2. Im übrigen wird die Klage der Regierung der Bundesrepublik Deutschland abgewiesen.

3. Die Kommission wird verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Mertens de Wilmars Koopmans Bahlmann

Galmot Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe

Bosco Due Everling Kakouris

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 20. März 1984.

Der Kanzler
Im Auftrag

H. A. Rühl

Hauptverwaltungsrat

Der Präsident

J. Mertens de Wilmars

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIR GORDON SLYNN VOM 25. JANUAR 1984 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Bekanntlich sind die Textil- und die Bekleidungsindustrie in der Gemeinschaft sowohl durch die Rezession als auch durch das wachsende Angebot relativ preisgünstiger Erzeugnisse aus Drittländern stark in Mitleidenschaft gezogen worden. Diese Industrien sind für das Königreich Belgien ein wichtiger Wirtschaftszweig, und die belgische Regierung hat sich einige Jahre lang bemüht, Beihilfemaßnahmen für sie zu treffen. Alles, was sie tun konnte, wurde natürlich durch das in Artikel 92 EWG-Vertrag enthaltene eindeutige Verbot staatlicher Beihilfen berührt, das den der Kommission in Artikel 93 EWG-Vertrag verliehenen Überprüfungsbefugnissen unterliegt.

Nach langwierigen Verhandlungen ermächtigte die Kommission das König-

1 — Aus dem Englischen übersetzt.

reich Belgien mit Schreiben vom 18. November 1981, einen Fünfjahresplan zur Umstrukturierung der belgischen Textil- und Bekleidungsindustrie für die Dauer von einem Jahr in Kraft zu setzen.

Die Bundesrepublik Deutschland beantragt im vorliegenden Verfahren, diese Ermächtigung gemäß Artikel 173 EWG-Vertrag für nichtig zu erklären. Hilfsweise beantragt sie für den Fall, daß dieser Antrag abgewiesen wird oder ihm nur mit der Begründung stattgegeben wird, das vorgeschriebene Verfahren sei nicht eingehalten worden, gemäß Artikel 175 die Feststellung, daß die Kommission gegen die Artikel 92 und 93 EWG-Vertrag verstoßen hat, indem sie es unterlassen hat, den Plan nach ordnungsgemäßer Prüfung für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar zu erklären.

Der vorliegende Fall wirft ein bedeutendes Verfahrensproblem auf und hat die Parteien hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der tatsächlich erteilten Ermächtigung zu einer umfangreichen Prüfung der wirtschaftlichen, technischen und sozialen Konsequenzen des Plans veranlaßt. Es ist zweckmäßig, zunächst den Antrag auf Nichtigerklärung zu behandeln, den die Kommission — meines Erachtens zu Recht — für zulässig hält, und getrennt davon den Hilfsantrag zu prüfen, der nach Auffassung der Kommission unzulässig ist.

In großen Zügen zusammengefaßt wird in den das Verfahren betreffenden Ausführungen dargelegt, daß die Kommission nicht befugt gewesen sei, den Plan unter den Umständen des vorliegenden Falles zu genehmigen, ohne das Verfahren gemäß Artikel 93 Absatz 2 EWG-Vertrag einzuleiten, was sie unstreitig nicht getan hat. Die Kommission wendet ein, sie sei dazu nicht verpflichtet gewesen.

Zu den genannten Umständen gehören kurz gesagt folgende Ergebnisse, die meines Erachtens für die Entscheidung über das Verfahrensproblem wirklich von grundlegender Bedeutung sind:

Durch Arrêté royal vom 20. Dezember 1977 (Moniteur Belge vom 24. 12. 1977) wurde ein Beihilfesystem zugunsten beider Industriezweige eingeführt. Im März 1978 leitete die Kommission das Prüfungsverfahren nach Artikel 93 Absatz 2 ein, da keine vorherige Unterrichtung über die Beihilfe erfolgt war; nach Verhandlungen zwischen der belgischen Regierung und der Kommission teilte die erstere jedoch mit, daß ein neuer Plan ausgearbeitet würde, in dem die Änderungsvorschläge der Kommission Berücksichtigung fänden. Das erste Verfahren wurde daraufhin im März 1979 eingestellt, im April 1980 jedoch wiedereröffnet, als die Regierung aufgefordert wurde, eine detaillierte Beschreibung ihres Plans für eine Beihilferegelung vorzulegen. Diese Beschreibung wurde am 28. Juli 1980 gegeben und am 11. August 1980 bestätigt; sie wurde als Anmeldung eines Beihilfevorhabens im Sinne von Artikel 93 Absatz 3 EWG-Vertrag angesehen. Zwischen der Kommission und der belgischen Regierung kam es zu einem Schriftwechsel, und es fanden Zusammenkünfte statt. Jedenfalls wurde der belgische Plan bei einem der regelmäßigen Treffen der Vertreter der Mitgliedstaaten erörtert, die die Kommission im Rahmen ihrer Befugnis, die Beihilfen zu überprüfen, einberuft. Bei einer Zusammenkunft zwischen der belgischen Regierung und der Kommission am 22. Juli 1981 verlangte die Kommission Änderungen des Plans; diese Änderungen wurden in einem Schreiben der belgischen Regierung vom 5. August 1981 ausgeführt und angenommen. Sie bezogen sich auf die Finanzierung der zu gewährenden Beihilfe, den Ausschluß der

einschlägigen Bereiche der Textil- und Bekleidungsindustrie von anderen Formen staatlicher Beihilfe, einen Abschlag auf die Rückzahlung von 1 % des Betrages der Investitionen für besondere Zwecke sowie die Unterrichtung der Kommission vor der Gewährung von Beihilfe für bestimmte Erzeugnisse wie Herrenkonfektion und Strümpfe. Aus dem Schreiben geht eindeutig hervor, daß bedeutende Änderungen vorgenommen wurden, und sowohl die Kommission als auch die deutsche Regierung behandeln dieses Schreiben in ihren Plädoyers als Anmeldung eines neuen Beihilfevorhabens.

Die Kommission berief am 17. September im Rahmen der regelmäßig von ihr veranstalteten multilateralen Treffen eine Sitzung der Mitgliedstaaten ein. Der belgische Plan war einer der Tagesordnungspunkte, und es wurde ein Arbeitspapier, das eine Zusammenfassung des Plans in seiner zu diesem Zeitpunkt bestehenden Fassung enthielt, verteilt (Anlage 17 zur Klagebeantwortung).

Später im September fanden zwei weitere Zusammenkünfte zwischen der Kommission und der belgischen Regierung statt. Am 1. Oktober 1981 stimmte die belgische Regierung einem in diesen beiden Treffen ausgearbeiteten Kompromiß über den Beihilfeplan zu. Die Regierung war insbesondere bereit, den Prozentsatz des für die Restrukturierung erforderlichen Kapitals, der von der Industrie aufzubringen ist, von 25 auf 30 % im Normalfall anzuheben. Sie akzeptierte widerstrebend die Einwände der Kommission gegen den Abschlag von der Rückzahlung, der bis dahin als entscheidender Teil des Vorhabens angesehen worden war, und erklärte sich damit einverstanden, daß hinsichtlich der Beihilfe für die Gruppe von Erzeugnissen, die Herrenkonfektion und Strümpfe umfaßt, ein vorheriger Antrag gestellt werden sollte, sofern die Unternehmen mehr als 50 (und nicht, wie ursprünglich vorgeschlagen worden war, mehr als 150) Angestellte hätten.

