SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS MARCO DARMON
vom 8. November 1988 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Die beiden von der Firma Irish Cement erhobenen Klagen — mit der ersten wird die Feststellung der Unterlassung der Kommission begehrt, hinsichtlich einer der Firma Sean Quinn Quarries Limited (im folgenden: Firma Quinn) gewährten Beihilfe ein Verfahren gemäß Artikel 93 Absatz 2 EWG-Vertrag einzuleiten, die andere ist auf die Aufhebung der ausdrücklichen Weigerung gerichtet, dieses Verfahren einzuleiten — weisen bestimmte prozessual komplexe Aspekte auf. Sie ergeben sich offenbar aus dem Zusammentreffen von Klagen, die gemäß Artikel 173 und 175 EWG-Vertrag erhoben werden, mit dem in Artikel 93 geregelten Verfahren für staatliche Beihilfen.

2. Nachdem Sie sich in der Sitzung vom 18. Oktober dieses Jahres mit der Prüfung der Zulässigkeit der Klagen befaßt haben, steht eindeutig fest, daß diese davon abhängt, welche Antworten auf zwei Arten von Fragen gegeben werden:

— Sind die Klagen unzulässig, weil sie Versuche darstellen, sich einen Rechtsbehelf gegenüber einer früheren Entscheidung zu verschaffen, hinsichtlich deren die Klagefrist abgelaufen ist? [1]

— Sind jedenfalls die „klassischen" Voraussetzungen der Artikel 173 und 175 und insbesondere bei der letztgenannten Vorschrift eine Verpflichtung zum Tätigwerden auf Seiten der Kommission gegeben?

Lassen Sie mich diese Fragen nacheinander prüfen.

3. Bei dem ersten Problem, das sich in den schriftlichen Fragen widerspiegelt, die Sie an die Parteien gerichtet hatten, geht es in erster Linie darum, ob die Antwort der Kommission vom 14. Mai 1985 einen mit der Klage anfechtbaren Rechtsakt darstellt. Dieser Auffassung wollen weder die Klägerin noch die Kommission beipflichten. Letztere bestreitet im übrigen — jedoch aus anderen Gründen — ausdrücklich nur die Zulässigkeit der Untätigkeitsklage.

4. Wenn wir den „Schriftwechsel von 1985" prüfen, so stellen wir zunächst fest, daß das von den Anwälten der Firma Irish Cement versandte Schreiben vom 17. April 1985 in dem Schreiben selbst als „förmliche Beschwerde" bezeichnet ist. Damit wird eine Beihilfe beanstandet, die der Northern Ireland Development Board angeblich der Firma Quinn gerade gewähren wollte und die höher sei als die Beihilfe, die die Klägerin zuvor erhalten habe. Es werden die Wettbewerbsverzerrungen genannt, die die streitige Beihilfe angeblich hervorruft. Schließlich wird unter dem Vorbehalt der Vertraulichkeit angeboten, der Kommission zusätzliche Angaben über den Schaden zu machen, den die Beschwerdeführerin erleiden würde.

* Aus dem Französischen übersetzt.

1 — Siehe das Urteil vom 10. Dezember 1969 in der Rechtssache 18/68, Eridania, Slg. 1969, 459, und im Rahmen des EGKS-Vertrags die Urteile vom 4. April 1960 in der Rechtssache 34/59, Elz, Slg. 1960, 225, vom 6. April 1962 in den verbundenen Rechtssachen 21 und 26/61, Meroni, Slg. 1962, 155.

5. In ihrer Antwort vom 14. Mai 1985 führt die Kommission aus, die bei ihr angemeldeten Regelungen über regionale Beihilfen, die sowohl in der Republik Irland als auch in Nordirland anwendbar seien, lägen innerhalb der Höchstgrenzen, die sie bei der Festlegung der Grundsätze bestimmt habe, nach denen die Vereinbarkeit einer derartigen Regelung mit dem Gemeinsamen Markt geprüft werde. Sie habe im Rahmen der Artikel 92 bis 94 EWG-Vertrag keine Einwände erhoben; es stehe den betroffenen Staaten folglich frei, im Rahmen der angemeldeten Höchstgrenzen darüber zu entscheiden, in welcher Höhe eine Subvention für ein Projekt zu gewähren sei. Die Behörden Nordirlands seien daher berechtigt, die streitige Beihilfe zu gewähren, ohne die Kommission mit der Sache zu befassen, ebenso wie die irischen Behörden vorher eine Entscheidung über die Höhe der der Klägerin gewährten Beihilfe hätten treffen können. Zwar könne die Anwendung dieser Beihilferegelungen in bestimmten Fällen zu Wettbewerbsverzerrungen führen, die Regelungen könnten jedoch wegen ihres globalen Beitrags zur Entwicklung der am wenigsten begünstigten Regionen als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar im Sinne von Artikel 92 Absatz 3 angesehen werden. Die Kommission führt aus, es stehe dem Northern Ireland Industrial Development Board frei, Subventionen von bis zu 50 % zu gewähren, und schließt dann mit den Worten *„there would be little point in submitting details of the potential damage to your client"*.

6. Für die Prüfung der Rechtsnatur dieses Schreibens scheinen mir zwei Gesichtspunkte von Bedeutung zu sein:

— zum einen die darin enthaltene Verweisung auf die Regeln, die die Kommission auf diesem Gebiet für einschlägig hält,

— zum anderen die Anwendung dieser Regeln auf den von der Beschwerde erfaßten Sachverhalt, da zweimal festgestellt wird, daß die Behörden Nordirlands über einen Ermessensspielraum verfügten.

