SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ vom 28. November 1989 *

Gliederung

A — Sachverhalt 902

B — Stellungnahme 903

1. Zum Konkurrenzverhältnis der Artikel 30 und 92 EWG-Vertrag 903

2. Zur Vereinbarkeit des Vorbehaltsystems mit Artikel 30 EWG-Vertrag 903

3. Zur Vereinbarkeit des Vorbehaltsystems mit der Richtlinie 70/50 909

4. Zu möglichen Ausnahmen vom Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung nach Artikel 30 EWG-Vertrag 910

5. Beurteilung der Vorbehaltsregelung vor dem Hintergrund der Richtlinien 77/62 und 70/32 911

6. Zum Beihilfecharakter und den sich daraus ergebenden Folgen der Vorbehaltsregelung 913

C — Schlußantrag 915

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

A — Sachverhalt

1. In der Rechtssache, zu der ich heute Stellung nehme, geht es um die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung des italienischen Präferenzsystems zugunsten des Mezzogiorno. Die hier zu beurteilende Rechtssache ist nur eine von mehreren gleichgelagerten, bereits beim Gerichtshof anhängigen Vorabentscheidungsersuchen [1]. Sie ist vom Tribunale amministrativo regionale della Toscana dem Gerichtshof vorgelegt worden und zielt auf eine Auslegung der Artikel 30, 92 und 93 EWG-Vertrag.

2. Die Klägerin des Ausgangsrechtsstreits, Du Pont de Nemours SpA (im folgenden: die Klägerin), ficht mit zwei getrennten Klagen, die vom vorlegenden Gericht verbunden worden sind, Entscheidungen der Unità sanitaria locale Nr. 2 von Carrara (im folgenden: die Beklagte) an.

1 — Rechtssache 310/88, Istituto Behring/USSL N; Rechtssache 311/88, Hoechst Italia/USSL N 56; Rechtssache 351/88, Laboratori Bruneau/USL R.

* Originalsprache: Deutsch.

3. Die Klägerin war aufgefordert worden, sich an einer nicht offenen Ausschreibung der Beklagten, angekündigt durch Bekanntgabe vom 15. Februar 1986, zu beteiligen.

4. Am 1. März 1986 trat das Gesetz 64/86 in Kraft, das die bis dahin existierenden Präferenzregelungen zugunsten südlicher Regionen Italiens sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht erweiterte. Aufgrund dieses Gesetzes wurde auch die Beklagte als örtliche Gesundheitsbehörde verpflichtet, mindestens 30 % des benötigten Materials bei Unternehmen zu beziehen, die über Betriebe und ortsfeste Anlagen innerhalb des bevorzugten Gebietes verfügen, in denen die Erzeugnisse — zumindest teilweise — hergestellt sein müssen.

5. Daraufhin setzte die Beklagte mit Entscheidung vom 3. Juni 1986 die Bedingungen für die freihändige Vergabe von Aufträgen zur Lieferung von röntgentechnischen Filmen und Flüssigkeiten fest, wobei sie in dem beigefügten Leistungsverzeichnis die Lieferung in zwei Teile aufteilte und von diesen einen Anteil in Höhe von 30 % des gesamten Auftragsvolumens den im Mezzogiorno ansässigen Unternehmen vorbehielt. Die Entscheidung ist Gegenstand des Ausgangsverfahrens ebenso wie eine Entscheidung der Beklagten vom 15. Juni 1986, mit der über die Vergabe des Anteils von 70 % des Auftragsvolumens entschieden wurde. Die Klägerin wurde dabei von der Bewerbung um die restlichen 30 % der Lieferung ausgeschlossen, da sie keine Betriebsstätte im Mezzogiorno unterhält.

6. Das vorlegende Gericht hat einige Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts aufgeworfen, die darauf abzielen, die Vereinbarkeit des Gesetzes 64/86 mit Gemeinschaftsrecht zu beurteilen.

7. Die erste Fragestellung geht dahin, ob Artikel 30 EWG-Vertrag, der mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung untersagt, der streitigen mitgliedstaatlichen Regelung entgegensteht. Sodann bittet das vorlegende Gericht um Klärung, ob die mitgliedstaatliche Regelung als „Beihilfe" im Sinne des Artikels 92 EWG-Vertrag qualifiziert werden kann und gegebenenfalls, ob allein die Kommission oder auch ein nationales Gericht über die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt befinden kann.

8. Auf seiten der Klägerin ist die Gesellschaft Du Pont de Nemours Deutschland GmbH dem Streit beigetreten; auf der Beklagtenseite ist die 3M-Italiana SpA beigetreten. Die Streithelferinnen haben auch vor dem Gerichtshof ihre Rechtsansicht vertreten.

9. Hinsichtlich des Sachverhalts, der dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Rechtsnormen sowie dem Vorbringen der Parteien wird auf den Sitzungsbericht verwiesen.

B — Stellungnahme

1. *Zum Konkurrenzverhältnis der Artikel 30 und 92 EWG-Vertrag*

10. Überlegungen zum Konkurrenzverhältnis der Artikel 30 und 92 EWG-Vertrag sind deshalb angezeigt, weil die Anwendbarkeit einer der Vorschriften unter Umständen die Anwendbarkeit der jeweils anderen ausschließt. Es stellt sich die Frage, ob eine mitgliedstaatliche Maßnahme, die als

Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen zu betrachten ist, gleichzeitig eine Beihilfe nach Artikel 92 sein kann. Auch die umgekehrte Fragestellung kann relevant werden in der Weise, ob eine als staatliche Beihilfe zu betrachtende Maßnahme noch an den Vorschriften über den freien Warenverkehr, insbesondere Artikel 30 EWG-Vertrag, gemessen werden kann.