Die deutsche Regierung äußerte sich am 2. Oktober zu dem Plan in der ihr damals bekannten Fassung und führte aus, ihrer Meinung nach bremse der Plan die notwendige strukturelle Anpassung einer sich in der Rezession befindenden Industrie, eine Beteiligung der betroffenen Industrie in Höhe von 25 % sei zu niedrig, es fehlten Angaben über die Summen, die in den auf das erste Jahr folgenden Jahren aufgewandt werden sollten, vor allem aber würde der Plan zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen innerhalb der Gemeinschaft und zur Zerstörung von Arbeitsplätzen in anderen Mitgliedstaaten führen.

Auch andere Mitgliedstaaten übersandten Stellungnahmen zu dem Plan.

Am 5. November fand eine weitere Besprechung zwischen der Kommission und der belgischen Regierung statt, und am 18. November stimmte die Kommission der Durchführung des Plans für die Dauer von einem Jahr unter den darin genannten Bedingungen zu. Erwähnenswert ist noch, daß die Kommission feststellte, sie sei nach wie vor hinsichtlich der Auswirkungen des Plans auf den Wettbewerb in der Gemeinschaft besorgt; diese Sorge kam auch in den Stellungnahmen anderer Mitgliedstaaten in der Besprechung vom 17. September und in ihren späteren Noten an die Kommission zum Ausdruck. Die Kommission gelangte, wie es hieß, erst nach besonders gründlicher Prüfung des Plans zu der Auffassung, daß dieser mit allen Sicherheitsklauseln den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht in einer dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufenden Weise beeinträchtigen werde. Der belgischen Regierung wurde mitgeteilt, daß die Kommission, wenn die Bedingungen

nicht binnen acht Tagen akzeptiert würden, ein Verfahren gemäß Artikel 93 Absatz 2 EWG-Vertrag einleiten werde.

Am 4. Dezember stellte der Bundesminister für Wirtschaft dem für Wettbewerb zuständigen Kommissar gegenüber klar, daß die deutsche Regierung eine Billigung des Vorhabens durch die Kommission nicht hinnehmen werde. Die belgische Regierung akzeptierte jedoch mit Schreiben vom 9. Dezember 1981 die in dem Schreiben vom 18. November enthaltenen Bedingungen; daraufhin teilte ihr die Kommission mit Schreiben vom 16. Dezember mit, daß der Plan ab 1. Januar 1982 in Kraft gesetzt werden könne. Die Mitgliedstaaten wurden davon unterrichtet, daß die Kommission keine Einwände gegen den Plan erhebe, sofern die in dem Schreiben vom 18. November genannten Bedingungen eingehalten würden.

Wie aus der dem Gerichtshof vorliegenden umfangreichen Dokumentation deutlich hervorgeht, hatte die Kommission zu verschiedenen Zeiten ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Methode und der Höhe der vorgesehenen Finanzierung, der Sektoren, denen Beihilfe gewährt werden sollte, der Beihilfebedürftigkeit von Unternehmen in bestimmten Bereichen der Industrie, der Notwendigkeit, die Weiterführung von Unternehmen, die weder leistungsfähig noch rentabel waren, sicherzustellen und der Auswirkungen des Plans auf den Wettbewerb. Insbesondere die deutsche Regierung brachte ihre Besorgnis über die Auswirkungen des Plans auf die deutsche Industrie sowohl im Hinblick auf das Handelsvolumen als auch im Hinblick auf mögliche Arbeitslosigkeit zum Ausdruck. Die Kommission hielt es für unmöglich, den Plan zu genehmigen, ohne weitreichende und detaillierte Untersuchungen zu diesen Punkten vorzunehmen.

Offensichtlich ging die Kommission sowohl in ihrem Schreiben vom 18. November 1981 als auch im vorliegenden Verfahren davon aus, daß der Plan, über den sie zu entscheiden hatte, der im August 1980 vorgelegte Plan in seiner geänderten Fassung und nicht etwa ein am 5. August 1981 vorgelegter neuer Plan war. Meines Erachtens ist es richtig, auf dieser Grundlage vorzugehen.

War die Kommission nun befugt, die Durchführung des Plans zu genehmigen, ohne das Verfahren nach Artikel 93 Absatz 2 einzuleiten?

Die deutsche Regierung trägt vor, die Kommission müsse, wenn sie von einer beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen unterrichtet werde, eine Vorprüfung über die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Gemeinsamen Markt einleiten. Diese Prüfung beruhe auf Artikel 93 und beschränke sich auf die Feststellung, (1) ob die Voraussetzungen für die Genehmigung der Beihilfe augenscheinlich objektiv erfüllt seien und (2) ob ein vorläufiges Abwägen der für und gegen die Beihilfe sprechenden Argumente zu einer Billigung der Beihilfe führen würde. Habe die Kommission Zweifel an der Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Gemeinsamen Markt oder könne sie ihre Prüfungsbefugnisse ohne Unterrichtung und Anhörung der anderen Mitgliedstaaten und der betroffenen Kreise nicht sachgerecht und genau ausüben, so dürfe sie das Vorhaben in dieser Phase der Vorprüfung nicht billigen und müsse eine Hauptprüfung der Angelegenheit gemäß Artikel 93 Absatz 2 einleiten. Im vorliegenden Fall sei von Anfang an klar gewesen, daß die Vereinbarkeit des belgischen Vorhabens mit dem Gemeinsamen Markt zweifelhaft gewesen sei. Folglich hätte die Kommission nach Artikel 93 Absatz 2 vorgehen müssen. Stattdessen habe sie ihre Entscheidung nach Abschluß der in

Artikel 93 Absatz 3 geregelten Vorprüfung gefällt und dadurch das Recht beteiligter Dritter auf Anhörung verletzt.

Nach Auffassung der Kommission gebietet Artikel 93 Absatz 3 eine gründliche Prüfung des Beihilfevorhabens. Die Kommission verweist insbesondere auf Satz 2 dieser Bestimmung, wo es heißt: „Ist sie [die Kommission] der Auffassung, daß ein derartiges Vorhaben nach Artikel 92 mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein." Die Kommission sei somit keineswegs verpflichtet, die Mitgliedstaaten oder die interessierten Kreise anzuhören, bevor sie darüber entscheide, ob ein Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sei; ebenso bestehe kein Anspruch auf Anhörung. Jedenfalls wäre das Ergebnis der Prüfung dasselbe gewesen, selbst wenn die Kommission gemäß Artikel 93 Absatz 2 vorgegangen wäre, so daß die wirkliche Frage die sei, ob ihre Entscheidung sachlich falsch sei, und nicht, ob sie aufgrund eines fehlerhaften Verfahrens getroffen worden sei.

Die Systematik der beiden Artikel des EWG-Vertrags ist meines Erachtens folgende:

(i) Nach Artikel 92 sind Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, verboten, da sie mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind, es sei denn,

a) es handelt sich um eine der in Artikel 92 Absatz 2 genannten Beihilfen, die dann automatisch erlaubt ist;

b) es handelt sich um eine Beihilfe, die der Rat durch eine Entscheidung gemäß Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe d für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt hat, die dann ebenfalls automatisch erlaubt ist;

c) es handelt sich um eine Beihilfe, die unter die Definition des Artikels 92 Absatz 1, aber auch unter Artikel 92 Absatz 3 Buchstaben a, b oder c fällt *und* als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar „angesehen" worden ist; es ist Sache der Kommission, deren Entscheidung insoweit der Rechtsprechung des Gerichtshofes unterliegt, darüber zu befinden, ob eine solche Beihilfe in diesem Sinne mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist; die Beihilfe hört erst dann auf, eine verbotene Beihilfe zu sein, wenn die Kommission in diesem Sinne entschieden hat.

