SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ vom 30. Juni 1988

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

A — Zum Sachverhalt

1. In dem Verfahren, das uns heute beschäftigt, geht es um Probleme der technischen Zusammenarbeit im Rahmen von Titel VII, Kapitel 10 des zweiten AKP-EWG-Abkommens vom 31. Oktober 1979[1] („Lomé II"), sowie von Titel III Kapitel 3 des Dritten AKP-EWG-Abkommens vom 8. Dezember 1984[2] („Lomé III").

2. Was unter technischer Zusammenarbeit zu verstehen ist, ergibt sich aus den Artikeln 138 von Lomé II und 208 von Lomé III (zum Beispiel Durchführung von Studien, Überwachungs-, Beratungs- und Verwaltungsleistungen während der Ausführung eines Vorhabens, technische Hilfe etc.).

3. Nach dem 2. Lomé-Abkommen (Artikel 140) waren Maßnahmen der technischen Zusammenarbeit im Wege von Dienstleistungsaufträgen durchzuführen, und es wurden dabei die in Betracht kommenden Gesellschaften oder natürlichen Personen „insbesondere aufgrund ihrer beruflichen Befähigung und ihrer praktischen Erfahrungen ... ausgewählt". Der Artikel 142 dieses Abkommens sah vor, daß die Bestimmungen betreffend die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen vom Ministerrat festgelegt werden. Da es dazu nicht gekommen ist, galten insofern die Artikel 24 bis 27 des Protokolls Nr. 2 des AKP-EWG-Abkommens von Lomé I (siehe Anhang XIV zu Lomé II)[3]. Hiernach (so Artikel 24 dieses Anhangs) wurden Verträge über technische Zusammenarbeit freihändig vergeben und konnten bestimmte Verträge im Wege der Ausschreibung vergeben werden. Gemäß Artikel 25 dieses Anhangs erstellte die Kommission für jede Maßnahme der technischen Zusammenarbeit, bei der ein Verfahren der freihändigen Vergabe angewandt werden sollte, eine begrenzte Liste von Bewerbern, die Staatsangehörige der Mitgliedstaaten und/oder der AKP-Staaten sein sollten; die Auswahl der Bewerber erfolgte dabei unter Zugrundelegung von Kriterien, die ihre Qualifikation, Erfahrung und Unabhängigkeit gewährleisteten, sowie unter Berücksichtigung ihrer Verfügbarkeit für die in Aussicht genommene Maßnahme. Aus dieser Liste wählte der betreffende AKP-Staat nach eigenem Ermessen einen Bewerber aus. Fand eine Ausschreibung statt, so wurde die begrenzte Liste der Bewerber unter Zugrundelegung der eben genannten Kriterien in enger Zusammenarbeit zwischen der Kommission und dem betreffenden AKP-Staat erstellt, und es wurde der Vertrag dann an denjenigen Bewerber vergeben, der das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hatte.

4. Das zweite Lomé-Abkommen war gültig bis zum 28. Februar 1985. Sein Titel VII war aber darüber hinaus bis zum Inkrafttreten des dritten Lomé-Abkommens (1. Mai 1986) anwendbar[4].

1 — ABl. 1980, L 347, S. 1 ff.
2 — ABl. 1986, L 86, S. 1 ff.
3 — ABl. 1980, L 347, S. 169 ff.
4 — Beschluß Nr. 2/85 des AKP-EWG-Ministerrats vom 22. Februar 1985, ABl. 1985, L 61, S. 2, und Verordnung Nr. 690/86 des Rates vom 3. März 1986, ABl. 1986, L 63, S. 1.

5. Im dritten Lomé-Abkommen sind die Kriterien für die Auswahl der Partner von Dienstleistungsverträgen in Artikel 209 Absatz 2 aufgeführt. Nach Artikel 210 dieses Abkommens werden Dienstleistungsaufträge nach beschränkter Ausschreibung vergeben und können bestimmte Aufträge freihändig vergeben werden. Für jede Maßnahme der technischen Zusammenarbeit, bei der eine Ausschreibung stattfinden soll, wird — so heißt es in Artikel 211 Absatz 1 Buchstabe a — von der Kommission und dem betreffenden AKP-Staat im gegenseitigen Einvernehmen gegebenenfalls nach Vorauswahl eine begrenzte Liste von Bewerbern aufgestellt, die Staatsangehörige der Mitgliedstaaten und/oder der AKP-Staaten sind und die unter Berücksichtigung ihrer Rechtsstellung und finanziellen Lage, ihrer Qualifikation, ihrer Erfahrung, ihrer Unabhängigkeit und ihrer Verfügbarkeit sowie der Kriterien und Grundsätze des Artikels 209 ausgewählt werden. Zu wählen ist nach Durchführung der Ausschreibung (so Artikel 211 Absatz 1 Buchstabe d) das günstigste Angebot, „wobei insbesondere sein technischer Wert, die für die Durchführung der Leistungen vorgeschlagene Organisation und Methodik, die Sachkenntnis, Erfahrung und Befähigung des für die Maßnahme einzusetzenden Personals sowie ... der Preis der Leistungen berücksichtigt werden".

6. Bei Anwendung des Verfahrens der freihändigen Vergabe wird der Auftragnehmer auf Vorschlag der Kommission von dem AKP-Staat bestimmt und kann der AKP-Staat gleichfalls einen Bewerber vorschlagen.

7. Was nun die erwähnten begrenzten Listen angeht, so war es seit 1960 Praxis der Kommission, nationale Quoten zu berücksichtigen, die sich nach den Beiträgen der Mitgliedsländer zum Entwicklungsfonds orientierten, wie sie — für die jetzt interessierende Zeit — festgelegt waren im internen Abkommen von 1979[5] und im Internen Abkommen vom Februar 1985[6]. Da dies — zu den Einzelheiten der Praxis komme ich später — von einigen Mitgliedstaaten bemängelt wurde, kam es im April 1983 in der zuständigen Arbeitsgruppe des Rates zu einer Vereinbarung mit der Kommission des Inhalts, daß während eines Versuchszeitraums (nämlich in der Zeit vom 1. Juni 1983 bis zum 28. Februar 1985) 81,75 % der Vorhaben nach dem Quotensystem aufgeteilt werden sollten und daß es bei 18,25 % aller Operationen keine Berücksichtigung von nationalen Quoten geben sollte (hier wurden — soweit es sich um größere Summen handelte — offene Aufforderungen zur Abgabe von Angeboten an Firmen in allen — damals 10 — Mitgliedstaaten gerichtet).

8. Nach Würdigung der Ergebnisse dieser Methode (sie findet sich in einem Bericht vom November 1985 — Anhang zur Anlage 2 der Klageschrift) erklärte der Kommissionsvertreter in einer Sitzung der Arbeitsgruppe vom 29. November 1985 (Anlage 2 zur Klage, S. 3), es sei „desirable to revert to the quota system as previously applied ..." Daß diese Absicht bestehe, wurde vom Vertreter der Kommission auch erklärt in einer Sitzung der Arbeitsgruppe vom 18. Dezember 1985 (Anlage IV zur Klage). Sie wurde dann auch tatsächlich verwirklicht: in einer Sitzung der Arbeitsgruppe vom 6. März 1986 teilte der Vertreter der Kommission mit, „that the system introduced on a trial basis in 1983 was no longer applied by the Commission as it had reverted — with effect from 1 March 1986 ... to the former quota system" (Anlage 6 zur Klageschrift, S. 4). Dementsprechend ist in dem Protokoll über die Sitzung der Arbeitsgruppe vom 12. März 1986 (Anlage 7 zur Klage, S. 4) die Rede von der Entscheidung der Kom-

5 — ABl. 1980, L 347, S. 210 ff.
6 — ABl. 1986, L 86, S. 210 ff.

mission, mit Wirkung vom 1. März 1986 zu dem vor dem 1. Juni 1983 angewandten Quotensystem zurückzukehren.

9. Dies hält die Regierung des Vereinigten Königreichs nicht für rechtmäßig. Sie hat darauf schon in einem Schreiben an den Leiter der Generaldirektion VIII vom 21. März 1986 hingewiesen, und sie tat es abermals in einem Schreiben vom 28. April 1986, in dem auch um die Überlassung der Dokumente gebeten wurde, in denen der Text der Kommissionsentscheidung festgehalten worden sei.

