



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA



Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Università degli Studi di Padova - Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN: Giurisprudenza

CICLO XXXVI

Julius-Maximilian-Universität Würzburg - Juristische Fakultät

Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht

***Die private Durchsetzung des europäischen Beihilfenrechts vor den
nationalen Gerichten:
ein deutsch-italienischer Rechtsvergleich***

Coordinatore: Ch.ma Prof.ssa Paola Lambrini

Supervisore: Ch.mo Prof. Bernardo Cortese

Co-Supervisore: Ch.mo Prof. Florian Bien

Dottorando: Raffaele Palermo

Riassunto

Nell'ambito della strategia di modernizzazione del diritto europeo degli aiuti di Stato (COM 2012/209), che si pone l'obiettivo di contribuire all'interno del mercato unico alla transizione verso un sistema economico intelligente, sostenibile e integrato, si asserisce non solo la necessità di garantire, da parte degli Stati Membri, aiuti con un effetto distorsivo ridotto sulla concorrenza, ma si evidenzia altresì l'esigenza di condurre un controllo sugli stessi più mirato e capillare. Sotto questo profilo, come già più volte emerso dall'addentellato giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (C-354/90 *FNCE*, C-39/94 *SFEI*, C-199/06 *CELF et al.*), si distingue da un lato la competenza esclusiva della Commissione, il cui compito precipuo è quello di verificare la possibile sussunzione del provvedimento statale di sostegno nel concetto di aiuto di cui all'art. 107 TFUE e di accertarne conseguentemente la compatibilità con il mercato interno. Dall'altro lato, in misura complementare rispetto a quest'ultima, viene riconosciuto ai giudici nazionali il ruolo di salvaguardare la diretta applicabilità e dunque l'*effet utile* del divieto di cui all'art. 108 par. 3, terzo periodo, TFUE, essendo così essi chiamati a trarre tutte le conseguenze di una violazione dello stesso, laddove l'aiuto nuovo non sia stato previamente notificato alla Commissione o comunque anticipatamente erogato, circostanza, questa, che già sancisce l'illegalità dell'aiuto, ancora prima dell'esame di compatibilità di cui all'art. 107 TFUE. In questo sistema decentralizzato, seppur in misura minore rispetto al *private enforcement* degli artt. 101 e 102 TFUE alla luce del reg. 1/2003, sono pertanto i singoli, concorrenti del beneficiario dell'aiuto, a far valere dinanzi al giudice nazionale la violazione dell'obbligo di *standstill* ex art. 108 par. 3, terzo periodo, TFUE e richiedere conseguentemente, quale *petitum* dell'azione principale o anche solo come provvedimento cautelare, la sospensione dell'erogazione dell'aiuto o, laddove già in corso, il recupero delle somme già versate, sino alla decisione finale della Commissione ex art. 4 parr. 2 e 3 e art. 9 reg. 1589/2015.

La questione alla base della tesi di dottorato, corroborata anche da alcuni dati della Commissione sul tema, concerne il raro ricorso da parte dei singoli al *private enforcement* nel caso di aiuti non notificati, prediligendo piuttosto una denuncia diretta alla Commissione ex art. 24 par. 2 reg. 1589/2015: questa situazione potrebbe persino creare un cortocircuito nell'aspirazione

decentralizzante di cui sopra, che ha sperimentato, tra l'altro, l'emanazione del regolamento 651/2014 *GBER*, in base al quale, alla luce delle fattispecie generali e astratte categorizzate, sono poi i giudici nazionali, nel caso concreto, a dover verificare il soddisfacimento delle condizioni ivi previste da cui scaturisce la compatibilità della misura così come l'esenzione dalla notifica, sollevando la Commissione dall'esame di aiuti con un impatto minore o infimo sulla concorrenza. Una siffatta domanda di fondo si innesta su un tema apparentemente più generale e caratteristico del diritto costituzionale, ossia il rapporto tra regolazione, legislazione e giurisdizione: al classico assetto della separazione dei poteri, segnato dagli ultimi due termini della tripartizione, si è aggiunto negli ultimi decenni un aspetto ulteriore, invalso nella attuale cd. tecno-economia, in cui alle norme generali e astratte si avvicendano le regole, intese come disposizioni concrete e speciali da applicarsi per determinate situazioni di fatto e sovente emanazione delle autorità amministrative indipendenti, le quali sono chiamate, non a caso, a regolare il sistema economico, incarnando in sé i tratti del potere giudiziario e di quello legislativo, così mettendo talvolta in discussione il principio di separazione dei poteri.

Il presente progetto intende avvalersi di siffatti presupposti per analizzare le carenze che affliggono il *private enforcement* dell'art. 108 par. 3 TFUE con uno sguardo comparatistico agli ordinamenti italiano e tedesco e il riferimento all'evoluzione nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, oggetto di ricerca preferenziale presso la suddetta cattedra. Ai fini del presente elaborato la Repubblica Federale di Germania assume una posizione centrale per ricondurre la summenzionata tripartizione tra regolazione, legislazione e giurisdizione al dibattito dottrinale sul *private enforcement* dell'art. 108 par. 3 TFUE e proiettarla sul piano europeo, dal momento che le Corti tedesche di merito e di legittimità, sia della giurisdizione ordinaria sia di quella amministrativa, hanno cercato di salvaguardare l'autonomia procedurale e l'esercizio dei poteri discrezionali, accompagnati dalle garanzie tipiche del sistema giudiziario, di fronte agli atti di una autorità amministrativa indipendente, *rectius* dinanzi alla decisione provvisoria di apertura di un procedimento di indagine formale sulla misura di aiuto notificata ex art. 4 par. 4 reg. 1589/2015 da parte della Commissione. Da un lato essa è sempre più assurta negli ultimi anni a legislatore *de facto* nel diritto della concorrenza e degli aiuti di Stato, grazie al ricorso a strumenti originariamente di *soft law* quali Comunicazioni e Linee Guida, i quali in realtà imprimono una determinata direzione alle politiche di concorrenza e non possono essere considerati privi di qualsivoglia effetto legale, al contrario, come dimostrato dalle diverse Comunicazioni annesse al reg. 1/2003 e dalla Comunicazione sul *private enforcement* in materia di aiuti di Stato (2009/C

85/01), essi influiscono notevolmente sull'azione e di conseguenza sulle decisioni non solo e non tanto delle autorità amministrative indipendenti quanto piuttosto dei giudici nazionali, così in parte indebolendo il sistema di contrappesi istituzionali predisposto dal Trattato FUE.

Dall'altro lato l'interesse del progetto si concentra sulle decisioni provvisorie della Commissione a seguito dell'esame preliminare della presunta misura d'aiuto ex art. 4 reg. 1589/2015 ed in particolar modo sul quarto paragrafo della norma in oggetto nonché sulla sua eventuale vincolatività nei confronti dei giudici nazionali. Dapprima la Corte Suprema Federale nel caso *Flughafen Lübeck (BGH I ZR 91/15)* e successivamente il Tribunale Amministrativo Federale nel caso *Kletterhalle Magic Mountain (BVerwG 10 C 3/15)* hanno negato un'efficacia vincolante totale di siffatte decisioni della Commissione nei confronti dei giudici nazionali: si tratterebbe in primo luogo di statuizioni provvisorie da sottoporre ad un ulteriore esame ex art. 9 reg. 1589/2015, le quali dunque non potrebbero costituire motivo portante di una sentenza definitiva con valore di giudicato; inoltre la decisione ai sensi dell'art. 4 par. 4 reg. 1589/2015 costituirebbe una mera decisione procedimentale, con la conseguenza che i giudici nazionali sarebbero eventualmente vincolati al solo tenore della decisione e non anche invece alle sue motivazioni, dal momento che queste ultime non potrebbero essere considerate portanti. L'asserita assenza di un vincolo normativo bensì solo interpretativo e quindi l'auspicata riserva a favore dei giudici nazionali di un margine d'azione nell'interpretare il concetto di aiuto con riferimento alla fattispecie concreta al fine di valutare la necessità e l'adeguatezza dei provvedimenti per la salvaguardia dell'applicazione divieto di cui all'art. 108 par. 3, terzo periodo, TFUE, non mirano precipuamente a ledere la primazia degli articoli 107 e 108 TFUE così come il monopolio della Commissione sull'esame di compatibilità delle misure statali di sostegno, ponendosi ciononostante in contrasto con la stessa giurisprudenza della CGUE che aveva affermato nelle stesse fattispecie (*C-284/12 Deutsche Lufthansa*, *C-27/13 Flughafen Lübeck*) la necessità di una statuizione del giudice nazionale non contraddittoria rispetto alla decisione ex art. 4 par. 4 reg. 1589/2015 per non compromettere l'*effet utile* dell'art. 108 par. 3 TFUE, bensì intendono evidenziare un cooperazione carente e spesso unilaterale tra istanze nazionali ed europee. Il presente progetto eleva tale ultima questione a punto di snodo della ricerca nonché a parziale risposta della domanda di fondo posta all'inizio: un ricorso rafforzato agli strumenti di cooperazione e dialogo tra giudici nazionali e Commissione ex art. 29 reg. 1589/2015 da un lato e tra i primi e la CGUE ai sensi dell'art. 267 TFUE tramite domanda pregiudiziale dall'altro, anche alla luce del principio di leale collaborazione ex art. 4 TUE, consentirebbe una applicazione ancora più uniforme del diritto UE degli aiuti di Stato

nonché un controllo capillare e decentralizzato sulle diverse misure di sostegno, anche in virtù della *ratio legis* ispiratrice del reg. 651/2014 *GBER* e riconoscerebbe le differenti funzioni esercitate dall'autorità giudiziaria e dall'autorità amministrativa, come peraltro già la Corte di Cassazione aveva sostenuto attraverso una posizione sulla vincolatività non dissimile da quella delle Corti federali tedesche ma riguardante il *White Paper* sul risarcimento del danno per violazione della normativa UE sulla concorrenza. L'autorità amministrativa agisce infatti in un'ottica pubblicistica per la tutela della concorrenza, i giudici nazionali al contrario salvaguardano principalmente il singolo dal pregiudizio subito a seguito della violazione della norma, come chiaramente dimostrato dal fatto che nel diritto tedesco il divieto di cui all'art. 108 par. 3 TFUE viene considerato *Schutzgesetz* ai sensi del § 823.2 BGB e § 3a UWG: a tal fine i giudici nazionali garantiscono il principio del contraddittorio tra le parti del processo nonché un esame compiuto di ogni questione sollevata e infine dell'intera fattispecie concreta, non essendo loro consentita una determinazione di *non liquet*. Considerando allora che l'esame preliminare di una misura notificata ex art. 4 reg. 1589/2015 non contempla la partecipazione né del beneficiario del presunto aiuto né del suo concorrente, essendo invece tale prerogativa garantita all'interno di un procedimento dinanzi al giudice nazionale e potendo la stessa far emergere questioni di fatto non considerate durante il procedimento condotto dalla Commissione ed eventualmente decisive ai fini della sussunzione della fattispecie concreta nel concetto di aiuto ex art. 107 TFUE e quindi di un'applicazione priva di conflitti interpretativi, risulta a maggior ragione indefettibile l'utilizzo e, in una prospettiva *de iure condendo*, il rafforzamento degli strumenti di cooperazione di cui all'art. 29 reg. 1589/2015, anche alla luce del fatto che il diritto processuale civile degli Stati membri spesso non contempla il ruolo neutrale di *amicus curiae* bensì quello di interveniente terzo o a favore di una delle parti, non rispondente però allo scopo della norma citata. Da ultimo, una maggiore attenzione sugli strumenti di collaborazione tra istanze nazionali ed europee e non invece sulla mera vincolatività delle decisioni di un'autorità amministrativa nei confronti dei giudici nazionali così come un deciso bilanciamento nell'emanazione di strumenti di *soft law*, destinati spesso a produrre effetti *ultra vires*, consoliderebbe altresì la funzione della CGUE e dello strumento di dialogo per eccellenza, ossia il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE sull'interpretazione dei Trattati nonché degli atti delle Istituzioni, ristabilendo non solo quel ruolo centrale che le spetta, diversamente dai giudici nazionali, di valutazione degli accertamenti di fatto nonché delle valutazioni economiche della Commissione, ma anche rinvigorendo un processo dinamico di

formazione del diritto vivente nel settore della concorrenza e degli aiuti di Stato aperto alle istanze amministrative e giurisdizionali sia nazionali che europee.

INHALTSVERZEICHNIS

1. Einleitung

1.1. Überblick über die Grundzüge der Durchsetzung des Beihilferechts...1

1.2. Gang der Untersuchung... 7

2. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten: die Rolle der Beschlüsse nach Art. 4 Abs. 4 BVVO und deren Bindungswirkung in Gerichtsverfahren

2.1 Die Grundzüge der Zuständigkeitsverteilung anhand der EuGH-Rechtsprechung... 10

2.1.1 Die Zuständigkeitsverteilung auf dem Gebiet der beihilferechtlichen einstweiliger Maßnahmen... 13

2.1.2 Die Zuständigkeitsverteilung aus dem Blickwinkel der Rolle der Einzelnen... 30

2.1.3 Der Eröffnungsbeschluss nach Art. 4 Abs. 4 BVVO... 37

2.2 Die Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses... 45

2.2.1 Die Verfahren um die Beihilfengewährung zugunsten Billigfluggesellschaften... 47

2.2.2 Die Bindungswirkung im Kartellrecht: die *Masterfoods*-Rechtsprechung... 52

2.2.3 Urteile nationaler Gerichte über die Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses... 63

2.3 Das *Lufthansa*-Urteil... 72

1. Einleitung

1.1 Überblick über die Grundzüge der Durchsetzung des Beihilferechts

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem europäischen Beihilfenrecht und namentlich mit dessen privaten Durchsetzung vor den nationalen Gerichten. Das Beihilferecht bildet einen zentralen Bestandteil des europäischen Wettbewerbsrecht¹ und gewinnt eine ständig zunehmende Rolle in den wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten, Unternehmen und europäischen Institutionen anhand der bevorstehenden sozialen, wirtschaftlichen und geopolitischen Herausforderungen². Die staatlichen Beihilfen zugunsten bestimmter Unternehmen können zwar aus einer rein nationalen - und häufig kurzfristigen - Sichtweise die Entwicklung bestimmter wirtschaftlicher und industrieller Unternehmen und Sektoren angesichts weltweiter Herausforderungen fördern, zugleich kann eine derartige finanzielle Unterstützung den Wettbewerb zwischen Unternehmen und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes schwer beeinträchtigen. Aus diesem Grund sind staatliche Beihilfen gemäß Art. 107 AEUV Abs. 1 unbeschadet der Legal- und Ermessensausnahmen jeweils gemäß Abs. 2 und Abs. 3 grundsätzlich unvereinbar mit dem Binnenmarkt und dementsprechend auch verboten³.

Das vorausgesetzt zielt diese Arbeit hauptsächlich darauf ab, die Verhältnisse und die Reichweite der privaten Durchsetzung des Beihilfenrechts auszuloten und zu erhellen, die sich auf der Grundlage Art. 108 Abs. 3 AEUV entwickeln. In erster Stelle

¹ In der Struktur des AEUV sind die beihilferechtlichen Vorschriften nämlich in dem Titel VII über *Gemeinsame Regeln betreffend Wettbewerb, Steuerfragen und Angleichung der Rechtsvorschriften* und insbesondere in dem Kapitel 1 über *Wettbewerbsregeln* unter den Artikeln von 107 bis 109 AEUV und mit Bezug auf der beihilferechtlich relevanten Konstellationen der Daseinsvorsorge unter Art. 106 Abs. 2 AEUV enthalten.

² Diesbezüglich verweist man auf die Studie von dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss „*What ways and means for a real strategic autonomy of the EU in the economic field?*“ v. 10.11.2023, in der man unterstreicht, dass „*the paradigm is shifting towards a scenario in which directing, bolstering, and subsidising investments in specific sectors, economic regions, or countries is the new norm [what] presents significant challenges to upholding the principles that underpin the single market, but possibly also EU economic convergence and integration*“. Zu den Herausforderungen für den Binnenmarkt und die Rolle des Beihilferechts betonend auch LETTA, *Much more than a market*, 2024, zugänglich unter <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>.

³ Für eine ausführliche Analyse der materiellen Aspekte des Beihilferechts verweist man auf BARTOSCH, *EU-Beihilfenrecht*, 2020 und auf SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.) *Wettbewerbsrecht – Beihilfenrecht*, MüKO, Band 5, 2022 und auf die darin enthaltenen weiteren Nachweise.

muss man diesbezüglich betonen, dass die Durchsetzung des Unionsrechts in seiner Gesamtheit seit der Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl aufgrund der völkerrechtlichen Ausprägung dieses Rechtsgebiet ein besonders komplexes Thema dargestellt hat, dass heutzutage immer noch die europäische Institutionen sowie die mitgliedstaatlichen Organe und im Allgemeinen die Rechtsanwender beschäftigt. Die Frage um die Durchsetzung des Unionsrechts gewinnt insofern an Bedeutung, als das Revolutionierende⁴ des Gefüges des europäischen Rechtsordnung darin zu erkennen ist, dass der Rechtssetzungsprozess zwischen Unions- und nationaler Staatsgewalt derart verteilt ist⁵, dass sich die Durchsetzung des Unionsrechts durch eine Mehrebenenverlagerung der Zuständigkeiten als mehrspurig erweist. Das ist im Bereich des Wettbewerbsrecht und umso mehr auf dem Gebiet des Beihilferechts besonders auffällig, weil das Unionsebene sowohl die Phase der Zielsetzung und der Gesetzgebung auch durch Verordnungen und Leitlinien sowie diejenige der Rechtsanwendung für sich in Anspruch genommen hat⁶, sodass eine dafür zuständige Unionsverwaltung errichtet wurde, die durch ihre Maßnahme direkt in das Konkurrenzgeschehen eingreifen kann⁷, nämlich die Kommission⁸.

Bevor man weiter über die Merkmale des Systems der Beihilfekontrolle und deren Verhältnisse mit dem Thema der Durchsetzung ergründet, muss man auch unterstreichen, dass eine effektive Durchdringung bzw. Durchsetzung des Unionsrechts auf nationaler Ebene in den siebenzig Jahren der Geschichte des Unionsrechts hauptsächlich durch die Rechtsprechung des EuGH erfolgt ist. Den Auftakt für eine

⁴ PESCATORE, *EuR*, 1970, 307 (309).

⁵ Dazu mustergültig PESCATORE, 1970, ebd., der unter Rechtsetzungsprozess die Phase der Gesetzgebung, diejenige der Rechtsanwendung sowie die darauffolgende des Vollzug als „zwangsweise Durchsetzung“ versteht. Während durch die erste „die Rechtsregel formell entstanden ist“, gewinnt durch die zweite an „sozialer Wirksamkeit“ mittels der Verwaltung und der Gerichtsbarkeit und letztens durch stellt der Vollzug ihre „soziale Entfaltung [...] bis zu ihren letzten Konsequenzen sicher. Der Autor weist auch darauf hin, dass „die Verlagerung der Zuständigkeiten nicht überall einheitlich nach demselben Muster durchgeführt“ wird, sondern unterscheidet sich je nach Rechtsgebiete.

⁶ PESCATORE, 1970, a.a.O., 311.

⁷ PESCATORE, 1970, ebd.

⁸ In diesem Sinne WILMAN, 2015, 4 und 6, 1.01-1.03, der bestimmte Grenzen zu einer zentralisierten Durchsetzung des Unionsrechts anerkennt. Einerseits würde aus einer rechtlichen Perspektive eine quasi verbreitete Durchsetzung auch mittels des Vertragsverletzung- nach Art. 258 ff. AEUV, des Nichtigkeits- nach Art. 263 AEUV und des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV steuern „*the vast potential resources of the general European population [in order] to supplement the Commission in its efforts to secure the uniform and effective application of EU law*“, unter Berücksichtigung davon, dass die Kommission in der Regel nicht als „*a kind of super enforcement authority*“ handeln kann.

derartige Entwicklung bildeten einerseits das *Van-Gend-en-Loos-Urteil*, das zum ersten Mal den für die Effektivität des Unionsrechts unentbehrlichen Grundsatz der unmittelbaren Wirkung, wonach das EU-Recht nicht nur den Mitgliedstaaten, sondern auch den Einzelnen Verpflichtungen auferlegt und vor allem Rechte verleiht, solange seine Vorschriften hinreichend klar, eindeutig und uneingeschränkt sind⁹. Durch diese Rechtsprechung hat der EuGH insofern die Grundlage für die private Durchsetzung des Unionsrechts gesetzt¹⁰, als er die Einzelnen zur Geltendmachung einer Verletzung ihrer aus dem Unionsrecht herrührenden Rechte ermächtigt hat. Andererseits sticht auch das wohl berühmte *Costa/Enel-Urteil*¹¹ aus zwei Sichtweisen hervor. Zum einen behauptet der EuGH, dass die Übertragung von Hoheitsrechte der Mitgliedstaaten auf die Union und die Beschränkung ihrer Souveränitätsrechte daran hindert, dass die Mitgliedstaaten nachträgliche einseitige Maßnahmen erlassen, die den unionsrechtlichen Normen ihrer Wirksamkeit berauben können¹². Der Vorrang des Unionsrechts sorgt dann dafür, dass solche nationale zuwiderlaufende Maßnahmen nicht der Anwendbarkeit des Unionsrecht entgegenstehen, was die Ziele der Verträge und die Rechtsgrundlage der Union entkräften könnte, sondern, dass die Mitgliedstaaten weiterhin ihren unbedingten Verpflichtungen nachkommen¹³.

Dieses Urteil erweist sich allerdings auch im Bereich des Beihilferechts als besonders relevant, weil es sich mit der Auslegung des Art. 108 AEUV befasst. Der EuGH stellt fest, dass sich die Mitgliedstaaten der unbedingten Verpflichtung unterworfen haben, die Kommission rechtzeitig vor der Einführung der Maßnahme zu unterrichten, und sie ist ihrerseits verpflichtet, die Prüfung solcher Maßnahme vorzunehmen¹⁴. Was jedoch auffällt, ist die Tatsache, dass der EuGH unaufgefordert und

⁹ EuGH-Urt. v. 05.02.1963 in Rs. C-26/62 *N.V. Algemene Transport- En Expeditie Onderneming Van Gend en Loos/Niederlaendische Finanzverwaltung („Van Gend en Loos“)*, EU:C:1963:1, S. 25, wonach „die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechtes darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die einzelnen sind“.

¹⁰ Dazu auch WILMAN, 2015, a.a.O., 4, 1.01, der dadurch die Einzelnen als „*private attorneys general*“ ansieht.

¹¹ EuGH-Urt. v. 15.07.1964 in Rs. C-6/64 *Flaminio Costa/ENEL („Costa/Enel“)*, EU:C:1964:66. Man will hier in Erinnerung rufen, dass sich dieses Jahr die Urteilsfindung zum 60. Mal jährt und gelegentlich verweist man auf einen interessanten Aufsatz von ARENA, *EJIL*, 2019, 1017 ff., der sich mit der Ursprung des Urteils befasst.

¹² EuGH-Urt. C-6/64 *Costa/Enel*, S. 1269.

¹³ EuGH-Urt. C-6/64 *Costa/Enel*, S. 1269 f.

gegen die Auffassung des Generalanwalts¹⁵ in einem *obiter dictum* zum ersten Mal behauptet hat, dass der letzte Satz von Art. 108 Abs. 3 AEUV Rechte der Einzelnen begründet¹⁶ und daher i. S. v. der *Van-Gend-en-Loos*-Rechtsprechung unmittelbar wirkend ist. Man zeichnen sich dann aus dieser und vor allem in der darauffolgenden¹⁷ Rechtsprechung, die Hauptgegenstand der Analyse dieser Arbeit darstellen wird, eindeutig die in dem AEUV festgesetzten Merkmale der Beihilfekontrolle. Auf der einen Seite kommt der Kommission eine ausschließliche Zuständigkeit zur Auslegung und Anwendung des Art. 107 AEUV und vor allem zur Vereinbarkeitsprüfung zu. Das ist, wie der Generalanwalt Lagrange in den Schlussanträgen zum *Costa/Enel*-Fall hervorgehoben hat, auf die Tatsache zurückzuführen, dass die Vereinbarkeitsprüfung komplexe wirtschaftliche und aus Sicht einer gewährenden Stelle auch heikle Beurteilungen über die Gestaltung einer Maßnahme umfasst. Das ist dann als maximale Ausprägung der Supranationalität¹⁸ insofern zu betrachten, als die Überprüfung einer Maßnahme grundsätzlich *ex ante* und zwar vor ihrer Einführung stattfinden soll und dann gegen die aufgrund einer verfrühten Einführung veranlasste Wettbewerbsverzerrung ein Stillstand-Gebot verhängt¹⁹.

Auf der anderen Seite spielen die nationalen Gerichte eine wichtige Rolle, die

¹⁴ EuGH-Urt. C-6/64 *Costa/Enel*, S. 1272. Dazu auch GA Lagrange in Schlussanträge v. 25.06.1964 in Rs. C-6/64 *Flaminio Costa/ENEL* („*Costa/Enel*“), II B, der auf die in der späteren Rechtsprechung bestätigte ausschließliche Zuständigkeit der Kommission über die Vereinbarkeitsprüfung bereits hindeutet, weil „die Entscheidung dieser Frage gleichfalls ein heikles Werturteil erfordert, das die Interessen des beteiligten Staates, die gegen die Erfordernisse des gemeinsamen Marktes abgewogen werden müssen, unmittelbar berührt [weshalb] dieses Urteil ohne jede Mitwirkung der Gemeinschaftsbehörden und der Regierungen keinesfalls den staatlichen Gerichten allein zu überlassen ist“. Bemerkenswert ist wie der GA Lagrange hervorhebt, dass sich die nationalen Gerichte womöglich aufgrund einer gewissen Befangenheit an dieser materiell-rechtlichen Prüfung nicht beteiligen dürfen.

¹⁵ Tatsächlich hatte der GA Lagrange in Schlussanträge C-6/64 *Costa/Enel*, die unmittelbare Wirkung des gesamten Art. 108 AEUV mit der Begründung abgelehnt, dass dadurch die nationalen Gerichte Zugang zu der materiell-rechtlichen Prüfung hätte haben können und somit das gesamte System der Beihilfekontrolle abschwächen.

¹⁶ EuGH-Urt. C-6/64 *Costa/Enel*, S. 1273.

¹⁷ Einschlägig u.a. EuGH-Urt. v. 11.12.1973 in Rs. C-120/73 *Gebr. Lorenz GmbH/Deutschland u.a.* („*Lorenz*“), EU:C:1973:152, Rn. 4-5, die den Umfang des Durchführungsverbots besser erläutert und darauf hinweist, dass das Ziel der Vorschrift, „das Wirksamwerden vertragswidriger Beihilfe zu unterbinden [...] seine Sperrwirkung auch schon während der gesamten Vorprüfungsphase entfaltet“. Das erlaubt der Kommission, „eine Bedenk- und Untersuchungsfrist einzuräumen“, damit sich sie eine Meinung über die Maßnahme verschaffen kann. Davon berichtet auch SCHEPISI, 2012, a.a.O., 164, nachdem die Dauer der Wirkungen auch während der Vorprüfungsphase die unmittelbare Wirkung von der Verletzung der Notifizierungsverpflichtung auch bis zu Stillhalteverpflichtung ausgedehnt wurde.

¹⁸ In diesem Sinne LUDWIGS im Rahmen der Tagung zur Richterfortbildung im Beihilfenrecht *NatJeusal*, Würzburg, 14-15.11.2019, mit Bezug auf die „erhebliche Steuerungsmöglichkeit der Kommission bei der Beihilfekontrolle“, wie PALERMO, *ZEUP*, 2021, 477 (478) berichtet.

als Umsetzer bzw. Durchsetzer der auf Unionsebene bestimmten beihilferechtlichen Rechtssetzung in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen handeln. Sie sind mit anderen Worten berufen, die Einhaltung der unmittelbar wirkenden Vorschrift des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV sicherzustellen, indem sie nicht nur das Entscheidungsmonopol der Kommission zur Vereinbarkeitsprüfung vor vorgreiflichen staatlichen Maßnahmen schützen müssen, sondern auch und hauptsächlich die Rechte der Einzelnen aufgrund einer mutmaßlichen Verletzung des Durchführungsverbots wahren müssen. Als Gerichte der Union handelnd²⁰ sind die nationalen Gerichte nämlich gehalten, praktische Wirksamkeit dieser Vorschrift zu verleihen, was nur durch die Anwendung der vom nationalen Recht zur Verfügung gestellten Rechtsmitteln²¹ beachtlich des Effektivitätsgebots und des Vorrangs des Unionsrechts²² erfolgt. Die Phase der Durchsetzung setzt dann insbesondere auf die Mitwirkung der Mitgliedstaaten bzw. deren nationalen Gerichte²³, die im Einzelfall die Folgen aus dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot besser einschätzen und bestimmte Folgerungen im Einklang mit dem Unionsrecht daraus ziehen können. Die Mitgliedstaaten haben in ihren Rechtsordnungen dann entsprechende Rechtsbehelfe zur effektiven Durchsetzung des Unionsrechts vorgesehen, die in ihrer Ausgestaltung entweder zu einem objektiven Schutz des Funktionierens des Binnenmarktes oder zu der Verleihung eines subjektiven Rechts zugunsten des Wettbewerbs gegenüber der gewährenden Stelle. Einige Rechtsordnungen haben sich nämlich für eine ausschließliche Zuständigkeit zugunsten einer Gerichtsbarkeit entschieden und setzten somit auf eine aus einer rein verfahrensrechtlichen Perspektive effizientere Durchsetzung des Beihilfenrechts und

¹⁹ In diesem Sinne WEDEMEYER, *EuZW*, 2024, 68 (71), der mit Bezug auf den Supranationalitätsgrad unterstreicht, dass sich eine *ex ante* Kontrolle der Kommission als „Hüterin des Wettbewerbsrechts“ genau für jene Bereiche wie das Beihilferecht eignet und für nötig erweist, in denen die Mitgliedstaaten eine „originäre Kompetenz“ ausüben, die der „supranationalen Einflussosphäre entzogen“ ist.

²⁰ Dazu WILMAN, 2015, a.a.O., 11, 1.06, wonach Art. 19 Abs. 1 EUV das Modell einer dezentralisierten gerichtlichen Prüfung bestätige.

²¹ Eindeutig diesbezüglich WILMAN, 2015, a.a.O., 10, 1.06, nachdem „*EU law typically defines the rights and obligations of private parties, but it generally does not provide for the remedies [...] and the procedural rules*“.

²² Bemerkenswert diesbezüglich BIONDI, *CMLR*, 2008, 1459 (1465), wonach angesichts der zentralisierten Zuständigkeit im Beihilferecht der EuGH in *Costa/Enel* „*did not express itself in terms of effectiveness/equivalence, but in terms of supremacy*“, weil „*the appropriate remedy in an area of supranational competence is therefore supremacy*“.

²³ Dazu auch PESCATORE, 1970, a.a.O., 312, wonach der Rechtsvollzug keinesfalls in den Zuständigkeiten des Unionsrechts fällt, weshalb die Union „zur letzten Rechtsverwirklichung auf die Mitarbeit der Staaten angewiesen“ sei.

namentlich des Durchführungsverbots²⁴. Andere Mitgliedstaaten scheinen hingegen, hauptsächlich den Schutz der von einer Wettbewerbsverzerrung betroffenen Wirtschaftsteilnehmer anzustreben²⁵, indem sie den Anspruch zur Wiederherstellung einer rechtmäßigen Wettbewerbslage mittels eines einzelfallgerechten Ansatzes an dem konkreten Umfang der Verletzung und an den bestehenden Verhältnisse der Parteien messen.

Das vorausgesetzt muss man in erster Stelle zwecks der vorliegende Arbeit erläutern, dass sich die Analyse hauptsächlich der privaten Durchsetzung des Beihilferechts widmen wird. Sie unterscheidet sich von der öffentlichen Durchsetzung, die jene Konstellationen betrifft, in denen die Kommission eine negative die Unvereinbarkeit der Beihilfe feststellende Entscheidung zur Rückforderung der Beihilfe getroffen hat. In beide Situationen obliegt es zwar den nationalen Gerichten, die frühere unverzerrte Wettbewerbslage durch die Aussetzung der Gewährung oder durch die Rückforderung des Betrags wiederherzustellen. Der Unterscheid liegt allerdings darin, dass die nationalen Gerichte im Rahmen der öffentlichen Durchsetzung ausschließlich als Vollstreckungsorgane nach dem Erlass einer Kommissionsentscheidung handeln und keine selbständige und einem Beschluss der Kommission vorgeifende Befugnis ausüben. Auf dem Gebiet der privaten Durchsetzung verfügen sie demzufolge über einen weiteren Spielraum, der u.a. grundsätzlich auf die Ermangelung einer Kommissionsentscheidung und auf die Notwendigkeit einer unverzüglichen Beseitigung der von der Rechtswidrigkeit der Beihilfe ausgelösten Wettbewerbsverzerrung zurückzuführen ist. Im Hinblick darauf sind dann die rechtswidrigen Beihilfen, die der Kommission nach Art. 108 Abs. 3 nicht notifiziert wurden und trotzdem durchgeführt, von den mit dem Binnenmarkt unvereinbaren Beihilfen getrennt zu halten, die als

²⁴ Der Hinweis ist hier auf die italienische Rechtsordnung, die eine ausschließliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit bezüglich der Streitigkeiten über nicht angemeldete und zwar nach Art. 108 Abs. 3 AEUV rechtswidrige beihilfegewährende „Akte und Maßnahmen“ nach Art. 133 z-sexies c.p.a. (Verfahrensprozessordnung) vorsieht. Dazu vertieft ANTONIAZZI, *DPA*, 2020, 963 (996), die bestimmte Bedenken über die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift bezüglich Art. 103 Cost. (Verfassung) aufwirft.

²⁵ Man verweist hier auf die deutsche Zivilgerichtsbarkeit, die trotz der ständigen EuGH-Rechtsprechung jahrelang und im Unterschied zu der Verwaltungsgerichtsbarkeit dem Durchführungsverbot eine drittschützende Wirkung verneint hat. Erst in 2011 entschied der BGH in dem Ur. v. 10.2.2011 – I ZR 136/09, BeckRS 2011, 5635, Rn. 17 ff., dass die unionsrechtliche unmittelbar wirkende Vorschrift als Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB einzustufen ist, weil „sie nach Zweck und Inhalt zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes zu schützen“, obwohl sie sich an die Mitgliedstaaten richtet.

solche nur von der Kommission nach einem verfahrensabschließendem Beschluss eingestuft werden können. In zweiter Stelle ist auch eine Erläuterung über den Begriff der privaten Durchsetzung notwendig. Während man auf dem Gebiet des Kartellrechts unter privater Durchsetzung nur Klagen vor den ordentlichen bzw. Zivilgerichten gefasst werden, gewinnt die private Durchsetzung im Rahmen des Beihilferechts und angesichts der Ausgestaltung und der Form beihilferechtlicher Maßnahmen²⁶ eine etwas breitere Bedeutung. Man bezieht sich damit schlicht auf die Geltendmachung seitens der Einzelnen einer Verletzung des Durchführungsverbots und die Klage zur Aussetzung oder Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfe kann vor einem Verwaltungs- oder einem Zivilgericht erhoben werden je nachdem, ob die Maßnahme eine verwaltungsrechtliche Grundlage bspw. ein Leistungs- oder Bewilligungsbescheid hat oder es sich hingegen um ein privatrechtliches Rechtsgeschäft mit Beihilfeelementen handelt²⁷.

1.2 Gang der Untersuchung

Unter Berücksichtigung von den vorausgegangenen Ausführungen könnte man den Eindruck gewinnen, dass die private Durchsetzung im Rahmen der Beihilfekontrolle und angesichts der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten eine Hauptrolle zur Beseitigung wettbewerbswidriger Konsequenzen aus einer Verletzung des Durchführungsverbots spielt. Die Praxis und vor allem die im 2019 von der Kommission veröffentlichte einschlägige Studie²⁸ haben allerdings ein teils unterschiedliches Bild geliefert. Zwar ist die Zahl der Beihilfesachen, mit denen sich die nationalen Gerichte befasst haben, gestiegen, allerdings haben die nationalen Gerichte laut der Studie selten Schutzmaßnahmen gegen eine Verletzung des

²⁶ In diesem Sinne TRIANTAFYLLOU, *DÖV*, 1999, 51 (52), der darauf hinweist, dass ökonomisch „dirigistische Maßnahmen“ wie öffentliche Preisregulierungen immer seltener geworden sind, während „beihilferelevante privatrechtliche staatliche Handlungen“ ständig zunehmen, darunter die Privatisierung von Unternehmen und der Verkauf öffentlicher Immobilien.

²⁷ Im Falle einer ausschließlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte wie in der italienischen Rechtsordnung sind auch beihilfegewährende Rechtsgeschäfte vor einem Verwaltungsgericht anzufechten, woraufhin man zu einer rein administrativen Durchsetzung kommt.

²⁸ „Final Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts“ (COMP/2018/001) abrufbar unter: <https://state-aid-caselex-accept.mybit.nl/report>

Durchführungsverbots ergriffen und auch von den Formen der Zusammenarbeit mit der Kommission nicht umfassend Gebrauch gemacht²⁹. Zwei weitere Aspekte über den Zugriff auf die Durchsetzung des Beihilferechts vor den nationalen Gerichten seitens der Privaten zu berücksichtigen sind. Einerseits setzen sich im Rahmen der privaten Durchsetzung die nationalen Gerichte häufiger mit den sog. *Schild*-Konstellationen³⁰ auseinander, die zur Abwehr eigener Verpflichtungen gegenüber der öffentlichen Hand bzw. zur Verteidigung bei Verweigerung eines Vorteils³¹ dienen, während die sog. *Schwert*-Konstellationen³², die die Beseitigung von Beihilfen zugunsten Wettbewerber anstrebt, eher selten erfolgen. Andererseits ist auch zu bemerken, dass die meisten Klagen vor den nationalen Gerichte immer noch im Rahmen der öffentlichen Durchsetzung erhoben werden³³, indem die Beihilfeempfänger die aufgrund eines negativen Kommissionsbeschlusses erlassene Rückforderungsbescheide vor den nationalen Gerichte anfechten.

Die vorliegende Arbeit stellt auf diese Erkenntnisse hinsichtlich der Missstände und der Ungewissheiten im Rahmen der privaten Durchsetzung ab und versucht zu erklären, inwiefern die Verhältnisse zwischen Kommission und nationalen Gerichten anhand der in dem Schrifttum vertretenen Auffassungen und der ständigen Rechtsprechung neu ausgelegt werden können. Hierfür wird vor allem die Rolle der Privaten als Motor der privaten Durchsetzung berücksichtigt und im Zusammenhang damit inwiefern ein verstärktes Fokus auf die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen

²⁹ In diesem Sinne auch die 2021 Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung der Vorschriften über staatliche Beihilfen durch die nationalen Gerichte (2021/C 305/01), Rn. 3, die sich auf die Studie bezieht.

³⁰ Mustergültig und den Vergleich zwischen *Schild*- und *Schwert*-Konstellationen ziehend JAEGER in HUMMER (Hrsg.), 2010, 417 (428).

³¹ Solche Konstellationen können auch eine Ausweitung des Kreises der Beihilfeempfänger herbeiführen und somit den Sinn und Zweck der privaten Durchsetzung vereiteln. JAEGER in HUMMER (Hrsg.), 2010, ebd., hebt auch hervor, dass „die Berufung auf das Durchführungsverbot in dieser Konstellation beliebt [ist], weil sie einfach und prozessual wie ökonomisch unaufwendig ist“ und keine besondere Verfahrenskosten anfällig sind.

³² Diesbezüglich bemerkt JAEGER in HUMMER (Hrsg.), 2010, a.a.O., 429, dass in solchen Konstellationen „das Beihilfeverbot dabei mitunter nur von untergeordneter Bedeutung [ist], wird also lediglich zusätzlich [bzw. hilfsweise] vorgebracht. Alleine auf Grundlage des Durchführungsverbots würde in diesen Fällen kaum geklagt werden“.

³³ Dazu SOLTÉSZ, *NZKart*, 2018, 553 (553), wonach die private Durchsetzung im Kartellrecht eine „Klageindustrie“ entwickelt habe, während im Beihilferecht sie trotz der von der ständigen EuGH- und nationalen Rechtsprechung beteuerten unmittelbaren Wirkung des Durchführungsverbots „nicht in Gange“ komme.

Wettbewerber und Begünstigten insgesamt auch die Rolle der privaten Durchsetzung und dadurch die Einhaltung des Durchführungsverbots verfestigen können.

Der erste Teil der Dissertation widmet sich der Erörterung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten mit besonderem Bezug auf die Bedeutung der sog. Eröffnungsbeschlüsse der Kommission in dem Gefüge der Beihilfekontrolle, die das förmliche Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2. Der zweite Abschnitt des ersten Teils setzt sich weiter mit den besagten Beschlüssen auseinander, jedoch im Hinblick auf das Thema deren Bindungswirkung gegenüber den nationalen Gerichten. Dabei wird in erster Stelle die Bedeutung der Bindungswirkung im Kartellrecht vertieft und im Anschluss besondere Aufmerksamkeit den von den deutschen Gerichten vertretenen Stellungnahmen über die Auswirkungen eines Eröffnungsbeschlusses in einem nationalen Verfahren vor und nach der von dem EuGH in dem *Lufthansa*-Urteil entwickelten Auslegung. Schließlich werden einige Lösungskonstellationen vorgeschlagen, die solchen Spannungen abhelfen und für die nationalen Gerichte behilflich sein können.

In dem zweiten Teil der Dissertation wird die Analyse auf die Konsequenzen einer abgelehnten Bindungswirkung eingehen und namentlich auf die Reichweite der Rechtskraftdurchbrechung sowohl in der Phase der privaten Durchsetzung als auch in derjenigen der öffentlichen anhand zahlreicher EuGH-Urteile. Derartige Ausführungen zeichnen dann ein teils neues Bild der Zuständigkeiten der Kommission und deren Zusammenhang mit der Rolle der nationalen Gerichte, was auch von der Analyse der jüngsten Bekanntmachung der Kommission über die private Durchsetzung bestätigt wird.

Der dritte Teil zielt schließlich darauf ab, die Ergebnisse der ersten zwei Kapitel am Beispiel der Rückforderung rechtswidriger Beihilfe und der Ungültigkeit nicht angemeldeter beihilfegewährender Rechtsakte quasi nachzuweisen. Sie beschildert insbesondere den Umfang und die Reichweite der Befugnisse der nationalen Gerichte und die bedeutsame Rolle, die sie bei der Würdigung eines Sachverhaltes und bei den zu verhängenden Sanktionen spielen, unter Berücksichtigung vom Ziel der Wahrung der Rechte der Einzelnen und insgesamt von den Anliegen der Verfahrensparteien.

2. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten: die Rolle der Beschlüsse nach Art. 4 Abs. 4 BVVO und deren Bindungswirkung in Gerichtsverfahren

2.1 Die Grundzüge der Zuständigkeitsverteilung anhand der EuGH-Rechtsprechung

In den Urteilen *FNCE*³⁴ und einige Jahre später *SFEI*³⁵ unterschied der Gerichtshof grundlegend und zum ersten Mal eindeutig die Aufgaben der Kommission, die etwaige Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt festzustellen, von denjenigen der nationalen Gerichte, sämtliche Folgerungen aus der Verletzung des Durchführungsverbot zugunsten der auf die unmittelbare Wirkung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV sich berufenden Einzelnen zu ziehen³⁶. Eine derartige Zuständigkeitsverteilung ließ sich aber schon in dem vorangegangenen Urteil *Boussac*³⁷ mittelbar ableiten, als die Kommission gegen das Vorbringen der französische Regierung vortrug, dass der Verstoß gegen die zwingende und *ordre public* angehörende Bestimmung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV³⁸ bereits für sich allein die Rechtswidrigkeit der Beihilfemaßnahme und dementsprechend ihre Rückforderung herbeiführe, sodass sich jede weitere Sachprüfung bezüglich der Vereinbarkeit der Beihilfe nach Art. 107 AEUV³⁹ erübrige⁴⁰. Wenn die Kommission einerseits die Selbständigkeit des Durchführungsverbots gegenüber der nach Art. 107 AEUV geregelten inhaltlichen Prüfung bekräftigte und damit auch beabsichtigte, erhebliche Erleichterungen bei der mit dem förmlichen Prüfverfahren verbundenen Arbeitslast zu erzielen⁴¹, schien allerdings dieser Ansatz, dem Wortlaut und dem Zweck der Vorschriften zur Beihilfenkontrolle nicht vollständig gerecht zu sein.

In seinen Schlussanträgen zu dem zwei Monate vor dem Urteil *Boussac* gefällten

³⁴ EuGH-Urt. v. 21.11.1991 in Rs. C-354/90 *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires u.a./Frankreich* („*FNCE*“), EU:C:1991:440.

³⁵ EuGH-Urt. v. 11.7.1996 in Rs. C- 39/94 *Syndicat français de l'Express international u.a./La Poste u.a.* („*SFEI*“), EU:C:1996:285.

³⁶ EuGH-Urt. *FNCE*, Rn. 14; EuGH-Urt. *SFEI*, Rn. 39 ff.

³⁷ EuGH-Urt. v. 14.02.1990 in Rs. C-301/87 – *Frankreich/Kommission* („*Boussac*“)

³⁸ Damals Art. 93 Abs. 3 S. 3 EWG-Vertrag

³⁹ Damals Art. 92 EWG-Vertrag

⁴⁰ Urt. *Frankreich/Kommission* („*Boussac*“), Rn. 9

⁴¹ GA Jacobs, Schlussanträge v. 4.10.1989 in Rs. C-301/87 - *Frankreich/Kommission* („*Boussac*“), Rn. 29

Urteil *Tubemeuse*⁴² unterstrich nämlich GA Tesauro, dass die Rechtswidrigkeit einer Beihilfe neben der von der unmittelbaren Wirkung des Durchführungsverbots herrührenden Rolle der nationalen Gerichte entweder im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV⁴³ oder wohl im Rahmen des förmlichen Prüfverfahrens nach Art. 108 Abs. 2 AEUV⁴⁴ festzustellen sei. Eine rechtswidrige Beihilfe bleibt infolge des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot zwar rechtswidrig und die Feststellung der etwaigen Vereinbarkeit kann diese Verletzung nicht heilen, der Vertrag gebietet⁴⁵ nichtsdestotrotz, dass die Kommission auch eine materiellrechtliche Prüfung solcher Beihilfen nach Art. 107 AEUV durchführt. Das zielt in erster Stelle darauf ab, formell rechtswidrig aber inhaltlich vereinbare Beihilfen genehmigen zu können⁴⁶. Das Schicksal der Vereinbarkeitsprüfung lediglich an der Rechtswidrigkeit der Beihilfe festzuhalten und dadurch quasi erlöschen zu lassen verschwämme in zweiter Stelle aber auch den Unterschied zwischen Rechtswidrigkeit und Unvereinbarkeit der Beihilfe und schließe sich derart auf die erforderliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten nieder. Wie in dem Fall *Boussac* von der Kommission vorgebracht wurde, genügt zwar der Verstoß gegen das Durchführungsverbot für die Rechtswidrigkeit der Beihilfe und demzufolge für deren Rückforderung, dafür zuständig sind allerdings mangels einer endgültigen negativen Entscheidung nach Art. 107 AEUV die nationalen Gerichte. Das wurde im Urteil *FNCE*⁴⁷ noch deutlicher veranschaulicht, wonach die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Beihilfe nicht entscheidungserheblich und ausschlaggebend für die der Kommission eingeräumte Befugnis zur Vereinbarkeitsprüfung ist. Der Kommission obliege es dann nicht, lediglich das Vorliegen einer Beihilfe und die mangelnde Notifizierung inzident festzustellen⁴⁸, sondern sie genießt auch und vor allem die ausschließliche Zuständigkeit zur Vereinbarkeitsprüfung der rechtswidrigen

⁴² GA Tesauro, Schlussanträge v. 19.09.1989 in Rs. C-142/87 - *Belgien/Kommission („Tubemeuse“)*

⁴³ Damals Art. 169 EWG-Vertrag

⁴⁴ GA Tesauro, Schlussanträge in Rs. *Belgien/Kommission („Tubemeuse“)*, Rn. 10

⁴⁵ Dieses Gebot, rechtswidrige Beihilfen auch bezüglich ihrer Vereinbarkeit zu prüfen, das aus den Schlussanträgen von GA Tesauro in Rs. *Belgien/Kommission („Tubemeuse“)* hervorgeht, wird vom GA Jacobs in seinen Schlussanträgen in Rs. *Frankreich/Kommission („Boussac“)* - insb. Rn. 44 - nicht geteilt, da er das Verb „dürfen“ verwendet und eher die Ausübung eines Ermessens seitens der Kommission damit andeutet.

⁴⁶ EuGH-Urt. *Frankreich/Kommission („Boussac“)*, Rn. 11

⁴⁷ EuGH-Urt. *FNCE*, Rn. 12 und Rn. 13

⁴⁸ BARTOSCH, *EU-Beihilfenrecht*, 2020, Art. 108 AEUV, Rn. 6

Maßnahme und dieses Entscheidungsmonopol muss sie in Anspruch nehmen bzw. ausüben .

Hierfür bemerkenswert ist der Verweis von BARTOSCH⁴⁹ auf einen Fall, in dem der Kläger vor dem nationalen Gericht⁵⁰ gleichzeitig eine Beschwerde zur Kommission eingereicht hatte. Die Kommission mitteilte der Beschwerdeführerin zuerst⁵¹, das Verfahren aussetzen und auf die beihilferechtliche Würdigung der Maßnahme durch das Gericht warten zu wollen, mit der Begründung, dass die ihr zu Verfügung gestellten Daten nicht ausreichend für die Qualifikation als Beihilfe seien. Danach nahm sie das Verfahren auf Aufforderung der Beschwerdeführerin aber wieder auf. Inzwischen hatte die Kommission aber auch eine schriftliche Stellungnahme als *amicus curiae* auf Gerichts Ersuchen aufgegeben, mit dem sie einige für den Tatbestand stichhaltige Hinweise gab. Obwohl die Kommission in ihrem 2018 Bekanntmachung⁵² die Betroffene darauf hinweist, die angebliche Verletzung des Durchführungsverbot vorzugsweise vor den nationalen Gerichten geltend zu machen, indem somit sie die Rolle der mitgliedstaatlichen Justizorgane verstärkt, lässt sich eine Aussetzung des Verfahrens, wie Bartosch selbst hervorhebt, mit dem Wortlaut des AEUV und der Rechtsprechung des EuGH wenig in Einklang bringen. Zwar versteht sich der Umstand, dass die Kommission den Beihilfesachen, die schon vor den nationalen Gerichten anhängig sind, bis zum Verfahrensende geringe Priorität beimisst⁵³, dadurch, dass die erforderlichen Abhilfemaßnahmen gegenüber einer rechtswidrigen Beihilfe wie deren Aussetzung oder Rückforderung schon vor den nationalen Gerichten vorgenommen werden sollen und keine weitere negative Auswirkungen auf dem Binnenmarkt zu erwarten sind. Allerdings würde sich die Kommission durch die Aussetzung des Verfahrens ihrer Verpflichtung entledigen, jede Beschwerde „unverzüglich und

⁴⁹ BARTOSCH, 2020, ebd.

⁵⁰ OVG Berlin-Brandenburg, 6. Senat, Beschl. v. 07.06.2016 - OVG 6 S 54.15. In dem Fall handelte es sich um ein Ersuchen nach einstweiligem Rechtsschutz gegen die pachtzinsfreie Überlassung eines mit einem Gebäude bebauten Grundstücks an einem Privaten, was die Antragstellerin als rechtswidrige Beihilfe aufgrund der marktunüblichen Begünstigung der Leistung betrachtet.

⁵¹ Beschl. v. 29.05.2017 im Verf. SA.43145 - Mutmaßliche nichtsteuerliche Beihilfemaßnahmen zugunsten der Jugendherberge Berlin Ostkreuz gGmbH, Rn. 5-6

⁵² Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren, 2018/C 253/05, Rn. 76

⁵³ Verhaltenskodex, ebd., Rn. 76

unvoreingenommen⁵⁴ gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 BVVO⁵⁵ zu prüfen, mit der Folge, dass ihre zur Vereinbarkeitsprüfung unentbehrliche und sich zu derjenigen der nationalen Gerichte zur Wahrung des Durchführungsverbot ergänzende Rolle entfiel. Der Sachverhalt zeigt dann, dass bei parallel-laufenden Verfahren die Zuständigkeit der Kommission einerseits und der nationalen Gerichte andererseits zwecks einer wirksamen Durchsetzung des Beihilfenrechts gleichlaufend zur Geltung kommen müssen. Das verlautet schon aus dem Gedankengang des OVG-Beschlusses⁵⁶, der die Begründung der Antragstellerin, bei der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens nach Art. 4 Abs. 4 BVVO dem Vorliegen eines Anordnungsanspruchs im einstweiligen Rechtsschutzverfahrens stattzugeben sei, anzunehmen scheint, indem das OVG auf die Mängel eines Eröffnungsbeschlusses in dem konkreten Fall hinweist. Obwohl das OVG die Prüfung über die beihilferechtliche Natur der Maßnahme sowie ihre Rechtswidrigkeit übernimmt und am Ende die Zurückweisung des Eilantrags eher inhaltlich begründet, aus den obengenannten Gründen könnte die Aussetzung des Verfahrens oder die Beimessung einer geringen Priorität seitens der Kommission immerhin zu einer Versagung des Eilantrags führen und dementsprechend im Laufe des Hauptverfahrens einen nicht wiedergutzumachenden Schaden dem Wettbewerber herbeiführen.

2.1.1 Die Zuständigkeitsverteilung auf dem Gebiet der beihilferechtlichen einstweiliger Maßnahmen

Denn wie die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens durch einen Eröffnungsbeschluss die nationalen Gerichte nicht von ihrer Obliegenheit entbindet, die Rechte der betroffenen Dritten vor einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu schützen⁵⁷, ebenso entlastet die Rechtswidrigkeit der Maßnahme die Kommission nicht von der Fortsetzung der Vereinbarkeitsprüfung⁵⁸. Eine derartige Ausgestaltung nebeneinanderliegender aber selbständiger Zuständigkeiten gewinnt dann mehr an

⁵⁴ BARTOSCH 2020, a.a.O., Art. 108 AEUV Rn. 6

⁵⁵ Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union

⁵⁶ OVG Berlin-Brandenburg - OVG 6 S 54.15, Rn. 10

⁵⁷ EuGH-Urt. v. 11.07.1996 in Rs. C-39/94 – *SFEI*, Rn. 44

⁵⁸ EuGH-Urt. *Frankreich/Kommission („Boussac“)*, Rn. 21. Vgl. auch GA Jacobs, Schlussanträge v. 03.10.1991 in Rs. C-354/90 – *FNCE*, Rn. 24, der auf die im Urte. *Boussac* unterstrichenen Unterschiede und weniger auf die Gemeinsamkeiten der Rollen hinweist.

Geltung, wenn man sich auf die Befugnisse bezieht, die in der 2015 Verordnung des Rates zur Durchsetzung des Art. 108 AEUV⁵⁹ der Kommission anerkannt sind. Insbesondere regelt der Art. 13 die Möglichkeit, dass die Kommission im Lauf des Prüfverfahrens und vor dem Erlass eines Eröffnungsbeschlusses die Aussetzung (Abs. 1) oder die einstweilige Rückforderung (Abs. 2) der schon gewährten Beihilfe verfügt. Letzteres setzt voraus, dass erstens keinerlei Zweifel am Beihilfecharakter der Maßnahmen nach geltender Praxis bestehen⁶⁰; zweitens wird ein Tätigwerden dringlich geboten⁶¹; drittens ist ein erheblicher und nicht wiedergutzumachender Schaden für einen Konkurrenten zu befürchten⁶². Die Vorschrift zur einstweiligen Rückforderung könnte allerdings auf den ersten Blick dem Befinden im mehrmals erwähnten Urteil *Boussac* zuwiderlaufen, insoweit der Rückforderungsbescheid nur auf den rechtswidrigen Aspekten der Beihilfe beruhe und sein Erlass die Kommission daran hindere, die Vereinbarkeitsprüfung durchzuführen, oder sie veranlasse, ihre Durchführung deutlich zu verzögern. Diese Befürchtung scheint auch der Gerichtshof in

⁵⁹ Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Der Vorschrift zur Aussetzungsanordnung und einstweiligen Rückforderungsanordnung war schon in Art. 11 der vorigen Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags gemeißelt. Die neue Fassung in Art. 13 hat allerdings keine Veränderung in der Vorschrift vorgenommen.

⁶⁰ Mit Bezug auf die geltende Praxis wird vertreten (vgl. BARTOSCH 2020, a.a.O., Art. 13 VO 1589/2015, Rn. 4 und ausführlicher EHRICKE in IMMENGA/MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1*, 4. Aufl. 2007, Nach Art. 88, Rn. 124), dass die Maßnahme die Tatbestandsmerkmale nach Art. 107 AEUV erfüllen muss, so wie diese nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ausgelegt werden. M.a.W. führen die Gewissheit über den Beihilfecharakter der Maßnahme lediglich auf die Kommissionspraxis zurück, was auch zu einer bestimmten Ausdehnung der Reichweite des Art. 13 Abs. 2 führen könnte. Dass die gesamten Voraussetzungen von Abs. 2 immer im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH angewendet werden müssen, unterstreicht auch DONZELLI in ARENA, CHIEPPA (Hrsg.), *Codice della concorrenza*, 2023, IV.2, S. 1422.

⁶¹ EHRICKE in IMMENGA/MESTMÄCKER 2007, Nach Art. 88, a.a.O., Rn. 125 erläutert dieses Erfordernis dahingehend, dass das Rückforderungsinteresse dasjenige der Aufrechterhaltung bei dem Begünstigten deutlich überwiegen muss. Insbesondere werden schwerwiegende Verzerrungen des Wettbewerbs vermutet, falls die Beihilfe am Ende für unvereinbar erklärt wird, und wird dazu befürchtet, dass andere Mitgliedstaaten ähnlich gegen das Durchführungsverbot handeln könnten (hierzu VON WALLENBERG in GRABITZ/HILF, *Das Recht der Europäischen Union*, 2010, Art. 88 EGV, Rn. 84, der auf die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes beim Erlass der einstweiligen Rückforderung hinweist).

⁶² Hierzu greift BARTOSCH 2020, a.a.O., Art. 13 VO 2015/1589, Rn. 4, auf das Erfordernis der Dringlichkeit bei Aussetzung des endgültigen Rückforderungsbeschlusses nach dessen Anfechtung vor dem EuG zurück. Der Schadenseintritt soll danach hinreichend wahrscheinlich sein. Allerdings lässt sich die nach dessen Eintritt nicht mehr mögliche Wiedergutmachung in den Fällen ausschließen, in denen der Schaden finanzieller und nicht auch wirtschaftlicher Art ist, sodass sein Eintritt die wirtschaftliche Lebensfähigkeit nicht bedroht und dementsprechend auch innerhalb einer Schadensersatzklage ausgeglichen werden kann. Dazu ausführlicher DONZELLI in ARENA, CHIEPPA (Hrsg.), 2023, a.a.O., S. 1423 in Anlehnung an EuGH, Beschl. v. 14.12.2011 in Rs. C-446/10 – *Alcoa Trasformazioni*, Rn. 54 ff.

dem Urteil *SFEI* zu teilen, in dem man auf die Befugnis der Kommission verweist, lediglich die Aussetzung ausstehender Zahlungen im Laufe des Prüfverfahrens anzuordnen⁶³. Daraus entnehme man, dass die Rechtsprechung aufgrund der unmittelbaren Wirkung des Durchführungsverbot, woraus die Einzelnen ihre Rechte ableiten können, nur die nationalen Gerichte ermächtigt, die Rückforderung der Beihilfe im einstweiligen oder im Hauptverfahren anzuordnen. Im Grunde genommen haben sich weder das Urteil *Boussac* noch das Urteil *SFEI* unmittelbar mit der anzuerkennenden Befugnis der Kommission, einstweilige Rückforderungsbescheide im Rahmen des Prüfverfahrens nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu erlassen. Ersteres bezog sich auf die Tatsache, dass die Kommission trotz der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beihilfe die Vereinbarkeitsprüfung vornehmen muss und ein Rückforderungsbescheid auf Art. 108 Abs. 2 AEUV beruhen muss. Letzteres erläuterte im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens die aus dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot herrührenden Befugnisse der nationalen Gerichte bei einem Parallelverfahren, darunter die notwendige Beitreibung der rechtswidrigen Beihilfe. Daher lässt sich eine Unvereinbarkeit des Art. 13 Abs.2 BVVO mit der vorausgegangen Rechtsprechung nicht feststellen⁶⁴, insoweit sich die Kommission trotz des einstweiligen Rückforderungsbescheids die Vereinbarkeitsprüfung fortführt und nicht auf die bloße Rechtswidrigkeit der Beihilfe abstellt.

Zusammenfassend sind sowohl die Kommission als auch die nationalen Gerichte berechtigt, einstweilige Maßnahmen in der Form einer Aussetzung der ausstehenden Gewährung oder der Rückforderung bereits ausgezahlter Beträge zu erlassen. Mangels einer Notifizierung und aufgrund der Verletzung der Stillhalteverpflichtung dienen

⁶³ EuGH-Urt. *SFEI*, Rn. 45. Ebenso auch BARTOSCH 2020, a.a.O., Art. 13 VO 2015/1589, Rn. 3

⁶⁴ Mit Bezug auf die Frage der etwaigen Unrechtmäßigkeit der im Art. 13 Abs. 2 vorgesehenen Vorschrift mit der EuGH-Rechtsprechung vgl. auch SINNAEVE, *Procedure regarding Unlawful Aid* in HEIDENHAIN (Hrsg.), *European State Aid Law – Handbook*, 2009, § 32, Rn. 9, wonach nichts daran hindere, dass die Kommission auch über die Befugnis zum Erlass eines einstweiligen Rückforderungsbescheids verfügt, unter Berücksichtigung der schon zwischen nationalen Gerichten und Kommission geteilten Zuständigkeit, eine Aussetzungsanordnung der Gewährung der Beihilfe zwecks des effektiven Rechtsschutzes zugunsten des Wettbewerbers zu erlassen. Die durch die Abweichung von der Rechtsprechung mutmaßliche Verletzung des Primärrechts wird ebenso von SINNAEVE, ebd., und ausführlicher von ROSENFELD K., *Das Verfahrensrecht der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenaufsicht*, S. 162, mit der Begründung abgelehnt, dass Art. 109 AEUV dem Rat die Ausübung einer gesetzgeberischen Zuständigkeit durch den Abschied von Durchführungsverordnungen zuteilt, die dann auch von „vorgreifend gesetzgebenden“ Einsätzen des Gerichtshofs immerhin bei Einhaltung der Verträge und der allgemeinen Rechtsgrundsätze abweichen kann..

solche Maßnahmen, den Verlauf des Verfahrens jeweils über die Vereinbarkeitsprüfung der angeblich beihilferechtlichen Maßnahme oder die Feststellung des Beihilfecharakters und der Rechtswidrigkeit zu sichern. Diese Erkennung ist umso zutreffender, wenn man sich auf den Umstand bezieht, dass die Gewährung einer nicht notifizierten Beihilfe von dem betroffenen Wettbewerber oft nur der Kommission durch eine Beschwerde nach Art. 24 Abs. 2 BVVO angezeigt wird. Das wird mittelbar auch von dem bereits erwähnten Verhaltenskodex⁶⁵ bestätigt, durch den die Kommission in solchen Umständen auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens vor den nationalen Gerichten mit Priorisierung hinweist. Nichtsdestotrotz erweist sich das Verbleiben der Befugnis bei der Kommission, einstweilige Maßnahmen vorzunehmen, als ein wichtiges Mittel zur Gewährung des Rechtsschutzes zugunsten Dritter⁶⁶ anlässlich der Rechtswidrigkeit der Beihilfe.

Dass die Kommission für die Erlangung von Abhilfemaßnahmen bei der Verletzung des Durchführungsverbots auf die nationalen Gerichte verweist, hängt nicht nur von der Absicht ab, die Rolle der privaten Durchsetzung im Beihilfenrecht zu stärken, sondern beruht auch auf Gründen verfahrensrechtlicher Art, die auf die sich ergänzende Selbstständigkeit der Rolle dieser Organe noch einmal andeuten. Bei der Verfügung einstweiliger Maßnahmen sind die Richter nämlich nicht den in Art. 13 Abs. 2 BVVO strengen Voraussetzungen unterworfen⁶⁷, sondern genießen eine breitere Befugnis. Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind in der Tat zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen verpflichtet, wenn „die Qualifizierung als staatliche Beihilfe nicht zweifelhaft ist, wenn die Durchführung der Beihilfe unmittelbar bevorsteht oder die Beihilfe durchgeführt wurde und wenn keine außergewöhnlichen Umstände, die eine Rückforderung unangemessen erscheinen lassen, festgestellt worden sind“⁶⁸. Die Rechtsprechung

⁶⁵ Verhaltenskodex, ebd., Rn. 76

⁶⁶ Ähnlich auch WERNER in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.) *Wettbewerbsrecht – Beihilfenrecht*, MÜKO, Band 5, 2022, S. 1653

⁶⁷ Diese Ansicht ist nicht einheitlich angenommen, zumal sich einige Autoren (vgl. RENNERT im Rahmen der Tagung zur Richterfortbildung im Beihilfenrecht *NatJeusal*, Würzburg, 14-15.11.2019) immer noch fragen, ob die Voraussetzungen nach Art. 13 Abs. 2 BVVO auch die Anordnung einstweiliger Maßnahme seitens der nationalen Gerichte regeln und hinsichtlich ihrer europarechtlichen Herkunft (v.a. RENNERT) Anwendungsvorrang vor den mitgliedstaatlichen Prozessordnungen genießen.

⁶⁸ EuGH, Urt. v 11.03.2010 in Rs. C-1/09 – *Centre d’exportation du livre français u.a./Société internationale de diffusion et d’édition (“CELF II”)*, EU:C:2010:136, Rn. 36. Wie KARPENSTEIN/DINGEMANN in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.) 2022, a. a. O., S. 1822 erläutern, sind solche Kriterien nur im Rahmen von Eilverfahren anwendbar, nicht auch bei Hauptsacheverfahren, wie unzutreffend VG Trier, Urt. v.

bezieht sich zwar auf den Fall, in dem die Genehmigungsentscheidung der Kommission von den Unionsgerichten für nichtig erklärt wurde, die Voraussetzungen lassen sich dennoch auch auf die Zeit übertragen, in dem die Kommission noch nicht das förmliche Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV endgültig abgeschlossen hat. In beiden Fällen dient das Einschreiten der nationalen Gerichte durch einstweilige Maßnahmen nämlich dem Ziel, dass der Beihilfeempfänger in Ermangelung eines endgültigen Beschlusses⁶⁹ der Kommission nicht in den Genuss einer rechtswidrigen und womöglich unvereinbaren Beihilfe kommen kann. Es geht aus dieser Rechtsprechung hervor, dass sich die Beurteilung der nationalen Gerichte im Endergebnis auf das Vorliegen einer Beihilfe beschränken wird. Dass die Vergünstigungsmaßnahme bereits gewährt⁷⁰ wurde oder kurz davorsteht, lässt sich aus den tatsächlichen Umständen des Falles ermitteln. Was die außergewöhnlichen Umstände betrifft, die einer einstweiligen Rückforderung entgegenstünden, muss man zuerst hervorheben, dass die Beitreibung einer rechtswidrigen Beihilfe als logische Folge der Verletzung des Durchführungsverbots und nicht als zu den Zielen der beihilferechtlichen AEUV-Bestimmungen unverhältnismäßige Konsequenz betrachtet werden muss⁷¹. Dementsprechend sind solche Rahmenbedingungen als Ausnahmesituation zu betrachten, auf denen sich der Beihilfeempfänger nur in von dem nationalen Gericht zu bestimmenden und vom Einzelfall abhängigen Umständen berufen kann. Man bezieht sich aber nicht auf Fälle, die zu einer absoluten materiellen Unmöglichkeit der Rückforderung führen, sondern

08.06.2010, 1 K 69/10 tut.

⁶⁹ Man geht hier davon aus, dass die Nichtigerklärung eines Positiv- oder Negativbeschlusses das Wiederaufleben des Durchführungsverbots herbeiführt, was dann vor allem in den zweiten Tatbestand die Anordnung einstweiliger Maßnahmen umso mehr rechtfertigt, um das Risiko einer verfrühten Gewährung einer unvereinbaren Beihilfe abzuwenden. †

⁷⁰ Maßgeblich zu diesem Zweck ist zunächst die Feststellung, dass es sich um keine bestehende Beihilfe im Sinne von Art. 1 Buchst. b) Ziff. i) BfVfVO handelt. Demzufolge ist es notwendig, den Zeitpunkt zu bestimmen, als die Beihilfe eingeführt worden. Der Zeitpunkt der Einführung hat kraft einer etwas sprunghaften Rechtsprechung in dem Schrifttum für Debatte gesorgt. Jüngste EuGH-Urteile (bspw. Urt. v. 19.12.2019 in Rs. C-385/18 *Arriva Italia*, Rn. 37 ff.; Urt. v. 25.01.2022 in Rs. C-638/19 *Kommission/Euroepan Food SA u. a.*, Rn. 123 ff.) haben betont, dass für die Einführung einer Beihilfe genügt, wenn eine verbindliche Gewährungsentscheidung seitens der nationalen Instanzen vorliegt und dadurch ein Anspruch des Empfängers entsteht. Die tatsächliche Durchführung der Maßnahme durch die effektive Auszahlung ist nicht notwendig, wie eine frühere Rechtsprechung verlangte. Für eine tiefgehende Analyse vgl. UNGER in in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.) 2022, a. a. O., S. 1683 f.; CORTESE/ PALERMO in ARENA/CHIEPPA (Hrsg.), 2023, a. a. O., S. 1366.

⁷¹ EuGH-Urt. C-1/09 *CELF II*, Rn. 54

auf Fälle, die eine Beitreibung unangemessen oder unerträglich erscheinen lassen⁷². In dem Schrifttum⁷³ wird die Unerträglichkeit der Rückforderung beim Eintreten außergewöhnlicher Umstände hervorgehoben, indem man sich auf das Vertrauen des Beihilfeempfängers auf die Rechtmäßigkeit der Beihilfe oder auf das Grundsatz der Rechtssicherheit beruft. Nicht zu schweigen ist aber auch die Tatsache, dass die Rechtsprechung⁷⁴ kein schutzwürdiges Vertrauen darauf stützt, dass die gewährende Stelle oder gar nationale Gerichte die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe dem Empfänger zugesichert haben. Erstens muss sich der Beihilfegünstigte anhand der Sorgfaltspflicht, die einem Wirtschaftsteilnehmer innewohnt, der Einhaltung des Notifizierungsverfahrens vergewissern, dessen Ermangelung und dadurch die Verletzung der Stillhalteverpflichtung bereits das Vorliegen eines berechtigten Vertrauensschutzes ausschließen⁷⁵. Zweitens setzt ein schutzwürdiges Vertrauen auch voraus, dass die Gewissheit über die Einhaltung des vom Art. 108 Abs. 3 AEUV gebotenen Verfahren aus „klare[n], unbedingte[n] und übereinstimmende[n]“ Zusicherungen seitens der Unionsorgane stammt⁷⁶. Schließlich ist Sache der nationalen Gerichte mithilfe der gerade erwähnten Rechtsprechung oder, wenn nötig, einer Vorlagefrage dem EuGH zu würdigen, ob außergewöhnliche Umstände vorliegen, die einer Rückforderung entgegenstünde⁷⁷.

⁷² Das Thema der außergewöhnlichen Zustände auszuloten dient hier nur einer vollständigeren Ergründung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten. Es gehört tatsächlich zu dem Gebiet der Folgen der Rückforderung rechtswidriger Beihilfe vor den nationalen Gerichten, worauf man für eine tiefgehende Erörterung auf das nächste Kapitel verweist.

⁷³ Vgl. KARPENSTEIN/DINGEMANN in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.) 2022, a. a. O., S. 1811, die auf einige Fälle vor dem BGH hinweisen.

⁷⁴ Ursprünglich vgl. EuGH-Urt. v. 20.03.1997 in Rs. C-24/95 *Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH („Alcan“)*, Rn. 25, das hinsichtlich des nach §48 Abs. 2 VwVfG einem Subventionsempfänger gewährten Vertrauensschutzes trotz der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes das Effektivitätsgebot und den zwingenden Vorrang der Vorschriften über die Beihilfekontrolle beteuerte.

⁷⁵ Vgl. u. a. EuGH-Urt. v. 19.03.2015 in Rs. C-672/13 *OTP Bank*, Rn 77

⁷⁶ So u.a. EuGH-Urt. v. 13.06.2013 in Rs. C-630/11 *HGA/Kommission*, Rn. 132. Daraus folgt, dass die Vergewisserungsobliegenheit auch nicht vor Zusicherungen über die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe seitens nationaler Einrichtungen entfällt, auch weil „die Verantwortung des Empfängers nicht vom Verhalten der Behörde abhängt“, so ZELLHOFER, SOLEK, *EuZW*, 2015, 622 (623), und dementsprechend kein europarechtlich relevanter Verstoß gegen Treu und Glauben in den Verhältnissen zwischen Empfänger und gewährender Stelle begründen kann.

⁷⁷ Von Unangemessenheit der Rückforderung war die Rede auch bereits in EuGH-Urt. v. 12.02.2008 in Rs. C-199/06 *Centre d'exportation du livre français u.a./Société internationale de diffusion et d'édition („CELF I“)*, EU:C:2008:79, Rn. 42-43. Dazu vgl. aber JAEGER, *EStAL*, 2008, 279 (289), wonach der Bezug auf außergewöhnliche Umstände nur den vorliegenden Sachverhalt betreffe und nicht zu verallgemeinern sei. Dazu auch GA Jacobs, Schlussanträge v. 14.12.1995 in Rs. C-39/94 *SFEI*, Rn. 73-77, obwohl sich beide Fälle nicht auf die einstweilige Beitreibung bezogen, sondern auf die nach einer endgültigen negativen

Angesichts der zwei erläuterten Erfordernisse dreht sich die Beurteilung der nationalen Gerichte bei der Verfügung einstweiliger Maßnahme hauptsächlich um den Beihilfebegriff und zwar darum, ob die in Rede stehende Maßnahme die Tatbestandmerkmale nach Art. 107 AEUV erfüllt. Damit das nationale Gericht die einstweilige Aussetzung der Gewährung oder die ebenso einstweilige Rückforderung der bereits ausgezahlten rechtswidrigen Beihilfe anordnen kann, muss es nämlich keine Zweifel an dem Beihilfecharakter der Maßnahme hegen, wozu sich die ständige EuGH-Rechtsprechung sowie die Bekanntmachung der Kommission über die Beihilfebegriff als behilflich⁷⁸ erweisen. Eine gewisse Überlagerung zwischen dem Erfordernis des Vorliegens einer Beihilfe für die nationalen Gerichte und dasjenige, das gemäß Art. 13 Abs. 2 BVVO der Kommission geboten wird, ist somit gegeben, da in der Vorschrift ausdrücklich von „geltender Praxis“ die Rede ist und das wie bereits ausgeführt auch auf die Rechtsprechung des EuGH hinweist⁷⁹. Dass das nationale Gericht sichere Gewissheit über den Beihilfecharakter einer Maßnahme haben kann, was über das Mindestmaß des sog. *fumus boni iuris*⁸⁰ hinausgehen⁸¹ scheint, wird aber quasi vom mangelnden Hinweis auf keinerlei Dringlichkeitsvoraussetzung ausgeglichen. Mit Bezug auf die Befugnisse der Kommission verlangt nämlich Art. 13 Abs. 2 BVVO die Dringlichkeit des Tätigwerdens und ein nicht wiedergutzumachender Schadenseintritt,

(im Fall *CELF I* positiven) Entscheidung der Kommission zwingende Rückforderung. GA Jacobs, Rn. 75, weist aber schon auf die Rolle der nationalen Gerichte im Rahmen eines Verfahrens für die Rückforderung rechtswidriger Beihilfen hin, woraus man mittelbar herleiten kann, dass sich der GA ein Verfahren über die Rechtswidrigkeit einer Beihilfe vor den nationalen Gerichten vorstellte, das von einem noch nicht erlassenen Beschluss der Kommission absieht oder gar mangels eines vor dem Kommission eingeleiteten Verfahrens über die Rechtswidrigkeit und im Endergebnis über das Vorliegen einer Beihilfe entscheiden kann.

⁷⁸ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01)

⁷⁹ Dass bei der Kommission „keinerlei Zweifel“ bestehen muss und in ähnlicher Weise bei den nationalen Gerichten der Beihilfebegriff „nicht zweifelhaft“ sein muss, wird auch von der Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung der Vorschriften über staatliche Beihilfen durch die nationalen Gerichte (2021/C 305/01), wo nach bei der Anordnung einstweiliger Maßnahmen „kein Zweifel“ bestehen soll (Rn. 86).

⁸⁰ Der *fumus boni iuris* liegt vor, wenn das tatsächliche und rechtliche Vorbringen des Antragstellers auf den ersten Anschein nicht jeder Grundlage entbehrt ist, dieses aber einer tiefgehenden Prüfung bedarf, so auch EuG-Beschl. v. 19.12.2001 in verb. Rs. T-195/01 und T-207/01 *Gibraltar/Kommission*, Rn. 82.

⁸¹ So SCHEPISI in ARENA, CHIEPPA (Hrsg.), 2023, a. a. O., S. 1340, wonach für das *fumus boni iuris* die *prima facie*-Überzeugung über das Vorliegen einer Beihilfe genüge. Dieses Befinden sei auch der Art der Maßnahme gerechter, die ein Richter wohl einstweilen anordnen soll, da Gewissheit darüber zu erlangen bedeuten könne, dass der Rechtsschutz zugunsten Dritter nicht alsbaldig gewährleistet werden könnte, um den negativen Folgen einer rechtswidrigen Beihilfe wirksam entgegenzuwirken.

was hingegen für das Einschreiten der nationalen Gerichte nicht geboten wird. Man könnte daraus ableiten, dass die Dringlichkeit schon als Teil der Rechtswidrigkeit der Maßnahme und in der daraus herrührenden wettbewerbsschädlichen Situation betrachtet wird⁸². Mit anderen Worten, die bloße Verletzung des Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV und denn die Tatsache, dass die zweifellos als Beihilfe eingestufte Maßnahme nicht notifiziert und trotzdem eventuell durchgeführt wurde, sollte dem nationalen Gericht reichen, um einstweilige Maßnahmen anzuordnen.

Daraus zeichnet sich ein klarer Unterschied zwischen den Befugnissen der Kommission und denjenigen der nationalen Gerichte, die derartigen strengen Anforderungen bei der Anordnung einstweiliger Maßnahmen nicht unterworfen sind. Dieser Umstand rechtfertigt sich vor allem aufgrund der in der Rechtsprechung beschilderten Aufgabenverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten, wonach Letztere dafür zuständig sind, die Rechte der Einzelnen vor einer vermutlichen Verletzung des Durchführungsverbot zu schützen⁸³. Die Folgerungen, die die Gerichte aus dem Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV dementsprechend ziehen, werden insofern von einer positiven endgültigen Entscheidung der Kommission nicht einmal geheilt, als die Grenze des von den mitgliedstaatlichen Gerichten gewährten Rechtsschutzes die aufgrund der verfrühten Einführung der Beihilfe entstandene Wettbewerbsverzerrung nicht überschreitet. Mit anderen Worten, die Verzerrung ist auf den Verstoß gegen das Durchführungsverbot zurückzuführen und die geeigneten Maßnahmen, die ausschließlich die mitgliedstaatlichen Gerichte ergreifen können, sollen lediglich diesem Verstoß und nicht auch der möglichen Unvereinbarkeit der Maßnahme abhelfen. Wenn man eine solche Besonderheit der Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte etwas außer Acht ließe, verlöre wahrscheinlich an Geltung eine weitere den Wettbewerbern zu Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeit und zwar der Schadensersatzanspruch, der noch einmal nur auf der Verletzung des Durchführungsverbots und somit auf Schäden und Verluste infolge der Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe beruhen würde⁸⁴.

⁸² Vgl. SCHEPISI, ebd.

⁸³ Vgl. u. a. EuGH-Urt. *FNCE*, Rn. 14

⁸⁴ Ähnlich GA Jacobs in Schlussanträgen *SFEI*, der auf dieses weitere Rechtsmittel für die Wirksamkeit des Durchführungsverbots hinweist (Rn. 77), unter Berücksichtigung davon, dass die Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe nicht immer die schädlichen Konsequenzen aus der Verletzung des

Wie oben erwähnt sind die nationalen Gerichte bei der Stattgabe eines Antrags zum einstweiligen Rechtsschutz berufen, sich hauptsächlich mit dem Beihilfebegriff zu befassen, während die Dringlichkeitsfragen eher in den Hintergrund geraten. Diese als diejenige der Kommission weitreichendere Befugnis scheint aber auch den ersuchten einstweiligen Rechtsschutz vor den Unionsgerichten zu betreffen, insoweit letztere auf den von den nationalen Gerichten gewährten Rechtsschutz aufgrund der unmittelbaren Wirkung des Durchführungsverbots verweisen. In einem Urteil⁸⁵ erklärte das EuG eine positive Entscheidung der Kommission aufgrund der individuellen Betroffenheit des Klägers für nichtig, erläuterte aber darüber hinaus, dass die Kommission die nicht angemeldet Beihilfe nicht immer zurückfordern muss, um den negativen Folgen der Rechtswidrigkeit abzuwehren. Wie bereits im Urt. *Boussac* betont, obliegt ihr in erster Stelle, die Vereinbarkeitsprüfung nach Art. 107 AEUV durchzuführen. Die praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ließe sich dann vor den mitgliedstaatlichen Gerichten geltend machen. Einerseits kann das Urteil eine gewisse Bevorzugung für eine Zurückverlagerung des Rechtsschutzes auf das nationale Ebene von den Unionsgerichten andeuten⁸⁶, obwohl das Gericht im Falle der individuellen Betroffenheit des Wettbewerbers und somit der Nichtigerklärung stattgab.

Durchführungsverbots heilen kann. Man muss gleichzeitig auch hervorheben, dass die Wiedereinziehung der Beihilfe als geeignete Maßnahme zur Wiederherstellung des *status quo ante* für die Interesse und Ziele eines reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes und dann aus einer öffentlich-rechtlichen Perspektive zu betrachten ist. Der Schadensersatzanspruch dient zwar auch der effektiven Wirksamkeit des Durchführungsverbot, gehört aber als Rechtsmittel zu dem privat-rechtlichen Handlungssphäre der einzelnen Geschädigten. Zum Schadensersatz bei rechtswidrigen Beihilfen verweist man auf Kapitel 5.

⁸⁵ EuG-Urt. v. 18.09.1995 in Rs. T-49/93 – *SIDE/Kommission*, Rn. 86

⁸⁶ Vgl. SCHMIDT-KÖTTERS in HEIDENHAIN (Hrsg.), 2003, a. a. O., § 56, Rn. 10, der mit Bezug auf dem Urteil von einer Zurückweisung des Ersuchens nach einstweiligen Rechtsschutz vor den Gemeinschaftsgerichten redet. Von der Tendenz einer Zurückverlagerung des rechtlichen Gehöres und des nicht nur einstweiligen Rechtsschutzes ist auch in dem Schrifttum die Rede, wenn man auf Fälle hinweist, in denen die Unionsgerichte die Klage gegen einen Beschluss der Kommission angesichts mangelnder individueller Betroffenheit zurückweisen. RA MARTIN-EHLERS (im Rahmen der Tagung zur Richterfortbildung im Beihilfenrecht *NatJeusal*, Würzburg, 14-15.11.2019) bezog sich auf den EuGH-Beschl. v. 10.10.2017 in Rs. C-640/16 – *Greenpeace Energy/Kommission*, Rn. 61-63, wonach mangels einer spürbaren Beeinträchtigung der Marktstellung des Wettbewerbers und somit angesichts der nach Art. 263 Abs. 4 AEUV nicht erfüllten Voraussetzungen für eine Klageerhebung gegen eine positive Entscheidung der Kommission die Klage zurückzuweisen ist und die Rechtsschutzmöglichkeit vor den nationalen Gerichten auch mittels des Vorabentscheidungsverfahrens zu ersuchen ist. Dieses Urteil hielt er für kritisch, da die nationalen Gerichte aufgrund ihrer selbständigen Tatbestandsauslegung zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen können und eine Vorlagefrage über die Gültigkeit einer Handlung der Union zu stellen in ihren Ermessensspielraum fällt. Das Thema wurde nur erwähnt, um eine Tendenz zur möglichen Reduzierung der Klagemöglichkeiten des Wettbewerbers vor dem EuG zu unterstreichen, überschreitet aber den Umfang der aktuellen Analyse. Zu dem Thema überfliegend auch **Fn. 161**.

Andererseits kann es aber auch dahingehend ausgelegt werden, dass das Gericht schlicht die EuGH-Rechtsprechung in Erinnerung ruft, um die Aufgabenverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten noch ausführlicher zu beteuern, die Letzteren eine eigenartige Rolle im Rahmen der privaten Durchsetzung des Durchführungsverbot beimisst. Schließlich ist eine Zurückverlagerung angesichts des Sinnes und Zwecks der Aufgabenverteilung jedoch insofern geeigneter, als die nationalen Gerichte bei der Anordnung einstweiliger Maßnahmen um weitreichende Befugnisse verfügen, die dem effektiven Rechtsschutz des klagenden Wettbewerbers gegen die Verletzung des Durchführungsverbots dienen. Einen ähnlichen Rechtsschutz kann die Kommission aufgrund der einstweiligen Zuständigkeit nach Art. 13 Abs. 2 BVVO nicht gewährleisten, insoweit die Rechtswidrigkeit der Beihilfe keinen erheblichen und wiedergutzumachenden Schaden herbeiführt, was unter anderem zum Einschreiten der Kommission verlangt wird. Wie bereits angedeutet sind nur die nationalen Gerichte in der Lage, die Vollständigkeit der aus der bloßen Verletzung des Durchführungsverbots herrührenden Konsequenzen auszuschöpfen, ohne den Eintritt eines derartigen Schadens zwecks Rechtsschutzgewährung abzuwarten. Dadurch wird auch mehr Klarheit darüber geschaffen, wann die Kommission die einstweiligen Befugnisse nach Art. 13 Abs. 2 BVVO in Anspruch nehmen kann. Das geschieht zwar gemäß Wortlaut der Vorschrift, wenn bei Gewissheit über den Beihilfecharakter der Maßnahme ein Tätigwerden dringend geboten und ein erheblicher und nicht wiedergutzumachender Schaden zu befürchten ist. Angesichts der bereits geschilderten Aufgabenverteilung bedeutet das allerdings, dass die Kommission nur einschreiten wird, wenn kein auch nur einstweiliges Verfahren seitens des Wettbewerbers vor den nationalen Gerichten angestrengt wurde oder wenn das berufene mitgliedstaatliche Gericht keine Folgerung aus dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot gezogen hat. Der Auffassung des Verfassers nach kann lediglich in diesen zwei Konstellationen aus der Verletzung des Art. 108 Abs. 3 AEUV ein erheblicher und unwiederbringlicher Schaden entstehen, was ein dringendes Tätigwerden gebietet. Mit anderen Worten kommen die Befugnisse der Kommission zur Geltung nur dann, wenn die entsprechende Zuständigkeit der nationalen Gerichte nicht angeregt oder wirkungsvoll ausgeübt wurde⁸⁷. Art. 13 Abs. 2

⁸⁷ Das steht auch im Einklang mit der Feststellung, dass der Kommission und den nationalen Gerichten getrennte aber sich ergänzende Rollen zustehen. Um die hier dargestellte Funktionsweise der Anordnung einstweiliger Maßnahme erweist sich für stichhaltig, auf das Beispiel des *pre-emption*- oder

BVVO stellt sich nämlich als Ausfluss der mehrfach geschilderten Aufgabenverteilung, zumal die Vorschrift klare Grenze der Handlung der Kommission bei rechtswidrigen Beihilfen setzt. Das wäre hingegen gegenüber den nationalen Gerichten mit der Systematik der Beihilfekontrolle nicht vereinbar, da sie ihre weitreichende Befugnis diesbezüglich auf die unmittelbare Wirkung des Durchführungsverbots stützen, aus dessen bloßen Verletzung sie sämtliche Folgerungen ziehen müssen. Dazu gehört hauptsächlich die Gewährung eines wirksamen Rechtsschutzes zugunsten der von der rechtswidrigen Beihilfe betroffenen Wettbewerber⁸⁸, die andernfalls unter den Anforderungen von Art. 13 Abs. 2 BVVO, wie etwa das Entstehen eines erheblichen Schadens, nicht vollumfänglich in ihrer Reichweite ausgeschöpft werden könnte. Darauf stützend sticht auch der Grund heraus⁸⁹, wonach bereits am Anfang dieser Analyse die Anwendung vom Art. 13 BVVO zu den mitgliedstaatlichen einstweiligen Verfahren abgelehnt wurde. Es wurde nämlich die Auffassung vertreten, dass das Inkrafttreten der Beihilfeverfahrensverordnung⁹⁰ die nationalen Gerichte verpflichte, einstweilige Maßnahme nur bei Erfüllung der in der Vorschrift festgesetzten Voraussetzungen zu erlassen⁹¹. Die Befugnis der nationalen Gerichte überlagere sich in dieser Hinsicht derjenigen der Kommission und sei den darauf bezogenen strengen

Sperrwirkungsgrundsatzes zurückzugreifen. Wie im Falle einer geteilten bzw. konkurrierenden Zuständigkeit zwischen der Union und den Mitgliedstaaten nach Art. 2 Abs. 2 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 AEUV, auch hier dehnt sich die Zuständigkeit der Kommission gemäß Art. 13 Abs. 2 BVVO zur Sicherung der praktischen Wirksamkeit des Durchführungsverbot wieder aus, sofern die nationalen Gerichte über ihre Befugnisse nicht verfügt haben. Falls Letztere sämtliche Folgerungen aus der Verletzung des Durchführungsverbots mittels die Wettbewerbslage sichernder Maßnahmen bereits gezogen haben, scheidet ein Tätigwerden seitens der Kommission aus. Man zielt durch das Beispiel des *pre-emption*-Grundsatzes allerdings keineswegs darauf ab, den ihm zugrundeliegenden Vorrang des Unionsrechts und den damit verbundenen hierarchisch ausgeprägten Ansatz, wie von **BAUERSCHMIDT, EuR 2014, 277 (285)** ausführlich beschrieben, in der vorliegenden Konstellation anzuwenden, sondern beabsichtigt man schlicht, eine schärfere Darstellung der sich ergänzenden Zuständigkeiten zu erlangen.

⁸⁸ Als wirksam erweist sich auch die Anordnung der Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfe auf ein Sperrkonto, wie die 2021 Bekanntmachung der Kommission über die private Durchsetzung, Rn. 84, vorschlägt. Dadurch wird der Beihilfebegünstigte zwar der Vergünstigung entledigt, nach einem positiven endgültigen Beschluss der Kommission kann er jedoch schnell wieder in Genuss der Beihilfe abzüglich der Zinsen für die Zeit der Rechtswidrigkeit kommen, ohne auf einen neuen Bewilligungsbescheid seitens des Beihilfegeber zu warten. In dem Fall bedarf es nur der gerichtlichen Anordnung zur Freigabe der auf das Sperrkonto eingezahlten Beihilfe. Dazu siehe auch SCOTT, *EStAL*, 2017, 354 (359 f.), der eine Auflistung von den nationalen Gerichten zur Verfügung stehenden einstweiligen Maßnahmen vorschlägt, darunter die Einzahlung auf ein Sperrkonto.

⁸⁹ Man verweist dafür auf Fn. 49.

⁹⁰ Zuerst als Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, Art. 11, und dann als VO (EU) 1589/2015, Art. 13.

⁹¹ Davon berichtet BARTOSCH 2020, a.a.O., Art. 108 AEUV, Rn. 11, mit Bezug auf SCHMIDT-KÖTTERS in HEIDENHAIN (Hrsg.), *Handbook des Europäischen Beihilferechts*, 2003, § 57, Rn. 78

Erfordernissen angepasst worden. Demzufolge sei auch die Tragweite des Durchführungsverbot insofern beschränkt, als kein weitergehender Rechtsschutz zugunsten der Dritten sowie keine „vorbehaltslose Durchsetzbarkeit“ von Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV mehr möglich sei. Vielmehr bilde die Vorschrift von Art. 13 Abs. 2 BVVO in Anknüpfung an die Rechtsprechung⁹², nach der die Beitreibung der Beihilfe nur aufgrund außergewöhnlicher Umstände zurückzuweisen ist, der Maßstab für die Durchsetzung des Durchführungsverbots. Dieser vertretenen Auffassung ist jedoch entgegenzutreten. Erstens müssen sich die nationalen Gerichte bei der Anordnung einstweiliger Maßnahmen nach den nationalen zivil- oder verwaltungsprozessrechtlichen Vorschriften richten⁹³. Bekannt ist nämlich das Fehlen einer europarechtlichen Zuständigkeitsgrundlage auf dem Gebiet des (Verwaltungs-) Prozessrechts sowie des einstweiligen Rechtsschutzes⁹⁴, wofür sich die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der Pflicht zu loyaler Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV wieder erstreckt. Demzufolge besteht eine grundsätzliche Verbindung zwischen den unionsrechtlich relevanten Rechtsschutzkonstellationen und den mitgliedstaatlichen Verfahrensvorschriften, die hinsichtlich quasi eines Vereinheitlichungsgeistes des *effet utile* Ersterer Rechnung tragen müssen. Mit anderen Worten bedürfen die unmittelbar wirkenden EU-Vorschriften wohl der unentbehrlichen Anknüpfung an bzw. Durchsetzung durch die mitgliedstaatlichen Verfahrensvorschriften, um ihre vollständige Wirkung zugunsten der Einzelnen und in den nationalen Rechtsordnungen zu entfalten, wie auch aus der Rechtsprechung hervorgeht⁹⁵. Zweitens entkräfte eine solche Auffassung die besagte

⁹² EuGH-Urt. *SFEI*, Rn. 70

⁹³ Ähnlich auch BARTOSCH 2020, a.a.O., Art. 108 AEUV, Rn. 11, der auch das EuGH-Urt. *CELF*, Rn. 52 ff. heranzieht, wonach das Unionsrecht das nationale Recht nicht daran hindert, die Rückforderung der gesamten Beihilfe auch nach einer positiven Entscheidung der Kommission anzuordnen. Das Urteil betrifft allerdings hauptsächlich Konstellationen, in denen der Wettbewerber im Rahmen eines Haupt- oder Eilverfahrens nach dem Erlass eines positiven Beschlusses der Kommission die Rückforderung der Beihilfe für die Zeit der Rechtswidrigkeit ersucht.

⁹⁴ Dafür vgl. SCHMIDT-KÖTTERS in HEIDENHAIN (Hrsg.), 2003, a. a. O., § 57, Rn. 78 mit Bezug auf SCHOCH in SCHOCH, SCHMIDT-ABMANN, PIETZNER, *Verwaltungsrecht – VwGO*, 2022, Vorb. § 80, Rn. 17 und 22.

