SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO vom 12. Juli 1990 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Mit der vorliegenden Klage begehrt die Französische Republik gemäß Artikel 173 Absatz 1 EWG-Vertrag die Aufhebung einer Handlung der Kommission mit der Bezeichnung „Interne Dienstanweisung zu bestimmten administrativen und technischen Einzelheiten, die von den Bediensteten der Kommission bei der Probenahme und Analyse von Erzeugnissen zu beachten sind, die im Rahmen der Verwaltung und Kontrolle durch den Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft entnommen werden" [1].

Die französische Regierung meint, diese Interne Dienstanweisung ermächtige die Bediensteten der Kommission, Kontrollen (Probenahmen und Analysen von Erzeugnissen) vorzunehmen, die im geltenden Gemeinschaftsrecht nicht vorgesehen seien und deren Regelung keinesfalls in den Zuständigkeitsbereich der Kommission falle.

Der Ursprung des Rechtsstreits ist somit in den Bereich der Gemeinschaftsvorschriften über die Kontrollen der vom Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft (EAGFL) finanzierten Ausgaben einzuordnen.

2. Die Verordnung (EWG) Nr. 729/70 des Rates vom 21. April 1970 über die Finanzierung der gemeinsamen Agrarpolitik [2] setzte parallel zur Einführung des Systems der eigenen Einnahmen ein System der direkten Finanzierung durch die Gemeinschaft in Kraft. Die Kommission stellt den Mitgliedstaaten die notwendigen Mittel zur Verfügung, damit die nationalen Stellen die Zahlungen vornehmen. Es ist klar, daß die Verwaltung der entsprechenden Zahlungen seitens der Mitgliedstaaten für Rechnung der Gemeinschaft zu Unregelmäßigkeiten und Betrügereien führen kann. Mit diesem Fall beschäftigen sich die Artikel 8 und 9 der Verordnung, die ein Kontroll- und Überwachungssystem vorsehen.

Artikel 8 erlegt den Mitgliedstaaten die allgemeine Verpflichtung auf, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sich zu vergewissern, daß die vom EAGFL finanzierten Maßnahmen ordnungsgemäß durchgeführt worden sind, Unregelmäßigkeiten zu verhindern und zu verfolgen und die infolge von Unregelmäßigkeiten oder Versäumnissen abgeflossenen Beträge wieder einzuziehen. Die Mitgliedstaaten sind somit verpflichtet, ein System wirksamer Kontrollen der Wirtschaftsteilnehmer und der für die Zahlungen zuständigen nationalen Stellen einzurichten.

Artikel 9 regelt die Befugnis der Kommission, zusätzlich zu den von den Mitgliedstaaten durchgeführten Kontrollen Prüfungen an Ort und Stelle vorzunehmen, und sieht die Möglichkeit vor, bei solchen ergänzenden Prüfungen mit den Mitgliedstaa-

* Originalsprache: Italienisch.

1 — ABl. C 264 vom 11. 10. 1988, S. 3.

2 — ABl. L 94 vom 28. 4. 1970, S. 13.

ten zusammenzuarbeiten (vergleiche dazu die achte Begründungserwägung).

So sind die Mitgliedstaaten nach Artikel 9 Absatz 1 verpflichtet, der Kommission *alle für das Funktionieren des Fonds erforderlichen Auskünfte* zur Verfügung zu stellen und *alle Maßnahmen* zu treffen, *die geeignet sind, etwaige Kontrollen* — einschließlich *Prüfungen an Ort und Stelle — zu erleichtern, deren Durchführung die Kommission* im Rahmen der Abwicklung der gemeinschaftlichen Finanzierung *als zweckmäßig erachtet.*

Artikel 9 Absatz 2 regelt diese Prüfungen, indem er vorschreibt, daß die von der Kommission beauftragten Bediensteten *die Bücher und alle sonstigen Unterlagen einsehen können, die sich auf die vom Fonds finanzierten Ausgaben beziehen.* Sie können insbesondere prüfen,

a) ob die Verwaltungspraxis im Einklang mit den Gemeinschaftsvorschriften steht,

b) ob die erforderlichen Belege vorhanden sind und mit den vom Fonds finanzierten Maßnahmen übereinstimmen,

c) unter welchen Bedingungen. die vom Fonds finanzierten Maßnahmen durchgeführt und *geprüft* werden.

Schließlich bestimmt Artikel 9 Absatz 3, daß der *Rat auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit erforderlichenfalls die Grundregeln für die Anwendung dieses Artikels festlegt.*

3. Genau aufgrund dieses Artikels erhob sich die Frage, die uns im vorliegenden Verfahren beschäftigt. Da die Kommission der Auffassung war, daß Artikel 9 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 729/70 ihren Bediensteten die *Befugnis* verliehen habe, *selbständig Proben* der vom EAGFL finanzierten Erzeugnisse *zu entnehmen* und zu analysieren, setzte sie nach dem Auftreten von Meinungsverschiedenheiten mit verschiedenen Mitgliedstaaten (insbesondere Frankreich) zu diesem Punkt am 7. Januar 1987 eine Arbeitsgruppe aus Vertretern mehrerer Dienststellen ein, die die fragliche Interne Dienstanweisung ausarbeitete. Am 15. September 1988 wurde der Ausschuß des EAGFL davon unterrichtet, und ungefähr einen Monat später wurde die Dienstanweisung in der Serie C des Amtsblatts veröffentlicht.

4. Nach dieser Vorbemerkung ist — wobei wegen der weiteren Einzelheiten auf den Sitzungsbericht verwiesen wird — festzuhalten, daß die Klägerin vor allem geltend macht, die von ihr angefochtene Handlung sei in verschleierter Form in Wirklichkeit eine Verordnung zur Durchführung des Artikels 9 der Verordnung Nr. 729/70. Die Kommission sei für den Erlaß dieser Handlung nicht zuständig gewesen, da Artikel 9 Absatz 3 ausdrücklich dem Rat und nur dem Rat die Befugnis verleihe, Grundregeln für die Anwendung festzulegen. Die Kommission habe somit durch den Erlaß der Internen Dienstanweisung, um die es hier gehe, Befugnisse ausgeübt, die ihr nach geltendem Gemeinschaftsrecht nicht zustünden; daraus ergebe sich der Makel der Unzuständigkeit, der zur Nichtigkeit der Handlung führe.

5. Die Kommission hat in ihrer Klagebeantwortung eine Einrede der Unzulässigkeit erhoben und vorgetragen, die Interne Dienstanweisung sei keine nach Artikel 173 EWG-

Vertrag anfechtbare Handlung. Hilfsweise beantragt sie Klageabweisung.

Zur Zulässigkeit

6. Den größten Raum nimmt im vorliegenden Rechtsstreit die Prüfung der Zulässigkeit der Klage ein. Das Problem besteht natürlich darin, festzustellen, ob in der streitigen Dienstanweisung Merkmale einer nach Artikel 173 anfechtbaren Handlung erkennbar sind.

Bekanntlich kann nach Artikel 173 Absatz 1 Nichtigkeitsklage gegen das Handeln des Rates und der Kommission, soweit es sich nicht um Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt, erhoben werden. Diese Formulierung läßt den Eindruck entstehen, daß der Begriff „Handeln" sich nur auf verbindliche Handlungen im Sinne des Artikels 189 bezieht. In der Tat bilden die Artikel 173 und 189 ein zusammenhängendes Ganzes, so daß der Begriff „Handeln" in Artikel 173 die Zuständigkeit des Gemeinschaftsrichters nicht auf die Entscheidung über Willensäußerungen ausdehnen kann, die sich nicht in Verordnungen, Richtlinien oder Entscheidungen konkretisieren.