Diese Feststellung ist insoweit bemerkenswert, als sie von dem Organ herrührt, dessen Aufgabe es gerade ist, die Tätigkeit dieser Behörden im Bereich der staatlichen Beihilfen zu kontrollieren.

7. Kann man jedoch dieses Schreiben als eine endgültige Willensbekundung ansehen, wie sie den mit der Klage anfechtbaren Rechtsakt kennzeichnet? Eine Beobachtung hindert mich daran, in diesem Punkt ganz kategorisch zu sein. Mit der Formulierung *„there would be little point"* wird wohl in Wirklichkeit „die Tür nicht völlig zugeschlagen". Sie ist wohl das Gegenstück der französischen Formulierung „il n'y aurait guère d'intérêt".

8. Ich bin mir sehr wohl dessen bewußt, wie vergeblich das Bemühen sein kann, die Bedeutung einer solchen in einem Verwaltungsschreiben verwendeten Formulierung zu enträtseln. Die Litotes und der Euphemismus sind in diesem Bereich geläufige Figuren, und man begreift durchaus, daß es bei der Ablehnung des Angebots der Anwälte der Klägerin, zusätzliche Informationen zu übermitteln, erforderlich erschienen sein mag, auf das „understatement" zurückzugreifen und damit jede allzu schroffe Formulierung der Ablehnung zu vermeiden.

9. An dieser Stelle ist aber auf folgende Ausführungen in Ihrem Urteil in der Rechtssache Emile Henricot hinzuweisen:

„Schließlich erfordern die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen, daß diese in der

ge sein müssen, die Natur einer Verlautbarung, die derart schwerwiegende Rechtsfolgen zu zeitigen und insbesondere eine Notfrist für die Erhebung der Anfechtungsklage auszulösen bestimmt ist, bereits an ihrer äußeren Form zu erkennen. Daher kann insbesondere als Entscheidung allein eine solche Verlautbarung gelten, deren Adressaten *eindeutig* feststellen können, daß ein derartiger Rechtsakt vorliegt" [2].

10. Die Kommission räumt selbst ein, daß die fragliche Formulierung mehrdeutig ist. Ich meinerseits stelle in Anwendung der soeben angeführten Grundsätze fest, daß man, da eine solche Mehrdeutigkeit nicht ausgeschlossen werden kann, im Inhalt des in Rede stehenden Schreibens keine unbestreitbar endgültige Willensbekundung sehen kann.

11. Ich mache eine zusätzliche Anmerkung für den Fall, daß Sie der Auffassung sind, meine vorstehende Analyse beruhe auf übertriebenen Bedenken, und in dem betreffenden Schreiben einen mit der Klage anfechtbaren Rechtsakt sehen. Bei den Verfahren von 1986 ergab sich, daß die Beihilfe zugunsten der Firma Quinn auf der Grundlage des vom Department of Economic Development (DED) verwalteten Standard Capital Grants Scheme (SCGS) gewährt wurde. Sowohl die ursprüngliche Beschwerde der Klägerin als auch die Antwort der Kommission bezogen sich aber auf eine Beihilfe, die der Northern Ireland Development Board gewährt hatte, der eine andere regionale Beihilferegelung verwaltet: den Selective Financial Assistance Grant (SFA). Gewiß hat sich gezeigt, daß die Beurteilung durch die Kommission unabhängig davon, um welche Regelung es ging, gleich ausfiel. Ich bin aber nicht der Überzeugung, daß man bei einer genauen rechtlichen Prüfung zu dem Ergebnis gelangen würde, daß die genannte Feststellung völlig unerheblich ist. Sie würde meiner Ansicht nach ausschließen, daß Sie die beiden Klagen allein aufgrund der Feststellung für unzulässig erklären, daß das Schreiben vom 14. Mai 1985 Entscheidungscharakter hat.

12. Befassen wir uns nun mit der „klassischen" Prüfung der Voraussetzungen der Zulässigkeit der Klagen. Zunächst sind einige Anmerkungen dazu erforderlich, daß der Untätigkeitsklage die Erhebung einer Nichtigkeitsklage gegen das Schreiben vom 14. Juli 1986 folgte, mit dem die Kommission die Klägerin von ihrer Weigerung, tätig zu werden, in Kenntnis setzte.

13. Für den Geltungsbereich des EGKS-Vertrags hat Generalanwalt Mayras die Auffassung vertreten, daß die Nichtigkeitsklage in einem solchen Fall unzulässig sei, da sie sich gegen einen Rechtsakt richte, der notwendigerweise die stillschweigende Ablehnung bestätige, die sich aus dem Ablauf der Zweimonatsfrist ergibt, die von der Aufforderung zum Tätigwerden an läuft [3].

14. Eine solche Lösung ist meines Erachtens im vorliegenden Fall nicht möglich. Die Fiktion der stillschweigenden Ablehnung ist nämlich in Artikel 175 EWG-Vertrag aufgegeben worden, der kein „Unterfall der Anfechtungsklage" [4] wie die in Artikel 35 EGKS-Vertrag vorgesehene Klage ist. Ich möchte hier die theoretische Frage nach der Rechtsnatur der Klage des Artikels 175 nicht vertiefen, sondern lediglich anmerken, daß diese Klage offenkundig auf die Feststellung der Untätigkeit gerichtet ist, was sie von der Klage des Artikels 173 unterscheidet, die sich auf die Nichtigerklärung des in Frage stehenden Rechtsakts richtet. Ich bin daher der Auffassung, daß die prozessuale Ausgestaltung der vorliegenden Rechtssache eine getrennte Prüfung der Zulässigkeit der beiden Klagen gebietet.

2 — Urteil vom 5. Dezember 1963 in den verbundenen Rechtssachen 23, 24 und 52/63, Slg. 1963, 469, 484, Hervorhebung durch mich.

