

a) die Abschaffung der Scharsteuern und der Steuern auf das Unternehmensvermögen,

b) die Festlegung einheitlicher Berechnungsmethoden und einer einheitlichen Definition des steuerpflichtigen Gewinns der Unternehmen. Die EWG-Kommission hat bereits mit Dokument Nr. 5833/IV/64-D einen ausführlichen Bericht über die Bemessungsgrundlage der Steuern auf Unternehmensgewinne erstattet. Diese Bestandsaufnahme umfaßt die steuerlichen Abschreibungen und die steuerliche Investitionsförderung in den Mitgliedstaaten, die Wertsteigerungen und Veräußerungsgewinne beim Anlagevermögen, die Vorratsbewertung und die Behandlung der Betriebsverluste.

Die Abschreibungsregelungen sollen vervollständigt sowie Grundsätze für die Regelung der Veräußerungsgewinne, für den Wertansatz der Lagerbestände, für den Verlustvortrag und die steuerfreien Rücklagen und für die Rückstellungen aufgestellt werden;

c) die Annäherung der Körperschaftsteuersätze,

d) die Koordinierung der Einzugsmethoden für die Steuern und die steuerlichen Prüfungen, weil auch die administrative Gleichbehandlung eine wesentliche Voraussetzung einer steuerlichen Harmonisierung darstellt.

J. Die Beseitigung der Doppelbesteuerung. Die Beseitigung der Doppelbesteuerung sieht Art. 220 EWGV vor. Der Neumark-Bericht 1962 vertritt die Ansicht, daß im Rahmen des Gemeinsamen Marktes die Steuerveranlagung im Wohnsitzstaat zentralisiert werden sollte. Diese Ideallösung erfordert jedoch eine so weitgehende Angleichung der Steuersysteme und eine so enge Zusammenarbeit der Finanzverwaltungen, daß zunächst das Netz der zweiseitigen Abkommen vollendet und dann durch ein multilaterales Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem gesamten Gebiet der Wirtschaftsgemeinschaft ersetzt werden sollte.³⁴⁾ Die internationale Doppelbesteuerung bedeutet ein Hemmnis für die grenzüberschreitende Wirtschaftsverflechtung. Die EWG-Kommission hat unbeschadet von Art. 220 EWGV die Initiative ergriffen, um eine multilaterale Regelung vorzubereiten. Dazu hat sie nach Art. 155 EWGV die Möglichkeit.³⁵⁾

K. Steuerliche Probleme aus der Errichtung einer Europäischen Handelsgesellschaft. Die Schaffung europäischen Gesellschaftsrechts und die Errichtung einer einheitlichen europäischen Gesellschaft (Europäische Handelsgesellschaft) setzen, wie die Beratungen erweisen, eine Regelung bestimmter steuerlicher Probleme voraus. Aus Teilbereichen des europäischen Gesellschaftsrechts erwachsen steuerliche Probleme:

1. aus der Koordinierung der nationalen Gesellschaftsrechte gem. Art. 54 Abs. 3g EWGV,
2. aus Abkommen über die gegenseitige Anerkennung, die internationale Fusion und die Sitzverlegung von Gesellschaften gem. Art. 220 Abs. 3 EWGV und
3. aus den Beratungen um die Schaffung einer Europäischen Handelsgesellschaft, die im Frühjahr 1965 auf Vorschlag der französischen Regierung in ein konkretes Stadium eingetreten sind.

Im Frühjahr 1966 hatte die EWG-Kommission dazu eine Denkschrift vorgelegt, im Dezember 1966 wurde ein umfangreicher Vorentwurf eines Statuts für eine europäische Aktiengesellschaft von einer Sachverständigenkommission unter Vorsitz des niederländischen Professors DR. SANDERS bekannt. Am 26. 4. 1967 legte die Arbeitsgruppe Europäische Handelsgesellschaft dem EWG-Ministerrat ihren Bericht vor.

L. Harmonisierung der Realsteuern in der EWG. Der NEUMARK-Bericht³⁶⁾ hat darauf hingewiesen, daß unab-

hängig von der Frage, wie eine Harmonisierung der Einkommensteuertypen innerhalb der Gemeinschaft auszuwirken wird, die Frage der Aufrechterhaltung zusätzlicher Ertragsteuern, wie sie in manchen Ländern vorwiegend auf kommunaler Ebene erhoben werden, einer sorgfältigen Prüfung bedürfe; denn die Koexistenz zweier – zwar nicht gleicher, aber wirkungsmäßig weitgehend gleichartiger – Abgabenarten übe nicht nur im Inland gewisse Diskriminierungseffekte aus. Die Reorganisation der französischen Kommunalsteuern, insbesondere in Form einer Besteuerung der Berufstätigkeiten und der Lohnsumme auf der einen Seite und die Absichten für eine Finanzreform in der Bundesrepublik geben den aktuellen Anlaß für die Überprüfung der Harmonisierbarkeit dieser Kommunalsteuern.³⁷⁾

In der Bundesrepublik erwächst daraus unmittelbar das föderalstaatliche Problem und das der garantierten kommunalen Selbstverwaltung. Die deutschen Länder und die deutschen Gemeinden können somit früher oder später vor der Tatsache stehen, Besteuerungsrechte, die ihnen in der Finanzverfassung (GG Art. 106 Abs. 6ff.) zugewiesen worden sind, aufgeben zu müssen oder einschränken zu lassen. Diese Opfer erscheinen im Hinblick auf die höherwertigen Verpflichtungen aus den Verträgen von Rom und auf die Notwendigkeit, die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft innerhalb der westlichen Industriestaaten zu erhalten, grundsätzlich zumutbar. Bedingung ist selbstverständlich, daß die damit verbundenen finanziellen Opfer einen Ausgleich finden müssen, so wie es in Art. 106 Abs. 5 und 7 GG ohnehin vorgesehen ist. Keinesfalls wäre das Ergebnis zu billigen, daß die elf Länder der Bundesrepublik oder die 25 000 deutschen Gemeinden der Bundesrepublik wegen ihrer durch die Verfassung garantierten Autonomie und Selbstverwaltung sich jeder direkten Verpflichtung durch Gemeinschaftsrecht entziehen und daß sie ihren Beitrag zu einem gemeinschaftsfreundlichen Verhalten vorenthalten dürften.

Die Klage der EWG-Kommission gegen einen Mitgliedstaat

Von Assessor DR. WOLFGANG DÄUBLER, Wiss. Assistent, Tübingen

I. Einleitung. Nach Art. 155 EWGV hat die Kommission für die Anwendung des Vertrages Sorge zu tragen. Da die Gemeinschaft über keinen eigenen Verwaltungsunterbau verfügt, wird der Vertrag im wesentlichen durch die Mitgliedstaaten (MSten) ausgeführt und angewendet. Ihnen gegenüber wirkt sich daher die der Kommission in Art. 155 auferlegte Pflicht in erster Linie aus, ihnen gegenüber steht ihr eine Art Wächteramt zu. Stellt die Kommission nun einen Verstoß gegen den Vertrag fest, so stehen ihr die in Art. 169 EWGV vorgesehenen Mittel zur Verfügung, um den „ungehorsamen“ Mitgliedstaat (MSt) zu einem vertragskonformen Verhalten zu veranlassen. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift hat sie dem betroffenen MSt zunächst ihre Auffassung mitzuteilen und ihm Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Führt dieses „Gespräch“ zu keiner Einigung, so gibt die Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab, in der sie dem MSt eine Frist zur Beseitigung der Vertragsverletzung setzt. Ist diese ergebnislos abgelaufen, so kann die Kommission gemäß Art. 169 Abs. 2 EWGV

34) KAUFFMANN und VON KUNITZKI, EuStZ 1963, S. 95.