Die Qualifikation der Handlung ist jedoch grundsätzlich Sache des Gerichts, unabhängig von der *rechtlichen Bezeichnung,* die ihr gegeben geworden ist. Es handelt sich um einen Grundsatz, der im Recht des Großteils der Staaten fest verwurzelt und bei vielen Gelegenheiten vom Gerichtshof bekräftigt worden ist, vor allem im Zusammenhang mit dem Erfordernis, den Bürgern angemessenen Rechtsschutz zu gewähren. Die rechtliche Würdigung einer Willensäußerung richtet sich also nach dem Wesen, dem Inhalt und den Wirkungen der Handlung; die gewählte Form ist dagegen unter diesem Blickwinkel weniger wichtig.

7. Der Gerichtshof hat bei verschiedenen Gelegenheiten zum Inhalt des Begriffs „Handeln" im Sinne des Artikels 173 Stellung nehmen müssen. Dazu scheint es mir nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, daß diese Rechtsprechung sich vor allem im Hinblick auf den *zweiten* Absatz des Artikels 173 (und Artikel 33 Absatz 2 EGKS-Vertrag) entwickelt und so die Merkmale herausgearbeitet hat, die es gestatten, ein bestimmtes Handeln der Organe als „Entscheidung" im Sinne des Vertrages zu qualifizieren.

So hat der Gerichtshof zum Beispiel in der Rechtssache 54/65[3] für den Bereich der EGKS ausgeführt: „Entscheidungen müssen als Verlautbarungen des zuständigen Organs erkennbar und Rechtswirkungen hervorzurufen bestimmt sein; sie müssen das interne Verfahren abschließen, in dem das Organ seinen Willen gebildet hat, und endgültige Beschlüsse darstellen, deren äußere Form den Adressaten die Feststellung gestattet, daß eine Entscheidung vorliegt."

Aus dieser Feststellung ergibt sich natürlich, daß der Gerichtshof sowohl dem Wesen der Handlung Rechnung getragen als auch die formalen Merkmale aufgeführt hat, die erforderlich oder jedenfalls ausreichend sind, um die fragliche Handlung als anfechtbare Entscheidung anzusehen.

8. Die einschlägige Rechtsprechung im Bereich des EWG-Vertrags scheint dagegen weniger auf die formalen Merkmale abzustellen als vielmehr um die Gewährleistung eines größtmöglichen Schutzes für die Bür-

3 — Urteil vom 16. Juni 1966, Forges de Châtillon/Hohe Behörde, Slg. 1966, 530, insbesondere 544; in ähnlichem Sinne Urteil vom 5. Dezember 1963 in den verbundenen Rechtssachen 23/63, 24/63 und 52/63, Usines Henricot/Hohe Behörde, Slg. 1963, 469.

ger bemüht zu sein. Schon in den verbundenen Rechtssachen 8/66 bis 11/66[4], in denen sich der Gerichtshof zum ersten Mal — im EWG-Bereich — mit dem hier zur Erörterung stehenden Problem befaßt hat, hat er ausgeführt, für die Anfechtbarkeit genüge es, daß es um eine Handlung gehe, die die Interessen der Rechtsbürger beeinträchtige, „indem sie in deren Rechtsstellung eingreift". Unter diesem Blickwinkel wurde der Umstand, daß die angefochtene Handlung nicht als Entscheidung bezeichnet worden war und den Charakter einer vorläufigen Handlung hatte, nicht als entscheidend angesehen, da es sich *dem Wesen nach* um eine Entscheidung handelte, die den Abschluß eines besonderen Verfahrens bildete und somit geeignet war, endgültige Rechtswirkungen hervorzurufen. Wie der Gerichtshof im übrigen ausgeführt hat, kann der Einwand, daß das Verfahren bei Bejahung der Anfechtbarkeit einer Verfahrenshandlung schwerfällig würde, „jedenfalls gegenüber den individuellen Rechtsschutzgarantien des Vertrages, die Vorrang vor allen Verordnungen haben, nicht durchgreifen".

In der Rechtssache 60/81[5] hat der Gerichtshof dann allgemeiner dargelegt, daß „alle Maßnahmen, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugen, welche die Interessen des Klägers durch einen Eingriff in seine Rechtsstellung beeinträchtigen, Handlungen ... [sind], gegen die die Anfechtungsklage ... gegeben ist. Die Form, in der diese Handlungen oder Entscheidungen ergehen, ist dagegen grundsätzlich ohne Einfluß auf ihre Anfechtbarkeit" (Randnr. 9).

9. Seltener sind dagegen die Fälle, in denen der Gerichtshof ersucht worden ist, zu dem Begriff „Handeln" im Sinne von Artikel 173 *Absatz 1*[6] Stellung zu nehmen, also einer Vorschrift, die sich nicht auf Entscheidungen beschränkt, insbesondere wenn die angefochtene Handlung keine individuelle, sondern eine allgemeine und abstrakte Geltung hat. Insoweit möchte ich insbesondere auf das bekannte Urteil AETS[7] hinweisen, in dem der Gerichtshof ausgeführt hat: „Diese Klage soll dazu dienen, gemäß der Vorschrift von Artikel 164 die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zu sichern. Eine die Zulässigkeitsvoraussetzungen dahin einschränkende Auslegung, daß die Klage nur gegen die in Artikel 189 genannten Arten von Handlungen gegeben wäre, würde diesem Ziel zuwiderlaufen. Die Anfechtungsklage muß daher gegen alle Handlungen der Organe, die dazu bestimmt sind, Rechtswirkungen zu erzeugen, ohne Unterschied ihrer Rechtsnatur oder Form zulässig sein" (Randnrn. 38 bis 42).

Besonders wichtig erscheint mir in diesem Zusammenhang die Formulierung „dazu bestimmt sind, Rechtswirkungen zu erzeugen", eine Formulierung, die vielleicht nuancierter ist in dem Urteil in der Rechtssache 114/86[8], wo der Gerichtshof ausgeführt hat: „Eine Handlung kann ... dann nicht Gegenstand einer Nichtigkeitsklage sein, wenn sie nicht dazu bestimmt ist, Rechtswirkungen zu erzeugen", die jedoch meines Erachtens gut den Unterschied zwischen den Wirkungen einer Handlung mit individueller Geltung und denen einer Handlung

4 — Urteil vom 15. März 1967, Cimenteries/Kommission, Slg. 1967, 100, 122.

5 — Urteil vom 11. November 1981, IBM/Kommission, Slg. 1981, 2639.

6 — In diesem Zusammenhang sind die Urteile, in denen die Passivlegitimation des Europäischen Parlaments anerkannt wurde, von besonderer Bedeutung: Urteil vom 10. Februar 1983 in der Rechtssache 230/81, Luxemburg/Europäisches Parlament, Slg. 1983, 255; Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 108/83, Luxemburg/Europäisches Parlament, Slg. 1984, 1945; Urteil vom 23. April 1986 in der Rechtssache 294/83, „Les Verts"/Europäisches Parlament, Slg. 1986, 1339; Urteil vom 25. Februar 1988 in der Rechtssache 190/84, „Les Verts"/Europäisches Parlament, Slg. 1988, 1017. In allen diesen Rechtssachen hat der Gerichtshof entschieden, daß auch eine Handlung des Europäischen Parlaments (wie zum Beispiel eine Entschließung) im Klagewege angefochten werden kann, wenn sie dazu bestimmt ist, Rechtswirkungen gegenüber Dritten zu erzeugen.

7 — Urteil vom 31. März 1971 in der Rechtssache 22/70, Kommission/Rat, Slg. 1971, 263, 277.

