

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
GIUSEPPE TESAURO

vom 16. Dezember 1993 \*

*Herr Präsident,  
meine Herren Richter!*

1. Mit der vorliegenden Klage beantragt die Französische Republik, das Abkommen zwischen der Kommission und der Regierung der Vereinigten Staaten über die Anwendung ihrer Wettbewerbsgesetze, das am 23. September 1991 in Washington unterzeichnet und zum selben Zeitpunkt in Kraft getreten ist, gemäß Artikel 33 EGKS-Vertrag und Artikel 173 Absatz 1 EWG-Vertrag für nichtig zu erklären.

Die Klage der Französischen Republik, die das Königreich der Niederlande und das Königreich Spanien unterstützen, ist wesentlich auf den Umstand gestützt, daß das Abkommen unter Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Zuständigkeit zum Vertragschluß, genauer: unter Verstoß gegen Artikel 228 EWG-Vertrag geschlossen worden sei. Außerdem sei die Begründung mangelhaft; das Abkommen verstoße sowohl gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit wie gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht.

2. Zunächst sind das Umfeld des vorliegenden Rechtsstreits und die Ereignisse darzustellen, die zum Abschluß des fraglichen Abkommens führten.

Zu den Vorschriften, die sich auf die „extraterritoriale“ Anwendung des Wettbewerbsrechts und die damit zusammenhängenden Probleme in den Beziehungen zwischen inhaltlich und dem Ursprung nach unterschiedlichen Rechtsordnungen beziehen, zählen bestimmte Empfehlungen des Rates der OECD<sup>1</sup>, die die Anwendung der von den Mitgliedstaaten viele Male verwendeten Verfahrensmechanismen der Anmeldung und der Konsultation betreffen<sup>2</sup>. Zu nennen ist insbesondere die Empfehlung vom 21. Mai 1986, mit der die Empfehlung vom 25. September 1979 geändert und ersetzt wurde, betreffend die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten über handelsbeschränkende Maßnahmen, die den internationalen Handel berühren<sup>3</sup>. Die Empfehlung vom 23. Oktober 1986 über die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet

1 — Vgl. zu dieser Frage und zu einer Untersuchung der auf diesem Gebiet angenommenen Empfehlungen den von der OECD herausgegebenen Band: „*Mise en oeuvre du droit de la concurrence. Coopération internationale pour la collecte de renseignements*“, Paris 1984.

2 — Eine Untersuchung dieser Probleme findet sich vor allem bei Picone, *L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale in „Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale“*, Padua 1989, S. 80 ff.

3 — Die Empfehlung von 25. September 1979 hatte ihrerseits die Empfehlungen vom 5. Oktober 1967 und vom 3. Juli 1973 geändert und ersetzt.

\* Originalsprache: Italienisch.

möglicher Konflikte zwischen Wettbewerbs- und Handelspolitik ist ebenfalls einschlägig.

Die Verhandlungen verliefen zügig; ein praktisch endgültiger Text war im Juli 1991 erstellt. Der Abkommensentwurf wurde dann gemeinsam mit einem Vermerk den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten übersandt; in dem Vermerk hieß es u. a., daß es sich bei dem Text um ein Verwaltungsabkommen handele.

Nach dem Vorbringen der Kommission war die Empfehlung der OECD von 1979 in ihrer Fassung von 1986 der Bezugspunkt für die Definition bestimmter Probleme bei der extraterritorialen Anwendung des Wettbewerbsrechts, die sich im Verhältnis der Vereinigten Staaten zur EWG oft stellten und die im Rahmen des streitigen Abkommens gelöst wurden.

3. In der Meinung, daß „die Veränderungen in der internationalen Wirtschaft in den vergangenen Jahren ... einen weitaus ehrgeizigeren Rahmen verlangen“, insbesondere die Annahme „anstatt einer nicht verbindlichen Empfehlung eines rechtlich verbindlichen Dokuments“ sowie einen weitreichenden, innovativen Inhalt<sup>4</sup>, hat die Kommission den amerikanischen Behörden im Rahmen von Sitzungen, die Ende 1990 stattfanden, Verhandlungen über ein Abkommen zur Formalisierung ihrer Beziehungen vorgeschlagen, die bisher im Rahmen der OECD-Empfehlungen freiwillig stattfanden, um eine engere Zusammenarbeit auf der Grundlage eines rechtsverbindlichen Dokuments zu schaffen.

4. Bei einer von der Kommission anberaumten Sitzung am 5. September 1991, die es Vertretern der Mitgliedstaaten erlauben sollte, zu dem Abkommen Stellung zu nehmen, haben einige Mitgliedstaaten Vorbehalte gegenüber der Rechtsgrundlage des Abkommens geäußert, insbesondere die Abschlußkompetenz der Kommission bezweifelt; die Vorbehalte betrafen sowohl die Frage, ob ein Verhandlungsauftrag des Rates erforderlich sei, wie die Verantwortlichkeit der Gemeinschaft. Da auch zu anderen Punkten des Abkommens Fragen bestanden, etwa zum Schutz des Grundsatzes der Vertraulichkeit und zu den Konsultationsverfahren, verlangten die Vertreter dieser Staaten eine neue Sitzung, auf der eine Gruppe nationaler Sachverständiger den fraglichen Text erörtern sollte. Das für Wettbewerbsfragen zuständige Mitglied der Kommission hat dies jedoch hinsichtlich einiger Grundsatzpunkte für ausgeschlossen erklärt, insbesondere hinsichtlich der Zweckmäßigkeit des Abschlusses eines Kooperationsabkommens mit den Vereinigten Staaten und der gewählten Form; es akzeptierte eine weitere Sitzung nur unter der Voraussetzung, daß die nationalen Sachverständigen sich ausschließlich zu technischen Fragen äußerten. Im Laufe dieser Sitzung, die am 9. September stattfand, beschränkten sich die nationalen Sachverständigen somit darauf, technische Bemerkungen anzubringen, von denen einige anschließend in den Entwurf des Abkommens aufgenommen wurden.

<sup>4</sup> — In diesem Sinne äußert sich die Kommission in dem Vermerk zum Entwurf des Abkommens EWG/USA in Sachen des Wettbewerbsrechts, den sie den Mitgliedstaaten zusammen mit dem Abkommensentwurf übersandte. Hervorhebung nur hier.

Bereits am nächsten Tag, dem 10. September 1991, hat die Kommission ausweislich des Protokolls ihrer Sitzung den Entwurf des Abkommens gebilligt und ihren Vizepräsidenten ermächtigt, den endgültigen Text zu erstellen, ihn zu unterzeichnen und das Abkommen im Namen der Kommission abzuschließen.

Das Abkommen, das am 23. September 1991 in Washington für die Vereinigten Staaten vom Attorney General und dem Präsidenten der Federal Trade Commission und für die Kommission von dem für Wettbewerbsfragen zuständigen Mitglied der Kommission unterzeichnet wurde, wurde den Mitgliedstaaten mit Schreiben des Generaldirektors für Wettbewerb (GD IV) vom 7. Oktober 1991 übermittelt.

5. Erklärtes Ziel des Abkommens sind „die Förderung der Zusammenarbeit sowie die Einschränkung der Möglichkeiten für Meinungsunterschiede und der Auswirkungen von Abweichungen zwischen den Parteien bei der Durchführung ihrer Wettbewerbsgesetze“ (Artikel 1 Absatz 1): Es soll also vermeiden, daß es zu Konflikten über die extraterritoriale Anwendung des Wettbewerbsrechts kommt, indem es solchen Konflikten vorbeugt.

Zu diesem Zweck werden Maßnahmen zur Überprüfung und zur Anwendung der

Wettbewerbsgesetze<sup>5</sup> einer Reihe von Mitteilungspflichten unterworfen, soweit sie wichtige Belange der anderen Partei berühren könnten (Artikel 2); zwischen den jeweils zuständigen Behörden wird ein Informationsaustausch vorgesehen; zu diesem Zweck findet zumindest zweimal jährlich ein Zusammentreffen statt (Artikel 3); auch eine Zusammenarbeit und Abstimmung ist vorgesehen (Artikel 4), die ausweislich der fraglichen Bestimmung, wie es die Kommission selbst ausgeführt hat, auch die Fälle, in denen eine der Parteien die Vorschriften anwendet, während die andere Partei untätig bleibt, oder eine Teilung der Anwendungsaufgaben zwischen den Parteien betreffen kann<sup>6</sup>. Bei gleicher Interessenlage in Fällen, die sowohl den Markt der Gemeinschaft wie denjenigen der Vereinigten Staaten betreffen, können sich die Behörden somit die Untersuchungsaufgaben teilen.