35) A. J. VAN DEN TEMPEL: Beseitigung der Doppelbesteuerung in den EWG-Ländern, EuStZ Nr. 6/1963, S. 131.

36) aaO (Fußn. 7), S. 8 und 28.

37) H. FISCHER: Steuervereinheitlichung im Raum der EWG, in Zeitschrift Kommunalwirtschaft 64, 666ff.

den *EuGH* anrufen, dessen Entscheidung für die Beteiligten verbindlich ist.

Im folgenden soll eine kurze Darstellung der in diesem Zusammenhang auftauchenden Rechtsfragen gegeben werden. Es fragt sich zunächst, in welchen Fällen überhaupt von einer nach Art. 169 EWGV relevanten Vertragsverletzung gesprochen werden kann (unten II). Von Bedeutung ist die nähere Ausgestaltung und rechtliche Bedeutung des „Verwaltungsverfahren“, das der Klagerhebung vorausgeht (unten III). Das Verfahren vor dem *EuGH* selbst bedarf eingehender Erörterung (unten IV). Zweifelhaft erscheint, inwieweit die Kommission nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, von den ihr nach Art. 169 zustehenden Möglichkeiten Gebrauch zu machen (unten V). Die Rechtskraftwirkung des Urteils sowie die Möglichkeit von Sanktionen gegen einen verurteilten Mitgliedstaat eröffnen Perspektiven, die weit in den politischen Raum hineinreichen (unten VI).

II. Die Vertragsverletzung durch einen Mitgliedstaat.

1. Seinem Wortlaut nach scheint sich Art. 169 auf die Fälle zu beschränken, in denen ein MSt gegen Pflichten verstößt, die sich unmittelbar aus dem Vertrag selbst ergeben. Sein Sinn verlangt jedoch, zumindest auch Verstöße gegen Verordnungen, Richtlinien und an MSten gerichtete Entscheidungen einzubeziehen.¹⁾ Einmal ergibt sich die Pflicht zur Beachtung dieses „sekundären Gemeinschaftsrechts“ mittelbar aus dem Vertrag selbst, der in Art. 189 die Verbindlichkeit dieser Akte für die MSten festlegt. Zum andern muß Art. 169 im Zusammenhang mit Art. 155 gesehen werden, der die Kommission verpflichtet, auch für die Anwendung der in Ausführung des Vertrages getroffenen Bestimmungen Sorge zu tragen. Art. 169 ist daher auch dann anwendbar, wenn etwa ein MSt gegen eine an ihn gerichtete Richtlinie verstößt.²⁾

Zu den vertraglichen Pflichten der Mitgliedstaaten gehören auch ungeschriebene Pflichten, die sich aus Wesen und Sinn der EWG ergeben. So wird man – ähnlich wie im deutschen Staatsrecht – eine Verpflichtung zu gemeinschaftstreuem Verhalten anzunehmen haben, die es beispielsweise einem MSt verbietet, seine Vertreter aus dem Ministerrat zurückzuziehen.³⁾

Die vom Vertrag und den zu seiner Ausführung erlassenen Normen gebildete Gemeinschaftsrechtsordnung ist nicht lückenlos. Soweit sie keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Lösung einer bestimmten Rechtsfrage bietet, muß auf die allen 6 MSten gemeinsamen Rechtsgrundsätze zurückgegriffen werden.⁴⁾ An sie sind grundsätzlich auch die Gemeinschaftsorgane und die MSten bei der Ausführung des Gemeinschaftsrechts gebunden. So wäre es etwa einem MSt untersagt, eine in Ausführung einer Gemeinschaftsverordnung erlassene begünstigende Rechtsverordnung ohne zureichenden Grund rückwirkend aufzuheben. Ein derartiger Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze kann von der Kommission ebenfalls mit den Mitteln des Art. 169 bekämpft werden. Es wäre kaum verständlich, könnte zwar die Einhaltung der „echten“ Gemeinschaftsrechtsnormen erzwungen werden, würden jedoch die zur Ausfüllung von Lücken herangezogenen oder entwickelten Normen insoweit der Durchsetzbarkeit entbehren. Das gute Funk-

tionieren der Gemeinschaftsrechtsordnung verlangt, in dieser Hinsicht beide Normenkomplexe gleichzubehandeln. Art. 169 muß daher zumindest analoge Anwendung finden.⁵⁾

Die von Rat und Kommission mit Drittstaaten gemäß Art. 228 EWGV abgeschlossenen Verträge sind Bestandteile des Gemeinschaftsrechts. Da Art. 169 im Zusammenhang mit Art. 155 letztlich der Wahrung des gesamten Gemeinschaftsrechts dient, ist er auch bei Verstößen gegen diese völkerrechtlichen Verträge anwendbar.⁶⁾

Durchführungsbestimmungen, die ein MSt selbst erlassen hat, stellen kein Gemeinschaftsrecht dar, sondern sind Bestandteile der nationalen Rechtsordnung.⁷⁾ Insofern gilt Entsprechendes wie bei der Ermächtigung der Länder durch den Bund.⁸⁾ Ein Verstoß gegen sie ist daher vom Standpunkt des Gemeinschaftsrechts aus ohne unmittelbares Interesse; Art. 169 kann keine Anwendung finden.⁹⁾

2. Eine Pflichtverletzung ist dann gegeben, wenn der MSt eine Norm des Gemeinschaftsrechts nicht oder nicht richtig anwendet, insbesondere einer Handlungspflicht nicht genügt oder einer Unterlassungspflicht zuwiderhandelt. Auch außergewöhnliche Umstände berechtigen den Staat nicht, vom Gemeinschaftsrecht abzuweichen. In dringenden Fällen steht ihm das Verfahren nach Art. 226 zur Verfügung; gerade seine Existenz zeigt, daß ihm kein Abweichen aus eigener Machtvollkommenheit gestattet ist.¹⁰⁾ Auch vermag allein die Stellung eines Antrags nach Art. 226 die einmal vorliegende Vertragsverletzung nicht aus der Welt zu schaffen.¹¹⁾

3. Fraglich ist, ob sich ein MSt jede falsche Rechtsanwendung durch irgendeines seiner Organe oder Unterorgane zurechnen lassen muß und Art. 169 auch dann Anwendung findet, wenn einer seiner Gliedstaaten (wie in der Bundesrepublik die Länder) oder eine seiner territorialen Untergliederungen (Regionen in Italien, Gemeinden) sich über Normen des Gemeinschaftsrechts hinwegsetzt.

In der Literatur wird im allgemeinen die Auffassung vertreten, es spiele keine Rolle, welche der drei Gewalten die Rechtsverletzung begangen habe. Außerdem müßten sich die MSten auch die Rechtsverletzungen ihrer Gliedstaaten und territorialen Untergliederungen zurechnen lassen.¹²⁾ Dabei wird nicht nach der Tragweite des Verstoßes (Einzelfallregelung oder normativer Akt) unterschieden. Denkt man diese Ansicht zu Ende, so wäre Art. 169 auch dann anwendbar, wenn das Landratsamt X oder das Amtsgericht Y das Gemeinschaftsrecht unrichtig anwendet – eine wenig befriedigende Vorstellung, die der Kommission die Rolle eines allwissenden Generalstaatsanwalts zumißt, ohne ihr gleichzeitig die hierfür erforderlichen Mittel in die Hand zu geben.

Was die Gerichte angeht, so schenkt diese Auffassung Art. 177 EWGV nicht genügend Beachtung. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift sind die Gerichte der MSten berechtigt,

1) BÉRIÉ-MILLER, *Gemeinsamer Markt und Euratom*, 2. Aufl. 1959, Art. 169 Anm. 2; EHLE, *Klage- und Prozeßrecht des EWG-Vertrages*, 1966, Art. 169 Rn. 23; MÜHLENHÖFER in VON DER GROEBEN-VON BOECKE, *Komm. zum EWG-Vertrag*, 1960, Art. 169 Anm. 2; TIZZANO in QUADRI-MONACO-TRABUCCHI, *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, 1965, Art. 169 Anm. 1; WOHLFARTH in WOHLFARTH-EVERLING-GLAESNER-SPRUNG, *Komm. zum EWG-Vertrag*, 1960, Art. 169 Anm. 2.