10. Der zuständige Generaldirektor antwortete darauf, es könne von einer *Entscheidung* nicht die Rede sein; es sei daher auch nicht möglich, den Wortlaut einer solchen Entscheidung mitzuteilen. Deshalb kam es dann am 16. Mai 1986 zur Anrufung des Gerichtshofes mit dem Antrag, die Entscheidung der Kommission, ab 1. März 1986 wieder in vollem Umfang die Quotenregelung einzuführen, für nichtig zu erklären.

11. Wie Sie wissen, hat die Kommission darauf zunächst mit einem Antrag gemäß Artikel 91 der Verfahrensordnung reagiert, also dem Antrag, vorab über die Zulässigkeit der Klage zu befinden, die nach Ansicht der Kommission zu bestreiten ist. Sie hat — da sich der Gerichtshof zu einer solchen gesonderten Prüfung der Zulässigkeit nicht bereit fand —, hilfsweise auch die Meinung geäußert, die Klage sei als unbegründet anzusehen.

12. Zu diesem Rechtsstreit, dem auf seiten des Klägers das Königreich der Niederlande und auf seiten der Kommission die Italienische Republik beigetreten sind, ist meines Erachtens folgende *Stellungnahme* angezeigt.

B — Stellungnahme

I — *Zur Zulässigkeit der Klage*

13. Breiten Raum in der Auseinandersetzung hat die Frage eingenommen, ob die vom Vertreter der Kommission in der Sitzung der Arbeitsgruppe vom 6. März 1986 abgegebene Erklärung betreffend die Rückkehr zum früher praktizierten Quotenregime bei der Vorbereitung von Dienstleistungsverträgen auf eine angreifbare Handlung im Sinne des Artikels 173 des EWG-Vertrages hinweist.

14. Die Kommission verneint dies vor allem unter Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung (auch diejenige zum EGKS-Vertrag) sowie unter Bezugnahme auf die im Rahmen des Montan-Vertrages ergangene Entscheidung Nr. 22/60 der Hohen Behörde vom 7. September 1960[7], mit der unter anderem die Form von Entscheidungen geregelt werden sollte, damit alle Beteiligten ohne Schwierigkeiten feststellen können, ob sie es mit einer Entscheidung im Sinne des Artikels 14 Montan-Vertrag zu tun haben. Nach ihrer Meinung ist im vorliegenden Fall von einer *Entscheidung* der Kommission nicht zu sprechen; es handele sich nur um gewisse Richtlinien, die ein Dienststellenleiter seinen Untergebenen gegenüber im Hinblick auf die Anwendung einer unbestimmten Vorschrift niedergelegt habe. Dabei sei vor allem wichtig, daß es sich — weil die Nationalität der Dienstleistungserbringer nur eines von vielen Elementen sei, die in Betracht gezogen werden müssen — nicht um präzise, zwingende und unabänderliche Anweisungen handele, sondern um Direktiven, die einen beträchtlichen Manövrierraum lassen. Wichtig sei auch, daß sie nur im Rahmen eines vorbereitenden Aktes von Bedeutung seien, also keine definitive Wirkung, namentlich im Verhältnis zu Dritten hätten, was unter anderem daraus folge, daß die AKP-Staaten

7 — ABl. 1960, S. 1248.

die begrenzten Listen mit Namen ihnen bekannter Interessenten ergänzen könnten. Bei einer solchen Sachlage sei die Notwendigkeit einer Rechtskontrolle im Sinne des Artikels 173 EWG-Vertrag nicht zu erkennen, und es könne allenfalls eine politische Kontrolle als angemessen angesehen werden.

15. *1.* Was diese Problematik angeht, so ist zunächst daran zu erinnern, daß die Handlungen der Kommission, von denen in Artikel 25 des Anhangs XIV zu Lomé II und in Artikel 211 von Lomé III gesprochen wird — nämlich die Erstellung begrenzter Listen von Bewerbern — offenbar dem Leiter der Generaldirektion VIII „Entwicklung" als dem *Hauptanweisungsbefugten* (im Sinne von Artikel 121 des 2. Lomé-Abkommens) anvertraut sind, der zuständige Kommissar oder gar das ganze Kollegium der Kommission in diesem Bereich also nicht tätig wird.

16. Die von dem Leiter der Generaldirektion „Entwicklung" für die Handhabung der genannten Bestimmungen erlassenen Instruktionen (um die es jetzt geht) beruhen weiter auf der — jetzt zunächst nicht weiter auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfenden — Annahme, die erwähnten Vorschriften ließen einen ganz beträchtlichen Ermessensspielraum. Tatsächlich ist die Kommission — vor allem aufgrund einer Analyse der französischen und der deutschen Fassung des Artikels 25 von Anhang XIV zu Lomé II — der Auffassung, die Kriterien, von denen in Artikel 25 Absatz 1 des Anhangs XIV zu Lomé II und in Artikel 211 von Lomé III die Rede ist (ich habe sie eingangs genannt), seien nur für die erste Auswahl der in Betracht kommenden Bewerber, die alle diesen Kriterien zu entsprechen hätten, von Belang; für die Erstellung einer *begrenzten* Liste anhand dieses zunächst gebildeten Kreises fehle es dagegen an präzisen Bestimmungen. Zur Ausfüllung dieses Raumes seien also die Instruktionen gedacht, in denen nationale Quoten als Richtgrößen genannt seien.

17. Außerdem ist vorweg noch zu erwähnen, daß der begrenzten Liste sicher definitive Wirkung nach Artikel 25 Absatz 1 des Anhangs XIV zu Lomé II zukam, weil der AKP-Staat, wie es dort hieß, seine Auswahl nur unter den in die begrenzte Liste aufgenommenen Bewerbern treffen konnte. Wenn es sich bei Ausschreibungen nach Artikel 25 Absatz 2 anders zu verhalten schien, weil hiernach die begrenzte Liste in enger Zusammenarbeit zwischen der Kommission und dem betreffenden AKP-Staat zu erstellen war (ähnlich ist auch nach Artikel 211 von Lomé III zu verfahren), so ist doch offenbar — wie wir gehört haben — die Praxis so beschaffen, daß in aller Regel die von der Kommission gefertigten Listen von den AKP-Staaten akzeptiert werden und nur ganz gelegentlich von einem AKP-Staat eine Erweiterung der ihm unterbreiteten Liste vorgenommen wird.

18. *2.* Ohne weiteres läßt sich sodann nach meiner Überzeugung sagen, daß für den gegenwärtigen Fall sicher nichts zu gewinnen ist aus der erwähnten *Entscheidung 22/60* (nach der unter anderem wichtig ist die Bezeichnung eines Aktes, die Angabe der Rechtsbasis, die Anführung einer Begründung und die Unterschrift durch ein Mitglied der Kommission) und daß auch die von der Kommission angeführte *Rechtsprechung zum EGKS-Vertrag* bei näherem Zusehen sich als unergiebig erweist.

19. a) Mag die Entscheidung 22/60 für den Montanbereich im allgemeinen nützliche Anhaltspunkte liefern (daß von einer Entscheidung *nur* bei Beachtung aller in ihr angeführten Elemente gesprochen werden könne, wurde in der Rechtsprechung noch nicht erklärt), so ist jedenfalls nach der zu

Artikel 173 EWG-Vertrag ergangenen Rechtsprechung ganz klar, daß die notwendige Qualifizierung einer Maßnahme in erster Linie nach ihrem Gegenstand und Inhalt zu erfolgen hat, daß dafür also auf das Wesen eines Aktes und nicht auf seine Form abzustellen ist. Dies wurde in den Urteilen in den verbundenen Rechtssachen 16 und 17/62 [8] und der Rechtssache 60/81 [9] klargemacht. Von einem gewissen Interesse ist in diesem Zusammenhang auch das Urteil in den verbundenen Rechtssachen 316/82 und 40/83 [10], dem zufolge — im Dienstrecht — auch mündliche Entscheidungen möglich sind. Aus dem Umstand, daß bei der Festlegung der jetzt interessierenden Instruktionen die in der Entscheidung 22/60 aufgeführten Formalien nicht eingehalten worden sind, kann also sicherlich nicht gefolgert werden, wir hätten es nicht mit einem angreifbaren Akt zu tun.

b) Zu der den Montanbereich betreffenden Rechtsprechung muß man sich vor Augen halten, daß in dem Urteil in den verbundenen Rechtssachen 16 bis 18/59 [11] (hier ging es um eine kartellrechtliche Entscheidung der Hohen Behörde) einerseits lediglich betont wurde, Ausführungen in der Entscheidungsbegründung zu Voraussetzungen für eine künftige Genehmigung von Absprachen stellten nichts anderes als eine *nichtbindende* Ankündigung einer künftigen Beurteilung dar, und daß andererseits — zu dem Entscheidungsteil, in dem davon die Rede ist, Beamte würden mit einer Prüfung beauftragt — festgehalten wurde, es handele sich um eine bloß interne Maßnahme. Tatsächlich ist mit beiden Wertungen für den vorliegenden Fall offensichtlich nichts anzufangen, also nichts für die Frage zu gewinnen, ob eine innerdienstliche *Anweisung* einer für eine bestimmte Maßnahme zuständigen Dienststelle, die für den Anweisenden selbst wohl auch eine Regelrichtschnur bilden soll, als angreifbarer Akt gelten kann.

