Schlußanträge des Generalanwalts Herrn Karl Roemer vom 15. Februar 1967

Gliederung

	Seite
Einleitung (Sachverhalt, Anträge der Parteien)	127
Rechtliche Würdigung	132
I. Zulässigkeit der Klagen	132
1. Sind Mitteilungen nach Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 bei abstrakter Betrachtung als Entscheidungen zu qualifizieren?	132
2. Fehlt im vorliegenden Fall der Entscheidungscharakter wegen Verletzung wesentlicher Form- und Kompetenzvorschriften?	143
II. Begründetheit	145
III. Zur Kostenfrage	148
IV. Schlußanträge	148

Herr Präsident, meine Herren Richter!

Gegenstand des Verfahrens, zu dem ich heute Stellung nehme, ist eine gemäß Artikel 15 Absatz 6 der Ratsverordnung Nr. 17 an die Kläger gerichtete kartellrechtliche Mitteilung der EWG-Kommission. Sie ist ergangen im Rahmen des folgenden Sachverhalts.

Am 6. Juli 1956 haben 28 belgische, 2 holländische und 44 deutsche Unternehmen der Zementindustrie (letztere zusammengeschlossen in der „Nederlandsche Cementhandelmaatschappij N.V.") zum Zweck der Fortsetzung und Neuordnung einer seit mehreren Jahrzehnten bestehenden Reglementierung des niederländischen Zementmarkts (der offenbar von den niederländischen Produzenten nicht ausreichend versorgt werden kann) einen Ver-

trag, den „Noordwijks Cement Accoord", geschlossen. Er enthält für die Belieferung des niederländischen Marktes mit Zement und Zementklinker u.a. eine quotenmäßige Aufteilung, Abmachungen über die Errichtung neuer Zementwerke, die einheitliche Festsetzung von Preisen und Verkaufsbedingungen, exklusive Liefer- und Bezugspflichten sowie Exportverbote. Die zuletzt genannten Punkte sind, was im gegenwärtigen Verfahren freilich nicht weiter interessiert, auch Gegenstand eines Vertrages, den das ausführende Organ des „Accoord", die „Stichting Cement-Centrale voor Nederland", mit der niederländischen „Vereeniging van Cementhandelaren" abgeschlossen hat, sowie Inhalt der von der „Vereeniging" festgelegten Handelsbedingungen.

Wie in der Ratsverordnung Nr. 17 vorgesehen, wurde der Noordwijks Cement Accoord von den Vertragsbeteiligten bei der EWG-Kommission angemeldet (31. Oktober 1962). Dies führte zur Einleitung eines Kartellverfahrens mit spezieller Prüfung der Abmachung ab Januar 1964. In seinem Rahmen erhielten die beteiligten holländischen Unternehmen, die Berufsorganisation der belgischen Unternehmen („Cimbel") sowie die niederländische Verkaufsgesellschaft, in der die deutschen Unternehmen zusammengeschlossen sind, am 8. April 1965 Schreiben des Mitglieds der Kommission von der Groeben, in denen u.a. ausgeführt war, es habe den Anschein, die angemeldete Abmachung falle unter Artikel 85 Absatz 1 und sie könne nach Artikel 85 Absatz 3 nicht freigestellt werden. Infolgedessen sei es wünschenswert, die Aufhebung einer Reihe bestimmter Klauseln zu erwägen. Zu dieser Frage sollten die Unternehmen schriftlich oder — nach einer Verabredung — mündlich Stellung nehmen. Ausdrücklich war betont, es handele sich bei den zugestellten Schreiben nicht um Mitteilungen gemäß Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17.

Auf die Bitte der Unternehmen kam es in der Folgezeit zu mehreren Zusammenkünften ihrer Vertreter mit Beamten der Kommission und zum Austausch brieflicher Mitteilungen.

So fand am 11. Juni 1965 eine Besprechung in Brüssel statt, über deren Inhalt die Parteien allerdings abweichende Angaben machten. Während nach den Erklärungen der Kommission die Aufforderung zur Beseitigung der in den Schreiben vom 8. April 1965 aufgeführten Klauseln wiederholt wurde, machen die Kläger geltend (namentlich unter Hinweis auf einen den Inhalt der Unterredung zusammenfassenden Brief der „Cimbel" an Herrn von der Groeben vom 23. Juni 1965), man habe sich in erster Linie über die künftige Gestaltung des Meinungsaustauschs mit dem Ziel einer gütlichen Einigung unterhalten, der Inhalt des Abkommens sei dagegen nur beiläufig und in der Weise behandelt worden, daß eine Einigung über die Änderung bestimmter Klauseln erreichbar er-

schien. Offenbar ist es auch zu einer derartigen Abänderung einzelner Bestimmungen gekommen. — Auf die Initiative der niederländischen Zementwerke fand dann im September 1965 abermals eine Zusammenkunft von Vertretern der belgischen und niederländischen Werke mit Beamten der Kommission statt, deren Ergebnisse in einem Brief der Unternehmen an die Generaldirektion Wettbewerb vom 8. Oktober 1965 niedergelegt wurden. Darin ist wiederum die Rede von Abänderungen, die an Klauseln des zwischen der „Stichting" und der niederländischen Händlervereinigung bestehenden Vertrages, also an den Verkaufsbedingungen der niederländischen Händler, vorgenommen worden seien, und von der Bereitschaft, weitere Änderungen ins Auge zu fassen.

Schließlich ist noch eine an die „Stichting" gerichtete Anfrage der Generaldirektion Wettbewerb vom 1. Dezember 1965 zu erwähnen. In ihr werden Erläuterungen erbeten zu angeblichen Widersprüchen zwischen Klauseln des von der „Stichting" mit der Händlervereinigung abgeschlossenen Vertrages und den Verkaufsbedingungen der Vereinigung, Erläuterungen, die durch Schreiben des Vertreters der niederländischen Unternehmen vom 17. Dezember 1965 gegeben wurden.

Während die Kläger bei dieser Sachlage mit einer Fortführung der Verhandlungen rechneten, in der Annahme, den Wünschen der Kommission im wesentlichen entsprochen zu haben oder entsprechen zu können, sah die Kommission die gemachten und in Aussicht gestellten Änderungen als zu geringfügig an, weil sie den Kern der Abmachungen unberührt ließen.

Deshalb faßte sie am 14. Dezember 1965 im schriftlichen Verfahren den Beschluß, Mitteilungen gemäß Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 an die am Accoord beteiligten Unternehmen zu richten. Zu diesem Zweck ermächtigte sie eines ihrer Mitglieder, den Präsidenten der Gruppe Wettbewerb, Herrn von der Groeben, den Leiter der Generaldirektion Wettbewerb mit der Unterzeichnung und Versendung der Mitteilung zu beauftragen. Der Auftrag wurde durch Schreiben des Präsidenten der Gruppe Wettbewerb vom 15. Dezember 1965 erteilt und durch Briefe vom 3. Januar 1966, die vom Leiter der Generaldirektion Wettbewerb unterzeichnet wurden, ausgeführt. Sie haben übereinstimmend folgenden Wortlaut:

„EUROPÄISCHE WIRTSCHAFTSGEMEINSCHAFT

KOMMISSION

GENERALDIREKTION
FÜR WETTBEWERB

Betr.: Sache IV/A-00581 (Noordwijks-Cement-Accoord mit Anlagen)

Sehr geehrte Herren,

Sie nehmen an der im Betreff genannten Vereinbarung teil. Die Vereinbarung ist bei der Kommission am 31. Oktober 1962 angemeldet worden mit dem Ziel, eine Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages zu erlangen.

