließlich billigte die „Generalkommission des europäisch-arabischen Dialogs" am 11. Dezember 1978 in Damaskus eine „Erklärung über die Grundsätze betreffend die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Wanderarbeitnehmer beider Regionen". Auch diese Erklärung sichert die Gleichbehandlung in bezug auf die wirtschaftlichen Rechte und hinsichtlich der Ausübung der bürgerlichen Grundfreiheiten (26. Überblick über die Tätigkeiten des Rates, 1. Januar bis 31. Dezember 1978, S. 59).

An dieser Stelle trat die Kommission auf den Plan, die sich bis dahin nur ziemlich am Rande für die Wanderungspolitik interessiert zu haben scheint. Ihre Mitteilung an den Rat vom 23. März 1979 (Dok. KOM(79) 115 endg.), die den sozialwirt-

schaftlichen Hintergrund des Problems genau beschreibt und die strategischen Ziele ebenso wie die verfahrensmäßigen Details berücksichtigt, stellt eines der wichtigsten Kapitel in dieser Angelegenheit dar. Sie ist daher sorgfältig zu untersuchen.

Die Mitteilung beginnt mit einer Bekräftigung, die zugleich ein Akt der Klugheit ist: Die Entscheidung über „das Prinzip der Abstimmung zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission" stehe dem Rat zu (Punkt 2.10). Aber der Ton wird sogleich scharf. Diese Abstimmung sei unerläßlich. Sie sei aufgrund der „Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus der Gemeinschaft" geboten oder besser, als deren wirklich logische Folge herauszustellen (Nr. 3.2); das heißt, es gehe um einen Wert, den die heutzutage zufällige, schlecht geplante und oft illegale Zulassung von Ausländern ernsthaft zu zerstören drohe. Es sollten also gemeinsam eine Reihe von Maßnahmen untersucht werden, die die Einwanderung der Arbeitnehmer aus Drittländern regeln und den „Vorrang der Gemeinschaftsangehörigen" am Arbeitsmarkt der Gemeinschaft wahren und festigen sollten (Nr. 3.5). Das Problem stelle sich mit besonderer Schärfe für die britischen, irischen und dänischen Arbeitnehmer während der Übergangszeit. Wie ihr Vorrang gegenüber Arbeitnehmern aus Drittstaaten beim Zugang zu freien Stellen sicherzustellen sei, sei das erste Thema einer Abstimmung, mit der unverzüglich begonnen werden müsse (Nr. 4.1).

Das Verfahren, das bei den Treffen anzuwenden sei, bei denen diese Themen behandelt würden, verlange wohl keine neue Einrichtung. Es genüge die Anwendung von Artikel 19 der Verordnung Nr. 1612/68 des Rates, der hinreichend flexibel sei, um sich auch für den Bereich der Wanderungspolitik zu eignen: Die Kommission werde daher über die Ergebnisse, zu denen die Gemeinschaftsregelung über die Kontrolle und den Ausgleich offener Stellen und Stellengesuche führe, über die voraussichtlichen Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt und insbesondere über die mutmaßliche Reaktion der Arbeitnehmer der Gemeinschaft auf offene Stellen berichten. Nichts stehe dem entgegen, das für die Lösung spezifischer Fragen Ad-hoc-Gruppen unter Beteiligung der Sozialpartner gebildet würden.

6. Wie leicht vorherzusehen war, brachte diese soeben dargestellte Mitteilung ein wenig Bewegung in die jahrelange rauhe und atemberaubende Auseinandersetzung zwischen den Mitgliedstaaten, dem Rat und der Kommission über die Kriterien für die Anwendung des Artikels 118. Der Bericht des Coreper für die Tagung des Rates „Arbeit und soziale Angelegenheiten" (Dok. SOC 266 vom 15. 11. 1979) erkannte zum Beispiel einen Zusammenhang zwischen der Wanderungspolitik und dem Vorrang der Arbeitnehmer in der Gemeinschaft an und schlug den Mitgliedstaaten vor, dieses Problem zum Gegenstand der Abstimmung zu machen. Für diejenigen, die Gefahren auch in soziologischen oder arbeitsrechtlichen Untersuchungen gewittert hatten, war es kein geringer Fortschritt; ihn vermochten auch die Vorbehalte einiger Regierungen zum Verfahren keineswegs zu beseitigen. Hier hatten allerdings die nationalistischen Bedenken wieder die Oberhand. So sei, meinte Frankreich, der Beratende Ausschuß der Verordnung Nr. 1612/68 nicht der richtige Ort, um Fragen zu behandeln, die die Souveränität in Frage stellten; besser sei dann schon der Fachausschuß, aber auch er nur insoweit, als er sich nicht der Ausarbeitung eines gemeinschaftlichen Handlungsrahmens widme. In jedem Fall, warnten Frankreich und Deutschland, sei eine allgemeine Ermächtigung der Kommission ausgeschlossen, und Dänemark fügte hinzu, die Abstimmung dürfe nicht zur Verabschiedung verbindlicher Rechtsakte führen.

Auf diese Warnungen antwortete die Kommission, sie plane die Abstimmung als ein

Verfahren, das ihr erlaube, Vorschläge zu unterbreiten und nicht, Rechtsakte zu erlassen. In diesem Punkt ist aber die Formulierung des Rates in seinen Schlußfolgerungen auf der genannten Tagung genauer — und vielleicht richtiger (Dok. PV/CONS 53 SOC 292 vom 26. 11. 1979). Das rechtsetzende Organ bekräftigte, daß die Bemühungen aller sich auf die Lösung der Probleme konzentrieren müßten, die mit dem Vorrang der Arbeitnehmer aus der Gemeinschaft, den Arbeitnehmern aus Drittländern und den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, die in Drittländern arbeiteten, zusammenhingen, und wies darauf hin, daß das Ziel der Abstimmung eher darin bestehe, „die Festlegung einer gemeinsamen Haltung der Mitgliedstaaten zu erleichtern", als darin, „die Verabschiedung von Rechtsinstrumenten der Gemeinschaft zu erleichtern, wobei jedoch die Zuständigkeiten der Organe der Gemeinschaften unberührt bleiben" (Erklärung für das Protokoll zu Nummer 7). Eine solche Initiative sei nun fällig; die Kommission solle sie daher „vorbereiten bzw. ... organisieren".

Sechs Monate später führte die Mitteilung der Kommission zu einem weiteren Ergebnis: zur Entschließung des Rates vom 27. Juni 1980 über die Arbeitsmarktpolitik der Gemeinschaft (ABl. C 168, S. 1), die verfahrensrechtliche Fragen beiseite ließ und das Schwergewicht wieder auf die materielle Problematik der Abstimmung legte. Unter Abschnitt III heißt es: „Die Integration des ... Arbeitsmarktes soll im Rahmen der Freizügigkeit der Arbeitskräfte ..., insbesondere durch wirksame Anwendung des SEDOC-Systems [Europäisches System für die Übermittlung von Stellen- und Bewerbeangeboten] unter Berücksichtigung der Priorität ..., die Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten ... einzuräumen ist, und der Notwendigkeit, den Zugang von Arbeitskräften aus Drittländern ... einzudämmen, sowie durch eine geeignete Abstimmung der Wanderungspolitik gegenüber den Drittländern ... begünstigt werden." Der Stil ist ermüdend, aber die politische Bedeutung der Ankündigung, die die Entschließung zum Ausdruck bringen will, ist klar; ebenso klar ist die Aufforderung zum Handeln, die noch einmal an die Kommission gerichtet ist. Dieser obliegt es — so endet die Entschließung —, die notwendigen Initiativen zur Förderung der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten im Bereich der Arbeitsmarktpolitik zu ergreifen.

Die Kommission rührte sich zu diesem Zeitpunkt nicht. Die Erfahrungen der 60er Jahre und der Mißerfolg der bis dahin unternommenen Versuche einer freiwilligen Zusammenarbeit (siehe unten Nr. 15) hatten sie offensichtlich zu der Überzeugung kommen lassen, daß eine wirklich wirksame Initiative noch auf unüberwindliche Widerstände stoßen würde; so galt es also, den Boden durch Erstellung ernster Diagnosen über die derzeitige Lage und durch die Ausarbeitung immer ausführlicherer Vorschläge vorzubereiten. Dieser Strategie scheint mir das Dokument vom 9. September 1983 zu folgen, das an den Beratenden Ausschuß gerichtet ist. Dort findet sich ein bedeutungsvoller Hinweis auf die Abkommen zwischen der Gemeinschaft mit der Türkei, Portugal, Jugoslawien und den Maghreb-Ländern, die den Einwanderern aus diesen Ländern einen weniger günstigen *Status* im Vergleich zu den den Gemeinschaftsangehörigen eingeräumten Bedingungen sichern. Der wichtigste Passus steht aber an anderer Stelle, und zwar bei der Feststellung der Schäden aufgrund der wachsenden Neigung der Mitgliedstaaten, getrennt vorzugehen. In den letzten Jahren, so heißt es in dem Dokument, hätten sich die nicht aufeinander abgestimmten nationalen Maßnahmen, die sich ungünstig auf die Märkte der anderen Mitgliedstaaten auswirkten, vervielfacht. Die „Institutionalisierung der Abstimmung" sei nunmehr unaufschiebbar.

Doch in welcher Weise sollte sie geregelt werden? Die — entscheidende — Antwort steht im Entwurf einer Mitteilung über die „Leitlinien für eine Wanderungspolitik der Gemeinschaft" vom 13. März 1984 (Dok. V/243/1/84-DE-Rev.), der ebenfalls dem in Artikel 24 der Verordnung Nr. 1612/68 genannten Organ zugeleitet wurde. Unter Nr. 44 heißt es, die Zeit sei nun gekommen, „den angemessenen rechtlichen Rahmen zu schaffen, damit ... [die] Mitgliedstaaten ... am Abstimmungsverfahren teilnehmen können und ihnen, der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten gegenüber die gleichen Verpflichtungen auferlegt werden". Entsprechend dem Wunsch des Rates werde dieser Rahmen nur für „die Festlegung einer gemeinsamen Haltung" geschaffen und nur zu Mitteilungen und Erörterungen allgemeiner Probleme im Bereich der Maßnahmen für Arbeitnehmer aus Drittländern und ihre Familienangehörigen verpflichten. Wenn aber eine Verpflichtung zu diesen Mitteilungen und Erörterungen bestehen solle, sei es unerläßlich, sie durch einen Beschluß vorzuschreiben (Nr. 55).

