stellung der Rechtswidrigkeit jedoch nicht unausweichlich auch zur Ungültigerklärung einer Vorschrift der Verordnung Nr. 1125/74. Die Rechtswidrigkeit des Artikels 5 der Verordnung Nr. 1125/74 kann nicht bereits dadurch beseitigt werden, daß der Gerichtshof im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 177 die streitige Vorschrift insgesamt oder teilweise für ungültig erklärt. Da die durch Artikel 5 der Verordnung Nr. 1125/74 geschaffene Rechtslage mit dem Gleichheitsgrundsatz unvereinbar ist, ist es Sache der zuständigen Organe der Gemeinschaft, die zur Beseitigung dieser Unvereinbarkeit erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

In den verbundenen Rechtssachen 117/76 und 16/77

betreffend die dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag vom Finanzgericht Hamburg in den vor diesem anhängigen Verfahren

Zweckgemeinschaft

1. Firma Albert Ruckdeschel & Co., Kulmbach,

2. Firma Hansa-Lagerhaus Ströh & Co., Hamburg,

gegen

Hauptzollamt Hamburg-St. Annen

(Rechtssache 117/76)

und

Firma Diamalt AG, München,

gegen

Hauptzollamt Itzehoe

(Rechtssache 16/77)

vorgelegten Ersuchen um Vorabentscheidung über die Gültigkeit von Artikel 11 der Verordnung Nr. 120/67 des Rates vom 13. Juni 1967 über die gemeinsame Marktorganisation für Getreide (ABl. vom 19. Juni 1967, S. 2269), zuletzt geändert durch die Verordnung Nr. 665/75 vom 4. März 1975 (ABl. L 72, S. 14), und Artikel 1 der Verordnung Nr. 1955/75 des Rates vom 22. Juli 1975 über die Erstattungen bei der Erzeugung für Getreide und Reis (ABl. L 200, S. 1) beziehungsweise Artikel 11 der Verordnung Nr. 2727/75 vom 29. Oktober 1975 über die gemeinsame Marktorganisation für Getreide (ABl. L 281, S 1), soweit diese Bestimmungen nicht eine Produktionserstattung für

Mais zur Herstellung von Quellmehl in gleicher Höhe vorsehen wie für die Verarbeitung dieses Erzeugnisses zu Stärke,

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Kutscher, der Kammerpräsidenten M. Sørensen und G. Bosco, der Richter A. M. Donner, P. Pescatore, J. Mertens de Wilmars, A. J. Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, und A. Touffait,

Generalanwalt: F. Capotorti
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

Der Sachverhalt, der Verfahrensablauf und die gemäß Artikel 20 der Satzung des Gerichtshofes der EWG abgegebenen schriftlichen Erklärungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I — Sachverhalt und Verfahren

1. Quellmehl, ein aus Mais, Weichweizen oder Bruchreis hergestelltes Erzeugnis, und die aus denselben Rohstoffen hergestellte Quellstärke stehen teilweise zueinander in Konkurrenz, da sie beide als Backhilfsmittel, genauer gesagt, wie Hefe zur Herstellung von Roggenbrot verwendet werden.

2. Mit der Verordnung Nr. 19 des Rates vom 4. April 1962 über die schrittweise Errichtung einer gemeinsamen Marktorganisation für Getreide (ABl. vom 20. April 1962, S. 933) wurde ein System von Abschöpfungen für gewisse Getreideerzeugnisse eingeführt. Artikel 24 dieser Verordnung sah jedoch vor, daß der Rat abweichende Maßnahmen treffen konnte.

Solche abweichenden Maßnahmen wurden in der Verordnung Nr. 55 des Rates vom 30. Juni 1962 über die Regelung für Getreideverarbeitungserzeugnisse (ABl. vom 2. Juli 1962, S. 1583) getroffen. Artikel 17 dieser Verordnung führte ein System fakultativer Erstattungen bei der Erzeugung gewisser Stärkearten ein. In der dreizehnten Begründungserwägung zu dieser Verordnung hieß es:

„Die besondere Lage auf dem Stärkemarkt, insbesondere die für die Industrie bestehende Notwendigkeit, die Preise so niedrig zu halten, daß sie gegenüber den Preisen der Ersatzstoffe wettbewerbsfähig

bleiben, macht abweichend von den Bestimmungen ... der Verordnung Nr. 19 des Rates eine Regelung erforderlich, wonach dieser Industrie die benötigten Grunderzeugnisse durch eine Erstattung bei der Erzeugung zu einem Preis zur Verfügung gestellt werden können, der unter dem Preis liegt, der sich aus der Anwendung der Abschöpfungsregelung ergeben würde; ...“

Die Verordnung Nr. 141/64 des Rates vom 21. Oktober 1964 über die Regelung für Getreide- und Reisverarbeitungserzeugnisse (ABl. vom 27. Oktober 1964, S. 2666) behielt dieses System fakultativer Erstattungen bei der Erzeugung bei. Jedoch führte sie erstmalig eine Erstattung für Mais und Weichweizen zur Herstellung von Stärke und Quellmehl ein.

Die Verordnung Nr. 142/64 des Rates vom 21. Oktober 1964 zur Verlängerung und Anpassung der Grenzen der Erstattung bei der Erzeugung für Getreide- und Kartoffelstärke bis zum 31. März 1965 (ABl. vom 27. Oktober 1964, S. 2673), welche die in der Verordnung Nr. 141/64 vorgesehenen Erstattungen festsetzte, enthielt in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe e folgende Bestimmung:

„Bei Quellmehl entspricht die Erstattung für Mais, Weichweizen und Bruchreis, die für die Herstellung dieses Erzeugnisses verwendet werden, der Erstattung, die für die gleiche Getreideart gewährt wird, wenn diese zur Herstellung von Stärke bestimmt ist.“

Die durch die endgültige Grundverordnung Nr. 120/67 des Rates vom 13. Juni 1967 über die gemeinsame Marktorganisation für Getreide (ABl. vom 19. Juni 1967, S. 2269) geschaffene Regelung schrieb Erstattungen bei der Erzeugung zwingend vor. In der zehnten Begründungserwägung zu dieser Verordnung hieß es u. a.:

„... aufgrund der Substitutionsmöglichkeiten, die zwischen Getreide- und Kartoffelstärke einerseits und Quellmehl sowie Grobgrieß und Feingrieß andererseits bestehen, [ist] auch für die letztgenannten Erzeugnisse eine Erstattung bei der Erzeugung zu gewähren.“

Artikel 11 Absatz 1 dieser Verordnung lautete:

„(1) Eine Erstattung wird gewährt bei der Erzeugung

a) für Mais und Weichweizen, die von der Stärkeindustrie für die Herstellung von Stärke und Quellmehl verwendet werden,

b) von Kartoffelstärke,

c) für Mais, der von der Maisindustrie für die Herstellung von Grobgrieß und Feingrieß (Gritz) für die Brauereiindustrie verwendet wird.“

Die Verordnungen des Rates Nrn. 178/67 vom 27. Juni 1967 (ABl. vom 28. Juni 1967, S. 2617) und 371/67 vom 25. Juli 1967 (ABl. vom 31. Juli 1967, S. 40) zur Festsetzung der Erstattung bei der Erzeugung von Getreide- und Kartoffelstärke und Quellmehl wahrten die Gleichbehandlung von Stärke und Quellmehl.

Die Erstattung bei der Erzeugung von Quellmehl galt bis zum 1. August 1974, als sie durch die Verordnung Nr. 1125/74 des Rates vom 29. April 1974 zur Änderung der Verordnung Nr. 120/67 (ABl. L 128 vom 10. Mai 1974, S. 12) abgeschafft wurde. Die Erstattungen für Mais, Weichweizen und Bruchreis zur Herstellung von Stärke, also auch von Quellstärke, wurden weiterhin gewährt.

In der dritten und vierten Begründungserwägung zur letzteren Verordnung heißt es:

„Die Erstattung bei der Erzeugung von Quellmehl wurde ursprünglich gewährt, um dieses Erzeugnis unter Berücksichtigung der etwaigen Wettbewerbsmöglichkeiten mit bestimmten anderen Erzeugnissen spezifischen Verwendungszwekken auf dem Gebiet der menschlichen Ernährung zuzuführen.