2) Zu einem Fall dieser Art vgl. SCHÖBER, *NJW* 65, 2240.

3) Zur Treupflicht der Mitgliedstaaten, die sich in gewissem Umfang schon in Art. 5 EWGV normiert findet, s. EHLE, Art. 1 Rn. 10; WOHLFARTH, *Juristen-Jahrbuch*, Band 3, S. 253.

4) Praktisch wurde dieser Fall etwa beim Widerruf von Verwaltungsakten – s. dazu DÄUBLER, *NJW* 65, 1646.

5) Vgl. für die Klage nach Art. 173 TIZZANO, Art. 164 Anm. 6 und Art. 173 Anm. 13 (S. 1266); MIGLIAZZA, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee*, 1961, S. 373.

6) Ebenso im Ergebnis TIZZANO, Art. 173 Anm. 13 (S. 1266); vgl. zu den Verträgen nach Art. 228 auch MEGRET, *Revue du Marché Commun*, 1964, 529.

7) Vgl. FURLER, *NJW* 65, 1404; FUSS, *NJW* 66, 1782 ff.

8) *BVerfG*, *NJW* 65, 1371 = *JuS* 65, 365 m. w. N.

9) EHLE, Art. 169 Rn. 23; a. A. DAIG, *AöR* 83, 188; MÜHLENHÖFER in VON DER GROEBEN-VON BOECKE, Art. 169 Anm. 2.

10) *EuGH Rspr.* VII, 719.

11) ROEMER, *EuGH Rspr.* VIII, 896.

12) EHLE, Art. 169 Rn. 21; MÜHLENHÖFER in VON DER GROEBEN-VON BOECKE, Art. 169 Anm. 2.

Fragen der Gültigkeit und der Auslegung von Gemeinschaftsrecht dem *Europäischen Gerichtshof* vorzulegen. Nach Abs. 3 besteht für Gerichte letzter Instanz darüber hinausgehend eine Pflicht zur Vorlage. Der EWG-Vertrag läßt es daher offensichtlich zu, daß untere Gerichte aus eigener Machtvollkommenheit über die Gültigkeit und Auslegung von EWG-Recht entscheiden; er nimmt es damit auch in Kauf, daß diese Entscheidungen falsch sind, also objektiv einen Verstoß gegen die Gemeinschaftsrechtsordnung darstellen. Der Vertrag würde sich nun mit sich selbst in Widerspruch setzen, wollte er das, was er in Art. 177 Abs. 2 ausdrücklich gestattet, als eine im Rahmen des Art. 169 verfolgbare Vertragsverletzung ansehen. Verstößen somit andere als letztinstanzliche Gerichte gegen den Vertrag, so ist dies für das Verfahren nach Art. 169 ohne Bedeutung. Anders verhält es sich mit Gerichten letzter Instanz: Legen sie entgegen Art. 177 Abs. 3 EWGV nicht vor, ist zumindest diese Vorschrift, u. U. aber auch die von ihnen angewandte materielle Bestimmung des Gemeinschaftsrechts verletzt. Eine solche Lösung befriedigt auch vom Ergebnis her: Da es für die Kommission unmöglich wäre, alle Rechtsverletzungen unterer Gerichte zu kennen, trüge die Einleitung des Verfahrens in gewissem Umfang immer den Stempel des Willkürlichen; bei den letztinstanzlichen Gerichten ist eine vollständige Information dagegen leichter zu erreichen. Bei ihnen besteht zudem die Gefahr, daß die Entscheidung über den Einzelfall hinauswirkt und zur Leitlinie für die Rechtsprechung anderer Gerichte wird. Damit ist aber die Gemeinschaftsrechtsordnung in weit höherem Maße als bei Entscheidungen unterer Gerichte gefährdet; dies rechtfertigt es, das verhältnismäßig große Geschütz des Art. 169 auffahren zu lassen.

Verletzt eine Verwaltungsbehörde den Vertrag, so findet Art. 169 seinem Wortlaut nach wie bei den Gerichten generell Anwendung. Dies ist sicher richtig, soweit es sich um den Erlaß normativer Bestimmungen wie Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen handelt. Liegt dagegen nur auf den Einzelfall bezogenes Verwaltungshandeln vor wie etwa der Erlaß eines Verwaltungsakts, so ergeben sich ähnliche Bedenken wie bei den Entscheidungen unterer Gerichte.

Durch Gegenschluß folgt aus Art. 177, daß die Verwaltungsbehörden nicht einmal das Recht haben, Fragen der Gültigkeit und Auslegung des Gemeinschaftsrechts dem *EuGH* vorzulegen. Dies erklärt sich daraus, daß gerichtliche Entscheidungen in ihrer Bedeutung für die gesamte Rechtsordnung höher einzuschätzen sind als Entscheidungen von Verwaltungsbehörden. Wenn nun schon Verstöße unterer Gerichte gegen das Gemeinschaftsrecht toleriert werden, muß dasselbe erst recht für Rechtsverletzungen durch Verwaltungsbehörden gelten. Auch ergäbe sich sonst die eigenartige Situation, daß wegen der Entscheidung einer Exekutivbehörde ein Verfahren nach Art. 169 eingeleitet werden kann, während eine sie überprüfende gerichtliche Entscheidung hingenommen werden müßte.

Eine Ausnahme ist nur dann zu machen, wenn durch häufigen Erlaß bestimmter Verwaltungsakte eine ständige Verwaltungspraxis entsteht. Sie hat dieselben Auswirkungen wie eine normative Regelung und muß daher zum Schutze der Gemeinschaftsrechtsordnung mit Hilfe eines Verfahrens nach Art. 169 für illegal erklärt werden können.

Verletzt ein Parlament beim Erlaß von Gesetzen das Gemeinschaftsrecht, so greift das Verfahren nach Art.

169 Platz. Ohne Bedeutung ist, daß das Gesetz u. U. von vornherein wegen Verstoßes gegen eine auch dem Bürger gegenüber wirksame Vorschrift des Gemeinschaftsrechts unwirksam ist.

Nach Art. 171 EWGV trifft die Verpflichtung, dem Urteil nachzukommen und die notwendigen Maßnahmen zur Beseitigung der Rechtsverletzung zu treffen, den Staat. Das bedeutet, daß das jeweils zuständige Staatsorgan zur „Wiedergutmachung“ berufen ist. Ohne Bedeutung ist, ob es dazu von einem anderen Staatsorgan gezwungen werden kann. Auch die Regierung kann höchstens gestürzt, nicht aber mit rechtlichen Mitteln zur Aufhebung einer bestimmten Verordnung veranlaßt werden.

III. *Das Vorverfahren bei der Kommission.* 1. Die Klage der Kommission gegen einen MSt ist nur dann zulässig, wenn der Staat zunächst über die ihm vorgeworfene Rechtsverletzung gehört wurde und die Kommission anschließend in einer begründeten Stellungnahme auf ihrer Ansicht beharrte. Der Gerichtshof prüft das Vorliegen dieser Zulässigkeitsvoraussetzungen von Amts wegen.¹³⁾ Ausnahmsweise kann in den Fällen der Art. 93 Abs. 2 und 225 Abs. 2 EWGV ohne Durchführung eines Vorverfahrens geklagt werden.