11. Grundsätzlich ist zunächst davon auszugehen, daß sowohl das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung als auch das Verbot staatlicher oder aus staatlichen Mitteln gewährter Beihilfen nach Artikel 92 ein gemeinsames Ziel verfolgen, das darin besteht, den freien Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unter normalen Wettbewerbsbedingungen sicherzustellen [2].

12. Das Verbot Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen nach Artikel 30 EWG-Vertrag sowie das Verbot für Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen nach Artikel 92 Absatz 1 EWG-Vertrag, führen zur Rechtswidrigkeit einer ihnen unterfallenden mitgliedstaatlichen Maßnahme. Eine Konkurrenz dieser beiden Vorschriften würde daher materiellrechtlich zum gleichen Ergebnis führen, da die Rechtsfolge beider Verbote die Unvereinbarkeit der fraglichen mitgliedstaatlichen Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht ist.

2 — So schon die Urteile vom 22. März 1977 in der Rechtssache 74/76, Iannelli & Volpi/Firma Paolo Meroni, Slg. 1977, 557; vom 10. Juli 1985 in der Rechtssache 17/84, Kommission/Irland, Slg. 1985, 2375; und das Urteil vom 5. Juni 1986 in der Rechtssache 103/84, Kommission/Italien, Slg. 1986, 1759.

13. Aus verfahrensrechtlichen Gründen ist jedoch eine Differenzierung geboten, da Artikel 30 unbestritten unmittelbar anwendbar ist und sich jeder Gemeinschaftsbürger gegebenenfalls vor einem mitgliedstaatlichen Gericht auf die Norm berufen kann. Dagegen mangelt es Artikel 92 Absatz 1 an dem Merkmal der unmittelbaren Anwendbarkeit, denn das Verbot ist weder absolut noch unbedingt [3], wie die Absätze 2 und 3 des Artikels 92 sowie Artikel 93 zeigen. Im übrigen fällt die Beurteilung, ob eine Beihilfe nach Artikel 92 Absatz 1 verboten, nach Absatz 2 erlaubt oder nach Absatz 3 für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären ist, im Rahmen der Beihilfeaufsicht nach Artikel 93 in den Zuständigkeitsbereich der Kommission.

14. Bis auf Artikel 93 Absatz 3 letzter Satz können die Artikel 92 und 93 vor den mitgliedstaatlichen Gerichten nur dann in Anspruch genommen werden, „wenn sie durch die in Artikel 94 vorgesehenen Rechtshandlungen allgemeiner Tragweite oder durch Einzelfallentscheidungen, wie sie Artikel 93 Absatz 2 im Auge hat, konkretisiert werden“ [4].

15. Schon diese unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Folgen deuten darauf hin, daß die Vorschriften grundsätzlich unterschiedliche Anwendungsbereiche abdecken. Zu der Abgrenzungsproblematik hat der Gerichtshof in der Rechtssache 74/76 ausgeführt [5]:

3 — Rechtssache 74/76, a. a. O., Randnrn. 11 und 12.

4 — Urteil vom 19. Juni 1973 in der Rechtssache 77/72, Capolongo, Slg. 1973, 611, Randnr. 6.

5 — Rechtssache 74/76, a. a. O., Randnrn. 9 und 10.

„So weit der Anwendungsbereich von Artikel 30 auch sein mag, so erfaßt er doch solche Beeinträchtigungen nicht, für die sonstige spezifische Vertragsvorschriften gelten."

„Wenn ein System staatlicher oder aus staatlichen Mitteln gespeister Beihilfen lediglich infolge der Begünstigung bestimmter einheimischer Unternehmen oder Produkte geeignet ist, die Einfuhr ähnlicher oder konkurrierender Erzeugnisse aus den übrigen Mitgliedstaaten zumindest mittelbar zu beeinträchtigen, so genügt dieser Umstand für sich allein genommen gleichfalls nicht, um eine Beihilfe als solche einer Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung im Sinne von Artikel 30 gleichzustellen."

Im folgenden führt der Gerichtshof aus:

„Wollte man Artikel 30 so weit auslegen, daß danach eine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 als solche einer mengenmäßigen Beschränkung nach Artikel 30 gleichzuachten wäre, so würde dies die Tragweite der Artikel 92 und 93 des Vertrages ändern und die Zuständigkeitsverteilung in Frage stellen ..." [3]

16. Spricht nach dieser Argumentation einiges für die Spezialität der Artikel 92 und 93 gegenüber Artikel 30 EWG-Vertrag, so ist doch auf die Formulierung zu achten, soweit der Gerichtshof von der Qualifizierung einer Beihilfe „als solcher" ausgeht. Im übrigen sind auch nach den Ausführungen des Gerichtshofes die Anwendungsbereiche der Bestimmungen voneinander zu unterscheiden, „sofern nicht ein Fall vorliegt, für den gleichzeitig zwei oder mehr Vorschriften des Gemeinschaftsrechts in Betracht kommen" [5]

17. In dem nämlichen Urteil räumt der Gerichtshof ein, daß sich bei der Analyse einer Beihilferegelung Bestandteile herausarbeiten lassen, die zu deren Verwirklichung nicht unerläßlich sind.

„In diesem Fall läßt sich aus der Zuständigkeitsverteilung nach den Artikel 92 und 93 nichts dafür herleiten, daß bei einer Verletzung sonstiger Vertragsbestimmungen mit unmittelbarer Wirkung eine Berufung auf diese Vorschriften vor den einzelstaatlichen Gerichten allein deshalb ausgeschlossen wäre, weil der betreffende Bestandteil einer Regelung eine Modalität einer Beihilfe darstellt" [6].