(ii) Es ist Aufgabe der Kommission, deren Entscheidungen auch insoweit durch den Gerichtshof nachprüfbar sind, sowohl die bestehenden Beihilferegelungen als auch die geplante Umgestaltung von Beihilfen oder die Einführung neuer Beihilfen zu überprüfen. Hinsichtlich der ersteren hat die Kommission nach Artikel 93 Absatz 2 zu entscheiden, daß die Beihilfe aufzuheben oder umzugestalten ist, wenn sie feststellt, nachdem sie den Beteiligten eine Frist zur Äußerung gesetzt hat, daß eine Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist oder daß sie mißbräuchlich angewandt wird. Die Kommission muß auch von der beabsichtigten Einführung neuer Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet werden, daß sie sich dazu äußern kann (Artikel 93 Absatz 3). Ist sie „der Auffassung, daß ein derartiges Vorhaben nach Artikel 92 mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist," so muß sie „unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein[leiten]". Die Beihilfemaßnahmen dürfen nicht durchgeführt werden, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat.

(iii) Artikel 93 besagt nichts darüber, was geschehen soll, wenn die Kommis-

sion nicht der Auffassung ist, daß das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, oder wenn die Kommission während einer angemessenen Frist nach der Notifizierung keine Antwort gibt.

(iv) Der Gerichtshof hat in der Rechtssache 120/73 *(Lorenz/Bundesrepublik Deutschland)* und in der Rechtssache 121/73 *(Markmann KG/Bundesrepublik Deutschland)* (Slg. 1973, 1471 und 1495) ausgeführt, daß auf diese Weise für neue Beihilfen eine Übergangsfrist vorgesehen wurde, um der Kommission eine Bedenk- und Untersuchungsfrist einzuräumen, die ausreicht, „um sich eine erste Meinung über die teilweise oder völlige Vereinbarkeit der ihr angezeigten Vorhaben mit dem Vertrag zu bilden". Hält die Kommission den Plan für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, so sollte sie dies den Mitgliedstaaten anzeigen, sie ist jedoch nicht verpflichtet, eine förmliche Entscheidung zu erlassen. Nur wenn die Kommission der Auffassung ist, daß das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, muß sie das in Artikel 93 Absatz 2 vorgesehene „förmliche Verfahren" einleiten. Trifft die Kommission in einer angemessenen Frist (zwei Monate wurden als eine solche angesehen) keine Entscheidung, so darf der betreffende Mitgliedstaat im Hinblick auf die Bedeutung bestimmter sofort zu gewährender Beihilfen für die Wirtschaft das Vorhaben durchführen, das dann wie eine bestehende Beihilferegelung überprüft wird, denn für seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt besteht nicht schon wegen des Untätigbleibens der Kommission eine Vermutung.

Somit ist klar, daß es der Kommission während der Vorprüfungsphase nicht verwehrt ist, Ermittlungen anzustellen und Auskünfte einzuholen. Sie ist nicht darauf beschränkt, das ihr unterbreitete Vorhaben zu prüfen und sich allein dadurch ein oberflächliches Urteil zu bilden. Andererseits hat sie sich ohne irgendein „förmliches Verfahren" nur eine erste Meinung zu bilden.

Ist ein Vorhaben nach der ersten Meinung der Kommission mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, so ist die Lage klar. Das in Artikel 93 Absatz 2 geregelte Verfahren muß eingeleitet werden, und durch eine in diesem Verfahren erlassene abschließende Entscheidung wird die vollständige oder teilweise Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt oder verneint.

Ist ein Vorhaben nach der ersten Meinung der Kommission mit dem Gemeinsamen Markt nicht unvereinbar und teilt sie dies den Mitgliedstaaten mit, so sind zwei Lösungen denkbar. Nach der ersten ist der Mitgliedstaat nunmehr berechtigt, das Vorhaben durchzuführen. Mit anderen Worten, das Vorhaben ist, sobald es durchgeführt ist, als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar anzusehen. Nach der zweiten liegt keine positive Entscheidung dahin gehend vor, daß das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist; die Vorprüfung bewirkt lediglich die Beseitigung des Verbots der Durchführung, läßt jedoch die Frage der Vereinbarkeit offen, die nur dann endgültig beantwortet werden kann, wenn anschließend das in Artikel 93 Absatz 2 vorgesehene Verfahren eingeleitet wird. Anders ausgedrückt unterliegt das neue Vorhaben, dessen Lauf nicht angehalten worden ist, derselben Überprüfung wie eine bestehende Beihilferegelung und kann ungeachtet nachfolgender Entwicklungen für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt werden.

Meines Erachtens ist die erste Lösung die richtige. Sobald ein Vorhaben als mit dem Gemeinsamen Markt nicht unvereinbar genehmigt worden ist, muß es von Anfang an so angesehen werden, als

werde eine mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarende Beihilfe gewährt; doch ist das durchgeführte Vorhaben in der Folgezeit wiederum zu überprüfen, falls es den Anschein hat, als sei das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar geworden. Die Alternativlösung führt meiner Ansicht nach zu einer Ungewißheit, die, wie ich meine, nicht beabsichtigt gewesen sein kann.

Die erstere Lösung ist jedoch in einem wichtigen Punkt erstaunlich. Eines der Ziele des Artikels 92 ist es, die Mitgliedstaaten daran zu hindern, Beihilfen zu gewähren, die ihren nationalen Industrien einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil vor den Unternehmen anderer Mitgliedstaaten verschaffen. Ob eine Beihilfe in einem Mitgliedstaat gewährt werden soll, kann somit für andere Mitgliedstaaten und ihre Unternehmen von entscheidender Bedeutung sein. Für einen anderen Mitgliedstaat (der, wie ich meine, Beteiligter im Sinne von Artikel 93 Absatz 2 ist) ist es möglicherweise von größerer Bedeutung, daß eine Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird, als daß sie für unvereinbar erklärt wird. Man sollte deshalb annehmen, daß den Mitgliedstaaten für den Fall, daß die Kommission beabsichtigt, eine Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar anzuerkennen, das Recht verliehen sei, sich zu äußern.

Diese Erwägung spricht meines Erachtens für das von der Bundesrepublik vertretene Ergebnis. Die Befugnis der Kommission, ein Vorhaben während der Vorprüfungsphase (aufgrund einer ersten Meinung) zu genehmigen, ist begrenzt, und außerhalb dieses begrenzten Bereichs haben die Mitgliedstaaten ein Recht auf Anhörung.

Man könnte die Auffassung vertreten, daß die Befugnis der Kommission nur die Entscheidung über sich aus Artikel 92 Absatz 1 und Absatz 2 ergebende Fragen umfaßt, nicht jedoch über Fragen des Artikels 92 Absatz 3, der eine Feststellung darüber einschließt, ob eine Beihilfe, die unter Artikel 92 Absatz 1 sowie unter einen der Unterabsätze des Artikels 92 Absatz 3 fällt, als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar anzusehen ist oder nicht. Diese Feststellung wirft, so könnte man weiter meinen, sehr wahrscheinlich Probleme auf, die andere Mitgliedstaaten und andere Beteiligte betreffen, die einen Anspruch auf Anhörung haben sollten. Ich glaube nicht, daß die genannte Befugnis in dieser Weise begrenzt ist; wäre dies beabsichtigt gewesen, so hätte die in Artikel 93 Absatz 3 enthaltene Verweisung sich ausdrücklich nur auf Artikel 92 Absätze 1 und 2 bezogen.

Die Begrenzung ist anderer Art. Mir scheint, das Verfahren gemäß Artikel 93 Absatz 2 muß eingeleitet werden, wenn die Kommission nicht in der Lage ist festzustellen, daß das Vorhaben in der vorgelegten Form auf den ersten Blick eindeutig mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.

