SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIR GORDON SLYNN VOM 30. SEPTEMBER 1981 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Mit Schreiben vom 19. Dezember 1980 teilte der Generaldirektor für Wettbewerb der Kommission der International Business Machines Corporation, Armonk, New York, („IBM") mit, daß die Kommission am 10. Dezember 1980 gegen sie ein Verfahren aufgrund von Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (ABl. 1962, S. 204) eingeleitet habe. Das Schreiben enthielt die Mitteilung, daß die Kommission nach Prüfung der aus ihren eigenen Untersuchungen gewonnenen Informationen und der von fünf Unternehmen, darunter der Memorex S.A. („Memorex"), erhobenen Beschwerden aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnisse zu der Feststellung gekommen sei, daß IBM hinsichtlich bestimmter innerhalb des Gemeinsamen Marktes oder eines wesentlichen Teils desselben vertriebener Erzeugnisse eine beherrschende Stellung einnehme und daß bestimmte Verhaltensweisen von IBM eine mißbräuchliche Ausnutzung dieser beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag darstellten. Die Kommission erwäge daher den Erlaß einer Entscheidung, daß Zuwiderhandlungen gegen Artikel 86 vorlägen und abgestellt werden müßten. Es werde auch erwogen, IBM wegen der festgestellten Zuwiderhandlungen mit einer Geldbuße und Zwangsgeldern zu belegen. In dem Schreiben heißt es weiter:

„Vor Erlaß einer Entscheidung möchte die Kommission Ihre etwaige Stellungnahme berücksichtigen. Sie fordert Sie daher gemäß Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17/62 des Rates und den Vorschriften der Verordnung Nr. 99/63 des Rates (ABl. 1963, S. 2268) auf, zu den in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten schriftlich und mündlich Stellung zu nehmen."

Die Kommission setzte IBM für die Stellungnahme eine Frist bis zum 30. April 1981. Dem Schreiben war eine Mitteilung der Beschwerdepunkte beigefügt, wie sie in Artikel 2 der Verordnung Nr. 99/63 beschrieben ist. Diese hat mitsamt den Anlagen einen Umfang von 1150 Seiten.

An dieser Stelle brauche ich auf den Inhalt der Beschwerdepunkte der Kommission nicht im einzelnen einzugehen. Es mag ausreichen, zusammenfassend festzustellen, daß IBM ein bedeutender Hersteller elektronischer Datenverarbeitungsanlagen einschließlich Zentraleinheiten für Computer und zugehöriger Software ist und daß die Kommission IBM ein Verhalten vorwirft, das in vierfacher Hinsicht eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen soll. Die beiden ersten Mißbrauchstatbestände sollen sich aus der angeblich von IBM verfolgten Absatzpolitik ergeben, zusammen mit bestimmten Computersystemen sogenannte „Systems Control Programming"-Software bzw. eine bestimmte Hauptspeicherkapazität zu liefern, was nach Ansicht der Kommission zur Folge hat, daß Wettbewerber von einem bedeutenden Teil des Marktes für mit IBM-Gerä-

1 — Aus dem Englischen übersetzt.

ten kompatible Software bzw. Hauptspeicher ausgeschlossen werden. Der dritte Mißbrauchstatbestand soll sich aus der von IBM verfolgten Politik ergeben, den Wettbewerbern Änderungen in bezug auf die Schnittstellen, die die Computersysteme der IBM-Modellreihe aufweisen, nicht vor Auslieferung bekanntzugeben und dadurch die Chance der Hersteller von mit IBM-Anlagen kompatiblen Geräten zu beeinträchtigen. Eine vierte Mißbrauchshandlung soll darin bestehen, daß IBM den Benutzern von mit IBM-Systemen kompatiblen, aber von anderen Herstellern stammenden Zentraleinheiten die unter der Bezeichnung „Installation Productivity Option" bekannten Leistungen vorenthält.

Nach Erhalt dieses Schreibens und der Mitteilung der Beschwerdepunkte ersuchte IBM um nähere Angaben über die Handlungen, mit denen die Ermächtigung zur Einleitung des Verfahrens und zur Versendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte erteilt worden sei. Die Vertreter von IBM haben später erklärt, sie hätten diese Information unter anderem dazu benötigt, um herauszufinden, inwieweit bei der Vornahme dieser Handlungen die Verpflichtung der Kommission berücksichtigt worden sei, in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht zu handeln. In ihrer Klagebeantwortung hat die Kommission geltend gemacht, sowohl bei der Einleitung des Verfahrens als auch bei der Ermächtigung zur Übersendung einer Mitteilung der Beschwerdepunkte in Fällen, die unter die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag fielen, handele es sich um interne Entscheidungen der Kommission als eines Kollegiums oder des für Wettbewerbsfragen zuständigen und von der Kommission bevollmächtigten Kommissionsmitglieds. Es heißt dort: „Zwar sind die Einleitung des Verfahrens und die Zustimmung zu der Mitteilung der Beschwerdepunkte Gegenstand zweier zu unterschiedlichen Zeitpunkten getroffener interner Entscheidungen, doch werden sie im Interesse der Vereinfachung wenn möglich miteinander verbunden. Interne Entscheidungen der Kommission sind keine ‚Entscheidungen' im Sinne des Artikels 189 EWG-Vertrag und werden nicht nach außen bekanntgegeben."