18. Der Gerichtshof hat die Rechtsprechung bestätigt und bekräftigt, daß die Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag kein Hindernis für die Anwendung des Artikels 30 darstellen könnten, sofern es sich bei den streitigen Maßnahmen um Modalitäten einer Beihilfe handele, die zur Erreichung des Beihilfezwecks oder zu ihrem Funktionieren nicht erforderlich seien [7].

19. Hält der Gerichtshof demnach eine Berufung auf Artikel 30 für möglich und geht also von dessen Anwendbarkeit aus, obwohl die rechtliche Qualifizierung der Maßnahme als Beihilfe insgesamt unstreitig ist, so muß das um so mehr für den Fall gelten, in dem eine mitgliedstaatliche Regelung gerade nicht eindeutig einer der Kategorien zugeordnet werden kann.

20. In dem Urteil zu der irischen Werbekampagne „Buy Irish" ist der Gerichtshof dem von der irischen Regierung vorgebrachten Argument einer Spezialität der Artikel 92 und 93 vor Artikel 30 nicht gefolgt [8]. Der Gerichtshof hält dem entgegen,

3 — Rechtssache 74/76, a. a. O., Randnrn. 11 und 12.

5 — Rechtssache 74/76, a. a. O., Randnrn. 9 und 10.

6 — Vgl. Rechtssache 74/76, a. a. O., Randnr. 14.

7 — Vgl. Rechtssache 18/84, Slg. 1985, 1339, Randnr. 6.

8 — Urteil vom 24. November 1982 in der Rechtssache 249/81, Kommission/Irland, Slg. 1982, 4005, Randnr. 16.

daß die Tatsache, daß ein wesentlicher Teil der Kampagne durch die irische Regierung finanziert werde und die Artikel 92 und 93 des Vertrages auf diese Art der Finanzierung Anwendung finden könnten, nicht bedeute, daß die Kampagne als solche den Verboten des Artikels 30 entzogen wäre [9].

21. Überträgt man diese Argumentation auf den vorliegenden Fall der regionalen Präferenzsysteme, für die der Beihilfecharakter insbesondere auch wegen der Frage der Finanzierung aus staatlichen Mitteln und der Berechnung der Höhe der Beihilfe problematisiert wird, so läßt sich festhalten, daß die Vorbehaltsregelung an dem Maßstab des Artikels 30 zu messen ist, dieser Prüfung gerade nicht a priori wegen des etwaigen Beihilfecharakters entzogen ist.

22. In diesem Sinne hat der Gerichtshof in anderem Zusammenhang ausgeführt, Artikel 92 und 94 könnten keinesfalls dazu dienen, die Vorschriften des EWG-Vertrags über den freien Warenverkehr außer Kraft zu setzen [10].

„Der Umstand, daß eine einzelstaatliche Maßnahme möglicherweise als Beihilfe im Sinne von Artikel 92 betrachtet werden kann, stellt deshalb keinen hinreichenden Grund dafür dar, sie vom Verbot des Artikels 30 auszunehmen" [11].

23. Demzufolge ist die Vereinbarkeit der italienischen Vorbehaltsregelung mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs und insbesondere des Artikels 30 EWG-Vertrag zu prüfen. Die Reihenfolge der Überprüfung ist auch angesichts der möglicherweise weittragenden Folgen durch die unmittelbare Anwendbarkeit des Artikels 30 angezeigt [12].

2. *Zur Vereinbarkeit des Vorbehaltsystems mit Artikel 30 EWG-Vertrag*

24. Artikel 30 EWG-Vertrag stellt bekanntlich ein unbedingtes, absolutes Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten sowie aller Maßnahmen gleicher Wirkung auf. Seit dem Urteil in der Rechtssache Dassonville [13], in ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs bestätigt, gilt als Definition der Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern".

25. Selbst unterschiedslos auf inländische und eingeführte Waren anwendbare Vorschriften können Maßnahmen gleicher Wirkung sein, sofern sie in ihren Wirkungen die eingeführten Waren spezifisch betreffen und deren Vermarktung erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen. Diese weite Definition braucht im vorliegenden Fall jedoch gar nicht bemüht zu werden, um den Charakter des Vorbehaltsystems in seinen Auswirkungen als Maßnahmen gleicher Wirkung im

9 — Rechtssache 249/81, a. a. O., Randnr. 18.

10 — Rechtssache 18/84, a. a. O., Randnr. 13, und Rechtssache 103/84, a. a. O., Randnr. 19.

11 — Rechtssache 18/84, a. a. O., Randnr. 13, und Rechtssache 103/84, a. a. O.

12 — Der Gerichtshof hat klargestellt, daß sich der einzelne auf unmittelbar anwendbare Vorschriften nicht nur vor Gerichten, sondern auch vor allen Verwaltungsbehörden einschließlich der Gemeindebehörden berufen kann und diese verpflichtet sind, diese Bestimmungen zu beachten. Urteil vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 103/88, Costanzo, Slg. 1989, 1839.

13 — Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74, Dassonville, Slg. 1974, 837.

Sinne des Artikels 30 EWG-Vertrag festzustellen.

26. Die Verpflichtung *aller* öffentlichen Verwaltungen, Regionen, Provinzen, Gemeinden, lokalen Einheiten des Gesundheitswesens, Verbänden von Berggemeinden, Gesellschaften und Einrichtungen mit staatlicher Beteiligung, Universitäten und unabhängiger Krankenhäuser, mindestens 30 % des benötigten Materials bei Unternehmen zu beziehen, die über Betriebe und ortsfeste Anlagen innerhalb der begünstigten Gebiete verfügen, verringert sicherlich die Nachfrage nach Importgütern erheblich. Die Regelung ist um so einschneidender, als der 30 % ige Anteil der Lieferungen und Leistungen am Ende eines Haushaltsjahres eingehalten sein muß, was zur Folge hat, daß aus Gründen der Kompensation für einige in den bevorzugten Gebieten nicht hergestellte Materialien der vorbehaltene Anteil bei anderen Lieferaufträgen beträchtlich über die vorgesehenen 30 % ansteigen kann. Selbst eine Übertragung nicht erschöpfter Vorbehaltsanteile auf das nächste Haushaltsjahr ist vorgesehen [14].