8 — Urteil vom 27. September 1988, Vereinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1988, 5289.

mit allgemeiner und abstrakter Geltung erklärt.

Berücksichtigt man, daß die in einem bestimmten Zusammenhang benutzten Worte bei einem anderen Sachverhalt nicht notwendig dieselbe Bedeutung haben, so daß sich aus ihnen keine allgemeingültigen Schlüsse ziehen lassen, so ergibt sich aus der angeführten Rechtsprechung letztlich, daß es für die Zwecke der gerichtlichen Nachprüfung nicht so sehr auf die äußere Form der Handlung ankommt, sondern vielmehr auf den Inhalt und die Wirkungen der Handlung. Genauer gesagt muß die Handlung zwei Voraussetzungen erfüllen, um anfechtbar zu sein:

a) Sie muß Rechtswirkungen erzeugen, indem sie in die Rechtsstellung der Adressaten eingreift[9], und

b) es muß sich um eine endgültige Maßnahme handeln, insbesondere in dem Sinne, daß die Klage nicht gegen Verfahrenshandlungen, die im Laufe des Verfahrens vorgenommen werden, das zum Erlaß der endgültigen Maßnahme führt, oder gegen eine vorbereitende Handlung erhoben werden kann[10].

10. Die vorgenannte Rechtsprechung des Gerichtshofes, die zum Schutz der Bürger zweifellos stärker auf den Inhalt als auf die Form der Handlung abstellt, enthält meines Erachtens keine klare Antwort auf die in gewissem Sinne vorgreifliche Frage, wann eine *Handlung*, ob sie nun ein Mindestmaß an wesentlichen Formerfordernissen erfüllt oder nicht, *geeignet ist, Rechtswirkungen zu entfalten*, und zwar unabhängig davon, ob eine konkrete Prüfung des Inhalts der Handlung ergibt, daß Rechtswirkungen und insbesondere nachteilige Wirkungen vorliegen.

Außerdem hat sich der Gerichtshof in einigen Fällen nicht nur diese Frage gestellt, sondern dabei auch einen Faktor — die Zuständigkeit des Organs — berücksichtigt, der strenggenommen nicht so sehr die Anfechtbarkeit, als vielmehr die Rechtmäßigkeit der Handlung betrifft.

Unter diesem letzten Gesichtspunkt erscheint außer dem genannten Urteil in der Rechtssache 54/65 jedenfalls eine kürzlich erfolgte Stellungnahme des Gerichtshofes bezeichnend, der im Beschluß vom 17. Mai 1989[11] schon in der Ungeeignetheit der Handlung zur Erzeugung von Rechtswirkungen einen Grund für die Unzulässigkeit der Klage gesehen hat. Dort ging es um ein Fernschreiben der Kommission, in dem diese die Gemeinschaftsbestimmungen über eine Beihilferegelung für die Erzeugung von Sojabohnen ausgelegt hatte und das von der italienischen Regierung angefochten wurde. Der Gerichtshof hat festgestellt, das Fernschreiben sei „nicht geeignet, Rechtswirkungen zu erzeugen", da „auf diesem Gebiet keine der zitierten Verordnungen die Kommission ermächtigt, Entscheidungen über ihre Auslegung zu treffen, so daß die Kommission nur — wie stets — die Möglichkeit hat, ihre Meinung zu äußern, die die nationalen Behörden in keinem Fall bindet".

11. Aufgrund dieser Erwägungen halte ich es für erforderlich, in erster Linie — und wenn Sie wollen, abstrakt — zu prüfen, ob die angefochtene Interne Dienstanweisung geeignet ist, Rechtswirkungen gegenüber

9 — Urteil vom 15. März 1967 in den verbundenen Rechtssachen 8/66 bis 11/66, Cimenteries/Kommission, a. a. O., 122; Urteil vom 24. Juni 1986 in der Rechtssache 53/85, AKZO/Kommission, Slg. 1986, 1965; Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 114/86, Vereinigtes Königreich/Kommission, a. a. O., Randnr. 12.

10 — Siehe Urteil vom 16. Juni 1966 in der Rechtssache 54/65, Forges de Châtillon/Hohe Behörde, a. a. O., 544; Urteil vom 11. November 1981, IBM, a. a. O., Randnr. 9.

11 — Beschluß vom 17. Mai 1989 in der Rechtssache 151/88, Italien/Kommission, Slg. 1989, 1255.

den Mitgliedstaaten zu erzeugen, bevor ich ihren Inhalt prüfe und untersuche, ob und welche Wirkungen sie erzeugt oder zu erzeugen „bestimmt ist".

a) *Zur Form der angefochtenen Handlung*

12. Die Handlung, um die es hier geht, trägt die Bezeichnung „Interne Dienstanweisung", wird von dem Organ, das sie erlassen hat, auch in seinen Schriftsätzen als solche bezeichnet, hat keine Rechtsgrundlage, trägt nicht die Unterschrift eines Mitglieds der Kommission, ist in der Serie C des Amtsblatts veröffentlicht worden und ist offensichtlich und ausschließlich an die Beamten des Organs gerichtet.

Gewiß kann man die Ansicht vertreten, daß die Handlung dafür, daß sie eine interne Maßnahme ist, übermäßig und ungewöhnlich förmlich und feierlich bekanntgegeben worden ist. Selbstverständlich steht es aber der Kommission frei, für die Bekanntgabe einer rein internen Handlung die Formen zu wählen, die sie vorzieht. Auch ist die Veröffentlichung im Amtsblatt für die Ermittlung der Gegebenheiten des Problems nicht entscheidend: Selbst wenn die Handlung nicht veröffentlicht worden wäre, stünden wir vor denselben Fragen über ihre Natur wie schon in anderen Fällen (z. B. in der Rechtssache 114/86 [12]).

13. Nachdem ich dies vorausgeschickt habe, möchte ich daran erinnern, daß als interne Handlungen solche bezeichnet werden, deren Wirkung sich auf den Bereich des Organs beschränkt, das sie erlassen hat: Sei es, weil sie sich auf die Beziehungen zwischen Vorgesetztem und nachgeordneten Dienststellen beziehen, sei es, weil es sich um Richtlinien handelt, die innerhalb des Organs für den Erlaß der endgültigen Maßnahme zu beachten sind, sei es schließlich, weil es Handlungen der internen Organisation der Behörde sind. Es geht somit um Handlungen, die keinerlei Bedeutung nach außen, insbesondere gegenüber den Bürgern und den Mitgliedstaaten, haben.

Unter Berücksichtigung dieser Definition stellt sich die Frage, ob eine Handlung, die von dem Organ, das sie erlassen hat, als interne Handlung bezeichnet wird und keines der wesentlichen Formerfordernisse für eine verbindliche Handlung erfüllt, gleichwohl verbindlich für Dritte ist oder ihnen jedenfalls dann entgegengehalten werden kann, wenn sie ihnen bestimmte Pflichten auferlegt. Oder auch: Muß eine Handlung wie die in der vorliegenden Rechtssache angefochtene, die hinsichtlich ihrer Form zweifellos internen Charakter hat, auf ihr Wesen, ihren Gegenstand und ihren Inhalt hin geprüft werden, damit über ihre eventuelle Anfechtbarkeit entschieden werden kann?