Am 20. Februar 1981 richteten die Vertreter von IBM ein Schreiben an die Kommission, in dem sie auf — wie sie es nannten — „Mängel" in der Mitteilung der Beschwerdepunkte hinwiesen; diese seien „so schwerwiegend, daß sie zur Nichtigkeit der Mitteilung der Beschwerdepunkte und der Einleitung des Verfahrens führen". Sie rügten insbesondere einen Abschnitt in der Mitteilung der Beschwerdepunkte, in dem sich die Kommission das Recht vorbehalten hatte, weitere Beschwerdepunkte im Hinblick auf Tatbestände vorzubringen, die sich aus den in diesem Schriftstück geschilderten Tatsachen ergäben; im übrigen sei die Mitteilung der Beschwerdepunkte so unklar und widersprüchlich abgefaßt, daß eine ganz detaillierte Klarstellung erforderlich sei, bevor IBM aufgefordert werden könne, sich hierzu einzulassen. Die Kommission solle die Mitteilung der Beschwerdepunkte zurückziehen und das „laufende Verfahren" einstellen oder aber — in Beantwortung einer Reihe allgemeiner wie auch spezieller Fragen, die sich über mehr als hundert Seiten erstreckten — weitere und genauere Angaben zu der Mitteilung der Beschwerdepunkte machen.

Dieses Schreiben blieb bis zur Klageerhebung durch IBM vor dem Gerichtshof unbeantwortet. Am 13. April 1981 jedoch antwortete die Kommission auf das Schreiben vom 20. Februar 1981; sie lehnte es ab, die Mitteilung der Beschwerdepunkte oder die Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens gegen

IBM zurückzunehmen, beantwortete aber diejenigen Fragen nach zusätzlichen näheren Angaben, von denen sie annahm, sie seien für die Stellungnahme von IBM zu der Mitteilung der Beschwerdepunkte erforderlich. Sie führte weiter aus: „Soweit einem Ihrer Wünsche nach Information oder näheren Angaben nicht entsprochen worden ist, Sie diese jedoch nach weiterer Erwägung als für Ihre Klientin wirklich notwendig ansehen, so teilen Sie bitte schriftlich mit, welche weiteren Auskünfte Sie wünschen und aus welchen Gründen Sie dies für erforderlich halten". Die Vertreter von IBM kamen dieser Aufforderung nach. Zugleich erbaten sie eine erhebliche Verlängerung der Frist für die Stellungnahme zu der Mitteilung der Beschwerdepunkte. Die Kommission gewährte mehrfach, allerdings für kürzere Zeiträume als beantragt, Fristverlängerung.

Die vorliegende Klage wurde von IBM am 18. März 1981 beim Gerichtshof gemäß Artikel 173 EWG-Vertrag eingereicht. IBM begehrt hiermit die Aufhebung der Handlung oder der Handlungen der Kommission, mit denen gegen IBM ein Verfahren nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17/62 eingeleitet und eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an sie gerichtet und/oder ihr zugestellt wurde, sowie die Aufhebung der Mitteilung der Beschwerdepunkte selbst insoweit, als diese eine Handlung der Kommission darstellt.

Die Klage ist auf drei Klagegründe gestützt. Als erstes wird der Kommission die Nichterfüllung der an die Mitteilung der Beschwerdepunkte zu stellenden Mindesterfordernisse vorgeworfen, und zwar habe sie nicht sämtliche Beschwerdepunkte, auf die sie ihre Entscheidung stütze, vorgetragen, habe die für die beabsichtigte Entscheidung wesentlichen Tatsachen und rechtlichen Gesichtspunkte nicht mit ausreichender Klarheit mitgeteilt und habe IBM keine angemessene Frist für eine Stellungnahme zu der Mitteilung der Beschwerdepunkte eingeräumt. Als zweiter Klagegrund wird geltend gemacht, es liege eine rechtswidrige Ausübung der Befugnisse der Kommission vor, da die fraglichen Handlungen nicht von der Kommission als Kollegium genehmigt oder beschlossen worden seien. Als dritter Klagegrund wird angeführt, die Kommission habe die völkerrechtlichen Grundsätze der Comity nicht pflichtgemäß berücksichtigt, die auf den vorliegenden Fall insbesondere im Hinblick darauf anwendbar seien, daß die von der Kommission gegen IBM in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte sich in erster Linie auf Handlungen oder Unterlassungen bezögen, die außerhalb der Gemeinschaft, und zwar vor allem in den Vereinigten Staaten von Amerika stattgefunden haben sollen; dort seien die Praktiken von IBM bereits mehrfach gerichtlich überprüft worden und die Fälle, in denen Entscheidungen ergangen seien, seien im wesentlichen zugunsten von IBM entschieden worden.

Die Kommission hat gegenüber dieser Klage die Einrede der Unzulässigkeit mit der Begründung erhoben, bei den streitigen Maßnahmen handele es sich nicht um „Entscheidungen" im Sinne von Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag.

Das gegenwärtige Verfahren betrifft ausschließlich die Frage, ob diese Einrede begründet ist. Es geht hier weder um die Begründetheit der von IBM gegen die angefochtenen Handlungen vorgebrachten Argumente noch um den von IBM gleichzeitig mit der Klage in der Hauptsache gestellten Antrag auf Erlaß eines Beschlusses, durch den der Kommission die Offenlegung von Einzelheiten bezüglich der angefochtenen Handlungen aufgegeben werden soll, noch um eine parallele, auf Artikel 173, 175, 178 und 215 EWG-Vertrag gestützte Klage, die am

20. Juli 1981 eingereicht und als Rechtssache 190/81 in das Register eingetragen worden ist.

Der Gerichtshof hat den Beitritt der Firma Memorex nach Artikel 93 § 3 der Verfahrensordnung als Streithelferin auf seiten der Kommission zugelassen. Ein am 26. Mai 1981 von IBM gestellter Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ist am 7. Juli 1981 vom Präsidenten des Gerichtshofes zurückgewiesen worden.

