

bens Maßnahmen nach innerstaatlichem Recht erlassen haben, ändert nichts an dessen Rechtsnatur. Für die Kommission ergibt sich nämlich weder aus dieser Vorschrift noch aus der Verordnung Nr. 17, noch aus Artikel 5 EWG-Vertrag eine Befugnis, an

einen Mitgliedstaat eine verbindliche Entscheidung darüber zu richten, wie sich die nationalen Behörden in bezug auf eine unter Artikel 85 EWG-Vertrag fallende Vereinbarung zwischen Unternehmen verhalten sollen.

URTEIL DES GERICHTS (Erste Kammer)
13. Dezember 1990 *

In der Rechtssache T-113/89

Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie „Nefarma“ mit Sitz in Utrecht

und

Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf mit Sitz in Amsterdam,

vertreten durch die Rechtsanwälte B. H. Ter Kuile, Den Haag, und E. H. Pijnacker Hordijk, Amsterdam, Zustellungsanschrift: Kanzlei des Rechtsanwalts J. Loesch, 8, rue Zithe, Luxemburg,

Kläger,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch B. J. Drijber, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigten, Zustellungsbevollmächtigter: Guido Berardis, Juristischer Dienst, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

unterstützt durch

Königreich der Niederlande, vertreten durch J. W. de Zwaan, Assistent juristisch adviseur im Ministerium für auswärtige Angelegenheiten, als Bevollmächtigten, Zustellungsanschrift: Botschaft des Königreichs der Niederlande, 5, rue C. M. Spoo, Luxemburg,

Streithelfer,

wegen Aufhebung einer oder mehrerer Entscheidungen, die den Klägern zufolge in verschiedenen Schreiben eines Mitglieds der Kommission und eines Leiters einer Direktion der Generaldirektion „Wettbewerb“ enthalten sind,

erläßt

DAS GERICHT (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. L. Cruz Vilaça, der Richter H. Kirschner, R. Schintgen, R. García-Valdecasas und K. Lenaerts,

Kanzler: B. Pastor, Verwaltungsrätin

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 1990,

folgendes

Urteil

Sachverhalt

- 1 Der vorliegende Rechtsstreit geht auf die seit den 70er Jahren vom niederländischen Staat unternommenen Versuche zurück, die Kosten für Arzneimittel, die außerhalb der Krankenhäuser und anderen Pflegeeinrichtungen abgegeben werden, einzudämmen. Er steht in engem Zusammenhang mit den Rechtssachen T-114/89 (VNZ/Kommission, Slg. 1990, II-827) und T-116/89 (Prodifarma/Kommission I, Slg. 1990, II-843) sowie mit der Rechtssache T-3/90 (Prodifarma/Kommission II, Unzulässigkeitsbeschluß vom 23. Januar 1991, Slg. 1991, II-1). Die in diesen Rechtssachen jeweils eingereichten Klagen richteten sich gegen die Reaktion der Kommission auf eine Vereinbarung, die im Zusammenhang mit einer Änderung der niederländischen Regelung über die Gewinnspanne der Apotheker

eine Senkung der Preise vorsieht, zu denen Arzneimittel an Apotheker geliefert werden. Nahezu alle niederländischen Repräsentativorganisationen von Unternehmen der pharmazeutischen Industrie, von Krankenkassen und Krankenversicherern sowie von Berufsgruppen, die mit der Arzneimittelversorgung zu tun haben, haben sich dieser Vereinbarung angeschlossen, die deswegen auch „Omni-Partijen Akkoord“ („Allparteienvereinbarung“; hiernach: „OPA“) genannt wird. Das Gericht hat bei der Feststellung des Sachverhalts von Amts wegen die Sachverhaltsangaben berücksichtigt, die in den Akten der Parallelrechtssachen T-114/89 und T-116/89 enthalten sind.

1. Die nationale Regelung

- 2 Das wichtigste Interventionsinstrument des niederländischen Staats bezüglich der Kosten der Arzneimittelversorgung ist die *Wet tarieven gezondheidszorg* (Gesetz über die Tarife im Gesundheitswesen; hiernach: „WTG“) vom 20. November 1980 (Stbl. 1980, S. 646), die Regeln für die Tarife von medizinische Versorgung leistenden Einrichtungen oder Personen enthält, zu denen auch die Apotheker und die eine Apotheke betreibenden Allgemeinärzte gerechnet werden. Artikel 2 Absatz 1 der WTG verbietet generell, einen Tarif anzuwenden, der nicht gemäß dem Gesetz genehmigt oder festgesetzt worden ist.
- 3 Die Festsetzung und Genehmigung der Tarife für das Gesundheitswesen ist nach der WTG dem *Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg* (Zentralstelle für die Tarife im Gesundheitswesen; hiernach: „COTG“) anvertraut, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Das COTG kann Richtlinien erlassen über die Höhe, den Aufbau und die Art und Weise der Anwendung eines Tarifs oder eines Teils hiervon. Diese Richtlinien bedürfen der Genehmigung des Ministers für Wohlfahrt, Gesundheit und Kultur, des Ministers für Wirtschaft und desjenigen Ministers, der aufgrund seiner Verantwortung für die Politik in bezug auf die jeweilige Kategorie von Einrichtungen oder Personen, die medizinische Versorgung leisten, mit betroffen ist. Nach Artikel 13 der WTG muß das COTG diese Richtlinien bei seinen Entscheidungen über die Genehmigung oder Festsetzung von Tarifen berücksichtigen. Gemäß Artikel 14 können der Minister für Wohlfahrt, Gesundheit und Kultur und der Minister für Wirtschaft gemeinsam dem COTG Weisungen über den Inhalt der Richtlinien erteilen. Das COTG ist gehalten, diesen Weisungen beim Erlaß der Richtlinien Folge zu leisten.
- 4 Aufgrund dieser Bestimmung erteilten der Staatssekretär für Wohlfahrt, Gesundheit und Kultur und der Staatssekretär für Wirtschaft am 21. April 1987 die Wei-

- sung, Richtlinien zur Änderung der Regelung über die an Apotheker für die Lieferung von Arzneimitteln zu zahlenden Vergütungen zu erlassen, um in diesem Sektor Einsparungen zu erzielen.
- 5 Die Weisung war zum einen darauf gerichtet, daß von der Vergütung, die der Apotheker verlangen kann, die Nachlässe abgezogen werden, die der Arzneimittel-lieferant ihm eingeräumt hat, soweit diese Nachlässe 2 % des für das betreffende Arzneimittel geltenden, durch das COTG anerkannten Listenpreises übersteigen.
 - 6 Zum anderen war die Weisung darauf gerichtet, die Apotheker zum Ankauf und zur Lieferung von Generika oder von parallel importierten Arzneimitteln zu ermuntern, die billiger sind als die vom Hersteller oder vom offiziellen Importeur auf den niederländischen Markt gebrachten Arzneispezialitäten. Zwar wählt grundsätzlich der verschreibende Arzt das Arzneimittel aus, das der Verbraucher kaufen soll, doch hat der Apotheker die Möglichkeit, auf Verlangen des Verbrauchers ein anderes, gleichwertiges Arzneimittel zu liefern. Auf diese Weise kann der Apotheker an der Ersetzung von Arzneispezialitäten durch parallel importierte Arzneimittel oder Generika mitwirken. Die Weisung sah vor, daß der Apotheker als Anreizprämie ein Drittel des Preisunterschieds zwischen der verschriebenen teureren Arzneispezialität und dem von ihm gelieferten billigeren Arzneimittel für sich selbst behalten kann.
 - 7 Zum 1. Januar 1988 führte das COTG eine Regelung ein, die mit der eben beschriebenen Weisung übereinstimmte. Zwar ist nach wie vor umstritten, ob diese Regelung die erwünschten oder aber nachteilige Folgen hatte; es wird jedoch überwiegend eingeräumt, daß nicht im erhofften Maß Einsparungen erzielt werden konnten. Die niederländische Regierung suchte deshalb nach noch strengeren Maßnahmen zur Kontrolle der Preise. Zu diesem Zweck legte sie einen Plan vor, das sogenannte „ijkprijzensysteem“, wonach für alle Arzneimittel, die zur Behandlung einer bestimmten Krankheit verschrieben werden können, ein Höchstbetrag der Erstattung durch die Krankenkassen festgesetzt wird, so daß bei Verordnung eines Arzneimittels, das mehr kosten würde als der festgesetzte Betrag, der Patient den Unterschiedsbetrag selbst zuzahlen mußte. Zur Durchführung dieses Plans ist es jedoch unter anderem deshalb nicht gekommen, weil die Berufsvereinigungen des Sektors Gesundheitswesen dem Staat als Alternativplan zur Erzielung der als notwendig angesehenen Einsparungen, die gemäß einem Beschluß der niederländischen Regierung jährlich 420 Mio HFL erreichen sollten, den OPA vorschlugen.