Die Zusammenarbeit bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen im Gebiet einer Partei, welche die Belange der anderen Partei beeinträchtigen, umfaßt — das ist gegenüber ähnlichen Abkommen neu — die „positive comity“ (Artikel 5). Im besonderen ist vorgesehen, daß jede Vertragspartei von der anderen die Berücksichtigung ihrer Interessen sowie Untersuchungsmaßnahmen wegen

5 — Für die Gemeinschaft sind Wettbewerbsgesetze die Artikel 85, 86, 89 und 90 EWG-Vertrag, die Verordnung (EWG) des Rates Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, die Artikel 65 und 66 EGKS-Vertrag und ihre Durchführungsbestimmungen einschließlich der Entscheidung Nr. 24/54 der Hohen Behörde sowie sonstige Gesetze oder Bestimmungen, die von den Parteien für die Zwecke dieses Abkommens gemeinsam in schriftlicher Form als „Wettbewerbsgesetz“ eingestuft werden (Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe a, i).

6 — Den Mitgliedstaaten als Anlage zum Abkommensentwurf übersandter Vermerk.

wettbewerbswidriger Verhaltensweisen verlangen kann, die im Gebiet der anderen Behörde begangen wurden und die Auswirkungen auf den relevanten Markt der verlangenden Behörde haben kann.

kann (Artikel 11 Absatz 2) und daß es binnen zwei Jahren nach seinem Inkrafttreten unter Berücksichtigung der Ergebnisse seiner Anwendung zu prüfen ist, um insbesondere festzustellen, ob eine engere Zusammenarbeit den Belangen der Parteien dienlich sein könnte (Artikel 11 Absatz 3).

Neben diesem Verfahren ist auch die „traditional comity“ vorgesehen, also die Verpflichtung, wesentliche Interessen der anderen Partei „bei Beschlüssen über die Einleitung einer Untersuchung oder eines Verfahrens, über die Reichweite einer Untersuchung oder eines Verfahrens, über die Art der angestrebten Abhilfen oder Sanktionen und je nach Sachlage auf sonstige Weise“ in Betracht zu ziehen (Artikel 6). Bei der Anwendung dieser Bestimmungen haben die Parteien eine Reihe von detailliert aufgeführten Grundsätzen zu beachten. Auch sind Konsultationsverfahren zu allen Fragen in Zusammenhang mit diesem Abkommen vorgesehen (Artikel 7); das Abkommen schreibt sogar die Form vor, in dem der Verkehr zwischen den zuständigen Behörden stattzufinden hat.

6. Dieser — hier kurz wiedergegebene — Inhalt des Abkommens läßt eine Reihe von funktionellen und Verfahrensverpflichtungen erkennen, die auf eine Abstimmung abzielen, mit deren Hilfe Schwierigkeiten vermieden werden sollen, die sich aus der Anwendbarkeit mehrerer Wettbewerbsrechte auf ein und denselben Fall ergeben können.

Was die Vertraulichkeit der Unterlagen anbetrifft, so ist die Weiterleitung von Unterlagen nicht vorgeschrieben, wenn die Weiterleitung nach dem Recht der Partei, die diese Kenntnisse besitzt, verboten ist (Artikel 8); auch ist eine Auslegung des Abkommens verboten, die mit den bestehenden Gesetzen der beiden Parteien unvereinbar wäre oder eine Rechtsänderung verlangte (Artikel 9). Schließlich ist vorgesehen, daß das Abkommen mit einer Frist von zwei Monaten gekündigt werden

Wie bereits gesagt, zielt die französische Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Abkommens im wesentlichen mit der Begründung, daß die Kommission zum Abschluß nicht zuständig gewesen sei. Auch die Rüge der Verletzung des Grundsatzes der Rechtssicherheit und die Rüge der Verletzung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts laufen letztlich, wie wir sehen werden, darauf hinaus, daß die Kommission zum Abschluß eines solchen Abkommens nicht zuständig sei.

Bevor ich mich der Begründetheit zuwenden kann, sind einige Bemerkungen zur Zulässigkeit der Klage angebracht.

## Zulässigkeit

7. Wie bekannt, überwacht der Gerichtshof nach Artikel 173 Absatz 1 EWG-Vertrag die Rechtmäßigkeit des Handelns der Organe, „soweit es sich nicht um Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt“. Nach der einschlägigen Rechtsprechung kommt der äußeren Form der Handlung jedoch keine Bedeutung für den Rechtsschutz zu; vielmehr ist auf Wirkungen und Inhalt abzustellen<sup>7</sup>. Der Gerichtshof hat seit dem Urteil „AETR“<sup>8</sup> ausgeführt, daß die Nichtigkeitsklage unabhängig von ihrer Natur oder Form gegen alle von den Organen erlassenen Bestimmungen gegeben ist, die Rechtswirkungen erzeugen sollen.

Daß die vorliegende Handlung Rechtswirkungen erzeugen soll, ergibt sich schon daraus, daß die Kommission selbst ihn zwar als minderes Abkommen einstuft, aber nicht bestreitet, daß er den Vertragsparteien Verpflichtungen auferlegt: Damit handelt es sich um eine Handlung, die Rechtswirkungen erzeugen soll<sup>9</sup>, wie wir es im übrigen noch sehen werden (Nrn. 8 bis 22).

8. Da Frankreich das Abkommen als solches förmlich angreift, ist jedoch für die Zulässigkeit der Klage zu fragen, ob ein Abkommen

als „Handeln der Organe“ im Sinne des Artikels 173 angesehen werden kann und, falls dies zu verneinen ist, ob die Klage, wie die Französische Republik in der Sitzung vorgebracht hat, stillschweigend als gegen die „Entscheidung“ der Gemeinschaft gerichtet angesehen werden kann, mit der zum Abschluß des Abkommens ermächtigt wurde.

Die Kommission fragt sich zwar, ob die Französische Republik nicht die Entscheidung vom 10. September 1991 hätte anfechten müssen, mit der zum Abschluß des Abkommens mit den Vereinigten Staaten ermächtigt wurde, nicht aber das Abkommen selbst; gleichwohl hat sie nicht förmlich eine Einrede der Unzulässigkeit erhoben, sondern die Entscheidung dem Gerichtshof anheimgestellt.

Sie hat jedoch vorgetragen, daß die Kontrolle des Gerichtshofes im Sinne des Artikels 173 sich nur auf Organhandlungen beziehen könne, zu denen ein Abkommen gewiß nicht zu zählen sei, da es keine einseitige Handlung eines Gemeinschaftsorgans darstelle, da ein Drittstaat an seinem Entstehen beteiligt sei, und somit nicht als solche betrachtet werden könne. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes, in der er auch die Zuständigkeit zur Auslegung von Abkommen im Wege der Vorabentscheidung in Anspruch nimmt<sup>10</sup>, bestätige, daß Gegenstand der Rechtmäßigkeitskontrolle nur die Handlung sein könne, die sich auf den Abschluß des Abkommens beziehe, nicht das Abkommen selbst.

7 — Vgl. zuletzt Urteil vom 16. Juni 1993 in der Rechtssache C-325/91 (Frankreich/Kommission, Slg. 1993, I-3283, Randnr. 9).

8 — Urteil vom 31. März 1971 in der Rechtssache 22/70 (Kommission/Rat, Slg. 1971, 263, Randnr. 42).

9 — Vgl. S. 5 und 6 der Klagebeantwortung.

10 — Vgl. insbesondere Urteil vom 30. April 1974 in der Rechtssache 181/73 (Haegeman, Slg. 1974, 449).

9. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes schließt die Möglichkeit, ein Abkommen unmittelbar anzugreifen, in keiner Weise aus. Mehrere Gesichtspunkte sprechen sogar für diese Möglichkeit.

Zwecke ihrer Auslegung für die Gemeinschaft Organhandlungen gleichzustellen seien<sup>12</sup>.

Der Gerichtshof hat Abkommen den Organhandlungen gleichgestellt, um seine Kompetenz zur Vorabauslegung von Abkommen der Gemeinschaft mit Drittländern zu begründen. So hat der Gerichtshof im Urteil Haegeman<sup>11</sup> ausdrücklich ausgesprochen, daß ein gemäß Artikel 228 EWG-Vertrag geschlossenes Abkommen für die Gemeinschaft die Handlung eines Organs der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 177 Absatz 1 Buchstabe b darstelle und daß die Bestimmungen des Abkommens ab ihrem Inkrafttreten Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung seien.