3 — Schlußanträge in der Rechtssache 114/75, Streichungsbeschluß vom 2. März 1977, Slg. 1977, 381, 386.

4 — Schlußanträge des Generalanwalts Capotorti in der Rechtssache 125/78, GEMA, Slg. 1979, 3173, 3200.

15. Sodann ist festzustellen, daß die Klägerin zwischen der Antwort der Kommission vom 14. Mai 1985 und der Aufforderung zum Tätigwerden vom 28. März 1986 fast elf Monate hat verstreichen lassen. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung die Notwendigkeit einer angemessenen Frist[5] zwischen dem Zeitpunkt, in dem der Kläger die Untätigkeit des betroffenen Gemeinschaftsorgans feststellt, und dem Zeitpunkt, in dem er dieses gemäß Artikel 35 EGKS-Vertrag mit der Sache befaßt, bekräftigt. Welche theoretischen Überlegungen auch immer man in bezug auf den Unterschied zwischen der letztgenannten Klage und der in Artikel 175 EWG-Vertrag geregelten Klage anstellen mag, so ergibt sich aus

„den Erfordernissen der Rechtssicherheit und der Kontinuität in der Tätigkeit der Gemeinschaft"[6]

doch auch, daß

„die Ausübung des Rechts, die Kommission zu befassen, nicht unbegrenzt verzögert werden darf"[7].

16. In der Rechtssache Niederlande/Kommission, in der die Untätigkeit der Verwaltung offenkundig war, haben Sie ausgeführt, der klägerische Mitgliedstaat habe

„die ihm nach dem Vertrag zur Verfügung stehenden Verfahren oder Rechtsbehelfe zu einem Zeitpunkt ... gebrauchen [können], zu dem noch ein wirksames Eingreifen möglich [war] und die Rechtsstellung Dritter nicht nutzlos verunsichert [wurde]";

eine Frist von 18 Monaten sei daher nicht angemessen gewesen.

17. Läßt sich eine solche Beurteilung auch auf den Fall übertragen, daß eine Privatperson klagt? Grundsätzlich ist dies meines Erachtens unbestreitbar. Ich möchte bemerken, daß hier das Antwortschreiben vom 14. Mai 1985 — dessen rechtliche Beurteilung ich nicht zurücknehmen will — zumindest zeigte, daß die Kommission nicht beabsichtigte, tätig zu werden.

18. Die Klägerin hat wiederholt ihren Wunsch zum Ausdruck gebracht, ihre Klage als Sonderfall, ja sogar als dringenden Fall zu behandeln. Ich kann nicht umhin, diesem Drängen die Frist von fast einem Jahr gegenüberzustellen, die verstrich, bevor die Kommission angerufen wurde. Ich will nicht so weit gehen, zu sagen, daß für diese Hervorhebung der Dringlichkeit andere Überlegungen als der ausschließliche Wunsch, eine schnelle Entscheidung des Rechtsstreits zu erreichen, ausschlaggebend waren, so zum Beispiel das Bemühen, geschickt davon abzulenken, daß die Kommission verspätet mit der Sache befaßt worden war.

19. Ich möchte jedoch anmerken, daß die staatlichen Beihilfen einen komplexen Bereich darstellen, in dem es auch dem sorgfältigsten Unternehmen schwerfallen mag, sich schnell durch die anwendbaren Vorschriften und Regelungen hindurchzufinden[8]. Dies zeigen im vorliegenden Fall die anfängliche Ungewißheit in der Frage, auf welcher Grundlage der Firma Quinn die Beihilfe gewährt worden war, und das „Versehen" der Kommission, die dem Gerichtshof ein Papier über die Regionalbeihilfen des Vereinigten Königreichs vorgelegt hat, das aber gerade nicht Nordirland be-

5 — Urteil vom 6. Juli 1971 in der Rechtssache 59/70, Niederlande/Kommission, Slg. 1971, 639. Siehe auch die Schlußanträge des Generalanwalts Roemer in den verbundenen Rechtssachen 24 und 34/58, Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France, Slg. 1960, 591.

6 — Rechtssache 59/70, a. a. O.

7 — A. a. O.

8 — Ich weise im übrigen auf die mangelnde „Transparenz" und „Publizität" hin, an der die Materie wohl leidet. Siehe insbesondere Schina Despina: *State Aids under the EEC Treaty*, ESC Publishing Limited Oxford, 1987, insbesondere auf den S. 175 und 177, wo die Verfasserin ausführt: „The Commission could do a great deal to improve the transparency and efficiency of its procedure relating to the control exercised on State aids."

traf ... Ich bin daher der Auffassung, daß die Umstände des Falles für die Annahme nicht ausreichen, daß die Frist übermäßig lang war.

20. In seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Cofaz [9] hat Generalanwalt VerLoren van Themaat ausgeführt, daß sich in dieser Rechtssache nicht die Frage stelle, ob ein beteiligter Dritter eine Untätigkeitsklage erheben könnte, um die Einleitung des Verfahrens des Artikels 93 Absatz 2 zu erreichen. Man kann nicht umhin festzustellen, daß der Gerichtshof hier zum ersten Mal mit diesem Problem konfrontiert ist [10].

21. Ich halte zunächst fest, daß die Anrufung des Gerichtshofes, was die Beachtung der im Rahmen des Artikels 175 geltenden Verfahrensfristen angeht, ordnungsgemäß ist.