27. Die wirtschaftliche Dimension der Vorbehaltsregelung ist im Laufe des Verfahrens anschaulich geworden. Unter Bezugnahme auf die Mitteilung der Kommission vom 24. Juli 1989 [15] über die regionalen und sozialen Aspekte der öffentlichen Ausschreibungen führte der Vertreter der Klägerin in der mündlichen Verhandlung aus, daß das Auftragsvolumen öffentlicher Ausschreibungen, das der regionalen Präferenzregelung unterfällt, auf 16 bis 17 Milliarden ECU pro Jahr geschätzt wird. Auf dem Sektor der Radiographie werden jährlich 210 Milliarden LIT ausgegeben, von denen 85 % öffentlichen Ausschreibungen vorbehalten sind.

28. Der Vertreter der französischen Regierung wies darauf hin, daß das Gebiet des Mezzogiorno 140 000 Quadratkilometer, also rund die Hälfte des Staatsgebietes Italiens umfaßt, in dem 40 % der italienischen Bevölkerung leben.

29. Daß es sich bei der hier zu beurteilenden Regelung keineswegs nur um eine abstrakte Gefährdung des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs handelt, verdeutlichen schon die dem Ausgangsrechtsstreit zugrundeliegenden Gegebenheiten: Das frei zu vergebende Auftragsvolumen wurde entgegen der ersten Bekanntgabe nachträglich um 30 % eingeschränkt. Die Klägerin hat in einem schriftlichen Verfahren unwidersprochen vorgetragen, daß die deutsche Schwestergesellschaft, die dem Prozeß als Streithelferin beigetreten ist, für die Klägerin fotografische Produkte für Röntgenstrahlen herstellt. Es wird vermutet, daß 12 % der Produktionskapazität von der für den italienischen Markt bestimmten Warenherstellung in Anspruch genommen werden. Der italienische Markt sei ziemlich bedeutend, denn er umfasse 18 % des europäischen Marktes für röntgentechnisches Material. Sämtliche Materialien dieser Art, bis auf die von der Gesellschaft 3M hergestellten, würden importiert.

30. Aus diesen Wirtschaftsdaten läßt sich ableiten, daß sich die Vorbehaltsregelung nach Artikel 17 des Gesetzes 64/86 durchaus bereits als Handelshindernis ausgewirkt hat.

31. Die Tatsache, daß rund 85 % des röntgentechnischen Materials von den Gesund-

14 — Vgl. dazu die Mitteilung der Kommission KOM(89) 400 endg., Randnr. 38.

15 — KOM(89) 400 endg.

heitsbehörden, für die die Vorbehaltsregelung auch verbindlich ist, erworben werden, verdeutlicht das Ausmaß der Handelsbeschränkungen.

32. Die zu beurteilende Präferenzregelung hat auch eindeutig diskriminierenden Charakter. Die Verpflichtung für die betroffenen Unternehmen, 30 % ihres Materialbedarfs durch Lieferanten decken zu lassen, die eine Betriebsstätte im Mezzogiorno haben, schließt Waren aus ausländischer Produktion von den potentiellen Lieferverträgen vollständig aus. Die diskriminierende Wirkung der Vorbehaltsregelung geht wegen ihres Verpflichtungscharakters weiter als bei mitgliedstaatlichen Maßnahmen, die zum verstärkten Kauf einheimischer Waren anregen sollen, gleichgültig, ob dies durch staatlich unterstützte Werbekampagnen [16], durch Subventionsmaßnahmen [17], durch Steuervergünstigungen [18], durch vergünstigte Kreditbedingungen [19] oder eine schlichte Kennzeichnungspflicht bestimmter ausländischer Waren als „ausländisch" [20] erfolgt.

33. Die Präferenzregelung ist mehr als ein finanzieller Anreiz, sich auf dem einheimischen Markt zu versorgen. Die Vorbehaltsregelung läßt den Wirtschaftsteilnehmern keinen Raum, sich auch anders zu verhalten. Das war in den zitierten Beispielsfällen durchaus möglich, wenn auch unter Inkaufnahme finanzieller Einbußen. Problematisch ist daher nicht die Frage nach einer Diskriminierung ausländischer Waren, sondern die Tatsache, daß auch diejenigen italienischen Hersteller, die keine Betriebsstätte in den bevorzugten Gebieten unterhalten, diskriminiert werden. Denn sie sind in gleicher Weise wie ausländische Erzeuger von den Lieferaufträgen ausgeschlossen. Diese Konstellation ist auch für die Beurteilung durch den Gerichtshof neu.

34. Für die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung der mitgliedstaatlichen Regelung sollte hier der Effekt der Maßnahme auf den zwischenstaatlichen Handel im Vordergrund stehen. Daß die diskriminierten italienischen Unternehmer unter Umständen von den Folgen einer gemeinschaftsrechtlichen Bewertung der Maßnahme mittelbar betroffen werden, ist nur ein Begleiteffekt.

35. Die Intensität der zwar regional begrenzten Vorbehaltsregelung geht in ihren wirtschaftlichen Folgen insbesondere auf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr deutlich über manche anderen Maßnahmen gleicher Wirkung nach Artikel 30 hinaus, die für das gesamte Staatsgebiet eines Mitgliedstaates gelten (zum Beispiel die Kennzeichnungspflicht für bestimmte im Ausland hergestellte Souvenirs als ausländisch [21] oder der Fall der Beihilfen für die Anschaffung von Elektrofahrzeugen städtischer Verkehrsbetriebe, in dem zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung gerade zwei Anträge auf die Beihilfe gestellt waren [22]). Wenn auch nicht alle italienischen Herstel-

16 — Rechtssache 249/81, a. a. O.