Die Erfahrung hat gezeigt, daß diese Austauschmöglichkeit wirtschaftlich gesehen kaum oder überhaupt nicht besteht. Daher sollte die Erstattung bei der Erzeugung von Quellmehl aufgehoben werden."

Die Verordnung Nr. 1132/74 des Rates vom 29. April 1974 über die Erstattungen bei der Erzeugung im Getreide- und Reissektor (ABl. L 128 vom 10. Mai 1974, S. 24), in der die in der Verordnung Nr. 1125/74 vorgesehenen Erstattungen festgesetzt wurden, führte dazu, daß die Erstattung bei der Erzeugung von zur Stärkeherstellung bestimmtem Mais und Weichweizen auf 24,60 RE/t gesenkt wurde. Zur Begründung dafür, daß die Erstattung bei der Erzeugung von Stärke beibehalten wurde, wird in der zweiten Begründungserwägung u. a. ausgeführt:

„Die genaue Beurteilung der Lage, die sich sowohl aus dem Niveau der gemeinsamen Preise als auch aus dem Wettbewerb zwischen Mais-, Reis- und Kartoffelstärke einerseits und chemischen Ersatzerzeugnissen andererseits ergibt, führt zu dem Schluß, daß die Erstattung so festzusetzen ist, daß der Preis für den von der Stärkeindustrie verwendeten Mais auf 8,20 Rechnungseinheiten je 100 kg gesenkt wird."

In der Verordnung Nr. 3113/74 des Rates vom 9. Dezember 1974 zur Änderung der Verordnung Nr. 1132/74 über die Erstattung bei der Erzeugung im Getreide- und Reissektor (ABl. L 332, S. 1) wurde die bei Mais für die Herstellung von Stärke gewährte Erstattung nochmals (auf 15,55 RE/t) gesenkt.

Die Verordnung Nr. 665/75 des Rates vom 4. März 1975 zur Änderung der Verordnung Nr. 120/67 (ABl. L 72 vom 20. März 1975, S. 14), die ab 1. August 1975 angewendet wurde, machte u. a. die Erstattung für die Erzeugung von Getreide zur Herstellung von Stärke fakultativ. Im übrigen schaffte die Verordnung die Erstattung bei der Herstellung von Grobgrieß und Feingrieß aus Mais, die in der Brauindustrie verwendet werden, ab.

In der Verordnung Nr. 1955/75 des Rates vom 22. Juli 1975 über die Erstattungen bei der Erzeugung für Getreide und Reis (ABl. L 200 vom 31. Juli 1975, S. 1), die ebenfalls am 1. August 1975 in Kraft trat, wurde neben anderem für zur Stärkeherstellung bestimmten Mais die Erstattung bei der Erzeugung abermals gesenkt und auf 10 RE/t festgesetzt.

3. Die Klägerinnen der Ausgangsverfahren, die Quellmehl herstellen, beantragten am 22. Juli (Rechtssache 117/76) beziehungsweise am 15. August 1975 (Rechtssache 16/77) bei den Beklagten der Ausgangsverfahren die Erteilung eines Erlaubnisscheines über die Gewährung von Produktionserstattungen für die Verwendung von Mais zur Herstellung von Quellmehl. Diese Anträge wurden mit dem Hinweis abgelehnt, daß die Gemeinschaftsverordnungen die Gewährung von Produktionserstattungen bei Quellmehl nicht mehr vorsähen.

Gegen diese ablehnenden Entscheidungen erhoben die Klägerinnen der Ausgangsverfahren die jetzt beim Finanzgericht Hamburg anhängigen Klagen.

Vor diesem Gericht machten die Klägerinnen insbesondere geltend, das in Artikel 40 Absatz 3 Unterabsatz 2 EWG-Vertrag enthaltene Diskriminierungsverbot werde insofern verletzt, als eine Erstattung bei der Erzeugung nur für Quellstärke, nicht aber für Quellmehl gewährt werde, das ein mit Stärke konkurrierendes Erzeugnis sei.

Die Beklagten der Ausgangsverfahren beantragten, die Klagen abzuweisen.

4. Da nach Auffassung des Finanzgerichts Hamburg die Ausgangsverfahren Fragen der Auslegung von Gemeinschaftsrecht aufwerfen, hat es mit Beschlüssen vom 8. November 1976 und 18. Januar 1977 die Verfahren ausgesetzt und den Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag ersucht, über die folgenden Fragen vorab zu entscheiden:

„1. Verstoßen Artikel 11 der Verordnung Nr. 120/67, zuletzt in der Fassung der Verordnung Nr. 665/75 vom 4. März 1975 (ABl. L 72/14) und Artikel 1 der Verordnung Nr. 1955/75 vom 22. Juli 1975 (ABl. L 200/1) bzw. Artikel 11 der Verordnung 2727/75 vom 29. Oktober 1975 (ABl. L 281/1) insoweit gegen das Diskriminierungsverbot des Artikels 40 Absatz 3 EWG-Vertrag und sind sie insoweit ungültig, als sie nicht eine Produktionserstattung für Mais zur Herstellung von Quellmehl in gleicher Höhe vorsehen, wie für die Verarbeitung dieses Erzeugnisses zu Stärke?

2. Im Falle der Bejahung der Frage zu 1:
Erwächst den Herstellern von Quellmehl unmittelbar ein Anspruch auf die gleiche Produktionserstattung wie den Herstellern von Quellstärke oder bedarf es dazu eines Rechtsaktes des Rates?"

5. Zur Begründung seiner Vorlagebeschlüsse hat das Finanzgericht Hamburg insbesondere folgendes ausgeführt:

„Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt davon ab, ob die Aufhebung der Produktionserstattung für Mais zur Herstellung von Quellmehl wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des Artikels 40 Absatz 3 EWG-Vertrag ungültig ist.

Eine nach Gemeinschaftsrecht verbotene Diskriminierung könnte sich daraus ergeben, daß — wie die Klägerin behauptet — Quellmehl und Quellstärke als Backhilfsmittel in der Backindustrie substituierbar sind und durch den Wegfall der Produktionserstattung für Quellmehl einerseits und die Beibehaltung der Produktionserstattung für Quellstärke andererseits Quellmehl nicht mehr konkurrenzfähig und vom bisherigen Absatzmarkt verdrängt worden ist. Die Begründungserwägungen der Verordnung 120/67/EWG lassen erkennen, daß eine Erstattung bei der Erzeugung gewährt werden sollte aufgrund der Substitutionsmöglichkeiten, die zwischen Getreide- und Kartoffelstärke einerseits und Quellmehl andererseits bestehen. Ist die Austauschbarkeit der Erzeugnisse danach das Motiv der Produktionserstattung, so könnte eine Diskriminierung der Klägerin bei der Herstellung von Quellmehl vorliegen, wenn und soweit bei der Herstellung von Quellstärke für die verwendeten Rohstoffe Produktionserstattung gezahlt wird, weil eine technologische, wirtschaftliche und preisliche Austauschbarkeit mit Quellstärke besteht. Nach den Ausführungen der Klägerin entspricht die Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1125/74/EWG für die Aufhebung der Produktionserstattung bei der Erzeugung von Quellmehl, daß nämlich aufgrund der Erfahrungen diese Austauschmöglichkeit wirtschaftlich gesehen kaum oder überhaupt nicht besteht, nicht den Tatsachen.

Der erkennende Senat sieht sich außerstande, die tatsächlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Produktionserstattung bei der Herstellung von Quellmehl zu ermitteln und zu überprüfen, um danach entscheiden zu können, ob eine verbotene Diskriminierung der Klägerin und anderer vergleichbarer Unternehmen vorliegt. Die Begründungserwägungen der Verordnung Nr. 1125/74/EWG lassen erkennen, daß dem Verordnungsgeber — dem Gericht nicht zugängliche — Erfahrungen darüber vorgelegen haben, daß Quellmehl als Substitutionsprodukt mit stärkehaltigen Erzeugnissen im EWG-Bereich tatsächlich gar nicht oder in wirtschaftlich gesehen geringem Umfange im Wettbewerb gestanden hat. Da dies von der Klägerin zur Begründung der von ihr behaupteten Diskriminierung substantiiert bestritten wird, ist die Gültigkeit der Verordnung Nr. 1125/74/EWG hinsichtlich der Aufhebung der Produktionserstattung bei Quellmehl wegen Verstoßes gegen Artikel 40 Absatz 3 EWG-Vertrag zweifelhaft. Im Interesse einer einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts hält der erkennende Senat daher die

Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für erforderlich.