2. *Der Omni-Partijen Akkoord (OPA)*

a) Die Vertragsparteien des OPA

8 Als Ergebnis früherer Initiativen der Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie „Nefarma“ (Niederländischer Verband der pharmazeutischen Industrie), eines der Kläger in der vorliegenden Rechtssache, und der Vereniging van Nederlandse Ziekenfondsen „VNZ“ (Vereinigung der Niederländischen Krankenkassen), eines der Kläger in der Rechtssache T-114/89, wurde am 18. August 1988 der OPA geschlossen.

9 Am OPA sind — bis auf eine Ausnahme — die Repräsentativorganisationen aller von der Verschreibung und Lieferung von Arzneimitteln betroffenen Gruppen beteiligt, d. h. der Hersteller und der Lieferanten, der verschreibenden Ärzte und der Apotheker sowie der Versicherer und der Krankenkassen, die die Arzneimittelkosten tragen. Die Kläger in der vorliegenden Rechtssache und in der Rechtssache T-114/89 sind ebenfalls an dem OPA beteiligt.

10 Die bereits erwähnte Ausnahme ist die Klägerin in den Rechtssachen T-116/89 und T-3/90, Prodifarma; bei ihr handelt es sich um eine Vereinigung, in der sich kleinere Unternehmen zusammengeschlossen haben, die Generika oder Arzneispezialitäten herstellen oder auch Generika parallel importieren und die nicht zur Markenarzneimittelindustrie gehören. Obwohl Prodifarma an den Vorberatungen über den OPA teilgenommen hatte, sind sie und die ihr angeschlossenen Unternehmen ihm nicht beigetreten. Auch die niederländische Regierung ist nicht am OPA beteiligt.

b) Der Inhalt des OPA

11 Der OPA gliedert sich in zwei Hauptteile verschiedenen Charakters. Zum einen enthält er einen privatrechtlichen Vertrag zwischen den Beteiligten, wonach sich die Hersteller und die Händler verpflichten, gegenüber den Apothekern die Einkaufspreise für Arzneimittel zu senken. Zum anderen enthält er Vorschläge der Beteiligten für Änderungen der oben beschriebenen nationalen Regelung, die der Staat nach ihrem Willen vornehmen soll, bevor ihr privatrechtlicher Vertrag durchgeführt wird. Diese beiden Hauptbestandteile werden durch eine Reihe von Bestimmungen ergänzt, die den Anwendungsbereich des OPA und die Verpflichtungen der Beteiligten bei der Durchführung der von ihnen vorgeschlagenen Regelung betreffen.

- 12 Die wichtigsten Bestimmungen des OPA lassen sich wie folgt zusammenfassen. Unter Punkt 7.1 des OPA erklären sich die beiden Kläger in der vorliegenden Rechtssache, die Nefarma und der Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf (Verband der Großhändler im Arzneimittelsektor), bereit, gegenüber den Apothekern die Einkaufspreise für Arzneispezialitäten um durchschnittlich 7 % zu senken. Unter Punkt 8 des OPA ist ein „Preisstop“ bis zum 1. Januar 1991 vorgesehen. Die Beteiligten erklären ferner, daß sie von „Nachschlagspreiserhöhungen“ nach diesem Zeitpunkt absehen werden. Unter Punkt 9 verpflichten sich die Kläger, die Preise von neu einzuführenden Arzneimitteln so hoch festzusetzen, wie es dem Durchschnitt der in einer Reihe anderer Mitgliedstaaten verlangten Preise entspricht.
- 13 Die Änderungen der nationalen Regelung, die dem Staat von den am OPA Beteiligten vorgeschlagen wurden, betreffen erstens eine Erhöhung der Nachlässe, die ein Apotheker erhalten kann, ohne daß sie bei der Erstattung durch die Krankenkassen berücksichtigt werden, von 2 % auf 4 % (Punkt 10). Zweitens wird der Staat aufgefordert, die oben beschriebene Prämie, die der Apotheker als Anreiz für die Abgabe von billigeren Arzneimitteln erhält, von 33,3 % auf 15 % herabzusetzen (Punkt 11).
- 14 Anhang 2 des OPA enthält Schätzungen der am OPA Beteiligten über die Entwicklung des Marktes nach der Einführung einer Prämie von 15 %. Der Umsatz beim Verkauf von Arzneispezialitäten sollte von 1988 bis 1990 von 1 750 Mio HFL auf 1 700 Mio HFL zurückgehen, dagegen der mit Generika von 250 Mio HFL auf 360 Mio HFL und der mit parallel importierten Arzneimitteln von 135 Mio HFL auf 200 Mio HFL steigen.

3. Die *Verwaltungsverfahren*

- 15 Mit Schreiben vom 6. September 1988 legte der Präsident der Nefarma dem Staatssekretär für Wohlfahrt, Gesundheit und Kultur und dem Staatssekretär für Wirtschaft den OPA vor. Ende November 1988 erklärte sich der niederländische Staat bereit, dem OPA eine Chance zu geben. Es war geplant, die im OPA vorgesehenen Preissenkungen am 1. Januar 1989 in Kraft treten zu lassen.

- 16 In der Folgezeit wurden bei der Kommission zwei parallele Verfahren betreffend den OPA eingeleitet. Am 2. Dezember 1988 beantragte die Prodifarma, die Klägerin in der Rechtssache T-116/89, bei der Kommission gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, der Ersten Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 EWG-Vertrag (ABl. Nr. 13, S. 204), festzustellen, daß der OPA gegen Artikel 85 EWG-Vertrag verstößt. Des weiteren meldete die Nefarma, einer der Kläger in der vorliegenden Rechtssache, den OPA am 9. Dezember 1988 im Namen aller an ihm Beteiligten bei der Kommission an. Sie beantragte die Ausstellung eines Negativattests gemäß Artikel 2 der Verordnung Nr. 17, hilfsweise eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag.
- 17 In einem Schreiben vom 14. Dezember 1988, das von Herrn Rocca, dem Leiter einer Direktion in der Generaldirektion „Wettbewerb“, unterzeichnet war, teilte die Kommission den am OPA Beteiligten mit, daß der OPA nach ihrer vorläufigen Ansicht wegen der in ihm enthaltenen Preisabsprache gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag verstoße und daß die an ihm Beteiligten nichts vorgebracht hätten, was eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 rechtfertigen könnte. Die Kommission fügte hinzu, daß die Möglichkeit untersucht werde, ein Verfahren nach Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 einzuleiten. Eine Kopie dieses Schreibens wurde an die Prodifarma gesandt.
- 18 Nach dieser ersten negativen Reaktion der Kommission setzten sich mehrere am OPA Beteiligte sowie die niederländische Regierung, vertreten durch die beiden betroffenen Staatssekretäre, wiederholt mit den Dienststellen der Kommission und mit dem für Wettbewerbsachen zuständigen Kommissionsmitglied in Verbindung, um sie eingehender über den OPA zu informieren und für ihn einzutreten.
- 19 Inzwischen wurde das Verfahren zur Anpassung der nationalen Regelung, insbesondere der Richtlinien des COTG, an den Inhalt des OPA fortgesetzt. Am 23. Dezember 1988 teilte die niederländische Regierung den am OPA Beteiligten und der Gruppe um die Prodifarma jedoch mit, daß der niederländische Staat nicht beabsichtigte, die Änderungen der Richtlinien, die zur Umsetzung des OPA erforderlich gewesen seien, zu genehmigen, bevor er in Kenntnis des „endgültigen Standpunkts der Kommission“ beurteilen könne, ob eine solche Genehmigung gegen den EWG-Vertrag verstoßen würde. Tatsächlich versagten die zuständigen

Staatssekretäre, als der COTG am 29. Dezember 1988 beschloß, seine Richtlinien zu ändern, die Genehmigung für diese Änderung. Entgegen der ursprünglichen Planung der am OPA Beteiligten und der niederländischen Regierung konnte der OPA demnach nicht am 1. Januar 1989 in Kraft treten.