17 — Urteil vom 22. März 1977 in der Rechtssache 78/76, Firma Steinike und Weinlig/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1977, 595, und Rechtssache 103/84, a. a. O.

18 — Urteil vom 10. Juli 1985 in der Rechtssache 17/84, Kommission/Irland, Slg. 1985, 2375.

19 — Urteil vom 11. Dezember 1985 in der Rechtssche 192/84, Kommission/Republik Griechenland, Slg. 1985, 3973.

20 — Urteil vom 17. Juni 1981 in der Rechtssache 113/80, Kommission/Irland, Slg. 1981, 1627.

21 — Rechtssache 113/80, a. a. O.

22 — Rechtssache 103/84, a. a. O.

ler von der Vorbehaltsregelung profitieren, so sind doch die begünstigten Unternehmen so gut wie immer einheimisch.

36. Das Ausmaß der durch die Vorbehaltsregelung verursachten Handelshemmnisse spricht daher dafür, sie als Maßnahme gleicher Wirkung nach Artikel 30 zu qualifizieren. Maßgeblich für die Beurteilung sind dabei einmal die Größe des bevorzugten Gebietes und zum anderen die Fülle der durch die Regelung verpflichteten Einrichtungen [23]. Schließlich ist auch der Anteil am potentiellen Auftragsvolumen der verpflichteten Wirtschaftsteilnehmer beträchtlich.

3. *Zur Vereinbarkeit des Vorbehaltsystems mit der Richtlinie 70/50/EWG* [24]

37. Im schriftlichen Verfahren wurde vorgetragen, die streitige gesetzliche Regelung sei auch deshalb als Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen zu betrachten und daher verboten, weil sie sich unter Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe k der Richtlinie 70/50 subsumieren lasse.

38. Dazu ist zunächst zu bemerken, daß es eines Rückgriffs auf die Richtlinie dann nicht bedarf, wenn die umstrittene Regelung schon nach den von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Kriterien als Maßnahme gleicher Wirkung nach Artikel 30 zu qualifizieren ist. Die auf Artikel 33 Absatz 7 EWG-Vertrag gestützte Richtlinie enthält insofern nur eine Aufzählung besonders markanter Beispiele der von Artikel 30 erfaßten Maßnahmen und ist nicht als abschließende Regelung konzipiert [25].

39. Ob im vorliegenden Fall aus den Richtlinienbestimmungen ein eigenständiges neben das Verbot des Artikels 30 tretendes Verbot hergeleitet werden kann, ist in zweierlei Hinsicht fraglich. Zunächst ist die Richtlinie ihrer Rechtsnatur nach an die Mitgliedstaaten gerichtet, so daß nicht ohne weiteres unmittelbare Wirkungen von ihr abzuleiten sind. Im übrigen folgt ja auch das generelle Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkungen wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen unmittelbar aus dem Vertrag. Zweitens ist in den Erwägungsgründen der Richtlinie ausdrücklich erklärt, daß die Richtlinie nicht auf die in Artikel 92 genannten Beihilfen anwendbar sei [26], so daß ein Anwendungshindernis bestünde, soweit die streitige Rechtsvorschrift — wenn auch nur teilweise — Beihilfecharakter haben sollte.

40. Gleichwohl können Vorschriften der Richtlinie Auslegungshilfen für die Bewertung einer mitgliedstaatlichen Maßnahme als Maßnahme gleicher Wirkung entnommen werden. Nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie trifft sie insbesondere diejenigen Maßnahmen, die inländische Waren begünstigen oder diesen einen Vorzug einräumen. Absatz 3 enthält zur Konkretisierung der Vorschrift einen Beispielskatalog. Nach Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe k sind daher unter die vorgenannten Maßnahmen unter anderem diejenigen einzureihen, „die den Erwerb allein von eingeführten Waren durch

23 — Siehe Nr. 26.

24 — Vom 22. Dezember 1969, ABl. 1970, L 13, S. 29.

25 — Vgl. die Schlußanträge des Generalanwalts Lenz in der Rechtssache 103/84, Slg. 1986, 1764.

26 — Siehe den vorletzten (15.) Erwägungsgrund der Richtlinie, ABl. 1970, L 13, S. 30.

Privatpersonen behindern *oder* zum Kauf von inländischen Waren anspornen *oder* diesen einen Vorzug einräumen *oder* zu einem solchen Erwerb verpflichten" [27]. Es handelt sich dabei also um vier Alternativen, wobei die beiden letzteren einschlägig sind. Denn die Präferenzregelung räumt einem wesentlichen Teil inländischer Waren einen Vorzug ein und verpflichtet gleichzeitig zu deren Erwerb.

41. Die Prüfung der Richtlinienvorschriften bekräftigt daher die Bewertung der streitbefangenen mitgliedstaatlichen Regelung als Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen. Dabei steht aus den bereits erörterten Gründen die Tatsache, daß nicht alle inländischen Waren einer bestimmten Gattung bevorzugt werden, der Qualifizierung nicht entgegen. Gegenstand der Vorzugsregelung sind nur Waren, die zumindest teilweise aus inländischer Produktion stammen.