20. Wenn weiter im Urteil in der Rechtsssache 54/65 [12] die gerichtliche Kontrolle in bezug auf eine Erklärung der seinerzeit existierenden Schrottausgleichskasse zum Schrottbegriff ausgeschlossen worden ist, so darf doch nicht übersehen werden, daß hier das Vorliegen einer Entscheidung verneint worden ist unter Hinweis darauf, daß die Schrottausgleichskasse — nach einem Widerruf der Übertragung von Befugnissen auf sie — zu der fraglichen Zeit für derartige Akte nicht mehr zuständig war.

21. Soweit schließlich im Urteil in der Rechtssache 20/58 [13] das Problem innerdienstlicher Instruktionen angesprochen worden ist (es ging hier um ein Schreiben der Hohen Behörde, das an ein Hilfsorgan gerichtet war), darf die Tatsache nicht übersehen werden, daß nicht die Anfechtbarkeit solcher Anweisungen grundsätzlich verneint worden ist. Maßgebend in dem genannten Fall war vielmehr die Erkenntnis, daß die Hohe Behörde nur bestätigen wollte, was einer allgemeinen Entscheidung unmittelbar zu entnehmen war, daß sie also gar nicht die Absicht hatte, eine Entscheidung zu erlassen.

22. *3.* Weiterhin habe ich den Eindruck, daß auch aus der von der Kommission angeführten, *den Entwicklungsfonds betreffen-*

8 — Urteil vom 4. Dezember 1962 in den verbundenen Rechtssachen 16 und 17/62, Confédération nationale de fruits et légumes u. a./Rat, Slg. 1962, 961.

9 — Urteil vom 11. November 1981 in der Rechtssache 60/81, IBM/Kommission, Slg. 1981, 2639.

10 — Urteil vom 9. Februar 1984 in den verbundenen Rechtssachen 316/82 und 40/83, Nelly Kohler/Rechnungshof, Slg. 1984, 641.

11 — Urteil vom 12. Februar 1960 in den verbundenen Rechtssachen 16 bis 18/59, Geitling, Mausegatt, Präsident und andere Hohe Behörde der EGKS, Slg. 1960, 45.

12 — Urteil vom 16. Juni 1966 in der Rechtssache 54/65, Compagnie des forges de Châtillon/Hohe Behörde der EGKS, Slg. 1966, 529.

13 — Urteil vom 17. Juli 1959 in der Rechtssache 20/58, Phoenix-Rheinrohr AG/Hohe Behörde der EGKS, Slg. 1958/59, 165.

den Rechtsprechung in Wahrheit für die jetzt interessierende Problematik nichts Zwingendes hergeleitet werden kann.

23. Zwar wurde hier in Fällen, in denen es um die Vergabe von Aufträgen durch Behörden der AKP-Staaten mit Zustimmung der Kommission ging, zu anderen, ausgeschlossenen Bewerbern festgehalten, sie seien von der Kommissionshandlung nicht unmittelbar betroffen (Urteile in den Rechtssachen 126/83 [14]; 118/83 [15]) und es wurde in anderen Rechtssachen solcher Art hervorgehoben, Unternehmen hätten nur Rechtsbeziehungen zu den die Aufträge vergebenden assoziierten Staaten, ihnen gegenüber ergingen keine Gemeinschaftsentscheidungen (Urteil in der Rechtssache 33/82 [16]) sowie: die Unternehmen blieben außerhalb der Beziehungen, die sich ausschließlich zwischen der Kommission und den AKP-Staaten abspielten (Urteil in der Rechtssache 267/82 [17]). Ich halte es aber nicht für vertretbar daraus allgemein zu folgern, es könnten von Kommissionsakten im Rahmen von Verfahren zur Vergabe von Aufträgen aus dem Entwicklungsfonds nach Ansicht des Gerichtshofes niemals Wirkungen auf am Verfahren beteiligte Unternehmen ausgehen, die zur Erhebung von Anfechtungsklagen berechtigten. Für derart weitreichende Feststellungen war in den angeführten Verfahren kein Anlaß. Insbesondere darf nicht vergessen werden, daß es seinerzeit um Klagen von *Unternehmen* gemäß Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag ging, die Frage also unerörtert blieb, ob *Mitgliedstaaten* in derartigem Zusammenhang ergehende Kommissionsakte zum Gegenstand eines Gerichtsverfahrens machen können.

24. *4.* Wesentlich für die Behandlung des uns unterbreiteten Problems ist meines Erachtens einmal, daß in Artikel 173 Absatz 1 EWG-Vertrag, der unter anderem die Klagen von Mitgliedstaaten regelt, nicht nur — wie in Absatz 2 — von Entscheidungen gesprochen wird, sondern der weitere Begriff *Handeln* verwendet wird. Dazu wurden nach der Rechtsprechung (in der Rechtssache 22/70 [18]) ein Beschluß des Rates über die Aushandlung und den Abschluß eines Übereinkommens (der Beschluß legte Verhaltensregeln fest und enthielt Bestimmungen zum Verfahren) oder (in den Rechtssachen 230/81 [19] und 108/83 [20]) Entschließungen des Parlaments (zur Abhaltung von Plenartagungen und von Sitzungen von Ausschüssen und Fraktionen an einem bestimmten Ort sowie zur Tätigkeit des Sekretariats und der technischen Dienste) gerechnet.

25. Wichtig ist zum anderen, daß nach der Rechtsprechung zur Bestimmung angreifbarer Akte entscheidend darauf abgestellt wird, einerseits ob sie bestimmte Rechtswirkungen erzeugen (Urteile in den Rechtssachen 22/70 und 60/81) und andererseits (so in einem kartellrechtlichen Verfahren) ob es sich nur um Handlungen vorbereitender Art handelt (Urteil in der Rechtssache 60/81; in dem zum Montanvertrag ergangenen Urteil in der Rechtssache 54/65 wird insofern von das interne Verfahren abschließenden, endgültigen Beschlüssen gesprochen).

14 — Urteil vom 10. Juli 1984 in der Rechtssache 126/83, STS Consorzio per sistemi di telecommunicazione via satellite SpA/Kommission, Slg. 1984, 2769.

15 — Urteil vom 10. Juli 1985 in der Rechtssache 118/83, CMC/Kommission, Slg. 1985, 2337.

16 — Urteil vom 19. September 1985 in der Rechtssache 33/82, Murri frères/Kommission, Slg. 1985, 2780.

17 — Urteil vom 24. Juni 1986 in der Rechtssache 267/82, Développement SA u. a./Kommission, Slg. 1986, 1913.

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

19 — Urteil vom 10. Februar 1983 in der Rechtssache 230/81, Großherzogtum Luxemburg/Europäisches Parlament, Slg. 1983, 255.

20 — Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 108/83, Großherzogtum Luxemburg/Europäisches Parlament, Slg. 1984, 1945.