22. Ich teile die Auffassung der Generalanwälte [11], daß das Bestehen einer Verpflichtung zum Tätigwerden eine Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Klage nach Artikel 175 darstellt. Im vorliegenden Fall gilt es also festzustellen, ob auf Seiten der Kommission eine *Verpflichtung* besteht, das Verfahren des Artikels 93 Absatz 2 dadurch zu eröffnen, daß den Beteiligten eine Frist zur Äußerung gesetzt wird. Die Kommission macht geltend, die Klage sei unzulässig. Sie vertritt im wesentlichen folgende Auffassung: Die aufgrund einer bestehenden Regelung über regionale Beihilfen gewährte einzelne Beihilfe könne nicht Gegenstand eines Verfahrens nach Artikel 93 Absatz 2 sein. Zum einen sei bei einer bestehenden Beihilfe der vorherige Rückgriff auf das Verfahren des Artikels 93 Absatz 1, das heißt die fortlaufende Überprüfung, erforderlich. Dabei handele es sich um einen Dialog allein zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten, von der die einzelnen ausgeschlossen seien. Zum anderen könnten sich die Auswirkungen des Verfahrens des Artikels 93 Absatz 2 jedenfalls nur auf Änderungen der Regelung für die Zukunft beziehen und nicht auf eine besondere Beihilfe, die aufgrund einer bestehenden Regelung gewährt worden sei. Dem stünden die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes entgegen.

23. Die Klägerin, die ihre Auffassung in der mündlichen Verhandlung selbst als „radikal" bezeichnet hat, macht geltend, jede einzelne Beihilfe, die aufgrund einer bestehenden Beihilferegelung gewährt werde, stelle eine neue Beihilfe dar, die zu notifizieren sei. Bei einer Beihilfe wie derjenigen, die die Firma Quinn erhalte, bestehe, da eine „gewisse Unvereinbarkeit" mit dem Gemeinsamen Markt vorliege, eine Verpflichtung, das in Artikel 93 Absatz 2 vorgesehene Verfahren einzuleiten.

24. Bevor ich die Ansichten prüfe, die Ihnen vorgetragen worden sind, halte ich es für erforderlich, den Mechanismus des Artikels 93 darzustellen. Dazu verweise ich auf die Worte des Generalanwalts Mayras [12]:

9 — Urteil vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 169/84, Slg. 1986, 391.

10 — Der Beschluß vom 11. Juli 1979 in der Rechtssache 59/79, Slg. 1979, 2425, bezog sich auf eine Untätigkeitsklage, mit der eine Entscheidung über die Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt erreicht werden sollte; diese Klage war von einem Kläger erhoben worden, der sich im Rahmen eines bereits eingeleiteten Verfahrens nach Artikel 93 Absatz 2 geäußert hatte. Siehe auch Joliet R.: *Le droit institutionnel des Communautés européennes, Le contentieux*, Liège, 1981, S. 160, der die Auffassung vertritt, Privatpersonen könnten keine Untätigkeitsklage mit dem Ziel erheben, eine Entscheidung nach Artikel 93 Absatz 2 zu erwirken.

11 — Siehe die Schlußanträge des Generalanwalts Roemer in der Rechtssache 18/68, Eridania, a. a. O.: „Wesentliches Element ist ... die Behauptung, ein Gemeinschaftsorgan habe durch seine Untätigkeit den Vertrag verletzt. Daraus folgt, daß für das beklagte Organ eine Pflicht zum Handeln bestanden haben muß, während eine bloße Möglichkeit, gegründet auf Ermessenserwägungen, nicht ausreicht"; Schlußanträge des Generalanwalts Gand in der Rechtssache 6/70, Borromeo, Slg. 1970, 815, 822; siehe auch die Schlußanträge des Generalanwalts Slynn in der Rechtssache 246/81, Lord Bethell, Slg. 1982, 2277, 2296. Vgl. insbesondere für die Lehre: Reuter E.: „Le recours en carence de l'article 175 du traité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", *Cahiers de droit européen*, 1972, S. 159, 173.

12 — Schlußanträge in der Rechtssache 70/72, Kommission/Deutschland, Slg. 1973, 813, insbesondere S. 834 ff.

„Artikel 93 unterscheidet in dieser Hinsicht zwei gänzlich verschiedene Sachverhalte.

— Sein erster Absatz betrifft die in den Mitgliedstaaten *bestehenden Beihilferegelungen*, hinsichtlich deren der Kommission einerseits ein Prüfungs- und Vorschlagsrecht und andererseits ein gegebenenfalls der Billigung des Gerichtshofes unterliegendes Anordnungs- und Entscheidungsrecht zusteht. Nach Prüfung einer derartigen Regelung in einem kontradiktorischen Verfahren unter Beteiligung des betroffenen Staates kann sie in der Tat in einem ersten Abschnitt diesem Staat die durch die schrittweise Entwicklung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes gebotenen Maßnahmen vorschlagen. Es handelt sich dabei im Sinne des Artikels 189 letzter Absatz des Vertrages um ‚Empfehlungen', die für den Adressaten nicht verbindlich sind.

— Der zweite Absatz des Artikels 93 geht erheblich weiter. Falls die Kommission einigen Grund zu der Annahme hat, daß die bestehende Beihilferegelung vielleicht unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt ist, falls sie es also, anders ausgedrückt, mit einer ‚verdächtigen' Beihilfe zu tun hat, dann muß sie ein *förmliches Verfahren* eröffnen, das damit beginnt, daß sowohl den Staaten als auch den sonstigen Beteiligten, also allen irgendwie durch die Beihilferegelung betroffenen natürlichen oder juristischen Personen, eine Frist zur Äußerung gesetzt wird, wodurch jedermann die Möglichkeit erhält, seine Einwendungen anzubringen.