2. Die Anhörung des MSts soll ihm einerseits Gelegenheit geben, sich zu rechtfertigen und die Kommission davon zu überzeugen, daß keine Rechtsverletzung vorliegt. Andererseits versetzt ihn das Anhörungsverfahren in die Lage, möglichst frühzeitig und ohne viel Aufhebens die Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht abzustellen.¹⁴⁾ Die Pflicht zur Anhörung entspringt letztlich der Treupflicht, die nicht nur die MSten im Verhältnis zur Gemeinschaft, sondern auch die Gemeinschaft im Verhältnis zu den MSten trifft.¹⁵⁾ Sie gebietet der Kommission, den betroffenen MSt zu allen Tatsachen zu hören, in denen sie eine Vertragsverletzung sieht,¹⁶⁾ und ihm auch ihre wesentlichen rechtlichen Erwägungen mitzuteilen. Nur wenn auch letzteres geschieht, vermag das Vorverfahren in vollem Umfang seine Funktion zu erfüllen. Das bedeutet, daß die Kommission bei Änderung ihrer Rechtsauffassung (es wird etwa statt der bisher genannten ein anderer Vertragsartikel als verletzt angesehen) den MSt erneut zu hören hat.¹⁷⁾ Zur Beschleunigung des Verfahrens hat die Kommission die Möglichkeit, dem MSt eine Frist zur Äußerung zu setzen.¹⁸⁾

3. Nach ergebnislosem Anhörungsverfahren erläßt die Kommission eine begründete Stellungnahme, in der sie den MSt zur Beseitigung der Vertragsverletzung binnen einer bestimmten Frist auffordert. Die Länge der Frist richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls;¹⁹⁾ sie muß den organisatorischen und evtl. auch politischen Schwierigkeiten Rechnung tragen, denen sich die Regierung des MSts gegenübersehen. Ist sie unangemessen kurz, so verlängert sie sich von selbst; eine vor ihrem Ablauf erhobene Klage wäre unzulässig.

13) *EuGHRspr.* VI, 717; ROEMER, *EuGHRspr.* VI, 729; TIZZANO, Art. 169 Anm. 4. 14) EHLE, Art. 169 Rn. 4.

15) EHLE, Art. 1 Rn. 10, 11; WOHLFARTE, *Juristen-Jahrbuch* Bd. 3 S. 253.

16) Erlaß eines neuen Gesetzes mit dem wesentlichen Inhalt des – gerügten – alten stellt keine neue Tatsache dar – *EuGHRspr.* XI, 1126, 1137; GAND, *EuGHRspr.* XI, 1143/44.

17) EHLE, Art. 169 Rn. 5; wohl auch ROEMER, *EuGHRspr.* VI, 732; vgl. demgegenüber GAND, *EuGHRspr.* XI, 1145, wonach die Kommission bis zur Abgabe der begründeten Stellungnahme ihre Ansicht jederzeit ändern kann, ohne eine erneute Anhörung durchführen zu müssen.

18) EHLE, Art. 169 Rn. 5.

19) EHLE, Art. 169 Rn. 10; MÜHLENÖFFER in VON DER GROEBEN-VON BOECKH, Art. 169 Anm. 5; TIZZANO, Art. 169 Anm. 5.

Fraglich ist, ob die Stellungnahme selbständig anfechtbar ist. Von der einhelligen Meinung in der Literatur wird diese Frage verneint;²⁰⁾ dennoch entbehrt sie nicht der Berechtigung, da der *EUGH* vor kurzem in einem in vieler Beziehung ähnlich liegenden Fall die Anfechtbarkeit bejahte.²¹⁾ In diesem Verfahren war es um folgendes gegangen: Nach Art. 15 Abs. 6 VO 17 kann die Kommission bestimmten Unternehmen Mitteilung machen, daß sie auf Grund vorläufiger Prüfung der Auffassung ist, daß die Voraussetzungen des Kartellverbots des Art. 85 Abs. 1 EWGV gegeben sind. Diese Mitteilung hat zur Folge, daß die Kommission nunmehr Geldbußen gegen die Unternehmen verhängen kann, obwohl sie vorher (wegen Art. 15 Abs. 5 VO 17) dazu nicht berechtigt war. Diese „Mitteilung“ wurde zu Recht vom *Europäischen Gerichtshof* nicht als bloße formlose Information, sondern als anfechtbare Entscheidung angesehen, da sie die Rechtsstellung der betroffenen Unternehmen verändere, insoweit also rechtliche Wirkung habe.²²⁾

Die von der Kommission nach Art. 169 EWGV abzugebende begründete Stellungnahme hat nun ebenfalls die Bedeutung, der Kommission ein weiteres Vorgehen zu ermöglichen. Sie ist unabdingbare Voraussetzung für eine Klage nach Art. 169. Dies legt es nahe, auch hier statt einer unanfechtbaren Stellungnahme eine anfechtbare Entscheidung anzunehmen,²³⁾ zumal es bei der Qualifizierung eines Rechtsakts der Gemeinschaftsorgane nicht auf die äußere Form, sondern auf die rechtliche Wirkung und damit den Inhalt ankommt.²⁴⁾

Dennoch bestehen m. E. durchschlagende Bedenken gegen eine Anfechtbarkeit der Stellungnahme. Bei einer VO kann der gebrauchte Terminus *technicus* („Mitteilung“) nichts Entscheidendes über die Anfechtbarkeit besagen, da es der Verordnungsgeber nicht in der Hand hat, durch entsprechende Fassung der Bestimmungen das Anfechtungsrecht des Bürgers oder eines MSts auszuschließen. Anders verhält es sich beim Vertrag selbst. Die Schöpfer des Vertrages hatten sehr wohl die Möglichkeit, über den Umfang des Anfechtungsrechts zu bestimmen. Bezeichneten sie – wie in Art. 169 EWGV – einen Akt als Stellungnahme, so gaben sie damit eindeutig zu erkennen, daß er der Anfechtung entzogen sein soll. Dazu kommt ein weiterer Gesichtspunkt: Art. 169 EWGV weicht bewußt von Art. 88 MUV ab. Dort erläßt die Kommission eine förmliche Entscheidung, die vom MSt angefochten werden kann. Während also Art. 88 MUV die Klägerrolle dem MSt zuweist, versetzt Art. 169 EWGV die Verfasser des EWG-Vertrages auch dem MSt eine Klägerrolle zuerkennen wollen, wäre es unverständlich, daß sie in Abweichung von Art. 88 MUV nicht den Terminus Entscheidung, sondern den Terminus Stellungnahme gebrauchten. Schließlich spricht auch der Gesichtspunkt der Prozeßökonomie für die hier vertretene Auffassung. Ließe man die Anfechtung der Stellungnahme zu, ergäbe sich die Gefahr, daß wegen einer Vertragsverletzung nacheinander zwei Verfahren durchgeführt würden. Die Rechtsstellung des MSts wird nicht

unbillig beeinträchtigt, da er in dem von der Kommission eingeleiteten Verfahren alle Möglichkeiten hat, seinen Argumenten in vollem Umfang Gehör zu verschaffen.

Die Stellungnahme der Kommission nach Art. 169 unterliegt daher nicht der Anfechtung.

IV. *Das Verfahren vor dem Gerichtshof.* 1. Art. 169 EWGV enthält nichts darüber, binnen welcher Frist die EWG-Kommission von ihrem Klagrecht Gebrauch machen kann. Eine Übertragung der Zwei-Monats-Frist der Art. 173 Abs. 3, 175²⁵⁾ entbehrt jeder Grundlage; näherliegend ist vielmehr ein *argumentum e contrario*.²⁶⁾ Das Klagrecht ist grundsätzlich unbefristet;²⁷⁾ aus der Treupflicht der Gemeinschaft folgt freilich, daß mit der Klage nicht unangemessen lange gewartet werden darf. Die Klage wird unzulässig, wenn der MSt nicht mehr mit ihr zu rechnen brauchte, was freilich erst erhebliche Zeit nach dem Ende der Vertragsverletzung der Fall sein wird, da der Kommission wegen der politischen Bedeutung der Klage ein großer zeitlicher Spielraum einzuräumen ist.

2. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt nicht deshalb, weil der MSt keine Möglichkeit hat, den Vertragsverstoß rückgängig zu machen. Hat etwa ein oberes Bundesgericht gegen Art. 177 Abs. 3 EWGV verstoßen und selbst zur Sache entschieden, so besteht für die anderen Staatsorgane wie auch für das Gericht selbst keine Möglichkeit der Aufhebung mehr.²⁸⁾ Dennoch verliert das Verfahren nach Art. 169 EWGV nicht seinen Sinn: Es verhindert, daß sich der Verstoß wiederholt und die Entscheidung von den übrigen nationalen Gerichten als richtungweisend angesehen wird.

Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt auch dann nicht, wenn der MSt während des gerichtlichen Verfahrens sein vertragswidriges Verhalten aufgibt.²⁹⁾ Dafür spricht bereits der Wortlaut des Art. 169 Abs. 2 EWGV, der ausschließlich auf das Verhalten des MSts während der ihm von der Kommission gesetzten Frist abstellt. Auch Art. 171 EWGV läßt einen einmaligen Verstoß genügen. Außerdem schützt nur ein Urteil des Gerichtshofs vor Wiederholungen. Schließlich würde die gegenteilige Auffassung der Illoyalität eines Mitgliedstaates geradezu Vorschub leisten, da er einer Verurteilung selbst dann entgehen könnte, wenn er sich bewußt erst gegen Ende des Verfahrens auf seine Pflichten besinnen würde.

Wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses ist die Klage dann unzulässig, wenn sie einen Rechtsmißbrauch darstellt. Ein solcher wird selten sein, kann aber nicht generell ausgeschlossen werden.³⁰⁾ Er liegt freilich entgegen der Auffassung von Generalanwalt ROEMER³¹⁾ nicht schon dann vor, wenn mit der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen durch den MSt unmittelbar nach Ablauf der von der Kommission gesetzten Frist gerechnet werden kann. Dies würde darauf hinauslaufen, dem MSt außer der von der Kommission bewilligten angemessenen Frist eine weitere Frist einzuräumen –

25) So DAIG, AöR 83, 189.

26) WOHLFARTH, Art. 169 Anm. 5.

27) Für „angemessene“ Frist EHLE, Art. 169 Rn. 22; MÜHLENHÖPFER in VON DER GROEBEN-VON BOECKH, Art. 169 Anm. 5; TIZZANO, Art. 169 Anm. 6; für „délai raisonnable“ CAHIER, Cah. de droit eur. 1967, 155.

28) Von der Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 101 GG (*EUGH* könnte über Art. 177 Abs. 3 EWGV als gesetzlicher Richter angesehen werden) wird abgesehen.

29) So *EUGHRspr.* VII, 695, 715; EHLE, Art. 169 Rn. 24; LAGRANGE, *EUGHRspr.* VII, 735; TIZZANO, Art. 169 Anm. 1 a. E. u. Anm. 6; WALL, The Court of Justice of the European Communities, 1966, S. 63/64.

30) Für die Möglichkeit eines Rechtsmißbrauchs BEBR, KSE 1 S. 97; EHLE, Art. 169 Rn. 20; ROEMER, *EUGHRspr.* VIII, 897; dahingestellt von *EUGHRspr.* VIII, 871, 880.

31) In *EUGHRspr.* VIII, 879.

20) BEBR, *Judicial Control of the European Communities*, 1962, S. 158; CAHIER, Cah. de droit eur. 1967, 143; EHLE, Art. 169 Rn. 8; LAGRANGE, *EUGHRspr.* VII, 737; TIZZANO, Art. 169 Anm. 5, freilich meist ohne Begründung.

21) *EUGHRspr.* XIII, 100 ff.; ebenso schon GLEISS-HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 2. Aufl. 1965, Art. 15/16 VO 17, Rn. 6.

22) *EUGHRspr.* XIII, 100, 122 ff.

23) Vgl. DAIG, AöR 83, 188.

24) *EUGHRspr.* II, 224 ff.; V, 349, 368; ROEMER, *EUGHRspr.* V, 141; FUSS, NJW 64, 327.

ein Ergebnis, das offensichtlich im Widerspruch zu Wortlaut und Sinn des Art. 169 steht.

3. Der beklagte MSt kann sich nicht etwa damit verteidigen, er habe einen Antrag nach Art. 226 EWGV gestellt, über den zunächst entschieden werden müsse. Der Antrag ändert nichts am Vorliegen einer Vertragsverletzung; durch ihn wird lediglich ein neues, von der Klage nach Art. 169 völlig unabhängiges Verfahren eingeleitet.³²⁾ Ausgeschlossen ist grundsätzlich auch die Berufung darauf, die Kommission habe selbst den Vertrag verletzt. Rechte und Pflichten der MSten richten sich ausschließlich nach Gemeinschaftsrecht. Die Tatsache, daß sich ein Organ der Gemeinschaft einer Rechtsverletzung schuldig gemacht hat, berechtigt ein anderes Organ oder einen MSt nicht, sich auch seinerseits über das Gemeinschaftsrecht hinwegzusetzen.³³⁾

Wird dem MSt eine Verletzung von sekundärem Gemeinschaftsrecht vorgeworfen, so hat er gemäß Art. 184 EWGV die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit des betr. Rechtsakts der Gemeinschaft geltend zu machen. Art. 184 spricht nur von Verordnungen, muß jedoch auf Richtlinien und an einen MSt gerichtete Entscheidungen entsprechende Anwendung finden. Alle drei Arten von Rechtsakten haben zwar nicht für den Bürger, wohl aber für den MSt nahezu dieselbe Wirkung. Es wäre daher unverständlich, die Einrede der Rechtswidrigkeit nur bei Verordnungen zuzulassen.³⁴⁾ Wie sich aus dem Hinweis auf Art. 173 Abs. 3 EWGV ergibt, schließt der Ablauf der Anfechtungsfrist die nachträgliche Berufung auf die Rechtswidrigkeit nicht aus.

4. In dem einmal in Gang gesetzten Verfahren kann ein anderer MSt als Streithelfer der einen oder anderen Partei beitreten.³⁵⁾ Nach Art. 37 der Satzung des Gerichtshofs ist hierfür nicht der Nachweis eines besonderen Interesses notwendig. Auch Art. 170 EWGV steht dem Beitritt eines MSts nicht im Wege, da es dort um die selbständige Klage geht, nicht aber um den Beitritt in einem von der Kommission eingeleiteten Prozeß.