⁹⁵ Dass die nationalen Gerichte den Bestimmungen der nationalen Rechtsordnungen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Mitwirkungspflicht gebunden sind und als quasi Transformator der unmittelbar wirkenden EU-Normen handeln, zeigt auch EuGH-Urt. v. 19.06.1990 in Rs. C-213/89 *Factortame*, Rn. 21, wonach mitgliedstaatliche Vorschriften, die die wirksame Durchsetzung der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte mittels einstweiligen Rechtsschutzes vereiteln, unangewendet bleiben müssen. Darüber ausführlicher SCHOCH in SCHOCH, SCHMIDT-ABMANN, PIETZNER, 2022, ebd. Für eine systematische auch wenn nicht mehr so jüngste Analyse der Verhältnisse zwischen

Aufgabenverteilung, indem sie auf dem *Boussac*-Urteil stützend die sich ergänzende Selbstständigkeit der der Kommission und den nationalen Gerichten innewohnenden unterschiedlichen Rollen verkenne. Es wurde bereits verneint⁹⁶, dass das mehrfach in Erinnerung gerufene Urteil eine damals noch nicht vorliegende einstweilige Ermächtigung der Kommission auch für die Zukunft ausschließen wollte⁹⁷. Das Befinden, dass die Kommission sich an die bloße Rechtswidrigkeit der Beihilfe nicht festhalten muss, sondern ihre Vereinbarkeit weiterhin prüfen muss, hing davon ab, dass sich der EuGH in dem Fall mit der Endgültigkeit eines die Rückforderung anordnenden negativen Beschlusses⁹⁸, der eben nicht nur auf die bloße Verletzung des Durchführungsverbots stützen kann, nicht indes mit dem einstweiligen Rechtsschutz befasste. Die Zuständigkeitsverteilung stellte immerhin den Kernpunkt der Ausführungen des Gerichtshofes dar: die Kommission ist für die materiell-rechtliche Prüfung nach Art. 107 AEUV zuständig, während die nationalen Gerichte mit der Wahrung der Rechte der Wettbewerber anhand der Verletzung vom Art. 108 Abs. 3 AEUV ermächtigt sind. Dem folgend wäre dann mit der *Boussac*-Rechtsprechung und somit primärrechtlich unvereinbar nicht die Vorschrift des Art. 13 Abs. 2 BVVO, wie einige Autoren vermuten⁹⁹, sondern eher die Auferlegung solcher strengen

Unionsrecht und mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht verweist man auf KOCH, *Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verfahrensrecht*, *EuZW*, 1995, 78 ff.

⁹⁶ Vgl. für andere Nachweise ansatzweise S. 10 und Fn. 46.

⁹⁷ Ähnlich auch KÖSTER in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.) 2022, a. a. O., S. 1741, wonach die Rechtsprechung die Befugnisse der Kommission zu vorläufigen Schutzmaßnahmen nicht abschließend regeln wollte, vielmehr sei es dem Rat und somit der Kommission gestattet, wie auch in Fn. 46 veranschaulicht, eine „behutsame Konkretisierung des Gemeinschaftsrechts“. Ähnlich auch SINNAEVE, *Der Kommissionsvorschlag zu einer Verfahrensverordnung für die Beihilfekontrolle*, *EuZW*, 1998, 268 (270), wonach trotz der klaren Abgrenzung zwischen den Kompetenzen der Kommission und der nationalen Gerichte kein Grund gäbe, die Anordnung einstweiliger Schutzmaßnahmen ausschließlich Letzteren vorzubehalten und sie Ersterer vorzuenthalten. Anderer Auffassung ist hingegen KRUSE, *Bemerkungen zur gemeinschaftlichen Verfahrensverordnung für die Beihilfekontrolle - Erwägungen zu einzelnen Verfahrensregelungen und zu Rechtsschutzmöglichkeiten*, *NVwZ*, 1999, 1049 (1054), der diesen Unterschied als Verhältnis beschreibt, wonach ein Vorbehalt der „interimistischen Rückforderung“ zugunsten der nationalen Gerichte einer Vorenthaltung gegenüber der Kommission entspricht. Der Autor fragt sich hinzu, ob die im Art. 13 Abs. 2 BVVO vorgesehenen Erfordernisse tatsächlich noch ein Raum für die Ausübung dieser Befugnis seitens der Kommission gestatten. Wie aber aus der vorliegenden Analyse hervorgeht, ist dieser Unterschied aber nicht einer Aushöhlung der Befugnisse der Kommission gleichzustellen, vielmehr lassen sie sich zur effektiven Durchsetzung des Durchführungsverbot weiterhin ausüben, solange die nationalen Gerichte dies nicht getan haben. Diesbezüglich könnte man von

⁹⁸ In diesem Sinne auch SINNAEVE, ebd., die auch die Urteile *FNCE* und *SFEI* zu diesem Ergebnis heranzieht.

⁹⁹ KÖSTER, ebd., der nur ansatzweise diese Unvereinbarkeit ablehnt, verweist auf RITTER, *EG-Beihilfenrückforderung von Dritten*, 2004, S. 23, der die Vereinbarkeit der Vorschrift in Frage stellt, stützend auf KRUSE, a.a.O., *NVwZ*, 1999, 1049 (1054), der das Inkrafttreten von Art. 13 Abs. 2 BVVO als „zumindest überraschend“ bezeichnet angesichts dessen, dass die *Boussac*-Rechtsprechung die Aufgabe

Voraussetzungen den nationalen Gerichten, die nicht daran gehindert werden sollen, sämtliche Folgerungen aus einer Verletzung des Durchführungsverbots zu ziehen. Bestätigt wird dieser Umstand wohl von dem einschränkenden Charakter des Art. 13 Abs. 2 BVVO, das sich nur für das Einschreiten der Kommission in bestimmten und zwar seltenen Fällen eignet, wie sie oben veranschaulicht wurden.

Zusammenfassend erwiese sich die Anlehnung an die Anforderungen des Art. 13 Abs. 2 BVVO seitens der nationalen Gerichte bei der Anordnung einstweiliger Rückforderungen als zwiefältig problematisch. Einerseits würde sie den Grundsatz der Verfahrensautonomie auf einem Rechtsgebiet gefährden, das über kein auf EU-Ebene einheitliches Verfahrensrecht verfügt¹⁰⁰. Andererseits ließe sie die primärrechtlich relevante Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten außer Acht, was eine Einschränkung des Handlungsspielraums Letzterer und eine Abschwächung der Durchsetzung des Durchführungsverbots herbeiführen würde.

Dass den nationalen Gerichten anhand der Rechtsprechung und der Mitteilungen der Kommission eine umfangreiche Befugnis zwecks einer effektiven Durchsetzung des Durchführungsverbots und dem Schutz der Rechte der Einzelnen zugeteilt wird, scheint jedoch mit einer besonderen Anlehnung an die Rechtstellung der Wettbewerber einherzugehen. Wie bereits unterstrichen, zeichnet sich diese Feststellung durch die fehlende Voraussetzung der Dringlichkeit bei der Anordnung einstweiliger Maßnahmen,

der Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfe nur den nationalen Gerichten zugewiesen habe. Der Kommission sei daher verwehrt, eine solche Maßnahme aufgrund der bloßen formellen Verstoß beizutreiben. Diese Auslegung scheint, wie bereits in der vorliegenden Arbeit ausgeführt wurde, diese Rechtsprechung über den Umfang des Einzelfalles hinaus zu strecken, der sich mit einem endgültigen Beschluss befasste, der die Rückforderung der Beihilfe nicht nur aufgrund deren Rechtswidrigkeit anordnen konnte. KRUSE, ebd., verkraftet interessanterweise seine Stellungnahme durch eine kurze Veranschaulichung des BVVO-Gesetzgebungsverfahrens, indem er die Entstehung der drei Voraussetzung zur einstweiligen Rückforderung nach Art. 13 Abs. 2 BVVO auf einen Widerstand der Mitgliedstaaten im Rahmen der Ratsberatungen zurückführt, da die ursprüngliche Fassung der Vorschrift eine zu breite Befugnis der Kommission und eine unklare Zuständigkeitsverteilung herbeigeführt habe. Das zeigt, was schon hervorgehoben wurde, dass der Grundsatz der Verfahrensautonomie und die Anwendung des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts auf dem Gebiet des einstweiligen Rechtsschutzes eine wichtige Rolle auch aufgrund der unmittelbaren Wirkung des Durchführungsverbots spielen.

¹⁰⁰ Hierfür letztens stichhaltig EuGH-Urt. v. 05.03.2019 in Rs. C-349/17 – *Eesti Pagar*, Rn. 108 und 110, wonach Art. 13 und im Allgemeinen die Vorschriften der BVVO die Praxis der Kommission konkretisiert haben und lediglich ihren Handlungen anwendbar sind, jedoch keine Regelungen über die Befugnisse und Obliegenheiten der nationalen Gerichte enthalten. Für die Letztere gelten die Bestimmungen des Vertrags, wie die vom Gerichtshof ausgelegt sind sowie das anwendbare mitgliedstaatliche Recht. Das entnahm man schon aus dem EuGH-Urt. v. 05.10.2006 in Rs. C-384/06 – *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Rn. 35, das die Anwendbarkeit der VO 659/1999 trotz ihrer Vorschriften verfahrensrechtlicher Art für die Verfahren vor den nationalen Gerichten ausschloss.

obwohl sich das Erfordernis einer nicht zweifelhaften Einstufung der Maßnahme als Beihilfe, wofür dann eine *prima facie* Überzeugung nicht genügt, als Ausgleich für die Ermangelung einer ebenso rechtsschützenden Voraussetzung zeigt. Allerdings reicht die bloße Rechtswidrigkeit der Beihilfe insofern aus, als die damit verbundenen wettbewerbsschädlichen Folgen bereits ein dringendes Einschreiten des nationalen Gerichtes verlangen¹⁰¹, um weitere verzerrenden Konsequenzen gegen den Wettbewerber abzuwenden. Derartige Konsequenzen reichen aber weit über die Rechtsstellung des Wettbewerbers hinaus und betreffen das gesamte System der Beihilfekontrolle. Letzteres ist hauptsächlich von einem das Notifizierungsverfahren zugrunde legenden *ex-ante* Ansatz ausgeprägt, dessen Ausfluss das Entscheidungsmonopol der Kommission über die Vereinbarkeitsprüfung dargestellt. Dadurch sticht das allgemeine Interesse der Union¹⁰² heraus, einen wettbewerbsfähigen und reibungslos funktionierenden Binnenmarkt zu gewähren. Dieses Interesse, das das Überwachungsgefüge über die Beihilfen in seiner Gesamtheit durchdringt, erweist sich als überlegen, insoweit es mittels der von den nationalen Gerichten durchgesetzten unmittelbaren Wirkung des Durchführungsverbots den Wettbewerbsschutz als prägendes Element des Binnenmarktes vorrangig einstuft, die Rechtsstellung der Betroffenen allerdings trotz ihrer der Beihilfekontrolle dienenden Rolle einigermaßen schmälert¹⁰³.

Eine Abwägung mit gegenläufigen Anliegen bei der Anordnung einstweiliger Maßnahmen aufgrund einer bereits gewährten rechtswidrigen Beihilfe scheint

¹⁰¹ Der EuGH in dem Urteil *CELF II*, Rn. 35, unterstreicht allerdings vor der Auflistung der die nationalen Gerichte bei der Anordnung einstweiliger Maßnahmen steuernden Kriterien, dass ein Antrag auf Schutzmaßnahme keine Verpflichtung für die nationalen Gerichte darstellt, diesem Antrag automatisch stattzugeben. Die besagten Kriterien müssen nämlich erfüllt werden.

¹⁰² In diesem Sinne SCHEPISI in ARENA, CHIEPPA (Hrsg.), 2023, a. a. O., S. 1340, die die mangelnde Dringlichkeitsvoraussetzung (als *periculum in mora* beschildert) als eine gefährliche Abflachung des einstweiligen Rechtsschutzes lediglich auf die Rechtsstellung des Wettbewerbers hält, da diese zwangsläufig das Interesse der Union widerspiegelt, ohne weitere Anliegen in Erwägung zu ziehen. Demzufolge obliege es dem nationalen Gericht bei der Verletzung des Durchführungsverbot, immer einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der Wettbewerbslage zu erlassen.

¹⁰³ Ähnlich SCHMIDT-KÖTTERS in HEIDENHAIN (Hrsg.), 2003, a. a. O., § 57, Rn. 104, der hervorhebt, wie durch die „Betonung des Wettbewerbsschutzes“ auch viele Verfahrensrechte der Betroffenen als unterlegen gelten, was auch angesichts eines „ausgeweiteten Konkurrentenschutzes“ zu einer Vernachlässigung der Auswirkungen des Prüfverfahrens auf die Rechtsstellung der Beihilfeempfänger führen kann, unabhängig der „materiellen Bewertung der Beihilfe“.

dementsprechend den nationalen Gerichten nicht geboten zu sein¹⁰⁴. Umso einleuchtender ist das, wenn Schutzsuchende der Empfänger ist, der die Anordnung einer einstweiligen Aussetzung des Rückforderungsbescheids ersucht¹⁰⁵. Der Fall ergibt sich hauptsächlich, wenn die Kommission die Rückforderung einstweilig anhand ihrer Befugnis nach Art. 13 Abs. 2 BVVO oder im Rahmen eines endgültigen negativen Beschlusses anordnet. Hierfür sind aber die Voraussetzungen sehr streng, weil bezüglich der diesmal verlangten Dringlichkeit die einstweilige Aussetzung nur zur Meidung eines nicht wiedergutzumachenden Schadens gegen den Schutzsuchenden verfügt werden darf. Dazu muss das nationale Gericht erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Gemeinschaftsverordnung hegen, worauf das angefochtene Rückforderungsbescheid beruht, und die Frage der Gültigkeit dem Gerichtshof selbst vorlegen¹⁰⁶.

Umso relevanter und für unsere Analyse stichhaltig ist aber die Frage¹⁰⁷, unter welchen Kriterien man einem einstweiligen Antrag des Beihilfeempfängers stattgeben kann, der darauf abzielt, den Rückforderungsanspruch des Wettbewerbers gegenüber einer rechtswidrigen Beihilfe mangels eines Beschlusses der Kommission vor dem

¹⁰⁴ Anderer Auffassung ist SCHMIDT-KÖTTERS in HEIDENHAIN (Hrsg.), 2003, a. a. O., § 57, Rn. 78, das aber auf das Erfordernis der außergewöhnlichen Umstände nach der *CELF II*-Rechtsprechung zurückgreift, um die seines Erachtens in Art. 13 Abs. 2 BVVO zuletzt verankerten Abwägung zu rechtfertigen. Diesem Umstand ist aber entgegenzutreten, insoweit die außergewöhnlichen Umstände die logische Konsequenz der Rückforderung nur ausnahmsweise verhindern kann und zwar aufgrund ihrer Unerträglichkeit. Letztere lässt sich oft auf das Gebiet des berechtigten Vertrauens des Empfängers zurückführen, was aber vor der Nicht-Einhaltung der Stillhalteverpflichtung schwer zu begründen ist und oft entfällt.

¹⁰⁵ In dieser Hinsicht besonders bemerkenswert ist auch der EuGH-Beschl. v. 03.05.1996 in Rs. C-399/95 *Deutschland/Kommission* („*Neue Maxhütte*“), Rn. 80, nach dem eine einstweilige Schutzmaßnahme nicht statthaft ist, wenn sie darauf abzielt, einen Schaden zu verhindern, der aber „als unvermeidbare Folge der Anwendung der strengen Beihilferegulierung“ erscheint und der ohne die Beihilfegewährung trotzdem eingetreten wäre. Der Beschluss bezieht sich zwar auf eine Vorschrift (Art. 4 lit. c) des nicht mehr geltenden EGKS-Vertrags, die anders als Art. 107 keine Ausnahmetatbestände zuließ und ein absolutes Verbot verhing. Daraus kann man jedoch ableiten, inwiefern ein Schaden für den Beihilfeempfänger zur Stattgabe der einstweiligen Anordnung zur Aussetzung des Rückforderungsbescheids führen kann. Das geschieht nämlich, wenn der erhebliche Schaden sich auf weitere Bestandsaspekte des Lebens eines Unternehmens negativ auswirkt, die aber nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Gewährung der Beihilfe waren und die aber nach deren Rückforderung schwer beeinträchtigt werden könnten. In dem Sinne dieser Rechtsprechung vgl. auch EuGH-Urt. v. 09.07.2015 in Rs. C-63/14 *Kommission/Frankreich*, Rn. 52, das das Vorbringen Frankreichs, die Rückforderung und die damit verbundene Liquidation des Empfängers löse soziale Unruhe aus und beeinträchtige die öffentliche Ordnung, als Rechtfertigung für die absolute Unmöglichkeit der Beitreibung zurückweist.

¹⁰⁶ So u. a. EuGH-Urt. v. 21.02.1991 in verb. Rs. C-143/88 und C-92/89 *Zuckerfabrick*, Rn. 23-24 und EuGH-Urt. v. 14.07.2011 in Rs. C-303/09 *Kommission/Italien* („*Tremonti bis*“), Rn. 46.

¹⁰⁷ Diese Konstellation wird von SCHEPISI in ARENA, CHIEPPA (Hrsg.), 2023, a. a. O., S. 1341, mit der Erläuterung angesprochen, dass sie weder in den Mitteilungen der Kommission noch in der Rechtsprechung zu finden ist.

mitgliedstaatlichen Gericht abzuwenden. Erstens gelten bei der Erhebung des Antrags seitens des Empfängers die mitgliedstaatlichen Verfahrensvorschriften, die allerdings von den unionsrechtlichen Grundsätzen und Rechtsprechung nicht absehen können. Zweitens würde man in diesem Fall genau jene Anforderungen anwenden, die bei der Anordnung einstweiliger Maßnahmen zugunsten des Wettbewerbers gelten, allerdings auf einer umgekehrten Weise. Während bezüglich des *fumus boni iuris* das Gericht die Einstufung der Maßnahme als Beihilfe für besonders zweifelhaft erachten müssen wird, wirft mehr Probleme das Erfordernis der Dringlichkeit auf, da diese im Rahmen eines einstweiligen Antrags des Wettbewerbers nicht verlangt wird. Allerdings wurde mehrfach hervorgehoben, dass die Dringlichkeit in dieser letzten Konstellation eigentlich nicht unter den Anforderungen fällt, da die bloße Rechtswidrigkeit der Beihilfe bereits ein dringendes Tätigwerden seitens des Gerichts gebietet. Bei der Verfügung der einstweiligen Aussetzung würde der schutzsuchenden Empfänger dann als Ergebnis erzielen, dass die Dringlichkeit nur dann an Geltung gewinnen könnte, wenn der drohende nicht wiedergutzumachende Schaden gegen den Begünstigten die wettbewerbsverzerrenden Wirkungen der Rechtswidrigkeit übersteigt¹⁰⁸ bzw. wenn sich dieser Schaden weit über den durch die staatliche Vergünstigung ursprünglich abgezielten Umfang der Beihilfe auswirkt. Einerseits knüpft diese Auslegung immerhin an die erwähnte *Neue Maxhütte*-Rechtsprechung an, indem der zu verhindernde Schaden nicht bloßer Ausfluss der unumstößlichen Rückforderung der Beihilfe sein soll,

¹⁰⁸ So auch SCHEPISI, ebd., die als Beispiel das Insolvenzrisiko eines begünstigten Unternehmens liefert, der Empfänger von Rettungsbeihilfen ist, wenn man eine positive Entscheidung der Kommission kurz davorsteht und die Rückforderung aufgrund der Rechtswidrigkeit einen unersetzlichen Schaden zufügen kann. Zu diesem Ergebnis kommt auch BGH-Urt. v. 09.02.2017 – I ZR 91/15 *Flughafen Lübeck*, Rn. 53, wonach die einstweilige Rückforderung nach einem Eröffnungsbeschluss der Kommission unverhältnismäßig zu erachten sei, wenn eine Beihilfe „mit hoher Wahrscheinlichkeit nach der Kommissionspraxis gem. Art. 107 II oder III AEUV und den dazu ergangenen Durchführungsvorschriften für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären ist und deren Rückforderung die Existenz des davon betroffenen Unternehmens ernsthaft bedroht“. Der BGH begründet diese Unverhältnismäßigkeit weiterhin damit, dass „durch eine vorläufige Regelung [...] generell keine vollendeten Tatsachen in Form der Insolvenz eines begünstigten Unternehmens geschaffen werden dürften“, was allerdings in Konflikt mit dem in Fn. 85 geschilderten *Neue Maxhütte*-Beschluss und ihrer Stellungnahme zum eintretenden Schaden steht. Der quasi nachgiebige Ansatz des BGH rechtfertigt sich damit, dass sich der Gerichtshof in dem Streitfall mit der umstrittenen und vom BGH selbst abgelehnten Frage der Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses der Kommission befasste. Darüber wird sich die vorliegende Arbeit tiefgehend in den nächsten Paragraphen beschäftigen. Zu der breiten Auslegung des BGH bezüglich der einstweiligen Rückforderung kritisch auch MARTIN-EHLERS, *EuZW*, 2017, 312, 317 Anm., der die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Beihilfensachen ablehnt, indem er mittelbar als Antwort auf SCHEPISI, ebd., in Frage stellt, wie ein nationales Gericht „die Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Entscheidungsfindung durch die Kommission“ voraussehen soll.

wie bspw. das Insolvenzrisiko eines Unternehmens in Schwierigkeiten. Andererseits ähnelt diese Auslegung dem Begriff von außergewöhnlichen Umständen¹⁰⁹, die eine einstweilige Rückforderung aufgrund ihrer Unangemessenheit verhindern und die vor allem in dieser Konstellation zu einer gerichtlichen Verfügung führen können, die auch für den Beihilfeempfänger zumindest auf verfahrensrechtlicher Sicht schutzwürdig sein kann.

2.1.2 Die Zuständigkeitsverteilung aus dem Blickwinkel der Rolle der Einzelnen

Der kurze¹¹⁰ Überblick auf die oft unberücksichtigte Rechtstellung des Beihilfeempfängers im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes dient auch einem eindeutigen Verständnis des zwischen den nationalen Gerichten und der Kommission bestehenden Verhältnisses. Man zeichnet sich nämlich dadurch noch schärfer das Gefüge der Zuständigkeitsverteilung zwischen der besagten Organen und erhellt sich auch somit, wozu die für die einstweiligen Maßnahmen zugewiesenen Befugnisse der nationalen Gerichte weniger gebunden und umfangreicher sind, als diejenigen der Kommission. Obwohl die unmittelbare Wirkung des Durchführungsverbots dem Schutz der Rechte der Einzelnen dient, neigen die Befugnisse der nationalen Gerichte in dem Beihilfensystem vorrangig dazu, das Entscheidungsmonopol der Kommission zu sichern und das Interesse der Union, keine unvereinbare Beihilfe in den Markt einzuführen, zu schützen. Wie bereits mehrfach erwähnt, steuern dann diesem übergeordneten Interesse¹¹¹ die Kommission und die nationalen Gerichte kraft ihrer

¹⁰⁹ Aufschlussreich ist hier der Hinweis von SCHMIDT-KÖTTERS in HEIDENHAIN (Hrsg.), 2003, a. a. O., § 57, Rn. 93-94, auf die etwas gelockerte „vergangenheitsgerichtete Umsetzung“ des Durchführungsverbots, wonach nach der Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe eine Gewichtung der Interessen der Parteien aufgrund der Anforderungen des Art. 13 Abs. 2 BVVO stattfinden soll. Auch wenn der Verfasser dieser Arbeit mehrfach die Anwendung der besagten Vorschrift auf die einstweilige Rückforderung durch die nationalen Gerichte abgelehnt hat, dient aber die Idee einer vergangenheitsgerichteten Umsetzung dem Ziel, die Rechtstellung des Beihilfeempfängers in bestimmten Fällen zu berücksichtigen und das Risiko eines Automatismus bei der Verfügung einstweiliger Maßnahme abzuwenden. Anders sei bei einer zukunftsgerichteten Umsetzung, wofür keine Einschränkung bestehen und die Umsetzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV absolut sein solle.

¹¹⁰ Man will hier das breite Thema des Rückforderungsumfangs bezüglich der Rechtswidrigkeit der Beihilfe nicht ausschöpfen. Dafür verweist man auf das nächste Kapitel.

¹¹¹ Ähnlich auch SCHEPISI, in ARENA, CHIEPPA (Hrsg.), 2023, a. a. O., S. 1340.

jeweiligen Rollen bei, wie diese aus dem Wortlaut des AEUV und der darauf stützenden Rechtsprechung abzuleiten sind. Nicht zu schweigen ist allerdings, dass die Kommission auf dem Gebiet des Beihilfenrechts „die einzige Anlaufstelle“¹¹² darstellt, die unter der Aufsicht der Gerichtsbarkeit der Union die Vereinbarkeitsprüfung durchführt und somit sich über die materielle Rechtmäßigkeit der Maßnahme äußert. Das kann man schon der Rechtsprechung des EuGH und insbesondere dem mehrfach in Erwägung gezogenen *Boussac*-Urteil entnehmen. Nachdem ist die Kommission nämlich verpflichtet, die Prüfung der Maßnahme gemäß Art. 108 Abs. 2 AEUV i. V. m. Art. 107 AEUV vorzunehmen, ohne dass die bloße Rechtswidrigkeit der Beihilfe eine an sich ausreichende Begründung zu einem endgültigen negativen Beschluss darstellt. Hinzu kommt es mit Bezug auf eine frühere Phase, dass die Kommission gemäß Art. 12 BVVO jede eingelegte Beschwerde von Beteiligten verfolgen muss und aufgrund eines fehlenden Interesse der Union die Nachprüfung solcher Informationen nicht ablehnen darf¹¹³.

Diese Erläuterung erweist sich als notwendig, wenn man ansatzweise auf den Gebiet des Kartellrechts blickt. Hinsichtlich der unmittelbaren Wirkung von Art. 101 AEUV und 102 AEUV verfügen die Beteiligten in diesem Bereich über unterschiedliche Hilfsmittel¹¹⁴, um eine Verletzung der besagten Vorschriften und dadurch der daraus herrührenden Rechte geltend zu machen. Die nationalen Gerichte sowie die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden teilen nämlich diese Zuständigkeit mit der Kommission¹¹⁵ und dürfen Art. 101 und Art. 102 AEUV und die darauf gestützten Freistellungen in ihrer Gesamtheit anwenden. Auf dem Gebiet des Beihilferechts sind hingegen die Legalausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV und die Ermessensausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV der ausschließlichen Zuständigkeit

¹¹² So BARTOSCH 2020, a.a.O., Art. 12 VO 2015/1589, Rn. 2.

¹¹³ BARTOSCH, 2020, ebd., mit Verweis auf SINNAEVE, SLOT, *The new regulation on State aid procedures*, CMLR, 1999, 1153 (1186).

¹¹⁴ So SINNAEVE, 1999, ebd., die, wie BARTOSCH, ebd., unterstreicht, den Vergleich zum Kartellrecht zieht, um den „beschränkten Zugang zu den nationalen Gerichten“ im Beihilfenrecht und zwar die Geltendmachung vor denen lediglich einer Verletzung des Durchführungsverbots hervorzuheben. Vgl. hierzu auch EuG-Urt. v. 18.09.1992 in Rs. T-24/90 *Automec/Kommission* („*Automec II*“), Rn. 90, das die unmittelbare Wirkung der Art. 101 und 102 AEUV und die daraus herrührenden Rechte der Einzelnen in Verbindung mit der Rolle der nationalen Gerichten stellt.

¹¹⁵ U.a. EuGH-Urt. v. 28.02.1991 in Rs. C-234/89 *Delimitis/Henninger Bräu* („*Delimitis*“), Rn. 45.

der Kommission unterworfen¹¹⁶. Die Betroffenen können sich zwar an den nationalen Gerichten wenden, um die unmittelbare Wirkung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV geltend zu machen und dadurch das berufene Gericht zu ersuchen, der Verletzung des Durchführungsverbots und den damit verbundenen wettbewerbsverzerrenden Folgen abzuhelpfen. Die nationalen Gerichten dürfen aber den Beihilfebegriff nach Art. 107 AEUV zu diesem Zweck mangels unmittelbarer Geltung der Vorschrift ausschließlich auslegen¹¹⁷, keineswegs über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt oder über die Erfüllung der Ausnahmenvoraussetzungen befinden. Die Auslegung und Anwendung des Beihilfebegriffs der beanstandeten Maßnahme stehen dem Ergebnis nicht entgegen, dass die nationalen Gerichte eine Zuständigkeit verfahrensrechtlicher Natur ausüben, indem sie hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Beihilfe im Rahmen eines Eil- oder Hauptverfahrens jeweils geeignete Maßnahmen anordnen oder ein Urteil zum Feststellungs-, Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch aussprechen.

Es geht daraus hervor, dass ausschließlich der Kommission obliegt, eine vollumfängliche materiell-rechtliche Zuständigkeit zur Feststellung des endgültigen Beihilfecharakters und der Vereinbarkeit der Beihilfe sowie zur möglichen Eintreten einer der besagten Ausnahmen auszuüben. Diese Verpflichtung der Kommission ergänzt dann unentbehrlich die begrenzte und jedoch grundsätzliche Aufgabe der nationalen Gerichte, zumal sie wie bereits angedeutet nicht von der Würdigung des Unionsinteresses absehen kann¹¹⁸. Letzteres durchdringt nämlich das System der

¹¹⁶ Diesbezüglich auch EuGH-Urt. v. 22.03.1977 in Rs. C-74/76 *Iannelli/Meroni*, Rn. 11 f., das die fehlende unmittelbare Wirkung des Art. 107 AEUV dahingehend rechtfertigt, dass das darin enthaltene Verbot weder absolut noch unbedingt ist. Vielmehr gestattet der Vertrag der Kommission einen weiten Ermessensspielraum, sodass die Einzelnen, denen die Berufung lediglich auf Art. 107 AEUV verwehrt wird, dementsprechend nicht vor den nationalen Gerichten die unmittelbare oder inzidente Feststellung der Unvereinbarkeit der Beihilfe ersuchen dürfen.

¹¹⁷ U.a. EuGH-Urt. v. 22.03.1977 in Rs. C-78/76 *Steinike & Weilig/Bundesrepublik Deutschland* („Steinike“), Rn. 14, wonach die nationalen Gerichte den Beihilfebegriff auslegen und anwenden dürfen, um festzustellen, dass die in Rede stehende Maßnahme dem Notifizierungsverfahren hätte unterworfen werden müssen. Bemerkenswert ist die Tatsache, dass das vorliegende Urteil das an demselben Tag gefällte Urteil *Iannelli/Meroni* (siehe dazu **Fn. 98**) in der Maße ergänzt, dass es die Zuständigkeit der nationalen Gerichte ausführlicher einordnet, indem es sie von derjenigen der Kommission abtrennt und ein vollständiges Bild der Zuständigkeitsverteilung auf dem Gebiet des Beihilfenrechts anbietet. Mit beug auf den Umfang der Auslegung des Beihilfebegriffs vgl. auch SCOTT, a.a.O., *EStAL*, 2017, 354 (356), wonach die mitgliedstaatlichen Gerichten bei der Aussetzung der Gewährung der Beihilfe im Eil- oder Hauptverfahren nach eigenem Ermessen beurteilen können, ob die rechtswidrige Beihilfe von der Kommission genehmigt werden kann, und die Intensität der richterlichen Maßnahme dementsprechend abstimmen.

¹¹⁸ Das kann man umgekehrt aus dem Urt. *Automec II*, Rn. 87 herleiten, wonach die Kommission prüfen darf, ob ein Unionsinteresse an der Beschwerde immer noch besteht, wenn der Beschwerdeführer ein

Beihilfenkontrolle und ist aufgrund dessen besonderen Merkmale, die vor allem durch die getrennten aber sich ergänzenden Zuständigkeiten der Kommission und der nationalen Gerichten herausstechen, Bestandteil davon. Das kann man neben dem *Boussac*-Urteil auch dem Art. 24 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 BVVO entnehmen, wonach die Kommission durch eine Fristsetzung den Beschwerdeführer zu einer weiteren Stellungnahme auffordern muss, wenn „die von ihm vorgebrachte sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte“ nach einer *prima-facie*-Prüfung nachgewiesenermaßen nicht hinlänglich für die Einstufung der Maßnahme als rechtswidrige oder missbräuchliche Beihilfe erscheinen¹¹⁹. Die Vorschrift bezieht sich zwar auch auf rechtswidrige Beihilfe, wofür bereits die nationalen Gerichten zuständig sind. Allerdings zielt sie darauf ab, dass durch diesen Weg die Kommission einen Beschluss über das Vorliegen einer Beihilfe und, falls die Maßnahme tatsächlich als Beihilfe eingestuft wird, über ihre etwaige Unvereinbarkeit erreichen kann. Schließlich wenn eine Beschwerde nach Art. 24 BVVO Abs. 2 eingeleitet wird oder wenn die Kommission von Amts wegen nach Art. 12 Abs. 1 BVVO bestimmte Auskünfte über das Vorliegen einer rechtswidrigen Beihilfe prüfen muss, muss sie zu einen Beschluss nach Art. 4 BVVO gelangen¹²⁰, nachdem die Maßnahme keine Beihilfe darstellt (Abs.

mitgliedstaatliches Gericht mit der Frage der Vereinbarkeit nach Art. 101 AEUV bereits befasst hat. Aufgrund der unterschiedliche Aspekte der Rechtmäßigkeit der Maßnahme mit dem Beihilfenvorschriften deckenden Zuständigkeiten der Kommission und der nationalen Gerichten ist eine solche Stellungnahme auf dem Gebiet des Beihilfenrechts schwer vorstellbar.

¹¹⁹ Stichhaltig hierfür ist auch GA Bot, Schlussanträge v. 03.04.2008 in Rs. C-521/06 *Athinaiki Techniki/Kommission*, Rn. 30, wonach „die Verpflichtungen, die der Kommission obliegen, wenn sie eine Beschwerde wegen einer staatlichen Beihilfe erhält, gründen sich auf folgende zwei Gesichtspunkte. Sie resultieren zum einen daraus, dass dieses Organ [...] für die Beurteilung der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem EG-Vertrag ausschließlich zuständig ist. Sie beruhen zum anderen darauf, dass staatliche Beihilfen grundsätzlich verboten sind. Aufgrund dieser ausschließlichen Zuständigkeit und dieses grundsätzlichen Verbots ist die Kommission verpflichtet, dafür zu sorgen, dass keine vertragswidrigen Beihilfen gewährt oder beibehalten werden“.

¹²⁰ In diesem Sinne EuGH-Urt. v. 31.05.2017 in Rs. C-228/16 *DEI/Kommission*, Rn. 29. Zustimmung auch BARTOSCH 2020, a.a.O., Art. 24 VO 2015/1589, Rn. 4. Einige Autoren befürchten hingegen, dass diese restriktive Lösung darauf hinauslaufe, den Wortlaut von Art. 24 Abs. 2 UAbs. 2 BVVO außer Kraft zu setzen. Somit gelte dieses Schreiben nicht mehr als Mittel zur Archivierung der offensichtlich unbegründeten Beschwerde eines Betroffenen, sondern als bloße Aufforderung nach Einreichen weiterer Auskünfte zwecks der Vorbereitung des späteren Beschlusses nach Art. 4 BVVO, behaupten GAMBARO, MAZZOCCHI, *Case C-521/06 P, Athinaiki Techniki v. Commission, Judgment of the Court of Justice (Fourth Chamber) of 17 July 2008, [2008] ECR I-5829; Case C-322/09 P, NDSHT v. Commission*, CMLR, 2011, 2083 (2102). Dadurch werde dem Beschwerdeverfahren seitens Privatpersonen und dem Verwaltungsverfahren zwischen dem Mitgliedstaat und der Kommission eine ähnliche rechtliche Bedeutung gezollt, obwohl Adressaten des Beihilfenrechts vorrangig die Mitgliedstaaten sind, so NEHL, *2013 Reform of EU State Aid Procedures: How to Exacerbate the Imbalance between Efficiency and Individual Protection*, *EstAL*, 2014, 235 (239).

2), keine Einwände über die Vereinbarkeit zu erheben sind (Abs. 3) oder das förmliche Verfahren eingeleitet wird. Sie wurde nämlich mit dieser Zuständigkeit betraut und muss sie gemäß der *Boussac*-Rechtsprechung und des Gefüges der Beihilfenkontrolle auch ausschöpfen, zumal das Verabschieden der ersten BVVO und ihre 2015 neue Fassung dieses Ziel im Hinblick auf die Rolle und die Rechtsschutzmöglichkeiten der Beschwerdeführer zwar durch die Vorschrift des Art. 4 Abs. 2 und 3 BVVO aufgefächert wurde, die gezielte Verpflichtung des *Boussac*-Urteils blieb allerdings unangetastet und ist immer noch maßgeblich¹²¹. Darauf aufbauend ist dann ausschließlich eine Priorisierung der eingegangenen Beschwerden vereinbar¹²², wobei das beschilderte Interesse der Union mittels der Würdigung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission trotzdem Beachtung findet.

Die gerade ausgelotete Überlegenheit des allgemeinen Interesse der Union, keine unvereinbare Beihilfen in den Binnenmarkt zuzulassen, wirkt sich dann auch auf die Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten und

¹²¹ Bemerkenswert ist die alte strenge Auslegung der Verpflichtung der Kommission, eine Entscheidung über das Vorliegen einer Beihilfe und ihre etwaige Vereinbarkeit, vor dem Inkrafttreten des Beihilfenverfahrensverordnung durch die 1999/659 VO. Wie der GA Tesauro, Schlussanträge v. 31.03.1993 in Rs. C-198/91 *Cook/Kommission*, Rn. 32 ff., behauptete, „anders als in Verfahren zur Anwendung der [Art. 101 und 102 AEUV], [besteht] die einzige von der Kommission zu treffende Entscheidung darin, über die Vereinbarkeit der Beihilfe zu befinden. Dagegen gibt es keine eigenständige und besondere Entscheidung über die Zurückweisung einer Beschwerde, die von einem Wettbewerber des Beihilfeempfängers eingereicht worden ist. [Demzufolge kann] die Kommission auf eine Beschwerde erst antworten, nachdem sie über die Vereinbarkeit entschieden hat, und die Antwort kann nur in der einfachen Mitteilung der Entscheidung über die Vereinbarkeit bestehen“. Für eine teils mildere Stellungnahme, aber immerhin auf der Wellenlänge des GA Tesauro vgl. GA Lenz, Schlussanträge v. 27.05.1997 in Rs. C-367/95 *Kommission/Sytraval und Brink's France („Sytraval“)*, Rn. 46, wonach sich eine Entscheidung der Kommission zur Nichteröffnung des förmlichen Prüfverfahren zwar an den Mitgliedstaat richte, die Möglichkeit einer unmittelbaren Ausrichtung an dem Beschwerdeführer auch anhand des Wortlauts des Vertrages nicht auszuschließen sei.

¹²² Wie BARTOSCH 2020, ebd., berichtet, wird diese Priorisierung von EuG-Urt v. 04.07.2007 in Rs. T-475/04 *Bouygues SA und Bouygues Télécom SA/Kommission*, Rn. 158, gestattet. Bemerkenswert ist aber, dass das EuG die Möglichkeit, unterschiedliche Priorität den Beschwerden zuzuweisen, dem Bereich des Kartellrechts ausdrücklich entleiht und zwar dem EuGH-Urt. v. 04.03.1999 in Rs. C-119/97 *Ufex/Kommission*, Rn. 88. Tatsächlich hat die Kommission von diesem Mittel Gebrauch gemacht, indem sie in dem 2009 Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren (2009/C 136/04) zwischen prioritären und unbegründeten bzw. nicht prioritären Beschwerden unterschied, die auch unterschiedlichen Fristen zum Kenntnissetzen des Beschwerdeführers unterworfen waren. BARTOSCH, ebd., berichtet, dass diese Priorisierung mit dem 2018 Verhaltenskodex (siehe **Fn. 34**) wieder gefallen sei. Diese Behauptung scheint allerdings unzutreffend zu sein, insoweit, wie weiter oben schon analysiert, das 2018 Verhaltenskodex in Rn. 76 der Kommission gestattet, dass sie den Beihilfesachen geringere Priorität beimisst, wenn diese schon vor den nationalen Gerichten anhängig sind. Die neue Fassung des Verhaltenskodex hat sich dann dementsprechend entwickelt, dass die Prüfung der eingelegten Beschwerden der Rolle der nationalen Gerichte Rechnung tragen soll, die schon geeignete Maßnahmen gegen die durch die rechtswidrige Beihilfe verursachte wettbewerbsverzerrende Lage treffen können.

beeinflusst mittelbar auch die Frage der Zusammenarbeit zwischen denen. Diese Frage stützt direkt auf dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV¹²³, die genau auf einem Gebiet wie demjenigen des Beihilfenrechts zur Geltung kommt, wo Kommission und nationalen Gerichte getrennte aber sich ergänzende Rolle spielen. Danach müssen sich die Mitgliedstaaten und die Union hinsichtlich ihrer Befugnisse und Zuständigkeiten bei Gewährleistung der Anwendung und Wirksamkeit des Unionsrechts gegenseitig unterstützen¹²⁴ bzw. ihre aus den Verträgen herrührenden Pflichten erfüllen¹²⁵. Wie selbst Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV bestimmt, müssen insbesondere die Mitgliedstaaten dann alle Maßnahmen unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten. Die Vorschrift des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV stellt sich dann quasi als Ausfluss dieser Unterlassungspflicht, da sie die Stillhalteverpflichtung in einer negativen Form verfasst. Bereits bekannt ist auch, dass die nationalen Gerichte dank der unmittelbaren Geltung der Vorschrift dafür sorgen müssen, dass die Stillhalteverpflichtung von den Mitgliedstaaten tatsächlich eingehalten wird und dass im Falle eines Verstoßes geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der beihilfefreien Wettbewerbslage erlassen werden. Nichtsdestotrotz erweist sich für nicht vollständig geklärt¹²⁶, wie die Durchsetzung des Durchführungsverbots durch die nationalen Gerichte mangels oder im Laufe eines Prüfungsverfahrens der Kommission zustande kommen soll. In beiden Konstellationen wird zwar das nationale Gericht berufen, sämtliche Folgerungen aus einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot zu

¹²³ Dazu auch Ur. *SFEI*, Rn. 50

¹²⁴ EuGH-Beschl. v. 13.07.1990 in Rs. C-2/88 *Zwartveld*, Rn. 17

¹²⁵ In diesem Sinne auch STREINZ in STREINZ, *EU/VAEUV*, 2018, Art. 4, Rn. 27, der den verpflichtenden Charakter der loyalen Zusammenarbeit hervorhebt, da die Vorschrift auch „selbständige Grundlage für Verpflichtungen“ darstellen kann und das ergibt sich vor allem bei Durchführungsverboten und Stillhalteverpflichtungen, wie der Fall im Beihilfenrecht ist. Noch ausführlicher ist OBWEXER in VON DER GROEBEN, SCHWARZE, HATJE, *Europäisches Unionsrecht*, 2015, Art. 4, Rn. 80, der die unmittelbare Wirkung von Art. 4 Abs. 3 EUV mit der „Gewährung effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes durch die mitgliedstaatlichen Gerichte zur Durchsetzung unionsrechtlich garantierter Rechte“ in Verbindung setzt. Zur effektiven Durchsetzung des Durchführungsverbots, woraus man im Falle seiner Verletzung sämtliche Folgerungen gezogen werden müssen, sind nämlich die nationalen Gerichte berufen, die dann die Rechte der Einzelnen sicherstellen müssen.

¹²⁶ Derselben Meinung ist auch SINNAEVE, *EuGH: Befugnisse der nationalen Gerichte im Beihilfenrecht*, *EuZW*, 1996, 564 (570 Anm.), die eine Übertragung der Zusammenarbeitspflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV vom Kartellrecht, wo Kommission und nationale Gerichte die Zuständigkeit zur Vereinbarkeitsfeststellung eines Verhaltensweises mit Art. 101 oder 102 AEUV teilen, zum Beihilfenrecht praktisch nicht durchführbar ist. Der Verweis ist auf das Ur. *FNCE*, das sich auf die loyale Zusammenarbeit bezieht, was SINNAEVE, ebd., als bloße Entleihung aus dem Ur. *Delimitis* einstuft, ohne die Besonderheiten des Beihilfenrechts zu berücksichtigen.

ziehen, es muss dennoch hierfür den Beihilfebegriff nach Art. 107 AEUV auslegen, obwohl der Beihilfecharakter der Maßnahme noch nicht endgültig feststeht. Das kann in einigen Fällen auch zu Widersprüchen zwischen dem von dem mitgliedstaatlichen Gericht gewährten Rechtsschutz und dem endgültigen Beschluss der Kommission. Die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV stellt sich zweifellos in dieser Hinsicht als Leitgedanke und Voraussetzung für eine reibungslose und orientierte Anwendung des Durchführungsverbots auf nationaler Ebene. Das hat allerdings Spannungen zwischen nationalen Gerichten und Kommission nicht erspart, mit denen sich der EuGH aufgrund einer zweckgebundenen Auslegung des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit mit Bezug auf die Rolle des Eröffnungsbeschlusses der Kommission nach Art. 4 Abs. 4 BVVO auseinandergesetzt hat.

2.1.3 Der Eröffnungsbeschluss nach Art. 4 Abs. 4 BVVO

Mit einem solchen Beschluss leitet nämlich die Kommission das förmliche Prüfverfahren nach Art. 6 BVVO, weil sie anhand einer vorläufige Würdigung der Maßnahme als Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV noch Bedenken über ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt hegt. In der Rechtsprechung, die sich mit Klagen gegen den Erlass eines Beschlusses nach Art. 4 Abs. 2 oder Abs. 3 BVVO befasst hat, ist die Rede eher von „Schwierigkeiten“ oder „ernste Schwierigkeiten“¹²⁷, in denen die Kommission bei der vorläufige Prüfung der Maßnahme geraten ist und die dementsprechend nicht hätten zulassen müssen, die besagten positiven Beschlüsse bereits am Ende der Vorprüfungsphase zu erlassen. Tatsächlich deutet sich eine Tendenz seitens der Rechtsprechung an, wonach solche ernste Schwierigkeiten auf einer angeblich unzureichenden oder unvollständigen Prüfung stützen, die sich nicht durch eine umfassende und tiefgründige Beurteilung gekennzeichnet hat. Diese Merkmale eignen sich aber eher für das förmliche Prüfverfahren nach Art. 6 BVVO und weniger

¹²⁷ Der Begriff von „Schwierigkeiten“ muss aber trotz des weiten Ermessens der Kommission objektiv ausgelegt werden, so EUGH-Urt. v. 21.12.2016 in Rs. C-131/15 *Club Hotel Loutraki/Kommission*, Rn. 31. Der Nachweis des Vorliegens ernsthafter Schwierigkeiten muss nämlich „anhand eines Bündels übereinstimmender Indizien“ vom Kläger erbracht werden, so EuGH-Urt. v. 03.09.2020 in Rs. C-817/18 *Vereniging Tot Behoud Van Natuurmonumenten In Nederland/Kommission*, Rn. 82-83, darunter die Dauer der Vorprüfungsphase, die Komplexität des Tatbestandes sowie die etwaigen Widersprüche zwischen den der Kommission verfügbaren Auskünften zum Zeitpunkt des Ergehens des Beschlusses und dessen Erwägungen.

für die Vorprüfungsphase. Die jüngste Rechtsprechung verlangt dementsprechend, dass sich die Kommission zwar eine erste Meinung über die ihr vorgelegte Maßnahme bildet¹²⁸, das ähnelt jedoch immer mehr einer Prüfung, die keinen Raum für Zweifel lassen und alle verfügbaren Auskünfte in ihrer Gesamtheit bewerten soll¹²⁹. Es werden nämlich vor allem vom erstinstanzlichen Gericht immer anspruchsvollere Maßstäbe gestellt, auf denen die Kommission ihre vorläufige Prüfung stützen muss, um sämtliche Zweifel über die Vereinbarkeit der Beihilfe zu streuen und somit einen positiven Beschluss zu erlassen. Derartige Anforderungen beziehen sich auf die zahlreichen Merkmale¹³⁰, die zur Prüfung des Beihilfencharakters einer Maßnahme nach Art. 107 AEUV dienen, und bestimmen mittelbar den Umfang der Würdigung der Kommission in der Vorprüfungsphase. Dieser Umfang scheint dann die Grenze der bloßen Prüfung der ihr zur Kenntnis gebrachten rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte zu überschreiten¹³¹. Es wird in dem Schrifttum demzufolge hervorgehoben, dass sich eine Pflicht solchen Ausmaßes zulasten der Kommission durch die Gründlichkeit der Beweis- und Auskunftsanforderungen rechtfertigt, die dem Beschwerdeführer beim Einreichen des ausgefüllten Beschwerdemusters nach Art. 24 BVVO auferlegt werden¹³². Diesem nicht unerheblichen Aufwand seitens der Betroffenen, die beweisen

¹²⁸ In diesem Sinne EuGH-Urt. v. 02.04.1998 in Rs. C-367/95 *Kommission/Sytraval und Brink's France*, Rn. 38, das den Unterschied zwischen den zwei Phasen gezeichnet hat: die Vorprüfungsphase soll die Kommission ermöglichen, sich „eine erste Meinungsbildung über die teilweise oder völlige Vereinbarkeit der fraglichen Beihilfe“ zu verschaffen; das förmliche Prüfverfahren muss hingegen „umfassende Kenntnis von allen Gesichtspunkten eines Falles“ enthalten.

¹²⁹ EuG-Urt. v. 13.12.2018 in Rs. T-630/15 *Scandlines Danmark/Kommission*, T-630/15, Rn. 188, 209 f. Wie man sehen kann, sind diese Anforderungen sehr nah den von der *Sytraval*-Rechtsprechung für das förmliche Prüfverfahren festgesetzten Erfordernisse.

¹³⁰ So etwa EuG-Urt. v. 20.06.2019 in Rs. T- 587/17, *a&o hostel and hotel Berlin/Kommission*, Rn. 99, 125, das die Stichhaltigkeit der Kommissionsausführungen und somit die Begründetheit des Beschlusses nach Art. 4 Abs. 3 BVVO an eine vollständige Prüfung der Merkmale anknüpft, die das Anreizeffekt, die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der Beihilfe sowie das Fehlen einer wesentlichen Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten betreffen. Nicht zu schweigen ist die

¹³¹ Diesbezüglich auch EuGH-Urt. v. 02.09.2021 in Rs. C-57/19 *Kommission/Polen („Tempus Energy“)*, Rn. 49 f., das anscheinend einer zu weit hinausgehenden EuG-Rechtsprechung Einhalt gebietet, indem es verlangt, dass die Kommission zwar „alle maßgeblichen Gesichtspunkte“ berücksichtigt und prüft. Diese schließen jedoch nicht jene Gesichtspunkte ein, die „der Kommission nicht zur Kenntnis gebracht wurden und von deren Vorliegen oder Maßgeblichkeit für die Prüfung der angemeldeten Maßnahme sie nichts wusste“.

¹³² In diesem Sinne STAVICZKY, *What Will the EU Courts' Recent Judgments Annuling Commission's State Aid Decisions Bring to Member States?*, *EStAL*, 2019, 293 (295 f.), der gleichzeitig eine weitere Erklärung für diese Rechtsprechung liefert und zwar, dass durch eine Verschärfung der Anforderungen, die die Kommission im Rahmen der Vorprüfungsphase beachten muss, auch die Rechtstellung Dritter besser geschützt wird. Letztere könnten darauf stützend einen positiven Beschluss der Kommission mit höherer Wahrscheinlichkeit beanstanden, falls sie solchen Anforderungen nicht nachgekommen ist, und damit

müssen, aus welchen Gründen und inwiefern die angebliche Beihilfe ihre Wettbewerbsstellung spürbar beeinträchtigt, soll dann auch eine vollständige und ausführliche Prüfung durch die Kommission entsprechen. In dieser Konstellation und in Anknüpfung an die Rolle eines Eröffnungsbeschlusses vor dem nationalen Gericht lässt sich auch die Rolle des Mitgliedstaates etwas überdenken. Wenn er einerseits auf einen schnellen und positiven Abschluss der Vorprüfungsphase abzielt, andererseits angesichts der zahlreichen Klagen gegen nach Art. 4 Abs. 3 BVVO erlassene Beschlüsse und genau zwecks eines reibungslosen Abschlusses könnte auch eine verschärfte Vorprüfungsphase immerhin innerhalb der zweimonatigen Frist seinetwegen wünschenswert erscheinen. Das ginge dann mit einer möglicherweise verstärkten Voranmeldungsphase¹³³ zwischen Kommission und Mitgliedstaat einher, solange es sich um ein notifiziertes Vorhaben und nicht um eine rechtswidrige Maßnahme handelt. Schließlich steckt die Kommission zusammen mit den Mitgliedstaaten in der Zwickmühle¹³⁴: Um das Risiko einer Klage aufgrund einer nach der ständigen Rechtsprechung unvollständigen vorläufigen Prüfung abzuwenden, könnte die Kommission trotz der Mangel an ernststen Schwierigkeiten entscheiden, das förmliche Prüfverfahren nach Art. 6 BVVO einzuleiten. Das würde aber das gesamte Genehmigungsverfahren deutlich verlängern, da sich die Frist auf achtzehn Monaten beläuft. Eine Verlängerung würde sich andererseits dann auch ereignen, wenn der positive Beschluss nach Art. 4 Abs. 2 oder 3 BVVO aufgrund einer vom Kläger gerügten und vom EuG stattgegebenen Unvollständigkeit angefochten würde.

Der Eröffnungsbeschluss spielt denn eine grundsätzliche Rolle im Rahmen des Systems der Beihilfenkontrolle. Sie steht an der Schnittstelle zwischen der sich ergänzenden Zuständigkeiten der Kommission und den nationalen Gerichten und gleichzeitig stellt auch die Nahtstelle dar zwischen der gewährenden öffentlichen Behörde, der Kommission, die dadurch ihr Entscheidungsmonopol ausübt, und den einzelnen Betroffenen. Das bewahrheitet sich noch mehr, wenn der Eröffnungsbeschluss in

gewannen sie auch die Chance, ihre Stellungnahme im Rahmen des förmlichen Prüfverfahrens nachzuweisen, was ansonsten ihnen verwehrt wäre.

¹³³ Diese Voranmeldungsphase wird in dem 2018 Verhaltenskodex, 3. Kapitel, geregelt und zielt darauf ab, dass die Mitgliedstaaten eine vollständige Notifizierung der Maßnahme zwecks einer umfangreichen Prüfung des Vorhabens durch die Kommission durchführen können.

¹³⁴ Genauso HERBING, *The Search for a Bridge over Troubled Waters*, *EstAL*, 2020, 58 (64), der die Lage der Kommission und der Mitgliedstaaten „between a rock and a hard place“ beschreibt, und hinzufügt, dass das EuG, wie bereits hervorgehoben, den Ermessensspielraum der Kommission etwas begrenzt hat.

Verbindung mit der Konstellation der nicht notifizierten Maßnahmen steht. Gemäß Art. 15 Abs. 1 BVVO wird die Kommission nach der in diesem Fall laut Abs. 2 fristlosen Prüfung der nicht notifizierten Maßnahme einen Beschluss nach Art. 4 BVVO erlassen. Abgesehen von dem positiven Ausgang dieser Prüfung nach Art. 4 Abs. 2 und 3 BVVO wird es grundsätzlich anerkannt, dass ein Eröffnungsbeschluss nach Art. 15 Abs. 1 BVVO i. V. m. Art. 4 Abs. 4 BVVO eine vollständige und ausführliche Prüfung aller maßgeblichen Gesichtspunkten nicht enthalten muss¹³⁵. Das liegt hauptsächlich an der fehlenden Anmeldung der Maßnahme, weshalb die Kommission auch in den Fällen einer eingereichten Beschwerde nach Art. 12 Abs. 2 BVVO nicht über ausreichende Auskünfte bezüglich des Gesamtbetrages der Beihilfe und der tatsächlichen Empfänger verfügen kann¹³⁶. Wie aus der abgebildeten Rechtsprechung hervorgeht, kann die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens dann auf ernste Schwierigkeiten beruhen, insoweit sie genau von der Mangel an jenen maßgeblichen Merkmale dargestellt werden, die zu einem positiven Abschluss der Vorprüfungsphase führen könnten. Diese Konstellation wirkt sich dann auf die in dem weiteren Verlauf ausgeloteten Verhältnisse zwischen Kommission und nationalen Gerichten in Anbetracht der Wirkung eines Eröffnungsbeschlusses bei einem anhängigen Verfahren aus. Der Eröffnungsbeschluss nach 15 Abs. 1 BVVO i. V. m. Art. 4 Abs. 4 BVVO kann zwar von einem bestimmten Grad an Genauigkeit und Vollständigkeit absehen, wie im Rahmen des Verfahrens gegenüber angemeldeten Beihilfen im Gegenteil gefordert wird. Nichtsdestotrotz muss sie wesentliche Elemente zwangsläufig aufweisen, die die Einstufung der Maßnahme als Beihilfe nach Art. 107 AEUV selbst voraussetzen. Darunter zählt vor allem die Finanzierungsart und die Finanzierungsquelle aus staatlichen Mitteln, was eine Beihilfe in Sinne der Vertragsvorschriften kennzeichnet und die von der Kommission in dem Beschluss ausdrücklich erwähnt werden müssen, damit die Beteiligten ihre Verfahrensrechte in dem förmlichen Prüfverfahren ausüben und Stellungnahme zu den maßgeblichen Gesichtspunkten beziehen können¹³⁷. Dem folgend weisen die

¹³⁵ So BARTOSCH 2020, a.a.O., Art. 15 VO 1589/2015, Rn. 2, der diese Annahme durch die entsprechende Rechtsprechung beweist.

¹³⁶ Dazu EuG-Urt. v. 15.09.1998 in verb. Rs. T-126/96 und T-127/96 *BFM und EFIM/Kommission*, EU:T:1998:207, Rn. 49 ff., wonach „unerheblich ist, dass der genaue Betrag der Beihilfen erst in der endgültigen Entscheidung angegeben wurde, da die genaue Bezifferung der Beihilfen vor allem erforderlich war, um den Rückforderungsbetrag zu bestimmen“.

¹³⁷ In diesem Sinne EuGH-Urt. v. 10.03.2022 in verb. Rs. C-167/19 und C-171/19 *Kommission/Freistaat Bayern*, Rn. 56 ff., wonach die Finanzierung der Maßnahme aus dem allgemeinen staatlichen Haushalt

Eröffnungsbeschlüsse trotz ihrer vorläufigen Natur einen endgültigen Aspekt insofern auf¹³⁸, als sie Rechtswirkungen gegenüber ihren Adressaten bis zum endgültigen Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens nach Art. 9 BVVO entfalten. Einer solchen Endgültigkeit liegt die Tatsache zugrunde, dass Bedenken bzw. ernste Schwierigkeiten an der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt erhoben wurden, sodass die Rechtswirkungen des Eröffnungsbeschlusses eigenständig bestehen und zwar bis zum endgültigen Beschluss. Anders als bei einer notifizierten Maßnahme, gegenüber der die Entscheidung nach Art. 4 Abs. 4 BVVO eher als Vorbereitungsakt¹³⁹ zwecks Meinungsbildung der Kommission dient¹⁴⁰, bleiben nämlich nach dem Erlass einer derartigen Entscheidung bezüglich einer nicht angemeldeten Maßnahme wenige Zweifel an ihrer Rechtswidrigkeit. Ein derartiger Beschluss ändert demzufolge einerseits die rechtliche Einstufung der Maßnahme selbst, da sie als neue Beihilfe der Vereinbarkeitsprüfung zwangsläufig unterworfen wird. Andererseits reichen seine eigenständige Rechtswirkungen bis zur Rechtslage des Beihilfebegünstigten und eventuell anderer Wirtschaftsbeteiligten¹⁴¹ dermaßen, dass sie kein Vertrauen mehr an

zur deren Einstufung als staatliche Mitteln im Sinne von Art. 107 AEUV nicht schlüssig ausreicht, wenn die Kommission lediglich davon ausgeht, ohne den tatsächlichen Zusammenhang explizit hervorzuheben.
¹³⁸ EuG-Urt. v. 30.04.2002 in verb. Rs. T-195/01 und T-207/01 *Government of Gibraltar/Kommission*, Rn. 83 f., wonach die Endgültigkeit auf die Nicht-Heilbarkeit der Rechtswidrigkeit der Beihilfe auch nach einer positiven endgültigen Beschluss der Kommission zurückzuführen sei. Außerdem

¹³⁹ Hierzu schlüssig EuGH-Urt. v. 10.11.1981 in Rs. C-60/81 *IBM/Kommission*, Rn. 10, wonach innerhalb eines mehrphasigen Verfahrens eine anfechtbare Handlung nur dann vorliegt, wenn „der Standpunkt der Kommission zum Abschluss des Verfahrens endgültig“ feststeht, nicht aber bei „Zwischenmaßnahmen, die die abschließende Entscheidung vorbereiten sollen“.

¹⁴⁰ In diesem Sinne auch SINNAEVE, *State Aid Procedures: Developments since the Entry into Force of the Procedural Regulation*, CMLR, 2007, 965 (999), die die unterschiedliche Ausformung des Eröffnungsbeschlusses je nachdem, ob er mit Bezug auf eine notifizierte oder nicht angemeldete Maßnahme ergeht, betont, indem sie auch auf einen bestimmten verfahrensrechtlichen Aspekt hinweist. Da der Eröffnungsbeschluss über nicht angemeldete Maßnahmen eigenständige und an sich endgültige Rechtswirkungen erzeuge, sei er als angreifbare Handlung im Sinne von Art. 263 AEUV zu behandeln. Dasselbe lasse sich hingegen nicht für die Beschlüsse bezüglich notifizierter Maßnahme, da sie reiner Vorbereitungsart sind.

¹⁴¹ EuGH-Urt. v. 09.10.2001 in Rs. C-400/99 *Italien/Kommission („Tirrenia“)*, Rn. 59. Das Urteil beruht zwar auf den Sachverhalt, dass die in Durchführung begriffene Beihilfe von der Kommission als neue Beihilfe nach Art. 108 Abs. 2 AEUV i. V. m. Art. 1 Abs. 1 lit. c) BVVO eingestuft wurde, während der Mitgliedstaat sie als bestehende Beihilfe nach Art. 108 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. Abs. 1 lit. a) erachtet und sie darauf stützend auch bereits durchgeführt hat. Ein solcher Sachverhalt und die damit verbundenen Ausführungen, wie SINNAEVE, ebd., beteuert, lassen sich auch an dem Tatbestand anwenden, wenn der Mitgliedstaat der Auffassung ist, dass die durchgeführte Maßnahme keine Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV darstellt. Bestätigend auch EuGH-Urt. v. 24.10.2013 in Rs. C-77/12 *Deutsche Post AG/Kommission*, Rn. 51, das noch einmal die Vorbereitungsart des Beschlusses zugunsten der Eigenständigkeit der Rechtswirkungen ausschließt.

die ordnungsgemäße Durchführung der Beihilfe stützen dürfen, weil dieser Beschluss einen Eingriff in ihre Rechtstellung darstellt¹⁴². Der Mitgliedstaat muss nämlich diesem Beschluss Rechnung tragen, indem er die geeigneten Konsequenzen hinsichtlich der Aussetzung der Durchführung oder gar der Rückforderung bereits geflossener Beträge ziehen wird. Zusammenfassend verfügt ein Eröffnungsbeschluss mit Bezug auf einer nicht notifizierten Maßnahme über eigenständige Rechtswirkungen, weil er sich als direkter Ausfluss des Durchführungsverbots nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV stellt und die Konsequenzen aus dessen Verletzung sichern muss¹⁴³. Indem man durch diesen Beschluss die Maßnahme als neue und deshalb rechtswidrige Beihilfe einstuft, ändert sich wie bereits beschrieben nicht nur ihre rechtliche Bedeutung, sondern wird die Rechtsstellung derjenigen, die in Genuss der Maßnahme gekommen sind, ihrer Gewissheit an der Rechtmäßigkeit der Begünstigung in Anbetracht der möglichen bevorstehenden Konsequenzen beraubt. Die unmittelbare Anknüpfung an der Vorschrift des Durchführungsverbots lässt sich nicht nur anhand der offenkundig bestehenden Verhältnisse zwischen übergeordnetem Primärrecht und untergeordnetem Sekundärrecht verstehen, aber gewinnt in dieser Konstellation an einer bestimmten Bedeutung. Die eigenständigen Rechtswirkungen, die aus einer nicht angemeldete Maßnahme betreffenden Eröffnungsbeschluss herrühren, erweisen sich als Bestandteil dieses Beschlusses derart, dass sie auch in Ermangelung eines das förmliche Prüfverfahren endgültig abschließenden Beschlusses nach Art. 9 BVVO trotzdem fortbestehen werden¹⁴⁴. Und einen derartigen Fortbestand stellen die nationalen Gerichte insofern

¹⁴² Das Urte. *IBM/Kommission*, Rn. 9, erachtet solche Akte anhand ihrer Eingriffsfähigkeit als Rechtswirkungen entfaltend. Ähnlich auch EuG-Urte. verb. Rs. T-195/01 und T-207/01 *Government of Gibraltar/Kommission*, Rn. 85, nach dem die Empfänger kraft eines ergangenen Eröffnungsbeschlusses ein höheres wirtschaftliches und finanzielles Risiko eingehen, weil die dadurch erfolgte Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens dafür geeignet ist, ihre Rechtstellung zu beeinträchtigen.

¹⁴³ Stichhaltig auch EuGH-Urte. v. 30.06.1992 in Rs. C-312/90 *Spanien/Kommission („Cenemesa“)*, Rn. 13 ff. und EuGH-Urte. v. 30.06.1992 in Rs. C-47/91 *Italien/Kommission („Italgrani“)*, Rn. 25 ff. Beide Urteile wurden vor dem Verabschieden der ersten BVVO 1999/659 gefällt, befassten sich aber schon mit den Wirkungen eines das Verfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV eröffnenden Beschlusses, denen sie auch die Eigenständigkeit hinsichtlich des gesamten Zusammenhanges mit dem System der Beihilfenkontrolle anerkannten und worauf sie auch ihre Anfechtbarkeit auch vor dem Erlass eines endgültigen Beschlusses stützten. Wie angedeutet ließen sich die eigenständigen Rechtswirkungen des Eröffnungsbeschlusses mit Bezug auf neue und deshalb rechtswidrige Beihilfe oder auch auf bestehende aber missbräuchlich gewährte Beihilfen (im Fall *Cenemesa*) unmittelbar aus dem System der Beihilfenkontrolle und dadurch aus dem Durchführungsverbots ableiten. Die einige Jahre später gebilligte BVVO hat bezüglich der Natur der Rechtswirkungen eines solchen Beschlusses nichts neues vorgesehen.

¹⁴⁴ So EuGH-Urte. v. 21.12.2016 in Rs. C-524/14 *Kommission/Hansestadt Lübeck*, Rn. 31. In dem Fall handelte es sich um eine Beihilferegelung, die von seinem betreibenden Gesellschaft, dessen Anteile

sicher, als sie kraft des immer noch wirkenden Eröffnungsbeschlusses geeignete Maßnahmen erlassen können. Der Eröffnungsbeschluss nach Art. 15 Abs. 1 BVVO i. V. m. Art. 4 Abs. 4 BVVO kann nämlich von den Wirtschaftsbeteiligten oder gar von der gewährenden Stellen vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden und die Empfänger werden dementsprechend immer noch zu befürchten haben, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte kraft des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot und des Erlasses des Eröffnungsbeschlusses bezüglich einer rechtswidrigen Beihilfe die Aussetzung ihrer Gewährung oder ihre Rückforderung anordnen können. Unter Berücksichtigung davon, dass ein derartiger Beschluss mit Bezug auf eine nicht angemeldete Maßnahme ausschließlich Bedenken gegenüber deren Vereinbarkeit erhebt und einfach die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens verfügt, sticht dann die Relevanz bzw. Unentbehrlichkeit seiner Umsetzung auf nationaler Ebene heraus. Der Eröffnungsbeschluss ähnelt nämlich nicht einer einstweiligen Anordnung nach Art. 13 BVVO¹⁴⁵, die unmittelbar verbindlich ist und nur auf das Verhältnis zwischen Kommission und Mitgliedstaat beruht, sodass seine Nichtbeachtung eine Vertragsverletzung darstellt. Zwecks seiner Umsetzung bedarf er vielmehr des Einschreitens der nationalen Gerichten, die dann berufen sind, die besagten eigenständigen Rechtswirkungen in Anspruch zu nehmen. Mit anderen Worten löst sich seine Verwirklichung lediglich aus, insoweit der Mitgliedstaat mittels seiner Gerichten bestimmte Konsequenzen daraus zieht. Und solche Konsequenzen stammen wiederum aus dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 S. 3. AEUV, worauf auch der eine nicht notifizierte Beihilfe betreffende Eröffnungsbeschluss stützt.

während bestimmter Zeiträume 100% der Hansestadt Lübeck gehörten, zugunsten des Flughafens Lübeck gewährt wurde. Die Kommission leitete demzufolge das förmliche Prüfverfahren ein, währenddessen erhob die Hansestadt Lübeck nicht nur dagegen Klage, sondern veräußerte auch das Flughafen an ein privates Unternehmen. Die Kommission brachte dann vor dem EuG und danach vor dem EuGH vor, dass durch die Veräußerung des Flughafens auch die Beihilferegulierung beendet sei, die Klage deswegen und mangels eines endgültigen Beschlusses gegenstandslos sei und die Kläger kein gegenwärtiges Rechtsschutzinteresse an der Nichtigkeitsklärung des Eröffnungsbeschlusses habe. Beide Instanzen verwarfen dieses Vorbringen aufgrund dessen, dass der Eröffnungsbeschluss eigenständigen Rechtswirkungen erzeugt, die vor einem nationalen Gericht geltend gemacht werden können.

¹⁴⁵ Den Vergleich zieht auch das Urteil *Tirrenia*, Rn. 60, das sich zu den Unterschieden beider Handlungen der Kommission eher auf Verfahrensebene fokussiert und weniger im Hinblick auf das Verhältnis mit den nationalen Gerichten. Bemerkenswert ist in dieser Hinsicht auch, dass die Kommission, wie GA in *Stix-Hackl*, Schlussanträge v. 29.03.2001 in Rs. C-400/99 *Italien/Kommission („Tirrenia“)*, Rn. 10, berichtet, wird die Italienische Republik durch den Eröffnungsbeschluss schlicht eingeladen, die Maßnahme innerhalb einer Frist auszusetzen. Andernfalls hätte die Kommission, wenn für notwendig erachtet, eine Aussetzungsanordnung erlassen, was noch einmal den Unterschied dieser zwei Handlungen hervorhebt.

Das bedeutet aber nicht, wie auch bereits behauptet wurde, dass die Verwirklichung des Durchführungsverbots zur erfolgreichen Aussetzung der Maßnahme eines Rechtsaktes der Kommission wie der in Rede stehende bedarf¹⁴⁶. Das Durchführungsverbot durchdringt das System der Beihilfenkontrolle derart, dass seine Verletzung aufgrund seiner unmittelbarer Geltung unabhängig von dem Einschreiten der Kommission vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden kann. Eine andere Auslegung würde das Verbot selbst ihrer Wirksamkeit entledigen. Eine Abschwächung der praktischen Wirksamkeit würde sich dann doch ergeben, wenn man den eigenständigen Rechtswirkungen des Eröffnungsbeschlusses keine Endgültigkeit anerkannt würde, was auch bezweifelt wurde¹⁴⁷. Das hätte nämlich als Konsequenz, dass eine rechtswidrige Beihilfe, gegenüber derer ernste Schwierigkeiten bezüglich ihrer Vereinbarkeit vorliegen, bis zur endgültigen Entscheidung der Kommission zu einer wettbewerbsverzerrenden Lage weiterhin beitrüge. Dem könnte zwar die reine Anwendung des unmittelbaren geltenden Durchführungsverbots abhelfen, der Eröffnungsbeschluss dient aber gleichzeitig dazu, bestimmte Aspekte und Merkmale des angeblich beihilfebezogenen Tatbestandes auch wenn nur vorläufig zu erläutern. In Hinblick auf die Rolle der nationalen Gerichte würde erstens das Risiko verringert, dass die Kommission bei dem Eröffnungsbeschluss und das mitgliedstaatliche Gericht innerhalb des vor ihm anhängigen Verfahren zu widersprüchlichen Ergebnissen¹⁴⁸ bezüglich der Einstufung der Maßnahme als neue Beihilfe kommt. Zweitens könnte das seitens der nationalen Gerichten den Erlass geeigneterer Maßnahmen anhand der

¹⁴⁶ In diesem Sinne GA in Stix-Hackl, Schlussanträge *Tirrenia*, Rn. 38, die in den Schlussanträgen eine insgesamt kritische Auffassung vertritt, wonach der Kommission kein „konstitutive Befugnis“ zugeteilt wurde, eine Beihilfe für neu zu erklären und damit die bereits erwähnte Konsequenzen auszulösen. Letztere seien schon aus dem Durchführungsverbot ableitbar, weshalb die herangezogenen eigenständigen Rechtswirkungen zur Begründung der Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage gegen den Eröffnungsbeschluss nicht überzeugend seien.

¹⁴⁷ So immer GA in Stix-Hackl, Schlussanträge *Tirrenia*, Rn. 46, die die Ablehnung der Endgültigkeit mit der nicht heilbaren Rechtswidrigkeit der Beihilfe verbindet nach einer positiven Entscheidung der Kommission am Ende des förmlichen Prüfverfahrens. Das sei zutreffend vor allem mit Bezug auf Konstellationen, in denen sich am Ende der Prüfung ergibt, dass die Maßnahme nicht als Beihilfe eingestuft werden kann, weil nicht alle Merkmale nach Art. 107 AEUV erfüllt werden oder weil sich der Art. 106 Abs. 2 AEUV anwenden lässt.

¹⁴⁸ In diesem Sinne auch MARTIN-EHLERS/STROHMAYR, *EuZW*, 2008, 745 (750 f.), die die Gefahr abweichender Entscheidungen hervorheben und nicht von einer Empfehlung, sondern eher von einer Verpflichtung der nationalen Gerichte reden, „in Fällen von Schwierigkeiten bei der Einordnung als Beihilfe“ Kontakt mit der Kommission aufzunehmen. Der Hinweis ist auf die Kooperationsinstrumente, die den nationalen Gerichten zur Verfügung stehen.

Einzelfallgerechtigkeit fördern. Eindeutig stellt sich der Grund heraus, wozu der Eröffnungsbeschluss eingangs als Nahtstelle zwischen den Zuständigkeit der Kommission und jenen der nationalen Gerichten anerkannt wurde. Letztere dürfen bzw. müssen ihre Befugnisse ausüben und sämtliche Folgerungen aus einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot ziehen und zwar auch in Ermangelung eines anhängigen Prüfverfahrens vor der Kommission und somit eines Eröffnungsbeschlusses. Nichtsdestotrotz verfestigt sein Erlass die Rolle der nationalen Gerichten als Durchsetzter des Systems der Beihilfenkontrolle in zwei Richtungen. Erstens wird ein dezentralisierter Ansatz bevorzugt, da die Konsequenzen eines Eröffnungsbeschlusses der Mitwirkung auf nationaler Ebene bedürfen und keinen rein verfahrensrechtlichen Verlauf ausschließlich zwischen Kommission und gewährender Stelle vorsehen wie im Falle einer einstweiligen Maßnahme nach Art. 13 BVVO. Zweitens stehen sie noch zweckgebundener zur Verfügung jener Einzelnen, die den Eröffnungsbeschluss und somit seine eigenständige Rechtswirkungen gegen eine wettbewerbsverzerrende Lage geltend machen wollen und deren Chance anhand einer oft schwer nachzuweisenden wettbewerbsverzerrenden Rechtswidrigkeit der Maßnahme in Ermangelung eines solchen Beschlusses geringer wären.

2.2 Die Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses

Es wurde mehrfach betont, dass der Eröffnungsbeschluss nach Art. 4 Abs. 4 BVVO i. V. m. Art. 15 BVVO durch Bedenken bzw. ernster Schwierigkeiten seitens der Kommission bezüglich einer rechtswidrigen Maßnahmen veranlasst wird, die erst während des förmlichen Prüfverfahrens und durch den endgültigen Beschluss nach Art. 9 BVVO in einer positiven oder negativen Richtung gestreut werden können. Bereits angedeutet wurde auch die quasi dichotomische Veranlagung, die dem Eröffnungsbeschluss innewohnt. Der gemäß Art. 6 Abs. 1 BVVO vorläufige Charakter der Prüfung über das Vorliegen einer Beihilfe sowie die Mutmaßung ihrer Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gehen nämlich mit der Eigenständigkeit und vor allem der Endgültigkeit der Rechtswirkungen des Eröffnungsbeschlusses einher. Die zwei letzte Merkmale prägen und verstärken das Verhältnis des Eröffnungsbeschluss mit

dem Durchführungsverbot, aus dessen Verletzung sämtliche Folgerungen gezogen werden müssen. Mit anderen Worten verfestigen sie auf einer endgültigen bzw. unheilbaren Weise die Grundlage, worauf die Wettbewerber ihre Klage stützen können und das nationale Gericht dementsprechend geeignete Maßnahmen im Endergebnis zur Verstärkung der privaten Durchsetzung selbst erlassen kann. Nichtsdestotrotz wird die bevorstehende Analyse zeigen, dass dem vorläufigen Charakter des Eröffnungsbeschlusses eine überragende Rolle in der vor allem deutschen Gerichtsbarkeit und in dem Schrifttum gemessen wurde, um genau eine Bindungswirkung auszuschließen. Er stand und immer noch steht tatsächlich bestimmten verfahrensrechtlichen und teils auch verfassungsrechtlichen grundlegenden Fragen gegenüber, die auf eine Spannung zwischen Kommission und EuGH einerseits und mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit andererseits und im Hintergrund zwischen Durchsetzung des Unionsrechts und Verfahrensautonomie hindeuten. Notwendige Voraussetzung der Abhandlung über die Bedeutung der Eröffnungsbeschlüsse ist die Tatsache, dass Hauptziel des ersuchten Rechtsschutzes vor den nationalen Gerichten ist, eine bevorstehende oder bereits entstandene Wettbewerbsverzerrung zu vermeiden und dadurch die Rechte der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer zu wahren. In Anbetracht dessen, dass die nationalen Gerichte von der Einleitung der Vorprüfungsphase nach Art. 4 BVVO i. V. m. Art. 15 BVVO nicht entbunden sind¹⁴⁹ und somit das vor ihnen anhängige Verfahren nicht aussetzen dürfen, sind Abweichungen zwischen dem Befinden eines nationalen Gerichts und einer Entscheidung der Kommission wohl möglich¹⁵⁰. Derartige Widersprüche können nicht nur das Ziel der Wiederherstellung einer beihilfefreien Wettbewerbslage gefährden, sondern vereiteln umso eher die Rechte und die Ansprüche der Wettbewerber, die durch einen späteren Rückforderungsbeschluss der Kommission nur teils sichergestellt werden können. Einerseits ist diese letzte Betrachtung darauf zurückzuführen, dass die mutmaßliche Wettbewerbsverzerrung in der Zeit zwischen dem Eröffnungsbeschluss und dem Rückforderungsbeschluss weiter fortbesteht und ein abweichendes gerichtliches Urteil die Rechtsstellung und die wirtschaftliche Lage des Wettbewerbers auf dem Markt

¹⁴⁹ EuGH-Urt. C-39/94 *SFEI*, Rn. 44

¹⁵⁰ Dazu auch MARTIN-EHLERS/STROHMAYR, a.a.O., 2008, 745 (750 f.) und MARTIN-EHLERS, 2011, a.a.O., 588, die sich aus solchen Gründen für eine Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses der Kommission gegenüber den nationalen Gerichten aussprechen.

endgültig beeinträchtigen kann. Mit anderen Worten sollen die nationalen Gerichten dem Eröffnungsbeschluss durch je nach dem Sachverhalt gezielte Maßnahmen zumindest Rechnung tragen, weil der Empfänger selbst Interesse an einer rechtmäßigen Beihilfegewährung hat, die ihn später im Genuss der Beihilfe keiner Rückforderung aussetzt. Andererseits können bestimmte Ansprüche wie bspw. die Rückzahlung einer beihilferechtswidrig erhobener Umlage, die Nichtigkeit eines Vertrages oder ähnliche privatrechtliche Sanktionen sowie auch einen Schadensersatzanspruch nur vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden¹⁵¹. Solche Ansprüche dürfen zwar auch in Ermangelung oder beim Vorliegen eines Eröffnungsbeschlusses bereits erhoben werden, was das Ziel und die Besonderheit der privaten Durchsetzung im Beihilferecht darstellt. Ein nachträglich erlassener Rückforderungsbeschluss der Kommission kann jedoch auch nicht immer solchen Ansprüchen insofern gerecht werden, als die Rückforderung nur das Ziel der Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung anstrebt. Seine Wirkungen können in der Tat nicht jenen Verzerrungen abhelfen, die sich in den öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Verhältnissen zwischen den Parteien niedergeschlagen haben¹⁵² und gegenüber denen hinsichtlich ihrer mitgliedstaatlichen Ausgestaltung nur die nationalen Gerichte geeignete Maßnahmen vornehmen können. Dem folgend stellen solche divergierende Entscheidungen eine große Herausforderung für die Rechtsanwender dar. Sie gefährden nicht nur eine im Beihilferecht bereits geschmälerte Rechtssicherheit für Empfänger und Wettbewerber. Sie stehen auch dem Sinn und Zweck der privaten Durchsetzung entgegen, indem sie der negativen Folgerungen einer

¹⁵¹ Diesbezüglich bereits Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten im Bereich der staatlichen Beihilfen Nr. C 312 von 23.11.1995, Rn.13, wonach „Die Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln durch die nationalen Gerichte hat erhebliche Vorteile für Einzelpersonen und Unternehmen. [...] Schadensersatzklagen können nur vor nationalen Gerichten erhoben werden [...]. Außerdem lässt sich vor den nationalen Gerichten eine Klage aufgrund des Gemeinschaftsrechts mit einer Klage aufgrund des nationalen Rechts verbinden.“

¹⁵² Ähnlich auch OGH-Urt. v. 19.01.2010 4 Ob 154/09i *Landforstrevier*, § 1.5.4, wonach „Unter diesen Umständen verstieße es gegen den gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz, wenn man für das Bestehen von lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen eine unvertretbare Rechtsansicht des Beklagten forderte. Denn damit würde Mitbewerbern die Verfolgung von Ansprüchen erheblich erschwert“. In Anlehnung an diesem Urteil, das sich mit einem Unterlassungsanspruch auf den beihilfebehafteten Verkauf eines Forstreviers und auf die damit verbundenen Transaktionen, auch BARTOSCH, *R/W*, 2011, 577 (581), nachdem „für die Begründetheit von Ansprüchen, die auf einer Verletzung [des Durchführungsverbots] beruhen, die Unvertretbarkeit der Nichtanmeldung zu fordern, würde daher die Unionsrechtsprechung nicht beachten.“

nicht gebotenen Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens ähneln und die Rechte der Einzelnen nicht wahren.

2.2.1 Die Verfahren um die Beihilfengewährung zugunsten Billigfluggesellschaften

Daraus geht hervor, dass die Frage um die mögliche Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses gegenüber den nationalen Gerichten insofern lange umstritten ist, als sich eine Lösung auf die Verhältnisse zwischen Kommission und nationalen Gerichten bezüglich der privaten Durchsetzung des Beihilferechts zwangsläufig auswirkt. Diese Frage stellte sich zum ersten Mal in einer Reihe von gerichtlichen Verfahren, die unterschiedliche Begünstigungen von Flughafenbetreiber zugunsten Billigfluggesellschaften betrafen. Es handelte sich insbesondere um Einmalzahlungen in der Form von sog. Unterstützungsförderungen, die neue von Billigfluggesellschaften eingerichtete Strecken bewerben mussten, und um Ermäßigungen von Flughafenentgelten, die allen Fluggesellschaften zu erheben gewesen wären. Während die unterinstanzliche Gerichte¹⁵³ die unmittelbare Wirkung der Vorschrift des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV in Anbetracht dessen ausgeschlossen hatten, dass diese Vorschrift kein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB sei und infolgedessen die Wettbewerber kein subjektives Recht daraus ziehen können, hielten solche Erwägungen, wie am Anfang bereits analysiert, revisionsrechtlicher Nachprüfung¹⁵⁴ nicht stand. Wenn einerseits die Geltendmachung solcher Ansprüche schlussendlich keine Hindernisse mehr barg, andererseits blieb immer noch offen die Frage der Begründetheit der Klage mit besonderem Bezug auf die Auslegung des Beihilfebegriffs, weshalb in beiden Fällen der BGH die Klage an die Berufungsgerichte zurückverwies. Dementsprechend oblag Letzteren, das Vorliegen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot angesichts der beihilferechtlich ausschlaggebenden Feststellungen des BGH endgültig zu bejahen oder

¹⁵³ OLG Schleswig Urt. v. 20.5.2008 – 6 U 54/06, DE:OLGSH:2008:0520.6U54.06.0A, mit Bezug auf den Flughafen Lübeck; OLG Koblenz Urt. v. 25.2.2009 – 4 U 759/07, DE:OLGKOB:2009:0225.4U759.07.0A mit Bezug auf den Flughafen Frankfurt Hahn; OLG Brandenburg Urt. v. 21.7.2009 – Kart U 1/07, DE:OLGBB:2009:0721.KARTU1.07.0A mit Bezug auf den Flughafen Berlin Schönefeld. Ausführlicher zu den drei Verfahren und deren Ausgangslage MARTIN-EHLERS/STROHMAYR, 2008, a.a.O., 745 ff.

¹⁵⁴ BGH Urt. v. 10.2.2011 – I ZR 213/08 (OLG Schleswig), BeckRS 2014, 1233; BGH Urt. v. 10.2.2011 – I ZR 136/09 (OLG Koblenz), BeckRS 2011, 5635

zu verneinen, was sich mittelbar auch auf die Ausgestaltung der Verhältnisse zwischen der vor der Kommission laufenden Vorprüfungsphase oder dem bereits erlassenen Eröffnungsbeschluss und den Verfahren vor den nationalen Gerichten ausgewirkt hätte. Ein Eröffnungsbeschluss der Kommission sowohl mit Bezug auf die Konstellation um den Flughafen Lübeck¹⁵⁵ als auch bezüglich des Sachverhaltes um den Flughafen Frankfurt Hahn¹⁵⁶ und den Flughafen Berlin Schönefeld¹⁵⁷ lag tatsächlich schon vor, da die Kommission vor den jeweiligen Urteilen der Berufungsgerichten das förmliche Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV bereits eingeleitet hatte. Die Berufungsgerichte maßen diesem Umstand keine besondere Rolle für den Streitgegenstand insofern bei¹⁵⁸, als der Eröffnungsbeschluss weder die Frage nach dem Vorliegen einer Beihilfe beantwortete noch eine Aussetzung oder Rückforderung der Beihilfe einstweilig verfügte, sondern ausschließlich ein Verfahren zur Prüfung der Voraussetzungen nach Art. 107 AEUV eingeleitet hatte. Während die Berufungsgerichte auf das Risiko divergierender Entscheidungen genau aus solchen Gründen nicht einmal eingegangen waren, als etwas unterschiedlich erwiesen sich hingegen die Erwägungen des BGH in beiden Fällen. Der Gerichtshof führte die Möglichkeit unterschiedlicher Beurteilungen schlicht auf die Zuständigkeits- und Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten im Rahmen des Beihilferechts zurück¹⁵⁹, wie sie von der ständigen Rechtsprechung des EuGH angesichts des Wortlauts des Primärrechts herausgearbeitet wurde. Er zeichnete allerdings keine mögliche Lösung zur Abhilfe einer solchen Divergenz, sie beschilderte einfach nur deren logische

¹⁵⁵ Staatliche Beihilfe C 24/07 (ex NN 71/06) — Deutschland — Staatliche Beihilfe zugunsten der Flughafen Lübeck GmbH und Ryanair (2007/C 287/07)

¹⁵⁶ Staatliche Beihilfe C 29/08 (ex NN 54/07) — Deutschland — Flughafen Frankfurt Hahn und Ryanair (2009/C 12/03)

¹⁵⁷ Staatliche Beihilfe C 27/07 (ex NN 29/07) — Flughafen Berlin Schönefeld (2007/C 257/09)

¹⁵⁸ So OLG Schleswig Urte. 6 U 54/06, Rn. 4 und 28. Ähnlich OLG Koblenz Urte. 4 U 759/07, Abs. 61 und 83. Aus diesem letzten Urteil, wie das Gericht selbst durch die Rüge der Klägerin berichtet, taucht aber die Feststellung der Kommission in dem Eröffnungsbeschluss auf, wonach sich die Beklagte als öffentliches Unternehmen mit beiden Zuwendungen nicht so verhalten habe wie ein privater Investor. Diese vorläufige Stellungnahme hätte unabhängig von dem Charakter vom Schutzgesetz des Durchführungsverbots nichtdestotrotz die Rolle eines Eröffnungsbeschlusses in einem gerichtlichen Verfahren etwas mehr verdeutlichen können. Kein Hinweis auf den bereits vorliegenden Eröffnungsbeschluss wurde hingegen in dem OLG Brandenburg Urte. Kart U 1/07 erwähnt.

¹⁵⁹ So BGH Urte. I ZR 213/08 Rn. 35 ff. und genau gleich BGH Urte. v. 10.2.2011 – I ZR 136/09, Rn. 29 ff. Die Erläuterungen beider Urteil sind unter Berücksichtigung davon identisch, dass der Streitgegenstand ähnlich ist und die Urteile an demselben Tag wie bei verbundenen Rechtsachen ausgesprochen wurden.

Folgerungen gemäß zwei entgegengesetzten Szenarios¹⁶⁰. Der BGH schien vielmehr in seinen Erwägung gar eine solche Eventualität anzunehmen¹⁶¹, auch wenn das Risiko beispielweise einer späteren Rechtskraftdurchbrechung, die von einem dem gerichtlichen Befinden widersprechenden Rückforderungsbeschluss ausgelöst werden könnte, nicht in Erwägung gezogen wurde. Mit anderen Worten lässt sich aus den Erläuterung des BGH nicht ableiten, inwiefern widersprüchliche Beurteilungen die praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbot und dadurch die Rolle der nationalen Gerichten bei dessen Einhaltung entkräftet werden können. Der BGH verweist zwar auf die Kooperationsinstrumente¹⁶², die die 2009 Mitteilung der Kommission über die private Durchsetzung den nationalen Gerichten zur Verfügung stellt und die das Risiko divergierenden Entscheidungen durch eine Kontaktaufnahme mit der Kommission mindern könnten, allerdings werden durch diesen Hinweis des BGH die Zuständigkeiten der nationalen Gerichte zwecks der Wahrung der Rechte der Wettbewerber nicht vollumfänglich berücksichtigt und nachvollzogen. Wie bereits hervorgehoben ist die Aufgabenverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten nicht dahingehend zu verstehen, dass sie von einer strengen Parallelität¹⁶³ ausgeprägt wird, sodass sich etwaige Widersprüche ausschließlich in den jeweiligen Anwendungs- und Einsatzbereichen niederschlagen und keine Wirkungen für andere Adressaten und für die gesamte Beihilfeaufsicht entfalten. Eine derartige Auslegung würde nämlich die gegenseitige Rollenabhängigkeit des Beihilfesystems und die damit verbundene Wirksamkeit der gesamten Beihilfekontrolle abschwächen. Als grundlegend

¹⁶⁰ BGH Urt. I ZR 213/08 Rn. 36 und BGH Urt. v. 10.2.2011 – I ZR 136/09, Rn. 30: „Verneint das Gericht eine Beihilfe, wird sie aber später von der Kommission bejaht, so ist eine Rückforderungsentscheidung wegen Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu Unrecht unterblieben. Im umgekehrten Fall - das nationale Gericht nimmt eine Beihilfe an, die Kommission verneint sie später - wäre eine rechtswidrige Rückforderungsentscheidung ergangen“.

¹⁶¹ So BGH Urt. I ZR 213/08 Rn. 37 und genau gleich BGH Urt. v. 10.2.2011 – I ZR 136/09, Rn. 31, wonach „die Gefahr einer unterschiedlichen Beurteilung des Beihilfecharakters nur in ernsthaft zweifelhaften Fällen bestehen wird“. Daraufhin empfiehlt der BGH dem Beihilfegeber in derartigen Fällen, die Maßnahme anzumelden, um einen positiven Beschluss nach Art. 4 Abs. 2 BVVO bereits im Vorprüfverfahren zu erlangen.

¹⁶² BGH Urt. I ZR 213/08 Rn. 36 und BGH Urt. v. 10.2.2011 – I ZR 136/09, Rn. 30, indem er gleichzeitig erläutert, dass die Stellungnahme der Kommission für die nationalen Gerichte nicht bindend ist, sondern schlicht aufschlussreich. Kritisch dazu MARTIN-EHLERS/STROHMAYR, a.a.O., 2008, 751, wonach die Kontaktaufnahme mit der Kommission nicht nur eine Arbeitserleichterung für die nationalen Gerichte darstellen soll, sondern eher als aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV herrührende Verpflichtung ausgelegt werden soll.

¹⁶³ BARTOSCH, 2011, a.a.O., 583, der dieses Wort verwendet, um die Erwägungen des BGH über die Verhältnisse zwischen den Beurteilungen von Kommission und nationalen Gerichten zu ergründen.

erweist sich eigentlich die Wechselwirkung der Rolle von Kommission und nationalen Gerichten, die jeweils durch die Rückforderung unvereinbarer Beihilfen und die Wahrung der Rechte der Einzelnen im Rahmen des Beihilferechts zu dem gemeinsamen Ziel der Wiederherstellung einer beihilferechtsmäßigen Wettbewerbslage neigen. Das setzt dann voraus, dass sich Kommission einerseits und nationale Gerichtsbarkeit andererseits bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegenseitig unterstützen und ihren aus den Verträgen herrührenden Verpflichtungen nachkommen. Aus der Vorschrift nach Art. 4 Abs. 3 EUV zur loyalen Zusammenarbeit geht wie oben bereits analysiert hervor, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte zur Durchsetzung auf dem Unionsrecht beruhender Rechte jegliche Gefährdung der Zielverwirklichung¹⁶⁴ der Unionsvorschriften unterlassen und einen effektiven Rechtsschutz gewähren müssen¹⁶⁵. Für die Ergründung der Rolle eines Eröffnungsbeschlusses in einem gerichtlichen Verfahren muss man dementsprechend prüfen, inwiefern eine unterbliebene Bindung des nationalen Gerichts an einen solchen Beschluss der Kommission eine Verletzung der gebotenen Unionstreue darstellt und inwieweit ein Stellungnahmen austausch zwischen beiden Organen einer solchen Verletzung abhelfen bzw. eine gleichwirkende Einhaltung des Durchführungsverbot und eine effektive Wahrung der Rechte der Wettbewerber gewährleisten kann. Eine ähnliche Frage beschäftigte die Rechtsanwender angesichts der dort geltenden Zuständigkeitsverteilung auch im Rahmen des Kartellrechts, da die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen seitens der Kommission und den nationalen Gerichten nicht in Einklang mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit¹⁶⁶ zu bringen war. Und mit Bezug auf die Rechtssicherheit wurde oben bereits hervorgehoben, wie divergierende Beurteilungen diesen Grundsatz auch im Bereich des Beihilfenrechts gefährden können, wenn ein nationales Gericht das Vorliegen einer Beihilfe verneint, die die Kommission zu einem späteren Zeitpunkt

¹⁶⁴ Dazu GEIGER in GEIGER/KHAN/KOTZUR, 2017, Art. 4, Rn. 8, in Anlehnung an EuGH-Urt. v. 13.02.1969 in Rs. C-14/68 *Walt Wilhelm u.a./Bundeskartellamt*, EU:C:1969:4, Rn. 6, wonach „es dem Wesen dieser Rechtsordnung widersprechen [würde], wenn es den Mitgliedstaaten gestattet wäre, Maßnahmen zu ergreifen oder aufrechtzuerhalten, welche die praktische Wirksamkeit des Vertrages beeinträchtigen könnten“.

