Schlußanträge des Generalanwalts Herrn Joseph Gand vom 3. Februar 1966[1]

Herr Präsident, meine Herren Richter!

Nach Artikel 91 der Verfahrensordnung haben Sie in vorliegender Sache nur über die prozeßhindernde Einrede der EWG-Kommission gegen die von der Firma A. Lütticke und zwei anderen deutschen Firmen beim Gerichtshof anhängig gemachte Klage zu entscheiden.

Die Entstehungsgeschichte des Rechtsstreits ist Ihnen bekannt. Diese drei Firmen, die Milchpulver aus Ländern des Gemeinsamen Marktes einführen, vertreten die Ansicht, daß die Bundesrepublik Deutschland seit dem 1. Januar 1962, dem Beginn der zweiten Stufe, durch die Erhebung von Umsatzausgleichsteuer bei der Einfuhr dieses Erzeugnisses gegen den Vertrag von Rom verstoße. Da ihre formlosen Eingaben ohne Erfolg blieben, leiteten sie das Verfahren nach Artikel 175 ein und richteten am 15. März 1965 folgenden Antrag an die Kommission:

1. einen Beschluß darüber zu fassen, daß die Erhebung der streitigen Ausgleichsteuer gegen Artikel 95 des Vertrages verstößt;
2. gegen die Bundesrepublik das Verfahren nach Artikel 169 zu eröffnen mit dem Ziel, die Steuer ab 1. Januar 1962 zu beseitigen, zunächst diesem Staat Gelegenheit zur Äußerung zu geben und, falls er der Stellungnahme der Kommission nicht fristgemäß nachkommt, „gemäß Artikel 169 Absatz 2 zu verfahren", d.h. Sie um die Feststellung anzurufen, daß der beschuldigte Staat gegen eine ihm obliegende Verpflichtung verstoßen habe;
3. schließlich erbaten die Klägerinnen einen Bescheid über die Beschlüsse zu den soeben wiedergegebenen Anträgen.

Nach einem Zwischenbescheid erhielten sie am 17. Mai 1965 einen vom Generaldirektor für Wettbewerb unterzeichneten Eilbrief, dessen vollständiger Wortlaut im Sitzungsbericht wieder-

1 - Aus dem Französischen übersetzt.

gegeben ist. Dieser leitende Beamte erklärte, die Bundesrepublik Deutschland habe mit der ab 1. April 1965 vorgenommenen Herabsetzung der Umsatzausgleichsteuer von 4 auf 3 % die „von der Kommission der EWG insoweit festgestellte und gerügte Verletzung des Artikels 95 Absatz 1" beseitigt. Die Kommission habe deshalb davon abgesehen, gegenüber der Bundesrepublik auf der rückwirkenden Herabsetzung des Steuersatzes zum 1. Januar 1962 zu bestehen. Außerdem glaube sie nicht, daß die Umsatzausgleichsteuer an sich gegen Artikel 95 verstoße; sie sehe somit keine Notwendigkeit für ein weiteres Tätigwerden. Das Schreiben schließt wie folgt: „Die Kommission gestattet sich, im übrigen darauf hinzuweisen, daß Ihnen die vorstehende Auskunft ohne jede Anerkennung einer Rechtspflicht erteilt wird. Die Möglichkeit einer Untätigkeitsklage wegen der von Ihnen geltend gemachten Anträge ist für Ihre Auftraggeber nach Artikel 175 Absatz 3 des EWG-Vertrags ausgeschlossen."

Bei dieser Sachlage haben die Firma Lüttike und ihre beiden Mitklägerinnen zwei Anträge an Sie gerichtet. Gestützt auf Artikel 173 Absatz 2 des Vertrages beantragen sie, die in dem soeben wiedergegebenen Schreiben enthaltene „Entscheidung", die an sie gerichtet und ihnen zugestellt sei, aufzuheben. Sollten Sie dagegen in diesem Schreiben keine Entscheidung erblicken, so bedeute dies, daß die Kommission nicht rechtzeitig im Sinne von Artikel 175 Absatz 2 „Stellung genommen" hätte. Es liege dann also eine Untätigkeit der Kommission vor, die festzustellen die Klägerinnen hilfsweise beantragen.