Die angemeldete Vereinbarung enthält:

— eine Festlegung von Lieferquoten für Zement (Art. 4 bis 13) und Zementklinker (Art. 26);

— ein Fabrikerrichtungsverbot für das Staatsgebiet der jeweils anderen Vertragspartner (Art. 2);

— eine kollektive Festsetzung der Preise für Zement (Art. 20 mit „Prijslijst en verdere voorwaarden voor de verkoop en de levering van cement in Nederland, vastgesteld door de Stichting Cement-Centrale voor Nederland");

— eine kollektive Festsetzung der Preise für Zementklinker (Art. 28);

— eine kollektive gegenseitige Ausschließlichkeitsverpflichtung für Lieferung und Bezug von Zementklinker (Art. 24 und 25);

— eine kollektive Anwendung von Verkaufsbedingungen (Art. 20), die insbesondere enthalten:

die Verpflichtung der Händler zur Einhaltung bestimmter Wiederverkaufspreise und -bedingungen (IV b), „Aanvullende voorwaarden voor de verkoop en de levering van cement in Nederland aan handelaren, ingaande 1 januari 1964 vastgesteld door de Stichting Cement-Centrale voor Nederland";

die ausschließliche Belieferung von Mitgliedern der „Vereeniging van Cementhandelaren" zu den zitierten Händlerbedingungen (I d), „Aanvullende voorwaarden voor de verkoop en de levering van cement in Nederland aan handelaren ingaande 1 januari 1964, vastgesteld door de Stichting Cement-Centrale voor Nederland";

die ausschließliche Belieferung von durch die „Betonvereniging", 's-Gravenhage, anerkannten Betonmörtelbetrieben zu den „Aanvullende voorwaarden voor de verkoop ... aan betonmortelbedrijven usw." (I d) dieser Verkaufsbedingungen;

die Festsetzung von Mengen-, Händler- und sonstigen Rabatten, Preisen für die Verpackung, Skonti sowie Preiszuschlägen (enthalten in sämtlichen der Generaldirektion Wettbewerb als Anlagen zum Schreiben vom 8. Oktober 1965 mitgeteilten Verkaufsbedingungen).

Die Kommission hat die Vereinbarung einer vorläufigen Prüfung unterzogen. Sie ist zu der Auffassung gelangt, daß die Voraussetzungen des

Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages vorliegen und eine Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 auf die Vereinbarung in der angemeldeten Fassung nicht gerechtfertigt ist.

Sie teilt Ihnen dies hiermit gemäß Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 (Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages vom 6. Februar 1962, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1962 Nr. 13, S. 204 ff.) mit.

Die Kommission weist Sie darauf hin, daß, vom Zeitpunkt der Zustellung dieser Mitteilung ab, die Regelung des Artikels 15 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17, die die angemeldete Vereinbarung von der Anwendung der bußgeldrechtlichen Bestimmung des Artikels 15 Absatz 2 a der Verordnung Nr. 17 vorläufig freigestellt hatte, auf die im Betreff genannte Vereinbarung keine Anwendung mehr findet.

Ich bitte Sie, mir innerhalb von 6 Wochen (gerechnet vom Tage der Zustellung dieses Briefes an) mitzuteilen, ob Sie die Durchführung der Vereinbarung abgestellt haben.

Der Generaldirektor für Wettbewerb

F. Verloren van Themaat"

Die belgischen Zementwerke reagierten darauf mit einem Schreiben vom 25. Januar 1966, in dem sie erklärten, es sei ihnen nach all den durchgeführten Verhandlungen, in Anbetracht bereits vollzogener Abänderungen und der erklärten Bereitschaft, weitere Modifikationen an den Abmachungen vorzunehmen, also angesichts einer „quasi-Einigung", unverständlich, daß die Kommission die Verhandlungen über eine gütliche Lösung abgebrochen habe. Sie erhielten jedoch unter dem Datum des 7. Februar 1966 lediglich einen Bescheid vom Leiter der Generaldirektion Wettbewerb, der den Inhalt des Briefes vom 3. Januar 1966 wiederholte und darauf hinwies, es handele sich um eine Stellungnahme der Kommission selbst. Außerdem wurden sie um einen Vorschlag gebeten für einen Termin, in dem über die Frage der Auflösung des Accoord gesprochen werden sollte.

Daraufhin haben sich die Unternehmen zur Erhebung von Klagen entschlossen, die am 2. März und am 9. März 1966 beim Gerichtshof eingingen.

In ihnen sind folgende Anträge formuliert:

1. Nichtigerklärung der Mitteilung vom 3. Januar 1966 (so in in den Rechtssachen 8, 9, 10 und 11/66);
2. hilfsweise: Feststellung der Rechtswidrigkeit von Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 und infolgedessen Nichtigerklärung der Mitteilung vom 3. Januar 1966 (so in den Rechtssachen 9 und 10/66).

Die Kommission ist demgegenüber der Auffassung, die Klagen seien wegen Fehlens angreifbarer Akte unzulässig. Hilfsweise bittet sie um ihre Zurückweisung als unbegründet.

Alle erwähnten Rechtssachen hat der Gerichtshof durch Beschluß vom 4. Mai 1966 verbunden, so daß ich mich heute mit der Gesamtheit der von den Verfahrensbeteiligten vorgebrachten Argumente auseinanderzusetzen habe.

Rechtliche Würdigung

I. Zulässigkeit der Klagen

In der rechtlichen Beurteilung des Streitstoffs steht eindeutig die Frage der Klagezulässigkeit im Vordergrund. Da wir es mit Anfechtungsklagen nach Artikel 173 Absatz 2 des EWG-Vertrags zu tun haben und da die unmittelbar angegriffenen Akte offensichtlich keine Verordnungen sind, besteht das Hauptproblem in der Lösung der Frage, ob die erwähnten Mitteilungen *als Entscheidungen* im Sinn des Artikels 173 angesprochen werden können. Diese Frage läßt sich aufteilen in zwei Unterfragen, von denen die erste der abstrakten Bestimmung der Rechtsnatur einer in korrekter Weise nach Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 abgegebenen Mitteilung gilt, während die zweite, ausgehend von der Annahme, die Mitteilung habe grundsätzlich Entscheidungscharakter, zu der Überlegung zwingt, *ob im vorliegenden Fall* so schwere Formfehler gegeben sind, daß aus diesem Grund den angegriffenen Akten die Entscheidungsqualität fehlt.

1. Sind Mitteilungen nach Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 bei abstrakter Betrachtung als Entscheidungen zu qualifizieren?

Wie wir wissen, ist die Kommission der Ansicht, Mitteilungen nach Artikel 15 Absatz 6 seien keine Entscheidungen. Nach ihrer Auffassung handelt es sich um bloße Verfahrensmaßnahmen, d.h. um unverbindliche Stellungnahmen im Sinn des Artikels 189 des Vertrages. Zur Begründung dieses Standpunkts verweist sie u.a. auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Montan-Vertrag, auf die Tatsache, daß Mitteilungen nach Artikel 15 Absatz 6 das Kartellverfahren nicht abschließen, sondern weitere Akte nach sich ziehen, und sie macht geltend, die bezeichneten Unternehmen würden durch die Mitteilungen zu keiner Handlung oder Unterlassung verpflichtet. — Dagegen treten die Kläger — gleichfalls unter Anführung einer Vielzahl von Argumenten — für den Entscheidungscharakter der Mitteilungen ein. Ausschlaggebend sind nach ihrer

Meinung die mit den Mitteilungen verbundenen Rechtswirkungen sowie die Erfordernisse der Rechtssicherheit und eines befriedigenden Rechtsschutzes.

Vorweg erscheint in dieser Auseinandersetzung unbestreitbar und wird auch von beiden Parteien anerkannt, daß der Entscheidungsbegriff des Artikels 173 übereinstimmt mit dem des Artikels 189. Weiterhin trifft zu, daß Artikel 189 eine *abschließende* Aufzählung der Handlungskategorien enthält, an welche die Organe der Gemeinschaft bei der Ausübung ihrer Kompetenzen prinzipiell gebunden sind (vgl. Artikel 4 und 155 des Vertrages). Dies gilt auch für den Rat beim Erlaß von Durchführungsverordnungen mit der notwendigen Konsequenz einer vertragskonformen Interpretation derartiger Verordnungen. Tatsächlich haben wir demnach, wie die Kläger hervorheben, von einem geschlossenen System des Vertrages auszugehen, was die Rechtsschutzmöglichkeiten des Artikels 173 einerseits und die Definitionen sowie Formerfordernisse der Artikel 189 und 190 andererseits angeht. Über dieser Tatsache, die bei allen Interpretationsbemühungen zu beachten ist, und trotz anerkannter Eigenständigkeit vieler Vertragsbegriffe darf aber auch die Nützlichkeit nicht vergessen werden, die der vergleichende Rückgriff auf das *nationale Recht* für die Vertragsauslegung hat.