¹⁶⁵ In diesem Sinne auch MARTIN-EHLERS, 2008, a.a.O., 751, der auf den verpflichtenden Charakter der loyalen Zusammenarbeit verweist und nach dem die Gerichte zur Verhinderung divergierender Entscheidungen alles unternehmen müssen.

¹⁶⁶ Ausdrücklich EuGH-Urt. C-234/89 *Delimitis*, Rn. 47, wonach „[solche gegensätzliche Entscheidungen zu vermeiden [sind], wenn die nationalen Gerichte über Vereinbarungen oder Praktiken befinden, zu denen noch eine Entscheidung der Kommission ergehen kann“.

jedoch für vorliegend hält und deren Rückforderung aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit dem Binnenmarkt anordnet. In diesem Fall würden einerseits von dem nationalen Gericht keine Folgerungen von dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot gezogen und dementsprechend die Rechte der Wettbewerber nicht ausreichend gewahrt, der Empfänger selbst wäre aber in einigen Fällen auch einige Jahre nach dem für ihn positiven Urteil des Gerichts dem Rückforderungsverfahren ausgesetzt. Eindeutig erscheint sowohl im Kartellrecht als auch im Beihilferecht die Notwendigkeit, eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts innerhalb einem so gearteten Mehrebenensystem zu gewährleisten, in dem die parallele Zuständigkeiten auf der höheren bzw. europäischen sowie auf der niedrigeren bzw. nationalen Ebene¹⁶⁷ nichtdestotrotz ein gemeinsames und kohärentes Ziel zwangsläufig verfolgen müssen.

2.2.2. Die Bindungswirkung im Kartellrecht: die *Masterfoods*-Rechtsprechung

Den Auftakt dazu bildete im Kartellrecht die Rechtsprechung des EuGH, die auf die in der Unionsrechtsordnung bereits verfügbaren Zusammenarbeitsinstrumente zwischen nationalen Gerichte und EuGH und sonstige Rechtsmittel nicht abstellte¹⁶⁸. Sie gab indessen eine klare Wegweisung zur Wahrung des unionsrechtlichen Wettbewerbsordnung als Alternative an, was die Entstehung von Konflikten bereits von vornherein hätte verhindern können. Die nationalen Gerichten sind dieser Rechtsprechung zufolge gehalten, die Erlassung von Entscheidungen zu vermeiden, die künftigen anderslautenden Beschlüssen der Kommission über die Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV sowie über den Art. 101 Abs. 3 AEUV zuwiderlaufen können¹⁶⁹. Falls

¹⁶⁷ In diesem Sinne ACKERMANN in RIESENHUBER, 2021, § 19, Rn. 23 f.

¹⁶⁸ ACKERMANN in RIESENHUBER, 2021, a.a.O., § 19, Rn. 24, der der schlichten Verweis auf die Rolle des EUGH als „Spitze der Pyramide richterlicher Interpretieren“ insofern nicht für eine geeignete Lösung hält, weil die Rechtsmittel nach Art. 263 AEUV oder das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV „die Gefahr einander im Einzelfall widersprechender Entscheidungen über die Anwendung der Wettbewerbsregeln“ auf beider Ebene nicht beseitigen kann. Mittelbar scheint ACKERMANN auch die Möglichkeit einer vom BGH in den beihilferechtlichen Flughäfenurteilen dargelegte Möglichkeit einer Kontaktaufnahme mit der Kommission als Risikoverminderung für Widersprüche abzulehnen.

¹⁶⁹ EuGH-Urt. C-234/89 *Delimitis*, Rn. 47 sowie in Anlehnung EuGH-Urt. v. 14.12.2000 in Rs. C-344/98 *Masterfoods Ltd gegen HB Ice Cream Ltd* („*Masterfoods*“), Rn. 51. Ähnlich bereits dreißig Jahre davor EuGH-Urt. C-14/68 *Walt Wilhelm*, Rn. 9, wonach „diese Anwendung des nationalen Rechts [gegen ein Kartell] jedoch die uneingeschränkte und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und die Wirksamkeit der zu seinem Vollzug ergangenen oder zu treffenden Maßnahmen nicht beeinträchtigen

sie eine Abweichung beabsichtigen, müssen sie dementsprechend bei bereits bestehenden Entscheidungen eine Vorlagefrage über deren Gültigkeit nach Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV stellen oder das Ergebnis einer etwaig eingeleiteten Nichtigkeitsklage abwarten¹⁷⁰; bei potenziellen Entscheidungen müssen sie deren Erlass seitens der Kommission abwarten oder eine Vorlagefrage über die Auslegung nach Art. 267 Abs. 1 lit. a) anstrengen¹⁷¹. Aus dieser Rechtsprechung geht eine eindeutige Bindung der nationalen Gerichten an bereits erlassenen sowie an künftigen Entscheidungen der Kommission hervor, deren Inhalt aus dem bereits eingeleiteten Verfahren seitens der Kommission herleitbar¹⁷² sein kann. Eine derartige Bindung hat sich durch das Inkrafttreten der sog. Kartellverfahrensverordnung¹⁷³ und insbesondere durch ihre Art. 16 Abs. 1, die das Befinden der *Masterfoods*-Rechtsprechung wortwörtlich aufnimmt, verfestigt¹⁷⁴.

Dazu muss man auch in Erinnerung rufen, dass die besagte Verordnung gemäß Art. 1 Abs. 2 mit Bezug auf die Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ein auf Legalausnahmen stützendes System eingeführt hat, das das vorig geltende zentralisierte Anmelde regime mit Genehmigungsvorbehalt seitens der Kommission ersetzt hat¹⁷⁵. Die im Art. 101 Abs. 1 AEUV subsumierten Verhaltensweisen sind demnach, solange sie die Voraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 erfüllen, nicht mehr verboten bis einer

[darf]“.

¹⁷⁰ EuGH-Urt. C-344/98 *Masterfoods*, Rn. 39 und 55

¹⁷¹ EuGH-Urt. C-344/98 *Masterfoods*, Rn. 54

¹⁷² EuGH-Urt. C-234/89 *Delimitis*, Rn. 50, wonach nur die offensichtliche Nichterfüllung der Voraussetzungen nach Art. 101 Abs. 1 oder ganz im Gegenteil die augenscheinliche Unvereinbarkeit eines Verhaltensweises nach Art. 101 Abs. 1 die Gefahr anderslautender Entscheidungen räumen kann.

¹⁷³ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

¹⁷⁴ Dazu BORNKAMM, 2003, ZWeR, 73 (82), der kraft der in Art. 16 verankerten Vorgreiflichkeit der Kommissionsentscheidungen von einer Machtfülle der Kommission redet, die nichtdestotrotz als systemimmanent und nicht als Ausweitung der Kommissionszuständigkeit einzustufen sei. Das *Masterfoods*-Urteil drehe sich nämlich um die Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV, während das Systemwechsel betreffe eher die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV, das durch die Vorgreiflichkeit darauf abziele, das Interesse an der Kohärenz der Rechtsanwendung im Wettbewerbsrecht zu gewährleisten.

¹⁷⁵ Für eine ausführliche Analyse BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, 2024, Art. 101 AEUV, Rn. 2 f. Für einen kritischen Aspekt der Anwendung der Kartellverfahrens-VO vgl. MUNARI in CORTESE (Hrsg.), 2014, 111 (116), der mit Bezug auf die unzähligen nach ihrem Inkrafttreten von der Kommission erlassenen Bekanntmachungen zur Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV hervorhebt, dass trotz dem zugrundeliegender einheitlicher Bestrebungen „*all these Communications actually end up incorporating the state of the art of EU antitrust law, hence resulting in a situation where the Commission substantially enjoys a legislative power much beyond the relevant provisions of the TFEU itself and the institutional balance provided for by the Treaty*“.

Genehmigung der Kommission. Die unmittelbare Anwendbarkeit¹⁷⁶ dieser Vorschrift führt als Konsequenz mit sich, dass auch die nationalen Gerichte über die Anwendung der Voraussetzungen nach Abs. 3 entscheiden dürfen. Wenn ihnen einerseits eine erweiterte Befugnis im Rahmen des Kartellrechts zugeteilt wurde, hat andererseits erst recht auch die Bindung an die bestehenden oder potentiellen Entscheidungen der Kommission insofern eine mittelbare Ausdehnung erlebt, als die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen vor allem mit Bezug auf die Erfüllung der Voraussetzungen nach Abs. 3 angesichts der Novellierung umso eher zugenommen¹⁷⁷ hat. Unabhängig von den eingeführten Neuigkeiten, die einen Kompromiss zwischen der Erhaltung des faktischen kartellpolitischen Monopols der Kommission mit der gleichzeitigen Dezentralisierung der kartellrechtlichen Durchsetzung¹⁷⁸, zeichnet sich aus der beschilderten Rechtsprechung ein eindeutiger Vorrang der Beschlüsse der Kommission gegenüber Urteilen oder sonstigen Entscheidungen der nationalen Gerichten ab. Das spiegelt seinerseits eine zweckgebundene Auslegung der loyalen Zusammenarbeit als Vorrang der europäischen vor der nationalen Ebene¹⁷⁹ wider und

¹⁷⁶ Darauf stütze laut DURNER, *EuR*, 2004, 547 (550 f.) auch die Funktion des Art. 16 Kartellverfahrens-VO, weil die unmittelbar anwendbare Legalausnahme „die Hauptverantwortung für die Verwirklichung des [unionsrechtlichen] Wettbewerbsrechts den Gerichten überantworte“, was andernfalls den Entzug zulasten der Kommission ihres gerichtlich nicht vollumfänglich überprüfbaren Reservats und auch eine Zersplitterung des Wettbewerbsrechts herbeiführen könne.

¹⁷⁷ Ähnlich auch BARTOSCH, *EuZW*, 2001, 101 (106), der sich fragt, ob die kohärente Anwendung des Art. 101 AEUV bei einem gesamten Zugriff darauf seitens der nationalen Gerichte gefährdet werden kann.

¹⁷⁸ So DURNER, 2004, a.a.O., 551.

¹⁷⁹ Dazu kritisch GEIGER, *EuZW*, 2001, 113 (Anm. 117), wonach angesichts dieses Inhalts der loyalen Zusammenarbeit die nationalen Gerichte zu „Erfüllungsgehilfen“ einer europäischen Behörde geworden seien. Die Tendenz im Kartellrecht, wonach die nationalen Gerichte weniger als unabhängige Vertreter der Judikative der Kommission und im Allgemeinen den Wettbewerbsbehörden gegenüberstehen, zeichnet kritisch auch PORENA, *Federalismi*, 2018, 1 (10 ff.) mit Bezug auf die *Richtlinie 2014/104/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union* und auf seine Umsetzung in die italienische Rechtsordnung durch das D. Lgs. 3/2017. Der Autor hebt im Hinblick auf Art. 9 der Richtlinie und auf seine entsprechende Umsetzungsvorschrift, wonach die Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde für die Zwecke eines Schadensersatzverfahrens als unwiderlegbar festgestellt gilt, hervor, dass eine solche Tatbestandswirkung den Unterschied zwischen Verwaltungsakt und -verfahren einerseits und gerichtlichem Verfahren und Urteil andererseits nicht berücksichtigt und quasi überwindet. Solche Entscheidungen über eine Zuwiderhandlung sind der Prüfung des Gerichts der Schadensersatzklage grundsätzlich entzogen, wodurch sie eine quasi-gerichtliche („*paragiurisdizionale*“) Natur im Sinne deren endgültiger Feststellung gewinnen und das Gericht im Endergebnis schlicht als „Erfüllungsgehilfe“ handelt. Einige Jahre vor dem Erlass dieser Richtlinie fragte sich auch BARTOSCH, 2001, a.a.O., 107, ob die Ausweitung der Befugnisse der nationalen Gerichte bis auf Art. 101 Abs. 3 AEUV einer Verstärkung ihrer Bewertungsfähigkeit bedarf oder ob sie auf die „Grundlage der sachlichen Vorarbeit der Kartellbehörde“ abstellen sollen. Kritisch und voraussehend demgegenüber auch DURNER, *EuR*, 2004,

gestaltet die Vorstellung der Gewaltenteilung in den in der Regel gleichrangigen Verhältnissen zwischen nationalen Gerichten und Kommission um¹⁸⁰.

Im Hinblick auf die *Masterfoods*-Rechtsprechung, die die Verhältnisse zwischen Kommission und nationalen Gerichten bei dem Erlass der jeweiligen Entscheidungen im Rahmen des Kartellrechts erläutert hat¹⁸¹, fraglich ist, ob solche Ergebnisse auch im Rahmen des Beihilferechts und insbesondere auf die umstrittene Rolle des Eröffnungsbeschlusses in einem anhängigen gerichtlichen Verfahren zu übertragen sind. Mit anderen Worten ist die Frage zu beantworten, ob der Eröffnungsbeschluss eine ähnliche Bindungswirkung gegenüber den nationalen Gerichten entfalten kann und bejahendenfalls welche Konsequenzen das nationale Gericht in dem vor ihm anhängigen Verfahren daraus zu ziehen hat.

Eine Lösung zur Beseitigung divergierender Entscheidungen im Beihilferecht wurde von einem Teil des Schrifttums in unmittelbarer Anlehnung an der *Masterfoods*-Rechtsprechung entwickelt. Aufgrund der bereits ausgeloteten Natur des Eröffnungsbeschlusses nach Art. 4 Abs. 4 BVVO i. V. m. Art. 15 BVVO, die mit Bezug auf nicht angemeldete Maßnahmen kein reines Vorbereitungsakt, sondern eher ein Verwaltungsakt mit eigenständigen und endgültigen Wirkungen darstellt, seien Abweichungen von den in dem Eröffnungsbeschluss enthaltene Beurteilungen über das

a.a.O., 570, wonach die Tatsache, dass die nationalen Gerichte „an den tatbestandlich festgestellten Verstoß gegen [Art. 101 AEUV] lediglich Rechtsfolgen knüpfen, [...] die wesentlichen Inhalte der gerichtlichen Entscheidung über die Ansprüche und Verpflichtungen der Kläger“ ersetzt, was mit der richterlichen Unabhängigkeit nicht zu vereinbaren sei. Skeptisch diesbezüglich auch CORTESE in CORTESE (Hrsg.), 2014, 95 (104), wonach mit Bezug auf das Entwurf der RL 104/2014 „*granting foreign NCA infringement decisions a binding authority, without an effective harmonization of procedural guarantees concerning the collection of evidence, and without significantly strengthening national judges' role in that phase, would not only unnecessarily restrict the procedural autonomy of Member States but would also undermine higher constitutional principles concerning the judicial protection of private rights*“.

¹⁸⁰ Diesbezüglich ACKERMANN in RIESENHUBER, 2021, a.a.O., Rn. 25, wonach die Ausgestaltung der Befugnisse einer „Vorstellung von europarechtlicher Gewaltenteilung“ nicht entspreche; gleichzeitig sei anzunehmen, dass der Gewaltenteilungsgrundsatz insofern nicht wirklich abgeschwächt werde, als er sich im Bereich des Wettbewerbsrecht eher in den Verhältnissen zwischen EuGH und Kommission abwickelt, während das nationale Gericht immerhin des Vorabentscheidungsverfahrens Gebrauch machen kann.

¹⁸¹ Bemerkenswert dazu auch Malferrari, *EuR*, 2001, 605 (610), wonach der Vorrang der Kommissionsentscheidungen nicht mit dem Vorrang des Unionsrechts zu verwechseln sei, weil es in dem *Masterfoods*-Urteil nicht um eine Kollision zwischen Unions- und nationalem Recht gehe, sondern drehe sich die Frage nach den Verhältnissen ausschließlich auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrecht. Diese Stellungnahme stimmt, insoweit in der Ausgestaltung solcher Verhältnisse das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht und etwaige Vorschriften zur richterlichen Unabhängigkeit nicht betroffen werden.

Vorliegen einer Beihilfe nicht zulässig¹⁸². Darauf aufbauend wandle sich auch das Angebot von Amtshilfe seitens der Kommission durch die Kooperationsmechanismen nach Art. 29 BVVO in eine Abstimmungspflicht seitens der nationalen Gerichte¹⁸³. Die *Masterfoods*-Rechtsprechung werde demzufolge in das Beihilferecht dahingehend übertragen, dass das nationale Gericht Entscheidungen unterlassen müsse, dass einem bereits bestehenden Beschluss der Kommission in Form eines Eröffnungsbeschlusses sowie gleichzeitig auch einer künftigen das förmlichen Prüfverfahren abschließenden Beschluss widersprechen können. Nur in Ermangelung eines Eröffnungsbeschlusses oder bei einer nicht eingeleiteten Vorprüfungsphase sei das nationale Gericht nicht gebunden und zwar frei, kraft der ihm verfügbaren Kenntnisse des Sachverhaltes über das Vorliegen einer Beihilfe zu beurteilen, weil keine Gefahr von widersprüchlichen Entscheidungen bestehe.

Ob die *Masterfoods*-Rechtsprechung die problematische Frage um die Rolle eines Eröffnungsbeschlusses im Beihilferecht vollständig beantworten kann, bleibt auch nach derartigen Erwägungen fraglich, obwohl diese Rechtsprechung nichtdestotrotz zu einer eindeutigen Konkretisierung der Verpflichtung der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV zweifellos beigetragen hat¹⁸⁴. Erstens ist zu bemerken, dass die Behauptung, das nationale Gericht sei in Ermangelung eines Eröffnungsbeschlusses frei in ihrer Beurteilung über das Vorliegen einer Beihilfe, nicht vollständig im Einklang mit dem Urteil des EuGH steht, wonach die nationalen Gerichte auch künftigen Kommissionentscheidungen zuwiderlaufende Beurteilungen vermeiden müssen. Die Wirkungen des *Masterfoods*-Urteils würden demnach unverhältnismäßig auch bis zum Zeitraum reichen, in dem ein breiterer Spielraum bei der Feststellung über das Vorliegen einer Beihilfe dem nationalen Gericht zugewiesen wird, weil die Kommission ihre ausschließliche Zuständigkeit bis dahin noch nicht ausgeübt hat. Und eine solche

¹⁸² MARTIN-EHLERS, 2011, a.a.O., 588.

¹⁸³ MARTIN-EHLERS, 2011, ebd., in Anlehnung an DURNER, 2004, a.a.O., wonach mit Bezug auf das Kartellrecht Art. 16 Kartellverfahrens-VO Ausdruck einer allgemeinen Tendenz zu einer „kooperativen Gewaltenteilung“ zwischen Mitgliedstaaten und Union sei, in der die repressive Kontrolle der Kommission als Hüterin der Verträge durch das Vertragsverletzungsverfahren durch eine verstärkte Koordination zwischen den unterschiedlichen Ebene ersetzt werde. Weniger verständlich ist in diesem Sinne die Bestimmung der 2021 Bekanntmachung zur privaten Durchsetzung im Beihilferecht, die, wie in der vorliegenden Arbeit später analysiert wird, die nationalen Gerichte bei Nichteinhaltung des Durchführungsverbot direkt mit der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens droht.

¹⁸⁴ MARTIN-EHLERS, *EuZW*, 2014, 247 (251), wonach man für die Übertragung der *Masterfoods*-Rechtsprechung von den strukturellen Unterschieden zwischen Kartell- und Beihilferecht absehen solle.

ausgedehnte Bindung wäre auch insofern schwer zu begründen, als die nationalen Gerichte bei der Durchsetzung des Kartell- und des Beihilferechts die teils unterschiedlichen Eigenschaften der jeweiligen Vorschriften beachten müssen.

Während die unionsrechtlichen Vorschriften des Kartellrechts bekannterweise unmittelbar anwendbar sind, sodass ihre Anwendung sowohl der Kommission als auch den nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten obliegt, anders erscheinen die beihilferechtlichen Vorschriften. Wie schon mehrfach betont, ist die einzige unmittelbar geltende Bestimmung auf diesem Gebiet das Durchführungsverbot¹⁸⁵ nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV, worauf die betroffenen Wettbewerber ihre Rechte stützen können und aus dessen Verletzung die nationalen Gerichte sämtliche Folgerungen ziehen müssen. Die Kommission verfügt hingegen über eine ausschließliche Zuständigkeit zwecks der Prüfung der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt und über die Anwendung der Legal- und Ermessenausnahmen jeweils nach Abs. 2 und 3. Da die nationalen Gerichte bei der Durchsetzung des Durchführungsverbots den Beihilfebegriff nur auslegen und keineswegs über die Vereinbarkeit der Maßnahme befinden dürfen, beschränkt sich eine etwaige Spannung zwischen Kommission und nationalen Gerichten, die auf den Bestand divergierender Entscheidungen zurückzuführen wäre, lediglich auf die Durchsetzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV. Mit anderen Worten wurde die *Delimitis*- und später die *Masterfoods*-Rechtsprechung für ein Gebiet entwickelt, in dem sich auch die materiell-rechtlichen Zuständigkeiten von den zur Vorschriftendurchsetzung berufenen Organen überschneiden und das infolgedessen einer ausschlaggebenden Koordination zwangsläufig bedarf.

Dass die besondere Verflechtung der nach Art. 101 und 102 AEUV auszuübenden Zuständigkeiten mit einer klaren Wegweisung seitens des EuGH und später auf gesetzgeberischer Ebene durch die Kartellverfahrens-VO einhergeht, entnimmt man auch aus der Aufforderung der Rechtsprechung und des Art. 16 Kartellverfahrens-VO, die an den nationalen Gerichten gerichtet ist. Sie sollen nämlich das vor ihnen anhängige Verfahren zur Vermeidung widersprüchlicher Beurteilungen aussetzen, wenn eine Klage gegen eine Entscheidung der Kommission erhoben wurde oder wenn eine auch nur potentielle Entscheidung in einem von der Kommission bereits eingeleiteten Verfahren bevorsteht. Die nationalen Gerichte können bzw. sollen

¹⁸⁵ So u.a. BARTOSCH, 2020, a.a.O., Art. 108 AEUV, Rn. 5 f.

dementsprechend ihre Prüfung einstellen und das Ergebnis des Verfahrens jeweils vor dem EuGH oder vor der Kommission abwarten.

Bekannterweise ist im Beihilferecht eine Aussetzung eines gerichtlichen Verfahrens unzulässig¹⁸⁶, weil sie eine Verletzung des Durchführungsverbots insofern darstellen würde, als sie einer fehlenden Wahrung der Rechte der Einzelnen gleichkäme und praktische Wirksamkeit dem System der Beihilfekontrolle entzöge¹⁸⁷. Das beruht noch einmal auf die unterschiedliche Veranlagung zwischen Kartell- und Beihilferecht, die bereits angedeutet wurde. Ersteres setzt eher eine Verflechtung von sich überlagernden materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Zuständigkeiten voraus, die auf Vorschriften zurückführen, auf die sich die Einzelnen als Adressaten der Vorschriften selbst zur Geltendmachung derer Verletzung unmittelbar berufen können. Im Beihilferecht ist die Rede eher von einer Verteilung von Zuständigkeiten¹⁸⁸, die die Kommission und die nationalen Gerichte mit teils unterschiedlichen Befugnisse und Zwecke wahrnehmen müssen. Und in diesem Fall sind lediglich die nationalen Gerichte ermächtigt, die Rechte der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer vor der Verletzung des Durchführungsverbots unter Berücksichtigung davon zu schützen, dass sich die Beihilfevorschriften ausschließlich an die Mitgliedstaaten richten und dass lediglich die Vorschrift des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV dank ihrer unmittelbaren Geltung den einzelnen Wettbewerbern zugänglich ist.

Anhand dieses letzten Aspekts könnte man zwar behaupten, dass eine klare

¹⁸⁶ In diesem Sinne auch BARTOSCH, 2011, a.a.O., 583, der das EuGH-Urt. v. 11.03.2010 in Rs. C-1/09 *Centre d'exportation du livre français (CELF) e Ministre de la Culture et de la Communication contro Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) ("CELF II")*, EU:C:2010:136, Rn. 31 f., heranzieht und hinzu hervorhebt, dass eine Aussetzung des Verfahrens auch bei der wiederholten Erhebung einer Klage wie im *CELF II* nicht geboten ist, weil die nationalen Gerichte jederzeit sämtliche Folgerungen aus einer Verletzung des Durchführungsverbots ziehen und dem praktische Wirksamkeit gewährleisten müssen. Ähnlich auch KÖHLER, *EStAL*, 2012, 369 (384), der einen eindeutigen Unterschied mit der *Masterfoods*-Rechtsprechung und insgesamt mit dem Wettbewerbsrecht sieht.

¹⁸⁷ VAJDA/STUART, *EStAL*, 2010, 629 (633) weisen allerdings darauf hin, dass *"the practical effect of the national court making a reference or asking the Commission is, however, to stay the national proceedings pending the outcome of the reference/inquiry"*, da der EuGH in *CELF II* *"was clearly referring to a stay pending the outcome of the Commission's compatibility decision"*. Dieser Stellungnahme ist insofern nicht vollständig zuzustimmen, als die nationalen Gerichte immer berufen sind, sämtliche Folgerungen aus der Verletzung des Durchführungsverbots zu ziehen und in solchen Fällen mindestens einstweilige Maßnahmen erlassen sollen.

¹⁸⁸ Mustergültig dazu COLOMBO, *REALaw*, 2015, 319 (330), der den Unterschied zwischen der Durchsetzung von Art. 101 und 102 AEUV als Verflechtung, wie in *Masterfoods* ausgelegt, und jener von Art. 107 und 108 AEUV als Verteilung damit begründet, dass *"the tasks of the two institutions are complementary and separate, rather than concurrent"*, weil *"the roles and remedies available to the national court and to the Commission to enforce art. 108(3) TFEU are different"*.

Bindung der nationalen Gerichte an dem beihilferechtlichen Eröffnungsbeschluss eher im Beihilferecht insoweit geboten ist, als die Zuständigkeitsverteilung und die Tatsache, dass hauptsächlich die mitgliedstaatlichen Gerichte durch die Durchsetzung der Stillhalteverpflichtung die Rechte der betroffenen Wettbewerber sowie das Entscheidungsmonopol der Kommission schützen müssen, eine höhere Gefahr divergierender Entscheidungen bergen können als im Kartellrecht. Nichtsdestotrotz würde eine bloße Übertragung der *Masterfoods*-Rechtsprechung der besonderen Rolle der nationalen Gerichte in dem System der Beihilfekontrolle nicht vollständig Rechnung tragen¹⁸⁹, da die Verfolgung zu jenen der Kommission teils unterschiedlichen Zielen der Beihilfeaufsicht selbst innewohnt. Mit anderen Worten könnte eine Anlehnung der Ausübung der Zuständigkeiten der mitgliedstaatlichen Gerichte an die durch den Eröffnungsbeschluss bindende Wegweisung der Kommission eine unerwünschte Übereinstimmung der Befugnisse herbeiführen und somit die Veranlagung selbst der Beihilfekontrolle untergraben, die auf die unentbehrliche Verwertung getrennter und zeitgleich sich ergänzender Zuständigkeiten von Kommission und nationalen Gerichten stützt. Letztere verfügen nämlich wie bereits ausgelotet auch über aus dem nationalen Recht herrührende Befugnisse und Rechtsbehelfe, die bspw. bei dem Erlass einstweiliger Maßnahme auch über diejenige der Kommission hinausgehen und die zeitgleich die richtige Abwägung zwischen der Wahrung der Rechte der Parteien und der Sicherstellung des Entscheidungsmonopols der Kommission erlangen können.

Das Eigentümliche an den Befugnissen der nationalen Gerichte im Rahmen des Beihilferechts liegt auch daran, dass ihre Rolle diejenige der Kommission ergänzt, dennoch angesichts der Zuständigkeitsverteilung immerhin als getrennt zu betrachten ist. Sowohl die Eigenschaft der Ergänzung, die eher auf den Schutz des Entscheidungsmonopols der Kommission hindeutet, als auch diejenige der Trennung, die indessen auf die Wahrung der Rechte der Wettbewerber verweist, messen der Rolle der nationalen Gerichte eine klare und aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH auch fast gebotene Selbstständigkeit bei. Einleuchtend diesbezüglich ist die Tatsache,

¹⁸⁹ Ähnlich VAJDA/STUART, 2010, a.a.O., 632, die hervorheben, dass im Vergleich zum *Masterfoods*-Urteil "the ECJ in *CELF I* was looking at remedies available to a national court for breach of Article 108(3), rather than endorsing a different approach by the Commission and the national court on the question of whether the aid was compatible with the common market."

dass die mitgliedstaatlichen Gerichte abgesehen von der Einleitung der Vorprüfungsphase seitens der Kommission immerhin sämtliche Folgerungen aus einer mutmaßlichen Verletzung des Durchführungsverbots ziehen müssen¹⁹⁰. Ein Eröffnungsbeschluss stellt quasi ein *quid pluris* für die nationalen Gerichte dar, die vor allem in ihrer beihilferechtlichen Auslegungstätigkeit bei der Prüfung des Sachverhaltes dadurch unterstützt und auch gesteuert werden können. Die Auslegung des Beihilfebegriffs und die Prüfung bestimmter Beihilfemerkmale wie dasjenige des Vorteils nach Art. 107 AEUV, die einer effektiven und vor allem begründeten Durchsetzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zugrunde liegt¹⁹¹, bergen bewiesenermaßen Risiken und Schwierigkeiten, da die nationalen Gerichte sich auch mit besonders komplexen wirtschaftlichen Fragen¹⁹² befassen, deren Ergründung oft weiterer Kenntnisse und Instrumente bedarf, als diejenige zur Verfügung der nationalen Gerichte.

Nicht zu schweigen ist allerdings auch die Tatsache, dass das durch den Eröffnungsbeschluss eingeleitete förmliche Prüfverfahren unterschiedliche Ergebnisse herbeiführen kann. Die das förmliche Prüfverfahren abschließende Beschlüsse können nicht nur die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt nach Art. 9 Abs. 5 BVVO feststellen, sondern auch die Beihilfe für vereinbar erklären oder gar die Einstufung einer staatlichen Maßnahme als Beihilfe nach Art. 9 Abs. 2 BVVO ausschließen. Dementsprechend zeichnet sich auch ein weiterer Unterschied mit den

¹⁹⁰ In diesem Sinne KÖHLER, 2012, a.a.O., 385, der zwar beim Erlass eines Eröffnungsbeschlusses aller Voraussicht nach von dem Vorliegen einer Beihilfe ausgeht, allerdings „*for the national court there is practically no difference between the situation of a formal binding effect of the Commission decision and the absence of such a binding effect*“.

¹⁹¹ Dazu eindeutig EuGH-Urt. v. 15.07.2004 in Rs. C- 345/02 *Pearle BV, Hans Prij's Optiek Franchise BVRinck Opticiëns BV/Hoofdbedrijfschap Ambachten* („Pearle“), EU:C:2004:448, Rn. 31, der die Verbindung zwischen Erfüllung der Beihilfemerkmale nach Art. 107 AEUV und Anwendbarkeit der Stillhalteverpflichtung unterstreicht, sodass eine Maßnahme gemäß Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nur diejenige sein kann, die dem Wortlaut des Art. 107 AEUV entspricht. Dazu ausführlicher auch BUENDIA SIERRA, BOLSA FERRUZ, *EStAL*, 2017, 408 (4), die von einer „*four-step logical examination*“ reden, nachdem das nationale Gericht nicht nur feststellen muss, ob die fragliche Maßnahme eine Beihilfe und bejahendenfalls eine bestehende oder eine neue, sondern auch, „*assuming that the measure constitutes new State aid, [it] must determine whether the measure was exempt from the obligation to notify [...] under any applicable regulation*“. Wenn keine Freistellungsverordnung dann anwendbar ist, muss letztendlich das nationale Gericht letztendlich feststellen, ob die Beihilfe ohne Anmeldung durchgeführt wurde.

¹⁹² Dazu COLOMBO, 2015, a.a.O., 335, wonach „*it is up to [the national courts] to dispel doubts as to the aid character of the measure. Not only must they quantify the benefit in practice, but, in order to fully enforce [the standstill obligation], they first need to examine whether the economic transaction entails an advantage*“.

Erwägungen des EuGH in dem *Masterfoods*-Urteil ab. Zwar kann die Kommission im Kartellrecht, an deren künftiger Entscheidung das nationale Gericht gebunden ist, auch die Unvereinbarkeit und somit die Nichtigkeit der Vereinbarungen oder sonstiger abgestimmter Verhaltensweisen nach Art. 10 Kartellverfahrens-VO ausschließen oder sie nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bei Erfüllung der darin vorgesehenen Voraussetzungen freistellen. Nichtsdestotrotz mit Bezug auf der Vorprüfungsphase bildet im Kartellrecht die dem vorausgegangene Übersendung der Mitteilung der Beschwerdepunkte nach Art. 10 VO 773/04¹⁹³ eine offensichtliche Absicht der Kommission ab, nach dem Erlass einer Verbotsentscheidung zu trachten¹⁹⁴, zumal der Verfahrenseinleitungsbeschluss nach Art. 2 VO 773/04 vor der besagten Mitteilung ergehen muss und er dementsprechend aufgrund seines rein verfahrensrechtlichen Charakters keinen entscheidungsrelevanten Inhalt aufweist¹⁹⁵. Wenn die Mitteilung der Beschwerdepunkte nach Art. 10 VO 773/04 angesichts seiner erwähnten Eigenschaften als Vergleichsmaßstab¹⁹⁶ heranzieht, sticht auch der Grund hervor, wofür eine strikte Bindung des nationalen Gerichts an dem beihilferechtlichen Eröffnungsbeschluss nach der *Masterfoods*-Rechtsprechung nicht stichhaltig ist.

Auf dem Gebiet des Beihilferechts ist die Kommission zweifellos auch an der Verfolgung eines einzigen Ziels gebunden, und zwar über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt zu befinden¹⁹⁷. Dieses Aspekt ist allerdings in Verbindung mit der Tatsache zu setzen, dass sich der Eröffnungsbeschluss auch im Falle einer Anstrengung

¹⁹³ Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission

¹⁹⁴ BARTOSCH, 2011, a.a.O., 584, wonach sich im Hinblick darauf der Sinn und Zweck der *Masterfoods*-Rechtsprechung erkläre, Widersprüche zu nationalen Urteilen zu vermeiden und eine einheitliche Anwendung des Kartellrechts zu gewährleisten.

¹⁹⁵ Zum Vergleich mit Art. 7 VO 773/04 s. BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, 2024, a.a.O., Art. 7 Kartellverfahrens-VO, Rn. 23, wonach die Mitteilung nach Art. 7 VO 773/04 nicht als Entscheidung gesehen werden könne, da eine dagegen gerichtete Nichtigkeitsklage der Erörterung der fraglichen Aspekte durch die Prüfung der Kommission quasi vorgreifen könne. Umso eher ist einerseits der Einleitungsbeschluss mit dem beihilferechtlichen Eröffnungsbeschluss nicht zu vergleichen und andererseits ist die Mitteilung nach Art. 10 VO 773/04 an einem klaren und zwar der Nichtigkeit gerichteten Inhalt verankert.

¹⁹⁶ Das bestätigt sich auch durch die Tatsache, dass erst mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte und nicht in einer früheren Phase der Anspruch aufs rechtliches Gehör der Parteien nach Art. 11 VO 773/04 gewährleistet wird, wie im Beihilferecht erst nach der Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens durch den Eröffnungsbeschluss.

¹⁹⁷ Eindeutig GA Tesouro, Schlussanträge C-198/91 *Cook/Kommission*, Rn. 32, wonach, „anders als in Verfahren zur Anwendung der [Art. 101 und 102 AEUV], [besteht] die einzige von der Kommission zu treffende Entscheidung darin, über die Vereinbarkeit der Beihilfe zu befinden“.

durch einen Beschwerdeführer hauptsächlich an den Mitgliedstaaten richtet¹⁹⁸ und dass Art. 107 AEUV nicht unmittelbar anwendbar ist. Außerdem knüpft der Beschluss nach Art. 4 Abs. 4 BVVO an das Vorliegen ernster Schwierigkeiten oder Bedenken¹⁹⁹ an, zu deren Verarbeitung auch erst im Rahmen des förmlichen Prüfverfahrens erlangte sachliche und rechtliche Erkenntnisse²⁰⁰ beitragen können, die dem Eröffnungsbeschluss nicht zugrunde lagen und die auch dessen vorläufiges Befinden verändern können. Aus derartigen Erwägungen stellt sich eindeutiger der Grund für die Unanwendbarkeit der *Masterfoods*-Rechtsprechung heraus, insoweit sie eine strikte Bindung der nationalen Gerichten an der Kommissionsentscheidungen feststellt. Es würde nämlich bedeuten, dass die nationalen Gerichte, um die Rechte der betroffenen Wettbewerber nach einer Verletzung des Durchführungsverbots sicherzustellen, an einem Beschluss der Kommission gebunden wären, der jedoch auf einer immer noch vorläufigen Beurteilung stützt²⁰¹ und der vor allem nicht für die einzelnen Betroffenen erlassen wurde, sondern kraft der Verhältnisse zwischen Mitgliedstaaten und Kommission.

Mit anderen Worten und unabhängig von dem fehlenden Anspruch auf rechtliches Gehör der Betroffenen in der Vorprüfungsphase, will man hierzu eher auf das Gefüge des Beihilferechts verweisen, in dem die betroffenen Wettbewerber die Verletzung des Durchführungsverbots auf der einzigen unmittelbar anwendbaren Vorschrift stützen können, deren private Durchsetzung jedoch nicht direkt von einem Beschluss wie demjenigen nach Art. 4 Abs. 4 BVVO insofern abhängt, als er nicht in

¹⁹⁸ Vgl. GA Lenz, Schlussanträge C-367/95 *Sytraval*, Rn. 40 f., der hervorhebt, dass sich die Eröffnungsbeschlüsse und die Beschlüsse, mit dem kein förmliches Prüfverfahren eröffnet wird, hauptsächlich an die Mitgliedstaaten richten und keinesfalls als Annahme oder Zurückweisung einer eingereichten Beschwerde anzusehen sind. Das unterscheidet sich dann von dem Kartellrecht, nachdem „neben den Mitgliedstaaten auch "Personen und Personenvereinigungen, die ein berechtigtes Interesse darlegen", bei der Kommission beantragen können, das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen [Art. 101 und 102 AEUV] festzustellen und die Betroffenen zu verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen“.

¹⁹⁹ BARTOSCH, 2011, a.a.O., 582.

²⁰⁰ BARTOSCH, 2011, a.a.O., 583. Auf dieser Wellenlänge scheint auch zu sein EuG-Urt. v. 23.10.2002 in verb. Rs. T-269/99, T-271/99, T-272/99 *Territorio Histórico und Diputación Foral de Guipúzcoa, Álava und Vizcaya/Kommission*, EU:T:2002:258, Rn. 47, wonach „die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens es der Kommission gerade ermöglichen [soll], alle Stellungnahmen einzuholen, die erforderlich sind, um eine endgültige Entscheidung in diesem Punkt fällen zu können“.

²⁰¹ Ähnlich auch BUENDIA SIERRA, BOLSA FERRUZ, 2017, a.a.O., 413, die allerdings die fehlende Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses damit begründen, dass ein solcher Beschluss eher eine „*opinion on the notion of aid*“ enthält, während „*the concept of aid is an objective concept emanating from the Treaty and from case-law and the Commission is an administrative institution subject to judicial review at the European level*“.

Funktion der Wahrung ihrer Rechte entstanden und ergangen²⁰² ist. Hiermit will man keineswegs die Rolle des Eröffnungsbeschlusses in dem System der Beihilfekontrolle verharmlosen. Vielmehr stechen seine bewiesenermaßen eigenständige und endgültige Wirkungen noch mehr hervor, wenn man sie in Anknüpfung an die getrennten aber sich ergänzenden Zuständigkeiten zwischen Kommission und nationalen Gerichten auslegt und diesem Beschluss dadurch im Endergebnis eine unentbehrliche Rolle auch bei der Durchsetzung der Stillhalteverpflichtung vor den nationalen Gerichten beimisst.

2.2.3. Urteile nationaler Gerichte über die Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses

Vorausgesetzt dass, die *Delimitis*- und *Masterfoods*-Rechtsprechung bis auf die Beteuerung der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit²⁰³ auf das Gebiet des Beihilferechts schwer zu übertragen sind, weil sie auf die Bedürfnisse und auf die Veranlagung des Kartellrechts zugeschnitten sind²⁰⁴, bleibt immer noch offen, inwiefern sich ein Eröffnungsbeschluss, der immerhin nach ständiger Rechtsprechung eigenständige und auch endgültige Wirkungen entfaltet, auf ein vor einem nationalen Gericht anhängiges Verfahren zur Durchsetzung des Stillhalteverpflichtung auswirkt. Auszuschließen ist zweifellos die Perspektive, dass ein nationales Gericht einen bereits erlassenen Eröffnungsbeschluss bei der Prüfung des beihilferechtlichen Sachverhaltes unberücksichtigt lässt oder nicht einmal in Erwägung zieht. Ein solches Vorgehen verstieße in erster Stelle zweifellos gegen die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV²⁰⁵, weil man der zwar getrennten aber sich ergänzenden Zuständigkeit der Kommission in dem Gefüge der Beihilfekontrolle

²⁰² Man verweist hiermit noch einmal auf den von GA Lenz, Schlussanträge C-367/95 *Sytraval*, Rn. 40, gezogenen Vergleich mit dem Kartellrecht, worauf hingegen ein ähnlicher Beschluss wie derjenige nach Art. 4 Abs. 4 BVVO auch in der Lage wäre, die Rechte der Wettbewerber insofern sicherzustellen, als sie selbst dank der unmittelbaren Anwendbarkeit der Vorschriften die Feststellung und die Beseitigung der Zuwiderhandlung vor der Kommission anstrengen und anstreben könnten und somit ein direktes Verhältnis zwischen ihnen und dem Rechtsdurchsetzer in der Person der Kommission entstünde.

²⁰³ So MARTIN-EHLERS, 2014, a.a.O., 251. Der Bezug ist hier vor allem auf das EuGH-Urt. C-344/98 *Masterfoods*, Rn. 49

²⁰⁴ In diesem Sinne BARTOSCH, *EuZW*, 2013, 208 (210), der an seinen im 2011 formulierten und hier mehrfach herangezogenen Erwägungen weiter festhält.

²⁰⁵ BARTOSCH, 2013, a.a.O., 210 f., wonach ein solches fehlerhaftes Vorgehen seitens eines nationalen Gerichts auch die Kooperationsmöglichkeiten mit der Kommission nach Art. 29 BVVO und mittelbar gar die Möglichkeit des Vorabentscheidungsverfahrens beeinträchtigen könnte. Ähnlich auch BECKER, *EuZW*, 2012, 725 (728), wonach die nationalen Gerichte gehalten seien, einen Eröffnungsbeschluss „angemessen zu würdigen“.

überhaupt nicht Rechnung trüge und die einheitliche und effektive Anwendung des Unionsrechts gefährden würde.

Mehr Klarheit über die mögliche Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses in einem nationalem Verfahren zur Durchsetzung der Stillhalteverpflichtung zu schaffen, hat der EuGH im Rahmen zwei Vorabentscheidungsverfahren versucht, die durch Vorlagefragen von den Berufungsgerichten in der oben beschriebenen Saga der deutschen Flughäfen saga nach Zurückverweisung der Klage seitens des BGH angestrengt wurden. Den beiden Rechtssachen sind jedoch einige Urteile vorausgegangen, die ein Schlaglicht über die fehlende Aufklärung bezüglich der Rolle des Eröffnungsbeschlusses noch einmal geworfen und die Notwendigkeit einer eindeutigen Wegweisung seitens des EuGH bewiesen haben, die einer aus den gerichtlichen Entscheidungen selbst entsprungene Gefährdung der einheitlichen Anwendung des Unionsrecht entgegenwirken konnte.

Der BGH befasste sich²⁰⁶ im Jahr 2012 mit der Rückforderung einer in Form einer verzinslichen stillen Einlage gewährten Beihilfe. Die Kommission hatte dann im Jahr 2007 die Rechtswidrigkeit und die Unvereinbarkeit der Maßnahme festgestellt²⁰⁷, der Beschluss wurde aber aufgrund eines Beurteilungsfehlers von dem EuG in Anbetracht dessen für nichtig erklärt²⁰⁸, dass die Kommission die für die Berechnung des Beihilfeelements herangezogenen Risikoprämien nicht ausreichend mit Bezug auf den Einzelfall begründet hatte, bestätigte allerdings die Feststellungen über das Vorliegen einer rechtswidrigen Beihilfe²⁰⁹. Daraufhin erließ die Kommission einen neuen negativen Beschluss, gegen den die Beihilfeempfängerin ein zweites Mal eine Nichtigkeitsklage vor dem EuG eingereicht hatte. Anhängig diese Klage vor dem EuG erging 2012 der Beschluss des BGH, die zwar der Klage zur Rückforderung der gewährten rechtswidrigen Zuwendung stattgab, einige Aspekte der Begründung warfen allerdings auch wenn mit Bezug auf verfahrensabschließende Beschlüsse der Kommission einige Frage über die Verhältnisse zwischen nationalen Gerichten und

²⁰⁶ BGH-Beschl. v. 13. 9. 2012 – III ZB 3/12 (OLG Jena)

²⁰⁷ Entscheidung 2007/492/EG vom 24. Januar 2007 über die staatliche Beihilfe C 38/2005 (ex NN 52/2004) Deutschlands an die Biria-Gruppe

²⁰⁸ EuG-Urt. v. 03.03.2010 in verb. Rs. T-102/07 und T-120/07 *Freistaat Sachsen u.a./Kommission*, EU:T:2010:62

²⁰⁹ So fasst auch EuG-Urt. v. 03.07.2013 in Rs. T-209/11 *MB System GmbH/Kommission* EU:T:2013:338, Rn. 9. Dieses Urteil, das sich auf die Nichtigkeitsklage gegen die zweite Entscheidung der Kommission bezog, wies die Klage zurück und bestätigte den negativen Beschluss der Kommission.

Kommission auf. Der BGH behauptete nämlich, dass der Kommission und ebenfalls dem EuGH kein Auslegungsvorrang gegenüber den nationalen Gerichten zukomme²¹⁰, da sie auch nach ständiger Rechtsprechung des EuGH befugt seien, die Auslegung des Beihilfebegriffs nach Art. 107 AEUV durchzuführen. Eine solche Erwägung geht in der Begründung des BGH auch mit der Feststellung einher, dass trotz des Befindens der *CELF I*-Rechtsprechung²¹¹, wonach die Rückforderung des gesamten Betrags einer rechtswidrigen aber vereinbarten Beihilfe nicht geboten ist, die nationalen Gerichten auch in solchen Konstellationen gar verpflichtet seien, eine gegen die Stillhalteverpflichtung verstoßende Beihilfe zurückzufordern²¹².

Unabhängig von den einzelfallbezogenen Begründungen zeichnet sich in dem Gedankengang des BGH ein striktes Unabhängigkeitsverhältnis²¹³ zwischen einerseits der Kommission und dem EuGH und andererseits der nationalen Gerichtsbarkeit. Bei der Ergründung der Aufgaben der nationalen Gerichten im Rahmen der privaten Durchsetzung des Beihilferechts scheint der BGH, sich ausschließlich auf die aus dem Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV i. V. m. Art. 107 AEUV herrührenden Verpflichtungen zu berufen. Sowohl die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV als auch die beihilferechtliche Struktur der getrennten aber sich ergänzenden Zuständigkeiten werden nicht einmal in Erwägung gezogen, zumal es sich in dem Einzelfall um einen verfahrensabschließenden Beschluss der Kommission und um ein Urteil des EuGH handelte, das trotz der Aufhebung des Beschlusses die Rechtswidrigkeit anerkannte. Der BGH quasi eignet sich des Beihilfebegriffs nach Art. 107 AEUV und der nach nationalem Recht ausgelegten Folgen der Verletzung des Durchführungsverbots an, indem es beide von ihrer durch den unentbehrlichen Austausch mit Kommission und EuGH ständigen Entwicklung trennt. Mit anderen Worten hält der BGH an einer Einstellung der Verhältnisse zwischen Kommission und nationalen Gerichten fest, die von dem Gedanke der Parallelität ausgeprägt ist. Dieser Begriff²¹⁴, der bereits ausgelotet wurde, und insgesamt eine solche Grundeinstellung

²¹⁰ BGH-Beschl. III ZB 3/12, Rn. 14

²¹¹ EuGH-Urt. C-199/06 *CELF I*. Das Thema der Rückforderung wird Teil des letzten Kapitels dieser Arbeit, worauf man verweist.

²¹² BGH-Beschl. III ZB 3/12, Rn. 18 f., der die Verpflichtung auf die von der deutschen Rechtsprechung gegen mit rechtswidrigen Beihilfeelementen behaftete Verträge verhängte Nichtigkeit nach § 134 BGB. Auch das Thema der Nichtigkeit wird Teil des letzten Kapitels dieser Arbeit, worauf man verweist.

²¹³ So BARTOSCH, 2013, a.a.O., 208, der diesen Aspekt besonders hervorhebt.

²¹⁴ BARTOSCH, 2011, a.a.O., 583

würden allerdings das System der Beihilfekontrolle insofern abschwächen, als sie vor allem mit Bezug auf die private Durchsetzung, die eine nicht unerhebliche Belastung bei der Einordnung einer nicht angemeldeten Maßnahme als Beihilfe für die nationalen Gerichte darstellen kann, der der Beihilfekontrolle innewohnenden Rollenabhängigkeit entgegensteht und die Durchsetzung des Beihilferechts gefährden könnte.

Eine zweite gerichtliche Entscheidung zeigte, dass eine Aufklärung über die Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses seitens des EuGH längst überfällig war. Man bezieht sich hier auf das Urteil des BVerwG in dem Rechtsfall *Tierkörperbeseitigung*²¹⁵, in dem sich das BVerwG mit der Anwendung des beihilferechtlichen sog. *Altmark*-Tests auf von einem Zweckverband erhobene Umlagezahlungen befasste. Dieser Fall und die damit verbundene Konstellation wird ausführlich in dem zweiten Teil des vorliegenden Kapitels analysiert, worauf man hier verweist, der das Thema der Rechtskraftdurchbrechung im Beihilferecht gründlich ausloten wird. Man will hier lediglich unterstreichen, dass sich das Urteil des BVerwG insofern als Konfrontation erwies, als das BVerwG einen bereits erlassenen Eröffnungsbeschluss der Kommission außer Acht ließ, indem es das Vorliegen einer Beihilfe ausschloss, und auch keine Vorlagefrage trotz der Verpflichtung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV dem EuGH stellte.

Der dritte Beschluss wurde von dem Verwaltungssenat des spanischen Obersten Gerichtshofes (*Tribunal Supremo*) gefällt²¹⁶ und zeigt, dass die fehlende Aufklärung seitens des EuGH über die Rolle eines Eröffnungsbeschlusses unterschiedliche Rechtsansichten in den Mitgliedstaaten herbeiführen kann, die eine einheitliche Anwendung und Durchsetzung des Beihilferechts auf Unionsebene auch gefährden könnten. In dem Fall handelte sich um eine Beihilferegelung, die den Übergang von analoger auf digitale Übertragungstechnik unterstützen sollte. Ein Unternehmen reichte eine Beschwerde an die Kommission wegen der fehlenden Anmeldung der Maßnahme ein und daraufhin erging ein Eröffnungsbeschluss. Mittlerweile beantragte die Beschwerdeführerin die Aussetzung der Gewährung der Zuwendung wegen Verstoßes

²¹⁵ BVerwG-Urt. v. 16.12.2010 – 3 C 44.09 „*Tierkörperbeseitigung*“

²¹⁶ *Tribunal Supremo* - Urt. v. 16.07.2012, STS 4955/2012, ES:TS:2012:4955. Von dem Beschluss berichtet BARTOSCH, 2013, a.a.O., 209 ff., worauf auch die Beschreibung des Sachverhaltes beruht. Bemerkenswert ist, dass der Berichtersteller des Beschlusses der Richter Manuel Campos Sanchez-Bordona war, der seit 2015 als Generalanwalt am EuGH tätig ist.

gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV, das unterinstanzliche Gericht lehnte das aber ab, weil die Maßnahme bereits durchgeführt worden war. Dem widersprach das *Tribunal Supremo*, wonach die tatsächlich nicht mehr anzuordnende Aussetzung der Maßnahme die nationalen Gerichte nicht entbinden kann, die Rechte eines Wettbewerbers zu wahren und der Verletzung der Stillhalteverpflichtung abzuhelpfen²¹⁷. Umso uneffektiver und gar beeinträchtigtend wäre ein solches Vorgehen, wenn die Kommission das förmliche Prüfverfahren durch Eröffnungsbeschluss bereits eingeleitet hätte und dementsprechend ernste Schwierigkeiten über die Vereinbarkeit der Maßnahme bestünde²¹⁸. Derartige Erwägungen werden unter Berücksichtigung davon noch gewichtiger, dass dieser Fall durch den Eröffnungsbeschluss im Jahr 2010 eröffnet wurde, der erste negative Beschluss im 2013 erging²¹⁹, dieser wurde nach der Zurückweisung der Nichtigkeitsklage durch den EuG allerdings im Jahr 2017 von dem EuGH aufgehoben²²⁰ und der letzte die EuGH-Anweisungen bezüglich der Selektivität aufnehmende negative Beschluss wurde im Jahr 2021²²¹ erlassen. Ein so langer Zeitraum, der auch viele andere beihilferechtliche Fälle vereint, kann einerseits die Aufgaben der Rechtsanwender besonders erschweren, andererseits sowohl die Interessen des Empfängers an einer beihilferechtmäßigen Gewährung als auch diejenigen der Wettbewerber an einer beihilfefreien Lage erheblich vereiteln. Eine Wegweisung über die Bindungswirkung des Eröffnungsbeschluss kann zwar solchen langwierigen Verfahren nicht entgegenwirken, die angesichts der verfügbaren Rechtsmittel Bestandteil des unionsrechtlichen Rechtsschutzes sind, sie kann jedoch mittelbar die damit verbundene Frage der Rechtssicherheit für jeden Beteiligten ansatzweise einheitlich beantworten.

²¹⁷ *Tribunal Supremo* - Urte, STS 4955/2012, Grund Nr. 5 (*quinto fundamento*), Abs. 1, wonach die nationalen Gerichte auf einer aktiveren Weise *sui generis* Maßnahmen zum Schutz der Rechtstellung des Klägers erlassen müssen, die auch über die bloße Aussetzung der Beihilfegewährung hinausgehen“. Davon berichtet auch BARTOSCH, 2013, a.a.O., 209.

²¹⁸ *Tribunal Supremo* - Urte, STS 4955/2012, Grund Nr. 5 (*quinto fundamento*), Abs. 2 f. und Grund Nr. 6 (*sexto fundamento*), Abs. 1 f., die auf die 2009 Mitteilung über die private Durchsetzung verweisen und ihr trotz ihrer Unverbindlichkeit eine bestimmte Auslegungsbedeutung („*no puede desconocerse su contenido*“) zwecks der Durchsetzung der Stillhalteverpflichtung seitens der nationalen Gerichten beimessen.

²¹⁹ Commission Decision of 19 June 2013 on state aid SA.28599 (C 23/2010 (ex NN 36/2010, ex CP 163/2009)) implemented by the Kingdom of Spain for the deployment of digital terrestrial television in remote and less urbanised areas.

²²⁰ EuGH-Urte. v. 20.12.2017 in Rs. C-81/16 *Spanien/Kommission*, EU:C:2017:1003

²²¹ Commission Decision of 10.6.2021 on the state aid SA.28599 (C 23/2010) (ex NN 36/2010, ex CP 163/2009)) implemented by Spain for the deployment of digital terrestrial television in remote and less urbanised areas.

Wie bereits angedeutet bildeten den Auftakt für die zwei Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH zwei Vorlagefragen deutscher Berufungsgerichte, denen der BGH in der beschilderten Saga der Begünstigungen von regionalen Flughäfen zugunsten bestimmter Billigfluggesellschaften die Rechtssache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen hatte. Die Berufungsgerichte waren demzufolge berufen, angesichts des von dem BGH beteuerten schutzgesetzlichen Charakters des Durchführungsverbots nach § 823 Abs. 2 BGB das Vorliegen einer Beihilfe in den von den Flughäfenbetreiber erlassenen Maßnahme festzustellen. Sowohl das OLG Koblenz²²² als auch das OLG Schleswig²²³ entscheiden nach der Zurückverweisung, von den Kooperationsmechanismen nach Art. 29 BVVO Gebrauch zu machen und bei der Kommission eine Stellungnahme zu ersuchen. Die Kommission vertrat in beiden Stellungnahmen u.a. die Auffassung, dass die nationalen Gerichte nicht verpflichtet seien²²⁴, den Sachverhalt nach den beihilferechtlichen Vorschriften selbständig zu prüfen, wenn ein Eröffnungsbeschluss bereits bestehe, der als verbindlicher Beschluss nach Art. 288 Abs. 5 AEUV anzusehen sei. Mit anderen Worten stellte die Kommission auf die Eigenständigkeit und Endgültigkeit²²⁵ der Wirkungen eines Eröffnungsbeschlusses ab, um seinen verbindlichen Charakter zu betonen, was allerdings der unentbehrlichen Wechselwirkung von sich ergänzenden Zuständigkeiten zwischen Kommission und nationalen Gerichten nicht Rechnung trüge. Einerseits bedarf die Verwirklichung einer derartigen Eigenständigkeit und Endgültigkeit des Eröffnungsbeschlusses des Einschreitens der nationalen Gerichten, die dann bestimmte Konsequenzen im Zusammenhang mit der Verletzung des Durchführungsverbots daraus ziehen werden. Andererseits würde das Festhalten an den vorläufigen Feststellungen der Kommission seitens der nationalen Gerichten bedeuten,

²²² OLG Koblenz - Beschl. v. 30.5.2012 – 9 U 759/07, DE:OLGKOB:2012:0530.9U759.07.OA

²²³ OLG Schleswig - Beschl. v. 14.1.2013 – 6 U 54/06, DE:OLGSH:2013:0114.6U54.06.OA

²²⁴ BECKER, 2012, a.a.O., 726, berichtet, dass das nationale Gericht gemäß der Stellungnahme der Kommission den Beihilfecharakter der Maßnahme „nicht eigenständig beurteilen dürfe“. Die Verwendung des Verbs „nicht dürfen“ würde allerdings auf ein Verbot für die nationalen Gerichte hindeuten, den Sachverhalt selbständig zu würdigen, was jedoch von der Kommission nicht gemeint war und was von den Beschlüssen in dieser Form nicht berichtet wird. Der Beschluss des OLG Koblenz, 9 U 759/07, Rn. 1, erläutert, dass die Prüfung des Senats der Kommission zufolge „nicht erforderlich“ sei. Der Beschluss des OLG Schleswig, 6 U 54/06, Rn. 7, erklärt, dass das nationale Gericht „den Sachverhalt nicht selbstständig würdigen müsse“.

²²⁵ Für beide Begriffe verweist man auf den ersten Teil dieses Kapitels über den Eröffnungsbeschluss im Allgemeinen und auf EuGH-Urt. 400/99 *Tirrenia I*, Rn. 59 sowie auf EuG-Urt. 195/01, Rn. 83.

dass Letztere bei ihrer selbständigen Würdigung des Sachverhaltes auch zu im Rahmen des anhängigen Verfahrens neu vorgebrachten und für das förmliche Prüfverfahren notwendigen Erkenntnissen schwer beitragen könnten, was eine Entkräftung der Kooperationsmöglichkeiten und insgesamt des produktiven Dialogs im Rahmen der privaten Durchsetzung zwischen beiden Organen herbeiführen könnte.

Beide Vorlagebeschlüsse stellen in der ersten Frage²²⁶ eine sehr ähnliche Grundeinstellung dar, indem sie zeigen, dass die Berufungsgerichte Zweifel an der in der Stellungnahme vertretenen Rechtsauffassung²²⁷ der Kommission hegten. Das OLG hinterfragt in erster Stelle direkt, ob ein nationales Gericht hinsichtlich der Beurteilung des Beihilfecharakters an einem das förmliche Prüfverfahren eröffnenden Beschluss und an der darin enthaltenen Rechtsauffassung gebunden sei. Das Gericht begründet diesen ersten Zweifel damit, dass eine mögliche Bindungswirkung zwar aus dem Effektivitätsgrundsatz und aus der notwendigen Verwirklichung der Unionsziele hergeleitet werden könne, die nationalen Gerichte müssen jedoch in Anlehnung an die *Transalpine-Ölleitung-Rechtsprechung*²²⁸ in eigener Kompetenz über das Vorliegen einer Beihilfe entscheiden können²²⁹ und dementsprechend geeignete Maßnahme erlassen. Widersprüchliche Entscheidungen seien demzufolge durch die bereits verfügbaren Kooperationsinstrumente und das Vorabentscheidungsverfahren zu vermeiden.

Bemerkenswerter und aussagekräftiger erscheinen die Begründungen des OLG Schleswig. Das Gericht fragt in erster Stelle, ob ein nationales Gericht in einem Verfahren über die Rückforderung und die Unterlassung von Leistungen von dem

²²⁶ Es werden in der vorliegenden Arbeit nur jene Vorlagefragen analysiert, die sich mit der Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses beschäftigen. Im Fall vor dem OLG Koblenz handelt sich dann nur um den ersten Punkt der Vorlage, während die restlichen Punkte materiell-rechtliche Aspekte um die Selektivität betreffen, die aber erst beantwortet werden sollen, wenn die erste Frage nach der Bindungswirkung verneint würde. Die Vorlage des OLG Schleswig fokussiert sich hingegen lediglich auf verfahrensrechtliche Aspekte und die letzten zwei Fragen, die von der Verneinung der ersten abhängen, betreffen eine mögliche Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens, was allerdings hier in Anlehnung an dem EuGH-Urt. C-1/09 *CELF II* ausdrückliche abgeschlossen wurde.

²²⁷ BECKER, 2012, a.a.O., 726.

²²⁸ EuGH-Urt. v. 05.10.2006 in Rs. C-368/04 *Transalpine Ölleitung in Österreich u.a./Finanzlandesdirektion für Tirol u.a. („Transalpine Ölleitung“)*, EU:C:2006:644. Das OLG verweist auf die Rn. 39 des Urteils, wo jedoch kein besonderes Eigenständigkeitsprivileg den nationalen Gerichten zugeteilt wird, sondern nur daran erinnert wird, dass die nationalen Gerichte auch veranlasst sein könnten, den Beihilfebegriff auszulegen.

²²⁹ OLG Koblenz, 9 U 759/07, Rn. 2 b).

Vorliegen einer Beihilfe ausgehen müsse, wenn die Kommission solche Leistungen in einem Eröffnungsbeschluss als mutmaßliche Beihilfe eingestuft hat. Bejahendenfalls hinterfragt hinzu das OLG eine derartige Bindungswirkung, wenn die Kommission selbst in dem Eröffnungsbeschluss behauptet hat, sie sei nicht in der Lage, zu ermitteln, ob der Leistende bei der Gewährung wie ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber gehandelt habe. Die Vorlagefragen drehen sich wie bei dem Beschluss des OLG Koblenz um den vorläufigen Charakter der Feststellung der Kommission in dem Eröffnungsbeschluss, sie erhellen dennoch auch einen weiteren Aspekt, das an die Beweislast und insgesamt an die Rolle der Parteien anknüpft.

Das Gericht hebt nämlich hervor, dass nach dem in der ZPO verankerten Verhandlungsgrundsatz die klagende Partei ein der Klage stattgebendes Urteil anstreben kann, wenn sie in ausreichend substantiiertes Form das Vorliegen aller Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs behauptet²³⁰. Diese Voraussetzung des OLG zufolge entfielen, wenn das Vorliegen der zur Anspruchsstattgabe notwendigen Voraussetzung von den Erwägungen der Kommission in dem Eröffnungsbeschluss auch nur teils ersetzt würde. Mit anderen Worten könnte die Wahrscheinlichkeit des Beihilfecharakters einer Maßnahme oder die ernsten Schwierigkeiten bezüglich ihrer Vereinbarkeit auch die mangelnden von dem Kläger vorgebrachten Beweise quasi ausgleichen. Das hier aufgeworfene Problem betrifft in seiner Gesamtheit das System der Beihilfekontrolle in der Phase der privaten Durchsetzung, in deren Rahmen das nationale Gericht die Kommission um eine Stellungnahme nach Art. 29 BVVO ersucht oder die Kommission selbst als *amicus curiae* in dem gerichtlichen Verfahren auftreten kann²³¹. Dass das OLG einen solchen Zweifel erhebt, der einem verfahrensrechtlichen Grundsatz wie demjenigen der ZPO entgegenstehen kann²³², liegt vor allem daran, dass Klagen zur Unterlassung oder Rückforderung einer mutmaßlichen Beihilfe im Sinne des Art. 108

²³⁰ OLG Schleswig, 6 U 54/06, Rn. 15.

²³¹ Ähnlich BUENDIA SIERRA, BOLSA FERRUZ, 2017, a.a.O., 413, die mit Bezug auf vor der Einleitung auch der Vorprüfungsphase abgegebene Stellungnahme der Kommission hervorheben, dass „*this opinion does not constitute a legally enforceable act nor can it be challenged before any court, raising doubts from the perspective of procedural safeguards and the question of whether the Commission was in possession of all the facts*“.

²³² Ein ähnlicher verfahrensrechtlicher Grundsatz wird auch im Art. 115 der italienischen ZPO (*codice di procedura civile*) vorgesehen, wonach das Gericht seine Entscheidung auf die von den Parteien vorgelegten Beweise sowie auf die von der Partei nicht ausdrücklich bestrittenen Tatsachen stützen muss.

Abs. 3 S. 3 angestrengt werden. Derartige Klagen, indem sie auf der einzigen unmittelbar anwendbaren Vorschrift des Beihilferechts beruhen, woraus dann der Kläger auch seine Ansprüche ableitet, stellen hauptsächlich auf die Innenverhältnisse zwischen den Verfahrensparteien und auf die durch die Verfahrensautonomie bedingte Anwendung des nationalen Verfahrensrechts ab. Die Außenverhältnisse zwischen Kommission und Beihilfegeber, woraus hingegen der Eröffnungsbeschluss quasi entspringt und seine Wirkungen hauptsächlich entfaltet, bleiben in dieser Konstellation etwas in Hintergrund. Dieser Einstellung, die zweifellos mögliche Verzerrungen in der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung einer Klage²³³ im Rahmen der privaten Durchsetzung ansatzweise hervorhebt, ist allerdings auch entgegenzustellen, dass der klagende Wettbewerber oft unter den negativen Folgerungen einer Informationsasymmetrie zugunsten des Beihilfegebers und vor allem des Empfängers leidet, sodass er oft nicht über alle für die Stattgabe der Klage notwendige Auskünfte und Beweise verfügt²³⁴. Die Aufnahme in das Verfahren der aus dem Eröffnungsbeschluss herrührenden beihilferechtliche Feststellungen zu beschränken, würde nämlich die mutmaßliche Wettbewerbsverzerrung durch die rechtswidrige Beihilfe fortführen und auch dadurch die Rechte des Klägers auf eine beihilferechtsmäßige Wettbewerbslage vereiteln²³⁵.

In Anbetracht derartiger Vorlagefragen und der damit verbundenen Begründungen war der EuGH berufen, nicht nur mehr Klarheit über die Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses zu schaffen, sondern auch trotz seiner

²³³ BUENDIA SIERRA, BOLSA FERRUZ, 2017, a.a.O., 413, wonach "giving an opinion without being legally responsible for it is somewhat disconcerting in a system governed by the rule of law such as the EU". Dazu skeptisch auch SONDER, *ZEuS*, 2014, 374, wonach die Kommission ihre Stellungnahme an das nationale Gericht übermittelt, die nur auf ihr in dem Moment vorliegenden Kenntnissen stützt und ohne Anhörung der Verfahrensparteien verfasst wurde.

²³⁴ Zu dem Thema verweist man auf den kurzen Teil der Arbeit betreffend die Kooperationsmöglichkeiten, indem man auch das Problem der Beweisvorlage zusammen mit dem Effektivitätsgrundsatz in Anlehnung an EuGH-Urt. v. 07.09.2006 in Rs. C-526/04 *Laboratoires Boiron*, Rn. 55, analysiert.

²³⁵ Das bekräftigend auch GA Mengozzi in Schlussanträge v. 27.06.2013 in Rs. C-284/12 *Deutsche Lufthansa AG/Flughafen Frankfurt Hahn GmbH* („Lufthansa“), Rn. 15, der den Schutz des Wettbewerbers mit den Befugnissen der Kommission in Verbindung setzt, denn ein solcher Schutz „trägt zum reibungslosen Funktionieren des [Systems der Beihilfekontrolle] und dadurch zur Sicherstellung seiner Wirksamkeit bei, insbesondere angesichts fehlender direkter Zwangsbefugnisse seitens der Kommission gegenüber den Empfängern der Beihilfen“.

einschlägigen ständigen Rechtsprechung die doppelgleisigen²³⁶ Verhältnisse zwischen Kommission und nationalen Gerichten noch eindeutiger zu ergründen. In seinem Urteil rief der EuGH²³⁷ anfangs in Erinnerung die rechtlichen Grundlagen der Zuständigkeitsverteilung und der daraus entstehenden Verpflichtungen zwischen Kommission und nationalen Gerichte im Rahmen der privaten Durchsetzung des Beihilferechts, wie sie von seiner ständigen Rechtsprechung ausgelegt und ausgestaltet worden waren²³⁸. Hinzu wies er auf die Aufgaben und die Rechte hin, die jeweils die nationalen Gerichte und die Einzelne aus einer Verletzung des Durchführungsverbots und zwar aus seiner unmittelbaren Anwendbarkeit ableiten²³⁹. Diesbezüglich hob er in Anlehnung an der *SFEI*-Rechtsprechung²⁴⁰ hervor, dass die Einleitung der Vorprüfungsphase oder des förmlichen Prüfverfahrens seitens der Kommission die nationalen Gerichte nicht entbindet, die Rechte der Einzelne vor einer Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu schützen und zwar von der dem zugrundeliegenden Einstufung der Maßnahme als Beihilfe nach Art. 107 AEUV. Eine solche Verpflichtung kann allerdings je nach Eröffnung des Prüfverfahrens seitens der Kommission variieren²⁴¹.

2.3 Das *Lufthansa*-Urteil

Der EuGH scheint hierzu die Erwägungen des GA Mengozzi teils aufzunehmen, der das Wesen des Durchführungsverbots hinsichtlich seines Ziels und seiner Tragweite ausführlich erörtert. Demnach wird der Stillhalteverpflichtung sowohl ein materiellrechtliches Ziel, nämlich die Einführung in den Binnenmarkt einer unvereinbaren Beihilfe zu verhindern, als auch ein verfahrensrechtlicher Zweck zugesprochen, wonach die Wirkungen einer Beihilfe vor der endgültigen Entscheidung der Kommission nicht

²³⁶ So SOLTÉSZ, *NJW*, 2013, 3771 (Anm. 3773), der von einer Doppelgleisigkeit der Verfahren vor der Kommission und vor den nationalen Gerichten redet.

²³⁷ EuGH-Urt. v. 21.11.2013 in Rs. C-284/12 *Deutsche Lufthansa AG/Flughafen Frankfurt Hahn GmbH* („*Lufthansa*“), mit Bezug auf den Vorlagebeschluss des OLG Koblenz; EuGH-Beschl. v. 04.04.2014 in Rs. C-27/13 *Flughafen Lübeck GmbH/Air Berlin plc & CO. Luftverkehrs-KG* („*Flughafen Lübeck*“) mit Bezug auf den Vorlagebeschluss des OLG Schleswig.

²³⁸ EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 24-28.

²³⁹ EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 29-31.

²⁴⁰ EuGH-Urt. C-39/94 *SFEI*, Rn. 44.

²⁴¹ EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 32-33.

eintreten sollen²⁴². Das gegabelte Ziel der Stillhalteverpflichtung kann allerdings nur in Zusammenhang mit ihrer Tragweite verstanden werden, weil durch Letztere eine solche Verpflichtung die Mitgliedstaaten für die gesamte Dauer des Prüfverfahrens bindet und zwar unabhängig von der Art der angemeldeten Maßnahme, die auch keine Beihilfe objektiv darstellen könnte²⁴³. Und eine derartige Tragweite überdehnt GA Mengozzi umso eher mit Bezug auf nicht angemeldete und trotzdem durchgeführte staatliche Maßnahmen. Wenn aus einer allgemeinen Betrachtung die Wirksamkeit des Durchführungsverbots an das objektive Vorliegen einer Beihilfe anknüpfe, weil dessen Nichtbeachtung eine Verletzung der mitgliedstaatlichen Verpflichtungen lediglich bei einer unzweifelhaften beihilferechtlichen Einordnung der Maßnahme²⁴⁴ herbeiführen könne, sei nichtsdestotrotz von dem Gefüge der Beihilfekontrolle und angesichts des gerade beschilderten Sinnes und Zwecks der Stillhalteverpflichtung geboten, dass im Falle einer fehlenden Anmeldung die Verpflichtung zur Nichtdurchführung einer Maßnahme unabhängig von ihrer objektiven Beihilfenatur bestehe²⁴⁵. Mit anderen Worten sei eine staatliche Maßnahme nicht durchzuführen bzw. bis zum Erlass eines endgültigen Beschlusses auszusetzen, wenn trotz ihres ungeklärten beihilferechtlichen Charakters die Kommission der gegenüber ein förmliches Prüfverfahren eröffnet hat.

Der Generalanwalt stützte seine eindeutige und teils durchbrechende Erwägungen einerseits darauf, dass die öffentlichen Eingriffe in die Märkte aufgrund ihrer zunehmenden Komplexität immer seltener eine reibungslose Prüfung mutmaßlicher beihilferelevanter Elemente erlauben und somit das Risiko der Einführung unvereinbarer Beihilfe bergen²⁴⁶. Andererseits wies er auf die bereits ausgelotete *Tirrenia I*-Rechtsprechung und insbesondere auf die Endgültigkeit und der

²⁴² GA Mengozzi, Schlussanträge C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 20-21

²⁴³ GA Mengozzi, Schlussanträge C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 23-24

²⁴⁴ Dass das objektive Vorliegen einer Beihilfe vor dem Eintritt der die Bindungswirkung auslösenden rechtlich relevanten Fakten zum Erlass geeigneter und auch einstweiliger Maßnahmen benötigt wird, unterstreicht der GA auch in Rn. 43 der Schlussanträge, wonach „in dem Zeitraum, der der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens vorausgeht, ist die Wirksamkeit der Aussetzungsklausel nach Art. 108 Abs. 3 letzter Satz AEUV hingegen an das objektive Vorliegen einer Beihilfe gebunden, [sodass eine eventuelle Rückforderungsanordnung von der Feststellung abhängt], dass es sich tatsächlich um eine Beihilfe handelt“.

²⁴⁵ GA Mengozzi, Schlussanträge C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 25-27.

²⁴⁶ GA Mengozzi, Schlussanträge C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 24.

Eigenständigkeit eines Eröffnungsbeschlusses hin²⁴⁷, wonach die Einstufung einer Maßnahme als neue Beihilfe durch die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens ihre Rechtslage mit Bezug auf ihre Fortführung notwendigerweise ändert²⁴⁸. Die eigenständige und wohl endgültige Änderung der Rechtslage der Maßnahme ist unmittelbar daraus abzuleiten, dass nach dem Erlass des Eröffnungsbeschlusses erhebliche Zweifel an ihrer Rechtmäßigkeit bestehen, sodass der Mitgliedstaat zur Aussetzung der Maßnahme veranlasst ist. Der GA Mengozzi vertritt dann die Auffassung, dass die Auslösung der Sicherheitsmechanismus nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV auf solche ernsthafte Bedenken zurückzuführen ist²⁴⁹ mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten und im Endergebnis die nationalen Gerichte trotz der vorläufigen Feststellungen des Eröffnungsbeschlusses gehalten sind, geeignete Maßnahme zur Sicherung der Wettbewerbslage und zur Wahrung der Rechte der Einzelnen zu ergreifen. Praktische Wirksamkeit können die nationalen Gerichte einem solchen Verhütungsmechanismus allerdings nur insofern beimessen, als sie im Falle dessen Verletzung durch eine nicht angemeldete und dennoch durchgeführte Maßnahme kraft der Verpflichtung der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV keine mit der künftigen abschließenden Beschluss der Kommission unvereinbare Entscheidungen treffen²⁵⁰ und schließlich an den Feststellungen des Eröffnungsbeschlusses gebunden sind²⁵¹.

Als Rückgrat der Schlussanträge des GA Mengozzi erweist sich schlussendlich der Vergleich, den er hinsichtlich der Tragweite des Durchführungsverbots zwischen angemeldeter und nicht angemeldeter Maßnahme zieht. Das kommt eher zur Geltung

²⁴⁷ Sehr kritisch dazu SOLTÉSZ, *NJW*, 2013, 3771 (3774), der der Verweis des GA auf die *Tirrenia*-Rechtsprechung für „geradezu ironisch“ hält, weil die anerkannte Eigenständigkeit und Endgültigkeit eines Eröffnungsbeschlusses in dem Fall nur zur Verbesserung des Rechtsschutzes des Empfängers und zwar zur Zulassung der Anfechtung eines Eröffnungsbeschlusses gedient und keineswegs auf dessen Bindungswirkung hingedeutet haben. Zu bemerken ist allerdings auch, dass sich das *Tirrenia II*-Urteil von 2005 in Rn. 9 und 29 die Erwägungen des *Tirrenia I*-Urteil von 2001 zu eigen macht und sie als Begründung für sein Urteil verwendet.

²⁴⁸ EuGH-Urt. C-400/99 *Tirrenia I*, Rn. 57 ff. Für eine ausführliche Analyse der Eigenschaften der Eigenständigkeit und der Endgültigkeit verweist man auf den ersten Teil dieses Kapitels.

²⁴⁹ GA Mengozzi, Schlussanträge C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 29.

²⁵⁰ Hier bezieht sich GA Mengozzi auf das *Masterfood*-Urteil, der wie bereits analysiert die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit im Bereich des Kartellrechts erläutert hat.

²⁵¹ Hier wird gemeint in Anlehnung an das *SFEI*-Urteils, dass die nationalen Gerichte auch nach der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens verpflichtet sind, die Rechte der Einzelne zu wahren. Allerdings heiße es des GA zufolge nicht, dass die Verpflichtung auch bis zur Auslegung und Anwendung des Beihilfebegriffs reicht, weil die Gerichte in dieser Phase an dem Eröffnungsbeschluss gebunden sind.

durch die Tatsache, dass die unzulässige Durchführung einer angemeldeten Maßnahme vor dem endgültigen Kommissionsbeschluss den nationalen Gerichten bestimmte Konsequenzen auferlegt, unabhängig von ihrer eigenständigen Beurteilung der Maßnahme²⁵² und vom objektiven Vorliegen einer Beihilfe²⁵³. In dieser immerhin nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV rechtswidrigen Konstellation seien die mitgliedstaatlichen Gerichte mit anderen Worten an der bloßen durch den Mitgliedstaat veranlassten Anmeldung gebunden, die auf das Vorliegen einer mutmaßlichen Beihilfe hindeutet. Ähnlich erscheint die Lage mit Bezug auf nicht angemeldete Maßnahmen: das nationale Gericht sei bei der Auslegung des Beihilfebegriffs nach Art. 107 AEUV in einem vor ihm anhängigen Verfahren grundsätzlich frei und könne auch vor jeglichen Handlung der Kommission bei Erfüllung der Voraussetzung geeignete Maßnahme erlassen, eine Bindung entstehe allerdings erstmal durch die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens seitens der Kommission. In der einen Konstellation löse die verbotene Durchführung der angemeldeten Maßnahme wohl angesichts der auf eine Beihilfe hindeutenden Notifizierung die Konsequenzen der Stillhalteverpflichtung und somit die Bindung der nationalen Gerichten aus. In der anderen stelle hingegen der Eröffnungsbeschluss den Maßstab dar, an dem sich die nationalen Gerichte bei der Prüfung der mutmaßlichen Beihilfe und bei der daraus womöglich bereits entworfenen Beurteilung sowie dann bei dem entsprechenden Erlass geeigneter Maßnahme anbinden müssen. Offensichtlich erscheint dann aus den Erwägungen des GA *Mengozzi* eine unausweichliche Bindungswirkung, der die nationalen Gerichte in beiden Konstellationen aufgrund des ausreichend begründeten *prima-facie*-Vorliegens einer Beihilfe²⁵⁴ unterworfen seien und die der Sicherstellung des Kontrollmechanismus zur Einführung vereinbarter Beihilfe diene.

Es wurde bereits angedeutet, dass der EuGH sein *Lufthansa*-Urteil ansatzweise in Anlehnung an die Schlussanträge des Generalanwalts entwickelt hat, seine Analyse sticht nichtdestotrotz für eine überschaubare und quasi gradlinige Zusammenfassung²⁵⁵ der stichhaltigen Rechtsprechung und der zugrundeliegenden Grundsätze hervor, die

²⁵² GA Mengozzi, Schlussanträge C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 35

²⁵³ GA Mengozzi, Schlussanträge C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 23

²⁵⁴ GA Mengozzi, Schlussanträge C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 44, wonach die in dem Eröffnungsbeschluss enthaltene Stellungnahme „zumindest als ausreichend für die Erfüllung der Voraussetzung des *fumus boni iuris* zum Erlass einer einstweiligen Anordnung anzusehen“ sei.

²⁵⁵ So SONDER, 2014, a.a.O., 367.

sich schließlich merkwürdigerweise jedoch nicht ausdrücklich für eine Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses gegenüber den nationalen Gerichten äußert. Der EuGH zieht, wie dargestellt, die *SFEI*-Rechtsprechung in Erwägung²⁵⁶, wonach die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens die nationalen Gerichte nicht entbindet, die Rechte der Einzelnen gegenüber einen mutmaßlichen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu schützen. Ähnlich zu dem Generalanwalt hinterfragt dann auch der EuGH die Tragweite einer derartigen Verpflichtung hinsichtlich der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens und gelangt zu dem Ergebnis, dass diese Verpflichtung nur dahingehend fortbesteht, dass die nationalen Gerichte in dem Zeitraum zwischen dem Eröffnungsbeschluss und dem endgültigen Beschluss nach Art. 9 BVVO zwar geeignete Maßnahmen zur Sicherstellung der Rechtstellung der Wettbewerber ergreifen dürfen, diese sollen allerdings auf einer Beurteilung der fraglichen Maßnahme beruhen, die der vorläufigen Würdigung der Kommission in dem Eröffnungsbeschluss nicht widerspricht. Eine andere Ansicht seitens der nationalen Gerichte zu vertreten würde die praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbot vereiteln und im Falle einer Bestätigung des Beihilfecharakters der Maßnahme durch einen abschließenden Beschluss eine Missachtung ihrer aus dem Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV herrührenden Aufgaben herbeiführen²⁵⁷.

Wenn hingegen der Beschluss nach Art. 9 BVVO das Vorliegen einer Beihilfe ausschließen sollte und dementsprechend keine Verletzung des Durchführungsverbot sowie keine Missachtung der richterlichen Befugnisse bestünde, würde nichtsdestotrotz das Ziel des Verhütungsmechanismus insofern hervorragen, dass die von der Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens aufgeworfen Bedenken eine Aufschiebung der Einführung der fraglichen Maßnahme bis zu Beseitigung der Schwierigkeiten immerhin verlangen würden²⁵⁸. Diesbezüglich stimmen solche Erwägungen geradezu mit denjenigen des Generalanwalts überein, indem der EuGH darauf hinweist, dass die Untrennbarkeit zwischen Anmeldung und Nichtdurchführung einer mutmaßlichen Beihilfe ihre Wirkungen bis zum Abschluss dieses Prüfverfahrens entfaltet, selbst wenn *a posteriori* das Vorliegen einer Beihilfe objektiv ausgeschlossen werden sollte²⁵⁹. Nach

²⁵⁶ EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 32.

²⁵⁷ EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 38-39.

²⁵⁸ EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 40.

²⁵⁹ GA Mengozzi, Schlussanträge C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 23.

Auffassung des EuGH sowie des GA Mengozzi hindert denn das Ziel eines solchen Verhütungsmechanismus bzw. der Stillhalteverpflichtung daran, dass eine staatliche Maßnahme, die mit bestimmten durch die Anmeldung oder den Eröffnungsbeschluss aufgeworfenen Bedenken behaftet ist, in den Binnenmarkt eingeführt werden kann.

Aus solchen Erwägungen scheint der EuGH keinen Hehl zu machen, dass die Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses gegenüber den nationalen Gerichten als Ausfluss des Gefüges der Beihilfekontrolle und ihrer Sicherungsfunktion gegen unvereinbare Beihilfen dargestellt werden kann. Im Unterschied zu den Schlussanträgen ist aber in dem Urteil nie die Rede von einer Bindung bzw. einer Bindungswirkung, sondern weist der EuGH schlicht darauf hin, dass die nationalen Gerichte im Falle der Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen müssen, um sämtliche Konsequenzen aus einem eventuellen Verstoß gegen die Stillhalteverpflichtung zu ziehen²⁶⁰. Einen solchen Hinweis kann man aber aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH bereits entnehmen und bezieht sich eher auf die bloße Verletzung des Durchführungsverbots abgesehen von dem Einschreiten der Kommission. Nichts in dem Urteil deutet darauf hin, dass dieser Hinweis mit der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens eine andere Bedeutung gewinnen soll²⁶¹ oder gar, dass er erst mit der Einleitung des Verfahrens nach Art. 108 Abs. 2 AEUV ausgelöst wird. Außerdem weder erörtert der EuGH die Rolle und die Eigenschaften eines Eröffnungsbeschlusses in dem System der Beihilfekontrolle, wie der GA in Anlehnung an das Urteil *Tirrenia I* tut, noch verweist er ausdrücklich auf die *Masterfoods*-Rechtsprechung bei der Aufforderung auf die loyale Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 2 EUV und auf die daraus herrührenden Verpflichtungen zur Verwirklichung der Unionsziele, darunter die Unterlassung von dem Eröffnungsbeschluss zuwiderlaufenden Entscheidungen²⁶².

²⁶⁰ EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 42

²⁶¹ Ähnlich auch HERRMANN in STUMPF/KAINER/BALDUS (Hrsg.), 2014, 616 (622), wonach das darauf hindeute, „dass sich die Pflicht zum Einschreiten gerade nicht (allein) aus dem Eröffnungsbeschluss ergeben soll“.

²⁶² Ähnlich in der Betrachtung einer gewissen Abstraktheit in den Erwägungen des EuGH FRONCZAK, *RIW*, 2014, 64 (68), wonach die Verpflichtung zur Unterlassung nur „ziel- und zweckorientiert“ gemäß der Ziele des Verhütungsmechanismus begründet wird, was das Risiko birgt, dass die nationalen Gerichte dadurch „ihre Prüfungskompetenz *de facto* verlieren“ können. Ähnlich auch SONDER, 2014, a.a.O., 372, wonach der Hinweis im Allgemeinen auf einstweilige Maßnahme als „adäquate Reaktionsmöglichkeit nationaler Gerichte auf die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens“ den EuGH hätte veranlassen müssen, „einen groben Rahmen aufzuzeigen, in dem sich geeignete einstweilige Maßnahmen bewegen

Auf diese Ergründung aufbauend könnte man die Behauptung wagen, dass sich das Urteil des EuGH in der *Lufthansa*-Rechtssache in seiner Gesamtheit durch eine logische Ellipse auszeichnet, indem es bestimmte entscheidungserhebliche Aspekte der Begründung sowie die ausdrückliche Erwähnung des bindenden Charakters eines Eröffnungsbeschlusses zwar implizit bleiben, das Ergebnis weicht allerdings nicht von demjenigen ab, zu dem der Generalanwalt gelangt ist. Diese Betrachtung bestätigt sich namentlich unter Berücksichtigung vom erwähnten Beschluss des EuGH in dem *Flughafen-Lübeck*-Fall, dem eine Vorlagefrage des OLG Schleswig zugrunde lag. Mit Bezug auf die erste die Rolle des Eröffnungsbeschlusses hinterfragende Vorlagefrage zieht der EuGH in entsprechender Reihenfolge ausschließlich die in dem *Lufthansa*-Urteil verfasste Erörterungen in Erwägung²⁶³, sodass die zwei Entscheidungen vollständig bis auf der Vorlagefrage über die Aussetzung des Verfahrens²⁶⁴ übereinstimmen. Das ist zwar auf die Anwendung des Art. 99 der Verfahrensordnung des EuGH²⁶⁵ zurückzuführen, wonach die Form des Beschlusses für Entscheidungen in Vorabentscheidungsverfahren ausgewählt werden kann, deren Antwort klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden kann oder wenn die Beantwortung der vorgelegten Frage keinen Raum für vernünftige Zweifel lässt. Unberücksichtigt blieben allerdings die Unterschiede, die in der Begründung der Vorlagefrage seitens des OLG Schleswig und mit besonderem Bezug auf die Verhältnisse zwischen Eröffnungsbeschluss und zur Stattgabe der Klage notwendige Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes erhoben wurden²⁶⁶, wonach der Kläger in ausreichend substantiierter Form das Vorliegen aller Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs behaupten muss²⁶⁷.

können oder ggf. gar bewegen müssen“.

²⁶³ EuGH-Beschl. C-27/13 *Flughafen Lübeck*, Rn. 20-26, die den Erwägungen der Rn. 37-43 in dem EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa* entsprechen.

²⁶⁴ EuGH-Beschl. C-27/13 *Flughafen Lübeck*, Rn. 28-32, wonach der EuGH die ständige Rechtsprechung und die in dem *CELF II*-Urteil beteuerte Stellungnahme aufgreift, wonach eine Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens nicht nur die praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbot nicht sicherstellen, sondern sie auch gefährden kann.

²⁶⁵ ABl. 265/1 v. 29.9.2012

²⁶⁶ Diesbezüglich berichtet BERRISCH, *EuZW*, 2014, 253 (256), dass das OLG Schleswig nach dem *Lufthansa*-Urteil auf eine von dem EuGH eingegangene Nachfrage, ob sich die Vorlagefrage erledigt habe, geantwortet habe, dass die Antwort in dem Urteil nicht insofern ausreichend gewesen sei, als daraus nicht entnehmen könne, ob ein möglicher Verstoß gegen das Durchführungsverbot seine tatsächliche Verletzung herbeiführe und welche Konsequenzen aus einem Beschluss zu ziehen seien, der nicht einmal die Maßnahme vorläufig als Beihilfe einstuft.

²⁶⁷ Einen Blick auf den Verfahrensablauf der Rechtsache *Flughafen Lübeck* warf kritisch RENNERT im Rahmen der Tagung zur Richterfortbildung im Beihilfenrecht *NatJeusal*, Würzburg, 14-15.11.2019. Der

Trotz eines teilweise elliptischen und abstrakten Ansatzes schwelt in beiden Urteilen augenscheinlich die Bindungswirkung eines das förmliche Prüfverfahren einleitenden Beschlusses, weshalb diese Rechtsprechung viel Kritik vor allem in dem deutschen Schrifttum geerntet hat. Es wurde vor allem hervorgehoben, dass der EuGH die Bindungswirkung der Eröffnungsbeschlüsse in rechtsstaatlich inakzeptabler Weise²⁶⁸ derart überdehnt habe, dass er über die im Art. 4 Abs. 4 i. V. m. Art. 6 BVVO anerkannte Bedeutung hinausgegangen sei. Das habe als Konsequenz herbeigeführt, dass der EuGH diese Bindungswirkung mit dem Effektivität und der praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbots²⁶⁹ sowie mit der Folgen aus dessen Verletzung verbunden habe, sodass er die Voraussetzungen der Stillhalteverpflichtung selbst verkannt habe²⁷⁰. Grundlegende Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Durchführungsverbots sei laut dieser Meinung das Vorliegen einer Beihilfe²⁷¹, zumal der Erlass einstweiliger Schutzmaßnahmen zugunsten der Wettbewerber seitens der nationalen Gerichte der EuGH-Rechtsprechung zufolge nur an eine nicht zweifelhafte Qualifizierung der Maßnahme als staatliche Beihilfe anknüpfe²⁷². Daraus geht es dann hervor, dass keine normative Bindung an die in dem Eröffnungsbeschluss vertretene Rechtsauffassung der Kommission bestehe, weil diese Entscheidung nach Art. 6 BVVO auf eine vorläufige Würdigung der staatlichen Maßnahme abstelle und in Ermangelung einer rechtlichen Würdigung keinen tauglichen Gegenstand für eine Bindungswirkung sei²⁷³. Vielmehr müsse das nationale Gericht auf der Grundlage einer abschließenden und zwar vollumfänglichen Prüfung angesichts der Untersuchungsmaxime im

damals Präsident des BVerwG rief in Erinnerung, dass die Bundesrepublik Deutschland einige Anträge zum EuGH eingereicht hatte, mit denen man eine insgesamt tiefgehende und möglicherweise von dem *Lufthansa*-Urteil etwas abweichende Entscheidung anstreben wollte. Während einem der Anträge entsprechend die Entscheidung in der großen Kammer getroffen wurde, fand weder eine mündliche Verhandlung statt noch wurden Schlussanträge der GA eingereicht. Das war aus Sicht des EuGH zweifellos dadurch gerechtfertigt, dass die Rechtssache keine neue Rechtsfrage aufwarf, laut RENNERT habe das jedoch zu einer „Missstimmung zwischen Berlin und Luxemburg“ geführt.

²⁶⁸ TRAUPEL/JENNERT, *EWS*, 2014, 1 (3). In diesem Sinne auch HERRMANN in STUMPF/KAINER/BALDUS, 2014, a.a.O., 624, wonach sich der EuGH über die Vorschriften der BVVO nicht hinwegsetzen dürfe, da sie auch für ihn verbindlich seien und dürfe mit Bezug auf Art. 13 BVVO dementsprechend nicht von den vom Gesetzgeber gesetzten Regelungen abweichen.

²⁶⁹ Ähnlich SOLTÉSZ, 2013, a.a.O., 3774, wonach der EuGH „wohl zur Überraschung und zum Missfallen der meisten Beihilferechtler dem *effet utile* zu geradezu unbegrenzter Durchschlagkraft verholten“ habe.

²⁷⁰ TRAUPEL/JENNERT, 2014, a.a.O., 3.

²⁷¹ TRAUPEL/JENNERT, 2014, ebd.

²⁷² TRAUPEL/JENNERT, 2014, ebd., die das *CELF II*-Urt. C-1/09, Rn. 36, heranziehen.

²⁷³ TRAUPEL/JENNERT, 2014, ebd.

Verwaltungsrecht oder des Beibringungsgrundsatzes im Zivilrecht²⁷⁴ befinden²⁷⁵.

Umstritten ist nach dieser kritischen Meinung im Schrifttum auch die Tatsache, ob eine Bindungswirkung an einem Beschluss mit einem vorläufigen Charakter, der von einer Verwaltungsbehörde erlassen wurde, für ein nationales Gericht systemgerecht sein könne²⁷⁶. Einige Autoren vertreten nämlich die Auffassung, dass die bloße Bindung der nationalen Gerichte an die Rechtsansicht einer Verwaltungsbehörde einerseits die Unabhängigkeit der Gerichte selbst beeinträchtigen könne und andererseits nicht vereinbar mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Gewaltenteilung sei, wonach die nationalen Gerichte u.a. mit der Befugnis der Verwaltungskontrolle beauftragt sind²⁷⁷. Eine solche Befürchtung sei unter Berücksichtigung davon umso mehr zu beachten, dass einer zunehmenden Verstärkung der Rolle der Kommission sowie ihrem steigenden Einfluss auf nationale Gerichtsverfahren immer noch das Gefüge eines Organs entspreche, das die Aufgaben mehrerer Gewalten in sich vereint, was dann dem herrschenden institutionellen Verständnis von Gewaltenteilung fremd ist²⁷⁸.

²⁷⁴ Diese Grundsätze sind auf das allgemeine Prinzip von *non liquet* zurückzuführen, wonach anders als bei dem Eröffnungsbeschluss nach Ausschöpfung der verfügbaren Erkenntnismittel und nach Durchführung der Beweisaufnahme keine mit Bezug auf entscheidungsrelevante Tatsachen unklare gerichtliche Entscheidung ergehen kann.