4. *Zu möglichen Ausnahmen vom Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung nach Artikel 30 EWG-Vertrag*

42. a) Die Rechtsgüter des Artikels 36 EWG-Vertrag, die eine Ausnahme von den Verboten mengenmäßiger Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung nach den Artikeln 30 und 34 EWG-Vertrag ermöglichen, sind in Artikel 36 ausdrücklich aufgezählt. Da es sich um eine Ausnahmevorschrift handelt, ist eine restriktive Auslegung geboten, sowohl was die einzelnen Ausnahmetatbestände betrifft als auch hinsichtlich der Anwendbarkeit des Artikels 36 auf etwaige „ungenannte Ausnahmen". Die in Artikel 36 enumerierten Ausnahmegründe lassen sich nicht auf Inhalt und Ziele der Vorbehaltsregelung anwenden. Im übrigen hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß Maßnahmen wirtschaftlicher Zielsetzung nicht nach Artikel 36 zulässig sein könnten [28].

43. b) Gleichwohl könnte die Präferenzregelung aus „zwingenden Erfordernissen" zulässig sein [29]. Zwingende Erfordernisse können zum Beispiel sein eine wirksame steuerliche Kontrolle, Lauterkeit des Handelsverkehrs, Verbraucherschutz oder Umweltschutz.

44. Die Vorbehaltsregelung läßt sich unter keines der Merkmale subsumieren. Ob möglicherweise ein anderer Grund die Maßnahme als zwingendes Erfordernis rechtfertigen kann, hängt von deren Ziel und Zweck ab. Soweit man bei der streitigen Präferenzregelung nicht davon ausgehen kann, daß sie ausschließlich protektionistische Ziele verfolgt, ist sie als Regionalfördermaßnahme zu betrachten. Die Regionalförderung ist auch durchaus ein vom Vertrag anerkanntes Ziel, wie den Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe a und 130 a EWG-Vertrag zu entnehmen ist.

45. Allerdings ist die Rechtsgrundlage für eine vertraglich gebilligte oder gar gebotene Zweckverwirklichung den Vertragsbestimmungen zu entnehmen, soweit dort ausdrückliche Vorschriften vorhanden sind. Ein Rückgriff auf ungeschriebene Rechtsgrund-

27 — Hervorhebung durch den Verfasser.

28 — Z. B. das Urteil vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 238/82, Duphar BV u. a./Niederländischer Staat, Slg. 1984, 523.

29 — Urteil vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78, Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, „Cassis de Dijon", Slg. 1979, 649.

lagen scheidet daher soweit aus, wie die vertraglich vorgesehenen Instrumente eine ausreichende Gewähr für die angestrebte Zweckerfüllung zur Verfügung stellen. Regionalfördermaßnahmen sind daher nicht als zwingende Erfordernisse anzuerkennen. Ein Mitgliedstaat kann sich auch ganz grundsätzlich nicht zum Schutz der heimischen Wirtschaft auf zwingende Erfordernisse berufen.

5. *Beurteilung der Vorbehaltsregelung vor dem Hintergrund der Richtlinien 77/62*[30] *und 70/32*[31]

46. Die Klägerin hält die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Vorbehaltsregelung auch deshalb für gegeben, weil sie gegen die Richtlinie 77/62 des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge verstoße. Sie ist der Ansicht, die Richtlinie wende die Grundsätze des EWG-Vertrags an und verbiete daher jede Diskriminierung, unabhängig davon, ob sie auf der Herkunft des zu liefernden Erzeugnisses oder dem Ort, an dem der eventuelle Lieferant ansässig ist, beruhe.

47. Richtig ist, daß Beschränkungen des freien Warenverkehrs nach Artikel 30 EWG-Vertrag auch verboten sind bei Lieferungen von Waren an den Staat und öffentlich-rechtliche Körperschaften ebenso wie in den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge. Die Gesetzgebungsorgane der Gemeinschaft haben daher Koordinierungsrichtlinien erlassen, um den freien Warenverkehr auch für die Beschaffungsaufträge der öffentlichen Hand zu gewährleisten. In der Richtlinie 70/32 der Kommission über die Lieferungen von Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts heißt es in den Erwägungsgründen:

„Vorschriften, die Absatzgebiete den inländischen Waren vorbehalten, ... verhindern Einfuhren, die ohne diese Vorschriften stattfinden könnten, und haben somit die gleiche Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen."

In Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie wird der Anwendungsbereich der Richtlinie unter anderem beschrieben für Vorschriften, „die ganz oder teilweise die Lieferung inländischen Waren vorbehalten oder ihnen einen anderen Vorzug als eine Beihilfe im Sinne des Artikels 92 EWG-Vertrag einräumen, unabhängig davon, ob dieser an Bedingungen geknüpft ist".

48. Vergleichbare Ziele verfolgt die Richtlinie 77/62 für die Vergabeverfahren öffentlicher Lieferaufträge. Wie den Erwägungsgründen zu entnehmen ist, bezweckt sie auch die Transparenz der Vergabe öffentlicher Aufträge, um eine Kontrolle des Verbots der Beschränkungen des freien Warenverkehrs zu ermöglichen.

49. Fraglich ist jedoch, ob der den Schlußbestimmungen zuzurechnende Artikel 26 eine Ausnahme für die streitige Präferenzregelung vorsieht. Er lautet:

„Diese Richtlinie steht der Anwendung der Bestimmungen nicht entgegen, die zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie in Kraft und in dem italienischen Gesetz Nr. 835 vom 6. Oktober 1950 (GURI

30 — ABl. 1976, L 13, S. 1.
31 — ABl. 1970, L 13, S. 1.

Nr. 245 vom 24.10.1950) sowie in dessen späteren Fassungen enthalten sind, unbeschadet der Vereinbarkeit dieser Bestimmungen mit dem Vertrag."