Sieht man sich alsdann die Einzelargumente der Parteien an, so muß betont werden, daß sie nur von geringem Wert sind, soweit sie *terminologischen* Charakter haben. Wie ich schon wiederholt betont habe, sind derartige Interpretationsmethoden bei den Gemeinschaftsverträgen nur mit Vorsicht anwendbar, da die Redaktion der Verträge — zahlreiche Beispiele zeigen es — nicht mit gleicher Präzision erfolgte wie die jeweiliger nationaler Kodifikationen. Dies trifft in gleichem Maße zu für Ratsverordnungen, die vom Vertrag abgeleitet werden und für Kommissionsverordnungen, die ihrerseits auf eine Ratsermächtigung zurückgehen. — Wir sollten uns deshalb nicht weiter auseinandersetzen mit dem Hinweis der belgischen Kläger auf das in der französischen Fassung von Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 verwendete Wort „estimer", dem sie denselben Sinn beilegen wollen wie dem Wort „juger" (d.h. „entscheiden"), oder dem Hinweis der Kläger auf Artikel 9 der Verordnung Nr. 17 und den in ihm enthaltenen Entscheidungsbegriff, der zeigen soll, daß eine Entscheidung der Kommission immer dann gegeben sei, wenn eine Äußerung zur Nichtanwendung von Artikel 85 Absatz 3 vorliege, denn die Kläger übersehen offenbar, daß der besagte Artikel 9 nur eine Kompetenzregelung im Verhältnis zu den Behörden der Mitgliedstaaten enthält. — Entsprechendes gilt für die Bemühungen der Kommission, aus unterschiedlichen Formulierungen der Verordnung Nr. 17 und der Kommissionsverordnung Nr. 99 Schlüsse für die Zwecke ihrer Argumen-

tation zu gewinnen. So muß insbesondere zur Verordnung Nr. 99 gesagt werden, daß die in ihren Artikeln 2, 6 und 10 einerseits sowie 4 andererseits verwendeten Bezeichnungen von der Kommission selbst gewählt wurden und daß sie demnach nicht beweisen können, die getroffenen Qualifizierungen seien nach dem Vertrag zulässig. Darüber hinaus kann angemerkt werden, daß die in der Verordnung Nr. 99 erwähnten *Mitteilungen* offensichtlich nicht in allen Fällen die gleiche rechtliche Bedeutung haben (vgl. Artikel 2 einerseits und Artikel 6 andererseits), was namentlich den Versuch problematisch erscheinen läßt, die mit keinerlei Rechtswirkungen ausgestattete Mitteilung des Artikels 6 derjenigen des Artikels 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 gleichzustellen. — Was die Ratsverordnung Nr. 17 angeht, so ist zwar nicht zu leugnen, daß in einigen ihrer Vorschriften die Bezeichnung „Entscheidung" verwendet wird (etwa in den Artikeln 15 und 16 für die Festsetzung von Geldbußen und Zwangsgeldern) und daß andere Artikel ausdrücklich unterscheiden zwischen unverbindlichen Auskunftsverlangen und Prüfungsaufträgen einerseits und verbindlichen Entscheidungen dieses Inhalts andererseits (Artikel 11 und 14). Es steht aber auch fest, daß die Verordnung Nr. 17 wie andere Bestimmungen zeigen, in ihrer Terminologie nicht durchweg rechtstechnische Ausdrücke verwendet und daß es folglich verfehlt wäre, nur solchen Akten Entscheidungsqualität zuzusprechen, die diese Bezeichnung tragen. Ich denke etwa an die Negativ-Atteste des Artikels 2 (wo von „*feststellen*" die Rede ist), an Akte, mit denen Handlungen *untersagt* werden (vgl. Artikel 8), oder an *Erklärungen* nach Artikel 85 Absatz 3 sowie den *Widerruf* und die *Abänderung* von Freistellungen (Artikel 6 und 8), an Akte also, für die erst die mittelbare Definition des Artikels 19 Klarheit bringt. Auf diesen Artikel 19 aber berufen sich auch die Kläger, indem sie geltend machen, er spreche im Hinblick auf Artikel 15 ohne Unterscheidung der einzelnen Absätze schlechthin von Entscheidungen, womit bewiesen sei, daß auch die Mitteilungen des Artikels 15 Absatz 6 als Entscheidungen zu gelten hätten. — Schließlich kann ebensowenig wie aus der gegenüber den maßgeblichen Vertragskriterien nicht durchschlagenden Terminologie der Verordnung Nr. 17 Entscheidendes für die Qualifizierung der angegriffenen Akte aus der Tatsache gefolgert werden, daß Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 nur für die Fälle der Absätze 1 und 2 eine Konsultierung des Beratenden Ausschusses vorsieht. Eine derartige Konsultierung ist nämlich nach der Verordnung Nr. 17 auch nicht vorgeschrieben, ehe Auskunftsverlangen gestellt und Nachprüfungsaufträge erteilt werden, also vor dem Erlaß von Akten, an deren Entscheidungsqualität nach den ausdrücklichen Definitionen der Verordnung Nr. 17 nicht gezweifelt werden kann.

Anstatt bei den angeführten Auslegungsbemühungen zu verweilen, sollten wir unseren Blick vielmehr auf den *Rechtsgehalt* und

die *Rechtswirkungen* der angegriffenen Maßnahmen lenken und mit ihrer Hilfe die Frage zu beantworten versuchen, ob sie als Entscheidungen qualifiziert werden können.

Gemäß Artikel 189 sind als Entscheidungen anzusehen Akte, die in allen ihren Teilen für denjenigen verbindlich sind, den sie bezeichnen. Mit dieser Definition werden sie abgegrenzt von Akten, die nur in Teilen (etwa was das zu erreichende Ziel angeht) Verbindlichkeit haben oder denen jede Verbindlichkeit fehlt. Diese Abgrenzungskriterien sind zwar nicht reichhaltig, sie können die Lösung unseres Problems aber deshalb erleichtern, weil sie übereinstimmen mit den gemäß Artikel 14 des Montan-Vertrags für den dortigen Entscheidungsbegriff maßgeblichen Elementen, zu denen der Gerichtshof schon wiederholt Stellung nehmen mußte. Tatsächlich berufen sich beide Parteien des Verfahrens auf unsere frühere Rechtsprechung, wenn auch mit unterschiedlicher Akzentuierung. Ehe wir ihnen auf diesem Weg im einzelnen folgen, sollten wir jedoch bedenken, daß der Gerichtshof in den vergangenen Jahren jeweils ganz bestimmte Einzelfälle zu entscheiden hatte und daß von diesen Einzelfällen her seine Definitionsbemühungen zu werten sind. Diese Erkenntnis, auf die namentlich die Kläger mit Nachdruck hinweisen, soll davor bewahren, generell klingende Charakterisierungen aus ihrem Zusammenhang zu reißen und aus ihnen Schlußfolgerungen rechtsdogmatischer Natur zu ziehen, die der Gerichtshof der Natur seiner Aufgaben nach nicht angestrebt haben kann.

Diese Bemerkung gilt insbesondere für Urteile, in denen der Entscheidungscharakter eines angegriffenen Aktes *bejaht* wurde, da es in solchen Fällen ausreichend war, *gewisse* Entscheidungsmerkmale aufzuzeigen, ohne erschöpfend anzugeben, welche anderen Kriterien bei einem abweichenden Sachverhalt zur Anerkennung einer Entscheidung zwingen würden. So erscheint es verständlich, daß in der Rechtssache 8/55 ein Schreiben als Entscheidung angesprochen wurde, das der belgischen Regierung den Entzug von Ausgleichszahlungen für den Fall androht, daß bestimmte Maßnahmen nicht getroffen würden und dies mit den Worten: „Die Hohe Behörde hat ..... in unzweideutiger Weise festgelegt, wie sie sich ..... verhalten werde für den Fall, daß die ..... angegebenen Voraussetzungen vorliegen sollten. Mit anderen Worten, sie hat eine Regel aufgestellt, die im gegebenen Fall angewendet werden kann"[1]. Daraus kann natürlich nicht gefolgert werden, nur bei Vorliegen dieser Gegebenheiten dürfe eine Entscheidung angenommen werden, wie insbesondere später beurteilte Fälle zeigen, wo die Ablehnung einer Freistellung vom Schrottausgleich, also ein Akt feststellenden Charakters mit der Begründung als Entscheidung gewertet wurde,

1 — RsprGH II 224.