10. Von größerer Bedeutung für die uns hier interessierenden Fragen ist noch, daß der Gerichtshof seit dem Gutachten 1/75<sup>13</sup> ganz eindeutig, wenn auch nur obiter, eine Zuständigkeit zur Ausübung einer nachträglichen Rechtmäßigkeitskontrolle über völkerrechtliche Abkommen der Gemeinschaften in Anspruch nimmt. Damals hat der Gerichtshof ausgeführt, daß er nach Artikel 169 oder Artikel 173 EWG-Vertrag oder im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens mit der Frage befaßt werden könne, ob der Abschluß eines bestimmten Abkommens in die Zuständigkeiten der Gemeinschaft falle und ob diese Zuständigkeiten gegebenenfalls in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht ausgeübt worden seien<sup>14</sup>.

Da sich der Gerichtshof in diesem Urteil auf die Entscheidung des Rates über den Abschluß des fraglichen Abkommens bezog, wurde die zitierte Stelle in dem Sinne verstanden, daß die Zuständigkeit des Gerichtshofes zu einer Auslegung völkerrechtlicher Abkommen nur aufgrund der zwischengeschalteten Handlung der Gemeinschaftsexekutive gegeben sei. Gleichwohl hat der Gerichtshof auch in späteren einschlägigen Urteilen wiederholt, daß Abkommen für

Offenkundig ergibt sich somit zum einen die Möglichkeit einer Kontrolle (auch nach Artikel 173 daraus, daß die Außenzuständigkeiten der Gemeinschaft nur unter Beachtung der formellen und materiellen Vorschriften des EWG-Vertrags ausgeübt werden dürfen; zum anderen ist die Möglichkeit einer direkten Kontrolle von Abkommen der Gemeinschaft nicht ausgeschlossen, da der Gerichtshof zu Recht ausgeführt hat, daß er im Rahmen einer Klage nach Artikel 173 zu überwachen habe, ob die Kompetenz zum Abschluß eines Abkommens in

12 — Dieses Ergebnis gilt auch für gemischte Abkommen; vgl. beispielsweise Urteil vom 30. September 1987 in der Rechtssache 12/86 (Demirel, Slg. 1987, 3719, Randnr. 7).

13 — Gutachten des Gerichtshofes vom 11. November 1975, Slg. 1975, 1355.

14 — Gutachten 1/75, S. 1361.

11 — Urteil vom 30. April 1974, Randnrn. 3/5.

Übereinstimmung mit den Bestimmungen des EWG-Vertrags ausgeübt worden sei.

11. Richtig ist, daß der Gerichtshof bisher eine solche nachträgliche Kontrolle noch nicht konkret ausüben konnte, selbst wenn er sich bereits über die Rechtmäßigkeit einer Gemeinschaftshandlung über den Abschluß eines Abkommens ausgesprochen hat<sup>15</sup>. Zu prüfen ist somit, ob eine solche Kontrolle nur auf dem Umweg über die Verordnung oder die Entscheidung zulässig ist, die den Abschluß des Abkommens genehmigt, oder ob auch das Abkommen selbst angegriffen werden kann.

Das ist eine rein formelle Frage. Im Gemeinschaftsrechtssystem, in dem Rechtsschutz ausnahmslos gegen alle Handlungen und Verhaltensweisen der Organe, der Bürger und der Mitgliedstaaten gegeben ist, die für diese Rechtsordnung von Bedeutung sind, läßt sich die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verfahrens zum Abschluß eines Abkommens mit dritten Ländern vernünftigerweise nicht ausschließen. Ob diese Kontrolle in Form einer förmlichen Rüge des Abkommens als solchen oder der Handlung, mit der das Abkommen genehmigt wird, oder schließlich einer nur stillschweigenden Handlung erfolgt, ist eine zweitrangige, vollkommen belanglose Frage.

15 — Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 165/87 (Kommission/Rat, Slg. 1988, 5545).

12. Was die Frage der Folgen der möglichen Feststellung der Unzuständigkeit des Organs einer der Vertragsparteien für den Bestand des Abkommens angeht — eine Frage, die in der Lehre zu Unrecht häufig in Verbindung mit der genannten Frage erörtert wird<sup>16</sup>, — sollen einige Bemerkungen genügen. Zum einen handelt es sich dabei um ein Problem, das sich erst später stellt und im Völkerrecht, insbesondere in Artikel 46 der Wiener Konvention vom 21. März 1986 betreffend das Recht der von internationalen Organisationen geschlossenen Verträge angemessen geregelt ist, zum anderen um ein Problem, das sich regelmäßig — ohne daß es jemals bestritten worden wäre — in den meisten Rechtssystemen stellt, in denen die auswärtigen Beziehungen der Exekutive der richterlichen Kontrolle wenigstens hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Abschlußverfahrens nicht entzogen sind<sup>17</sup>.

13. Sollte der Gerichtshof zu einem anderen Ergebnis kommen, ist zu untersuchen, wie es die Französische Republik vorträgt, ob die Klage als Klage gegen die Entscheidung betrachtet werden kann, mit der der Abschluß des Abkommens genehmigt wird.

16 — Vgl. insbesondere Rideau, J.: „Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux“, in *Revue générale de droit international public*, 1990, S. 289 ff., 380 ff.

17 — Ich brauche nicht hinzuzufügen, daß sich die Frage der Wirkungen einer möglichen Nichtigerklärung, was die Beachtung der eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen angeht, unabhängig davon in derselben Weise stellt, ob es sich um die Erklärung der „Nichtigkeit“ des Abkommens — selbstverständlich was die Gemeinschaft betrifft — oder der Handlung handelt, die den Abschluß des Abkommens erlaubte und dessen Rechtsgrundlage darstellt.

Hierfür sind folgende Gesichtspunkte von Bedeutung:

- Den Verhandlungen zwischen der Kommission und den Vereinigten Staaten gingen weder eine Handlung des Rates noch öffentliche Gespräche mit den Mitgliedstaaten voraus;
- der Abkommensentwurf wurde den Mitgliedstaaten gemeinsam mit einem Vermerk zugestellt;
- der Entwurf wurde anschließend von der Kommission genehmigt (am 10. 9. 91); gleichzeitig ermächtigte die Kommission ihren Vizepräsidenten zur Unterzeichnung und zum Abschluß des Abkommens; diese Entscheidung findet sich jedoch nur im Protokoll der Sitzung, das den Mitgliedstaaten nicht bekanntgemacht wurde;
- das Abkommen wurde am 23. September 1991 unterzeichnet;
- das unterzeichnete Abkommen wurde den Mitgliedstaaten mit Schreiben des Generaldirektors für Wettbewerb vom 7. Oktober 1991 zugestellt.

14. Die Entscheidung, mit der der Abschluß des Abkommens genehmigt wurde, ist somit auf das Protokoll der Kommission vom 10. September beschränkt geblieben und weder veröffentlicht noch den Mitgliedstaaten zugestellt oder in irgendeiner Weise zur Kenntnis gebracht worden. Es ist somit nicht ersichtlich, wie die Klägerin eine Entscheidung hätte anfechten können, von deren Existenz sie nichts wußte; der Gerichtshof mußte die Vorlage zur Ergänzung der Akten des vorliegenden Verfahrens verlangen, damit man sie endlich zur Kenntnis nehmen konnte.

Um über dieses unbestreitbare Faktum hinwegzukommen, trägt die Kommission vor, Frankreich hätte *die Existenz* einer solchen Entscheidung *annehmen* können und müssen, weil es zum einen die einschlägigen Bestimmungen der Geschäftsordnung kennen mußte und weil die fragliche Entscheidung den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten vor ihrem Erlaß „angekündigt“ — in welcher Form, ist nicht recht ersichtlich — wurde.

Dazu ist weiter nichts zu sagen. Die interne Entscheidung, mit der das Mitglied der Kommission ermächtigt wurde, das Abkommen im Namen der Kommission abzuschließen, findet sich nicht nur im Rahmen eines ungewöhnlichen Verfahrens<sup>18</sup>, sondern ist auch in keiner Weise über das Protokoll in der fraglichen Sitzung hinausgegangen.

18 — Normalerweise werden Entscheidungen über die Unterzeichnung eines Abkommens in den einschlägigen Protokollen festgehalten; ihnen folgt aber eine Entscheidung, mit der das Abkommen gebilligt und veröffentlicht wird; Das betrifft aber offensichtlich vom Rat geschlossene Abkommen.

Frankreich kann also nicht vorgeworfen werden, eine „Entscheidung“ nicht angefochten zu haben, die sich in keiner Handlung beliebiger Form, und sei sie auch namenlos, niedergeschlagen hat.

noch eine Billigung noch irgendeine andere „Gemeinschafts“handlung in Verbindung mit dem Abkommen vorliegt.

15. Was das weitere Argument der Kommission betrifft, die Klägerin hätte auch das Schreiben vom 7. Oktober 1991 anfechten können, mit dem das Abkommen übermittelt wurde, so handelte es sich dabei um ein schlichtes Übermittlungsschreiben, das nicht einem Organ, sondern nur einem seiner Beamten zuzurechnen ist. Es handelt sich also um ein „Dokument“, das keinen Nachteil schaffen kann, über den sich der Adressat beschweren könnte, und das keinesfalls als solches eine anfechtbare Handlung im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes darstellt<sup>19</sup>.