26. Im vorliegenden Fall läßt sich sicher sagen, daß die Handlungen, die der Kommission nach Artikel 25 von Anhang XIV zu Lomé II und nach Artikel 211 von Lomé III anvertraut sind, mit Rechtswirkungen verbunden sind. Sie haben zweifellos bestimmenden Einfluß auf die Auswahl von Beratern durch die AKP-Staaten. Denn nach Artikel 25 Absatz 1 des erwähnten Anhangs XIV hatte die Auswahl anhand der von der Kommission erstellten begrenzten Liste zu erfolgen. Wenn andererseits in Artikel 25 Absatz 2 und in Artikel 211 von Zusammenarbeit (bzw. Einvernehmen) mit dem in Betracht kommenden AKP-Staat gesprochen wird (was bedeutet, daß dieser die begrenzte Liste ergänzen kann), so ist doch wichtig, daß jedenfalls der von der Kommission gemachte Vorschlag definitiv ist und daß es — wie wir gehört haben — in aller Regel bei ihm bleibt (was auch gar nicht verwunderlich ist, weil wohl die allermeisten der in Betracht kommenden Berater keine ausreichenden Kenntnisse über die zu vergebenden Dienstleistungsverträge haben und auch nicht über die notwendigen Beziehungen zu allen AKP-Staaten verfügen, so daß von ihnen Anregungen zur Ergänzung der Listen nicht kommen können). Wenn aber zu diesen Befugnissen der Kommission, die zweifellos einen gewissen Ermessensraum einschließen (wieweit er reicht, kann jetzt offenbleiben), präzisierende Anweisungen von der dafür zuständigen Dienststelle ergehen, dann ist wohl auch von ihnen zu sagen, daß sie — weil sie weichenstellende Funktionen haben — im Sinne der Rechtsprechung mit Rechtswirkungen verbunden sind. Daran fehlt es nicht etwa, weil sie veränderbar sind (was ja für jede Regel gilt); daran fehlt es auch nicht, weil sie eine flexible Handhabung zulassen, also nicht eine strikte Bindung an nationale Quoten vorschreiben, sondern gewisse Abweichungen ermöglichen. Entscheidend ist, daß nationale Quoten als Regelrichtschnur gewollt sind (ab März 1986 gab es ja keine sogenannte freie Masse mehr) und daß ein entsprechender Einfluß auf die Lenkung der Dienstleistungsverträge ausgeht (wie die uns vorgelegten Statistiken zeigen, auch wenn sie gleichzeitig deutlich machen, daß gewisse Abweichungen von den Quoten existieren).

27. Wenn andererseits einzuräumen ist, daß die Mitwirkung der Kommission — gesehen im Rahmen des Gesamtverfahrens der Auftragserteilung und bezogen auf den abschließenden, dem AKP-Staat vorbehaltenen Akt — vorbereitenden Charakter hat, läßt sich damit doch nicht die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle unter Hinweis auf die Rechtsprechung zu allein vorbereitenden Akten verneinen. Maßgeblich ist einfach, daß die Kommission — wie gezeigt — einen bestimmenden Einfluß auf den Kreis der in Betracht kommenden Berater hat. Wer von ihr ausgeschlossen wird, ist in aller Regel definitiv aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen. Für Unternehmen, die von der Kommission nicht auf die begrenzte Liste gesetzt werden, hat also der Gemeinschaftsakt der Vorauswahl durchaus definitiven Charakter; es kann folglich — so gesehen — auch von den Instruktionen betreffend die Herstellung der begrenzten Listen nicht gesagt werden, sie hätten keine rechtlichen Wirkungen.

28. Hält man sich im übrigen vor Augen, daß nicht recht zu sehen ist, wie eine befriedigende Überprüfung der jetzt interessierenden Praxis zustande kommen könnte im Rahmen von Schadensersatzklagen, auf die die Kommission verwiesen hat und die wohl von nichtberücksichtigten Unternehmen anhängig zu machen wären, so bleibt tatsächlich nur übrig, die Klage trotz der von der Kommission geltend gemachten Bedenken als zulässig anzusehen, also den in der Klage visierten, der Kommission zuzurechnenden Akt — ab 1. März 1986 wieder wie früher ein Quotensystem anzuwenden — als

anfechtbare Handlung zu bezeichnen, weil offensichtlich ein *berechtigtes Interesse* an der Klärung *der Frage besteht, ob und wieweit nationale Quoten* im Rahmen der technischen Zusammenarbeit mit den AKP-Staaten *zulässig sind* und weil nicht recht einzusehen ist, daß ein mit der Praxis der Kommission nicht einverstandener Mitgliedstaat einen konkretisierenden Akt, also die Festlegung einer bestimmten begrenzten Liste, abwarten sollte.

II — *Zur Begründetheit*

29. *1.* Ihrer Untersuchung sollte eine *Kennzeichnung des von der Kommission angewandten Quotensystems* vorausgeschickt werden, wie sie den uns vorgelegten Dokumenten zu entnehmen ist.

30. Maßgebliche Richtgrößen sind Prozentsätze, die in enger Anlehnung an die Beiträge der Mitgliedsländer zum Entwicklungsfonds gebildet werden (Note vom 21. Februar 1986, vorgelegt als Anhang I zu den Antworten der Kommission auf die Fragen des Gerichtshofes). Zeigt sich bei den regelmäßig alle paar Monate vorgenommenen Zusammenstellungen der vergebenen Dienstleistungsaufträge, daß das Quotenziel verfehlt wird, so wird darauf geachtet, daß bei der Auswahl aus dem Kreis der Interessenten, die alle die Kriterien der Qualifikation, der Erfahrung, Unabhängigkeit und Verfügbarkeit erfüllen müssen (siehe Anlage 9 zur Klageschrift), Unternehmen aus Ländern bevorzugt werden, die ihre Quote noch nicht erreicht haben und umgekehrt zurückhaltend verfahren wird bei Unternehmen aus Ländern, die ihre Quoten schon überschritten haben (Note vom November 1985, Anlage 2 zur Klageschrift). In der Sitzung der Arbeitsgruppe vom 18. Dezember 1985 sprach der Vertreter der Kommission sogar davon, daß Firmen aus Mitgliedstaaten, die ihre jährliche Quote überschritten haben, *ausgeschlossen* werden (Anhang 4 zur Klageschrift, S. 3), und in der bereits erwähnten Note vom 21. Februar 1986 ist davon die Rede, *absolute Priorität* Büros aus den Ländern einzuräumen, die ein beträchtliches Defizit aufweisen. Einer gleichfalls mit den Antworten der Kommission auf die Fragen des Gerichtshofes vorgelegten Note vom 17. September 1984 ist außerdem zu entnehmen, daß bei kleineren Beträgen nur *ein* Büro auf die Liste zu setzen sei „sans tenir compte des pourcentages d'orientation par nationalité", wogegen es zu allen anderen Fällen heißt, Büros seien auszuwählen „de préférénce en suivant instruction en cours sur respect pourcentages d'orientation par nationalité".

31. Wenn die Kommission im übrigen betont hat (und dem entsprechen Erklärungen in Anlage 9 zur Klageschrift), das Quotenregime werde flexibel gehandhabt, Abweichungen würden etwa vorgenommen bei zusammenhängenden Verträgen, aus Gründen historischer Bindungen, aus Kostengründen oder wenn ein Unternehmen sich als besonders kompetent erweist (dazu wurde im Verfahren ein konkretes Beispiel angeführt), so kann man wohl sagen, daß dies bestätigt wird durch vorgelegte Statistiken und namentlich die von November 1985, in der Verträge, die nach dem Quotenregime behandelt worden sind, besonders erfaßt wurden (Anlage 2 zur Klageschrift). Tatsächlich ist hier zu erkennen, daß es keine *sehr enge* Anlehnung an die Quoten gibt (wie der Kläger behauptet), sondern daß teilweise von beträchtlichen Abweichungen zu sprechen ist (nämlich von Quotenüberschreitungen in der Größenordnung von 20 bis über 30 % sowie Unterschreitungen zwischen 15 und 50 %). Insgesamt bleibt aber doch der Eindruck (insbesondere nach den angeführten Dokumenten), daß die nationalen Quoten bei der Vorbereitung der Dienstleistungsverträge nicht nur marginale Bedeutung haben, sondern ein beträchtliches Gewicht.