Das Verfahren ist also durch eine Inverzugsetzung, eine „Aufforderung, tätig zu werden", im Sinne von Artikel 175 eingeleitet worden. Um über die prozeßhindernde Einrede entscheiden zu können, ist daher zunächst die Bedeutung dieses Artikels des EWG-Vertrags zu untersuchen. Hierbei wird sich herausstellen, daß er Einzelpersonen erheblich geringere Möglichkeiten bietet als Artikel 35 EGKS-Vertrag, den Sie oft anzuwenden hatten.

Unterläßt es der Rat oder die Kommission unter Verletzung des Vertrages, einen Beschluß zu fassen, so können die Mitgliedstaaten und die anderen Organe der Gemeinschaft beim Gerichtshof Klage erheben; Voraussetzung ist jedoch eine vorherige Aufforderung an das Organ, tätig zu werden. Hat es binnen zwei Monaten nach dieser Aufforderung nicht Stellung genommen, so kann die Klage innerhalb einer weiteren Zweimonatsfrist erhoben werden. Hier sei nebenbei vermerkt, daß der Ausdruck „Stellung nehmen" sehr unbestimmt und umfassend ist.

In Artikel 175 Absatz 3 heißt es weiter: „Jede natürliche oder juristische Person kann nach Maßgabe der Absätze 1 und 2 vor dem Gerichtshof Beschwerde darüber führen, daß ein Organ der

Gemeinschaft *es unterlassen hat, einen anderen Akt als eine Empfehlung oder eine Stellungnahme an sie zu richten.*" Demzufolge ist der Untätigkeitsklage einer natürlichen oder juristischen Person das Ziel unerläßlich, einen Rechtsakt zu erlangen, der seiner Natur und seiner Bestimmung nach an den Antragsteller *zu richten* ist und nur eine *Entscheidung* sein kann. Darauf hat auch Generalanwalt Roemer in seinen Schlußanträgen zu einem ganz ähnlich gelagerten Rechtsstreit (103/63, Rhenania GmbH und andere, RsprGH X 927) hingewiesen, der durch Erledigung der Hauptsache endete.

In Verbindung mit Artikel 169 schließt die soeben betrachtete Vertragsbestimmung die Möglichkeit, Verstöße von Mitgliedstaaten gegen ihnen obliegende Verpflichtungen feststellen zu lassen, für Privatpersonen aus. Nach dem System des Pariser Vertrages obliegt es der Hohen Behörde, diese Feststellung durch eine mit Gründen versehene Entscheidung zu treffen, die der betroffene Staat durch eine Klage im Verfahren mit unbeschränkter Rechtsprechung (recours de pleine juridiction) vor dem Gerichtshof anfechten kann. Sie haben entschieden, daß ein Unternehmen, das glaubt, ein Mitgliedstaat habe gegen eine ihm obliegende Verpflichtung verstoßen, die Hohe Behörde ersuchen kann, diesen Mitgliedstaat zur Erfüllung seiner Verpflichtung anzuhalten, und daß es bei Untätigkeit der Hohen Behörde die Untätigkeitsklage nach Artikel 35 erheben kann (Rechtssachen 7 und 9/54, Groupement des Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises, RsprGH II 55, und Rechtssache 30/59, RsprGH VII 3).

Diese Rechtsprechung findet ihre Erklärung darin, daß die Klage nach Artikel 35 den allgemeinen Bedingungen für Nichtigkeitsklagen nach Artikel 33 unterliegt; die individuellen Entscheidungen, von denen Artikel 33 Absatz 2 handelt, müssen nicht notwendigerweise an den Kläger gerichtet sein, sondern ihn nur betreffen. Die mit Gründen versehene Entscheidung nach Artikel 88 EGKS-Vertrag schließlich ist eine individuelle Entscheidung, die Privatpersonen im Sinne von Artikel 33 Absatz 2 betreffen kann.