Im vorliegenden Fall war die Kommission — unabhängig davon, ob das Vorhaben als im August 1980 notifiziert oder im August 1981 geändert angesehen wird — der Auffassung, daß es in der ihr zugänglich gemachten Fassung mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar sei. Sie verlangte, daß bedeutende Änderungen vorgenommen würden, und stellte wichtige Bedingungen. Sie hatte ernsthafte Zweifel hinsichtlich mehrerer Aspekte des Vorhabens, nicht zuletzt hinsichtlich der Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel. Sie wußte, daß viele Punkte des Plans insbesondere im Hinblick auf die Auswirkung auf die deutsche Textilindustrie und ihre Beschäftigten sehr umstritten waren. Darüber hinaus scheint unter anderem die Bundesrepublik Deutschland über einige der vorgenommenen Änderungen

nicht unterrichtet worden zu sein, bevor das Schreiben vom 18. November von der belgischen Regierung akzeptiert wurde; in der Tat war der Plan anscheinend der Kommission sowie den Mitgliedstaaten zu keinem erheblichen Zeitpunkt zugänglich; diesen wurde er bei der Anhörung am 17. September 1981 in einer zusammengefaßten Form vorgelegt.

Ich teile nicht die Auffassung der Kommission, daß das Ergebnis dasselbe gewesen wäre, auch wenn das in Artikel 93 Absatz 2 geregelte Verfahren durchgeführt worden wäre. Im vorliegenden Fall kann nicht angenommen werden, daß der Kommission keine neuen Gesichtspunkte hätten vorgetragen werden können, die ihre Entscheidung möglicherweise beeinflußt hätten; auch kann die Kommission nicht geltend machen, sie hätte diese ohnehin nicht beachtet.

Ohne den weiten Ermessensspielraum der Kommission bei der Entscheidung der Frage, ob ein Vorhaben zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist oder nicht, in irgendeiner Weise erörtern zu wollen, meine ich, daß die Kommission unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falles das neue Beihilfevorhaben — ob es nun als im August 1980 oder im August 1981 angemeldet angesehen wird — so wie es vorlag, nachweislich als mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar angesehen hat. Angesichts der durch das Vorhaben aufgeworfenen ernsten Probleme sowie der verlangten Änderungen hätte die Genehmigung nicht in der Weise erteilt werden dürfen und sollen, in der dies geschehen ist. Vielmehr hätte das Verfahren nach Artikel 93 Absatz 2 eingeleitet werden sollen. Die Entscheidung der Kommission ist somit für nichtig zu erklären.

Normalerweise könnte das Ergebnis einer Nichtigerklärung darin bestehen, daß das in Artikel 93 Absatz 2 vorgesehene Verfahren für das Vorhaben von 1980 einzuleiten wäre. Dies hätte im vorliegenden Fall offenkundig nur theoretischen Wert, denn im März 1982 wurde ein neues Vorhaben angemeldet, und die Kommission gelangte nach einem ersten Eindruck, daß das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei, und nach Anhörung von Stellungnahmen sowie aufgrund von Ermittlungen zu der Auffassung, daß die vorgeschlagenen Maßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt nur vereinbar wären, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt würden. Das ursprüngliche Vorhaben wurde bis zum 31. März 1983 verlängert und ist jetzt offensichtlich abgelaufen.

Wenn die Genehmigung auf dieser Grundlage für nichtig erklärt werden muß, braucht der Gerichtshof die Frage der Nichtigkeit aus materiellen Gründen nicht mehr zu prüfen, weil das Vorhaben dann ohnehin aufgehoben ist. Ich dagegen muß dies tun.

Die Grundfrage war die, ob das Vorhaben „Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete" umfaßt, „soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft". Es waren somit zwei Fragen zu entscheiden, erstens, ob diese Mindestkriterien erfüllt sind, und zweitens, ob die Beihilfe insgesamt mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Diese Entscheidungen sind zunächst Sache der Kommission, die bei der Feststellung komplexer wirtschaftlicher und sozialer Gegebenheiten einen weiten Ermessensspielraum hat (Rechtssache 78/76, *Steinike und Weinlig/Deutschland*, Slg. 1977, 595, und Rechtssache 730/79, *Philip Morris/Kommission*, Slg. 1980, 2671; s. a. die Schlußanträge des Generalanwalts Capotorti, a. a. O., S. 2701). Der Gerichtshof kann jedoch die Tatsachenfeststellungen überprüfen und

nachprüfen, ob die Kommission diese Feststellungen aufgrund des ihr vorliegenden Materials treffen konnte. Ferner kann er die Entscheidung der Kommission in rechtlicher Hinsicht überprüfen. Wenn sich herausstellt, daß Amtsmißbrauch oder ein offensichtlicher Fehler vorliegt, einschließlich des Falls, daß die Kommission ihr Ermessen in einer Weise ausgeübt hat, die Zweck und Absicht der Rechtsvorschriften widerspricht, kann der Gerichtshof die Entscheidung der Kommission für nichtig erklären.

Zunächst einmal wird vorgetragen, daß die Kommission bei ihrer Würdigung der gewährten Beihilfe die Bereitstellung von Kapital ausgeschlossen habe, die als Beihilfe hätte angesehen werden sollen. Damit ein Umstrukturierungsplan genehmigt werden konnte, mußte er vorsehen, daß die Unternehmen durch eigene Anstrengungen nicht weniger als 30 % (oder in Ausnahmefällen 25 %) der Kapitalkosten beschaffen mußten. Nicht mehr als 45 % mußten durch Kapitaleinlagen und nicht weniger als 30 % durch Darlehen zu marktüblichen Zinssätzen mit einer Zinsvergünstigung von 7 % für fünf Jahre aufgebracht werden. Wie aus einem Schreiben der belgischen Regierung vom 29. Juni 1981 hervorgeht, sollte die Kapitaleinlage durch die Zeichnung von Aktien in dem betroffenen Unternehmen erfolgen. Die Kommission hat den Standpunkt vertreten, daß derartige Kapitaleinlagen keine staatliche Beihilfe darstellten. Sie scheint dabei von der Überlegung auszugehen, daß eine staatliche Beteiligung an einem Unternehmen, das sich in Schwierigkeiten befindet oder insolvent ist, eine Beihilfe darstellt. Auf der anderen Seite stelle eine staatliche Beteiligung an Unternehmen, die finanziell, industriell und kommerziell lebensfähig sind und nur zeitweilige Umstellungsprobleme haben, keine Beihilfe dar. Im vorliegenden Fall, so wird vorgetragen, beabsichtige der belgische Plan die Gewährung von Beihilfen an Unternehmen, die langfristig wahrscheinlich konkurrenzfähig würden, deshalb sei die staatliche Beteiligung als eine normale Beteiligung am Kapital eines Unternehmens und nicht als Beihilfe anzusehen, da der zur Verfügung gestellte Betrag zurückgezahlt werden müsse oder dies zumindest angestrebt werde.