50. Als Argument dafür, daß es sich bei der Vorschrift auch um eine Ausnahme von den Grundsätzen des freien Warenverkehrs handeln könnte, wird ausgeführt, daß die Vorläuferregelungen des Vorbehaltsystems als von der Richtlinie unberührt bezeichnet werden. Auch die durch die Richtlinie 88/295 vom 22. März 1988[32] eingeführte Änderung der Vorschrift, die zwar wegen ihres Erscheinungsdatums für den Ausgangsrechtsstreit nicht ausschlaggebend sein kann, spreche für den fortbestehenden Ausnahmecharakter der Vorschrift. Artikel 26 Absatz 1 neue Fassung lautet:

„Diese Richtlinie steht bis 31. Dezember 1992 der Anwendung bestehender nationaler Bestimmungen zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge nicht entgegen, die darauf abzielen, den Abstand zwischen den verschiedenen Regionen zu verringern und die Schaffung von Arbeitsplätzen in Regionen, die in ihrer Entwicklung zurückgeblieben sind, sowie in im Rückgang befindlichen Industriegebieten zu fördern, sofern die betreffenden Bestimmungen mit dem Vertrag und den internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft vereinbar sind."

51. Die italienische Präferenzregelung wird hier nicht mehr ausdrücklich erwähnt. Sie könnte allenfalls im Sinne der Vorschrift als nationale Bestimmung gewertet werden, die darauf abzielt, den Abstand zwischen verschiedenen Regionen zu verringern.

32 — ABl. 1988, L 127, S. 1.

52. Entscheidend für mich ist, daß schon in der ursprünglichen Fassung die Wendung „unbeschadet der Vereinbarkeit dieser Bestimmungen mit dem Vertrag" verankert war, die mit entsprechendem Inhalt in der neuen Fassung Eingang gefunden hat. Die Formulierungen verdeutlichen, daß trotz möglicher Ausnahmen von der *Richtlinie* die tragenden Grundsätze des *Vertrags* und von diesen besonders diejenigen über den freien Warenverkehr uneingeschränkt Gültigkeit haben sollten. Die Unvereinbarkeit der Vorbehaltsregelung nach Artikel 17 des Gesetzes 64/86 mit Artikel 30 EWG-Vertrag kann daher nicht durch die Ausnahmevorschrift von der Richtlinie aufgehoben werden.

53. In den Rechtssachen 216/84[33] und 78/86[34] waren im übrigen ähnlich gelagerte Rechtsfragen zu entscheiden. Die beklagten Mitgliedstaaten haben sich auf eine Ausnahmevorschrift in einer Richtlinie berufen, um eine mitgliedstaatliche Gesetzesregelung, die sich behindernd auf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr auswirkt, zu rechtfertigen. Bereits in diesen Fällen hat der Gerichtshof die Argumentation verworfen. Er hat darauf hingewiesen, daß die Ausnahmeregelung die Aufrechterhaltung innerstaatlicher Regelungen nur unter der Voraussetzung rechtfertige, daß die allgemeinen Bestimmungen des EWG-Vertrags eingehalten werden.

54. Kann somit das Präferenzsystem auch nicht aufgrund der Ausnahmeregeln der Richtlinie 77/62 gemeinschaftsrechtlichen Bestand haben, so bleibt noch zu prüfen, welchen Einfluß ein etwaiger Beihilfecharakter der Regelung auf deren Gültigkeit haben könnte.

33 — Urteil vom 23. Februar 1988 in der Rechtssache 216/84, Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 793, Randnr. 22.

34 — Urteil vom 11. Mai 1989 in der Rechtssache 76/87, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1989, 1021, Randnr. 23.

55. Wie schon der Erörterung des Konkurrenzverhältnisses der Artikel 30 und 92 EWG-Vertrag zu entnehmen ist, kann die auf der Unvereinbarkeit mit Artikel 30 EWG-Vertrag beruhende Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme nicht dadurch geheilt werden, daß sie beihilfeähnliche Züge aufweist.

6. *Zum Beihilfecharakter und den sich daraus ergebenden Folgen der Vorbehaltsregelung*

56. Gegen den Charakter der streitigen Gesetzesregel als Beihilfe sprechen folgende Überlegungen:

Wesensmerkmal einer Beihilfe ist es, daß es sich um eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Unterstützung handelt. Zwar hat die italienische Regierung vortragen lassen, daß für die aufgrund des Vorbehaltsystems geschlossenen Lieferaufträge in der Regel ein höherer Preis zu zahlen sei als bei einem unbeschränkten Vergabeverfahren. Der Mehrbetrag treffe den Staat, da es sich bei den Auftraggebern um staatliche Körperschaften, zumindest aber um Einheiten mit staatlicher Beteiligung handele.

57. Nun hat aber der Vertreter der Klägerin in der mündlichen Verhandlung erklärt, daß es sich bei den örtlichen Gesundheitsbehörden um autonome Organe handele, die hinsichtlich ihrer Ausgaben nicht vom Staat abhingen. Auch für Gesellschaften, die nach wirtschaftlichen Prinzipien arbeiten, an denen der Staat nur anteilsmäßig beteiligt ist, kann von einer Kostentragung durch den Staat nicht ausgegangen werden.

58. Um von einer Beihilfe im Sinne des Artikels 92 EWG-Vertrag sprechen zu können, müßte außerdem die Höhe der jeweiligen Beihilfe mindestens bestimmbar sein. Auch daran mangelt es, da vielfach die Bestimmung der Höhe des Mehrbetrags nur auf einem hypothetischen Vergleich eines unter freien Wettbewerbsbedingungen vergebenen Auftrags und den unter das Vorbehaltsystem fallenden Lieferverträgen beruhen kann. Darüber hinaus ist es nicht zwingend, daß auch tatsächlich ein Mehrbetrag zu entrichten ist. Die Gewährung eines Mehrbetrags ist auch nicht alleiniger Zweck der Vorbehaltsregelung, denn diese zielt wohl auch darauf ab, daß schon aufgrund der Verpflichtung, sich mit Waren, die jedenfalls teilweise in den bevorzugten Gebieten hergestellt werden, zu versorgen, Produktionseinheiten und damit auch Arbeitsplätze erhalten werden. Eine über Jahrzehnte gültige Vorzugsregelung könnte darüber hinaus auch die Ansiedlung neuer Industrien bezweckt und bewirkt haben, was keineswegs deren unwirtschaftliches Arbeiten impliziert, so daß dort hergestellte Waren durchaus zu konkurrenzfähigen Preisen auf den Markt kommen können.