Sollte der Gerichtshof zu dem Ergebnis kommen, die Aufhebung der Produktionserstattung für Quellmehl sei ungültig, so ist zweifelhaft, aufgrund welcher Rechtsgrundlage und unter welchen formellen Voraussetzungen die Klägerin ihr Begehren realisieren kann. Daher bedurfte es der Vorlagefrage zu 2."

6. Die Vorlagebeschlüsse sind jeweils am 10. Dezember 1976 und 31. Januar 1977 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben die Klägerin des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 117/76, vertreten durch die Anwaltsozietät Fritz Modest, Hamburg, die Klägerin des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 16/77, vertreten durch Rechtsanwälte E. Eckelt, A. Kallenbach und K.-D. Rathke, Augsburg, der Rat, vertreten durch Herrn Daniel Vignes, Direktor im Juristischen Dienst des Rates, Beistand in der Rechtssache 16/77: Herr Felix Van Craeyenest, Hauptverwaltungsrat im Juristischen Dienst des Rates, und die Kommission, vertreten durch ihren Rechtsberater Dr. Peter Kalbe als Bevollmächtigten, schriftliche Erklärungen abgegeben.

Der Gerichtshof hat mit Beschluß vom 25. Mai 1977 die vorliegenden Rechtssachen für die Zwecke des Verfahrens verbunden.

Sodann hat er auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, von einer vorherigen Beweisaufnahme abzusehen.

Er hat jedoch die Parteien der Ausgangsverfahren, den Rat und die Kommission aufgefordert, zu bestimmten Fragen entweder schriftlich vor oder mündlich in der Sitzung Stellung zu nehmen.

II — Beim Gerichtshof eingereichte schriftliche Erklärungen

Zur ersten Frage

1. a) Die *Klägerinnen der Ausgangsverfahren* merken zunächst an, daß Quellmehl in den übrigen Mitgliedstaaten nicht die Bedeutung wie in der Bundesrepublik Deutschland habe. Der Vortrag der Beklagten der Ausgangsverfahren, Quellmehl habe nur in der Bundesrepublik Deutschland Bedeutung, sei jedoch unrichtig.

b) Quellmehl und Quellstärke seien unter dem Gesichtspunkt der Verwendung in der Bäckerei technologisch als Backhilfsmittel austauschbar und für die Herstellung von Brot und Backwaren aus Roggenmehl gleichwertig.

c) In preislicher Hinsicht habe Quellmehl bei einem freien Wettbewerb einen gewissen bescheidenen Preisvorsprung vor Quellstärke. Dieser Preisvorsprung sei aber geringer als die Produktionserstattungen, die für Maisstärke gezahlt würden. Andererseits sei der natürliche Preisvorsprung so groß, daß zum einen die Backindustrie und die Bäcker die aus Quellmehl hergestellten Backhilfsmittel vorzögen und die Stärkeindustrie zum anderen darauf verzichtet habe, ihr dies streitig zu machen, da für den Absatz ihrer Stärke andere Möglichkeiten bestünden. Die Gewährung einer Produktionserstattung in derselben Höhe für Mais und Reis, die zu Quellmehl oder zu Stärke verarbeitet werden, bewirke, daß Quellmehl gegenüber Quellstärke diesen Wettbewerbsvorsprung behalten habe.

d) Die Begründungen für den Wegfall der Produktionserstattung bei der Herstellung von Quellmehl und ihre Beibehaltung für die Erzeugung von Stärke seien unrichtig.

e) Quellmehl sei nur deshalb nicht von Quellstärke auf dem Absatzmarkt für Backhilfsmittel zur Herstellung von

Backwaren aus Roggenmehl verdrängt worden, weil durch die Gewährung der gleich hohen Produktionserstattung die natürliche Wettbewerbslage zwischen Quellstärke und Quellmehl beibehalten worden sei.

f) Durch die Abschaffung der Erstattung für die Herstellung von Quellmehl sei die natürlicherweise zwischen Quellmehl und Quellstärke bestehende Wettbewerbslage wesentlich verändert worden. Quellstärke habe danach billiger als Quellmehl auf dem Markt angeboten werden können.

Nach Auffassung der Klägerin des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 117/76 hätten die Produzenten von Quellmehl und von Backmitteln auf der Basis von Quellmehl bisher ihre Marktposition trotz Wegfalls der Produktionserstattung im wesentlichen behaupten können, da sie die Produktionserstattung aus der eigenen Tasche zahlten.

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 16/77 behauptet, die Preisverhältnisse nach der Abschaffung der Produktionserstattung hätten zu einem Rückgang des Umsatzes von Erzeugnissen auf Quellmehlbasis um mehr als 70 % geführt. Bei äußerster Kalkulation könne der Abgabepreis für Quellmehl nicht mehr unter 100 DM pro 100 kg liegen. Demgegenüber werde Quellstärke aus Mais oder Weizen derzeit frei Haus bereits ab 85 DM pro 100 kg angeboten. Die beiden führenden Hersteller von Backmitteln auf der Grundlage von Quellmehl hätten einen Umsatzrückgang zu verzeichnen, der für den einen 1975 verglichen mit 1974 bei 7,5 % und für den anderen 1976 verglichen mit 1974 bei 40 % gelegen habe. Bei den beiden genannten Firmen hätten diese Absatzrückgänge — zusätzlich zu dem Entzug der Produktionserstattung — zu Ausfällen an Deckungsbeiträgen geführt. Beide Hersteller hätten noch bis in das Frühjahr 1975 über Vorräte an Mais verfügt, für die noch vor Inkrafttreten der angegriffenen Verordnung Produktionserstattungen gewährt worden seien. Daraus ergebe sich, daß die Ausfälle an Deckungsbeiträgen inzwischen erheblich höher lägen. Die Quellmehlhersteller müßten Verluste oder möglicherweise erhebliche Gewinneinbußen hinnehmen, die nur darauf beruhten, daß für die Erzeugung von Quellstärke eine Produktionserstattung gezahlt werde, während dies bei der Herstellung von Quellmehl nicht der Fall sei.

g) Nach den amtlichen Begründungen sei eine Produktionserstattung für Mais, Reis und Kartoffelstärke nur erforderlich, um die Stärkeindustrie gegenüber chemischen Ersatzerzeugnissen konkurrenzfähig zu erhalten. Sie sei damit zugestandenermaßen nicht erforderlich, soweit die Stärke für Zwecke der menschlichen Ernährung abgesetzt werde. Gleichwohl werde die Produktionserstattung für die Herstellung von Stärke gewährt, gleichgültig, in welchem Sektor die Stärke Absatz finde.

Nach Ansicht der Klägerinnen der Ausgangsverfahren wäre es möglich, die Produktionserstattung für die Verarbeitung von Mais, Reis und Kartoffeln zur Erzeugung von Stärke zu beschränken, soweit diese Stärke für den gewerblichen Sektor bestimmt sei und mit chemischen Ersatzerzeugnissen in Wettbewerb stehe.

h) Für die Beseitigung der Produktionserstattung bei Quellmehl gebe es noch eine inoffizielle Begründung. Es werde behauptet, daß Quellmehl aus Mais und Reis in großem Maßstab für Futterzwecke abgesetzt und verwendet worden sei und daß diese Verwendung einen Mißbrauch darstelle, der durch die Beseitigung der Produktionserstattung habe unterbunden werden müssen.

Die Klägerinnen der Ausgangsverfahren bestreiten dies. Der Verband der Backmittelhersteller habe festgestellt, daß seine Mitglieder zu keiner Zeit Quellmehl für Futterzwecke abgesetzt hätten. Es gebe in der Bundesrepublik Deutschland noch einen oder zwei Außenseiter, die dem

Verband der Backmittelhersteller nicht angehörten, deren Produktion aber nicht erheblich sei. Außerhalb der Bundesrepublik gebe es einen Betrieb in Dänemark und ein oder zwei Betriebe in den Niederlanden, die Quellmehl herstellten, deren Produktion aber nicht groß sei. Selbst wenn diese Betriebe Quellmehl für Futterzwecke abgesetzt hätten, fiele dieser Absatz ebenfalls nicht ins Gewicht.