Ich neige zur Verneinung dieser Frage. Ich würde nämlich nicht ausschließen, daß eine Handlung von der Art, wie sie uns hier beschäftigt, jedenfalls nicht geeignet ist, verbindliche Wirkungen gegenüber Dritten zu erzeugen, unabhängig davon, ob man ihr entnehmen kann, daß sie ihrer Anlage nach Verpflichtungen auch für offenkundige Nichtadressaten begründen oder jedenfalls in deren Interessensphäre eingreifen soll. Es läßt sich nur sagen, daß die Kommission die Probenahme von Erzeugnissen nach ihrem Gutdünken handhaben kann: Ob ihre Auffassung richtig ist oder nicht, sie bleibt, wie in der Rechtssache Italien/Kommission, eine Auslegung des Artikels 9 der Verordnung Nr. 729/70, die ihren Beamten erläutert wird und die für die nationalen Behörden und die Wirtschaftsteilnehmer nicht verbindlich ist.

Tatsächlich steht fest, daß die Interne Dienstanweisung, um die es hier geht, kein

12 — Urteil vom 27. September 1988, Vereinigtes Königreich/Kommission, a. a. O., 5289.

äußeres Formelement aufweist, das unabhängig von ihrem Inhalt bei einem Dritten den Eindruck erwecken könnte, er habe eine Handlung vor sich, die geeignet ist, seine Rechtssphäre in irgendeiner Art und Weise zu beeinträchtigen.

14. Dazu kommt ein weiterer Gesichtspunkt, den zu berücksichtigen der Gerichtshof in dem vorgenannten Beschluß in der Rechtssache Italien/Kommission nicht versäumt hat. Unbestreitbar verleiht Artikel 9 der Verordnung Nr. 729/70 der Kommission nicht die Befugnis, Handlungen zur Regelung des uns hier interessierenden Bereichs, insbesondere der Kontrollverfahren, zu erlassen; noch weniger darf sie Handlungen, die die Mitgliedstaaten binden, oder, wie in der soeben erwähnten Rechtssache, für Dritte verbindliche Auslegungsvorschriften zu der betreffenden Verordnung erlassen. In der Tat wurde zwischen den Parteien bezeichnenderweise viel über die Befugnis der Kommission zu Probenahmen diskutiert, jedoch nicht auch über ihre Befugnis, Rechtsvorschriften dazu zu erlassen, eine Befugnis, von der niemand angenommen hat und vernünftigerweise niemand annehmen konnte, daß sie der Kommission verliehen worden sei.

Daraus folgt, daß die angefochtene Handlung, auch wenn ihr Inhalt erkennen ließe, daß sie ihrer Anlage nach Dritte binden soll, gleichwohl nicht geeignet wäre, dies zu verwirklichen und die Rechtsstellung der Mitgliedstaaten oder der Wirtschaftsteilnehmer in dem betreffenden Sektor zu beeinflussen.

Anders ausgedrückt, aus einer Handlung, die wie die im vorliegenden Verfahren angefochtene keines der wesentlichen Formerfordernisse für eine bindende Handlung erfüllt und darüber hinaus von einem Organ ausgeht, das keinerlei Befugnis zum Erlaß verbindlicher Handlungen in diesem Bereich besitzt, können sich für einen Mitgliedstaat keine Verpflichtung und keine Rechtswirkung ergeben. Dies gilt, ohne daß geprüft zu werden braucht, ob selbständige Probenahmen durch die Kommission in deren Befugnisse aus Artikel 9 der Verordnung Nr. 729/70 fallen, denn es ist jedenfalls nicht Sache der Kommission, bindende Handlungen zu erlassen, die allgemein die Modalitäten der Kontrollen regeln; sie kann allenfalls eben „Interne Dienstanweisungen" erlassen, die nur Auslegungen enthalten (ohne daß es darauf ankommt, ob sie richtig sind oder nicht) und jedenfalls weder die nationalen Behörden noch die Bürger binden.

Demgemäß ist die angefochtene Handlung kein nach Artikel 173 EWG-Vertrag anfechtbares Handeln, da sie nicht geeignet ist, Rechtswirkungen gegenüber Dritten zu erzeugen, an die sie nicht ausdrücklich gerichtet ist, da wesentliche Formvorschriften nicht eingehalten wurden und da das sie erlassende Organ für ihren Erlaß absolut unzuständig war. Die Klage der französischen Regierung ist somit als unzulässig abzuweisen.

15. Eventuelle Zweifel, von denen ich nicht behaupte frei zu sein, lassen sich überwinden.

Ich bin insbesondere nicht der Meinung, daß diese Lösung im Gegensatz zu dem Erfordernis steht, den Bürgern (und den Mitgliedstaaten) ausreichenden Rechtsschutz zu gewähren. Das Problem löst sich schon an der Wurzel, da die Kommission keinesfalls und unter keinem Gesichtspunkt die Erfüllung von Pflichten verlangen könnte, die, soweit man sie aus der fraglichen Handlung herleitet, für Dritte inexistent wären. Außerdem könnte eine eventuelle Weigerung des

Mitgliedstaats, die „selbständige" Probenahme durch Beamte der Kommission zu akzeptieren, diese zu einer Klage nach Artikel 169 wegen Verletzung des Artikels 9 der Verordnung Nr. 729/70, nicht aber der Internen Dienstanweisung, veranlassen: Unerheblich ist hier, ob diese begründet wäre oder nicht.

Die vorgeschlagene Lösung ist dagegen zweifellos am ehesten geeignet, die Rechtssicherheit zu gewährleisten, da sie es vermeidet, die Bürger und die Mitgliedstaaten zu einer Suche nach allen Vermerken und internen Maßnahmen zu zwingen, unter denen sich auf irgendeine Weise eine Verordnung verbergen könnte, mit dem Ergebnis, daß auch die geringste Unsicherheit sie veranlassen würde, insoweit den Gerichtshof anzurufen (im vorliegenden Fall ist die Suche durch die Veröffentlichung im Amtsblatt erleichtert worden). Auch darf nicht der wesentliche Grundsatz vergessen werden, wonach „die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts ... nur durch im Rahmen des Vertrages ergangene förmliche Maßnahmen gewährleistet" wird [13]. Es ist nicht ausgeschlossen, daß dieser Grundsatz schon bei der Prüfung der Anfechtbarkeit der Handlung Anwendung finden kann.

16. Es gibt auch einen einschlägigen Präzedenzfall in dem hier erörterten Sinne aus der ... Frühgeschichte der Rechtsprechung des Gerichtshofes: das Urteil in der Rechtssache 20/58 [14], in dem es um eine innerdienstliche Anweisung, genauer um ein Schreiben der Hohen Behörde an ein Hilfsorgan ging, das im Amtsblatt veröffentlicht wurde. Dazu hat der Gerichtshof zunächst ausgeführt, daß die Hohe Behörde nicht die Absicht gehabt habe, eine Entscheidung zu erlassen, sondern „lediglich Grundsätze bestätigen wollte, von denen sie *zu Recht oder zu Unrecht* annahm, daß sie sich logisch aus der grundlegenden Entscheidung ... ergäben", und sodann entschieden, daß die angefochtene Handlung „sich als innerdienstliche Anweisung einer vorgesetzten Behörde dar[stellt], mit der diese den ihr nachgeordneten Dienststellen Richtlinien für deren Tätigkeit erteilt. Das Schreiben konnte daher *unmittelbar* Verpflichtungen nur für den Empfänger, nicht aber für die schrottverbrauchenden Unternehmen begründen".

17. Ferner dürfte eine solche Lösung letztlich kein entscheidendes Hindernis in der Rechtsprechung des Gerichtshofes finden, die dazu neigt, die Möglichkeit der Anfechtung von Rechtsakten mit individueller Tragweite zu befürworten, das heißt von Rechtsakten, die klar identifizierte und unmittelbar erkennbare Adressaten haben. Tatsächlich hat sich eine solche Tendenz vor allem in Fällen gezeigt, in denen die Unzulässigkeit der Klage mit der Begründung geltend gemacht worden war, daß bestimmte Formerfordernisse nicht eingehalten worden seien, in denen aber der Entscheidungscharakter der Handlung als solcher nicht bestritten worden war [15].