Falls die Kommission nach deren Prüfung feststellt, daß die Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, dann ist sie zu der Entscheidung befugt, daß der betreffende Staat sie binnen einer von ihr bestimmten Frist aufzuheben oder umzugestalten hat. Diese Entscheidung ist vollstreckbar ...

Was die bestehenden Beihilfen angeht, ergibt sich schließlich aus der Systematik des Artikels 93 Absatz 2, daß die Kommission zwar befugt ist, eine Beihilfe für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären, ihre Entscheidung Wirkungen jedoch *nur für die Zukunft* entfaltet. Diese kann, wie das übrigens einem von den Mitgliedstaaten und Ihrem Gerichtshof übereinstimmend anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsatz entspricht, keine rückwirkende Kraft haben. Eine solche Entscheidung hat konstitutiven und nicht deklaratorischen Charakter. Aus ihr und nur aus ihr erwächst das Verbot einer Beihilfe oder die Verpflichtung, sie umzugestalten.

Artikel 93 anders auszulegen, würde heißen, erworbene Rechte Dritter zu mißachten, wäre der Rechtssicherheit abträglich und würde schließlich unüberwindliche praktische Schwierigkeiten mit sich bringen.

Ganz anders ist die Lage, wenn sich die Kommission dem Plan gegenübersieht, eine neue Beihilfe einzuführen oder eine bestehende Beihilfe umzugestalten. Aus einem bloßen Plan kann kein subjektives Recht erwachsen. Deshalb wurde es als vertretbar erachtet, die Kommission in diesem Fall mit der umfassenden Befugnis auszustatten, sich dem Vollzug der beabsichtigten Maßnahmen zu widersetzen, falls sie zu der Auffassung gelangt, daß diese Maßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne des Artikels 92 unvereinbar sind."

25. Zum „Übergang" zwischen den zwei Kategorien weise ich noch darauf hin, daß eine neue Beihilfe, die

„nach Bekanntgabe der positiven Entscheidung der Kommission durchgeführt [wird], ... zu einer ‚bestehenden Beihilfe' [wird], die als solche der fortlaufenden Überprüfung gemäß Artikel 93 Absatz 1 unterliegt" [13].

13 — Urteil vom 20. März 1984 in der Rechtssache 84/82, Deutschland/Kommission, Slg. 1984, 1451, Randnr. 12.

Schließlich fallen die Umgestaltungen des „Bestehenden" unter die Kategorie „neue Beihilfen" im Sinne von Artikel 93 Absatz 3.

26. Ich fasse also den Aufbau des Artikels 93 zusammen:

— Bei einer bestehenden Beihilferegelung kann sich eine im Rahmen des Artikels 93 Absatz 2 erlassene Entscheidung nur auf die Zukunft beziehen [14].

— Bei neuen Beihilfen steht die aufschiebende Wirkung einer Durchführung, die zu einer Rückerstattung führen könnte, entgegen, bis die Beihilfe zu einer bestehenden Beihilfe wird, entweder weil sie von der Kommission gebilligt wird oder weil eine angemessene Frist ohne Reaktion seitens der Kommission abgelaufen ist.

27. Allein schon angesichts dieser Analyse erscheint die Auffassung der Klägerin unzutreffend. Sie geht, wie bereits ausgeführt, dahin, daß jede Einzelmaßnahme eine neue Beihilfe darstelle, die als eine solche zu notifizieren sei und hinsichtlich deren die Kommission das in Artikel 93 Absatz 2 vorgesehene Verfahren einzuleiten habe, wenn die Beihilfe eine gewisse Unvereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt aufweise. Was anders kann aber der Grundsatz, daß eine Entscheidung über die Unvereinbarkeit gemäß Artikel 93 Absatz 2 bei einer Regelung über bestehende Beihilfen nur die Zukunft betreffen kann, bedeuten, als daß die Einzelmaßnahmen zur Durchführung dieser Regelung, die bis zum Erlaß dieser Entscheidung getroffen worden sind, nicht wieder in Frage gestellt werden können? Auch kann die Unterscheidung, die die Klägerin zwischen der bestehenden Regelung und den Einzelmaßnahmen trifft, insoweit nicht akzeptiert werden, als sie die letztgenannten als „neue Beihilfen" im Sinne von Artikel 93 darstellt.

28. In diesem Zusammenhang verweise ich lediglich auf Ihr Urteil in der Rechtssache Lorenz [15], durch das die Frage entschieden worden ist, unter welchen Voraussetzungen eine neue regionale Beihilferegelung, die der Kommission gemäß Artikel 93 Absatz 3 mitgeteilt worden ist, bei Schweigen der Kommission zu einer bestehenden Beihilferegelung werden kann. Sie haben entschieden, daß der Mitgliedstaat *die geplante Beihilfemaßnahme* nach Ablauf einer angemessenen Frist und vorbehaltlich einer vorherigen Anzeige an die Kommission *durchführen darf;* sie unterliegt dann als bestehende Beihilfe den beiden ersten Absätzen des Artikels 93. Ihre Entscheidung ist also besonders klar: Eine bestehende Regelung funktioniert, wird durchgeführt, ohne daß wegen des Erlasses der Maßnahmen zu ihrer Durchführung das Verfahren des Artikels 93 Absatz 3 anzuwenden wäre.