Alles in allem würde es sich, um es ganz klar zu sagen, schlicht um eine Farce handeln. Schlösse man sich der erörterten Auffassung an, so würde jede Verfahrensumgehung gebilligt; diese würde zum besten Mittel, die Anfechtung einer Handlung völlig auszuschließen.

Selbst wenn also ein Abkommen als solches nicht nach Artikel 173 angefochten sollte werden können, so wäre die vorliegende Klage doch zulässig. Da es „materiell“ unmöglich wäre, die übliche Gemeinschaftshandlung „über den Abschluß des Abkommens“ anzufechten, da diese im vorliegenden Fall nicht erging oder jedenfalls der Klägerin nicht zur Kenntnis kam, ist nur die Lösung vorstellbar, daß die Klage stillschweigend gegen die Entscheidung, welche auch immer das sei, gerichtet war, die den Abschluß des fraglichen Abkommens gestattete.

16. Nach alledem wäre es übermäßig formalistisch, die Klage im vorliegenden Fall für unzulässig zu erklären; außerdem liefe es auf das Paradox hinaus, daß nicht geprüft werden könnte, ob ein Abkommen entsprechend den einschlägigen Kompetenzvorschriften des EWG-Vertrags geschlossen wurde, wenn weder ein formeller Verhandlungsauftrag

### Begründetheit

17. Das eigentliche Problem besteht somit in der Prüfung, ob die Kommission zum

<sup>19</sup> — Vgl. Nr. 7. Vgl. weiter Urteil vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-198/91, Cook, in der der Gerichtshof ausgeführt hat, daß ein schlichtes Informationsschreiben keine Entscheidung darstellt, die Gegenstand einer Nichtigkeitsklage sein könnte (Slg. 1993, I-2487, Randnr. 14).

Abschluß eines derartigen Abkommens, das sie als Verwaltungsabkommen bezeichnet, zuständig ist. Um diese Qualifikation dreht sich das gesamte Vorbringen der Kommission, die nach wie vor ihre Zuständigkeit zum Abschluß von Abkommen mit dritten Ländern behauptet, zumindest, soweit es dabei um Verwaltungsabkommen handelt.

kerrechtlichen Verträgen. Für die Feststellung seines Wesens ist auf die Identität seiner Adressaten und den Willen der Vertragsparteien, auf den Inhalt des Abkommens und auf allfällige Bestimmungen über Sanktionen für seine Mißachtung abzustellen.

### *Die Einordnung des Abkommens*

18. Um alle möglichen Zweifel auszuschließen und eine Grundlage für mein späteres Vorbringen zu gewinnen, möchte ich zuallererst das fragliche Abkommen völkerrechtlich qualifizieren.

19. Insoweit ist von Bedeutung, daß zwar die Kommission formell als Partei bezeichnet ist, daß aber einige Bestimmungen des Abkommens belegen, daß völkerrechtlich die Gemeinschaft verpflichtet wird. So verweist Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b auf das „Gebiet der Parteien“, Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c auf ihre „Bundesstaaten bzw. Mitgliedstaaten“. Insbesondere aber wird die Kommission in Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe b als Wettbewerbsbehörde „für die Europäischen Gemeinschaften“ bezeichnet, wie auch das Wettbewerbsrecht, das Gegenstand des Abkommens ist, durch Verweis auf die Europäischen Gemeinschaften gekennzeichnet wird (Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe a, i).

Das fragliche Abkommen ist formell mit „Abkommen“ überschrieben und wurde zwischen der Kommission und der Regierung der Vereinigten Staaten geschlossen, in deren Rechtsordnung es ein „executive agreement“<sup>20</sup> darstellt; gleichwohl unterscheidet es sich in nichts von normalen völkerrechtlichen Verträgen.

Das Abkommen ist somit klar: Völkerrechtlich wird die Gemeinschaft verpflichtet; sie ist als wahre Vertragspartei zu sehen. Im übrigen hat die Kommission in ihren Erklärungen zum Streitbeitritt des Königreichs Spanien und des Königreichs der Niederlande selbst erklärt, daß infolge des Verlangens der amerikanischen Regierung, aus verfassungsrechtlichen Gründen als Vertragspartei zu erscheinen, die Gemeinschaft zwangsläufig die andere Vertragspartei habe sein müssen, zumal die Kommission nicht

20 — Mit diesem Begriff werden Abkommen bezeichnet, die der Präsident ohne Zustimmung des Senats schließt. Das ist ein in den Vereinigten Staaten in großem Umfang gebrauchtes Verfahren, das auf einer vom Supreme Court gebilligten Praxis beruht. Hinsichtlich ihrer Wirkungen und ihrer Stellung in der Völkerrechtsordnung unterscheiden sich „executive agreements“ in nichts von Staatsverträgen, die gemäß der Bundesverfassung mit parlamentarischer Zustimmung geschlossen wurden.

*völkerrechtsfähig und es daher juristisch richtiger sei, die Gemeinschaft als Vertragspartei zu bezeichnen.* Freilich hat die Kommission anschließend auf eine Frage des Gerichtshofes klargestellt, daß diese Ausführungen nur allgemein und nicht für den vorliegenden Fall gälten, wie der Umstand zeige, daß die Kommission im Titel des Abkommens neben der Regierung der Vereinigten Staaten genannt werde, was freilich völlig irrelevant ist.

20. Auch der Bindungswille der Parteien erscheint klar. Die Kommission hat selbst erklärt, daß der Abschluß eines solchen Abkommens auf der Absicht beruht habe, über im Rahmen der OECD empfohlene Verhaltensweisen nicht nur durch eine engere Zusammenarbeit und Abstimmung, sondern auch und vor allem durch klar umschriebene, verbindliche Verhaltensweisen im Rahmen eines rechtsverbindlichen Dokuments hinauszugehen.

Was das Wesen der Verpflichtungen aus dem Abkommen betrifft, so handelt es sich um funktionelle und Verfahrensverpflichtungen, jedenfalls um Verpflichtungen, die die Parteien und damit die Gemeinschaft binden und die zweifellos ein völkerrechtliches Abkommen darstellen.

21. Außerdem enthält das Abkommen eine ausdrückliche Kündigungsklausel, wonach zwischen der Kündigung und dem Ende der Wirkungen des Abkommens ein Zeitraum von zwei Monaten liegen muß; dabei handelt es sich um eine Klausel, wie sie für rechtliche Verträge typisch ist, die Verpflichtungen der Parteien schaffen.

Was schließlich die Frage der Sanktionen betrifft, so kann und darf man sich über das Fehlen einer ausdrücklichen dahin gehenden Bestimmung nicht wundern, da für völkerrechtliche Abkommen der Grundsatz des *pacta sunt servanda* gilt und dieser Grundsatz nicht jedesmal eigens wiederholt zu werden braucht. Auch darf der Umstand nicht überschätzt werden, daß die bei Verletzung des Abkommens einzig zulässige Reaktion darin besteht, es nicht mehr zu vollziehen; diesen Umstand hat das Abkommen mit zahlreichen zweiseitigen Abkommen, insbesondere mit von internationalen Organisationen geschlossenen Abkommen gemein, bei denen recht fraglich ist, ob sie den normalen völkerrechtlichen Sanktionen unterliegen können. Allenfalls könnte man sich wirtschaftliche Repressalien vorstellen, die freilich nicht von allen als Sanktionen im eigentlichen Sinne angesehen werden.

Nach alledem ist kein Zweifel daran möglich, daß das von der Kommission geschlossene Abkommen ein völkerrechtliches Abkommen ist und sein will, das zumindest funktionelle und Verfahrensverpflichtungen der Gemeinschaft vorsieht und damit dem Völkerrecht unterliegt.