Im vorliegenden Fall dagegen schließen das Fehlen der Mindestformerfordernisse für eine verbindliche Handlung sowie die absolute Unzuständigkeit des Organs, das sie erlassen hat, diesen Bereich durch Rechtsvorschriften zu regeln, a priori seine Geeignetheit, Rechtswirkungen gegenüber Dritten zu erzeugen, aus, so daß sein Inhalt, aus dem

13 — Urteil vom 18. Juni 1970 in der Rechtssache 74/69, Krohn, Slg. 1970, 451, Randnr. 9.

14 — Urteil vom 17. Juli 1959, Phoenix-Rheinrohr/Hohe Behörde, Slg. 1958-1959, 167; in ähnlichem Sinne das Urteil vom selben Tag in den verbundenen Rechtssachen 32/58 und 33/58, Slg. 1958-1959, 289.

15 — Urteil vom 15. März 1967 in den verbundenen Rechtssachen 8/66 bis 11/66, Cimenteries, a. a. O. Noch deutlicher in diesem Sinne ist — auch wenn es in einem Rechtsstreit betreffend das Beamtenstatut erlassen worden ist — das Urteil vom 9. Februar 1984 in den verbundenen Rechtssachen 316/82 und 40/83, Nelly Kohler/Rechnungshof, Slg. 1984, 641, in dem der Gerichtshof die unmittelbare Klage gegen eine mündliche Entscheidung für zulässig erklärt hat.

sich angeblich Pflichten für Dritte ergeben, rechtlich irrelevant ist.

18. Gewiß bildet die Unzuständigkeit der Kommission streng genommen einen Makel der Handlung, dessen Bedeutung bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit und nicht der Anfechtbarkeit der Handlung zu beurteilen ist; prozessual gesehen betrifft die Unzuständigkeit die Begründetheit und nicht die Zulässigkeit.

Obwohl ich den Standpunkt, den der Gerichtshof in dem vorgenannten Beschluß Italien/Kommission und auch schon in dem Urteil in der Rechtssache 54/65 eingenommen hat, nicht unbeachtet lassen kann, bin ich gleichwohl der Auffassung, daß in einem Fall, der so deutlich ist wie der hier zu prüfende, die Unzuständigkeit schon bei der Prüfung der Zulässigkeit eine gewisse Bedeutung gewinnen kann, und zwar unter einem Blickwinkel, den man auch in einer bestimmten französischen und italienischen Verwaltungsrechtsprechung findet. Zum anderen ist die Unzuständigkeit im vorliegenden Fall nicht der einzig bedeutsame Gesichtspunkt, sondern tritt zum vollständigen Fehlen der wesentlichen Formerfordernisse für eine Handlung mit Wirkungen nach außen hinzu; anders ausgedrückt ist die Unzuständigkeit kein entscheidender Gesichtspunkt, und die Prüfung der Geeignetheit der Handlung, Rechtswirkungen gegenüber Dritten zu erzeugen, könnte sehr wohl von diesem Punkt absehen. Insoweit gewinnt der Umstand besondere Bedeutung, daß die Handlung außer den Beamten der Kommission keine anderen offensichtlichen Adressaten hat, während sich ein Betroffensein der Mitgliedstaaten und der Wirtschaftsteilnehmer in diesem Sektor nur aus ihrem wesentlichen Inhalt entnehmen läßt.

Zweitens stehen wir vor einem Fall nicht nur relativer, sondern absoluter Unzuständigkeit, so daß man sogar sagen könnte, daß die Handlung gegenüber Dritten, an die sie nicht ausdrücklich gerichtet ist, inexistent (oder, wenn Sie dies vorziehen, absolut nichtig) ist, jedenfalls aber, daß ihnen irgendwelche Verpflichtungen, die sich für sie auf irgendeine Weise allein und ausschließlich aus der Handlung ergeben könnten, nicht entgegengehalten werden können.

b) *Zum Inhalt der angefochtenen Handlung*

19. Für den Fall nun, daß der Gerichtshof der Lösung, die ich dargelegt habe, nicht zustimmt, sondern meint, die Handlung, um die es hier geht, allein und ausschließlich aufgrund ihres Inhalts und ganz ungeachtet aller Gesichtspunkte, die ihn deutlich als interne Handlung ausweisen, qualifizieren zu müssen, halte ich es für zweckmäßig, in die Prüfung des Inhalts der angefochtenen Handlung einzutreten, um festzustellen, ob diese tatsächlich, wie die klagende Regierung vorträgt, das Ziel verfolgt, Rechtswirkungen gegenüber Dritten zu erzeugen, und ob sie deshalb der Anfechtungsklage unterliegt.

20. Die Kommission führt zunächst aus, die streitige Dienstanweisung sei auch materiell eine bloß interne Handlung, da ihr jede rechtliche oder finanzielle Wirkung gegenüber den Mitgliedstaaten oder den Wirtschaftsteilnehmern fehle. Zur Stützung dieser These weist die Kommission darauf hin, daß nach der Internen Dienstanweisung die Kosten für die Probenahmen zu ihren Lasten gingen, die entnommenen Mengen sich auf das strikt Notwendige beschränkten und die nicht gebrauchten Proben dem Eigentümer zurückgegeben würden (S. 3 und 4 der Klagebeantwortung). Es handle sich in Wirklichkeit um einen rein deklaratorischen Akt, der zur Beachtung durch ihre Bediensteten erlassen worden sei, um eine divergierende Praxis bei den fraglichen materiellen Operationen zu vermeiden. Er beschränke

sich darauf, Pflichten zu erläutern, die sich bereits aus Artikel 9 der Verordnung Nr. 729/70 ergäben; genauer gesagt *setze* die Dienstanweisung Verpflichtungen *voraus*, die sich bereits aus Artikel 9 ergäben, *sie führe dagegen keine neuen Pflichten ein.*

21. Zu Inhalt und Wesen der Handlung ist in erster Linie zu bemerken, daß sie vier Begründungserwägungen enthält, in denen auf die Verordnung Nr. 729/70, insbesondere auf Artikel 9 Absatz 1, Bezug genommen wird (zweite Begründungserwägung). Weiter heißt es dort, daß die Entnahme und Analyse von Proben von Erzeugnissen, die vom EAGFL finanziert werden, für die Durchführung dieser Kontrollen immer wichtiger geworden seien (dritte Begründungserwägung); deshalb seien eine Reihe „Anweisungen" zu erteilen, die sich an die Bediensteten der Kommission richteten und geeignet seien, sicherzustellen, daß die fraglichen Operationen „unter bestmöglichen Bedingungen vonstatten gehen können".

Diese Anweisungen, deren Gegenstand „administrative und technische Modalitäten" sind, „die bei den Kontrollen von den Bediensteten der Kommission *zu beachten sind*", sehen vor allem ein *Zugangsrecht* dieser Bediensteten zu einer Reihe von in einer nicht erschöpfenden Liste aufgeführten Einrichtungen vor, um „Proben zu nehmen oder Proben nehmen zu lassen" (Punkt 1). Die Dienststellen der Kommission sind verpflichtet, den betreffenden Mitgliedstaat mindestens 48 Stunden im voraus von ihrer Absicht, Proben zu entnehmen, zu unterrichten; sie brauchen jedoch keine Liste der Einrichtungen vorzulegen, die sie kontrollieren werden (Punkt 3).