Das schriftliche und mündliche Vorbringen beider Seiten stützt sich sowohl auf allgemeine Grundsätze als auch auf Vorschriften des Vertrages und der Verordnungen. IBM hat vorgetragen, es könne keinesfalls zutreffen, daß der Gerichtshof nicht die Befugnis haben sollte, sofort über offensichtlich rechtswidrige Handlungen der Kommission oder ihrer Angehörigen zu entscheiden. Man dürfe nicht zulassen, daß sich eine fehlerhafte Handlung oder ein fehlerhaftes Verfahren („wie ein verwundetes Tier") bis zu einem nutzlosen Ende hinschleppe. Die Kommission hält dem entgegen, es sei ebenso unerträglich, wenn ihre Verwaltungsverfahren während ihres Ablaufs der Nachprüfung unterlägen.

Das Argument von IBM, der Gerichtshof müsse jederzeit eine richterliche Kontrolle über die Organe und Beamten der Gemeinschaft ausüben können, soweit es um Handlungen gehe, deren Rechtswidrigkeit eindeutig erwiesen sei, hat als allgemeine Aussage in meinen Augen seine Berechtigung. Es hat wenig Sinn, rechtswidrige Verfahren unter großem Aufwand sowohl für die Gemeinschaft als auch für die von solchen Verfahren Betroffenen fortzusetzen. Entgegen der Auffassung der Kommission beeinträchtigt eine derartige Kontrollbefugnis einen geordneten Verwaltungsablauf nicht, sondern fördert und gewährleistet diesen vielmehr.

Dies ist jedoch nicht das Problem der vorliegenden Klage. Der Gerichtshof ist nur mit der Frage befaßt, ob „die Handlungen" der Kommission, mit denen das Verfahren gegen die Klägerin eingeleitet und eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an sie gerichtet wurde, oder die Mitteilung der Beschwerdepunkte selbst eine an IBM gerichtete „Entscheidung" im Sinne des Artikels 173 EWG-Vertrag darstellen. Weitere Artikel des Vertrages oder andere Befugnisse des Gerichtshofes sind für diesen im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung.

Ich stimme dem grundsätzlichen Vorbringen der Kommission nicht zu, das auf die Ungewöhnlichkeit der in diesem Fall erhobenen Rügen bzw. auf das Schreckensbild gestützt wird, daß die Schleusen geöffnet würden und jeder Verwaltungsakt der Kommission vor dem Gerichtshof angefochten werden könnte, wenn IBM der Nachweis gelänge, daß es sich bei den angegriffenen Handlungen um „Entscheidungen" handelte. Unabhängig von der Bedeutung des Begriffs „Entscheidung" im Sinne des Artikels 173 ist wohl unstreitig, daß es im Verlauf eines Verfahrens nach den Verordnungen Nr. 17 und 99 viele Schritte oder Handlungen gibt, bei denen es sich keinesfalls um Entscheidungen handeln kann. Ich muß auch dem Vorbringen der Firma Memorex widersprechen, die vorliegende Klage stelle in gewisser Weise einen Mißbrauch des Verfahrens vor dem Gerichtshof dar. Im Lichte der Verordnungsbestimmung und der Rechtsprechung erscheint die aufgeworfene Frage — unabhängig vom Ergebnis — als von der Klägerin mit Recht zur Debatte gestellt.

Artikel 173 EWG-Vertrag beginnt folgendermaßen:

„Der Gerichtshof überwacht die Rechtmäßigkeit des Handelns des Rates und der Kommission, soweit es sich nicht um

Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt. Zu diesem Zweck ist er für Klagen zuständig, die ein Mitgliedstaat, der Rat oder die Kommission wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung dieses Vertrages oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmißbrauchs erhebt.

Jede natürliche oder juristische Person kann unter den gleichen Voraussetzungen gegen die an sie ergangenen Entscheidungen sowie gegen diejenigen Entscheidungen Klage erheben, die, obwohl sie als Verordnung oder als eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung ergangen sind, sie unmittelbar und individuell betreffen."

Der Gerichtshof hat sich bereits mehrfach mit dem Anwendungsbereich des Begriffs „Entscheidung" in anderen Zusammenhängen befaßt. Er hat es stets vermieden, dem Begriff seinen gewöhnlichen, extensiven Gehalt beizulegen. Er ist durchweg davon ausgegangen, daß es nicht auf die einem Vorgang gegebene Bezeichnung, sondern auf dessen Wesen ankomme, und hat diejenigen Faktoren aufgeführt, die für das Vorliegen einer „Entscheidung" im Sinne des EWG-Vertrags erforderlich bzw. ausreichend sind. So heißt es z. B. in den verbundenen Rechtssachen 1 und 14/57, *Société des Usines à Tubes de la Sarre/Hohe Behörde*, Slg. 1957, 213 (235):

„... ein Verwaltungsakt der Hohen Behörde [stellt] dann eine Entscheidung dar, wenn er Vorschriften enthält, die zur Anwendung gelangen können, mit anderen Worten, wenn die Hohe Behörde in dem besagten Verwaltungsakt bereits unzweideutig zu verstehen gegeben hat, welche Haltung sie für den Fall einzunehmen gedenkt, daß bestimmte Bedingungen eintreten".