Nach Artikel 169 EWG-Vertrag dagegen kann die Kommission nicht durch einen bindenden Rechtsakt feststellen, daß ein Mitgliedstaat den Vertrag verletzt habe. Sie *kann* sich lediglich nach Abschluß eines Verfahrens, dessen wesentlicher Teil die Veröffentlichung der mit Gründen versehenen Stellungnahme ist, vor der der betroffene Staat Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten muß, an den Gerichtshof wenden. Die in Artikel 169 vorgesehenen Maßnahmen sind demnach Bestandteile eines Verfahrens, das einen Rechtsstreit zwischen der Kommission und einem Mitgliedstaat zu regeln bestimmt ist, der nur durch das von Ihnen zu erlassende Urteil abgeschlossen werden kann. Ob es sich nun um die Aufforde-

rung an den Mitgliedstaat, sich zu äußern, oder um die mit Gründen versehene Stellungnahme handelt, die vor der Anrufung des Gerichtshofes abgegeben werden muß, in jedem Fall haben wir es mit Maßnahmen (im weitesten Sinne dieses Wortes und ohne irgendeine spezielle rechtliche Bedeutung) zu tun, die gegenüber einem Mitgliedstaat ergehen und keinesfalls an denjenigen gerichtet sind, der die Kommission zum Tätigwerden aufgefordert hat.

Wenn somit nach dem Wortlaut von Artikel 175 Absatz 3 Privatpersonen die Nichteinleitung des Verfahrens nach Artikel 169 gegen einen Mitgliedstaat nicht mit der Untätigkeitsklage anfechten können, so beruht dies nicht auf einem Zufall, sondern auf dem Willen der Verfasser des Vertrages, den Privaten eine Klagemöglichkeit von der Art der durch Artikel 33 in Verbindung mit Artikel 35 und 88 EGKS-Vertrag eröffneten zu versagen. Jeder Auslegungsversuch, der darauf hinausliefe, Ihre frühere Rechtsprechung im Rahmen des Vertrages von Rom anzuwenden, würde mit Sicherheit nicht nur dem Buchstaben dieses Vertrages, sondern auch dem Willen seiner Verfasser zuwiderlaufen.

Ich habe mich bemüht, einige Aspekte der in den Artikeln 169 und 175 vorgesehenen Verfahren hervorzuheben, weil die Klägerinnen den letztgenannten Artikel selbst dazu verwenden wollen, die Kommission zur Anwendung des erstgenannten Artikels zu zwingen. Ich glaube, die Schlüsse, die sich hieraus auf die Zulässigkeit der Ihnen vorliegenden Klage ziehen lassen — sowohl im Hinblick auf Artikel 173 als auch auf Artikel 175 Absatz 3 —, sind recht einfach. Ungeachtet allen dialektischen Geschicks der Klägerinnen werde ich Ihnen vorschlagen, der von der Kommission erhobenen prozeßhindernden Einrede stattzugeben.

1. In erster Linie beantragen die Klägerinnen, die Entscheidung vom 14. Mai 1965 aufzuheben, die, wie sie behaupten, an sie gerichtet ist und ihnen am 17. Mai 1965 zugestellt wurde. Es handelt sich um das Schreiben, mit dem der Generaldirektor für Wettbewerb die präzisen Anträge beantwortet, die die Klägerinnen aufgrund von Artikel 175 an die Kommission gerichtet haben, und erklärt, die Kommission sei nicht der Ansicht, daß die Bundesrepublik gegen Artikel 95 des Vertrages verstoße, und sehe keinen Anlaß für ein weiteres Tätigwerden.