Außerdem „fordern" diese Bediensteten alle *Angaben betreffend das Herstellungsverfahren* sowie die *Rezepturen* der der Kontrolle unterworfenen Erzeugnisse *an* (Punkt 8).

Zu den finanziellen Konsequenzen, die sich aus der Internen Dienstanweisung ergeben, ist festzustellen, daß die Kommission selbst eine ganze Reihe von Kosten übernimmt (Punkt 2 Absatz 2); gleichwohl *müssen einige zusätzliche Ausgaben von den Wirtschaftsteilnehmern getragen werden.* Es ist nämlich vorgesehen, daß „der Transport und die Handhabung der Waren am Ort der Probenahme sowie das Auspacken und Umpacken ... unter der Verantwortung des Eigentümers oder seines Vertreters" erfolgen (Punkt 2 Absatz 3). Außerdem wird *jede Entschädigung* für Proben, die durch die Analysen ihren gesamten oder einen Teil ihres Handelswerts verlieren, *ausgeschlossen* (Punkt 7 Absatz 2).

Ich halte es vorerst für ausreichend, mich auf eine Prüfung dieser Punkte zu beschränken, um festzustellen, ob die Interne Dienstanweisung dazu bestimmt ist, Rechtswirkungen zu erzeugen.

22. Ich möchte mit der Bemerkung beginnen, daß wir es hier mit Sicherheit nicht mit einer „klassischen" internen Dienstanweisung zu tun haben (wie die Kommission sie im Gegenteil in der mündlichen Verhandlung definiert hat), soweit man mit diesem Begriff gewöhnlich einen rein internen Akt bezeichnet, der Wirkungen nur innerhalb des ihn erlassenden Organs entfaltet, da er die Beziehungen zwischen Dienstvorgesetzten und Untergebenen betrifft und somit keinerlei Bedeutung nach außen gegenüber den Bürgern hat.

Meines Erachtens muß eingeräumt werden, daß die fragliche Interne Dienstanweisung zumindest ihrer Anlage nach Rechtswirkungen nach außen entfalten soll. Schon der Umstand, daß die Bediensteten der Kommission diese Dienstanweisung *befolgen müssen*, kann kaum zu einem anderen Ergebnis

führen. Deutlicher gesagt: Die *Verpflichtung*, die Proben selbständig *zu entnehmen*, sowie die *Verpflichtung*, sich zu den Einrichtungen *Zugang zu verschaffen*, setzen zwangsläufig die entsprechende Verpflichtung der Mitgliedstaaten und der Wirtschaftsteilnehmer voraus, (überdies ohne Ankündigung) Zugang zu diesen Einrichtungen zu gewähren und es den Bediensteten der Kommission zu gestatten, selbständig Proben zu entnehmen. Wäre dies nicht so, so wäre der Akt jedenfalls auch in seiner interen Dimension sinnlos.

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint auch die Veröffentlichung (und sei es nur in der Serie C) als ein wichtiger, wenn auch nicht entscheidender Hinweis darauf, daß der Akt seiner Anlage nach eine Bedeutung im Außenbereich haben soll.

Außerdem ist klar, daß eine bloß interne Handlung für die Wirtschaftsteilnehmer — ich beziehe mich hier auf Punkt 8 der Internen Dienstanweisung — keine Konsequenzen bezüglich der Geheimhaltung der Herstellungsmethoden der Erzeugnisse haben kann, wenn, wie im vorliegenden Fall, keine Vorschrift existiert, die den Wirtschaftsteilnehmern die Wahrung der Vertraulichkeit der übermittelten Angaben garantiert.

Was die zitierten „Bestimmungen" in den Punkten 2 und 7 betrifft, muß ich gestehen, daß ich Schwierigkeiten habe, sie als bloße Dienstanweisung der Kommission an ihre Beamten zu verstehen. Denn unter welchem eher logischen als juristischen Gesichtspunkt eine Maßnahme, die Entschädigungen ausschließt, einleuchtenderweise als nur an den, der die Schäden verursacht, nicht jedoch auch an den, der sie erleidet, gerichtet angesehen werden kann, ist ein Geheimnis. Der Bevollmächtigte der Kommission hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, es handele sich um Kosten (zu Lasten der Wirtschaftsteilnehmer), die so unbedeutend seien, daß eine eventuelle Klage beim Gerichtshof für den Kläger aussichtslos wäre. Ich möchte mich insoweit nicht auf Vermutungen einlassen, weder über die Höhe der Kosten noch über irgendetwas anderes. Ich beschränke mich vielmehr auf die Feststellung, daß in Artikel 9 der Verordnung Nr. 729/70 keine derartige finanzielle Belastung vorgesehen ist.

23. Aufgrund dieser Erwägungen bin ich der Auffassung, daß ich nicht weiter auf die Frage einzugehen brauche, ob die angefochtene Handlung „dazu bestimmt [ist], Rechtswirkungen zu erzeugen" [16].

Dagegen erweist es sich an diesem Punkt als unerläßlich, zu prüfen, ob die Verpflichtungen, die sich aus der Anwendung dieser Handlung ergeben, aus Artikel 9 der Verordnung Nr. 729/70 folgen (wie die Kommission behauptet) oder ob es sich um neue Verpflichtungen handelt, die in die Rechtsstellung der Mitgliedstaaten und/oder der Wirtschaftsteilnehmer eingreifen, das heißt, ob die streitige Handlung lediglich eine Auslegung des Artikels 9 darstellt oder aber den in den anwendbaren Rechtsvorschriften vorgesehenen Verpflichtungen neue Pflichten hinzufügt.

Aus dem Wortlaut des Artikels 9 ergibt sich gewiß die Befugnis der Kommission, selbst durch ihre Bediensteten Kontrollen durchzuführen; der Text schweigt jedoch zu der Probenahme und den damit zusammenhän-

16 — Urteil vom 31. März 1971, Kommission/Rat, a. a. O., 277. Es sei daran erinnert, daß auch die Klage, die dieser Rechtssache zugrunde liegt, wie im vorliegenden Fall gemäß Artikel 173 Absatz 1 erhoben worden ist. Bei dieser Gelegenheit hat der Gerichtshof unter den Begriff „Handeln" einen Beschluß des Rates über die Aushandlung und den Abschluß eines Übereinkommens subsumiert (durch diesen Beschluß wurden Verhaltensregeln und Verfahrensvorschriften festgesetzt).

genden Analysen der Erzeugnisse. Darüber hinaus bezwecken die Kontrollen der Kommission ausdrücklich, die Genauigkeit der von den Mitgliedstaaten vorgenommenen Kontrollen zu überprüfen, was von den allgemeinen Erwägungen bestätigt wird, die dem Kontrollsystem zugrunde liegen und die zum Beispiel aus der achten Begründungserwägung der Verordnung, die die Begründung zu Artikel 9 enthält, ersichtlich ist.

Zwar sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet sind, etwaige Kontrollen — einschließlich Prüfungen an Ort und Stelle — zu erleichtern, deren Durchführung die Kommission als zweckmäßig erachtet (Artikel 9 Absatz 1). Die Kontrollen, die während dieser Prüfungen an Ort und Stelle durchgeführt werden können, umfassen jedoch nicht Probenahmen durch die Kommission (Absatz 2 Unterabsatz 1). Umgekehrt *kann die Kommission* nach Artikel 9 Absatz 2 Unterabsatz 2 *von den Mitgliedstaaten verlangen, daß sie zusätzliche Kontrollen durchführen, an denen sich ihre Bediensteten beteiligen können.* Unter diese Vorschrift sind, wie sich während der mündlichen Verhandlung deutlich herausgestellt hat, die Probenahmen einzuordnen, die bislang, allerdings selten, von den Mitgliedstaaten auf Ersuchen der Kommission, also unter Anwendung der nationalen Kontrollverfahren, vorgenommen worden sind.