22. Die Kategorie der Verwaltungsabkommen als eigene Kategorie völkerrechtlicher Abkommen ist als solche dem Völkerrecht unbekannt. Es handelt sich vielmehr um eine Bezeichnung für eine typischerweise interne Praxis, soweit einem solchen Typ von Abkommen Bedeutung zukommt. Das Völkerrecht kennt verbindliche Abkommen und — allenfalls — die „bizarre“ Kategorie der nicht verbindlichen Abkommen<sup>21</sup>, die auf unterschiedliche, eigenartige Weise qualifiziert werden, aber im wesentlichen zwei Typen umfassen: zum einen die „gentlemen's agreements“, die von großer politischer Bedeutung sein und selbst eine internationale Überwachung ihrer Einhaltung kennen können<sup>22</sup>, und „Verständigungen“, die Orientierungen, Verhaltensweisen in bestimmten Gebieten konsolidieren sollen, aber keine rechtliche Bedeutung haben, wie sich im übrigen aus dem klaren Willen der Parteien ergibt<sup>23</sup>. Freilich werden solche Abkommen regelmäßig stets von den zuständigen Behörden und nicht von irgendeiner beliebigen anderen Stelle geschlossen.

den entsprechenden Verwaltungen anderer Staaten geschaffen werden sollen. Diese Art von „Abkommen“, die offenkundig keine völkerrechtlichen Abkommen sind und tatsächlich von Stellen geschlossen werden, die zur völkerrechtlichen Verpflichtung des Staates nicht zuständig sind, wird faktisch geduldet; sie laufen auf eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen Verwaltungen hinaus, die im Rahmen ihres Ermessens handeln, und unterliegen somit sicherlich nicht dem Völkerrecht<sup>24</sup>.

Nach den obigen Ausführungen fällt das vorliegende Abkommen freilich nicht in diese Kategorie, zumal die Kommission selbst ausgeführt hat, daß es sich um eine verbindliche Handlung handle, und zwar um ein Abkommen im Sinne des Artikels 228 EWG-Vertrag (vgl. S. 19 der Klagebeantwortung).

Daneben gibt es bestimmte Vereinbarungen zwischen besonderen Verwaltungseinheiten, mit denen Formen der Zusammenarbeit mit

21 — Vgl. hierzu Schachter: „The twilight existence of nonbinding international agreements“, in: *American Journal of International Law*, 1977, S. 296.

22 — Zu erinnern ist an die Vereinbarungen über die Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa, die sich aus der Schlußakte der Helsinki-Konferenz von 1975 ergeben.

23 — Auf unserem Gebiet ist auf das Abkommen zwischen den Vereinigten Staaten und Kanada vom 9. März 1984 (vgl. *American Journal of International Law*, 1984, S. 659) hinzuweisen, in dessen Artikel 12 es ausdrücklich heißt, daß es kein völkerrechtliches Abkommen darstellt.

Somit ist zu untersuchen, ob Artikel 228 der Kommission den Abschluß völkerrechtlicher Abkommen ungeachtet ihrer Bezeichnung erlaubt.

24 — Vgl. hierzu den vorläufigen Bericht für das Institut de droit international von Virally, La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique, *Annuaire de l'I. D. I.*, Session de Cambridge, vol. 60-1, 1983, S. 166, 212 ff.

*Die Auslegung des Artikels 228 EWG-Vertrag*

23. Einschlägig ist also Artikel 228 EWG-Vertrag in der Fassung, die vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht galt. Diese Bestimmung scheint den Rat allgemein als einziges für den Abschluß völkerrechtlicher Abkommen zuständiges Organ zu bezeichnen, während die Kommission für die Aushandlung zuständig ist. Artikel 228 Absatz 1 Unterabsatz 1 bestimmt, daß auswärtige Abkommen „vorbehaltlich der Zuständigkeiten, welche die Kommission auf diesem Gebiet besitzt, durch den Rat geschlossen [werden]; dieser hört zuvor das Europäische Parlament in allen Fällen, in denen der Vertrag dies vorsieht“.

Unter Berufung auf diese Bestimmung trägt die Kommission vor, Artikel 228 sehe keine ausschließliche Kompetenz des Rates vor; er lasse sich auch nicht dahin auslegen, daß der Vorbehalt ausschließlich die der Kommission im EWG-Vertrag zugewiesenen Zuständigkeiten meine; die Bestimmung beziehe sich auf die Zuständigkeiten, die die Kommission „besitze“, nicht auf diejenigen, die ihr zugewiesen seien.

Die Kommission entnimmt somit diesem Satzteil, daß ihr nach Artikel 228 entweder

auf der Grundlage der Praxis der Organe oder kraft Gewohnheitsrechts (das seinerseits auf einer Auslegung des Artikels 228 beruht, wie sie sich in der Praxis durchgesetzt habe), die Befugnis zum Abschluß völkerrechtlicher Abkommen zukommen könne. So verhalte es sich auch tatsächlich: Kraft ständiger Praxis stehe ihr die allgemeine Befugnis zum Abschluß völkerrechtlicher Abkommen, freilich nur von Verwaltungsabkommen, zu.

24. Artikel 228 EWG-Vertrag, insbesondere der Satzteil über die Zuständigkeiten, welche die Kommission „besitzt“, kann nicht in dem Sinne verstanden werden und hat nicht die Wirkungen, die die Kommission behauptet. Vielmehr bezieht sich dieser Ausdruck darauf, daß die Kommission im Rahmen der EWG in bestimmten ausdrücklich bezeichneten Fällen eine beschränkte Vertragsabschlußkompetenz hat<sup>25</sup>. Ich verweise auf Artikel 7 des Protokolls über die Vorrechte und Befreiungen, wonach die Kommission Abkommen zur Anerkennung von Ausweisen, die die Gemeinschaft Gemeinschaftsbürgern ausgestellt hat, als im Hoheitsgebiet dritter Länder gültige Reiseausweise schließen kann, sowie auf die Zuständigkeiten, die der Kommission in den Artikeln 229 bis 231 stillschweigend eingeräumt sind, um zweckdienliche Beziehungen mit anderen internationalen Organisationen sicherzustellen.

25 — Es wird auch vertreten, daß der fragliche Satzteil der Abgrenzung der Begriffe Aushandeln und Schließen dienen könnte, da es recht schwierig ist, festzustellen, bis zu welchem Punkt das Aushandeln geht und wann das Schließen beginnt. In diesem Sinne Louis und Bruckner, *Relations extérieures*, in: Megret, *Le droit de la Communauté économique européenne*, Band XII, 1980, S. 20 ff.

In der Literatur wird auch vertreten, die fragliche Bestimmung lasse erkennen, daß der Rat der Kommission in bestimmten Fällen die Vertragsabschlußkompetenz delegieren könne, was der Rat freilich trotz entsprechender Forderungen der Kommission niemals getan hat. Diese Möglichkeit ist in der Änderung des Artikels 228 durch den Vertrag von Maastricht, der kürzlich in Kraft getreten ist, ausdrücklich anerkannt worden.

Nach Artikel 228 Absatz 4 EG-Vertrag kann die Kommission nunmehr bestimmte Abkommen in vereinfachter Form schließen. Die Voraussetzungen, von denen die Ausübung einer solchen Zuständigkeit abhängt, belegen jedoch die außerordentliche Zurückhaltung der Staaten gegenüber dem, was die Kommission hier vorträgt. Diese Möglichkeit ist nämlich auf Änderungen bereits bestehender, vom Rat in den üblichen Formen geschlossener Abkommen beschränkt und nur gegeben, wenn das fragliche Abkommen vorsieht, daß die fraglichen Änderungen in einem vereinfachten Verfahren oder von einem Organ erlassen werden, das durch das Abkommen selbst geschaffen wird. Außerdem kann die Ermächtigung seitens des Rates mit zusätzlichen Sonderbedingungen verbunden werden.

Hierzu hat die Kommission in der Sitzung ausgeführt, die neue Fassung des Artikels 228, die ihr die Befugnis zur Änderung bereits bestehender, vom Rat geschlossener Abkommen hinsichtlich technischer Aspekte einräume, betreffe und berühre die ihr bereits zuerkannte Zuständigkeit zum Abschluß von Verwaltungsabkommen nicht.

Hier sieht man wieder das Leitmotiv des Kommissionsvorbringens.

25. Vielleicht im dem Bewußtsein, daß sich im Wortlaut des Artikels 228 kein Beleg für ihre Auffassung finden läßt, hat die Kommission hinzugefügt, daß die ihr zuerkannte Befugnis auf dem Gedanken des Artikels 101 Absatz 3 EAG-Vertrag beruhe und von diesem begrenzt sei; es handele sich um Abkommen, die keine finanziellen Lasten für die Gemeinschaft mit sich brächten und eine Mitwirkung des Rates nicht erforderten (somit um schlichte Durchführungsabkommen).

Artikel 101 EAG-Vertrag weist der Kommission zunächst die Zuständigkeit zu, Abkommen und Vereinbarungen mit dritten Staaten auszuhandeln und mit Zustimmung des Rates abzuschließen<sup>26</sup>. In Absatz 3 heißt es dann, daß „Abkommen und Vereinbarungen, deren Durchführung keine Mitwirkung des Rates erfordert und im Rahmen des betreffenden Haushaltsplans möglich ist, von der Kommission allein ausgehandelt und abgeschlossen [werden]; die Kommission hat lediglich den Rat hierüber ständig zu unterrichten“.