In den verbundenen Rechtssachen 23, 24 und 52/63 *Usines Henricot/Hohe Behörde*, Slg. 1963, 467 (484) wird festgestellt:

„... eine Entscheidung [ist] nur gegeben ..., wenn die betreffende Verlautbarung erkennbar vom Kollegium der Hohen Behörde beschlossen wurde, Rechtswirkungen hervorzurufen bestimmt ist und das interne Verfahren abschließt, in dem die Hohe Behörde ihren Willen gebildet hat; ferner muß sie einen endgültigen Beschluß darstellen, dessen äußere Form dem Adressaten die Feststellung gestattet, daß eine Entscheidung vorliegt".

In der Rechtssache 54/65, *Forges de Châtillon/Hohe Behörde*, Slg. 1966, 529 (544), heißt es:

„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".

In der Rechtssache 22/70, *Kommission/Rat*, Slg. 1971, 263, (277), wurde festgestellt, daß nur Handlungen, die Rechtswirkungen hervorrufen, eine Entscheidung darstellen.

Die Feststellungen, die in diesen und einer Vielzahl weiterer Rechtssachen, in denen diese Frage aufgeworfen wurde, getroffen worden sind, müssen im Zusammenhang mit der jeweils untersuchten Maßnahme gesehen werden. Die in einem bestimmten Zusammenhang getroffenen Feststellungen müssen nicht zwangsläufig auch in einem anderen Zusammenhang unabänderlich gelten. Wie Generalanwalt Roemer zu den verbundenen Rechtssachen 8 bis 11/66, *Cimenteries/Kommission*, Slg. 1967, 99 (138) ausgeführt hat, darf man sich nicht mit der

Frage nach dem Vorliegen von Rechtswirkungen begnügen; es sei erforderlich, daß man

„nicht jede Art von Rechtswirkungen genügen läßt ..., sondern einengend darauf abstellt, ob die Rechtswirkungen geeignet sind, erhebliche Interessen zu beeinträchtigen".

Außerdem solle man keine zu große Sorgfalt auf die Prüfung verwenden, ob eine Maßnahme den Abschluß eines Verwaltungsverfahrens darstelle.

„In allen diesen Fällen kommt es nicht auf den vorläufigen oder endgültigen Charakter der durchgeführten Prüfungen an, sondern allein darauf, ob die mit dem Akt bezweckten konkreten Rechtsfolgen unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit stehen" (ebd., S. 140).

Demnach gilt es, das Wesen der fraglichen Vorgänge zu erörtern, wobei die dargelegten Faktoren nicht als zwingende Rechtsvorschriften, sondern als Richtschnur heranzuziehen sind.

Bei der ersten Handlung, die hier angefochten wird, handelt es sich um die Einleitung des Verfahrens nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17. Die angegriffene „Mitteilung der Beschwerdepunkte" ist eine Mitteilung gemäß Artikel 2 der Verordnung Nr. 99.

In der Präambel der Verordnung Nr. 17 wird eingeräumt, daß die Unternehmen ein Interesse daran haben können zu erfahren, ob Vereinbarungen der Kommission Anlaß geben können, aufgrund des Artikels 85 Absatz 1 oder des Artikels 86 EWG-Vertrag einzuschreiten. Die Kommission müsse über die Befugnis verfügen, Auskünfte zu verlangen und Nachprüfungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um verbotene Vereinbarungen oder Verhaltensweisen sowie die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung zu ermitteln; zugleich müsse den Unternehmen das Recht eingeräumt werden, von der Kommission angehört zu werden.

Die „Einleitung des Verfahrens" erfolgt nicht durch eine dafür speziell vorgesehene Handlung. Artikel 9 der Verordnung Nr. 17 bestimmt lediglich:

„Solange die Kommission kein Verfahren nach Artikel 2, 3 oder 6 eingeleitet hat, bleiben die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig, Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 86 ... anzuwenden ..."

Im vorliegenden Fall wird in dem Schreiben der Kommission vom 19. Dezember 1980 darauf verwiesen, daß die Kommission am 10. Dezember 1980 „ein Verfahren nach Artikel 3 eingeleitet" habe. In Artikel 3 heißt es:

„Stellt die Kommission auf Antrag oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung ... fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen ... durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen."

Artikel 19 bestimmt jedoch:

„Vor Entscheidungen aufgrund [von] Artikel ... 3 ... gibt die Kommission den beteiligten Unternehmen ... Gelegenheit, sich zu den von der Kommission in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten zu äußern."

Nach Artikel 2 der Verordnung Nr. 99/63 ist die Kommission verpflichtet, den Unternehmen die in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte schriftlich mitzuteilen. Die Mitteilung muß eine Frist enthalten, innerhalb deren sich die Adressaten äußern können; Geldbußen dürfen nur festgesetzt werden, wenn die Beschwerdepunkte in der in Artikel 2 Absatz 1 vorgesehenen Form mitgeteilt worden sind. Artikel 4 lautet:

„Die Kommission zieht in ihren Entscheidungen nur die Beschwerdepunkte in Betracht, zu denen die Unternehmen ..., gegen die sich die Entscheidung

richtet, Gelegenheit zur Äußerung gehabt haben".

IBM bestreitet zwar, daß die von der Kommission vorgetragenen Gesichtspunkte (daß eine Handlung erstens endgültig und abschließend sei, daß sie zweitens der Abschluß eines Verfahrens oder eines eigenständigen, klar umschriebenen Verfahrensabschnitts sei und daß sie drittens Rechtswirkungen für die Unternehmen haben müsse) für den Gerichtshof verbindlich seien, behauptet jedoch, diese Merkmale seien im vorliegenden Fall erfüllt.