- 20 Die am OPA Beteiligten und die niederländische Regierung versuchten Anfang 1989 weiterhin, die Kommission von den Vorzügen des OPA zu überzeugen. So hatten insbesondere der Staatssekretär für Wirtschaft und sein Amtskollege aus dem Ministerium für Wohlfahrt, Gesundheit und Kultur auf ihren Wunsch hin am 7. Februar 1989 eine Unterredung mit dem neuen für den Wettbewerb zuständigen Kommissionsmitglied, Sir Leon Brittan. Auf diese folgte am 9. Februar ein Schreiben des Staatssekretärs für Wirtschaft, Herrn Evenhuis, an Sir Leon Brittan, mit zusätzlichen Ausführungen zur Rechtfertigung einer Senkung der Anreizprämie von 33,3 % auf 15 %.
- 21 Sir Leon Brittan beantwortete dieses Schreiben mit einem Schreiben an die beiden Staatssekretäre vom 6. März 1989, das von den Klägern in der vorliegenden Rechtssache sowie in den Rechtssachen T-114/89 und T-116/89 angefochten wird. In diesem Schreiben, dessen Entwurf den niederländischen Stellen schon einige Tage zuvor per Telefax übermittelt worden war, erklärte Sir Leon Brittan, daß er „als ehemaliger Finanzminister“ die Bedeutung des Ziels der niederländischen Regierung, die Kosten der Arzneimittelversorgung in den Niederlanden unter Kontrolle zu bekommen, anerkenne. Jedoch müßten die wettbewerbswidrige Wirkung der Bestimmungen des OPA über die Senkung der Anreizprämie und die Ausweitung des zulässigen Spielraums für Preisnachlässe abgeschwächt werden, bevor eine positive Entscheidung ergehen könne.
- 22 Seiner Ansicht nach müsse der OPA zwei Voraussetzungen erfüllen, damit die Kommission in dieser Sache eine positive Entscheidung treffen könne:
- Erstens sei die Anreizprämie für die Lieferung von billigeren Arzneimitteln auf 20 % statt auf 15 % des Preisunterschieds zu den teureren Arzneispezialitäten zu senken;
 - zweitens seien die Auswirkungen der Senkung der Anreizprämie ein Jahr lang mit Hilfe eines hierfür eingeführten Kontrollsystems zu erproben.

23 In dem Schreiben hieß es unter anderem:

„In diesem Zusammenhang schlage ich Ihnen vor, den Anreiz von 33 % nur auf 20 % statt auf die im OPA vorgesehenen 15 % zu senken und die Auswirkungen der Prämie von 20 % in der Praxis ein Jahr lang zu erproben.“

24 Zum Kontrollsystem bemerkte Sir Leon Brittan, daß die niederländischen und die Gemeinschaftsbehörden bei dessen näherer Ausarbeitung zusammenarbeiten könnten, insbesondere durch einen Austausch von statistischen Daten über den Arzneimittelmarkt. Weiter führte er aus:

„Es versteht sich von selbst, daß meine Schlußfolgerungen bezüglich des OPA die Verfahrensrechte der Beteiligten, die den OPA angemeldet haben, und der Prodifarma, die gegen diese Vereinbarung Beschwerde erhoben hat, nicht berühren.“

25 Eine Kopie dieses Schreibens wurde am 16. März 1989 der Nefarma übersandt. In einem Begleitschreiben stellte Direktor Rocca klar, daß die Frage, ob der OPA den Wettbewerb zwischen Arzneyspezialitäten und Generika oder parallel importierten Arzneimitteln verfälsche, unter Berücksichtigung der Prognosen über die Marktentwicklung geprüft werden müsse, die von den am OPA Beteiligten im Anhang 2 zum OPA unter Zugrundelegung einer Anreizprämie von 15 % aufgestellt worden seien.

26 Am 17. März 1989 erklärte sich die Mehrheit der Mitglieder der Nefarma dazu bereit, eine Festsetzung der Anreizprämie auf 20 % zu akzeptieren. Die anderen am OPA Beteiligten erklärten sich ebenfalls bereit, diese Vereinbarung unter den im Schreiben vom 6. März 1989 enthaltenen Voraussetzungen anzuwenden. Das COTG paßte seine Richtlinien dementsprechend an, und die niederländische Regierung erteilte ihre Genehmigung. Die im OPA enthaltenen Vorschläge wurden somit zum 1. April 1989 durchgeführt.

27 Nachdem die Nefarma und die Prodifarma die Kommission bezüglich der von ihr beabsichtigten Kontrolle um nähere Erläuterungen gebeten hatten, führte Direktor

Rocca in einem Schreiben vom 4. April 1989 aus, daß die Bewertung anhand eines monatlichen Berichts über die Marktanteile von Arzneispezialitäten, Generika und parallel importierten Erzeugnissen erfolgen werde. Diese Daten würden von der Kommission mit den Prognosen der am OPA Beteiligten verglichen.

- 28 Am 28. April 1989 richtete Direktor Rocca an die Kläger ein Schreiben, das eine detaillierte Übersicht der Daten enthielt, über die die Kommission zum Zwecke der vorgesehenen Kontrolle zu verfügen wünschte, und in dem die Kläger aufgefordert wurden, diese Daten zu übermitteln.

Verfahren

- 29 Mit Klageschrift, die am 10. Mai 1989 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, haben die Kläger gegen die Kommission die vorliegende Klage auf Aufhebung der Entscheidungen erhoben, die ihrer Ansicht nach in dem Schreiben Sir Leon Brittans vom 6. März 1989 und in den Schreiben von Direktor Rocca vom 16. März und vom 4. und 28. April 1989 enthalten sind.
- 30 Die Kläger stützen ihren Antrag hauptsächlich auf zwei Rügen. Sie tragen zum einen vor, die Kommission habe sich zu Unrecht auf den Standpunkt gestellt, daß der OPA unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag falle. Zum anderen sind sie der Meinung, daß die Kommission eine positive Entscheidung über die Vereinbarkeit des OPA mit den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln zu Unrecht von den beiden Voraussetzungen abhängig gemacht habe, die sie in den angefochtenen Schreiben aufgestellt habe.
- 31 Mit einem am 30. Juni 1989 eingereichten Schriftsatz hat die Kommission eine Einrede der Unzulässigkeit gemäß Artikel 91 § 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes erhoben.
- 32 Das Königreich der Niederlande hat mit Antragschrift, die am 20. Oktober 1989 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, beantragt, im vorliegenden Rechtsstreit als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Beklagten zugelassen zu werden.

33 Mit Beschluß vom 15. November 1989 hat der Gerichtshof die Rechtssache gemäß Artikel 14 des Beschlusses des Rates vom 24. Oktober 1988 zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften an das Gericht verwiesen.

34 Mit Beschluß vom 7. Dezember 1989 hat das Gericht (Erste Kammer) das Königreich der Niederlande im vorliegenden Rechtsstreit als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen. In einem am 19. Januar 1990 eingereichten Schriftsatz hat der Streithelfer erklärt, daß er zur Frage der Zulässigkeit nicht Stellung nehmen wolle, sich jedoch vorbehalte, später Erklärungen zur Begründetheit einzureichen.

35 Das Gericht (Erste Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters beschlossen, dem Antrag der Kommission auf Vorabentscheidung über die Einrede der Unzulässigkeit stattzugeben. Die Vertreter der Kläger und der Kommission haben in der Sitzung vom 20. Juni 1990 mündlich verhandelt und Fragen des Gerichts beantwortet.