32. 2. In erster Linie kritisiert der Kläger dieses Quotensystem, wie Sie wissen, mit der Begründung, es sei *nicht in Einklang mit dem zweiten und dritten Lomé-Abkommen.* Nirgends in den Abkommen sei für die Vorbereitung von Dienstleistungsverträgen ein derartiges Kriterium vorgesehen, und es sei auch nicht in irgendeiner Weise aus den Abkommen ableitbar. Zutreffenderweise müsse vielmehr angenommen werden, daß die für die Erstellung begrenzter Listen wichtigen Auswahlkriterien erschöpfend in Artikel 25 von Anhang XIV zu Lomé II und in Artikel 211 von Lomé III aufgeführt sind, so daß kein Platz bleibe für zusätzliche Kriterien der jetzt interessierenden Art. Namentlich sei die Erkenntnis von Bedeutung, daß für die Abkommen — wie sich einigen Bestimmungen entnehmen lasse und wofür das allgemeine System spreche — der Grundsatz der Gleichbehandlung kennzeichnend sei und daß davon zugelassene Abweichungen ausdrücklich benannt seien. Nicht zuletzt müsse auch anerkannt werden, daß die Beachtung nationaler Quoten nicht in Einklang sei mit dem wesentlichen Ziel der Abkommen, die effizienteste Hilfe zu gewähren, könnten sie doch leicht dazu führen, daß aus dem Kreis der die Voraussetzungen von Artikel 25 des Anhangs XIV zu Lomé II und von Artikel 211 von Lomé III erfüllenden Unternehmen gerade diejenigen wegen ihrer Nationalität ausgeschieden würden, von denen — bei genauerer Prüfung — die wirksamste Hilfe zu erwarten ist.

33. Die Kommission (und auch die sie unterstützende italienische Regierung) hat demgegenüber im wesentlichen den Standpunkt vertreten, es sei nicht angebracht, für Dienstleistungsverträge auf die allgemeinen Bestimmungen der Abkommen zurückzugreifen, die das Vereinigte Königreich vor allem im Auge habe. In den Artikeln 25 des Anhangs XIV zu Lomé II und Artikel 211 von Lomé III seien in Wahrheit leges speciales für Dienstleistungsverträge zu erblikken, die wegen ihrer besonderen Natur nicht nach dem allgemeinen Regime behandelt werden könnten. Diesen Bestimmungen aber sei nur das Erfordernis zu entnehmen, bei der ersten Auswahl der in Betracht kommenden Berater auf das Vorliegen der dort aufgeführten Voraussetzungen zu achten, und es sei davon auszugehen, daß die danach vorzunehmende Verkleinerung des Kreises für die Zwecke der Erstellung begrenzter Listen im Ermessen der Kommission liege. Mit Sicherheit sei es jedenfalls nicht möglich, zu begrenzten Listen allein anhand der ausdrücklich aufgeführten Kriterien zu gelangen, und wenn die Kommission im Rahmen des ihr zweifellos verbleibenden Ermessensraumes auch auf die Nationalität der Bewerber achte, so müsse anerkannt werden, daß dies dem Ziel diene, eine befriedigende Gestaltung der Beziehungen zwischen allen Mitgliedstaaten und den AKP-Staaten zu erreichen.

34. Bei der Würdigung dieser sicher nicht einfachen Auseinandersetzung verblieb für mich letztlich der Eindruck — den ich Ihnen gleich mitteile —, daß die gewichtigeren Argumente von den beiden am Verfahren beteiligten Königreichen vorgetragen worden sind.

35. a) Ohne weiteres läßt sich sagen, daß *prägender Grundsatz* des Titels VII von Lomé II und des Titels III von Lomé III über die finanzielle und technische Zusammenarbeit derjenige der *Gleichbehandlung* daran beteiligter Unternehmen oder — wenn man so will — des Ausschlusses von Diskriminierungen ist.

36. Dazu kann verwiesen werden auf

— Artikel 108 Absatz 4 von Lomé II (ihm entspricht Artikel 192 Absatz 3 Buchstabe d von Lomé III), wonach die AKP-Staaten und die *Gemeinschaft* ge-

meinsam verantwortlich sind für geeignete Durchführungsmaßnahmen zur *Gewährleistung gleicher Bedingungen* für die Teilnahme an Ausschreibungen und Aufträgen;

— Artikel 121 Absatz 2 von Lomé II (ihm entspricht Artikel 226 Absatz 2 von Lomé III), wonach der Hauptanweisungsbefugte (dies ist der Leiter der Generaldirektion, von dem die angegriffenen Instruktionen stammen) dafür sorgt, daß für die Teilnahme an den Ausschreibungen gleiche Bedingungen für alle bestehen und daß Diskriminierungen beseitigt werden;

— Artikel 125 von Lomé II (ihm entspricht Artikel 232 von Lomé III), wonach bei Maßnahmen, die von der Gemeinschaft finanziert werden, die Beteiligung an Ausschreibungen und Aufträgen allen natürlichen Personen und allen Gesellschaften, die in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen, sowie allen natürlichen Personen und allen Gesellschaften der AKP-Staaten zu gleichen Bedingungen offensteht; sowie auf

— Artikel 126 von Lomé II (ihm entspricht Artikel 233 von Lomé III), wo vorgeschrieben ist, daß die AKP-Staaten und die Kommission geeignete Maßnahmen treffen, um unter gleichen Bedingungen eine möglichst umfassende Beteiligung an den Ausschreibungen und Aufträgen für Bauarbeiten und Lieferungen zu gewährleisten, und daß diskriminierende Praktiken ausgeschlossen werden.

37. Nur unwesentlich relativiert wird das Gewicht des derart zum Ausdruck kommenden Grundsatzes meines Erachtens durch die Erkenntnis, daß die an letzter Stelle genannten Bestimmungen sich allein auf Aufträge für Bauarbeiten und Lieferungen beziehen (die im gegenwärtigen Verfahren keine Rolle spielen, die aber immerhin — wie wir gehört haben — rund 80 % der Leistungen aus dem Entwicklungsfonds ausmachen) und daß in Artikel 121 von Lomé II (beziehungsweise in Artikel 226 von Lomé III) von Ausschreibungen schlechthin gesprochen wird, während es in den jetzt vor allem interessierenden Artikeln 25 von Anhang XIV zu Lomé II und 211 von Lomé III nur um beschränkte Ausschreibungen geht, denn diese Vorschrift schließt ja die Anwendung des Kriteriums der Nichtdiskriminierung keinesfalls aus. Allgemeine Geltung läßt sich jedenfalls den Artikeln 108 und 125 von Lomé II (beziehungsweise 192 und 232 von Lomé III) nicht absprechen, und es kann namentlich keine Rede davon sein, Zweck von Artikel 125 (beziehungsweise von 232) sei es allein, einen geographischen Rahmen für die Teilnahmeberechtigten abzustecken und auf das Erfordernis der Gleichbehandlung zwischen Gemeinschaftsunternehmen und solchen der AKP-Staaten hinzuweisen.

38. b) Keiner langen Erklärungen bedarf es ferner dazu, daß die maßgebliche Berücksichtigung der *Nationalität* der in Betracht kommenden Unternehmen, wie sie das Quotensystem mit sich bringt, eine *Ungleichbehandlung* im Sinne der angeführten Vorschriften bedeutet. Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts ist offenkundig, daß der Sitz eines Unternehmens im Rahmen der Entwicklungshilfe ein unsachliches Kriterium darstellt und daß als zulässige sachliche Kriterien in erster Linie solche in Betracht kommen, die die beteiligten Unternehmen in ihrer Tätigkeit kennzeichnen. Außerdem konnte hierzu darauf hingewiesen werden, daß ja nach der Praxis der Kommission immer wieder wegen Erreichung der nationalen Quoten an sich auszuschließende Unternehmen doch berücksichtigt werden, wenn sie über ganz besondere Qualifikationen verfügen. Dies bedeutet tatsächlich nichts anderes, als daß solche Un-

ternehmen höheren Anforderungen zu genügen haben (sie müssen „besser" sein), daß sie also wegen des Kriteriums der Nationalität, das für sie einen strengeren Maßstab bedingt, ungleich behandelt werden.