Die Einleitung eines Verfahrens und/oder die Zustellung einer Mitteilung schlössen den Ermittlungsabschnitt ab: Sie verkörperten den abschließenden, endgültigen Standpunkt der Kommission, die in ihrem Schreiben, gestützt auf die Untersuchungen, „Schlußfolgerungen" ziehe und Maßnahmen in Aussicht stelle. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte könne nur nach Abschluß der Untersuchungen ergehen und sei „the measure stating the final attitude of the Commission" bzw. der „acte fixant la position de la Commission" („die Kommission legt ihre Haltung ... in der Mitteilung der Beschwerdepunkte [fest]") (Rechtssache 48/69, *ICI/Kommission,* Randnr. 17 der Entscheidungsgründe, [1972] ECR 619, 650 = Recueil 1972, 652 = Slg. 1972, 654, und Rechtssache 54/69, *Francolor/Kommission,* Randnr. 12 der Entscheidungsgründe, [1972] ECR 857, 871 = Recueil 1972, 872 = Slg. 1972, 873). Sie stelle außerdem die Trennungslinie zwischen dem „internen" und dem „externen" Verfahren dar.

Ich halte die Unterscheidung zwischen dem „Ermittlungsabschnitt" und dem sogenannten „förmlichen" Abschnitt des Verfahrens in gewisser Weise für künstlich. Das Ganze ist ein einziger Vorgang: Er beginnt mit Untersuchungen, mit vorläufigen Hypothesen aufgrund eingegangener Informationen, die ihren Niederschlag in der Mitteilung der Beschwerdepunkte finden, und führt von selbst zu einer abschließenden Entscheidung darüber, ob eine Zuwiderhandlung vorgelegen hat. Wenn dies aber so ist, dann wird das Verfahren tatsächlich zu einem sehr viel früheren Zeitpunkt eingeleitet als dem der Entscheidung über die Zustellung der Mitteilung der Beschwerdepunkte und wird schrittweise bis zur abschließenden Entscheidung fortgesetzt. In dieser Entwicklung setzt die Zustellung der förmlichen Mitteilung keinen echten Schlußpunkt.

In der Rechtssache 48/72, *Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen,* Slg. 1973, 77 (88), wird jedoch festgestellt, daß die in Artikel 9 enthaltene Bezugnahme auf die Einleitung eines Verfahrens „offensichtlich einen hoheitlichen Rechtsakt der Kommission voraussetzt, der deren Willen zum Ausdruck bringt, eine Entscheidung" unter anderem nach Artikel 13 der Verordnung Nr. 17 herbeizuführen. Wenn dies stimmt, dann halte ich es für zutreffender, die „Schlußfolgerung", das in der Verordnung vorgesehene Verfahren in Gang zu setzen und eine Mitteilung der Beschwerdepunkte zuzustellen, als die Eröffnung und nicht als Abschluß eines Verfahrensabschnitts zu bezeichnen.

Im übrigen räume ich zwar ein, daß die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte enthaltenen Feststellungen der Kommission gewisse Beschränkungen auferlegen, halte die Mitteilung jedoch nicht für „abschließend" oder endgültig im Sinne der von mir zitierten Entscheidungen.

Zwar wird sowohl im Schreiben vom 19. Dezember 1980 als auch in der Mitteilung der Beschwerdepunkte die Schlußfolgerung auf das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gezogen, doch soll dem Empfänger damit lediglich „vor Erlaß

der Entscheidung Gelegenheit gegeben werden ..., sich zu den Beschwerdepunkten zu äußern, die die Kommission gegen [ihn] in Betracht ziehen zu müssen glaubt" (verbundene Rechtssachen 56 und 58/64, *Consten und Grundig/Kommission,* Slg. 1966, 321, 385 f.).

Das Schreiben scheint mir diese Ansicht zu bestätigen, wenn es dort heißt:

„Die Kommission *erwägt* den Erlaß einer Entscheidung, wonach Zuwiderhandlungen gegen Artikel 86 vorliegen und diese abgestellt werden müssen. Die Kommission *erwägt* weiter, Ihrem Unternehmen eine Geldbuße aufzuerlegen ... *Vor Erlaß einer Entscheidung* möchte die Kommission Ihre etwaige Stellungnahme berücksichtigen."

Selbstverständlich müssen bei jeder Entscheidung derartige Stellungnahmen berücksichtigt werden, so daß die gezogenen „Schlußfolgerungen" höchstens vorläufigen Charakter haben können.