29. Diese Maßnahmen stellen die Durchführung der bestehenden Regelung dar. Es handelt sich nicht, wie die Klägerin behauptet, um eine Politik von „En-bloc-Genehmigungen". Vielmehr handelt es sich um die logische Folge dessen, daß Regelungen über regionale Beihilfen sich im Rahmen der Regelung des Artikels 93 Absatz 1 EWG-Vertrag *konkretisieren.*

30. Die Überprüfung, die die Kommission im Rahmen dieser Bestimmung vornimmt, ermöglicht es, das Funktionieren der Regelung zusammen mit den Mitgliedstaaten zu beurteilen und gegebenenfalls Umgestaltungen der Regelung vorzuschlagen. Lehnt der betreffende Mitgliedstaat diese ab, so können sie durch einen Rückgriff auf Artikel 93

14 — Schlußanträge des Generalanwalts Mayras, a. a. O.; Schlußanträge des Generalanwalts Warner in der Rechtssache 173/73, Italien/Kommission, Slg. 1974, 709, 724: „Besonders ist zu bemerken, daß die Befugnis der Kommission zu entscheiden, daß der betreffende Staat eine bestehende Beihilfe aufzuheben oder umzugestalten hat, nur für die Zukunft ausgeübt werden kann. Ihr kann keinerlei rückwirkende oder deklaratorische Wirkung zukommen"; Schlußanträge des Generalanwalts Reischl in der Rechtssache 120/73, Lorenz, Urteil vom 11. Dezember 1973, Slg. 1973, 1471.

15 — Rechtssache 120/73, a. a. O.

Absatz 2 durchgesetzt werden, jedoch nur — darauf sei noch einmal hingewiesen —, in bezug auf das Funktionieren der Regelung in der Zukunft. Schließlich ist die ausnahmsweise durchgeführte präventive Kontrolle der „bedeutenden Fälle" [16], die die allgemeine Disziplin in diesem Bereich verstärken soll, im übrigen darauf gerichtet, sicherzustellen, daß das, was die Regelung vorsieht, d. h. der Kompromiß zwischen dem sich aus der Beihilfe ergebenden Weniger an Wettbewerb und dem Mehr an Industrialisierung und an Entwicklung, selbst in den Fällen einer besonderen finanziellen Intensität gewahrt wird.

31. Lassen Sie es mich deutlich sagen: Die Analyse der Firma Irish Cement beruht, so scharfsinnig sie auch sein mag, auf einer Wortinterpretation des Artikels 93, die dessen innere Logik verkennt und die Bedeutung des Begriffs der bestehenden Beihilferegelungen im Sinne von Artikel 93 Absatz 1 außer acht läßt.

32. Die Klägerin hat im übrigen eine der Konsequenzen ihrer Auffassung erkannt: Warum sollte man regionale Regelungen billigen, wenn die Staaten auf jeden Fall alle Durchführungsmaßnahmen notifizieren müßten? Die Firma Irish Cement macht jedoch zu Unrecht, um dieser Frage zuvorzukommen, geltend, sie könne diesen Einwand durch das Vorbringen ausräumen, daß der Staat aufgrund der Billigung der Regelung die Beihilfen planen könne und „gute Aussichten" habe, daß die Einzelmaßnahmen gebilligt würden. Die Billigung einer Regelung hätte mit anderen Worten keinerlei rechtliche Wirkung. Lassen Sie mich das Vorbringen der Klägerin „ad absurdum" führen: Es bestünde sogar keine Notwendigkeit mehr dafür, neue Regelungen über regionale Beihilfen zu notifizieren, da die einzelnen Maßnahmen auf jeden Fall zu notifizieren wären ...

33. Selbstverständlich will die Firma Irish Cement damit, daß sie auf ihrer Auffassung besteht, Einzelmaßnahmen seien zu notifizieren, nicht erreichen, daß der Gerichtshof sich eine ausgefallene Auslegung des Artikels 93 zu eigen macht. Das erste Hindernis, das der Einleitung eines Verfahrens gemäß Artikel 93 Absatz 2 hinsichtlich einer einzelnen Beihilfe wie der der Firma Quinn gewährten entgegensteht, ergibt sich aus den „Sicherheits"-Garantien für das Funktionieren einer bestehenden Beihilfe. Um dieses Hindernis zu beseitigen, muß man notwendigerweise auf die Argumentation der Klägerin zurückgreifen, deren Ziel letztlich darin besteht, auf dem Weg über das Erfordernis, daß jede Einzelmaßnahme zu notifizeren ist, zu verhindern, daß ihr im vorliegenden Fall die Rechtssicherheit entgegengehalten werden kann.

34. Es ist jedoch hervorzuheben, daß die Bedeutung der Folgen, die damit verknüpft sind, daß eine Regelung eine bestehende Regelung ist, es gebietet, daß die Frage der Notifizierung von Änderungen sehr streng gehandhabt wird. In diesem Zusammenhang wird nicht bestritten, daß das SCGS schon vor dem Beitritt des Vereinigten Königreichs bestand und als solches eine bestehende Regelung darstellt. Was seine „Entwicklung" angeht, kann sich jedoch eine erhebliche Unsicherheit ergeben, wenn man die französische Fassung der Schriftsätze der Kommission mit ihren Anhängen liest. Während nämlich angegeben wird, die Verordnung von 1982 sei nicht notifiziert worden, da sie den materiellen Inhalt nicht berühre, heißt es im Schreiben der Ständigen Vertretung des Vereinigten Königreichs, die Verordnung habe das bestehende System „verstärkt" (renforcé). Im englischen Original wird aber das Wort „consolidated" verwendet. Im *Concise Law Dictionary* habe ich mich vergewissern können, daß das Wort „consolidated" in der juristischen Terminologie „kodifiziert" und nicht „verstärkt" bedeutet. Unter diesen Voraussetzungen kann man im übrigen bejahen, daß eine Änderung

16 — Denen die Fälle gegenüberzustellen sind, in denen aufgrund der Anwendung eines „Beihilfenkodex" die Notifizierung aller Vorhaben unabhängig von dem rechtlichen Rahmen verlangt werden kann, in dem sie vorgesehen sind; in einem solchen Fall ist das Verfahren der Artikel 93 Absatz 3 und 93 Absatz 2 für „neue Beihilfen" selbst dann anwendbar, wenn das Vorhaben unter eine bestehende Regelung fällt; es handelt sich dann aber gerade um Ausnahmen „ratione materiae" von den Grundsätzen, die ich dargestellt habe.