²⁷⁵ Derart argumentiert RENNERT, *EuZW*, 2017, 567 (569), wonach keine normative Bindung an dem Eröffnungsbeschluss nicht nur bei der Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens bestehe, sondern interessanterweise auch nicht bei einem Beschluss nach Art. 4 Abs. 3 BVVO, nach dem eine Beihilfe zwar besteht, es gibt allerdings keinen Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt. Der Verweis des Autors ist hier auf die Rechtssache *Magic Mountain Kletterhalle*, in dem die Kommission aufgrund einer Beschwerde einen solchen Beschluss nach Art. 4 Abs. 3 BVVO erließ, weil die Auswirkungen der als Beihilfe eingestufteten staatlichen Maßnahme „derart gering [waren], dass das [Unionsinteresse] nicht beeinträchtigt [wäre]“, so RENNERT, 2017, a.a.O., 568. Für weitere Einzelheiten verweist auf EuG-Urt. v. 09.06.2016 in Rs. T-162/13 *Magic Mountain Kletterhalle GmbH/Kommission*, EU:T:2016:341, das die Nichtigkeitsklage des Wettbewerbers abgewiesen hat.

²⁷⁶ GIESBERTS, KLEVE, *NVwZ*, 2014, 641 (645).

²⁷⁷ So RENNERT, 2017, a.a.O., 569. Für aus dem Kartellrecht nützliche Ansatzpunkte verweist man auf CORTESE in CORTESE (Hrsg.), 2014, a.a.O., 99 in Anlehnung an MUNARI in CORTESE (Hrsg.), 2014, a.a.O., 120, wonach, „*the need to evaluate the factual analysis made by [an administrative authority] and to check whether the conclusions reached [...] are supported by a convincing analysis of the facts [...] is therefore at the core of an adequate standard of review within a decentralized system of application of European competition rules*“.

²⁷⁸ In diesem Sinne SONDER, 2014, a.a.O., 373 f., der auf ein ähnliches Problem zu demjenigen verweist, der bereits im Rahmen des Kartellrechts am besonderen Beispiel der Kartellschadensersatz-RL 104/2014 hervorgehoben wurde. Für weitere Nachweise verweist man auf die oben entwickelte Analyse und auf PORENA, 2018, a.a.O., 11. Man verweist hier auch auf LEGNINI/PICCIONE, 2018, 30 ff. und 60 ff., die die Überkreuzung von Befugnissen und Zuständigkeiten bei der Genesis und der Entwicklung der sog. *authorities* ausführlich und umfassend ausloten und die darunter zum Ergebnis kommen, dass zur traditionelle Teilung eine neue Gewalt hinzugekommen ist, nämlich die Regulative.

Die Unvereinbarkeit mit den Gewaltenteilung sei allerdings nicht nur mit Bezug auf die Judikative zu betrachten, sondern auch hinsichtlich der Legislative und der Exekutive, worauf vor allem in den Fällen von Beihilferegelungen die Ausgestaltung und die Gewährung einer staatlichen Maßnahme. Es wird insbesondere verdeutlicht, dass die Kommission durch die Beimessung dem Eröffnungsbeschluss einer normativen Bindungswirkung bzw. einer umfassenden Tatbestandswirkung²⁷⁹ eine weitreichende Befugnis ausüben könne, die über die Grenze des Wettbewerbsrechts hinausgehe und bis zur Steuerung wirtschaftspolitischer Ziele reiche, was eine erhebliche *ultra-vires*-Handlung darstelle²⁸⁰ und die Mitgliedstaaten bei der Verfolgung ihrer Ziele hindere. Nicht zu schweigen ist allerdings auch, dass staatliche Maßnahmen, dessen Betrag über die in der *de-minimis*-VO angegebenen Schwellen nicht hinausgeht oder die nicht offensichtlich die Voraussetzung der Allgemeine-Gruppenfreistellung-VO erfüllen, auch im Falle von Zweifel hinsichtlich ihrer Einordnung nach Art. 107 AEUV seitens des Beihilfegewährers immerhin zu notifizieren sind. Nichtsdestotrotz sei laut dieser Meinung einer derartigen von dem EuGH nicht eingegrenzten Ausuferung der Befugnisse der Kommission seitens der nationalen Gerichten insoweit entgegenzutreten, als sie eine restriktive Auslegung der *Lufthansa*-Rechtsprechung vornehmen müssen und keine Folgen derartigen Beschlüssen leisten dürfen²⁸¹.

Auf das Gebiet der Systemgerechtigkeit ist auch eine weitere Rüge gegenüber der vorliegenden Rechtsprechung zurückzuführen, die nicht auf der Gewaltenteilung beruht, sondern eher auf den Grundrechte der Einzelnen und insbesondere der Beihilfeempfänger. Es wird nämlich behauptet, dass der Eröffnungsbeschluss ohne

²⁷⁹ Zum Begriff der Tatbestandswirkung im Vergleich zu demjenigen der Feststellungswirkung vgl. REBLER, *DVBl*, 2017, 1279 ff.

²⁸⁰ Über die mittelbare Ausdehnung der Befugnisse der Kommission berichtet HERRMANN, 2015, a.a.O., 628, der in Anlehnung an die BVerfG-Rechtsprechung über die *ultra-vires*-Kontrolle die Annahme einer umfassenden Tatbestandswirkung als „offensichtliches und strukturbedeutsames *ultra-vires*-Handeln einstuft“, da der Kommission die Möglichkeit hätte, „Maßnahmen, bei denen auch nur die geringste Möglichkeit des Vorliegens einer Beihilfe nicht ausgeschlossen [wäre], durch die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens, dem Durchführungsverbot zu unterwerfen, wodurch die Mitgliedstaaten auf Jahre gehindert wären, Maßnahmen der Wirtschaftslenkung wie z.B. die Energiewende umzusetzen“.

²⁸¹ HERRMANN, 2015, ebd. Dazu beispielhaft BECKER, 2012, a.a.O., 726, in Anlehnung an BVerfG Beschl. v. 23.11.2011 – 1 BvR 2682/11, BeckRS 2012, 55828, II c) 2), wonach „die nationalen Gerichte an eine vorläufige Würdigung eines Vorgangs durch die Europäische Kommission als unionsrechtswidrige Beihilfe nicht gebunden sind, sondern bis zum Abschluss des förmlichen Beihilfeprüfverfahrens das Vorliegen einer Beihilfe selbst zu prüfen haben“.

Anhörung oder sonstige Beteiligung des Begünstigten erlassen wird²⁸². In Anbetracht dessen, dass der Eröffnungsbeschluss aufgrund seiner in der BVVO und in der Durchführungs-VO 794/2004 verankerten Merkmale als Ausfluss der Außenverhältnisse zwischen Kommission und Beihilfegeber dargestellt werden kann, fragwürdig sei dieser Auffassung zufolge, dass er seine Wirkungen in einem nationalen gerichtlichen Verfahren entfaltet, in dessen Rahmen allerdings die Anhörungsrechte gewährt werden müssen und wohl höhere Maßstäbe²⁸³ gelten. Im Hinblick darauf, dass einerseits dem Verhandlungsgrundsatz nur durch die Beteiligung der Parteien an dem Verfahren volle Wirksamkeit gegeben werden kann und dass andererseits der in Ermangelung einer derartigen Beteiligung erlassene Eröffnungsbeschluss nichtsdestotrotz kraft seiner Bindungswirkung wichtiger Bestandteil eines gerichtlichen Verfahrens und dessen Ausflusses werden kann, werde laut dieser Meinung nicht nur eine Verzerrung des verfahrensrechtlichen Ablaufs entstehen, sondern auch eine erhebliche Benachteiligung der Verfahrensrechte des Empfängers²⁸⁴.

Das stelle namentlich eine Verletzung des Art. 41 Abs. 2 lit. a) insofern dar, als einem Eröffnungsbeschluss derart eine Bindungswirkung zukomme, dass die nationalen Gerichte geeignete Maßnahme zum Sicherstellung des Durchführungsverbots daraus ziehen müssen, was nach dem Wortlaut der Vorschrift wohl eine für die Person nachteilige individuelle Maßnahme bezeichnen könne²⁸⁵, die durch das anerkannte Anhörungsrecht im Rahmen des förmlichen Prüfverfahrens auch nicht rückwirkend geeilt werden könne²⁸⁶. Auch eine Verletzung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 47 GRCh komme unter Berücksichtigung davon in Frage, dass

²⁸² So RENNERT, 2017, a.a.O., 569.

²⁸³ HERRMANN, 2015, a.a.O., erinnert diesbezüglich an dem Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh, wonach die Grundrechtecharta und seine Vorschriften den Unionsorganen und den Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts anwendbar ist.

²⁸⁴ Dazu SOLTÉSZ, 2013, a.a.O., 3774 und ausführlicher HERRMANN, 2015, a.a.O., 625 f.

²⁸⁵ So HERMANN, 2015, ebd., der dieses Risiko vor allem in Fällen sieht, in denen der Eröffnungsbeschluss Einzelbeihilfen betrifft und nicht Beihilferegelungen. Ähnlich auch BERRISCH, 2014, a.a.O., 256, der sich auf das Recht auf ein faires Verfahren beruft.

²⁸⁶ Bemerkenswert RENNERT, 2017, a.a.O., 569, wonach das nicht nur für Eröffnungsbeschlüsse gelte, sondern auch für Beschlüsse nach Art. 4 Abs. 3 BVVO, keine Einwände zu erheben. Danach läge tatsächlich eine vereinbarte Beihilfe vor, aufgrund ihrer fehlenden Anmeldung könnte aber der Empfänger aufgrund seiner nicht geheilten Rechtswidrigkeit immerhin vor ein nationales Gericht gezogen werden. Deshalb bemängelt RENNERT, dass eine Klage gegen einen Beschluss nach Art. 4 Abs. 3 BVVO nur die Prüfung der Genehmigung und der Vereinbarkeit umfasse, nicht aber die Inzidentfeststellung des Vorliegens einer Beihilfe.

einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV²⁸⁷ oder einer Gültigkeitsvorlagefrage nach Art. 267 AEUV²⁸⁸ gegen einen Eröffnungsbeschluss nur aufgrund der Feststellung eines offensichtlichen Beurteilungsfehler seitens der Kommission stattgegeben werden könne²⁸⁹. Demnach könne die Prüfung der Unionsgerichte auch nicht jene rechtliche und vor allem wirtschaftliche Aspekte ergründen und prüfen, die des Öfteren einem Eröffnungsbeschluss zugrunde liegen und die für die Kommission selbst eine Schwierigkeit hinsichtlich der Beurteilung des Vorliegens einer Beihilfe und ihrer Vereinbarkeit darstellen.

So wie die *Lufthansa*-Rechtsprechung, deren Erwägungen auf eine Bindungswirkung hindeuten, sie aber nie ausdrücklich betonen, zeichnet sich auch die beschilderte Kritik für einen annähernd elliptischen Stil, der zwar problematische Aspekte des Urteils hervorhebt, sie aber weder anhand der dem vorliegenden Urteil vorausgegangenen Rechtsprechung auslegt noch im Zusammenhang mit tatsächlichen Umständen setzt, die einem solchen Urteil zumindest mittelbar zugrunde lagen. Hierzu will man auf gewisse von dem Schrifttum aufgeworfene Bedenken hinsichtlich der Rolle eines Eröffnungsbeschlusses und seiner etwaigen Bindungswirkung eingehen und versuchen dadurch, eine Auslegung des zwar in einigen Abschnitten etwas ungeduldigen Urteils zu liefern, die immerhin im Einklang mit den wie vom Vertrag ausgestalteten Verhältnissen zwischen Kommission und nationalen Gerichten steht.

Wie mehrfach angedeutet erscheint unmissverständlich, dass der EuGH mittels

²⁸⁷ Man sollte sich eher um einen Eröffnungsbeschluss zu einer Einzelbeihilfe handeln, um die individuelle Betroffenheit nach Art. 263 Abs. 4 AEUV zu begründen. Dazu auch GHAZARIAN, *EStAL*, 2014, 108 (112), die auch die Anordnung der einstweiliger Maßnahme zur Aussetzung der Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses der Kommission aufgrund des verlangten Insolvenzrisiko und sehr hoher Anforderungen für schwer durchführbar hält, zumal die Erhebung einer Klage vor dem EuG nach Art. 278 AEUV keine aufschiebende Wirkung hat.

²⁸⁸ Während sich GA Mengozzi über die Rechtsschutzfrage mit der Verneinung jegliches Verstoßes geäußert hat, ist der EuGH nicht darauf eingegangen. Interessant erscheint allerdings in dem Urteil (Rn. 44) der Verweis auf die Gültigkeitsvorlage gegenüber einem solchen Beschluss, die in Anlehnung an EuGH-Urt. v. 10.01.2006 in Rs. C-222/04 *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze ("Cassa di Risparmio di Firenze")*, EU:C:2006:8, Rn. 72-74, auch in Ermangelung einer Nichtigkeitsklage seitens des betroffenen Empfängers von dem Gericht von Amts wegen gestellt werden kann.

²⁸⁹ In diesem Sinne GHAZARIAN, 2014, a.a.O., 112, wonach der mutmaßliche Empfänger die fehlerhafte Einstufung der Maßnahme als Beihilfe nicht bestreiten können, solange „*the preliminary assessment is performed correctly but due to its preliminary character completely or partly wrong in substance regarding the aid character of the investigated measure*“. Ähnlich auch BERRISCH, 2014, a.a.O., 255.

des *Lufthansa*-Urteils und seiner Beteuerung in der Rechtssache *Flughafen Lübeck* eine eindeutige Bekräftigung der privaten Durchsetzung des Beihilfenrechts und damit der auf der Stillhalteverpflichtung nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV beruhende präventive Beihilfekontrolle²⁹⁰ angestrebt hat. Dazu hat er zum ersten Mal auf eine Erörterung der rechtlichen Bedeutung des Eröffnungsbeschlusses abgestellt, die nicht angesichts der Klagebefugnisse der Einzelnen wie in dem Fall *Tirrenia* zu entwickeln war, sondern in unmittelbarem Zusammenhang mit der Durchführung der Stillhalteverpflichtung erläutert werden musste. Der EuGH hatte mit anderen Worten die Gelegenheit, die Verhältnisse zwischen Kommission und nationalen Gerichte und die praktische Bedeutung des Grundsatzes der getrennten, aber sich ergänzenden Zuständigkeiten am Beispiel des Eröffnungsbeschlusses zu erörtern²⁹¹, der solche Verhältnisse bei parallellaufenden Verfahren oft besonders prägt. Das geschah allerdings nicht vollumfänglich und tiefgehend, wie womöglich die vorlegenden Gerichte erwartet hatten, weil das Urteil nicht alle inhaltliche Nuancierungen eines Eröffnungsbeschlusses insbesondere mit Bezug auf die Ausgangskonstellationen umfasst hat. Das mag ein Grund dafür gewesen sein, dass das Urteil teils scharf kritisiert wurde, insoweit lediglich eine gewisse Zweckgebundenheit²⁹² an den Ziele der präventiven Beihilfekontrolle heraussticht und weniger Beachtung an der Ausgestaltung der Beziehungen mit den nationalen Gerichten schenkt.

Als unbestreitbar erweist sich jedoch diesbezüglich, dass derartige zielorientierte Erwägungen des EuGH quasi als Reaktion zu einer bestimmten Rechtsprechung der nationalen Gerichten eingestuft werden könnten²⁹³. Der Verweis ist hier erstens auf den Beschluss des BVerwG in der Rechtssache *Tierkörperbeseitigung*²⁹⁴, die einen bereits vorliegenden Eröffnungsbeschluss der Kommission beiseitegeschoben hat und nicht

²⁹⁰ In diesem Sinne VON BONIN, WITTENBERG, *EuZW*, 2014, 65 (69).

²⁹¹ VON BONIN, WITTENBERG, 2014, a.a.O., 68, die mit Bezug auf die Erklärung der Rolle beider Organe das Wort „präzisieren“ verwenden. Ähnlich auch COLOMBO, 2015, a.a.O., 333, wonach „*Paradoxically, the major impact of Lufthansa is to make national judges' duties even clearer and more relevant than before.*“ Ähnlich GIESBERTS, KLEVE, 2014, a.a.O., 645, wonach das *Lufthansa*-Urteil auf die nationalen Gerichte als bessere Vollstrecker zur Durchsetzung des Durchführungsverbots hindeute.

²⁹² GIESBERTS, KLEVE, 2014, a.a.O., 646, wonach die private Durchsetzung des Beihilferechts durch den Ansatz des EuGH als „scharfes Wert im Wettbewerbsrecht erheblich“ hochgezont werde.

²⁹³ In diesem Sinne auch SONDER, 2014, a.a.O., 370, wonach die nationalen Gerichte bei parallellaufenden Verfahren und insbesondere der BVerwG in dem Fall *Tierkörperbeseitigung* vor einem Dilemma stehen.

²⁹⁴ BVerwG-Urt. V. 16.12.2010 – 3 C 44.09. Die Analyse dieser Rechtskonstellation wird in dem nächsten Teil des vorliegenden Kapitels durchgeführt.

einmal seine beihilferechtliche Bewertung in Erwägung gezogen hat²⁹⁵. Aber dem EuGH konnte zweitens auch der bereits analysierte Beschluss des BGH im Jahr 2012²⁹⁶ bekannt gewesen sein, wonach der Kommission und ebenfalls dem EuGH kein Auslegungsvorrang gegenüber den nationalen Gerichten zukomme, da die nationalen Gerichte nach ständiger Rechtsprechung des EuGH selbst befugt seien, die Auslegung des Beihilfebegriffs nach Art. 107 AEUV jederzeit durchzuführen. Dass sich die letztgenannte Entscheidung immerhin als Teil eines *obiter dictum* gar auf verfahrensabschließende Kommissionsbeschlüsse sowie auf Urteile der Unionsgerichte hinwies, kann dem EuGH Anlass gegeben haben, die Bedeutung des sich um die Einhaltung der Stillhalteverpflichtung drehenden Verhütungsmechanismus zu bekräftigen und dadurch auch der privaten Durchsetzung im Beihilferecht neuen Elan zu verleihen²⁹⁷. Und ein solcher zweckgebundener Schwung kann auch aus der Blickwinkel der Rechtstellung der Betroffenen, seien sie Empfänger oder Wettbewerber, nicht unbedingt als negativ betrachtet werden. Der 2012 BGH-Beschluss gab zwar der Rückforderung der rechtswidrigen Zuwendung statt, beteuerte aber eine gewisse Unabhängigkeit seitens der nationalen Gerichte bei der Auslegung und der Anwendung des Beihilfebegriffs. Ebenfalls verteidigte der BVerwG in *Tierkörperbeseitigung* diese Unabhängigkeit, indem es die Erwägungen des Eröffnungsbeschlusses der Kommission unberücksichtigt ließ, was nach dem endgültigen Beschluss der Kommission und dem ihn bestätigenden Urteil des EuG zu einer Durchbrechung des rechtskräftigen Urteils des BVerwG fuhr. Darauf aufbauend kann man das Risiko einer Rechtskraftdurchbrechung dann als besonders schädlich für den Beihilfebegünstigten, da eine solche Durchbrechung oft einige Jahre nach der Gewährung der Beihilfe eintreten wird. Mit anderen Worten hat der EuGH nicht nur darauf abgezielt, das Risiko divergierender Entscheidungen zu beseitigen, die das Durchführungsverbots seiner praktischen Wirksamkeit berauben würde. Sie hat auch versucht, noch schädlichere Eingriffe in der rechtlichen und wirtschaftlichen Stellung des Empfängers sowie gegen seine Rechtssicherheit abzuwenden, die aus einer wegen Nichteinhaltung des

²⁹⁵ MARTIN-EHLERS, 2014, a.a.O., 247

²⁹⁶ BGH-Beschl. v. 13. 9. 2012 – III ZB 3/12 (OLG Jena). Für die ausführliche Analyse verweist man auf den ersten Teil dieses Kapitels.

²⁹⁷ In diesem Sinne auch FRONCZAK, 2014, a.a.O., 69, die von Beförderung des *private enforcement* im Beihilferecht redet.

Durchführungsverbots²⁹⁸ nachträglich eintretenden Rechtskraftdurchbrechung entstehen²⁹⁹, indem er verstärkt auf eine zwischen Kommission und nationalen Gerichte in Einklang zu bringende präventive Kontrolle abstellte.

Wie eingangs von einem Teil des Schrifttums gerügt, hat der Ansatz des EuGH, die Ziele der Verhütungsregelung des Durchführungsverbots im Rahmen der privaten Durchsetzung zu verfestigen, immerhin dazu geführt, dass die Interessen der Rechtsschutzsuchenden bzw. der Wettbewerber vor einer mutmaßlichen rechtswidrigen Beihilfe zulasten der Begünstigungsempfänger insofern aufgewertet werden³⁰⁰, als Letztere in Genuss der fraglichen Maßnahmen nicht kommen dürfen, von deren beihilferechtlichen Charakter nicht wussten oder nicht wissen konnten³⁰¹, und dagegen über beschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten verfügen. Wenn nämlich ein Wettbewerber eine Beschwerde nach Art. 24 BVVO bei der Kommission einreicht und einen Eröffnungsbeschluss erwirkt, sind der Rechtsschutz und die zu ergreifenden Maßnahmen quasi vorgezeichnet³⁰², sodass er nicht mehr auf den endgültigen Beschluss zur Erlangung der angestrebten Aussetzung oder Rückforderung der staatlichen

²⁹⁸ In diesem Sinne auch COLOMBO, 2015, a.a.O., 333, der einen Vergleich mit dem Ansatz in dem später in der vorliegenden Arbeit analysierten EuGH-Urt. v. 18.07.2007 in Rs. C-119/05 *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato/Lucchini SpA ("Lucchini")*, EU:C:2007:434, wonach „in *Lucchini*, the conflict between the national judgment and EU law was actual (and not merely potential as in *Lufthansa*), [nevertheless in both cases] national courts are required to do whatever is in their power to give effect to the Commission's compatibility assessment“.

²⁹⁹ In diesem Sinne auch FRONCZAK, 2014, a.a.O., 69, wonach dieses Urteil „die Problematik rechtskräftiger, mit der abschließenden Entscheidung unvereinbarer Urteile nationaler Gerichte an der Wurzel bekämpft. Auch MARTIN-EHLERS, 2014, a.a.O., 252, berichtet von der Rechtskraftdurchbrechung als in dem Schrifttum vorgeschlagene Lösung zu divergierenden Entscheidungen. Er behauptet allerdings, dass diese Frage insofern keiner Lösung bedürfe, als kein Problem vorliege. Ein Urteil, das von einem negativen Kommissionsbeschluss abweicht, könne nämlich überhaupt nicht in Rechtskraft erwachsen, da es „aufgrund des Vorrangs des [Unionsrechts] gar keine rechtliche Wirkungen zeitigen kann“. Wie in dem zweiten Teil des Kapitels beschildert wird, stellt sich jedoch ein Problem mit Bezug auf Kommissionsentscheidungen, die von vorausgegangenen Gerichtsurteilen abweichen.

³⁰⁰ In diesem Sinne GIESBERTS, KLEVE, 2014, a.a.O., 645.

³⁰¹ Zu der Ungewissheit über das Vorliegen einer Beihilfe GIESBERTS, KLEVE, 2014, a.a.O., 646, in Anlehnung an PALME, *NVwZ*, 2014, 559 (560), der diese Ungewissheit der Begünstigten am Beispiel der Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens gegenüber des Fördermechanismus nach §§ 16 ff. EEG 2012 und der sog. Besondere Ausgleichsregelung nach §§ 40 ff. EEG 2012 schildert, indem er kritisch die Ausweitung der Beihilfenaufsicht der Kommission „auf von Privatrechtssubjekten finanzierte Umlagesysteme“ unterstreicht, der mangels Vorliegens staatlicher Mittel keine Beihilfe darstelle. Der EuGH hat tatsächlich in dem Fall das Vorliegen staatlicher Mittel nach Art. 107 AEUV verneint, da der Staat über keine Verfügungsgewalt über die Finanzierungsmittel verfügte, er beaufsichtigte lediglich die korrekte Umsetzung des EEG, so EuGH-Urt. v. 28.03.2019 in Rs. C-405/16 *Deutschland/Kommission* EU:C:2019:268, Rn. 80 ff.

³⁰² GIESBERTS, KLEVE, 2014, a.a.O., 646.

Maßnahme erwarten muss. Inwiefern ein solcher Automatismus aus dem *Lufthansa*-Urteil herzuleiten ist, das die Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses nicht einmal erwähnt, wird nachfolgend im Zusammenhang mit den unterschiedlichen Konstellationen geprüft.

Wenn einerseits der Eröffnungsbeschluss als „Ausforschungsbeschluss“³⁰³ erachtet werden kann, dem eine nur vorläufige Würdigung des Sachverhaltes nach Art. 6 BVVO beigemessen wird und der hauptsächlich zur Schaffung einer Meinungsbildung seitens der Kommission dient, andererseits kann ein Beschluss nach Art. 4 Abs. 4 BVVO auch unterschiedliche Inhalte je nach in der Vorprüfungsphase von der Kommission erreichtem Kenntnisstand aufweisen. Das lässt sich auch von dem Art. 6 BVVO ableiten, wonach diese Beschlüsse eine vorläufige Würdigung des Beihilfecharakters der fraglichen Maßnahme und Ausführungen über ihre Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit enthalten. Trotz des Wortlauts des Art. 4 Abs. 4 BVVO, wonach die Bedenken nur hinsichtlich der Vereinbarkeit veranlasst sind³⁰⁴, eindeutig erscheint, dass die ernsten Schwierigkeiten, worauf die Kommission in der Vorprüfungsphase gestoßen ist, nicht nur die Feststellung der Vereinbarkeit einer Beihilfe, sondern in erster Stelle das Vorliegen selbst einer Beihilfe betreffen.

Dem folgend versucht man eine kohärente und aufschlussreiche Auslegung zu bilden, die sich aus dem zwar elliptischen *Lufthansa*-Urteil immerhin enthüllt und die an der ihm vorausgegangenen Rechtsprechung über das Durchführungsverbots und seine Anwendungsverhältnisse verankert ist³⁰⁵. Zu diesem Zweck erhellend erscheint der Unterschied zwischen Ermessenentscheidungen und gebundene Entscheidungen, den die GA in *Stix-Hackl* in den Schlussanträge zu dem mehrfach erwähnten *Tirrenia*-Urteil gezogen hat. Die GA in *Stix-Hackl* stellte darauf ab, dass die sog. Suspensivwirkung unmittelbar aus der Sicherungsfunktion des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV abzuleiten sind³⁰⁶ und keines

³⁰³ GIESBERTS, KLEVE, 2014, a.a.O., 645.

³⁰⁴ Dazu auch GA in *Stix-Hackl*, Schlussanträge C-400/99 *Tirrenia I*, Rn. 58, die hinterfragt, ob die Bedenken die Vereinbarkeit der Beihilfe nach Art. 107 Abs. 3 AEUV betreffen oder ob es sich vielmehr um einen Anlass zur Vermutung handelt, die Maßnahme könne mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 Abs. 1 AEUV unvereinbar sein, was dann auch vor der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens erstmal die Prüfung der Tatbestandsmerkmale des Beihilfecharakter und der neue Beihilfe verlangt.

³⁰⁵ Bestätigend SONDER, 2014, a.a.O., 367, der das Urteil für seine Rechtsklarheit begrüßt; COLOMBO, 2015, a.a.O., 329 und KAMANN, *ZWeR*, 2014, 60 (71).

³⁰⁶ GA in *Stix-Hackl*, Schlussanträge C-400/99 *Tirrenia I*, Rn. 38

aus einer konstitutiven³⁰⁷ Befugnis der Kommission entspringenden Beschlusses bedürfen. Gleichzeitig wies sie auf die Unheilbarkeit der rechtswidrigen Durchführungsmaßnahmen einer später für vereinbar erklärten Beihilfe hin. Darauf aufbauend seien nur die rechtswidrige Durchführungsmaßnahmen mit Bezug auf die Ermessenentscheidungen, womit die Kommission über die Vereinbarkeit der Beihilfe angesichts der Erfüllung der Voraussetzungen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV befindet, unheilbar³⁰⁸, weil eine solche Entscheidung das Vorliegen einer neuen Beihilfe bereits voraussetzt. Das dürfe man allerdings hinsichtlich der sog. gebundenen Entscheidungen, in denen die Kommission die Prüfung zur Erfüllung von den Tatbestandsmerkmalen des Vorliegens einer Beihilfe bzw. einer neuen Beihilfe sowie möglicherweise zur Vermutung der Unvereinbarkeit nach Art. 107 Abs. 1 vornimmt, nicht behaupten³⁰⁹. Unter Berücksichtigung davon, dass die Einstufung als Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 eine objektive Situation ist, beinhalten die den Letzteren vorgelagerten Eröffnungsbeschlüsse eine vorläufige Würdigung der besagten Tatbestandsmerkmale, was auch am Ende des förmlichen Prüfverfahrens zu einer Verneinung des Vorliegens einer Beihilfe führen könnte. Bei einem solchen Ergebnis sei dann die unheilbare Rechtswidrigkeit und die damit verbundenen negativen Folgen nicht vertretbar und unverhältnismäßig. Die den Ersteren vorgelagerten Eröffnungsbeschlüsse haben hingegen das Vorliegen einer neuen Beihilfe sowie seine Vereinbarkeit bereits festgestellt und das förmliche Prüfverfahren besaße sich ausschließlich mit der Anwendung der Ermessensausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV.

Zwar beziehen sich die Erwägungen der GAin auf das Verhältnis zwischen Eröffnungsbeschlüssen und jeweiligen positiven Endentscheidungen im Zusammenhang mit der Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage gegen die Ersteren. Ebenfalls ist auch eine so strikt ausgelegte Einteilung unter den Endentscheidungen auf das Gebiet und der Sicherungsfunktion der präventiven Beihilfekontrolle nicht vollständig zu übertragen, weil das auch nicht der Tragweite und dem Tenor der *Lufthansa*-Rechtsprechung entspräche. Nichtsdestotrotz ähnelt die der *Tirrenia I*-Rechtssache zugrundeliegende Frage den Bedenken der vorlegenden Gerichten in *Lufthansa* und *Flughafen Lübeck*, da es sich bei dem Eröffnungsbeschluss um einen Akt handelt, deren suspensive bzw.

³⁰⁷ GAin Stix-Hackl, Schlussanträge C-400/99 *Tirrenia I*, Rn. 35

³⁰⁸ GAin Stix-Hackl, Schlussanträge C-400/99 *Tirrenia I*, Rn. 46 f.

³⁰⁹ GAin Stix-Hackl, Schlussanträge C-400/99 *Tirrenia I*, Rn. 49 f.

negative Rechtswirkungen nicht mit gleicher Wirksamkeit durch die Anfechtung der Endentscheidung beseitigt werden könnten. Wenn dann solche für den Empfänger negative Rechtswirkungen nur dem Eröffnungsbeschluss kraft seiner in *Tirrenia I* vom EuGH anerkannter Endgültigkeit und Eigenständigkeit zurechenbar sind, ist die Vorlagefrage des OLG Koblenz und vor allem des OLG Schleswig wohl nachvollziehbar, inwiefern aus einem Eröffnungsbeschluss mit einem nur vorläufigen Inhalt bindende und zwar negative Folgerungen gezogen werden können. Genau hierzu ist die Einteilung der GA in zwischen Ermessenentscheidungen und gebundenen Entscheidungen behilflich und wegweisend, da sie auf eine Auffächerung der tragenden Begründungen der Eröffnungsbeschlüsse verweist, woraus dementsprechend auch unterschiedliche und je nach Konstellation angemessene Maßnahmen ergriffen werden sollen.

Dass ein Eröffnungsbeschluss nach Art. 4 Abs. 4 BVVO kein einheitliches Muster darstellt, aus dem ebenfalls einheitliche Folgerungen zu ziehen sind, lässt sich nicht nur wie eingangs betrachtet aus dem Wortlaut des Art. 6 BVVO und aus den vorausgegangenen Erwägungen entnehmen, sondern spiegelt sich diese Tatsache auch in der Praxis wider. Die Kommission kann nämlich erstens das förmliche Prüfverfahren gemäß der Auffassung eröffnen, dass es sich bei der fraglichen Maßnahme um eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV offensichtlich handelt, unabhängig davon ob die umfangreichen einem solchen Ergebnis zugrundeliegenden faktischen und rechtlichen Feststellungen von dem Mitgliedstaat widersprochen wurden oder nicht³¹⁰. Zweitens ist von Eröffnungsbeschlüssen die Rede, durch die in Ermangelung von dem Mitgliedstaat gewährter Informationen das Vorliegen einer Beihilfe nicht ausgeschlossen werden darf³¹¹. Drittens und letztens ergehen auch Eröffnungsbeschlüsse, in denen die Kommission angesichts eines unvollständigen Kenntnisstandes zwar klare Zweifel erhebt, allerdings nur ansatzweise auf die komplexe wirtschaftliche und rechtliche

³¹⁰ In diesem Sinne KAMANN, 2014, a.a.O., 72 f., der als Beispiel einige Eröffnungsbeschlüsse bzw. Aufforderungen zur Stellungnahmen hinsichtlich deutscher regionaler Flughäfen in Erwägung zieht, in denen die Kommission nach der Würdigung der fünf Beihilfemerkmale die vorläufige Auffassung vertritt, dass die fraglichen Maßnahmen staatliche Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV beinhalten/sein dürften.

³¹¹ Dazu KAMANN, 2014, a.a.O., 73. In dem von dem Autor berichteten Eröffnungsbeschluss behauptet nämlich die Kommission, dass keine Information über die Marktüblichkeit der staatliche Garantievergütung übermittelt wurden und dass demzufolge das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe nicht ausgeschlossen werden darf.

Begutachtung der Konstellation eingeht, sodass die Einstufung einer Maßnahme als Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV ausschließlich an den Ergebnissen der in der förmlichen Prüfphase vorzunehmenden komplexen Beurteilungen gebunden ist und dann erst durch einen abschließenden Beschluss erfolgen kann³¹².

Eine derartige Auffächerung lässt die Schwierigkeiten durchblicken, auf die die nationalen Gerichte bei der Würdigung eines Eröffnungsbeschlusses zwecks der Stattgabe oder der Zurückweisung einer Klage stoßen können. Wenn man die Begriffe der GAin aus der *Tirrenia I*-Rechtssache entleiht, steht den nationalen Gerichten in der ersten und womöglich in der zweiten Konstellation eine abschließende Ermessenentscheidung bevor, weil die Kommission das Vorliegen einer neuen und nicht angemeldete Beihilfe bereits festgestellt hat, sodass die Gerichte sämtliche Folgerungen aus einer offensichtlichen Verletzung des Durchführungsverbots ziehen können.

In der dritten Konstellation müssen die nationalen Gerichte hingegen höhere Hürden bewältigen, weil sie angesichts einer vorläufigen und oberflächlichen Würdigung des Sachverhaltes in dem Eröffnungsbeschluss die Zweifel über das Vorliegen einer Beihilfe zwecks der Urteilsfindung immerhin streuen müssen³¹³. Das erfolgt in Anwendung des *Lufthansa*-Urteils nur dadurch, dass sie den genauen Umfang der Begünstigung und das Vorliegen eines Vorteils nach Art. 107 Abs. 1 AEUV durch eine komplexe und oft risikobehaftete Ermittlung³¹⁴ feststellen müssen. Die Tatsache,

³¹² Auch diese dritte Konstellation wird von KAMANN, 2014, ebd., vorgetragen. Der Autor verweist namentlich auf den Eröffnungsbeschluss, der den Fall *Lufthansa* und die beihilferechtliche Streitigkeit um den Flughafen Frankfurt-Hahn betraf, *Staatliche Beihilfe C 29/08 (ex NN 54/07) - Deutschland - Flughafen Frankfurt Hahn und Ryanair - Aufforderung zur Stellungnahme gemäß Artikel 88 Absatz 2 des EG-Vertrags*, 2009/C 012/03. Die Bewertung über die Marktüblichkeit der Kapitalerhöhung, die von den von der gewährenden Stelle beauftragten Wirtschaftsprüfern durchgeführt wurde, konnte laut der Kommission nicht hinreichende und überzeugende Elemente zum Ausschluss des Vorliegens eines Vorteils nach Art. 107 Abs. 1 AEUV liefern, da die zugrundeliegenden Unterlage zum *private-investor*-Test nicht übermittelt wurden (Rn. 238-245). Deshalb können diese Kapitalerhöhung und die sonstigen geprüften Maßnahmen eine staatliche Beihilfe, „falls [sie] den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Privatinvestors nicht erfüll[en]“ (Rn. 276).

³¹³ Dazu ausdrücklich COLOMBO, 2015, a.a.O., 338, und kritisch RENNERT im Rahmen der Tagung zur Richterfortbildung im Beihilfenrecht *NatJeusal*, Würzburg, 14-15.11.2019, die darauf bestehen, dass die nationalen Gerichte vor allem in Hauptsacheverfahren eine „*definitive determination*“ bzw. „eine abschließende Rechtsentscheidung“ treffen müssen, was einer genauen Feststellung der Begünstigung bedarf und wofür aufgrund der eigentümlichen Form der Gewährung nicht immer eine pauschale Einzahlung in ein Sperrkonto als geeignet gelten kann.

³¹⁴ In diesem Sinne COLOMBO, 2015, a.a.O., 337, der in ähnlichen Konstellationen wie derjenigen in *Lufthansa* von dem Eröffnungsbeschluss als „*unstable conclusion*“ redet, woraufhin „*national courts have to engage in the complex economic assessment of the market economy operator test*“. Zu den Gefahren einer derartigen komplexen Würdigung verweist man auf HAUCAP, SCHWALBE, *DICE*, 2011, 23. Sie deuten

dass dem Eröffnungsbeschluss in dieser Konstellation nur ein ergänzender Auslegungscharakter und keine Tenor-erweiternde Funktion³¹⁵ beigemessen werden kann, kann zu der Behauptung führen, dass eine mutmaßliche Bindungswirkung in diesem Fall nicht mit Bezug auf den Eröffnungsbeschluss entsteht, sondern eher hinsichtlich der Verpflichtungen und der Aufgaben, die für die nationalen Gerichte aus dem Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV herrühren. Mit anderen Worten sind die nationalen Gerichte zwecks der Urteilsfindung und der Wahrung der Rechte der Einzelnen auf nationaler Ebene gehalten, das *effet utile* des Durchführungsverbots sicherzustellen. Ihre Befugnis, die Auslegung des Beihilfebegriffs nach Art. 107 AEUV durchzuführen, erstreckt sich erneut in derartigen Konstellationen und verdichtet sich insofern, als sie auch schneller und effektiver als die Kommission³¹⁶ dem mutmaßlichen Verstoß gegen das Durchführungsverbot abhelfen können. Diese Auslegung der dem Eröffnungsbeschluss beizumessenden Rechtswirkungen beruht allerdings nicht nur auf den vorausgegangenen Erwägungen, sondern lässt sich eindeutig aus dem *Lufthansa*-Urteil selbst herleiten, in dem nie die Rede von Bindungswirkung ist. Im Gegensatz zu dem GA Mengozzi scheint der EuGH aus dem Wortlaut des Urteils solchen Beschlüssen nicht jene Wirkung anerkennen zu wollen³¹⁷, dass das nationale Gericht jedenfalls bei der Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens eine Verletzung des Durchführungsverbots annehmen und daraus die Aussetzung oder die Rückforderung der Maßnahme anordnen muss³¹⁸. Trotz der verschiedenen kritischen Aussagen seitens des Schrifttums, auferlegt

darauf hin, dass die Ermittlung des Vorliegens einer Beihilfe mit derjenigen ihrer wettbewerbsverzerrenden Wirkungen einhergehen könnte und namentlich mit der Beurteilung, dass angesichts der sog. *effect-on-rival*-Maßstab „*an aid measure is always anticompetitive if it changes the relative market position of the companies [...] so that this criterion would consequently lead to the conclusion that any kind of aid is anticompetitive and therefore illegitimate*“. Den nationalen Gerichten ist zwar verwehrt, sich über die Vereinbarkeit der Beihilfe zu vergewissern, nichtdestotrotz könnte ein solcher Test, indem er über das Vorliegen einer Beihilfe hinausgeht und sich ausschließlich auf die Wettbewerber fokussiert, zu einer automatischen Rückforderung einer Beihilfe führen und die Auslegungsbefugnis der nationalen Gerichte etwas verzerren.

³¹⁵ KAMANN, 2014, a.a.O., 74.

³¹⁶ Dazu GIESBERTS, KLEVE, 2014, a.a.O., 645, wonach „es fast so erscheint, als wenn der EuGH und die Kommission hier zusätzliche nationale Instanzen als die besseren Vollstrecker zur Durchsetzung des [Durchführungsverbotes] bemühen möchten“. Das kann insofern stimmen, als die Verfahren vor der Kommission, wie es sich in der vorliegenden Arbeit oft herausgestellt hat, auch viele Jahre dauern können, wie die mehr als zehn Jahre in der Konstellation um den *Flughafen Lübeck*.

³¹⁷ Offensichtlich ist der anderslautende Tenor der GA Mengozzi, Schlussanträge C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 39 und im Vergleich zu EuGH-Urteil, C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 43 f. In diesem Sinne auch FRONCZAK, 2014, a.a.O., 68, wonach der EuGH die Schwäche der Auslegung des GA erkannt und die nationalen Gerichte nicht an eine vorläufige Einschätzung binden gewollt haben.

³¹⁸ Eindeutig BERRISCH, 2014, a.a.O., 255.

der EuGH kein Automatismus den nationalen Gerichten, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen³¹⁹. Vielmehr verwertet und verstärkt er ihren Ermessensspielraum bei der Würdigung des Sachverhaltes, indem es ihnen die Möglichkeit einräumt, unter Berücksichtigung des Effektivitätsgrundsatzes und der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission auch den Interessen aller Parteien Rechnung zu tragen und dementsprechend Maßnahmen nach Zweckmäßigkeit oder mit Bedingungen versehen zu erlassen.

Dass sich der EuGH in dem *Lufthansa*-Urteil für keine strikte Bindungswirkung äußert, indem er eine nachträgliche gerichtliche Auslegung der dem Eröffnungsbeschluss zugrunde liegenden Würdigungen sowie seine Überprüfung durch eine Gültigkeitsvorlagefrage³²⁰ offenlässt, beseitigt allerdings das Problem der divergierenden Entscheidungen zwischen Kommission und nationalen Gerichten und der Entkräftung des Durchführungsverbots nicht vollständig. Wenn einerseits die nationalen Gerichte laut dem *Lufthansa*-Urteil und der vorausgegangenen Rechtsprechung zwar verpflichtet sind, alle Maßnahme zur Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit des Durchführungsverbots und zur Wahrung der Rechte der Einzelnen zu ergreifen, sie allerdings können nur und müssen nicht u.a. auch die Aussetzung oder die Rückforderung der Beihilfe anordnen³²¹, andererseits stellt sich die

³¹⁹ BERRISCH, 2014, a.a.O., 256, der unterstreicht, dass der EuGH mit Bezug auf die Anordnung der Aussetzung oder der Rückforderung einer Beihilfe das Wort „kann“ und nicht „muss“ verwendet.

³²⁰ In diesem Sinne KAMANN, 2014, a.a.O., 76, der den Verweis des EuGH auf EuGH-Urt. C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze*, Rn. 72-74 zur Gültigkeitsvorlagefrage, die in Abweichung des EuGH-Urt. v. 09.03.1994 in Rs. C-188/92 *TWD Textilwerke Deggendorf/Deutschland* nur von Amts wegen gestellt werden kann, als „Öffnungsklausel“ des EuGH gegenüber der Überprüfung eines Eröffnungsbeschluss sieht. Ähnlich auch FRONCZAK, 2014, a.a.O., 69, der das als Hinweis für die Kommission sieht, „dass ihr Beurteilungsspielraum zwar weit, keineswegs grenzenlos ist“. Kritisch gegenüber dieser Öffnungsklausel SANCHEZ GRAELLS, *HTCNblog*, 2013, wonach die Stellungnahme des *Lufthansa*-Urteils in den Rn. 43-44 „muddies the water [and] reopens the questions [of the preference for the Commission assessment] and destroys the one stop shop approach. [...] this can create significant complications by way of parallel procedures (before the Commission, the national courts and the CJEU) in one and the same case, [thus creating] legal uncertainty and potentially contradictory outcomes [and showing excessive deference towards domestic courts]“.

³²¹ Dieser Unterschied wird mustergültig auch von SCOTT, 2017, a.a.O., 358, hervorgehoben, indem er „juxtaposition“ der anderslautenden Rn. 42 und 43 des EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa* aufgreift und lehnt dabei an EuG-Beschl. v. 03.03.2015 in Rs. T-251/13 *Gemeente Nijmegen/Kommission*, EU:T:2015:142, Rn. 46, an, wonach „keine absolute und unbedingte Verpflichtung des nationalen Gerichts besteht, der vorläufigen Beurteilung der Kommission ohne Weiteres zu folgen“. Dieser EuG-Beschluss wurde allerdings zu Recht kritisiert, da es bei vollständig durchgeführten Beihilfen keine Rechtswirkung einem Eröffnungsbeschluss verleiht, indem es dadurch die fortbestehende Verletzung des Durchführungsverbots sowie die Verpflichtungen eines nationalen Gerichts verkennt, sämtliche Folgerungen aus einer solchen Verletzung auch angesichts der Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens

Frage nach der Sicherstellung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission vor allem mit Bezug auf Eröffnungsbeschlüsse der dritten Konstellation.

Die Antwort zu dieser Frage lässt sich nicht insofern als selbständig vom dem übrigen Sachverhalt betrachten, als man auch die vorige Erwägungen zur Bindungswirkung wieder aufgreifen wird. Dennoch dreht sich die Antwort zu dieser Frage weniger um das Effektivitätsgrundsatz, sondern eher um die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV, die sowohl die Kommission als auch die nationalen Gerichte betrifft. Vor allem müssen Letztere diese Verpflichtung dann einhalten, wenn sie sich mit Eröffnungsbeschlüssen auseinandersetzen und von deren Tenor abweichen wollen, da in diesem Fall das Risiko divergierender Beurteilungen höher liegt. Demzufolge würde auch die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission vereitelt, insoweit sich das nationale Gericht der Befugnis einer konkretisierenden Rechtsgestaltung³²² angeeignet, der aus dem Wortlaut des Vertrags im Beihilferecht ausschließlich der Kommission obliegt. Unter Berücksichtigung davon, dass die Gewährung einer Beihilfe nach Art. 107 AEUV grundsätzlich verboten ist³²³, ist ausschließlich die Kommission nämlich daran befugt, Beschlüsse mit einer normkonkretisierenden Wirkung zu erlassen, indem sie eine staatliche Maßnahme als vereinbare Beihilfe auch in Anwendung der Legal- oder der Ermessensausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV genehmigen. Und einem Beschluss kommt eine normkonkretisierende Wirkung zu, wenn der Entscheidungsträger einer ausschließlichen Zuständigkeit genießt, eine bestimmte Rechtslage zu beurteilen und dementsprechend

zu ziehen. Dazu ausführlicher WEIß, *EuZW*, 2015, 524 (Anm. 528). Auf eine ähnliche Wellengänge und ebenfalls abzulehnen klingt EuG-Beschl. v. 28.11.2014 in Rs. T-688/14 *Airport Handling/Kommission*, Rn. 49, wonach ein Eröffnungsbeschluss ein nationales Gericht nicht unmittelbar und verbindlich veranlassen könne, die Rückforderung durchgeführter Beihilfe anzuordnen, weil sich ein solcher Beschluss nur gegenüber einem Mitgliedstaat bei in Durchführung begriffenen Maßnahmen als Anlass für eine Aussetzung auswirken könne. Zustimmend BUENDIA SIERRA/BOLSA FERRUZ, 2017, a.a.O., 412 und 415.

³²² In diesem Sinne BORNKAMM, 2003, a.a.O., 82, wonach dem von der Verwaltungsbehörde ausgesprochenen Verbot ein Regelungscharakter zukomme, dessen Wirkungen sich nicht in den Verhältnissen zwischen Behörde und Adressaten ausschöpfe.

³²³ Laut Prof. LUDWIGS und Prof. UNGER im Rahmen der Tagung zur Richterfortbildung im Beihilfenrecht *NatJeusal*, Würzburg, 14-15.11.2019 handelt es sich im Allgemeinen um ein Verbot mit Genehmigungsvorbehalt, obwohl seine Einordnung als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt aufgrund der eigentümlichen Ausgestaltung des EU-Beihilferechts, das sowohl Legal- als auch Ermessensausnahmen vorsieht, immer noch umstritten bleibt. Zustimmend auch FIEBELKORN/PETZOLD, *EuZW*, 2009, 323 (325), der von einem präventiven Verbot mit Genehmigungsvorbehalt redet.

feststellend zu konkretisieren³²⁴. Anders als im Kartellrecht³²⁵ vereinigt die Kommission in sich eine solche ausschließliche Zuständigkeit, die von abweichenden Entscheidungen von nationalen Gerichten bedroht ist, wenn Letztere zwar nicht über die Vereinbarkeit befinden, aber im Rahmen einer Klage zur Aussetzung oder Rückforderung der rechtswidrigen Begünstigung immerhin das Vorliegen einer Beihilfe verneinen und somit keine Rolle einem Eröffnungsbeschluss beimessen.

Eine Abweichung beruht hauptsächlich auf einer unterschiedlichen Auslegung des Tatbestandes seitens der nationalen Gerichte, die dann meistens auf eine unterschiedliche Informations- und Beweislage und auf derer andersartige Würdigung zurückzuführen ist. Beispielhaft hierfür ist die bereits angedeutete Konstellation *Magic Mountain Kletterhalle*, in der die Kommission einen Beschluss nach Art. 4 Abs. 3 BVVO in Anbetracht dessen erlassen hatte, dass die Auswirkungen der als Beihilfe eingestuften staatlichen Maßnahme derart gering waren, dass das Binnenmarkthandel und der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wurden, was auch von dem EuG bestätigt wurde³²⁶. Der Wettbewerber hatte nichtsdestotrotz angesichts der nicht notifizierten und deshalb rechtswidrigen Beihilfe Klage zur Nichtigkeitserklärung des zu marktunüblichem Mietzins zwischen dem Begünstigten und der gewährenden Stelle geschlossenen Vertrages erhoben. Nach Stattgabe durch den VG Berlin³²⁷ und den OVG Berlin-Brandenburg³²⁸ wurde Revision vor dem BVerwG³²⁹ beantragt, das sich erneut mit der von dem OVG bestätigten Bindungswirkung eines Beschlusses nach Art. 4 Abs. 3 BVVO befasste. Auch in dieser Konstellation sei laut des BVerwG die Einstufung einer Maßnahme als Beihilfe insofern für vorläufig zu halten, als die Kommission diese Vereinbarkeitsbeschluss im Rahmen der Vorprüfungsphase und ohne die Gewährung der Anhörungsrechte der Parteien erlassen habe³³⁰. Dementsprechend hinterfragt der

³²⁴ So DOHRN, 2010, S. 32 und 155, wonach dem feststellenden Verwaltungsakt ein rechtsgestaltendes Element zugrunde liege.

³²⁵ DOHRN, 2010, a.a.O., 32. Bemerkenswert ist die Behauptung des Autors, wonach nach dem Inkrafttreten der Kartellverfahrens-VO 1/2003 und der Einführung des Systems der Legalausnahmen „den Kommissionsentscheidungen keine konstitutive und damit bindende Wirkung“ nicht mehr beigemessen werde.

³²⁶ EuG-Urt. T-162/13 *Magic Mountain Kletterhalle/Kommission*.

³²⁷ VG Berlin Urt. v. 19.3.2013 – 26 K 6/13, DE:VGBE:2013:0319.VG26K6.13.0A

³²⁸ OVG Berlin-Brandenburg Urt. v. 18.2.2015 – OVG 6 B 24.14, DE:OVGBEBB:2015:0218.OVG6B24.14.0A

³²⁹ BVerwG Urt. v. 26.10.2016 – 10 C 3/15, DE:BVERWG:2016:261016U10C3.15.0

³³⁰ BVerwG Urt. 10 C 3/15, Rn. 23-27, in dem das BVerwG hinzu bestätigt, dass der Beurteilung in dem Beschluss nach Art. 4 Abs. 3 BVVO auch durch die Abweisung der Nichtigkeitsklage seitens des EuG keine erhöhte Verbindlichkeit erlangt habe.

BVerwG, inwiefern eine Bindungswirkung auch zu einer derartigen positiven Beschluss bestehen könne und ob sich bejahendenfalls diese Wirkung nur auf Eilverfahren beschränke oder auch Hauptsacheverfahren betreffe. Unabhängig von der mittelbaren Rüge an dem EuGH, wonach die *Lufthansa*-Rechtsprechung dem Unterschied zwischen Eil- und Hauptsachenverfahren nicht Rechnung trage³³¹, beteuert das BVerwG die Unentbehrlichkeit einer umfassenden Prüfung der der Stillhalteverpflichtung zugrunde liegenden Voraussetzungen seitens der nationalen Gerichte³³².

Im Hinblick auf dem Urteil des BVerwG rücken die Frage um die Effektivitätsgrundsatz und diejenige um die loyale Zusammenarbeit, die man zwecks der vorliegenden Analyse trennen wollte, wieder zusammen. Mit anderen Worten stellt das BVerwG die Frage nach der Bindungswirkung eines Beschlusses nach Art. 4 Abs. 3 BVVO unter Berücksichtigung davon, dass seine Aufgabe und jene der nationalen Gerichte sich von derjenigen der Kommission insofern trennt, dass sie jederzeit einer Verletzung des Durchführungsverbots Rechnung tragen müssen. Es wurde mehrfach angedeutet, dass eine Vereinbarkeitserklärung seitens der Kommission die Rechtswidrigkeit der Beihilfe nicht heilt und dass die nationalen Gerichte immerhin sämtliche Folgerungen daraus ziehen müssen. Das BVerwG fühlt sich dieser Rolle derart gewachsen, dass seine Erfüllung nur mit einer umfassenden Prüfung des Tatbestandes einhergehen könne, die auch eine vollumfängliche und effektivere Wahrung der Rechte der Einzelnen und im Allgemeinen der Interesse der Verfahrensparteien gewährleisten soll. Zusammenfassend stellt das BVerwG auf die Betonung der ständigen Rechtsprechung des EuGH ab, wonach die nationalen Gerichte nach der Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens von den aus dem Vertrag herrührenden Verpflichtungen und Aufgaben nicht entbunden sind.

Die Frage nach der vorläufigen Feststellung des beihilferechtlichen Charakters

³³¹ Auf diesen für den Autor grundlegende Unterschied verweist RENNERT, 2017, a.a.O., sowie immer RENNERT im Rahmen der Tagung zur Richterfortbildung im Beihilfenrecht *NatJeusal*, Würzburg, 14-15.11.2019. Demnach erfüllen „einstweilige Verfahren [...] eine dienende, sichernde Funktion für ein zugehöriges Hauptsacheverfahren. [...] In diesem Rahmen zeichnet sich das einstweilige Verfahren aber im Vergleich zum Hauptsacheverfahren durch große Flexibilität aus. Vor allem kommt dem Richter in gewissem Umfang ein Rechtsfolgernormen zu, die ihm im Hauptsacheverfahren fehlt: Die richterliche Entscheidung über eine Klage ist eine gebundene Rechtsentscheidung, die den geltend gemachten Klaganspruch zuerkennt oder aberkennt.

³³² BVerwG Urt. 10 C 3/15, Rn. 34, in dem das BVerwG angesichts der von dem Berufungsgericht anerkannten Bindungswirkung an dem positiven Beschluss nach Art. 4 Abs. 3 BVVO erinnert, dass die umfassende Prüfung nicht einer Plausibilitätskontrolle ähneln solle.

in einem Beschluss nach Art. 4 Abs. 3 BVVO, keine Einwände zu erheben, wurde von einer jüngsten EuGH-Rechtsprechung durch das Ergebnis einer klaren und logisch getrennten Durchführung der Phase der Beurteilung des beihilferechtlichen Charakters einerseits und der Vereinbarkeit andererseits erläutert bzw. aufgelöst³³³. Demnach hat der EuGH klargestellt, dass die Kommission nicht über die Vereinbarkeit einer fraglichen Maßnahme entscheiden kann, ohne zuvor ausdrücklich festgestellt zu haben, dass diese Maßnahme eine Beihilfe nach Art. 107 AEUV. Weder der Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung noch das Interesse der Beteiligten können in bestimmten Konstellationen aus verfahrensökonomischen Anlässen verlangen³³⁴, dass die Kommission direkt die Prüfung der Vereinbarkeit durchführt, indem diese Würdigung kraft der Vereinbarkeit der Maßnahme die Feststellung um das Vorliegen einer Beihilfe implizit umfasst, weil das der Kohärenz und der Tragweite des Art. 107 AEUV widerspricht³³⁵. Auch die vorläufige Würdigung solcher Beschlüsse nach Art. 6 BVVO kann nämlich nicht dazu führen, dass eine Maßnahme für vereinbar erklärt wird, die nicht als Beihilfe eingestuft wurde. Diese Rechtsprechung trägt zweifellos mittelbar Rechnung der Herausforderungen der privaten Durchsetzung, da die fehlende Feststellung des Vorliegens einer Beihilfe in einem Vereinbarkeitsbeschluss nach Art. 4 Abs. 3 BVVO i. V. m. Art. 15 BVVO einerseits die nationalen Gerichte etwas verhindern könnte, sämtliche Folgerungen aus der Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV zu ziehen und die Wahrung der Rechte der Einzelne effektiv zu gewährleisten. Andererseits könnte das auch die Wettbewerber selbst abschrecken, einen Anspruch zur Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfe oder derer Zinsen wegen der verfrühten Gewährung der Maßnahme zu erheben, da die nationalen Gerichte kraft der Vereinbarkeit der Maßnahme und der Unklarheiten über das Vorliegen einer Beihilfe sowie angesichts einer etwas mangelhaften Beweisvorlage seitens des Klägers die Klage abweisen könnten. Gleichzeitig wäre die Unbestimmtheit um den beihilferechtlichen Charakter für den Beihilfeempfänger selbst auch insofern schädlich, wie die

³³³ Der Verweis ist hier auf das wegweisende EuGH-Urt. v. 13.06.2024 in Rs. C-40/23, *Kommission/Niederlande*, EU:C:2024:492, Rn. 41 ff.

³³⁴ EuGH-Urt. C-40/23 *Kommission/Niederlande*, Rn. 46.

³³⁵ Anderer Auffassung war GA Campos Sanchez-Bordona in Schlussanträge v. 22.02.2024 in Rs. C-40/23, *Kommission/Niederlande*, Rn. 53, weil die Aufgabe der Kommission sei, auf die Unversehrtheit des Wettbewerbs zu wachen und nur die Unvereinbarkeit zu verfolgen, was nicht in allen Fällen ausdrücklich festgestellt werden könne, während die Vereinbarkeit einer Maßnahme nicht die Feststellung des Vorliegens einer Beihilfe voraussetze.

Konstellation *Magic Mountain Kletterhalle* gezeigt hat³³⁶, als er Rückforderungsansprüchen ausgesetzt wäre, die das Vorliegen einer Beihilfe voraussetzten, obwohl wegen der fehlenden Erwägungen in dem Kommissionsbeschluss tatsächlich auch nicht bestehen könnte.

Aus dem Blickwinkel eines Eröffnungsbeschlusses nach Art. 4 Abs. 4 BVVO stellen nichtdestotrotz die Erwägungen des BVerwG sowie der jüngsten EuGH-Rechtsprechung einen Ausgangspunkt dar, um zu einem mit dem Gefüge der Beihilfekontrolle und mit der Verpflichtung der loyalen Zusammenarbeit vereinbaren Ergebnis zu gelangen. Es wurde bereits angedeutet, dass eine Abweichung in der Regel auf einer unterschiedlichen Auslegung des Tatbestandes seitens der nationalen Gerichte beruht, die dann meistens auf eine andere Informations- und Beweislage und auf derer andersartige Würdigung zurückzuführen ist. Darauf aufbauend liefert der BGH in dem die *Flughafen-Lübeck*-Saga betreffenden Urteil einige Anknüpfungspunkte³³⁷, die sich auf bestimmte Fallgruppe und auf die damit verbundenen Konsequenzen in den Verhältnisse zwischen Kommission und nationalen Gerichten beziehen. Der BGH ruft in erster Stelle die aus dem *Lufthansa*-Urteil bereits erwähnte Öffnungsklausel³³⁸ in Erinnerung, wonach den Gerichten eine nachträgliche Überprüfung des Eröffnungsbeschlusses auch durch eine Gültigkeitsvorlagefrage nicht verwehrt ist. Sie fügt allerdings hinzu, dass den nationalen Gerichten kraft ihrer bestehenden Verpflichtung zur Auslegung und Anwendung des Beihilfebegriffs die Befugnis zukomme, an der vorläufigen beihilferechtlichen Beurteilung der Kommission zu zweifeln³³⁹. Wie der BVerwG verteidigt auch der BGH eine solche Befugnis, deren er sich nur angesichts der Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens nicht entledigen will³⁴⁰, indem er auf eine Nuancierung zwischen Auslegung von Rechtsfragen und

³³⁶ In dem Fall hatte die Kommission allerdings den beihilferechtlichen Charakter der Maßnahme bestätigt, nur der BVerwG bestritt ihn aufgrund dessen vorläufigen Würdigung.

³³⁷ BGH Urt. v. 9.2.2017 – I ZR 91/15, DE:BGH:2017:090217UIZR91.15.0

³³⁸ KAMANN, 2014, a.a.O., 76 mit Bezug auf EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 43-44.

³³⁹ BGH Urt. I ZR 91/15, Rn. 41. Kritisch dazu MARTIN-EHLERS, *EuZW*, 2017, 312 (Anm. 317), wonach der BGH dadurch „die Bindungswirkung auf der Rechtsfolgenseite bis zur Unkenntlichkeit“ auflockere.

³⁴⁰ Den Vergleich zwischen den beiden Urteilen ziehen auch KARPENSTEIN/DORN, *EuZW*, 2017, 337 (338), die an dem Urteil des BVerwG allerdings bemängeln, dass es entgegen des Wortlauts des Art. 288 Abs. 4 AEUV, wonach Beschlüsse in allen ihren Teilen verbindlich sind, die Bindung eines Vereinbarkeitsbeschluss nach Art. 4 Abs. 3 BVVO nicht erkenne.

Anwendung von Tatfragen hinweist³⁴¹.

Der BGH lehnt allerdings im Unterschied zum BVerwG nicht vollständig die Theorie einer Bindungswirkung, sondern scheint sie, als Abweichungsverbot³⁴² auslegen zu wollen. Des BGH zufolge bestehe zweifellos eine zwingende Beachtlichkeit vorausgegangener Kommissionsbeschlüsse, ein nationales Gericht könne jedoch eine Entscheidung in Übereinstimmung mit dem Eröffnungsbeschluss der Kommission nur dann treffen, wenn es eine eigenständige Auslegung des Beihilfebegriffs bzw. Subsumption des Sachverhaltes unter den Art. 107 AEUV weiterhin vorlegen könne³⁴³. Nur durch diesen Ansatz sei die Rolle der nationalen Gerichten im Rahmen der privaten Durchsetzung des Beihilferechts und die ihnen verfügbaren Rechtsmittel zum rechtlichen Gehör und zur Beweisvorlage vollständig berücksichtigt. Diese Behauptung knüpft hauptsächlich an der Situation an, in der sich im Rahmen des Verfahrens vor den nationalen Gerichten aus dem Vorbringen der Parteien neue Elemente ergeben, die die vorläufige Würdigung der Kommission in Frage stellen³⁴⁴. In diesem Fall kann ein Eröffnungsbeschluss auch keineswegs daran hindern, dass die Parteien in dem Verfahren über den Sachverhalt und seine beihilferechtliche Natur weiter vortragen, weil sich die Bindungswirkung in der Regel trotz der rechtsgestaltenden Natur des Eröffnungsbeschlusses nur auf die zur Zeit des Erlasses des Beschlusses von der Kommission ausgeloteten Tatsachen erstreckt³⁴⁵ und der Eröffnungsbeschluss selbst im

³⁴¹ Auf einen solchen Unterschied weist das BVerwG Urt. 10 C 3/15, Rn. 36-37, worauf das damalige BVerwG-Präsident RENNERT hinwirkte, wie von ihm selbst im Rahmen der Tagung zur Richterfortbildung im Beihilfenrecht *NatJeusal*, Würzburg, 14-15.11.2019 in Erinnerung gerufen wurde. RENNERT, 2017, a.a.O., 569, erläutert diesbezüglich, dass von der Rechtsprechung des EuGH ungeklärt gebliebene Auslegungsfragen dem EuGH selbst per Vorlagefrage nach Art. 267 AEUV gestellt werden sollen. Was die Anwendung von Tatfragen betrifft, sei laut dem Autor bei Meinungsverschiedenheiten eine Stellungnahme der Kommission einzuholen. Ähnlich auch GARBE, *EStAL*, 2017, 449 (453), wonach „*the Commission's decision reflects the legal interpretation of the European concept of State aid. If the national court intends to deviate from the Commission's interpretation of State aid it would have to seek for clarification according to Article 267 TFEU*“.

³⁴² Zustimmend auch KARPENSTEIN/DORN, 2017, a.a.O., 338 f., wonach die Postulierung eines Abweichungsverbots im Einklang mit der *Lufthansa*-Rechtsprechung stehe, indem sie mittelbar auf die bereits erwähnte Öffnungsklausel hinweisen. Verneinend MARTIN-EHLERS, 2017, a.a.O., 317, wonach ohne Bezug auf das Abweichungsverbot „die Segelanweisungen des BGH strukturell nicht nachvollziehbar [sind] und auch keine vernünftige Handhabe für die Praxis [bieten]“.

³⁴³ In diesem Sinne DOHRN, 2010, a.a.O., 23 f., der den Begriff des Abweichungsverbots in Anlehnung an das Kartellrecht und insbesondere an die *Masterfoods*-Rechtsprechung entwickelt und der die hier beschilderte Unterscheide zur Bindungswirkung hervorhebt.

³⁴⁴ BGH Urt. I ZR 91/15, Rn. 42.

³⁴⁵ Dazu auch DOHRN, 2010, a.a.O., 49, der zwar diese Bindungswirkung mit Bezug auf Kommissionsentscheidungen i. S. v. Art. 16 Kartellverfahrens-VO und dann meistens auf endgültige

Rahmen des förmlichen Prüfverfahrens auch neue und andere Erkenntnisse gewinnen kann. Gleichzeitig geben neue Umstände auch Anlass, die Kommission um eine schriftliche oder mündliche Stellungnahme auch als *amicus curiae* nach Art. 29 BVVO über die neu vorgebrachten Fakten ersuchen zu können. Das ist aufgrund der Verpflichtung der loyalen Zusammenarbeit quasi geboten, wenn man beabsichtigt, von der dem Eröffnungsbeschluss zugrunde liegenden Beurteilung abzuweichen und auch einen Anspruch auf Aussetzung oder Rückforderung der Beihilfe abzulehnen³⁴⁶. Nichtsdestotrotz ist ein Informationsvorsprung der nationalen Gerichte gegenüber der Kommission nicht üblich unter Berücksichtigung davon, dass vor allem die gewährende Stelle über umfassende Informationen bezüglich der Maßnahme bereits verfügt³⁴⁷ und kein besonderes Interesse daran hätten, nur einen Anteil davon an die Kommission im Rahmen der Vorprüfungsphase nach Art. 12 Abs. 2 BVVO zu übermitteln und den Rest erstmal vor einem nationalen Gericht vorzutragen³⁴⁸.

Der BGH weist in seinem Urteil lediglich auf Konstellationen hin, die eine Veränderung der Sach- und Rechtslage im Rahmen des vor den nationalen Gerichten anhängigen Verfahrens vorsehen. Problematischer und nichtsdestotrotz zum Thema der Sicherstellung des Entscheidungsmonopols der Kommission stichhaltiger wirkt die Situation, in der den nationalen Gerichten keine neue Beweise oder tatsächliche Elemente des Sachverhaltes seitens der Verfahrensparteien vorgelegt bzw. vorgetragen wurden, die die Rechtsansicht über das Vorliegen einer Beihilfe verändern können. In dieser Konstellation wirken sich die Bedeutung und die Tragweite der Verpflichtung zur

Entscheidungen analysiert. Er fügt nicht nur hinzu, dass eine solche Wirkung auch bereits existente aber nicht berücksichtigte Tatsachen betreffe, sondern auch, so DOHRN, 2010, a.a.O., 83, dass sich eine Abweichung von einer bereits erlassenen Kommissionsentscheidung nur insofern rechtfertige, als die Veränderung in der Sach- und Rechtslage so erheblich sei, „dass nicht mehr von zwei identischen Sachverhalten gesprochen werden“ könne. Das kann auch auf die beihilferechtlichen Eröffnungsbeschlüsse übertragbar werden.

³⁴⁶ In diesem Sinne auch KAMANN, 2014, a.a.O., 79, wonach eine Vorabbeurteilung der Kommission gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV zwingend sei. Der Autor fordert in solchen Umständen die Kommission auch dazu auf, die Stellungnahmen zügig und zwar innerhalb der nicht zwingenden Frist von vier Monaten gemäß Rn. 118 der 2021 Bekanntmachung über die private Durchsetzung abzugeben.

³⁴⁷ In diesem Sinne MARTIN-EHLERS, 2017, a.a.O., 317, wonach die vom BGH hervorgerufenen Konstellationen in der Praxis schwer vorstellbar seien, wenn nicht ausgeschlossen.

³⁴⁸ Der Beihilfeempfänger, der nicht als Verfahrensbeteiligter, sondern eher als Beigeladener auftritt, verfügt seinerseits selten um vollumfängliche Informationen über die gewährte Maßnahme, weil er oft gar den beihilferechtlichen Charakter der Begünstigung ignoriert und andernfalls die Maßnahme womöglich aus sorgfaltsbezogenen Überlegungen durch den Mitgliedstaat auch angemeldet hätte. Dazu ähnlich auch MARTIN-EHLERS, 2017, ebd.

loyalen Zusammenarbeit auf das anhängige Verfahren sowie das Effektivitätsgrundsatz vollständig aus, sodass eine eindeutige Berücksichtigungspflicht gegenüber dem Eröffnungsbeschluss entsteht und das Gericht grundsätzlich an dem Tenor sowie an den tragenden Elementen der Begründung gebunden ist. Demnach muss es unter Berücksichtigung der *Lufthansa*-Rechtsprechung alle geeignete Maßnahmen ergreifen, die dem Verstoß gegen die Stillhalteverpflichtung abhelfen können. Darunter kann ein nationales Gericht dem Anspruch des Wettbewerbers zur Aussetzung oder Rückforderung der gewährten Beihilfe stattgeben oder als Alternative einstweilige Maßnahme anordnen. Man weist diesbezüglich darauf hin, dass die nationalen Gerichte bei der Verfügung einstweiliger Maßnahmen nicht den engen Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 BVVO unterworfen sind. Laut der *CELF II*-Rechtsprechung muss ein nationales Gericht eine einstweilige Aussetzung oder Rückforderung einer Beihilfe nur dann anordnen, wenn u.a. die Qualifizierung als staatliche Beihilfe nicht zweifelhaft ist und die Durchführung der Beihilfe unmittelbar bevorsteht oder bereits in Gang gesetzt wurde³⁴⁹.

Hierzu trifft schließlich wieder die Einteilung zwischen gebundenen und Ermessensentscheidungen zu, wenn diese im Zusammenhang mit den unterschiedlichen beschilderten Informationslagen betrachtet wird. In einer Konstellation, in der die Kommission durch den Eröffnungsbeschluss das *prima-facie* Vorliegen einer Beihilfe zumindest mit Wahrscheinlichkeit nicht ausgeschlossen hat und dem Gericht keine neue Tatsache vorlegen, ist die Voraussetzung der nicht zweifelhaften Qualifizierung der Maßnahmen als Beihilfe erfüllt. Das nationale Gericht soll sich dann der Meinung der Kommission anschließen und sein Ermessensspielraum zwecks der Anordnung geeigneter einstweiliger Maßnahmen richten oder im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens bereits vor einem abschließenden Beschluss darauf hinwirken, angesichts des *effet utile* des Durchführungsverbots den Ansprüchen des Wettbewerbers derart stattzugeben, dass es einer verfrühten und somit rechtswidrigen Gewährung der Beihilfe wirksam abhilft³⁵⁰.

³⁴⁹ EuGH-Urt. C-1/09 *CELF II*, Rn. 36. Für eine ausführliche Analyse des Thema der einstweiligen Maßnahmen verweist man auf den ersten Teil dieses Kapitels.

³⁵⁰ In diesem Sinne MARTIN-EHLERS, 2017, a.a.O., 317, der mustergültig darauf hinweist, dass der effektive Schutz eines Wettbewerbers neben der Rückforderung auch die Tatsache beachten muss, dass die Gewährung einer Beihilfe regelmäßig eine Verschiebung von Marktanteilen herbeiführt, der des Öfteren nur durch ein Unterlassungsantrag entgegnet werden kann.

Abzulehnen ist demzufolge in dieser Hinsicht der Verweis des BGH auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 4 EUV, dessen Berücksichtigung im Zusammenhang mit der Tatsache liege, dass eine auch nur einstweilige Rückforderung vor einer endgültigen Beschluss der Kommission angeordnet würde³⁵¹. Der BGH ruft vor allem in Erinnerung, dass die Kommission selbst vor einer rechtswidrigen Beihilfe die einstweilige Beitreibung nur unter den bereits analysierten strikten Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 BVVO anordnen kann, darunter vor allem wenn keinerlei Zweifel am Beihilfecharakter der fraglichen Maßnahme bestehen. Der BGH scheint mittelbar die Konsequenz vermeiden zu wollen, dass eine Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses für die nationalen Gerichte beim dessen Erlass ein Automatismus³⁵² hinsichtlich der Anordnung einer einstweiligen Rückforderung herbeiführt. Das würde nämlich eine Umgehung seitens der Kommission der Anforderungen nach Art. 13 Abs. 2 BVVO bedeuten³⁵³, indem sie bei der bloßen Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens die nationalen Gerichte mittels der Bindungswirkung veranlassen würde, auch in Ermangelung des wahrscheinlichen Vorliegens einer Beihilfe die Beitreibung anzuordnen. Wenn solche Bedenken derart gerechtfertigt sind, dass der EuGH in der *Lufthansa*-Rechtsprechung tatsächlich keine unausweichliche Bindungswirkung ausgesprochen hat, sondern durch die sog. Öffnungsklausel bzw. die Möglichkeit einer unabhängigen Auslegung des Sachverhaltes oder einer Überprüfung durch Gültigkeitsvorlage einen gewissen Spielraum anerkannt hat, wäre der Zugriff auf die Verhältnismäßigkeit irreführend. Einerseits kann eine Beitreibung der Beihilfe nach der *CELF II*-Rechtsprechung nur unter

³⁵¹ BGH Urt. I ZR 91/15, Rn. 50. In Anlehnung etwas irreführend auch GARBE, 2017, a.a.O., 453, wonach „*As provided for by Article 5 TFEU (die Autorin meinte bestimmt Art. 5 EUV), a preliminary "recovery order" must always be proportionate [so that] the national court should focus on the question whether or not the request for information and a recovery order would (still) be necessary and thus proportionate in order to implement the standstill clause of Article 108(3) TFEU*“.

³⁵² BGH Urt. I ZR 91/15, Rn. 53, der bei einer Rückforderung vor dem abschließenden Beschluss der Kommission existenzbedrohliche Konsequenzen für den betroffenen Empfänger befürchte, vor allem, wenn die Beihilfe nach der Kommissionspraxis mit hoher Wahrscheinlichkeit nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV für vereinbar zu halten sein. Tatsächlich erging in dem *Flughafen-Lübeck*-Saga der endgültigen und zwar das Vorliegen einer Beihilfe ausschließende Beschluss zwei Tage vor dem Urteilsspruch des BGH.

³⁵³ In diesem Sinne auch VON BONIN/WITTEMBERG, 2014, a.a.O., 69, die eine solche Umgehung als „erhebliche Ausweitung der Kommissionskompetenzen“ und Umwandlung der nationalen Gerichte „zum lediglich ausführenden Organ“ erachten. Auf dieser Wellenlänge auch BUENDIA SIERRA/BOLSA FERRUZ, 2017, a.a.O., wonach „*if the regulations prevent the Commission from ordering the recovery of such aid, with some exceptions, it does not seem appropriate for the Commission to seek to impose on national courts 'through the back door' the obligation to exercise a power it is not granted to itself, even as a possibility*“.

außergewöhnlichen Umständen ausgeschlossen werden und richtet sich nicht nach Verhältnismäßigkeitserwägungen³⁵⁴. Andererseits widerspräche ihre Anwendbarkeit dem Sinn und Zweck des *Lufthansa*-Urteils sowie den Grundsätzen der Effektivität und der loyalen Zusammenarbeit, insofern eine danach gerichtete Rückforderung der schädlichen Konsequenzen auf dem Binnenmarkt sowie in der Rechtstellung des Wettbewerbers nicht wirksam beseitigen könnte. Das würde im Endergebnis auch die einheitliche Anwendung und Durchsetzung des Beihilferechts insoweit gefährden, als Verhältnismäßigkeitserwägungen zu unterschiedlichen Ergebnissen vor den nationalen Gerichten und zu einer in ähnlichen Konstellationen nicht gleichmäßigen Rückforderung führen könnten.

Wie mehrfach angedeutet bleiben allerdings die Befürchtungen und die Bedenken der nationalen Gerichte auch im Rahmen der *Lufthansa*-Rechtsprechung nicht unbeantwortet. Je nach Informationslage und Inhalt des Eröffnungsbeschlusses hinsichtlich des Vorliegens einer Beihilfe wurde erstmal die Möglichkeit des Ersuchens nach einer Stellungnahme gemäß Art. 29 BVVO ergründet, die sowohl bei den sog. Ermessensentscheidungen sowie bei den gebundenen Entscheidungen eine Gelegenheit für Zusammenarbeit und Informationsaustausch zwischen Kommission und nationalen Gerichten darstellen kann. Wenn allerdings die Antwort der Kommission die Zweifel des nationalen Gerichts nicht gestreut und keine aufschlussreiche Elemente vorgebracht hat sowie in den Fällen von gebundenen Entscheidungen, in denen die Ungewissheiten um das Vorliegen einer Beihilfe in den Augen des nationalen Gerichts einschneidende Maßnahmen wie die Rückforderung der fraglichen Begünstigung nicht rechtfertigen können, ist dann zur Sicherstellung des *effet utile* des Durchführungsverbots eine Vorlagefrage zu stellen³⁵⁵.

³⁵⁴ Gegen die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit Bezug auf die private Durchsetzung des Beihilferechts äußert sich MARTIN-EHLERS, 2017, a.a.O., 317, der die Unanwendbarkeit auch im Falle einer überlangen Verfahrensdauer ausschließt, wie in der *Flughafen-Lübeck*-Konstellation der Fall war. Ähnlich zu Recht auch KARPENSTEIN/DORN, 2017, a.a.O., 340, die das von dem BGH befürchtete Automatismus durch die *Lufthansa*-Rechtsprechung mit der Begründung zurückweisen, dass „die Rückforderung unter den Vorbehalt der Verhältnismäßigkeitsprüfung“ zu stellen vorschnell erscheine und „vielen Gerichten als Einfallstor für eine Umgehung des ungeliebten Beihilfenrechts“ dienen könne. Zustimmend auch QUARDT in HEIDENHAIN (Hrsg.), 2003, a.a.O., § 51, Rn. 5, die die Unanwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darauf stützt, dass die Rückforderung als logische Folge der Rechtswidrigkeit ist und nicht unverhältnismäßig sein kann.

³⁵⁵ In diesem Sinne auch EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 44. Der EuGH weist wie bereits gesehen auf das EuGH-Urt. C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze*, Rn. 72-74, hin, sodass die sog. *TWD-Textilwerke Deggendorf*-Sperrung bei einer Gültigkeitsvorlagefrage nicht gilt, wenn die Vorlagefrage von Amts wegen

Diesbezüglich ist noch einmal je nach Informationslage zu unterscheiden. Wenn die nationalen Gerichte über keine weitere Informationen verfügen und nichtdestotrotz an der Auslegung des Beihilfebegriffs und dadurch an der Gültigkeit des Eröffnungsbeschlusses zweifeln, eignet sich eine Gültigkeitsvorlagefrage nach Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV³⁵⁶. Wenn die Vorlagefrage einerseits und offiziell die Gültigkeit des Eröffnungsbeschlusses herausfordern will, andererseits sollte das vorlegende Gericht sie mit besonderer Beachtung und derart formulieren, dass sich der EuGH gelegentlich dieser Frage mit der Auslegung des Beihilfebegriffs und dem Vorliegen einer Beihilfe in dem Einzelfall auseinandersetzen kann. Das würde allerdings voraussetzen, dass der EuGH von den Maßstäben teils abweichen sollte, die der Prüfung der Gültigkeit eines Eröffnungsbeschlusses zugrunde liegen, indem es über das Vorliegen eines offenkundigen Beurteilungsfehlers seitens der Kommission oder ernsthafter Schwierigkeiten hinausgeht³⁵⁷. Sie sollte dann bei einer gleichen Informationslage angesichts eines bestehenden Auslegungskonflikts eine umfassende Beurteilung des Beihilfebegriffs vornehmen³⁵⁸ und dadurch das bevorstehende Risiko divergierender Entscheidungen sowie einer Vereitelung der Sicherstellung des Durchführungsverbots abwenden. Ob eine solche Ausweitung des Prüfungsumfangs einer Gültigkeitsvorlagefrage nach Art. 267 Abs. 1 lit. b), die auf eine Annäherung zu dem Bereich des Auslegungsvorlagefrage nach Art. 267 Abs. 1 lit. a) hindeutet, mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift sowie mit der ständigen Rechtsprechung des EUGH vereinbar ist, bleibt fraglich.

Eine Sperrung in diese Richtung wäre vielleicht bereits dem *Lufthansa*-Urteil im Rahmen der sog. Öffnungsklausel zu entnehmen³⁵⁹. Der EuGH bezieht sich zwar auf die Gültigkeit und auf die Auslegung des Eröffnungsbeschlusses und erwähnt auch nicht Art. 267 Abs. 1 AEUV, indem er im Allgemeinen vom Vorabentscheidungsverfahren redet, nichtdestotrotz sticht hinsichtlich Letzteren der Verweis auf die lediglich die Gültigkeitsfrage betreffende *Cassa di Risparmio di Firenze*-Rechtsprechung hervor. Dass das *Lufthansa*-Urteil auch dahingehend auszulegen ist, dass bei Bedenken über die

seitens des nationalen Gerichts und nicht auf Antrag der Parteien aufgeworfen wird, die wenn berechtigt nach Art. 263 Abs. 4 AEUV keine Nichtigkeitsklage erhoben haben.

³⁵⁶ So KAMANN, 2014, a.a.O., 78.

³⁵⁷ KAMANN, ebd.

³⁵⁸ KAMANN, ebd.

³⁵⁹ EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 44.

Rechtmäßigkeit des Eröffnungsbeschlusses nur eine Gültigkeitsvorlagefrage gestellt werden kann, erweist sich auch als stichhaltiger anhand des Ansatzes und des Gefüges des Urteils selbst. In Anbetracht dessen, dass Art. 267 Abs. 2 AEUV die sog. Entscheidungserheblichkeit³⁶⁰ zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens voraussetzt und dass sich die Vorgeiflichkeit eines Eröffnungsbeschlusses auf das nationale Verfahren - sei es aufgrund einer Bindungswirkung oder auch eines bloßen Abweichungsverbots – immerhin maßgeblich auswirkt³⁶¹, erscheint eine Gültigkeitsvorlagefrage vielleicht das einzige für die nationalen Gerichte angemessene Rechtsmittel bei Bedenken über den Tenor und den tragenden Elementen eines Eröffnungsbeschlusses. Eine Auslegungsvorlagefrage nach Art. 267 Abs. 1 lit. a) AEUV trüge nämlich der Tragweite und der Bedeutung eines Eröffnungsbeschlusses angesichts seiner eigenständigen und endgültigen Wirkungen kaum Rechnung, indem die Vorlagefrage und die davon veranlasste Auslegung des EuGH nur ansatzweise die tragenden Gründe eines Eröffnungsbeschlusses betreffen und hingegen eher die beihilferechtliche Würdigung des Sachverhaltes wieder durchführen würden, womit sich der Eröffnungsbeschluss als Bestandteil des Prüfverfahrens allerdings bereits befasst hat. Mit anderen Worten ist ausschließlich aufgrund des Eröffnungsbeschlusses, dass das Risiko divergierender Entscheidungen entsteht und es ist nur eine eingehende Prüfung des Beschlusses selbst im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens, die eine solche Gefahr beseitigen kann.

Beachtlich des Verweises auf die Gültigkeitsvorlagefrage im *Lufthansa*-Urteil zielt das Vorabentscheidungsverfahren bei der Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens hauptsächlich nicht darauf ab, die Entscheidung des vorliegenden Gerichts vorzubereiten³⁶² und zu steuern, wie es im Falle der Auslegungsvorlagefrage

³⁶⁰ Dazu ausführlicher KOTTMANN in KARPENSTEIN/KOTZUR/VASEL, 2024, § 10, Rn. 50 ff., wonach die Vorlagefrage über das Unionsrecht zum Erlass des Urteils des nationalen Gerichts gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV für erforderlich gehalten werden muss. Die Entscheidungserheblichkeit wird dann auch Gegenstand einer *prima-facie*-Prüfung zur Zulässigkeit seitens des EuGH.

³⁶¹ Auch wenn mit Bezug auf das Kartellrecht und auf die *Masterfoods*-Urteil zutreffend dazu DOHRN, 2010, a.a.O., 27, wonach „ein Vorabentscheidungsverfahren zum Zwecke der Auslegung [des Art. 107 AEUV] eher dem Konzept eines Abweichungsverbots ohne Bindungswirkung [entspräche], weil in diesem Fall die Prüfungspflicht des nationalen Richters fortbesteht und das Vorabentscheidungsverfahren des EuGH als eine die nationale Gerichtsentscheidung vorbereitende Entscheidung verstanden werden kann“.

³⁶² Ähnlich DOHRN, 2010, a.a.O., 28, wonach eine solche Bezugnahme des EuGH nahelege, dass das Vorabentscheidungsverfahren in dem Gebiet keine eigenständige Entscheidung des nationalen Gericht vorbereiten solle, was auf eine Bindungswirkung des Kommissionsbeschlusses hindeute.

sein sollte. Das Hauptverhältnis entwickelt sich nämlich im Rahmen der privaten Durchsetzung zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten bzw. zwischen einem Eröffnungsbeschluss und den von den nationalen Gerichten angesichts der Verletzung des Durchführungsverbots zu ziehenden Folgerungen. Dass demzufolge einem Eröffnungsbeschluss zumindest ein berücksichtigungspflichtiger Auslegungscharakter zukommt, kann allerdings weniger automatisch mit Bezug auf die sog. gebundenen Entscheidungen oder noch mehr in den Fällen erscheinen, in denen die Informationslage nicht gleichmäßig ist und zwar den nationalen Gerichten andere oder neue Informationen vorliegen³⁶³. In solchen Konstellationen³⁶⁴ müssen die nationalen Gerichte zwar des Eröffnungsbeschlusses und seiner Begründungen zumindest hinsichtlich der Auslegung des Sachverhaltes Rechnung tragen, indem sie auch einstweilige Maßnahmen wie bspw. die Einzahlung des Betrags auf ein Sperrkonto³⁶⁵ unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien und ihrer wirtschaftlichen Existenz anordnen.

Diesbezüglich wäre auch eine Vorlagefrage zur Auslegung des Beihilfebegriffs, die dann auch zu einer vollständigen Aussetzung des mitgliedstaatlichen Verfahrens führen soll, unter zwei Hinsichten angemessen. Zum einen kann eine Gültigkeitsvorlagefrage weder die Ungewissheit über das Vorliegen einer Beihilfe beseitigen noch die von dem vorlegenden Gericht neu herangezogenen Informationen vollumfänglich würdigen insofern, als sich beide Umstände weder auf die Rechtmäßigkeit eines Eröffnungsbeschlusses auswirken³⁶⁶ noch auf offenkundige Beurteilungsfehler direkt hinweisen. Zum anderen wäre das nationale Gericht wohl befugt, aufgrund weitreichender ihm verfügbarer Informationen eine Frage über den

³⁶³ Für beide Konstellationen bemerkenswert hinsichtlich des Problems der der Kommission von den Mitgliedstaaten übermittelten unvollständigen Auskünfte vgl. COLOMBO, 2015, a.a.O., 341, wonach „*If not enough information is submitted, the Commission must undertake a sufficient examination on the basis of the evidence available to form a prima-facie view of the measure [so that] the Member State's failure to cooperate would have unwarranted negative consequences for the aid recipient*“.

³⁶⁴ Als beispielhaft wurde bereits der der *Lufthansa*- und der *Flughafen-Lübeck*-Saga zugrundeliegende Eröffnungsbeschluss herangezogen, in dem die Kommission keine Gewissheit über den beihilferechtlichen Charakter der Maßnahme hatte, sondern das Vorliegen einer Beihilfe an der Anwendbarkeit in dem Sachverhalt des Test des marktwirtschaftlich handelnden Inverstors.

³⁶⁵ 2021 Bekanntmachung über die private Durchsetzung, Rn. 84. Ähnlich auch PEDRAZ CALVO, *EstAL*, 2017, 439 (447), wonach „*in matters of State aid, with the difficulties inherent to the recovery of aid declared illegal, the importance of the intervention of the National Judge at an early stage, the stage of interim protection, is becoming evident*“.

³⁶⁶ In diesem KAMANN, 2014, a.a.O., 79, wonach eine Gültigkeitsvorlagefrage ins Leere laufe.

beihilferechtlichen Charakter der fraglichen Maßnahme vorzulegen³⁶⁷, was von dem *Lufthansa*-Urteil selbst auch nicht direkt ausgeschlossen wird. Das könnte in solchen Konstellationen dem *effet utile* des Durchführungsverbots selbst insofern zugutekommen, als das nationale Gericht anhand des den Beihilfecharakter bestätigenden Urteils des EuGH auch geeignete Maßnahmen zur Sicherstellung des Durchführungsverbots ergreifen könnte und dadurch den Ungewissheiten des Eröffnungsbeschlusses und den damit verbundenen Fortsetzung der Rechtswidrigkeit unverzüglich und effektiv abhelfen könnte³⁶⁸. Das nationale Gericht kann demzufolge kraft einer Vorabentscheidung zur Auslegung des beihilferechtlichen Charakters der Maßnahme der Handlung der Kommission quasi vorgreifen, indem es das Befinden des EuGH den auch wenn weniger aufschlussreichen Erwägungen des Eröffnungsbeschlusses überordnet und im Hinblick darauf das nationale Verfahren je nach Erfüllung der Beihilfemerkmale nach Art. 107 Abs. 1 AEUV fortführt.

Wenn einerseits ein solches Vorgehen keine Bedenken über seine Rechtmäßigkeit erhebt und vielmehr dem Sinn und Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens vollständig entspricht, andererseits setzt sich dadurch ein Verhältnis lediglich zwischen nationalem Gericht und EuGH durch, das zulasten der durch den Eröffnungsbeschluss bestimmten Verbindung zwischen Kommission und nationalem Gericht geht. Vor allem dann die Konstellationen, in denen die Vorlagefrage und ihre Begründungen trotz der Entscheidungserheblichkeit nicht alle Elemente des Sachverhaltes dem EuGH durchblicken lassen und das sich auf das Befinden des EuGH auswirkt, bergen dann das Risiko unterschiedlicher paralleler Verfahren und womöglich auch divergierender Ergebnisse vor der Kommission, dem nationalen Gericht bzw. dem EuGH³⁶⁹. Abgesehen davon, dass die Kommission auch als Beteiligte in dem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 23 EuGH-Satzung vortragen kann, wäre

³⁶⁷ KAMANN, ebd.

³⁶⁸ Dazu auch COLOMBO, 2015, a.a.O., 339, wonach „enforcing the *Lufthansa* ruling requires that national courts [...] fill the evidence gap in its provisional decision. Unfortunately, this might not be always the case, especially if one considers the limited assistance offered by competitors in gathering evidence in domestic State aid litigations“.

³⁶⁹ In diesem Sinne kritisch auch gegenüber der Möglichkeit einer Gültigkeitsvorlagefrage und nicht nur einer Auslegungsvorlagefrage SANCHEZ GRAELLS, 2013, a.a.O., wonach ein Vorabentscheidungsverfahren „muddies the water [and] reopens the questions [of the preference for the Commission assessment] and destroys the one stop shop approach. [...] this can create significant complications by way of parallel procedures (before the Commission, the national courts and the CJEU) in one and the same case, [thus creating] legal uncertainty and potentially contradictory outcomes“.

immerhin für ein nationales Gericht mehr als ratsam, bei gebundenen Entscheidungen und bei einer unterschiedlicher Informationslage erstmal die Kommission nach einer Stellungnahme zu ersuchen³⁷⁰ und den notwendigen und dem Verhältnis zwischen beiden Organen zugrundeliegenden Informationsaustausch³⁷¹ mit ihr zu stärken.

Diese letzte Konstellation vervollständigt abschließend die Perspektive über das *Lufthansa*-Urteil und im Allgemeinen über die verschiedenen Nuancierungen der Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses. Trotz seines eingangs unterstrichenen elliptischen Ansatzes erfüllt das vorliegende Urteil seine Rolle als Wegweiser für künftige Sachverhalte³⁷², in denen die nationalen Gerichte sich mit einem Eröffnungsbeschluss der Kommission auseinandersetzen werden, und veranschaulicht auch, inwiefern ein Eröffnungsbeschluss mit der Verpflichtung der nationalen Gerichte, sämtliche Folgerung aus einer Verletzung des Durchführungsverbots zu ziehen, in Einklang gebracht werden kann. Während die meisten kritischen Stimmen gegenüber dem Urteil vor allem auf die Bestätigung einer Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses hingewiesen haben, wirkten die Erwägungen des EuGH darauf hin, die Verhältnisse zwischen Kommission und mitgliedstaatlichen Gerichten angesichts des *effet utile* der Stillhalteverpflichtung und der loyalen Zusammenarbeit zu erläutern und gegenüber der ständigen EuGH-Rechtsprechung zu verstärken. Tatsächlich ist in dem Urteil nie die Rede von einer Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses, das als Bevorzugung für ein reines Abweichungsverbot auszulegen wäre auch dem Befinden des EuGH insofern nicht gerecht³⁷³, als es

³⁷⁰ In diesem Sinne auch KAMANN, 2014, a.a.O., 79, der auch die Möglichkeit beschildert, dass die Kommission durch die von dem nationalen Gericht ersuchte Stellungnahme den Tenor bzw. die tragenden Elemente des Eröffnungsbeschlusses quasi korrigieren kann. In diesem Fall wäre allerdings zu beachten, dass eine Stellungnahme aufgrund der Unterordnung nach Art. 288 AEUV einen Beschluss zwar keinesfalls ersetzen kann, sondern angesichts einer unterschiedlichen Auslegung des Sachverhaltes nur dem nationalen Gericht Anlass geben kann, bestimmte Maßnahme zu erlassen und das Verfahren in einer bestimmten Richtung fortzuführen.

³⁷¹ Dazu auch RUFFERT, 2017, 1130 (1132), der zwar mit Bezug auf das BGH-Urt. I ZR 91/15, behauptet, dass „das Kooperationsverhältnis zwischen Kommission und nationalen Gerichten bei der Anwendung des Beihilferechts [dem] holzschnittartige[n] Verweis auf den *effet utile* einerseits oder [der] unabhängige[n] Streitentscheidungsfunktion der Gerichte andererseits [überordnet sein soll, um] die kasuistisch-dialogische Herausbildung von Maßstäben zur Auflösung von Kollisionen zwischen europäischem und nationalem Recht [zu erlangen]“.