5. Wie bereits ausgeführt, sind die Verfahren nach Art. 169 und nach Art. 226 EWGV völlig unabhängig voneinander. Weder im einen noch im anderen kann die „Einrede der Rechtshängigkeit“ erhoben werden. Dasselbe gilt für das Vorgehen der Kommission nach Art. 101 EWGV zur Beseitigung einer Wettbewerbsverzerrung.³⁶⁾

V. *Pflicht der Kommission zur Einleitung des Verfahrens nach Art. 169 EWGV?* 1. Das der Kommission in Art. 155 EWGV zuerkannte Wächteramt scheint es nahezulegen, daß sie alle ihr bekannten Vertragsverletzungen verfolgen muß.³⁷⁾ Die möglichen politischen Auswirkungen einer Klage nach Art. 169 lassen in erster Linie an eine Ermessensentscheidung der Kommission denken, die ausschließlich nach Opportunitätsgrundsätzen zu erfolgen hat.³⁸⁾ Entscheidend muß auch hier auf

Wortlaut und Sinn des Art. 169 abgestellt werden. Schon der Wortlaut spricht für eine vernünftige Kompromißlösung: Während die Durchführung des Vorverfahrens nach Abs. 1 nur von der Feststellung einer Vertragsverletzung abhängt, spricht Art. 169 Abs. 2 davon, die Kommission könne den Gerichtshof anrufen. Nur die Klage, nicht dagegen das Vorverfahren hängt somit vom Ermessen der Kommission ab. Auch der Sinn der Vorschrift legt diese Lösung nahe: Der Gemeinschaftsrechtsordnung würde ein schlechter Dienst erwiesen, hinge alles vom nicht nachprüfaren Ermessen der Kommission ab. Andererseits wäre ein starrer Zwang zur Klagerhebung dem Zusammenleben in der Gemeinschaft auch nicht förderlich, da sie als Politikum die Gemüter allzusehr erhitzen könnte, außerdem ihre häufige Anwendung die mangelnde Sanktionsmöglichkeit über kurz oder lang evident werden ließe. In Übereinstimmung mit MÜHLENHÖFER³⁹⁾ ist daher anzunehmen, daß die Kommission die Pflicht hat, bei jeder Vertragsverletzung ein „Vorverfahren“ einschließlich der Abgabe einer begründeten Stellungnahme durchzuführen. Die Erhebung der Klage vor dem Gerichtshof liegt dagegen in allen Fällen ausschließlich in ihrem Ermessen. Dieses ist freilich nicht schrankenlos; es sind Fälle denkbar, in denen das Interesse der Gemeinschaft zwingend die Klagerhebung fordert.

2. Fraglich ist, ob die Erfüllung der skizzierten Pflichten der Kommission von anderen Gemeinschaftsorganen, einem MSt oder gar einem einzelnen Bürger durch Klage vor dem *EuGH* erzwungen werden kann.

a) Nach Art. 175 Abs. 1 EWGV können die anderen Organe der Gemeinschaft Untätigkeitsklage erheben, wenn die Kommission es unterlassen hat, einen Beschluß zu fassen. Klageberechtigt ist daher auf alle Fälle der Rat. Dies hat nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedeutung, da in ihm nur die Regierungen repräsentiert sind, die Vertragsverletzung aber von einem Gliedstaat, einem Parlament oder einem Gericht begangen sein kann. Es ist daher sehr wohl ein einstimmiger Ratsbeschluß für die Erhebung einer Klage gegen einen MSt denkbar.

Auch das Europäische Parlament gehört zu den Organen der Gemeinschaft. Es besteht keine Veranlassung, entgegen dem weitgefaßten Wortlaut des Art. 175 Abs. 1 EWGV an seinem Klagerecht zu zweifeln.⁴⁰⁾ Nicht erfaßt ist jedoch der *EuGH* selbst, da dies auf die Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen hinausläuft.⁴¹⁾

Mit der Untätigkeitsklage seitens des Rates oder des Parlaments kann nicht nur die Unterlassung eines bindenden Rechtsakts, sondern auch die Nichtabgabe einer Stellungnahme gerügt werden. Dies zeigt der Vergleich mit Art. 175 Abs. 3 EWGV, der Empfehlungen und Stellungnahmen ausdrücklich ausnimmt.⁴²⁾ Rat und Parlament können daher gemäß Art. 175 Abs. 1 gegen die Kommission auf Einleitung des Vorverfahrens und – wenn das Ermessen wegen besonderer Umstände auf Null zusammenschrumpft – auf Klagerhebung gegen einen MSt klagen.

b) Art. 175 Abs. 1 EWGV verleiht den MSten dasselbe Klagerecht wie den anderen Organen der Gemeinschaft. Eine Klage auf Einleitung eines Verfahrens nach Art. 169 scheitert jedoch an Art. 170 EWGV. Diese Vor-

32) *EuGHRspr.* VIII, 871, 879; ROEMER, *EuGHRspr.* VIII, 896; EHLE, Art. 169 Rn. 20; TIZZANO, Art. 169 Anm. 6.

33) *EuGHRspr.* X, 1344. Bei sehr schweren und lang andauernden Rechtsverletzungen durch die Kommission könnte anderes gelten. Zum entspr. Problem im Verhältnis zwischen den MSten s. unten VI 2.

34) Für die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Entscheidungen, die an Mitgliedstaaten gerichtet sind, im Verfahren nach Art. 177: ROEMER, *EuGHRspr.* X, 48; ebenso (stillschweigend) der Gerichtshof in *EuGH-Rspr.* X, 27. Trotz der unterschiedlichen Zielrichtung des Art. 184 muß die Frage gleichbeantwortet werden. Anders BEBR, *Common Market Law Review* IV, 12, der den MSten jede Berufung auf Art. 184 untersagt.

35) TIZZANO, Art. 169 Anm. 7.

36) EHLE, Art. 169 Rn. 20; RUNGE, AWD 63, 225.

37) So in der Tat EHLE, Art. 169 Rn. 17 und mit gewissen Abschwächungen WOHLFARTH, Art. 169 Anm. 2, 3. Anklänge finden sich auch bei *EuGHRspr.* VIII, 871, 879; X, 1257 LS 4.

38) So CABIER, *Ch. de droit européen* 1967, 144; TIZZANO, Art. 169 Anm. 3 und 6 a. E.

39) In von der GROEBEN-VON BOECKE, Art. 169 Anm. 1.

40) WOHLFARTH, Art. 175 Anm. 1.

41) WOHLFARTH, Art. 175 Anm. 1; a. A. TIZZANO, Art. 175 Anm. 5.

42) Im Ergebnis übereinstimmend EHLE, Art. 169 Rn. 13; TIZZANO Art. 169 Anm. 3; a. A. WOHLFARTH, Art. 169 Anm. 3 a. E.

schrift, die die Klage eines MSTs gegen einen andern regelt, ist eine Spezialnorm, die ein anderweitiges Vorgehen ausschließt. Sie gewährt zudem einen einfacheren und wirkungsvolleren Weg, so daß schon aus diesem Grund das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage gegen die Kommission entfallen würde.

c) Das Klagerecht des einzelnen Bürgers unterliegt nach Art. 175 Abs. 3 EWGV erheblichen Beschränkungen: Mit der Untätigkeitsklage kann der Kläger nur rügen, daß die Kommission es unterlassen habe, einen andern Akt als eine Empfehlung oder Stellungnahme an ihn zu richten.

Eine Klage des Bürgers auf Einleitung des Verfahrens nach Art. 169 ist daher schon deshalb unzulässig, weil sie keinen ihm gegenüber ergehenden Rechtsakt darstellt. Außerdem kann der Erlaß einer begründeten Stellungnahme nach Art. 169 Abs. 1 wegen ihrer Rechtsnatur nicht vor dem Gerichtshof erstritten werden.⁴³⁾ Die Karenzklage des Art. 175 Abs. 3 unterliegt schließlich entsprechend 173 Abs. 2 EWGV der ungeschriebenen Beschränkung, daß der Bürger durch die Unterlassung unmittelbar und individuell in seinen Rechten betroffen sein muß. Insbesondere am individuellen Betroffensein wird es im Falle des Art. 169 in aller Regel fehlen. Aus denselben Gründen ist auch eine Anfechtungsklage unzulässig, wenn die Kommission dem Bürger einen Bescheid über die von ihr eingeleiteten oder unterlassenen Maßnahmen zukommen läßt.⁴⁴⁾