Die Würfel waren so gut wie gefallen; erstaunlich ist, daß der nunmehr vorhersehbare Ausgang keine Proteste hervorrief. In einem Dokument vom 22. Juni 1984 (Schlußfolgerungen über ein mittelfristiges Aktionsprogramm der Gemeinschaft im Sozialbereich, ABl. C 175, S. 1) „nimmt" der Rat „zur Kenntnis", daß die Kommission ihm Vorschläge unterbreiten wird, die es gestatten, „die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten bei der Kontrolle der Einwanderung aus Drittländern zu entwikkeln". Als die Kommission ihm dann den Entwurf einer Entschließung vorlegte, in dem die Notwendigkeit der Schaffung eines „angemessenen Rahmens" für die Abstimmung festgestellt wurde (Dok. KOM(85) 48, endg., vom 7. 3. 1985), antwortete das gesetzgebende Organ darauf mit unverbindlichen Formulierungen, aber nicht ablehnend. Nach der Feststellung, daß „für die Bereiche im Zusammenhang mit dem Zugang, dem Aufenthalt und der Beschäftigung der Wanderarbeitnehmer aus Drittländern ... [die] Mitgliedstaaten zuständig" sind, erkannte der Rat die Notwendigkeit einer Förderung der Abstimmung an, nahm „Kenntnis von der Absicht der Kommission, ... [dafür] einen geeigneten Rahmen festzulegen" (Nr. 3) und forderte seine Gesprächspartnerin auf, „die hierfür erforderlichen Vorschläge zu unterbreiten" (Nr. 7).

Die Entschließung wurde am 13. Juni 1985 gebilligt, in der Sitzung vom 16. Juli formell erlassen und am 26. Juli veröffentlicht (ABl. C 186, S. 3). Aber als man schließlich am Ziel ankam, war der Zug schon abgefahren. Am 8. Juli hatte die Kommission die streitige Maßnahme erlassen.

7. Nach der Wiedergabe der Ereignisse, die zur Verabschiedung der streitigen Entscheidung führten, scheint mit eine Frage angebracht. Warum dieser Rechtsstreit? Was hat eine Zahl von Staaten vor den Gerichtshof getrieben, die kaum weniger sind, als erforderlich ist, um den Rat selbst ins Feld zu schicken? Bei logischer Überlegung müßte man zu dem Schluß kommen, daß es keinen Grund gibt. Sechsmal hat der Rat bestätigt, daß eine Abstimmung unerläßlich sei; zweimal hat er die Kommission angespornt, diese durchzuführen, und als sie sich zum Handeln entschlossen hatte, ersuchte er sie zwei weitere Male um Mitteilung ihrer Vorschläge. Die Mitgliedstaaten hatten ihrerseits Bedenken geäußert, Mutmaßungen vorgebracht und Warnungen ausgesprochen; sie haben aber weder vor 1985 und schon gar nicht während des Prozesses erklärt, zur gegenseitigen Unterrichtung und Abstimmung nicht bereit zu sein.

Dem läßt sich entgegenhalten, die Mitgliedstaaten kritisierten nicht die Sache an sich; sie wendeten sich gegen das Werkzeug und die Materialien — eine Entscheidung und die daraus sich ergebenden Verpflichtungen —, mit denen sie hergestellt wurde. Nun,

auch dieses Argument greift nicht. Um es zu entkräften, reicht der Hinweis, daß die beiden Beschlüsse von 1974 (oben unter Nr. 4) ebenfalls auf Artikel 118 gestützt waren und nichtsdestoweniger niemals angefochten wurden. Oder, wenn jemand einwendet, diese Beschlüsse hätten weniger empfindliche Bereiche geregelt als den vorliegenden, genügt es, andere Rechtsakte anzuführen, die in der Geschichte der Gesetzgebung der Gemeinschaft reichlich vorhanden sind: Rechtsakte, die ebenfalls zwingend sind, ebenfalls Bereiche von großer Bedeutung regeln sollen oder zumindest an der äußersten Grenze der Zuständigkeit der Gemeinschaft liegen; Rechtsakte außerdem, die sich nicht auf eine Vorschrift des Vertrages stützen, sondern kurzerhand auf den Vertrag oder noch schlimmer auf Entschließungen des Rates und trotz dieser Merkmale schweigend und zur allgemeinen Zufriedenheit akzeptiert wurden.

Von diesen Rechtsakten gibt es mindestens zehn und alle würdig, in einem wünschenswerten Gruselkabinett des Rechts ausgestellt zu werden. Nur „auf den Vertrag" gegründet sind die Verordnungen des Rates Nr. 1707/86 vom 30. Mai 1986 über die Einfuhrbedingungen für landwirtschaftliche Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern nach dem Unfall im Kernkraftwerk Tschernobyl (ABl. L 146, S. 88), Nr. 3302/86 vom 27. Oktober 1986 zur Aussetzung der Einführung von Goldmünzen aus der Republik Südafrika (ABl. L 305, S. 11) und Nr. 3599/85 vom 17. Dezember 1985 zur Anwendung allgemeiner Zollpräferenzen für bestimmte gewerbliche Waren mit Ursprung in Entwicklungsländern im Jahr 1986 (ABl. L 352, S. 1). Nur auf die ein oder andere Entschließung des Rates gegründet sind dagegen sieben Beschlüsse; drei davon wurden von eben dem Verfasser der Entschließung erlassen (Beschluß vom 16. September 1985 zur Einsetzung des Beratenden Ausschusses für die pharmazeutische Ausbildung, ABl. L 253, S. 43, Beschluß vom 29. Juni 1984 im Bereich der Forschungs-, Entwicklungs- und Demonstrationstätigkeiten der Gemeinschaft, ABl. L 177, S. 25, und Beschluß vom 28. Oktober 1980 über die Fischereitätigkeit in den der Hoheit oder Rechtsprechung der Mitgliedstaaten unterstehenden Gewässern, ABl. L 298, S. 38); die vier anderen Beschlüsse wurden von der Kommission getroffen. Durch diese letzteren wurden Ausschüsse für den Straßenverkehr (28. November 1985, ABl. L 317, S. 33), für die Eisenbahnen (19. Dezember 1984, ABl. 1985 L 8, S. 26), auf dem Gebiet der Überwachung und der Verringerung der Ölverschmutzung des Meeres (25. Juni 1980, ABl. L 188, S. 11) und für die Abfallwirtschaft (21. April 1976, ABl. L 115, S. 73) eingesetzt.

Kehren wir zum Ausgangspunkt zurück. Wenn meine Hinweise Gewicht besitzen, muß man, um die Gründe für unseren Rechtsstreit zu verstehen, nur das Gebiet der Logik verlassen und sich in das der Psychologie, sogar der einfachen begeben. Meiner Meinung nach erklärt sich der Aufruhr der Mitgliedstaaten aufgrund von drei Faktoren und vor allem aufgrund der Verärgerung, den die unerwarteten und unliebsamen Ereignisse wecken. Ich will das erklären. Die Beschlüsse von 1974 und die ab 1979 vorgelegten Texte konnten nicht das Bild verändern, das die Kommission in den 60er Jahren von sich gegeben hatte, insbesondere wegen ihrer Zugeständnisse auf dem Gebiet der Beratungen und Untersuchungen. An dieses Bild eines ehrerbietigen, zum Verzicht bereiten, hin und wieder kleinmütigen Organs hatten sich die Mitgliedstaaten gewöhnt; dies ging so weit, daß sie schließlich der Überzeugung waren, von der Kommission sei viel „Bla-Bla", aber wenige oder gar keine Taten zu erwarten. Das Schweigen, das sie gegenüber dem Dokument vom 13. März 1984 (die Abstimmung müsse in einem durch einen Beschluß einzuführenden rechtlichen Rahmen erfolgen) wahrten, wird, wie ich glaube, gerade auf-

grund dieser Deutung verständlich. Daher muß ihre Überraschung groß gewesen sein, als sie vor einer vollendeten Tatsache standen, die obendrein Gewicht hatte; groß war der Wunsch, ihre Urheberin mit einem kräftigen Rutenhieb des Gerichtshofes zur Ordnung zu rufen.

Zweitens gibt es einen objektiven Gesichtspunkt. Ob es gefällt oder nicht, die Mitgliedstaaten haben ein wirkliches oder besser vitales Interesse daran, die volle Kontrolle über die Zulassung der Arbeitnehmer aus Drittländern zu behalten, nicht zuletzt wegen der Folgen dieses Problems für den politischen Bereich und die öffentliche Ordnung. Ihre Furcht, daß dieser Sektor allmählich „vergemeinschaftet" wird, ist daher echt; es scheint mir bezeichnend, daß sie bei Erstellung der Einheitlichen Europäischen Akte die Gelegenheit ergriffen haben, um die Dinge ins reine zu bringen, indem sie sich gegen zur Einleitung eines ähnlichen Prozesses bestimmte handstreichartige Aktionen abgesichert haben. Die Erklärung zu den Artikeln 13 bis 19 des neuen Vertrages bekräftigt nämlich „das Recht der Mitgliedstaaten, diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die sie zur Kontrolle der Einwanderung aus Drittländern sowie zur Bekämpfung von Terrorismus ... für erforderlich halten".

Von gewisser Bedeutung sind schließlich die Fehler der Kommission. Ich meine nicht so sehr die bestimmt wenig rühmliche Eile, mit der sie die angefochtene Maßnahme erließ. Vielmehr denke ich, daß der allzu minuziöse Inhalt dieser Entscheidung und vor allem ihr Beharren auf den Arbeitnehmern aus Drittländern oder den Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten nicht geeignet waren, die Verärgerung und die Ängste, von denen ich gesprochen habe, zu beseitigen. In diesem Zusammenhang darf vielmehr vermutet werden, daß die Kommission, hätte sie den Schwerpunkt auf *unseren* Arbeitsmarkt und auf die Notwendigkeit einer Zunahme der Beschäftigung der Arbeiter und Angestellten aus der Gemeinschaft gelegt, die Klagen, mit denen wir hier befaßt sind, vielleicht vermieden hätte, ohne deshalb auf die von ihr ins Auge gefaßten Ziele verzichten zu müssen. Wie sie in der Mitteilung vom 23. März 1979 ausführte, ist die Wanderungspolitik eine logische Folge der in den Artikeln 48 bis 51 EWG-Vertrag vorgeschriebenen Politik; die Abstimmung über die Probleme bei der Anwendung dieser Vorschriften bedeutet daher auch eine Auseinandersetzung mit den Maßnahmen für Bürger aus Drittländern.