³⁷² Ähnlich COLOMBO, 2015, a.a.O., 342, wonach „*In the light of its constitutional nature, the CJEU is forced to find one-size-fitsall solutions that will not per se fit in all cases. In Lufthansa, the consistent interpretation of the principles applied to similar cases yielded the outcome held by the CJEU*“.

³⁷³ Anderer Meinung DORN, EWS, 2016, 323 (327), die an das EuG-Beschl. T-251/13 *Gemeente Nijmegen* anlehnt, wonach keine absolute und unbedingte Pflicht zur Einhaltung des Eröffnungsbeschlusses

einerseits in bestimmten Konstellationen die einheitliche Anwendung und die Sicherstellung des Durchführungsverbots wie bereits erklärt gefährden könnte und andererseits aller Nuancierung hinsichtlich des Tenors des Beschlusses sowie der Informationslage nicht Rechnung tragen könnte. Darauf aufbauend soll man schließlich dem *Lufthansa*-Urteil und seinem Ansatz insofern Anerkennung zollen³⁷⁴, als er zwar eine erhebliche Bedeutung dem Eröffnungsbeschluss verleiht hat, gleichzeitig dennoch durch die sog. Öffnungsklausel bestimmte Korrektive für die nationalen Gerichte bereitgestellt hat derart, dass beide Teile zum Ziel der Sicherung und der Effektivität des Systems der Beihilfekontrolle einvernehmlich und effektiv beitragen können. Man kann schließlich aus dem Urteil entnehmen, dass eine Abweichung von einem Eröffnungsbeschluss nicht nur der selbständigen Auslegungsbefugnis des nationalen Gerichts bedarf, was dann einem bloßen Abweichungsverbot zugrunde läge, sondern einer verstärkten Zusammenarbeit und Kooperationsbereitschaft in erster Stelle mit der Kommission und hilfsweise mit dem EuGH, die den Zugriff auf die Kooperationsmechanismen nach Art. 29 BVVO voraussetzt.

besteht und die dadurch trotz der Abwesenheit einer solchen Verpflichtung in dem Urteil *Lufthansa* selbst die Vielfältigkeit der Konstellationen, denen der EuGH auch möglicherweise entgegenkommen wollte, etwas verkennt.

³⁷⁴ In diesem Sinne mustergültig DE BANDT, *JECLP*, 2014, 206 (207), wonach das Urteil „*increases the risks for the beneficiaries of aid that is implemented in violation of Article 108(3) TFEU, and will therefore induce a greater scrutiny on their part and on the part of the public authorities [...]. It also strengthens the position of competitors that are affected by the aid but most importantly it highlights the importance and separate roles of the two main actors of this rather unique system of control*“.

3. Die Auswirkungen einer fehlenden Bindungswirkung des Eröffnungsbeschlusses und die Rechtskraftdurchbrechung

Die Ermangelung an einer derartigen Kooperationsbereitschaft hat sich eindeutig in der bereits erwähnten *Tierkörperbeseitigung*³⁷⁵ - Konstellation, als die Nichtberücksichtigung des Eröffnungsbeschlusses seitens des BVerwG und die darauffolgende endgültige Rückforderungsentscheidung seitens der Kommission die Spaltung zwischen ihrer Beurteilung und derjenigen des BVerwG offenbart und die problematischen Konsequenzen auch zulasten des Empfängers entlarvt. Das führte zwangsläufig zu einer Rechtskraftdurchbrechung gegenüber des 2010 BVerwG-Urteil, was die einzige Lösung darstellte, um die Vereitelung der Ausübung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission und der daraus herrührenden Rückforderung zu vermeiden. Man kann demzufolge behaupten, dass diese Konstellation, die sich einige Jahre vor den Vorlagefragen in den *Lufthansa- und Flughafen-Lübeck*-Rechtssachen ereignet hat, den Auftakt für eine gewisse Spannung zwischen Kommission und nationalen Gerichten bildete. Die *Tierkörperbeseitigung*-Saga warf nämlich ein Schlaglicht auf das Verhältnis zwischen einem Eröffnungsbeschluss der Kommission und einem vor einem mitgliedstaatlichen Gericht anhängigen Verfahren. Sie beschilderte aber auch die Konsequenzen, die die Abweichung von dem Inhalt eines Eröffnungsbeschlusses, der das Vorliegen einer Beihilfe mit Wahrscheinlichkeit feststellt, seitens eines nationalen Gerichts herbeiführen kann, falls die Kommission dann einen gleichlautenden und zwar die Unvereinbarkeit der Beihilfe bestätigenden Beschluss erlassen soll. Aus diesen Gründen hat man sich hinsichtlich des Gefüges und der abgezielten Ergebnisse des vorliegenden Teils des

³⁷⁵ EuG-Urt. v. 16.07.2014 in Rs. T-309/12 *Zweckverband Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz, im Saarland, im Rheingau-Taunus-Kreis und im Landkreis Limburg-Weilburg/Kommission („Tierkörperbeseitigung“)*. Der Hinweis auf die weitere Urteile der Fallkonstellation folgt in den entsprechenden Fußnoten.

Kapitels dafür entschieden, die *Tierkörperbeseitigung*-Konstellation als Verbindungsstelle zwischen der Frage der Bindungswirkung und derjenigen der durch die misslungenen Verhältnisse zwischen Kommission und nationalen Gerichten veranlasste Durchbrechung der Rechtskraft heranzuziehen.

In dem vorliegenden Fall handelte es sich um Umlagezahlungen, die ein Zweckverband gegenüber ihren Mitglieder, worunter Landkreise und kreisfreie Städte drei deutschen Bundesländern zählten, erhob. Eine solche Umlage diente dazu, die Mehrkosten aus der Beseitigung von Tierkörpern, der Verarbeitung von für den Menschenverzehr nicht geeignete tierischen Nebenprodukten sowie aus der Vorhaltung von sog. Seuchenreserven auszugleichen, die der mit solchen öffentlichen Aufgaben betraute Zweckverband durch zulasten seiner Kunden erhobene Gebühren und privatrechtliche Entgelte nicht decken konnte. ausgleichen mussten. Der Kläger reichte 2008 eine Beschwerde aufgrund des angeblichen beihilfenrechtlichen Charakters dieser Umlagezahlungen bei der Kommission ein und parallel beantragte vor einem nationalen Gericht die verzinste Rückzahlung³⁷⁶ der erhobenen Umlagen hinsichtlich ihrer Rechtswidrigkeit³⁷⁷. Der Beihilfencharakter der Maßnahme, solange die Anforderungen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV erfüllt sind, wurde von der ersten Instanz sowie 2009 von dem Berufungsgericht zwar anerkannt, die Rückzahlung der bereits erhobenen Umlage wurde aufgrund außergewöhnlicher Umstände, die eine solche Rückabwicklung unangemessen erscheinen lassen, allerdings zurückgewiesen. Noch aussagekräftiger für die vorliegende Arbeit ist aber die darauffolgende Fortsetzung der Ausgangslage. Die

³⁷⁶ Man greift auf das Wort „Rückzahlung“ und nicht „Rückforderung“ extra zu, weil, wie auch KLEIN, *Rückerstattung von Beihilfen auf Grundlage einer Konkurrentenklage*, *EuZW*, 2010, 274 (Anm. 278 f.), hervorhebt, in diesem Fall war der Beklagte des Verfahrens nicht die öffentliche gewährende Stelle, die ansonsten auf eine Rückforderung hätte angeklagt werden müssen, sondern der Empfänger selbst. Um diese Besonderheit zu unterstreichen, weist der Autor darauf hin, dass sich der Folgenbeseitigungsanspruch durch Leistungsklage gegen den Empfänger richtet, sodass Letzterer unmittelbar zur Beseitigung der wettbewerbsverzerrenden Lage durch Rückzahlung der erhobenen Umlagen verpflichtet ist. Wenn hingegen der Beihilfenbegünstigte keine Person des öffentlichen Rechts ist, richtet sich der besagte Anspruch gegen die gewährende Stelle, die dann verpflichtet ist, die Beihilfe von den Begünstigten beizutreiben. In dieser letzten Konstellation erfolgt die Rückforderung dann, wie eben KLEIN behauptet, „zweiaktig“.

³⁷⁷ Man möchte hier den Ausgangspunkt nur ansatzweise beschildern, um sich vorzugsweise auf die verfahrensrechtlichen Aspekte zu fokussieren, ohne aber relevante materiell-rechtliche und dann der Analyse dienende Elemente zu vernachlässigen. Für eine ausführliche Beschreibung der Ausgangslage verweist man auf MARTIN-EHLERS, *EuZW*, 2011, 583 (589 ff.), der auch das Berufungsurteil des OVG Koblenz, Urt. v. 24.11.2009 – 6 A 10113/09, kritisch kommentiert, indem er hervorhebt, dass die Kategorie der außergewöhnlichen Umstände restriktiv auszulegen ist und dass sie vor dem Beihilfeempfänger bzw. Beklagten geltend gemacht werden müssen.

Kommission eröffnete 2010 das förmliche Prüfverfahren³⁷⁸ gegenüber der angezeigten Maßnahmen in Anbetracht dessen, dass die Umlagefinanzierung einen Vollkostenausgleich voraussetze, was sie übermäßig mache und die sog. *Altmark-Trans-Kriterien*³⁷⁹ nicht erfüllend. Einige Monate nach dem Ergehen des Eröffnungsbeschlusses befand auch das BVerwG³⁸⁰ im Rahmen des Revisionsurteils über den Tatbestand, wich allerdings von der Entscheidung des OVG ab. Das BVerwG wies zwar die Rückzahlung der erhobenen Umlage zurück, stützte aber dieses Dafürhalten nicht auf das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, sondern darauf, dass derartige Maßnahmen keine Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV dargestellt haben. Das BVerwG lehnte ausdrücklich die vorläufige Einstufung der Finanzierung einer übermäßigen Seuchenreserve als Beihilfe seitens der Kommission aufgrund dessen ab, dass die Entlastungswirkung der durch Umlage erfolgten Finanzierung höchstens nur den benötigten Reserveumfang betroffen habe, nicht die Überkapazitäten, da die Kosten Letzterer auch nicht abgewälzt werden könnten³⁸¹. Demzufolge sei insbesondere das vierte³⁸² der sog. *Altmark-Kriterien* an dem Sachverhalt insofern nicht anwendbar, als im deutschen Recht die in Rede stehende Tätigkeit eine hoheitliche Pflichtaufgabe darstelle, mit der kein privates Unternehmen durch ein Vergabeverfahren, das den genauen Ausgleich der Mehrkosten bestimmen müsse, betraut werden könne³⁸³. Diese

³⁷⁸ Staatliche Beihilfe C 19/10 (ex NN 23/10 (ex CP 21/08)), Tierkörperbeseitigung — Staatliche Beihilfe für den „Zweckverband Tierkörperbeseitigung“, Aufforderung zur Stellungnahme gemäß Artikel 108 Absatz 2 AEUV, 2010/C 289/07, KOM-Eröffnungsbeschluss v. 26.10.2010, insb. Rn. 14, 81 f. Mit Bezug auf diesen das förmliche Prüfverfahren einleitenden Beschluss wurde Deutschland bereits am 20.07.2010 in Kenntnis gesetzt.

³⁷⁹ Diese Kriterien sind nach dem EuGH-Urt. v. 24.07.2003 in Rs. C-280/00 *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsident Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* („*Altmark-Trans*“), Rn. 87 ff., benannt, das fünf Voraussetzungen bestimmt hat, die von den nationalen Gerichten geprüft werden müssen, wenn sie berufen sind, um festzustellen, ob eine staatliche Maßnahme als Kostenausgleich für im Rahmen gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen oder DAWI (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) erbrachte Leistungen keine wirtschaftlichen Vorteil darstellt und nicht unter Art. 107 AEUV fällt. Zu dem Thema DAWI und zur Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV vgl. auch die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, 2012/C 8/02.

³⁸⁰ BVerwG-Urt. V. 16.12.2010 – 3 C 44.09 „*Tierkörperbeseitigung*“

³⁸¹ BVerwG-Urt. „*Tierkörperbeseitigung*“, Rn. 31.

³⁸² Das vierte Kriterium des EuGH-Urt. *Altmark Trans*, Rn. 93, besagt, dass „die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen [ist], die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen [...] bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte [...]“, wenn dieses Unternehmen nicht innerhalb eines Vergabeverfahrens ausgewählt und damit betraut wird.

³⁸³ BVerwG-Urt. „*Tierkörperbeseitigung*“, Rn. 38, nachdem „die Umlage nicht dem Ausgleich von Mehrkosten aus der Übernahme einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Rahmen einer im

besondere Ausgestaltung, die keinen offenen Markt³⁸⁴ für die Erfüllung einer solchen gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung voraussetze, führte dann zu einer vollständigen Nicht-Berücksichtigung des Eröffnungsbeschlusses der Kommission, deren vorläufige Prüfung die Maßnahme als Beihilfe genau kraft der *Altmark*-Kriterien einstufte. Dass sich das Urteil des BVerwG auf diese Fallkonstellation so einschneidend ausgewirkt hätte, zeigte sich in dem 2012 das förmliche Prüfverfahren abschließenden negativen Beschluss der Kommission, der die Maßnahme als unvereinbare Beihilfe einstufte und deren Rückforderung anordnete. Darin bezog sich die Kommission mehrfach und wiederholt auf die Ausführungen des BVerwG, indem sie betonte, dass sie seine Ansicht über die Anwendbarkeit des vierten *Altmark*-Kriteriums nicht teilte³⁸⁵ und dass die in Rede stehende Maßnahme bereits Gegenstand eines das Urteil vorausgegangenen Eröffnungsbeschlusses war³⁸⁶. Diesbezüglich wies die Kommission zwar auf die Hauptfolge des Eröffnungsbeschlusses hin, die Aussetzung der Beihilfegewährung zu veranlassen; sie schien allerdings, eine breitere Wirkung andeuten zu wollen. Laut der Kommission hätte das BVerwG bei der Begründung der Nichtanwendbarkeit des vierten *Altmark*-Kriteriums eine Vorlagefrage dem EuGH stellen müssen³⁸⁷ und das unter Berücksichtigung davon, dass die Nichtanwendbarkeit eine Abweichung von der in dem Eröffnungsbeschluss enthaltenen Feststellung darstellte. Mit anderen Worten hob die Kommission mittelbar hervor, dass die nationalen Gerichte den Inhalt des Eröffnungsbeschlusses dermaßen berücksichtigen müssen, dass für eine etwaige Abweichung nicht nur eine ausführliche Begründung in dem Urteil des nationalen

Übrigen marktwirtschaftlichen Betätigung [dient], sondern der Finanzierung der hoheitlichen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe außerhalb des Marktes“. Kritisch dazu BARTOSCH, 2011, a.a.O., 586, nachdem die Durchführung des gesamten *Altmark*-Test in dem Urteil überflüssig gewesen sei, wenn seine Anwendung lediglich an dem hoheitlichen Charakter der Tätigkeit immerhin gescheitert habe.

³⁸⁴ BVerwG-Urt. „*Tierkörperbeseitigung*“, Rn. 39, wonach „es obliegt der – politisch zu verantwortenden – Entscheidung der zuständigen öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften, ob sie ihre öffentlichen Pflichtaufgaben hoheitlich und damit unter Ausschluss des Marktes erfüllen oder ob sie hierfür einen Markt eröffnen“.

³⁸⁵ KOM-Beschl. v. 25.04.2012 über die staatliche Beihilfe SA.25051 (C 19/2010) (ex NN 23/2010) *die Deutschland zugunsten des Zweckverbands Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz, im Saarland, im Rheingau-Taunus-Kreis und im Landkreis Limburg-Weilburg gewährt hat*, Rn. 235, wo auch erläutert wird, dass das vierte *Altmark*-Kriterium auch im Falle einer *In House* Vergabe zugunsten eines Unternehmens mangels einer Ausschreibung anwendbar ist.

³⁸⁶ KOM-Beschl. v. 25.04.2012, a.a.O., Rn. 314. Dazu auch SOLTÉSZ, *EuR*, 2012, 60 (63), wonach die entgegengesetzte Position des BVerwG „aus Sicht der Kommission möglicherweise eine gewisse Provokation“ sei.

³⁸⁷ KOM-Beschl. v. 25.04.2012, ebd.

Gerichts genügt, sondern einer Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV seitens des EuGH zwangsläufig bedarf. Es handelt sich eigentlich nicht um einen bloßen Zweifel bei der Auslegung und Anwendung des Beihilfenrechts, vielmehr stellt sich ein solches Bedenken der Feststellung des Eröffnungsbeschlusses ausdrücklich entgegen und kann höchstwahrscheinlich einen unüberwindbaren Widerspruch³⁸⁸ mit dem endgültigen Beschluss herbeiführen, wie in dem vorliegenden Fall tatsächlich geschehen ist. Man will diesbezüglich auch beteuern, dass die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens in dem vorliegenden Fall dem BVerwG erlaubt hätte, bestimmte Ansatzpunkte dem EuGH zu liefern, die auf eine seiner Ansicht nach mögliche Fehleinschätzung der Kommission³⁸⁹ und demzufolge auf eine gewisse Neuigkeit des vorzulegenden Tatbestandes³⁹⁰ hätten verweisen können. Neben den Kooperationsmöglichkeiten, die den nationalen Gerichten zum Erlangen weiterer Informationen nach Art. 29 Abs. 1 BVVO zustehen, stellt nämlich auch das Vorabentscheidungsverfahren eine Gelegenheit zur Zusammenarbeit zwischen nationalen Gerichten und EuGH zwecks einer einheitlichen Auslegung und kohärenten Entwicklung des Unionsrechts dar. Zielführend wäre allerdings das Vorabentscheidungsverfahren auch aus einem anderen Blickwinkel gewesen. Die nicht übereinstimmenden und dementsprechend widersprüchlichen Ergebnisse des Urteils des BVerwG einerseits und des endgültigen Beschlusses der Kommission andererseits

³⁸⁸ Dazu auch KÖHLER, *EStAL*, 2012, 369 (385), wonach „*the national court under such circumstances will have to base its decisions on the assumption that there is a State aid measure that has not yet been approved by the Commission*“. Man geht hier davon aus, dass die nicht einmal notifizierte Maßnahme höchstwahrscheinlich eine Beihilfe darstellt, obwohl die einem Eröffnungsbeschluss zugrundeliegenden Bedenken nicht nur die Vereinbarkeit einer Beihilfe betreffen könnten, sondern auch schon einfach den Beihilfecharakter, wie aus Art. 9 Abs. 2 BVVO verlautet. Die fast vollständige Gewissheit über das Vorliegen einer Beihilfe sollte in erster Stelle dazu dienen, dass die nationalen Gerichte geeignete Maßnahmen bezüglich einer Verletzung des Durchführungsverbots ergreifen.

³⁸⁹ VON DONAT, *EuZW*, 2011, 269 (Anm. 275.6).

³⁹⁰ In seinem Urteil „*Tierkörperbeseitigung*“, Rn. 25, hob das BVerwG tatsächlich unterschiedliche Aspekte zu dem das *Altmark*-Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt hervor, was dann eine Abweichung vom Letzterem hätte rechtfertigen können, insoweit ein solcher Unterschied von dem EuGH am Ende des Vorabentscheidungsverfahrens auch bestätigt worden wäre. In diesem Fall könnte sich auch ein Tatbestand zeichnen, der die Anwendung vom Art. 267 Abs. 3 AEUV verlangt, weshalb das BVerwG aufgrund der abweichenden Auslegung der entsprechenden EuGH-Rechtsprechung und somit vom Art. 106 Abs. 2 AEUV zur Vorlagefrage verpflichtet gewesen wäre, da die korrekte Anwendung des vierten *Altmark*-Kriterium einen entscheidungserheblichen Punkt i. S. v. EuGH-Urt. v. 06.10.1982 in Rs. C-283/81 *C.I.L.F.I.T./Ministero della Sanità*, Rn. 10, darstellt. Mustergültig auch BARTOSCH, 2011, a.a.O., 586, wonach mit Bezug auf den Austausch zwischen nationalem Gericht und Kommission „unterschiedliche Rechtsauffassungen müssen [...] daher nicht notgedrungen etwas Böses sein; sie können vielmehr auch als Erkenntnisquelle dienen und der Kommission neue Horizonte eröffnen“.

lösten eine „Kettenreaktion“³⁹¹ aus, die aus dem Durchbruch der Rechtskraft des BVerwG-Urteils durch den Beschluss der Kommission entsprang. Der endgültige Beschluss der Kommission kann nämlich bis zum Ablauf der zehnjährigen Verjährungsfrist für die Rückforderung einer Beihilfe nach Art. 17 BVVO auch die Rechtskraft des Urteils eines nationalen Gerichts durchbrechen, insofern sich die Entscheidung des nationalen Gerichts über die sich aus dem Unionsrecht ergebenden Grenzen seiner Zuständigkeit hinaus wirkt. So entschied der EuGH in der berühmten Rechtssache *Lucchini*³⁹², weil andernfalls die Anwendung des Rechtskraftgrundsatzes nach Art. 2909 *Codice Civile* die Anwendung des Unionsrechts erheblich vereitelt und somit die Rückforderung der unvereinbaren Beihilfe unmöglich gemacht hätte. In diesem Fall handelte es sich um ein rechtskräftiges Urteil eines ordentlichen Berufungsgerichts, das im Jahr 1994 die gewährende Behörde zur Auszahlung einer durch Gesetz geplanten Beihilfe zugunsten von *Lucchini SpA* verurteilte, obwohl ein endgültiger Beschluss der Kommission im 1990 diese Beihilfe bereits für unvereinbar erklärt hatte³⁹³. In der Konstellation *Tierkörperbeseitigung* befand das BVerwG eigentlich über den Beihilfecharakter der Maßnahme, um diesen in Anbetracht der Nichtanwendbarkeit des vierten *Altmark*-Kriterium auszuschließen. Das hätte infolgedessen die Kommission daran hindern können, ihre ausschließliche Zuständigkeit zur Vereinbarkeitsprüfung vollständig auszuüben und demzufolge die Rückforderung der unvereinbaren Beihilfe anzuordnen³⁹⁴. Dazu muss man in

³⁹¹ MARTIN-EHLERS, 2014, a.a.O., 248. In der Tat focht einerseits der Beihilfempänger vor dem EuG den endgültigen Beschluss an und reichte bei seinem Präsidenten einen Antrag zur Aussetzung dessen Wirkung ein. Andererseits und parallel beantragte einer der Beihilfegewährer eine einstweilige Anordnung zur Rückforderung der Beihilfe bei dem zuständigen nationalen Gericht, die in erster und zweiter Instanz für statthaft erklärt wurde.

³⁹² In diesem Sinne vgl. EuGH-Urt. C-119/05 *Lucchini*, Rn. 59 f.

³⁹³ Als die Schwere der Unionsrechtsverletzung entlarvend erweisen sich die scharfen Wörter des GA Geelhoed, Schlussanträge v. 14.09.2006 in Rs. C-119/05 *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato/Lucchini SpA („Lucchini“)*, Rn. 65 f. wonach „entweder aus Unwissenheit oder aus Unachtsamkeit seitens der betreffenden italienischen Zivilgerichte sowohl in erster Instanz als auch in der Berufung schwerwiegende Fehler begangen worden sind. [...] im Berufungsverfahren hat die *Corte d'Appello* auch [endgültigen] negativen Entscheidung keine Beachtung schenken wollen. Bei dieser Feststellung will ich es bewenden lassen, [ohne auf die Begründung einzugehen]. Bei einer so flagranten Verletzung erscheint es mir nicht angebracht, der pädagogischen Versuchung nachzugeben, zu erklären, warum diese Begründung rechtlich unhaltbar ist“.

³⁹⁴ Vgl. jüngster EuGH-Urt. v. 04.03.2020 in Rs. C- 586/18 *Buonotourist/Kommission („Buonotourist“)*, Rn. 92 und EuGH-Urt. v. 04.03.2020 in Rs. C-587/18 *CSTP Azienda della Mobilità/Kommission („CSTP“)*, Rn. 92. Wie SCHEPISI, *Eurojus*, 2021, 1 (20), daraus hervorhebt, entlieh die 2021 Bekanntmachung der Kommission über die private Durchsetzung eine derartige Feststellung in Rn. 37, was den Abschnitt der Bekanntmachung über den Grundsatz der Rechtskraft mit demjenigen über die ausschließliche

Erinnerung rufen, dass das Prüfverfahren der Kommission vor der Einleitung des Revisionsverfahrens anfang und nach dessen rechtskräftigen Urteil endete. Außerdem betraf Letzteres nicht die Stattgabe der Auszahlung der Beihilfe zugunsten des Begünstigten, wie in dem der *Lucchini*-Rechtssache zugrundeliegenden Sachverhalt, sondern erwuchs in Rechtskraft die Zurückweisung der vom Wettbewerber geltend gemachten Rückzahlung der Umlagezahlungen³⁹⁵. Ein solcher sich aus der EuGH-Rechtsprechung zeichnende Unterschied³⁹⁶, der im Endergebnis auf dem Streitgegenstand und dem zeitlichen Ablauf eines nationalen Gerichtsverfahrens beruht, kommt insbesondere zur Geltung bezüglich der Verhältnissen zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten bei der Ausübung der jeweiligen Zuständigkeiten. Wenn die EuGH-Rechtsprechung die Unantastbarkeit des Grundsatzes der Rechtskraft zwecks der geordneten Rechtspflege mehrfach betont hat³⁹⁷, erweist sich nämlich ebenso als unantastbar in dem Gefüge des Unionsrechts die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission nach Art. 107 AEUV. In der Tat setzte sich in dem Fall *Lucchini* nicht die in dem nationalen Recht verankerte Rechtssicherheit des Rechtskraftprinzips einerseits dem Vorrang und der Wirksamkeit des Unionsrechts in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen andererseits entgegen. Der EuGH musste sich dann nicht mit einer solchen Konfrontation auseinandersetzen und beide Grundsätze hinsichtlich der Merkmale des nationalen und des Unionsrecht in Einklang bringen³⁹⁸.

Zuständigkeit nicht zufälligerweise unmittelbar verbindet.

³⁹⁵ Mustergültig EuG-Urt. T-309/12 *Tierkörperbeseitigung*, Rn. 245. Bestätigend auch SCHEPISI, 2021, a.a.O., 21 f.

³⁹⁶ Wie auch SCHEPISI, 2021, ebd., berichtet, hat der EuGH die Unantastbarkeit des Grundsatzes der Rechtskraft immer beteuert und die Ausnahme zu seiner Unanwendbarkeit dahingehend gerechtfertigt, dass eine andere Auslegung die Kommission ihrer von dem AEUV verliehenen ausschließlichen Befugnisse entledigen und somit den Grundsatz des Vorranges des Unionsrechts verletzen würde.

³⁹⁷ U.a. EuGH-Urt. v. 22.12.2010 in Rs. C-507/08 *Kommission/Slowakei*, Rn. 59 f., wonach der Grundsatz der Rechtskraft zur „Gewährleistung des Rechtsfriedens und der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen“ beisteuert.

³⁹⁸ In diesem Sinne auch FONTANA, *Dir. del comm. internaz.*, 2008, 193 (210), die GA Geelhoed, Schlussanträge *Lucchini*, Rn. 39 ff., und die darin erwähnte Rechtsprechung aufgreift, die sich mit dem Grundsatz der Rechtskraft auseinandergesetzt hatte. Der Verweis ist auf EuGH-Urt. v. 30.09.2003 in Rs. C-224/01 *Gerhard Köbler/Österreich („Köbler“)*, EuGH-Urt. v. 13.01.2004 in Rs. C-453/00 *Kühne & Heitz NV/Produktschap voor Pluimvee en Eieren („Kühne & Heitz“)*, EuGH-Urt. v. 16.03.2006 in Rs. C-234/04 *Rosmarie Kapferer v Schlank & Schick GmbH („Kapferer“)*. Wie von der Autorin und vom GA unterstrichen handelte es sich in jenen Rechtssachen nicht um die Ausübung einer Unionszuständigkeit, sondern um eine falsche Anwendung des Unionsrechts, die in einem letztinstanzlichen Verfahren (*Köbler* und *Kühne & Heitz*) oder in einem nicht angefochtenen Urteil (*Kapferer*) erfolgt hatte. Daraus entfiel der Grundsatz der Rechtskraft auch nicht vor dem Vorrang des Unionsrechts, da die Parteien ihnen verfügbare Rechtsmittel nicht eingelegt hatten (*Kapferer*) oder durch aus dem Unionsrecht herrührende

Als maßgeblich für das Entwirren der rechtlichen Aspekte und die Beantwortung der Vorlagefrage erwies sich vielmehr die unionsrechtswidrige Bemühung des Mitgliedstaates³⁹⁹, eine gerichtliche Entscheidung mangels jeglicher Zuständigkeit für ihren Erlass nichtdestotrotz durchzusetzen und in seine Rechtsordnung aufgrund des Rechtskraftgrundsatzes einzugliedern. Letztere, der sich zwar als unentbehrlicher Bestandteil der Verhältnisse zwischen dem Unionsrecht und der nationalen Rechtsordnung kennzeichnet, wurde allerdings derart angewendet bzw. missbraucht, um die bereits ausgeübte ausschließliche Zuständigkeit der Kommission jeder Wirksamkeit und rechtlichen Bedeutung zu nehmen⁴⁰⁰. Mit anderen Worten bildete die Frage nach der Gewissheit der Rechtskraft lediglich ein quasi zweitrangiger Aspekt in der Rechtssache *Lucchini* ab, da sich die Verletzung der Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Mitgliedstaat bzw. den nationalen Gerichten und der Kommission bereits mit dem erst- und zweitinstanzlichen Verfahren und unabhängig von deren Rechtskraft ereignet hatte⁴⁰¹. Das Urteil des EuGH zum *Lucchini*-Fall zeichnet sich dann als weiterer Meilenstein eher zur Aufklärung der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten auf dem Gebiet des Beihilfenrechts. Der

Maßnahme der Verletzung des Unionsrechts auf nationaler Ebene abhelfen konnten (*Köbler* und *Kühne & Heitz*), wie bspw. durch Schadensersatzforderungen.

³⁹⁹ Zutreffend GA Cruz Villalón, Schlussanträge v. 09.09.2010 in Rs. C-507/08 *Kommission/Slowakei*, Rn. 48, wonach „[...] sich bei jener Kollision nicht die Rechtssicherheit und Gewissheit der Rechtskraft einerseits und der Vorrang und die Effizienz des Rechts der Union andererseits gegenüber[standen]. Die Kollision betraf die Sicherheit und die Gewissheit hinsichtlich der Struktur des Verhältnisses zwischen dem Recht der Union und dem nationalen Recht auf der einen Seite mit dem rechtswidrigen Bestreben, im Rahmen der nationalen Rechtsordnung eine nationale Entscheidung zu konsolidieren, für deren Erlass jede Zuständigkeit fehlte, auf der anderen Seite“.

⁴⁰⁰ Dazu verstärkend auch GA Cruz Villalón in Schlussanträge C-507/08 *Kommission/Slowakei*, Rn. 49, wonach das nationale Verfahren zur Auszahlung der fraglichen Beihilfe hinsichtlich der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission auf dem Gebiet auch nur als Verfahren mit einem ausschließlichen unionsrechtlichen Charakter zu erachten war. Daraus geht hervor, dass das nationale Gericht als Gericht der Union handeln und somit dem Unionsrecht auch unterworfen sein musste, was dann keine Abweichung von einem endgültigen und bestandkräftigen Beschluss der Kommission dulden kann.

⁴⁰¹ Nicht zu schweigen ist, dass das Urteil *Lucchini* allerdings eine „höchst außergewöhnliche“ Rechtssache darstellte, so GA Geelhoed, Schlussanträge C-119/05 *Lucchini*, Rn. 16. In der Tat nicht nur erging das fragliche Urteil nach dem Beschluss der Kommission, der weder von den Parteien noch von Amts wegen vom Gericht berücksichtigt wurde. Der Beihilfebegünstigte hatte auch kein Rechtsmittel gegen den Beschluss eingelegt bzw. ihn vor dem EuG nach Art. 263 Abs. 4 als individuell betroffen angefochten, daher durfte nach Ablauf der Frist auch dessen Gültigkeit vor einem nationalen Gericht durch eine Vorlagefrage nach Art. 267 AEUV nicht beanstandet werden, so EuGH-Urt. v. 09.03.1994 in Rs. C-188/92 *TWD Textilwerke Deggendorf/Deutschland*, Rn. 17. Für eine ausführliche Analyse der *Lucchini*-Rechtsprechung verweist man u.a. auf BIONDI, *CMLR*, 2008, 1459 (1464 ff.), der in dem Urteil auch ein Anlass seitens des EuGH zum Schutz des unionsrechtlichen Gerichtsbarkeitssystems durch die Einhaltung der Friste nach Art. 263 Abs. 6 AEUV sieht.

Bezug auf die Grundsätze der Rechtskraft und der Rechtssicherheit geriet dementsprechend selbst in den Ausführungen des EuGH etwas in Hintergrund⁴⁰² bzw. diente schlicht dazu, die notwendige volle Wirksamkeit des Unionsrechts auf diesem Gebiet zu betonen und sicherzustellen, demgegenüber entgegenstehende Vorschriften des nationalen Rechts keine Anwendung finden dürfen⁴⁰³. Auf der Analyse der *Lucchini*-Rechtsprechung aufbauend sticht auch der Grund hervor, wofür der endgültige Beschluss der Kommission in der Fallkonstellation *Tierkörperbeseitigung* das rechtskräftige Urteil des BVerwG zwangsläufig durchbrechen musste. Ein den Beihilfecharakter der Maßnahme verneinendes Urteil, das von dem vorläufigen Ergebnis des Eröffnungsbeschlusses abwich, war in der Lage, dem nachträglich ergangenen endgültigen negativen Beschluss der Kommission jede Wirkung zu nehmen, was sich dann auch in der Tat ergeben hat. Diese Rechtsache weist allerdings weitere und zu dem Fall *Lucchini* unterschiedliche Aspekte auf, die eine solche Auslegung nichtsdestotrotz befürworten. Wie bereits beschildert wies das BVerwG die Leistungsklage des Wettbewerbers zur Rückzahlung der Umlagezahlungen trotz der vorläufigen Einstufung der Maßnahme als Beihilfe seitens der Kommission ab. Im Fall *Lucchini* bestand bereits eine endgültige und negative Entscheidung der Kommission, die die Rückforderung der Beihilfe anordnete, was diese Konstellation als zugehörig dem Gebiet der öffentlichen Durchsetzung des Beihilfenrechts einordnet. In *Tierkörperbeseitigung* wickelt sich hingegen das nationale gerichtliche Verfahren im Rahmen der privaten Durchsetzung des Beihilfenrechts ab, da keine endgültige Entscheidung samt Rückforderungsanordnung nach Art. 9 Abs. 5 i. V. m. Art. 16 Abs. 1 BVVO vorlag. Darauf stützend hätte das Gericht kraft des Eröffnungsbeschlusses der Kommission sämtliche Folgerungen aus der Verletzung des Durchführungsverbots nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ziehen und parallel beim Bestehen von Zweifel an der Begründetheit der vorläufigen Kommissionsfeststellungen eine Vorlagefrage nach Art. 267 AEUV dem EuGH stellen müssen. Das BVerwG hätte mit anderen Worten geeignete Maßnahmen von Amts wegen erlassen müssen wie die Aussetzung noch

⁴⁰² GA Cruz Villalón in Schlussanträge C-507/08 *Kommission/Slowakei*, Rn. 49. In diesem Sinne auch KREMER, *EuZW*, 2008, 726 (728), wonach der EuGH in *Lucchini* weder auf seine Rechtsprechung zur Rechtskraft und Rechtssicherheit eingegangen sei noch Ausnahmen von solchen Grundsätzen bestimmt habe, sondern auf den Grundsatz der Wirksamkeit des Unionsrechts abgestellt habe.

⁴⁰³ EuGH-Urt. *Lucchini*, Rn. 61.

ausstehender Zahlungen oder die auch nur vorläufige Rückforderung auf einem Sperrkonto. Sie hätten dazu gedient, nicht nur der durch den Verstoß gegen das Durchführungsverbot veranlassten wettbewerbsverzerrenden Lage abzuhelpfen, sondern und vor allem das Entscheidungsmonopol der Kommission nach Art. 107 AEUV sicherzustellen⁴⁰⁴. Der EuGH betont dann die Rolle der nationalen Gerichte, die zwar den Beihilfenbegriff auslegen und anwenden müssen, jedoch zu dem hauptsächlichen Zweck, die unionsrechtlich vereinbare Anwendung des Beihilfenrechts zu gewähren. Dass dies in den nationalen Urteilen, die den Rechtssachen *Lucchini* und *Tierkörperbeseitigung* zugrunde lagen, nicht der Fall war und das nationale Gericht die Grenzen seiner Anwendungsbefugnis überschritten hatte, zeigt sich insbesondere an den Ausführungen des EuG in der letztgenannten Rechtssache. Wie bereits beschildert handelte es sich bei dem Urteil des BVerwG sowie des EuG und bei dem Beschluss der Kommission um die Feststellung, ob die Umlagezahlungen unter dem Begriff von Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) nach Art. 106 Abs. 2 AEUV fielen und ob die Anwendung der sog. *Altmark*-Kriterien den Beihilfencharakter der Maßnahme nach Art. 107 Abs. 1 AEUV ausschloss. Indem das EuG die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission bei der Festlegung der Wettbewerbsvorschriften zwecks des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes vom Anfang an klarstellte, bezweckte es, das Vorbringen des Klägers entgegenzuwirken, die Kommission habe die Zuständigkeitsverteilung nach Art. 14 AEUV missachtet und das Subsidiaritätsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 3 EUV demzufolge verletzt. In Ermangelung einer ausführlichen unionsrechtlichen Definition von DAWI⁴⁰⁵ sind zwar die Mitgliedstaaten befugt, Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem

⁴⁰⁴ Dazu auch EuGH-Urt. v. 15.09.2016 in Rs. C-574/14 *PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA äcontro Prezes Urzędu Regulacji Energetyki („PGE“)*, Rn. 37: „Des Weiteren würde ein nationales Gericht, wenn man es als befugt ansähe, eine solche Würdigung vorzunehmen, gerade dazu veranlasst, die Grenzen seiner in Rn. 31 des vorliegenden Urteils genannten eigenen Befugnisse, mit denen es die Einhaltung des Beihilferechts der Union sicherzustellen hat, zu überschreiten und die in Rn. 33 des vorliegenden Urteils genannte Pflicht zu loyaler Zusammenarbeit mit den Unionsorganen zu verletzen“.

⁴⁰⁵ Das wird ausdrücklich von der 2012 DAWI-Mitteilung der Kommission hervorgehoben, Rn. 45, wonach dieser Begriff ständigen Entwicklungen und Wandlungen unterworfen ist, die sich nach bestimmten sozio-ökonomischen Aspekten und Merkmalen des Binnenmarktes und der Gesellschaft ausrichten. Außerdem ruft das EuG-Urt. T-309/12 *„Tierkörperbeseitigung“*, Rn. 105, selbst in Erinnerung, dass sich das Fehlen einer Definition sowie eine der Union in dem Bereich zugewiesene Befugnis auch dadurch rechtfertigt, dass einige Aufgabe bestimmte Tätigkeitsbereiche kreuzen, die nach Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV außerhalb der Unionszuständigkeit fallen oder sie nur in einem geteilten nach Art. 4 AEUV oder begrenzten Maß nach Art. 6 AEUV vorsehen.

Interesse und Gemeinwohlverpflichtungen eigenständig und im Rahmen ihres Ermessens zu bestimmen. In der Tat darf diese mitgliedstaatliche Befugnis allerdings nicht die Konsequenz bewirken, die Regulierung solcher Tätigkeitsbereiche den Wettbewerbsvorschriften zu entziehen und somit das Entscheidungsmonopol der Kommission erheblich zu beschränken⁴⁰⁶. Sie ist tatsächlich ermächtigt, das Unterlaufen eines offensichtlichen Beurteilungsfehlers bei der Einstufung einer Aufgabe als DAWI seitens des Mitgliedstaates sowie das etwaige Vorliegen einer Beihilfe bei den Ausgleichszahlungen zu ermitteln⁴⁰⁷. Da der endgültige Beschluss der Kommission auf der Grundlage des Art. 108 Abs. 2 AEUV und somit im Rahmen der Ausübung der von den Verträgen ihr verliehenen ausschließlichen Zuständigkeit erlassen wurde, sticht auch der Grund heraus, wofür diese Befugnis auch Tätigkeitsbereiche umfasst, die von einem weiten Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Gemeinwohlverpflichtungen und Aufgaben ausgeprägt sind. Eine andere Auslegung würde nämlich ein Ergebnis herbeiführen, das der Durchsetzung der unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften entgegensteht und die Ausübung der Befugnis seitens der Kommission behindern würde. Die nationalen Gerichte müssen dann der auf dem Gebiet der DAWI in Art. 14 AEUV verankerten Zuständigkeitsverteilung zwischen nationalen Behörden und Kommission Rechnung tragen und im Rahmen vor ihnen anhängiger Verfahren Anknüpfungspunkte zur Definition eines DAWI untersuchen; gleichzeitig sind sie immerhin berufen, die nach Art. 3 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 107 und 108 AEUV ausschließliche Zuständigkeit der Kommission sicherzustellen und sämtliche Folgerungen aus der Rechtswidrigkeit einer Beihilfe ziehen⁴⁰⁸. Insofern ein nationales Gericht wie das BVerwG in *Tierkörperbeseitigung* unbeachtlich eines bestehenden Eröffnungsbeschlusses der Kommission nichtdestotrotz seine Rolle als Vermittler der Durchsetzung des Beihilfenrechts nicht vollständig wahrnimmt und dadurch das Entscheidungsmonopol der Kommission zu verletzen droht, kann man den Folgen aus der Verletzung des Durchführungsverbots und der Vereinbarkeit der Beihilfe, die aus dem endgültigen negativen Beschluss der Kommission herrühren, auch nicht mehr ausweichen. Das wirkt sich in dem vorliegenden Fall sowie in ähnlichen Sachverhalten auch auf die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes negativ aus, da der Beihilfenempfänger gegenüber dem Befinden des BVerwG kein

⁴⁰⁶ EuG-Urt. "*Tierkörperbeseitigung*", Rn. 106, 113 und 219.

Vertrauen mehr hegen konnte⁴⁰⁹ und der Rückforderung der Beihilfe aufgrund eines nachträglich ergangenen negativen Beschlusses der Kommission damoklesschwertartig ausgesetzt war. Ein unionsrechtswidriges Verhalten seitens einer für die Anwendung des Unionsrechts zuständigen mitgliedstaatlichen Stelle kann nämlich kein berechtigtes Vertrauen eines begünstigten Wirtschaftsteilnehmers begründen⁴¹⁰, zumal die in dem vorliegenden Fall zuständige Stelle das BVerwG war und zwar ein Höchstgericht, dem das Unionsrecht selbst unterschiedliche Mittel zur Verfügung stellt bzw. auferlegt, um bestimmte Zweifel über die Würdigung eines Sachverhaltes zu streuen. In diesem Fall wäre eine Vorlagefrage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV über die Auslegung der *Altmark*-Kriterien und den Beihilfencharakter der Maßnahme nicht nur erforderlich, sondern vor allem zielführender gewesen, wie bereits am Anfang der Analyse unterstrichen wurde. Des Weiteren hätte auch das Gesuch zur Übermittlung von Informationen von der Kommission nach Art. 29 Abs. 1 BVVO eine wichtige Gelegenheit zur Zusammenarbeit dargestellt, woraus sich womöglich auch eine unterschiedliche Würdigung des Tatbestandes sowohl von dem BVerwG als auch von der Kommission hätte ergeben können⁴¹¹.

Die Untersuchung zur *Tierkörperbeseitigung*-Rechtssache erweist sich als grundlegend für die vorliegende Arbeit. Sie befindet sich nämlich angesichts der Ausgestaltung seines Sachverhaltes genau an jener Schnittstelle, die ein besseres Verständnis zu den Verhältnissen zwischen dem Eröffnungsbeschluss und der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission einerseits und Befugnissen der nationalen Gerichte sowie

⁴⁰⁷ 2012 DAWI-Mitteilung der Kommission, Rn. 46.

⁴⁰⁸ EuG-Urt. "*Tierkörperbeseitigung*", Rn. 236

⁴⁰⁹ Bestätigend EuG-Urt. „*Tierkörperbeseitigung*“, Rn. 234 ff. Das EuG weist den Kläger daraufhin, dass der Eröffnungsbeschluss einige Monate vor dem Urteil des BVerwG im Amtsblatt veröffentlicht wurde, sodass der Empfänger von der vorläufigen Feststellungen der Kommission unterrichtet wurde und Stellungnahme dazu hätte beziehen können. Diese Tatsache ist schon an sich für das Entfallen jeglichen Vertrauensschutzes hinreichend, da aufgrund der Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens nach Art. 108 Abs. 2 AEUV der Empfänger erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahme und insgesamt an seinem nicht-beihilferechtlichen Charakter hegen musste.

⁴¹⁰ In diesem Sinne EuG-Urt. "*Tierkörperbeseitigung*", Rn. 238

⁴¹¹ Dazu auch VON DONAT, 2011, a.a.O., 275.6, der einerseits die cursorische Prüfung der *Altmark*-Kriterien in dem Urteil bemängelt und andererseits auf eine mögliche Fehleinschätzung der Kommission bezüglich der Seuchenreserve hinweist, die auch von dem BVerwG in seinen Ausführungen angedeutet wird. Sowohl die Vorlagefrage als auch ein Stellungnahmen austausch zwischen Kommission und BVerwG hätten solche Widersprüchlichkeit vielleicht teils beilegen können, ohne zu einem Durchbruch der Rechtskraft des Urteils gelangen zu müssen.

der Anwendung des mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht andererseits auch mittels des Vergleichs zum *Lucchini*-Urteil ermöglichen kann. In Anbetracht dessen bestätigt sich der allgemeine Ansatz der EuGH-Rechtsprechung, die vorrangige Rolle des Wettbewerbs- und vor allem des Beihilfenrechts in der europäischen Rechtsordnung hervorheben zu wollen⁴¹², indem sie die nationalen Gerichte ständig auffordert, auf diesem Gebiet hauptsächlich als Gerichte der Union zu handeln und dementsprechend das Unionsrecht auch angesichts der Loyalitätspflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV einzuhalten. Die Stellungnahme des EuGH fördert bzw. fordert dann eine klare Ausgestaltung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten, die von den nationalen Verfahrensbestimmungen nicht verhindert oder entkräftet werden darf und die jedoch gleichzeitig auch nicht zu einer kompletten Missachtung der innerstaatlichen Rechtmäßigkeit Letzterer und somit der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie führt⁴¹³. Aus der Analyse der Zuständigkeitsverteilung insbesondere am Beispiel des Grundsatzes der Rechtskraft geht dann eindeutig hervor, dass der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission zur Vereinbarkeitsprüfung der Beihilfe keine Grenze gesetzt werden kann, die die Ausübung selbst einer solchen Befugnis beschränken und somit gefährden könnte⁴¹⁴.

⁴¹² Diesbezüglich GA Geelhoed, Schlussanträge in C-119/05 *Lucchini*, Rn. 62, der angesichts der Ausführungen des EuGH-Urt. v. 01.06.1999 in Rs C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV* („*Eco Swiss*“), Rn. 36 f., wonach die europäischen Vorschriften des Wettbewerbsrechts zur öffentlichen Ordnung gehören, eine solche Feststellung auch zugunsten des Beihilfenrechts erweitert und seinen Vorschriften diese Eigenschaft beimisst. Bezüglich des Beihilfenrechts gewinnt diese Feststellung umso mehr an Geltung, da sich die Vorschriften der Art. 107-109 AEUV und das daraus herrührende Regelwerk ausschließlich an die Mitgliedstaaten richtet, deren maßgebliche Organe auf diesem Gebiet die ordentliche und Verwaltungsgerichte sind.

⁴¹³ Man bezieht sich hier auf GA Cruz Villalón in Schlussanträge C-507/08 *Kommission/Slowakei*, Rn. 50 ff., wonach die Union „eine rechtsförmige Beseitigung vorschreiben [kann], aber nie eine einzelfallbezogene Rechtsverletzung, [da] [...] die Verpflichtung der Staaten, das Ergebnis in Form der Wiedererlangung der rechtswidrig gewährten Beihilfen zu erzielen, im Ergebnis unausweichlich die Verpflichtung mit sich bringt, ihre Verfahrensbestimmungen so zu gestalten, dass es möglich ist, dieses Ergebnis allgemein und ohne die Notwendigkeit zu erreichen, die Grundsätze, die die Rechtsstaatlichkeit kennzeichnen, in Frage zu stellen“. Der GA knüpft in dem Fall an einer von Slowakei verabschiedeten verfahrensrechtlichen Novellierung, die die Umsetzung eines Urteils des EuGH trotz eines internen rechtskräftigen Urteils ermöglicht.

⁴¹⁴ In diesem Sinne Urt. *Buonotourist* und *CSTP*, Rn. 95 f. Während Rn. 95 auf die Rechtsprechung *Lucchini* verweist, wonach ein rechtskräftiges Urteil die Rückforderung einer Beihilfe nicht behindern kann, stellt Rn. 96 insofern eine Art Quantensprung dar, als besagt, dass ein rechtskräftiges Urteil auch nur die Feststellung des Vorliegens eines rechtswidrigen Beihilfe und mittelbar die Folge der Rückforderung hindern kann. Dadurch weicht der EuGH von seiner Würdigung in Urt. *Kommission/Slowakei* und erweitert die Bedeutung der *Lucchini*-Rechtsprechung, wie auch SCHEPISI, 2021, a.a.O., 22, kritisch hervorhebt, weil auch die nachträgliche Entscheidung der Kommission Vorrang vor einem rechtskräftigen Urteil hat, das eine Rückforderungsklage nicht abweist, sondern schlicht der Auszahlung

Mit anderen Worten setzt sich die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission vor dem Rechtskraftgrundsatz und im Allgemeinen vor jeder entgegenstehenden nationalen Bestimmung jedenfalls durch, unabhängig davon, ob diese Befugnis vor dem nationalen gerichtlichen Verfahren ausgeübt oder das förmliche Prüfverfahren nur danach eingeleitet worden ist⁴¹⁵. Vor allem sind die nationalen Gerichte dann berufen, für die vollständige Wirksamkeit des Beihilfenrechts Sorge zu tragen. Das führt dazu, dass sie beim Vorliegen von Zweifel an dem Beihilfencharakter der Maßnahme die Kommission um Erläuterungen nach Art. 29 BVVO bitten oder eine Vorlagefrage nach Art. 267 AEUV dem EuGH stellen sollen, indem sie gleichzeitig geeignete Maßnahme anhand der unterbliebenen Notifizierung der Maßnahme vornehmen müssen. Die Ausübung der ausschließlichen Befugnis seitens der Kommission scheint demzufolge quasi unumstößlich zu sein, insofern die nationalen Gerichte ihr Entscheidungsmonopol bis zu dessen Ausübung zu einem beliebigen Zeitpunkt⁴¹⁶ sicherstellen müssen. Diese nach dem Wortlaut der Verträge so geartete Zentralisierung der Befugnisse bei der Kommission durchdringt das System der Beihilfenkontrolle derart, dass auch dezentralisierte bzw. mitgliedstaatliche Stelle der Verwaltung oder der Gerichtsbarkeit bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten immerhin eine solche Zentralisierung hochachten und zu diesem Ziel beisteuern müssen. In diesem Sinne muss insbesondere der Grundsatz der Verfahrensautonomie unter Berücksichtigung des Vorranges des Unionsrechts⁴¹⁷ dahingehend ausgelegt werden, dass er praktische Wirksamkeit dem der Beihilfe stattgab.

⁴¹⁵ In dieser Richtung auch FEDERICO, *EStAL*, 2021, 144 (148), der den Fokus des EuGH auf den Schutz der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission und somit auf den Vorrang des Unionsrechts unterstreicht. Er knüpft diese Beobachtung vor allem an den bereits erwähnten Urteilen *Buonotourist* und *CSTP* an, die den Vorrang des Unionsrechts auf diesem Gebiet besonders hoch setzten. In den beiden Fällen war nämlich das förmliche Prüfverfahren nach dem rechtskräftigen Urteil des nationalen Gerichts eingeleitet worden.

⁴¹⁶ Dahingehend äußert sich auch die 2021 Bekanntmachung der Kommission über die private Durchsetzung, Rn. 37, die mit Bezug auf seitens der nationalen Gerichte bereits gefällte Entscheidungen darauf hinweist, dass die Kommission bei der Ausübung ihrer Befugnisse nicht gehindert werden darf.

⁴¹⁷ Diesbezüglich Urt. *Costa/Enel*, S. 1273, wonach „indem sie sich so in aller Form verpflichtet haben, die Kommission "rechtzeitig" von ihren Beihilfeplänen zu unterrichten, und sich den in [Art. 108 AEUV] vorgesehenen Verfahren unterworfen haben, sind die Staaten gegenüber der [Union] eine ihnen als Staaten obliegende Verpflichtung eingegangen“. Das beruht direkt auf dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, wie der EuGH in diesem Meilenstein-Urteil hervorhebt, S. 1270, da sich die Mitgliedstaaten zu einer „endgültige[n] Beschränkung ihrer Hoheitsrechte“ durch die Ratifizierung des Gründungsvertrags verpflichtet haben. Dazu zählt auch die ausschließliche Zuständigkeit des Unionsrechts zum wettbewerbsfähigen Funktionierens des Binnenmarktes, die wiederum auch den vorrangigen und nach Art. 288 Abs. 4 AEUV rechtsbindenden Charakter des endgültigen Beschlusses zur Rückforderung der Beihilfe begründet.

gesamten System der Beihilfenkontrolle gewährt und im Endergebnis die Rückforderung der rechtswidrigen und etwa unvereinbaren Beihilfe keinesfalls besonders erschwert oder unmöglich macht. Der Hinweis auf den Grundsatz der Verfahrensautonomie bedarf einer kurzen Erläuterung, um seine Rolle im Rahmen der privaten Durchsetzung des Beihilfenrechts besser zeichnen zu können. Es wurde mehrfach betont, dass die Durchsetzung des Beihilfenrechts in Ermangelung eines europaweit einheitlichen Verfahrensrechts den prozessualen Vorschriften jedes Mitgliedstaates unterliegt. Bereits unterstrichen wurde auch die Tatsache, dass der Begriff der Verfahrensautonomie eigentlich nur mit der gleichzeitigen Anwendung der vom EuGH stets herangezogenen Gebote der Äquivalenz und der Effektivität einhergeht. Mit anderen Worten erweist sich der Grundsatz der Verfahrensautonomie als „Zünglein an der Waage“ der Durchsetzung des Unions- und im Endergebnis des Beihilfenrechts, um die Mängel unionsrechtlicher Verfahrensvorschriften mit der Umsetzung der zwei gerade erwähnten Geboten zu vereinbaren⁴¹⁸. Wenn allerdings eine solche Zusammensetzung hinsichtlich der bereits geschilderten und noch bevorstehenden Rechtsprechung etwas näher betrachtet, stellt sich allerdings heraus, dass der Grundsatz der Verfahrensautonomie keiner Autonomie bzw. Selbständigkeit dem mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht gegen die Durchsetzung des Unionsrechts gewähren und leisten kann. So wie dieser Grundsatz aus der Ausgestaltung des Unionsrechts entspringt, genauso muss er vollständige Wirkung dem Unionsrecht selbst sicherstellen. Außerdem unter Berücksichtigung von allen Ausnahmen und Beschränkungen, denen dieser Grundsatz bei der Durchsetzung des Unionsrechts in verschiedenen Gebieten unterworfen wurde, kommt man zum Schluss, dass er „*plus apparente que réelle*“⁴¹⁹ ist. Man will hier im Wesentlichen behaupten, dass die Verfahrensautonomie nicht als Ausfluss der mitgliedstaatlichen Souveränität verstanden werden muss, an deren Grenze dann das Unionsrecht zwangsläufig halten muss⁴²⁰.

⁴¹⁸ In diesem Sinne auch EuGH-Urt. v. 05.03.1996 in verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur und Factortame*, Rn. 83, auch wenn mit Bezug auf die Feststellung des Umfanges der wegen eines Verstoßes gegen das Unionsrecht von dem Mitgliedstaat zu leistenden Entschädigung.

⁴¹⁹ So TESAURO G., *La sanctions des infractions au droit communautaire*, XV FIDE-Kongress (Lissabon 1992), wie KAKOURIS, 1997, a.a.O., 1410, davon berichtet. In diesem Sinne auch BOBEK, 2011, 305 (317), wonach „*there is no such thing as “procedural autonomy” of Member States*“.

⁴²⁰ Bestätigend auch BOBEK, ebd., der das Vorliegen einer „*domaine réservé*“ zugunsten der Mitgliedstaaten ausschließt und auch hierfür keine Verbindung zu der Frage der begrenzten Einzelermächtigung sieht. Ähnlich auch GUNDEL, in SCHULZE, JANSSEN, KADELBACH (Hrsg.), 2020, 195, der der

Vielmehr stellt sich die Anwendung des mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht bei der notwendigen Durchsetzung unionsrechtlicher Vorschriften oder Rechte als zusätzliches bzw. zweitrangiges Regelwerk, dessen Zugriff nur dadurch rechtfertigt ist, dass lediglich die mitgliedstaatliche Rechtsordnung in Ermangelung eines Unionsverfahrensrechts die Durchsetzung der besagten Vorschriften oder Rechte gewähren kann⁴²¹. Dass das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht kein Hindernis zur vollständigen Tragweite solcher aus dem EU-Recht herrührenden Rechtsstellungen darstellen darf, erläutert sich auch durch die Rolle der nationalen Gerichte, die als Gerichte der Union, solange sie sich mit einer materiell-rechtlichen Vorschrift der EU auseinandersetzen, die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit beachten müssen. Die Rolle der nationalen Gerichte ist diesbezüglich schlechterdings nicht zu unterschätzen, weil sie den immerhin inzidenten Eingriff des Unionsrechts in das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht an Intensität abwandeln können, indem sie anhand des Gefüges des Verfahrensrecht einerseits und der durchzusetzenden Tragweite des Unionsrechts andererseits entweder eine äquivalente oder eine effektive Durchsetzung⁴²² gewährleisten können. Sie handeln dann nicht als blinde Umsetzer des Unionsrechts, sondern gewähren als dessen unentbehrliche Transformatoren eine unionsrechtskonforme Auslegung, die ihre Durchsetzung entweder bei gleichzeitiger

Verfahrensautonomie auch kein *domaine-reservé*-Charakter beimisst, sondern als „tatsächliche Zustandsbeschreibung“ einstuft, „denn das Primärrecht eine getrennte Zuweisung von Normensetzungs- und Vollzugszuständigkeiten nicht fest[legt]“.

⁴²¹ In diesem Sinne KAKOURIS, a.a.O., 1405, der mit Bezug auf das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht von „*ancillary body of law*“ redet. Die Notwendigkeit für das Unionsrecht, auf das mitgliedstaatliche Recht abstellen zu müssen, führt aber nicht hinzu, dass Ersteres auch von den Grenzen Letzteren gebunden sein muss, sodass seine Durchsetzung gefährdet werden könnte, wie hingegen PRECHAL, *CMLR*, 1998, 681 (682, Fn. 3), scheint zu deuten, der eine teilweise andere Auffassung als KAKOURIS vertritt.

⁴²² Die Adjektive „äquivalent“ und „effektiv“ wollen die Gebote der Äquivalenz und der Effektivität widerspiegeln. Bestätigend auch BOBEK, a.a.O., 317, in Anlehnung an PRECHAL, a.a.O., 688, der einen „*Rewe/Simmenthal contradiction*“ und zwar zwei unterschiedliche Ansätze des EuGH bei der Durchsetzung des Unionsrecht sieht, die eine unterschiedliche Interventionsstärke aufweisen. BOBEK, ebd., verstärkt seinerseits eine solche Unterscheidung, indem er die zwei Gebote nicht als sich ergänzende, sondern als Alternative erachtet, sodass „*both prongs of the test cannot be employed at the same time without pushing into completely different directions: equivalence towards the Member States' national regime, effectiveness towards an harmonised Euro-standard*“. Des Verfassers der vorliegenden Arbeit zufolge sollte eine solche Unterscheidung allerdings nicht als Widerspruch und deshalb als eine zweideutige Tendenz der Rechtsprechung gezeichnet werden, wie vor allem PRECHAL, a.a.O., 689, andeutet, wonach „*the two strands seemed to coexist, which made the overall situation somewhat puzzling*“. Sie kann vielmehr dahingehend verwertet werden, dass die nationalen Gerichte dadurch über einen Spielraum verfügen, der die Wahl der am besten geeigneten Mittel aus dem mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht zur Durchsetzung des Unionsrechts erlaubt und somit ein für das Gefüge der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung am meisten vereinbares Ergebnis liefert.

Schonung der nationalen Rechtsordnung⁴²³ oder durch einen darin quasi chirurgischen Eingriff fordert. Daraus geht hervor, dass auch keine tatsächliche Entgegenstellung zwischen dem (Anwendungs-)Vorrang⁴²⁴ des Unionsrechts und der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten vorliegt, da das Unionsrecht Bestandteil jeder mitgliedstaatlichen Rechtsordnung ist⁴²⁵. Hinsichtlich dessen, dass die Eindringung des Unionsrechts und im Endergebnis des Beihilfenrechts lediglich inzidenter und mit Bezug auf den Einzelfall erfolgt, wie der EuGH selbst durch die Beteuerung der allgemeinen Rolle der Rechtskraft- und Rechtssicherheitsgrundsätze angedeutet hat, wirkt sie auch nicht als Entkräftung des nationalen Rechts und als Verletzung dessen Selbständigkeit, sondern schlicht als logische Konsequenz seiner Aufnahme in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung⁴²⁶. Die Selbständigkeit des nationalen Rechts sticht mit anderen Worte heraus, insoweit sie die europarechtliche Vorschriften durch ihre effektive Durchsetzung als Bestandteil der Rechtsordnung verwertet. In Anbetracht dessen verlautet zwar eine allmählich harmonisierende Tendenz der Rechtsprechung⁴²⁷, die mit Bezug auf die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Rechtskraft im Beihilferecht noch eindeutiger wird. Das ist auch auf das Effektivitätsgebot zurückzuführen, der auf diesem Gebiet verstärkt mit der Sicherstellung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission einhergeht. Nichtsdestotrotz lässt sich

⁴²³ EHLERS in SCHULZE, JANSSEN, KADELBACH (Hrsg.), 2020, 557.

⁴²⁴ Für einen Unterschied zu dem Geltungsvorrang, nachdem unionsrechtswidrige Vorschriften nicht nur unanwendbar sind, sondern auch ungültig, vgl. EHLERS, a.a.O., 2020, 560 f., m. a. N. Zu dem Thema jüngst LUDWIGS, *EuZW*, 2024, 446 (446 f.), der von einem absoluten Anwendungsvorrang in Verbindung mit den zwischen Verfassungsgerichten und insbesondere dem BVerfG einerseits und dem EuGH andererseits bestehenden Kooperationsverhältnisse redet. Mit Bezug auf dem Beihilfenrecht und der Ungültigkeitsfolge der beihilfengewährenden Akte ansatzweise kritisch PECHSTEIN, *EuZW*, 1998, 495 (496).

⁴²⁵ In diesem Sinne auch PRECHAL, a.a.O., 686, der aber zu einem unterschiedlichen Schluss kommt, wonach der Unionsvorschriften lediglich zwecks der Notwendigkeit ihrer Durchsetzung keine besondere und zwar vorrangige Rolle gegenüber den nationalen beigemessen werden solle. Einer derartigen Stellungnahme steht jedoch der Vorranggrundsatz entgegen und lässt sich auch mit den vorausgegangenen Behauptungen des Autors nicht im Einklang bringen.

⁴²⁶ Ähnlich auch BOBEK, a.a.O., 318, wonach *“in the areas of domestic enforcement of EU law, the area is either harmonised or the Member States are obliged to ensure the enforcement is equivalent and/or effective. In this area, there is no autonomous space of the Member States”*.

⁴²⁷ Bestätigend DOUGAN, 2004, 338, nachdem *„should future judgments eventually lead to a more intrusive degree of interference with national standing rules, Community law will no doubt be accused of posing yet further constitutional problems for the Member States”*. Der Autor verweist insbesondere auf die engen Erfordernisse zur Klagebefugnis vor dem EuGH nach Art. 263 Abs. 4 AEUV, die dann zu einer Abwälzung des Rechtsschutzes auf nationaler Ebene und zu diesem Zweck zu einer von dem EuGH geforderten „Liberalisierung“ des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts führen würde. Von diesem Thema der Zurückverlagerung auf nationaler Ebene, das über den Gegenstand der vorliegenden Analyse hinausgeht, war auch bereits die Rede in **Fn. 53**.

gleichzeitig das Risiko ausschließen, dass eine solche Tendenz mittels der rechtsbildenden Vorabentscheidungsrechtsprechung des EuGH ein allgemeines gemeinschaftsunmittelbares Verwaltungsverfahrensrecht⁴²⁸ etablieren kann. Eine derartige Gefahr wurde als konkret und auf Verfassungsebene konfliktträchtig erachtet, als sich der EuGH aufgrund einer Vorlagefrage seitens des BVerwG⁴²⁹ zu der bereits verfügbaren Rückforderung einer unvereinbaren Beihilfe⁴³⁰ aussprach. Der EuGH entschied, dass die Anwendung der bereits verstrichenen Jahresfrist nach § 48 Abs. 4 VwVfG zur Rücknahme der rechtswidrig gewährten Beihilfe die praktische Wirksamkeit des Beihilfenrechts genommen hätte⁴³¹. Ähnlich zu den Konstellationen, in denen das Effektivitätsgebot mittels des Vorranges des Unionsrechts die Grundsätze der Rechtskraft und der Rechtssicherheit im Einzelfall unangewendet gelassen hatte, brach in diesem Fall dieses Gebot eine Verwaltungsvorschrift und somit den Grundsatz des Vertrauensschutzes⁴³² durch. Daraufhin leitete der Beihilfebegünstigte eine Verfassungsbeschwerde mit der Begründung ein, dass das Urteil des EuGH u.a. in die Zuständigkeit des deutschen Gesetzgebers eingegriffen und gegen den Verfassungsgrundsatz des Vertrauensschutzes verstoßen habe. Das BVerfG jedoch nahm die Beschwerde nicht einmal zur Entscheidung nach § 93a BVerfGG an, weil der Vorrang des Unionsrechts verfassungsrechtlichen Bestand hat und das Vorabentscheidung nur eine einzelfallbezogene Wirkung aufwies⁴³³. Darüber hinaus wies das BVerfG daraufhin, dass der Beihilfebegünstigte bei der Gewährung der Beihilfe in der Lage war, die Rechtswidrigkeit der Maßnahme zu ermitteln und sich der

⁴²⁸ Diese Gefahr mit Bezug auf das Fall *Alcan* kritisch betonend VÖGLER, *EuZW*, 2000, 445 (448), der insbesondere unterstreicht, dass die Nichtanwendung einer Vorschrift nur theoretisch dem Einzelfall begrenzt werden könne. Die Wirkungen eines Vorabentscheidungsverfahrens reichen weiter über den Fall hinaus und entfalten eine unmittelbare Bindung auch für die Zukunft.

⁴²⁹ BVerwG-Beschl. v. 28.09.1994 - 11 C 3/93 „*Alcan*“

⁴³⁰ Die Kommission hatte nämlich im Jahr 1986 die Rückforderung der Beihilfe angeordnet, der die gewährende Stelle nicht nachgekommen war, woraufhin sie ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 108 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV eingeleitet hatte, dem das EuGH-Urt. v. 02.02.1989 in Rs. C-94/87 *Kommission/Deutschland* stattgab.

⁴³¹ EuGH-Urt. C-24/95 *Alcan*, Rn. 35-38

⁴³² Hierzu besonders kritisch SCHOLZ, *DÖV*, 1998, 261 (264), wonach die Vorstellung einer unbeschränkten Rücknehmbarkeit rechtswidriger Beihilfe mit dem deutschen Verwaltungs- und Verfassungsrecht nicht vereinbar lässt und in dem Primärrecht keine ermächtigende Grundlage finden kann.

⁴³³ BVerfG-Beschl. v. 17.02.2000, 2 BvR 1210/98, „*Alcan*“. Skeptisch VÖGLER, a.a.O., 448, der behauptet, dass das BVerfG dem Sachverhalt keine verfassungsrelevante Bedeutung beigemessen habe, sodass auch viele Frage offengeblieben seien, darunter inwiefern die Vorrangwirkung des Unionsrechts das mitgliedstaatliche Verwaltungsverfahrensrecht und somit die Verfahrensautonomie beschränken könne.

materiellen Unvereinbarkeit zu vergewissern, was kein verfassungsrechtlich geschütztes Vertrauen begründen kann. Aus diesem Urteil lässt sich dann nicht außer Acht lassen, dass die Nichtanwendung einer Vorschrift lediglich eine Frage der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts⁴³⁴ ist, die nicht darauf abzielt, wie bereits erwähnt, die nationalen Vorschriften weder zu entkräften noch zu ersetzen⁴³⁵. Sie stellt schlicht darauf ab, eine effektive Durchsetzung des Unionsrechts zu gewähren, die kraft des interindividuellen Charakters der europäischen Rechtsordnung dann auch den Einzelnen⁴³⁶ nutzt, die sich auf solche Vorschriften berufen. Bei genaueren Betrachtung der Rechtsstellung der Einzelnen ist allerdings die Beobachtung nicht zu schweigen, dass die Verfahrensautonomie im Rahmen der Beihilfenkontrolle hauptsächlich der effektiven Durchsetzung des Beihilfenrechts und weniger einem effektiven aus dem Unionsrechts herrührenden Rechtsschutz zugunsten der Einzelnen dient⁴³⁷, die als Nicht-Adressaten der beihilferechtlichen Vorschriften die Konsequenzen deren Verletzung seitens der Mitgliedstaaten trotzdem tragen müssen. Es zeichnet sich aus solchen Anmerkungen schließlich ein Alleinstellungsmerkmal des Beihilfenrechts, das

⁴³⁴ So BVerfG-Beschl. „Alcan“, II 1 bb)

⁴³⁵ Zutreffend PECHSTEIN, 1987, 37, wonach „der Anwendungsvorrang lediglich zu einer Unanwendbarkeit der nationalen Norm im Einzelfall kommt, sie jedoch normlogisch unangetastet lassen soll“. Wie der Autor mit Bezug auf HANS Kelsen hervorhebt ist der Bestand des normlogischen Charakters der unangewendet gebliebenen Norm daraus abzuleiten, dass sie immer noch „sozial wirksam“ bleibt und in den meisten Fällen angewendet wird. Das gilt dementsprechend für die Grundsätze der Rechtskraft und der Rechtssicherheit, die in den analysierten Fällen aus der Rechtsordnung nicht entfernt wurden, sondern nur im Einklang mit dem Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts unangewendet blieben. Ähnlich auch GUNDEL, 2020, a.a.O., 195, m. w. N., der mit diesem letzten Grundsatz das für das nationale Verwaltungsverfahren zu beachtende Prinzip der Mindesteffektivität in Verbindung setzt.

⁴³⁶ Mit Verweis auf der Tatsache, dass sich solche Ausführungen über die Verhältnisse zwischen Verfahrensautonomie und Anwendungsvorrang des Unionsrechts im Endergebnis zugunsten der Einzelnen gerichtet sind, einleuchtend EuGH-Urt. v. 21.09.1983 in verb. Rs. C-205/82 bis C-215/82 *Deutsche Milchkontor/Bundesrepublik Deutschland* („*Deutsche Milchkontor*“), Rn. 17: „Insoweit das Gemeinschaftsrecht [...] hierfür keine gemeinsamen Vorschriften enthält, gehen die nationalen Behörden bei dieser Durchführung der Gemeinschaftsregelungen nach den formellen und materiellen Bestimmungen ihres nationalen Rechts vor, wobei dieser Rechtssatz [...] mit den Erfordernissen der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Einklang gebracht werden muss, die notwendig ist, um zu vermeiden, dass die Wirtschaftsteilnehmer ungleich behandelt werden.“

⁴³⁷ Dieser Unterschied wird von NEBBIA, *ELR*, 2008, 427 (432), mustergültig unterstrichen, die von einer Nichtanwendung der mitgliedstaatlichen Verfahrensvorschriften *in malam partem* redet. Der Bezug ist vor allem auf die Rechtsstellung der Einzelnen bzw. der Beihilfenempfänger, die kein Recht oder Vorteil aus dem Unionsrecht ziehen können, sondern durch die vorrangige Anwendung des Unionsrechts gegenüber der nationalen begünstigenden Regelung eher benachteiligt werden. Ähnlich auch TRIDIMAS, 1999, 276, der die Verbindung zwischen Durchsetzung des Unionsrechts auf nationaler Ebene und *effet utile* als Ausfluss des Grundsatzes des Vorrangs des EU-Rechts und der unmittelbaren Wirkung einiger seiner Vorschriften wie eben Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV hervorhebt.

auch die bevorstehende Analyse begleiten wird. Die Vorschriften des Primärrechts richten sich ausschließlich an die Mitgliedstaaten, die sie zwar als gewährende Stelle aber auch als Rücknahme- oder Rückforderungsstelle je nach Fallgestaltung anwenden müssen. In einem Gebiet, in dem die Durchsetzung bzw. der indirekte Vollzug solcher primärrechtlichen Vorschriften auf das nationale Verfahrensrecht angewiesen und letztendlich den Mitgliedstaaten übertragen ist, sticht die Kompromisslosigkeit⁴³⁸ bei der Anwendung des Effektivitätsgebots gegenüber anderer bereits erwähnten Grundsätze offensichtlich heraus. Sie dient nämlich dazu, das Risiko eines Interessenkonflikts abzuwenden, das derselben beihilfegewährenden und etwa beihilferücknehmenden Behörde innewohnt und das die Rückabwicklung einer Beihilfe unmöglich machen könnte. Der Begriff der Kompromisslosigkeit wirkt sich aber nicht dahingehend aus, dass das nationale Verfahrensrecht vollständig ausgehebelt⁴³⁹ wird, mit der Folge, dass es zur bloßen Rechtsgrundlage für die Rückforderung der unvereinbaren und rechtswidrigen Beihilfe umgewandelt wird und die Betroffenen jeglicher Sicherung zum individuellen Bestandsinteresse entledigt werden. In der Rechtssache *Alcan* wurde die Regelung des §48 Abs. 4 VwVfG auch nicht als unionsrechtswidrig von dem EuGH angesehen, da die europäische Rechtsordnung selbst den Grundsatz der Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit anerkennt und verkörpert. Die uneingeschränkte Anwendung solcher Vorschrift hätte allerdings die praktische Unmöglichkeit⁴⁴⁰ der Rückforderung herbeiführen und dadurch die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission in diesem Bereich verletzen können, deren Ausübung immer noch fest in den Händen der Kommission liegt. Darüber hinaus könnte eine fortwährende Anwendung vom §48 Abs. 4 VwVfG auch in ähnlichen Fällen ungeachtet

⁴³⁸ Dazu GUNDEL, a.a.O., 228, der die Kompromisslosigkeit und das Interessenkonflikt der Mitgliedstaaten besonders hervorhebt.

⁴³⁹ SCHOLZ, 1998, a.a.O., 265, wonach das nationale Verwaltungs- und Verwaltungsverfahrensrecht zu Lasten der Betroffenen „entrechtlicht“ und denaturiert werde und mit Bezug auf den Fall *Alcan* eine Kompetenzüberschreitung seitens des EuGH geltend macht, der sich eine nationale Regelungskompetenz angemaßt habe.

⁴⁴⁰ SCHOLZ, ebd., misst zwar dem Begriff der praktischen Unmöglichkeit in den Verhältnissen zwischen Union und mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen eine wichtige Rolle bei, kommt dennoch zu einem anderen Schluss, indem er die Verbindung zwischen praktischer Unmöglichkeit und *effet utile* nicht vollständig wahrnimmt. Und dies unter Berücksichtigung der Betonung des Autors, dass die Formel der praktischen Unmöglichkeit dem EuGH nur insofern Befugnisse vermittele, als die Anwendung einer nationalen Vorschrift die Durchsetzung des Beihilfenrechts generell unmöglich mache. Des Autors zufolge sei aber das nicht der Fall, da §48 VwVfG ein „differenziertes System der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte eröffne, [das] keine absolute Rückforderung in allen Fällen ermögliche“.

der Rechtswidrigkeit der Beihilfe und wie vorliegend des bestandkräftigen Beschlusses der Kommission das Risiko einer Art Schlupflochs in der Durchsetzung des Beihilfenrechts bergen könnte, die dadurch auch umgangen werden könnte. Damit wird es gemeint, dass die Autonomie der Mitgliedstaaten in Verfahrensfragen, die aus dem Unionsrecht herrührenden Verpflichtungen mangels einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften zu erfüllen, nicht uneingeschränkt steht⁴⁴¹, sondern wird sie von den bereits erwähnten Geboten der Unionsrechtsordnung abgewogen. In dieser Konstellation werden dann jene wichtigen Grundsätze wie etwa der Vertrauensschutz, die eine solche Autonomie aus der nationalen Ebene ausprägen, nicht außer Kraft gesetzt, sondern gemäß der Bedeutung⁴⁴² ausgelegt und angewendet, die sie in der Unionsrechtsordnung als deren Bestandteil verinnerlicht haben. Diese Perspektive lässt sich auch bestätigen, wenn man die Besonderheit und die erwähnte Kompromisslosigkeit des Beihilfenrechts insbesondere mit jener Rechtsprechung vergleicht, die sich mit der Gewährung und der Rückforderung rechtswidriger Unionsbeihilfen befasst hat, die in der Systematik des Unionsrecht einen anderen Zweck abzielen und bezüglich derer die Durchsetzung der entsprechenden Vorschriften und ihre Abwägung unterschiedlich gestaltet wird⁴⁴³. Demzufolge hat die oben angerissene harmonisierende Tendenz der EuGH-Rechtsprechung nicht darauf abgesehen, das nationale Verfahrensrecht durch eine Art

⁴⁴¹ In diesem Sinne GA Darmon, Schlussanträge v. 29.11.1988 in Rs. C-94/87 *Kommission/Deutschland*, Rn. 6, der der mitgliedstaatlichen Autonomie in Verfahrenssachen die notwendige Begrenzung durch unionsrechtliche Gebote setzt.

⁴⁴² GA Darmon in seinen Schlussanträgen, C-94/87 *Kommission/Deutschland*, Rn. 8, erinnert nämlich, dass „der von der Bundesregierung angeführte innerstaatliche Rechtsgrundsatz des Vertrauensschutzes ist auch Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung, hat dort aber nicht notwendigerweise dieselbe Bedeutung“. Umso nötiger ist dann, dass die Abwägung zwischen geforderter Durchsetzung einerseits und Vertrauensschutz oder Rechtskraft andererseits auf derselben Ebene geschieht, wo beide Elemente der Abwägung dieselbe Herkunft aufweisen, nämlich das Unionsrecht, und dementsprechend auch zielorientiert ausgelegt werden können.

⁴⁴³ Zutreffend hierzu ist der Hinweis des GA Darmon, Schlussanträge C-94/87 *Kommission/Deutschland*, Rn. 10, auf die Rechtsache C-205/82 bis C-215/82 *Deutsche Milchkontor*, Rn. 8, die die Rückforderung EU-Beihilfen betraf und die Vorrang dem berechtigten Vertrauensschutz der Empfänger zuteilte, da derartige Beihilfen anders als staatliche Beihilfen keiner Anmeldepflicht unterworfen sind. Noch einleuchtender wirkt dieser Unterschied laut NEBBIA, 2008, a.a.O., 433, wonach „*The reason for the divergence between the two streams of cases, both involving the disapplication in malam partem of domestic law, is easy to explain: an unlawful payment of a state aid has the effect of distorting the relevant market, which is exactly the problem addressed by Community action; but the unlawful payment of Community aid means merely that the undertaking in question failed to meet the applicable preconditions*“. Mit anderen Worten zielt die Gewährung von Unionsbeihilfen nicht darauf ab, Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen, was die Durchsetzung des Beihilfenrechts fast kompromisslos und unausweichlich macht, sondern bestimmte Wirtschaftssektoren innerhalb des Binnenmarktes zu fördern, wofür im Übrigen keine Notifizierungspflicht vorgesehen wird.

rechtsbildenden Hauchs zu ersetzen, sondern die Abwägung zwischen einer effektiven Durchsetzung des Unions- und vor allem des Beihilfenrechts und der Anführung der Rechtssicherheitsgrundsätze ausschließlich auf unionsrechtliche Ebene zu erheben⁴⁴⁴ und sie dort vorzunehmen. Eine derartige Abwägung muss sich notwendigerweise nur im Rahmen des Unionsrechts abwickeln und kann keine sich als Beschränkung zu ihrer vollständigen Ausschöpfung auswirkende nationale Regelung dulden. Das kommt auch der Einzelfallgerechtigkeit insofern zugute, als eine ständige Herausarbeitung konkreter unionseinheitlicher Tatbestände ihrerseits einer notwendigen Klarstellung der unionsrechtlich relevanten Rechtsgrundsätze und derer Bedeutung im Zusammenhang mit dem nationalen Verfahrensrecht bedarf und daraus entspringt⁴⁴⁵. Darauf aufbauend und zum Schluss kann eine solche Ausgestaltung für eine einheitliche und gleichlautende vorrangige Anwendung dieses besonderen Gebiets des Unionsrechts vor allem zugunsten der Wirtschaftsteilnehmer sorgen, die bewusst in einem rein europarechtlichen Rahmen handeln und sich dementsprechend bei der Erlangung staatlicher Beihilfe nur auf aus dem Unionsrecht herrührende und darin begründete Grundsätze und Vorschriften berufen können⁴⁴⁶.

Diese dem Beihilfenrecht innewohnende Ausgestaltung der Verhältnisse zwischen Effektivität des Unionsrechts und Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten wurde bereits mit dem Begriff der Kompromisslosigkeit bezeichnet. Dieser Begriff will außerdem auf die Tragweite der damit verbundenen Konstellationen hinweisen, welche über die Grenze der durch die Bestandskraft einer endgültigen Kommissionsentscheidung markierten öffentlichen Durchsetzung quasi stromaufwärts bis zur privaten Durchsetzung reichen. Während die bisher analysierten Urteile den

⁴⁴⁴ In diesem Sinne KRÖNKE, *RLR*, 2011, 307 (311), wonach „Der EuGH neigt offenbar dazu, die ursprünglich im Verhältnis zwischen nationalem Verfahrensrecht und materiellem Unionsrecht angesiedelten (sog. indirekten) Normkollisionen vollends auf die unionsrechtliche Ebene zu erheben und dort eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Durchsetzung des materiellen Unionsrechts einerseits und den hinter den verfahrensrechtlichen Vorschriften stehenden Rechtsgrundsätzen – v.a. der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes – andererseits vorzunehmen“.

⁴⁴⁵ Ähnlich auch VAN GERVEN, *CMLR*, 2004, 505 (518 f.), wonach „*Community case law is both the outcome and the source of a long process of cross-fertilization, back and forth, between national legal orders and the Community legal order, [where] interaction and cross-fertilization is not [intended as] a one-way-street*“.

⁴⁴⁶ Nichts anderes behauptete das BVerfG in dem *Alcan* Beschluss, als es andeutete, dass sich der Beihilfeempfänger der Einhaltung der Vorschrift zur Gewährung staatlicher Beihilfen wie etwa der Anmeldepflicht hätte vergewissern müssen und lediglich darauf und zwar auf einer rein europarechtlichen Konstellation vertrauensschutzbezogene Bedenken hätte stützen müssen.

Standpunkt der Rechtsprechung zur Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtssicherheit mit Bezug auf die öffentliche Durchsetzung ausgelotet haben, zielen die folgenden Ausführungen darauf ab, die besagte Tragweite bzw. Ausdehnung der als Kompromisslosigkeit des Beihilferechts sich enthüllten Umdeutung der Verfahrensautonomie⁴⁴⁷ in weiteren EuGH-Urteilen zur Geltung zu bringen. Darin treten insbesondere die vielfältigen Richtungen und Formen der privaten Durchsetzung vor der endgültigen Konkretisierung der Kommissionsbefugnisse in Erscheinung, sodass sich die Verfahrensautonomie auf die Verhältnisse zwischen Kommission und nationalen Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde etwas anders auswirkt. Obwohl Letztere in solchen Fällen von keiner endgültigen Feststellung des beihilferechtlichen Sachverhaltes seitens der Kommission Rechnung tragen müssen, handeln sie insofern selbstständig bzw. autonom, als sie den kompromisslosen Charakter des Beihilfenrechts zur Verwirklichung dessen Ziele auf nationaler Ebene aufnehmen und dessen Durchsetzung gewährleisten⁴⁴⁸. Man könnte gar die Behauptung wagen, dass die Verfahrensautonomie in Ermangelung der endgültigen Ausübung der Kommissionsbefugnisse ein den Mitgliedstaaten verfügbares Methode darstellt⁴⁴⁹, das durch die Aufnahme der sämtlichen beihilferechtlichen Regelwerk, Praxis und Rechtsprechung eine autonome und dementsprechend einzelfallgerechte Durchsetzung anbietet⁴⁵⁰. Die

⁴⁴⁷ Dazu mustergültig BIONDI, *EPL*, 2009, 225 (229) wonach *“There is, however, a sort of general tendency to classify the case law on effective judicial protection as automatically pro-EU rights and to consider the balance between effectiveness of EU law and national procedural autonomy as tilted”*. Der Autor kommt allerdings zum Schluss, dass aus der EuGH-Rechtsprechung keine gefährliche Einschränkung der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten abzuleiten sei, da der EuGH und die nationalen Gerichte gemeinsame Ziele verfolgen und zwar die positive und effektive Durchsetzung einer bestimmten Rechtsordnung und der damit verbundenen Rechtsschutzmittel.

⁴⁴⁸ Ähnlich auch KRÖNKE, 2011, a.a.O., 312, wonach die Verfahrensautonomie nicht als rechtliches Reservat der Mitgliedstaaten, das von den Eingriffen des Unionsrechts unberührt bleiben muss, sondern eher als Mittel zur Verwirklichung auf nationaler Ebene der Ziele des materiellen Unionsrechts unter Beachtung der Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung verstanden werden kann.

⁴⁴⁹ Ähnlich GALETTA, 2010, 12 f., die die Verfahrensautonomie auf eine bereits verwurzelte Verfahrenszuständigkeit der Mitgliedstaaten zurückführt und die sie dementsprechend als *„autonomous choice of means [...] to identify the competence of Member States to sanction the respect of EU law“* bezeichnet in Anlehnung an EuGH-Urt. v. 04.04.1968 in Rs. C-34/67 *Firma Gebrüder Lück/Hauptzollamt Köln-Rheinau*, EU:C:1968:24, Abs. 6. Demnach beschränkt *„[Art. 110 AEUV trotz der Unanwendbarkeit] aller mit dieser Vorschrift unvereinbaren innerstaatlichen Maßnahmen indessen nicht die Befugnis der zuständigen nationalen Gerichte, unter mehreren nach der innerstaatlichen Rechtsordnung in Betracht kommenden Wegen diejenigen zu wählen, welche zum Schutz der durch das Gemeinschaftsrecht gewährten individuellen Rechte geeignet erscheinen“*.

⁴⁵⁰ Ähnlich Schlussanträge GA Tesaro, C-142/87 *„Tubemeuse“*, Rn. 9, der mit Bezug auf die unmittelbare Geltung des Durchführungsverbots und auf die damals sich noch entwickelnde private Durchsetzung befand, dass *„[...] es jüngste Anzeichen für eine Entwicklung des innerstaatlichen Streitverfahrens im*

unionsrechtskonforme Durchsetzung erfolgt in diesem Sinne lediglich seitens der mitgliedstaatlichen Behörden und schöpft sich in dieser Konstellation ausschließlich auf nationaler Ebene aus, was das Alleinstellungsmerkmal dieser Form der Verfahrensautonomie und derer breiten Tragweite kennzeichnet.

Das erste Beispiel betrifft immer noch das Gebiet der öffentlichen Durchsetzung und insbesondere die Durchbrechung der Rechtskraft mittels eines nachträglich erlassenen endgültigen Beschlusses der Kommission. Einschlägig zwecks der vorliegenden Analyse erweist sich jedoch mehr die Verflechtung von verschiedenen EuGH-Urteilen, die die langwierige Komplexität des Verfahrens in seiner Gesamtheit aufgrund der Unstimmigkeiten um die Auslegung und Anwendung des Beihilfebegriffs hervorruft und die mittelbar die Gefahren einer kompromisslosen Anwendung beschildert, denen der Beihilfeempfänger in dem vorliegenden Fall vor allem durch das Vertragsverletzungsverfahren ausgesetzt ist. Die Rede ist hier von der Saga⁴⁵¹ um die beihilferechtliche Würdigung der begünstigenden Steuerbegleichung zugunsten des slowakischen Konzerns *Frucona Kosiče*. In dem vorliegenden Fall wurde 2004 durch ein gerichtliches Vergleichsverfahren eine teils getilgte Steuerbegleichung zugunsten *Frucona Kosiče* gewährt, was die Kommission 2006 nachträglich als rechtswidrige und unvereinbare Beihilfe einstuft. Da der Mitgliedstaat angesichts der Rechtskraft des Vergleichsurteils und der der Beschlussvollstreckung entgegenstehende Anwendung nationaler Vorschriften keine notwendige Maßnahme zur Beitreibung der Beihilfe ergriffen hatte, erhob die Kommission Klage vor dem EuGH wegen einer Vertragsverletzung nach Art. 108 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV⁴⁵². Obwohl der EuGH dem Grundsatz der Rechtskraft eine bedeutsame Rolle in der mitgliedstaatlichen und in der europäischen Rechtsordnung zuwies, gab er der Klage in Anbetracht dessen statt, dass dem Staat andere Rechtsmittel zur Rückforderung der Beihilfe zur Verfügung hätten

Bereich der Beihilfen [gibt], was auf eine höhere Aufmerksamkeit für die Bedeutung der Problematik hindeutet [...]. Im Lichte dieser Darlegungen lässt sich sagen, dass die "weitläufige Kontrolle" der nationalen Gerichte bezüglich der Beachtung des Durchführungsverbots gemäß Artikel 93 Absatz 3 durch die Mitgliedstaaten ein bedeutsames Garantieinstrument darstellt und in Zukunft noch an Bedeutung gewinnen wird“.

⁴⁵¹ Dazu auch NICOLAIDES, *State Aid Uncovered*, 2016, der ausdrücklich von einem Saga bezüglich der Anwendung des Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten bzw. im vorliegenden Fall *Gläubigers* redet und die gesamte Geschichte der Ausgangslage und des Verfahrens beschreibt.

⁴⁵² Die Rede ist hier von den ab **Fn. 136** bereits kommentierten Urte. C-507/08 *Kommission/Slowakei* und entsprechenden Schlussanträgen des GA Cruz Villalón.

stehen können⁴⁵³. Der Mitgliedstaat war seinen aus dem AEU-Vertrag herrührenden Pflichten nicht nachgekommen. Inzwischen hatte der Beihilfenbegünstigte den endgültigen Beschluss der Kommission vor dem EuG angefochten, die Klage wurde allerdings zurückgewiesen⁴⁵⁴. Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens hob der EuGH das Urteil des EuG anhand eines die Dauer des Insolvenzverfahrens betreffenden Beurteilungsfehlers auf⁴⁵⁵, sodass sich die Kommission veranlasst sah, solche Mängel durch einen neuen Beschluss zu beheben. Auch der im Oktober 2013 erneut erlassene Beschluss wurde von dem Begünstigten vor dem EuG mit der Begründung angefochten, dass die Kommission einen Beurteilungsfehler zur Würdigung des Insolvenzverfahrens im Vergleich mit dem Vergleichsverfahren in Anbetracht des *Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten* bzw. im vorliegenden Fall *Gläubigers*⁴⁵⁶ begangen habe⁴⁵⁷. Der Klage gab das EuG genau aufgrund des fehlenden beihilferechtlich relevanten Merkmals des Vorteils statt und das seitens der Kommission dagegen eingelegte Rechtsmittelverfahrens wurde von dem EuGH zurückgewiesen, sodass das Urteil des EuG bestätigt wurde⁴⁵⁸.

Die kurze Abhandlung um die Rechtssache *Kommission/Slowakei* beweist in erster Stelle, dass die positive Grundhaltung des Generalanwalts und des EuGH keineswegs darauf abzielte, die Durchsetzung des Beihilfenrechts bzw. das Entscheidungsmonopol der Kommission vor dem Grundsatz der *res iudicata* zu opfern, weil ein solches Ergebnis dem Grundsatz des Vorrangs und der Effektivität des Unionsrechts hätte zuwiderlaufen können. Mit anderen Worten erweist sich innerhalb des Systems der Beihilfenkontrolle als schwer durchführbar, dass ein rechtskräftiges Urteil als Hindernis für die Ausübung der ausschließlichen Zuständigkeit der

⁴⁵³ Urte. C-507/08 *Kommission/Slowakei*, Rn. 59 ff. Diesbezüglich auch SCHEPISI, 2021, a.a.O., 22, die die Betonung auf die Wichtigkeit des Rechtskraftgrundsatzes in diesem Urteil als Bremse zu einer erweiterten Anwendung der *Lucchini*-Rechtsprechung erachtet. Diese Bremse wurde aber durch die Urteile *Buonotourist* und *CSTP* dennoch nicht gezogen, da das rechtskräftige Urteil zur Gewährung der Beihilfe keinen Einhalt der nachträgliche Ausübung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission gebieten darf. Das sollte aber insofern nicht überraschen, als das Urteil *Kommission/Slowakei* selbst zu diesem Ergebnis gelangt war.

⁴⁵⁴ EuG-Urt. v. 11.12.2010 in Rs. T-11/07 *Frukona Kosiče/Kommission I*

⁴⁵⁵ EuGH-Urt. v. 24.01.2013 in Rs. C-73/11 *Frukona Kosiče/Kommission I*

⁴⁵⁶ Darüber und über seine Deklinationen bei der materiell-rechtlichen Prüfung eines Tatbestandes verweist man auf die 2016 Bekanntmachung der Kommission zum Beihilfenbegriff, Rn. 73 ff.