39. c) Weiter ist dem Kläger darin zuzustimmen, daß *Abweichungen* von dem aufgezeigten Grundsatz nur angenommen werden können, wenn sie sich klar aus dem Text oder aus dem System des Abkommens herleiten lassen, eben weil es sich um einen Text handelt, der auch von der Gemeinschaft als solcher angenommen wurde und in dem der Kommission, also einem Gemeinschaftsorgan, wichtige Verwaltungsbefugnisse anvertraut worden sind. Hätten die gleichfalls beteiligten Mitgliedstaaten — so läßt sich sagen — tatsächlich Wert auf die Berücksichtigung der Nationalität von in Betracht kommenden Unternehmen gelegt, so hätten sie auf den aus ihrer Sicht wichtigen Faktor, der für die Gemeinschaft als solche keine Rolle spielen kann, sicher ausdrücklich abgestellt. Insofern ist zweifellos von gewissem Interesse — und deshalb ist auch darauf hingewiesen worden —, daß man es im Dienstrecht der Gemeinschaften ausdrücklich für erforderlich gehalten hat, auf die Möglichkeit der Berücksichtigung der Staatsangehörigkeit (die an sich gemäß Artikel 7 des Personalstatuts gleichsam als ein Fremdkörper zu gelten hat) Bezug zu nehmen, nämlich in Artikel 27, wo davon gesprochen wird, die Beamten seien unter den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Gemeinschaften auf möglichst breiter geographischer Grundlage auszuwählen. Von Interesse ist hier außerdem, daß insofern nach der Rechtsprechung strenge Anforderungen gelten, wurde doch immer wieder betont, nur bei Feststellung *gleichwertiger* Qualifikationen könne die Staatsangehörigkeit letztlich zur Wahrung des geographischen Gleichgewichts den Ausschlag geben [21].

40. Was die Lomé-Texte anbelangt, so ist jedoch offensichtlich, daß in ihnen keine Bestimmung das von der Kommission gewählte Vorgehen nach Maßgabe der Staatsangehörigkeit vorsieht. Besondere Bestimmungen, die ein Abweichen vom Gleichbehandlungsgebot vorsehen, gibt es vielmehr nur zugunsten der AKP-Staaten, wie etwa in Artikel 130 und 140 von Lomé II und in Artikel 209 und 236 von Lomé III. Auch kann hier sicherlich nicht mit dem Gedanken gearbeitet und so versucht werden, nationale Quoten unter Berufung auf den Geist der Abkommen zu rechtfertigen, ihr Anliegen sei es, möglichst gleich intensive Beziehungen zwischen allen Mitgliedstaaten und allen AKP-Staaten herzustellen. Denn wenn dies offensichtlich bei Bau- und Lieferverträgen, die den weitaus größten Anteil an der Entwicklungshilfe ausmachen, keine Bedeutung hat, ist nicht recht einzusehen, warum diese Idee bei Dienstleistungsverträgen beherrschendes Gewicht haben sollte.

41. Dem kann man auch nicht entgegenhalten, daß die Beratungsverträge ein weit über ihren wertmäßigen Anteil hinausgehendes Gewicht hätten, seien sie doch oft Schrittmacher für spätere Lieferungs- oder Bauaufträge.

42. Gerade wenn dies richtig ist, hätte sich ein offener Hinweis auf einen Nationalitätenproporz vielleicht rechtfertigen lassen,

21 — Urteil vom 4. März 1964 in der Rechtssache 15/63, Claude Lassalle/Europäisches Parlament, Slg. 1964, 61, Urteil vom 6. Mai 1969 in der Rechtssache 17/68, Andreas Reinarz/Kommission, Slg. 1969, 61, Urteil vom 21. April 1983 in der Rechtssache 282/81, Ragusa/Kommission, Slg. 1983, 1245, und Urteil vom 30. Juni 1983 in der Rechtssache 85/82, Schloh/Rat, Slg. 1983, 2105.

wenn dies der erklärte Wille der Mitgliedstaaten gewesen wäre. Aber es läßt sich so nicht rechtfertigen, daß dieses der Grundtendenz der übrigen Vorschriften des Abkommens zuwiderlaufende Kriterium im Wege der Auslegung in eine Vorschrift hineininterpretiert wird, die objektive Qualitätskriterien vorschreibt.

43. d) Wenn andererseits der Kommission einzuräumen ist, daß die Vorschriften der Artikel 25 von Anhang XIV zu Lomé II und Artikel 211 von Lomé III in gewisser Weise leges speciales für Dienstleistungsverträge darstellen (weil sie Leistungen besonderer Natur betreffen, bei denen ein objektiver Qualitätsvergleich von der Art allgemeiner Ausschreibungen auf große Schwierigkeiten stößt und bei denen auch aus Kostengründen — häufig sind kleinere Summen im Spiel — auf eine Beschränkung des Kreises der Bewerber geachtet werden muß), so bedeutet dies doch nicht zwingend, daß hier die Nationalität der Bewerber zu einem bestimmenden Element gemacht werden könnte. Mir erscheint es nicht überzeugend, die beiden genannten Bestimmungen so auszulegen, daß in einer *ersten Phase* Bewerber auszuwählen sind, die den angeführten Kriterien entsprechen, und danach aus diesem Kreis eine begrenzte Liste nach freiem Ermessen zusammengestellt werden könnte (bei dem auch nationale Quoten eine Rolle spielen dürften). Müßte es an sich schon ungewöhnlich anmuten, in einem so detailliert geregelten Bereich (ich erinnere vor allem an die Artikel 211 und 209 von Lomé III) einen derart weiten Ermessensraum für die entscheidende Auswahl vorzusehen, so läßt sich außerdem sagen, daß nach dem Wortlaut der erwähnten Vorschriften ebensogut die Auslegung vertretbar erscheint, es seien auch für die Erstellung der begrenzten Liste in erster Linie die ausdrücklich angeführten Kriterien maßgeblich (sowie — in Artikel 25 von Anhang XIV zu Lomé II — zusätzlich wohl der Preis, weil es für ein konkretes Projekt möglicherweise nicht auf den höchstqualifizierten und damit teuersten Bewerber ankommt, sondern auf eine möglichst kostengünstige Leistung). Nicht einleuchtend ist jedenfalls, daß es für die Kommission praktisch unmöglich sei, einen engeren Kreis in erster Linie anhand der in den genannten Vorschriften angeführten Kriterien zu bilden, wurde doch von der Kommission selbst im Verfahren erklärt — und dies im Hinblick auf eine im Bericht des Rechnungshofes enthaltene entsprechende Kritik —, die Methode der Bewertung der in Betracht kommenden Unternehmen sei inzwischen verbessert worden und es seien insofern insbesondere im Computer gespeicherte regelmäßige Berichte über bereits geleistete Dienste von Wert.

44. Will man aber bezüglich der Erstellung der begrenzten Listen das Vorhandensein eines gewissen Ermessensraumes anerkennen (wogegen schwerlich etwas spricht), so bleibt doch sicher die Erkenntnis, daß in seinem Rahmen nationale Quoten eine *beherrschende* Rolle schon deswegen nicht spielen können, weil so ein die Entwicklungshilfe charakterisierender Grundsatz — Sicherung der *wirksamsten* Hilfe — in Gefahr kommen könnte, wie er sich einer Reihe vom Kläger angeführter Vorschriften der beiden jetzt interessierenden Abkommen entnehmen läßt. In der Tat ist ohne weiteres vorstellbar, daß sich in einem konkreten Fall gerade unter den wegen ihrer Staatsangehörigkeit ausgeschlossenen Bewerbern bei näherem Zusehen diejenigen finden, die — was die Kommission offenbar im Regelfalle nicht zu ermitteln bemüht ist — die nützlichsten technischen Dienste leisten könnten. Allenfalls mag das Merkmal der Staatsangehörigkeit im Rahmen eines anzunehmenden Ermessensraumes also eine ganz untergeordnete Rolle spielen (vergleichbar derjenigen im Dienstrecht, d. h., wenn die sachliche Gleichwertigkeit der Bewerber erwiesen ist), und man kann ihm insofern sogar eine gewisse Nützlichkeit zuerkennen, als es

dazu beiträgt, eine krasse Einseitigkeit in der Entwicklung der Beziehungen zwischen einem Mitgliedstaat und einigen AKP-Staaten zu vermeiden, die dem Geist der Abkommen sicher nicht entspricht.

45. e) Offensichtlich ist für mich schließlich auch, daß der Hinweis der Kommission auf die *Praxis anderer in der Entwicklungshilfe tätiger Einrichtungen* (Weltbank, Amerikanische Entwicklungsbank, Afrikanische Entwicklungsbank, UN-Programm für Entwicklung) nichts Zwingendes vermag.