Der Vertrag definiert den Begriff „Beihilfe" nicht. Artikel 92 Absatz 1 bezieht sich auf „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art". In seinem Urteil in der Rechtssache *Steinike und Weinlig/Deutschland* benutzte der Gerichtshof den Ausdruck „unentgeltlicher Vorteil" (vgl. Randnummer 22 der Entscheidungsgründe); dies war jedoch eine Anspielung auf die Formulierung der von dem nationalen Gericht vorgelegten Frage (in der Rechtssache 173/73, *Kommission/Italien,* Slg. 1974, 718, Randnummer 26 der Entscheidungsgründe, sprach der Gerichtshof nur von „Vergünstigungen"). In der Rechtssache 61/79 (*Amministrazione delle Finanze dello Stato/Denkavit,* Slg. 1980, 1205) entschied der Gerichtshof in Randnummer 31 der Entscheidungsgründe, daß Artikel 92 Absatz 1 „Entscheidungen [betrifft], durch die die Mitgliedstaaten ihre eigenen wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele verfolgen, indem sie Unternehmen oder anderen Rechtssubjekten einseitig aus eigenem Recht Mittel zur Verfügung stellen oder Vorteile einräumen, die der Verwirklichung der wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele dienen sollen". Im Zusammenhang mit dem in Artikel 4 Buchstabe c EGKS-Vertrag verwendeten Begriff der Subventionen oder Beihilfen hat der Gerichtshof in der Rechtssache 30/59 (*Steenkolenmijnen/Hohe Behörde,* Slg. 1961, 42 f.) entschieden: „Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ist eine

Subvention eine Geld- und Sachleistung, die einem Unternehmen zu dessen Unterstützung gewährt wird und die außerhalb des Entgelts liegt, welches der Käufer oder Verbraucher für die von dem betroffenen Unternehmen produzierten Güter oder Dienstleistungen entrichtet. In der Beihilfe wird allgemein ein hiermit eng verwandter Vorgang gesehen, der jedoch insofern in stärkerem Maße zweckbetont ist, als Beihilfen speziell als Mittel zur Verfolgung bestimmter Ziele angesehen werden, die in der Regel nicht ohne fremde Hilfe erreicht werden könnten."

Auf der Grundlage der beiden letzten Rechtssachen läßt sich die Auffassung vertreten, daß jede Art Unterstützung, die von einem Mitgliedstaat oder mit staatlichen Mitteln gewährt wird, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, eine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 darstellt, auch wenn sie nicht unentgeltlich ist. Für den vorliegenden Fall ist es meines Erachtens nicht nötig, so weit zu gehen. Zumindest stellt eine Unterstützung dann eine Beihilfe dar, wenn der Empfänger einen Vorteil erhält, den er normalerweise nicht erhalten hätte. Ein Darlehen zu einem unter dem marktüblichen Zinssatz liegenden Zinssatz ist ein eindeutiges Beispiel dafür. Dies kann jedoch auch der Fall sein bei der Bereitstellung von Kapital zu normalen Marktbedingungen, aber in einem Umfang, in dem es normalerweise auf dem Kapitalmarkt nicht erhältlich ist. Was auch immer zu gelten hat, wenn Aktien eines Unternehmens im Wege normaler Handelsgeschäfte durch einen Mitgliedstaat oder mit staatlichen Mitteln erworben werden, so fällt doch jedenfalls die im belgischen Plan vorgesehene Kapitaleinlage nach meiner Auffassung unter Artikel 92 Absatz 1. Der Umstand, daß diese finanzielle Unterstützung theoretisch nur lebensfähigen Unternehmen zukommen sollte und daß für die gezeichneten Aktien eventuell Dividenden gezahlt werden sollten, hindert meines Erachtens nicht notwendigerweise, daß sie Beihilfen darstellen. Der bereitzustellende Betrag wurde unter Berücksichtigung der Kosten des Plans berechnet, und obwohl er, allgemein gesagt, in Form der Subskription im Rahmen einer Erhöhung des Aktienkapitals bezahlt werden sollte, war vorgesehen, daß er zu einem noch festzusetzenden Zeitpunkt durch eine Verringerung des Aktienkapitals oder durch Kauf der Aktien zurückgezahlt werden sollte. Die Aktien sollten, wie es scheint, nur dann zurückbehalten werden, wenn die Rückzahlung nicht erfolgte. Die vorherrschende Überlegung bei diesen Vereinbarungen war wohl der Wunsch, ein angemessenes Verfahren zu finden, nach dem den Unternehmen die finanziellen Mittel für ihre Umstrukturierung zur Verfügung gestellt werden konnten. Es kann nicht gesagt werden, daß nach dem Plan lediglich Risikokapital für Investitionszwecke zur Verfügung gestellt werden sollte. Unter diesen Umständen stellte dieser Teil des belgischen Vorhabens meiner Meinung nach sehr wohl eine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 dar. Auch kann nicht gesagt werden, daß es keinen Unterschied für die Feststellung der Kommission bedeutet hätte, wenn sie diese Auffassung und nicht diejenige vertreten hätte, die sie tatsächlich vertreten hat. Es handelte sich um einen wesentlichen Teil des Vorhabens. Daraus folgt, wie ich meine, daß die Entscheidung von einer falschen Grundlage ausging; allein aus diesem Grunde ist sie für nichtig zu erklären.

Die nächste Frage betrifft die in Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c enthaltenen einschränkenden Voraussetzungen. Da das belgische Vorhaben die Textil- und Bekleidungsindustrie und nicht bestimmte Gebiete Belgiens betrifft, ist zu prüfen,

ob das Vorhaben eine „Beihilfe zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige" darstellt. Hier ist die entscheidende Frage die, ob die Beihilferegelung möglicherweise die Wirkung hat, die Entwicklung zu erleichtern, oder ob sie dies ihrem Wortlaut nach lediglich beabsichtigt. Die Beihilfe muß, wie in dem Urteil in der Rechtssache *Philip Morris* ausgeführt wird, wesentlich für die zukünftige Entwicklung sein, auch wenn es sich nicht um den gesamten benötigten Geldbetrag handelt. Sie muß ferner sicherstellen, daß die Art und Weise, in der die wirtschaftliche Tätigkeit sich vollzieht, verbessert wird, was die Rationalisierung, die Modernisierung oder die Ausweitung einer Industrie einschließen kann. In einer Zeit der Rezession eine kränkelnde Firma lediglich am Leben zu erhalten, bedeutet keine „Erleichterung der Entwicklung".

Im vorliegenden Fall hat der Prozeßbevollmächtigte der deutschen Regierung die Erfüllung der Grundvoraussetzungen für die Anwendung des Artikels 92 Absatz 3 Buchstabe c unter fünf Gesichtspunkten bestritten:

1. das belgische Vorhaben diene nur der Aufrechterhaltung des Status quo,
2. die Beihilfe sei nicht erforderlich,
3. es sei nicht gewährleistet, daß der belgische Plan nur auf dauerhaft wettbewerbsfähige Unternehmen angewandt werde,
4. der Plan sehe nicht vor, daß die gewährte Beihilfe degressiv sei,
5. der Plan sehe eine so hohe staatliche Beteiligung vor, daß er lediglich die bestehende Struktur der belgischen Industrie aufrechterhalten werde.

Zum ersten Punkt wird vorgetragen, es bestünden „erhebliche Zweifel", ob das belgische Vorhaben den Strukturwandel fördere, denn die Wirkung des Plans sei eher, den Verlust von Arbeitsplätzen in der Textil- und Bekleidungsindustrie zu begrenzen. Der Plan enthalte keinen Anreiz zum Abbau von Überkapazitäten oder zur Schaffung von Arbeitsplätzen in anderen Wirtschaftszweigen. Die Kommission hat sich teilweise darauf berufen, daß der Plan auf einem im Juni 1980 von der Firma McKinsey & Co. erstellten Bericht beruhe. Erforderlich sind nach diesem Bericht die Anpassung der Produktion an Trends des internationalen Marktes, die Modernisierung des Maschinenparks, die Einführung neuer Technologien, eine Diversifizierung und größere Innovationsanstrengungen. Es ist meines Erachtens nicht notwendig, im einzelnen auf diesen Bericht einzugehen, da der springende Punkt nicht ist, was in dem Bericht stand, sondern was die belgische Regierung tat.