8. Vor der Prüfung des Vorbringens der Parteien sind einige Zulässigkeitsprobleme zu lösen, und zwar vor allem das oben unter Nr. 1. genannte Problem.

Schauen wir uns dieses Problem genauer an. Die streitige Entscheidung wurde den Ständigen Vertretungen am 11. Juli 1985 zugestellt und ging, wie sich aus einer Kopie der Empfangsbestätigung ergibt, am selben Tag um 15.10 Uhr bei der Vertretung der Niederlande ein. Die Klage der niederländischen Regierung wurde mit Fernschreiben vom 18. September 1985 übermittelt, und das Original der Klageschrift ging in der Kanzlei des Gerichtshofes zwei Tage später ein. Die Kommission trägt vor, im Fall der Niederlande betrage die Klagefrist zwei Monate — berechnet nach Artikel 81 der Verfahrensordnung vom Tage nach der Bekanntgabe an — und sechs Tage gemäß der Anlage II der Verfahrensordnung aufgrund der Entfernung zwischen Den Haag und Luxemburg. Sie sei daher am 18. September, als das Fernschreiben in der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen sei, abgelaufen, also 48 Stunden vor Eingang des Originals. Die niederländische Regierung bestreitet nicht die Tatsachen. Sie erklärt jedoch, a) die Artikel 37 und 38 der Verfahrensordnung verböten nicht die fernschriftliche Einreichung von Schriftsätzen; b) wegen der Verspätung, mit der die Kommission (am 29. August) auf ihr Ersuchen, die Art und Weise

der Anwendung der Entscheidung zu erläutern, geantwortet habe, habe sie sich dieses Mittels bedienen müssen.

Wie die unlängst ergangene Entscheidung vom 15. Januar 1987 in der Rechtssache 152/85 (Misset/Rat, Slg. 1987, 223, 234) zeigt, geht die Argumentation beider Parteien von falschen Voraussetzungen aus. Der Gerichtshof hat nämlich die Artikel 80 und 81 der Verfahrensordnung folgendermaßen ausgelegt: „lorsque ... le délai de recours est exprimé en mois de calendrier ce délai expire ... à la fin du jour qui, dans le mois indiqué par le délai, porte le même chiffre que le jour qui a fait courir le délai, à savoir le jour de la notification" (Randnr. 8 der Entscheidungsgründe). Wenden wir diese Regel auf unseren Fall an: Es ergibt sich dann, daß die Frist nach Artikel 173 EWG-Vertrag zur Anfechtung der streitigen Entscheidung am 11. September ablief. Rechnen wir dazu die sechs Tage, die der Klagepartei, die ihren Sitz in den Niederlanden hat, zusteht, kommen wir zum 17. September, 24.00 Uhr. Infolgedessen ist die niederländische Klage, auch wenn man die Gültigkeit einer fernschriftlich eingereichten Klage bejaht, verspätet.

Jedoch nicht nur die niederländische Klage. Wendet man die Rechtsprechung im Fall Misset auch auf die anderen Klagen an, so stellt man fest, daß Deutschland und Frankreich die Fristen eingehalten haben (die Klage Deutschlands ging am 17. September ein, die Frankreichs, dem die berichtigte Fassung der Entscheidung eine Woche später zugestellt wurde, am 24. September), nicht aber das Vereinigte Königreich und Dänemark. In ihrem Fall sieht die Regelung über die Entfernungen einen Bonus von zehn Tagen vor, der die Frist, innerhalb deren die beiden Klagen beim Gerichtshof hätten eingereicht sein müssen, bis zum 21. verlängerte. Die Klagen gingen jedoch am 23. ein.

Aufgrund dessen ergibt sich: a) Dies entbindet mich nicht von der Pflicht, das Vorbringen der Niederlande zu behandeln, aber nur, weil sie als Streithelfer zur Unterstützung Deutschlands in ihre diesbezüglichen Erklärungen den gesamten Klagevortrag aufgenommen haben; b) das Vorbringen des Vereinigten Königreichs ist nur zu berücksichtigen, soweit dieses als Streithelfer zur Unterstützung Frankreichs seine Argumente wiederholt hat; c) ich muß das Vorbringen Dänemarks außer acht lassen, das das Pech hatte (oder so elegant war), die Partie nur am eigenen Tisch zu spielen.

9. Nach Ansicht der Kläger ist die Entscheidung 85/381 aus drei Gründen — Unzuständigkeit, Verstoß gegen den EWG-Vertrag und hilfsweise Verletzung wesentlicher Formvorschriften — rechtswidrig. Die ersten beiden Rügen stützen sich auf die Auslegung des Artikels 118 durch Frankreich, Deutschland, Großbritannien und die Niederlande und bieten sich daher für eine gemeinsame Prüfung an. Es ist jedoch zu beachten, daß die vier Staaten in einem doppelten Sinne von Unzuständigkeit sprechen: Die Maßnahme sei rechtswidrig, a) weil sie über die Befugnisse, die Artikel 118 der Kommission verleihe, hinausgehe, und b) weil sie Bereiche regele, die nicht unter diesen Artikel fielen. Diese Begründungen enthalten sehr unterschiedliche Probleme; sie sind daher getrennt zu behandeln.

Beginnen wir also mit der ersten Begründung, die zwar in allen Klagen vorgetragen wird, aber besonders von der Bundesrepublik vertieft worden ist. Nach ihrer Ansicht schließt zunächst schon der Wortlaut des Artikels 118 aus, den Erlaß einer verbindlichen Maßnahme mit dieser Vorschrift zu rechtfertigen. Nach Absatz 1 habe die Exekutive die Aufgabe, eine enge Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern. Fördern bedeute unterstützen, anspornen, anleiten oder anregen, mit Sicherheit aber nicht verpflichten. Nicht weniger klar

sei Absatz 2. Es liege auf der Hand, daß zwei der dort genannten Mittel eine Tätigkeit, die Verpflichtungen begründen könne, nicht postulierten (die Untersuchungen) oder beinhalteten (die Stellungnahmen). Was jedoch die Beratungen angehe, verwendeten die französische und die italienische Fassung in diesem Zusammenhang den Begriff „organiser", „organizzare", was auf Rechtsetzung hindeuten könne; da aber in der deutschen und englischen Fassung die entsprechenden Wörter („vorbereiten" und „to arrange") ihrem Wortsinn nach diesen Sinn ausschlössen, müsse auch die semantische Tragweite der französischen und italienischen Fassung so weit beschränkt werden, daß sie nur die Erfüllung rein materieller Tätigkeiten umfaßten.

Des weiteren komme in Artikel 118 das Wort „Entscheidung" nicht vor. Dieser Umstand allein müsse nicht ausschlaggebend sein, doch werde er es, wenn man dem Rechnung trage, daß Absatz 2 andere Mittel vorsehe (eben die Untersuchungen, Stellungnahmen, Beratungen), deren Aufzählung abschließend zu sein scheine oder — angesichts des Satzes zu Beginn des Absatzes 1 und des Artikels 155 — höchstens auf die Empfehlungen ausgedehnt werden könnte (so insbesondere das Vereinigte Königreich). Dafür spreche im übrigen auch Absatz 3, wonach die Kommission vor der Abgabe von Stellungnahmen den Wirtschafts- und Sozialausschuß hören müsse. Es sei nämlich widersinnig, eine solche Voraussetzung für einen nicht verbindlichen Rechtsakt vorzuschreiben, nicht aber auch für einen Rechtsakt, der Verpflichtungen begründe; wenn dies richtig sei, könne man sich nicht der Schlußfolgerung entziehen, daß der Verordnungsgeber nicht einmal die leiseste Absicht gehabt habe, die Kommission zum Erlaß verbindlicher Rechtsakte zu ermächtigen.

Es geht noch weiter. Eine entscheidende Bedeutung komme außerdem den Worten in Absatz 2 vor der soeben angeführten Aufzählung zu: Die Kommission werde „*in enger Verbindung* mit den Mitgliedstaaten ... tätig". Es sei offenkundig, daß das von der Kommission verlangte Handeln nur Sinn habe, wenn es sich in der Verpflichtung konkretisiere, die ihr zur Verfügung gestellten Mittel nicht anzuwenden (in unserem Fall keine Beratungen vorzubereiten), ohne vorher den Rat unterrichtet, vor allem aber auch seine Zustimmung eingeholt zu haben. Die Exekutive könne also keine einseitigen Rechtsakte vornehmen; dies gelte erst recht, wenn die Rechtsakte verbindliche Wirkungen entfalteten.

Natürlich sei die Beklagte anderer Meinung, fährt die Bundesregierung fort. Nach Ansicht der Kommission weise Artikel 118 — nicht anders als die Artikel 75 und 113 — ihr eine bestimmte Aufgabe zu und lasse ihr freie Wahl bei den Mitteln zu ihrer Erfüllung. Die angebliche Analogie bestehe aber nicht, wie sich ebenfalls aus dem Wortlaut des Artikels 118 ergebe. Die Wahlmöglichkeit, von der die Rede sei, betreffe die Art und Weise der Vorbereitung von Beratungen. Der Ausdruck „Vorbereitung von Beratungen" werde durch die Präposition „durch" bestimmt. Die entsprechende Tätigkeit der Kommission sei daher selber ebenso ein Mittel wie die Erarbeitung von Stellungnahmen oder die Durchführung von Untersuchungen. Das bedeute zwar, daß die Kommission frei sei, aber nur frei, die Mittel einzusetzen, wie sie es bei den Untersuchungen getan habe, oder sie nicht einzusetzen, wie es bei den Stellungnahmen der Fall gewesen sei. Mit Sicherheit könne sie aber nicht Mittel verwenden, die der Verordnungsgeber nicht vorgesehen habe.

Auch lasse sich nicht vertreten, die Wahl eines bindenden Mechanismus sei gemäß der Lehre vom „effet utile" von der Notwendigkeit diktiert worden, Beratungen durchzuführen, die Wirkungen zeigten. Dies könnten auch Zusammenkünfte, die als *Forum* veranstaltet würden wie die Sitzungen,

die über dieselben Themen im Rahmen des Europarats abgehalten würden (in diesem Sinn äußert sich Frankreich); dies gelte vor allem deshalb, fügen die Niederlande hinzu, weil in unserem Fall das gute Funktionieren der Treffen durch das Gebot der Loyalität gewährleistet sei, zu der die Mitgliedstaaten nach Artikel 5 verpflichtet seien. Es stehe jedenfalls fest, daß bei der Übertragung von Zuständigkeiten des Rates oder der Mitgliedstaaten auf die Kommission teleologische Erwägungen und insbesondere der Grundsatz des „effet utile" nur als ultima ratio gelten könnten. Vor Erlaß einer Entscheidung müsse die Kommission daher sämtliche anderen ihr nach dem Gesetz zur Verfügung stehenden Mittel einsetzen. Statt dessen seien der Beratende Ausschuß und der Fachausschuß nach der Verordnung Nr. 1612/68 nur am Rande mit Problemen befaßt worden, die die Entscheidung angehen wolle, und die Mitgliedstaaten hätten weder Stellungnahmen noch Empfehlungen erhalten.