26. Die Auffassung der Kommission, die Zuständigkeit zum Abschluß völkerrechtlicher Abkommen beruhe auf den Kriterien

26 — Das Verfahren unterscheidet sich somit grundlegend von dem des Artikels 228 EWG-Vertrag. Vgl. hierzu Raux: „La procédure de conclusion des accords externes de la Communauté européenne de l'énergie atomique“, *Revue générale de droit international public*, 1965, S. 1019.

des Artikels 101 EAG-Vertrag, ist nicht vertretbar. In Artikel 101 wurde mit voller Absicht ein völlig anderes Verfahren als in Artikel 228 EWG-Vertrag vorgesehen; dem kommt erhebliche Bedeutung zu, zumal die Verträge am selben Tag unterzeichnet wurden und zahlreiche völlig identische Bestimmungen enthalten.

Legt man Artikel 228 in dem Sinne aus, daß die Kommission nur die ihr vom EWG-Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumten oder vom Rat übertragenen Zuständigkeiten besitzt, so ist der Klage Frankreichs mit der Begründung stattzugeben, daß die Kommission keine Zuständigkeit zum Abschluß des fraglichen Abkommens besaß.

Die unterschiedliche Formulierung der beiden, einander entsprechenden Bestimmungen beruht nicht auf Zufall. Der Unterschied weist vielmehr auf den Willen der Vertragsverfasser hin, der Kommission im Rahmen der EWG nicht dieselbe Kompetenz einzuräumen wie im Rahmen der EAG. Die Zuständigkeit der Kommission, die ihr in Artikel 101 EAG-Vertrag ausdrücklich eingeräumt ist, fehlt in Artikel 228 EWG-Vertrag: *ubi lex tacuit, noluit*.

Ist Artikel 228 für den Abschluß von Verträgen die allgemeine Vorschrift und ist er in dem Sinne auszulegen, daß er der Kommission keine autonome Kompetenz einräumt, so kann ich die Untersuchung offensichtlich hier abschließen.

#### *Die Praxis der Kommission*

27. Im Wortlaut des Artikels 228, insbesondere im streitigen Satzteil, läßt sich keine Stütze für die Auffassung der Kommission finden, ihr sei die Zuständigkeit für den Abschluß bestimmter Abkommen zuerkannt. Auch eine Bezugnahme auf Artikel 101 EAG-Vertrag hinsichtlich der Schranken und der Voraussetzungen für die Ausübung einer solchen Zuständigkeit ist unzulässig, zumal die beiden Bestimmungen sich hinsichtlich der Abschlußkompetenz grundlegend unterscheiden.

28. Andererseits ist nicht zu übersehen, daß die Kommission vertragliche Instrumente auch auf anderen Gebieten geschaffen hat<sup>27</sup>. Sie hat bestimmte Abkommen über die Vorrechte und Befreiungen diplomatischer Ver-

27 — In ihren Schriftsätzen hat die Kommission insbesondere auf 25 Beispiele der bilateralen Zusammenarbeit mit dritten Staaten verwiesen, die sämtlich nach 1974 geschlossen wurden. Nur das streitige Abkommen wurde freilich formell als Abkommen bezeichnet. In den anderen Fällen wurden sie als Schriftwechsel (achtzehn), als memorandum of understanding (zwei), als Verwaltungsverständigung (drei), als agreed minutes (eins) bezeichnet. Acht dieser Abkommen wurden mit den Vereinigten Staaten geschlossen, einige direkt mit der Regierung, andere mit bestimmten „Departments“.

tretenen<sup>28</sup>, über wirtschaftliche Beziehungen mit den Mitgliedsländern des GATT<sup>29</sup>, sowie auf bestimmten technischen Gebieten<sup>30</sup>, insbesondere auf dem Gebiet der Pflanzengesundheit und der wissenschaftlichen und technischen Zusammenarbeit geschlossen.

Läßt sich daraus ableiten, daß der Kommission im Wege einer in der Praxis bestätigten Auslegung des Artikels 228 eine autonome Befugnis zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge zukommt, weil der Rat und die Mitgliedstaaten bis heute die von der Kommission geschlossenen Abkommen nicht in Frage gestellt haben?

29. So kann man die Frage nicht ernsthaft stellen, ohne zu untersuchen, ob und inwieweit der Rat und die Mitgliedstaaten über eine solche Praxis tatsächlich informiert waren und eine beschränkte Ausübung der

28 — Freilich kann die Eröffnung von Delegationen in dritten Ländern als Zeichen der Organisationshoheit der Kommission betrachtet werden. Zudem gibt es zumindest eine stillschweigende Billigung der Haushaltsbehörde (Rat und Parlament), die sich aus der Bereitstellung der für ihr Funktionieren erforderlichen Mittel ableiten läßt.

29 — Die von der Kommission auf diesem Gebiet in Form des Schriftwechsels geschlossenen Abkommen, die sich meistens auf den Abschluß des Panel beziehen, werden vorab im Ausschuß 113 des Rates erörtert.

30 — Hier handelt es sich um Abkommen im Rahmen einer bereits bestehenden Regelung in dem Sinn, daß sie andere Abkommen oder von den zuständigen Organen der Gemeinschaft erlassene Handlungen des abgeleiteten Rechts ergänzen oder klarstellen.

Zuständigkeiten seitens der Kommission auf diesem Gebiet bewußt geduldet haben.

Hierzu ist mit der Französischen Republik darauf hinzuweisen, daß der Gerichtshof entschieden hat, daß eine schlichte Praxis des Rates Bestimmungen des EWG-Vertrages nicht beseitigen kann. Eine solche Praxis könne daher keinen Präzedenzfall schaffen, der die Gemeinschaft hinsichtlich der richtigen Rechtsgrundlage binden könne<sup>31</sup>. Entgegen der Auffassung der Kommission können diese Ausführungen zur Wahl der Rechtsgrundlage sehr wohl auf den vorliegenden Fall übertragen werden: Sonst käme man zu dem Ergebnis, daß ein Verstoß gegen den EWG-Vertrag allein deshalb Recht würde, weil er ... sich wiederholt!

30. Damit besteht kein Anlaß, zu überprüfen, ob das streitige Abkommen seinem Inhalt oder seinem Wesen nach den von der Kommission bisher geschlossenen Abkommen gleichgestellt werden kann. Eine indirekte Bestätigung dessen, daß Artikel 228 nicht dahin ausgelegt werden kann, daß er der Kommission eine auch nur beschränkte Zuständigkeit zum autonomen Abschluß völkerrechtlicher Abkommen einräumt, läßt sich zudem gerade den Voraussetzungen entnehmen, von denen nach der Ansicht der Kommission selbst die Ausübung dieser Zuständigkeit abhängig ist.

31 — Urteil vom 23. Februar 1988 in der Rechtssache 68/86 (Verinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1988, 855, Randnr. 24).

Nach Auffassung der Kommission weisen die bisher abgeschlossenen „Verwaltungsabkommen“ folgende Besonderheiten auf:

men des Haushaltsplans durchgeführt wird, ist aus dieser Sicht ohne jede Relevanz.

- a) Die völkerrechtlichen Verpflichtungen, die sich daraus ergäben, seien beschränkt und könnten in vollem Umfang von der Kommission allein erfüllt werden (solche Verpflichtungen könnten auch gänzlich fehlen);
- b) solche Abkommen würden im Rahmen des Haushaltsplans durchgeführt und schüfen somit keine neuen finanziellen Verpflichtungen;
- c) im Falle der Nichterfüllung des Abkommens komme aufgrund des Wesens der fraglichen Verpflichtungen eine völkerrechtliche Haftung der Gemeinschaft nicht in Betracht; die allfällige Mißachtung solcher Verpflichtungen habe fast sicher das Ende des Abkommens zur (alleinigen) Folge.

31. Angesichts meiner Ausführungen in den Nummern 18 bis 22 brauche ich nur zu wiederholen, daß das Abkommen eine Reihe von funktionellen und Verfahrenspflichten der Gemeinschaft vorsieht; selbst wenn man sie als „beschränkt“ betrachtet, ändert das nichts an der Fragestellung, da es sich gleichwohl um ein völkerrechtliches Abkommen handelt. Ob ein solches Abkommen im Rah-

Was die Haftung angeht, so wird sie dem Wortlaut des Abkommens nach nicht ausgeschlossen; ein solcher Ausschluß folgt auch nicht aus einer Abstimmung zwischen den Parteien. Daß nach dem Wesen der im Abkommen vorgesehenen (gegenseitigen) Verpflichtungen die Folgen, die die Kommission hervorhebt, um die Haftung der Gemeinschaft auszuschließen, tatsächlich eintreten könnten, ist ebenfalls ohne jedes Interesse. Ich vermag nicht zu erkennen, wie man die Zuständigkeit der Kommission zum Abschluß völkerrechtlicher Abkommen dem Umstand sollte entnehmen können, daß ein Verstoß gegen das Abkommen der anderen Partei keine einschneidenden völkerrechtlichen Maßnahmen erlaubte; es wäre zumindest eigenartig, die Abschlußkompetenz eines Organs, das sonst unzuständig wäre, von einem derartigen Gesichtspunkt abhängig zu machen.