Es bleibt die Frage, ob „Rechtswirkungen [vorliegen, die] geeignet sind, erhebliche Interessen zu beeinträchtigen". Eindeutig haben sowohl die Einleitung des Verfahrens als auch die Zustellung der Mitteilung der Beschwerdepunkte viele Auswirkungen tatsächlicher und in gewisser Weise auch rechtlicher Art. Die Firma IBM hat in ihrer Stellungnahme zu der Einrede der Unzulässigkeit deren dreizehn aufgeführt. Soweit diese sich auf die von IBM im Verfahren gegebenenfalls zu unternehmenden Schritte beziehen — wie etwa das Erfordernis, zu Beschwerdepunkten Stellung zu nehmen oder aber eine nachteilige Entscheidung zu riskieren —, halte ich diese Auswirkungen — so aufwendig die Abgabe einer Stellungnahme auch sein mag — nicht für Rechtswirkungen, die im Sinne der zitierten Rechtsprechung geeignet sind, erhebliche Interessen zu beeinträchtigen. Auch dem Umstand, daß die Mitteilung der Beschwerdepunkte der zukünftigen Entscheidung der Kommission Schranken setzt, kommt keine derartige Wirkung zu. Die Mitteilung der Beschwerdepunkte ist zwar eine wichtige vorbereitende Maßnahme für die Verhängung einer Geldbuße; die Geldbuße wird aber nicht schon durch sie verhängt. Die einzige in der Verordnung Nr. 17 selbst erwähnte Wirkung ist die Beseitigung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, Artikel 85 Absatz 1 und 86 EWG-Vertrag anzuwenden. Diese Konsequenz ist meines Erachtens mit der Absicht eingeführt worden, ein doppeltes Verfahren vor der Kommission und vor nationalen Behörden zu vermeiden; von ihr kann, zumindest unter normalen Umständen, nicht behauptet werden, sie beeinträchtige ein Unternehmen, da sie das Unternehmen wenn auch nur zeitweise vor einem drohenden weiteren Verfahren bewahrt. Es sind hier keine besonderen Umstände dargelegt worden, wonach sich aus der Aufhebung der von IBM als theoretische Möglichkeit dargestellten Handlungsbefugnis der Mitgliedstaaten besondere nachteilige Rechtswirkungen ergeben würden. Ich unterschätze keineswegs die von IBM geltend gemachten praktischen Folgen, die die Mitteilung der Beschwerdepunkte für die Tätigkeit des Unternehmens haben kann, insbesondere soweit Verfahren noch in anderen Ländern laufen; dabei handelt es sich jedoch in meinen Augen nicht um Rechtsfolgen der vom Gerichtshof bei früherer Gelegenheit angesprochenen Art.

Die durch die Einleitung eines Verfahrens gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 2988/74 des Rates vom 26. November 1974 (ABl. L 319, S. 1) herbeigeführte Unterbrechung der Verfolgungsverjährung ist eine, und zwar eindeutig eine wichtige rechtliche Folge. Trotz anfänglicher

Zweifel bin ich jedoch der Ansicht, daß die Wirkung dieser Vorschrift, durch die offensichtlich verhindert werden soll, daß eine Untersuchung durch Zeitablauf nutzlos wird, als Verfahrensbestandteil anzusehen ist, der nicht jener Kategorie von Rechtsfolgen zugerechnet werden sollte, wie sie der Gerichtshof bisher umschrieben hat.

IBM beruft sich nachdrücklich auf die angebliche Gleichartigkeit von Artikel 6 und Artikel 2 der Verordnung Nr. 99 und insbesondere auf die Ausführung des Generalanwalts Capotorti in der Rechtssache 125/78, *GEMA/Kommission,* Slg. 1979, 3173 (3200). Artikel 6 lautet:

„Ist die Kommission der Auffassung, daß die Umstände es nicht rechtfertigen, einem nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 gestellten Antrag stattzugeben, so teilt sie den Antragstellern die Gründe hierfür mit und setzt ihnen eine Frist zur Mitteilung etwaiger schriftlicher Bemerkungen."

Der Klägerin zufolge soll Generalanwalt Capotorti die Ansicht vertreten haben, eine Mitteilung nach Artikel 6 könne fristgerecht mit einer Klage nach Artikel 173 EWG-Vertrag vor dem Gerichtshof angegriffen werden.

Ich halte es für wichtig, daran zu erinnern, daß die Klage in jener Rechtssache auf Artikel 175 EWG-Vertrag gestützt war und daß es hierbei um die Frage ging, ob es zu Unrecht unterlassen worden sei, einen anderen Akt als eine Empfehlung oder eine Stellungnahme an die Klägerin zu richten.

Zwar hat Generalanwalt Capotorti im Rahmen einer allgemeinen Untersuchung des Verhältnisses zwischen Artikel 173 und Artikel 175 anerkannt, daß eine von einer Entscheidung der Kommission unmittelbar betroffene Person gegen die Entscheidung Klage nach Artikel 173 erheben könne, auch wenn diese nicht an sie gerichtet sei. Seiner Ansicht nach setzte das Schreiben der Kommission, das auf Artikel 6 gestützt war, „eine Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens voraus", so daß die Klägerin nach Maßgabe des Urteils in der Rechtssache 26/76, *Metro/Kommission,* Slg. 1977, 1875, auf Aufhebung dieser Entscheidung hätte klagen können. Auf der anderen Seite war er eindeutig der Auffassung, daß die in Artikel 6 der Verordnung Nr. 99 vorgesehene Mitteilung keine „Entscheidung" darstelle, obwohl sie voraussetze, daß die Kommission die vom Antragsteller gelieferten und die von ihr im Laufe der Ermittlungen gewonnenen Daten gewürdigt habe, und obwohl die Übersendung einer Mitteilung zu den Maßnahmen der Kommission gehöre, die „doch in die Rechtssphäre der Adressaten eingreifen" (vgl. S. 3196). Diese Auffassung scheint mir durch die Schlußanträge des Generalanwalts Roemer in der Rechtssache *Cimenteries/Kommission* (a.a.O.) gestützt zu werden.

Die Schlußanträge des Generalanwalts Capotorti zu der Frage, wogegen nach Artikel 173 Klage möglich sei, müssen daher im Zusammenhang mit der *Metro*-Entscheidung gesehen werden. In jener Rechtssache ist man wohl davon ausgegangen, es habe eine „Entscheidung" vorgelegen, kein Verfahren durchzuführen. Die entscheidende Frage war dort, ob die Klägerin, die mit ihrem auf Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 gestützten Antrag auf Feststellung, daß das Vertriebssystem von Saba gegen Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag verstoße, nicht durchgedrungen waren, geltend machen konnten, die Entscheidung, kein Verfahren durchzuführen, habe Metro unmittelbar und individuell betroffen.