⁴⁵⁷ EuG-Urt. v. 16.03.2016 in Rs. T-103/14 *Frukona Kosiče/Kommission II*

⁴⁵⁸ EuGH-Urt. v. 20.09.2017 in Rs. C-300/16 *Kommission/Frukona Kosiče*

Kommission gelten kann⁴⁵⁹. Einerseits stützt der endgültige negative Beschluss nach Art. 16 BVVO seinen rechtsverbindlichen Charakter auf Art. 288 Abs. 4 AEUV sowie seine unausweichliche⁴⁶⁰ Wirkung auf Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV i. V. m. Art. 107 AEUV und Art. 108 Abs. 2 AEUV, was als Ausfluss des Vorrangs des Unionsrechts⁴⁶¹ dargestellt werden kann. Andererseits kann die Kommission im Falle einer Missachtung eines derartigen Beschlusses immer von dem beschleunigten Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 108 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV Gebrauch machen. Wenn die letzte Konstellation *ictu oculi* keine besondere Merkmale im Vergleich zur bereits ausgeloteten Rechtsprechung zur Durchbrechung des Rechtskraftgrundsatzes aufweist, relevanter erscheint nichtdestotrotz die Verflechtung bzw. die Spannung zwischen dem Vertragsverletzungsverfahren und den nachgegangenen Urteilen. Während einerseits die Verletzung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission durch die mangelnde anzuordnende Rückforderung betont wird und deren feststellende Urteil weiterhin seine Wirkung entfaltet, stellen andererseits die Klagen und die sich daraus ergebenden Urteile die Einschätzung der Kommission selbst bezüglich des Merkmals des Vorteils als fehlerhaft fest. Eine solche Spannung sticht noch mehr heraus unter der Berücksichtigung, dass die nationalen Gerichte bei der Gewährung der Steuerbegleichung nicht einmal die etwaige beihilferechtliche Relevanz des Sachverhaltes in Erwägung gezogen hatten. Die Verletzung des Entscheidungsmonopol der Kommission entstand dann hauptsächlich in jener Phase und weniger bei der nicht durchgeführten Durchsetzung des endgültigen Beschlusses, sodass sich die

⁴⁵⁹ In diesem Sinne auch WILMAN, a.a.O., 35, der das Fehlen einer Abwägung im Beihilfenrecht zwischen dem Effektivitätsgebot einerseits und wichtigen Grundsätzen des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts andererseits und somit die besagte Kompromisslosigkeit „*in light of the exclusive nature of the Commission's supervisory powers in this domain*“ rechtfertigt.

⁴⁶⁰ Diesbezüglich GA Cruz Villalón in Schlussanträge C-507/08 *Kommission/Slowakei*, Rn. 52, wonach „die Verpflichtung der Staaten, das Ergebnis in Form der Wiedererlangung der rechtswidrig gewährten Beihilfen zu erzielen, im Ergebnis unausweichlich [ist]“.

⁴⁶¹ Diesbezüglich auch EuGH-Urt. v. 09.03.1978 in Rs. C-106/77 *Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal SpA („Simmenthal“)*, Rn. 17/18 und EuGH-Urt. v. 19.06.1990 in Rs. C-213/89 *The Queen/Secretary of State for Transport („Factortame“)*, Rn. 18, die die Nichtanwendbarkeit dem Unionsrecht entgegenstehender nationaler Vorschriften damit begründen, dass angesichts des Grundsatzes des Vorranges des Unionsrechts die Vertragsbestimmungen zum „vorrangigen Bestandteil“ jeder mitgliedstaatlichen Rechtsordnung geworden sind. Demzufolge muss ein nationales Gericht, das zur Vollstreckung eines endgültigen Beschlusses der Kommission berufen ist, sei sie vor oder nach dem rechtskräftigen beihilfegewährenden oder gar rückforderungsabweisenden Urteil erlassen worden, das rechtskräftiges Urteil und somit die nationale Vorschrift über die Rechtskraft nicht vollstrecken bzw. nicht anwenden. Der Beschluss ist nämlich vorrangiger Bestandteil der Rechtsordnung insofern geworden, als er auf dem Vorrang des Unionsrechts beruht.

Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtskraft und der Rechtssicherheit als notwendig für das Gefüge der Beihilfenkontrolle selbst erwies. Daraus erschließt sich nicht nur die wahre Bedeutung der privaten Durchsetzung des Beihilfenrechts und die erwähnte Tendenz, die Kompromisslosigkeit dieser Kontrolle stromaufwärts bis dahin zu erweitern, sondern auch die bereits ausgelotete Umdeutung der Verfahrensautonomie, die vor der Konkretisierung der Kommissionsbefugnisse als autonomes Anwendungsmethode für die nationalen Gerichte zur Geltung kommt.

Eine solche Ausgestaltung bestätigt sich durch das zweite Beispiel, das die Durchbrechung des *res-iudicata*-Grundsatzes im Rahmen der privaten Durchsetzung betrifft. Den Ausgangspunkt des Vorabentscheidungsurteil⁴⁶² bildete eine Vorlagefrage vom LG Münster, das sich in dem vor ihm anhängigen Verfahren mit der Vollziehung eines eine etwaige Beihilfe gewährende zivilrechtlichen Vertrags befasste. Die 2007 zwischen den Verfahrensparteien geschlossenen Verträge betrafen nach Maß bestimmte Lieferungen von Wald- und Sturmholz zu einem je nach Menge und Qualität festgelegten Preis für die darauffolgenden Jahren bis 2014. Wegen der verringerten als vereinbart Abnahmemengen von Holz und der finanziellen Schwierigkeiten des Unternehmens, die zu einem Zahlungsrückstand geführt hatten, erklärte 2009 das Land den Rücktritt von den Holzlieferverträgen und stellte die vertragsgemäßen Belieferungen ein. Auf Antrag von dem Abnehmer stellte der LG 2012 mit einem Urteil⁴⁶³ den Fortbestand der besagten Verträge in Anbetracht dessen fest, dass der Rücktritt unwirksam gewesen sei und keine Unwirksamkeit- nach §323 BGB oder Nichtigkeitsgründe nach §134 BGB vorgelegen seien. Das Urteil wurde in der zweiten Instanz⁴⁶⁴ bestätigt und daraufhin rechtskräftig. Kraft der Feststellungsklage erhob das Unternehmen unter anderem eine Schadensersatzklage⁴⁶⁵ gegen das Land und dabei begehrte auch die Wiederaufnahme der unterbliebenen Holzlieferungen. Beihilferechtlich relevant wurde dann insofern die Klage, als das beklagte Land zum ersten Mal Bedenken über die Rechtmäßigkeit der Verträge mit dem Beihilfenrecht und insbesondere mit dem Durchführungsverbot aufwarf. Dass das Land erstmal im

⁴⁶² EuGH-Urt. v. 11.11.2015 in Rs. C-505/14 *Klausner Holz Niedersachsen GmbH/Land Nordrhein-Westfalen („Klausner Holz“)*, EU:C:2015:742.

⁴⁶³ LG Münster-Urt. v. 17.2.2012 – 011 O 37/11, DE:LGMS:2012:0217.011037.11.00

⁴⁶⁴ OLG Hamm-Urt. v. 03.12.2012 – 2 U 52/12, DE:OLGHAM:2012:1203.I2U52.12.00

⁴⁶⁵ LG Münster-Beschl. v. 18.9.2014 – 011 O 334/12, DE:LGMS:2014:0918.110334.12.0A

Folgeverfahren die Beihilferechtswidrigkeit der geschlossenen Verträge erhebt, wird in dem Schrifttum als *venire contra factum proprium*⁴⁶⁶ bezeichnet. Die wegen Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen verklagten staatlichen Stellen zielen in solchen Fällen darauf ab, „sich nachträglich unliebsam gewordener – da etwa als unrentabel erkannter – Verträge“⁴⁶⁷ zu entledigen. Obwohl ein solches Vorgehen gegen die Rechtsgüter der Rechtsfrieden und der Treu und Glauben verstößt und das Beihilferecht nicht als Vorwand zur Rückabwicklung von unliebsamen Vertragsbeziehungen dienen kann, stellt die Durchsetzung des Beihilfenrechts laut des Berufungsgerichts in dem späteren Verlauf der Streitigkeit kein verwerfliches Vorgehen⁴⁶⁸ dar, zumal ein überragendes öffentliches Interesse dieses Rechtsgebiet ausprägt und jede staatliche Stelle zur Wirksamkeit des Unionsrechts ständig beisteuern muss. Unabhängig davon befasste sich das LG dann auch zum ersten Mal mit solchen Überlegungen und bei einer ausführlichen Auslegung des Sachverhaltes gemäß Art. 107 AEUV kam zum Ergebnis, dass die Verträge eine Begünstigung aus staatlichen Mitteln

⁴⁶⁶ Demgegenüber kritisch auch KREBE, *EuZW*, 2008, 394 (396), der zur Vermeidung des Missbrauchspotenzial des Beihilfegebervorgehens eine notwendige Abwägung zwischen dem Grundsatz des *effet utile* und dem *Nemo-auditur*-Prinzip heranzieht und den Vorrang Letzteren befürwortet, wenn sich der Beihilfegeber und nicht ein Wettbewerber auf der Verletzung der Stillhalteverpflichtung beruft und die Rückforderung oder die Aussetzung der Beihilfe beantragt. In diesem Fall rechtfertige laut KREBE, 398, die rein formelle Natur der Verletzung einen solchen Vorrang, was aber von der Systematik der Beihilfekontrolle etwas abweicht, wonach die Mitgliedstaaten und ihre Abzweigungen in erster Stelle als Adressaten der Beihilfavorschriften denen volle Wirksamkeit gewährleisten müssen. Das könnte andernfalls einer untersagten Umgehung oder Manipulation des Durchführungsverbots durch die Mitgliedstaaten auch zu entgegengesetzten Zwecken ähneln. Hierzu bestätigend auch EuGH-Urt. C-505/14 *Klausner Holz*, Rn. 43, wie WEIB, *EuZW*, 2016, 57 (61) berichtet, da sich die Beihilfegeber ggf. im Einvernehmen mit den Empfängern des Beihilfenrechts quasi bedienen könnte. Dazu auch **Fn. 228**.

⁴⁶⁷ So KARPENSTEIN/DINGEMANN in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.) 2022, a. a. O., S. 1797 auch mit Bezug auf SOLTÉSZ, 2018, a.a.O., 554. Beispielhaft hierfür auch EuG-Beschl. v. 09.01.2012 in Rs. T-407/09 *Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft mbH/Kommission*, EU:T:2012:1, in dem sich die kommunale Eigengesellschaft durch eine Untätigkeitsklage nach Art. 265 AEUV eindeutig darum bemüht, trotz der vorläufigen und zwar negativen Ansicht der Kommission über die beihilferechtliche Relevanz der Verträge ihre Unvereinbarkeit feststellen zu lassen. Kritisch dazu auch Rain DINGEMANN im Rahmen der Tagung zur Richterfortbildung im Beihilfenrecht *NatJeusal*, Würzburg, 14-15.11.2019, wonach kein Grund vorliege, sich aus einem Vertrag auszulösen, der erwiesenermaßen auch beihilferechtskonform sein kann. Nichtsdestotrotz ist ein nicht angemeldeter Vertrag mit Beihilfeelementen auch rechtswidrig, woraus die nationalen Gerichte sämtliche Folgerungen ziehen müssen.

⁴⁶⁸ Was von SOLTÉSZ, ebd., gar als merkwürdige Mode bezeichnet wird, da die Rechtsbehelfe der privaten Durchsetzung in den letzten Jahren eher von staatlicher Seite und weniger von den privaten in Anspruch genommen werden, wird allerdings von der Rechtsprechung „weder als treuwidrig noch als rechtsmissbräuchlich“ eingestuft, dazu zutreffend v. a. OLG Hamm Urt. v. 27.2.2020 – 2 U 131/18, Rn. 145 ff., DE:OLGHAM:2020:0227.2U131.18.00.

für das Unternehmen aufgrund von nicht-marktüblichen Klauseln darstellten⁴⁶⁹. Den Weg zu einer Unwirksamkeits- bzw. Nichtigkeitserklärung anhand der Beihilferechtswidrigkeit war für das LG allerdings dadurch gesperrt, dass ein rechtskräftiges Urteil bereits vorlag, wonach die Verträge vollumfänglich wirksam seien und weiterhin fortbestehen. Das LG war mit anderen Worten an dem Tenor des rechtskräftigen Urteils nach § 322 ZPO zwangsläufig gebunden, da die Verneinung des Vorliegens von Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründen ein tragendes Element der Begründung des rechtskräftigen Urteils war⁴⁷⁰. Es ging nämlich sowohl in dem Vor- als auch in dem Folgeverfahren letztlich um die Wirksamkeit bzw. Verwirklichung des abgeschlossenen Vertrages und der Zweck war lediglich auf dessen Erfüllung gerichtet, sodass eine erneute und aller Voraussicht nach negative Prüfung der Wirksamkeitsgründe einen unheilbaren Widerspruch zwischen den Urteilen herbeigeführt hätte⁴⁷¹. Hätte das Landgericht Münster –Nichtdestotrotz beteuerte das LG in der Vorlagefrage, dass die Streitigkeit einen vollharmonisierten Bereich mit einer ausschließlichen Zuständigkeit der Unionsorgane betrifft⁴⁷² und unterstrich dazu, dass das deutsche Recht keine einschlägige Ausnahme zur Durchbrechung des Grundsatzes der Rechtskraft zwecks der Unwirksamkeitserklärung der Verträge anbietet. Die hier gerade beschilderte Konstellation unterscheidet sich gründlich von den bereits analysierten Rechtssachen bezüglich der Durchbrechung der *res iudicata*. Erstens hat

⁴⁶⁹ Ebd., Rn. 23-40, dann insb. 47, wo das LG die umstrittenen Aspekte des Sachverhaltes aus einer vollständig beihilferechtlichen Perspektive auslotet. Sie vertritt in erster Stelle die Ansicht, dass die Verträge der Anwendung des *private vendor test* – eine Unterart des bereits erwähnten *Grundsatzes des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten* – wegen Unangemessenheit der Gegenleistung nicht standhalten und schließt auch in dem Einzelfall die etwaige Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnung oder der *de-minimis*-Verordnung aus.

⁴⁷⁰ Ebd., Rn. 55-57. Wie Voß, 2018, 34, erläutert, hervorzuheben ist auch die Tatsache, dass es sich in dem vorliegenden Fall um die materielle Rechtskraft nach § 322 ZPO handelt, nachdem die Maßgeblichkeit des Inhalts eines Urteils, das über den durch die Klage erhobenen Anspruch entschieden hat, daran hindert, dass in späteren Entscheidungen davon abgewichen wird.

⁴⁷¹ So auch Voß, 2018, a.a.O., 137.

⁴⁷² Ebd., Rn. 76. Aus Sicht des Verfassers erweist sich nicht als gänzlich zutreffend, dass das Beihilfenrecht ein vollharmonisierter Bereich ist. Dieses Gebiet fällt zwar unter die ausschließliche Zuständigkeit des Unionsrechts gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV und teilt eine ebenso ausschließliche Befugnis der Kommission zu. Eine Vollharmonisierung würde jedoch meinen, dass auch das Zivil- und Verwaltungsverfahrensrecht, die in der Phase der Durchsetzung auf nationaler Ebene relevant werden, eine Harmonisierung erlebt haben. In diesem hypothetischen Fall würden auch die Frage zur Durchbrechung der Rechtskraft und zur Verfahrensautonomie keine besondere Spannung zwischen dem Beihilfenrecht und dem zur dessen Durchsetzung dienenden mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht auslösen. Außerdem zu beachten ist auch, dass die BVVO keinen harmonisierender Versuch darstellt, weil ihre Vorschriften laut der Rechtsprechung nur der Handlung der Kommission anzuwenden sind.

ähnlich wie im Fall *Kommission/Slowakei* das LG Münster zwar in dem Vorverfahren das Beihilferecht nicht einmal in Erwägung gezogen⁴⁷³, jedoch fehlt hier jeglicher vorläufiger oder auch endgültiger Beschluss der Kommission, sei er vor oder nach dem rechtskräftigen Urteil erlassen worden, der auf eine eindeutige Verletzung ihrer ausschließlichen Zuständigkeit hindeuten könnte. Von besonderer Bedeutung ist zweitens die Tatsache, dass es dem in Rechtskraft erwachsenen Urteil weder um die Gewährung noch um die Rückforderung oder gar um das Vorliegen einer Beihilfe ging. Der EuGH war dann in dem Fall berufen, die Tragweite der Durchbrechung des Rechtskraftgrundsatzes noch einmal zu erläutern bzw. das *effet utile* und die Kompromisslosigkeit des Beihilfenrechts mit der Verfahrensautonomie genauer zu vereinbaren. Nicht zu schweigen ist auch der Umstand, dass sich die vorliegende Rechtssache vollständig im Rahmen der privaten Durchsetzung abwickelt. Das nationale Gericht beabsichtigt nämlich, die umstrittene Verträge aufgrund des Verstoßes gegen das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV unwirksam bzw. nichtig zu erklären. Daraus geht hervor, dass sich das Urteil des EuGH unmittelbar auf die Befugnisse und auf den Spielraum der nationalen Gerichten auswirkt, wenn sie sämtliche Folgerungen aus einer solchen Verletzung ziehen und dabei das nationale Recht dementsprechend unionsrechtskonform auslegen und anwenden müssen. Die Frage der Erhebung der Vertragsnichtigkeit von Amts wegen im Zusammenhang mit dem Thema der Reichweite des Rechtskraftgrundsatzes bezüglich des Streitgegenstandes⁴⁷⁴, wie sie sich in dem vorliegenden Fall mustergültig gestellt haben, betreffen auch die Perspektive über das Gefüge und die Rolle eines gerichtlichen Verfahrens. Wenn man das vorliegende EuGH-Urteil als Glied einer langen Ketten von

⁴⁷³ Das OLG Hamm, 2 U 131/18, Rn. 150, erinnert in seinem 2020 Urteil, „dass es sich bei dem Einwand der Nichtigkeit nach §134 BGB [i. V. m. Art. 108 Abs. 3 S.3 AEUV und bezüglich dessen Verletzung] um eine von Amts wegen zu beachtende Einwendung handelt, die vom erkennenden Gericht also von sich aus zu beachten ist“.

⁴⁷⁴ Diesbezüglich vgl. *Cass.sez. un.*, Urt. v. 04.09.2012, n. 14828, § 2.4 ff., und die darauffolgenden *Cass.sez. un.*, Urt. v. 12.12.2014, n. 26242 und 26243, § 5.5. ff. und § 7.3 f., wonach die verpflichtende Feststellung der Nichtigkeit im Rahmen einer Feststellungs- oder Leistungsklage zwar von Amts wegen nur *incidenter tantum* erfolgt und in Ermangelung eines entsprechenden darauffolgenden Antrags der Parteien auch nicht in Rechtskraft erwachsen kann. Gleichzeitig dennoch, falls das Gericht sich mit der Frage der Nichtigkeit nicht einmal ansatzweise befasst hat, wird die sog. implizite Rechtskraft auch die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts bedecken, es sei denn, was zwecks dieser Analyse relevant, die Entscheidung auf der sog. *ragione più liquida* (am einfachsten für die Verfahrenseffizienz zugängliche Frage, die die Prüfung anderer Fragen überflüssig macht) beruht, was die implizite Rechtskraft über die Wirksamkeit des Vertrages ausschließt.

bereits erforschten Urteilen betrachtet, kann man auch entnehmen, dass der EuGH bisher im beihilferechtlichen Sachen einem eher öffentlich-rechtlichen Verständnis des gerichtlichen Verfahrens⁴⁷⁵ gefolgt hat, das auch eine bereits von der Kommission verfolgten Anlehnung der privaten Durchsetzung an jener öffentlichen enthüllt hat. Infolgedessen werden die Befugnisse der nationalen Gerichten mittels des Effektivitätsgrundsatzes⁴⁷⁶ breiter ausgelegt, weil der Zweck der Durchsetzung des (Beihilfe)-rechts und der Verwirklichung der entsprechenden Ziele überragen, während die Parteien, deren Hauptziel meistens die Streitbeilegung wie im *Klausner Holz* ist und trotzdem Motor der privaten Durchsetzung sind, mit ihrer Rechtstellung etwas in Hintergrund geraten. Solche Vorbemerkungen waren auch angesichts dessen notwendig, dass das vorliegende EuGH-Urteil nicht für einen besonders vertiefte Begründung⁴⁷⁷ heraussticht und dementsprechend für teils brisante Kritik in dem Schrifttum gesorgt hat. In der ersten Teil der Begründung⁴⁷⁸ weist der EuGH erstens daraufhin, dass die nationalen Gerichte das nationale Recht immer zwecks der Verwirklichung des Unionsrechts und seiner Vorschriften auszulegen haben. Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung, der Bestandteil der EU-Rechtsordnung und Ausfluss des Vorrangs des Unionsrechts ist, darf aber nur herangezogen werden, wenn er nicht zu einer Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts führt⁴⁷⁹. In diesem

⁴⁷⁵ Den Unterschied zwischen den zwei Verfahrenskonzepten beschildert ausführlich Russo, *DCC*, 2015, 7, der mit Bezug auf das italienische Zivilprozessrecht die Verhältnisse zwischen Streitgegenstand, Vertragsnichtigkeit und deren Einwand von Amts wegen genau auslotet. Indem er sich auf die gerade erwähnten Urteile von *Corte di cassazione* bezieht, hebt Russo, 11, auch hervor, dass eine öffentlich-rechtliche Ausprägung des Verfahrens keine Widerspruch bezüglich der Nichtigkeit dulden kann, was auch die allgemeine Befugnis des Gerichts zur Erhebung der Nichtigkeit begründet.

⁴⁷⁶ Dazu WILMAN, 2015, a.a.O. 36 und 385 ff., der den Effektivitätsgrundsatz mit der Frage verbindet, inwiefern ein nationales Gericht von der ihm vom nationalem Verfahrensrecht gebotenen Passivität abweichen darf, um die entscheidungsrelevante Verletzung einer Unionsvorschrift von Amts wegen zu erheben. Diese Frage, die sich auch mit jener der Vertragsnichtigkeit überlagert, sei laut WILMAN zwar durch das Äquivalenzgebot zu beantworten, bestätigend auch GA Jacobs, Schussanträge v. 15.06.1995 in verb. Rs. C-430/93 und 431/93, *Van Schijndel*, Rn. 38. Einige Gebiete wie das Wettbewerbsrecht verlangen jedoch angesichts ihrer grundlegenden Rolle in der Unionsrechtsordnung eine *ex officio* Erhebung der verletzten Unionsvorschrift. Das ist gewissermaßen auch der Fall vom Beihilferecht in Anbetracht der unmittelbaren Geltung des Durchführungsverbots, die durch einen wirksamen Rechtsschutz der Wettbewerber eine effektive Durchsetzung gewähren muss.

⁴⁷⁷ Diesbezüglich KÜHLING, *EWS*, 2015, 301, der an dem Urteil auch bemängelt, dass es ohne Schlussanträge des Generalanwalts trotz der Relevanz der Frage gefällt wurde.

⁴⁷⁸ EuGH-Urt. C-505/14, *Klausner Holz*, Rn. 31 ff.

⁴⁷⁹ Etwas skeptisch diesbezüglich LEIBLE/DOMRÖSE in RIESENHUBER, 2021, a.a.O., § 8, Rn. 44 und Rn. 59, wonach der Anwendungsvorrang und die das Gebot der primärrechtskonformen Auslegung begründende Loyalitätsverpflichtung nach Art. 4 Abs. 3 EUV die Hürden für ein zulässiges *contra-legem*-Judizieren - wie bspw. den subjektiven Vertrauensschutz, der im Beihilferecht zugunsten des Empfängers

Sinne, scheint der EuGH Verständnis dafür zu zeigen, dass eine drastische Durchbrechung der Rechtskraft eine innerdeutsche Diskussion⁴⁸⁰ und zwar eine Spannung in den Verhältnissen zwischen nationalem und EU-Recht angesichts der Intensität des Eingriffs in einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung zu entfachen. Gleichzeitig zielt der EuGH damit darauf ab, eine „mildere“⁴⁸¹ und vielleicht vereinbarere Alternative dem vorlegenden Gericht zu zeigen, die ihm hätte vielleicht erlauben können, die Rechtskraft des Gerichtsurteils über die fortbestehende Wirksamkeit der Verträge mit der unausweichlichen Durchsetzung des Beihilferechts in Einklang zu bringen. Man will hier nämlich hervorheben, dass sich die unionsrechtkonforme Auslegung des § 322 ZPO zur Durchsetzung des Durchführungsverbot zweierlei⁴⁸² erweisen kann. Eine extensive Auslegung der Vorschrift nach § 322 ZPO würde das nationale Gericht gar daran hindern, einstweilige Maßnahmen zur Aussetzung der fraglichen Verträge bis zum endgültigen Beschluss der Kommission anzuordnen. In diesem Fall wäre eine Durchbrechung unvermeidbar, wenn man die Beihilfevorschriften ihrer praktischen Bedeutung nicht aushöhlen möchte. Restriktiv ausgelegt würde sich die Rechtskraft hingegen ausschließlich auf das rechtliche Begehren und zwar auf die Gültigkeit der Verträge erstrecken, sodass das nationale Gericht zumindest die Aussetzung der Vollziehung der Verträge verfügen könnte. Im Falle eines endgültigen negativen Beschlusses der Kommission⁴⁸³ könnte das

kaum rechtliche Anerkennung bewiesenermaßen findet – wohl überwinden können, solange der Richter einen Rechtssatz unangewendet lässt und keinen indessen umbildet oder schöpft, was über den Zweck des Anwendungsvorranges hinausläuft und als „primärrechtskonforme Rechtsfortbildung *contra legem* einzustufen sei.

⁴⁸⁰ Diese Befürchtung spiegeln sowohl KÜHLING, 2015, a.a.O. 301 als auch MANKOWSKI in KARPENSTEIN/KOTZUR/VASEL, 2024, § 33, Rn. 143. Letzterer erkennt dazu, dass das Beihilferecht sich dafür eignet, „besonderen Sprengstoff“ in diesem Hinblick „zu bergen“. Sehr kritisch diesbezüglich WEIß, 2015, a.a.O., 61, der von einer „unionsrechtliche[n] Entwertung der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen und der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten“ redet.

⁴⁸¹ So KÜHLING, 2015, a.a.O. 301.

⁴⁸² Den ausführlichen Unterschied zwischen einer extensiven und einer restriktiven Auslegung, der zwischen den Zeilen der EuGH-Begründung auftaucht, schlägt STREINZ, *NVwZ*, 2016, 600 (605) vor.

⁴⁸³ Bemerkenswert ist die Aufforderung des Unternehmens im 2015, das Tätigwerden der Kommission nach Art. 265 Abs. 2 AEUV durch ein Schreiben anzustrengen. Die Kommission antwortete daraufhin, dass sie nach der BVVO nicht verpflichtet sei, eine Entscheidung über eine bestimmte Maßnahme zu erlassen und dass das Unternehmen als Nicht-Beschwerdeführer nach Art. 24 Abs. 2 BVVO auch kein Anspruch auf ein Tätigwerden habe. Die darauffolgende Untätigkeitsklage wurde mit ähnlichen Begründungen für unzulässig erklärt, so EuG-Beschl. v. 06.04.2017 in Rs. T-101/16 *Klausner Holz Niedersachsen GmbH/Kommission*, EU:T:2017:269. Bisher liegt dem Verfasser der vorliegenden Arbeit auch kein vorläufiger oder endgültiger Beschluss der Kommission vor. Auch die Suche nach der 2013 Mitteilung Deutschlands unter SA.37113 und nach der Beihilfebeschwerde von einigen Wettbewerber

Gericht genau aufgrund dessen die Unwirksamkeit der Verträge erklären und in Anwendung der *Lucchini* und *Buonotourist* Rechtsprechung auch die Rückforderung der Beihilfe anordnen. Ein solcher Ansatz kann in der Auslegungsphase jeglichem mitgliedstaatlichen Gericht bei der privaten Durchsetzung des Beihilfenrechts behilflich sein, zumal die Ermangelung eines Beschlusses der Kommission keinesfalls eine Aussetzung des anhängigen Verfahrens⁴⁸⁴ und zwar die Entbindung des nationalen Gerichts von seinen Verpflichtungen herbeiführen kann. In dem vorliegenden Fall war das vorlegende Gericht allerdings der Auffassung, dass keine unionsrechtskonforme Auslegung des § 322 ZPO die Vollziehung der Verträge hätte abwenden können. Das LG hatte das bereits in seinen Begründungen zum Vorlagebeschluss ausgeschlossen, indem es die Ausnahmen zur Rechtskraft einer Gerichtsentscheidung in der deutschen ZPO ausgelotet hatte⁴⁸⁵. Obwohl der EuGH noch einmal betont, dass die Verwirklichung des in dem Fall von dem Unionsrecht verfolgten Ziels nicht immer einer Rechtskraftdurchbrechung bedarf⁴⁸⁶, muss er in dieser Rechtssache die mehrfach erwähnte Kompromisslosigkeit des Beihilferechts wieder in Erwägung ziehen. Mit

unter SA.37509 hat kein Ergebnis geliefert. Nur zu bemerken ist, dass die Kommission in ihrer Stellungnahme vor dem EuGH das Vorliegen einer Beihilferegelung nahegelegt hatte, während das LG von dem Vorliegen einer Beihilfe ausgegangen war, was auch vom EuGH nicht ausdrücklich verneint wurde und was das LG und später das OLG weiterhin anerkannt haben, wie erstens BGH Beschl. v. 9.11.2021 – VIII ZR 97/20, DE:BGH:2021:091121BVIIIZR97.20.0, und zweitens BGH Beschl. v. 18.1.2022 – VIII ZR 97/20, DE:BGH:2022:180122BVIIIZR97.20.0, Rn. 4 ff. bestätigt haben.

⁴⁸⁴ Diesbezüglich EuGH-Urt. C-39/94 *SFEI*, Rn. 44 ff. Abzulehnen ist dementsprechend der Vorschlag von STREINZ, 2016, a.a.O., 605 in Anlehnung an WEIß, 2015, a.a.O., 61, wonach das vorlegende Gericht nach dem Vorabentscheidungsurteil das Verfahren nach § 148 ZPO bis zum Beschluss der Kommission aussetzen sollte. Das ist ausschließlich denkbar, wenn die Aussetzung des Verfahrens mit der Verfügung einstweiliger Maßnahmen wie die Aussetzung der Vollziehung der Verträge einhergeht. Andernfalls würde das nationale Gericht gegen seine aus dem Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV entspringenen Verpflichtungen verstoßen.

⁴⁸⁵ Dazu kritisch KÜHLING, 2015, a.a.O., 301, der an dem Beschluss des LG bemängelt, dass es nur die Ausnahmenvorschriften nach § 322 ZPO in Erwägung gezogen hätte und nicht auch „die Reichweite der Norm selbst hinterfragt“. Das hätte womöglich auch eine restriktive Auslegung der Vorschrift begründen können. Der Autor redet allerdings von den Hinweisen des EuGH als „produktiver Interpretationsanstoß“.

⁴⁸⁶ EuGH-Urt. C-505/14, *Klausner Holz*, Rn. 38 f., mit Hinweis auf EuGH-Urt. v. 06.10.2015 in Rs. C-69/14, *Dragoş Constantin Târşia/Statul Român*, wonach das Effektivitätsgrundsatz nicht an der Beschränkung der Wiederaufnahmemöglichkeit eines Verfahrens hindert, wenn sich die rechtskräftige Gerichtsentscheidung als unvereinbar mit einer als die Entscheidung selbst späteren Auslegung des Unionsrechts durch den EUGH erweist. Ausführlich diesbezüglich GUNDEL, *EWS*, 2016, 2 (5 f.), der einen Vergleich zwischen dieser Rechtssache und derjenige in *Klausner Holz* zieht und die besondere Ausgestaltung bzw. Verschärfung der Mindesteffektivität des Unionsrechts in der Beihilfenaufsicht hervorhebt. Zu der Relevanz der Rechtskraft auch WEIß, 2015, a.a.O., 60 und KÜHLING/SCHWENDINGER, *EWS*, 2015, 1 (5), die sich insbesondere auf ähnliche Feststellungen des EuGH in der bereits analysierten Rechtssache *Kommission/Slowakei*.

anderen Worten kommt der EuGH zu dem Schluss, dass eine wie vom vorliegenden Gericht dargelegte Anwendung des § 322 ZPO das nationale Gericht dermaßen hindert, dass es den aus Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV herrührenden Verpflichtungen nicht mehr nachkommen könnte⁴⁸⁷. Eine solche Begründung sticht dennoch eher dafür heraus, dass sich der EuGH unmittelbar auf die Rolle und die damit verbundenen Aufgaben des mitgliedstaatlichen Gerichts im Rahmen der privaten Durchsetzung bezieht. Der EuGH ist dann berufen, die Selbständigkeit der nationalen Gerichte zu schützen, die bei der Verwirklichung der Durchführungsverbot auch in Ermangelung eines Beschlusses der Kommission eine Hauptrolle spielen und über bestimmte und zwar unentbehrliche Befugnisse bei dessen mutmaßlichen Verstoß verfügen. Anzunehmen, dass die Rechtskraft sich auch auf Rügen erstreckt, die in dem Vorverfahren nicht aufgeworfen wurden, wie die materielle Rechtskraft nach § 322 ZPO zwar gebietet, und dabei jedoch die beihilferechtliche Relevanz des Sachverhaltes außer Acht zu lassen, würde den Vorrang des Unionsrechts und vor allem die immer noch nur teils ausgeschöpften Befugnisse der nationalen Gerichten unwiederbringlich entkräften⁴⁸⁸. Diesbezüglich ist auch zu unterstreichen, dass der notwendige Schutz vor einer Verletzung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission, die aus der dahingehend ausgelegten Tragweite der Rechtskraft hätte entspringen können, nur eine zweitrangige Stelle in der Begründung des EuGH-Urteils findet⁴⁸⁹. Zwar war diese Zuständigkeit vor dem EuGH-Urteil trotz vorgenommenen Notifizierung noch nicht ausgeübt worden, nichtdestotrotz lag der Fokus des EuGH in seinen Ausführungen hauptsächlich bei der Verwertung und dem Schutz der Befugnisse der nationalen Gerichte im Rahmen der privaten Durchsetzung des Beihilfenrechts. Das Vorabentscheidungsverfahren kommt schließlich zum Ergebnis, dass dem Effektivitätsgrundsatz vor der Vorschrift zur materiellen Rechtskraft Vorrang gestattet werden muss⁴⁹⁰, soweit sie ein nationales Gericht hindert, sich im Rahmen des durch einen anderen Streitgegenstand angestregten Folgeverfahrens mit der Beihilferechtswidrigkeit bestimmter Verträge zu befassen, in

⁴⁸⁷ EuGH-Urt. C-505/14, *Klausner Holz*, Rn. 42.

⁴⁸⁸ EuGH-Urt. C-505/14, *Klausner Holz*, Rn. 43, der auf die potentielle Umgehung des Durchführungsverbots seitens des Beihilfegebers, des Empfängers oder auch beider einvernehmlich sowie auf den fortwährenden Verstoß durch jede Holzlieferung verweist, dem kein nationales Gericht mehr wegen der Rechtskraft abhelfen könnte.

⁴⁸⁹ EuGH-Urt. C-505/14, *Klausner Holz*, Rn. 44

⁴⁹⁰ EuGH-Urt. C-505/14, *Klausner Holz*, Rn. 45

Anbetracht dessen, dass in dem ersten Rechtszug die Wirksamkeit solcher Verträge anderweitig begründet wurde und dieses Befinden ein tragendes Element für das Urteil im Folgeverfahren darstellt. Die Neuigkeit bezüglich der Tragweite der Rechtskraftdurchbrechung und im Endergebnis der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten im Rahmen der privaten Durchsetzung ist allerdings eher den besonderen Merkmalen des vorgelegten Sachverhaltes zu gebühren und weniger einem Kurswechsel⁴⁹¹ des EuGH. Ähnlich wie in der *Frucona-Kosiče*-Saga entsprang nämlich die mutmaßliche Beihilferechtswidrigkeit aus der Tatsache, dass das LG bei der Feststellung des Fortbestandes der Wirksamkeit nicht einmal die etwaige beihilferechtliche Relevanz des Sachverhaltes in Erwägung gezogen hatte, sodass sich die Durchbrechung der Rechtskraft als notwendig für das Gefüge der Beihilfenkontrolle selbst erwies. Und die Beihilfeaufsicht lag in dem Fall *Klausner* ausschließlich in den Händen des nationalen Gerichts, das keinen vorläufigen oder endgültigen Beschluss der Kommission jeweils zu beachten oder durchzusetzen hatte⁴⁹², sondern musste lediglich sämtliche Folgerungen aus der Verletzung des Durchführungsverbot ziehen. Die vorliegende Rechtssache ist dann ein klares Beispiel für die bereits ausgelotete Umdeutung der Verfahrensautonomie, die vor der Konkretisierung der Kommissionsbefugnisse als autonomes Anwendungsmethode für die nationalen Gerichte zur Geltung kommt⁴⁹³. Und das LG konnte von seinen aus der ZPO herrührenden Befugnissen und von den in dem Unions- und Beihilferecht verankerten Rechtsmitteln wie der beihilfeorientierten Auslegung des Sachverhaltes und der Vorlagefrage an den EUGH quasi mustergültig⁴⁹⁴ Gebrauch machen. Eindeutig erweist

⁴⁹¹ In diesem Sinne STREINZ, 2016, a.a.O., 605 in Anlehnung an WEIß, 2015, a.a.O., 61, wonach „das Klausner-Urteil sich somit deutlich von der bisherigen Linie der Luxemburger Richter ab[hebt]“.

⁴⁹² Ähnlich auch BAGHRIZABEHI, FERČIČ, *Zbornik PFZ*, 2023, 663 (686), wonach „*the case Klausner Holz did not concern the recovery of State aid following public enforcement proceedings. Rather, the CJEU principally confirmed that even in proceedings initiated by private persons, res judicata cannot supersede EU rules on State aid*“.

⁴⁹³ Ähnlich KÜHLING, 2015, a.a.O., 301, wonach „sich Schritt für Schritt ein das Unionsrecht berücksichtigendes Prozessrecht im Mehrebenensystem [entwickelt]“, was dann auch der beschilderte Umdeutung der Verfahrensautonomie entspricht. Wie bereits oben gesehen, wird sie dadurch nicht als *domaine réservé* gemeint, sondern als Methode zur Verwirklichung des Unionsrechts auf nationaler Ebene, das eine ständige Wechselwirkung zwischen Unionsrechts und mitgliedstaatlichem Verfahrensrecht fordert.

⁴⁹⁴ In diesem Sinne KÜHLING/SCHWENDINGER, a.a.O., 2015, 2, wonach „[die Vorgehensweise des Gerichts entspricht] einer pflichtgemäßen und konsequenten Wahrnehmung seiner Rolle im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten bei der Durchsetzung des EU-Beihilfenrechts“. Wertvoll diesbezüglich ist auch der Hinweis der Autoren auf das Bitte seitens des

sich in diesem Urteil noch einmal die Kompromisslosigkeit, die die Durchsetzung des Beihilferechts ausprägt und die im Rahmen der privaten Durchsetzung umso eher heraussticht. Die Ausdehnung der Tragweite der Rechtskraftdurchbrechung und somit die besondere Durchsetzung des Effektivitätsgrundsatzes müssen aber nicht ausschließlich in Anlehnung an die öffentliche Durchsetzung nachvollzogen werden, deren Hauptziel die Rückforderung der rechtswidrigen und unvereinbaren Beihilfe ist und deren Merkmale sich zweifellos in den letzten Jahren mittels des Vorgehens der Kommission auch auf die Funktionsweise der privaten Durchsetzung niedergeschlagen haben. Wie bereits unterstrichen zielt der EuGH durch dieses Vorabentscheidungsurteil darauf ab, die Rolle und die Befugnisse der nationalen Gerichten im Rahmen der privaten Durchsetzung zu schützen und bezüglich eines neuen Tatbestandes zu verschärfen. Das erfolgt gleichzeitig aber auch, indem der EuGH mittelbar Aufmerksamkeit auch den Wettbewerbern des Empfängers schenkt. Wenn sie nicht als Kläger und somit als Initiatoren der privaten Durchsetzung durch die Geltendmachung des mutmaßlichen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot handeln, sind sie des Öfteren weder an einem solchen Verfahren beteiligt noch könnten sie von dem anhängigen Verfahren selbst Kenntnis haben⁴⁹⁵. Man will hier auf die Annahme des EuGH⁴⁹⁶ hinweisen, wonach auch kollusive Umgehungen des Beihilfenrechts seine Verwirklichung zulasten der anderen Marktteilnehmer insofern erheblich gefährden könnten, als der weiteren Durchführung der fraglichen Maßnahme durch die künftigen beihilferechtlichen Prüfungen beständige Rückendeckung der Rechtskraft keinen Einhalt mehr zu gebieten wäre. Offensichtlich erweist sich demnach die Strahlkraft der gesamten Systems der Beihilfekontrolle, auf das sich der EuGH durch das Vorabentscheidungsverfahren bezogen hat und dessen effektive Verwirklichung es keinesfalls preisgeben wollte⁴⁹⁷. Der Auffassung des vorlegenden LG und des EuGH

vorlegenden Gerichts um eine Stellungnahme von der Kommission über den beihilferechtlichen Charakter der Maßnahme gemäß der 2009 Bekanntmachung der Kommission über die private Durchsetzung. Das unterstreicht noch mehr die vollumfängliche Ausschöpfung seitens des LG von den ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln.

⁴⁹⁵ Genauso KÜHLING/SCHWENDINGER, a.a.O., 2015, 5

⁴⁹⁶ EuGH-Urt. C-505/14 *Klausner Holz*, Rn. 43. Zustimmung KÜHLING/SCHWENDINGER, a.a.O., 2015, 5, die derartige kollusive Umgehungen als konkret darstellbar empfinden. Kritisch hingegen WEIB, 2015, a.a.O., 61, der eine solche Annahme für „lebensfremd“ hält, da Beihilfegeber und Empfänger „entgegengesetzte Interessen“ verfolgen, obwohl das nicht immer der Fall ist und oft von der Konstellationsgestaltung abhängt. Dazu auch **Fn. 199**.

⁴⁹⁷ KÜHLING/SCHWENDINGER, a.a.O., 2015, 5.

zufolge hätte das innerstaatliche Recht über kein Mittel verfügt, die es dem Gericht bei sorgfältiger Anwendung hätten ermöglichen können⁴⁹⁸, eine vertretbare Alternative zur Rechtskraftdurchbrechung zu verfolgen und gleichzeitig die praktische Wirksamkeit dem Durchführungsverbot und dem Beihilferecht zu gewährleisten. Die *Klausner-Holz*-Konstellation und das daraus entsprungene Urteil des EuGH haben die Verhältnisse zwischen des Rechtskraftgrundsatz und seiner mögliche Durchbrechung einerseits und dem Effektivitätsgebot andererseits im Rahmen der privaten Durchsetzung des Beihilferechts noch tiefer und ausführlicher erhellt. In den die öffentliche Durchsetzung betreffenden Rechtssachen und noch deutlicher erstmal in *Tierkörperbeseitigung*⁴⁹⁹ und dann schließlich in *Klausner Holz* sticht ein Leitmotiv⁵⁰⁰ hervor, wofür das *effet utile* mittels des Effektivitätsgebotes Vorrang gegenüber den nationalen Rechtskraftregeln beansprucht⁵⁰¹. Eine Eingrenzung bzw. Durchbrechung der Rechtskraft, sofern keine vertretbare Lösung zur effektiven Durchsetzung vorliegt, wird in erster Stelle den Konsequenzen aus der Verletzung des Unions- und des Beihilferechts abhelfen und somit mittelbar die Erfüllung seitens der Mitgliedstaaten der aus den Verträgen herrührenden Verpflichtungen sichern⁵⁰². Zweitens, was in den letztgenannten Urteilen mehr zur Geltung kommt, werden durch eine solche Durchbrechung die Rechte geschützt, die für die Einzelnen und zwar für die Wettbewerber aus der unmittelbaren Geltung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV entstehen⁵⁰³. Wenn die Geltendmachung der Verletzung des Durchführungsverbots und die damit verbundenen Abhilfemaßnahmen durch die Rechtskraft gesperrt wäre und keine andere Alternative zur Durchsetzung solcher Rechte, wären die Ansprüche der Wettbewerber endgültig vereitelt⁵⁰⁴.

Die Durchsetzung des Beihilferechts erweist sich demzufolge als beispielhaft dafür, inwiefern sich das *effet utile* einer Vorschrift oder eines Gebiets des Unionsrechts, das

⁴⁹⁸ Genauso EuGH-Urt. C-507/08 *Kommission/Slowakei*, Rn. 61, der, wie bereits analysiert, in Anbetracht der vom Staat nicht in Erwägung gezogenen alternative Rechtsmittel zur Durchsetzung des negativen Beschlusses der Kommission am Ende die Vertragsverletzung feststellen musste, die als Folge nur die Rechtskraftdurchbrechung haben konnte.

⁴⁹⁹ Man will hier nur erinnern, dass in dem Fall ein Wettbewerber die Rückzahlung der rechtswidrigen Beihilfe angestrengt hatte und neben der ersten Instanz und dem Berufungsgericht hatte das BVerwG den Beihilfecharakter trotz eines anderslautenden vorläufigen Beschlusses der Kommission verneint und die Klage zurückgewiesen, sodass das EuG im Rahmen der Anfechtung des endgültigen Beschlusses der Kommission (T-309/12) gezwungen war, die Rechtskraft des BVerwG-Urteils durchzubrechen. Für die ausführliche Analyse verweist man auf den entsprechenden Abschnitt. Eine Parallelenwicklung zwischen *Tierkörperbeseitigung* und *Klausner Holz* zeichnen auch KÜHLING/SCHWENDINGER, a.a.O., 2015, 6 f.

auf das Zuständigkeitsbereich der Union⁵⁰⁵ zurückzuführen ist, mittels des Effektivitätsgrundsatzes gegenüber mitgliedstaatlichen Verfahrensvorschriften⁵⁰⁶ durchsetzen kann. Eine Verletzung der Unionsvorschriften durch bspw. die Bindungswirkung an unionsrechtswidrigen rechtskräftige Gerichtsentscheidungen würde nämlich die Entkräftung des Zuständigkeitsbereichs der Union bedeuten, was dann auch mit einer Beschattung des Grundsatzes des Vorrangs zwangsläufig einherginge. Wie bereits gesehen, würden infolgedessen nicht nur die Befugnisse gefährdet, die die Unionsorgane aus den Verträgen herleiten, sondern auch die Rechte, auf die sich die Einzelnen bei einer Verletzung des Unionsrechts berufen. Aus diesem Anlass wird gemäß Art. 108 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV i. V. m. Art. 14 BVVO ein beschleunigtes Verletzungsverfahren vorgesehen, falls der endgültige Beschluss der

⁵⁰⁰ In diesem Sinne VOß, 2018, a.a.O., 110 f., die dem Urteil *Klausner Holz* keinen bemerkenswerten Kurswechsel beimisst, wie eben WEIß, 2015, a.a.O., 60 behauptet, sondern ganz im Gegenteil eine erkennbare Durchgängigkeit mit vorigen Urteilen aufweist, indem eine „Optimierung“ der Wirksamkeit widerstreitender geschützter Rechtsgüter anstrebt.

⁵⁰¹ MANKOWSKI in KARPENSTEIN/KOTZUR/VASEL, 2024, a.a.O., Rn. 143

⁵⁰² In diesem Sinne VAN GERVEN, 2004, a.a.O., 524, wonach „*uniformity is needed to level the playing field for public and private actors, and to avoid artificial competitive damages*“. Ähnlich KORNEZOV, CMLR, 2014, 809 (828), wonach „*broader conception of res judicata can indeed be conveniently used by recalcitrant Member States in order to [perpetuate] the effects of the violation of EU law*“.

⁵⁰³ Diesbezüglich KORNEZOV, 2014, a.a.O., 828, der neben der Einhaltung des Unionsrecht auch dieses zweites Ergebnis aus der notwendigen Durchbrechung der Rechtskraft erwähnt. Ein drittes und letztes Ziel der Rechtskraftdurchbrechung liegt des Autors zufolge darin, dass das nationale Zivilprozessrecht gewissermaßen keine Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens vorsieht, wenn das rechtskräftige Urteil unionsrechtswidrig ist. Ähnlich dazu auch GA Cruz Villalón in Schlussanträge C-507/08 *Kommission/Slowakei*, Rn. 52 ff, nach dem die Mitgliedstaaten Verfahrensvorschriften verabschieden sollen „wonach eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung überprüft werden kann, wenn sie mit einer Entscheidung des Gerichtshofs der Union oder einem anderen Organ der Europäischen Union unvereinbar ist“, wie er durch eine Vorschrift der slowakische Zivilprozessordnung berichtet. Dagegen BECKER, 2012, a.a.O., 729, wonach die Bereitstellung seitens eines Mitgliedstaates eines rechtskraftdurchbrechenden Rechtsbehelfes jene Unternehmen benachteilige, deren Herkunftsstaat ein solches Mechanismus vorsieht, weil sie ständig einer Rückforderung ausgesetzt seien.

⁵⁰⁴ Dazu VAN GERVEN, 2004, a.a.O., 524, nach dem eine solche Vereitelung das Risiko eines Entkräftung der privaten Durchsetzung berge, da die Einzelnen entmutigt seien, die aus dem Unionsrecht herrührenden Rechte vor den nationalen Gerichten geltend zu machen.

⁵⁰⁵ In diesem Sinne WAGNER, ZEuS, 2014, 211 (226), wonach „für Bereiche außerhalb der normativen Kompetenz der Union, die Wirksamkeit des EU-Rechts nicht absolut gewährleistet werden muss“, während die Durchbrechung der Rechtskraft und dann eine Eingrenzung der Verfahrensautonomie desto wahrscheinlicher sei, „je stärker ein Zuständigkeitsbereich der Union tangiert wird“. Ähnlich auch GUNDEL, 2016, a.a.O., 6, wonach eine darüberhinausgehende Ausweitung einer derartigen Auslegung auf andere auch „weitgehend europäisierte“ Sachgebiete nicht geboten sei, es sei denn „die Entscheidungszuständigkeiten der Kommission überspielt werden können“.

⁵⁰⁶ In diesem Sinne auch GALETTA, 2010, a.a.O., 13 f., wonach die Verfahrensautonomie aus der Ermangelung einer unionsrechtlichen Zuständigkeit im Bereich des Verwaltungsverfahrens sowie aus dem Einfluss auf die mitgliedstaatliche Verfahrenszuständigkeit durch das *effet utile* bestehe. Das setze auch eine gewisse Flexibilität bei der Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten voraus.

Kommission von dem betroffenen Mitgliedstaat nicht befolgt werden sollte. Wie mit Bezug auf die Rechtssache *Kommission/Slowakei* bereits berichtet wurde, ruft die Kommission dann den EuGH unmittelbar an, damit die Verletzung des Vertrages und somit der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission festgestellt werden kann. Diese Vorschrift betrifft allerdings ausschließlich die Phase der öffentlichen Durchsetzung, wenn die Befugnis der Kommission bereits ausgeschöpft wurde. Vor deren Konkretisierung spielen die nationalen Gerichte eine Hauptrolle, da sie zur Auslegung des Beihilfebegriffs nach Art. 107 AEUV und zur Anwendung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV berufen sind. Eine derartige Befugnis kann aber auch zu entgegengesetzten Ergebnissen führen, falls die nationalen Gerichte im Rahmen der Prüfung des Sachverhaltes den nachträglich von der Kommission bestätigten Beihilfecharakter einer Maßnahme ausschließen sollten.

Um die Gefahr eines solchen Widerspruchs abzuwenden, droht die Kommission seit jüngster Zeit mit dem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV zum ersten Mal ausdrücklich bereits im Rahmen der privaten Durchsetzung⁵⁰⁷. Falls die nationalen Gerichte in einem vor ihnen anhängigen Verfahren keine Folgerungen aus der Verletzung des Durchführungsverbots gezogen haben, kann nämlich die Kommission das Verletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV einleiten und den Staat für einen Verstoß seiner Gerichte gegen die vertraglichen Verpflichtungen zur Rechenschaft ziehen. Diese Neuigkeit scheint allerdings etwas von der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und nationalen Gerichten im Beihilferecht abzusehen und die Rolle der Kommission als Hüterin der Verträge auch auf diesem Gebiet vorrangig zu verstärken. Die Ausübung der üblichen beihilferechtlichen Zuständigkeiten seitens der Kommission wie die Prüfung von Auskünften wegen einer mutmaßlichen rechtswidrigen Beihilfe nach Art. 12 BVVO oder die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens nach Art. 4 Abs. 4 i. V. m. Art. 15 BVVO könnte nämlich dadurch teils in Hintergrund geraten⁵⁰⁸. Diese Vorschrift ist zwar Teil des Abschnittes der Bekanntmachung, der sich mit den

⁵⁰⁷ Dazu ausdrücklich die 2021 Bekanntmachung der Kommission über die private Durchsetzung, Rn. 141 f. Um die Neuigkeit dieser Stellungnahme hervorzuheben, muss man darauf hinweisen, dass eine entsprechende Vorschrift in der 2009 Bekanntmachung der Kommission über die private Durchsetzung nicht vorgesehen war.

⁵⁰⁸ Wie SCHEPISI, 2021, a.a.O., 10, zutreffend hervorhebt, obliege der Kommission in erster Stelle, das förmliche Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV einzuleiten, unter Berücksichtigung davon, dass die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens auf eine immer noch vorläufige Einschätzung des Sachverhaltes abstelle.

Konsequenzen aus der Nicht-Einhaltung der Beihilfenvorschriften befasst, sie sorgt allerdings insofern für Unklarheit, als sie unterschiedliche Tatbestände regelt.

Am Anfang verweist die Kommission auf die Einleitung auch von Amts wegen einer Prüfung der mutmaßlichen rechtswidrigen Beihilfe nach Art. 12 BVVO, falls ein nationales Gericht die Gewährung einer Beihilfe gewährt⁵⁰⁹ indem es der Durchführung eines entsprechenden Rechtsakts oder Vertrags sowie dessen Verlängerung⁵¹⁰ stattgibt. Problematischer erscheint allerdings wie bereits angedeutet der zweite in Erwägung gezogene Tatbestand, wonach ein nationales Gericht gegen seine aus dem AEUV herrührende Verpflichtungen verstößt, indem es keine angemessene Konsequenzen aus einer Verletzung des Durchführungsverbots gezogen hat. Für diesen Fall behält sich die Kommission vor, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den Mitgliedstaat einzuleiten. Wenn die Anwendung des Art. 258 AEUV an sich keinen Zweifel aufwirft, weniger eindeutig ist die Rolle der Einleitung eines derartigen Verfahrens in der Systematik der Beihilfenkontrolle. Erstens kann man aus dem Wortlaut nicht ableiten, ob sich das Verstoß gegen das Durchführungsverbot zwecks der Einleitung des Verfahrens nach Art. 258 AEUV nur dann konkretisiert, wenn ein nationales Gericht einen das förmliche Prüfverfahren einleitenden Beschluss der Kommission nicht berücksichtigt hat oder ob ein solcher Verstoß auch in Ermangelung jeglicher Entscheidung oder Anordnung seitens der Kommission bereits bestehen kann. Beide Hypothese stellen zwar eine Verletzung des Durchführungsverbots dar; hier geht es jedoch um die Feststellung, welche besondere Anlässe die Einleitung eines solchen Verfahrens herbeiführen und vor

⁵⁰⁹ Davon berichten auch ARMATI, MACCHI, *EStAL*, 2022, 3 (8). Fraglich erweist sich jedoch, wie eine durch ein Urteil eines nationalen Gerichts gewährte Beihilfe der Kommission als mutmaßliche rechtswidrige Beihilfe angemeldet werden soll und vor allem wer, der Kenntnis von dem Verfahren hat, diese Anmeldung tätigen kann. Während der Wettbewerber eine formelle Beschwerde nach Art. 24 BVVO einleiten und der Beihilfegeber von den mitgliedstaatlichen Verwaltungsvorschriften für die Notifizierung Gebrauch machen kann, scheint dieser Weg für ein nationales Gericht eher gesperrt. In Italien ist laut Art. 45 L. 234/12 die Rede von zentralen und regionalen Verwaltungen und auch der Art. 3 der Verordnung (EG) 794/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union verweist auf „die von dem Mitgliedstaat benannte Person“, die auch der Verwaltung und nicht der Gerichtsbarkeit zuzuordnen ist.

⁵¹⁰ Beispielhaft EuGH-Urt. v. 07.04.2022 in verb. Rs. C-102/21 und C-103/21 *KW und SG/Autonome Provinz Bozen*. In diesem Vorabentscheidungsverfahren ging es darum, ob das VG Bozen die Autonome Provinz zur Durchführung einer Einzelbeihilfe verurteilen musste, die zwar Teil einer genehmigten Beihilferegelung war, diese war allerdings vor der Gewährung der Einzelbeihilfe im 2016 bereits ausgelaufen und die Autonome Provinz in Anbetracht dessen ordnete die Rückzahlung zzgl. Zinsen der 2018 bereits gezahlten Summe, woraufhin der Empfänger Klage erhob.

allem welche Zwecke sie erfüllen könnte. Nicht zu schweigen ist zweitens die Tatsache, dass vor der Ausübung der Befugnis der Kommission immerhin Ungewissheit über den Beihilfecharakter der Maßnahme herrschen kann, zumal das nationale Gericht die beihilferechtliche Einschlägigkeit des Tatbestandes ausdrücklich ausgeschlossen oder schlicht nicht in Erwägung gezogen haben könnte⁵¹¹.

In Anbetracht dessen, dass ein nationales Gericht bei der Anwendung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV die frühzeitige Gewährung einer *prima facie* unvereinbaren Beihilfe verhindern und dadurch die Rechte der anderen Wirtschaftsteilnehmer wahren muss, fraglich ist, ob die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens der verfehlten Erfüllung solcher Verpflichtungen abhelfen könnte. Dieses Verfahren, das sich lediglich zwischen der Kommission und dem Mitgliedstaat ausschöpft, zielt hauptsächlich darauf ab, eine bloße Feststellung durch den EuGH über die Verletzung des Durchführungsverbots und somit einer Vorschrift des Vertrags zu erzielen⁵¹². Dieser Betrachtung folgend können dadurch die Rechte der Einzelne, deren Schutz in der 2021 Mitteilung selbst als Hauptziel der gerichtlichen Entscheidung beschildert wird⁵¹³, jedoch nicht gewahrt werden, zumal der beklagte Mitgliedstaat anhand des

⁵¹¹ Dazu auch MARTIN-EHLERS, 2011, a.a.O., 589, der unterscheidet je nachdem, ob die Kommission das förmliche Prüfverfahren eingeleitet hat oder nicht. In Ermangelung eines entsprechenden Eröffnungsbeschlusses „dann besteht keine Gefahr einer divergierenden Entscheidung [mit dem gerichtlichen Befinden]. Somit ist das nationale Gericht in seiner Beurteilung des Vorliegens einer Beihilfe grundsätzlich frei“. Das schließt aber nicht aus, dass das nationale Gericht das Durchführungsverbot immer zu beachten hat.

⁵¹² Die 2021 Mitteilung über die private Durchsetzung, Rn. 140, weist darauf hin, dass das Ziel dieses Verfahrens sei, den Verstoß abzustellen. Im Beihilferecht scheint das, aber schwer durchzuführen, wenn der Verstoß aus einer gerichtlichen Entscheidung entspringt. Ähnlich auch SCHEPISI, 2021, a.a.O., 9, wonach das Vertragsverletzungsverfahren nur dann Wirkung erzielen könne, wenn vor dem Abschluss des Beihilfeprüfverfahrens darüber entschieden werde. Andernfalls könne ein Feststellungsurteil des EuGH auch von dem endgültigen Beschluss der Kommission überschattet werden, obwohl beide Verfahren unterschiedliche Ziele verfolgen.

⁵¹³ 2021 Mitteilung über die private Durchsetzung, Rn. 142, wonach die Mitgliedstaaten neben den Konsequenzen eines Vertragsverletzungsverfahrens auch haftbar für jene Schäden sind, die durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht entstanden sind. Bezüglich des Durchführungsverbot sind zumindest zwei aus der Schadensersatzrechtsprechung abzuleitende Voraussetzungen erfüllt, nämlich dass die Vorschrift Rechte den Einzelnen verleiht und dass die hinreichend qualifiziert ist. Der Beweis zum Kausalitätszusammenhang zwischen dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot und dem Schadenseintritt gestaltet sich aber etwas komplizierter, wie HONORÉ/JENSEN, *ESTAL*, 2011, 271 f., im Vergleich zum Schadensersatz im Wettbewerbsrecht erhellen, wonach „[...] it must be examined first, whether there is a causal link between the grant of the aid and the damaging behaviour [upstream causation]), and second, whether there is a causal link between the behaviour of the aid recipient and the damage suffered by the applicant [downstream causation]“.

Gewaltenteilungsgrundsatzes⁵¹⁴ keinen Einfluss auf einer bereits gefällten gerichtlichen Anordnung oder Entscheidung ausüben kann. Aus ähnlichen Gründen kann die Sicherstellung des Entscheidungsmonopols der Kommission durch die Verhinderung der Einführung einer Beihilfe mittels der Einleitung des Verfahrens nach Art. 258 AEUV auch nicht wirkungsvoll und unverzüglich erfolgen, solange die beihilfegewährende Stelle einen Aussetzungs- oder Rückforderungsbescheid kraft des eingeleiteten Verfahrens nicht erlässt.

Um beide Hauptziele des Durchführungsverbots wirksam zu erreichen, verfügt das Beihilferecht bereits über vielfältige Rechtsmittel, die im Zusammenhang mit dem Zuständigkeitsverteilung zwischen europäischer und nationaler Ebene einer Abweichung von der Einhaltung der Stillhalteverpflichtung seitens des nationalen Gerichts abhelfen können. Die Kommission kann nämlich jederzeit und zwar bis zum Erlass eines endgültigen Beschlusses, sobald sie Kenntnis von der Gewährung einer rechtswidrigen Beihilfe hat, die Aussetzung der Maßnahme nach Art. 13 Abs. 1 BVVO oder ihre einstweilige Rückforderung unter den Voraussetzungen nach Art. 13 Abs. 2 BVVO anordnen. Sie kann bzw. muss aber auch gleichzeitig aufgrund der erlangten Auskünfte die Prüfung der mutmaßlichen rechtswidrigen Beihilfe anfangen, dessen abschließenden Beschluss nach Art. 4 BVVO auch wenn vorläufig bestimmte Ansatzpunkte und mehr Gewissheit zum Beihilfecharakter der Maßnahme liefern kann. Solche Ergebnisse erweisen sich wiederum auch für ein nationales Gericht entscheidungserheblich bzw. bindend, solange es über die gegen das Durchführungsverbot verstoßende unterinstanzliche Entscheidung befinden muss. Den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern, deren Rechte in der unionsrechtswidrigen Entscheidung der Unterinstanz nicht gewahrt wurden, stehen nämlich dagegen die nationalen Rechtsbehelfe zur Verfügung, die unter anderem einstweilige Maßnahme zur Aussetzung oder Rückforderung der Maßnahme beinhalten können. Darauf aufbauend wirkt die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV, deren Verhältnis und Vereinbarkeit mit dem Prüfungsverfahren einer Beihilfe von der 2021

⁵¹⁴ BURGI in RENDERING/MIDDEKE/GELLERMANN, 2003, § 6, Rn. 40, der an der Sinnhaftigkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens bei einem Verstoß gegen das Unionsrechts seitens eines nationalen Gerichts zweifelt, weil „auf das feststellende Urteil des EuGH weder die Regierung des verurteilten Mitgliedstaates noch das Gericht selbst eine rechtskräftige Entscheidung aufheben können“.

Mitteilung nicht erläutert wird⁵¹⁵, keinesfalls als durchführbare Alternative oder Unterstützungsmaßnahme zwecks der Sicherstellung der Wirksamkeit des Stillhalteverpflichtung weder bezüglich der einzelnen Wettbewerber noch gegenüber der weiteren Durchführung der Beihilfe.

Ersichtliche Wirkungen der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens erweisen sich einigermaßen nur dann, wenn ein letztinstanzliches Gericht keine Folgerungen aus der Verletzung des Durchführungsverbots zieht und somit weder das Entscheidungsmonopol der Kommission durch die Verhinderung der Maßnahmendurchführung noch die Rechte der Einzelne sicherstellt. Dagegen kann die Kommission immerhin Anordnungen nach Art. 13 BVVO erlassen und das Prüfungsverfahren bis zu einem endgültigen Beschluss fortführen, das Urteil des letztinstanzlichen Gerichts ist dennoch endgültig und wird in Rechtskraft erwachsen. Den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern stehen dann keine interne Rechtsbehelfe mehr und der etwaige Widerspruch zwischen dem Urteil und dem Beschluss der Kommission wird wahrscheinlich Gegenstand einer Streitigkeit vor dem EuGH sein, der sich wie bereits gesehen wieder mit den Verhältnissen zwischen Rechtskraft- und Effektivitätsgrundsatz befassen wird. Diesbezüglich kann das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV insofern eine wichtige Rolle spielen, als das letztinstanzliche Gericht zur Vorlage an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet ist⁵¹⁶, wenn sich in einem vor ihm anhängigen Verfahren eine Frage zur Auslegung des Unionsrechts stellt. Ein Vertragsverletzungsverfahren könnte in diesem Fall verhindern, dass sich in einem Mitgliedstaat eine Rechtsprechung herausbildet, die mit den Vorschriften des Unionsrechts nicht im Einklang steht⁵¹⁷. Das könnte beispielweise der Fall sein, wenn ein letztinstanzliches Gericht über eine angeblich

⁵¹⁵ Ähnlich SCHEPISI, 2021, a.a.O., 9, die den Vorrang und die unentbehrliche Notwendigkeit eines Prüfverfahrens hervorhebt. Dazu auch EuGH-Urt. C-301/87 *Boussac*, Rn. 23, nachdem die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens vor dem Abschluss der Prüfung der rechtswidrigen Beihilfe nur dann zulässt, wenn der Mitgliedstaat der Anordnung der Kommission nach Art. 13 BVVO nicht nachkommt. In diesem Fall ist allerdings das Verletzungsverfahren durch die Eilbedürftigkeit der Situation gerechtfertigt und zielt darauf ab, die Nichtbefolgung einer Anordnung der Kommission abzustellen, was der Einleitung des Verfahrens wegen der Nichteinhaltung eines endgültigen Beschlusses der Kommission ähnelt.

⁵¹⁶ Dazu auch BURGI, 2003, a.a.O., Rn. 40, wonach unterinstanzliche Gerichte zu einer Vorlage über die Auslegung des Unionsrechts nicht verpflichtet sind, was gegen die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren in diesen Fällen spreche.

⁵¹⁷ Aus einem anderem Bereich des Unionsrechts vgl. EuGH-Urt. v. 04.10.2018 in Rs. C-416/17 *Kommission/Frankreich*, Rn. 109 f.

rechtswidrige oder missbräuchlich angewendete Beihilferegulung befinden muss und sich die unionsrechtswidrige Konsequenzen des Urteils auch in anderen unterinstanzlichen Verfahren auswirken können, in denen die nationalen Gerichte mit der Rechtmäßigkeit der Gewährung auf der Beihilferegulung stützender Einzelbeihilfen befassen müssen. Die nationalen Gerichte können zwar von dem Urteil abweichen und nach Art. 267 AEUV eine Vorlagefrage dem EuGH stellen, nichtdestotrotz könnte das Verfahren nach Art. 258 AEUV einen Einhalt einer beihilferechtsgefährdenden Rechtsprechung gebieten und den Verstoß teilweise abstellen.

Zusammenfassend birgt die Bestimmung der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens bei einem gerichtlichen Verstoß gegen die Stillhalteverpflichtung immer noch einige problematische Aspekte. Diese betreffen insbesondere den Mehrwert eines solchen Verfahrens in dem System der Beihilfekontrolle sowie die Vereinbarkeit dieses Rechtsmittels einerseits mit dem der Kommission und den nationalen Gerichten bereits verfügbaren Maßnahmen und andererseits mit der heiklen Abwägung der Gewaltenteilung auf nationaler Ebene⁵¹⁸, wofür ein solches Verfahren als einschneidender Eingriff gelten könnte. Nichtdestotrotz lassen sich aus dieser Bestimmung einige Folgerungen ableiten, die die Entwicklung und der Umwandlung der Verhältnisse im Rahmen der Beihilfekontrolle widerspiegeln. Erstens deutet diese Vorschrift eindeutig auf eine verstärkte bzw. zentral gesteuerte private Durchsetzung des Beihilfenrechts hin. In Anbetracht dessen sollten die nationalen Gerichte ausschließlich eine effektive Durchsetzung des Beihilfenrechts und die Sicherstellung des Entscheidungsmonopol der Kommission verfolgen, während die Gewährung eines angemessenen Rechtsschutzes gegenüber der Einzelnen, die immerhin als Ziel angegeben wird, in Hintergrund zu geraten scheint⁵¹⁹. Das Durchführungsverbot

⁵¹⁸ KOTZUR in GEIGER/KHAN/KOTZUR, 2017, Art. 258 AEUV, Rn. 5, wonach die Kommission grundsätzlich „größte Zurückhaltung bei der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens wegen unionsrechtsverletzender Gerichtsurteile“ übe. Das sei sowohl auf die „Besonderheit der Rechtsprechungsaufgabe durch unabhängige Gerichte“ als auch auf die Absicht zur Vermeidung von Reibungen zwischen der Union und den Mitgliedstaaten zurückzuführen. Ähnlich auch BURGI, 2003, a.a.O., Rn. 41, wonach nur eine „bewusste Haltung“ des obersten Gerichts zugunsten der Nichtvorlage an den EuGH oder der Abweichung von unionsrechtlichen Verpflichtungen die Einleitung eines solchen Verfahrens begründe. Das bestätigt dann noch einmal, dass dieses Verfahren im Beihilfenrecht nur in solchen begrenzten Umständen wie beispielweise im Fall *Lucchini* oder vielleicht gar *Tierkörperbeseitigung* geboten würde.

⁵¹⁹ Wie SCHEPISI, 2021, a.a.O., 4, berichtet, enthält die 2021 Bekanntmachung der Kommission, Rn. 4, lediglich „praktische Informationen für die nationalen Gerichte und die Beteiligten zur Durchsetzung des Beihilfenrechts“ und stellt eine Orientierungshilfe für die Anwendung solcher Vorschriften dar.

strebt zwar die Wahrung der Rechte der Wirtschaftsteilnehmer an, die Bestrafung durch das Verfahren nach Art. 258 AEUV jeder unterinstanzlichen Abweichung könnte jedoch die Besonderheit und den Umfang der richterlichen Befugnisse entbehrlich beschränken. Dieser Ansatz lehnt nämlich im Wesentlichen an das Ziel der öffentlichen Durchsetzung an, aufgrund dessen die nationalen Gerichte als bloße Umsetzer eines endgültigen Beschlusses der Kommission handeln. Im Rahmen der privaten Durchsetzung verfügen sie hingegen über einen breiteren Spielraum bei der Würdigung des Sachverhaltes⁵²⁰, der auch der Rolle und der Anliegen der Parteien jeweils als Wettbewerber und Empfänger gerecht sein muss.

Gleichzeitig setzen sich die nationalen Gerichte in Ermangelung jegliches Beschlusses der Kommission bei der Auslegung des Beihilfebegriffs oft mit komplexen wirtschaftlichen Fragen auseinander, deren Entflechtung allerdings auch über die rein rechtliche Beurteilung des Beihilfebegriffs hinausgehen und das Risiko einer beihilferechtlich nur cursorischen Prüfung⁵²¹ oder gar einer Abweichung von der Einhaltung des Durchführungsverbots⁵²² bergen kann. Als unentbehrlich für die Wirksamkeit der Beihilfekontrolle erweist sich dann der Umstand, dass die nationalen

Anderslautend war hingegen die 2009 Bekanntmachung der Kommission, Rn. 6, die dazu auch den Einzelnen und den Gerichten verfügbare „Rechtsschutzinstrumente“ ausdrücklich bot, weil das nationale Gericht bei voller Berücksichtigung des Unionsinteresses „sich bemühen muss, die Interessen des Einzelnen zu schützen“, so EuGH-Urt. v. 05.10.2006 in Rs. C-368/04 *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Rn. 57. Wenn man eine solche unterschiedliche Nuance mit dem gesamten Ansatz der 2021 Mitteilung betrachtet, kann man auch eine Verstärkung des Ziel der effektiven Durchsetzung erblicken.

⁵²⁰ In diesem Sinne SCHEPISI, 2021, a.a.O., 10, die hervorhebt, dass ein nationales Gericht aufgrund bestimmter Merkmale der Maßnahme auch von der Vereinbarkeit einer Beihilfe ausgehen könne und das trotz Bestehens der Rechtswidrigkeit möglicherweise auch eine verfrühte und zwar schädliche Beitreibung einer nachträglich von der Kommission als vereinbare eingestufte Beihilfe vermeide könne.

⁵²¹ Dazu VON DONAT, 2011, a.a.O., 276, der im Hinblick auf die Komplexität der aufzuklärenden Frage vor der Risiko einer cursorischen Prüfung des Sachverhaltes seitens der nationalen Gerichte warnt. Gleichzeitig „soll aber nicht unterschlagen werden, dass diese Aufgabenzuweisung [in Ermangelung eines oder beim Bestehen lediglich eines Eröffnungsbeschlusses] von den Gerichten in Anbetracht der Prüfungsintensität und der Prüfungsdauer bei der Europäischen Kommission durchaus auch als Zumutung empfunden werden kann“. Die nationalen Gerichte befassen sich nämlich oft mit Fragen, die zu dem Prüfungsumfang vor der Kommission nicht gehören, gleichzeitig verfügen jedoch über weniger Mittel zur vollständigen Auslotung eines Sachverhaltes, vor allem bezüglich wirtschaftlicher Aspekte.

⁵²² Man will sich hier auf die Tatsache beziehen, dass sich die nationalen Gerichte bei der Würdigung eines Sachverhaltes nicht immer das Beihilferecht heranziehen oder es vollständig anwenden. Beispielhaft dafür ist das Zugeständnis der Slowakischen Republik in der *Frucona-Kosiče-Saga*, wonach „die Frage der staatlichen Beihilfe zum Zeitpunkt des [Steuer]Vergleichs einfach nicht in Erwägung gezogen wurde“, so in EuG-Urt. *Frukona Kosiče/Kommission II*, Rn.27, das diese Stellungnahme aus dem zweiten Beschluss der Kommission berichtet. Ein ähnlicher Vorfall war auch der Auslöser des gerade analysierten Vorabentscheidungsverfahrens in *Klausner Holz*, C-505/14, wo allerdings das LG eine ausführliche und beihilferechtlich mustergültige Auslegung des Beihilfebegriffs durchgeführt hatte.

Gerichte weiterhin eine ausführliche Auslegung des Beihilfebegriffs und eine vertiefte Beweiswürdigung⁵²³ durchführen müssen. Darauf aufbauend enthüllt sich zweitens auch eine weitere Folgerung, die die Bestimmung der 2021 Bekanntmachung fordern könnte. Die „Drohung“ eines Vertragsverletzungsverfahrens könnte die nationalen Gerichte tatsächlich dazu veranlassen, den Sachverhalt aus einer beihilferechtlichen Perspektive zu ergründen, indem sie hauptsächlich von den Kooperationsmechanismen nach Art. 29 BVVO Gebrauch machen oder sich im Falle eines grundlegenden Zweifels mittels einer Vorlagefrage an den EuGH wenden. Die Kommission zielt vor allem mit Bezug auf jene Fälle, in denen auch kein Eröffnungsbeschluss vorliegt, letztendlich darauf ab, die Rolle der nationalen Gerichte in eine engere Zusammenarbeit mit ihr hineinzuziehen⁵²⁴, obwohl sich eine besonders intensive Kooperation auch als *de-facto*-Weisungsrecht der Kommission gegenüber der nationalen Gerichten entlarven kann und Frage über die richterliche Unabhängigkeit⁵²⁵ auch aufwerfen kann. Das wird vor allem durch den möglicherweise ständigen Austausch von Informationen, Unterlagen und Stellungnahmen auch in der Form von *amicus curiae*⁵²⁶ zwischen beiden Organen

⁵²³ Zum Thema der Beweisvorlage v.a. mit Bezug auf Schadensersatzkonstellationen vgl. EuGH-Urt. v. 07.09.2006 in Rs. C-526/04 *Laboratoires Boiron*, Rn. 55, wonach „[ein nationaler Richter] [zur] Einhaltung des Effektivitätsgrundsatzes, wenn er feststellt, dass die Beweislast für das Vorliegen einer Überkompensierung [und somit einer Maßnahme mit beihilferechtlichem Charakter] zugunsten eines Großhändlers, einen Pharmahersteller wie Boiron trifft und dass dieser Umstand geeignet ist, die Führung dieses Beweises praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren, u. a., weil er Daten betrifft, über die ein Pharmahersteller nicht verfügen kann, alle ihm nach dem nationalen Recht zu Gebote stehenden Verfahrensmaßnahmen ausschöpfen [muss], darunter die Anordnung der erforderlichen Beweiserhebungen, einschließlich der Vorlage von Urkunden oder Schriftstücken durch eine Partei oder einen Dritten“. Ähnlich auch WILMAN, a.a.O., 33, wonach der Effektivitätsgrundsatz von den nationalen Gerichten auch die Anwendung von „*exceptional procedure*“ zugunsten des Klägers verlangen kann.

⁵²⁴ Das wird in der 2021 Bekanntmachung über die private Durchsetzung ausdrücklich betont, Rn. 6. Die 2021 Bekanntmachung widmet den ganzen Abschnitt 5 den Kooperationsmechanismen und fordert jeden Mitgliedstaat in Rn. 133 dazu auf, nationale Koordinierungsstellen für die Gerichte einzurichten, damit eine wirksamere und kohärentere Anwendung der Beihilfenvorschriften auf nationaler Ebene gewährleistet werden kann.

⁵²⁵ Skeptisch hierzu mit Bezug auf Kartellrecht DURNER, 2004, a.a.O., 569, der MONTI, *ERA Forum*, 2001, 3 (5), nicht beipflichtet, wonach die Rolle der Kommission als *amicus curiae* mit der richterlichen Unabhängigkeit vereinbar sei und die Letzteren gebotene Bindung an den Entscheidungen Ersterer als irrelevantes *aliud* zu betrachte sei. Die gesamte Ausgestaltung wirke hingegen laut DURNER unumstößlich als Einschränkung der richterlichen Entscheidungsspielräume.

⁵²⁶ Für eine ausführliche Ergründung der Herkunft und der Entwicklung der *amicus-curiae*-Stellungnahme verweist man auf SILVESTRI, *RTDPC*, 1997, 679 ff. Die Autorin hebt im Wesentlichen einige Merkmale dieses prozessualen Mittel hervor. Es diene erstens dazu, das Ansehen des Gerichts zu schützen und das Risiko einer offensichtlich unbegründeten Entscheidung abzuwenden. Zweitens sei es ausschlaggebend, dass die *amicus-curiae*-Stellungnahme für das Gericht und die Parteien neue und noch nicht vorgelegte Elemente auch rechtlicher Natur vorbringen solle. Drittens trete meistens der *amicus curiae* anders als

ermöglicht. Man muss diesbezüglich erläutern, dass nicht allen mitgliedstaatlichen Prozessordnungen das prozessuale Rechtsmittel der *amicus-curiae*-Stellungnahme – sei sie schriftlich oder mündlich – innewohnt, weshalb die Kommission im Rahmen anhängiger Verfahren oft als Partei oder bloße Beigeladene behandelt wird, was allerdings weder dem Ziel noch dem Anliegen der Intervention gerecht wird⁵²⁷.

Ein derartiger Ansatz färbt auf die Grundeinstellung der gesamten Bekanntmachung ab, die in die Richtung einer im Sinne des AEUV effektiveren, wirkungsvolleren und engmaschigeren Durchsetzung des Beihilfenrechts steuert und die eine getrennte aber sich ergänzende und quasi gleichlautende Rolle beider Akteuren⁵²⁸ dafür voraussetzt. Darin könnte man jedoch mittelbar auch ein Vorteil gegenüber den Beihilfeempfängern erblicken, indem eine engere Kooperation zwischen nationalen Gerichten und Kommission auch eine schnellere Prüfung des Sachverhaltes fördern kann, damit die Begünstigten widersprüchlichen und somit ihre finanzielle Stabilität untergrabenden Entscheidungen nicht jahrelang ausgesetzt sind. Das lässt sich auch dadurch erreichen, dass die nationalen Gerichte ihrerseits durch die ihnen gebotenen vollständigen Würdigung des Sachverhaltes und die mögliche Anordnung zur Offenlegung weiterer Beweise auch neue und der Kommission während der Vorprüfungsphase unbekannt Aspekte ergründen können. Diese könnten dann womöglich die künftige Einschätzung der Maßnahme seitens der Kommission auch einlenken bzw. ändern⁵²⁹ und somit neue Auslegungsperspektive in dem Einzelfall oder

ein Sachverständiger oder Gutachter nicht unter Beachtung gegebener prozessualer Erfordernisse auf, sondern auf Einladung des Gerichts. Die Intervention der Kommission scheint schließlich insofern im Interesse der Justiz zu erfolgen, als sie durch die Beherrschung eines bestimmten Gebiets die rechtmäßige Anwendung des Beihilferechts unmittelbar vor dem Gericht vertreten kann.

⁵²⁷ So berichtet PALERMO, *ZEuP*, 2021, 477 (479). Beispielhaft dafür ist auch § 65 VwGO, wonach das Gericht kann von Amts wegen oder auf Antrag andere, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung berührt werden, beiladen. Die Kommission vertritt dennoch wie gesagt kein eigenes rechtliches Interesse, der von einer beihilferechtswidrige Entscheidung eines nationalen Gerichts berührt werden könnte. Nichtsdestotrotz verwendet die Kommission genau diese Vorschrift, um Anträge zur *amicus-curiae*-Stellungnahmen einzureichen, wie KARPENSTEIN/DORN, 2017, a.a.O., 339 berichten.

⁵²⁸ Das ist eindeutig ein direkter Ausfluss der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV, wonach einerseits die Kommission die nationalen Gerichte bei der Anwendung des Unionsrechts unterstützt, worauf sich andererseits die Unterstützung zugunsten der Kommission seitens der nationalen Gerichte bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten niederschlägt. In diesem Sinne auch EuGH-Urt. *Delimitis*, Rn. 53, das den Inhalt der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit heranzieht.

⁵²⁹ Mustergültig BARTOSCH, 2011, a.a.O., 586, wonach ein auch einem Eröffnungsbeschluss widersprechendes gerichtliches Urteil „letztlich gar zu der Informationsquelle werden kann, die die Kommission in ihrer förmlichen Prüfphase so dringend benötigt, um ihre schwerwiegende Zweifel weiter zu nähren oder aber zu beruhigen und um deren Erschließung willen sie überhaupt in diese eintritt“.

in ähnlichen Fällen, die der Prüfung der Kommission unterworfen sind, entfalten. Es geht daraus hervor, dass die Kooperationsmechanismen nach Art. 29 BVVO schlicht als Gelegenheit für einen positiven Austausch zwischen Kommission und nationalen Gerichten wahrgenommen werden sollen⁵³⁰, die die Fachkenntnisse Ersterer und die Ergebnisse und Sachwürdigungen aus einem dialektisch ausgeprägten gerichtlichen Verfahren verbinden und verwerten können. Sie dienen nämlich nicht dazu, die Rolle des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV zu entkräften oder gar zu ersetzen, zumal diese Mechanismen weder rechtsbindend⁵³¹ für die nationalen Gerichte sind noch eine Art Vertrauensschutzes⁵³² gegenüber den Parteien begründen. Wenn seitens der Kommission vernünftig ausgestaltet, sind solche Mechanismen allerdings in der Lage, den Weg der Vorlagefrage, die ausschließlich dem Streuen der rechtlichen Zweifel an der Auslegung des Beihilfebegriffs gewidmet werden soll, derart zu ergänzen, dass sie hauptsächlich zur Lösung von Sachfragen und der Anwendung der Beihilfenvorschriften in dem Einzelfall hinsichtlich seiner Merkmale dienen sollen.

Als Schlussfolgerung des vorliegenden Kapitels wird ein relativ jüngstes Urteil der EuGH, der bestimmte in diesem Teil hervorgehobene Aspekte der Durchsetzung des Beihilferechts verkörpert und womöglich deren künftigen Entwicklungen durchblicken lässt. Der Verweis ist auf die Rechtssache *Eesti Pagar*⁵³³. In dem Fall handelte es sich

⁵³⁰ Diesbezüglich auch ACHLEITNER, *EStAL*, 2022, 173 (179), die den seltenen Zugriff auf die Kooperationsmechanismen damit rechtfertigt, dass diese immer noch kein flexibles Instrument darstellen, auf denen die nationalen Gerichten sich verlassen können. Das ist nicht nur eine Frage der fehlenden Rechtssicherheit im Vergleich zu den Urteilen nach Art. 267 AEUV, sondern hängt auch davon ab, dass Stellungnahmen oder Informationen laut der 2021 Bekanntmachung, Rn. 118, am frühestens nach vier Monate nach dem Ersuchen vorgelegt werden können. Außerdem tritt die Kommission als *amicus curiae* gemäß der 2021 Bekanntmachung, Rn. 121, ausschließlich nach ihrem Ermessen und hinsichtlich der Orientierungspunkte nach Rn. 122 auf. Sie ist nämlich nicht verpflichtet, dem Ersuchen seitens des nationalen Gerichts entgegenzukommen, wie auch schon geschehen ist und was dann ein solches Mechanismus womöglich weniger interessant und hilfreich für ein gerichtliches Verfahren macht.

⁵³¹ In diesem Sinne COLOMBO, 2015, a.a.O., 340, der angesichts der fehlenden Rechtssicherheit hervorhebt, dass „national courts may feel reluctant to delay their intervention until they receive an act that leaves their powers intact, [so that], if the Commission and the national courts disagree on the State aid assessment, it is hardly an attractive proposition to approach the Commission as *amicus curiae*“.

⁵³² Das geht auch aus dem Umstand hervor, dass die von der Kommission somit erlangte Informationen nicht für eine Einleitung oder Ausweitung eines Prüfverfahrens verwendet werden dürfen, da sie, wie BARTOSCH, 2020, a.a.O., S. 897, berichtet, keine Auskünfte im Sinne von Art. 12 Abs. 1 UAbs. 1 darstellen.

⁵³³ EuGH-Urt. v. 05.03.2019 in Rs. C-349/17 *Eesti Pagar AS/ Ettevõtlike Arendamise Sihtasutus u.a.* („*Eesti Pagar*“), EU:C:2019:172. Gleichlautend ist auch EuGH-Urt. v. 29.07.2019 in Rs. C-654/17 *Bayerische Motoren Werke AG und Freistaat Sachsen/Kommission* („*BMW*“), EU:C:2019:634.

um eine Beihilfe für die Anschaffung und die Installation einer Brotfertigungsmaschine. Der Antrag wurde von der estnischen gewährenden Stellen unter der Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung⁵³⁴ genehmigt, wonach bestimmte Kategorien von Beihilfen, die die in der Verordnung festgesetzten allgemeinen und je nach Gruppe eigentümlichen Erfordernisse erfüllen, der Notifizierungs- und der Stillhalteverpflichtung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht unterworfen und als vereinbar mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 Abs. 2 oder 3 AEUV einzustufen sind. Es handelt sich mit anderen Worten um bestimmte Beihilfegruppen und Maßnahmen, bezüglich deren die Kommission hinreichende Erfahrung gesammelt hat und eine Harmonisierung der Beihilfepraxis durch transparente und berechenbare Beihilfekontrolle erreichen will⁵³⁵.

In dem Fall ereignet sich die Streitigkeit zwischen dem begünstigtem Unternehmen und der gewährenden Stelle darum, dass fünf Jahren nach der Gewährung der Beihilfe die öffentliche Stelle dem Unternehmen mitteilte, die Beihilfe mit der Begründung zurückzufordern zu wollen, dass eines der von der AGVO vorgesehenen Erfordernisse bereits zur Zeit der Gewährung nicht erfüllt war. Tatsächlich hatte *Eesti Pagar AS* einen Kaufvertrag und daraufhin einen Leasingvertrag zur Anschaffung der Brotanfertigungsmaschine vor dem Antrag für die Gewährung einer Beihilfe geschlossen, was auf die Ermangelung des von der AGVO verlangten Anreizeffekt⁵³⁶

⁵³⁴ Die Beihilfe zugunsten *Eesti Pagar AS* wurde genehmigt unter der Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag, die nicht mehr in Kraft ist. Sie wurde ersetzt von der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union („Gruppenfreistellungsverordnung“). Die AGVO ist Bestandteil der *State Aid Modernisation* („SAM“), Mitteilung der Kommission „Modernisierung des EU-Beihilfenrechts“, COM (2012) 209, die auf das Ziel einer „intelligenten, nachhaltigen und integrativen Wirtschaft für Europa“ (Rn.1) gerichtet ist und zwischen „guten“ und „schlechten“ Beihilfen hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf dem Binnenmarkt unterscheidet.

⁵³⁵ Dazu LÜNEBÜRGER/MANTHEY in in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.) 2022, a. a. O., 473, Rn. 2 und 475, Rn. 11. Sehr kritisch gegenüber diesem Ansatz SANCHEZ-GRAELLS, *JAE*, 2016, 157 (163), wonach dieser Ansatz „is premised on devolution of functions to the Member States or, more plainly, their outsourcing [...]“. *This significantly undermines the fundamental premise that State aid control works on an ex-ante basis and justifies the last bastion of Commission's enforcement monopoly in EU competition law: that of Article 108(3) TFEU*“.

⁵³⁶ Darunter versteht man im Allgemeinen, dass der Empfänger auch ohne Beihilfe die Investition trotzdem getätigt hätte und dass die Beihilfe sein Verhalten nicht verändert hat. Im Rahmen der AGVO ist aber schlicht ein formaler Anreizeffekt verlangt, wonach es als erfüllt gilt, wenn der Beihilfenempfänger vor „Beginn der Arbeiten“ einen Antrag auf Beihilfe gestellt hat. In diesem Sinne auch

hindeutete. Das Unternehmen anfocht den Rückforderungsbescheid und nach der ersten zwei Instanzen legte eine Kassationsbeschwerde ein, woraufhin das Revisionsgericht eine Vorlagefrage dem EuGH stellte.

Unabhängig von den materiell-rechtlichen Aspekten hinsichtlich des Anreizeffekts, die für die vorliegende Analyse nicht relevant sind, betonte der EuGH die den Mitgliedstaaten auferlegten Verpflichtungen bei der Anwendung der AGVO und erläuterte mittelbar auch den Umfang der Verhältnisse zwischen Kommission, gewährender Stelle und nationalen Gerichten. Der EuGH behauptete nämlich, dass die Gewährung einer unter der AGVO freigestellten Beihilfe seitens eines Mitgliedstaates nicht als Ermächtigung verstanden werden kann derart, dass die Kommission sich durch die AGVO ihrer Entscheidungsbefugnis über die Vereinbarkeit einer Beihilfe entledigt und diese den Mitgliedstaaten übermittelt⁵³⁷. Die Kommission hat eigentlich ihre ausschließliche Zuständigkeit bereits *ex ante* ausgeübt⁵³⁸, sodass die Mitgliedstaaten lediglich die Erfüllung der in der AGVO verankerten Erfordernisse durch die gewährte Beihilfemaßnahme beachten müssen⁵³⁹. Denen kommt nur eine eher formelle Zuständigkeit zu. Der EuGH verstärkt dieses Befinden, indem er behauptet, dass sich diese gewährenden Stellen somit auf derselben Ebene wie die potenziellen Beihilfeempfänger befinden und sich, vergewissern müssen, dass ihre Entscheidungen im Einklang mit dieser Verordnung stehen⁵⁴⁰. Darauf aufbauend muss es nicht überraschen, dass die nationalen Organe, wenn sie sich der Rechtswidrigkeit einer unter der AGVO durchgeführten Maßnahme vergewissern, ihre Rückforderung auch in Ermangelung einer Kommissionsentscheidung anordnen müssen⁵⁴¹. Eine solche Maßnahme ist nämlich nur bei der Erfüllung der AGVO-Erfordernisse dem Durchführungsverbot nicht unterworfen, aber falls sie diese doch nicht erfüllt sind, gilt diese Maßnahme als nicht angemeldet bzw. vorzeitig durchgeführt und dann als rechtswidrig⁵⁴², woraufhin sämtliche Folgerung hinsichtlich der Rückforderung und der Gültigkeit der gewährenden Rechtsakte gezogen werden müssen.

LÜNEBÜRGER/MANTHEY in in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.) 2022, a. a. O., 473, Rn. 2.

⁵³⁷ EuGH-Urt. C-349/17 *Eesti Pagar*, Rn. 67 und 102.

⁵³⁸ EuGH-Urt. C-349/17 *Eesti Pagar*, Rn. 102.

⁵³⁹ EuGH-Urt. C-349/17 *Eesti Pagar*, Rn. 99.

⁵⁴⁰ EuGH-Urt. C-349/17 *Eesti Pagar*, Rn. 102.

⁵⁴¹ In diesem Sinne ACHLEITNER, 2022, a.a.O., 174.

⁵⁴² EuGH-Urt. C-349/17 *Eesti Pagar*, Rn. 100 und 103.

Da der EuGH beteuert, dass ein unionrechtswidrige Verhalten eines Mitgliedstaates kein schutzwürdiges und berechtigtes Vertrauen eines Wirtschaftsteilnehmers auf den Genuss einer unionsrechtswidrigen Behandlung begründen kann⁵⁴³, kann man entnehmen, dass die Konsequenzen für die Empfänger insofern verheerend sein können⁵⁴⁴, da nichtdestotrotz die gewährte Beihilfe theoretisch einer der freigestellten Kategorien zuzuordnen war⁵⁴⁵. Die Ausführungen über das berechtigtes Vertrauen und insgesamt über das *Eesti-Pagar*-Urteil lassen auch einen Schluss über die Rechtsache selbst im Zusammenhang mit den Erörterungen des Kapitels kurz verfassen. Erstens liegen auch in diesem Urteil Hinweise auf den mehrfach erwähnten Begriff der Kompromisslosigkeit. Man bezieht sich insbesondere darauf, dass der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission, sei sie *ex-ante* ausgeübt worden oder noch *ex-post* auszuüben, keine Grenze gesetzt werde, die ihre Konkretisierung gefährden könnte. Deshalb reicht die Durchsetzung des Beihilferechts in solchen Konstellationen derart rückwirkend, als ob die Ausübung des Entscheidungsmonopols der Kommission und eine Vereinbarkeitserklärung mit Bezug auf der Beihilfe nie ausgeschöpft wurde. Andererseits täuschen die Erwägungen des EuGH auch keinesfalls dahingehend, dass die AGVO eine Entwicklung in Richtung einer immer zunehmenden Dezentralisierung der Befugnisse der Kommission auf nationaler Ebene entworfen hat⁵⁴⁶. Die ständige Erweiterungen der AGVO zeugen

⁵⁴³ EuGH-Urt. C-349/17 *Eesti Pagar*, Rn. 104.

⁵⁴⁴ Diese Gefahr vorahnend SANCHEZ-GRAELLS, *JAE*, 2016, a.a.O., 174, wonach „*this is highly problematic because the restriction of any substantive analysis by the Commission to an ex-post phase by necessity requires the recipient to rely on the Member States' assessment of the BER*“ und die nationalen Stelle keine in dem Sinne zuständige Organe sind, worauf man ein berechtigtes Vertrauen stützen kann“. Zweifel über diese Stellungnahme hegen auch ACHLEITNER, 2022, a.a.O., 175 und BARTOSCH, 2022, a.a.O., 2.

⁵⁴⁵ Diesbezüglich bemerkenswert auch TVERIE TVEIT, *EStAL*, 2019, 186 (189), der sich fragt, ob nur das Vorliegen von Zweifeln über die Rechtswidrigkeit der Beihilfe die nationalen Stelle veranlassen könnten, die Rückforderung trotzdem anzuordnen. Laut des Autors sowie des GA Wathelet in Schlussanträge v. 25.09.2018 in Rs. C-349/17 *Eesti Pagar*, Rn. 111 f. bedürfe es des Beweises der Rechtswidrigkeit, um ein Rückforderungsbescheid zu erlassen. Ansonsten könnte die gewährenden Stelle aus Angst vor einer Rückforderungsanordnung seitens der Kommission oder auch eines nationalen Gerichts auch bei bloßen Zweifel die Beihilfe beitreiben. Ähnlich, eine Angst der gewährenden Stelle vor einer Rückforderungsbeschluss seitens der Kommission rügend, obwohl keine Hinweise auf eine Rechtswidrigkeit vorlagen, T.A.R. Veneto sez. III - Venezia, 31/01/2019, n. 118.