Nach den Gemeinschaftsverordnungen über die Produktionserstattung für die beiden fraglichen Erzeugnisse sei ihr Absatz im Futtermittelsektor nicht verboten gewesen. Auch habe sich die Produktionserstattung nicht auf Quellmehl oder Stärke beschränkt, die für Zwecke der menschlichen Ernährung oder für chemische Zwecke verwendet würden.

Im Gegensatz zu Quellmehl werde Maisstärke tatsächlich in größerem Umfange zu Futterzwecken abgesetzt. Aber selbst für diese Stärke, die dem Futtermittelsektor zugeführt werde, gebe es nach wie vor eine Produktionserstattung.

i) Ebenso, wie es möglich sei, die Produktionserstattung auf die Stärke zu beschränken, die im gewerblichen Sektor für chemische Zwecke verwendet werde, könne die Produktionserstattung sowohl für Quellmehl wie für Stärke auf die Verwendung für Zwecke der menschlichen Ernährung beschränkt werden.

Kontrollen seien leicht möglich. Die inoffizielle Begründung für die Beseitigung der Produktionserstattung halte also einer Nachprüfung in keiner Richtung stand.

j) Die Klägerin des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 16/77 weist noch darauf hin, daß als Grund für die Streichung der Produktionserstattung bei Quellmehl die notwendige Senkung des EG-Haushalts genannt worden sei. Diese Begründung sei nicht überzeugend, denn die bislang gewährte Produktionserstattung bei der Herstellung von Quellmehl sei im Verhältnis zum Gesamtvolumen der Produktionserstattungen, aber auch im Verhältnis zu der Produktionserstattung bei der Erzeugung von Stärke gering gewesen. Es könne zwar durchaus richtig sein, Produktionserstattungen zu streichen. Unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Gleichbehandlung dürfe das jedoch nur dazu führen, die Produktionserstattung sowohl bei der Herstellung von Quellmehl als auch bei der Erzeugung von Quellstärke zu streichen. Schließlich sei eine Einsparung für den EG-Haushalt deswegen nicht zu erzielen, weil — wie der Markt zeige — nach der Abschaffung der Erstattung für die Herstellung von Quellmehl anstelle dieses Erzeugnisses Quellstärke eingesetzt werde, für die eine Produktionserstattung gewährt werde.

k) Zum Abschluß weisen die Klägerinnen der Ausgangsverfahren darauf hin, daß es keine gewichtigen Gründe gebe, die wettbewerbsbedingte natürliche Ungleichheit zwischen den fraglichen Erzeugnissen zu beseitigen. Es sei rechtsirrig, daß eine Diskriminierung — wie der Beklagte des Ausgangsverfahrens meine — voraussetze, daß Quellmehl im Ernährungssektor des gesamten EG-Bereichs eine wirtschaftliche Bedeutung habe. Es gebe in der Gemeinschaft Produktionserstattungen, die nur Betrieben einzelner Mitgliedstaaten zugute kämen, so bei Hartweizen, Raps und Olivenöl.

l) Ferner sei die Diskriminierung für die betroffenen Quellmehlhersteller fühlbar und schwerwiegend, und es gebe keine sachgerechten Gründe, die eine wenn auch nur geringfügige Diskriminierung rechtfertigen könnten.

Die Klägerinnen der Ausgangsverfahren ersuchen daher den Gerichtshof, die erste vom Finanzgericht vorgelegte Frage dahin zu entscheiden, daß die in ihr aufgeführten Bestimmungen insoweit gegen das Diskriminierungsverbot des Artikels 40 Absatz 3 EWG-Vertrag verstoßen und insoweit ungültig sind, als sie nicht eine Produktionserstattung für Mais zur Herstellung von Quellmehl in gleicher Höhe

vorsehen wie für die Verarbeitung dieses Erzeugnisses zu Stärke.

2. a) Der *Rat* und die *Kommission* weisen einleitend darauf hin, daß die Klägerin des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 117/76 ihren Antrag am 22. Juli 1975, also im Wirtschaftsjahr 1974/75, gestellt habe, während der Antrag in der Rechtssache 16/77 am 15. August 1975, also im Wirtschaftsjahr 1975/76, eingereicht worden sei.

Daher bestimmten sich in der Rechtssache 117/76 die Ansprüche auf Erstattung und deren Höhe nach den Verordnungen Nrn. 1125, 1132, 3113/74 des Rates sowie der Verordnung Nr. 2518/74 der Kommission vom 4. Oktober 1974 (ABl. L 270, S. 1) und in der Rechtssache 16/77 nach den Verordnungen Nrn. 1125/74, 665 und 1955/75 des Rates.

b) Der *Rat* vertritt die Auffassung, Quellmehl und Quellstärke seien bei ihrer Verwendung teilweise austauschbar, insbesondere als Backmittel bei der Herstellung von Roggenbrot. Quellmehl habe aufgrund verschiedener besonderer Eigenschaften Vorteile gegenüber Quellstärke, denn es besitze eine höhere Wasseraufnahmefähigkeit und enthalte außer Stärke weitere Rohstoffbestandteile, die für die Ernährung wertvoll seien. Das Verfahren für die Gewinnung aus dem Rohstoff sei bei Quellmehl ein relativ einfacher physikalischer Vorgang, wohingegen die Stärkeherstellung eine verhältnismäßig arbeitsaufwendige Technologie erfordere. Auch sei die Rohstoffausbeute besser. Diese Vorteile bewirkten, daß Quellmehl zwischen 15 und 20 % billiger sei als Quellstärke, was weitaus mehr sei als die für Quellstärke bis zum Wirtschaftsjahr 1975/76 weiterhin gewährte Erstattung.

Daher habe die Streichung der Subvention den Preis- und Qualitätsvorsprung des Quellmehls für die Backmittelherstellung nicht beseitigt.

c) Durch die Ölkrise seien die mit Stärke konkurrierenden Erzeugnisse teurer geworden und hätten so einen schwächeren Druck auf Stärke ausgeübt, die ihrerseits einen geringeren Wettbewerbsdruck auf Quellmehl ausgeübt habe. Der Druck, der von eingeführten verarbeiteten Erzeugnissen ausgegangen sei, habe ebenfalls nachgelassen. Der Maismarkt selbst habe die Folgen der weltweiten Getreidepreiserhöhung verspürt und die Verarbeitungsindustrien der Gemeinschaft hätten weniger Schutz benötigt. Daß die Herstellung von Stärke erheblich aufwendiger und komplizierter sei als diejenige von Quellmehl, mache den Herstellungspreis für Stärke auch wesentlich empfindlicher gegenüber Erhöhungen von Investitions- und Arbeitskosten. Der Gemeinschaft sei schließlich klar geworden, daß Quellmehl nicht mehr ausschließlich in seiner traditionellen Bestimmung, der Backwarenherstellung, verwendet, sondern daß es wegen der Erstattung der Futtermittelherstellung zugeführt worden sei. Diese erstattungsbedingten Wirkungen lägen aber außerhalb der Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik, welche die Einführung der Erstattung verfolgt habe.