(„with amendment"), die in einer administrativen Umgestaltung der Regelung besteht, als die die Kommission und das Vereinigte Königreich die Verordnung von 1982 ansehen, nicht notifiziert zu werden braucht, sofern sie die Intensität der Regelung in keiner Weise verstärkt [17].

35. Was die Änderungen von 1985 angeht, ist festzustellen, daß sie der Kommission — wenn auch nach ihrem Erlaß — mitgeteilt wurden; diese erhob keine Einwände im Rahmen der Artikel 92 bis 94. Die Änderung von 1983 schließlich wurde zwar nicht notifiziert, mit der betreffenden Verordnung wurde aber lediglich der Höchstbetrag der zulässigen Ausgaben für Maßnahmen aufgrund der fraglichen Regelungen herabgesetzt.

36. Wenn Sie daher in Übereinstimmung mit dem Ergebnis meiner Untersuchung zu der Auffassung gelangen, daß die Kommission bei einer einzelnen Beihilfe, die aufgrund einer bestehenden Regelung gewährt wird und im Einklang mit dieser steht, das in Artikel 93 Absatz 2 beschriebene Verfahren *nicht* einleiten *darf*, werden Sie daraus natürlich den Schluß ziehen, daß von einer Verpflichtung zum Tätigwerden nicht die Rede sein kann, und Sie werden die Klage für unzulässig erklären. Meiner Ansicht nach besteht die Verpflichtung, die die Kommission hier zu beachten hat, darin, zu prüfen, ob die einzelne Beihilfe mit den Vorschriften der bestehenden Regelung in Einklang steht, was sie im übrigen im vorliegenden Fall auch getan hat. Wenn die einzelne Maßnahme nicht unter die Regelung fiele, könnte die Klägerin die *Rechtswidrigkeit* der Maßnahme nach Ihrer ständigen Rechtsprechung, die den durch Artikel 93 Absatz 3 letzter Satz eingeführten Verfahrenskriterien unmittelbare Wirkung zuerkennt, vor den nationalen Gerichten geltend machen [18].

37. Bleibt noch die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage zu prüfen. In Anbetracht der Tatsache, daß ich zu dem Ergebnis gelangt bin, daß die Kommission hinsichtlich einer Einzelmaßnahme, die zur Durchführung einer bestehenden Regelung über regionale Beihilfen erlassen worden ist und mit dieser Regelung in Einklang steht, kein Verfahren nach Artikel 93 Absatz 2 einleiten darf, ist festzustellen, daß dieses Ergebnis, so sehr ich auch Wert auf die Beachtung des Grundsatzes des kontradiktorischen Verfahrens lege, weitgehend den Inhalt der Erörterung in der Sache vorherbestimmen dürfte ...

38. Diese Erörterung in der Sache darf meiner Ansicht nach im übrigen nicht stattfinden, denn ich denke, daß die Nichtigkeitsklage wegen der *Rechtsnatur* der Entscheidung, die Ihnen vorliegt, nicht für zulässig erklärt werden kann. Es handelt sich um einen negativen Rechtsakt, eine ablehnende Entscheidung. Nach Ihrer Rechtsprechung ist in einem solchen Fall die Klage gegen eine ablehnende Entscheidung nur insoweit zulässig, als die positive Entscheidung selbst anfechtbar gewesen wäre. Diese Lösung wird durch eine lange Reihe von Entscheidungen bestätigt, von denen die Urteile in den Rechtssachen De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg [19], Lütticke [20] und Nordgetreide [21] hervorzuheben sind. Daraus ergibt sich eindeutig:

„Grundsätzlich kann eine ablehnende Entscheidung nur dann Gegenstand einer Klage sein, wenn die positive Maßnahme, welche die Behörde zu ergreifen ablehnt, selbst anfechtbar wäre." [22]

39. Im vorliegenden Fall hätte die positive Entscheidung darin bestanden, daß gemäß

17 — Siehe die Schlußanträge des Generalanwalts Warner in der Rechtssache 177/78, Pigs and Bacon/Commission, Slg. 1979, 2161, in denen die Auffassung vertreten wird, daß „unbeachtliche" Umgestaltungen nicht notifiziert zu werden brauchten.

18 — Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1141, 1162; Rechtssache Lorenz, a. a. O.; Urteil vom 19. Juni 1973 in der Rechtssache 77/72, Capolongo, Slg. 1973, 611; Urteil vom 11. Dezember 1973 in der Rechtssache 121/73, Markmann, Slg. 1973, 1495.

19 — Urteil vom 23. Februar 1961 in der Rechtssache 30/59, Slg. 1961, 3.

20 — Urteil vom 1. März 1966 in der Rechtssache 48/65, Slg. 1966, 28.

21 — Urteil vom 8. März 1972 in der Rechtssache 42/71, Slg. 1972, 105.

22 — Schlußanträge des Generalanwalts Gand in der Rechtssache 48/65, Lütticke, a. a. O., S. 45.

Artikel 93 Absatz 2 eine Frist zur Äußerung gesetzt worden wäre. Es steht außer Zweifel, daß diese Maßnahme nicht Gegenstand einer Anfechtungsklage sein kann. Es handelt sich nämlich um einen vorbereitenden Akt, der es der Kommission ermöglichen soll, ihren Informationsstand im Hinblick auf die endgültige Entscheidung über die Vereinbarkeit der Beihilfe zu ergänzen [23]. Bei der Klage gegen diese Entscheidung prüfen Sie die „Fristsetzung" auf eventuelle Rechtsfehler [24].