Ich verweise auf den Wortlaut von Artikel 173 Absatz 2: „Jede natürliche oder juristische Person kann unter den gleichen Voraussetzungen gegen die an sie ergangenen Entscheidungen sowie gegen diejenigen Entscheidungen Klage erheben, die, obwohl sie als Verordnung oder als eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung ergangen sind, sie unmittelbar und individuell betreffen." Ich glaube nicht, daß die Klägerinnen das angegriffene Schreiben auf der Grundlage des Artikels 173 anfechten können.

Dies nicht so sehr deswegen, weil das Schriftstück, wie die Kommission meint, seiner äußeren Form nach nicht als Entscheidung im Sinne von Artikel 173 Absatz 2 angesehen werden könnte: Daß es in einer Dienststelle der Generaldirektion Wettbewerb verfaßt wurde, daß es den Briefkopf und das Aktenzeichen dieser Generaldirektion trägt, daß es vom Generaldirektor im eigenen Namen und nicht im Auftrag unterzeichnet wurde, halte ich nicht für ausschlaggebend. Denn aus dem Wortlaut des Schreibens geht hervor, daß dessen Unterzeichner darin den Standpunkt der Kommission darlegt; der Bevollmächtigte der Kommission hat übrigens in der mündlichen Verhandlung erklärt, daß die Kommission den Inhalt des Schreibens im voraus gebilligt hatte. Für einen unvoreingenommenen Leser, dem die Bestimmungen der Geschäftsordnung dieses Organs wenig bekannt sind, kann ein solches Schriftstück als Mitteilung eines von der Kommission selbst und nicht von einer ihrer Dienststellen eingenommenen Standpunkts erscheinen.

Aber seinem Inhalt nach kann das streitige Schreiben meines Erachtens keine im Klagewege anfechtbare Entscheidung darstellen. Grundsätzlich kann eine ablehnende Entscheidung nur dann Gegenstand einer Klage sein, wenn die positive Maßnahme, welche die Behörde zu ergreifen ablehnt, selbst anfechtbar wäre. Im vorliegenden Fall würden die mit Gründen versehene Stellungnahme, welche die Kommission zu einem Verstoß der Bundesrepublik gegen ihre Verpflichtungen abgäbe, die an diesen Staat gerichtete Aufforderung, sich zu äußern, und ganz allgemein die Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 169 alles sämtlich nur vorbereitende Schritte für eine Klage vor dem Gerichtshof bilden, aber nicht Rechtsakte, die selbst im Klagewege angefochten werden könnten. Das gleiche gilt zwangsläufig für die Weigerung, dieses Verfahren einzuleiten oder diese einzelnen Handlungen vorzunehmen.

Außerdem stellt das streitige Schreiben auch deshalb keine anfechtbare Entscheidung dar, weil es für seine Adressaten, die ja keinen Anspruch darauf haben, daß die Kommission das Verfahren nach Artikel 169 in Gang setzt, keine rechtliche Wirkung zeitigt: Die Kommission gibt eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab, wenn nach *ihrer Auffassung* der Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus dem Vertrag verstoßen hat; kommt der Staat dieser Stellungnahme nicht innerhalb einer bestimmten Frist nach, so *kann* die Kommission den Gerichtshof anrufen. Hieraus ist ersichtlich, daß in zwei aufeinanderfolgenden Verfahrensabschnitten eine Ermessensfreiheit der Kommission besteht, die jeden Anspruch von Einzelpersonen auf ein bestimmtes Handeln ausschließt. Die Klägerinnen wenden ein, die Kommission sei bei Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen verpflichtet, das Verfahren nach Artikel 169 in Gang zu setzen; sie habe eine Ermessensbefugnis nur für den zweiten Abschnitt, nämlich für die Maßnahmen, die sie von dem Mit-