Aufgrund dieser Feststellung habe der Rat die Erstattung für Stärke gesenkt (Verordnungen Nrn. 1132/74, 3113/74 und 199/75), sie fakultativ gestaltet (Verordnung Nr. 665/75) und für Quellmehl gestrichen (Verordnungen Nrn. 1125/74 und 1132/74).

d) Erstattungen für Stärke zu gewähren, sei nach Artikel 39 Absatz 1 Buchstaben c) und d) EWG-Vertrag gerechtfertigt. Umgekehrt entspreche die Aufhebung der Erstattung für Quellmehl wegen dessen Verwendung zur Erzeugung von Viehfutter der Zielforderung, nach der sich die gemeinsame Agrarpolitik darauf beschränkt, „die Ziele des Artikels 39 zu verfolgen" (Artikel 40 Absatz 3 Unterabsatz 2 EWG-Vertrag).

e) Zur angeblichen Verletzung des Diskriminierungsverbots vertritt der Rat die Ansicht, die unterschiedliche Behandlung nicht vergleichbarer Lagen stelle

keine Diskriminierung dar. Die Gewährung einer Erstattung für Stärke sei aufgrund der Lage auf dem Markt für dieses Erzeugnis und seiner Position als Nahtstelle zwischen dem gemeinsamen Agrarmarkt und dem gemeinsamen Markt für gewerbliche Güter gerechtfertigt. Bei Quellmehl sei die Lage jedoch anders. Die Gewährung einer Erstattung für Quellmehl zum Schutz von dessen traditionellem Absatzgebiet sei zum einen nach den mehrfachen entscheidenden Senkungen der Erstattung für Quellstärke überflüssig und zum andern insofern unrationell, als sie für die Erzeugung von Quellmehl einen falschen Absatzmarkt — Viehfutter — schaffe. Dieser Sachunterschied rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung, obwohl die beiden Erzeugnisse teilweise miteinander konkurrierten.

f) Selbst wenn in der Vergangenheit Quellmehl und Stärke im allgemeinen gleichbehandelt worden seien, bestehe im Gegensatz zur Auffassung der Klägerinnen der Ausgangsverfahren kein Anspruch auf Gleichbehandlung. Hierzu verweist der Rat auf die verschiedenen von ihm bereits genannten Gründe, die diese Gleichbehandlung zwar in der Vergangenheit hätten rechtfertigen können, die aber inzwischen entfallen seien.

Diese Überlegungen seien in der vierten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1125/74 als Rechtfertigung für die Aufhebung der Erstattung bei Quellmehl und als Ausgangspunkt für die Herabsetzung der Erstattung bei Stärke enthalten. Die Senkung der Stärkeerstattung auf 10 RE/t habe die natürliche Überlegenheit von Quellmehl als Backmittel wiederhergestellt.

g) Zur Rechtslage verweist der Rat auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes seit seinem Urteil vom 17. Juli 1963 in der Rechtssache 13/63 (Italien/Kommission, Slg. 1963, 357), der zufolge die unterschiedliche Behandlung nicht gleichgelagerter Fälle keine Diskriminierung darstelle. Ferner erinnert der Rat an Randnr. 22 der Entscheidungsgründe des Urteils des Gerichtshofes vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 11/74 (Union des minotiers de la Champagne/Frankreich, Slg. 1974, 877), wonach in einer Ungleichbehandlung nur dann ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot erblickt werden könne, wenn sie willkürlich erscheine.

Aus den oben angeführten Tatsachen, insbesondere bezüglich des natürlichen Wettbewerbsvorsprungs von Quellmehl sowie bezüglich seiner dem ursprünglichen Subventionszweck zuwiderlaufenden Verwendung zur Futtermittelherstellung, ergebe sich, daß dem Rat in der Verordnung Nr. 1125/74 (Wirtschaftsjahr 1974/75, Rechtssache 117/76) und auch in den Verordnungen Nrn. 665/75 und 1955/75 (Wirtschaftsjahr 1975/76, Rechtssache 16/77) eine willkürliche Ungleichbehandlung nicht unterlaufen sei. Das gleiche gelte für die erst ab 1. November 1975 anwendbare Verordnung Nr. 2727/75 des Rates.

3. a) Die *Kommission* trägt vor, die Abschaffung der Erstattung bei der Erzeugung von Quellmehl bilde nur einen Teilaspekt einer umfassenden Neuorientierung der Subventionspolitik der Gemeinschaft im Bereich der Getreideverarbeitungserzeugnisse, was u. a. zu einer Herabsetzung der Erstattungen für Stärke geführt habe. Der Vorwurf der Diskriminierung lasse sich deshalb nicht mit der Abschaffung der Quellmehlerstattung als solcher begründen, sondern allenfalls mit dem Argument, daß die für Quellstärke gewährte Erstattung nicht völlig beseitigt worden sei.

b) In rechtlicher Hinsicht führt die Kommission aus, eine wirtschaftspolitische Entscheidung der Gemeinschaft, wie die umstrittene Maßnahme sie darstelle, sei erst dann diskriminierend, wenn sie offensichtlich auf irrigen Voraussetzungen beruhe (Urteil des Gerichtshofes vom 24. Oktober 1973 in der Rechtssache 43/72, Merkur-Außenhandels-GmbH/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Slg. 1973, 1055).

c) Anlaß zu den streitigen Maßnahmen seien die folgenden Überlegungen gewesen: Die finanziellen Lasten der gemeinsamen Agrarpolitik hätten herabgesetzt und das Preisgefüge im Bereich der Produktionserstattungen an die ökonomische Wirklichkeit angepaßt werden müssen: Der Versorgungspreis, der die Grundlage für die Berechnung der Produktionserstattung bilde — letztere sei gleich dem Unterschied zwischen diesem Versorgungspreis und dem Schwellenpreis der Gemeinschaft —, habe die Entwicklung der ständig steigenden Markt- und Schwellenpreise nicht mitgemacht. Außerdem habe die im Gefolge steigender Erdölpreise eintretende Verteuerung der synthetischen Konkurrenzerzeugnisse zur Getreidestärke eine grundlegende Überprüfung der Erstattungspolitik nahegelegt.

d) Da sich die Stärke im Wettbewerb mit synthetischen Ersatzprodukten befunden habe, habe der Rat die Erstattungen für die Herstellung dieses Erzeugnisses nicht gestrichen, sondern sich darauf beschränkt, ihre Beträge herabzusetzen.

e) Die Frage sei also, ob der Abbau der Erstattung für die Herstellung von Quellmehl im gleichen Rhythmus hätte erfolgen müssen wie bei der Getreidestärke.

Eine Analyse der Wettbewerbslage beider Erzeugnisse habe jedoch wesentliche Unterschiede erkennen lassen, welche die bisherige absolute Parallelität der Erstattungsregelungen nicht mehr gerechtfertigt hätten. Die Gleichstellung des Quellmehls mit der Stärke in Artikel 11 der Verordnung Nr. 120/67/EWG erkläre sich eher mit dem politischen Argument der „Wahrung des historischen Besitzstandes" der Quellmehlhersteller als mit ökonomischen Notwendigkeiten und der Identität der wirtschaftlichen Verhältnisse. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hinzuweisen, daß die Quellmehlerzeugung in Deutschland seit 1930 subventioniert worden sei.

f) Der Berechnung der Erstattungsbeträge liege die pauschale Annahme zugrunde, daß für die Herstellung von 100 kg Stärke 161 kg Mais erforderlich seien. Der Ausbeutesatz bei Quellmehl liege dagegen allenfalls bei 102 bis 110 kg. Die Quellmehlerzeugung beanspruche einen wesentlich geringeren Arbeitsaufwand und wesentlich weniger Technologie als die Stärkegewinnung.

Als Rohstoff müsse außerdem nicht unbedingt das Getreide als solches genommen werden; alle anderen billigeren stärkehaltigen Mahlerzeugnisse seien hierfür geeignet.

g) Die Austauschbarkeit der beiden fraglichen Erzeugnisse habe sich bisher in der Praxis nicht ausgewirkt.

Diesbezüglich greift die Kommission die Ausführungen der Klägerin des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 16/77 auf, nach denen Quellmehl technologisch bessere Eigenschaften zeige, eine höhere Wasseraufnahmefähigkeit besitze und auch ernährungsphysiologisch wertvoller sei. Ferner sei nach diesen Ausführungen der Einsatz des einen oder anderen Stoffes nur eine Preisfrage, da durch einen höheren Zusatz von Quellstärke absolut die gleiche Wasseraufnahmefähigkeit erzielt werden könne.

Die auf die Bedürfnisse der Stärkeindustrie zugeschnittene Erstattung habe die billigere Quellmehlerzeugung bei gleichem Rohstoffeinstandspreis übersubventioniert. Dieses Preisgefälle wie auch die Möglichkeit, von billigeren Nachmehlen auszugehen, habe es der Quellmehlindustrie ermöglicht, in den Futtermittelmarkt einzudringen.

Daher seien die Organe der Gemeinschaft zu der Überzeugung gelangt, daß kein zwingender Anlaß bestehe, an der starren Gleichbehandlung von Quellmehl- und Stärkeerzeugern festzuhalten.

Mit einer tiefgreifenden und nicht auszugleichenden Benachteiligung im Wettbewerb gegenüber der Quellstärke sei jedoch bei den mit der Abschaffung der

Quellmehlerstattung einhergehenden wesentlichen Senkungen der Stärkeerstattungen nicht zu rechnen gewesen.