Weiter vertritt die Bundesregierung die Auffassung, die Ergebnisse, zu denen die wörtliche und teleologische Auslegung des Artikels 118 führe, würden durch die Analyse seiner Stellung im System des EWG-Vertrags bestätigt. So stehe zum Beispiel außer Frage, daß die Vorschriften des Artikels 118 mit dem in Artikel 117 aufgestellten Programm (Verbesserung und Angleichung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte) zusammenhingen und daher unter Berücksichtigung der Wege zu sehen seien, auf denen Artikel 117 Absatz 2 diese Ziele zu verwirklichen suche, nämlich durch a) das automatische Wirken des Gemeinsamen Marktes, b) die Anwendung der „in diesem Vertrag vorgesehenen Verfahren", die Normen mit einer ausdrücklichen Befugnis zu verbindlichen Regelungen voraussetzten, und c) die Angleichung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, eine Aufgabe also, für die bekanntlich nicht die Kommission, sondern der Rat zuständig sei.

Artikel 117 sei jedoch nur ein Steinchen in einem Mosaik. Man müsse aber das ganze Bild sehen; dann stelle man fest, daß der Vertrag insgesamt den Sozialsektor als einen den Mitgliedstaaten „vorbehaltenen Bereich" auffasse; daraus folge dann, daß wie alle Grundentscheidungen auch diese nur im Wege des Änderungsverfahrens nach Artikel 236 geändert werden könne. Eine solche Entscheidung durch eine ausdehnende Auslegung der einen oder anderen Vorschrift, insbesondere des Artikels 118 anzugreifen, bedeute, nicht den Grundsatz zu beachten, daß jedes Organ in den Grenzen der ihm zugewiesenen Zuständigkeiten handeln müsse. Infolgedessen seien die Artikel 4 und 155 verletzt; letzterer insoweit, als aus ihm folge, daß die Kommission Entscheidungen nur in Ausnahmefällen treffen könne und sie deshalb dazu nicht berechtigt sei, wenn der Vertrag keine ausdrückliche Ermächtigung enthalte oder der Rat ihr dazu nicht die Befugnis übertrage.

Die Kommission wendet dagegen ein, diese Rügen verlören an Gewicht oder seien sogar gegenstandslos angesichts des reinen Verfahrenscharakters der streitigen Entscheidung. Diese Entgegnung steht jedoch auf schwachen Füßen. Erstens entscheidet Artikel 189 nicht zwischen Sach- und Verfahrensentscheidungen; außerdem handelt es sich bekanntlich bei letzteren oft nur der Form nach um solche Entscheidungen. So weist die Bundesrepublik Deutschland darauf hin, daß die Verpflichtung nach Artikel 1 Absatz 1 der streitigen Entscheidung (Unterrichtung über beabsichtigte Maßnahmen) sich auf die Sachkompetenzen der Mitgliedstaaten auswirke, da durch sie eventuelle Geheimhaltungspflichten oder im Falle der Abkommen mit Drittstaaten die zum Erfolg der Verhandlungen erforderliche Vertraulichkeit aufs Spiel gesetzt würden. So könnten auch, wie Frankreich hinzufügt, die für die Abstimmung festgesetzten Fristen (vierzehn Tage und anschließend sechs Wochen) den rechtzeitigen Erlaß

dringlicher Maßnahmen verhindern. Schließlich, so Großbritannien, bedeute die Tatsache, daß die dem Verfahren unterworfenen Maßnahmen nicht erlassen werden könnten, bis dieses abgeschlossen und sie selber als im Einklang mit den Gemeinschaftspolitiken stehend erklärt würden, zumindest faktisch, sie von der *Genehmigung* der Kommission abhängig zu machen.

Zum Schluß die Lehre, die Rechtsprechung und die Praxis. Die Lehre vertritt praktisch einhellig die Ansicht, daß Artikel 118 die Kommission nicht zum Erlaß verbindlicher Rechtsakte ermächtige. Die Rechtsprechung hat den „im wesentlichen programmatischen Charakter" der Artikel 117 und 118 hervorgehoben (Randnr. 19 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 15. Juni 1978 in der Rechtssache 149/77, Defrenne III, Slg. 1978, 1365); der Gerichtshof hat somit eine Realität anerkannt, die in einem System, das vom Gedanken limitativ geregelter Kompetenzzuweisungen beherrscht ist, implizit zum selben Ergebnis führt. Die Praxis ist aufgrund der beiden Beschlüsse der Kommission vom 15. Juli 1974 uneinheitlicher. Diesen die Wirkung von Präzedenzfällen zuzumessen, wäre jedoch übertrieben; sie sehen nämlich keine Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten mit den aufgrund dieser Beschlüsse eingesetzten Ausschüssen vor und haben mit unserem Fall nur die Geheimhaltungspflicht gemeinsam, die den Teilnehmern an den entsprechenden Sitzungen auferlegt ist.

10. Auf die zweite Begründung, wonach die Entscheidung 85/381 mangels Zuständigkeit rechtswidrig sei, verweisen insbesondere Frankreich und das Vereinigte Königreich. Nach Ansicht beider Regierungen geht die in der Entscheidung geregelte Materie über den Bereich des Artikels 118 hinaus, der nicht Arbeitnehmer aus Drittstaaten betreffe. Es lasse sich zwar nicht leugnen, daß zwischen der Beschäftigungspolitik der Gemeinschaft und dem Phänomen der Wanderbewegungen aus und nach Drittländern ein Zusammenhang bestehe; dieser sei aber zu schwach und mittelbar, um diese betroffenen Arbeitnehmer — mit Ausnahme der Angehörigen der der Gemeinschaft assoziierten Staaten — in den Regelungsbereich der Vorschriften in Titel III Kapitel 1 einzubeziehen. Dies reicht insbesondere nach Ansicht Frankreichs aus, um eine Befugnis des Verordnungsgebers in Brüssel auszuschließen, die Interessen dieser Arbeitnehmer unmittelbar oder durch Mitwirkung an den nationalen Maßnahmen, von denen sie betroffen werden, zu regeln.

Für dieses Ergebnis sprächen aber auch andere Argumente. So führt zum Beispiel Großbritannien aus, die Wanderungspolitik der Mitgliedstaaten sei unbestreitbar durch historische, kulturelle und soziale Faktoren gestaltet und bedingt, die die Gemeinschaft nichts angingen. Darüber hinaus, so wieder Frankreich, könne die Zulassung von Wanderarbeitnehmern aus Drittländern Werte wie die nationale Sicherheit gefährden, die der EWG-Vertrag dadurch schütze, daß er den Mitgliedstaaten eine Art Schweigerecht (Artikel 223) sichere; auch wenn man nicht so weit gehe, sei damit eine Reihe von Verwaltungstätigkeiten verbunden (Ausstellung von Visa, Kontrollen an den Grenzen), die in vollem Umfang in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fielen. Dies habe im übrigen der Rat acht Tage nach Erlaß der streitigen Entscheidung anerkannt: Nach der zwölften Begründungserwägung der Entschließung vom 16. Juli 1985 seien „für die Bereiche im Zusammenhang mit dem Zugang, dem Aufenthalt und der Beschäftigung der Wanderarbeitnehmer aus Drittländern ... unbeschadet der geltenden Gemeinschaftsabkommen mit Drittländern die ... Mitgliedstaaten zuständig".

11. Kommen wir nun zu der Rüge der Verletzung wesentlicher Formvorschriften, die die Kläger hilfsweise erhoben haben. Auch sie umfaßt zwei Einwände: a) unterbliebene

Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses; b) unzureichende Begründung. Dieser zweite Vorwurf wiederum stützt sich auf b 1. die sachlich ungenaue und in sich widersprüchliche Abfassung der Entscheidung und b 2. das Fehlen der Angabe der „einschlägigen Rechtsgrundlage".

Die zur Begründung der Rüge unter a vorgetragenen Argumente sind einfach. Insbesondere die Bundesrepublik Deutschland weist darauf hin, daß die Kommission nach Artikel 118 Absatz 3 die Entwürfe ihrer Stellungnahmen dem Wirtschafts- und Sozialausschuß vorlegen müsse. Aus ganz einleuchtenden Gründen gelte diese Formalität nicht für die Vorbereitung der Beratungen. Treffe aber die Kommission dort eine Regelung mittels einer Entscheidung, so seien diese Gründe selbstverständlich hinfällig und das Erfordernis der Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sei in diesem Fall um so zwingender. Zu der Rüge unter b 1. tragen sodann die Niederlande vor, die Entscheidung äußere sich nicht oder ungenau zu zahlreichen wichtigen Einzelheiten: zum Beispiel zur Natur der mitzuteilenden Maßnahmen, der Art und Weise der Auskünfte sowie den Abstimmungsfristen. Solche Mängel stellten jeweils Verstöße gegen die Begründungspflicht dar. Letztere solle die Betroffenen nicht nur darüber aufklären, aus welchen Gründen ihnen eine Verpflichtung auferlegt sei, sondern sie auch in die Lage versetzen, die Tragweite des ihnen auferlegten Verhaltens kennenzulernen.

Eine ausführlichere Betrachtung verdient die Rüge unter b 2. Die Kläger gehen von einer These aus, der man schwerlich die Zustimmung verweigern kann: Wenn der Verordnungsgeber seine Maßnahme auf eine ungeeignete Rechtsgrundlage stütze, so liefere die Möglichkeit, ihr eine andere, mit Sicherheit richtige Grundlage zu geben, eben dadurch den Beweis dafür, daß die Begründung unzureichend sei. Gibt es aber eine solche Möglichkeit? Dies zu bejahen bedeutet für den, der unsere Entscheidung anficht, natürlich in mancher Hinsicht ein Risiko. Zum Beispiel eines politisch wenn nicht prozessual widersprüchlichen Handelns beschuldigt zu werden oder, noch schlimmer, einer Kommission zu Hilfe zu kommen, die zwar eventuell unterliegt, aber entschlossen ist, wieder die Offensive zu ergreifen. Frankreich und Deutschland sind das Risiko jedoch eingegangen.