gliedstaat fordert. Über diese Frage ließe sich streiten. Sie ist jedoch belanglos, denn es steht fest, daß zwar andere Mitgliedstaaten die Kommission nach Artikel 170 unter ähnlichen Voraussetzungen wie denen des Artikels 169 zur Abgabe einer mit Gründen versehenen Stellungnahme zu einem geltend gemachten Verstoß eines Mitgliedstaats zwingen können, natürliche oder juristische Personen aber keine wie auch immer geartete Klagemöglichkeit besitzen. Die Klägerinnen bemerken ferner zutreffend, daß nach dem Vertrag von Rom nur der Gerichtshof befugt ist, die Auffassung der Kommission von den Verpflichtungen der Mitgliedstaaten auf ihre Richtigkeit zu prüfen; hieraus ergebe sich, da der Gerichtshof nicht von Amts wegen, sondern lediglich auf Antrag einer Partei tätig werden kann, daß die betroffenen Privatpersonen in den einzelnen Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben müßten, ihn anzurufen. Auch hier verkennen die Klägerinnen, daß nach ausdrücklicher Vorschrift der Gerichtshof mit Vertragsverletzungen von Mitgliedstaaten nur durch die Kommission aufgrund von Artikel 169 oder durch einen anderen Mitgliedstaat aufgrund von Artikel 170 befaßt werden kann.

Dies alles führt zu dem Ergebnis, daß die Kommission mit ihrer Weigerung, einem Antrag auf Einleitung des Verfahrens nach Artikel 169 stattzugeben, keine nach Artikel 173 Absatz 2 anfechtbare Entscheidung erläßt. Allerdings war dies nicht das einzige Ziel des im Namen der Klägerinnen eingereichten Schriftsatzes; die Klägerinnen hatten außerdem um einen Bescheid über die auf ihren Hauptantrag ergehenden Beschlüsse gebeten. Das von ihnen angegriffene Schreiben entspricht zwar in dieser Hinsicht ihrem Begehren, ist aber insoweit ebensowenig im Klageweg anfechtbar. Ich kann hier nur die Worte des Generalanwalts in den Schlußanträgen zur Rechtssache 103/61 wiederholen, wonach Mitteilungen über solche Akte „nichts anderes [sind] als unwesentliche Akzessorien, Reflexe der eigentlichen Maßnahme ohne eigenen Rechtsbestand", für die demnach die gleichen Lösungen anwendbar sind.

2. Die Klägerinnen stellen außerdem Hilfsanträge für den von ihnen von Anfang an vorausgeahnten Fall, daß Sie das an die Klägerinnen gerichtete Schreiben nicht als eine nach Artikel 173 anfechtbare Entscheidung ansehen sollten. Es müsse dann notwendigerweise eine Untätigkeitsklage nach Artikel 175 möglich sein. Aber ich lehne es ab, das Dilemma, vor das man Sie zu stellen versucht, als gegeben anzusehen; ich brauche daher hier wohl nur auf meine bisherigen Ausführungen zu diesem Artikel zu verweisen.

Die Untätigkeitsklage einer natürlichen oder juristischen Person setzt voraus, daß es die Kommission unter Verletzung des Vertrages trotz einer Aufforderung zum Tätigwerden unterlassen hat, an den Kläger einen anderen Akt als eine Empfehlung oder eine Stel-

lungnahme zu richten. Da aber Einzelpersonen keinen Anspruch auf Eröffnung des Verfahrens nach Artikel 169 haben, kann die Weigerung der Kommission, einem solchen Antrag stattzugeben, keine Verletzung des Vertrages darstellen.

Die Klage ist außerdem nur dann zulässig, wenn es das Organ unterläßt, einen „anderen Akt als eine Empfehlung oder eine Stellungnahme" an den Kläger zu richten, d.h. — ohne daß es einer weiteren Klarstellung bedürfte — einen bindenden Akt. Darüber hinaus muß dieser Akt seiner Natur nach an den Antragsteller zu richten und wirklich für ihn bestimmt sein. Dies alles traf bei den von den Klägerinnen beantragten Maßnahmen zweifellos nicht zu, denn sie hätten keine verbindlichen Rechtsakte dargestellt und hätten die Bundesrepublik betroffen. Dies wird dadurch bewiesen, daß die Klägerinnen in Punkt 3 ihres Schreibens vom 15. März 1965 lediglich einen Bescheid über die „Beschlüsse zu 1 und 2", die nur die Bundesrepublik betrafen, erbaten.