Keines der dem Gerichtshof vorliegenden Dokumente enthält eine detaillierte Auskunft über die Formen der Umstrukturierung, denen zugestimmt werden konnte, oder die Kriterien, die von zwei Einrichtungen, denen die Befugnis zur Überprüfung von Vorhaben verliehen worden war, angewandt werden sollten, nämlich dem Institut du Textile et de la Confection de Belgique und der Société Nationale pour la Restructuration de l'Industrie de la Confection et du Textile („ITCB", „SNCT"). Auch so konnte die Kommission meiner Meinung nach zu Recht zu der Auffassung gelangen, daß die vorgezogene Wirkung des Plans darin bestand, die „Entwicklung" der belgischen Textil- und Bekleidungsindustrie im Sinne von Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c zu ermöglichen. Da die tatsächliche Wirkung des Plans sehr weitgehend von dem Tätigwerden des ITCB und der SNCT abhing, war es vorsichtig von der Kommission, den Plan nur für ein Jahr zu genehmigen und seine Auswirkungen ständig zu überprüfen. Ob-

wohl die wesentlichen Ziele des Vorhabens, wie es ausdrücklich hieß, darin bestanden, den Niedergang der Produktion aufzuhalten und Arbeitsplatzverluste zu begrenzen, ging der Plan sehr wohl davon aus, daß der Anteil der belgischen Textil- und Bekleidungsindustrie an der Gemeinschaftsproduktion insgesamt abnehmen und eine Reihe von Arbeitsplätzen verschwinden würden. Es wurde jedoch auch davon ausgegangen, daß diejenigen Arbeitsplatzverluste, die sich aus den Umstrukturierungsmaßnahmen ergeben würden, die ergriffen wurden, um die Produktivität zu erhöhen, geringer seien als diejenigen, die eintreten würden, wenn nichts unternommen würde. Unter diesen Umständen und unter Berücksichtigung der Tatsache, daß es dem ITCB und der SNCT überlassen wurde, die genaue Form der vorzunehmenden Umstrukturierung im Einzelfall zu genehmigen, erscheint mir die Behauptung, das Vorhaben habe den Strukturwandel überhaupt nicht begünstigt, zu vorschnell.

Das Vorhaben macht die Gewährung von Beihilfen nicht allein von Maßnahmen zur Erhaltung von Arbeitsplätzen abhängig. Die Erhaltung von Arbeitsplätzen war, wenn sie eintrat, ein erwünschter Vorteil, nicht jedoch das wesentliche Ziel des Plans, der die Umstrukturierung der Industrie bezweckte. Der Prozeßbevollmächtigte der deutschen Regierung sagte in der mündlichen Verhandlung, eine belgische Handelsorganisation habe sich beschwert, daß der Plan nach politischen und regionalen Kriterien durchgeführt werde. Ob dies der Fall war oder nicht — dem Gerichtshof liegen keine Beweise darüber vor —, ist für den vorliegenden Rechtsstreit nicht erheblich. Die Rechtmäßigkeit der Feststellung der Kommission ist im Hinblick auf die Umstände zu beurteilen, die zu dem Zeitpunkt vorlagen, als die Feststellung getroffen wurde, nicht im Hinblick auf spätere Ereignisse.

Der zweite Punkt, auf den der Prozeßbevollmächtigte der deutschen Regierung eingegangen ist, ist der Umstand, daß die Schwierigkeiten, denen sich die belgische Industrie gegenübersieht, nicht größer sind als diejenigen, vor denen die Textil- und Bekleidungsindustrie anderer Mitgliedstaaten steht. Belgien hat nach wie vor, was Textil- und Bekleidungserzeugnisse betrifft, eine aktive Handelsbilanz, und das Investitionsniveau pro Arbeitsplatz ist kaum geringer als in Deutschland. Bestimmte sehr wettbewerbsstarke Bereiche der belgischen Industrie sind von dem Plan nicht ausgeschlossen. Aus diesen Tatsachen ergebe sich, wie weiter ausgeführt worden ist, daß keine Notwendigkeit zu irgendeiner Beihilfe für die belgische Textil- und Bekleidungsindustrie bestehe. In der mündlichen Verhandlung ist hinzugefügt worden, daß die meisten Schwierigkeiten, denen sich die belgische Industrie gegenübersah, infolge mehrerer Abwertungen der belgischen Währung behoben worden seien und daß der Plan schon bei seinem Inkrafttreten im Jahr 1982 wie ein Anachronismus angemutet habe.

Die Kommission billigte das belgische Beihilfevorhaben mit der Einschränkung, daß die Gewährung von Beihilfen an Unternehmen, die in bestimmten Sektoren der Textil- und Bekleidungsindustrie tätig waren und mehr als 50 Personen beschäftigten (Herrenoberbekleidung, Damenstrümpfe und -strumpfhosen, Kammwarenspinnereien, Teppiche, Samt und Plüsch, Schlingengewebe und Chenille), vorher bei der Kommission angemeldet werden mußte. Der Grund dafür war, daß in diesen Sektoren entweder ernsthafte Probleme im Hinblick auf den Wettbewerb und die Überkapazität in der Gemeinschaft bestanden oder daß die belgische Industrie äußerst wett-

bewerbsfähig war und die Ausfuhren die Einfuhren überstiegen. Der Prozeßbevollmächtigte der Kommission hat erklärt, selbst wenn von einem bestimmten Sektor der Textil- und Bekleidungsindustrie gesagt werden könne, er sei relativ wettbewerbsfähig auf Gemeinschaftsniveau, so bedeute dies nicht, daß jedes in diesem Bereich tätige Unternehmen eine starke Position habe. Die Kommission habe die Lage jedes Unternehmens in den in Rede stehenden Sektoren berücksichtigen wollen. Auf diese Weise habe sie die besonderen Risiken einer Wettbewerbsverzerrung aufgrund der Gewährung von Beihilfen an diese Sektoren berücksichtigen und gleichzeitig die Diskriminierung bestimmter Unternehmen vermeiden können, die sich ergeben hätte, wenn die Gewährung von Beihilfen vollständig verboten gewesen wäre.

Hinsichtlich der im März 1982 angemeldeten Beihilferegelung verlangte die Kommission jedoch, daß mehrere von diesen Sektoren ganz von der Regelung ausgeschlossen würden, bezüglich der anderen Sektoren bestimmte sie, daß eine Voranmeldung der Beihilfegewährung nur erforderlich sei, wenn der Empfänger ein Unternehmen mit mehr als 150 Beschäftigten sei. Die veränderte Haltung der Kommission soll auf Entwicklungen beruhen, die seit ihrer ersten Entscheidung eingetreten waren. Aus diesem Grund kann der Kommission auch keine Inkonsequenz vorgeworfen werden, wenn ich auch von der gegebenen Erklärung nicht ganz überzeugt bin. Es gibt jedoch einen grundlegenderen Einwand dagegen, daß die Kommission im Jahr 1981 der Berücksichtigung dieser Sektoren in der Beihilferegelung zugestimmt hat.

Aus der von der Kommission gegebenen Schilderung der Lage, wie sie sich im Jahr 1981 darstellte, folgt, daß die Gewährung von Beihilfen für die in Rede stehenden Sektoren nicht als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen wurde. In Wirklichkeit wurde der Berücksichtigung dieser Sektoren im Rahmen der Regelung zugestimmt, damit die Beihilfe, um Diskriminierungen zu vermeiden, einer unbestimmten Anzahl von Unternehmen gewährt werden konnte, die sich in einer schwächeren Position befanden als der Sektor insgesamt.