3. Ein Schadensersatzanspruch gegen die Kommission wegen schuldhaft unterlassener Einleitung eines Verfahrens nach Art. 169 könnte sich nur auf Art. 215 Abs. 2 EWGV stützen, der für die Amtshaftung auf die allen sechs MSTen gemeinsamen Rechtsgrundsätze verweist.⁴⁵⁾ Schuldner des Schadensersatzanspruches ist die Gemeinschaft selbst, nicht die Kommission. Dem Ministerrat und dem Parlament stehen grundsätzlich keine eigenen Vermögensrechte zu; Rechtsinhaber ist insoweit die Gemeinschaft. Wegen Identität zwischen Gläubiger und Schuldner besteht daher kein Anspruch aus Amtspflichtverletzung dem Rat oder dem Parlament gegenüber. Der Anspruch eines MSTs oder eines Bürgers würde voraussetzen, daß die verletzte Norm wenigstens teilweise seine Interessen zu schützen bestimmt ist. Dies trifft für Art. 169 nicht zu, der ausschließlich im Gemeinschaftsinteresse besteht. Dazu kommt, daß nach der Rspr. des Gerichtshofs Amtshaftungsansprüche nicht auf Maßnahmen gegründet werden können, die keiner Anfechtung nach Art. 173 EWGV unterliegen bzw. nicht mit einer Untätigkeitsklage nach Art. 175 EWGV erstritten werden können.⁴⁶⁾ Maßgebend hierfür ist, daß nicht auf dem Wege über Art. 215 Abs. 2 EWGV die im Vertrag angeordneten Beschränkungen der Rechtsbehelfe überspielt werden dürfen, wodurch das ganze Rechtsschutzsystem aus den Angeln gehoben würde. Auf Grund dieser Rspr. ist jedenfalls ein Anspruch des Bürgers ausgeschlossen.⁴⁷⁾

VI. Die Wirkung des Urteils im Verfahren nach Art. 169.

1. Wird die Klage der Kommission abgewiesen, ergeben

43) ROEMER, *EuGHRspr.* X, 934; wegen Erledigung der Hauptsache konnte der Gerichtshof diese Frage dahingestellt sein lassen: *EuGHRspr.* X, 917, 924. Ähnlich GAND, *EuGHRspr.* XII, 43/44. In *EuGHRspr.* XII, 40 wurde die Zulässigkeit nicht geprüft und gleich festgestellt, die Kommission sei nicht untätig gewesen. Gegen eine Klage des Bürgers auch CAHIER, *Cah. de droit eur.* 1967, 146.,

44) *EuGHRspr.* XII, 39.

45) Vgl. hierzu HELDRICH, Die Allg. Rechtsgrundsätze der außervertraglichen Schadenshaftung im Bereich der EWG, 1961.

46) *EuGHRspr.* IX, 211, 240 = NJW 63, 2246, 2247.

47) Abweichend anscheinend EHLE, Art. 169 Rn. 17.

sich keine besonderen Fragen. Es ist ihr untersagt, wegen desselben Vorgangs erneut ein Verfahren nach Art. 169 in die Wege zu leiten. Wird der Klage stattgegeben, so wird lediglich festgestellt, daß der MST seine Pflichten verletzt habe. Eine Aufhebung bestimmter Maßnahmen durch den Gerichtshof ist nicht möglich;⁴⁸⁾ würde sie dennoch erfolgen, wäre sie wegen absoluter Inkompetenz nichtig.

Fraglich ist, ob die Feststellung des Gerichtshofs sämtliche Organe des beklagten MSTs bindet, oder ob etwa ein nationales Gericht sich auf den Standpunkt stellen darf, ein vom Gerichtshof als Vertragsverletzung gerügte Gesetz sei doch vertragskonform und daher voll wirksam. Ausdrückliche Vorschriften über den Umfang der Rechtskraft sind nicht vorhanden. Ein Rückgriff auf die allen sechs MSTen gemeinsamen Rechtsgrundsätze ergibt, daß ein Urteil im Regelfall nur inter partes wirkt; eine erga-omnes-Wirkung muß ausdrücklich angeordnet sein. Da es im Falle des Art. 169 an einer derartigen Anordnung fehlt, ist nur der MST als solcher im Verhältnis zur Gemeinschaft an die Entscheidung gebunden. Das Urteil kommt daher in seiner Wirkung einer an einen MST gerichteten Entscheidung nach Art. 189 Abs. 4 EWGV gleich, die sich nach h. M.⁴⁹⁾ in ihrer Wirkung auf das „Außenverhältnis“ MST-Gemeinschaft beschränkt. Jedes nationale Gericht und jede Verwaltungsbehörde kann theoretisch die vom *EuGH* entschiedene Frage anders entscheiden.⁵⁰⁾ Soweit es sich freilich allein um die Auslegung des Gemeinschaftsrechts handelt, ist Art. 177 EWGV zu beachten.

2. Nach Art. 171 EWGV ist es Aufgabe der zuständigen Behörden des MSTs, die notwendigen Maßnahmen zur Beseitigung der Rechtsverletzung zu treffen. Häufig genügt hierfür ein *contrarius actus* wie die Aufhebung eines Gesetzes; ist – wie bei letztinstanzlichen gerichtlichen Entscheidungen – etwas Derartiges nicht möglich, muß der durch das Urteil Benachteiligte eine Entschädigung in Geld erhalten.⁵¹⁾

Über die Frage, was zu geschehen hat, wenn ein MST dem Urteil nicht nachkommt, ist im Rahmen der Art. 169ff. EWGV keine ausdrückliche Regelung getroffen worden. Im Gegensatz dazu sieht Art. 88 MUV, der die Pflichtverletzung eines MSTs im Rahmen der Montanunion behandelt, die Verhängung bestimmter wirtschaftlicher Sanktionen vor. Zuständig hierfür ist die Hohe Behörde. Sie verhängt die Sanktionen entweder selbst oder erteilt den MSTen eine entsprechende Ermächtigung. Im EWG-Vertrag ist von Sanktionen nur an 2 Stellen die Rede. Nach Art. 89 Abs. 2 kann die Kommission die MSTen zu den erforderlichen „Abhilfemaßnahmen“ ermächtigen, wenn Zuwiderhandlungen gegen die Art. 85, 86 EWGV nicht abgestellt werden. Eine ähnliche Regelung trifft Art. 107 Abs. 2 EWGV, wenn ein MST entgegen Art. 104 einseitige Änderungen des Wechselkurses vornimmt. Diese Regelung läßt nur den Schluß zu, daß in allen übrigen Fällen, also insbesondere in dem hier interessierenden Verfahren nach Art. 169 eine Ermächtigung der MSTen zur Verhängung von Sanktionen auszuschließen hat.⁵²⁾

48) *EuGHRspr.* VI, 1184; EHLE, Art. 171 Rn. 3.

49) Siehe im einzelnen FUSS, NJW 66, 1786.

50) A. A. WENNER, AWD 62, 112; vgl. auch LAGRANGE, *EuGHRspr.* VI, 1214; MÜHLENHÖFER in VON DER GROEBEN-VON BOECKH, Art. 171 Anm. 1.

51) MÜHLENHÖFER in VON DER GROEBEN-VON BOECKH, Art. 171 Anm. 3.

52) BEBR, *Judicial Control*, S. 157; WENNER, AWD 62, 11; WOHLFARTH, Art. 171 Anm. 1. Vgl. auch CAHIER, *Cah. de droit eur.* 1967, 158.