46. Nach dem, was dazu ausgeführt wurde, muß man den Eindruck haben, daß hier nicht nationale Quoten im Sinne der Praxis der Kommission eine Rolle spielen, sondern allein das Bestreben, für eine möglichst breite geographische Verteilung von Dienstleistungsverträgen zu sorgen. Außerdem wäre dazu zu sagen, daß sich Praktiken rein internationaler Organisationen natürlich nicht ohne weiteres übertragen lassen auf die qualitativ ganz anders geartete Zusammenarbeit im Rahmen der jetzt interessierenden Abkommen, an denen die Gemeinschaft als solche beteiligt ist (was eine ganz spezifische Berücksichtigung der Belange ihrer Marktbürger nahelegt) und denen sich überdies eindeutige materiellrechtliche Grundsätze bezüglich der Behandlung von Bewerbern für Dienstleistungsverträge entnehmen lassen.

47. f) In bezug auf den ersten Klagegrund ist also anzuerkennen, daß das Quotensystem, zu dessen vollständiger Wiederanwendung im März 1986 von der dafür verantwortlichen Dienststelle der Kommission ein Beschluß gefaßt worden ist, nach seiner Ausgestaltung, wie sie uns im Verfahren geschildert worden ist, als mit dem Lomé-II- und Lomé-III-Abkommen unvereinbar anzusehen ist und daß somit dem Annullierungsantrag stattgegeben werden muß.

48. Dies sollte freilich — wie vom Kläger selbst angeregt und wie nach Artikel 174 EWG-Vertrag möglich — mit der Einschränkung geschehen, daß davon aus Gründen der Rechtssicherheit bereits abgeschlossene Verträge nicht berührt werden.

49. *3.* Danach erübrigt es sich eigentlich, noch auf die *zwei anderen vorgebrachten Klagegründe* einzugehen, nämlich auf die angebliche Mißachtung von *Artikel 7 EWG-Vertrag* (dem zufolge in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist) und auf die angebliche Verletzung des in *Artikel 3 Buchstabe f* EWG-Vertrag definierten Zieles (Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt). Im Interesse einer gewissen Vollständigkeit der Untersuchung will ich dazu aber doch wenigstens einige kurze Anmerkungen machen.

a) *Zu Artikel 7 EWG-Vertrag*

50. Dazu hat der Kläger ausgeführt, von der Gemeinschaft abgeschlossene Abkommen — um solche handele es sich bei Lomé II und III — müßten, wie sich dem Artikel 228 EWG-Vertrag entnehmen lasse, mit dem Vertrag vereinbar sein. Er meinte auch, Akte der Kommission, die im Rahmen solcher Abkommen erlassen werden, gehörten zum Anwendungsbereich des Vertrages; es gelte also für sie das Verbot des Artikels 7, und es sei danach ausgeschlossen, bei ihrer Ausgestaltung dem Sitz eines Unternehmens maßgebliche Bedeutung zuzumessen.

51. Ohne weiteres wird man einräumen müssen, daß dies zunächst ganz überzeugend klingt. Jedenfalls läßt sich demgegenüber schwerlich geltend machen, das jetzt interessierende Quotensystem nehme Rücksicht auf die unterschiedliche Lage der Mitgliedsländer, wie sie sich aus den unterschiedlichen Finanzbeiträgen zum Entwicklungsfonds (aus dem die Dienstleistungsverträge finanziert werden) ergebe, und es sei aus dieser Sicht als sachlich gerechtfertigt anzusprechen. Dafür kann sicher nichts aus dem von der Kommission angeführten Gutachten 1/78 [22] gewonnen werden. Denn wenn hier zu der — damals noch nicht festgelegten — Möglichkeit einer Finanzierung zu Lasten der Mitgliedstaaten ausgeführt wurde, die Mitgliedstaaten seien an dem für den Ausgleichsmechanismus wichtigen Entscheidungsprozeß zu beteiligen, so war dies offensichtlich nur von Bedeutung im Hinblick auf die Frage, ob die Gemeinschaft als für den Abschluß des Abkommens ausschließlich zuständig anzusehen sei; nicht dagegen läßt sich hieraus der Grundsatz ableiten, ein bestimmter Finanzierungsmodus erlaube Abweichungen von tragenden Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts.

52. Außerdem konnte in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, daß im Grunde auch die finanziellen Beiträge der Mitgliedstaaten zu der Gemeinschaft recht unterschiedlich ausgestaltet sind und daß gleichwohl die Gemeinschaft von dem Grundsatz des Artikels 7 beherrscht wird.

53. Mit Recht jedoch wurde die Frage aufgeworfen, ob tatsächlich gesagt werden kann, daß Akte der Kommission bei der Vorbereitung von Dienstleistungsverträgen im Rahmen der technischen Zusammenarbeit mit den AKP-Staaten in vollem Umfang in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen und deshalb in vollem Umfang dem Verbot des Artikels 7 unterworfen sind. In der Tat kommt man ja nicht an der Erkenntnis vorbei, daß wir es mit gemischten, auch von den Mitgliedstaaten unterzeichneten Abkommen zu tun haben, und wenn in ihnen der Kommission Befugnisse übertragen werden, so bedeutet das nicht notwendig, daß sie ausschließlich im Namen der Gemeinschaft wahrzunehmen sind, zeigt sich doch (etwa anhand von Artikel 11 des Internen Finanzierungsabkommens von 1979), daß die Kommission verwaltend auch für die Gesamtheit der Vertragsparteien tätig wird.

54. Eindrucksvoll ist außerdem, was der von der Kommission angeführten Rechtsprechung an Einsichten zu entnehmen ist zur nicht vollständigen Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und zu zulässigen Abweichungen von ihm. Ich denke dabei zunächst an zwei die Handelspolitik betreffende Urteile. So wurde im Urteil in der Rechtssache 41/76 [23] eine Einschränkung des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs in bezug auf Drittlandwaren, die in einem Mitgliedsland in den freien Verkehr gelangt sind, gemäß Artikel 115 EWG-Vertrag und im Hinblick darauf für zulässig erklärt, daß eine gemeinsame Handelspolitik noch nicht vollständig verwirklicht sei. Entsprechend wurde geurteilt in der Rechtssache 242/84 [24] (es ging hier um eine gemeinsame Einfuhrregelung mit Höchstmengen, die nach dem Versorgungsbedarf auf die Mitgliedsländer aufgeteilt wurden). Auch hier wurden wegen noch nicht vollständig verwirklichter gemeinsamer Handelspolitik beschränkende Maßnahmen für Waren, die sich in einem Mitgliedstaat in freiem Verkehr befanden, für gerechtfertigt erklärt. Ich denke auch an das Urteil der Rechtssache 153/73 [25], das im Bereich der Gemeinsamen

22 — Gutachten des Gerichtshofes vom 4. Oktober 1979 in der Rechtssache 1/78, erstattet aufgrund von Artikel 228 Absatz 1 Unterabsatz 2 EWG-Vertrag betreffend das Kautschuk-Abkommen, Slg. 1979, 2871.

23 — Urteil vom 15. Dezember 1976 in der Rechtssache 41/76, Donckerwolcke/Procureur de la République u. a., Slg. 1976, 1921.

24 — Urteil vom 5. März 1986 in der Rechtssache 242/84, Tezi BV/Minister van Economische Zaken, Slg. 1986, 935.

25 — Urteil vom 21. Februar 1974 in der Rechtssache 153/73, Holtz & Willemsen GmbH/Rat, Slg. 1974, 675.

Agrarpolitik (für die nach Artikel 40 EWG-Vertrag ein besonderes Diskriminierungsverbot gilt) eine besondere Maßnahme für einen Mitgliedstaat (Beihilfe für in Italien verarbeiteten Raps) mit der Begründung gerechtfertigt hat, die seinerzeit bestehende gemeinsame Marktordnung sei den Zielen des Artikels 39 noch nicht voll gerecht geworden und habe Lücken aufgewiesen. Wenn angesichts dieser Rechtsprechung und im Hinblick darauf, daß auch die Entwicklungshilfepolitik noch nicht vollständig vergemeinschaftet ist, die Ansicht vertreten wird, in diesem Bereich könne das Diskriminierungsverbot des Artikels 7 noch nicht in seiner ganzen Strenge Anwendung finden, so muß man wohl einräumen, daß dies durchaus einiges für sich hat.