36 Die Kläger beantragen,

1) — die Entscheidung der Kommission, die in dem Schreiben des Mitglieds der Kommission Sir Leon Brittan an die Staatssekretäre A. J. Evenhuis und D. J. D. Dees vom 6. März 1989 enthalten ist, und

— die Entscheidungen der Kommission, die in den Schreiben des Direktors in der Generaldirektion „Wettbewerb“ der Kommission G. Rocca vom 16. März, 4. April und 28. April 1989 an die Nefarma enthalten sind,

aufzuheben, soweit die Kommission in dieser Entscheidung bzw. diesen Entscheidungen festgestellt hat, daß der OPA in den Anwendungsbereich des Verbots des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fällt, und soweit die Kommission in dieser Entscheidung bzw. diesen Entscheidungen zwei Voraussetzungen für

eine positive Beurteilung der Vereinbarkeit des OPA mit den europäischen Wettbewerbsregeln aufgestellt hat;

2) der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

37 Die Kommission beantragt,

— die Klage für unzulässig zu erklären;

— den Klägern die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

38 Bezüglich der von der Kommission erhobenen Einrede der Unzulässigkeit beantragen die Kläger,

— die von der Kommission erhobene Einrede der Unzulässigkeit zurückzuweisen;

— der Kommission — im Endurteil — die Kosten des Zwischenstreits aufzuerlegen.

39 Der Streithelfer erklärt, daß er die Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage in das Ermessen des Gerichts stelle.

40 Am Ende der Sitzung hat der Präsident die mündliche Verhandlung über die Einrede der Unzulässigkeit für geschlossen erklärt.

Zur Zulässigkeit des Antrags auf Aufhebung

41 Die Kommission stützt ihre Einrede der Unzulässigkeit hauptsächlich darauf, daß eine Handlung eines Gemeinschaftsorgans nur dann Gegenstand einer Klage nach Artikel 173 EWG-Vertrag darstellen könne, wenn sie verbindliche Rechtswirkungen erzeuge.

- 42 Nach Ansicht der Kommission hat das Schreiben Sir Leon Brittans ausschließlich tatsächliche und keine rechtlichen Folgen gehabt. Dieses Schreiben binde weder die niederländische Regierung, an die es sich gerichtet habe, noch Dritte wie die Kläger und nicht einmal die Kommission selbst. Aus der Lektüre des betreffenden Schreibens ergebe sich unmittelbar, daß es sich hierbei um eine Meinungsäußerung ohne bindende Wirkungen handle und somit nicht um eine „Handlung“ im Sinne von Artikel 173 EWG-Vertrag.
- 43 Zur Begründung ihrer Auffassung weist die Kommission zunächst auf bestimmte Wendungen in dem Schreiben hin, die insofern, als darin ausdrücklich die Möglichkeit einer späteren Entscheidung der Kommission offengelassen werde, der in keiner Weise vorgegriffen werde, den vorläufigen Charakter des Schreibens deutlich machten. Das Schreiben enthalte nur Vorschläge und bedeute weder den Abschluß der Angelegenheit noch das Ende der von den Dienststellen der Kommission geführten Untersuchung, die vielmehr erst mit der Einführung des Kontrollsystems richtig in Gang gekommen sei. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission dem hinzugefügt, sollte sie in einem späteren Stadium eine Entscheidung in der Sache erlassen, so gelte diese rückwirkend und trete an die Stelle des angefochtenen Schreibens. Erst wenn eine solche endgültige Entscheidung erlassen worden sei, könnten sich die Kläger auf die Notwendigkeit gerichtlichen Rechtsschutzes berufen.
- 44 Die Kommission macht sodann geltend, daß das angefochtene Schreiben den am OPA Beteiligten keinen rechtlichen Vorteil entziehe und insbesondere den Schutz gegen Geldbußen, der ihnen aufgrund der Anmeldung der Vereinbarung zukomme, unberührt lasse. Das angefochtene Schreiben habe nichts mit der Ergreifung einstweiliger Maßnahmen im Sinne des Beschlusses des Gerichtshofes vom 17. Januar 1980 in der Rechtssache 792/79 R (Camera Care/Kommission, Slg. 1980, 119) gemein und beeinträchtige nicht die Verfahrensrechte der Parteien, wie sie in der Verordnung Nr. 17 des Rates und der Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission vom 25. Juli 1963 über die Anhörung nach Artikel 19 Absätze (1) und (2) der Verordnung Nr. 17 des Rates (ABl. Nr. 127, S. 2268) niedergelegt seien.
- 45 Nach Meinung der Kommission hat nicht das streitige Schreiben für die Kläger verbindliche Rechtswirkungen hervorgerufen, sondern die Entscheidung der niederländischen Regierung — die hierbei aus eigener Machtbefugnis und in eigener Verantwortung gehandelt habe —, den OPA unter Berücksichtigung der in den streitigen Schreiben vorgeschlagenen Änderungen durchzuführen. Zwar habe die niederländische Regierung ihre Entscheidung, die für die Durchführung des OPA

erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen, davon abhängig gemacht, daß die Kommission „grünes Licht“ gebe. Die niederländischen Stellen hätten sich aber freiwillig dem Standpunkt der Kommission angeschlossen.

- 46 Die Kommission macht außerdem geltend, daß sich die vorliegende Klage nicht gegen eine Kollegialentscheidung der Kommission richte, die im Anschluß an das in diesem Bereich übliche interne Verfahren getroffen worden sei, sondern gegen ein Schreiben, in dem ein einzelnes Mitglied der Kommission auf Drängen der Regierung des betroffenen Staats seine persönliche Auffassung über einen Vorgang äußere, der sich noch in einem frühen Stadium der Untersuchung befinde.
- 47 Die Kommission führt weiter aus, daß Dritte, an die das Schreiben Sir Leon Brittans nicht gerichtet gewesen sei, demnach durch dieses in keiner Weise betroffen sein könnten. Dritte könnten nur dann im Sinne von Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag unmittelbar und individuell betroffen sein, wenn die angefochtene Handlung gegenüber einem primären Adressaten Rechtswirkungen entfaltet habe, was bei dem streitigen Schreiben in bezug auf die niederländische Regierung nicht der Fall sei.
- 48 Zu den Schreiben von Direktor Rocca vertritt die Kommission die Ansicht, daß diese Handlungen der laufenden Verwaltung darstellten, die rein tatsächlichen Charakter hätten und die Rechtsstellung der Kläger nicht im geringsten beeinflussen könnten. Das in den angefochtenen Schreiben vorgesehene Überwachungssystem habe die Rechtsstellung der Kläger nicht verändert, da die Mitwirkung an diesem System freiwillig sei. Die Kommission führt weiter aus, sie habe davon abgesehen, durch eine verbindliche Entscheidung Auskünfte zu verlangen, wie sie es nach Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 hätte tun können; außerdem habe sich die Klägerin Nefarma selbst nicht für an das Überwachungssystem gebunden gehalten, da sie im Januar 1990 die Übermittlung der im Rahmen dieses Systems vorgesehenen statistischen Daten eingestellt habe.
- 49 Die Kommission begründet ihre Einrede der Unzulässigkeit hilfsweise damit, daß die Kläger kein Rechtsschutzinteresse dargetan hätten. Das Fehlen dieses Interesses folge aus dem Umstand, daß die Kläger eine Festsetzung der Anreizprämie auf 20 % statt auf die im OPA ursprünglich vorgesehenen 15 % akzeptiert hätten; dies

gehe aus einem Schreiben vom 21. März 1989 hervor, wonach die Mehrheit der Mitglieder der Nefarma diesem neuen Prozentsatz zugestimmt habe.