Der Gerichtshof vertrat dazu die folgende Auffassung: „Es liegt im Interesse eines sachgerechten Rechtsschutzes und

einer ordnungsgemäßen Anwendung der Artikel 85 und 86, daß natürliche oder juristische Personen, die nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 einen Vertrag auf Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen die Artikel 85 oder 86 bei der Kommission zu stellen berechtigt sind, bei völliger oder teilweiser Ablehnung ihres Antrags über eine Klagemöglichkeit zum Schutz ihrer berechtigten Interessen verfügen. Die Klägerin ist ... als ... durch die streitige Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen anzusehen".

In Randnr. 17 der Entscheidungsgründe seines *GEMA*-Urteils behandelt der Gerichtshof den Bescheid nach Artikel 6 anscheinend nicht als Entscheidung, sondern als „Mitteilung". Selbst wenn man unterstelle, eine solche Mitteilung sei eine Entscheidung — eine vom Gerichtshof nicht entschiedene Frage —, bestehe kein Anspruch auf eine „abschließende Entscheidung" der Kommission über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag.

Was die Mitteilungen nach Artikel 6 und Artikel 2 anbelangt, scheinen mir die Schlußanträge des Generalanwalts Capotorti gegen die von IBM vertretene Auffassung zu sprechen, da er die Mitteilung eindeutig nicht als Entscheidung angesehen hat. Soweit die Mitteilung nach Artikel 6 sich aus einer „Entscheidung" ergibt, diese „voraussetzt" oder das Vorliegen einer solchen belegt, sind die beiden Fälle meines Erachtens unterschiedlich gelagert. Sofern nicht gemäß Artikel 6 weitere Bemerkungen gemacht werden oder die Kommission die Untersuchung — sei es im Anschluß an solche Bemerkungen oder aus anderen Gründen — wiedereröffnet, ist der Antrag erledigt. Einen nachfolgenden Verfahrensschritt oder eine Entscheidung, gegen die sich die Antragsteller wenden könnten, gibt es dann nicht mehr. In diesem Sinne ist die Entscheidung abschließend. Nach Artikel 2 müssen weitere Schritte folgen: Es muß eine weitere Entscheidung in der einen oder anderen Richtung getroffen werden. Ich glaube daher, daß die Schlußanträge des Generalanwalts Capotorti und das Urteil in der Rechtssache *Metro* auf die Frage in der vorliegenden Rechtssache keine Antwort geben können. Das gleiche gilt für die Schlußanträge des Generalanwalts Mayras in den verbundenen Rechtssachen 109 und 114/75, *NCC/Kommission*, Slg. 1977, 381, auf die sich IBM ebenfalls bezogen hat.

Dies trifft mutatis mutandis in gleicher Weise für die Bestimmungen des Artikels 11 der Verordnung Nr. 17 zu. Auch wenn es auf den ersten Blick seltsam erscheinen mag, daß ein förmliches Auskunftsverlangen eine anfechtbare Entscheidung darstellen soll, während dies bei einer Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens und die Zustellung einer Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht der Fall ist, so erklärt sich dieser Unterschied wohl daraus, daß die Nichterteilung der Auskunft unmittelbar eine Geldbuße gemäß Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe b oder 16 nach sich zieht.

IBM beruft sich des weiteren auf die angeblich bemerkenswerte Ähnlichkeit zwischen einer Mitteilung der Beschwerdepunkte nach Artikel 2 und einer Mitteilung nach Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17; diese beinhalte dem Urteil in der Rechtssache *Cimenteries/Kommission* (a.a.O.) zufolge eine „Entscheidung" im Sinne des Artikels 189, die nach Artikel 173 angefochten werden könne. Nach Artikel 15 Absatz 6 entfalle die nach Anmeldung einer Vereinbarung eintretende Befreiung von der in diesem Artikel vorgesehenen Bußgeldverpflichtung, „sobald die Kommission den betreffenden Unternehmen mitgeteilt hat,

daß sie aufgrund vorläufiger Prüfung der Auffassung ist, daß die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages vorliegen und eine Anwendung mit Artikel 85 Absatz 3 nicht gerechtfertigt ist". IBM macht geltend, sowohl eine Mitteilung nach Artikel 15 Absatz 6 als auch eine solche nach Artikel 2 bedeuteten für den Adressaten die Möglichkeit einer Geldbuße, aber nicht mehr; beide beeinträchtigten erhebliche Interessen des Adressaten und seien gleichermaßen verbindlich für ihn. Beide Mitteilungen beruhten auf einer Einschätzung der Kommission und müßten eine Begründung für die getroffene Schlußfolgerung enthalten. Beide stellten einen klaren Wendepunkt des Verfahrens dar, an dem sich der Adressat entscheiden müsse, ob er sein Verhalten ändern oder das Risiko einer Geldbuße auf sich nehmen wolle.

Ausgangspunkt für die Entscheidung des Gerichtshofes war die Überlegung, daß die getroffene Maßnahme den Unternehmen dadurch, daß sie diese der Bußgelddrohung ausgesetzt habe, die nach Artikel 15 Absatz 5 aus der Anmeldung der Vereinbarung folgende vorteilhafte Rechtsstellung genommen und sie mit einem erheblichen finanziellen Risiko belastet habe. Es heißt dort: „Die streitige Maßnahme der Kommission beeinträchtigt daher die Interessen der Unternehmen, indem sie in deren Rechtsstellung eingreift. Sie hat unverkennbar Rechtswirkungen zur Folge ... Trotz ihrer Vorläufigkeit schließt die Maßnahme, mit der die Kommission nach Artikel 15 Absatz 6 entscheidet, ein besonderes Verfahren ab, das selbständig neben dem Verfahren steht, in dem nach Anwendung von Artikel 19 die endgültige Sachentscheidung ergeht" (Slg. 1967, 122, 124).