⁵⁴⁶ GAMBARO in PACE (Hrsg.), 2013, 27 (31), die trotzdem durch eine Ausweitung der AGVO-Tatbestände eine höhere Verantwortung zulasten der Mitgliedstaaten sieht, nationale Gerichte einbezogen. Bemerkenswert ist die Tatsache, dass die gewährende Stelle, wie EuGH-Urt. C-349/17 *Eesti Pagar*, Rn. 24 berichtet, dem Unternehmen bei der Gewährung der Beihilfe nichtdestotrotz die Einholung einer Genehmigung bei der Kommission empfohlen. Das ist aber merkwürdig und auch einegermaßen

vielmehr für einen zentralisierenden Ansatz, wie aus einer verfahrensrechtlichen Perspektive auch in den Grundzügen der 2021 Bekanntmachung über die private Durchsetzung durchblicken lässt, wodurch die Kommission bestimmte wettbewerbspolitische Ziele ansteuert und in bestimmten Fällen die Wahrung der Rechtsstellung der Einzelnen teils in Hintergrund gerät.

4. Die Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfe und die Folgerungen hinsichtlich der Nichtigkeit

In dem letzten Abschnitt der vorausgegangenen Analyse wurde oft auf die Anknüpfungspunkte zwischen privater und öffentlicher Durchsetzung des Beihilferechts hingewiesen, indem man den Sinn und Zweck der auszuübenden ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission hinsichtlich der Rückforderung rechtswidriger und unvereinbarer Beihilfen nach Art. 16 BVVO unterstrichen hat. Der Überblick auf bestimmte Fragen der öffentlichen Durchsetzung des Beihilfenrechts, die vor allem am Beispiel des Grundsatzes der Rechtskraft und der Rechtssicherheit im nationalen Recht abgestellt haben, diente als Verbindungsstelle zum tiefgehenden Verständnis des Umfangs der privaten Durchsetzung. Dass die Ausführungen zu relevanten Fragen der öffentlichen Durchsetzung des Beihilfenrechts notwendig für die vorliegende Arbeit sind, bestätigt sich auch dadurch, dass die Rechtsprechung auf diesem Gebiet oft als Vergleichsmaßstab und Leitlinie für die problematische Themen der privaten Durchsetzung in Anspruch genommen wird. Das hat auch die vorausgegangene Analyse gezeigt, die sich absichtlich an der Grenze zwischen den Gebieten abgewickelt hat und

rechtswidrig, wie auch EuG-Urt. v. 10.11.2021 in Rs. T-678/20 *Solar Electric u.a./Kommission*, EU:T:2021:780, Rn. 27 f. das mit der Begründung verbietet, dass „Ließe man indessen zu, dass der Empfänger einer rechtswidrig gezahlten Beihilfe Beschwerde bei der Kommission einlegen kann, damit sie die Vereinbarkeit dieser Beihilfe mit dem Binnenmarkt feststellt, würde dies nur dazu führen, dass dieser Empfänger an die Stelle des betreffenden Mitgliedstaats treten könnte, der allein für die Anmeldung der Beihilfe bei der Kommission zuständig ist. Zudem würden, wenn dem Empfänger einer rechtswidrig gezahlten Beihilfe die Möglichkeit eingeräumt würde, die Kommission zu befassen, um die Vereinbarkeit dieser Beihilfe mit dem Binnenmarkt feststellen zu lassen, der grundlegende und zwingende Charakter der Verpflichtung [Art. 108 Abs. 3] in Frage gestellt.“

ihre Wechselwirkung hervorgehoben hat⁵⁴⁷. Immerhin kann die private Durchsetzung nämlich von einer klaren Ausgestaltung der Verhältnisse zwischen nationalen Gerichten und Kommission sowie zwischen nationalen Rechtsordnungen und Unionsrechts nicht absehen. Wie eingangs erwähnt, können solche Verhältnisse noch brisanter werden als im Rahmen der öffentlichen Durchsetzung, da die mangelnde Notifizierung einer Maßnahme nicht nur die Durchsetzung des Beihilfenrechts und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes gefährden kann. Hinzu können auch die Rechtsstellung und insgesamt die wirtschaftliche Rentabilität der Investition sowie die finanzielle Stabilität des Beihilfeempfängers dadurch unsicher werden. Die Phase der privaten Durchsetzung kennzeichnet sich dadurch, dass die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission angesichts der fehlenden Notifizierung noch keine Konkretisierung erlebt hat oder sich immer noch in der Vorprüfungsphase nach Art. 12 BVVO befindet. Die Durchsetzung des Beihilfenrechts obliegt demzufolge in dieser Phase fast ausschließlich den nationalen Gerichten, die von einem Wettbewerber berufen wurden, sich mit dem beihilferechtlich relevanten Sachverhalt auseinanderzusetzen und geeignete Maßnahmen zur Abhilfe der von der nicht angemeldeten Maßnahmen ausgelösten wettbewerbsverzerrenden Lage zu ergreifen.

Um die negativen Wirkungen der Verletzung des Durchführungsverbots auf den Binnenmarkt sowie auf die Wirtschaftsteilnehmer zu beseitigen, müssen die nationalen Gerichte nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützungen gemäß ihres nationalen Rechts ziehen⁵⁴⁸. Abgesehen von dem Profil der Verfahrensautonomie, wonach rechtswidrige und unvereinbare Beihilfe in Ermangelung einer unionsrechtlichen Grundlage für die Umsetzung einer

⁵⁴⁷ Bestätigend in diesem Sinne auch BAGHRIZABEHI, FERČIČ, a.a.O., 671 f., wonach „when demanding the application of the principle of effectiveness also in private enforcement matters, the European Commission uses references to case law dealing with the public enforcement“ und die eine solche Durchdringung dadurch rechtfertigen, dass *“although competitors initiate private enforcement proceedings to protect their own (private) interests, these proceedings ultimately contribute to the protection of public interests and thus, through achieving the same end result (the recovery of unlawful State aid) they incidentally contribute to the system of public enforcement“*.

⁵⁴⁸ EuGH-Urt. C-354/90 FNCE, Rn. 12.

Rückforderungsentscheidung⁵⁴⁹ nach nationalem Recht zurückgefordert werden müssen, solange es dem Beihilferecht praktische Wirksamkeit verleiht und einen unionsrechtskonformen Zustand wiederherstellt⁵⁵⁰, bemerkenswert erscheinen eher die Aufgaben der nationalen Gerichte im Vergleich zu denjenigen der Kommission. Einerseits dient die Rückforderung einer rechtswidrigen und unvereinbaren Beihilfe der Wiederherstellung des sog. *status quo ante* bzw. des Zustandes vor der Gewährung der Beihilfe, sodass der Beihilfebegünstigte als logische Folge der Feststellung der gesamten Unrechtmäßigkeit der Beihilfe⁵⁵¹ nicht mehr in deren Genuss kommen kann. Die Aufgabe und das Ziel der Rückforderung, das dem Beihilferecht innewohnt, vereint dann sowohl die nationalen Gerichte als auch die Kommission und erstreckt sich von der Phase der privaten Durchsetzung bis zu jener der öffentlichen Durchsetzung.

Andererseits kommt den nationalen Gerichten in Anwendung von Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV eine weitere Aufgabe zu, die ihre Rolle im Rahmen der Überwachung der reibungslosen Funktionsweise des Systems der Beihilfekontrolle ausprägt. Sie müssen nämlich sämtliche Folgerungen auch hinsichtlich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfe ziehen, indem sie der Quelle der Gewährung der Beihilfe jede Wirksamkeit berauben müssen. Diese Befugnis lässt sich zwar einerseits nicht aus dem Wortlaut des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ableiten⁵⁵², sodass der eher allgemeine Begriff der Ungültigkeit von den nationalen Gerichten nach nationalem Recht quasi dekliniert werden muss⁵⁵³, und andererseits kann auch hinsichtlich ihrer Tragweite

⁵⁴⁹ In diesem Sinne ARHOLD, *EuZW*, 2006, 91 (Anm. 96).

⁵⁵⁰ KARPENSTEIN/DINGEMANN in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.), 2022, a.a.O., 1786, Rn. 9. Dazu das Effektivitätsgebot hervorruhend ORDOÑEZ-SOLIS, *EstAL*, 2017, 377 (389), wonach „*these provisions must be implemented in such a way that the recovery required by EU law is not rendered practically impossible and the interests of the Union are taken fully into consideration*“.

⁵⁵¹ In diesem Sinne 2019 *Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen* C/2019/5396 v. 23.07.2019, Rn. 26, in Anlehnung an EuGH-Urt. v. 17.06.1999 in Rs. C-75/97 *Belgien/Kommission*, EU:C:1999:311, Rn. 64 f., wonach die Rückforderung der Beihilfe nicht als Sanktion insofern erachtet werden soll, als sie nur auf die Wiederherstellung der früheren, rechtmäßigen Lage hinwirkt und schlicht dem Beihilfeempfänger eine rechtswidrig gewährte Begünstigung entzieht.

⁵⁵² Dazu eindeutig REMMERT, *EuR*, 2000, 469 (473) und GELLERMANN, *DVBI*, 2003, 481 (483 f.). Beide Autoren unterstreichen einvernehmlich, dass die Missachtung der Vorschrift die Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände verlangt, sie enthalte aber keine Aussage über die aufgrund einer Zuwiderhandlung eintretenden Rechtsfolgen. Letztere seien dann gemäß des Wortlauts der FNCE-Rechtsprechung selbst nach nationalem Recht zu bestimmen, woraus auch nicht automatisch die Nichtigkeitsfolge herzuleiten sei.

⁵⁵³ In diesem Sinne zustimmend auch KOKOTT, *DVBI*, 1993, 1235 (1237), wonach die nationalen Rechtsordnungen an die Ungültigkeit, Nichtigkeit und Rechtswidrigkeit unterschiedliche Folgen anknüpfen, weshalb der EuGH im Allgemeinen auf die Ungültigkeit eher als Intensität der Schwere des

gegenüber der materiellen Rechtswidrigkeit bzw. Unvereinbarkeit sowie in den Verhältnissen zwischen nationalem und Unionsrecht⁵⁵⁴ etwas unverhältnismäßig erscheinen. Nichtsdestotrotz ist eine derartige Befugnis auf die in dem AEUV verankerte Hauptrolle der nationalen Gerichte quasi zugeschnitten, die in erster Stelle eine präventive Funktion in dem System der Beihilfekontrolle vornehmen. Die Ungültigkeit des einen Vorteil verleihenden Rechtsakts⁵⁵⁵ kann nämlich die Fortführung der Wettbewerbsverzerrung durch die verfrühte und zwar rechtswidrige Gewährung und den weiteren Zutritt in den Binnenmarkt von formell und womöglich materiell rechtswidrigen Beihilfen effektiv vereiteln. Das dient wiederum der Sicherstellung des Entscheidungsmonopols der Kommission, insofern sie die Prüfung der nicht notifizierten fraglichen Maßnahme durchführen kann, ohne dass aus dem gewährenden Rechtsakt weitere angeblich wettbewerbsverzerrende Leistungen zustande kommen. Das wird auch durch die Tatsache bestätigt, dass die Kommission durch ihre Würdigung des Sachverhaltes nachträglich auch zu einer Vereinbarkeitserklärung kommen kann, die allerdings nicht geeignet ist, der von einem nationalen Gericht verhängten Ungültigkeit der durchführenden Rechtsakte abzuwehren. Die mehrfach erwähnte Unheilbarkeit der Rechtswidrigkeit einer Beihilfe aufgrund der Verletzung des Durchführungsverbots scheint sich dann eher auf die Folgerungen hinsichtlich der Gültigkeit dieser Akte⁵⁵⁶ zu beziehen als hinsichtlich der Beitreibung der Begünstigung.

Ein nationales Gericht ist zwar im Falle einer rechtswidrigen, aber vereinbarten Beihilfe, wie weiter unten ausgeführt wird, nicht verpflichtet, die Rückforderung des

Rechtsverstoßes aufgrund der mangelnden Notifizierung hinwies.

⁵⁵⁴ Diesbezüglich PECHSTEIN, *EuZW*, 1998, 495 (496), der sich fragt, ob die Feststellung der Ungültigkeit nicht nur beihilfegewährende Verwaltungsakte oder Vertragsabschlüsse betreffe, sondern auch unmittelbar beihilfegewährende Gesetze, wie bspw. Steuervergünstigungen, die keiner administrativer Durchsetzungsakte bedürfen. Das sei insofern konfliktrichtig, als eine Umwandlung von einer Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu einer Geltungsvorrang darstellen könne, indem die Ungültigkeit eine laut PECHSTEIN verfassungsrechtlich nicht akzeptierte Brechung des nationalen Rechts durch das Unionsrecht herbeiführe.

⁵⁵⁵ In diesem Sinne auch NIEMEYER in HEIDENHAIN (Hrsg.), 2009, a.a.O., § 44, Rn. 23, wonach „*the invalidity affects all measures at national level [...] directly in breach of [Art. 108 (3)] and in particular the legal measure(s) conveying the actual economic advantage for the aid recipient*“. Dazu auch KARPENSTEIN/DINGEMANN in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.), 2022, a.a.O., 1785 f., Rn. 5, 7, die aufgrund der Merkmale und der Rechtsgrundlage die Rückforderung von formell rechtswidrigen („erste Fallgruppe“) sowie von formell rechtswidrigen, aber materiell rechtmäßigen („dritte Fallgruppe“) Beihilfen von derjenigen von materiell rechtswidrigen Beihilfen trennen.

⁵⁵⁶ Zustimmend NIEMEYER in HEIDENHAIN (Hrsg.), ebd., wonach „*any national rule [regularizing] retroactively the invalidity of illegal aid measures would be contrary to the (minimum) requirements imposed by the ECJ*“.

gesamten Betrags anzuordnen, sondern kann sich die Beitreibung nur bis auf die Zinsen für den Zeitraum der Rechtswidrigkeit erstrecken. Auf die Ungültigkeit der gewährenden zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Rechtsakte kann sich hingegen die Vereinbarkeitserklärung insoweit nicht auswirken, als die Genehmigung der Kommission keine Rückwirkung besitzt und die die Ungültigkeit auslösenden Verfahrensmängel dadurch nicht geheilt werden können⁵⁵⁷. Der EuGH weist mit dem Urteil *FNCE* zum ersten Mal⁵⁵⁸ in seiner Rechtsprechung auf die Folgerungen der Gültigkeit der durchführenden Rechtsakte hin, die dann mit denjenigen der Rückforderung einhergehen, indem sich er die gerade herangezogenen Erwägungen in den Schlussanträgen des GA Jacobs quasi aneignet⁵⁵⁹. Der Ursprung und die Grundlage solcher Ausführungen sind nichtdestotrotz als direkter Ausfluss der vorausgegangenen EuGH-Rechtsprechung, die zur der Erläuterung des Gefüges des Systems der Beihilfekontrolle und der Verhältnisse zwischen nationalen Gerichten und Kommission, und zwar nicht als von ihr getrennt zu betrachten. Man bezieht sich hier auf die eingangs der vorliegenden Arbeit analysierte *Boussac*- und *Tubemeuse*-Rechtsprechung, die bereits Andeutungen hinsichtlich der von einer gegen das Durchführungsverbots verstoßenden Beihilfemaßnahme entfalteten Wirkungen enthielten. Unter Berücksichtigung davon, dass die von einem Wettbewerber berufenen nationalen Gerichte einen wirksamen Rechtsschutz gegen die Verletzung der Stillhalteverpflichtung gewähren müssen, genügen bloße verfahrensrechtliche Maßnahmen wie die Aussetzung der Gewährung⁵⁶⁰ dazu nicht vollständig.

Eine solche Missachtung bedarf vielmehr der Rechtswidrigkeitserklärung der durchführenden Maßnahmen und der Ausschöpfung aller geeigneter Rechtsschutzmöglichkeiten⁵⁶¹, die auch bis zur Aufhebung der gewährenden

⁵⁵⁷ In diesem Sinne GA Jacobs, Schlussanträge v. 03.10.1991 in Rs. C-354/90 *FNCE*, Rn. 28, der die Ungültigkeit einer eine Beihilfe durchführenden Rechtsakte von der Ausübung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission zur Vereinbarkeitsprüfung ausdrücklich trennt.

⁵⁵⁸ Die Neuigkeit und vor allem die immer noch bestehenden Ungewissheiten um die Ungültigkeitsfolgen hebt mustergültig HARRISON, *EStAL*, 2017, 487 (489), hervor, wonach „*the relative lack of judicial guidance or precedents - emanating from either the EU Courts or national courts - addressing the contractual implications of a finding of unlawful or incompatible State aid [...] creates problems because the possibility of unenforceability of contractual obligations entered into by the State can have substantial implications for business certainty, which in some cases may be far more consequential than the risk of a recoupment order imposed by the EC or a court*“.

⁵⁵⁹ EuGH-Urt. C-354/90 *FNCE*, Rn. 12.

⁵⁶⁰ GA Jacobs, Schlussanträge C-301/87 *Boussac*, Rn. 37

⁵⁶¹ GA Jacobs, Schlussanträge C-301/87 *Boussac*, Rn. 37

Verwaltungsakte durch die Anwendung der mitgliedstaatlichen Rücknahmevorschriften reichen können bzw. sollen⁵⁶². Die Erwägungen der Generalanwälte und die darauffolgenden Urteile haben mit anderen Worten durch die Beschreibung der eigenartigen Konsequenzen der Missachtung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV eine bestimmte Eigenständigkeit der Vorschrift selbst und den aus ihrer Verletzung entspringenden Folgerungen⁵⁶³ verliehen, die unabhängig von der Vereinbarkeit der fraglichen Maßnahme besteht. Eine derartige Tragweite der Stillhalteverpflichtung, deren rechtliche Konsequenzen über den Umfang der Rückforderung hinausgehen und bis zur Quelle der Wettbewerbsverzerrung reichen, ist insbesondere auf ihr Ziel zurückzuführen, den Eintritt jeglicher Wirkung der Beihilfemaßnahme bis zur abschließenden Prüfung der Kommission zu untersagen⁵⁶⁴. Solange eine staatliche Maßnahme als Beihilfe einzustufen ist, verlangt tatsächlich die Anwendung des Unionsbeihilferechts die Anmeldung und die Durchführung der Vereinbarkeitsprüfung seitens der Kommission derart, dass diese Prüfung vor der Kommission eine rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung konstitutiver Art darstellt⁵⁶⁵ und somit die Einführung bzw. die Durchführung der Maßnahme nicht für abgeschlossen⁵⁶⁶ gilt. Der Tatsache, dass die Prüfung nach Art. 108 AEUV der Durchführung der Maßnahme selbst innewohnt und Bestandteil davon ist, kann man auch der Grund entnehmen, wofür die Heilung des Verstoßes gegen diese Vorschrift nicht geboten bzw. von der ständigen EuGH-

⁵⁶² GA Tesauo, Schlussanträge C-142/87 *Tubemeuse*, Rn. 7, wonach „diese Rücknahme insoweit einem besonders ausgeprägten öffentlichen Interesse [entspricht], als die betreffenden Akte die internationale Haftung des Staates auslösen können“.

⁵⁶³ Dazu GA Jacobs, Schlussanträge C-301/87, Rn. 29, der die Erwägungen der Kommission in dem für den Fall einschlägigen Beschluss berichtet, wonach „die Nichtbeachtung formaler Voraussetzungen vom Inhalt klar zu trennen [sei] und einen selbständigen Rechtsfehler dar[stelle], eine Art Rechtswidrigkeit "per se"“. Die Kommission in der 87/585/EWG Entscheidung v. 15.07.1987 über die von der französischen Regierung gewährten Beihilfen für ein Unternehmen der Textil-, Bekleidungs- und Papierindustrie/*Boussac Saint Frères*, Teil III, ruft tatsächlich in Erinnerung, dass die Verfahrensvorschrift von Art. 108 Abs. 3 S. 3 zwingenden Charakter sowie Bedeutung hinsichtlich der öffentlichen Ordnung hat. Um die Eigenständigkeit der Verletzung zu unterstreichen, bemerkenswert war in dem Fall die wie eingangs gesehen dann abgelehnte Stellungnahme der Kommission, wonach sich ihre Prüfung gegenüber einer rechtswidrigen Beihilfe auf diese Verletzung hätte beschränken müssen und das Profil der Vereinbarkeit nicht weiter prüfen.

⁵⁶⁴ In diesem Sinne EuGH-Urt. C-301/87 *Boussac*, Rn. 17, das die Funktion der Stillhalteverpflichtung unterstreicht.

⁵⁶⁵ Mustergültig GA Tesauo, Schlussanträge C-142/87 *Tubemeuse*, Rn. 7, der hinzu unterstreicht, dass sich die Prüfung der Kommission mit dem Inhalt der Maßnahme befasst und sich angesichts dessen von der Würdigung der gewährenden Stelle unterscheidet, die hauptsächlich politische und wirtschaftliche Wertungen berücksichtigt.

⁵⁶⁶ GA Tesauo, Schlussanträge C-142/87 *Tubemeuse*, Rn. 7.

Rechtsprechung geradezu abgelehnt wird⁵⁶⁷.

Zum einen könnte der Fortbestand des nicht angemeldeten beihilfegewährenden Aktes bzw. die Wiederherstellung dessen Wirkungen eine Fortführung der rechtswidrigen Beihilfegewährung und somit eine andauernde Wettbewerbsverzerrung herbeiführen, sodass man des durch die Stillhalteverpflichtung veranlassten Wiederholungsverbots⁵⁶⁸ nicht Rechnung trüge. Der Charakter der Stillhalteverpflichtung als eigenständiges und endgültiges Wiederholungsverbot sticht vor allem in den Fällen heraus, in denen die nationalen Gerichte sämtliche Folgerungen aus der Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV in Ermangelung einer Kommissionsentscheidung und unter Berücksichtigung davon ziehen müssen, dass die Kommission tatsächlich eine Prüfungsphase hinsichtlich der fraglichen Maßnahme nie eröffnen könnte⁵⁶⁹ oder dass hingegen im Falle deren Einleitung die Ausübung ihrer Befugnis beim Bestehen der durchführenden Rechtsakte besonders beeinträchtigt werden könnte⁵⁷⁰.

Demzufolge würde zum anderen eine Heilung der Rechtswidrigkeit durch eine rückwirkenden Vereinbarkeitserklärung die Wirksamkeit des Durchführungsverbots und mit sich das gesamte System der Beihilfekontrolle insofern erheblich entkräften, als die Mitgliedstaaten keinen Anreiz zur Einhaltung der Vorschrift und keine Konsequenzen aus der verfrühten Gewährung der Beihilfe zu befürchten hätten. Dazu würde auch die unmittelbare Geltung der Vorschrift und die im Zusammenhang stehende begünstigende

⁵⁶⁷ Ausdrücklich EuGH-Urt. C-354/90 *FNCE*, Rn. 16.

⁵⁶⁸ In diesem Sinne PECHSTEIN, *EuZW*, 2003, 444 (Anm. 447), wonach „die Verbotswirkung des Art. [108 Abs. 3 S. 3 AEUV] somit dank des Heilungsverbots in zeitlicher Hinsicht sogar über den Erlass einer abschließenden Kommissionsentscheidung hinaus[geht], so dass von einer zulässigen Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts auf Grund der Beendigung der Verbotswirkung des Art. [108 Abs. 3 S. 3 AEUV] keine Rede sein kann“.

⁵⁶⁹ Der Verweis ist hier auf das bereits analysierte EuGH-Urt. C-349/17 *Eesti Pagar*, Rn. 90 f., das eine eigenständige Rückforderung der Beihilfe seitens der gewährenden Stelle in Ermangelung einer entsprechenden Anordnung der Kommission oder der nationalen Gerichten anerkennt und quasi auferlegt. Die Kommission könnte unter bestimmten Umständen nie Kenntnis von einer Beihilfemaßnahme nehmen, was von einer weitreichenden Befugnis bei der gewährenden Stelle und vor allem bei den nationalen Gerichten ausgeglichen werden könnte.

⁵⁷⁰ Diesbezüglich bemerkenswert ist die von GA Jacobs, Schlussanträge C-301/87 *Boussac*, Rn. 29, berichtete Klagebeantwortung der Kommission, wonach die eigenständige Betrachtung der Beihilfieverfahrensvorschriften sowie ihrer Verletzung und der damit verbundenen Folgerungen die Mitgliedstaaten dazu veranlassen könne, „hilfreich bei der Lösung von Problemen im Zusammenhang mit der Rückforderung von Beihilfen sein“.

Drittwirkung⁵⁷¹ gegenüber der Konkurrenten⁵⁷² insoweit beeinträchtigt, als die Geltendmachung der Verletzung des Durchführungsverbots und die Erhebung eines Unterlassungs- und Rückforderungsanspruchs bei einer Heilung nicht mehr mit effektiven Abhilfemaßnahmen⁵⁷³ bzw. Sanktionen einhergingen. Die Tatsache, dass derartige Abhilfemaßnahme erheblich eingeschränkt oder durch bspw. schwer nachzuweisende und nur *inter-partes*-wirkende⁵⁷⁴ Schadensersatzansprüche seitens der Wettbewerber ersetzt werden könnten⁵⁷⁵, würde für Letztere auch keinen besonderen Anreiz darstellen, Haupt- oder auch nur einstweilige Verfahren angesichts einer derartigen Zuwiderhandlung anzustrengen. In Anbetracht dessen, dass das Durchführungsverbot zu den Eckpfeilern des sorgfältig ausgearbeiteten Systems der Beihilfekontrolle zählt⁵⁷⁶, das für die Gewährleistung des Funktionierens des Binnenmarktes unentbehrlich ist, wäre schließlich die Einstufung dessen Verletzung als bloßer und zwar heilbarer Verfahrensfehler dem Gefüge der Beihilfeaufsicht nicht gerecht⁵⁷⁷. Daraus geht hervor, dass die Feststellung der Ungültigkeit seitens der nationalen Gerichte anders als die Rückforderung, die auch im Rahmen der privaten

⁵⁷¹ PECHSTEIN, *EuZW*, 1998, 495 (496), wonach kein Widerspruch zwischen die auf Konkurrenten beschränkte Begünstigungswirkung nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV und die *erga-omnes*-Wirkung der Ungültigkeit der Durchführungsmaßnahme bestehe.

⁵⁷² Mit Bezug auf die Nichtigkeit beihilfegewährender Verwaltungsverträge nach §59 VwVfG hinterfragt REMMERT, 2000, a.a.O., 474, ob die Stillhalteverpflichtung den Wettbewerbern des Begünstigten ein subjektives öffentliches Recht verleihe, sodass man bei deren Verletzung durch einen beihilfegewährenden Vertrag zur Wiederherstellung dessen Wirksamkeit der schriftlichen Zustimmung des Wettbewerbers bedürfte.

⁵⁷³ In diesem Sinne auch JOUVE, *EstAL*, 2017, 367 (368), wonach *“this procedure has the advantage of speed since, contrary to the procedure of complaints before the Commission, national judges do not have to evaluate compatibility of the aid with common market”*.

⁵⁷⁴ Mustergültig KÖHLER, 2012, a.a.O., 371, wonach *„So, private enforcement is not in any case apt to create a situation fully in line with EU law, [whose full observance is only achieved through a suspension or recovery order]. It partly aims at an indirect pressure on the acting parties to observe State aid law. In cases in which somebody succeeds with a claim for damages the effect of this success is limited to the party to the case”*.

⁵⁷⁵ Dazu GA Mazák, Schlussanträge v. 24.05.2007 in Rs. C-199/06 *Centre d'exportation du livre français et Ministre de la culture et de la communication/Société internationale de diffusion et d'édition (CELF I)*, Rn. 32, der von den Schwierigkeiten für den Wettbewerber berichtet, den Kausalitätszusammenhang zwischen der verfrühten Beihilfegewährung und der geltend gemachten Vermögensverminderung nachzuweisen.

⁵⁷⁶ GA Mazák, Schlussanträge C-199/06 *CELF I*, Rn. 30 f., der auch auf die vorausgegangene EuGH-Rechtsprechung hinweist.

⁵⁷⁷ GA Mazák, Schlussanträge C-199/06 *CELF I*, Rn. 31. Anderer Meinung u. a. BRANDTNER/BERANGER/LESSENICH, *EstAL*, 2010, 23 (26), wonach *“the standstill obligation is only designed to prevent the implementation of (at least potentially) incompatible measures. Once the Commission has confirmed compatibility, this purpose falls away”*.

Durchsetzung zur Wiederherstellung des *status quo ante* dient, zweifellos als abschreckendes Mittel bzw. als Sanktion⁵⁷⁸ erachtet werden soll, die darauf abzielt, jeweils die Notifizierung einer zumindest einige Merkmale nach Art. 107 AEUV erfüllende Maßnahme vorzunehmen und die von der rechtswidrigen Durchführung veranlasste Beeinträchtigung des Entscheidungsmonopols der Kommission quasi zu ahnden.

Ausweichlich derartiger Ausführungen wird die bevorstehende Analyse die grundlegenden Aspekte der Rückforderung der Begünstigungen und der Unwirksamkeit der gewährenden Rechtsakte ausloten, die sich insbesondere auf die Phase der privaten Durchsetzung fokussieren und die die Auswirkungen der vom Unionsrechts verhängte Rechtswidrigkeit der Beihilfe auf nationaler Ebene mittels der nach nationalem Recht angeordneter Ungültigkeit⁵⁷⁹ hervorheben. In Anbetracht dessen wird besondere Aufmerksamkeit wird der Sanktion der Vertragsnichtigkeit als Form der von der EuGH-Rechtsprechung gebotene Ungültigkeit von beihilfegewährenden nicht notifizierten Rechtsakten geschenkt. Damit zielt man darauf ab, den Umfang der Befugnisse der nationalen Gerichten aus einem Blickwinkel zu ergründen, bezüglich dessen die bereits erörterte Verhältnisse mit dem Entscheidungsmonopols der Kommission in Hintergrund bleiben und die von dem nationalem Recht zur Verfügung gestellten Mittel zur Durchsetzung des Beihilferechts⁵⁸⁰ im Einklang mit dem Effektivitäts- und Äquivalenzgebot zur Geltung kommen.

⁵⁷⁸ Eindeutig dazu GA Mazák, Schlussanträge C-199/06 *CELF I*, Rn. 31 f. Zustimmung auch KARPENSTEIN/DINGEMANN in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.), 2022, a.a.O., 1784, Rn. 2 und KOKOTT, 1993, a.a.O., 1237, die von Sanktion gegenüber den Staaten.

⁵⁷⁹ Diesbezüglich deutet PECHSTEIN, 1998, a.a.O., 496, auf eine angebliche Mitigation der Ungültigkeitsfolge durch das EuGH-Urt. C-39/94 *SFEI*, Rn. 67, hin, wo tatsächlich von rechtswidrigen Maßnahmen die Rede ist. Dieser Stellungnahme ist insofern entgegenzutreten, als zum einen der EuGH unmittelbar das *FNCE*-Urteil heranzieht und sich mit dem Verweis nicht davon abzuweichen scheint. Zum anderen betonen darauffolgende Rechtssachen die Ungültigkeitsfolgen für einen beihilfegewährenden und nicht notifizierten Rechtsakt, wie bspw. EuGH-Urt. C-199/06 *CELF I*, Rn. 40 f. und EuGH-Urt. C-284/12 *Lufthansa*, Rn. 30 f., das den Unterschied und gleichzeitig die Verbindung zwischen einerseits Ungültigkeit der Durchführungsmaßnahmen und andererseits Rechtswidrigkeit der Durchführung der Beihilfe klar abzeichnet. Mit anderen Worten ist eine nicht angemeldete Durchführungsmaßnahme insoweit auf nationaler Ebene und nach nationalem Recht ungültig, als die Durchführung hinsichtlich des Binnenmarktes und aus dem Blickwinkel des Unionsrechts rechtswidrig ist.

⁵⁸⁰ Einen ähnlichen Ansatz vertreten VAJDA/STUART, 2010, a.a.O., 632 mit Bezug auf den Verhältnisse zwischen Unionsrecht und nationalem Recht angesichts eines Vergleichs zwischen der *Masterfood*- und der *CELF I*-Rechtsprechung. Beide Autoren behaupten nämlich, dass „*the ECJ in CELF I was looking at remedies available to a national court for breach of Article 108(3), rather than endorsing a different approach by the Commission and the national court on the question of whether the aid was compatible with the common market*“.

Nicht mehr erwähnenswert ist die wohl bekannte Tatsache, dass die nationalen Gerichten, wenn sie im Rahmen eines Hauptsache- oder auch nur einstweiligen Verfahrens das Vorliegen einer Beihilfe angesichts der Erfüllung der Merkmale i. S. v. Art. 107 AEUV zumindest für wahrscheinlich halten und deren unterbliebene Notifizierung feststellen, die Aussetzung der Gewährung oder die Rückforderung der bereits ausgezahlten Beträge verfügen müssen. Die Rückforderung wirkt bekannterweise darauf hin, die Lage vor der Einführung der Beihilfe bzw. das *status quo ante* wiederherzustellen, woraufhin die Beihilfe aus dem Vermögen des Begünstigten ausscheiden muss⁵⁸¹. Die Rückforderung erfolgt demzufolge nur dann, wenn der Empfänger den Vorteil verliert, den er gegenüber seinen Wettbewerbern auf dem Binnenmarkt besaß⁵⁸². Sie setzt allerdings nicht voraus, dass dadurch eine Art Vermögensverschiebung zugunsten der gewährenden Stelle erreicht wird, deren Haushalt mit der Beitreibung der Begünstigung wieder in die frühere Lage zurückversetzt wird⁵⁸³. Die Rückforderung muss mit anderen Worten in der Lage sein, ausschließlich den von dem Beihilfegünstigten erlangten Vorteil vollständig abzuschöpfen, der die Wettbewerbsverzerrung verursacht oder zu verursachen bedroht hat.

Darauf aufbauend erweist sich in erster Stelle als wesentlich, den Begriff und vor allem den Umfang des Vorteils mit Bezug auf die Rückforderung zu ermitteln. Wenn einerseits das Merkmal der Begünstigung i. S. v. Art. 107 AEUV als geldwerte Vorteil ohne angemessene bzw. marktgerechte Gegenleistung⁵⁸⁴ zu betrachten ist, sodass es sowohl positive Leistungen als auch Belastungsminderungen ohne direkte Mitteltransfer umfasst⁵⁸⁵, andererseits kann der Umfang des zwecks der angeordneten Rückforderung festzustellenden Vorteils besondere einem bestimmten Sachverhalt zugrundeliegende Aspekte aufweisen, die die Tragweite der Rückforderung hinsichtlich der Wiederherstellung des *status quo ante* nicht immer eindeutig fassen können. Man will hiermit darauf hinweisen, dass die vorzeitige und somit rechtswidrige Gewährung

⁵⁸¹ KARPENSTEIN/DINGEMANN in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.), 2022, a.a.O., 1784, Rn. 3.

⁵⁸² In diesem Sinne EuGH-Urt. v. 04.04.1995 in Rs. C-350/93 *Kommission/Italien*, EU:C:1995:96, Rn. 22.

⁵⁸³ KARPENSTEIN/DINGEMANN in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.), 2022, a.a.O., 1784, Rn. 3.

⁵⁸⁴ In diesem Sinne ARHOLD in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.), 2022, a.a.O., 103, Rn. 137 ff. sowie BARTOSCH, 2020, a.a.O., 41, Rn. 1 ff.

⁵⁸⁵ Der Begriff wird von der ständigen EuGH-Rechtsprechung betont und ist auf EuGH-Urt. v. 23.02.1961 in Rs. C-30/59 *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde der EGKS*, EU:C:1961:2, S. 43.

einer Beihilfe die wirtschaftliche Lage auf einem bestimmten Markt bspw. durch die Gewinnung von neuen Marktanteilen oder die Erlangung von öffentlichen Aufträgen⁵⁸⁶ endgültig verändern kann. Dementsprechend zu hinterfragen ist, ob die Rückforderung tatsächlich nur den von dem Begünstigten ursprünglich erlangten Vorteil abschöpfen muss oder auch bis zu den dank der Beihilfe entstandenen Vorteilen reichen soll.

Unter Berücksichtigung davon, dass der erzielte Wettbewerbsvorteil zwar eine Verzerrung herbeiführt bzw. herbeiführen kann, sich allerdings nicht zwangsläufig in eine Verbesserung der marktwirtschaftlichen Lage des Empfängers⁵⁸⁷ umwandeln wird, soll die Rückforderung an einen bestimmten und von der Verwendung der Beihilfe nicht abhängigen Maßstab anknüpfen. Die Grundlage für die Beitreibung stellt dann der unmittelbarer Vorteil, der dem Beihilfeempfänger ursprünglich durch die rechtswidrige Gewährung zugutekam⁵⁸⁸ und der von dessen konkreten Einsetzung seitens des Unternehmens absehen muss. Die Herausgabe des etwaigen durch die Einsetzung der rechtswidrigen Beihilfe erlangten wirtschaftlichen Gewinns⁵⁸⁹ wäre hingegen für den Empfänger insofern unzumutbar, als sie an ein kontrafaktisches und zwar rein hypothetisches Szenario hinsichtlich der früheren Wettbewerbslage anknüpfen würde. Wenn man beide Ziele der Wiederherstellung des *status quo ante* und der Vorteilsabschöpfung zulasten des Beihilfebegünstigten in Einklang bringen soll, stellt sich auch heraus, dass das erste Ziel keineswegs eine Neuerschaffung der Vergangenheit anstreben kann⁵⁹⁰. Die Wiederherstellung der früheren Lage kann nämlich nur auf die Beitreibung des aus der Beihilfegewährung unmittelbar entsprungene(n) Vorteils stützen und zwar nicht auf marktwirtschaftliche Entscheidungen, die die Empfänger dank der Beihilfe oder die anderen Wirtschaftsteilnehmer in Ermangelung einer derartigen

⁵⁸⁶ In diesem Sinne GA Mengozzi, Schlussanträge v. 05.07.2016 in verb. Rs. C-164/15 und C-165/15 *Kommission/AerLingus und Ryanair („AerLingus“)*, Rn. 62.

⁵⁸⁷ GA Mengozzi, Schlussanträge C-164/15 und C-165/15 *AerLingus*, Rn. 62, wonach die Verpflichtung zur Rückzahlung weiter besteht, selbst wenn sich der Begünstigte „infolge mangelhafter Verwaltung der Beihilfe oder wegen der Besonderheiten des für ihn relevanten Marktes [...] den durch die Beihilfegewährung verschafften Wettbewerbsvorteil nicht vollständig zunutze gemacht hat“.

⁵⁸⁸ GA Mengozzi, Schlussanträge C-164/15 und C-165/15 *AerLingus*, Rn. 62.

⁵⁸⁹ EuGH-Urt. v. 21.12.2016 in verb. Rs. C-164/15 und C-165/15 *Kommission/AerLingus und Ryanair („AerLingus“)*, EU:C:2016:990, Rn. 92, wonach in Anlehnung an die entsprechenden Schlussanträge von GA Mengozzi „ein solcher Gewinn muss nicht mit dem Vorteil zusammenfallen [...] oder kann sogar völlig fehlen, ohne dass dieser Umstand die Nichtrückforderung dieser Beihilfe oder die Rückforderung eines anderen Betrags [...] rechtfertigen könnte“.

⁵⁹⁰ So EuGH-Urt. C-164/15 und C-165/15 *AerLingus*, Rn. 91 in Anlehnung an EuGH-Urt. v. 15.12.2005 in Rs. C-148/04 *Unicredito Italiano/Agenzia delle Entrate*, EU:C:2005:774, Rn. 118

Wettbewerbsverzerrung hätten treffen können⁵⁹¹. Man kann mit anderen Worten behaupten, dass die Rückforderung die Wettbewerbslage ausschließlich zur Zeit der Gewährung berücksichtigen und sich lediglich in dieser Phase abwickeln und ausschöpfen muss, weil das nachgelagerte Vorgehen des Begünstigten und die damit errungenen Gewinne genauso unumkehrbar⁵⁹² sind, wie rein hypothetisch die nachträglichen marktwirtschaftlichen Entscheidungen der Wettbewerber erscheinen.

Wenn einerseits die Beitreibung der rechtswidrigen und vermutlich unvereinbaren Beihilfe ihre nachgelagerte Folgerungen auf dem Markt nicht immer vollständig beseitigen kann, weil sie andernfalls über die Natur der Rückforderung als logische Folge der Rechtswidrigkeit hinausgingen, andererseits sticht diesbezüglich die Rolle der zu ziehenden Folgerungen hinsichtlich der Gültigkeit der beihilfegewährenden Rechtsakte hervor. Im Unterschied zu der Rückforderung, soll die Sanktion der Ungültigkeit nämlich daran hindern, dass der Empfänger auch noch nach Rückzahlung der Beihilfe im konkreten Fall weiterhin in den Genuss der günstigen Wirkungen gelangt. Das ist nicht nur als unausweichlicher Ausfluss des unmittelbar gewährten Vorteils zu erachten und auf umsichtige und gewinnorientierte Entscheidungen des Begünstigten zurückzuführen, wie der GA Mengozzi in den Schlussanträgen zu *AerLingus* formuliert hat. Vielmehr kann ein andauernder Genuss der günstigen Auswirkungen der Beihilfe in bestimmten Konstellationen direkt von der Beihilferegulation abhängen, die zwischen diesen Auswirkungen und der bloßen unmittelbaren Beihilfe eine klare Zweckgebundenheit bzw. Verwendungszusammenhang voraussetzt. Darauf aufbauend können sich die Wettbewerber auf die aus dem Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 herrührenden Rückgewähr- und Nichtigkeitsansprüche mit Bezug auf derartige andauernde und für sie wettbewerbsschädliche Auswirkungen berufen, indem sie einen unmittelbaren Zusammenhang bzw. den Charakter dieser Auswirkungen als Bestandteil der Beihilferegulation geltend machen und nachweisen.

⁵⁹¹ Ähnlich EuGH-Urt. C-164/15 und C-165/15 *AerLingus*, Rn. 91 und EuGH-Urt. C-148/04 *Unicredito Italiano/Agencia delle Entrate*, Rn. 118.

⁵⁹² Etwas lapidar in diesem Sinne GA Mengozzi, Schlussanträge C-164/15 und C-165/15 *AerLingus*, Rn. 63, wonach „bestimmte Wirkungen der Beihilfe sind in der Tat irreversibel, und es wäre illusorisch zu meinen, dass die Rückzahlung der dem [...] empfangenen Vorteil entsprechenden Beträge genügen würde, um für die Marktteilnehmer dieselben Wettbewerbsbedingungen herzustellen, die für sie vor der Beihilfegewährung galten“.

Der Verweis ist hier auf die Rechtsprechung, die sich mit den sog. asymmetrischen Steuerbelastungen und insbesondere mit der Konstellation der Direktverkaufsabgabe und deren Befreiung befasst hat⁵⁹³. Es handelte sich um eine auf den direkten Verkauf von Arzneimittel an Apotheken erhobene Abgabe zulasten der Pharmahersteller, die allerdings die mit DAWI-Verpflichtungen betrauten Großhändler hinsichtlich ihrer Verkäufe nicht betraf⁵⁹⁴. Gemäß der ständigen EuGH-Rechtsprechung dürfen sich die Schuldner einer Abgabe nicht auf ihren beihilferechtlichen Charakter berufen⁵⁹⁵, um sich der Zahlung zu entziehen, weil das mittelbar auch den Kreis der Begünstigte erweitern könnte⁵⁹⁶, es sei denn, ein Verwendungszusammenhang zwischen Abgabe und Beihilfe besteht⁵⁹⁷. Demnach soll das Aufkommen der Abgabe unmittelbar in die Finanzierung der Beihilfe fließen, sodass die Abgabe als Bestandteil der Beihilferegulierung betrachtet werden und der Wettbewerber nicht nur die Rückzahlung der bereits entrichteten Abgaben anstreben kann, sondern auch die Nichtigkeit des steuerlichen Schuldverhältnisses. Die vorgeschlagene Anknüpfung an die Ungültigkeitsfolgerungen nach einer Verletzung des Durchführungsverbots wird noch eindeutiger, wenn man die Entwicklung der Rechtsprechung mit Bezug auf den Verwendungszusammenhang und vor allem auf die Tragweite des beihilferechtlichen Charakters einer steuerlichen Maßnahme berücksichtigt.

⁵⁹³ Für eine ausführliche Analyse des Themas verweist man auf ARHOLD in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.), 2022, a.a.O., 105, Rn. 143 ff., der sich namentlich auf die je nach Fallgestaltung unterschiedliche Einstufung als Beihilfe lediglich der Befreiung von der Abgabe oder hingegen der Abgabe selbst in ihrer Gesamtheit.

⁵⁹⁴ Beispielhaft und den Auftakt hinsichtlich dieser Frage bildend In diesem Sinne EuGH-Urt. v. 22.11.2001 in Rs. C-53/00 *Ferring SA/Agence centrale des organismes de sécurité sociale („Ferring“)*, EU:C:2001:627

⁵⁹⁵ Dazu EuGH-Urt. v. 20.09.2001 in Rs. C-390/98 *H.J. Banks & Co. Ltd/The Coal Authority u.a. („Banks“)*, EU:C:2001:456, Rn. 80.

⁵⁹⁶ In diesem Sinne EuGH-Urt. C-368/04 *Transalpine Ölleitung*, Rn. 49, wonach eine Ausdehnung des Kreises der Empfänger durch die Erstattung einer Abgabe die wettbewerbsschädlichen Wirkungen einer Beihilfe verstärkt, statt sie zu beseitigen.

⁵⁹⁷ In diesem Sinne ARHOLD in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.), 2022, a.a.O., 106, Rn. 145, mit weiteren Nachweisen aus der EuGH-Rechtsprechung. Diesbezüglich mustergültig ist EuGH-Urt. v. 13.01.2005 in Rs. C-174/02 *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant/Staatssecretaris van Financiën („Streekgewest“)*, EU:C:2005:10, Rn. 26, das die Verbindung zwischen der Notifizierungs- und Stillhalteverpflichtung einerseits und dem besagten Verwendungszusammenhang bzw. dem Aufgabenaufkommen und dem anzumeldenden Beihilfeumfang andererseits hervorhebt. Demnach, „wenn ein solcher Zusammenhang zwischen der Beihilfemaßnahme und deren Finanzierung besteht, [muss] sich die Anmeldung der Beihilfe nach Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag auch auf die Finanzierungsweise der Beihilfe beziehen, damit die Kommission ihre Prüfung auf der Grundlage einer umfassenden Information durchführen kann“. Andernfalls könnte das Risiko vorliegen, dass eine aufgrund der verfügbaren Elemente für vereinbar erklärte Beihilfe eigentlich unvereinbar ist.

Der Verweis ist hier auf das hinsichtlich der Frage der Beweisaufnahme bereits herangezogene *Laboratoires-Boiron*-Urteil, dem wie in der *Ferring*-Rechtssache auch der Anspruch auf die Rückerstattung der zulasten der Pharmahersteller erhobenen Abgaben zugrunde lag. Obwohl sich der EuGH auch in dem vorliegenden Urteil an dem Erfordernis des Verwendungszusammenhanges festhielt, zielte er nichtdestotrotz darauf ab, einen effektiven Rechtsschutz aufgrund der vom Wettbewerber geltend gemachten Rechtswidrigkeit einer Beihilfe zu gewährleisten⁵⁹⁸, der sowohl die Ungültigkeit der Durchführungsaktes als auch die Rückforderung des entrichteten Betrags umfassen kann. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, stellte der EuGH in Anlehnung an die Schlussanträge des GA Tizzano fest, dass kein Verhältnis zwischen Abgabenerhebung einerseits und Begünstigung durch Befreiung andererseits besteht, sondern war die Direktverkaufsabgabe als asymmetrische Heranziehung ausgestaltet⁵⁹⁹. Es handelte sich mit anderen Worten nicht um eine allgemeine Steuerregelung, die nachträglich um bestimmte nicht notifizierte Befreiungen erweitert wurde, sondern um eine steuerrechtliche Vorschrift, die durch eine solche Asymmetrie unter seinen Adressaten bereits in ihrer ursprünglichen Grundlage gekennzeichnet war. Die Erhebung der Abgabe bei der Kategorie der Pharmahersteller und die Nichterhebung bei den mit den Ersteren im Wettbewerb stehenden Großhändlern waren in derselben Regelung verankert und stellten für den vom Gesetzgeber nahegelegten Sinn und Zweck deren Bestandteil dar⁶⁰⁰.

Daraus geht eindeutig hervor, dass die Zahlung der Abgabe seitens des Wettbewerbers namentlich als beihilfegewährendes Akt insoweit betrachtet werden

⁵⁹⁸ Dazu EuGH-Urt. C-526/04 *Laboratoires Boiron*, Rn. 40, wonach " [...] einem Wirtschaftsteilnehmer wie Boiron möglich sein [muss], die Rechtswidrigkeit der Direktverkaufsabgabe mit der Begründung, sie stelle eine Beihilfemaßnahme dar, geltend zu machen, um ihre Erstattung zu beantragen". Zustimmend aus einem umgekehrten Blickwinkel auch WISSEL/BECKER, *EstAL*, 2007, 101 (102), wonach „As a result of the application of this principle, Boiron usually would have not been able to obtain reimbursement of the paid amounts“.

⁵⁹⁹ EuGH-Urt. C-526/04 *Laboratoires Boiron*, Rn. 34 sowie GA Tizzano, Schlussanträge v. 30.03.2006 in Rs. C-526/04 *Laboratoires Boiron*, Rn. 38, wonach " [...] die Abgabe [...] stellt sich nämlich nicht als (rechtmäßig eingeführte) allgemeine Steuer dar, von der (rechtswidrigerweise) bestimmte Unternehmen ausgenommen wurden. Vielmehr handelt es sich um eine „asymmetrisch“ erhobene Abgabe, d. h. eine Abgabe, die nur bestimmte Wirtschaftsteilnehmer belastet [...], andere, die mit diesen im Wettbewerb stehen [...], aber [...] nicht“.

⁶⁰⁰ GA Tizzano, Schlussanträge C-526/04 *Laboratoires Boiron*, Rn. 46. Zustimmend auch ARHOLD in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.), 2022, a.a.O., 107, Rn. 146.

kann⁶⁰¹, als lediglich die vorgesehene Entrichtung der Abgabe die Anwendung der besagten Steuerregelung umsetzt und gleichzeitig die Begünstigung zugunsten der Großhändlern einschaltet, sodass anhand des bestehenden Zusammenhangs ohne Erhebung auch keine Nichterhebung geben könnte. Da die Beihilfe nicht in der Befreiung bestimmter Marktteilnehmer von einer Abgabe, sondern in der Abgabe selbst besteht, ist auch die Tragweite der Ungültigkeitsfolgerungen im Zusammenhang mit den Rückforderungsansprüchen gegenüber nicht notifizierten beihilfegewährenden Rechtsakten anders zu würdigen. In beiden Konstellationen kann eine Klage des Wettbewerbers zur Ungültigkeitserklärung des Schuldverhältnisses und zur Rückgewährung der erhobenen Abgabe ausweislich des Verwendungszusammenhangs angestrengt werden. Nur der letzte Fall führt allerdings keineswegs eine Erweiterung der Begünstigung und zwar des Empfängerkreises insofern herbei, als die Ungültigkeitsfolgen nicht auf die durch die Befreiung erlangte Begünstigung abzielen, sondern die gesamte Abgaberegulierung beachtlich ihres beihilferechtlichen Charakters fortreißen⁶⁰². Solche Ansprüche sind dementsprechend darauf gerichtet, die Zahl der von der rechtswidrigen Abgabe betroffenen Wirtschaftsteilnehmer zu verringern und den Umfang der asymmetrische Erhebung zu verkleinern⁶⁰³.

Eine anderslautende Auslegung des EuGH, die lediglich die Nichterhebung zugunsten der Großhändler als bloße beihilferechtlich relevante Befreiung berücksichtigt hätte, hätte nämlich die wettbewerbswidrigen Wirkungen einer so gearteten Steuerregelung nicht vollumfänglich beseitigen können und vor allem den Rechtsschutz zugunsten der nicht begünstigten Wettbewerber zersplittert⁶⁰⁴ und gar

⁶⁰¹ Ähnlich auch WISSEL/BECKER, 2007, a.a.O., 102, die den Unterschied zu den Fällen, in denen sich die Befreiung als auch für den Rechtsschutz der Abgabeschuldner maßgeblicher beihilferechtlicher Tatbestand herausstellt, ziehen und betonen, dass „if Boiron's liability to pay the direct sales tax constituted the act giving effect to an aid measure, it should be accepted that an economic operator such as Boiron may plead that the charge on direct sales is unlawful in order to obtain reimbursement, on the grounds that it amounts to an aid measure“.

⁶⁰² Dazu ARHOLD in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.), 2022, a.a.O., 107, Rn. 147, der den Unterschied zwischen dem vorliegenden Fall und den Konstellationen des schlichten Verwendungszusammenhangs eindeutig unterscheidet.

⁶⁰³ GA Tizzano, Schlussanträge C-526/04 *Laboratoires Boiron*, Rn. 55 und EuGH-Urt. C-526/04 *Laboratoires Boiron*, Rn. 41.

⁶⁰⁴ GA Tizzano, Schlussanträge C-526/04 *Laboratoires Boiron*, Rn. 57, wonach „eine solche Lösung [...] aus Gründen der Prozessökonomie vorzuziehen [ist], da sie den gerichtlichen Schutz der Rechte der Einzelnen, die durch rechtswidrige Unterstützungsmaßnahmen der hier in Rede stehenden Art geschädigt sind, erleichtert“.

vereitelt. Letzteres ist vor allem auf die Tatsache zurückzuführen, dass die Abweisung einer Klage zur Ungültigkeitserklärung und zur Rückerstattung der entrichteten Abgabe vor den nationalen Gerichten die nicht begünstigten Wettbewerber veranlassen würde, durch eine neue Klage eine Verurteilung der gewährenden Stelle zur Ausweitung des Kreises der Abgabenschuldner zu erwirken⁶⁰⁵, was allerdings einerseits die wettbewerbswidrigen Wirkungen nicht vollständig beseitigen⁶⁰⁶ und andererseits die Gewährleistung des Rechtsschutzes wegen einer Verletzung des Durchführungsverbots besonders erschweren würden.

Die Erörterung um die letzte Konstellation hat in erster Stelle eindeutig gezeigt, dass die nationalen Gerichte in Ermangelung einer auch nur vorläufigen Entscheidung der Kommission sich mit den Folgerungen aus der Verletzung des Durchführungsverbots sorgfältig und ausführlich befassen müssen⁶⁰⁷. Unabhängig von der unentbehrlichen Feststellung des Vorliegens einer Beihilfe, sind sie vor allem berufen, die Ausgestaltung sowie die wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer rechtswidrigen Maßnahme genau zu ermitteln, weil davon auch die Reichweite der anzuordnenden Maßnahme zur Wiederherstellung des *status quo ante* abhängt⁶⁰⁸. Um das Rechtsschutzziel der klagenden Wettbewerber möglicherweise vollumfänglich zu

⁶⁰⁵ GA Tizzano, Schlussanträge C-526/04 *Laboratoires Boiron*, Rn. 57. Anderer Auffassung mit Bezug auf die Rechtswidrigkeitsfolgerungen aus der Auslegung der fraglichen Maßnahme ARHOLD in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.), 2022, a.a.O., 107, Rn. 147. Der Autor weist darauf hin, dass die Einstufung lediglich der Befreiung als Beihilfe und nicht der gesamten steuerrechtlichen nur die Nichtigkeitserklärung der Steuerbefreiung herbeigeführt hätte, sodass im Endergebnis aufgrund der Veranlagung der Maßnahme eine umgekehrte Wettbewerbsverfälschung entstanden wäre, die eine mittelbare Ausweitung des Empfängerkreises verursacht hätte.

⁶⁰⁶ Zustimmend auch WISSEL/BECKER, 2007, a.a.O., 102, nachdem „*Boiron is not obliged to initiate an action aiming to get the State to be ordered to recover the aid unlawfully granted to the wholesale distributors. The ECJ stressed that in the present case it is not the exemption but the asymmetrical rule itself that constitutes a state aid. Therefore, the reimbursement of the contributions is a very appropriate way of reducing the number of economic operators harmed by the measure deemed to constitute aid, and thus, of limiting the anticompetitive effects*“.

⁶⁰⁷ Dazu mit Bezug auf die Rechtsstellung der Einzelnen JOUVE, 2017, a.a.O., 371, wonach „*these citizens must not be without protection against the effects of illegal aid while awaiting the final decision from the Commission. The national judge must not defer the examination of safeguarding measures in order to remedy the illegality of the implementation of aid*“.

⁶⁰⁸ Bemerkenswert SAMPOL PUCURULL, *EstAL*, 2017, 431 (436), der unterstreicht, dass auch die Verwaltungsbehörden Schwierigkeiten bewältigen müssen, wenn sie die Entscheidung eines nationalen Gerichts zur Rückforderung und zur Ungültigkeitserklärung einer rechtswidrigen Beihilfe umsetzen müssen, weil „*this circumstance requires a detailed analysis of each individual beneficiary to establish the amount to be recovered since it is not enough to establish the reimbursement of taxes that were not initially paid [and] in this analysis it may be pertinent to establish whether it is possible to apply other aid schemes that are deemed compatible with the Treaty*“, wie vielleicht die Umstände in *Laboratoires Boiron* nach der Rechtswidrigkeitserklärung des Abgabensystems hätten auch verlangen können.

erfüllen und den wettbewerbswidrigen Vorteil abzuschöpfen, müssen sie sich nicht nur mit dem Rückforderungs- oder Rückzahlungsanspruch auseinandersetzen, der immerhin als logische Folge des Verstoßes berücksichtigt werden und nicht über die Grenze des mit der Beihilfegewährung unmittelbar erlangten Vorteils hinausgehen muss. Sie müssen auch je nach nationalem Recht die Ungültigkeit bzw. die Nichtigkeit des beihilfegewährenden Aktes erklären, die als Sanktion bzw. abschreckendes Mittel weitere und von der Rückforderung nicht gefasste fortbestehende Auswirkungen der rechtswidrigen Beihilfe beseitigen soll. Die nationalen Gerichte verfügen zwar um einen breiten Ermessensspielraum nach nationalem Recht in diesem Bereich, der immerhin mit dem Effektivitätsgebot und dem Ziel einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts in Einklang gebracht werden kann. Eine derartige Verflechtung von Zielen und die Überlagerung von Abhilfemaßnahmen sowie die immer zunehmende Komplexität der zu prüfenden Maßnahmen bereiten oft den nationalen Gerichten Schwierigkeiten⁶⁰⁹, die die Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit des Durchführungsverbots sowie des noch nicht ausgeübten Entscheidungsmonopols der Kommission beeinträchtigen können.

Sowohl mit Bezug auf die Rolle eines Eröffnungsbeschlusses als auch eingangs hinsichtlich der von den nationalen Gerichten zu ziehenden Folgerungen aus der Rechtswidrigkeit der Beihilfe wurde bereits erwähnt, dass ein die Vereinbarkeit einer Beihilfe feststellender positiver Kommissionsbeschluss nach Art. 9 Abs. 3 BVVO i. V. m. Art. 15 Abs. 1 BVVO nicht in der Lage ist, sich rückwirkend auf die rechtswidrige Gewährung der Beihilfe auszuwirken und deren wettbewerbswidrige Folgen zu heilen. Das dient insofern der Sicherstellung des Systems der Beihilfekontrolle, als die durch eine rückwirkende Heilung verursachte Entkräftung⁶¹⁰ des Durchführungsverbots das

⁶⁰⁹ Dazu SAMPOL PUCURULL, 2017, a.a.O., 438, der auf solche Schwierigkeiten hinweist, denen die nationalen Gerichte sowie die Verwaltungsbehörden vor allem in Fällen von beihilferechtlich relevanten Steuervergünstigungen ausgesetzt sind. Tatsächlich „it is important that the competent authorities encompass the EU law obligations with the internal rights. [This case-law] entail[s] a wide range of situations and practical difficulties as regards the rights of defence of the beneficiaries of aid, the legal certainty of the tax schemes that should be applied or determining how administrations that grant aid should act in instances where the beneficiaries are involved in judicial insolvency proceedings“.

⁶¹⁰ Dazu u.a. beispielhaft auch EuGH-Urt. C-368/04 *Transalpine Ölleitung*, Rn. 41, wonach eine Genehmigungsentscheidung der Kommission „nicht die Heilung der unter Verstoß gegen das [Durchführungsverbot] ergangenen und deshalb ungültigen Durchführungsmaßnahmen zur Folge [haben kann], da sie andernfalls die unmittelbare Wirkung dieser Vorschrift beeinträchtigen und die Interessen der Einzelnen, deren Wahrung Aufgabe der nationalen Gerichte ist, verletzen würde“.

Entscheidungsmonopol und die Ausübung der Kommissionsbefugnisse erheblich beeinträchtigen könnte. Die Frage um die mögliche rückwirkende Heilung der rechtswidrigen Gewährung einer Beihilfe stellt sich ausschließlich in den Fällen⁶¹¹, in denen ein positiver Beschluss der Kommission vor der Urteilsfindung seitens der nationalen Gerichten ergeht. Eine solche Frage wirft noch einmal ein Schlaglicht über die Verhältnisse zwischen den Befugnissen der nationalen Gerichte und denjenigen der Kommission⁶¹², indem sie angesichts der getrennten, aber sich ergänzenden Zuständigkeiten hinterfragt, inwiefern die von den nationalen Gerichten zu ziehenden sämtlichen Folgerungen aus der Rechtswidrigkeit einer Beihilfe immer noch selbständige und vor allem effektive Wirkungen⁶¹³ nach einem positiven Beschluss der Kommission entfalten können.

Eine klare Antwort zu dieser Frage, die allerdings zwecks der vorliegenden Analyse und vor allem hinsichtlich der Ungültigkeitsfolgerungen nicht für abschließend gehalten werden kann, lieferte das bereits erwähnte 2008 *CELF I*-Urteil⁶¹⁴. Es handelte sich um eine von dem französischen *Conseil d'État* gestellte Vorlagefrage, die sich ausführlich mit der Angemessenheit der Rückforderungspflicht einer rechtswidrigen Beihilfe nach einem positiven Beschluss der Kommission und mit deren Reichweite bezüglich der Zeiträume vor dem Erlass des Beschlusses befasste. Die der Vorlagefrage zugrunde liegende Konstellation war dem EuGH bereits bekannt und betraf die von 1980 bis 2002 andauernde Gewährung von Ausgleichsbeihilfen zugunsten des Unternehmens *CELF*, das von dem französischen Staat damit betraut war, den Ausfuhr von französischen Büchern, literarischen Werken und sonstigen Medien zu pflegen und somit eine zentrale Anlaufstelle zur Vereinfachung des Zugangs zum französischsprachigen Kulturangebot seitens ausländischer Kunden zu errichten. Der

⁶¹¹ Die Auffassung, dass solche Umstände seltener vorkommen, vertritt JOUVE, 2017, a.a.O., 368, wonach *“contrary to the procedure of complaints before the Commission, national judges do not have to evaluate compatibility of the aid with common market”*.

⁶¹² In diesem Sinne auch GA Jacobs, Schlussanträge C-354/90 *FNCE*, Rn. 28, der direkt hinterfragt „Was geschieht nun, wenn die Kommission entscheidet, dass die Beihilfe zwar rechtswidrig eingeführt wurde, aber trotzdem in sachlicher Hinsicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, bevor die innerstaatlichen Gerichte eine Entscheidung treffen?“.

⁶¹³ Eindeutig auch EuGH-Urt. C-368/04 *Transalpine Ölleitung*, Rn. 50, nachdem „die nationalen Gerichte darauf achten [müssen], dass sie sicherstellen, dass die von ihnen angeordneten Abhilfemaßnahmen so geartet sind, dass sie die Wirkungen der unter Verstoß gegen [Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV] gewährten Beihilfe tatsächlich beseitigen, und sie dürfen diese Beihilfe nicht nur einem weiteren Kreis von Empfängern zugänglich machen“.

⁶¹⁴ EuGH-Urt. C-199/06 *CELF I*.

Fall beschäftigte die Kommission, die nationalen Gerichte und den EuGH annähernd zwanzig Jahre lang, in denen sich drei Vereinbarkeitsbeschlüsse der Kommission aufeinanderfolgten, die ebenfalls Gegenstand drei von dem nicht begünstigten Wettbewerber angestrebter Nichtigkeitsklagen vor dem EuG waren und die von der ersten Instanz aufgrund einer nicht ausreichend eingehenden Prüfung der Kommission oder eines offenkundigen Beurteilungsfehlers für nichtig erklärt wurden⁶¹⁵. Der vierte Beschluss der Kommission im Jahr 2010 erklärte hingegen die Beihilfe für unvereinbar mit dem Binnenmarkt und verfügte deren Rückforderung, die dann von dem *Conseil d'État* dementsprechend umgesetzt wurde und neben der bereits anhängigen Rückforderungsklage bezüglich der Zinsen für den Zeitraum der Rechtswidrigkeit verlief⁶¹⁶. Abgesehen von den verschiedenen Phasen der *CELF*-Saga, die auch im Laufe der vorliegenden Arbeit erwähnt wurden und die andere Aspekte der privaten Durchsetzung im Beihilferecht betreffen⁶¹⁷, sticht in der gesamten Saga insbesondere das *CEFL I*-Urteil für seine Erwägungen heraus.

Der EuGH zieht in der Vorabentscheidung in erster Stelle seine ständige Rechtsprechung heran, wonach in dem System der Beihilfekontrolle der Kommission und den nationalen Gerichten getrennte, aber sich ergänzende Aufgaben zukommen⁶¹⁸. Erstere müssen dementsprechend einer Klage zur Rückforderung von unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV gewährter Beihilfe grundsätzlich insofern stattgeben, als eine nachträglich erlassene abschließende Entscheidung der Kommission die

⁶¹⁵ Für einen ausführlichen Bericht der Ausgangsverfahren und insgesamt der Konstellation verweist man auf BARTOSCH, *EuZW* 2008, 235 (236).

⁶¹⁶ Davon berichtet auch JOUVE, 2017, a.a.O., 372, die von einem „*Kafkaesque case*“ redet und die auch die Verbindung zwischen den verflochtenen Zuständigkeiten der nationalen Gerichte und der Kommission hervorhebt. Insbesondere „*Whilst it deemed that there was no longer a need to issue a ruling on the recovery itself, since the Commission had taken responsibility for the recovery, the Conseil d'Etat had to pass a ruling on the remaining interest. This ruling therefore has a distinct hybrid characteristic. The judge had to rule on illegal aid with a final recovery decision from the Commission implemented simultaneously. The national judge therefore demanded recovery from 1982, ten years before the initial intervention of the Commission, up until the date on which the CELF was placed under safeguarding measures in 2009. Since the amount of the interest alone was higher than the CELF's turnover, it was put into compulsory liquidation and ceased its activity after a judgment by the Commercial Court of Paris [in September 2009]*“.

⁶¹⁷ Der Verweis ist hier auf das mehrfach herangezogene EuGH-Urt. C-1/09 *CELF II*, das die Möglichkeit einer Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens bis zur endgültigen Entscheidung der Kommission ausschloss und keine außergewöhnliche Umstände bei drei aufeinanderfolgenden Nichtigkeitserklärungen der Kommissionsbeschlüsse sah, die eine Verletzung der Rechtssicherheit darstellen und dadurch eine Rückforderung vermeiden konnten.

⁶¹⁸ EuGH-Urt. C-199/06, Rn. 38.

ungültigen beihilfegewährenden Maßnahmen nicht heilen, was andernfalls dem Durchführungsverbot praktische Wirksamkeit nähme⁶¹⁹. Das hat zur Folge, dass die nationalen Gerichten eine auf die Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV gestützte Klage trotz eines bereits erlassenen Vereinbarkeitsbeschlusses der Kommission immerhin prüfen müssen und auch über die Folgerungen hinsichtlich der Ungültigkeit und der Rückforderung entscheiden müssen⁶²⁰. Das vorausgesetzt ruft der EuGH in Erinnerung, dass die nationalen Gerichte nur diejenigen Maßnahmen ergreifen müssen, die sie zur Beseitigung der Wirkungen der Rechtswidrigkeit für geeignet und wirksam halten⁶²¹. Diese Ausführung stellt in dem gesamten Urteil den maßgeblichen Ausgangspunkt für die folgenden Erwägungen des EuGH dar, die die Tragweite der Aufgaben der nationalen Gerichte insbesondere hinsichtlich der Rückforderungsbefugnis neu ausdenken. Der EuGH betont nämlich, dass das Unionsrechts bei einer vorliegenden Vereinbarkeitserklärung die Rückforderung der gesamten rechtswidrigen Beihilfe insofern nicht verlangt, als das Hauptziel der Stillhalteverpflichtung ist, dass keine unvereinbare Beihilfe durchgeführt werden⁶²². Und dieses Ziel wird dank einer Durchführung der Beihilfe immerhin nachgegangen Vereinbarkeitsbeschlusses auch nicht vereitelt, obwohl die Maßnahme nicht notifiziert und trotzdem durchgeführt wurde⁶²³. Die Kommission konnte in dem Einzelfall und kann grundsätzlich trotz der Rechtswidrigkeit der fraglichen Maßnahme ihre ausschließliche Zuständigkeit ausüben und die Gefahr für die Einzelnen, den wettbewerbswidrigen Wirkungen einer unvereinbaren Beihilfe ausgesetzt zu sein, wird sich nach einer Vereinbarkeitserklärung auch nicht mehr konkretisieren. Die Wettbewerber waren bzw. sind nur für den Zeitraum zwischen der rechtswidrigen Durchführung der Beihilfe und deren Vereinbarkeitserklärung immerhin dieser Gefahr und insbesondere den wettbewerbsschädlichen Auswirkungen der verfrühten Gewährung der Beihilfe, die unter rechtmäßigen Wettbewerbsbedingungen nicht

⁶¹⁹ EuGH-Urt. C-199/06, Rn. 40.

⁶²⁰ EuGH-Urt. C-199/06, *CELF I*, Rn. 45.

⁶²¹ EuGH-Urt. C-199/06, *CELF I*, Rn. 46. Über die Geeignetheit der Maßnahmen zur Beseitigung der Rechtswidrigkeitswirkungen äußerte sich bereits EuGH-Urt. C-368/04 *Transalpine Ölleitung*, Rn. 50, obwohl der Ansatz Ersteren gegenüber der Reichweite solcher Maßnahmen und deren Folgerungen sowie der Befugnisse der nationalen Gerichte beschränkender wirkt.

⁶²² EuGH-Urt. C-199/06, *CELF I*, Rn. 46-48.

⁶²³ EuGH-Urt. C-199/06, *CELF I*, Rn. 49.

gegeben hätte, ausgesetzt⁶²⁴. Weshalb sind die nationalen Gerichte in solchen Fällen verpflichtet, die Rückforderung der Zinsen für den Zeitraum der Rechtswidrigkeit anzuordnen, die sich anhand der Auslegung des EuGH als geeignetes Mittel erweisen, der vorzeitigen auf die Rechtswidrigkeit der Beihilfe zurückzuführenden Wettbewerbsverzerrung abzuhelfen⁶²⁵. Unter Berücksichtigung davon, dass der EuGH den nationalen Gerichten in Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts nichtsdestotrotz offenlässt, den gesamten Betrag der rechtswidrigen Beihilfe beizutreiben⁶²⁶, unterstreicht er auch in diesem Fall die Notwendigkeit der Rückforderung der Zinsen. Das erscheint vor allem unentbehrlich zur Beseitigung der wettbewerbswidrigen Folgen für die Dauer der Rechtswidrigkeit, wenn die gewährende Stelle nach der vollständigen Rückforderung die Beihilfe wieder gewähren sollte und zwischen der Beitreibung und der erneuten Einführung in den Binnenmarkt eine kürzere Zeit verginge als zwischen der ersten rechtswidrigen Gewährung und der positiven Entscheidung der Kommission⁶²⁷.

Der EuGH gelangt in seinen Begründungen dann nicht überraschenderweise zu diesem Ergebnis, sondern stützt es erstens auf den Sinn und Zweck des Durchführungsverbots, wonach keiner unvereinbaren Beihilfe Zutritt in den Binnenmarkt verschaffen werden soll. Zweitens weist er auf die Wirkungen einer verfrühten und zwar rechtswidrigen Gewährung der vereinbaren Beihilfe hin, die einen bis zum Zeitpunkt des Erlasses einer abschließenden positiven Entscheidung der Kommission ungerechtfertigten Vorteil für den Beihilfeempfänger herbeigeführt haben⁶²⁸. Um praktische Wirksamkeit dem Durchführungsverbot zu verleihen, sind dann die nationalen Gerichte berufen, lediglich diesen Vorteil abzuschöpfen, weil die rechtswidrige Beihilfe laut des EuGH nach dem positiven Beschluss der Kommission keine weitere wettbewerbswidrige Wirkungen entfalten wird und dann eine vollständige

⁶²⁴ EuGH-Urt. C-199/06, *CELF I*, Rn. 50.

⁶²⁵ EuGH-Urt. C-199/06, *CELF I*, Rn. 52.

⁶²⁶ EuGH-Urt. C-199/06, *CELF I*, Rn. 53.

⁶²⁷ Das EuGH-Urt. C-199/06, *CELF I*, Rn. 54, hebt eindeutig hervor, wie in diesem Fall erneut zu einer Wettbewerbsverzerrung und somit zu einer Umgehung vom Sinn und Zweck der Rückforderung kommen könnte.

⁶²⁸ In diesem Sinne auch BARTOSCH, 2020, a.a.O., S. 742, Rn. 15, wonach der EuGH die Ratio der Stillhalteverpflichtung auf zwei Aspekte begrenzt habe, nämlich die Verhinderung der vorzeitigen Einführung unvereinbarer Beihilfen einerseits und die Bannung der Gefahr für andere Wirtschaftsteilnehmer andererseits.

Rückforderung im Hinblick auf die Sicherstellung des *effet utile* des Unionsrechts auch nicht geboten werden muss. Derartige Ausführungen haben einen Teil des Schrifttums dazu veranlasst, das *CELF I*-Urteil als bahnbrechende Umwandlung in der Rechtsprechung des EuGH zu betrachten⁶²⁹. Es wurde eingangs behauptet, dass sich dieses Urteil zwar mit dem Umfang der Rückforderung rechtswidrigen, aber vereinbareren Beihilfen beschäftigte, es zielte allerdings hauptsächlich darauf ab, die Verhältnisse zwischen der Kommission und den nationalen Gerichten in der Phase der privaten Durchsetzung und im Allgemeinen bei der Sicherstellung einer koordinierten Funktionsweise des Systems der Beihilfekontrolle noch klarer zu erläutern.

Das stellt sich vor allem unter Berücksichtigung der Schlussanträge des GA Jacobs heraus, die sich wie anfangs angedeutet meistens mit der Sicherungsfunktion des Durchführungsverbots und mit der damit verbundenen Rolle der nationalen Gerichte auseinandersetzen. Der GA vertritt nämlich eine gegensätzliche Auffassung zu derjenigen des EuGH, indem er die Notifizierungs- und Stillhalteverpflichtung als Eckpfeiler des Normengefüges des Beihilfenrechts und daraus entsprechende Rückschlüsse zieht, wonach die Rückforderung lediglich der Zinsen für die Dauer der Rechtswidrigkeit trotz der Vereinbarkeit der Beihilfe keine wirksame Sanktion gegen die Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV darstellen könne⁶³⁰. Die nationalen Gerichten seien dann auch nach einem positiven Beschluss der Kommission weiterhin verpflichtet, solche Verstöße durch die Anordnung des gesamten Betrags zu ahnden⁶³¹, weil eine andere Auslegung den für das System der Beihilfekontrolle grundlegenden Charakter des Durchführungsverbots erheblich entkräften könne⁶³².

In Anbetracht der unterschiedlichen Ausführungen des GA Jacobs einerseits und des EuGH andererseits kann man die Behauptung wagen, dass die Schlussanträge und

⁶²⁹ BARTOSCH, 2008, a.a.O., 240, redet von einem „Meilenstein in der Judikatur zur europäischen Beihilfekontrolle“ und wirft einen Blick auch auf die Folgerungen auf nationaler Ebene, wonach diese Rechtsprechung ein Ende der bisherigen BGH-Rechtsprechung über die Nichtigkeit nicht notifizierter und deshalb rechtswidriger beihilfegewährender Verträge bereiten solle. Anderer Auffassung und kritisch gegenüber BARTOSCH ist HEIDENHAIN, *EuZW*, 2008, 324 (324), der dieses Urteil als konsequente Fortführung der Rechtsprechung und vor allem der *FNCE*- und *SFEI*-Rechtssachen in der Beihilfekontrolle ansieht.

⁶³⁰ GA Mazák, Schlussanträge C-199/06 *CELF I*, Rn. 30-32.

⁶³¹ Man will hier auf die Wortwahl vom Generalanwalt verweisen, der das eher aus dem strafrechtlichen Gebiet stammende Wort „ahnden“ verwendet und dadurch den Charakter des Durchführungsverbots als abschreckende Sanktion, die dementsprechend einer angemessenen Strafe in der Form einer vollständigen Rückforderung bedarf, hervorhebt.

⁶³² GA Mazák, Schlussanträge C-199/06 *CELF I*, Rn. 33

das Urteil in der *CELF I*-Konstellation insofern gegenüberstehen, als sie sich aus divergierenden Blickwinkel entwickeln. Der Generalanwalt scheint auf der Wellenlänge der ständigen Rechtsprechung des EuGH zu liegen, die insbesondere ab dem *FNCE*-Urteil die Rolle der nationalen Gerichte bei der Wahrung der Rechte der Einzelnen derart verstärkt hatte, dass die nationalen Gerichte sämtliche Folgerungen nicht nur hinsichtlich der Rückforderung der Beihilfe, sondern auch der Gültigkeit der beihilfegewährenden Maßnahmen ziehen müssen. Der Generalanwalt geht dann wieder auf diese Rechtsprechung ein und beachtlich der für ihn mit dem Unionsrecht nicht einvernehmlichen Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten plädiert für eine vollumfängliche Beachtung des Durchführungsverbots als Bestandteil des Systems der Beihilfekontrolle⁶³³ und dadurch für eine vollständige Rückforderung der Beihilfe, die der herbeigeführten Wettbewerbsverzerrung zulasten der Wettbewerber abhelfen soll⁶³⁴.

In dem Urteil des EuGH werden derartige Aspekte zwar nicht ausgeblendet⁶³⁵, allerdings wird ihre Relevanz angesichts der Verhältnisse zwischen Kommission und nationalen Gerichten neu umfasst und ausgelegt. Der EuGH greift nämlich die Einstellung der anfangs ausgeloteten *Boussac*-Rechtsprechung auf, wonach die Kommission ihre Prüfung nicht auf die festgestellte Rechtswidrigkeit einer Beihilfe beschränken darf und somit bereits die Rückforderung lediglich aufgrund des Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV, sondern die Würdigung über die Vereinbarkeit der Beihilfe weiter durchführen muss⁶³⁶. Darauf aufbauend zeichnet sich in dem *CELF I*-Urteil die Absicht des EuGH ab, das Entscheidungsmonopols der Kommission und vor allem die konkrete Ausübung deren Befugnisse schützen zu wollen. Wenn die

⁶³³ In diesem Sinne auch BARTOSCH, 2008, a.a.O., 239, der auf die Unterschiede zwischen den Schlussanträgen und dem Urteil hinweist.

⁶³⁴ Man verweist hier wieder auf die bereits hervorgehobenen Befürchtungen des Generalanwalts, nachdem eine Entkräftung der dem Verstoß gegen das Durchführungsverbot zugrundeliegende Sanktion auch keinen Anreiz für die Wettbewerber darstelle, Klagen für Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche vor den nationalen Gerichten zu erheben.

⁶³⁵ Das sticht schon in den Rn. 50 und 51 des Urteils, in dem die Auswirkungen der Rechtswidrigkeit auf die Rechtsstellung sowohl der Wettbewerber als auch des Begünstigten analysiert werden.

⁶³⁶ Diesbezüglich auch BARTOSCH, 2008, a.a.O., 237, der sich auf den Versuch des EuG-Urt. v. 09.09.1999 in Rs. T-110/98 *RJB Mining/Kommission*, EU:T:1999:166, Rn. 78, bezieht, die Wirkungen der Rechtswidrigkeit durch eine positive Kommissionsentscheidung *ex post facto* zu heilen. Tatsächlich behauptet der EuG, dass „diese Auslegung, die die Kommission zu einer nachträglichen Prüfung verpflichtet, denotwendig zur Bejahung der Frage nach der Befugnis der Kommission [führt], eine bereits vor der Genehmigung ausgezahlte Beihilfe rückwirkend zu genehmigen [und keine] restriktivere Verfahrensgrundsätze anzuwenden“.

nationalen Gerichte nach einer Vereinbarkeitserklärung die vollständige Rückforderung ohne Berücksichtigung bestimmter Faktoren pauschal anordnen könnten, dann könnte der positive Beschluss auch nicht vollumfänglich seine Wirkungen entfalten⁶³⁷ und wäre dadurch erheblich abgeschwächt⁶³⁸, was dann die Verhältnisse in dem System der Beihilfekontrolle etwas verzerren könnte.

Obwohl das vorliegende Urteil von einer klaren Einstellung ausgeprägt ist, die klare Grenzen den Zuständigkeiten der Kommission und der nationalen Gerichte zwecks einer effektiven Durchführung der Beihilfekontrolle setzt, wirft allerdings gleichzeitig auch einige Fragen bezüglich der Bedeutung und der Tragweite der Rechtswidrigkeit und des damit verbundenen Spielraums der nationalen Gerichte. Es ist in erster Stelle zu bemerken, dass der EuGH die Ausübung der ausschließlichen Zuständigkeit der Kommission durch eine neu formulierte Zielsetzung verstärken will⁶³⁹, wonach die Stillhalteverpflichtung der Einführung unvereinbarer Beihilfen vorsorglich entgegenwirken muss. Das Sicherungsmechanismus nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV scheint dann nicht mehr im Allgemeinen der Vorbeugung gegen die vorzeitige Gewährung einer vermutlichen Beihilfe zu dienen und dessen Schutzwirkung wird quasi nach vorne verschoben⁶⁴⁰. Das ändert zwangsläufig auch den Blickwinkel über die Reichweite der nach einer verfrühten Gewährung zu ziehenden Folgerungen. Wenn eine rechtswidrige Beihilfe nicht mehr an sich als gefährlich zu betrachten ist, sondern die Gefahr ausschließlich aus ihrer zu würdigenden Unvereinbarkeit entstehen kann, dann

⁶³⁷ Dazu auch BARTOSCH, 2020, a.a.O., 742, Rn. 15, wonach die aus der *Boussac*-Rechtsprechung herrührende Prüfverpflichtung der Kommission obsolet werde, wenn der Beschwerdeführer unabhängig von dem positiven Ausgang der Vereinbarkeitswürdigung jedenfalls vor den nationalen Gerichten sein Maximalziel erreichen könne.

⁶³⁸ Mustergültig auch SPITALERI, *DUE*, 2010, 463 (476), wonach die vollständige Rückforderung die Beseitigung der rechtswidrigen Maßnahme mit sich bringe und somit auch der positiven Wirkungen der Beihilfe, die die Kommission zu einer Vereinbarkeitsentscheidung veranlasst haben. Noch eindeutiger wird dieser Umstand des Autors zufolge, wenn man auf die Tatsache verweist, dass die Kommission nach einem positiven Beschluss keinesfalls die Rückforderung der Beihilfe anordnen darf.

⁶³⁹ GA Jacobs, Schlussanträge C-199/06 *CELF I*, Rn. 34, hatte bereits geahnt, dass die Urteilsfindung des EuGH in diese Richtung hätte gehen können, deshalb warnte er, dass eine vollständige Rückforderung „weit davon entfernt [ist], die Stellung der Kommission zu schwächen, indem es angeblich deren abschließende Entscheidung, mit der die Beihilfe für zulässig erklärt wird, in einigen Fällen fast oder ganz bedeutungslos machen würde, wahrt die Stellung der Kommission im System der Kontrolle staatlicher Beihilfen nach den Art. 87 und 88 EG und gewährleistet, dass sie nicht an Gewicht verliert“.

⁶⁴⁰ Eindeutig dazu VAJDA/STUART, 2010, a.a.O., 631, wonach *“the critical shift in CELF 1 was the ECJ’ reasoning that the purpose of the standstill obligation is to prevent incompatible aid being implemented. Previously, the ECJ had treated the object of the standstill obligation as the prevention of aid being disbursed before the Commission had an opportunity to rule on its compatibility”*.

streut eine Genehmigung durch die Kommission endgültig solche Zweifel⁶⁴¹ und bedarf keiner weiteren einschneidenden Maßnahme wie eine vollständige Rückforderung. Auch wenn der EuGH in dem *CELF I*-Urteil immerhin beteuert, dass die positive Entscheidung der Kommission die Rechtswidrigkeit einer Beihilfe nicht heilen kann⁶⁴², werden allerdings durch diese umformulierte Auslegung die eigenständigen und zweifellos wettbewerbswidrigen Auswirkungen der rechtswidrigen Maßnahme insofern beschränkt, als das vorrangige Ziel, keine unvereinbare Beihilfe durchzuführen, mit der Genehmigung durch die Kommission für erfüllt gilt und die Wettbewerbslage keiner weiteren Verzerrung ausgesetzt ist. Daraus folgt, dass der EuGH von der von GA Jakobs beteuerten sanktionsbezogenen Grundlage der Rückforderung teils abweichen⁶⁴³ und das Hauptziel der Beitreibung, die Wiederherstellung der früheren Wettbewerbslage zu erlauben, verstärken wollte. Sobald die Zinsen für die Dauer der Rechtswidrigkeit zurückgefordert werden, ist angesichts der Erwägungen des EuGH auch die abschreckende Funktion des Durchführungsverbots erzielt sowie das vom EuGH bestätigte Verbot einer rückwirkenden Heilung durch einen positiven Beschluss der Kommission eingehalten, sodass das System der Beihilfekontrolle keine Entkräftung erleidet und die darin tätigen Akteure ihre aus dem Vertrag herrührende Aufgaben vollständig und im Einklang mit dem Unionsrecht erledigen können.

Wie das *Lufthansa*-Urteil so zeichnet sich auch das *CELF I*-Urteil für einen teils elliptischen Stil aus, der bestimmte Nuancierungen bezüglich der Ausschöpfung des durch die rechtswidrige Gewährung erlangten Vorteils nicht direkt in Erwägung zieht. Dadurch kommt auch eine ebenfalls elliptische Öffnungsklausel zur Geltung, wonach die nationalen Gerichte in Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts trotz der Vereinbarkeit der Beihilfe immerhin eine vollständige Rückforderung der Beihilfe

⁶⁴¹ Dazu auch SCHEPISI, 2012, 229, die darauf hinweist, dass gemäß der Begründungen des EuGH eine nachträgliche Genehmigung durch die Kommission die stärkere potenzielle Wettbewerbswidrigkeit der verfrühten Begünstigung reduziere.

⁶⁴² In diesem Sinne auch GUNDEL, *EWS*, 2008, 161 (164), wonach der EuGH in pragmatischer Weise zwar nicht eine Rückwirkung akzeptiere, zumindest aber eine Form des Rückbezugs der Kommissionsentscheidung annehme.

⁶⁴³ In diesem Sinne auch SPITALERI, 2010, a.a.O., 475, wonach die Sanktionslogik dem Ziel der Rückforderung fremd sei und diese Abweichung seitens des EuGH positiv anzunehmen sei. Kritisch über die Einstufung der Rückforderung als bloße Sanktion auch SCHEPISI, 2012, a.a.O., 227, die unterstreicht, dass die vollständige Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe nicht nur eine wiederherstellende Funktion habe, sondern auch abschreckende gegenüber den Mitgliedstaaten, was allerdings im Falle ihrer Vereinbarkeit eine rein sanktionierende Bedeutung annehme.

anordnen können, was allerdings die Mitgliedstaaten nicht verhindert, die gleiche Maßnahme erneut zu gewähren⁶⁴⁴. Unter Berücksichtigung davon, dass der EuGH in dem Urteil gar eine angeblich die gerichtliche Autonomie gefährdende Verpflichtung für die nationalen Gerichte zur Rückforderung der Zinsen für den Zeitraum der Rechtswidrigkeit vorsieht⁶⁴⁵, sorgt eine derartige Öffnungsklausel für Ungewissheiten über das Vorgehen der nationalen Gerichte und gleichzeitig wirkt aber auch als Dämpfung der besagten Verpflichtung, die möglicherweise gegen die von der ständigen Rechtsprechung betonte Aufgabe, sämtliche Folgerungen hinsichtlich der Ungültigkeit und der Rückforderung zu ziehen, verstoßen könnte⁶⁴⁶. In der Tat kann man aber den Erwägungen des EuGH und vor allem der Öffnungsklausel wichtige Ansatzpunkte entnehmen, die ein besseres Verständnis der Zuständigkeiten der nationalen Gerichte bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfe⁶⁴⁷ und namentlich bei der vielfältigen Konstellationen der Abschöpfung des Vorteils liefern können.

Vorausgesetzt, dass die Rückforderung der Zinsen für die Dauer der Rechtswidrigkeit als Mindestmaßstab zur Verleihung praktischer Wirksamkeit dem Durchführungsverbot und zur Beseitigung der wettbewerbswidrigen Auswirkungen darstellt, können die nationalen Gerichte gemäß des mitgliedstaatlichen Rechts und angesichts der Sachverhaltsmerkmale auch zu einem unterschiedlichen Ergebnis führen. Nicht zu schweigen ist nämlich die Tatsache, dass Hauptziel der nationalen Gerichte ist durch die Sicherstellung der Stillhalteverpflichtung die Rechte der Einzelne zu

⁶⁴⁴ EuGH-Urt. C-199/06 *CELF I*, Rn. 53. Dazu etwas skeptisch VAJDA/STUART, 2010, a.a.O., 632, wonach *“it is hard to understand why the ECJ should go out of its way expressly to permit a remedy under national law that goes beyond what the ECJ considers to be an appropriate remedy under EU laws”*.

⁶⁴⁵ Dazu mustergültig JOUVE, 2017, a.a.O., 370, wonach *„the risk is that national judges may lose sight of the interest in controlling legality given that illegality does not necessarily lead to recovery. This solution also leads to a loss of autonomy of national judges from the Commission, since a decision of compatibility by the Commission could thereafter call into question the effects to be drawn from illegality”*.

⁶⁴⁶ In diesem Sinne SCHEPISI, 2012, a.a.O., 235, die sowohl die Ungewissheiten derartigen Ausführungen als auch die Relevanz der Öffnungsklausel, die einen Durchbruch in dem System der Beihilfekontrolle vermeidet, hervorhebt.

⁶⁴⁷ Kritisch demgegenüber JAEGER, *EStAL*, 2008, 279 (284 f.), der die in dem Urteil nicht aufgelösten Ungewissheiten über die Reichweite der Rückforderung bemängelt. Insbesondere *“The national courts were previously obliged to decide on the extent of recovery in accordance with their national law and this obligation remains unchanged by CELF. In particular, CELF reiterates that a recovery of more than interest is not optional for the national court and that where national law implies more extensive consequences, these must be imposed, [...] thus inappropriately hand[ing] back to the national courts the ECJ's task of defining a core aspect of substantive law of the standstill obligation”*.

wahren⁶⁴⁸, was aus der unmittelbaren Geltung der Vorschrift entspringt. Dieses Ziel wird allerdings vor allem dadurch verfolgt, dass die nationalen Gerichte anhand der EuGH-Rechtsprechung und beachtlich des Entscheidungsmonopols der Kommission immerhin berufen sind, die Bedingungen und die Reichweite der Rückforderung an das Ziel der Wahrung der Rechte der Einzelnen zu messen⁶⁴⁹. Sie müssen mit anderen Worten feststellen, inwiefern die Rückforderung der Zinsen zur Sicherstellung des besagten Ziels in dem konkreten Fall angemessen ist und sie dementsprechend in dem anhängigen Verfahren als Maßnahme zur Vorteilsabschöpfung und zur Beseitigung der wettbewerbswidrigen Folgerungen der Rechtswidrigkeit den nicht begünstigten Wettbewerbern zugutekommen kann. An dem *CELF I*-Urteil kann man dann trotz der Betonung der vorausgegangenen Rechtsprechung und der Öffnungsklausel bemängeln⁶⁵⁰, dass ihm nicht vollständig gelungen ist, bestimmte materielle Aspekte der Reichweite der Rückforderung als Rechtsmittel mit Bezug auf den Schutz der Rechte der Einzelne zu erläutern. Das hat zur Folge, dass das Urteil die Rolle der nationalen Gerichte in dem System der Beihilfekontrolle nicht besonders verwertet bzw. erhellt, indem es ähnlich wie im Rahmen des öffentlichen Durchsetzung eine notwendige Anlehnung ihrer Rolle an diejenige der Kommission verlauten lässt, sodass ihre Autonomie trotz des innerhalb der privaten Durchsetzung anerkannten breiten Spielraums begrenzt wirkt⁶⁵¹. Andererseits scheint der EuGH wie oben angedeutet, den

⁶⁴⁸ Vgl. u.a. EuGH-Urt. v. 21.10.2003 in verb. Rs. C-261/01 und C-262/01 *Belgien/Eugene van Calster u.a.* („*van Calster*“), EU:C:2003:571, Rn. 53.

⁶⁴⁹ Dazu mustergültig auch JAEGER, 2008, a.a.O., 281, der davor warnt, den Schutz der Rechte der Einzelnen und die Erläuterung ihrer Rechtstellung von der Verfahrensautonomie insofern zu vermengen, als „*The ECJ's responsibility to clarify the scope of individual rights under Community law is not to be mistaken for an encroachment upon the principle of national procedural autonomy. The latter is about finding the right instruments to arrive at the result prescribed by the individual right and applying them in an equivalent and effective manner, while the former is about defining the right itself as a basis for applying those instruments*“.

⁶⁵⁰ Zu bemerken ist es auch, dass auch nicht die Schlussanträge des GA Jacobs die Verhältnisse zwischen Wahrung der Rechte der Einzelne und Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfe direkt erhellen, sondern setzten eher auf die Rolle des Durchführungsverbots in dem System der Beihilfekontrolle und auf seine abschreckende Funktion, während die besagten Verhältnisse etwas in Hintergrund geraten. Im Allgemeinen gegenüber diesem Ansatz kritisch JAEGER, 2008, ebd., wonach „*there are questions like the conditions and extent of recovery of illegal aid [...], which cannot be resolved by applying the effects-based approach typical for enforcement issues [...] obligation because these questions are not concerned with the provision's effects, but with the individual rights contained therein and their scope*“.

⁶⁵¹ Zu diesem Thema ausführlicher JOUVE, 2017, a.a.O., die unterstreicht, dass die nationalen Gerichte bei einer Rückforderungsentscheidung der Kommission über keinen Spielraum verfügen, außer den Beschluss effektiv umzusetzen und sich als „*guarantor of the recovery decision [or in certain respects] the sword arm of the European law*“ zu stellen. Das zeichne sich laut der Autorin mittelbar auch in der

nationalen Gerichten die nicht immer leichte Aufgabe überlassen zu wollen, Kernaspekte der Reichweite der Rückforderung im Einzelfall zu bestimmen.