40. Zwar hat Ihre Rechtsprechung, wonach sich die Zulässigkeit von Klagen gegen einen negativen Rechtsakt, danach richtet, wie insoweit bei dem positiven Rechtsakt zu entscheiden wäre, nicht die Zustimmung aller Kommentatoren gefunden [25]. Man stellt in diesem Zusammenhang fest, daß die Weigerung oder die Unterlassung endgültige Rechtswirkungen entfalten kann, wie sie kennzeichnend für einen mit der Klage anfechtbaren Rechtsakt sind, während dies bei dem positiven Akt nicht der Fall wäre. Ein bedeutsames Beispiel stellt tatsächlich der Fall des Vorschlags für eine Richtlinie dar; die Weigerung oder die Unterlassung, einen solchen Vorschlag vorzulegen, hindert den Rat nämlich definitiv an einer Entscheidung.

41. Man kann aber nicht umhin festzustellen, daß sich aus Ihrer bereits zitierten Rechtsprechung ergibt, daß ein negativer Akt nur insoweit angefochten werden kann, als der positive Akt anfechtbar gewesen wäre. Sofern Sie nicht von einer so eindeutig bestätigten Lösung abgehen wollen, werden Sie auch die Nichtigkeitsklage für unzulässig erklären.

42. Ich füge hinzu, daß die Natur des in Frage stehenden Rechtsakts nach Ihrer Rechtsprechung einen zusätzlichen Grund für die Unzulässigkeit der Untätigkeitsklage darstellen würde. Die Zulässigkeit dieser Klageart bestimmt sich nämlich nach der Rechtsnatur des Aktes, dessen Erlaß beantragt wird [26]. Im übrigen ist Ihrer Ansicht nach der Begriff der anfechtbaren „Maßnahme" bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Untätigkeitsklage und von Nichtigkeitsklagen der gleiche [27]. Nach diesen Grundsätzen müßten Sie daher zu der Auffassung gelangen, daß die Firma Irish Cement, wenn die Weigerung, das Verfahren des Artikels 93 Absatz 2 einzuleiten, keine anfechtbare Maßnahme darstellt, auch nicht dazu berechtigt sein dürfte, der Kommission die Unterlassung dieser Maßnahme zur Last zu legen.

23 — Darin ist meiner Ansicht nach die Schwierigkeit begründet, die Lösung in Ihrem Urteil in der Rechtssache Fediol (Urteil vom 5. Oktober 1981 in der Rechtssache 191/82, Slg. 1983, 2913) auf den vorliegenden Fall zu übertragen. In jener Rechtssache haben Sie nämlich die Zulässigkeit einer Klage gegen eine Entscheidung bejaht, durch die die Phase der Voruntersuchung abgeschlossen wurde, bei deren Auslösung und Ablauf die Antragsteller über genau umschriebene Rechte verfügen. Dies ist hier nicht der Fall. Artikel 93 Absatz 2 räumt zwar den Beteiligten die Befugnis zur Äußerung gegenüber der Kommission ein, das aber nur „ganz allgemein" und „ohne hierfür weitergehende Voraussetzungen aufzustellen"(Urteil vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 169/84, Cofaz, Slg. 1986, 391, Randnr. 25). Darüber hinaus besteht diese Befugnis nur eventuell und nach Einleitung des Verfahrens. Ich merke in diesem Zusammenhang an, daß Sie in Ihrem Urteil in der Rechtssache Cimenteries u. a., zur Kennzeichnung der Rechtsnatur einer Mitteilung gemäß Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 ausgeführt haben, das diese „ein besonderes Verfahren ab[schließt], daß selbständig neben dem Verfahren steht, in dem ... die endgültige Sachentscheidung ergeht" (Urteil vom 15. März 1967 in den verbundenen Rechtssachen 8 bis 11/66, Slg. 1967, 100, 124). Auch dies ist hier nicht der Fall.

24 — Urteil vom 14. November 1984 in der Rechtssache 323/82, Intermills, Slg. 1984, 3809.

25 — Vandersanden und Barav: *Contentieux communautaire*, S. 145 f. und S. 229 f.; Kovar: *Jurisclasseur de droit international*, 1980, Heft 161 C, S. 8, Punkt 24.

26 — Urteil in der Rechtssache Borromeo, a. a. O. (Gegen diese Lösung sind die gleichen Einwände vorgebracht worden wie beim negativen Rechtsakt; man macht ebenfalls geltend, daß die Unterlassung endgültige Rechtswirkungen entfalten könne, die der positive Akt nicht nach sich ziehen würde (siehe die in Fußnote 22 genannten Verweisungen und Verfasser).

27 — Urteil vom 18. November 1970 in der Rechtssache 15/70, Chevalley, Slg. 1970, 975, Randnr. 6.

43. Nach Artikel 69 § 3 der Verfahrensordnung können Sie die Kosten gegeneinander aufheben, wenn ein außergewöhnlicher Grund gegeben ist. Im Urteil in der Rechtssache Holtz & Willemsen[28] haben Sie diese Bestimmung angewandt und ausgeführt:

„Die Klägerin hatte vorliegend vernünftige Gründe, die Streitlage durch Urteil des Gerichtshofes klären zu lassen."

Es wäre nicht unbillig, dies auch in der vorliegenden Rechtssache als gegeben anzusehen.

28 — Urteil vom 2. Juli 1974 in der Rechtssache 153/73, Slg. 1974, 675.