„die Beklagte hatte ..... die Absicht, eine Rechtsfrage zu entscheiden, sie hat ausdrücklich festgestellt, daß eine bestimmte Verpflichtung der Klägerin bestehe"[1], oder wo eine ähnliche Wertung erfolgte für die Ablehnung eines Antrags auf Erlaß der allgemeinen Umlage (d.h. für das Festhalten an einer gegebenen Rechtslage[2]) bzw. für die Gewährung einer Freistellung vom Schrottausgleich[3].

Von den Besonderheiten des gewürdigten Einzelfalls darf aber auch nicht abgesehen werden in Urteilen, die mit bestimmten Formulierungen das Vorliegen einer Entscheidung *verneinen*. So liegt dem Urteil der Rechtssachen 1 und 14/57[4], das dem angegriffenen Akt Entscheidungsqualität mit der Begründung absprach, er enthalte keine „Vorschriften", die zur Anwendung gelangen können, er lege den Betroffenen keinerlei rechtliche Verpflichtungen auf, eine unverbindliche Äußerung zu Investitionsvorhaben zugrunde, die keinerlei Rechtswirkungen hatte. Ebenso waren vollkommen unverbindlich und ohne jede Rechtswirkung Passagen einer angegriffenen Entscheidung über die Verlängerung einer Kartellgenehmigung (Rechtssachen 16—18/59[5]), denen der Entscheidungscharakter abgesprochen wurde mit der Begründung, die Hohe Behörde habe sich eine spätere verbindliche Regelung ausdrücklich vorbehalten, in dem bezeichneten Akt also nur eine unverbindliche Auskunft gegeben, bzw. sie habe (soweit Beamten mit der Überprüfung von Unternehmen beauftragt wurden) lediglich eine interne Maßnahme getroffen. Im Blick auf diesen Sachverhalt ist namentlich die Feststellung zu verstehen, eine Entscheidung fehle, wenn „Vorschriften" nicht zu erkennen seien, „die rechtliche Wirkung normativer oder individueller Art auslösen". — Zum Urteil der Rechtssache 42/59, das den Entscheidungscharakter eines Aktes mit der Begründung verneinte, er stelle „weder eine allgemeine Regel auf" noch bedeute er „einen abschließenden Eingriff in individuelle Interessen"[6], muß man wissen, daß in diesem Fall eine nicht entscheidungsbefugte Dienststelle der Hohen Behörde tätig gewesen ist, die vollkommen unverbindlich erklärte, die Auswirkungen eines anderen Urteils würden überprüft, nach ihrer Ansicht sei ein Anspruch auf Schadensersatz nicht anzuerkennen. — Schließlich ist auch zu den gleichlautenden Urteilen der Rechtssachen 23, 24, 52/63[7], 28/63 und 53 und 54/63 anzumerken, daß der gewürdigte Akt, dem Entscheidungsqualität mit der Begründung abgesprochen wurde, er sei nicht dazu bestimmt, sei-

1 — Rechtssache 14/59, RsprGH V 486.
2 — Rechtssachen 41 u. 50/59, RsprGH VI 1049.
3 — Rechtssache 14/61, RsprGH VIII 549.
4 — RsprGH III 235.
5 — RsprGH VI 63 ff.
6 — RsprGH VII 154.
7 — RsprGH IX 484.

nen Adressaten „Rechte zu gewähren oder Pflichten aufzuerlegen", er schließe nicht das interne Verwaltungsverfahren ab und er stelle keine endgültige Willensäußerung dar, gleichfalls von einer Dienststelle der Hohen Behörde ausging und deshalb keinerlei Rechtswirkungen zu entfalten geeignet war, womit die in den Urteilsgründen verwendete Feststellung verständlich wird, eine Entscheidung sei nur gegeben, wenn „die betreffende Verlautbarung ... Rechtswirkungen hervorzurufen bestimmt ist".

Versucht man dennoch, insbesondere aufgrund der zuletzt genannten Urteile, Anhaltspunkte für die Lösung unseres Qualifikationsproblems zu gewinnen, so stellen sich zwei Fragen, die unter den Parteien kontrovers sind:

1. Was bedeutet das Erfordernis einer *abschließenden* Willensäußerung?

2. Ist die Wendung „*Rechtswirkungen hervorrufen*" tatsächlich nur dahin zu verstehen, es müßten durch einen Akt *Rechte gewährt* oder *Pflichten auferlegt* werden?

Was zunächst die zweite Frage angeht, so kann es für mich keinen Zweifel geben, daß sie nicht in einem restriktiven Sinn beantwortet werden darf. Ich verweise insofern auf das letzte einschlägige Urteil des Gerichtshofes (Rechtssache 54/65), in dem zum Entscheidungsbegriff lediglich gesagt wird, er verlange, daß Verlautbarungen bestimmt seien, „Rechtswirkungen hervorzurufen", wo also von der Begründung von Rechten und der Auferlegung von Pflichten nicht mehr die Rede ist. Darüber hinaus erscheint ohne weiteres klar, daß wir aus dem Entscheidungsbegriff — was bei der restriktiven Interpretation geschehen würde — nicht ausklammern können Akte *feststellender* Natur (wie Negativ-Atteste im Sinn von Artikel 2 der Verordnung Nr. 17) — ein Standpunkt, dessen Richtigkeit übrigens durch die Urteile der Rechtssachen 14/59 und 14/61 belegt wird —, sowie Akte, welche die *Entziehung von Rechten* oder die *Befreiung von Verpflichtungen* aussprechen und als solche erhebliche Eingriffe in individuelle Interessen mit sich bringen können. Folglich ist, nicht zuletzt nach der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, das Kriterium „verbindlich", das gleichermaßen in Artikel 14 des Montanunion-Vertrags und in Artikel 189 des EWG-Vertrags enthalten ist, nicht zu verstehen im Sinn einer Begründung von Verpflichtungen oder einer Gewährung von Rechten, sondern es muß für den Entscheidungsbegriff in erster Linie darauf abgestellt werden, ob ein Akt *Rechtswirkungen* hervorzubringen bestimmt ist. Welche Einschränkung darüber hinaus allenfalls angezeigt erscheint, werden wir später sehen.

Was die Frage angeht, in welchem Sinn das in den Urteilen angeführte Erfordernis der *abschließenden* Willensäußerung zu verstehen sei, so darf nicht vergessen werden, daß es aufgestellt wurde anläßlich der Beurteilung von Akten, die ausgingen von nicht kompetenten Dienststellen der Hohen Behörde im Rahmen eines vorbereitenden Verwaltungsverfahrens, also von Akten, die eine Äußerung des entscheidungsbefugten Kollegiums noch nicht enthielten. Schon diese Erkenntnis sollte vor der Schlußfolgerung bewahren, „definitive Willensäußerungen" seien nach der Auffassung des Gerichtshofes allein Verlautbarungen, die ein *Verfahren endgültig* abschließen. Daß dem nicht so sein kann, beweist uns auch das System der Verordnung Nr. 17, in dem ausdrücklich als anfechtbare Entscheidungen bezeichnet sind Auskunftsersuchen und Nachprüfungsaufträge, also Akte zur Fortführung und Förderung eines Verfahrens, die von dessen Schlußpunkt gelegentlich weit entfernt sind. Demnach erscheint es richtig, das Erfordernis „definitiv", wie die Kläger annehmen, zu sehen im Hinblick auf die *konkreten Rechtswirkungen*, die durch einen bestimmten Akt ausgelöst werden. Sind insofern Vorbehalte der Vorläufigkeit nicht zu erkennen, können also die hervorgerufenen Rechtswirkungen nur beseitigt werden durch Widerruf des sie auslösenden Aktes nach den allgemeinen Regeln, so ist das Vorliegen einer definitiven Willensäußerung nicht zu bestreiten.