Fraglich ist, ob die vertragstreuen MSten von sich aus Maßnahmen ergreifen dürfen, die den Verletzerstaat zu einem vertragskonformen Verhalten veranlassen sollen. Der EWG-Vertrag gibt hierfür weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Ermächtigung. Rechtsgrundlage für die Verhängung von Sanktionen könnten daher nur die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts sein, die im Falle einer Rechtsverletzung durch einen fremden Staat rechtmäßige (Retorsion) wie rechtswidrige Maßnahmen (Repressalie) gestatten.⁵³⁾

Die Anwendung völkerrechtlicher Grundsätze im Bereich des EWG-Vertrages begegnet zunächst erheblichen Bedenken. Durch den Vertrag wurde eine neuartige Rechtsordnung ins Leben gerufen, die beträchtliche Affinitäten mit der eines Bundesstaates aufweist. Im Unterschied zum Bundesstaat besteht jedoch keine Möglichkeit für die Zentralgewalt, auch gegen den Willen eines „renitenten“ MSts die Gemeinschaftsrechtsordnung durchzusetzen. Das bedeutet, daß die EWG insoweit noch den Regeln des Völkerrechts und nicht denen des Staatsrechts unterliegt. Dasselbe ergibt sich aus folgender Überlegung: Jede entwickelte Rechtsordnung erkauft den Verzicht der einzelnen Rechtsgenossen auf Selbsthilfe durch Zur-Verfügung-Stellung eines staatlichen (nicht notwendigerweise gerichtlichen) Verfahrens mit der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung. Gäbe es dieses Verfahren nicht, so würde das Selbsthilfeverbot einer völligen Entrechtung gleichkommen – der Einzelne hätte keine Möglichkeit, seinen Rechten Geltung zu verschaffen, das Unrecht würde den Sieg über das Recht davontragen. Gerade diese Situation würde aber heraufbeschwört, wenn man im Bereich des EWG-Vertrages trotz fehlender Möglichkeit der Zwangsvollstreckung ein Verbot völkerrechtlicher Selbsthilfemaßnahmen wie Retorsion und Repressalie annehmen würde. So hätten etwa die vertragstreuen Mitglieder keine Möglichkeit des Schutzes, wenn ein MSt in vertragswidriger Weise neue Zollschränken errichten oder das Niederlassungsrecht ausländischer Unternehmungen beschränken würde, ja der Verletzerstaat würde von seinem Verhalten sogar profitieren.⁵⁴⁾ Dies kann nicht Rechtens sein. Als ultima ratio müssen daher Retorsion und Repressalie für zulässig erachtet werden. Die Treupflicht gebietet den MSten freilich, damit so lange zu warten, wie dies mit ihren eigenen Belangen irgendwie vereinbar ist.

Konkurrierende Ersatzansprüche vor deutschen Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof

Von Wiss. Assistent DR. ACHIM ANDRÉ, Köln

A. In den verbundenen Rechtssachen 5, 7, 13–24/66 (Kampffmeyer u. a. gegen die Kommission der EWG)¹⁾ behandelt der *EuGH* wichtige Fragen des Schadensersatzrechts. Zum ersten Mal wurde das Problem von konkurrierenden Ansprüchen gegen die Bundesrepublik Deutschland und gegen die Kommission der EWG geschnitten und einer, wenn auch nicht recht überzeugenden Lösung zugeführt.

53) Vgl. BERBER, Lehrbuch des Völkerrechts, Band III, 1964, S. 88 ff.

54) Der Gerichtshof (*EuGH*Rspr. X, 1344) hat diese Problematik nicht in voller Schärfe gesehen, als er sich ohne Einschränkung zu der These bekannte, ein MSt könne rechtswidriges Verhalten der Kommission nicht seinerseits mit Vertragsverstößen beantworten.

1) NJW 67, 1722 mit Anm. von BUNTE = EuR 67, 344 mit Anm. von HELDRICH.

Den Schadensersatzklagen im genannten Prozeß gingen Anfechtungsklagen voraus, die zum „Töpfer-Urteil“²⁾ führten. Am 1. 10. 1963 hatte die zuständige Einfuhr- und Vorratsstelle der Bundesrepublik den Abschöpfungsbetrag für Mais auf Null festgesetzt. Die Klägerinnen, deutsche Getreideimporteure, beantragten an diesem Tag Einfuhrlicenzen. Maßgebend für die Abschöpfung ist der Abschöpfungssatz des Tages der Antragstellung. Am Nachmittag des gleichen Tages traf die Bundesrepublik nach Art. 22 der VO 19³⁾ Schutzmaßnahmen wegen der Störung des Marktes für Mais in der Bundesrepublik, wonach die Erteilung von Einfuhrlicenzen auszusetzen war. Auf Grund dieser Anordnung lehnte die Einfuhr- und Vorratsstelle am 3. 10. 1963 die von den Klägerinnen beantragten Einfuhrgenehmigungen ab. Durch Entscheidung vom gleichen Tage ermächtigte die Kommission der EWG die Bundesrepublik, die am 1. 10. getroffene Schutzmaßnahme bis zum 4. 10. aufrechtzuerhalten (Art. 22 Nr. 2, 3. Abs. der VO 19).

Auf Anfechtung der Getreideimporteure hob der *EuGH* im Töpfer-Urteil die Entscheidung der Kommission v. 3. 10. als rechtswidrig auf. Er stellte fest, daß die Klägerinnen von ihr unmittelbar betroffen seien, und daß die Kommission von falschen Maßstäben ausgegangen sei, als sie eine Marktstörung angenommen habe.

Die Entscheidungen der Einfuhr- und Vorratsstelle, worin die Einfuhrlicenzen verweigert wurden, fochten die Klägerinnen vor dem zuständigen deutschen Verwaltungsgericht ebenfalls mit Erfolg an. Durch den Umstand, daß sie nicht gemäß den Lizenzanträgen v. 1. 10. Mais zum Abschöpfungsbetrag Null einführen konnten, war ihnen ein Schaden entstanden. Sie erhoben vor dem *EuGH* gegen die Kommission der EWG und vor dem LG Bonn gegen die Bundesrepublik Schadensersatzklage wegen Amtspflichtverletzung. Das LG Bonn hatte sein Verfahren bis zur Entscheidung des *EuGH* ausgesetzt.

B. 1. Der *EuGH* nahm im Kampffmeyer-Urteil zum Konkurrenzproblem Stellung: Er führte aus, einem Teil der Klägerinnen sei dadurch ein Schaden entstanden, daß sie entgegen ihren Erwartungen bei der Antragstellung einen Abschöpfungsbetrag zu zahlen gehabt hätten. Hier stelle sich die Frage, ob der behauptete Schaden nicht durch die Rückerstattung der ohne rechtliche Verpflichtung gezahlten Abschöpfung wiedergutmacht werden könne. Den Klägerinnen sei aufzugeben, den Nachweis zu erbringen, daß sie den innerstaatlichen Verwaltungs- und Rechtsweg erschöpft hätten, um die Rückerstattung der ohne rechtliche Verpflichtung als Abschöpfung gezahlten Summen zu erreichen. Erst wenn dieser Nachweis erbracht sei, wäre zu prüfen, ob noch ein Schaden bestehenbleibe, den die Gemeinschaft gegebenenfalls zu ersetzen habe.⁴⁾

2. Der *EuGH* postuliert hier die Priorität des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruches⁵⁾ vor dem Amtshaftungsanspruch. Eine solche Subsidiarität ist aber dem deutschen Amtshaftungsrecht und dem der übrigen Mitgliedsländer der EWG fremd, so daß sich auf den ersten Blick das Bedenken stellt, der Gerichtshof habe hier nicht nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind, geurteilt und somit gegen Art. 215 Abs. 2 EWGV verstoßen.

BUNTE glaubt, daß das Urteil des *EuGH* mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Einklang stehe, da es sich auf das Argument der Schadensabwendungspflicht des Geschädigten berufen könne.⁶⁾ Diese Pflicht sei in allen EWG-Ländern anerkannt und finde im deutschen Recht seinen Ausdruck in § 254 BGB und speziell in § 839 Abs. 3 BGB.

2) *EuGH*Rspr. XI, 547 = NJW 65, 1687 = EuR 66, 55 (verbundene Rechtssachen 106 und 107/63).

3) ABIEG 62, 933 (941). Diese Regelung ist heute nicht mehr in Kraft.

4) NJW 67, 1725.

5) Vgl. hierzu WOLFF, Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., 1965, § 44 I c 2, S. 251.

6) Urteilsanmerkung, NJW 67, 1724.