Dazu weist die Kommission darauf hin, daß „die Mitgliedstaaten ... der Kommission alle für das Funktionieren des Fonds erforderlichen Auskünfte zur Verfügung" stellen müßten (Artikel 9 Absatz 1); ihre Bediensteten könnten unter anderem prüfen, „unter welchen Bedingungen die vom Fonds finanzierten Maßnahmen durchgeführt und geprüft werden" (Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe c). Diese letztgenannte Vorschrift gestatte in Verbindung mit der ersteren die selbständige Entnahme von Proben. Bei dieser Auslegung umfassen die „Auskünfte" natürlich auch die Probenahmen. Da es gleichwohl die Mitgliedstaaten sind, die die Auskünfte „zur Verfügung stellen", besteht die Gewißheit, daß die Kontrollen, die Auskünfte und damit die Probenahmen Gegenstand einer Befugnis/Verpflichtung der Mitgliedstaaten sind und daß die Kommission insoweit keineswegs über eine selbständige Befugnis verfügt, sondern sich darauf beschränken muß, die genaue Einhaltung der den Mitgliedstaaten auferlegten Verpflichtungen zu kontrollieren.

24. Die Kommission vermag meines Erachtens auch nichts mit ihrem Vorbringen zu beweisen, daß die Kontrollen, um wirksam zu sein, über einen rein buchhalterischen Rahmen hinausgehen müßten und es deshalb „undenkbar" sei, daß der Rat beabsichtigt habe, ihr nur derartige Kontrollen zu übertragen.

Vielmehr wäre die Annahme zumindest eigenartig, daß die fragliche Befugnis stillschweigend begründet sein soll, obwohl sie nicht nur nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sondern folgende Gesichtspunkte erkennbar gegen sie sprechen: die Gewährung einer bloßen Befugnis zur Kontrolle der ... Kontrollen (auch durch Probenahmen) durch die Mitgliedstaaten, die ausschließliche Zuständigkeit des Rates für den Erlaß von Grundregeln für die Anwendung und das Kriterium, das der Regelung insgesamt zugrunde liegt.

In der Tat mag zwar die Technik der Kontrolle durch Probenahmen ein nützliches Instrument zur Prüfung des Funktionierens des Systems und zur Beurteilung seiner Verwaltung durch die Mitgliedstaaten sein, doch ist es nicht hinzunehmen, daß der Ein-

satz dieser Technik, obwohl er dazu beiträgt, finanzielle Sanktionen festzulegen, nicht ausdrücklich vorgesehen und unter Beachtung der Formen und der wirksam verliehenen spezifischen Befugnisse geregelt ist.

Die (sowohl bei den Probenahmen als auch bei den entsprechenden Analysen) angewandten Methoden müßten den der Kontrolle unterliegenden Wirtschaftsteilnehmern und natürlich den Mitgliedstaaten vorher bekanntgegeben werden, auch weil die Existenz von nationalen Kontrollverfahren in diesem Bereich (die vom Gemeinschaftsrecht selbst durch Artikel 8 der Verordnung Nr. 729/79 vorgeschrieben wird) im Widerspruch zu den auf Gemeinschaftsebene angewandten Verfahren stehen kann; vor allem wäre eine Ad-hoc-Regelung geeignet, Streitigkeiten, die sich aus dem unvermeidlichen Bestreiten der Ergebnisse seitens der Mitgliedstaaten ergeben könnten, auszuschließen oder jedenfalls zu begrenzen.

25. Zur Bestätigung der Tatsache, daß die Kommission nicht über eine eigenständige Befugnis zur Probenahme verfügt, sei außerdem auf den Vorschlag für eine Verordnung über Kontrollen und Sanktionen im Rahmen der Gemeinsamen Agrar- und Fischereipolitik [17] hingewiesen, die die Kommission dem Rat am 21. Mai 1990 vorgelegt hat. Dieser Vorschlag, der auf Artikel 43 EWG-Vertrag gestützt ist und alle Agrarerzeugnisse betrifft, nennt ausdrücklich unter den Kontrollen, die die Bediensteten der Kommission vornehmen können, „die Entnahme und Untersuchung repräsentativer Proben" (Artikel 3 Absatz 2); bezeichnenderweise sieht er jedoch eine Zuständigkeit der Kommission für den Erlaß von Bestimmungen über Kontrollmaßnahmen nur vor, *soweit die spezifischen Vorschriften für den betreffenden Sektor ihr die Befugnis übertragen,* nach Maßgabe eines der im Beschluß 87/373/EWG des Rates vom 13. Juli 1987 vorgesehenen Verfahren *Durchführungsbestimmungen* festzulegen (Artikel 2 Absatz 1).

26. Eine weitere Bestätigung für das Gesagte kann — wenn auch in einem besonderen Sektor und deshalb in einem teilweise anderen Zusammenhang — in einem Vergleich der Verordnung (EWG) Nr. 2048/89 des Rates vom 19. Juni 1989 mit Grundregeln über die Kontrollen im Weinsektor [18] mit dem entsprechenden Vorschlag der Kommission [19] gefunden werden. In letzterem war vorgesehen, daß die Bediensteten der Kommission selbst befugt sein sollten, Proben zu entnehmen (Artikel 6 Absatz 3), und daß die Kommission befugt sein sollte, die entsprechenden Durchführungsbestimmungen zu erlassen (Artikel 16). In der Verordnung Nr. 2048/89 sind diese beiden Vorschriften nicht mehr enthalten; dagegen wird bestimmt, daß es Sache der Mitgliedstaaten ist, auf Ersuchen der Kommission Proben zu entnehmen (Artikel 12).

27. Die in Rede stehende Interne Dienstanweisung, die einseitig die Modalitäten der Probenahme durch eine Handlung regelt, die ihrem Inhalt nach eine Verordnung zur Durchführung des Artikels 9 der Verordnung Nr. 729/70 ist, bezweckt somit, den bereits bestehenden Vorschriften durch die Hintertür neue hinzuzufügen. Sie ist als solche anfechtbar.

28. Nach diesen Feststellungen ist nun zu prüfen, ob die Interne Dienstanweisung eine *endgültige* Willensäußerung darstellt. Diese Prüfung ist im vorliegenden Fall um so

17 — ABl. C 137 vom 6. 6. 1990, S. 10.

18 — ABl. L 202 vom 14. 7. 1989, S. 32.

19 — ABl. C 24 vom 29. 1. 1988, S. 8.

wichtiger, als die Kommission zur Stützung ihrer These, daß die Klage unzulässig sei, vorgetragen hat, daß entsprechend und analog zu dem, was der Gerichtshof in den Rechtssachen 60/81 [20] und 114/86 [21] ausgeführt habe, die Dienstanweisung den Charakter einer vorbereitenden Handlung habe und deshalb nicht in die Kategorie der anfechtbaren Handlungen falle.

29. Das Vorbringen der Kommission geht im wesentlichen dahin, daß die Klage Frankreichs verfrüht sei: Nicht die in Rede stehende Interne Dienstanweisung, sondern allenfalls die darauf folgenden Einzelentscheidungen über die Entnahme und die Analysen der Proben könnten Gegenstand einer Anfechtungsklage sein.