Im Futtermittelsektor hätten die höheren Rohstoffpreise für Mais unschwer durch Verwendung der billigeren Nachmehle ausgeglichen werden können.

Auch die Befürchtung, durch die Quellstärke aus dem traditionellen Markt für Backzusätze zum Roggenmehl gedrängt zu werden, sei wenig wahrscheinlich gewesen. Quellstärke vermöge zwar Quellmehl zu ersetzen, nicht aber spezifische Backmittel, deren Eigenschaften sie nicht besitze.

h) Es sei nicht zu erwarten gewesen, daß der natürliche Wettbewerbsvorteil der Quellmehlerzeugnisse durch übermäßige Preisvorteile der Quellstärke in sein Gegenteil verkehrt würde.

Die mit dem Wegfall der Erstattung eintretende Erhöhung des Rohstoffpreises schlage nicht voll, sondern nur zu einem Teil auf den wesentlich auch von anderen Kostenfaktoren beeinflußten Quellmehlpreis durch. Die Auswirkung auf den Preis marktfertiger Backmittel, wie sie die Klägerinnen der Ausgangsverfahren herstellten, sei noch geringer.

Ebenso schlage sich die mit der weitergezahlten Erstattung erreichte Verbilligung des Rohstoffs Mais gegenüber dem Einstandspreis der Quellmehlhersteller nur in einem beschränkten Preisvorteil für das Endprodukt Quellstärke nieder.

Die mit den veränderten Erstattungsbeträgen bewirkten Preisverschiebungen wirkten erst dann diskriminierend, wenn sie das Quellmehl fühlbar über den Stärkepreis hinaus verteuerten.

Die Stärkeindustrie habe jedoch wie die Quellmehlerzeuger erhebliche Preissteigerungen für den Rohstoff Mais hinnehmen müssen. Ihr Preisvorteil habe gegenüber jenen nur in der weiterhin gezahlten reduzierten Erstattung bestanden. Deren Beträge von zunächst 20,40 RE/t seien im Juli 1975 auf 18,45 RE/t und ab August 1975 auf 10 RE/t gefallen. Das habe nicht ausgereicht, den vorherigen Preisvorsprung des Quellmehls von mindestens 100 DM beim Endprodukt auch nur annähernd auszugleichen.

Die inzwischen gemachten Erfahrungen hätten keinerlei Anzeichen eines erstattungsbedingten Verdrängungswettbewerbs durch Quellstärke erkennen lassen.

Zur zweiten Frage

1. Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* in der Rechtssache 117/76 vertritt die Ansicht, daß im vorliegenden Fall die Diskriminierung rückwirkend beseitigt werden könne, indem die Produktionserstattung für die Herstellung von Quellmehl aus Mais und Reis in der gleichen Höhe rückwirkend gewährt werde, wie sie im gleichen zeitlichen Geltungsbereich für die Herstellung von Stärke aus Mais und Reis gewährt worden sei.

Dem fügt die Klägerin des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 16/77 hinzu, die Nichtigkeit der Verordnung Nr. 1125/74 führe dahin, daß die Fassung des Artikels 11 der Verordnung Nr. 120/67 vor Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1125/74, soweit sie die Produktionserstattung für Mais zur Herstellung von Quellmehl regele, wiederauflebe. Dementsprechend bestehe ein Anspruch der Klägerin des Ausgangsverfahrens auf Produktionserstattung bei der Verwendung von Mais zur Herstellung von Quellmehl.

Die gleiche Rechtsfolge ergebe sich aus Artikel 215 Absatz 2 EWG-Vertrag. Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen für die Haftung der Gemeinschaft für von ihren Organen verursachten Schaden gehöre der Grundsatz, daß von dem Schadensersatzpflichtigen in erster Linie der Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Derselbe Grundsatz komme in dem verwaltungsrechtlichen Folgenbeseitigungs-

anspruch zum Ausdruck, der ebenfalls den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sei.

Die Klägerinnen der Ausgangsverfahren beantragen daher, der Gerichtshof möge die zweite Frage bejahen.

2. Der *Rat* weist darauf hin, daß der Gerichtshof — selbst bei Feststellung der Ungültigkeit einer rechtlichen Regelung — den Gesetzgeber der Gemeinschaft bei der Ausübung des ihm in dieser Funktion zustehenden Ermessens nicht dadurch ersetzen könne, daß er eine positive Regelung treffe, da es eine ganze Reihe von gesetzgeberischen Alternativen gebe.

Im übrigen laufe die zweite Frage darauf hinaus, den Gerichtshof eine Frage der Rechtsanwendung entscheiden zu lassen, was nicht möglich sei.

3. Die *Kommission* führt hierzu aus, auch wenn Quellmehl wieder in die Erstattungsliste des Artikels 11 der Verordnung Nr. 120/67 eingefügt werde, sei der Rat nicht verpflichtet, für Quellmehl eine Erstattung zu gewähren. Die Verordnung Nr. 665/75 habe die vorher bestehende Erstattungspflicht aufgehoben und die Entscheidung darüber, ob für eins der genannten Erzeugnisse eine Erstattung gewährt werden solle, in das freie Ermessen des Rates gestellt.

Die Feststellung, das Ermessen mißbraucht zu haben, führe zur Rechtswidrigkeit der betreffenden Maßnahmen und verpflichte den Rat, eine ermessensgerechte, nicht diskriminierende Maßnahme an deren Stelle zu setzen.

Eine Ausnahme könne nur gelten, wenn sich der Ermessensspielraum des Rates auf eine einzige mögliche Entscheidung einenge, nämlich den Anspruch auf die unveränderte Erstattung rückwirkend wieder einzuführen. Vorliegend seien jedoch mehrere Lösungsmöglichkeiten denkbar.

III — Schriftliche Antwort auf eine Frage des Gerichtshofes

Auf die Aufforderung des Gerichtshofes, Belege dafür beizubringen, daß Quellmehl als Viehfutter verwandt worden sei, hat die Kommission ein Fernschreiben des Bundesernährungsministeriums vorgelegt.

Nach diesem Fernschreiben ist im Zusammenhang mit der Streichung der Produktionserstattung für Quellmehl unter anderem auch der Fachverband der Futtermittelindustrie bei dem Ministerium vorstellig geworden, weil Quellmehl durch diesen Wegfall gegenüber Quellstärke im Milchaustauschfutter für die Kälber- und Ferkelfütterung benachteiligt worden sei. Aus dem Fernschreiben ergibt sich weiter, daß das Bundesernährungsministerium über eine Ausarbeitung verfügt, in der angegeben wird, daß zu jener Zeit auf dem Markt für Futtermittelkomponenten Quellmehle mit 65 bis 70 DM/100 kg gegenüber Stärkeprodukten mit 80 bis 85 DM/100 kg angeboten wurden, also etwa 80 bis 82 % der Preise für Stärke- und Glukoseprodukte erreichten.

Nach Darstellung der Kommission sind ihr die Originalunterlagen weder zugänglich gemacht worden noch hat sie diese dem Gerichtshof zur Verfügung stellen können, weil in ihnen gewisse vertrauliche Dinge zur Sprache gekommen seien.

IV — Mündliches Verfahren

In der Sitzung vom 21. Juni 1977 haben die Klägerin des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 117/76, vertreten durch Rechtsanwalt Fritz Modest, die Klägerin des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 16/77, vertreten durch Rechtsanwalt K.-D. Rathke, der Rat, vertreten durch Herrn Daniel Vignes, Direktor im Juristischen Dienst, als Bevollmächtig-

ten, und die Kommission, vertreten durch ihren Rechtsberater Götz zur Hausen als Bevollmächtigten, mündliche Erklärungen abgegeben.

Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 117/76* trägt vor, nach ihren Erkundigungen, für die sie keine festen Beweise habe, gebe es in der Bundesrepublik Deutschland ein einziges Unternehmen, Interquell, das etwa 5 000 t Mais zu Quellmehl verarbeitet und die Hälfte seiner Produktion, also 2 500 t, in den Futtermittelsektor gegeben habe, während die ganze Quellmehlindustrie etwa 40 000 bis 50 000 t Mais zu Quellmehl verarbeitet habe.