59. Noch ein letzter Gedanke zum Beihilfecharakter der Vorbehaltsregelung und ihrem Verhältnis zu Artikel 30. Teile einer Beihilfe können nach der Rechtsprechung — wie schon ausgeführt — durchaus wegen Unvereinbarkeit mit Artikel 30 unzulässig sein, wenn der Beihilfezweck auch auf andere, weniger einschneidende Weise erzielbar ist. Es bestünde sicher die Möglichkeit, zur Regionalförderung durch Maßnahmen beizutragen, die den gemeinschaftlichen Warenverkehr weniger beeinträchtigen[35]. Denn

35 — Vgl. z. B. die von der Kommission für mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar erklärten Unterstützungsmaßnahmen des Gesetzes 64/86, Entscheidung der Kommission vom 2. März 1988, ABl. 1988, L 143, S. 37.

Regionalförderung als solche ist nach Maßgabe und in den vom EWG-Vertrag gesteckten Grenzen zulässig. So können Beihilfen nach Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe a EWG-Vertrag für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden. Allerdings müssen sich auf diese Vorschriften gestützte Fördermaßnahmen in den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen einfügen und dürfen den Zielen und Zwecken der Gemeinschaft nicht zuwiderlaufen. Um eine Koordinierung regionaler Beihilferegelungen zu ermöglichen, hat die Kommission Grundsätze erarbeitet, an denen sich die Beurteilung der Zulässigkeit einer Regionalbeihilfe zu orientieren hat. Diese Grundsätze hat sie in einer Mitteilung veröffentlicht [36].

60. Außerdem sind auf der Grundlage von Artikel 130 a EWG-Vertrag Regionalfördermaßnahmen zulässig. Dabei handelt es sich aber ausdrücklich um die Verwirklichung eines Zieles der Gemeinschaft, so daß nur gemeinschaftliche beziehungsweise durch die Gemeinschaft gebilligte Förderprogramme in Frage kommen.

61. Für das Ergebnis über die Beurteilung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Vorbehaltsregelung und besonders für die daraus vom vorlegenden Gericht zu ziehenden Konsequenzen ist es gleichgültig, ob die Maßnahme Beihilfecharakter hat oder nicht. Denn die streitige Vorschrift könnte allenfalls als nicht genehmigte Beihilfe gelten. Nach Inhalt und Zweck der Regelung könnte es sich nur um eine genehmigungsfähige Beihilfe nach Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe a EWG-Vertrag handeln.

62. Die Vereinbarkeit einer mitgliedstaatlichen Fördermaßnahme mit dem Gemeinsamen Markt zu beurteilen, fällt nicht in die Kompetenz der mitgliedstaatlichen Gerichte. Auch hat die Kommission als für die Beihilfeaufsicht zuständige Behörde die Regelung nicht als Beihilfe genehmigt [37]. Obwohl die italienische Regierung den Gesetzentwurf für das Gesetz 64/86 rechtzeitig notifiziert hat, hat die Kommission nach ihren eigenen Versicherungen im Prozeß das beihilfeaufsichtliche Verfahren hinsichtlich der Präferenzregelung nie eröffnet. Beschränkt auf diesen Komplex galt daher die Bestimmung des Artikels 93 Absatz 3 letzter Satz EWG-Vertrag nicht, die dem betreffenden Mitgliedstaat verbietet, die beabsichtigte Maßnahme durchzuführen, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat. Die aus der Mißachtung dieser Vorschrift auch von den mitgliedstaatlichen Gerichten und Behörden zu beachtende Ungültigkeit einer gleichwohl erlassenen Maßnahme trifft im hier allein interessierenden Rahmen die Vorbehaltsregelung nicht.

Kosten

63. Die Auslagen der italienischen Regierung und der Kommission sind nicht erstattungsfähig. Für die Beteiligten des Ausgangsverfahrens hat das Verfahren vor dem Gerichtshof den Charakter eines Zwischenstreits. Über die Kosten entscheidet das vorlegende Gericht.

36 — Mitteilung der Kommission über regionale Beihilferegelungen, ABl. 1979, C 31, S. 9.

37 — Vgl. die Entscheidung der Kommission vom 2. März 1988, ABl. 1988, L 143, S. 37, II.3, und bereits den Vorbehalt der Kommission in ihrer Stellungnahme zum Gesetz Nr. 64/86, ABl. 1987, C 259, S. 2.

C — Schlußantrag

64. Aufgrund der vorstehenden Überlegungen schlage ich folgende Beantwortung der vom vorlegenden Gericht aufgeworfenen Fragen vor:

„1) Die im Gesetz Nr. 64/86 verankerte Vorbehaltsregelung ist als Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen nach Artikel 30 EWG-Vertrag zu betrachten. Die daraus folgende Gemeinschaftsrechtswidrigkeit ist von den mitgliedstaatlichen Gerichten und Behörden zu berücksichtigen.

2) Die in Artikel 26 der Richtlinie 77/62/EWG vorgesehene Ausnahmevorschrift von der Richtlinie hat nicht die Vereinbarkeit der Vorbehaltsregelung mit dem Gemeinschaftsrecht zur Folge.

3) Die Vorbehaltsregelung hat nicht den Charakter einer Beihilfe. Selbst wenn man sie als Beihilfe betrachten wollte, hätte dies keine unmittelbaren Konsequenzen für den Ausgangsrechtsstreit."