Nach Ansicht der Bundesregierung ist die „richtige" Vorschrift Artikel 5: Soweit die Mitgliedstaaten danach verpflichtet seien, die Arbeit der Organe zu unterstützen, sei die Vorschrift offensichtlich darauf zugeschnitten, als Grundlage für eine Regelung zu dienen, die im wesentlichen die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten fördern solle und zu diesem Zweck die Mitwirkung der Kommission vorsehe. Genauer ist die Argumentation Frankreichs. Paris unterscheidet zwischen Bereichen, die ganz in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen, und nicht vergemeinschafteten Bereichen. Bei ersteren könne ein Verfahren wie unseres ohne weiteres auf Artikel 121 gestützt werden, wonach der Rat der Kommission Aufgaben übertragen könne, welche die Durchführung gemeinsamer Maßnahmen insbesondere auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit der Wanderarbeitnehmer beträfen. Im zweiten Fall ständen zwei Wege zur Wahl: Entweder diese Bereiche den Regierungen im Rahmen ihrer Zusammenarbeit zu überlassen oder die Zuständigkeiten der Gemeinschaft aufgrund von Artikel 118 in Verbindung mit Artikel 235 zu erweitern. Der Rat habe der Kommission den letzten Weg vorgeschlagen, als er sie in seiner Entschließung vom 18. Juli 1985 aufgefordert habe, „Vorschläge" (Absatz 7) zu unterbreiten.

Schließlich weist die französische Regierung darauf hin, daß sich ein besonderes Problem bei der Sammlung und Kontrolle der Infor-

mationen stelle. Soweit der Kommission nicht aufgrund einer ausdrücklichen Zuweisung von Befugnissen (Artikel 90 Absatz 3 sowie Artikel 93 Absatz 3) solche Tätigkeiten gestattet seien, müsse sie den Rat nur um eine entsprechende Ermächtigung ersuchen. Sie sei dazu nach Artikel 213 berechtigt, wonach „zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben ... die Kommission alle erforderlichen Auskünfte einholen und alle erforderlichen Nachprüfungen vornehmen" könne, wobei „der Rahmen und die nähere Maßgabe hierfür ... vom Rat gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages festgelegt" würden.

12. An diesem Punkt müßte ich mit der Prüfung der Rügen beginnen, die die Kläger in erster Linie geltend gemacht haben. Ein offensichtliches Erfordernis der Prozeßökonomie zwingt mich jedoch, zunächst zu entscheiden, ob die Suche Frankreichs und Deutschlands nach einer anderen „Grundlage" für die streitige Entscheidung zu befriedigenden Ergebnissen geführt hat. Wäre dies der Fall, müßte ich zu dem Schluß kommen, daß diese Entscheidung nicht nur unzureichend begründet, sondern auch — und sei es nur implizit — wegen fehlender Zuständigkeit rechtswidrig ist.

Dieses Ergebnis ist jedoch auszuschließen, so daß den Staaten, die es vertreten haben, zumindest das schwerwiegendste Risiko erspart bleibt, das ich oben angedeutet habe. Zu Artikel 5 hat namentlich die Kommission zu Recht ausgeführt, daß er von allgemeiner Tragweite ist und daher hinter speziellen Normen zurücktreten muß, falls es sie, wie in unserem Fall, gibt. Außerdem scheint dieser Artikel sehr viel besser zu den „vertikalen" Mitwirkungshandlungen (d. h. zu den Beziehungen zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten) als zu den „horizontalen" Tätigkeiten zu passen, zu denen die Abstimmung, um die es in Artikel 118 und in der angefochtenen Maßnahme geht, ihrem Wesen nach gehört.

Aber auch die von Frankreich angeführten Vorschriften sind meines Erachtens als Grundlage ungeeignet. Dies gilt vor allem für Artikel 121. Er ist bekanntlich anwendbar, wenn es um die „Durchführung gemeinsamer Maßnahmen" geht und diese die „soziale Sicherheit der in den Artikeln 48 bis 51 erwähnten aus- oder einwandernden Arbeitskräfte" betreffen. Die zweite Voraussetzung bezieht sich aber auf sehr viel enger eingegrenzte Probleme als es die von der streitigen Entscheidung geregelten sind; die erste Voraussetzung ist auf sie ganz offenkundig unanwendbar. Um diese Voraussetzung zu erfüllen, muß der Regelungsbereich, auf den die „gemeinsamen Maßnahmen" gerichtet sind, in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen; es ist jedoch unstreitig, daß die Zuwanderung, der Aufenthalt und die Beschäftigung der Arbeitnehmer aus Drittländern Bereiche sind, die den Mitgliedstaaten vorbehalten sind.

Betrachten wir Artikel 213. Daß er hinsichtlich der Einholung und Nachprüfung von Auskünften die „Generalvorschrift" des Systems ist, steht außer Frage. Zweifelhaft ist jedoch, ob das dort vorgesehene Verfahren in allen Fällen, auch den ungewöhnlichsten, einzuhalten ist. Nehmen wir an — rein theoretisch —, daß der Rat sich taub stellt gegenüber den Ersuchen der Kommission: Muß sie darauf verzichten, die ihr vom Vertrag übertragenen Aufgaben zu erfüllen, wenn sie die Kenntnis von Daten voraussetzen, die nur die Mitgliedstaaten liefern können? Natürlich nicht. Daraus folgt meines Erachtens, daß es falsch ist, Artikel 213 zu einem Fetisch zu erheben: Die von ihm vorgeschriebenen Formen sind wichtig, jedoch nicht gegenüber dem Grundsatz der Wirksamkeit des Verwaltungshandelns, das rechtzeitiges Eingreifen zumindest in den Fällen verlangt, in denen ein allgemeines Interesse zu schützen ist.

Schließlich ist Artikel 235 zu untersuchen. Den Mechanismus dieser Vorschrift in

Gang zu bringen setzt bekanntlich voraus, daß der EWG-Vertrag die für das Tätigwerden zur Erreichung eines Ziels der Gemeinschaft „erforderlichen Befugnisse" nicht vorsieht. Abgesehen von der noch zu klärenden Frage, ob die Kommission den richtigen Gebrauch davon gemacht hat, liegt offen zutage, daß in Artikel 118 Absatz 2 die erforderlichen Befugnisse zur Förderung der Zusammenarbeit im Sozialbereich vorgesehen sind. Mir sei daher der Schluß gestattet, daß dieser Vorschlag nach den 60er Jahren „schmeckt": Er erinnert an eine Zeit der ständigen und erbarmungslosen Versuche, die Kommission durch die Übertragung möglichst vieler ihrer Befugnisse auf den Rat zu entwaffnen.

13. Die Auseinandersetzung ist also ganz und gar nur auf dem von der Kommission gewählten Terrain zu führen. Beginnen wir mit ihr zunächst anhand der Themen, die ich unten unter Nr. 10 behandelt habe. Stimmt es wirklich, daß die streitige Entscheidung einen Bereich betrifft — den der Wanderungspolitik —, der bisher den Mitgliedstaaten vorbehalten war?

Die Frage ist zu verneinen. Auch eine kurze Lektüre der Vorschriften der Entscheidung zeigt, daß die Voraussetzungen dafür, daß dieser Vorwurf begründet ist, nicht gegeben sind: Keine der Vorschriften hat einen materiell-rechtlichen Gehalt; mit anderen Worten, keine von ihnen regelt — unmittelbar oder durch Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften — die in Artikel 1 Absatz 1 erster Gedankenstrich aufgezählten Bereiche. Man kann dem entgegenhalten, daß nach Artikel 3 Buchstabe c die Abstimmung insbesondere darauf abzielt, „die Zweckmäßigkeit von Maßnahmen zu prüfen, die von der Gemeinschaft ... auf den in Artikel 1 genannten Gebieten getroffen werden könnten". Der Einwand greift aber nicht. Die zitierte Vorschrift ist ungefährlich, und dies nicht nur, weil ihre Wirkungen der Zukunft vorbehalten sind oder, wie der Gebrauch des Konditionals zeigt, einer möglichen Zukunft. Entscheidend ist, daß die in der Vorschrift angedeuteten Maßnahmen nur in Form von Richtlinien oder Verordnungen und auf der Grundlage der Artikel 100 oder 235 erlassen werden können: also vom Rat und einstimmig.

Gegenüber diesen Tatsachen sind die Argumente Frankreichs und des Vereinigten Königreichs hinfällig. Mit einigen rennen sie offene Türen ein: Selbstverständlich geht zum Beispiel der in der Entscheidung vorgesehenen Informationspflicht das im Vertrag verankerte Auskunftsverweigerungsrecht (Artikel 223) vor, wenn die Voraussetzungen gegeben sind. Andere Argumente sind äußerst schwach. So stellt die These, die nationalen Maßnahmen könnten dem streitigen Verfahren erst unterworfen werden, wenn ihre Adressaten in den Sozialvorschriften des Vertrages berücksichtigt würden, das Problem gleichsam auf den Kopf: Wenn überhaupt, dann rechtfertigt sich die Anwendung des Artikels 118 gerade aus dem Fehlen einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung über die Arbeitnehmer aus Drittländern und natürlich aus der Notwendigkeit des Tätigwerdens im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten. Zu dem Argument, zwischen der Wanderungspolitik und dem Arbeitsmarkt der Gemeinschaft bestehe nur ein flüchtiger und mittelbarer Zusammenhang, mag der Hinweis genügen, daß dagegen zumindest drei Entschließungen des Rates (oben Nrn. 5 und 6) sprechen. Ich komme darauf jedoch später noch ausführlich zurück.

14. Viel schwieriger und heikler ist die Prüfung der Argumente, die die vier Mitgliedstaaten zur Begründung der Unzuständigkeit der Kommission für den Erlaß verbindlicher Rechtsakte auf der Grundlage von Artikel 118 angeführt haben. Dies beruht auf der Formulierung der Vorschrift selber, von der zu Recht gesagt worden ist, sie schaffe „a somewhat paradoxical situation"

(Koopmans in *The Law of the European Community, A Commentary of the EEC Treaty*, New York, Band III, 1976, S. 748). Wie wir gesehen haben, geht sie a) vom Grundsatz der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten aus, sagt aber nichts über die Rolle des Rates, in dem auch die Vertreter dieser Staaten sitzen, und überträgt b) der Kommission eine bestimmte Aufgabe, schweigt aber über die einzige Befugnis — die zur Rechtsetzung —, die ihr die vollständige Erfüllung dieser Aufgabe gestatten würde.

Dies zugegeben, möchte ich gleich hinzufügen, daß meines Erachtens keines der unter Nr. 9 wiedergegebenen Argumente wirklich ins Schwarze trifft. Einige der aus dem Wortlaut der Vorschrift abgeleiteten Argumente haben nur in einer der verschiedenen sprachlichen Fassungen des Vertrages Sinn. In der deutschen Fassung z. B. bestimmt die Präposition „durch" tatsächlich die Wörter „Vorbereitung der Beratungen"; anders jedoch im Italienischen, wo zwischen „mediante" [durch] und „organizzando consultazioni" eine Konjunktion („e") [und] steht, die die von der Bundesrepublik angeführte Verbindung ausschließt und daher ihrem Argument jegliche Plausibilität (unterstellt — ohne daß ich mir diese Auffassung zu eigen mache — es habe denn eine solche Plausibilität gehabt) nimmt. Eine noch andere Formulierung, die das Argument der Bundesregierung ebensowenig stützt, hat die französische Fassung, in der „l'organisation des consultations" durch ein anderes „par" [durch] bestimmt wird, als das „par", das sich auf „études" [Untersuchungen] und „avis" [Stellungnahmen] bezieht.

Dagegen ist richtig, daß „fördern" nicht „verpflichten" bedeutet, auch nicht im Französischen oder Italienischen. Richtig aber nur nach dem Wörterbuch. Die Geschichte und die Erfahrung haben gelehrt, daß fördernde Tätigkeiten sich in vielen Formen konkretisieren können, darunter sicherlich als Gesetz. So wird, wenn Herr Agnelli erklärt, er beabsichtige, den neuen Fiat Duna zu fördern, auch der argwöhnischste Maoist ihm nicht die Absicht unterstellen, den Erwerb des Fahrzeugs mit gerichtlicher und polizeilicher Hilfe durchzusetzen. Als aber Präsident Roosevelt sich verpflichtete, die Gewerkschaft zu fördern und damit ein besseres Klima in den amerikanischen Fabriken, verstanden die Zuhörer bei seinen „Plaudereien am Kamin" sehr wohl, daß Gegenstand dieses Versprechens der zukünftige *National Labor Relations Act* war.

Es ist jedoch ein anderer Punkt, auf den ich Ihre Aufmerksamkeit lenken möchte. Wie umfassend die Bedeutung des Verbs „fördern" auch sein mag, die entsprechende Tätigkeit ist eine „Aufgabe" der Kommission. „Aufgabe" heißt aber vor allem Verpflichtung; wenn dies richtig ist, scheint es mir selbstverständlich zu sein, daß die Verpflichtung zur Förderung auf die Natur des damit angestrebten Ergebnisses ausstrahlt, so daß auch dieses zu einer Verpflichtung wird. Aufgrund des logischen Zusammenhangs zwischen den Zielen, die der Vertrag setzt, und den Mitteln, mit denen er sie verfolgt, ist nicht denkbar, daß ein Organ *verpflichtet* ist, eine Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten herbeizuführen, und diese das *Recht* haben, den Bemühungen des Organs entgegenzuhalten, diese seien unzulässig. Zur Zusammenarbeit besteht also eine Verpflichtung. Besonders klar hat dies im übrigen ein deutscher Jurist ausgedrückt, der Artikel 118 ebenfalls sehr vorsichtig auslegt: Die Vorschrift erlege den Mitgliedstaaten eine Verpflichtung auf, die aus Inhalt und Zielsetzung des Vertrages folge. Kein Mitgliedstaat könne sich dem entziehen und dürfe sich erst recht nicht den Initiativen der Kommission zur Förderung der Zusammenarbeit widersetzen (Knolle, a. a. O.).

Wie fügt sich in diesen Rahmen — der, wie ich betonen möchte, durch zwei gegensätzliche Verpflichtungen gekennzeichnet ist — die Abstimmung im Bereich der Wande-

rungspolitik ein? Von der Kommission in ihrer Klagebeantwortung und Gegenerwiderung kaum behandelt, hat das Problem des Zusammenhangs zwischen der streitigen Entscheidung und den Zielen des Vertrages sich in der mündlichen Verhandlung mit Macht in den Vordergrund gedrängt. Ich glaube, daß dieser Zusammenhang einen wichtigen Schlüssel für die Lösung unseres Problems liefert und daher mit möglichst großer Sorgfalt zu untersuchen ist.

Bekanntlich verlangt Artikel 104 von den Mitgliedstaaten die „Wahrung eines hohen Beschäftigungsstands"; zur Verwirklichung dieses Ziels behält der Vertrag jedoch auch der Gemeinschaft einen ziemlich weiten Handlungsspielraum vor. Dabei denke ich natürlich an die finanziellen Hilfen des Europäischen Sozialfonds (Artikel 123) und an die gemeinsame Berufsausbildungspolitik (Artikel 128). Vor allem aber denke ich an die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die grundlegende Schlußfolgerung, die Artikel 48 Absatz 2 daraus zieht: „die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen".

Diese Vorschrift beherrscht das gesamte Gebiet. So ist zum Beispiel — meines Erachtens zutreffenderweise — vorgetragen worden, daß das in Absatz 3 den Gemeinschaftsangehörigen garantierte „Recht, sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben", im Zusammenhang mit der genannten Vorschrift zu lesen ist; sie gibt also jedem, der in einen anderen Mitgliedstaat auswandern will, das Recht, sich bei der Arbeitsvermittlung dieses Landes zu melden, um an den Einstellungschancen seiner Bürger teilzuhaben (Gaja in I lavoratori stranieri in Italia. Problemi giuridici dell'assunzione, Bologna, 1984, S. 124). In unserem Fall ist jedoch die wichtigste Wirkung des Diskriminierungsverbots diejenige, die die Arbeitnehmer aus Drittländern betrifft: Beim Zugang zu den offenen Stellen, so können wir es umschreiben, genießen die Bürger der anderen Mitgliedstaaten gegenüber jenen Arbeitnehmern den Vorzug der Inländerbehandlung.

Der Vorrang der Arbeitnehmer aus der Gemeinschaft ist also ein Grundsatz, der sich aus dem Vertrag ableiten läßt; aber um ihn in Sekundärrecht umzusetzen, mußte ein Jahrzehnt vergehen. In der ersten Verordnung zur Verwirklichung der Artikel 48 bis 51 (Verordnung Nr. 15 vom 16. August 1961, ABl. Nr. 57, S. 1073) sind Spuren dieses Grundsatzes kaum sichtbar. In Artikel 43 werden die Mitgliedstaaten *aufgefordert*, bei ihrer Politik den auf den Märkten der anderen fünf Mitgliedstaaten herrschenden Verhältnissen Rechnung zu tragen und sich dementsprechend zu bemühen, „die verfügbaren Arbeitsplätze, für die nicht auf den Namen lautende Stellenangebote vorliegen", mit Vorrang vor den Bürgern aus Drittstaaten „durch Arbeitnehmer aus Mitgliedstaaten zu besetzen, die ein Überangebot an Arbeitskräften" haben. Die Wende kam mit der Verordnung Nr. 38/64 vom 25. März 1964 (ABl. Nr. 62, S. 965). Hier wird die Aufforderung zu einer verbindlichen Vorschrift, doch wird ihre Tragweite eingeschränkt: Die Regierungen müssen dem Vorrang nur bei dem jährlich von der Kommission vorzulegenden Bericht über die Beschäftigungslage Rechnung tragen.

Gegenstand eines wirklich richtigen Rechtsanspruchs wurde der Vorrang in der Verordnung Nr. 1612/68. Als Recht wurde er in der sechsten Begründungserwägung verstanden, die ihn mit dem Diskriminierungsverbot verknüpft, als Recht wurde er in Artikel 1 Absatz 2 festgelegt und, was noch mehr zählt, als Recht ist er in den Artikeln 15 und 16 durch eine besondere Ausgleichsregelung (SEDOC) gewährleistet. Die Mitgliedstaaten müssen dem europäischen Koordinierungsbüro wenigstens einmal im Mo-

nat eine nach Berufen und Gebieten aufgegliederte Zusammenstellung der a) nicht durch die inländischen Arbeitskräfte befriedigten Stellenangebote sowie b) der Arbeitsuchenden übermitteln, die bereit sind, eine Stelle in einem anderen Land anzunehmen. Die Bewerbungen werden den Arbeitgebern „mit dem gleichen Vorrang vorgelegt, der den inländischen Arbeitskräften gegenüber den Staatsangehörigen dritter Staaten eingeräumt wird". An letztere kann der betroffene Mitgliedstaat nur dann Angebote richten, wenn er der Auffassung ist, daß die verfügbaren Arbeitskräfte aus der Gemeinschaft nicht ausreichen. Die nationalen Arbeitsämter dürfen sich an die endtsprechenden Verwaltungen der Drittländer achtzehn Tage nach Eingang der Nachfrage nach Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft wenden.

Diese Vorschriften sind natürlich nicht überzubewerten: Zum Beispiel ist klar, daß sie bei weitem nicht so einschneidend sind wie die Vorschriften, die für die gemeinsame Handelspolitik gelten (etwa die Verwaltung des Kontingents). Aber das ist nicht wichtig. Wichtig ist aus meiner Sicht, daß diese Vorschriften dem Prioritätsgrundsatz eine bestimmte Rolle zuerkennen, die die in den Artikeln 48 bis 51 verankerte Freiheit deckt: eine Rolle, die zwar nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten hinsichtlich des Zugangs der Staatsangehörigen der Drittstaaten zur Arbeit in Frage stellt, mit Sicherheit aber einer Ausübung der betreffenden Befugnisse entgegensteht, die das Recht der Arbeitnehmer aus der Gemeinschaft auf Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft beeinträchtigt (so auch Gaja, a. a. O., S. 135). In diesem Rahmen gewinnt die Abstimmung der Wanderungspolitiken größte Bedeutung. Man denke nur an die Wirkung, die sie auf die Regelung in einer ganz kürzlich ergangenen Maßnahme gehabt hätte, die der italienische Gesetzgeber erlassen hatte, ohne die sich möglicherweise daraus ergebenden Verzerrungen zusammen mit den europäischen Partnern oder der Kommission zu prüfen: Ich meine das Gesetz Nr. 943 vom 30. Dezember 1986 über die Beschäftigung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten und von illegalen Einwanderern (GURI, 12. Januar 1987, Nr. 8, S. 3).

15. Somit steht fest: a) Die Zusammenarbeit nach Artikel 118 ist eine Verpflichtung; b) zwischen der Abstimmung im Bereich der Wanderungspolitik und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer besteht ein recht enger Zusammenhang. Wir müssen nun untersuchen, ob die Kommission die Einhaltung der Verpflichtung erreichen und den Zusammenhang voll zur Geltung bringen konnte, ohne auf eine verbindliche Regelung zurückzugreifen. Diese Prüfung ist im übrigen unumgänglich. Wie Sie sich erinnern werden, wirft die Bundesregierung der Kommission vor, vor Erlaß der Entscheidung nicht die zahlreichen und weniger zweifelhaften Mittel ausgeschöpft zu haben, die der EWG-Vertrag und das abgeleitete Recht ihr böten; dazu habe um so mehr Anlaß bestanden, als sie vom Rat dazu in seiner Entschließung vom 16. Juli 1985 aufgefordert worden sei. In einer Erklärung zu dieser Entschließung heißt es nämlich, daß „die Zusammenarbeit und die Konzertierung der Mitgliedstaaten in erster Linie eine Verbesserung des Verfahrens innerhalb der Instanzen einschließen müßten, das ... bereits in bezug auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer besteht".

Der Einwand ist unbegründet. Die vom Rat genannten Instanzen sind in erster Linie der Beratende Ausschuß und der Fachausschuß, die nach Artikel 24 und 32 der Verordnung Nr. 1612/68 eingesetzt worden sind. Wie wir sogleich sehen werden, hat die Kommission den zweiten Ausschuß außerordentlich weitgehend in Anspruch genommen. Richtig ist allerdings, daß sie sich des ersteren nicht bedient hat. Aber konnte sie auf ihn zurückgreifen? Ich habe starke Zweifel. Im Beratenden Ausschuß sitzen nämlich neben den

Kommissionsbeamten und den Vertretern der Mitgliedstaaten die Delegierten der Tarifpartner: Seine Zusammensetzung läßt daher keine unparteiischen, offenen Erörterungen zu, wenn die Materie, die Gegenstand der Abstimmung ist, ein gewisses Maß an Zurückhaltung erfordert. Außerdem — das Argument ist persönlich, hat aber Gewicht — war es mehr als jede Regierung gerade die Bundesregierung, die der Entscheidung anlastete, auf das Erfordernis der Geheimhaltung nicht gebührend Rücksicht genommen zu haben (oben unter Nr. 9 am Ende).

Kommen wir zu den Mechanismen der Artikel 13, 14 und 19 der Verordnung Nr. 1612/68. Auch sie eignen sich meines Erachtens nicht für ein solches Verfahren, wie es der Kommission vorschwebte. Artikel 13 wendet sich zum Beispiel an die Arbeitsverwaltungen der Mitgliedstaaten, während natürlich die Teilnehmer an einer wirksamen Abstimmung nur die Regierungen sein können; Artikel 14 verpflichtet die Mitgliedstaaten zu Auskünften statistischer Art, die bestenfalls die voraussichtliche Nachfrage nach Arbeitskräften erkennen lassen können. Interessanter ist die dritte Vorschrift, die die Kommission im Jahre 1979 als möglichen verfahrensmäßigen Ausgangspunkt ihrer Initiative bezeichnet hat (oben unter Nr. 5); sie ist zwar interessanter, doch nicht viel nützlicher. Sie gibt der Kommission einen Anspruch auf a) Auskünfte, aber nur über die Ergebnisse der Ausgleichsregelung und über die Zahl der Stellenbesetzungen mit Arbeitnehmern aus Drittstaaten, sowie auf b) Durchführung von Abstimmungen, jedoch nur zweimal im Jahr und in dem sehr begrenzten Rahmen der Prüfung des von ihr aufgrund der Informationen der Mitgliedstaaten erstellten Berichts.

Jedenfalls steht fest, daß die geringe oder mangelnde Geeignetheit der soeben vorgeführten Mittel die Kommission nicht hinderte, die Regierungen zu einer freiwilligen Abstimmung einzuladen oder sogar zu überreden. Dieser Versuch im Rahmen des Fachausschusses lief ganze fünf Jahre ab Anfang 1980 und endete in einem vollständigen Mißerfolg. Die Mitgliedstaaten faßten nämlich die Abstimmung, zu der die Kommission sie lud, als bloße gegenseitige Information über die bereits erlassenen Maßnahmen und ihre innerstaatlichen Wirkungen auf; mit anderen Worten, sie wendeten die Kriterien an, an denen die Sitzungen sich orientieren, die über gleiche Themen im Rahmen der internationalen Organisationen wie dem Europarat abgehalten werden. Die diesbezüglichen Beispiele des Vertreters der Kommission könnten nicht beredter sein.

Der Europarat hatte für Mai 1980 eine Konferenz der 21 über die Wanderungspolitik einberufen, und die Kommission hielt es für zweckmäßig, die Mitgliedstaaten zur Teilnahme und zur Vertretung einer gemeinsamen Linie aufzufordern. Zu diesem Zweck beraumte sie eine Sitzung für den 20. Februar an. Da Artikel 118 die Möglichkeit von Beratungen über „internationalen Organisationen gestellte Probleme" vorsieht, lag das Thema auf der Tagesordnung — Gedankenaustausch für eine Koordinierung der verschiedenen Standpunkte — mit Sicherheit im herkömmlichen Rahmen. Dennoch erklärte die Bundesrepublik, es wäre besser gewesen, sich aller Versuche einer Koordinierung der verschiedenen Linien der Mitgliedstaaten zu enthalten, und die französische Regierung bezweifelte sogar die Zuständigkeit des Fachausschusses zur Behandlung solcher Probleme (oben unter Nr. 6).

Bei den Zusammenkünften vom 21. Oktober 1980, 6. Dezember 1983 und 22. Januar 1985 weigerten sich die Vertreter der Regierungen dagegen, den Ausschuß über andere Gegenstände zu informieren als die geltenden oder zumindest bereits entschiedenen Maßnahmen. Der bezeichnendste Vorfall ereignete sich allerdings in der Sitzung vom

9. Dezember 1982. Der französische Vertreter erklärte, daß seine Regierung eine Maßnahme getroffen habe, um alle in einer illegalen Lage befindlichen Ausländer auszuweisen. Der belgische Delegierte fragte ihn — meines Erachtens mit vollem Recht, da sein Staat in diese Sache mit hineingezogen werden konnte —, an welchen Grenzen die Aktion durchgeführt werden würde. Die Antwort, die der Arme bekam, war kurz und bündig: Die Ausweisungsmaßnahmen, erklärte der Beamte aus Paris, würden unter polizeilicher Bewachung durchgeführt.

16. Wir können alles in allem davon ausgehen, daß die Kommission im Jahr 1985 das Arsenal an normalen, nicht bindenden Mitteln, die sie sich hatte einfallen lassen oder die ihr vom Gesetz her zur Verfügung standen, ausgeschöpft hatte. Ihr vorzuwerfen, wie es Deutschland tut, keine Empfehlung abgegeben zu haben, ist ein ziemlich durchsichtiger Vorwand. Die Mitteilungen vom 23. März 1979 und 9. Juni 1983 stehen an Klarheit und Überzeugungskraft sicher nicht hinter dem Mittel nach Artikel 155 zweiter Gedankenstrich zurück; wo die ersten versagten, konnte das zweite gewiß keinen Erfolg haben.

Vor dem Hintergrund von Frustrationen, die um so bitterer waren, als die dafür Verantwortlichen, die Mitgliedstaaten, von der Tribüne des Rates aus mit Handlungsaufforderungen immer schneller bei der Hand waren, vor diesem Hintergrund also ist — wie ich bereits sagte — ein Urteil zu fällen über die Entscheidung, die Abstimmung durch einen Rechtsakt zu institutionalisieren, der Verpflichtungen auferlegen kann: Das Urteil kann nur auf Freispruch lauten. In diese Richtung geht im übrigen Ihre Rechtsprechung: diejenige, wohl verstanden, die eine Auslegung von Vorschriften dahin gehend zuläßt, daß sie praktisch anwendbar sind und eine möglichst große praktische Wirksamkeit entfalten. Damit meine ich allerdings nicht die wenigen Urteile, die unter Hinweis auf den klassischen Test von Marshall im Fall McCulloch/Maryland (17. US (4. Wheat.) 316, 421 (1819] der Gemeinschaft im Vertrag nicht ausdrücklich vorgesehene Befugnisse zugesprochen haben. Der Grund ist klar. In unserem Fall bedeutet die Anwendung des Wirksamkeitsgrundsatzes keine Berufung auf implizit erteilte Befugnisse. Sie besagt nur, daß eine „aufgeführte Befugnis" ausdehnend ausgelegt wird, wie Sie es bei mehr als einer Gelegenheit getan haben.

Ich möchte einige Grundgedanken wiederholen, bei denen ich mich länger aufgehalten habe. Artikel 118 wirft kein Zuständigkeitsproblem auf. Der Kommission ist die Befugnis zur Förderung einer engen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise eingeräumt worden, wie sie klarer nicht hätte sein können. Außerdem: Die Zusammenarbeit, so gibt uns die Vorschrift zu verstehen, ist eine Pflicht der Mitgliedstaaten, die sich ihr weder widersetzen noch den Initiativen ihrer Partnerin entziehen können, sondern sie dabei im Gegenteil unterstützen müssen. Was in der Vorschrift fehlt und, wie Ulpianus es gesagt hätte, eine lex imperfecta aus ihr macht, ist etwas anderes: die ausdrückliche Nennung eines Mittels, das die Erfüllung dieser Verpflichtung konkret durchsetzbar macht (bis, sagen wir ruhig, zur Möglichkeit von Sanktionen) und genaue Verhaltensanweisungen dazu gibt.

Aufgrund der bisherigen Ausführungen ist es meines Erachtens nicht mißbräuchlich und auch keine besonders schwierige oder gewagte Entscheidung, diese Lücke zu schließen. Im Gegenteil, wer einsieht, daß man auch durch den Erlaß von Rechtsvorschriften „fördern" und „vorbereiten" kann; wer sich vor Augen hält, daß das erste und außerdem einzige Ziel der Entscheidung die Vermeidung von Widersprüchen zwischen den Wanderungspolitiken der Mitgliedstaaten und einer der vier „großen Freiheiten" ist; wer ferner sich des riesigen

Mißerfolgs bei den wiederholten Versuchen erinnert, dieses Ziel auf freiwilliger Basis zu erreichen, der wird ohne Schwierigkeiten zustimmen können, daß es in gewissem Maße notwendig ist, Artikel 118 so zu lesen, als ob er das Mittel, von dem ich gesprochen habe, enthielte: Es ist die einzige Art, die von der Vorschrift geschaffene „paradoxical situation" zu lösen, indem man sie ihre ganze potentielle Wirksamkeit entfalten läßt oder, eher noch, mit Vernunft anwendet.

17. Nach diesem Ergebnis haben die restlichen Argumente der Kläger zur Stützung ihrer Hauptrüge ihre wesentliche Bedeutung verloren. Ich halte mich dennoch für verpflichtet, auch ihnen einige kurze Bemerkungen, wenn auch etwas kunterbunt aneinandergereiht, zu widmen.

Deutschland und das Vereinigte Königreich haben bekanntlich vorgetragen, die Aufzählung der in Artikel 118 vorgesehenen Mittel sei abschließend. Sich auf andere Mittel zu berufen oder auf andere Möglichkeiten, sich ihrer zu bedienen, verstoße gegen Artikel 4. Daß die Aufzählung in Wirklichkeit nicht „vollständig", sondern nur beispielhaft ist, zeigt eine dreißigjährige Praxis, die nie in Frage gestellt wurde: Ich beziehe mich dabei auf die lange Reihe von Empfehlungen, die die Kommission auf unsere Vorschrift gegründet hat, und natürlich auf die beiden Beschlüsse von 1974 (so auch Knolle, a. a. O.). Andererseits scheint mir die Bezugnahme auf Artikel 4 in dieser Rüge neben der Sache zu liegen. Die Bestimmung nennt die Organe der Gemeinschaft und schreibt vor, daß jedes Organ im Rahmen der ihm zugewiesenen Aufgaben tätig wird. Sie bietet aber keinen Anhaltspunkt — und gerade einen solchen bräuchten wir —, der uns über die diesen Aufgaben entsprechenden Mittel und Befugnisse aufklären könnte.

Nicht weniger schwach sind meines Erachtens die Argumente, die sich auf das Urteil Defrenne III und die Formulierung „wird die Kommission in enger Verbindung mit den Mitgliedstaaten ... tätig" am Anfang des Artikels 118 Absatz 2 stützen. Zum ersten Argument läßt sich feststellen, daß es in dem zitierten Urteil um die Auslegung des Artikels 119 geht und die Ausführungen zu Artikel 118 nur in einem kurzen obiter dictum stehen. Darüber hinaus hat der Gerichtshof durch die Feststellung des „*im wesentlichen* programmatischen Charakters" des Artikels 118 nicht grundsätzlich ausgeschlossen, daß dieser schon heute anwendbare Vorschriften enthält. Zur Formulierung am Anfang von Absatz 2 ist festzustellen, daß der Schluß, den Deutschland daraus zieht, die Kommission dürfe keine einseitigen Rechtsakte erlassen, völlig unbegründet ist. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift beweist gerade das Gegenteil. Sie ging aus einem Kompromiß hervor, durch den folgender Vorschlag der Delegationsleiter ausgeschaltet wurde: „La Commission peut demander au Conseil de procéder à des échanges de vue des différents gouvernements au sujet des problèmes sociaux ..." (Neri und Sperl, *Traité instituant la Communauté économique européenne*, usw., Luxemburg, 1960, S. 297 ff.).

Noch zwei Worte zu den Vorwürfen, die Entscheidung trage den Erfordernissen der Geheimhaltung und der Eile nicht hinreichend Rechnung. Die Geheimhaltung ist meines Erachtens bereits in ausreichendem Maße durch Artikel 214 geschützt, wonach die Beamten und sonstigen Bediensteten der Gemeinschaft verpflichtet sind, Auskünfte, die unter das Berufsgeheimnis fallen, nicht preiszugeben; darüber hinaus finden sich die Vorschriften, die Deutschland für gefährlich hält, ohne nennenswerte Unterschiede in jeder Regelung zur Einführung eines Beratungsverfahrens (siehe Artikel 4 Absatz 2 der Entscheidung 74/393 des Rates vom 22. Juli 1974, ABl. L 208, S. 23). Das zweite Erfordernis wird bei der Wanderungspolitik selten gegeben sein; auf jeden Fall trägt ihm der angefochtene Rechtsakt Rechnung

durch die Regelung, daß nach Ablauf von zwei Wochen nach Mitteilung der geplanten Maßnahme die Abstimmung sofort stattfindet, wenn die betroffene Regierung dies beantragt. Es liegt daher an dieser, das Vorhaben möglichst früh, zumindest rechtzeitig vorzulegen.

18. Kommen wir zu der hilfsweise vorgetragenen Rüge. Wie erinnerlich enthält sie zwei Einwände; mit dem zweiten, der unzureichenden Begründung, habe ich mich schon oben unter Nr. 12 weitgehend auseinandergesetzt. Im Zusammenhang mit dieser Rüge bleibt daher nur der Vorwurf der Niederlande hinsichtlich der Abfassung der Entscheidung zu untersuchen. Diese sei, so wird vorgetragen, zu unvollständig, ungenau und widersprüchlich, als daß ihre Adressaten mit Sicherheit die Tragweite der ihnen auferlegten Verpflichtungen erkennen könnten.

Die Feststellung entbehrt jeglicher Grundlage. Zunächst habe ich große Zweifel, ob der beklagte Mangel wirklich eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften darstellt. Ich möchte folgendes hinzufügen: Wenn die Maßnahme überhaupt einen Fehler hat, dann den, daß sie allzu minuziös oder pedantisch ist. Gerade diese ihre Eigenschaften haben dazu geführt, daß die Mitgliedstaaten sie als eine unerträgliche Bedrohung ihrer Souveränität auffassen (oben unter Nr. 7). Den, der dieses Urteil nicht teilt, erinnere ich jedenfalls daran, daß der Gerichtshof in einer Entscheidung über die Gültigkeit eines ebenfalls wegen Verletzung des Artikels 190 angefochtenen Rechtsakts folgendes festgestellt hat: „Selbst wenn anzunehmen sein sollte, daß die angeführten Stellen nicht mit der wünschenswerten Eindeutigkeit formuliert sind, hätte dieser Umstand weder die Klägerinnen noch den Gerichtshof daran gehindert, die Tragweite des ... Vorwurfs zu erfassen" (Urteil 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. 1663, Randnr. 118 der Entscheidungsgründe).

Schließlich die Rüge, die die fehlende Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses betrifft. So leid es mir auch tut, eine Regelung, die ich für unerläßlich und in jeder anderen Hinsicht für korrekt halte, auf der klassischen Bananenschale ausrutschen zu sehen, halte ich diesen Vorwurf doch für begründet. Deutschland hat mit seiner Feststellung sicherlich recht, daß die Gründe, die für die Anhörung im Fall von Stellungnahmen vorgesehen sind, noch viel zwingender sind, wenn die Kommission einen Rechtsakt erlassen will, der Verpflichtungen begründen kann. Auf das Schweigen abzustellen, das Artikel 118 in diesem Zusammenhang wahrt, ist mit anderen Worten ein Argument ohne jeglichen Wert. Besser gesagt, die ersten beiden Absätze der Vorschrift auf der Grundlage eines trotz allem gewagten Prinzips wie dem der Wirksamkeit auszulegen und dann bei der Analyse des dritten sich hinter der völlig veralteten wörtlichen Auslegung zu verschanzen, ist weder logisch noch geschmackvoll.

Warum die Kommission den Wirtschafts- und Sozialausschuß nicht angehört hat, geht aus den Akten der Rechtssachen nicht hervor. Der Umstand, daß sie in der Vergangenheit diesem alle ihre Empfehlungen vorgelegt hat, über die Artikel 118 ebenfalls schweigt (oben unter Nr. 4.), legt nahe, daß die betreffende Nichteinhaltung der Hast zuzuschreiben ist, die während der letzten Etappen auf dem Weg zum Erlaß der Entscheidung herrschte. Dies ändert aber nichts an der Unentschuldbarkeit des Verstoßes. Die in Artikel 118 und in ähnlichen Vorschriften im Vertrag vorgesehenen Förmlichkeiten sind alles andere als banal. Wie ein italienischer Jurist bemerkt hat, wurden sie erlassen, „um die Einhaltung des im Vertrag verwirklichten Gleichgewichts zwischen den Gewalten sicherzustellen, indem

sie Organen, die unterschiedliche Interessen vertreten, die Teilnahme am Erlaß eines Rechtsakts zugestehen" (Tizzano, *La Corte di giustizia delle Comunità Europee*, I, Napoli, 1967, S. 334 ff.); der Gerichtshof hat dem hinzugefügt, daß die Formvorschriften auch den Zweck haben, eine möglichst „sorgfältige und umsichtige" Vorbereitung der beabsichtigten Maßnahmen zu gewährleisten (Urteil vom 21. März 1955 in der Rechtssache 6/54, Niederlande/Hohe Behörde, Slg. Band I, 1954-1955, 213).

Nach meiner Meinung bestätigt unser Fall in vollem Umfang die Richtigkeit dieser Erwägungen. Wahrscheinlich hätte die Prüfung durch ein zusammengesetztes Organ wie den Wirtschafts- und Sozialausschuß die Kommission dazu gebracht, ihre Entscheidung in der Weise zu berichtigen, daß sie die schärfsten Punkte abgemildert oder vielleicht den Aufbau dahin gehend geändert hätte, daß sie den Schutz der Gemeinschaftspriorität stärker hervorgehoben hätte; es läßt sich, wie gesagt, nicht ausschließen, daß ein ähnliches Regelwerk die vorliegenden Klagen und das darauf folgende Einfrieren der in der Entscheidung vorgesehenen Abstimmung vermieden hätte.

19. Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich Ihnen vor,

a) die Klagen des Königreichs der Niederlande (Rechtssache 284/85), des Königreichs Dänemark (Rechtssache 285/85) und des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland (Rechtssache 287/85) wegen Fristüberschreitung als unzulässig abzuweisen;

b) den Klagen der Bundesrepublik Deutschland (Rechtssache 281/85) und der Französischen Republik (Rechtssache 283/85) stattzugeben und die Entscheidung 85/381 der Kommission vom 8. Juli 1985 zur Einführung eines Mitteilungs- und Abstimmungsverfahrens über die Wanderungspolitik gegenüber Drittländern wegen Verstoßes gegen wesentliche Formvorschriften für nichtig zu erklären.

Bezüglich der Kosten scheint es mir billig, daß die Parteien und die Streithelfer angesichts der Komplexität und Neuheit der behandelten Fragen ihre Kosten selber tragen.