Unter diesen Umständen ist zunächst auszuschließen, daß die angefochtene Handlung eine vorbereitende Handlung im engen Sinne, das heißt in der üblichen Bedeutung eines Abschnitts eines Verfahrens, an dessen Ende der Erlaß eines Rechtsakts mit Wirkung nach außen steht, darstellt. Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung selbst erklärt hat. Nicht stichhaltig ist somit der Hinweis auf das Urteil in der Rechtssache 60/81, wo eine Mitteilung der Beschwerdepunkte in einer Wettbewerbssache angefochten worden war und der Gerichtshof zu Recht festgestellt hat: „Im Falle von Handlungen oder Entscheidungen, die in einem mehrphasigen Verfahren, insbesondere zum Abschluß eines internen Verfahrens ergehen, liegt ... eine anfechtbare Handlung grundsätzlich nur bei Maßnahmen vor, die den Standpunkt der Kommission oder des Rates zum Abschluß dieses Verfahrens endgültig festlegen, nicht aber bei Zwischenmaßnahmen, die die abschließende Entscheidung vorbereiten sollen [22]."

30. Es handelt sich in den Augen der Kommission vielmehr um eine Handlung, die, da sie dem Erlaß von Einzelentscheidungen oder tatsächlichem Handeln *vorangehe,* keine Interessen verletzen könne und deshalb als solche nicht anfechtbar sei. Darüber hinaus sei Rechtsgrundlage der nachfolgenden Einzelentscheidungen, die allein beschwerenden Charakter hätten, der Artikel 9 der Verordnung Nr. 729/70, nicht dagegen die angefochtene Interne Dienstanweisung. Daher der Hinweis auf das Urteil in der Rechtssache 114/86.

Diese These ist zwar beeindruckend, aber ganz und gar unbegründet und kann meines Erachtens vernünftigerweise vom Gerichtshof nicht akzeptiert werden. In der Rechtssache 114/86 war die Lage völlig anders, denn es handelte sich um eine Anweisung, in der den Beamten die — nicht einmal verbindlichen — Kriterien für die Aufstellung der „begrenzten" Listen der Bewerber für Dienstleistungsaufträge im Rahmen der durch das Abkommen von Lome begründeten Zusammenarbeit mitgeteilt wurden. Der Gerichtshof hat, ohne die Handlung auch nur als „vorbereitend" zu qualifizieren, festgestellt, daß es „die Erstellung der Listen selbst [ist], die geeignet ist, insofern Rechtswirkungen zu erzeugen, als sie zur Folge haben kann, daß bestimmte Unternehmen von diesen Listen ausgeschlossen werden und ihnen so die Möglichkeit genommen wird, an den fraglichen Aufträgen teilzunehmen ...". „Dies gilt um so mehr, als die Listen ... im allgemeinen nicht in völliger Übereinstimmung mit den von der Kommission festgelegten Kriterien erstellt werden" [23].

20 — Urteil vom 11. November 1981, IBM/Kommission, a. a. O., Randnr. 21.

21 — Urteil vom 27. September 1988, Vereinigtes Königreich/Kommission, a. a. O., Randnr. 13.

22 — Urteil vom 11. November 1981, IBM/Kommission, a. a. O., Randnr. 10.

23 — Urteil vom 27. September 1988, Vereinigtes Königreich/Kommission, a. a. O., Randnrn. 13 und 14.

In dem fraglichen Fall kann man meines Erachtens eher von einer *ihrem Inhalt nach* internen Handlung als von einer vorbereitenden Handlung sprechen. Nach einer auch im Verwaltungsrecht wohlbekannten Konzeption sind Weisungen eines Dienstvorgesetzten an seine Untergebenen, die deren Tätigkeit in einem bestimmten Sektor orientieren sollen und den Bediensteten dabei einen Ermessensspielraum belassen, nicht geeignet, zu einer tatsächlichen Verletzung von Interessen zu führen: Anfechtbar ist nur die Handlung, mit der die Weisungen durch Anwendung befolgt werden.

31. Im vorliegenden Verfahren haben wir es dagegen mit einer Handlung zu tun, die den Charakter einer Rechtsvorschrift hat, da sie, ausgehend von der Voraussetzung, daß die Kommission die Befugnis besitzt, unabhängig von den Mitgliedstaaten Proben zu entnehmen, die wesentlichen Modalitäten der Ausübung dieser Befugnis regelt: Modalitäten, die, wie ich bereits hervorgehoben habe, den Mitgliedstaaten und mehr noch den Wirtschaftsteilnehmern Pflichten auferlegen, die in der Verordnung Nr. 729/70 nicht vorgesehen sind. Es handelt sich also nicht um Weisungen an Beamte, sondern um eine Veränderung der Rechtsstellung Dritter, die keine offensichtlichen Adressaten der Handlung sind. Schon als solche beeinträchtigt die Handlung die Interessen Dritter.

Folgte man dem Vorbringen der Kommission, so wäre eine Handlung mit Regelungscharakter, wenn sie Einzelentscheidungen oder tatsächlichem Handeln vorausgeht, nicht anfechtbar, sondern nur die nachfolgenden Entscheidungen.

Was mich betrifft, kann ich, zumindest solange Artikel 173 EWG-Vertrag nicht geändert ist, diesem Vorbringen nicht beipflichten: Von allem anderen abgesehen, steht es meines Erachtens nicht im Einklang mit den Erfordernissen der Prozeßökonomie, der Rechtssicherheit und der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Jedenfalls würde es dazu führen, daß die Anfechtbarkeit von Verordnungen oder von Handlungen mit allgemeiner und nicht individueller Geltung in Frage gestellt würde.

32. Aus den genannten Gründen bin ich deshalb der Auffassung, daß, wenn der Gerichtshof die Handlung ausschließlich aufgrund des Inhalts ihrer Bestimmungen qualifizieren will, gefolgert werden muß, daß die angefochtene Interne Dienstanweisung bezweckt, Rechtswirkungen gegenüber den Mitgliedstaaten und den Wirtschaftsteilnehmern des fraglichen Sektors zu erzeugen, und daß die Klage der französischen Regierung deshalb zulässig ist.

Zur Begründetheit

33. Sieht man die Klage der französischen Regierung als zulässig an, so muß man ihr meines Erachtens vernünftigerweise auch stattgeben. Die gerügten Fehler sind die Unzuständigkeit der Kommission zum Erlaß des Rechtsakts und Ermessensmißbrauch.

Die Antwort ist in den vorangehenden Erwägungen enthalten. Artikel 9 der Verordnung Nr. 729/70 verleiht dem Rat, und nur ihm, die Zuständigkeit, „Grundregeln für die Anwendung dieses Artikels" festzulegen. Auch in keiner anderen einschlägigen Bestimmung wird der Kommission eine entsprechende Zuständigkeit eingeräumt. Deshalb ist die „Interne Dienstanweisung", ohne daß dazu weitere Ausführungen notwendig wären, wegen absoluter Unzuständigkeit der Kommission aufzuheben.

Ergebnis

Im Ergebnis schlage ich dem Gerichtshof vor, die Klage für unzulässig zu erklären, da es der angefochtenen Handlung an den wesentlichen Formerfordernissen für einen verbindlichen Rechtsakt fehlt, und die Kosten wegen der Unsicherheit, die die Handlung objektiv im Hinblick auf ihre Anfechtbarkeit durch einen Mitgliedstaat hervorruft, zwischen den Parteien aufzuteilen.

Sollte der Gerichtshof meinen, gleichwohl den Inhalt der angefochtenen Handlung prüfen zu müssen, so schlage ich vor, die Klage für zulässig und begründet zu erklären, die Handlung wegen absoluter Unzuständigkeit der Kommission aufzuheben und der letztern die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.