Darauf aufbauend werden die nationalen Gerichte unter hohen Beachtung der *CELF I*-Rechtsprechung in dem Einzelfall nichtdestotrotz prüfen müssen, ob die Rückforderung der Zinsen ein angemessenes Mittel angesichts des zu würdigenden Sachverhaltes und der Vorbringen der Parteien darstellt, um den rechtswidrig erlangten Vorteil abzuschöpfen⁶⁵². Erstens muss unterstrichen werden, dass dieser Vorteil nicht nur aus der fehlenden Entrichtung der Zinsen, der der Empfänger bei der Erzielung einer ähnlichen Begünstigung auf den Markt hätte zahlen müssen, sondern auch aus einer Verstärkung oder einer Ausweitung seiner Marktanteile auf dem Markt bestehen kann⁶⁵³. Wenn in der letzten Konstellation die Wettbewerber dann erfolgreich nachweisen können, dass der Empfänger zu normalen Marktbedingungen nie Zugang zu einer ähnlichen begünstigenden Maßnahme gehabt hätte und somit, dass der Vorteil ausschließlich der vorzeitigen und zwar rechtswidrigen Gewährung zurückzuführen ist und nicht von den vom Empfänger nachträglich getroffenen marktwirtschaftlichen Entscheidungen⁶⁵⁴ abhängt, dann könnten solche Erkenntnisse die Perspektive des nationalen Gerichts wechseln. Es könnte demzufolge zu dem Ergebnis gelangen, dass die Rückforderung der Zinsen zur Abschöpfung des Vorteils insofern nicht genügen

CELF I-Rechtsprechung ab, weil „national judges face a paradox: while their role is reinforced on this subject by Court of Justice's case law, their procedural autonomy is sometimes greatly reduced“. Zustimmend auch SCHEPISI, 2012, a.a.O., 233, die auf die unterschiedliche Auswirkungen einer Konstellation mit oder ohne positiven Beschluss der Kommission verweist.

⁶⁵² Bemerkenswert auch GUNDEL, 2008, a.a.O., 162, der einen interessanten Aspekt insofern hervorhebt, als „Wettbewerber, die den Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten in Anspruch nehmen, damit auf einen vom Zufall abhängigen Wettlauf mit der Zeit verwiesen [wären]“. Man verweist hier auf die Tatsache, dass die Wettbewerber auf eine vollständige Rückforderung hoffen können, wenn sich die Kommission noch nicht geäußert hat, während beim vorliegenden positiven Beschluss das nicht mehr möglich sei. Diese Situation, die auf eine ungleiche Behandlung verweist und nach dem *CELF I*-Urteil häufiger vorkommen könnte, hängt allerdings aber auch von der Funktionsweise des Systems der Beihilfekontrolle und kann auch dadurch vermieden werden, dass die nationalen Gerichte immerhin eine vollständige Rückforderung anordnen.

⁶⁵³ Dazu eindeutig SCHEPISI, 2012, a.a.O., 230, die ausführlich die Konstellation analysiert, in der die rechtswidrige Begünstigung über die fehlende Entrichtung der marktüblichen Zinsen hinausgeht. Zu der in der Praxis regelmäßig aufgrund einer rechtswidrigen Gewährung entstandenen Verschiebung von Marktanteilen äußert sich auch MARTIN-EHLERS, 2017, a.a.O., 317, wonach neben der Rückforderung auch ein Unterlassungsanspruch nötig sei, um dieser Verschiebung entgegenzutreten.

⁶⁵⁴ Dahingehend hatte sich GA Mengozzi in Schlussanträge C-164/15 und C-165/15 *AerLingus*, Rn. 92, wonach die Rückforderung nur den unmittelbaren Vorteil umfassen solle und nicht weitere hypothetische Vorteile, die nur Ausfluss einer sorgfältigen Verwaltung der rechtswidrigen Begünstigung seien.

kann, als diese Maßnahme die Wiederherstellung der früheren Lage im Sinne des Unionsrechts⁶⁵⁵ nicht vollständig erzielen könnte.

Diesbezüglich zu erläutern ist allerdings auch, dass eine Rückforderung, die über den Betrag der Zinsen hinausgeht, nicht als für den Mitgliedstaat abschreckende Sanktion erachtet werden soll⁶⁵⁶, auch weil die Beihilfe bereits durchgeführt wurde. Das nationale Gericht muss vielmehr seiner Verpflichtung nachkommen, die Rechte der Betroffenen vor der rechtswidrigen Beihilfe zu wahren und in einer solchen Konstellation könnte eine über die Zinsen weitreichende Rückforderung dieses Ziel erfüllen und der wettbewerbswidrigen Lage mit besonderem Bezug auf die einzelnen Wettbewerber abhelfen. Wenn man dann eine vollständige Rückforderung aus der Perspektive des vom Unionsrecht selbst herrührenden Rechtsschutzes betrachtet, kommt dann auch der neue Ansatz des *CELF I*-Urteil mehr zur Geltung. Wenn einerseits mangels einer Entscheidung der Kommission die Rückforderung der Beihilfe unbeschadet außergewöhnlicher Umstände unentbehrlich und geboten ist, andererseits gerät bei einer vorliegenden Vereinbarkeitserklärung die sanktionierende Funktion in Hintergrund. Denn eine vollständige Rückforderung soll nicht pauschal angeordnet werden, weil das Fokus hinsichtlich der Reichweite der Beitreibung auf die Auswirkungen der Rechtswidrigkeit in den Wettbewerbsverhältnissen zwischen den Wirtschaftsteilnehmer gesetzt wird, was dann von den nationalen Gerichten angesichts der Tatbestandsumstände eines einzelfallgerechten Ansatzes bedarf. Den nationalen Gerichten kommt demnach durch den Hebel des *CELF I*-Urteils eine relevante Rolle zu⁶⁵⁷, indem sie die Möglichkeit haben, die Reichweite der Rückforderung mit den Interessen der Wirtschaftsteilnehmer an einem nicht verfälschten Wettbewerb sowie mit den Anliegen des Begünstigten, einer verhältnismäßigen und an dem unmittelbar

⁶⁵⁵ Dazu VAJDA/STUART, 2010, a.a.O., 635, wonach „*For EU law to require a national court to recover only interest on the unlawful aid in such circumstances is therefore not a satisfactory response to the problem [because] there are likely to be cases where paying the interest during the period of illegality will not cancel out the undue advantage*“.

⁶⁵⁶ Dazu auch SCHEPISI, 2012, a.a.O., 231, die das Fokus auf die Wiederherstellung der Wettbewerbslage zwecks der Wahrung der Rechte der Einzelnen und nicht auf die abschreckende Funktion der Rückforderung setzt.

⁶⁵⁷ Kritisch demgegenüber JAEGER, 2008, a.a.O., 285, wonach „*CELF contains some implicit guidance [but] it is hard to see how the national courts can ever arrive at a more far-reaching outcome than the mere recovery of interests*“. Anderer Auffassung SPITALERI, 2010, a.a.O., 477, der den dahingehend ausgelegten und laut des Autors nicht widersprüchlichen Ansatz des Urteils insofern befürwortet, als das nationale Gericht dadurch über ein Mittel verfügt, das eine volle Berücksichtigung der Vereinbarkeitserklärung und gleichzeitig auch eine gezielte Beseitigung der Wettbewerbsverzerrung erlaubt.

erlangten Vorteil gemessenen Rückforderung unterworfen zu sein, zu vereinbaren.

Aus den vorausgegangenen Ausführungen geht dann hervor, dass, obwohl das *CELF I*-Urteil eher auf den Schutz der Ausübung der Befugnisse der Kommission und zwar auf offensichtlich getrennte und sich nicht überlagernde Zuständigkeiten zwischen Ersterer und den nationalen Gerichten setzt, den nationalen Gerichten immerhin eine grundsätzliche Rolle zusteht, die sich für einen bestimmten Spielraum kennzeichnet und die eine gewisse Flexibilität angesichts der vom nationalen Recht zur Verfügung gestellten Rechtsmittel zur Sicherstellung des Unionsrechts aufweist. Diesbezüglich erwähnenswert ist die mehrfach erwähnte Befugnis der nationalen Gerichte, sämtliche Folgerungen aus dem Verstoß gegen das Durchführungsverbots auch hinsichtlich der Gültigkeit der gewährenden Rechtsakte zu ziehen.

Als beispielhaft diesbezüglich erweist sich die Konstellation um das sog. *Flächenerwerbsprogramm*, das die Veräußerung ehemaliger sich in der DDR befindender volkseigener landwirtschaftlicher Flächen an privaten Unternehmen durch ein von einer Treuhandgesellschaft gestaltetes Auswahlverfahren vorsah. Als die Kommission feststellte, dass die Maßnahme nicht angemeldet worden war und dass der Kaufpreis als marktunüblich einzustufen war, was zur Unvereinbarkeit der Beihilfe führte, entschied sich der Gesetzgeber gemäß Art. 3a Ausgleichleistungsgesetz für eine bezüglich derartigen Konstellationen Kaufpreiserhöhung⁶⁵⁸. Diese Konstellation erscheint insofern einschlägig, als sie die Auswirkungen der Ungültigkeit einer beihilfegewährenden Aktes unterstreicht und sie in Zusammenhang mit dem Thema der Rückforderung und vor allem der Wiederherstellung des *status quo ante* setzt. Voraussetzung dafür ist die in der deutschen Rechtsprechung festgelegte Sanktion der Nichtigkeit zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Verträge⁶⁵⁹ jeweils nach § 134 BGB und § 59 VwVfG i. V. m. § 134 BGB, die bei der Gewährung einer Beihilfe gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV verstoßen.

Der BGH hat zum ersten Mal genau in der Konstellation

⁶⁵⁸ Für eine ausführliche Analyse des Sachverhaltes verweist man auf LG Rostock-Urt. v. 23.07.2002 – 4 O 468/01, DE:LGROSTO:2002:0723.40468.01.0A.

⁶⁵⁹ Dafür und vor der Anerkennung durch die zu analysierende BGH-Rechtsprechung äußerten sich TILMANN/SCHREIBAUER, 2002, a.a.O., 212, wonach der Bezug in der EuGH-Rechtsprechung auf die Gültigkeit als die Nichtigkeit fordernd ausgelegt werden sollen, obwohl im Rahmen dieser Rechtsprechung und angesichts der Anwendung des nationalen Rechts den nationalen Gerichten ein gewisser Spielraum verbleibe. Eindeutig dagegen FRISINGER/BEHR, *RIW*, 1995, 708 (712), die die Sanktion der Nichtigkeit nach § 134 BGB angesichts der bloßen verfahrenssichernden Funktion des Durchführungsverbots ablehnt.

Flächenerwerbsprogramm I das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als Verbotsgesetz⁶⁶⁰ i. S. v. § 134 BGB eingestuft⁶⁶¹ und auf der Wellenlänge der *FNCE*-Rechtsprechung dafür gesorgt, dass in der deutschen Rechtsordnung der Verstoß gegen diese Vorschrift auch mit der Sanktion der Ungültigkeit bzw. der Nichtigkeit versehen⁶⁶² ist. Der BGH gelangt zu einem solchen Ergebnis, indem er feststellt, dass trotz ihres formellen Charakters der Stillhalteverpflichtung bzw. ihrer Verletzung durch den Abschluss nicht notifizierter beihilfegewährender Verträge eine materielle Bedeutung zukommt⁶⁶³. Die Vorschrift richtet sich zwar hauptsächlich an die Mitgliedstaaten und sichert dadurch zweifellos das System der präventiven Beihilfenkontrolle. Allerdings ist auch hervorzuheben, dass sie dank ihrer von der ständigen EuGH-Rechtsprechung betonten unmittelbaren Geltung dem Schutz der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer insofern dient, als sie rechtswidrige und angeblich unvereinbare Wettbewerbsvorteile zugunsten des Empfängers verhindern kann⁶⁶⁴.

Das entspricht dann auch der *FNCE*-Rechtsprechung, die zum ersten Mal die Folgerungen aus dem Verstoß gegen die Stillhalteverpflichtung bis zur Ungültigkeit ausdrücklich erweitert hat. Eine solche Ausdehnung, an die sich auch der BGH durch die Einstufung der Unionsvorschrift als Verbotsgesetz nach § 134 BGB anlehnt, setzt zwar auf den angedeuteten Aspekt der Prävention. Letzterer kann allerdings je nach

⁶⁶⁰ Mustergültig dazu LG Rostock-Urt. 4 O 468/01, § 3, wonach „Ein gesetzliches Verbot ist deshalb nur dann anzunehmen, wenn die Maßnahme als solche untersagt ist [und] es mit dem Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen“. Ausführlicher diesbezüglich mit weiteren Nachweisen auch ARMBRÜSTER, *MüKO – BGB*, 2021, § 134, Rn. 1-2 und 177, wonach § 134 BGB solche Verbote, „die sich zu den zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes nicht abschließend verhalten, um eine Rechtsfolgenregelung im Hinblick auf die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften“ ergänzen soll.

⁶⁶¹ BGH Urt. v. 4.4.2003 – V ZR 314/02, *Flächenerwerbsprogramm I*, BeckRS 2003, 3851. Diesbezüglich PECHSTEIN, 1998, a.a.O., 496, der einige Jahre vor dem BGH-Urteil die Sanktion der Nichtigkeit angesichts der EuGH-Rechtsprechung befürwortet. Er hinterfragt allerdings auch, ob tatsächlich die Nichtigkeitsfolge für gegen die Stillhalteverpflichtung verstoßende Verträge aus § 134 BGB als „Transformator anderweitig formulierter gesetzlicher Verbote“ herrühre oder hingegen vorzugsweise direkt aus dem Durchführungsverbot abzuleiten sei. Jedenfalls sei die Frage nicht so relevant, da die Rechtsfolgen die gleichen seien.

⁶⁶² Dazu auch ARMBRÜSTER, 2021, a.a.O., § 134 BGB, Rn. 177, der mittelbar und jedoch ausführlich erläutert, inwiefern das Durchführungsverbot als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB eingestuft werden könne. Das sei darauf zurückzuführen, dass die Unionsvorschrift zwar „keine eigene privatrechtliche Rechtsfolgenanordnung enthält und insoweit *lex imperfecta* ist“, allerdings sei darin der Aspekt der Prävention derart überragend, wie übrigens die *FNCE*-Rechtsprechung beteuert hat, dass keine andere von der Nichtigkeit abweichende Sanktion aus der Vorschrift entnehmen lasse.

⁶⁶³ BGH-Urt. V ZR 314/02, *Flächenerwerbsprogramm I*, Rn. 2 (bb) (2).

⁶⁶⁴ BGH-Urt. V ZR 314/02, *Flächenerwerbsprogramm I*, Rn. 2 (bb) (2).

bestehendem Verhältnis unter zwei sich nicht vollständig überkreuzenden Perspektiven ausgelegt werden. Wenn es um das öffentlich-rechtliche Ebene und somit um das Verhältnis zwischen gewährender Stelle und Begünstigtem geht, zeichnet sich ein solcher präventiver Aspekt hauptsächlich durch das Mittel der Rückforderung ab⁶⁶⁵. Wenn hingegen die unmittelbare Geltung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 in Erinnerung ruft bzw. ein Wirtschaftsteilnehmer eine Klage darauf stützt, dann entfalten sich deren Wirkungen über das besagte zweier Verhältnis hinaus und umfassen ein dritter Akteur, der vor einer angeblich wettbewerbswidrigen Lage Rechtsschutz begehrt⁶⁶⁶. Dadurch sticht auch der Sinn und Zweck des Durchführungsverbots insofern besser heraus, als die Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfe und umso mehr nur der Zinsen die vom Beihilfenrecht zwar nicht einmal entworfenen, aber in der Praxis wohl bestehenden Verhältnisse zwischen Beihilfeempfänger und Wettbewerber nicht immer berücksichtigt. Die Folgerungen der Ungültigkeit sind dann in der Lage, sich hauptsächlich auf dieses privatrechtliche Ebene auszuwirken⁶⁶⁷ und von der Rückforderung nicht befasste begünstigende Elemente zu beseitigen, zumal die Anwendung des nationalen Rechts in diesem Bereich nicht zwangsläufig zu einer

⁶⁶⁵ Bemerkenswert diesbezüglich auch SPITALERI, 2010, a.a.O., 479, der sich auf EuGH-Urt. v. 18.12.2008 in Rs. C-384/07 *Wienstrom GmbH/Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit* („Wienstrom“), EU:C:2008:747, und auf die darin behandelte Frage der rechtswidrigen Abgabenerhebungen bezieht. Darauf aufbauend unterstreicht der Autor die eigentümliche Gestaltung des Rückforderungsanspruchs in solchen Konstellationen und erhellt trotz der Anwendung der *CELF I*-Rechtsprechung eine mittelbare abschreckende Funktion dieser Maßnahme gegenüber dem Mitgliedstaat. Tatsächlich kann das nationale Gericht die Rückzahlung der gegenüber den Abgabepflichtigen erhobenen und zur Finanzierung der Begünstigung gerichteten Abgaben anordnen, andererseits wird der Staat von dem Empfänger ausschließlich die Zinsen für die Dauer der Rechtswidrigkeit beitreiben, sodass die gewährende Stelle dann am Ende die vereinbarte Steuervergünstigung finanzieren wird, was zweifellos ein Abschreckungsmittel zur Notifizierung der fraglichen Maßnahme darstellen kann.

⁶⁶⁶ In diesem Sinne PÜTZ, *NJW*, 2004, 2199 (2200), nachdem „der Grundsatz, wonach einseitige Verbote die Wirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts unangetastet lassen sollen, [...] ist insbesondere dann nicht anzuwenden, wenn das Verbot seinem Sinn und Zweck nach dem Schutz eines nicht am Vertrag beteiligten Dritten dient“. Ähnlich auch SCHEPISI, 2012, a.a.O., 291, die von Dreieckswirkungen („*effetti triangolari*“) redet, weil der Begünstigte aus der unmittelbaren Anwendbarkeit des Durchführungsverbots besonders benachteiligt werden könne, obwohl die Vorschrift ihm keine Verpflichtung auferlege, der ein Anspruch des Wettbewerbers entspreche.

⁶⁶⁷ Erwähnenswert ist der Verweis in dem *CELF I*-Urteil, Rn. 53, auf die Geltendmachung eines Anspruchs, die wegen der Rechtswidrigkeit entstandenen Schäden zu ersetzen. Unabhängig davon, dass der Kläger den schweren Zusammenhang zwischen Verletzung des Durchführungsverbots und Vermögensminderung beweisen muss, unklar bleibt, ob sich dieser Anspruch gegen die gewährende Stelle und auch gar gegen den Empfänger richten soll und vor allem inwiefern ein Schadensersatzanspruch die rechtswidrige Begünstigung aufheben kann.

Nichtigkeit führen muss⁶⁶⁸, sondern auch weniger einschneidende Konsequenzen je nach Fallgestaltung und anhand der verfügbaren Rechtsmittel herbeiführen kann.

Das hat sich auch in der Ausgangskonstellation um den *Flächenerwerbsprogramm I* insbesondere gezeigt, weil der Gesetzgeber durch eine Novellierung des § 3 AusglLeistG die aufgrund ihrer Nichtigkeit abzuwickelnden Verträge nach § 141 BGB bestätigt, indem er durch den Kaufpreiserhöhung geänderte und den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechende Vertragsbedingungen gestellt hat⁶⁶⁹. Die vom Gesetzgeber bevorzugte Lösung, die sich auf eine nicht nur rechtswidrige, sondern auch unvereinbare Beihilfe bezog, weist aber mit Bezug auf die der Nichtigkeit zugrundeliegende Vorteilsabschöpfung einige problematische Aspekte auf, die einen Blick auch über die Angemessenheit und die Reichweite der Nichtigkeit selbst werfen. Es wurde nämlich angenommen, dass nur durch die Nichtigkeit des beihilfegewährenden Vertrages kann sich das von der Stillhalteverpflichtung gezielte Wiederholungsverbot⁶⁷⁰ insofern durchsetzen, als der Wettbewerber dadurch in die Lage versetzt werden kann, zur Vermeidung einer weiteren Wettbewerbsverzerrung umgehend die Erstattung der nicht genehmigten Beihilfe zu verlangen⁶⁷¹. Demzufolge kann eine Verzerrung in dem Funktionieren des Systems der Beihilfekontrolle entstehen, insoweit zur Wiederherstellung der früheren Lage und zur Abschöpfung des Vorteils schlicht eine Kaufpreisnachforderung auch nach § 141 BGB auferlegt würde, und das auch mangels einer positiven Entscheidung der Kommission, weil der Begünstigte die Vorteile der rechtswidrig durchgeführten Beihilfe weiterhin genießen kann⁶⁷².

Trotz der vom BGH festgestellten Nichtigkeit der beihilfegewährenden Verträge in der *Flächenerwerbsprogramm I*-Konstellation, bleibt allerdings fraglich, ob eine

⁶⁶⁸ Dazu auch KÖHLER, *EStAL*, 2014, 165 (171), wonach „[the CELF judgment can be read] as the clarification of a rule of Union law that national civil law need not necessarily (or in any case) provide for the nullity of a contract concluded in breach of law. In such circumstances Union law could be seen as a legal system “stating otherwise” in the sense of Section 134 BGB”.

⁶⁶⁹ Das BGH-Urt. V ZR 314/02, *Flächenerwerbsprogramm I*, § 2 (a) hat bezüglich dieser Vorschrift keine verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit wegen der rückwirkenden Kaufpreiserhöhung festgestellt und, so § 2 (cc), durch die Fiktion der Bestätigung nach § 141 BGB anerkannt, dass sich der Gesetzgeber „an dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien orientiert, bürdet dem Käufer aber keine ihn belastenden Leistungen gegen dessen Willen auf, da er ihm zugleich ein Rücktrittsrecht eingeräumt hat“.

⁶⁷⁰ Wie bereits betont in diesem Sinne PECHSTEIN, 2003, a.a.O., 447.

⁶⁷¹ Dazu eindeutig auch BGH Urt. v. 20.1.2004 – XI ZR 53/03, BeckRS 2004, 1812, § 1 (2)

⁶⁷² Diesbezüglich STRIEVI/WERNER, *JuS*, 2006, 106 (109), die allerdings eine Nachpreisforderung für angemessen nur nach einer positiven Entscheidung der Kommission halten.

durch eine gesetzlich festgesetzte Kaufpreiserhöhung erfolgte Bestätigung nach § 141 BGB tatsächlich den Vorteil für die begünstigten Kaufinteressenten beseitigt hat. Hier stellt sich wieder das Problem der Feststellung der Tragweite des unmittelbar erlangten Vorteils, woraufhin auch die Reichweite der Rückforderung und vor allem der Nichtigkeit zu ermitteln ist. In der vorliegenden Konstellation war nämlich die Wettbewerbsverzerrung schon mit der vergünstigten staatlichen Vergabe beschränkter und unvertretbarer Güter⁶⁷³ entstanden, weil der Auswahlentscheidung der Kaufinteressenten ein wettbewerbswidriges Element innewohnte. Die fehlende Anmeldung und der vorzeitige Abschluss der beihilfegewährenden Verträge hatte mit anderen Worten einen unmittelbar Vorteil den Kaufinteressenten gewährt, der durch die Kaufpreiserhöhung immerhin weiter fortbestanden ist. In Anbetracht dessen, dass die andere Wettbewerber nie die Gelegenheit hatten, in einem wettbewerbslich unverzerrten Auswahlverfahren ihr Angebot zu unterbreiten⁶⁷⁴, war die Nachpreisforderung dem Sinn und Zweck des Durchführungsverbots insofern nicht gerecht⁶⁷⁵, als der Anspruch auf eine wettbewerbsmäßige Auswahlverfahrensausgestaltung ausschließlich durch eine Neuvergabe der Beihilfe hätte erfolgen können, die dann die frühere Wettbewerbslage wiederhergestellt und gleiche Ausgangsbedingungen den Wirtschaftsteilnehmer gewährleistet hätte.

Einer solchen Lösung ist auch nicht dem im deutschen Zivilrecht verankerte Unterschied zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft fremd. Der BGH hat bisher nicht geklärt, ob sich die Folgerungen der Nichtigkeit nur auf den schuldrechtlichen Vertrag auswirken oder doch bis zum dinglichen Vollzugsvertrag reichen, weshalb man auch in diesem Fall die Reichweite derartiger Auswirkungen von der Fallgestaltung abhängt⁶⁷⁶. Wenn einerseits die Vorteilsabschöpfung den Entzug der tatsächlichen Begünstigung voraussetzt und dadurch in der Regel sowohl das

⁶⁷³ So PECHSTEIN, 2003, a.a.O., 447.

⁶⁷⁴ Dazu PECHSTEIN, 2003, ebd.

⁶⁷⁵ In diesem Sinne auch BGH Ur. XI ZR 53/03, § 1 (2), der die Möglichkeit einer in einem wirksamen Vertrag verankerten Rückzahlungsklausel im Falle einer rechtswidrigen Beihilfe mit dem Thema der dreier Verhältnisse verbindet, sodass „eine [solche Klausel] würde nämlich den Vorgaben des europäischen Rechts schon deshalb nicht gerecht, weil sich auf den vertraglichen Rückforderungsanspruch, anders als auf die Nichtigkeit des Vertrages, lediglich der Vertragspartner, nicht aber ein Dritter, etwa ein Wettbewerber des Begünstigten, berufen könnte“. Nicht unterschiedlich erscheint die Lage nach einer Bestätigung nach § 141 BGB.

⁶⁷⁶ Anderer Auffassung STRIEVI/WERNER, 2006, a.a.O., 109, wonach aus dem BGH-Urteil in der *Flächenerwerbsprogramm I*-Konstellation die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäft auszuschließen sei.

Verpflichtungsgeschäft als auch das den Vorteil konkretisierende Verfügungsgeschäft betreffen soll⁶⁷⁷, sodass ein wirksamer Rechtsschutz dem Wettbewerber gewährt werden kann, andererseits kann das Verfügungsgeschäft auch beihilferechtlich neutral bleiben. Es kann nämlich bestimmte Konstellationen geben, in denen die marktunübliche Vergünstigung bzw. die mangelnde Wertgleichheit zwischen Leistung und Gegenleistung nur auf das Verpflichtungsgeschäft zurückzuführen ist⁶⁷⁸, allerdings schlagen sich oft die wettbewerbswidrigen Auswirkungen auf das Verfügungsgeschäft nieder⁶⁷⁹. Beispielhaft hierfür ist noch einmal die *Flächenerwerbsprogramm I*-Konstellation, in der die zu marktüblichem Preis durchgeführte Eigentumsübertragung an die Beihilfeempfänger erst den endgültigen Wettbewerbsnachteil verwirklicht hat. Indem man den rechtswidrigen Vorteil nur auf das Verpflichtungsgeschäft zurückführt, läge das Risiko vor, dass die gewährenden Stellen dann veranlasst wären, lediglich mittels einer Nachzahlung die rechtswidrigen aus dem schuldrechtlichen Titel entsprungenen Auswirkungen und somit die Nichtigkeit des Geschäfts auf der bloß schuldrechtlichen Ebene heilen zu wollen⁶⁸⁰. Wie bereits mehrfach angedeutet wurde diese Lösung durch eine fiktive nach § 3a AusglLeistG gesetzgeberische Bestätigung der nichtigen Verträge i. S. v. § 141 BGB in der vorliegenden Konstellation am Ende bevorzugt. Das hat zweifellos die von der Kommission als marktunüblich und dann unvereinbar eingestufte Beihilfeelemente beseitigt. Die sonstigen wettbewerbswidrigen Auswirkungen, die immerhin angesichts der rechtswidrigen Gewährung als unmittelbarer Vorteil i. S. v. Art. 107 AEUV zu erachten waren, wurden allerdings im Sinne der festgestellten Nichtigkeit nicht vollständig ausgeschöpft⁶⁸¹, was dann nicht ganz dem zugunsten der Einzelnen

⁶⁷⁷ Ähnlich dazu PECHSTEIN, 1998, a.a.O., 496, wonach „mit der Ungültigkeit des dinglichen Titels die Behörde unweigerlich zum Handeln verpflichtet“ sei und somit eine wirksamere Vorteilsabschöpfung erzielen könne.

⁶⁷⁸ In diesem Sinne KARPENSTEIN/DINGEMANN in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.) 2022, a. a. O., S. 1798, Rn. 50, die auf einen einzelfallgerechten Ansatz setzen.

⁶⁷⁹ Bestätigend auch ARMBRÜSTER, 2021, a.a.O., § 134 BGB, Rn. 16 f., wonach „die Nichtigkeit eines Verpflichtungsgeschäfts häufig die Nichtigkeit der zu seiner Erfüllung erforderlichen Rechtsgeschäfte nach sich [zieht]“, was auch dem Sinn und Zweck der meisten Verbotsgesetze entspreche.

⁶⁸⁰ In diesem Sinne kritisch PECHSTEIN, 1998, a.a.O., 497, wonach die immerhin bestehende Möglichkeit einer Kondition aufgrund der unumgänglichen Nichtigkeit ein solches Risiko nicht streuen könne.

⁶⁸¹ Bemerkenswert diesbezüglich TILMANN/SCHREIBAUER, 2002, a.a.O., 213, die hervorheben, dass eine Beschränkung der Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit lediglich auf einen Rückforderungsanspruch statt auf die Nichtigkeit je nach der Art und Weise der Beihilfegewährung ausnahmsweise möglich sei. Die dadurch mangelhafte Vorteilsabschöpfung solle aber durch flankierende Maßnahmen begleitet werden,

Stillhalteverpflichtung als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB und die daraus herrührende Nichtigkeit darauf gestützt hatte, dass die aus der Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV entstandene Unwirksamkeit der Beihilfemaßnahme durch eine positive Entscheidung der Kommission nicht geheilt werden kann⁶⁸³, sodass im Falle eines Verstoßes so wie die Rückforderung auch die Gesamtnichtigkeit solcher Rechtsakte grundsätzlich und quasi pauschal anzunehmen war, stellte sich die Frage der Vereinbarkeit eines derartigen Ansatzes mit der *CELFI*-Rechtsprechung. Tatsächlich gab Letztere einem Teil des Schrifttums Anlass, die Konsequenzen aus einer vorzeitigen und zwar rechtswidrigen Gewährung einer Beihilfe neuzudenken und sich für eine Ungültigkeit nach der EuGH-Rechtsprechung zu äußern, die allerdings nach deutschem Recht nicht als Nichtigkeit anzunehmen sei, sondern eher als Unwirksamkeit des beihilfegewährenden Rechtsgeschäfts.

Die meisten Stimmen stellen in erster Stelle darauf ab, dass die Anwendung des § 134 BGB i. V. m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nicht zwingend zu einer endgültigen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führe, solange es sich aus dem Gesetz ein anderes ergibt⁶⁸⁴. Es wird demzufolge darauf verwiesen, dass nur ein verfahrensabschließender Beschluss der Kommission den Schicksal solcher privatrechtlichen oder auch öffentlich-rechtlichen Verträge endgültig bestimmen könne⁶⁸⁵, sodass eine positive Würdigung der Vereinbarkeit einer Beihilfe durch die Anwendung vom Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV seitens der Kommission tatsächlich das Eingreifen keiner anderen Sanktion verlangen könne⁶⁸⁶. Die nachträgliche Genehmigung durch die Kommission löse mit anderen Worten insofern die Wirkungen des Durchführungsverbots ab, als trotz einer unheilbaren Rechtswidrigkeit der Beihilfe das Ziel der Einführung vereinbarter Beihilfe in den Binnenmarkt durch den positiven Beschluss erfüllt sei und keine weitere wettbewerbswidrige Folgen zu befürchten seien. In Hinblick darauf wird auch unterstrichen, dass die Annahme einer Nichtigkeit einen Widerspruch in das System der Beihilfekontrolle insofern herbeiführe, als die Sanktion nach § 134 BGB gegen ein

⁶⁸³ BGH-Urt. V ZR 314/02, *Flächenerwerbsprogramm I*, § 2 (a) (2).

⁶⁸⁴ In diesem Sinne JESTAEDT/LOEST in HEIDENHAIN, 2003, § 52, Rn. 51

⁶⁸⁵ JESTAEDT/LOEST in HEIDENHAIN, 2003, ebd.

⁶⁸⁶ Diesbezüglich ARMBRÜSTER, 2021, a.a.O., § 134 BGB, Rn. 2, der den Vorbehalt des § 134 BGB dahingehend auslegt, dass das Verbotsgesetz keine oder keine andere Sanktion vorsehen solle, damit man zum Ergebnis der Nichtigkeit gelange.

aufgrund der Vereinbarkeitserklärung vollwirksames Rechtsgeschäft verhängt werde⁶⁸⁷, was dem Sinn und Zweck des Durchführungsverbots nicht entspreche. Da Letzteres darauf abziele, die unumkehrbaren Konsequenzen aus der rechtswidrigen Einführung einer vermutlich unvereinbarer Beihilfe abzuwenden, sei die schwebende Unwirksamkeit diesem Ziel vollständig gerecht. Einerseits wirke sie gegenüber dem ungültigen Rechtsgeschäft nur *ex nunc* und entfalte somit seine Wirkungen beachtlich des vom EuGH betonten Heilungsverbots⁶⁸⁸ nur ab der positiven Entscheidung der Kommission, andererseits bedürfe das Rechtsgeschäfts nach der Genehmigung⁶⁸⁹ der Kommission auch keiner Bestätigung nach § 141 BGB, die als Neuabschluss dem Risiko bzw. dem Vorwand der zwischenzeitlich eingetretenen Änderungen seitens beider Kontrahenten ausgesetzt sei⁶⁹⁰, was einen Eingriff zulasten der Rechtssicherheit der Verhältnisse sowie zulasten des Grundsatzes von *pacta sunt servanda* darstellen könne.

Trotz der *CELF I*-Rechtsprechung und der dadurch kritischen Stimmen in dem Schrifttum gegenüber der Sanktion der Nichtigkeit⁶⁹¹ bezüglich rechtswidriger, aber

⁶⁸⁷ Dazu PÜTZ, 2004, a.a.O., 2100 f., der einen Vergleich mit § 1 GWB a.F. (und teils n.F.) und insgesamt mit dem Gebiet des Kartellrechts zieht und dabei unterstreicht, dass der BGH mit dem *Flächenerwerbsprogramm I* der Rechtsprechung des Kartellsenats widersprochen habe, wonach Kartellabsprachen nur schwebend unwirksam seien, wenn sie noch genehmigungsfähig sind. Ähnliches sei auch mit Bezug auf beihilferechtliche Konstellationen anzunehmen.

⁶⁸⁸ Erhellend dazu JESTAEDT/LOEST in HEIDENHAIN, 2003, a.a.O., § 52, Rn. 50, wonach das trotz der positiven Entscheidung geltende Heilungsverbot nicht daran hindert, dass die Beihilfe ab der Vereinbarkeitserklärung als wirksam einzustufen ist.

⁶⁸⁹ Dogmatisch begründet PÜTZ, 2004, a.a.O., 2100, dass die schwebende Unwirksamkeit geboten sei, weil „nichtige Rechtsgeschäfte durch die Genehmigung eines nicht am Vertrag beteiligten Dritten nicht automatisch wirksam werden können“.

⁶⁹⁰ Darauf weist DINGEMANN im Rahmen der Tagung zur Richterfortbildung im Beihilfenrecht *NatJeusal*, Würzburg, 14-15.11.2019, hin und später betonen KARPENSTEIN/DINGEMANN in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.) 2022, a. a. O., S. 1797, Rn. 46, die die Theorie der schwebenden Unwirksamkeit besonders unterstützen und auf eine mögliche Verzerrung bei der Anwendung des § 141 BGB verweisen. Demnach könnten sich sowohl der Beihilfeempfänger aufgrund neu eingetretener tatsächlicher oder rechtlicher Umstände als auch der Beihilfegeber aus dem Vertrag lösen, weil für Letzteres rechtlich und wirtschaftlich unliebsam geworden ist. Das könnte aus Sicht der gewährenden Stelle oder des Empfängers problematisch werden, wenn jeweils der Empfänger mit einer DAWI-Verpflichtung betraut wurde und dann aus dem Vertrag austritt oder wenn der Empfänger bestimmte Investitionen bereits getätigt hat. Für die Konstellation um *venire contra factum proprium* verweist man auf die entsprechende Analyse.

⁶⁹¹ Dazu auch TRIANTAFYLLOU, 1999, a.a.O., 57 f., der sich für eine schwebende Unwirksamkeit äußert und eine merkwürdige Lösung vorschlägt, wonach die Kommission zwecks der Effektivierung der dem Durchführungsverbot zugrunde liegenden schwebenden Ungültigkeit mit einer Befugnis zur vorläufigen privatrechtsgestaltenden Rückforderung ermächtigt werden solle. Eine solche Lösung, die voraussichtlich der Zuständigkeit der Kommission nach Art. 13 Abs. BVVO ähnelt, wurde allerdings vom EuG-Urt. v. 20.03.2024 in Rs. T-519/14 *Grupo Morera & Vallejo, SL u.a./Kommission*, EU:T:2024:194, Rn. 92 ff.,

vereinbarer beihilfegewährender Verträge, hat der BGH wiederholt an seiner Nichtigkeitsrechtsprechung festgehalten. In einem ersten Beschluss über die beantragte Aussetzung eines Verfahrens zur Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe nach § 148 ZPO hat der EuGH noch einmal betont, dass eine positive Entscheidung der Kommission die Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nicht heilen kann, weil eine solche Auslegung praktische Wirksamkeit dieser Vorschrift entzöge und ihre Missachtung fördern würde⁶⁹². In einem zweiten Urteil verwies der BGH ausdrücklich auf den von der *CELF I*-Rechtsprechung formulierten Ansatz und kam zum Ergebnis, dass die effektive Durchsetzung des Beihilfeverbots nicht immer eine vollständige Rückabwicklung des gewährenden Rechtsgeschäfts bzw. seine Gesamtnichtigkeit gebietet, sondern zielt hauptsächlich auf die Abschöpfung des rechtswidrig erlangten Vorteils ab⁶⁹³. Der BGH nimmt dann die Ausführungen der *CELF I*-Rechtsprechung auf und erhellt dadurch auch den Sinn und Zweck des Durchführungsverbots aus der in der vorliegenden Arbeit bereits angebotenen Perspektive. Sie unterstreicht nämlich mittelbar, dass ein Abschreckungseffekt der Vorschrift nur gegenüber der Mitgliedstaaten als Adressaten der Regelung zu berücksichtigen ist⁶⁹⁴.

Wenn man aber das Durchführungsverbot aus dem Blickwinkel der auf Wettbewerbsebene bestehenden Verhältnissen zwischen dem Beihilfeempfänger und dem Wettbewerber betrachtet, dann sticht auch das Ziel der Wahrung der Rechte der Einzelnen hervor, das durch die Abschöpfung des Vorteils erfüllt ist und keiner pauschalen Gesamtnichtigkeit bedarf. Indem die *CELF I*-Rechtsprechung an einer vollständigen vom nationalen Recht zu bestimmenden Rückforderung aufgrund der Rechtswidrigkeit nicht hindert, leitet der BGH daraus einen gewissen Spielraum bei der Berücksichtigung der Verletzung des Durchführungsverbots und der Interesse der

mittelbar abgelehnt. Es handelte sich um vertragliche Erstattungsklauseln, die eine Abwälzung der Rückforderungslast zulasten Dritter vorsahen, nachdem ein Kontrahent (Werft) die andere Vertragspartei (Investor) hätten erstatten müssen, falls Letztere die geplanten Steuervergünstigungen nicht erzielt hätten. Hier entschied das EuG, dass die Kommission zwar nicht die Nichtigkeit derartiger vertraglicher Klausel nicht verhängen darf, weil diese Befugnis nur den nationalen Gerichten zukommt. Nichtsdestotrotz ist ihr nicht unterbunden, in einem Beschluss darauf hinzuweisen, dass diese Klauseln insofern gegen das *ordre public* verstoßen und demzufolge als ungültig zu betrachten sind, als sie den Empfänger vor den vollumfänglichen Konsequenzen einer Rückforderungsanordnung schützen können, was das System der Beihilfekontrolle mittelbar entkräftet.

⁶⁹² BGH Beschl. v. 13.9.2012 – III ZB 3/12, *Biria Gruppe*, BeckRS 2012, 20581. Für eine ausführliche Ergründung des Beschlusses verweist man auf KÖHLER, 2014, a.a.O., 165 ff.

⁶⁹³ BGH Urt. v. 5.12.2012 – I ZR 92/11, BeckRS 2013, 10575, *CEPS-Pipeline*, Rn. 39.

⁶⁹⁴ BGH Urt. I ZR 92/11, *CEPS-Pipeline*, Rn. 39.

Parteien. Was die *FNCE*-Rechtsprechung hinsichtlich der Ungültigkeit und die *CELF I*-Rechtsprechung hinsichtlich der Rückforderung als freien Raum für die nationalen Gerichte überlassen, damit sie durch die vom nationalen Recht zur Verfügung gestellten Mittel dem *effet utile* der Vorschrift beitragen können, nimmt der BGH mit anderen Worten eine solche Befugnis für sich in Anspruch.

Während sich ein positiver Beschluss der Kommission nur dahin auswirkt, dass die Sanktion für den Verstoß gegen das Durchführungsverbot auf die Erstattung der Zinsen für die Dauer der Rechtswidrigkeit begrenzt ist⁶⁹⁵, sind die Befugnisse der nationalen Gerichte etwas weiter gefächert. Sie können nämlich mittels der Nichtigkeitssanktion direkt an das rechtswidrige Beihilfeelement eines Vertrages eingehen und zur Vorteilsabschöpfung und Wiederherstellung der früheren Wettbewerbslage eine Teilnichtigkeit des Rechtsgeschäfts verhängen⁶⁹⁶, die in der Regel bei Kaufverträgen mit einer der Preisdifferenz entsprechenden Anpassung des Kaufpreises einhergeht. Diesbezüglich muss man auch bemerken, wie der *CEPS-Pipeline*-Fall gezeigt hat, dass eine Preisanpassung nicht immer dem Parteiwillen entspricht bzw. dass genau das rechtswidrige Beihilfeelement als unverzichtbar für den Vertragsabschluss zu erachten ist⁶⁹⁷. Solange dann das Beihilfeelement als *essentialia negotii* anzunehmen ist, sodass die Parteien ohne diesen Teil das Rechtsgeschäft nicht vorgenommen hätten, dann ist das gesamte Rechtsgeschäft als nichtig nach § 139 BGB zu erachten⁶⁹⁸. Einerseits fehlt es nämlich oft an Anknüpfungspunkte in den Vorbringen

⁶⁹⁵ BGH Urt. I ZR 92/11, *CEPS-Pipeline*, Rn. 41, das, um die Relevanz der Befugnisse der nationalen Gerichte hervorzuheben, hinzufügt, dass zur Erstattung der Zinsen und vor allem zur Preisnachforderung keiner Positiventscheidung der Kommission bedarf, weil die nationalen Gerichte bereits um angemessene Mittel zur Wiederherstellung der früheren Wettbewerbslage verfügen. Der BGH scheint allerdings nicht zu berücksichtigen, dass die Kommission für die Vereinbarkeitsprüfung ausschließlich zuständig ist und gemäß der *Boussac*-Rechtsprechung diese auch vornehmen muss.

⁶⁹⁶ BGH Urt. I ZR 92/11, *CEPS-Pipeline*, Rn. 46 und betonend auch Rn. 42, nachdem sich der BGH auf das EuG-Beschl. v. 06.12.1996 in Rs. T-155/96 *Stadt Mainz/Kommission*, EU:T:1996:180, Rn. 26, bezieht, wonach „allein das deutsche Gericht [am besten in der Lage und somit] für die Feststellung zuständig ist, ob die Änderung des Kaufpreises [...] nach den einschlägigen Bestimmungen des deutschen Rechts unter den Umständen des vorliegenden Falles die völlige oder teilweise Nichtigkeit des Vertrages rechtfertigen kann“.

⁶⁹⁷ BGH Urt. I ZR 92/11, *CEPS-Pipeline*, Rn. 50

⁶⁹⁸ BGH Urt. I ZR 92/11, *CEPS-Pipeline*, Rn. 51 f. Kritisch demgegenüber BARTOSCH, *EuZW*, 2013, 753 (Anm. 759), wonach der in bestimmten Konstellationen schwer festzustellende Parteiwillen im Sinne eines Fortbestehens des teilnichtigen Vertrages nach § 139 BGB nicht pauschal zu einer Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen sollte. Eine solche Auslegung stehe in Widerspruch mit den von dem BGH in demselben Urteil entwickelten Ausführungen, die von einer rigiden Auslegung der Nichtigkeit abzuweichen scheinen.

der Parteien, die auf einen Parteiwillen zum Abschluss des Vertrages zu marktüblichen Bedingungen hinweisen können. Auch die in dem teilnichtigen Vertrag etwaig vereinbarten Ersatzklausel, wonach das Rechtsgeschäft für den Fall der Unwirksamkeit einzelner Regelungen im Übrigen erhalten bleiben soll, erweist sich in den meisten Fällen nicht besonders behilflich⁶⁹⁹. Andererseits stellt oft das begünstigende nicht angemeldete Beihilfeelement des Vertrages die Grundlage für dessen Abschluss, sodass eine Partei in dessen Ermangelung kein Interesse mehr an das Fortbestehen des alten, aber unter wirtschaftlich davon abweichenden Bedingungen geltenden Vertrag hegen wird⁷⁰⁰.

Zusammenfassend lässt sich aus den analysierten Ausführungen des BGH, denen die *FNCE*-Rechtsprechung im Zusammenhang mit der *CELF I*-Rechtsprechung zugrunde liegt, ableiten, dass die Folgerungen aus der rechtswidrigen Gewährung einer Beihilfe hinsichtlich der Ungültigkeit der durchführenden Rechtsakte in der deutschen Rechtsordnung als Nichtigkeit i. S. v. § 134 BGB anzunehmen⁷⁰¹ sind. Dem kann man auch nicht entgegenhalten, dass die Sanktion der Nichtigkeit insofern unverhältnismäßig ist, als sie gegen ein aufgrund der Vereinbarkeitserklärung der Kommission vollwirksames Rechtsgeschäft verhängt würde. Nicht nur ist die Verletzung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV keinesfalls als rein formelles Verstoß zu erachten, da diese Vorschrift

⁶⁹⁹ BGH Urt. I ZR 92/11, *CEPS-Pipeline*, Rn. 53, wonach die Vereinbarung einer Ersatzklausel nicht pauschal die Wirksamkeit der von der Nichtigkeit nicht erfassten Teile herbeiführt. „Sie führt vielmehr nur zu einer Umkehrung der Vermutung des § 139 BGB in ihr Gegenteil. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen hätten, trifft denjenigen, der entgegen der Erhaltensklausel den Vertrag als Ganzes für unwirksam hält“. Dazu unterstreicht auch DINGEMANN im Rahmen der Tagung zur Richterfortbildung im Beihilfenrecht *NatJeusal*, Würzburg, 14-15.11.2019, dass der Rückgriff auf solche Ersatzklausel nicht immer voraussetze, dass sie nur in der Perspektive einer beihilferechtlichen Rechtswidrigkeit vereinbart wurden, was die Auslegung des Parteiwillen um das Beihilfeelement noch mehr erschwere.

⁷⁰⁰ Erwähnenswert dazu auch STRIEVI/WERNER, 2006, a.a.O., 109, die auf die Auswirkungen der beihilferechtlich relevanten Nichtigkeitsfrage mit Bezug auf „komplexe, insbesondere multipolare (Förder-) Vertragsverhältnisse“ etwa im Bereich von Infrastrukturprojekten hinweisen und hinterfragen, ob eine Teilnichtigkeit angesichts der wirtschaftlichen Verhältnisse und der Rechtssicherheit der Investitionen zu bevorzugen sei. Ähnlich auch KARPENSTEIN/DINGEMANN in SÄCKER, KARPENSTEIN, LUDWIGS (Hrsg.) 2022, a. a. O., S. 1797 f., Rn. 48, die für solche Konstellationen unterschiedliche Lösungen vorschlagen, u. a. die bereits analysierte Nachzahlung zur Beseitigung des Beihilfeelements oder auch die Aufteilung in einen Hauptvertrag zu Marktbedingungen und einen Schenkungsvertrag, wobei im Falle einer Rechtswidrigkeit nur Letzterer als nichtig anzusehen sei.

⁷⁰¹ Kritisch PÜTZ, 2004, a.a.O., 2201, wonach die Verhinderung von irreversiblen Rechtswirkungen wegen der rechtswidrigen Einführung von angeblich unvereinbaren Beihilfen sowohl mit der Nichtigkeit als auch mit der schwebenden Unwirksamkeit zu erreichen sei und das dementsprechend auch die weniger einschneidende Maßnahme aufgrund des rein formellen Verstoßes auszuwählen sei.

einer der Eckpfeiler des Gefüges der Beihilfekontrolle darstellt. Dazu ist als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB ausschließlich Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV einzustufen, der die vorzeitige Durchführung einer nicht angemeldeten Maßnahme verbietet, und nicht Art. 107 AEUV, der keine Verfahrensvorschrift enthält und sich lediglich auf die materiell-rechtlichen und vereinbarkeitsbezogenen Aspekte bezieht. Man will mit anderen Worten damit unterstreichen, dass die Verletzung des Durchführungsverbots bewiesenermaßen eigenständige Wirkungen entfaltet, die die Wettbewerbslage trotz einer nachträglichen Vereinbarkeitserklärung auch endgültig verzerren können. Eine schwebende Unwirksamkeit des Vertrages wäre zwar vor allem bei komplexen wirtschaftlichen Konstellationen im Falle der Vereinbarkeit der Beihilfe geeigneter und einfacher anzuwenden, sie trüge allerdings insofern nicht Rechnung des Sinn und Zwecks des Durchführungsverbots, weil die Reichweite und die Bedeutung der Rechtswidrigkeit erheblich in Hintergrund gerieten⁷⁰². Diese stehen nämlich in enger Verbindung mit der unmittelbaren Geltung des Durchführungsverbot und dadurch mit seinem Ziel, die Wahrung der Rechte der Einzelne sicherzustellen. Darauf sind die nationalen Gerichte berufen, die bei der Annahme einer schwebenden Unwirksamkeit nicht über geeignete Rechtsmittel verfügen würden, dieses Ziel zu verfol

5. Schlussfolgerungen

Die vorliegende Arbeit hat versucht, ein vollständiges Bild des Standes der Technik bezüglich der privaten Durchsetzung des Beihilferechts zu zeichnen. Hinsichtlich der Rolle der Eröffnungsbeschlüsse nach Art. 4 Abs. 4 BVVO wurden bestimmte Vorschläge formuliert, die die *Lufthansa*-Rechtsprechung des EuGH und die darin enthaltene sog. Öffnungsklausel verwerten könnten. Je nach Inhalt und Erkenntnisstand sowohl am Ende der Vorprüfungsphase als auch im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens stehen den nationalen Gerichten einige Wege zur

⁷⁰² Dazu auch ARMBRÜSTER, 2021, a.a.O., § 134 BGB, Rn.180, der die analogische Anwendung der schwebenden Unwirksamkeit vom Kartellrecht an das Beihilferecht mit der Begründung ablehnt, dass „Art. 108 AEUV einen Vorgriff des Mitgliedstaates auf die der Kommission vorbehaltene Entscheidung über die Zulässigkeit der Beihilfe verhindern will“, weshalb angemessener sei, eine endgültige Nichtigkeit anzunehmen und so die Rückforderung der europarechtswidrigen Beihilfe zu erleichtern. Der Autor stellt zwar seine Erwägungen auf die Perspektive der Sicherstellung des Entscheidungsmonopols der Kommission ab, er unterscheidet allerdings die Rolle und die eigenständigen Auswirkungen des Art. 107 AEUV einerseits und 108 AEUV andererseits.

Verfügung, die zum einen ihre Autonomie und die Notwendigkeit einer vollumfänglichen Prüfung und zum anderen eine einheitliche Anwendung des Beihilferechts und die Sicherstellung der Wirkungen des Durchführungsverbots in Einklang bringen können. Dabei hat man insbesondere auf die Kooperationsinstrumente nach Art. 29 BVVO, die ein zielführendes Dialog sowie einen produktiven Informationsaustausch zwischen den Organen fördern, sowie auf das Vorabentscheidungsverfahren, das sich vor allem im Falle einer divergierenden Auslegung rechtlicher Elemente des Tatbestandes eignet.

Gleichzeitig wurden auch die Risiken hervorgehoben, die eine Abweichung von einem Eröffnungsbeschlusses bergen kann. Erstens wird vor allem bei einer voraussichtlichen Feststellung des Vorliegens einer Beihilfe die praktische Wirksamkeit des Durchführungsverbots erheblich beeinträchtigt und umso mehr, wenn dem Beschluss nach Art. 4 Abs. 4 BVVO ein verfahrensabschließender negativer Beschluss folgt. Zweitens kann in diesem letzten Fall eine mittelbare Sanktion verhängt werden, nämlich die Rechtskraftdurchbrechung des Urteils, das das Vorliegen einer Beihilfe verneinte oder auch wie in der *Klausner-Holz*-Rechtsache außer Acht ließ und keine Folgerungen aus der Verletzung des Durchführungsverbots zog. Die Rechtskraftdurchbrechung ist zwar in der Lage, die Rückforderung der Beihilfe zu erzielen und die frühere unverzerrte Wettbewerbslage wiederherzustellen. Sie stellt aber eine besonders einschneidende Maßnahme, die sich wie beschildert auch nach vielen Jahren unwiederbringlich auf die wirtschaftliche Lage des Beihilfeempfängers und auf die von ihm bereits getätigten Investitionen aus. Aus diesen Gründen ist auch im Interesse des Begünstigten, dass die nationalen Gerichte ihren aus dem Vertrag herrührenden Verpflichtungen nachkommen und die Sicherungsfunktion des Durchführungsverbots durch die Aussetzung der Gewährung oder die Einzahlung der bereits entrichteten Beträge auf ein Sperrkonto gewährleisten.

Das bewahrheitet sich auch dadurch, dass die Analyse der Rechtskraftdurchbrechung vor allem anhand jüngster EuGH-Urteile eine gewisse Kompromisslosigkeit in der Anwendung und Durchsetzung des Beihilferechts beschildert hat, die hauptsächlich dem der Stillhalteverpflichtung zugrunde liegenden *effet utile* und im Endergebnis der Verstärkung des Systems der

Beihilfekontrolle dient. Anhand des Begriffs der Kompromisslosigkeit wurde allerdings auch hervorgehoben, dass die Kommission letztendlich mit der 2021 Bekanntmachung über die private Durchsetzung des Beihilferechts dazu neigt, die private Durchsetzung in Anlehnung an die Grundzüge und Ziele der öffentlichen Durchsetzung zu entwickeln. Darauf aufbauend würde in erster Stelle eines der Hauptziele des Durchführungsverbots, nämlich die Wahrung der Rechte der Einzelnen, in Hintergrund geraten und demzufolge mehr Wert auf wettbewerbspolitische Ziele gesetzt.

In zweiter Stelle würde eine derartige Tendenz die Rolle der nationalen Gerichte bei der Anwendung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV derart entkräftet, dass sie annähernd eine Reduzierung auf Null ihres Spielraums bei der Würdigung eines beihilferechtlichen Sachverhaltes erfahren müssten. Das würde ansatzweise ihre selbständige Prüfungsbefugnis beeinträchtigen, aber auch dem System der Beihilfekontrolle insofern einen Schaden zufügen, als ein Vorgehen als bloße Vollstreckungsorgane der Kommission den für die Wirksamkeit des Systems der Beihilfekontrolle unentbehrlichen Kooperationsmöglichkeiten mit der Kommission gegenüberstünde.

Insbesondere aus dem letzten Teil der vorliegenden Arbeit konnte man der den nationalen Gerichten anerkannte Spielraum besonders würdigen. Bei einer Verletzung des Durchführungsverbots sind sie nämlich berufen, sämtliche Folgerungen sowohl hinsichtlich der Rückforderung der bereits entrichteten Beträge als auch hinsichtlich der Ungültigkeit der nicht angemeldeten beihilfegewährenden Rechtsakten. Die nationalen Gerichten, wie sich auch aus der *CELF I*-Rechtsprechung erblicken lässt, genießen einen gewissen Spielraum, um die Reichweite der rechtswidrigen Auswirkungen einzuschätzen. Eine derartige Würdigung setzt dann nämlich eine effektive und quasi chirurgische Abschöpfung des Vorteils voraus, der der Begünstigte aus der Rechtswidrigkeit der Beihilfe unmittelbar erlangt hat und dessen wettbewerbswidrigen Auswirkungen allerdings auch eine vollständige Rückforderung verlangen können. Einer solche Abwägung obliegt nämlich dem nationalen Gericht, dem das nationale Recht die geeignete Rechtsmittel zur Wiederherstellung des *status quo ante* und zur Beseitigung des Vorteils für die Dauer der Rechtswidrigkeit zur Verfügung stellt.

Die vorliegende Arbeit zeichnet sich schließlich für einen Ansatz, der trotz ihrer bereits erwähnten kritischen Aspekte auf die Kooperationsinstrumente nach Art. 29 BVVO und dementsprechend auf eine Verstärkung der Rolle der nationalen Gerichte bei der Sicherstellung des Durchführungsverbots setzt. Dieser Zweck lässt sich zwar nicht durch eine Verengung der wettbewerbspolitischen Ziele seitens der Kommission verfolgen. Dazu könnten vielmehr Fortbildungsinitiativen sowohl zugunsten der nationaler Gerichte als auch der öffentlichen Verwaltung auf lokaler Ebene⁷⁰³, als auch durch eine Verbesserung der Effektivität der Kooperationsinstrumente und des Informationsaustausches zwischen Kommission und nationalen Gerichten. Letzteres erscheint in jüngster Zeit umso wichtiger geworden unter Berücksichtigung davon, dass die durch die Gruppenfreistellungsverordnung freigestellte und zwar für vereinbar erklärte Beihilfe ständig zunehmen⁷⁰⁴, was seitens der nationalen Gerichten nicht mehr einer bloßen formellen Prüfung der Einhaltung der in der Verordnung festgesetzten Erfordernisse bedarf, sondern des Öfteren einer ausführlichen auch komplexer wirtschaftlicher Fragen, deren Beantwortung auch einen erheblichen Eingriff in dem im Beihilferecht allerdings nicht schutzwürdigen Vertrauensschutz des Beihilfeempfängers wie in dem Fall *Eesti Pagar* darstellen könnte⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Für eine Analyse über Möglichkeit der Einhaltung der Beihilfevorschriften auf lokaler und regionaler Ebene verweist man auf BERGER, *EstAL*, 2017, 476 ff.

⁷⁰⁴ Laut der 2021 Bekanntmachung über die private Durchsetzung fallen seit 2015 über 96 % der neuen Beihilfemaßnahmen unter die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung. Dazu NICOLAIDES, *EstAL*, 2023, 231 (233), wonach *“State aid rules have become longer and more complex. For example, the consolidated version of the recently revised General Block Exemption Regulation [Regulation 651/2014, as revised by Regulation 2023/1315] is now 187 pages long. Articles 2 & 3 that define the scope of the GBER and lay down the various definitions respectively, run to 43 pages. The current Guidelines on Climate, Environmental Protection and Energy Aid are 89 pages, the longest ever”*. Um Schwierigkeiten bei der Umsetzung derartiger freigestellter Tatbestände unterstreicht der Autor, dass *„the Commission, as the “regulator” of the State aid system, is under an implicit (if not explicit) obligation to provide guidance to all parties who must comply with State aid rules. As aptly expressed in an OCED study on regulatory governance: “information needs to be intelligible, clear and user-friendly for citizens, to whom all public institutions are ultimately accountable”*.

⁷⁰⁵ Sehr kritisch diesbezüglich BARTOSCH, *EstAL*, 2022, 1 (2), wonach *„All the riches that the GBER promises to beneficiaries may well evaporate just as a fata morgana in the desert once the public authorities make a mistake in applying the latter’s provisions”*.

LITERATURVERZEICHNIS

- ACHLEITNER R. A., *The Interplay between the European Commission, National Authorities and National Courts in State Aid Law: An Attempt to Cut the Gordian Knot* in *European State Aid Law Quarterly*, 2/2022, 173 ff.
- ACKERMANN T., *Europäisches Kartellrecht* in RIESENHUBER K. (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2021, § 19, 629 ff.
- AGNOLUCCI I., BIONDI A., *Il contributo della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato* in *I Post di AISDUE*, 1/2019, 350 ff.
- AMADEO S., *Le forme e l'intensità della tutela cautelare dinanzi al giudice amministrativo nazionale, tra effettività del diritto dell'Unione Europea e tutela giurisdizionale effettiva* in SCHEPISI C. (Hrsg.), *L'impatto del diritto dell'Unione Europea sul processo amministrativo*, 2013, 155 ff.
- ANTONIAZZI S., *Aiuti di stato e giurisdizione esclusiva - Critiche e spunti per un'estensione* in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2020, 963 ff.

- ARENA A., *From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of Costa v. ENEL* in *European Journal of International Law*, 3/2019, 1017 ff.
- ARHOLD C., *Der Tatbestand der Beihilfe - Begünstigung* in SÄCKER F. J., KARPENSTEIN U., LUDWIGS M. (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht – Beihilfenrecht, Münchner Kommentar*, 2022, Teil B, §§133 ff., 99 ff.
- ARHOLD C., *Rückforderung einer gemeinschaftswidrigen Beihilfe* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 3/2006, 91 (Anm. 94) ff.
- ARMBRÜSTER C., *§ 134 BGB* in *Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2021
- BAGHRIZABEHI D., FERČIČ A., *Private Enforcement of EU State Aid Rules: Is There Any Room for National Procedural Autonomy Left?* in *Zbornik - Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 4/2023, 663 ff.
- BARTOSCH A., *Aktuelle letztinstanzliche Urteile zur beihilferechtlichen Stillhalteverpflichtung – mehr Schatten als Licht* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 6/2013, 208 ff.
- BARTOSCH A., *Beihilferecht: (Teil-)Nichtigkeit eines Kaufvertrags mit Beihilfeelementen – CEPS-Pipeline* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 19/2013, 753 (Anm. 759) ff.
- BARTOSCH A., *Die EU-Beihilfenkontrolle vor nationalen Gerichten* in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 9/2011, 577 ff.
- BARTOSCH A., *Die private Durchsetzung des gemeinschaftlichen Beihilfeverbots – Das CELF-Urteil vom 12.2.2008 und seine Auswirkungen* in

Deutschland in Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 8/2008, 235 ff.

- BARTOSCH A., *EU-Beihilfenrecht, Kommentar*, 3. Auflage, 2020
- BARTOSCH A., *Lent, the Lord's Prayer and the GBER – Do Not Lead Us into Temptation!* in *European State Aid Law Quarterly*, 1/2022, 1 f.
- BARTOSCH A., *Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine „neue Verordnung Nr. 17“* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 4/2001, 101 ff.
- BASEDOW J. (Hrsg.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, 2007
- BECHTOLD R., BOSCH W., BRINKER I., *EU-Kartellrecht*, 2023, Art. 101 AEUV, S. 15 ff. und Art. 1 Kartellverfahrens-VO, S. 281 ff.
- BECKER T., *Die parallele Prüfung beihilferechtlicher Sachverhalte durch Kommission und nationale Gerichte – Entscheidungskompetenzen und -konflikte* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 19/2012, 725 ff.
- BELJIN S., *Beihilfenrecht*, in SCHULZE R., JANSSEN A., KADELBACH S. (Hrsg.), *Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 2020, § 29, 1890 ff.
- BENACCHIO, *Il private enforcement nel diritto antitrust* in *Dizionario sistematico della concorrenza* PACE F. (Hrsg.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2013, S. 16 ff.
- BERGER C., *How to Ensure State Aid Compliance at Local and Regional Level* in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 476 ff.

- BERRISCH G. M., *Mehr Fragen als Antworten – Keine Klärung der „Bindungswirkung“ von beihilferechtlichen Eröffnungsentscheidungen der Kommission in Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 7/2014, 253 ff.
- BERSCHIN F., FEHLING M., *Beihilfenrecht und Grundrechte als Motor für Wettbewerb im ÖPNV? – Kritische Anmerkungen zum Urteil des BVerwG vom 19.10.2006 – 3 C 33/05 in Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 09/2007, 263
- BESTAGNO, *Il risarcimento dei danni per violazione delle norme in materia di aiuti di Stato (Diritto UE)* in PACE F. (Hrsg.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2013
- BIONDI A., *Case C-119/05 - Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato v. Lucchini SpA, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 18 July 2007, 2007 [ECR] I-6199 in Common Market Law Review*, 5/2008, 1459 ff.
- BIONDI A., *How to go ahead as an EU law national judge in European Public Law*, 2/2009, 225 ff.
- BIONDI A., RIGHINI E., *An Evolutionary Theory of EU State Aid Control* in ARNULL A., CHALMERS D. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of European Law*, 2015, 670 ff. (~~nur S. 674 Fußnote in Graells Aufsatz + S. 673~~)
- BIONDI A., *State Aid, government spending and the virtue of loyalty* in P. J. BIRKINSHAW P. J., BIONDI A. (Hrsg.), *Britain Alone!: The implications and consequences of UK exit from the EU*, 2016
- BOBEK M., *Why There is No Principle of 'Procedural Autonomy' of the Member States* in DE WITTE, B., MICKLITZ, H.-W., (Hrsg.), *The European*

Court of Justice and the Autonomy of the Member States, 2011, 305-319

- BORNKAMM J., *Die Masteroods-Entscheidung des EuGH: Bindung der Zivilgerichte an Kommissionsentscheidungen – Lehre für das neue Kartellverfahren* in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 1/2003, 73
- BRANDTNER B., BERANGER T., LESSENICH C., *Private State Aid Enforcement in European State Aid Law Quarterly*, 1/2010, 23 ff.
- BUENDIA SIERRA J. L., BOLSA FERRUZ M. A., *State Aid Assessment: What National Courts Can Do and What They Must Do* in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 408 ff.
- BUENDIA SIERRA J. L., *The Role of Competitors in State Aid Procedures* in *European State Aid Law Quarterly*, 4/2015, 451 ff.
- BUIJZE A., *Shared Regulatory Regimes through the Lens of Subsidiarity: Towards a Substantive Approach* in *Utrecht Law Review*, 5/2014, 67 ff.
- BURGI M., *Vertragsverletzungsverfahren* in RENGELING H.-W., MIDDEKE A., GELLERMANN M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2003, § 6
- CALZOLARI L., *La responsabilità delle amministrazioni nazionali e delle imprese beneficiarie per la violazione degli artt. 107 e 108 TFUE fra diritto dell'Unione e autonomia procedurale degli ordinamenti nazionali* in *Diritto del commercio internazionale*, 1, 2017, S. 224 ff.
- CATALÁN MARIA J. SEGURA, CLAYTON MARIANNE, NOWAK ANNA, *Third Party Rights and the State Aid Procedures Revisited by the European Courts: An Ever-Sounder State Aid Control* in *Journal of European*

- CELLERINO C., *Le azioni nei confronti del beneficiario di aiuti di Stato e i limiti all'effetto diretto «orizzontale» dell'art. 108.3 TFUE: problemi e spunti dalla recente giurisprudenza nazionale* in *Diritto del Commercio Internazionale*, 4, 2015
- COLOMBO C. M., *Lufthansa and the Coherent Application of State Aid Law: What is the Role of National Judges in Concurrent Proceedings?* in *Review of European Administrative Law*, 2/2015, 319 ff.
- COMBET M-L., BOUCOT L., *Legal Standing of Complainant, Unlimited Guarantee: Some Lessons from the Scor Case in European State Aid Law Quarterly*, 1/2020, 52 ff.
- CORTESE B., *Eu State Aid Law as a Passepartout: Shouldn't We Stop Taking the Effect on Trade for Granted?* in *Bratislava Law Review*, 4/2020, 9 ff.
- CORTESE B., *The Difficult Relationship between Administrative Authorities and the Judiciary in Antitrust Private Enforcement* in CORTESE B. (Hrsg.), *EU Competition Law – Between Public and Private Enforcement*, 2014, 95 ff.
- CRAIG P., *Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law* in *The Cambridge Law Journal*, 55/1996, 289 ff.
- CURTIN D., MORTELMANS K., *Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script* in *Institutional Dynamics of European Integration - Essays in Honour of Henry G. Schermers, Volume 2*, 1994, 423 ff.

- CURTIN D., *The Decentralised Enforcement of Community Law Rights: Judicial Snakes and Ladder* in CURTIN D., O'KEEFFE D., *Constitutional Adjudication in European Community and National Law* 1/1992, 33 ff.
- DE BANDT P., *Lufthansa: A New Era for State Aid Enforcement?* in *Journal of European Competition Law & Practice*, 4/2014, 205 ff.
- DOHRN D., *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen der Kommission sowie deutscher und mitgliedstaatlicher Kartellbehörden und Gerichte im deutschen Zivilprozess*, 2010, 22-155
- DOLEYS T. J., *Managing the Dilemma of Discretion: The European Commission and the Development of EU State Aid Policy* in *Journal of Industry, Competition and Trade*, 1/2013, 23 ff.
- DORN J. K., *Abweichungsverbot vs. Bindungswirkung* in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 6/2016, 323 ff.
- DOUGAN M., *National Remedies Before the Court of Justice: Issues of Harmonisation and Differentiation*, 2004, 311 ff.
- DURNER W., *Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt – Zu den Loyalitätspflichten nationaler Gerichte gegenüber der EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts* in *Europarecht*, 4/2004, 547 ff.
- EHLERS D., *Verhältnis des Unionsrechts zu dem Recht der Mitgliedstaaten*, in SCHULZE R., JANSSEN A., KADELBACH S. (Hrsg.), *Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 2020, § 11, 530 ff.
- EUROPÄISCHER RECHNUNGSHOF, *Ist durch die Verfahren der Kommission eine wirksame Verwaltung der Kontrolle staatlicher Beihilfen gewährleistet?*, Sonderbericht Nr. 15, 2011

https://www.eca.europa.eu/de/publications/SR11_15

- FEDERICO R., *Lucchini Revisited: When Judgments harm Competition in European State Aid Law Quarterly*, 1/2021, 144 ff.
- FIEBELKORN V., PETZOLD H. A., *Durchführungsverbot gemäß Art. 88 III 3 EG, Rückforderungsverpflichtung und Nichtigkeitsfolge: Ist die BGH-Rechtsprechung praxisgerecht?* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 10/2009, 323 ff.
- FLYNN L., *Taking Flight, Not Taking Fright: The National Court as a Full Partner in the Enforcement of the State Aid Discipline in European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 335 ff.
- FONTANA E., *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione in Diritto del commercio internazionale*, 1/2008, 193 ff.
- FRISINGER J., BEHR A., *Staatsbürgschaften, Banken und EU-Beihilfeverbot – „Beihilfe“ zur verbotenen Beihilfe?* in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 9/1995, 708 ff.
- FRONCZAK E., *Beihilfekontrolle – Pflichten der nationalen Gerichte nach Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens der Kommission, aber vor dessen Abschluss in Recht der internationalen Wirtschaft*, 1-2/2014, 64 ff.
- GALETTA D. U., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata in Diritto amministrativo*, 2008, 757 ff.
- GALETTA D. U., *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, 2010

- GAMBARO, *Il private enforcement negli aiuti di Stato* in *Dizionario sistematico della concorrenza* in PACE F. (Hrsg.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2013, S. 27 ff.
- GARBE A., *The Application of the ECJ's Criteria Developed in the Case Deutsche Lufthansa by National German Courts: The Flughafen Lubeck/Air Berlin* in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 449 ff.
- GEIGER A., *EuGH: Nationale Gerichte durch Kommissionentscheidungen gebunden* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 4/2001, 113 (Anm. 116) ff.
- GEIGER R., *Art. 4 EUV* in GEIGER R., KHAN D.-E., KOTZUR M. (Hrsg.), *EUV AEUV*, 2017, 22 ff.
- GELLERMANN M., *Verwaltungsvertragliche Subventionsverhältnisse im Spannungsfeld zwischen Beihilfekontrolle und Verwaltungsverfahrensrecht* in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2003, 481 ff.
- GERARD D. M. B., *Managing the Financial Crisis in Europe: The Role of EU State Aid Law Enforcement*, in MEROLA M., DERENNE J., RIVAS J. (Hrsg.), *Competition Law at Times of Economic Crisis - In Need for Adjustment*, 2013, 231 ff.
- GHAZARIAN L., *Binding Effect of Opening Decisions - Lufthansa AG v FFH* in *European State Aid Law Quarterly*, 1/2014, 108 ff.
- GIESBERTS L., KLEVE G., *EuGH stärkt Vollzugsverbot bei staatlichen Beihilfen* in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 10/2014, 641 (Anm. 643) ff.
- GIRAUD A., *Legitimate expectations in State Aid Recovery Proceedings: "Abandon all hope, ye who enter here"* in *Common Market Law Review*,

5/2008, 1399 ff.

- GOYDER J., DONS M., *Damages Claims Based on State Aid Law Infringements State* in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 418 ff.
- GRUSON M., *Zum Fortbestehen von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung zur Sicherung der Anleihen von Landesbanken* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12/1997, 357 ff.
- GUNDEL J., *Die Rückabwicklung von nicht notifizierten, aber schließlich genehmigten Beihilfen vor den Gerichten: Vorgaben für die Bewehrung des Durchführungsverbots* in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 5/2008, 161 ff.
- GUNDEL J., *Effektive und gleichwertige Durchsetzung des EU-Rechts versus nationale Rechtskraftregeln: Konsolidierung oder Neubestimmung?* in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1/2016, 2 ff.
- GUNDEL J., *Verwaltung*, in SCHULZE R., JANSSEN A., KADELBACH S. (Hrsg.), *Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 2020, § 3, 148 ff.
- GYARFAS L., *Hic Sunt Leones: Private Enforcement of State Aid Law in Slovakia* in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 455 ff.
- HABERSACK M., *Staatsbürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot - Zur Frage der Anwendbarkeit der Art. 92, 93 EGV auf das Bürgschaftsverhältnis zwischen Mitgliedstaat und Bank* in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 159/1995, 663 ff.
- HARRISON D., *The Curious Contractual Consequences of a Finding of Unlawful State Aid: DHL Leipzig-Halle - Case T-452/08* in *European State*

- Aid Law Quarterly*, 3/2017, 487 ff.
- HAUCAP J., SCHWALBE U., *Economic Principles of State aid control - Discussion Paper*, 17/2011, *Düsseldorf Institute for Competition Economics*
 - HEIDENHAIN M., *Echo zum Aufsatz Bartosch in EuZW 2008*, 235 in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 11/2008, 324 f.
 - HEIDENHAIN M., *Rechtswidrige Staatsbürgschaften in Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 07/2007, 193 ff.
 - HERRMANN C., *Die Bindungswirkung von Beschlüssen der Kommission zur Einleitung von förmlichen Beihilfeprüfverfahren in nationalen Gerichtsverfahren* in STUMPF C., FRIEDEMANN K., BALDUS C. (Hrsg.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht – Privatinitiative und Gemeinwohlorizonte in der europäischen Integration*, 2015, 616 ff.
 - HERRMANN C., *Schadensersatz für Wettbewerber wegen rechtswidriger staatlicher Beihilfen – Weist Frankreich den Weg?* in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 4/2021, 181 ff.
 - HONORÉ M., JENSEN N. E., *Damages in State Aid Cases in European State Aid Law Quarterly*, 2/2011, 265 ff.
 - HOPT J. K., MESTMÄCKER E.-J., *Die Rückforderung staatlicher Beihilfen nach europäischem und deutschem Recht – am Beispiel staatlich verbürgter Kredite* in *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht – Weltpapiermitteilungen*, 17/1996, 753 ff.
 - HOPT J. K., MESTMÄCKER E.-J., *Die Rückforderung staatlicher Beihilfen nach europäischem und deutschem Recht – am Beispiel staatlich verbürgter*

- Kredite* in *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht – Weltpapiermitteilungen*, 18/1996, 801 ff.
- IMMENGA, MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht, IV Abschnitt Rechtsschutz im Beihilferecht*, 2016
 - IPSEN H. P., *Haushaltssubventionierung über zwei Stufen* in IPSEN H. P., *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 1985, 202 ff.
 - JAEGER T., *The CELF-Judgment: A Precarious Conception of the Standstill Obligation* in *European State Aid Law Quarterly*, 2/2008, 279 ff.
 - JAEGER T., *Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten im Beihilfeaufsichtsverfahren* in HUMMER W. (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten*, 2010, 417 ff.
 - JESTAEDT T., LOEST T., *Durchsetzung der Rückforderung nach nationalem Recht* in HEIDENHAIN M. (Hrsg.), *Handbuch des europäischen Beihilferechts*, 2003, §§ 52-53, 907 ff.
 - JOUVE D., *Recovering Unlawful and Incompatible Aids by National Courts: CELF and Scott/Kimberly Clark Cases* in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 367 ff.
 - KAKOURIS C. N., *Do the Member States possess judicial procedural “autonomy”?* in *Common Market Law Review*, 6/1997, 1389 ff.
 - KAMANN H.-G., *Kommission vs. Nationale Gerichte im europäischen Beihilferecht – Private Rechtsdurchsetzung während des förmlichen Prüfverfahrens* in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 1/2014, 60 ff.

- KARPENSTEIN U., DINGEMANN K., *Beihilferückforderung im deutschen Recht* in SÄCKER F. J., KARPENSTEIN U., LUDWIGS M. (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht – Beihilfenrecht, Münchner Kommentar*, 2022, Teil 12, 1784 ff.
- KARPENSTEIN U., DORN J. K., *Zwischen Bindungsgebot und Abweichungsverbot – BGH und BVerwG auf neuen Wegen im Beihilferecht* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 9/2017, 337 ff.
- KOCH, *Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verfahrensrecht* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1995, 78 ff.
- KÖHLER M., *Private Enforcement of State Aid Law - Problems of Guaranteeing EU Rights by means of National (Procedural) Law* in *European State Aid Law Quarterly*, 2/2012, 369 ff.
- KOKOTT J., *Nationales Subventionsrecht im Schatten der EG – Das Beispiel der Rückforderung von Subventionen* in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1993, 1235 ff.
- KÖNIG C., HELLSTERN M., *Die Klagebefugnis bei wettbewerbsrechtlichen Klagen gegen unionsrechtswidrige Beihilfemaßnahmen* in *GRUR International Journal of European and International IP Law*, 1/2012, 14 ff.
- KORNEZOV A., *Res Judicata of national judgments incompatible with EU law: time for a major rethink?* in *Common Market Law Review*, 3/2014, 809 ff.
- KOTTMANN M., *Das Vorabentscheidungsverfahren* in KARPENSTEIN U., KOTZUR M. T., VASEL J. J. (Hrsgb.), *Handbuch Rechtschutz in der Europäischen Union 2024*, § 10

- KOTZUR M., *Art. 258 [Vertragsverletzungsverfahren] AEUV* in GEIGER R., KHAN D.-E., KOTZUR M. (Hrsgb.), *EUV AEUV*, 2017, 885 ff.
- KREMER C., *Effektuiierung des europäischen Beihilferechts durch die Begrenzung der Rechtskraft* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 23/2007, 726 ff.
- KREBE B., *Das Verbot des venire contra factum proprium bei vertraglichen Beihilfen* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13/2008, 394 ff.
- KRÖNKE C., *Verfahrensautonomie der EU-Mitgliedstaaten? Zu den offenen Tendenzen in der EuGH-Rechtsprechung zum europäisierten allgemeinen Verwaltungs- und Verfahrensrecht* in *Ritsumeikan Law Review*, 28/2011, 307 ff.
- KRÖNKE C., *Verfahrensautonomie der EU-Mitgliedstaaten? Zu den offenen Tendenzen in der EuGH-Rechtsprechung zum europäisierten allgemeinen Verwaltungs- und Verfahrensrecht* in *Ritsumeikan Law Review*, 28/2011, 307 ff.
- KRUSE, *Bemerkungen zur gemeinschaftlichen Verfahrensverordnung für die Beihilfekontrolle - Erwägungen zu einzelnen Verfahrensregelungen und zu Rechtsschutzmöglichkeiten* in *NVwZ*, 1999, 1049 ff.
- KÜHLING J., SCHWENDINGER G., *Rechtskraftdurchbrechung durch EU-(Beihilfen-)Recht – Die Tragweite der EuGH-Vorlage des LG Münster* in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1/2015, 1 ff.
- KÜHLING J., *Weckruf aus Luxemburg: Rechtskraftdurchbrechung dank Sprengkraft des EU-Beihilfenrechts* in *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 6/2015, 301

- LEGNINI G., PICCIONE D., *I poteri pubblici nell'età del disincanto – L'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, 2018
- LEIBLE S., DOMRÖSE R., *Die primärrechtskonforme Auslegung* in RIESENHUBER K. (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2021, § 8, 209 ff.
- LUDWIGS M., *Grundrechtsschutz im Kooperationsverhältnis – Entwicklungslinien der BVerfG-Judikatur und offene Fragen* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 10/2024. 446 ff.
- LUJA R., *Does the Modernisation of State Aid Control Put Legal Certainty and Simplicity at Risk* in *European State Aid Law Quarterly*, 4/2012, 765 ff.
- LÜNEBÜRGER S., MANTHEY L., *Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung* in SÄCKER F. J., KARPENSTEIN U., LUDWIGS M. (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht – Beihilfenrecht, Münchner Kommentar*, 2022, 457 ff.
- MALFERRARI L., *Neues zur Kompetenzverteilung zwischen Kommission und nationaler Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Wettbewerbs und zum Verhältnis zwischen der Nichtigkeitsklage und dem Vorabentscheidungsverfahren* in *Europarecht*, 4/2001, 605 ff.
- MANKOWSKI P., *Rechtsschutz im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit* in KARPENSTEIN U., KOTZUR M. T., VASEL J. J. (Hrsgb.), *Handbuch Rechtsschutz in der Europäischen Union 2024*, § 33
- MARTIN-EHLERS A., *Bindungswirkung eines Eröffnungsbeschlusses der Kommission – Verhältnismäßigkeit der Rückforderung* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 8/2017, 312 (Anm. 317)

- MARTIN-EHLERS A., *Die Bindungswirkung einer Eröffnungsentscheidung der Kommission im Beihilferecht* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 7/2014, 247 ff.
- MARTIN-EHLERS A., *Drittenschutz im Beihilfenrecht – Paradigmenwechsel in der deutschen Rechtsprechung* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011, 583 ff.
- MARTIN-EHLERS A., STROHMAYR S., *Private Rechtsdurchsetzung im EG-Beihilfenrecht – Konkurrentenklagen vor deutschen Zivilgerichten* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 24/2008, 745 ff.
- MEROLA M., *Rimedi per la violazione delle norme sugli aiuti di stato: misure repressive o di ripristino. Diritto positivo (post-modernizzazione) e scenari di riforma*, 2018
- MONTI M., *The application of Community competition law by the national courts in a directly applicable exception system* in *ERA Forum*, 1/2001, 3 ff.
- MÖSCHEL W., *Den Staat an die Kette legen – Gegen die Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat*, 1995
- MUNARI F., *Antitrust Enforcement After the Entry into Force of Regulation No. 1/2003: The Interplay between the Commission and the NCAs and the Need for an Enhanced Role of National Courts* in CORTESE B. (Hrsg.), *EU Competition Law – Between Public and Private Enforcement*, 2014, 111 ff.
- NEBBIA P., *Do the rules on State aids have a life of their own?* in *European Law Review*, 6/2008, 427 ff.

- NEBBIA P., *The Schrems judgments: a silent revolution for Member States' procedural autonomy?* in *ERA Forum – Journal of the Academy of European law*, 2/2021, 327 ff.
- NICOLAIDES P., *Access to European Commission Guidance* in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2023, 231 ff.
- NICOLAIDES P., *The Private Creditor Test: All Options Must be Taken into Account* in *State Aid Uncovered*, 2016 (aufrufbar unter <https://www.lexxion.eu/stateaidpost/the-private-creditor-test-all-options-must-be-taken-into-account/>)
- NIEMEYER H.-J., *Proceeding before National Courts* in HEIDENHAIN M. (Hrsg.), *European State Aid Law Handbook*, 2009, § 44, 767 ff.
- O'KEEFFE D., *Judicial Protection of the Individual by the European Court of Justice* in *Fordham International Law Journal*, 19/1995, 901 ff.
- ORDONEZ-SOLIS D., *National Courts and State Aid: Learning to Ask Good Questions* in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 338 ff.
- ORDONEZ-SOLIS D., *Waiting for National Judges in Infringement Proceedings on State Aid* in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 377 ff.
- PALERMO R., *The Role of National Judges in the Enforcement of EU-State Aid Law – Tagungsbericht zur zweiten Richterfortbildung vom 14./15.11.2019* in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2/2021, 477 ff.
- PALME C., *EEG und EU-Beihilfeaufsicht – Die Wirkungen des Eröffnungsbeschluss der Kommission* in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*,

9/2014, 559 ff.

- PATRONI GRIFFI F., *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europe)* in *www.federalismi.it*, 15/2019, 4 ff.
- PECHSTEIN M., *BGH: Rückwirkende Kaufpreiserhöhung als Beihilfenrückforderung in neuen Bundesländern verfassungsgemäß* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 14/2003, 444 (Anm. 447) ff.
- PECHSTEIN M., *Die Mitgliedstaaten der EG als „Sachwalter des gemeinsamen Interesses“ – Gesetzgebungsnotstand im Gemeinschaftsrecht*, 1987, 17-50, 145-173
- PECHSTEIN M., *Nichtigkeit beihilfengewährender Verträge nach Art. 93 III 3 EGV* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 16/1998, 495 ff.
- PEDRAZ CALVO M., *The Validity of National Measures when Implementing Illegal Aid before National Judges: The Xunta de Galicia Judgment* in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 439 ff.
- PESCATORE P., *Das Zusammenwirken der Gemeinschaftsordnung mit den nationalen Rechtsordnungen* in *Europarecht*, 4/1970, 307 ff.
- PIERNAS LÓPEZ J. J., *The transformation of EU state aid law... and its discontents* in *Common Market Law Review*, 1/2023, 1623 ff.
- PORENA D., *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul D. Lgs. n. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di “antitrust private enforcement”). Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice*

alla legge...ed alla Autorità antitrust? in *Federalismi.it*, 7/2018

- PRECHAL S., *Community law in national courts: the lessons from Van Schijndel* in *Common Market Law Review*, 3/1998, 681 ff.
- PÜTZ M., *EG-Beihilfenrecht und § 134 BGB* in *Neue Juristische Wochenschrift*, 31/2004, 2199 ff.
- QUARDT G., *Rückabwicklung gemeinschaftswidriger Beihilfen* in HEIDENHAIN M. (Hrsg.), *Handbuch des europäischen Beihilfenrechts*, 2003, §§ 50-51, 889 ff.
- REBLER A., *Zur Tatbestandswirkung und Feststellungswirkung von (rechtswidrigen) Verwaltungsakten* in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 20/2017, 1279 ff.
- REMMERT B., *Nichtigkeit von Verwaltungsverträgen wegen Verstoßes gegen das EG-Beihilfenrecht* in *Europarecht*, 6/2000, 469 ff.
- RENNERT K., *Bedeutung von Kommissionsentscheidungen im Beihilfeprüfverfahren für die nationalen Gerichte* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2017, 567 ff.
- RENNERT K., *Beihilferechtliche Konkurrentenklagen vor deutschen Verwaltungsgerichten* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011, 576 ff.
- RENZI A., *Gli aiuti di Stato ed il giudice amministrativo. Quali rapporti tra decisione interna e competenza sovranazionale?* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 619 ff.

- RUFFERT M., *Europarecht: Rechtswirkungen der Eröffnungsentscheidung im Beihilfenverfahren - Mitgliedstaatliche Gerichte sind nicht strikt an eine Eröffnungsentscheidung der Europäischen Kommission im Beihilfenverfahren gebunden* in *Juristische Schulung*, 11/2017, 1130 ff.
- RUSSO F., *La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. Sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)* in *Diritto civile contemporaneo*, 1/2015, 1 ff.
- SAMPOL PUCURULL M., *Economic Penalties and Recovery of State Aid: Some Lessons from the Spanish Experience in European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 431 ff.
- SANCHEZ GRAELLS A., *AG (dangerously) stresses possibility to indirectly challenge State Aid decisions via Art 267 TFEU in How to Crack a Nut – A blog on EU economic law*, 2013,
<https://www.howtocrackanut.com/blog/2013/07/ag-dangerously-stresses-possibility-to.html>
- SANCHEZ GRAELLS A., *CJEU Toys with the One Stop Shop Approach and Muddies the Waters of State Aid Analysis (C-284/12)* in *How to Crack a Nut – A blog on EU economic law*, 2013,
<https://www.howtocrackanut.com/blog/2013/11/cjeu-toys-with-one-stop-shop-approach.html>
- SANDBERG, WOOD, *Examining Actions for damages claims based on the state aid rules - Part II*, *Competition Law Insight*, Vol. 16, 11, 2017
- SCHEPISI C., *Aiuti di Stato e giudici nazionali nella bozza di nuova Comunicazione della Commissione: alcune riflessioni a prima lettura* in *Eurojus*, 2/2021, 1 ff.

- SCHEPISI C., *Aiuti di stato e tutela giurisdizionale - Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, 2012
- SCHEPISI C., *Il private enforcement dell'art. 108 § 3 TFUE e i rimedi in capo al giudice nazionale in Dizionario sistematico della concorrenza a cura di Pace*, S. 599 ff., 2013
- SCHEPISI C., *Risarcimento del danno antitrust e attuazione della direttiva 104/2014: possibili effetti anche sugli aiuti di Stato?*, Osservatorio Europeo dUE, novembre 2017
- SCHILLACI A., *La nullità "virtuale" dei contratti alla luce della più recente giurisprudenza di merito e di legittimità in Cammino diritto*, 6/2015
- SCHMIDT-KÖTTERS T., *Rechtsschutz Dritter vor deutschen Gerichten in HEIDENHAIN M. (Hrsg.), Handbuch des europäischen Beihilferechts*, 2003, §§ 56-57, 965 ff.
- SCHOLZ R., *Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrensrecht in Die öffentliche Verwaltung*, 2/1998, 261 ff.
- SCHOLZ R., *Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrensrecht in Die Öffentliche Verwaltung*, 7/1998, 261 ff.
- SCOTT A., *Co-Operation and Good Faith: State Aid Rules and National Courts - Procedural and Interpretive Consequences in European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 354 ff.

- SILVESTRI E., *L“amicus curiae”: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/1997, 679 ff.
- SINNAEVE A., *Procedure regarding Unlawful Aid* in HEIDENHAIN M. (Hrsg.), *European State Aid Law Handbook*, 2009, § 32, 628 ff.
- SINNAEVE A., *State Aid Procedures: Developments since the Entry into Force of the Procedural Regulation* in *Common Market Law Review*, 4/2007, 965 ff.
- SOLTÉSZ U., *Bindungswirkung der Eröffnung beihilferechtlicher Prüfverfahren* in *Neue Juristische Wochenschrift*, 52/2013, 3771 (Anm. 3773) ff.
- SOLTÉSZ U., *Hauptprüfverfahren als „New Normal“? Beihilferechtliche Verwirrung in Luxemburg* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 4/2022, 145 ff.
- SOLTÉSZ U., *Private Enforcement im EU-Beihilfenrecht – Noch immer in den Kinderschuhen* in *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 12/2018, 553 f.
- SOLTÉSZ U., *Ryanair und Tierkörperbeseitigung – Wendepunkt für beihilferechtliche Konkurrentenklagen?* in *Europarecht*, 1/2012, 60 ff.
- SOLTÉSZ U., *Wichtige Entwicklungen im Europäischen Beihilferecht im Jahre 2021* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1/2022, 5 ff.
- SONDER N., *Die Bindung nationaler Gerichte an förmliche Beihilfeprüfverfahren der EU-Kommission nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-284/12* in *Zeitschrift für Europäische Studien*, 3/2014, 361 ff.

- SPITALERI F., *Recenti sviluppi in materia di private enforcement delle norme sugli aiuti di Stato: i recenti casi CELF e Wienstrom* in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2/2010, 463 ff.
- STEINDORFF E., *EG-Vertrag und Privatrecht*, 1996
- STEINDORFF E., *Nichtigkeitsrisiko bei Staatsbürgschaften* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1/1997, 7 ff.
- STREINZ R., *Rechtskraftdurchbrechung bei (mutmaßlichem) Verstoß eines Vertrags gegen EU-Beihilferecht* in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 9/2016, 600 (Anm. 603) ff.
- STRIEVI S., WERNER P., *Nichtigkeit eines beihilfegewährenden Vertrages nach § BGB § 134 BGB i.V. mit Art. Artikel 88 III 3 EG* in *Juristische Schulung*, 2/2006, 106 ff.
- SZYSZCAK E., *National Judges and Training in EU State Aid Law* in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 470 ff.
- SZYSZCAK E., *The Altmark Case Revisited: Local and Regional Subsidies to Public Services* in *European State Aid Law Quarterly*, 3/2017, 395 ff.
- TERRASI A., *Aiuti di Stato: la questione del recupero degli aiuti illegalmente concessi* in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002, 1082 ss.
- TILMANN W., SCHREIBAUER M., *Rechtsfolgen rechtswidriger nationaler Beihilfen* in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 3/2002, 212 ff.
- TRAUPEL T., JENNERT C., *Der EuGH überdehnt die Bindungswirkung der Verfahrenseröffnung im Beihilferecht: Wo die Kommission keinen Verstoß*

- festgestellt hat, kann das nationale Gericht auch nicht gebunden sein in Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 1/2014, 1 ff.*
- TRIANTAFYLLOU D., *Europäisierte Privatrechtsgestaltung im Bereich der Beihilfenaufsicht in Die Öffentliche Verwaltung, 2/1999, 51 ff.*
 - TRIDIMAS T., *The General Principles of EC Law, 1999, Kapitel 5 und 8*
 - VAJDA C., STUART P., *Effects of the Standstill Obligation in National Courts - all said after CELF? An English Perspective in European State Aid Law Quarterly, 3/2010, 629 ff.*
 - VAN GERVEN W., *Harmonization of private law: do we need it? in Common Market Law Review, 2/2004, 505 ff.*
 - VÖGLER M., *BVerfG: Rücknahme einer gemeinschaftsrechtswidrigen Subvention in Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 4/2000, 445 (Anm. 447) ff.*
 - VON BONIN A., WITTENBERG T., *Bindungswirkung von Eröffnungsentscheidungen der Kommission für nationale Gerichte in Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2/2014, 65 (Anm. 68) ff.*
 - VON DONAT C., *Anspruch des Wettbewerbers auf verzinste Rückzahlung einer rechtswidrigen Beihilfe in Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 7/2011, 269 (Anm. 274) ff.*
 - VOB C., *Die Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Zivilgerichtsurteile zu Gunsten des unionsrechtlichen "effet utile"?, 2018*

- WAGNER S., *Unionsrechtliche Rechtskraftdurchbrechung? – Zu den Grenzen der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie auf dem Gebiet der Rechtskraft nach der Rechtsprechung des EuGH* in *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2/2014, 211 ff.
- WEDEMEYER S., *Beihilfenrechtliches Ermessen und seine gerichtliche Kontrolle anlässlich einer methodischen Ambivalenz im Urteil des EuG (T-34/21, T-87/21)* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2/2024, 68 ff.
- WEIß H., *Beihilferecht: Quantifizierung des für die Rückforderung maßgeblichen Vorteils bei Verbrauchsteuern und Abwälzung* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 9/2015, 362 (Anm. 367) ff.
- WEIß W., HABERKAMM M., *Legitimate Expectations in State Aid and the CFI* in *European State Aid Law Quarterly*, 2/2010, 531 ff.
- WEIß W., *Keine Nichtigkeitsklage gegen Eröffnungsbeschlüsse im Fall von vollständig durchgeführten Beihilfen* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13/2015, 525 (Anm. 527)
- WEIß, H., *Rechtskraftdurchbrechung bei (mutmaßlichem) Verstoß eines Vertrags gegen EU-Beihilferecht* in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 57 (Anm. 60) ff.
- WILMAN F., *Private enforcement of EU law before national courts: the EU legislative framework*, Elgar European Law and Practice, 2015
- WISSER H., BECKER D., *Review of judgement Laboratoires Boiron, Case C-526/04* in *European State Aid Law Quarterly*, 1/2007, 101 ff.
- WURMNEST W., MOLLERS T. M. J., WOLLENSCHLÄGER F., *Private Enforcement of European Competition and State Aid Law: current*