32. Nach alledem ist nicht ausgeschlossen, daß die Kommission mit dem Ausdruck „Verwaltungsabkommen“ in Wirklichkeit auf die in vereinfachter Form geschlossenen Abkommen Bezug nimmt, die nach dem nationalen Recht der meisten Staaten von der Exekutive ohne Beteiligung des Parlaments geschlossen werden und normalerweise — wenn man von Geheimabkommen absieht — verwaltungstechnische Gebiete betreffen, deren Durchführung keine Änderung des geltenden Rechts bedingt oder die bereits im normalen Verfahren geschlossene Abkommen ergänzen oder präzisieren, die sich also in den von anderen Abkommen geschaffenen

normativen Rahmen einfügen. Im Laufe des Verfahrens hat die Kommission in der Tat wiederholt auf die einschlägige Praxis der Mitgliedstaaten verwiesen, insbesondere auf Abkommen, die Regierungen außerhalb des in den Verfassungen vorgesehenen Ratifizierungsverfahrens schlossen und die in bestimmten Rechtsordnungen eben als Verwaltungsabkommen bezeichnet wurden<sup>32</sup>. Die fragliche Praxis beruht auf der Vorstellung, daß die Zuständigkeit zum Abschluß bestimmter Abkommen ohne weiteres der Exekutive zustehe<sup>33</sup>.

zusteht, so läßt sich doch die fragliche Theorie nicht mutatis mutandis in die gemeinschaftliche Rechtsordnung überführen, da sich hier eine autonome, allgemeine Exekutivfunktion, deren Ausübung der Kommission anvertraut wäre, nicht feststellen läßt. Bekanntermaßen ist es vielmehr der Rat, der außer seinen rechtsetzenden auch die allgemeinen Exekutivfunktionen wahrnimmt, während der Kommission die ihr im EWG-Vertrag ausdrücklich zugewiesenen oder ihr vom Rat delegierten Funktionen insoweit zukommen, als das die Rechtsgrundlage der Funktionszuweisung vorsieht.

33. Stellte sich die Frage derart, so müßte geprüft werden, ob die Zuständigkeit der Kommission zum Abschluß von Abkommen davon abhängt, ob dieses Organ als Exekutive der Gemeinschaft betrachtet werden kann.

34. Nach Artikel 4 Absatz 1 EWG-Vertrag handelt „jedes Organ ... nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse“. Artikel 228 weist die Zuständigkeit zum Abschluß völkerrechtlicher Abkommen allgemein dem Rat — in bestimmten Fällen — nach Anhörung des Europäischen Parlaments zu; diese Anhörung wäre, das ist von Bedeutung, erforderlich gewesen, wäre das Abkommen vom Rat geschlossen worden. Die Kommission hat hingegen nur die Zuständigkeit für die Aushandlung und in bestimmten, vom EWG-Vertrag selbst vorgesehenen Fällen eine beschränkte Abschlußkompetenz.

Selbst wenn man davon ausginge, daß der Exekutive auch der Abschluß von Verträgen

32 — Freilich ist die Kategorie solcher Abkommen in den nationalen Rechtsordnungen ausdrücklich (vgl. etwa Artikel 59 Absatz 2 Grundgesetz) oder wenigstens stillschweigend in dem Sinne vorgesehen, daß die Fälle der vorherigen Zustimmung des Parlaments ausdrücklich genannt sind (vgl. etwa Artikel 87 der italienischen Verfassung) mit der Folge, daß der Abschluß durch die Verwaltung in allen anderen Fällen gültig ist. Weder Artikel 228 noch eine andere Bestimmung des EWG-Vertrages sehen eine solche Möglichkeit auch nur indirekt vor.

33 — Diese Theorie hängt mit dem Umstand zusammen, daß die Zuständigkeit zur Unterzeichnung völkerrechtlicher Verträge herkömmlich ein Vorrecht des Souveräns ist und somit der Exekutive zusteht. Dieses Vorrecht ist jedoch verschwunden oder zumindest erheblich beschränkt, soweit repräsentative Organe in das Abschlußverfahren eingreifen.

Die Praxis kann somit das im EWG-Vertrag geregelte interinstitutionelle Gleichgewicht nicht ändern, das ohne jeden Zweifel in Artikel 228 eine grundlegende Verankerung von

— lassen Sie mich das klar sagen — Verfassungsrang gefunden hat. Es darf nicht vergessen werden, daß wir uns in einer Rechtsgemeinschaft befinden, die auf dem Grundsatz der Legalität und der Kompetenzteilung beruht.

Befugnis zum Abschluß völkerrechtlicher Abkommen zuzusprechen, die sich als eine Art von Annexkompetenz zu ihren inneren Kompetenzen auf einem bestimmten Gebiet darstellte.

*Parallelität zwischen Innen- und Außenkompetenzen*

35. Das Urteil „AETR“<sup>34</sup> ist Ausgangspunkt für die Bestimmung der auswärtigen Zuständigkeiten der Gemeinschaft. Der Gerichtshof hat dort ausgeführt, daß die Gemeinschaft außer in den im EWG-Vertrag ausdrücklich genannten Fällen überall dort völkerrechtliche Abkommen schließen kann, wo sie über innere Zuständigkeiten verfügt<sup>35</sup>.

In demselben Urteil heißt es auch, bei der Durchführung der Bestimmungen des EWG-Vertrages dürfe man die Regelung der inneren Maßnahmen der Gemeinschaft nicht von derjenigen der auswärtigen Beziehungen trennen<sup>36</sup>. Ließe man außer acht, daß es damals um die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten ging, so könnten diese Ausführungen dazu verwendet werden, der Kommission, soweit die Voraussetzungen dieses Urteils erfüllt sind, eine beschränkte

36. Die Kommission hat jedoch selbst anerkannt, daß dieses Urteil im vorliegenden Fall nicht einschlägig ist: Es betrifft eben die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, nicht aber diejenige zwischen verschiedenen Organen, um die es im vorliegenden Fall geht.

Gleichwohl hat die Kommission im Laufe des Verfahrens vorgetragen, ihre Kompetenz zum Abschluß von Abkommen sei auf dem Gebiet des Wettbewerbs besonders klar, da sie allein zur Anwendung der Grundsätze der Artikel 85 und 86 und der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates<sup>37</sup> zuständig sei. Mit anderen Worten: Eine Zuständigkeit der Kommission zum Abschluß von Abkommen sei erst recht gegeben, wenn diese auf Gebieten wie dem des Wettbewerbs ausgeübt werde, auf dem die Kommission intern eigene, ihr vom EWG-Vertrag übertragene Kompetenzen habe; im Endergebnis

34 — Urteil vom 31. März 1971, Randnrn. 12/15 bis 20/22.

35 — Zuletzt im selben Sinne Gutachten 1/92 des Gerichtshofes vom 10. April 1992 über den Entwurf eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft und den Ländern der Europäischen Freihandelszone über die Schaffung des europäischen Wirtschaftsraums (Slg. 1992, I-2821, Randnr. 39).

36 — Urteil vom 31. März 1971, Randnr. 16/19.

37 — Verordnung (EWG) des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle der Unternehmenszusammenschlüsse (ABl. L 257 vom 21.9.1990, S. 14).

stellte sich dann ihre Zuständigkeit zum Abschluß von Abkommen auf dem Gebiet des Wettbewerbs als Ausfluß der ihr vom EWG-Vertrag intern eingeräumten Regelungskompetenz dar.

Zuständigkeiten der Kommission auf dem Gebiet des Wettbewerbs anschließen; diese Bemerkungen decken sich unvermeidlich mit den Rügen der Französischen Republik sowie der Streithelfer zum angeblichen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht.

37. Die Zuständigkeit zum Eingehen völkerrechtlicher Verpflichtungen käme damit den Organen zu, die intern zur Ausübung der entsprechenden gemeinschaftlichen Regelungskompetenzen zuständig wären, so daß eine autonome Kompetenz der Kommission auf den Gebieten in Betracht käme, auf denen ihr eigene Regelungskompetenzen zustehen<sup>38</sup>.

Eine autonome Entscheidungsbefugnis in Wettbewerbsachen ist der Kommission nur in Artikel 89 EWG-Vertrag, der sie dazu ermächtigt, Verstöße gegen die Artikel 85 und 86 festzustellen, und in Artikel 90 Absatz 3 übertragen, während ausschließlich dem Rat auf der Grundlage des Artikels 87 EWG-Vertrag eine allgemeine Verordnungs-kompetenz zusteht. Ganz streng betrachtet räumt Artikel 89 der Kommission keine ausschließliche Kompetenz ein, da er die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten und der nationalen Gerichte fordert.