Meines Erachtens konnte die Kommission die Gewährung von Beihilfen unter diesen Umständen von Rechts wegen nicht als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ansehen, und zwar aus folgenden Gründen: Zunächst bezieht sich Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c auf Beihilfen zur Förderung der Entwicklung von „Wirtschaftszweigen". Er bezieht sich nicht auf die Entwicklung von „Unternehmen". Folglich ist die Gesamtlage in einem gegebenen Sektor zu berücksichtigen und nicht die Lage einiger in diesem Sektor tätiger Unternehmen. Zweitens sind Beihilfen nicht schon deshalb notwendigerweise mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar, weil ihr einziger Zweck die Vermeidung mutmaßlicher Diskriminierungen ist. Artikel 92 Absatz 3 enthält die anzuwendenden Kriterien. Die Vermeidung von Diskriminierungen ist nicht darunter. Somit befand sich die Kommission insoweit im Irrtum, als sie den Beihilfen für diese Erzeugnisse der in Rede stehenden Industrie zustimmte, und selbst wenn deshalb nicht die gesamte Entscheidung für nichtig zu erklären ist, sollte sie meines Erachtens insoweit aufgehoben werden.

Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen scheint es mir bei diesem zweiten Punkt nicht darum zu gehen, ob ein Eingreifen des Staates gerechtfertigt war, sondern darum, ob eine Förderung der Entwicklung notwendig war. Die Ent-

scheidung darüber hängt meiner Meinung nach nicht davon ab, ob die Voraussetzungen von Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c erfüllt waren, sondern unterliegt der allgemeinen Ermessensausübung.

Das dritte Problem, das aufgeworfen wurde, besteht darin, daß das Vorhaben eigentlich vom Grundsatz „back the winners" ausgehen sollte, das heißt, daß nur potentiell wettbewerbsfähige Unternehmen unterstützt werden sollten, die allgemeine Natur des Vorhabens und das Fehlen von Richtlinien über die Umstrukturierung jedoch dazu im Widerspruch stehen und es der Kommission unmöglich machen sicherzustellen, daß nur wettbewerbsfähige Unternehmen Beihilfe erhalten. Die Kommission ist der Auffassung, daß der Grundsatz „back the winners" sich aus dem Erfordernis ergibt, daß die Beihilfe die Entwicklung „fördern" soll. Sie führt aus, die finanzielle Unterstützung werde nach dem Plan nicht unterschiedslos, sondern selektiv auf der Grundlage eines von dem antragstellenden Unternehmen vorgelegten Umstrukturierungsprogramms gewährt. Die belgische Regierung hatte nachdrücklich darauf hingewiesen, daß Beihilfen nur solchen Unternehmen gewährt würden, bei denen die Möglichkeit bestehe, daß sie aufgrund einer Umstrukturierung wirtschaftlich lebensfähig und rentabel würden. Dies wird im einzelnen in einer Anlage zu einem Arbeitspapier vom 10. September 1981 erläutert, das als Grundlage für die Ausführungen der belgischen Delegation in der multilateralen Sitzung vom 17. September 1981 dienen sollte.

„Auf den Gewinner zu setzen", ist in diesem Zusammenhang mindestens ebenso schwierig wie beim Pferderennen. Auch deshalb war die Kommission meines Erachtens zu Recht der Auffassung, daß von einer Beihilfe nur dann gesagt werden kann, sie diene der Förderung der Entwicklung im Sinne von Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c, wenn die Empfänger dieser Beihilfe wenigstens potentiell wettbewerbsfähig sind. Die Gewährung von Beihilfen an Unternehmen, die langfristig wirtschaftlich nicht lebensfähig sind, kann nicht zur Entwicklung der Wirtschaftszweige führen, in denen sie tätig sind. Im vorliegenden Fall konnte die Kommission mit Recht erwarten, daß der belgische Plan im Ergebnis zur Unterstützung potentiell wettbewerbsfähiger Industrien führen würde. Ich glaube nicht, daß die für die Überwachung der Anwendung des Plans getroffene Regelung so beschaffen ist, daß die Kommission ihr nicht zustimmen konnte.

Der vierte Punkt ist der, daß die Beihilfe degressiv sein sollte, um sicherzustellen, daß die Finanzhilfe die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens erhöht, daß in dem Plan jedoch keine dahin gehende Bestimmung enthalten ist. Auch die Kommission ist der Auffassung, daß Beihilfen der hier in Rede stehenden Art zeitlich begrenzt und degressiv sein müssen, weil sie anderenfalls lediglich der Finanzierung des Betriebs eines Unternehmens, nicht dagegen seiner Umstrukturierung dienen würden. Die Kommission hielt es nicht für notwendig, auf einer degressiven Gewährung zu bestehen, da sie den Plan nur für ein Jahr genehmigte. Ihrem Vorbringen nach ist die Frage der Degressivität in einem zeitlich so eng begrenzten Programm von nicht so großer Bedeutung. Ferner trage die gewählte Beihilfeform eine Degression in sich.

Abgesehen davon, daß der Wert des Zinszuschusses im Laufe der Zeit in dem Maße abnahm, in dem das Kapital zurückgezahlt wurde, gibt es keinen Hinweis darauf, daß die Beihilfen nach dem belgischen Vorhaben in degressiver Form gewährt wurden. Der Umstand, daß ein Teil der Beihilfe in Form einer Aktien-

kapitaleinlage gewährt wurde, macht es schwierig, eine Degressivität vorzusehen, außer wenn bestimmt wird, daß das Aktienkapital zu bestimmten Terminen zurückzuzahlen ist, was im vorliegenden Fall wohl nicht geschehen ist. Andererseits halte ich die Degressivität nicht für eine wesentliche Bedingung einer Genehmigung für einen kurzen Zeitraum. Als der Plan für die restlichen vier Jahre überprüft wurde, haben sicher andere Erwägungen Platz gegriffen. Ich glaube nicht, daß die Kommission bei ihrer Entscheidung über diesen Punkt einen wesentlichen Fehler gemacht hat.

Der fünfte Punkt ist der, daß bei zu hohen staatlichen Beihilfen die Gefahr besteht, daß Unternehmen, die in ihren Genuß kommen, keine rein kommerziellen Entscheidungen mehr treffen, sondern daß durch die Beihilfe lediglich der Status quo aufrecht erhalten wird. Folglich ist es wesentlich, daß der größere Teil der Finanzierung jeder Restrukturierung von dem Unternehmen selbst getragen wird, wenn Investitionen auf der Grundlage verantwortlicher unternehmerischer Entscheidungen gemacht werden sollen. Auch die Kommission ist der Meinung, daß die Unternehmen sich soweit wie möglich aus eigenen Kräften der wirtschaftlichen Lage anpassen müssen. Deshalb müsse die „Beihilfeintensität" sich auf das zur Förderung der Entwicklung unbedingt Notwendige beschränken. Die Parteien streiten über die korrekte Methode zur Berechnung der Beihilfeintensität des Plans. Meines Erachtens ist es nicht nötig, diese Frage weiterzuverfolgen. Diese zwischen den Parteien umstrittene Frage kann nicht einfach mit Ja oder Nein beantwortet werden. Ob die Intensität einer Beihilfe zu groß ist, ist eine Frage des Grades und somit ein Gegenstand, der in den Ermessensspielraum der Kommission fällt.

Nach Artikel 92 Absatz 3 darf die Beihilfe die Handelsbedingungen nicht „in einer Weise" verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. In der Rechtssache 47/69 *(Frankreich/Kommission,* Slg. 1970, 487) hat der Gerichtshof den Standpunkt vertreten, daß dies nur die Prüfung erforderlich macht, ob die Handelsbedingungen dergestalt verändert wurden, nicht jedoch voraussetzt, daß die dem gemeinsamen Interesse widersprechenden Wirkungen gegen die Vorteile aus der beabsichtigten Beihilfe abgewogen werden.