55. Jedenfalls läßt sich demgegenüber nicht entscheidend mit dem Gedanken arbeiten, im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik sehe der Artikel 115 des Vertrages ausdrücklich Abweichungen vor. Eine solche ausdrückliche Regelung fehlt auch im Agrarbereich (was eine Abweichung von Artikel 40 nicht ausgeschlossen hat), und was die jetzt interessierenden Abkommen anbelangt, so muß wohl davon ausgegangen werden, daß sie für die Vorbereitung von Dienstleistungsverträgen der Kommission einen gewissen Ermessensraum zugestehen.

56. Ebensowenig läßt sich gegen den Gedankengang der Kommission etwas aus dem Urteil der Rechtssache 126/82 [26] gewinnen. Denn wenn sich hier bestimmte (im Ergebnis negative) Ausführungen zu Artikel 7 EWG-Vertrag finden, so kann daraus nicht einfach geschlossen werden, daß der Gerichtshof — obgleich die gemeinsame Verkehrspolitik noch lückenhaft war — von der vollständigen Anwendung des Diskriminierungsverbotes in diesem Bereich ausging.

57. Man muß es also — darauf beschränke ich mich jetzt, ohne weitere Vertiefung der Problematik — zumindest als außerordentlich fraglich bezeichnen, ob Kritik an dem von der Kommission praktizierten Quotensystem auch unter Berufung auf Artikel 7 EWG-Vertrag geübt werden kann.

b) *Zu Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag*

58. Soweit der Kläger zum anderen darauf verweist, die Kommission sei gehalten, bei der Ausübung ihrer in den Abkommen vorgesehenen Befugnisse das Ziel des *Artikels 3 Buchstabe f* EWG-Vertrag zu beachten, und soweit er meint, dies gelinge nicht bei der Berücksichtigung nationaler Quoten, die unter Umständen dazu führen, daß ein Unternehmen nur aus Gründen der Staatsangehörigkeit auf die begrenzte Liste gelangt, so habe ich gleichfalls Zweifel, ob dieses Argument (Verfälschung der Wettbewerbsverhältnisse) tatsächlich einen Annullierungsgrund abgibt.

59. Ganz sicher hat in diesem Zusammenhang nach meiner Auffassung der Umstand außer Betracht zu bleiben, daß es überhaupt zu einer *Begrenzung des Kreises* der für Dienstleistungsverträge in Frage kommenden Personen kommt und so jeweils der Wettbewerb auf wenige Interessierte beschränkt bleibt. Dies ist in den Abkommen ausdrücklich so vorgesehen, und man kann auch sagen, daß dies im Interesse einer sinnvollen Entwicklungshilfe liegt (weil so nur ernsthaft interessierte Unternehmen benannt werden für Leistungen, die sich ihrer Natur nach ohnehin schwer für allgemeine Aus-

26 — Urteil vom 25. Januar 1983 in der Rechtssache 126/82, D. J. Smit Transport BV/Commissie Grensoverschrijdend Beroepsgoederenvervoer, Slg. 1983, 73.

schreibungen eignen, und weil so auch die Kosten niedriger gehalten werden können als bei umfassenden Ausschreibungen, an denen sich immer wieder eine Vielzahl von Bewerbern zu beteiligen hätten). Desgleichen ist wohl die Tatsache nicht weiter von Interesse, daß gelegentlich nur *ein* Bewerber auf die begrenzte Liste gesetzt wird, denn aus einer Note vom 17. September 1984 (Anhang II zu den Antworten auf die Fragen des Gerichtshofes) ergibt sich, daß dies nur bei Dienstverträgen von geringer Bedeutung geschieht und daß hierbei auch die nationalen Quoten keine Rolle spielen.

60. Wenn man andererseits im vorliegenden Zusammenhang die Ansicht wohl nicht gelten lassen kann, das Ziel des Artikels 3 Buchstabe k habe Vorrang vor demjenigen des Buchstaben f (insofern nämlich, als es darum gehe, mit Hilfe der nationalen Quoten für eine möglichst gleichgewichtige Entwicklung der Beziehungen der Mitgliedstaaten zu den AKP-Staaten zu sorgen — das Notwendige dazu habe ich vorhin schon ausgeführt), so muß aber wohl doch als zweifelhaft bezeichnet werden, daß der geschilderte Auswahlmodus — nach dem gelegentlich Bewerber, die es sachlich verdient hätten, nicht auf die Liste kommen und andere lediglich wegen ihrer Nationalität berücksichtigt werden — tatsächlich Rückwirkungen auf die Lage in der *Gemeinschaft* (es handelt sich ja um außerhalb zu erbringende Dienstleistungen) derart hat, daß in der Gemeinschaft von — nach Maßgabe der konkretisierenden Wettbewerbsvorschriften — relevanten Wettbewerbsveränderungen gesprochen werden muß. Immerhin wird man davon ausgehen können, daß das Phänomen der Begünstigung von an sich nicht teilnahmewürdigen Unternehmen nicht die durchgängige Regel darstellt. Andererseits ist nicht dargetan worden, daß die Nichtberücksichtigung an sich teilnahmewürdiger Unternehmer aus Gründen der Nationalität geeignet ist, ihre Wettbewerbsposition *innerhalb des Gemeinsamen Marktes* zu beeinträchtigen, wie auch anzunehmen ist, daß für die meisten der in Betracht kommenden Unternehmen Dienstleistungsverträge mit AKP-Staaten nur einen Bruchteil ihrer Geschäftstätigkeit ausmachen. Danach ist kaum zu sehen, daß von der kritisierten Quotenregelung der zwischenstaatliche Dienstleistungswettbewerb in der Gemeinschaft spürbar betroffen wird.

61. Im übrigen muß sich der Kläger sagen lassen, daß die Rechtsprechung, auf die er sich im gegenwärtigen Zusammenhang berufen hat, wohl schwerlich etwas Entscheidendes für ihn ergibt. Dies trifft zu für das Urteil in den verbundenen Rechtssachen 6 und 7/73[27], in denen es um das Problem ging, daß ein Unternehmen in beherrschender Position einen Wettbewerber auszuschalten versuchte und deshalb die Frage nach den Auswirkungen eines Verhaltens auf die Wettbewerbsstruktur im Gemeinsamen Markt aufkam. Dies gilt auch für das Urteil in der Rechtssache 249/85[28]. Wenn in ihm davon gesprochen wird, die Gemeinschaftsorgane hätten den Anforderungen an die Lauterkeit des Handelsverkehrs Rechnung zu tragen, so ist für mich nicht recht zu sehen, wie dieser Grundsatz durch die Quotenregelung ernsthaft tangiert sein könnte.

62. Daß der Artikel 3 Buchstabe f EWG-Vertrag einen weiteren Annullierungsgrund liefern könnte, ist also wohl gleichfalls nicht anzunehmen.

27 — Urteil vom 6. März 1974 in den verbundenen Rechtssachen 6 und 7/73, Istituto Chemioterapico SpA u. a./Kommission, Slg. 1974, 223.

28 — Urteil vom 21. Mai 1987 in der Rechtssache 249/85, Albako Margarinefabrik Maria von der Linde GmbH & Co., KG, Berlin/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, Frankfurt, Slg. 1987, 2345.

C — Schlußantrag

Ich fasse zusammen:

63. Nach meiner Auffassung ist die vom Vereinigten Königreich eingereichte Klage als zulässig anzusehen, und sie erscheint mir auch begründet: Es muß folglich der Beschluß vom März 1986 über die Wiedereinführung des vollständigen Quotensystems bei der Vorbereitung von Dienstleistungsverträgen nach den Abkommen Lomé II und Lomé III für nichtig erklärt werden, wobei freilich die Einschränkung gilt, daß davon bereits abgeschlossene Verträge unberührt bleiben.

64. Bei diesem Verfahrensausgang sind der beklagten Kommission diejenigen Kosten aufzuerlegen, die dem Kläger und seinem Streithelfer durch das Verfahren entstanden sind; der die Kommission unterstützende Streithelfer sollte lediglich seine eigenen Kosten tragen.