Es sei nicht zu verstehen, wieso Quellstärke zwar Quellmehl zu ersetzen vermögen solle, nicht aber spezifische Backmittel, deren Eigenschaften sie angeblich nicht habe; jedenfalls könne man Quellstärke ebenso wie Quellmehl als Hauptbestandteil eines Backmittels für Backwaren aus Roggen verwenden.

Die Selbstkosten für Quellmehl betrügen 98,79 DM/100 kg, Quellstärke werde dank der Subventionen für 98 DM/100 kg angeboten.

Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache 16/77* trägt vor, das Quellmehl werde zwar — wie übrigens auch die Quellstärke — zum großen Teil als Bestandteil anderer Nahrungsmittel als Backhilfen verwendet, die technologischen Verwendungsmöglichkeiten beider Erzeugnisse seien jedoch grundsätzlich gleich. Die Herstellungskosten für Quellmehl und für Quellstärke seien etwa gleich.

Es treffe nicht zu, daß Quellmehl um 15 bis 20 % billiger herzustellen sei als Quellstärke. Tatsächlich seien die Preisverhältnisse im Ernährungssektor genau umgekehrt, die Marktpreise für Quellmehl etwa 20 % höher als für Quellstärke. Die im Fernschreiben des Bundesernährungsministeriums erwähnten Preise bezögen sich nur auf den Futtermittelsektor.

Die *Kommissionen* erwidert auf die Behauptung der Klägerin dieses Ausgangsverfahrens, Quellstärke werde für 98 DM/100 kg angeboten, diese Zahl beziehe sich auf den gegenwärtigen Zeitpunkt, der von der Kommission angestellte Preisvergleich jedoch auf die Zeit, als der Wegfall der Erstattung diskutiert wurde.

Der Umstand, daß Quellmehl im Futtermittelbereich verwendet wurde, sei nicht nur eine inoffizielle Begründung. Die dritte Begründungserwägung der Verordnung enthalte einen entsprechenden, allerdings nicht sehr deutlichen Hinweis.

Der Gerichtshof hat die Kommission gebeten, in der Sitzung ihre Argumentation zu präzisieren zu dem Unterschied, der zwischen den Rechtssachen 117/76 und 16/77 deshalb bestehe, weil der Erstattungsantrag in der ersten Rechtssache zu einem Zeitpunkt gestellt wurde, zu dem der geänderte Artikel 11 der Verordnung Nr. 120/67 zwingend die Gewährung einer Erstattung für die in diesem Artikel genannten Erzeugnisse vorsah („eine Erstattung wird gewährt"), während der Antrag in der zweiten Rechtssache zu einem Zeitpunkt gestellt wurde, zu dem die geltende Fassung des Artikels 11 fakultativ die Gewährung einer Erstattung für die genannten Erzeugnisse vorsah („eine Erstattung ... kann gewährt werden").

Die Kommission hat hierzu erklärt, in beiden Fällen sei das Quellmehl in der Vorschrift schon nicht mehr genannt gewesen. Die Frage sei also nur für den Fall gestellt, daß die Streichung der Erstattung für Quellmehl vom Gerichtshof für rechtswidrig erklärt werde. Die unmittelbare Folge hieraus ist nach Auffassung der Kommission lediglich, daß diese Streichung hinfällig und Quellmehl wieder als Endprodukt in der Vorschrift erscheinen würde, nach der für den Ausgangsrohstoff im ersten Fall eine Produktionserstattung gewährt werden müsse

und im zweiten Fall gewährt werden könne.

Auch in den Fällen, in denen eine Grundverordnung die Gewährung einer Erstattung vorschreibe, entstehe damit noch kein entsprechender Anspruch des Betroffenen. Erst die Festsetzung des Betrages lasse für den Betroffenen einen Anspruch entstehen. Dem lasse sich nicht entgegenhalten, daß für Quellstärke der Betrag der Erstattung bereits bestimmt sei und es deshalb keines weiteren Gesetzgebungsaktes bedürfe, um den Erstattungsanspruch entstehen zu lassen. Denn das liefe auf die These hinaus, daß der Rat sein Ermessen bereits dadurch ein für allemal unwiderruflich ausgeübt habe, daß er für Stärke eine bestimmte Erstattung festgesetzt habe. Eine solche These scheine der Kommission nicht haltbar. Die Gewährung einer Erstattung in der seinerzeit für Getreidestärke festgesetzten Höhe auch für Quellmehl sei nicht die einzig mögliche Form der Gleichbehandlung. Auch eine Gewährung der Erstattung in geringerer und für beide Verwendungszwecke gleicher Höhe oder eine Beschränkung auf der menschlichen Ernährung dienende Erzeugnisse komme in Frage. Für das Wirtschaftsjahr 1975/76 könne die dem Gleichbehandlungsgebot entsprechende, im Ermessen des Gesetzgebers liegende Lösung sogar in einer Streichung der Erstattung für Quellstärke liegen, weil für diesen Zeitraum eine Erstattung nur in einer Kann-Bestimmung vorgesehen gewesen sei.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 22. September 1977 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

1 Das Finanzgericht Hamburg hat mit zwei Beschlüssen vom 8. November 1976 und 18. Januar 1977, beim Gerichtshof eingegangen am 10. Dezember 1976 und 31. Januar 1977, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag zwei Fragen nach der Gültigkeit einiger Vorschriften der Gemeinschaftsverordnungen über Erstattungen bei der Herstellung von Maiserzeugnissen vorgelegt.

2 Da die in den beiden Rechtssachen vorgelegten Fragen identisch sind und im wesentlichen den gleichen Gegenstand betreffen, sind die beiden Rechtssachen zum Zwecke gemeinsamer Entscheidung zu verbinden.

3 Die erste Frage geht im wesentlichen dahin, ob Artikel 11 der Verordnung Nr. 120/67 des Rates über die gemeinsame Marktordnung für Getreide in seiner späteren Fassung insoweit ungültig ist, als er nicht eine Produktionserstattung für Mais zur Herstellung von Quellmehl in gleicher Höhe vorsieht wie für die Verarbeitung von Mais zu Stärke. Die zweite Frage lautet, ob — bei Bejahung der ersten Frage — den Herstellern von Quellmehl unmittelbar ein Anspruch auf die gleiche Produktionserstattung erwächst wie den Herstellern von Quellstärke oder ob es dazu eines Rechtsaktes des Rates bedarf.

4 Diese Fragen sind im Rahmen von Verfahren aufgeworfen worden, in denen Hersteller von Quellmehl gegen die zuständigen nationalen Behörden auf Zahlung einer Erstattung bei der Erzeugung von Quellmehl klagen und Behaupten, die Vorschriften, die diese Erstattung abgeschafft, die Erstattung bei der Erzeugung von Stärke jedoch beibehalten hätten, stellten eine gegen Artikel 40 Absatz 3 Unterabsatz 2 EWG-Vertrag verstoßende Diskriminierung dar.

5 Die Erstattung bei der Erzeugung von Quellmehl aus Mais, die in Deutschland seit 1930 gewährt wurde, ist in die gemeinsame Marktordnung für Getreide erstmals durch die Verordnung Nr. 142/64 des Rates vom 21. Oktober 1964 (ABl. vom 27. Oktober 1964, S. 2673) als fakultativ und später durch Artikel 11 der Verordnung Nr. 120/67des Rates vom 13. Juni 1967 (ABl. vom 19. Juni 1967, S. 2269) als obligatorisch aufgenommen worden. Diese Regelung war identisch mit der mit denselben Verordnungen eingeführten Regelung über die Gewährung von Erstattungen für die Stärkeherstellung, und auch die Höhe der Erstattungen war für beide Erzeugnisse gleich. Während die Gewährung von Erstattungen für die Stärkeherstellung mit der Notwendigkeit begründet wurde, im Verhältnis zu den Preisen der Substitutionserzeugnisse wettbewerbsfähige Preise beizubehalten, wurde die Gewährung von Erstattungen für die Herstellung von Quellmehl mit den Substitutionsmöglichkeiten zwischen Stärke und Quellmehl begründet, wie sich namentlich aus der zehnten Begründungserwägung zur Verordnung Nr. 120/67 ergibt.