- 50 In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission schließlich zu bedenken gegeben, daß eine weitere Lockerung der Zulässigkeitsvoraussetzungen zu einer Flut von Klagen gegen die verschiedenen Arten von Schreiben führen würde, die ihre Dienststellen im Laufe der Untersuchungen an die betroffenen Unternehmen zu richten hätten, so daß sie künftig nicht mehr auf die zahlreichen an sie gerichteten Anträge auf eine informelle Stellungnahme ihrer Dienststellen eingehen könnte.
- 51 Die Kläger tragen dagegen vor, die angefochtenen Schreiben enthielten Entscheidungen, die für sie verbindliche und nicht mehr rückgängig zu machende Rechtsfolgen erzeugten. In den angefochtenen Schreiben habe sich die Kommission unwiderruflich gebunden, unter bestimmten, im einzelnen aufgeführten Voraussetzungen positiv über den OPA zu befinden.
- 52 Die Kläger sind der Ansicht, daß Sir Leon Brittan in seinem Schreiben vom 6. März 1989 auf Bitten der niederländischen Regierung ein endgültiges Urteil über die Vereinbarkeit des OPA mit Artikel 85 EWG-Vertrag abgegeben habe und daß es sich hierbei um eine Entscheidung handele, die ihre Rechtsstellung als an dieser Vereinbarung Beteiligte berühre, und zwar unabhängig davon, daß diese Entscheidung in Form eines an die niederländische Regierung gerichteten Schreibens ergangen sei. Sie machen geltend, daß die Durchführung des OPA vollständig von der vorherigen Änderung der damals geltenden öffentlich-rechtlichen Regelung durch den niederländischen Staat abhängig gewesen sei, der sein Tätigwerden seinerseits von der vorherigen Zustimmung der Kommission abhängig gemacht habe. Das Schicksal des OPA habe daher vollständig in den Händen der Kommission gelegen, die mit Schreiben vom 6. März 1989 den erforderlichen Schritt getan habe, um die Durchführung der im OPA vorgeschlagenen Maßnahmen zu ermöglichen.
- 53 Nach Ansicht der Kläger verwehrte es der Inhalt dieses Schreibens der niederländischen Regierung, die zur Durchführung des OPA in seiner ursprünglichen Fassung erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, da die Kommission sonst ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß den Artikeln 5, 3 Buchstabe f und 85 EWG-Vertrag eingeleitet hätte. Außerdem habe auch das niederländische Recht dem entgegengestanden, daß der Staat „grünes Licht“ für den OPA in seiner ursprüngli-

chen Fassung gegeben habe, solange noch im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht Zweifel an der Gültigkeit des OPA bestanden hätten. Ferner habe das Schreiben Dritten, insbesondere der Vereinigung Prodifarma, die Möglichkeit eröffnet, unter Berufung auf dieses Schreiben vor niederländischen Gerichten den Vollzug des OPA in seiner ursprünglichen Form zu verhindern.

- 54 Vor diesem Hintergrund sei sich die Kommission sehr wohl der Folgen bewußt gewesen, die ihre Entscheidung hervorrufen würde, und habe mit dem Erlaß der Entscheidung die Rechtsstellung der verschiedenen vom OPA betroffenen Personen festlegen oder gegebenenfalls ändern wollen. Es sei daher insoweit nicht erforderlich, zu prüfen, ob für die Kommission eine Rechtsgrundlage bestehe, die sie ermächtige, an das Königreich der Niederlande eine verbindliche Entscheidung zu richten.
- 55 Die Kläger sind der Ansicht, daß das Schreiben Sir Leon Brittans gegenüber dem Königreich der Niederlande eine Entscheidung darstelle; selbst wenn dies aber nicht der Fall sein sollte, stelle es dennoch ihnen gegenüber eine Entscheidung dar. Denn ausschlaggebend für die Qualifizierung als „Entscheidung“ sei der Umstand, daß das Schreiben ihre Rechtsstellung unmittelbar und individuell berühre.
- 56 Nach Ansicht der Kläger haben auch die Schreiben von Direktor Rocca Rechtswirkungen entfaltet, und sei es auch nur bezüglich der Art und Weise der Durchführung des Kontrollsystems, von dem im Schreiben Sir Leon Brittans die Rede gewesen sei. Sie haben in der mündlichen Verhandlung jedoch erklärt, daß sie gegen diese Schreiben keine Klage hätten erheben wollen, die von der Klage gegen das Schreiben des Mitglieds der Kommission unabhängig sei, und daß die vorliegende Klage lediglich hilfsweise auch gegen die Schreiben von Direktor Rocca gerichtet sei.
- 57 Die Kläger machen geltend, die von der Kommission zur Begründung ihrer Einrede der Unzulässigkeit angeführten Argumente bezögen sich nur auf die Form der angefochtenen Handlungen. Sie weisen darauf hin, daß die von der Kommission gewählte Form nicht entscheidend sei, sondern daß der Inhalt und die Folgen der streitigen Schreiben zu berücksichtigen seien.

- 58 Zwar scheinere der Wortlaut des Schreibens vom 6. März 1989 darauf hinzuweisen, daß es nur vorläufigen Charakter habe; bei näherer Betrachtung zeige sich aber, daß es sich um eine endgültige, wenn auch vorläufig in ihrer Geltungsdauer begrenzte Entscheidung handle. Dieser Standpunkt werde durch die späteren Schreiben von Direktor Rocca bestätigt, die bei der Beurteilung der Folgen des Schreibens Sir Leon Brittons mit in Betracht zu ziehen seien. Der endgültige Charakter der angefochtenen Schreiben ergebe sich aus Folgendem:
- dem endgültigen Urteil, daß der OPA bei einer Senkung der Anreizprämie auf 15 % unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag falle, in Verbindung mit der endgültigen Weigerung, den OPA von diesem Verbot auszunehmen;
 - der endgültigen und nicht mehr rückgängig zu machenden Ermächtigung zur Durchführung des OPA während eines Zeitraums von einem Jahr bei Festsetzung der Anreizprämie auf 20 %;
 - der endgültigen und nicht mehr rückgängig zu machenden Einführung eines Kontrollsystems im Hinblick auf die Frage, ob der OPA nach Ablauf dieses Erprobungszeitraums von einem Jahr weitergeführt werden könne.
- 59 Selbst wenn die Kommission in der Zukunft jemals noch eine förmliche Entscheidung über den OPA gemäß der Verordnung Nr. 17 treffen sollte, könnten die obengenannten endgültigen Folgen nach Ansicht der Kläger nicht mehr rückwirkend beseitigt werden.
- 60 Gegen das Vorbringen, es fehle an einer Kollegialentscheidung der Kommission, machen die Kläger geltend, aus den späteren Schreiben von Direktor Rocca gehe hervor, daß das Schreiben Sir Leon Brittons vom 6. März 1989 nicht lediglich seinen persönlichen Standpunkt, sondern den der Kommission wiedergebe.
- 61 Die Kläger tragen sodann vor, daß die von ihnen angefochtenen Entscheidungen zwar nicht in den verfahrensrechtlichen Rahmen der Verordnung Nr. 17 eingefügt seien, daß aber ihre praktischen und rechtlichen Folgen dennoch keine anderen seien als die einer förmlichen Verbotsentscheidung nach Artikel 3 der Verordnung

- Nr. 17 oder einer förmlichen Freistellungsentscheidung unter einschränkenden Bedingungen nach Artikel 8 der Verordnung Nr. 17, dies unbeschadet der Befugnis des nationalen Richters — bezüglich des letztgenannten Vergleichselements —, die Gültigkeit der betreffenden Vereinbarung im Einzelfall an Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag zu messen.
- 62 Die Kläger lassen es dahingestellt sein, ob die Kommission befugt ist, solche Maßnahmen außerhalb des Rahmens der Verordnung Nr. 17 zu treffen. Sie weisen jedoch darauf hin, daß mit dieser Verordnung in so dringlichen Angelegenheiten wie der vorliegenden Nachteile verbunden seien, da sie nicht die Möglichkeit (vorläufiger) Freistellungen innerhalb einer sehr kurzen Frist vorsehe. Unabhängig von der Frage, ob diese Abweichung von den Regeln der Verordnung Nr. 17 durch die Kommission zulässig sei, könnten die einzelnen dadurch nicht der Rechtsschutzmöglichkeiten verlustig gehen, die ihnen gegen förmliche Entscheidungen aufgrund dieser Verordnung zur Verfügung stünden.
- 63 In der mündlichen Verhandlung haben die Kläger dieses Argument weiter ausgeführt. Sie haben vorgetragen, daß zwischen dieser Verordnung, die sie als veraltet bezeichnet haben, und der Notwendigkeit für die Kommission und die Mitgliedstaaten, eine wirksame und zweckmäßige Wettbewerbspolitik zu verfolgen, ein Spannungsverhältnis bestehe. Sie seien bereit, zu akzeptieren, daß die Kommission auf nicht in der Verordnung Nr. 17 vorgesehene Verfahren zurückgreife, wie sie dies im vorliegenden Fall getan habe. Diese Praxis werfe zwar die Frage auf, inwieweit die Kommission sich im Bereich der Wettbewerbspolitik mit den nationalen Behörden abstimmen könne, ohne Gefahr zu laufen, daß die betroffenen Unternehmen Klage erheben würden. Den betroffenen Unternehmen müsse aber unter solchen Umständen Rechtsschutz gewährt werden. Es sei zu befürchten, daß ein Urteil, mit dem ihre Klage als unzulässig abgewiesen würde, die Kommission in die Lage versetzen würde, auf den Märkten der Gemeinschaft durch Handlungen zu intervenieren, die sowohl Rechtsfolgen als auch tatsächliche Folgen hervorrufen, aber keiner gerichtlichen Kontrolle unterlägen.
- 64 Nach Meinung der Kläger ist die Frage, ob die von ihnen angefochtenen Schreiben sie unmittelbar und individuell betreffen, sowohl in bezug auf die Entscheidungen in den unmittelbar an sie gerichteten Schreiben als auch in bezug auf die Entscheidung in dem Schreiben an die beiden Staatssekretäre zu bejahen. Da die letztgenannte Entscheidung nichts anderes enthalte als eine Darlegung des Standpunkts der Kommission zu der Vereinbarung, an der sie beteiligt seien, seien sie

durch diese Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen, als ob sie deren Adressaten gewesen wären. Diese Entscheidung sei ihnen mit dem an die Nefarma gerichteten Schreiben von Direktor Rocca vom 16. März 1988 auch mitgeteilt worden.

- 65 Die Kläger weisen abschließend darauf hin, daß ihr Rechtsschutzinteresse nicht mit der Begründung verneint werden könne, daß sie den aufgrund des Schreibens Sir Leon Brittans vorgenommenen Änderungen des OPA zugestimmt hätten und mit deren Durchführung einverstanden gewesen seien. Die Kommission habe sie vor vollendete Tatsachen gestellt, so daß ihnen keine andere Möglichkeit geblieben sei, als — unter Protest — an der Durchführung des OPA in der entsprechend den Hinweisen der Kommission geänderten Fassung mitzuarbeiten; andernfalls hätte das Eingreifen der Kommission unmittelbar zur Folge gehabt, daß die Durchführung der im OPA vorgeschlagenen Maßnahmen insgesamt verhindert worden wäre.

Zur Rechtsnatur der angefochtenen Schreiben

- 66 Angesichts dieser tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten ist zu untersuchen, ob die Schreiben, gegen die sich die vorliegende Klage richtet, Handlungen darstellen, gegen die eine Nichtigkeitsklage im Sinne des Artikels 173 EWG-Vertrag gegeben ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ist hierfür zu prüfen, ob sie verbindliche Rechtswirkungen erzeugt haben (siehe zuletzt Beschluß vom 17. Mai 1989 in der Rechtssache 151/88, Italien/Kommission, Slg. 1989, 1255, 1261).

1. Zu den Wirkungen des Schreibens Sir Leon Brittans gegenüber dem Königreich der Niederlande

- 67 Das Gericht hält es für angebracht, zunächst zu entscheiden, ob das Schreiben, das Sir Leon Brittan am 6. März 1989 an die beiden niederländischen Staatssekretäre richtete, solche Rechtswirkungen gegenüber dem Königreich der Niederlande erzeugt hat.
- 68 Insoweit ist zunächst zu prüfen, ob die angefochtene Handlung auf einer Rechtsgrundlage beruht, die die Kommission ermächtigt, eine für einen Mitgliedstaat verbindliche Entscheidung zu treffen. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes sind Meinungsäußerungen der Kommission gegenüber den Behörden eines Mitgliedstaats in Bereichen, in denen sie zum Erlaß verbindlicher Entschei-

dungen nicht befugt ist, nur einfache Stellungnahmen ohne Rechtswirkungen (z. B. Urteile vom 4. Februar 1959 in der Rechtssache 17/57, Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde, Slg. 1958-1959, 9, 25, und vom 27. März 1980 in der Rechtssache 133/79, Sucrimex/Kommission, Slg. 1980, 1299, 1310; Beschluß vom 17. Mai 1989 in der Rechtssache 151/88, Italien/Kommission, a. a. O., 1261).

- 69 Vorab ist darauf hinzuweisen, daß keine Vermutung für eine solche Befugnis besteht, wenn weder im EWG-Vertrag noch in verbindlichen Handlungen der Organe eine dahin gehende Vorschrift enthalten ist (Beschluß vom 30. September 1987 in der Rechtssache 229/86, Brother Industries/Kommission, Slg. 1987, 3757, 3762 ff.).
- 70 Wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, verleihen jedoch weder Artikel 85 EWG-Vertrag noch die Bestimmungen der Verordnung Nr. 17 der Kommission die Befugnis, gegenüber den Mitgliedstaaten verbindliche Entscheidungen zu erlassen. Nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 kann die Kommission zwar Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die ihnen vorgeworfenen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht abzustellen, doch ermächtigt diese Vorschrift die Kommission nicht, einen Mitgliedstaat dazu zu verpflichten, in seinem nationalen Recht bestimmte Maßnahmen zu erlassen, zum Beispiel die nationale Regelung über die Anreizprämie, von der in dem angefochtenen Schreiben die Rede ist, zu ändern.
- 71 Zu Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17, der vorsieht, daß „die Kommission ... zur Erfüllung der ihr ... übertragenen Aufgaben von den Regierungen und den zuständigen Behörden ... alle erforderlichen Auskünfte einholen [kann]“, ist festzustellen, daß diese Vorschrift nicht als Rechtsgrundlage für eine Entscheidung dienen kann, die das Königreich der Niederlande verpflichten würde, das Kontrollsystem einzuführen, von dem in dem angefochtenen Schreiben die Rede ist.
- 72 Eine Befugnis der Kommission zum Erlaß von Entscheidungen, die die Mitgliedstaaten binden können, kann auch nicht aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes hergeleitet werden, wonach der EWG-Vertrag für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung begründet, keine Rechtsvorschriften zu erlassen oder aufrechtzuerhalten, die die praktische Wirksamkeit der Artikel 85 und 86 EWG-Ver-

trag ausschalten könnten (siehe z. B. Urteil vom 1. Oktober 1987 in der Rechtssache 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, Slg. 1987, 3801, 3826). Diese Verpflichtung folgt aus Artikel 5 EWG-Vertrag, der im Lichte der Artikel 3 Buchstabe f und 85 auszulegen ist. Artikel 5 EWG-Vertrag verleiht der Kommission aber nicht die Befugnis, verbindliche Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten (Beschluß vom 30. September 1987 in der Rechtssache 229/86, Brother Industries, a. a. O.).

- 73 Zwar ist die Kommission nach Artikel 89 befugt, zur Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht gegenüber den Mitgliedstaaten Entscheidungen zu erlassen. Diese Übergangsvorschrift betrifft jedoch nur die Fälle, in denen es an Durchführungsvorschriften zu den Artikeln 85 und 86, wie etwa der Verordnung Nr. 17, fehlt.
- 74 Dagegen ist die Kommission nach Artikel 90 Absatz 3 EWG-Vertrag befugt, geeignete Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten, um dafür zu sorgen, daß diese die Vorschriften des EWG-Vertrags und insbesondere des Artikels 90 in bezug auf die Unternehmen, die in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fallen, einhalten. Aus dem angefochtenen Schreiben ergibt sich jedoch eindeutig, daß es nicht auf diese Vorschrift gestützt wurde.
- 75 Es ist daher festzustellen, daß das streitige Schreiben nicht auf einer Rechtsgrundlage beruht, die die Kommission dazu ermächtigt, eine Entscheidung zu erlassen, die das Königreich der Niederlande binden könnte. Folglich hat sie gegenüber diesem Mitgliedstaat keine verbindlichen Rechtswirkungen erzeugt.
- 76 An diesem Ergebnis kann auch der Umstand nichts ändern, daß die niederländische Regierung um diese Stellungnahme in der Absicht gebeten hatte, dieser nachzukommen, und daß sie die Bemerkungen in dem streitigen Schreiben beim Erlaß der zur Durchführung des OPA erforderlichen Rechtsvorschriften aufs genaueste beachtete. Weder aus der Absicht des niederländischen Staats, sich nach dem Standpunkt zu richten, den die Kommission zu dem OPA einnehmen würde, noch aus dem Umstand, daß er den im Schreiben Sir Leon Brittans enthaltenen Vorschlägen uneingeschränkt gefolgt ist, ergibt sich, daß dieses Schreiben eine dahin gehende rechtliche Verpflichtung begründet hat.

- 77 Dem ist hinzuzufügen, daß dem streitigen Schreiben auch nicht aufgrund einer niederländischen Rechtsvorschrift, wonach die Regierung gehindert wäre, die Umsetzung des OPA zu genehmigen, solange Zweifel an seiner Gültigkeit bestehen, verbindliche Wirkungen zukommen können. Es ist nicht Sache des Gerichts, im vorliegenden Fall über die Existenz einer solchen Vorschrift, auf die sich die Kläger berufen haben, zu befinden. Selbst wenn jedoch das nationale Recht dem niederländischen Staat verböte, nach innerstaatlichem Verwaltungsrecht Maßnahmen zu treffen, die gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen könnten, ist zu bemerken, daß die Anwendung einer solchen Vorschrift in die Zuständigkeit der nationalen Behörden fallen würde. Zu diesem Zweck hätten sie eigenverantwortlich zu beurteilen, ob die vorgesehenen Maßnahmen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.
- 78 Vor diesem Hintergrund stellt sich die Meinungsäußerung Sir Leon Brittans nicht als eine Entscheidung dar, die die niederländische Regierung dazu gezwungen hätte, die Genehmigung für den OPA in seiner ursprünglichen Fassung zu versagen, sondern als eine Handlung, die in ihren Wirkungen einer Stellungnahme vergleichbar war und von den nationalen Behörden zur Prüfung der Gültigkeit des OPA herangezogen werden konnte. Zweifel konnten insoweit nämlich nicht aus einem Schreiben der Kommission erwachsen, da die Nichtigkeit einer gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag verstoßenden Vereinbarung unmittelbar aus Artikel 85 Absatz 2 folgt.
- 79 Aus dem Schriftwechsel zwischen der Kommission und der niederländischen Regierung ergibt sich, daß deren Verhalten auf das Bestreben zurückzuführen ist, das Risiko, bei der Durchführung des OPA gegen das Gemeinschaftsrecht zu verstoßen, dadurch zu vermeiden, daß die nationale Regelung unter Beachtung des Standpunkts, der im Schreiben des Mitglieds der Kommission zum Ausdruck gebracht wurde, freiwillig angepaßt wird. Im EWG-Vertrag, insbesondere in den Artikeln 155 und 189 Absatz 1, ist eine solche freiwillige Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden und den Gemeinschaftsorganen im übrigen ausdrücklich vorgesehen, da danach zu den Maßnahmen, die die Organe und insbesondere die Kommission treffen können, auch Empfehlungen und Stellungnahmen gehören. Diese ausdrückliche Ermächtigung zum Erlaß von Maßnahmen ohne Bindungswirkung zeigt, daß die freiwillige Befolgung nicht zwingender Maßnahmen der Organe ein wesentlicher Faktor bei der Verwirklichung der Ziele des EWG-Vertrags ist. Daraus folgt, daß die fehlende Verbindlichkeit einer Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans nicht dadurch in Frage gestellt wird, daß die Regierung der an sie gerichteten Maßnahme nachgekommen ist.

- 80 Außerdem ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Inhalt des streitigen Schreibens, daß es irgendwelche Rechtswirkungen erzeugen sollte.
- 81 Wie die Kommission bemerkt hat, deutet darauf das Fehlen einer Kollegialentscheidung der Kommission hin. Anders als in den Fällen, in denen der Gerichtshof von Beamten der Kommission unterzeichnete Schreiben als anfechtbare Maßnahmen angesehen hat (vgl. z. B. Urteil vom 15. März 1967 in den Rechtssachen 8/66 bis 11/66, *Cimenteries/Kommission*, Slg. 1967, 99), stellt sich das angefochtene Schreiben weder als Mitteilung einer Entscheidung der Kommission dar noch als ein Schreiben, das im Namen der Kommission oder aufgrund einer Übertragung von Befugnissen verfaßt wurde, deren Zulässigkeit der Gerichtshof im Urteil vom 23. September 1986 in der Rechtssache 5/85 (*AKZO/Kommission*, Slg. 1986, 2585, 2614) anerkannt hat. Vielmehr scheint es sich dabei um ein persönliches Schreiben Sir Leon Brittans im Rahmen eines Gedankenaustauschs zwischen Politikern zu handeln.
- 82 Überdies ist die Ausdrucksweise, deren sich Sir Leon Brittan bediente, um der niederländischen Regierung aufzuzeigen, welche Änderungen der nach dem OPA vorgesehenen Regelung seiner Ansicht nach vorgenommen werden sollten, bevor eine positive Entscheidung über diese Vereinbarung erwogen werden konnte, nicht die einer verbindlichen Maßnahme. So verwendet er bezüglich der Festsetzung der Anreizprämie auf 20 % nur die Formulierung „schlage ich Ihnen vor“ („stel ik u voor“). Auch die in bezug auf die Einführung eines Kontrollsystems gebrauchte Formulierung deutet darauf hin, daß nicht beabsichtigt war, ein solches System vorzuschreiben, sondern daß dessen Einrichtung von der freiwilligen Mitwirkung der niederländischen Regierung abhängig sein würde.
- 83 Aus all diesen Gründen stellt das Gericht fest, daß das am 6. März 1989 von Sir Leon Brittan an die beiden niederländischen Staatssekretäre gerichtete Schreiben nicht als Entscheidung gegenüber dem Königreich der Niederlande qualifiziert werden kann.

2. Zu den Wirkungen der angefochtenen Schreiben gegenüber den Klägern

- 84 Es ist sodann zu untersuchen, ob das Schreiben Sir Leon Brittans für sich allein oder zusammen mit den drei Schreiben von Direktor Rocca, gegen die sich die vorliegende Klage hilfsweise richtet, den Klägern gegenüber eine Entscheidung darstellt.

- 85 Dazu ist zunächst das Vorbringen der Kläger zu prüfen, daß dieses Schreiben eine endgültige Bewertung der ursprünglichen Fassung des OPA im Hinblick auf Artikel 85 EWG-Vertrag enthalte, so daß seine Wirkungen gegenüber den an der Vereinbarung Beteiligten denen einer Verbotsentscheidung nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 oder einer Freistellungserklärung unter einschränkenden Bedingungen gemäß Artikel 8 Absatz 1 dieser Verordnung entsprächen.
- 86 In dem Schreiben des Mitglieds der Kommission kommt zum Ausdruck, daß wegen der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der Vereinbarung in ihrer ursprünglichen Fassung aller Wahrscheinlichkeit nach keine Freistellung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag gewährt werden kann. Aus dem Wortlaut dieses Schreibens ergibt sich jedoch, daß die wettbewerbsrechtliche Prüfung der Vereinbarung noch nicht abgeschlossen war. Dies belegt insbesondere der darin enthaltene ausdrückliche Hinweis, daß die Verfahrensrechte der am OPA Beteiligten unberührt bleiben. Für die Kläger bedeutet dieser Hinweis, daß sie das Recht haben, eine Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erhalten, und daß sie auf diese antworten können, bevor die Kommission eine Verbotsentscheidung nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 erläßt, die die Kläger rechtlich binden könnte. Der Hinweis macht außerdem deutlich, daß das Mitglied der Kommission gegenüber den Klägern keineswegs eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine Verbotsentscheidung treffen wollte.
- 87 Die angefochtenen Schreiben haben auch keine Wirkungen erzeugt, die denen einer Freistellungsentscheidung unter Bedingungen und Auflagen vergleichbar sind, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes Gegenstand einer Anfechtungsklage sein können (siehe Urteil vom 23. Oktober 1974 in der Rechtssache 17/74, *Transocean Marine Paint/Kommission*, Slg. 1974, 1063, 1081). Denn diese Schreiben stellen nur den Ausgangspunkt der Prüfung des OPA dar, mit der festgestellt werden soll, ob eine solche Freistellung gewährt werden kann. Daraus folgt, daß die Bedingungen, von denen im Schreiben Sir Leon Brittans die Möglichkeit einer günstigen Entscheidung nach Abschluß der Prüfung abhängig gemacht wurde, hinsichtlich ihrer Wirkungen den Bedingungen, die gemäß Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 in eine Freistellungsentscheidung aufgenommen werden, nicht gleichgestellt werden können.
- 88 Es ist außerdem zu untersuchen, ob die angefochtenen Schreiben gegenüber den Klägern Rechtswirkungen erzeugt haben, indem sie die Bedingungen für die Durchführung des OPA hinsichtlich der Höhe der Anreizprämie und der Einführung des Kontrollsystems verbindlich festgelegt haben.

- 89 In diesem Zusammenhang ist die Befugnis der Kommission zu berücksichtigen, noch vor einer endgültigen Entscheidung über eine bei ihr angemeldete Vereinbarung oder eine bei ihr erhobene Beschwerde vorläufige Maßnahmen zu erlassen, um einer Situation zu begegnen, durch die dem Beschwerdeführer ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden entstehen kann oder die für das Allgemeininteresse untragbar ist (siehe z. B. Beschluß des Gerichtshofes vom 17. Januar 1980 in der Rechtssache 792/79 R, Camera Care, a. a. O., 119, 130 f.).
- 90 Die Prüfung der angefochtenen Schreiben zeigt jedoch, daß sie nicht als Entscheidungen angesehen werden können, mit denen solche verbindlichen vorläufigen Maßnahmen getroffen werden, sondern daß es danach den am OPA Beteiligten völlig freisteht, ob sie sich daran halten wollen oder nicht. Dies gilt sowohl für die Änderung des Prozentsatzes der Anreizprämie als auch für die Einführung des Kontrollsystems.
- 91 Zwar hat Sir Leon Brittan in seinem Schreiben vom 6. März 1989 die Möglichkeit vorgesehen, daß die am OPA Beteiligten dessen Bestimmungen den Bedingungen anpassen, die er dem niederländischen Staat vorschlug. Diese Änderung der Vereinbarung auf privatrechtlicher Ebene war jedoch allein von der Zustimmung der daran Beteiligten abhängig. Aus dem Schreiben von Direktor Rocca vom 4. April 1989 geht im übrigen hervor, daß die Klägerin Nefarma zu dieser Änderung bereit war.
- 92 Auch die beiden Schreiben über das Kontrollsystem, die Direktor Rocca am 4. und 28. April 1989 an die Kläger richtete, ändern nichts an der Freiwilligkeit dieser Regelung. Das erste dieser Schreiben bereitet nur deren Einführung vor, indem es die Modalitäten der in dem Schreiben Sir Leon Brittans vorgesehenen Kontrolle konkretisiert. Die Kommission hat zwar mit dem Schreiben vom 28. April 1989 von der Nefarma und ihren Mitgliedern genaue Auskünfte verlangt; dieses Schreiben erfüllt aber nicht einmal die Anforderungen des Artikels 11 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 an ein nicht verbindliches Auskunftsverlangen. Es kann daher erst recht nicht als Auskunftsverlangen durch verbindliche Entscheidung gemäß Artikel 11 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17 angesehen werden.

- 93 Entgegen dem Vorbringen der Kläger ergibt sich aus den Schreiben von Direktor Rocca nicht, daß das Schreiben Sir Leon Brittans den Standpunkt der Kommission als Organ wiedergibt. Direktor Rocca hat in seinen Schreiben zwar von künftigen Entscheidungen der Kommission gesprochen; dies bedeutet jedoch nicht, daß die Kommission in der Vergangenheit bereits eine Entscheidung getroffen hatte. Weder Sir Leon Brittan noch Direktor Rocca haben sich in ihren Schreiben auf eine zuvor von der Kommission getroffene Entscheidung bezogen.
- 94 Das rechtliche Hindernis für die Durchführung des OPA, wie er von den Beteiligten ursprünglich vereinbart worden war, lag vielmehr darin, daß der niederländische Staat den verwaltungsrechtlichen Rahmen, in den sich die Vereinbarung, insbesondere die Regelung über die Anreizprämie, einfügen sollte, entsprechend den Hinweisen im Schreiben Sir Leon Brittans änderte. Durch diese verwaltungsrechtlichen Maßnahmen des niederländischen Staats werden die Kläger tatsächlich gebunden.
- 95 Wie das Gericht jedoch oben festgestellt hat, wurden diese Maßnahmen freiwillig und ohne eine Entscheidung der Kommission getroffen, die gegenüber der niederländischen Regierung Rechtswirkungen erzeugt hätte. Daraus folgt, daß die verbindlichen Wirkungen, die sich für die Kläger aus den von den nationalen Behörden erlassenen Maßnahmen ergeben, der Kommission nicht zuzurechnen sind und daher nicht als Wirkungen angesehen werden können, die von den angefochtenen Schreiben ausgehen.
- 96 Diese Schreiben haben daher keine verbindlichen Wirkungen gegenüber den Klägern.

3. *Zum gerichtlichen Rechtsschutz von Privatpersonen*

- 97 Die Kläger machen ferner geltend, der gerichtliche Rechtsschutz von Privatpersonen sei nicht ausreichend gewährleistet, wenn das Gericht zuließe, daß sich die Kommission zum Zwecke der Anwendung des Wettbewerbsrechts in der Weise mit den nationalen Behörden abstimmen könne, daß schließlich Maßnahmen getroffen würden, die auf nationaler Ebene für die einzelnen verbindlich seien, ohne daß die Stellungnahmen der Kommission in diesem Rahmen einer Kontrolle durch den Gemeinschaftsrichter unterworfen seien.

98 Hierzu ist zu bemerken, daß das Rechtsschutzverlangen der Kläger im wesentlichen auf eine Feststellung des Gerichts darüber gerichtet ist, ob ihre Vereinbarung mit dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht vereinbar und ob der von Sir Leon Brittan in seinem Schreiben vom 6. März 1989 eingenommene Standpunkt begründet ist. Eine solche Form des gerichtlichen Rechtsschutzes ist in Artikel 173 EWG-Vertrag aber nicht vorgesehen. Zwar dürfen die Bestimmungen über das Klagerecht nicht restriktiv ausgelegt werden (vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 15. Juli 1963 in der Rechtssache 25/62, Plaumann/Kommission, Slg. 1963, 211, 237); es würde jedoch die Grenzen der Auslegung des EWG-Vertrags überschreiten, wenn eine Klage zugelassen würde, die in dieser Bestimmung nicht vorgesehen ist.

99 Aus all diesen Gründen stellt das Gericht fest, daß das Schreiben Sir Leon Brittans vom 6. März 1989 an den niederländischen Staatssekretär für Wirtschaft und an seinen Amtskollegen für Wohlfahrt, Gesundheit und Kultur weder für sich allein noch zusammen mit den drei Schreiben von Direktor Rocca vom 16. März und vom 4. und 28. April 1989, gegen die sich die vorliegende Klage hilfsweise richtet, sei es gegenüber dem Königreich der Niederlande, sei es gegenüber den Klägern verbindliche Rechtswirkungen erzeugt hat, so daß es im vorliegenden Fall an einer mit Klage anfechtbaren Entscheidung fehlt.

100 Die vorliegende Klage ist daher als unzulässig abzuweisen, ohne daß es geprüft zu werden brauchte, ob das Schreiben Sir Leon Brittans an die niederländische Regierung die Kläger unmittelbar und individuell betrifft.

Kosten

101 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes, die gemäß Artikel 11 Absatz 3 des oben genannten Beschlusses des Rates vom 24. Oktober 1988 für das Verfahren vor dem Gericht entsprechend gilt, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kläger mit ihrem Vorbringen unterlegen sind, sind ihnen entsprechend dem Antrag der Kommission die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldnern aufzuerlegen. Da der Streithelfer insoweit keinen Antrag gestellt hat, hat er seine eigenen Kosten zu tragen.

Aus diesen Gründen
hat

DAS GERICHT (Erste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

- 1) Die Klage wird als unzulässig abgewiesen.
- 2) Die Kläger tragen als Gesamtschuldner die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der Kosten des Streithelfers, die dieser selbst zu tragen hat.

Cruz Vilaça

Kirschner

Schintgen

García-Valdecasas

Lenaerts

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 13. Dezember 1990.

Der Kanzler

Der Präsident

H. Jung

J. L. Cruz Vilaça