Außerdem liegt nach Artikel 175 Absatz 2 eine Untätigkeit nur dann vor, wenn das Organ binnen zwei Monaten nicht „Stellung genommen" hat. Diese Formulierung unterscheidet sich etwas von der des Artikels 35 EGKS-Vertrag. Muß die Mitteilung der Weigerung, in dem gewünschten Sinne tätig zu werden, nicht als eine Stellungnahme betrachtet werden, die die Untätigkeitsklage ausschließt? Ich halte es nicht für erforderlich, diese Frage zu entscheiden, und schlage Ihnen vor, die Hilfsanträge abzuweisen.

Abschließend möchte ich noch zwei Bemerkungen machen.

Erstens: Ungeachtet aller Scharfsinnigkeit der Klage war das gesamte Vorgehen der Klägerinnen doch von Anfang an darauf gerichtet, die Kommission zur Einleitung des Verfahrens nach Artikel 169 gegenüber der Bundesrepublik Deutschland zu zwingen. Ich habe bereits ausgeführt, aus welchen Gründen die Klägerinnen die Untätigkeit oder Weigerung des Organs nicht anfechten können. Dem ist noch hinzuzufügen, daß Sie, falls Sie den Fall anders beurteilen und die Begründetheit der Klageanträge prüfen sollten, ermitteln müßten, ob die Bundesrepublik durch die Erhebung der Umsatzausgleichsteuer bei der Einfuhr von Milchpulver gegen Artikel 95 des Vertrages verstößt. Sie würden damit bejahendenfalls auf den Antrag einer Einzelperson hin einen Verstoß eines Mitgliedstaats gegen seine Verpflichtungen feststellen, ohne daß Sie von der Kommission oder einem anderen Mitgliedstaat angerufen wären und ohne daß der beschuldigte Staat Gelegenheit zur Äußerung erhalten hätte, was den ausdrücklichen Vorschriften der Artikel 169 und 170 des Vertrages widersprechen würde. Hierin liegt ein weiterer Beweis dafür, daß derartige Anträge nicht zulässig sind.

Wenn andererseits — dies ist meine zweite Bemerkung — somit Privatpersonen der Weg des Artikels 169 nach dem Willen der Ver-

fasser des Vertrages verschlossen ist, so sind die Klägerinnen deswegen dennoch nicht notwendigerweise ohne jeden Rechtsschutz, denn ihnen bleibt der Weg nach Artikel 177 offen; hierbei handelt es sich nicht nur um eine rein theoretische Möglichkeit, wie sich aus der Rechtssache 57/65 ergibt, in der auf eine Vorlage des Finanzgerichts Saarbrücken hin die Frage der unmittelbaren Anwendung von Artikel 95 des Vertrages zu prüfen ist.

Sie haben schließlich über die Kosten zu entscheiden, die Sie nach dem vom Anwalt der Klägerinnen in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag in jedem Fall vollständig der Kommission auferlegen sollen. Wenn ich richtig verstanden habe, soll das Antwortschreiben dieses Organs, da es zumindest die äußere Form einer Entscheidung aufweise, die Firma Lütticke zur Erhebung ihrer Klage veranlaßt haben. Dieses Argument erscheint mir nicht sehr überzeugend, denn der letzte Absatz des streitigen Schriftstücks konnte durch die darin enthaltenen Vorbehalte im Gegenteil die Klägerinnen vor einem vorschnellen gerichtlichen Verfahren warnen. Ich sehe daher keinen besonderen Grund, in diesem Fall von der Vorschrift des Artikels 69 § 2 der Verfahrensordnung abzuweichen, wonach die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen ist; diesen Antrag hat die Kommission gestellt.

Ich beantrage,

— die Klage 48/65 als unzulässig abzuweisen

— und die Kosten den Klägerinnen aufzuerlegen.