Generalanwalt Roemer kam auf Seite 139 zum selben Ergebnis. Seiner Ansicht nach begründet eine Mitteilung nach Artikel 15 Absatz 6 „für angemeldete Kartelle die bis dahin fehlende Strafbarkeit" und führt damit „ein ‚neues Element in die Rechtsbeziehungen' zwischen der Kommission und den Unternehmen" ein. Dies könne nicht mit anderen Verfahrensmaßnahmen des Kartellrechts verglichen werden, „da diese (wie die Einleitung des Verfahrens nach Artikel 9 und die Mitteilung der Beschwerdepunkte nach Artikel 4 der Verordnung Nr. 99) nur die Rechtswirkung einer Kompetenzregelung im Verhältnis zu den Behörden der Mitgliedstaaten bzw. eine unverbindliche Umgrenzung des Gegenstands eines Kartellverfahrens zum Inhalt haben, auf das materiellrechtliche Verhalten der beteiligten Unternehmen oder Dritter dagegen keinerlei Einfluß ausüben".

Ich räume ein, daß die Mitteilungen nach Artikel 2 und nach Artikel 15 Absatz 6, wie von der Klägerin dargelegt, Gemeinsamkeiten aufweisen. In meinen Augen besteht jedoch ein entscheidender Unterschied. Eine Mitteilung nach Artikel 15 Absatz 6 hebt die Befreiung mit sofortiger Wirkung auf und unterwirft das Unternehmen damit dem Verfahren, das zur Verhängung einer Geldbuße führen kann. Eine Mitteilung nach Artikel 2 hat zwar die von mir genannte Wirkung, führt aber nicht zur Aufhebung irgendeiner Befreiung. Die Zustellung einer solchen Mitteilung mag Vorbedingung für die Entscheidung sein, eine Geldbuße zu verhängen. Die Entscheidung muß jedoch erst noch getroffen werden, und dies kann erst geschehen, wenn im Rahmen des vorgeschriebenen Verfahrens festgestellt worden ist, daß eine Zuwiderhandlung vorliegt und daß das Unternehmen aufgefordert werden sollte, diese Zuwiderhandlung abzustellen. Auch insoweit bin ich daher nicht der Ansicht, daß Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17, auf den sich die

Klägerin stützt, mit Artikel 2 übereinstimmt.

Zwar halte auch ich es für angebracht, die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zu prüfen, doch hilft dies im vorliegenden Fall nicht viel weiter. Zwischen den Common-law- und den Civil-law-Staaten bestehen hinsichtlich des Umfangs des richterlichen Prüfungsrechts deutliche Unterschiede, und die eingereichten Erklärungen zeigen, daß die letztgenannten Staaten das Untersuchungsverfahren in Wettbewerbssachen nicht einheitlich ausgestaltet haben. Der EWG-Vertrag sieht hier eine gerichtliche Nachprüfung vor: Ihr Umfang ist eine Frage der Auslegung, und zwar in diesem Falle lediglich im Rahmen des Artikels 173.

Auch die von IBM herangezogenen Beamtensachen scheinen mir für die Entscheidung über eine Klage nach Artikel 173 nicht von Bedeutung zu sein.

Wenn zu dieser Frage noch keine Rechtsprechung vorgelegen hätte, hätte ich selbst erheblich stärkere Zweifel daran gehabt, ob man diesen Handlungen nicht die Qualität einer „Entscheidung" zuerkennen sollte, so daß der Gerichtshof in Fällen entscheiden könnte, in denen das Verfahren von Anfang an ungültig war, etwa im Fall der Übersendung einer Mitteilung der Beschwerdepunkte durch eine offenkundig unbefugte Person.

Unter den gegebenen Umständen halte ich es jedoch für zutreffend, wenn Dr. Korah die Rechtsprechung des Gerichtshofes in der European Law Review Bd. 6 (1981), S. 14 (32), wie folgt zusammenfaßt:

„Die Nichtigkeitsklage ist nur gegen endgültige Maßnahmen zulässig, durch die die Rechtstellung des Bürgers geändert wird, nicht aber gegen die Verfahrenshandlungen, die zu der endgültigen Maßnahme hinführen.

Unter diesen Umständen scheint es mir weder erforderlich noch richtig zu sein, in diesen Schlußanträgen darauf einzugehen, ob die von IBM vorgebrachte Kritik an der Mitteilung der Beschwerdepunkte überhaupt eine Einschaltung des Gerichtshofes in diesem Stadium rechtfertigen, ob der von Professor Meessen dargelegte Grundsatz eher in diesem frühen Stadium des Verfahrens gilt als dann, wenn die Kommission nach Prüfung aller Tatsachen und Argumente ihre endgültige Entscheidung erläßt, ob die Kommission bei ihrer Tätigkeit aufgrund von Artikel 85 und 86 Befugnisse auf ihre Mitglieder übertragen und durch ihre Bediensteten (im Gegensatz zu externen Stellen, die in den zitierten Fällen betroffen waren) handeln kann oder ob schließlich in dieser Situation nicht der Grundsatz „maximum omnia praesumuntur rite esse acta" Anwendung findet.

Ausgehend von der Rechtsprechung des Gerichtshofes bin ich daher der Ansicht, daß die angefochtenen Handlungen keine „Entscheidungen" im Sinne des Artikels 173 EWG-Vertrag darstellen und daß die vorliegende Klage unzulässig ist.