Die deutsche Regierung macht geltend, da die Bekleidungs- und Textilindustrie in allen Mitgliedstaaten unter einer stagnierenden Nachfrage leide, verschaffe der belgische Plan der belgischen Industrie einen künstlichen und ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu Lasten der Textil- und Bekleidungsindustrien der übrigen Mitgliedstaaten, die keine Beihilfen erhielten. Dies werde zur Aufrechterhaltung von Arbeitsplätzen in Belgien zu Lasten der übrigen Mitgliedstaaten führen und das wirtschaftliche Problem der Textil- und Bekleidungsindustrie lediglich von einem Mitgliedstaat in einen anderen verlagern. In der mündlichen Verhandlung ist vorgetragen worden, im Jahre 1983 seien in der deutschen Textil- und Bekleidungsindustrie 1 400 Arbeitsplätze mehr verlorengegangen als erwartet worden sei. Die dem Gerichtshof zugänglichen Informationen reichen jedoch nicht aus, dies unmittelbar dem belgischen Plan zuzuschreiben. Die deutsche Regierung fürchtet ferner, es könne zu einer Vervielfachung nationaler Beihilferegelungen im Textil- und Bekleidungssektor kommen.

Die Kommission trägt zu ihrer Verteidigung vor, die Umstrukturierung der Textil- und Bekleidungsindustrie sei für das gemeinsame Interesse sehr wichtig, und das belgische Vorhaben bilde in der von

der Kommission genehmigten Form und in seiner Begrenzung auf die Dauer nur eines Jahres einen wirksamen Beitrag zur Umstrukturierung der belgischen Industrie, es diene daher dem gemeinsamen Interesse. Dennoch habe sie, die Kommission, die Genehmigung des Vorhabens von zahlreichen Bedingungen abhängig gemacht, durch die habe sichergestellt werden sollen, daß die Handelsbeziehungen nicht in einer Weise verändert würden, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderliefern:

1. Andere als die in dem Plan vorgesehene Formen von Beihilfe durften nicht angewandt werden,
2. die Produktion von Synthetikfasern und -garnen war ausgeschlossen,
3. die bestimmten Sektoren gewährte Beihilfe unterlag einer vorherigen Prüfung und Genehmigung durch die Kommission.

Einige Stellen in dem Schreiben vom 18. November 1981 scheinen darauf hinzuweisen, daß die Kommission die nachteiligen Wirkungen des Planes für das allgemeine Interesse gegen die Vorteile für die belgische Wirtschaft abwog, obwohl sie schließlich davon überzeugt war, daß die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändert würden, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderlief. Dies würde die Entscheidung der Kommission nicht unbedingt ungültig machen, wenn das Vorhaben in der genehmigten Form nicht ohnehin dem allgemeinen Interesse zuwiderlaufen würde.

Zusammenfassend geht das Vorbringen der deutschen Regierung dahin, daß ein Beihilfeplan, den ein Mitgliedstaat zur Förderung der Entwicklung eines bestimmten Industriesektors aufstellt, dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, weil er (1) diesem Sektor der nationalen Industrie einen Wettbewerbsvorteil verschafft, (2) die wirtschaftlichen Probleme der Industrie in den übrigen Mitgliedstaaten verschärft und (3) andere Mitgliedstaaten zur Aufstellung ähnlicher Beihilfeprogramme ermuntert.

Das letzte Argument ist ein allgemeines Argument, das, wenn es richtig wäre, die Genehmigung jedweder Beihilfe nach Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c unmöglich machen würde. Die besondere Kritik der deutschen Regierung an dem Plan bezieht sich im wesentlichen auf die Höhe der gewährten Finanzhilfe und das Fehlen geeigneter Mittel zur Kontrolle der Durchführung des Plans. Hinsichtlich des ersten Punktes war die Feststellung der Kommission über den Umfang des Beihilfeplans unrichtig, da sie meines Erachtens zu Unrecht die Kapitaleinlagen aus ihren Erwägungen ausklammerte mit der Begründung, daß diese keine „Beihilfen" seien. Dagegen beeinträchtigt der Umstand, daß die Kommission die Durchführung des Vorhabens angeblich nicht in angemessener Weise überprüft hat, meines Erachtens nicht die Vereinbarkeit des Vorhabens selbst mit dem allgemeinen Interesse. Es ist dies ein Gegenstand, der der Ausübung des Ermessens der Kommission bei der Entscheidung darüber, ob ein Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, und seiner ständigen Überprüfung unterliegt.

Zusätzlich muß ich noch darauf hinweisen, daß viele Einzelprobleme erörtert worden sind, die meines Erachtens im wesentlichen für die Kommission, nicht jedoch für den Gerichtshof von Bedeutung sind.

Abschließend bin ich der Auffassung, daß die Entscheidung der Kommission, die das Vorhaben gemäß Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar hielt, abgesehen von Verfahrensfehlern, für nichtig zu erklären ist, weil die Kommission Artikel 92 Absatz 1 im Hinblick auf die in dem

Plan vorgesehenen Kapitaleinlagen unrichtig ausgelegt hat. Andernfalls sollte der Teil der Genehmigung, der sich auf die vorgenannten besonderen Sektoren bezieht, für nichtig erklärt werden. Abgesehen von diesen Punkten bin ich nicht davon überzeugt, daß der Kommission bei der Ausübung ihres allgemeinen Ermessens ein darüber hinausgehender Ermessensmißbrauch oder offensichtlicher Irrtum zur Last fällt.

Es bleibt der auf Artikel 175 gestützte Hilfsantrag der deutschen Regierung zu prüfen. Nach dieser Vorschrift kann Klage erhoben werden, wenn (1) das beklagte Organ aufgefordert worden ist, tätig zu werden, und (2) es binnen zwei Monaten nicht Stellung genommen hat. Im vorliegenden Fall wird vorgetragen, daß die Kommission während des Zusammentreffens zwischen dem Bundesminister für Wirtschaft und dem für Wettbewerbsangelegenheiten zuständigen Kommissar am 4. Dezember 1981 aufgefordert worden sei, tätig zu werden. Die deutsche Regierung räumt ein, daß bei diesem Zusammentreffen keine ausdrückliche Aufforderung, tätig zu werden, ausgesprochen wurde: Es entspreche diplomatischen Gepflogenheiten, derartige Aufforderungen in verschleierte Formulierungen zu kleiden. Meines Erachtens reicht dies aus, um den Antrag als unzulässig abzuweisen. Ob nun eine Aufforderung, tätig zu werden, schriftlich zu erfolgen hat, wie manche meinen (z. B. Bebr, Development of Judicial Control of the European Communities, S. 166, und Schermers, Judicial Protection in the European Communities, 3. Auflage, Paragraph 333), was meines Erachtens die allgemeine Regel sein sollte, oder ob dies nicht erforderlich ist, sie muß jedenfalls hinreichend klar ausgesprochen werden, um das beklagte Organ darauf aufmerksam zu machen, daß es im Sinne von Artikel 175 aufgefordert wird, tätig zu werden. Auf der Grundlage des eigenen Vorbringens der deutschen Regierung kann nicht gesagt werden, daß dies der Fall gewesen sei. Jedenfalls unterrichtet die Kommission die deutsche Regierung mit Schreiben vom 7. Januar 1982 von ihrer Entscheidung über das belgische Vorhaben. Die zweite Voraussetzung für die Zulässigkeit von Klagen gemäß Artikel 175 war deshalb nicht erfüllt. Dieser Antrag ist folglich zurückzuweisen. Die deutsche Regierung konnte ihre Rechtsposition immer noch durch Erhebung einer Nichtigkeitsklage wahren, was sie auch tatsächlich getan hat.

Nichtsdestoweniger bin ich der Auffassung, daß die Entscheidung der Kommission aus den angegebenen Gründen aufzuheben ist und daß der Kommission die Kosten auferlegt werden sollten.