Sehen wir nunmehr zu, wie sich nach diesen ersten Definitionsversuchen anhand der bisherigen Rechtsprechung der vorliegend zu beurteilende Akt darstellt.

Zur Frage der Auslösung von Rechtswirkungen ist zu bemerken, daß dieses Kriterium sicher in relevanter Form gegeben ist, und zwar auch dann, wenn man, wie die Kommission im Hinblick auf gewisse ausdrückliche Qualifizierungen des Vertrages zu Recht verlangt, nicht jede Art von Rechtswirkungen genügen läßt (d.h. alle *irgendwie rechtlich relevanten Akte* zu Entscheidungen stempelt), sondern einengend darauf abstellt, ob die Rechtswirkungen geeignet sind, *erhebliche Interessen zu beeinträchtigen* (womit an gewisse Formulierungen früherer Urteile des Gerichtshofes angeknüpft wird[1]). Das Vorliegen derart relevanter Rechtswirkungen kann für unseren Fall zwar nicht mit der Begründung anerkannt werden, die Mitteilungen des Artikels 15 Absatz 6 griffen in zivilrechtliche Verhältnisse ein, denn nach dem System der Verordnung Nr. 17 gilt auch für Altkartelle, die der Kommission rechtzeitig angemeldet wurden, nicht eine *volle*, sondern eine *vorläufige* zivilrechtliche Wirksamkeit, d.h. in jedem Fall ab Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 ein zivilrechtliches Risiko, das durch Mitteilungen nach

1 — Vgl. Rechtssachen 16-18/59, RsprGH VI 65; 42/59, RsprGH VII 154.

Artikel 15 nicht modifiziert wird. Entscheidend ist vielmehr, daß die Mitteilungen eine Änderung des *öffentlich-rechtlichen* Status der betroffenen Unternehmen bewirken, indem sie vom Zeitpunkt ihrer Zustellung an für angemeldete Kartelle die bis dahin fehlende Strafbarkeit begründen und damit — wie es in einem Urteil des Gerichtshofes (Rechtssachen 41 und 50/59) heißt — ein „neues Element in die Rechtsbeziehungen" zwischen der Kommission und den Unternehmen einführen. Dies ist zweifellos eine Rechtswirkung erheblich einschneidender Art, die Mitteilung also nicht ein Akt, der, wie die Kommission glaubt, mit anderen Verfahrensmaßnahmen oder gewissen Empfehlungen auf eine Stufe gestellt werden kann. Die von der Kommission in diesem Zusammenhang angeführten Beispiele haben nämlich Akte zum Gegenstand, die im Verhältnis zu Mitgliedstaaten ergehen und entweder ohne jede rechtliche Bedeutung sind (wie die Stellungnahme nach Artikel 170) oder aber doch jeder Verbindlichkeit entbehren (wie die Stellungnahme nach Artikel 169 des Vertrages), weil erst ein später eventuell ergehendes Gerichtsurteil das Verhalten des betroffenen Mitgliedstaats verbindlich würdigt. — Die Mitteilung nach Artikel 15 Absatz 6 kann auch nicht mit anderen Verfahrensmaßnahmen des Kartellrechts verglichen werden, da diese (wie die Einleitung des Verfahrens nach Artikel 9 und die Mitteilung der Beschwerdepunkte nach Artikel 4 der Verordnung Nr. 99) nur die Rechtswirkung einer Kompetenzregelung im Verhältnis zu den Behörden der Mitgliedstaaten bzw. eine unverbindliche Umgrenzung des Gegenstands eines Kartellverfahrens zum Inhalt haben, auf das materiellrechtliche Verhalten der beteiligten Unternehmen oder Dritter dagegen keinerlei Einfluß ausüben. Ebenso fehlt es — was die Rechtswirkungen angeht — an einer Vergleichbarkeit mit den an Mitgliedstaaten gerichteten Empfehlungen nach Artikel 102 des Vertrages (die ergehen können bei Erlaß normativer Maßnahmen mit einer die Wettbewerbsbedingungen verzerrenden Wirkung), weil auch in diesem Fall das Verhalten des betreffenden Mitgliedstaats nicht maßgeblich beeinflußt werden soll, diesem vielmehr eine echte Wahlmöglichkeit bleibt, die Empfehlung zu befolgen oder aber in Kauf zu nehmen, daß eine Änderung der Gesetzgebung anderer Mitgliedstaaten nicht verlangt werden kann. Ganz anders stellt sich die Intensität der Einwirkung auf das Verhalten des Adressaten bei den uns interessierenden Mitteilungen dar. Wir dürfen ja nicht vergessen, daß die Kommission im schriftlichen Verfahren mit Nachdruck ausgeführt hat, sie werde nur vorsichtig, in seltenen Fällen sowie bei offensichtlichen und schweren Verstößen gegen Artikel 85 Absatz 1 von ihrer Mitteilungsbefugnis Gebrauch machen, damit ihre Verlautbarungen „ernst genommen werden". Auf diese Weise erhält ihre Maßnahme ein besonderes Gewicht und wird das Risiko der betroffenen Unter-

nehmen derart vergrößert, daß die Mitteilung in ihrer Funktion und Auswirkung einer einstweiligen Anordnung gleichkommt (wie sie das nationale Kartellrecht kennt[1]), d.h. — was auch durch den Wortlaut der Mitteilung nahegelegt wird — einer befehlenden Anordnung vorläufigen Charakters. Mit Recht wiesen die Kläger darauf hin, die Kommission habe ja, würde ihr eine weniger intensive Maßnahme gleichfalls ausreichend erscheinen, eine Empfehlung ohne jede Rechtswirkung nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 erlassen können. — Den Entscheidungscharakter der angegriffenen Mitteilung können wir daher nicht mit der Begründung verneinen, es fehle an relevanten Rechtswirkungen.

Was die Frage angeht, ob die angegriffene Mitteilung eine *abschließende Willensäußerung* zum Inhalt hat, ob sie also — um eine Formulierung aus dem Urteil 41 und 50/59 zu gebrauchen — in Wendungen gehalten ist, die als endgültig anzusehen sind, so ist eine positive Antwort zwar nicht möglich im Hinblick auf das zu Artikel 85 Absatz 1 und Absatz 3 gebildete Urteil oder die Strafwürdigkeit der klägerischen Abmachung, mit anderen Worten: das Kartellverfahren wird durch die Mitteilung nicht vollständig abgeschlossen. Letzteres ist aber nach richtiger Auffassung auch nicht unerläßlich, vielmehr muß es als ausreichend angesehen werden, daß ein besonderer Verfahrens*teil* mit einem Endpunkt versehen wird, wie es etwa auch geschieht in Verfahren über einstweilige Anordnungen oder bei einer — von der Rechtsprechung als angreifbar anerkannten — Stellenausschreibung[2]. In allen diesen Fällen kommt es nicht auf den vorläufigen oder endgültigen Charakter der durchgeführten Prüfungen an, sondern allein darauf, ob die mit dem Akt bezweckten konkreten Rechtsfolgen unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit stehen. Das ist, anders als in Ansehung des Schreibens vom 8. April 1965, in Ansehung der Mitteilung vom 3. Januar 1966 sicher nicht der Fall, und damit muß nach meiner Überzeugung das Vorliegen einer angreifbaren Entscheidung ebenso bejaht werden wie in den Fällen der gleichfalls nicht verfahrensabschließenden Auskunftsersuchen und Nachprüfungsaufträge, denen bei objektiver Würdigung in Abweichung von der Auffassung der Kommission für die betroffenen Unternehmen kein größeres Gewicht beigelegt werden kann (etwa im Hinblick auf die Bedürfnisse der Geheimhaltung) als Mitteilungen, die eine *Strafbarkeit* in ansehnlichem Umfang begründen.

Gegen dieses Ergebnis, das, wie ich nicht leugnen will, auch gewonnen wurde unter dem Eindruck des Urteils Humblet[3] (also des Grundsatzes, Rechtsschutzbestimmungen im Zweifel zugunsten

1 — Vgl. § 56 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

2 — Vgl. Rechtssache 15/63, RsprGH X 67.

3 — Rechtssache 6/60, RsprGH VI 1168.

der Rechtsunterworfenen zu interpretieren) und das meines Erachtens der Tendenz des nationalen Verwaltungsrechts[1] entspricht, den Begriff „Verwaltungsakt", der als Zweckbegriff im Rahmen des Rechtsschutzes verstanden wird[2], extensiv zu interpretieren, gegen dieses Ergebnis — so meine ich — können auch einige (von den Klägern „rechtspolitisch" genannte) Überlegungen der Kommission letzten Endes nicht durchgreifen.

So führte die Kommission aus, in Wahrheit bestehe für die betroffenen Unternehmen kein Bedürfnis, eine sofortige gerichtliche Überprüfung der Mitteilungen des Artikels 15 Absatz 6 zu veranlassen, weil eine eventuelle spätere Rechtskontrolle von unstreitig angreifbaren Akten ausreichenden Rechts- und Interessenschutz gewährleiste. — Im Rahmen anderer nationaler oder vorstellbarer Gemeinschaftssysteme mit ähnlichen Auswirkungen wie denen des Artikels 15 Absatz 6 sei eine Klagemöglichkeit gleichfalls nicht gegeben. Schließlich würde bei der von den Klägern für notwendig gehaltenen Qualifizierung der Warnmitteilungen das Verfahren im Hinblick auf einige unerläßliche Formalien so langwierig werden, daß die den Mitteilungen zugedachte Funktion nicht mehr erfüllt werde. Auch sei nicht zu erkennen, welche Prüfung der Gerichtshof bei Bejahung des Anfechtungsrechts hinsichtlich der Mitteilungen des Artikels 15 durchführen könne, ohne den von der Kommission selbst noch nicht abschließend untersuchten Problemen der Anwendung des Artikels 85 Absätze 1 und 3 vorzugreifen.

Was zunächst die zum Rechtsschutzbedürfnis der Unternehmen vorgetragenen Bemerkungen angeht, so sind sie mit Sicherheit unerheblich, soweit sie verweisen auf gewisse nationale Systeme (wie das deutsche Kartellrecht, in dem eine Buße gemäß § 38 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ohne Vorwarnung zulässig ist, und das holländische Recht, das eine nicht angreifbare Aussetzung von Kartellen durch ministerielle Anordnung kennt) oder soweit die Kommission versucht, andere denkbare Ausgestaltungen der Verordnung Nr. 17 darzustellen, bei denen es in einer vergleichbaren Situation am Anfechtungsrecht fehlen würde. — Abgesehen davon, daß auch nach dem deutschen Kartellrecht für sogenannte Überläuferkartelle (unseren Altkartellen entsprechend) eine Sonderregelung gilt (§ 106 des Gesetzes), und abgesehen davon, daß nach dem holländischen Kartellrecht die erwähnte Aussetzung beschränkt ist auf einen Zeitraum von drei Monaten (vor dessen Ablauf ein gerichtliches Urteil auf Anfechtungsklage hin ohnedies nicht zu erwarten wäre), abgesehen von diesen Einwendungen zu den nationalen Beispielen ist für die Gemeinschaftslösung entschei-

1 — Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. 2. 1966, Verwaltungsarchiv 67, S. 76.

2 — Vgl. Urteil des Bundesgerichtshofes vom 10. 3. 1958, Band 72, S. 209; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. 5. 1956, Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts Band 3, S. 258.

dend, daß sie nach dem System der Verordnung Nr. 17 einen *Rechtsakt*, eben die Mitteilung des Artikels 15, als integrierenden Bestandteil vorsieht, der die Rechtslage der betroffenen Unternehmen verändert. Darüber hinaus erscheint mir nicht erwiesen, daß bei dem von der Kommission für die Zwecke ihrer Argumentation entworfenen abweichenden System (nach dem sich die Unternehmen vor Erteilung einer *Warnung* durch die Kommission darauf berufen könnten, nicht vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt zu haben) die erwähnte Warnung unter keinen Umständen als angreifbarer Akt anzusprechen wäre.

Sodann ist zur Frage des Rechtsschutzinteresses nicht bestreitbar, daß erhebliche Gründe für die Einräumung einer Klagemöglichkeit gegen Warnmitteilungen sprechen. Einmal läßt sich nämlich nach der bisherigen Praxis der Kommission keineswegs sagen, ein endgültiger Abschluß des Kartellverfahrens sei in der Regel vor dem Ende eines Gerichtsverfahrens über angegriffene Mitteilungen zu erwarten, ganz abgesehen davon, daß während des Gerichtsverfahrens einstweilige Anordnungen unseres Präsidenten ergehen können, welche die fehlende aufschiebende Wirkung gerichtlicher Klagen u.U. kompensieren. Für die Unternehmen besteht demnach bei Zulassung der Anfechtungsklage wohl die Aussicht, über die Legalität einer Mitteilung nach Artikel 15 Absatz 6 vor Abschluß des Kartellverfahrens Gewißkeit zu erlangen. —Zum anderen könnten die Unternehmen bei Ablehnung eines Anfechtungsrechts die Überprüfung abgegebener Mitteilungen nur erlangen im Fall einer späteren negativen Kartellentscheidung und nach Erlaß eines Bußgeldbescheids, d.h. unter Inkaufnahme beträchtlicher Risiken und indem sie sich so verhalten, wie es von der Kommission gerade nicht gewünscht wird. Haben die Unternehmen dagegen die Warnung beherzigt, d.h. von der Anwendung ihrer Absprache abgesehen, was angesichts des nicht übersehbaren Bußgeldrisikos die Regel sein dürfte und häufig — namentlich bei längerer Aussetzung — der unwiderruflichen Auflösung einer Absprache gleichkommt, so können sie im Fall eines späteren, positiven Kartellbescheids nicht nur Schwierigkeiten haben, die abgebaute Marktorganisation wieder ins Leben zu rufen, sie sind vor allem auch für einen Ausgleich ihrer verletzten Interessen auf den Weg der Amtshaftungsklage (gemäß Artikel 215 des Vertrages) angewiesen, der — etwa im Hinblick auf die Beweislast — außerordentlich beschwerlich ist und zudem einen vollkommenen Ausgleich erlittener Einbußen vielfach nicht gewährleistet.

Was weiterhin gewisse verfahrensmäßige Nachteile angeht, die mit der klägerischen Konzeption angeblich verbunden sind und die das Hilfsmittel der Mitteilung seiner Effizienz weithin berauben sollen, so konnten mich die Ausführungen der Kommission auch

unter diesem Aspekt (insbesondere bei Berücksichtigung ihrer bisherigen Praxis) nicht beeindrucken. Im vorliegenden Zusammenhang — wir werden auf die angeschnittene Frage später noch zurückkommen — will ich mich auf die Bemerkung beschränken, daß die der Maßnahme des Artikels 15 Absatz 6 anhaftenden Besonderheiten, d.h. ihre Funktion, einstweilige Anordnungen zu ersetzen, eine Auslegung der Verordnung Nr. 17 und anderer Ausführungsverordnungen des Kartellrechts erlauben, die gewisse Abweichungen vom regulären Verfahren einschließt. So kann etwa auf eine Anhörung dritter Betroffener in diesem Verfahrensstadium verzichtet werden, ebenso wie es vertretbar erscheint, den Beratenden Ausschuß nicht einzuschalten und die nationalen Kartellbehörden nicht zu beteiligen. Was aber die Anhörung der betroffenen Unternehmen selbst angeht, so lassen die Verfahrensvorschriften in ihrer gegenwärtigen Form (Setzung einer kurzen Frist, Verzicht auf mündliche Anhörung) soviel Ermessensspielraum, daß eine wesentliche Verzögerung des Verfahrens kaum droht. — Im übrigen wird natürlich die Fortsetzung des Hauptkartellverfahrens durch die gerichtliche Prüfung der vorläufigen Maßnahmen nicht aufgehalten oder beeinflußt, weil die Hauptfrage des Kartellverfahrens durch ein Gerichtsurteil über die Rechtmäßigkeit angegriffener Mitteilungen ebensowenig präjudiziert zu werden braucht, wie dies normalerweise im Verfahren über einstweilige Anordnungen im Verhältnis zur Hauptsache geschieht.

Demnach ist an der bei abstrakter Betrachtung des Kartellrechtssystems der Gemeinschaft gewonnenen Ansicht festzuhalten, daß die in Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Mitteilungen ihrem Rechtsgehalt nach Entscheidungscharakter im Sinn von Artikel 189 des Vertrages haben und der Anfechtung durch Private nicht entzogen sind.

2. Fehlt im vorliegenden Fall der Entscheidungscharakter wegen Verletzung wesentlicher Form- und Kompetenzvorschriften?

Nach diesen grundsätzlichen Bemerkungen müssen wir uns der Frage zuwenden, ob die im gegenwärtigen Fall versandten Mitteilungen so schwere Formfehler aufweisen, daß von Entscheidungen nicht gesprochen werden kann und die Klagezulässigkeit infolgedessen zu verneinen ist. Eine solche Fragestellung ist nicht nur aus dem nationalen Verwaltungsrecht bekannt; sie war auch schon wiederholt in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu behandeln. Im vorliegenden Fall liegt sie deshalb nahe, weil die Kommission nachdrücklich versichert hat, sie habe keine Entscheidung erlassen wollen und aus diesem Grund auf die üblichen Entscheidungs- und Verlautbarungsformalitäten verzichtet.

Konnten anfangs für diejenigen Kläger, die das Schreiben der Generaldirektion Wettbewerb vom 7. Februar 1966 nicht erhalten haben, Zweifel darüber bestehen, ob eine Beschlußfassung der Kommission überhaupt gegeben war oder lediglich eine Äußerung der Generaldirektion Wettbewerb (und dies im Hinblick auf den Umstand, daß die angegriffenen Mitteilungen vom Leiter der Generaldirektion Wettbewerb unterzeichnet sind), so wurde im Verfahren mit Hilfe des Protokolls über die 343. Sitzung der Kommission nachgewiesen, daß diese selbst auf eine Vorlage des Präsidenten der Gruppe Wettbewerb (enthalten in einer Note des Exekutivsekretärs vom 9. Dezember 1965) — wenn auch im schriftlichen Verfahren — einen Beschluß gefaßt hat, der gleichzeitig die Ermächtigung an den Präsidenten der Gruppe Wettbewerb enthielt, eine Mitteilung nach Artikel 15 Absatz 6 durch den Leiter der Generaldirektion Wettbewerb unterzeichnen und versenden zu lassen. Demnach kann sich allenfalls die Frage stellen, ob dieser Beschluß in korrekter Weise zustande gekommen und in den vorgeschriebenen Formen verlautbart worden ist.

Dabei soll uns jedoch die Frage nicht länger aufhalten, ob eine Kommissionsentscheidung vom Kollegium selbst im Wortlaut und in den verbindlichen Amtssprachen festzulegen ist oder ob ihre Abfassung im einzelnen den Kommissionsdienststellen überlassen, also eine Delegation vorgenommen werden kann. Zwar läßt sich mit guten Gründen die Meinung vertreten, die Kommission selbst habe auch in Einzelheiten den Inhalt ihrer Beschlüsse festzulegen (weil deren Rechtswirkungen von Nuancen der Formulierung abhängen können); es ist aber doch fraglich, ob bei Mißachtung dieses Grundsatzes (wie es unsere Rechtsprechung verlangt — vgl. Rechtssachen 23, 24, 52/63) von einem *schweren* Formfehler gesprochen werden kann, der die *absolute Nichtigkeit* des Aktes (Nichtexistenz) zur Folge hätte. — Auch sollten wir nicht weiter überlegen, ob eine Delegation zur Formulierung und Verlautbarung von Kommissionsbeschlüssen nach Artikel 27 der Geschäftsordnung der Kommission vom 9. Januar 1963 zulässig ist, wo es heißt: „Die Kommission kann ..... ihre Beamten ermächtigen ..... ganz oder teilweise die zur ..... Durchführung der Kommissionsbeschlüsse erforderlichen Maßnahmen ..... zu treffen", oder ob dieser Text — was näher liegt — nur interne Maßnahmen deckt, die sich von einem in allen Einzelheiten festgelegten Kommissionsbeschluß *ableiten* lassen. Wir haben nämlich in der Rechtsprechung, wenn auch im Rahmen des Montanvertrags, zu dem gegenwärtig interessierenden Problem Kriterien erarbeitet, die als allgemeine, für das System des EWG-Vertrags gleichermaßen anwendbare Grundsätze angesehen werden können und die eine Lösung des aufgeworfenen Problems verhältnismäßig leicht machen. — Dabei denke ich nicht an das im vorliegenden Verfahren wiederholt an-

geführte Urteil der Rechtssachen 1 und 14/57, in dem aus der *fehlenden Begründung* auf die Nichtexistenz einer Entscheidung geschlossen wurde, denn dieses Urteil betrifft — wie die spätere Rechtsprechung zum Begründungszwang zeigt — allein den Sonderfall einer *Stellungnahme nach Artikel 54* des Montanvertrags. Ich denke vielmehr an Urteile, in denen unterstrichen wurde, es müsse „die Natur einer Verlautbarung ... an ihrer äußeren Form zu erkennen" sein, es müsse dem Akt selbst mit Deutlichkeit entnommen werden können, daß er vom kompetenten Kollegium beraten und beschlossen wurde (wofür es auf die Bezeichnung „Entscheidung" natürlich nicht ankommt), und es sei insbesondere zu verlangen, daß der Akt (wie auch Artikel 12 der Geschäftsordnung der Kommission vorschreibt) von einem Mitglied des entscheidenden Kollegiums unterzeichnet und bekanntgegeben wird (Rechtssachen 23, 24, 52/63; 54/65[1]). Genügt ein Akt diesen Anforderungen nicht (in der Rechtssache 42/59[2] ist davon die Rede, er müsse wenigstens *im Namen und im Auftrag* des zuständigen Kollegiums unterzeichnet sein), so fehlt es an einer angreifbaren Entscheidung. Genauso verhält es sich im vorliegenden Fall. Zwar ist in der angefochtenen Mitteilung ausgeführt: „*Die Kommission* hat die Vereinbarung einer vorläufigen Prüfung unterzogen. *Sie* ist zu der Auffassung gelangt, ... *Sie* teilt Ihnen dies hiermit gemäß Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 mit. *Die Kommission* weist Sie darauf hin" (worin eine Bezugnahme auf den zugrunde liegenden Kommissionsbeschluß gesehen werden könnte); die zitierten Äußerungen sind aber nur versehen mit der Unterschrift des Generaldirektors für Wettbewerb, der nicht darauf hinweist, im Namen und im Auftrag der Kommission zu handeln, es fehlt also die notwendige Authentifizierung durch die Unterschrift eines Kommissionsmitglieds. Dieser Mangel zwingt nach der bisherigen Rechtsprechung dazu, das Vorliegen einer Entscheidung zu verneinen, auch wenn ein solcher Formalismus als streng angesehen werden könnte. Unter Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien (nicht der Vorschriften der Geschäftsordnung der Kommission) kommen wir somit zu dem das Interesse betroffener Unternehmen an Rechtssicherheit befriedigenden Ergebnis, daß die Klagen wegen Fehlens angreifbarer Akte als unzulässig zurückgewiesen werden müssen.

II. Begründetheit

In Anbetracht dieses eindeutigen Ergebnisses halte ich es für vertretbar, nur kurz und in subsidiärer Form auf die Hauptsache einzugehen. Dabei werde ich nicht Stellung nehmen zu der grundsätzlichen Kritik am System der Verordnung Nr. 17, zu der Frage,

1 — RsprGH IX 484 f.
2 — RsprGH VII 154.

ob die angemeldete Vereinbarung tatsächlich, wie die Kommission aufgrund einer vorläufigen Beurteilung glaubt, in offensichtlicher Weise kartellrechtliche Normen verletzt, zu dem Vorwurf, die Kläger seien durch die Zustellung der Warnmitteilungen diskriminiert, sowie zu der Frage, ob die Kommission ermessensmißbräuchlich handelte, als sie die mit den Klägern monatelang durchgeführten Verhandlungen abbrach und einen einseitigen kartellrechtlichen Akt erließ. Vielmehr wollen wir uns in wenigen Sätzen mit den der Kommission vorgeworfenen Form- und Verfahrensfehlern auseinandersetzen.

Dabei denke ich zwar nicht an die Frage, ob die Anhörung der Kläger in korrekter Weise vorgenommen wurde, weil wir insofern auf Schwierigkeiten stoßen in der Bestimmung dessen, was tatsächlich Gegenstand der verschiedenen Besprechungen war. Ich denke vielmehr an die rechtliche Frage, ob der Kommission die Durchführung des schriftlichen Verfahrens (gemäß Artikel 11 ihrer Geschäftsordnung) im vorliegenden Fall offenstand, ob sie den Beratenden Ausschuß hätte hören müssen sowie insbesondere, ob sie der Begründungspflicht genügt hat.

Zu den beiden ersten Fragen kurz nur dies:

Meines Erachtens kann in Anbetracht der Kautelen der Geschäftsordnung (Verteilung einer ausführlichen Beratungsvorlage und Möglichkeit des Einspruchs gegen das schriftliche Verfahren) nicht gesagt werden, das schriftliche Beschlußverfahren sei auf reine Routineangelegenheiten zu beschränken; jedenfalls erscheint es nicht ermessensmißbräuchlich, wenn es auf die vorläufige Prüfung im Kartellrecht angewandt wird, die der Versendung einer Mitteilung nach Artikel 15 Absatz 6 vorausgeht. — Auch habe ich in einem früheren Zusammenhang schon hervorgehoben, mit Rücksicht auf die besondere Natur und die Funktionen einer Warnmitteilung könne die vorherige Anhörung des Beratenden Ausschusses nicht als unentbehrlich angesehen werden, weil sie in Anbetracht der geltenden Formalien und Fristen (Verordnung Nr. 17 und Verordnung Nr. 99) eine unerträgliche Verzögerung des Verfahrens mit sich bringen könnte. Diese Auffassung wird geteilt von den belgischen Klägern. Sie steht im übrigen im Einklang mit einer sinnvollen Interpretation von Artikel 10 der Verordnung Nr. 17.

Was allerdings die Pflicht der Kommission zur Begründung ihrer Akte angeht, so erscheint die Kritik der Kläger in Anbetracht unserer bisherigen Rechtsprechung offensichtlich fundiert, und zwar selbst dann, wenn man im Hinblick auf den Dringlichkeitscharakter der Mitteilungen des Artikels 15 Absatz 6 an ihre Begründung geringe Anforderungen stellt. Wie wir wissen, enthalten die angefochtenen Mitteilungen nur eine Aufführung von Klauseln der beurteil-

ten Vereinbarung sowie die Feststellung, Artikel 85 Absatz 1 sei anwendbar und eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 komme nicht in Betracht. Dagegen erkennen wir keinerlei Erwägungen zu den einzelnen Elementen des Artikels 85 Absatz 1, keinerlei Hinweise auf tatsächliche Feststellungen (die nach unserer Rechtsprechung freilich zumindest im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 1 unter Umständen entfallen können), keinerlei Ausführungn zu Artikel 85 Absatz 3 (die offenbar unterblieben sind aufgrund der irrigen Ansicht, Freistellungen seien stets zu versagen bei besonders schwerwiegenden Verstößen gegen Artikel 85 Absatz 1) sowie schließlich keinerlei Erklärungen über die Notwendigkeit einer Dringlichkeitsmaßnahme. — Diese Unterlassungen können weder wettgemacht werden durch Erklärungen in den Verhandlungen mit den Klägern noch durch eine im Januar 1966 veröffentlichte Pressemitteilung oder das an die belgischen Unternehmen gerichtete Schreiben vom 7. Februar 1966 (die im übrigen keine zusätzlichen Aufschlüsse geben), und sie können nicht entschuldigt werden mit der Schnelligkeit, die den Erlaß einer Dringlichkeitsnaßnahme nach Artikel 15 Absatz 6 kennzeichnet. Letzteres vor allem deshalb nicht, weil sich die Kommission in jedem Fall vor der Versendung einer Mitteilung eine fundierte Meinung gebildet haben muß und *deren Verlautbarung* allein — wie ich schon in früheren Prozessen ausführte — den Erlaß des Aktes nicht wesentlich aufzuhalten vermag.

Demnach wäre bei Anerkennung des Entscheidungscharakters der angegriffenen Mitteilungen und bei Bejahung der Klagezulässigkeit die Aufhebung der Mitteilungen zumindest wegen Verletzung der Begründungspflicht auszusprechen.

Im übrigen möchte ich an dieser Stelle anmerken, daß nach richtiger Auffassung eine ausführlichere Begründung als die gegebene auch dann verlangt werden müßte, wenn die Mitteilungen angreifbare Entscheidungen nicht darstellen würden, sondern lediglich vorbereitende Verfahrensmaßnahmen im Sinn von Vorwarnungen der Unternehmen. Selbst dann könnten sie nämlich zumindest die Funktion, den guten Glauben der Unternehmen zu beseitigen, nur erfüllen, wenn sie mit einer gewissen Überzeugungskraft ausgestattet wären. Diese kann nicht allein aus der Tatsache hergeleitet werden, daß hohe Beamte der Kommission oder diese selbst tätig geworden sind, vielmehr wird sie wirksam nur begründet durch eingehende kartellrechtliche Erklärungen. Würde der Gerichtshof bei Verneinung der Entscheidungsqualität die Mitteilungen in einem späteren Bußgeldverfahren zu würdigen haben, so gäbe es für mich keinen Zweifel, daß er sie als rechtsunerheblich außer Betracht lassen müßte, weil sie wegen fehlender Begründung jeglicher Überzeugungskraft entbehren.

III. Zur Kostenfrage

Ein letztes Wort habe ich, ausgehend von meiner Hauptthese, die Klagen seien wegen Fehlens einer korrekten Entscheidung unzulässig, zur Kostenfrage des Prozesses zu sagen. Zwar müssen die Kläger nach meiner Ansicht unterliegen; sie berufen sich aber für eine Kostenentscheidung zu ihren Gunsten auf die Tatsache, daß die Mitteilungen vom 3. Januar 1966 den Rechtsschein von Entscheidungen begründet haben, und sie verweisen auf Urteile mit ähnlicher Sachlage aus dem Montanrecht.

Tatsächlich dürfte es angezeigt sein, der klägerischen Schlußfolgerung beizupflichten. Nicht nur enthalten die Mitteilungen Formulierungen, die auf einen Akt der Kommission schließen lassen; in dieselbe Richtung weisen die erwähnte Pressemitteilung vom 24. Januar 1966, das an einen Teil der Kläger gerichtete Schreiben vom 7. Februar 1966 und eine objektive Interpretation des Systems der Verordnung Nr. 17, nach der eine Entscheidung notwendig ist. Schließlich könnte noch angemerkt werden, daß es bislang an einer einschlägigen Rechtsprechung zum EWG-Vertrag fehlt und daß angesichts des beträchtlichen, durch die Mitteilungen geschaffenen Bußgeldrisikos eine Klärung der Rechtslage vom Standpunkt der Kläger aus unabweislich erscheinen mußte. Demnach, aber auch, weil die Kommission — die Klagezulässigleit unterstellt — sogar in der Hauptsache unterliegen müßte, ist es gerechtfertigt, ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

IV. Schlußanträge

Nach alledem lauten meine Schlußanträge wie folgt:

Es ist festzustellen, daß die angegriffenen Akte wegen schwerer Formfehler Entscheidungen nicht darstellen und daß die Klagen aus diesem Grund als unzulässig zurückgewiesen werden müssen. Unter Berücksichtigung unserer Rechtsprechung zu Artikel 69 § 3 der Verfahrensordnung sind die Kosten des Prozesses gleichwohl der Kommission aufzuerlegen.