Bei dieser Gedankenführung müßte man freilich darauf verzichten, in Artikel 228 Absatz 1 eine eigene, allgemeine Bestimmung über den Abschluß von Verträgen zu sehen. Das aber ist auf der Grundlage der obigen Ausführungen zur Auslegung dieser Bestimmung, insbesondere zu ihrer „verfassungsmäßigen“ Bedeutung in der Gesamtstruktur des EWG-Vertrags, ausgeschlossen.

38. Für den Fall, daß der Gerichtshof sich solchen Überlegungen anschließen sollte, möchte ich noch einige Bemerkungen zu den

39. Das belegt bereits, daß die Kommission auf dem Gebiet des Wettbewerbs nicht über ausschließliche Befugnisse verfügt; insbesondere steht die Rechtsetzungskompetenz ausschließlich dem Rat zu. Dieser ist insbesondere dazu berufen, „alle zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 niedergelegten Grundsätze“ zu erlassen (Artikel 87 Absatz 1) sowie „die Aufgaben der Kommission ... bei der Anwendung der in diesem Absatz vorgesehenen Vorschriften gegeneinander abzugrenzen“ (Artikel 87

38 — In diesem Sinne Cannizzaro, „Sulla competenza della Commissione CEE a concludere accordi internazionali“, *Rivista di diritto internazionale*, 1993, S. 657.

Absatz 2 Buchstabe d): Das hat der Rat insbesondere mit Erlaß der Verordnung Nr. 17<sup>39</sup> getan.

Nicht zufällig regelt die Verordnung Nr. 17 beispielsweise die Beziehungen und die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten (Artikel 10), was bereits belegt, daß der Gegenstand des Abkommens intern durch einen Normativakt des Rates geregelt ist. Wichtiger ist noch, daß das Verfahren nach Artikel 24 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4064/89 des Rates, wo es um die Verhandlungen mit Drittstaaten geht, klar auf das Verfahren des Artikels 228 EWG-Vertrag Bezug nimmt: auch das in einer Verordnung des Rates, die auf Artikel 87 gestützt ist. Dasselbe gilt für Artikel 9 der Verordnung (EWG) Nr. 4056/86<sup>40</sup>, nach dem die Kommission, wenn die Anwendung dieser Bestimmung zu einem Konflikt mit den Vorschriften von Drittländern führt, dem Rat Empfehlungen vorzulegen hat, der sie zu Verhandlungen mit dem fraglichen Staat auf der Grundlage der ihr erteilten Richtlinien ermächtigt.

Kommission auf dem Gebiet des Wettbewerbs gelten kann. Auch läßt sich nicht mit der Begründung, der Kommission als dem Organ, das für die Überwachung und für die Durchführung des Wettbewerbs zuständig sei, obliege die Durchführung des Abkommens, vertreten, daß die mit den Behörden der Vereinigten Staaten vereinbarte Zusammenarbeit nur eine Funktion der internen Überwachungsbefugnis der Kommission sei.

Jedenfalls sind einige Bestimmungen des Abkommens mit den einschlägigen Regelungsbefugnissen des Rates in dem Sinne unvereinbar, daß sie über die (Durchführungs-)Kompetenzen hinausgehen, die der Kommission auf der Grundlage der Verordnung Nr. 17 zustehen.

40. All das belegt, daß die Befugnis zum Abschluß des streitigen Abkommens keinesfalls im Sinne des Urteils „AETR“ als Ausdruck der internen Zuständigkeiten der

41. Die Französische Republik macht insbesondere einen Verstoß des Abkommens gegen Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 geltend, der die Befugnis, die Kommission zu befassen, auf Mitgliedstaaten und natürliche oder juristische Personen beschränkt, die ein legitimes Interesse geltend machen: Das Abkommen räumt eine solche Befugnis auch den amerikanischen Behörden ein (Artikel 5).

39 — Verordnung des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Verordnung zur Durchführung der Artikel 85 und 86 des Vertrages (ABl. Nr. 13 vom 21.2.1962, S. 204).

40 — Verordnung (EWG) des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Festlegung der Modalitäten der Anwendung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag auf den Seeverkehr (ABl. L 378, S. 4).

Die Auffassung der Kommission, der fragliche Artikel verbiete ihr nicht, Informationen aus anderen als den in dieser Bestimmung vorgesehenen Quellen entgegenzunehmen, ist unerheblich. Sicherlich läßt sich sagen, daß die Informationen der Behörden der Vereinigten Staaten „freiwillig“ geliefert werden. Gleichwohl wäre es unverfroren, von dem Umstand abzusehen, daß diese Behörden ebenso wie Mitgliedstaaten oder betroffene Unternehmen verlangen können, daß eine Untersuchung über bestimmte Verhaltensweisen eingeleitet wird, namentlich wenn ein solches Verlangen im Rahmen einer rechtlich verbindlichen Vereinbarung mit einer Reihe von Garantien versehen ist.

Anwendung des Grundsatzes der Vertraulichkeit von Informationen<sup>41</sup>, insbesondere auf dem hier fraglichen Gebiet, so läßt sich nicht bezweifeln, daß die Mitteilungs-, Informations- und Zusammenarbeitspflichten, die das Abkommen in den Artikeln 2, 3 und 5 vorsieht, gegen Artikel 20 der Verordnung Nr. 17 verstoßen, nach dessen Absatz 1 die von der Kommission zusammengetragenen Informationen nur zu dem Zweck verwendet werden dürfen, zu dem sie verlangt wurden, und nach dessen Absatz 2 sie ihrem Wesen nach als unter das Berufsgeheimnis fallend betrachtet werden, so daß ihre Bekanntgabe sowohl der Kommission wie den zuständigen nationalen Behörden untersagt ist. Artikel 8 des Abkommens, der gerade die Vertraulichkeit der Angaben regelt, kann dieses Problem nicht lösen.

42. Die Französische Republik und das Königreich Spanien haben weiter einen Verstoß gegen Artikel 20 der Verordnung Nr. 17 geltend gemacht. Diese Bestimmung schützt die Privatinteressen durch den Geheimhaltungsgrundsatz für Informationen, die die Kommission im Rahmen ihrer Verfahren zusammengetragen hat. Nach Auffassung dieser Staaten beeinträchtigt die im Abkommen vorgesehene Verpflichtung, Informationen zu erteilen, die Unternehmen, auf die sich eine Untersuchung der Kommission auf der Grundlage des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts bezieht.

Auch Artikel 9 des Abkommens, wonach dieses nicht in einer Weise ausgelegt werden darf, die mit dem im Gebiet der Parteien bestehenden Recht unvereinbar wäre, bietet keine befriedigende Lösung für diese Probleme. Es handelt sich hier vielmehr um eine übliche Klausel, die, würde sie tatsächlich beachtet, dazu führen würde, daß die wichtigsten Bestimmungen des Abkommens außer Anwendung blieben und dieses jeden Inhalts entleert würde.

Berücksichtigt man die außerordentliche Bedeutung und die äußerst schwierige

41 — Vgl. hierzu Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-67/91 (Asociación Española de Banca Privada, Slg. 1992, I-4785, Randnrn. 37 f.), wo sich der Gerichtshof zur Bedeutung dieses Grundsatzes und zu seinen Folgen im Rahmen der Beziehungen zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten äußert.

43. Die übrigen Rügen, die Frankreich zur Unterstützung seiner Klage vorgebracht hat, die ja auch auf Artikel 33 EGKS-Vertrag gestützt ist, auch wenn die Parteien selbst im Laufe des Verfahrens nur auf den EWG-Vertrag Bezug genommen haben, brauchen nach alledem nicht mehr untersucht zu werden. Selbst wenn man zu der Auffassung gelangen sollte, daß die Kommission ein solches Abkommen — auf den EGKS-Vertrag beschränkt — hätte schließen können, hätte sie dies auf der Grundlage von Artikel 95 EGKS-Vertrag tun müssen, somit mit „einstimmiger Zustimmung des Rates und nach Anhörung des Beratenden Ausschusses“. Da diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, wurden zumindest wesentliche Formvorschriften verletzt, so daß die Rechtsfolgen eben dieselben wären, die sich aus der Feststellung der Unzuständigkeit der Kommission auf der Grundlage der einschlägigen Bestimmungen des EWG-Vertrages ergeben.

44. Nach alledem beantrage ich, der Klage stattzugeben und der Kommission die Kosten mit Ausnahme derjenigen aufzuerlegen, die den Streithelfern entstanden sind.