6 Dieser Zustand wurde erst mit dem 1. August 1974 geändert, als die Verordnung Nr. 1125/74 des Rates vom 29. April 1974 (ABl. L 128 vom 10. Mai 1974, S. 12) in Kraft trat, welche den Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung Nr. 120/67 durch eine neue Fasssung ersetzte, die zwar Erstattungen bei der Erzeugung von Stärke, nicht jedoch bei der Erzeugung von Quellmehl vorsah. Zur Begründung des Wegfalls der Erstattung bei der Erzeugung von Quellmehl hieß es in den Begründungserwägungen zur Verordnung Nr. 1125/74, die Erfahrung habe gezeigt, daß die Möglichkeit, Quellmehl für gewisse spezifische Verwendungszwecke auf dem Gebiet der menschlichen Ernährung durch Stärke zu ersetzen, „wirtschaftlich gesehen kaum oder überhaupt nicht" bestehe.

7 Nach Artikel 40 Absatz 3 Unterabsatz 2 des Vertrages hat die gemeinsame Organisation der Agrarmärkte „jede Diskriminierung zwischen Erzeugern oder Verbrauchern innerhalb der Gemeinschaft" auszuschließen. Diese Vorschrift verbietet zwar ohne Zweifel jede Diskriminierung zwischen Erzeugern

des gleichen Produkts, sie zielt jedoch nicht mit der gleichen Deutlichkeit auch auf die Beziehungen zwischen verschiedenen Handels- und Gewerbezweigen im Bereich landwirtschaftlicher Verarbeitungserzeugnisse. Das in der angeführten Vorschrift ausgesprochene Diskriminierungsverbot ist jedoch nur der spezifische Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes, der zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts gehört. Nach diesem Grundsatz dürfen vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, daß eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre.

8 Es ist deshalb zu untersuchen, ob für Quellmehl und Stärke vergleichbare Sachverhalte bestehen, insbesondere ob Quellmehl in seiner herkömmlichen spezifischen Verwendung durch Stärke ersetzt werden kann. Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß die gemeinschaftliche Regelung bis zum Jahre 1974 von der Feststellung ausging, diese Austauschmöglichkeit sei gegeben. Allerdings streiten die Klägerinnen der Ausgangsverfahren einerseits sowie Rat und Kommission andererseits darüber, ob dies auch weiterhin gilt. Die Klägerinnen der Ausgangsverfahren behaupten, die Austauschmöglichkeiten bestünden wie zuvor, mit der Folge, daß seit dem Wegfall der Erstattung für Quellmehl dessen Absatz zum Vorteil des Absatzes von Stärke zurückgegangen sei. Rat und Kommission haben ihrerseits zwar Herstellung und Vertrieb der betroffenen Erzeugnisse im einzelnen geschildert, jedoch keine neuen technischen oder wirtschaftlichen Daten genannt, die zu einer wesentlich anderen Beurteilung der früheren Lage Anlaß geben könnten. Es ist also nicht erwiesen, daß Quellmehl und Stärke sich im Hinblick auf das gemeinschaftsrechtliche System der Erstattungen bei der Erzeugung nicht mehr in einer vergleichbaren Lage befänden. Diese Erzeugnisse müssen deshalb gleich behandelt werden, es sei denn, daß eine Ungleichbehandlung objektiv gerechtfertigt wäre.

9 Zu dieser Frage machen Rat und Kommission geltend, der Wegfall der Erstattung für Quellmehl rechtfertige sich deshalb, weil Quellmehl in großen Mengen seinem spezifischen Verwendungszweck bei der menschlichen Ernährung entzogen und als Tierfutter verkauft worden sei. Dieser Grund, dessen Richtigkeit die Klägerinnen der Ausgangsverfahren übrigens bestreiten, wird in den Erläuterungen zu dem Vorschlag der Kommission an den Rat zwar erwähnt, er ist aber in den Begründungserwägungen der aufgrund dieses Vorschlags später erlassenen Verordnung Nr. 1125/75 nicht enthalten. Vom Gerichtshof im Laufe des Verfahrens dazu aufgefordert, war die Kommission nicht in der Lage, den Nachweis zu führen, daß Quellmehl als Tierfutter verwendet wird. Selbst wenn sich diese Verwendung tatsächlich hätte feststellen lassen — und die subventionierte Stärke keinerlei ähnlicher Verwendung zugeführt worden

wäre —, so hätte dies nur für die auf diese Weise verwendeten Mengen den Wegfall der Erstattung rechtfertigen können, nicht jedoch für diejenigen Mengen Quellmehl, die zur menschlichen Ernährung verwendet werden.

10 Vor allem unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die beiden Produkte während eines langen Zeitraumes hinsichtlich der Erstattungen bei der Erzeugung gleich behandelt wurden, ist das Vorliegen objektiver Umstände, welche die mit der Verordnung Nr. 1125/74 vorgenommene Änderung der bis dahin geltenden Regelung hätten rechtfertigen können, nicht nachgewiesen. Mithin stellt die Abschaffung der Erstattung für Quellmehl, wie sie sich aus der Verordnung Nr. 1125/74 ergibt, bei gleichzeitiger Beibehaltung der Erstattung fur Maisstärke eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes dar.

11 Wegen der besonderen Umstände des vorliegenden Falles führt diese Feststellung der Rechtswidrigkeit jedoch nicht unausweichlich auch zur Ungültigerklärung einer Vorschrift der Verordnung Nr. 1125/74.

12 Zunächst ist zu beachten, daß die Änderung des Artikels 11 Absatz 1 der Verordnung Nr. 120/67 durch Artikel 5 der Verordnung Nr. 1125/74 nicht in der Form erfolgte, daß der das Quellmehl betreffende Text gestrichen wurde, sondern indem der alte Wortlaut durch einen neuen ersetzt wurde, der Quellmehl nicht mehr erwähnt. Die Rechtswidrigkeit der Vorschrift liegt also eher in dem, was sie nicht vorsieht, als in irgendeinem Teil ihres Wortlauts.

13 Diese Rechtswidrigkeit kann indessen nicht bereits dadurch beseitigt werden, daß der Gerichtshof im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 177 die streitige Vorschrift insgesamt oder teilweise für ungültig erklärt. Vielmehr ist festzustellen, daß die Rechtslage, die dadurch entstanden ist, daß Artikel 5 der Verordnung Nr. 1125/74 den früheren Wortlaut des Artikels 11 Absatz 1 der Verordnung Nr. 120/67 durch einen neuen Wortlaut ersetzt hat, mit dem Gleichheitsgrundsatz unvereinbar ist und daß es Sache der zuständigen Organe der Gemeinschaft ist, die zur Beseitigung dieser Unvereinbarkeit erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Die vorgelegten Fragen in diesem Sinne zu beantworten, ist um so mehr angezeigt, als es mehrere Möglichkeiten gibt, die Gleichbehandlung der beiden Erzeugnisse wieder herzustellen und den den Betroffenen möglicherweise entstandenen Schaden wiedergutzumachen, und als es Sache der für die gemeinsame Agrarpolitik zuständigen Organe ist, die für die Wahl unter diesen Möglichkeiten maßgeblichen wirtschaftlichen und politischen Gesichtspunkte zu beurteilen.

Kosten

14 Die Auslagen des Rates und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien der Ausgangsverfahren ist das Verfahren vor dem Gerichtshof ein Zwischenstreit in den vor dem innerstaatlichen Gericht anhängigen Verfahren; die Kostenentscheidung obliegt daher diesem Gericht.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm vom Finanzgericht Hamburg mit Beschlüssen vom 8. November 1976 und 18. Januar 1977 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. **Artikel 11 der Verordnung Nr. 120/67 des Rates vom 13. Juni 1967 in der aufgrund der Änderung durch Artikel 5 der Verordnung Nr. 1125/74 des Rates vom 29. April 1974 ab 1. August 1974 geltenden und in späteren Verordnungen wiederholten Fassung ist insoweit mit dem Gleichheitsgrundsatz unvereinbar, als er Quellmehl und Quellstärke hinsichtlich der Erstattungen bei der Erzeugung für den zur Herstellung dieser beiden Produkte verwendeten Mais ungleich behandelt.**

2. **Es ist Sache der für die Agrarpolitik der Gemeinschaft zuständigen Organe, die zur Beseitigung dieser Unvereinbarkeit erforderlichen Maßnahmen zu treffen.**

Kutscher Sørensen Bosco Donner Pescatore

Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 19. Oktober 1977.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher