

**Immer noch: Offene Fragen zu Art. 263 Abs. 4 AEUV? –
Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 6.11.2018, verb. Rs. C-622/16 P bis
C-624/16 P (Scuola Elementare Maria Montessori u.a./Kommission)**

*Von Hans Arno Petzold und Nina Schmidt-Carstens, Kiel**

Die Individualklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV (vormals Art. 173 Abs. 2 EWG-V/173 Abs. 4 EG-V bzw. Art. 230 Abs. 4 EG) stellt einen wichtigen Eckpfeiler im Rechtsschutzsystem der EU dar.¹ Sie gibt einzelnen – natürlichen oder juristischen – Personen die Möglichkeit, unter bestimmten Umständen Akte der EU-Organen vor den Europäischen Gerichten einer Prüfung zu unterwerfen. Diese Umstände sind allerdings auch neun Jahre nach Inkrafttreten des AEUV und sieben Jahre nach der ersten Gerichtsentscheidung² und trotz zahlreicher weiterer Judikate³ sowie umfänglicher Literatur⁴ noch immer nicht vollständig geklärt. Auch die hier vorgestellte Entscheidung,⁵ die zuvörderst Bedeutung für den Bereich der Beihilfenkontrolle hat, setzt sicherlich keinen Schlusspunkt.

I. Zur Vorgeschichte des Verfahrens

Ausgangspunkt des Rechtsstreits sind italienische Gesetze über die Erhebung einer kommunalen Immobiliensteuer (ICI, ab 2012 IMU). Von dieser Abgabe konnten und können nichtgewerbliche Einrichtungen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, ganz oder teilweise befreit werden. Nach der Einreichung verschiedener Beschwerden, die bis in das Jahr 2006 zurückgehen, eröffnete die Kommission schließlich im Jahre 2010 das förmliche Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV. Mit Beschluss vom 19.12.2012⁶ stellte sie fest, dass ein Teil der Befreiung aufgrund der vor 2012 geltenden Regelungen eine unvereinbare Beihilfe darstell-

* Hans Arno Petzold, Dr. iur., ist stv. Referatsleiter im Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus; Nina Schmidt-Carstens war als Rechtsreferendarin dort tätig; der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Ansicht der Verf. wieder.

1 Zur Rechtsentwicklung vgl. z. B. H. A. Petzold, Individualrechtsschutz an der Schnittstelle zwischen nationalem und Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 19 ff., und die zahlreichen Nachweise ebda.; ders., Was sind „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ (Art. 263 Abs. 4 AEUV)? – Zur Entscheidung des EuG in der Rechtssache Inuit, EuR 2012, S. 443; S. Pötters/C. Werkmeister/J. Traut, Rechtsakte mit Verordnungscharakter nach Art. 263 Abs. 4 AEUV – eine passgenaue Ausweitung des Individualrechtsschutzes?, EuR 2012, S. 546.

2 EuG, Rs. T-18/10 (Inuit u.a./Parlament und Rat), ECLI:EU:T:2011:419, Slg. 2011, II-05599 = EuR 2012, S. 432. Dazu H. A. Petzold (Fn. 1), EuR 2012, S. 443 f.; R. Streinz, Europarecht: Rechtsschutz – Nichtigkeitsklagen von Individuen gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, JuS 2012, S. 472. Das Rechtsmittel gegen diesen Beschluss wurde zurückgewiesen, EuGH, Rs. C-583/11 P (Inuit u.a./Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2013:625 = NVwZ 2014, S. 53, m. Anm. T. Guretzki.

3 Vgl. nur die Nachweise in den Schlussanträgen von GA Wathelet in den hier besprochenen Rs. v. 11.4.2018, ECLI:EU:C:2018:229, Fn. 30 ff.

4 S. zuletzt bei M. Pechstein/N. Görlitz, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2017, Art. 263 AEUV, Literaturübersicht.

5 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Scuola Elementare Maria Montessori u.a./Kommission), ECLI:EU:C:2018:873.

6 ABl. EU 2013 L 166/24 – SA.20829 (C 26/2010, ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)).

te, die allerdings nicht zurückzufordern sei.⁷ Zwar könnten sich die Begünstigten mangels Zusage eines Unionsorgans nicht auf Vertrauensschutz berufen,⁸ allerdings hätten die italienischen Behörden nachgewiesen, dass die Empfänger der Beihilfe nicht identifiziert werden könnten und die Beihilfe selbst aufgrund des Fehlens verfügbarer Daten nicht objektiv errechnet werden könnte. Somit sei jedenfalls das Vorliegen besonderer Umstände⁹ für ein Absehen von der Rückforderung nachgewiesen.¹⁰ Demgegenüber stellten die ab 2012 geltenden Regelungen keine Beihilfen dar, insbesondere weil sie – anders als die vorangegangenen – keinen selektiven Charakter aufweisen würden.¹¹

Gegen diesen Beschluss erhoben Herr Ferracci, Inhaber einer Frühstückspension für Touristen,¹² und die Scuola Elementare Maria Montessori, eine private Lehranstalt,¹³ die beide nicht zu den potentiell Begünstigten der Regelungen gehörten, Klagen vor dem EuG, die mit Urteilen vom 15.9.2016 als zulässig, aber unbegründet abgewiesen wurden. Hiergegen wurden Rechtsmittel zum EuGH eingelegt, die von Seiten der Scuola auf die Begründetheit der Klage,¹⁴ von Seiten der Kommission bezüglich beider Kläger auf die Zulässigkeit¹⁵ abstellen. Im Folgenden wird nur auf den zweitgenannten Aspekt eingegangen.

II. Zur Zulässigkeit von Individualklagen

Nach dem vor dem Vertrag von Lissabon geltenden Wortlaut (zuletzt Art. 230 Abs. 4 EG) konnte

„jede natürliche oder juristische Person ... gegen die an sie ergangenen Entscheidungen sowie gegen diejenigen Entscheidungen Klage erheben, die, obwohl sie als Verordnung oder als an eine andere Person gerichtete Entscheidung ergangen sind, sie unmittelbar und individuell betreffen“.

Die dem Verfassungskonvent 2002/2003 folgende Regierungskonferenz¹⁶ und diejenige zum „Reformvertrag“¹⁷ übernahmen die dort gemachten Änderungsvor-

7 ABl. EU 2013 L 166/24 – SA.20829 (Fn. 6), Rn. 189 f.

8 Vgl. hierzu *Th. Köster*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 5 Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 16 VO (EU) 2015/1589, Rn. 23, 25; *H. A. Petzold*, Immer noch: Vertrauensschutz vs. Rechtsdurchsetzung – Anmerkung zur Entscheidung des EuGH in der Rechtsache Scott und Kimberley Clark, EuR 2011, S. 437.

9 Zu diesem Merkmal s. *T. Maxian Rusche*, in: Immenga/Mestmäcker/Körber (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 3 Beihilfenrecht/Sonderbereiche, 5. Aufl. 2016, Art. 108 AEUV, Rn. 37; *Th. Köster*, in: Säcker/Montag (Hrsg.), European State Aid Law, 2016, Part X, Art. 14, Rn. 27 ff.

10 ABl. EU 2013 L 166/24 – SA.20829 (Fn. 6), Rn. 191 ff.

11 ABl. EU 2013 L 166/24 – SA.20829 (Fn. 6), Rn. 160 ff.

12 EuG, Rs. T-219/13 (Ferracci/Kommission), ECLI:EU:T:2016:485.

13 EuG, Rs. T-220/13 (Scuola Elementare Maria Montessori/Kommission), ECLI:EU:T:2016:484.

14 EuGH, Rs. C-622/16 P.

15 EuGH, Rs. C-623 und 624/16 P.

16 Dazu *H. A. Petzold*, Individualrechtsschutz (Fn. 1), S. 73 f.

17 Vgl. *H. A. Petzold*, Individualrechtsschutz (Fn. 1), S. 121 f.

schläge jeweils wörtlich, sodass sie sich nunmehr in Art. 263 Abs. 4 AEUV wiederfinden:

„Jede natürliche oder juristische Person kann unter den Bedingungen nach den Absätzen 1 und 2 gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verwaltungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, Klage erheben.“

Allerdings wurden die Bezeichnungen der Europäischen Rechtsakte mittlerweile – mit einer Ausnahme – wieder auf die Terminologie vor dem Verfassungsvertrag zurückgeführt (Art. 288 AEUV),¹⁸ ohne dass eine Anpassung des Wortlauts in Art. 263 Abs. 4 AEUV erfolgte. Die sich daran anschließenden Diskussionen über die Zulässigkeit der Individualklage gegen Legislativakte – Verordnungen gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV – können nunmehr als im Kern beendet angesehen werden.¹⁹ Die Auslegung der weiteren Zulässigkeitsanfordernisse – Rechtsakte mit Verwaltungscharakter, unmittelbare Betroffenheit, Durchführungsmaßnahmen – war Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

III. Kommissionsmaßnahmen im Bereich der Beihilfenaufsicht

1. Prüfung von Maßnahmen

Die Prüfung von mitgliedstaatlichen Maßnahmen durch die Kommission im Bereich der Beihilfenkontrolle richtet sich primärrechtlich nach Art. 108 AEUV. Die sekundärrechtliche Ausgestaltung findet sich in der Verordnung über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 AEUV.²⁰ Deren Art. 4 und 9 legen fest, dass die verschiedenen Prüfstadien nach der Anmeldung durch den Mitgliedstaat jeweils mit einem Beschluss abgeschlossen werden, soweit nicht der betreffende Mitgliedstaat eine Anmeldung zurückzieht (Art. 4 Abs. 1 S. 2 und 9 Abs. 1 VerfVO, jeweils unter Verweis auf Art. 10 VerfVO). Bei der Prüfung – vermeintlich – rechtswidriger, nicht angemeldeter Beihilfen, also auch bei Verfahren, die wie vorliegend durch Beschwerden von Wettbewerbern initiiert wurden, erfolgt in jedem Fall eine Verfahrensbeendigung durch Beschluss (Art. 15 Abs. 1 VerfVO).²¹

18 Vgl. H. A. Petzold, Individualrechtsschutz (Fn. 1), S. 121.

19 Dazu ausführlich, wenn auch inhaltlich kritisch, M. Pechstein/N. Görlitz, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 4), Art. 263 AEUV, Rn. 66 ff. Zum Verhältnis von Nichtigkeitsklage und Vorabentscheidungsverfahren s. jüngst EuGH, Rs. C-135/16 (Georgsmarienhütte u.a./Deutschland), ECLI:EU:C:2018:582 = NVwZ 2018, S. 1288, m. Anm. M. Ehrmann = EuZW 2018, S. 814, m. Anm. R. Pompl.

20 VO (EU) Nr. 2015/1589 des Rates vom 13.7.2015, ABl. EU 2015 L 248/9 (Verfahrens-Verordnung, VerfVO).

21 S. im Einzelnen zu den Verfahrensschritten H. A. Petzold, Individualrechtsschutz (Fn. 1), S. 69 ff. Zur VerfVO s. u.a. T. Maxian Rusche, in: Immenga/Mestmäcker/Körber (Fn. 9), Art. 12 ff. VO (EU) 2015/1589; Th. Köster, in: Säcker (Fn. 8), Art. 12 ff. VO (EU) 2015/1589; zur Vorgängerfassung P. Werner/Th. Köster, in: Säcker/Montag (Fn. 9), Part X.

Beschlüsse sind nach Art. 288 Abs. 4 S. 1 AEUV grundsätzlich in allen ihren Teilen verbindlich. Allerdings schränkt S. 2 dieser Vorschrift die Verbindlichkeit insoweit ein, als dass Beschlüsse, die sich an bestimmte Adressaten richten, nur für diese bindend sind.²² Diese bisher als Entscheidungen (Art. 249 Abs. 4 EGV) bezeichneten Instrumente für Einzelfallregelungen²³ wurden durch den Vertrag von Lissabon neu kodifiziert. Ausdrücklich werden jetzt auch solche genannt, die keinen Adressaten bezeichnen; für den Bereich der Beihilfenkontrolle waren diese aber auch schon bisher ohne Bedeutung.²⁴

2. Rückforderungsentscheidungen

Bei bereits gewährten rechtswidrigen Beihilfen kann die Kommission schon vor Abschluss ihrer Prüfung die einstweilige Rückforderung anordnen (Art. 13 Abs. 2 VerfVO). Ergeht nach Beendigung der Prüfung ein Negativbeschluss (Art. 15 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 9 Abs. 5 VerfVO), wird also die Rechtswidrigkeit der Beihilfe festgestellt, ordnet die Kommission endgültig die Rückforderung an (Art. 16 Abs. 1 S. 1 VerfVO). Dies geschieht regelmäßig zugleich mit der Rückforderungsanordnung in einem zusätzlichen Artikel, kann in Einzelfällen aber auch, etwa wenn noch weitere Prüfungen zu erfolgen haben, gesondert erfolgen. In allen Fällen richtet sich der von der Kommission zu erlassende Beschluss an den Mitgliedstaat, der die inkriminierte Beihilfe gewährt hat (Art. 13 Abs. 2 S. 1, 16 Abs. 1 S. 1 VerfVO). Auch hier ist Art. 288 Abs. 4 AEUV die anzuwendende Rechtsgrundlage. Im vorliegenden Verfahren war von der Kommission, neben anderen Punkten, die unten noch angesprochen werden, die Frage aufgeworfen worden, ob Beschlüsse wie der vorliegend angefochtene überhaupt als „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ i.S.d. Art. 263 Abs. 4 AEUV, und damit als tauglicher Gegenstand einer Individualklage, anzusehen seien. Würde dies verneint, verlöre die Vorschrift allerdings im Bereich der Beihilfenkontrolle den größten Teil ihrer möglichen Anwendungen.

IV. Die Entscheidungen des EuG²⁵

Das EuG stellte zunächst fest, dass zwischen den Klägern und den potentiell Begünstigten der angegriffenen Steuerregelungen ein jedenfalls potentielles Wettbewerbsverhältnis bestand.²⁶ Damit konnte sich die mit den Beschwerden angefochtene Maßnahme tatsächlich und rechtlich auf die *Wettbewerbssituation* der Kläger

22 Zu den Beschlüssen ausf. *J. Gundel*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 4), Art. 288 AEUV, Rn. 82 ff.

23 Vgl. *J. Gundel*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 4), Art. 288 AEUV, Rn. 82.

24 S. insoweit auch *J. Gundel*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 4), Art. 288 AEUV, Rn. 82, m.w.N. in Fn. 387.

25 Da die Entscheidungen (o. Fn. 12 und 13) in der Begründung nahezu wortgleich sind, wird bei den folgenden Nachweisen nur auf die Rs. 219/13 (Fn. 12) Bezug genommen, da diese im Volltext auf curia.europa.eu auch in deutscher Übersetzung vorliegt.

26 EuG, Rs. T-219/13 (Fn. 12), Rn. 45.

auswirken.²⁷ Dies erfolge auch *unmittelbar*, da die italienische Regierung durch den streitgegenständlichen Beschluss der Kommission „vollkommen automatisch und ohne dass weitere Durchführungsvorschriften angewandt werden“²⁸ in der Lage war, die Beihilferegelung anzuwenden und davon abzusehen, rechtswidrig gewährte Beihilfen zurückzufordern.

Zur Frage, ob es sich um *Rechtsakte mit Verordnungscharakter* handelte, bezog sich das EuG zunächst auf die in der Rs. Inuit²⁹ vorgenommene Abgrenzung zu Legislativmaßnahmen, die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen wurden.³⁰ Da hier zwar Rechtsakte, aber keine Gesetzgebungsakte vorlagen, wurde die allgemeine Geltung der Beschlüsse geprüft und unter Bezugnahme auf gefestigte Rechtsprechung bejaht.³¹ Damit war Art. 263 Abs. 4 AEUV grundsätzlich anwendbar.

In einem dritten Schritt wurde erörtert, ob der Beschluss der Kommission in Bezug auf die Kläger noch weitere *Durchführungsmaßnahmen* nach sich zog, oder ob er sich unmittelbar und ohne Weiteres auf ihre Rechtsstellung auswirkte. Das EuG bezog sich dabei auf die ratio der Norm, wonach eine Person nicht zunächst gegen eine Vorschrift verstoßen müssen soll, um deren Rechtswidrigkeit anschließend in einem Sanktionsverfahren geltend machen zu können.³² Erneut betont wurde auch, dass sich das Erfordernis von Durchführungsmaßnahmen jeweils in Bezug auf die Kläger und den jeweiligen Klagegegenstand ergeben müsse; ob sie gegenüber anderen Personen oder für einen anderen Sachverhalt notwendig seien, spielt insofern keine Rolle.³³ Für die zu entscheidenden Fälle ergaben sich die Wirkungen für die Kläger direkt aus dem Beschluss der Kommission. Insbesondere war unbeachtlich, dass die Begünstigten der italienischen Maßnahmen zunächst einen Antrag stellen mussten, der dann beschieden wurde. Denn diese (nationalen) Durchführungsmaßnahmen würden sich gerade nicht auf die Kläger beziehen, sondern auf ihre Wettbewerber. Auch eine Ablehnung eines entsprechenden Antrags durch die Kläger sei nicht als Durchführungsmaßnahme zum Beschluss der Kommission zu werten, sondern beruhe ausschließlich auf der internen Regelung des Mitgliedstaates.³⁴

Das EuG kam damit, im Wesentlichen gegen das entsprechende Vorbringen der Kommission, relativ stringent zu dem Ergebnis, die Klagen nach Art. 263 Abs. 4

27 EuG, Rs. T-219/13 (Fn. 12), Rn. 44, 46.

28 EuG, Rs. T-219/13 (Fn. 12), Rn. 48.

29 EuG, Rs. T-18/10 (Fn. 2).

30 EuG, Rs. T-219/13 (Fn. 12), Rn. 50 f.

31 EuG, Rs. T-219/13 (Fn. 12), Rn. 52 ff. m.w.N. Vgl. demgegenüber zum Rechtsschutz gegen regelmäßig unverbindliche Rechtsakte *J. Gundel*, Rechtsschutz gegen Empfehlungen der EU-Kommission – Anmerkung zum Urteil des EuGH (GK) v. 20.2.2018, Rs. C-16/16 P (Belgien/Kommission), EuR 2018, S. 593.

32 EuG, Rs. T-219/13 (Fn. 12), Rn. 56. Vgl. hierzu schon *H. A. Petzold*, Individualrechtsschutz (Fn. 1), S. 34 (m.w.N. in Fn. 130), 59, 83.

33 EuG, Rs. T-219/13 (Fn. 12), Rn. 59 f., unter Bezug auf EuGH, Rs. C-274/12 P (Telefónica/Kommission), ECLI:EU:C:2013:852 = EuZW 2014, S. 228, m. Anm. *G. M. Berrisch*. S. dazu auch *A. Epiney*, Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2014, NVwZ 2015, S. 704, 713.

34 EuG, Rs. T-219/13 (Fn. 12), Rn. 67 ff.

letzter Satzteil AEUV für zulässig zu erklären. Hiergegen wandte sich die Kommission mit ihren Rechtsmitteln, indem sie die Entscheidung hinsichtlich aller drei streitigen Fragen angriff.

V. Die Stellungnahme des Generalanwalts

1. Rechtsakt mit Verordnungscharakter?

GA *Wathelet* führt zunächst aus, „dass jeder Rechtsakt ohne Gesetzescharakter mit allgemeiner Geltung notwendigerweise ein Rechtsakt mit Verordnungscharakter sei“³⁵ und qualifiziert den Streitgegenständlichen Beschluss anschließend als einen Rechtsakt, der vollumfänglich allgemeine Geltung entfaltet.³⁶

Dabei rückt er zunächst den Hintergrund der Einführung der 3. Variante des Art. 263 Abs. 4 AEUV in das Blickfeld und erinnert an die Ausführungen des EuGH, wonach „die Änderung des in Art. 230 Abs. 4 EG vorgesehenen Klagerechts natürlicher und juristischer Personen das Ziel hatte, diesen Personen unter weniger strengen Voraussetzungen die Erhebung von Nichtigkeitsklagen gegen Handlungen mit allgemeiner Geltung unter Ausschluss von Gesetzgebungsakten zu ermöglichen.“³⁷ Während sich der Ausschluss der Überprüfbarkeit von Legislativakten aus Art. III-365 Abs. 4 VVE³⁸ ableiten lasse, sei eine darüber hinausgehende Einschränkung der potentiellen Klagegegenstände gerade nicht zu erkennen. Auch sei entgegen dem Vorbringen der Kommission nicht zu erkennen, dass es sich bei Beschlüssen über staatliche Beihilfen, neben Gesetzgebungsakten und Rechtsakten mit Verordnungscharakter, „naturgemäß“ um eine weitere Kategorie von Rechtsakten mit allgemeiner Geltung handele.³⁹ Einzelne Rechtsakte mit allgemeiner Geltung vom Anwendungsbereich des Art. 263 Abs. 4 AEUV auszuschließen sei ferner weder mit dem Erfordernis der Rechtssicherheit,⁴⁰ noch mit dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes vereinbar.⁴¹

GA *Wathelet* führt weiter aus, dass Beschlüsse, die nach Art. 108 Abs. 2 AEUV Beihilfen genehmigen oder untersagen, die jeweilige nationale Rechtsordnung gestalten, auf diese Weise allgemeine Wirkung entfalten können,⁴² und daher als Rechtsakte mit Verordnungscharakter im Sinne von Art. 263 Abs. 4 AEUV anzusehen seien.⁴³ Die allgemeine Geltung solcher Beschlüsse gehe bereits aus der Rechtsprechung zu Art. 230 EG hervor und wurde bisher nicht in Frage gestellt.⁴⁴

35 GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 11.04.2018 in der verb. Rs. C-622/16 P bis C 624/16 P (Scuola Elementare Maria Montessori u.a./Kommission), ECLI:EU:C:2018:229, Rn. 33.

36 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 34.

37 EuGH, Rs. C-583/11 (Fn. 2), Rn. 60.

38 Vgl. dazu ausf. H. A. Petzold, Individualrechtsschutz (Fn. 1), S. 67 ff. m.w.N.

39 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 30.

40 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 31.

41 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 32.

42 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 36.

43 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 46.

44 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 39, 40.

Einer anderen Bewertung bedürfe es auch nicht aufgrund des Urteils in der Sache *Mory SA*,⁴⁵ da es sich hier bereits nicht um einen Beschluss gehandelt habe, der die Rechtmäßigkeit einer Beihilfe zum Gegenstand hatte.⁴⁶ Entgegen der Auffassung der Kommission sei auch der Umstand, dass die streitgegenständlichen Regelungen mittlerweile außer Kraft getreten sind, unbeachtlich. Maßgeblich sei allein, dass die Normen zur Regelung von objektiven und abstrakt definierten Sachverhalten erlassen wurden.⁴⁷ Um den mit der Einführung der dritten Variante von Art. 263 Abs. 4 AEUV verfolgten Zweck nicht zu konterkarieren⁴⁸ und grundlegende Unstimmigkeiten bei der Anwendung der verschiedenen Varianten von Art. 263 Abs. 4 AEUV zu verhindern, könne die allgemeine Geltung eines Beschlusses im Ergebnis nur anhand der nationalen Maßnahme beurteilt werden, die dieser zum Gegenstand habe.⁴⁹ Das Gericht habe daher keinen Rechtsfehler begangen, „indem es den Ordnungscharakter des streitgegenständlichen Beschlusses aus der allgemeinen Geltung der nationalen Maßnahme abgeleitet habe.“⁵⁰

2. Unmittelbare Betroffenheit der Kläger?

Fraglich sei jedoch, ob sich die vorliegend beanstandete Maßnahme auf die Rechtsstellung der Kläger unmittelbar auswirkte.⁵¹ Nach Auffassung der Kommission hätten die Kläger nicht hinreichend deutlich gemacht, wie sich der streitgegenständliche Beschluss auf ihre jeweilige Lage konkret auswirke. Die Darstellung theoretischer und potentieller Auswirkungen auf die Marktstellung des Mitbewerbers des von der betroffenen Beihilfe Begünstigten sei insoweit jedenfalls nicht ausreichend.⁵² Dieser Argumentation tritt GA *Wathelet* entgegen, indem er auf eine saubere Differenzierung zwischen der unmittelbaren Betroffenheit einerseits und der individuellen Betroffenheit andererseits abstellt.⁵³ Sofern sich die Kläger auf eine individuelle Betroffenheit berufen (sollten), hätten sie zwar darzulegen, dass sich ihre Marktstellung durch die Gewährung der streitgegenständlichen Beihilfe spürbar verschlechtere, während der alleinige Hinweis, ein Mitbewerber des begünstigten Unternehmens zu sein, an dieser Stelle nicht ausreichen würde.⁵⁴ Die Darlegung der individuellen Betroffenheit sei aber gerade keine Vor-

45 EuGH, Rs. C-33/14 P (*Mory u.a./Kommission*), ECLI:EU:C:2015:609, Rn. 54 ff.

46 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 45.

47 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 47.

48 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 49.

49 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 48, 49.

50 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 50.

51 Zu den Voraussetzungen der unmittelbaren Betroffenheit vgl. GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 51. Ablehnend jüngst EuG, Rs. T-458/17 (*Shindler u.a./Rat*), ECLI:EU:T:2018:838, Rn. 38 ff., 41, zur Entscheidung des Rates, die Kommission zu ermächtigen, Verhandlungen mit dem Vereinigten Königreich über dessen Austritt aus der EU (Art. 50 EUV) aufzunehmen.

52 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 53.

53 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 54, 57.

54 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 56.

aussetzung der dritten Variante von Art. 263 Abs. 4 AEUV und würde ferner auch dem Ziel der Lockerung der Zulässigkeitsvoraussetzungen zuwiderlaufen.⁵⁵

Demgegenüber sei der von der Kommission geforderte Nachweis hinsichtlich „konkreter und greifbarer Auswirkungen“ auf die eigene Lage im Rahmen der unmittelbaren Betroffenheit gerade nicht zu erbringen.⁵⁶

In der Argumentation auffallend unkritisch, folgt GA *Wathelet* damit im Ergebnis der Rechtsprechung des EuG, der zufolge Mitbewerber des Empfängers einer Beihilfe von einem die Beihilfe genehmigenden Beschluss dann unmittelbar betroffen sind, wenn die Beihilfe bereits gewährt wurde oder die Absicht des Mitgliedstaates, diese zu gewähren, außer Zweifel steht.⁵⁷

3. Keine Durchführungsmaßnahmen?

Die Kommission hatte vorgetragen, dass ihr Beschluss Durchführungsmaßnahmen nach sich zöge, da die Kläger die Fördermaßnahme hätten beantragen können, und daraufhin ein entsprechender Verwaltungsakt ergangen wäre. Dies hätte jedenfalls für den Teil gegolten, den die Kommission für beihilfenfrei erklärt hatte.⁵⁸ Dem trat GA *Wathelet* mit der Begründung entgegen, dass die streitige Steuerbefreiung den Klägern gar nicht hätte gewährt werden können. Einen Antrag zu stellen in dem Wissen, dass er abgelehnt werden müsse, nur um dann – inzident – dessen Rechtsgrundlage prüfen lassen zu können, sei aber keinesfalls zumutbar. Hier zieht der GA die Parallele zu einer Sanktionsnorm, die nur bei einem vorangegangenen Verstoß, also einer Ordnungswidrigkeit oder Straftat, einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden könne. Auch hier wird wieder der Bezug zur Entstehungsgeschichte des Art. 263 Abs. 4 AEUV in der jetzigen Fassung hergestellt.⁵⁹ In der Tat lagen den Verfahren, die die Diskussionen um die Ausweitung des Individualrechtsschutzes letztlich bis in den Verfassungskonvent trugen, als Verordnung unmittelbar anwendbare Verbotsvorschriften zugrunde, die keine nationalen Durchführungsakte erforderten, solange keine Verstöße zu sanktionieren waren.⁶⁰ Einen Verstoß zu verlangen, um Zugang zu einem Gericht zu erlangen, sei aber unzumutbar und mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren.⁶¹

55 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 58.

56 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 58.

57 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 62 m.w.N.

58 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 64 f. m.w.N.

59 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 70 ff. m.w.N.

60 EuGH, Rs. C-50/00 P (Union de Pequeños Agricultores/Rat), ECLI:EU:C:2002:462, Slg. 2002, I-6677 = EuZW 2002, S. 529, m. Anm. C. Feddersen; EuGH, Rs. C-263/02 (Jégo-Quéré/Kommission), ECLI:EU:C:2004:210, Slg. 2004, I-3425 = EuZW 2004, S. 343.

61 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 73 f. m.w.N. S. dazu schon H. A. Petzold, Individualrechtsschutz (Fn. 1), S. 34 m.w.N. Vgl. Jetzt H. P. Nehl, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 4), Art. 47 GRC, Rn. 31 ff.; M. Pechstein/P. Kubicki, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 4), Art. 19 EUV, Rn. 16 ff.; je m.w.N. Dies entspricht auch der st. Rspr. des BVerfG, vgl. nur BVerfGE 81, 70 = NJW 1990, 1349, unter B.II.1.

Bezüglich des von der Kommission als rechtswidrig eingestuften Teils der steuerlichen Maßnahmen seien ebenfalls keine Durchführungsmaßnahmen erforderlich, da eine Rückforderung durch den Mitgliedstaat gerade nicht angeordnet worden war.

VI. Die Entscheidung des EuGH

1. Rechtsakt mit Verordnungscharakter?

Auch der EuGH greift in seinen Ausführungen zu der Frage, ob es sich bei dem streitigen Beschluss um einen Rechtsakt mit Verordnungscharakter im Sinne des Art. 263 Abs. 4 Variante 3 AEUV handelt, im Wesentlichen auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift zurück. Mit Verweis auf die Rs. Inuit⁶² legt er seinen Ausführungen zugrunde, dass unter einem Rechtsakt mit Verordnungscharakter ein Rechtsakt mit allgemeiner Geltung unter Ausschluss von Gesetzgebungsakten zu verstehen ist.⁶³ Den Schlussanträgen des GA⁶⁴ folgend, könne es auch keine einzelnen Rechtsakte mit allgemeiner Geltung und ohne Gesetzescharakter geben, die der Subsumtion unter Art. 263 Abs. 4 Variante 3 AEUV nicht zugänglich wären.⁶⁵

In erfreulicher Einfachheit bedient sich der Gerichtshof in diesem Zusammenhang der gängigen Auslegungsmethoden: So lasse sich eine Einschränkung der Anwendbarkeit auf besondere Rechtsakte weder aus dem Wortlaut der Vorschrift ableiten,⁶⁶ noch sei eine solch einschränkende Auslegung mit der Entstehungsgeschichte der Vorschrift zu vereinbaren. Bereits aus den Vorarbeiten zu Art. III-365 Abs. 4 VVE⁶⁷ gehe hervor, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Erhebung von Nichtigkeitsklagen weiter gefasst werden sollten und einzig für Gesetzgebungsakte ein restriktiver Ansatz beibehalten werden solle.⁶⁸ Einzelne Rechtsakte ohne Gesetzescharakter vom Anwendungsbereich auszuschließen würde schließlich auch dem Telos der Norm, die Zulässigkeitsvoraussetzungen zu lockern, zuwiderlaufen.⁶⁹ Da es sich bei dem Streitgegenständlichen Beschluss jedenfalls nicht um einen Gesetzgebungsakt handelt, war für die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage somit maßgeblich, ob der Beschluss auch die für die Anwendung von Art. 263 Abs. 4 Variante 3 AEUV erforderliche allgemeine Geltung aufweist.

62 EuGH, Rs. C-583/11 P (Fn. 2), Rn. 58-61.

63 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 23.

64 GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 26.

65 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 24.

66 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 25.

67 Vgl. oben II.

68 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 26 m.w.N. Vgl. schon *H. A. Petzold*, Individualrechtsschutz (Fn. 1), S. 76 ff., 121 f.; *S. Pötters/C. Werkmeister/J. Traut* (Fn. 1), EuR 2012, S. 555 ff.; vgl. auch *M. Kotzur*, Neuerungen auf dem Gebiet des Rechtsschutzes durch den Vertrag von Lissabon, EuR – Beiheft 1 – 2012, S. 7, 18.

69 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 27.

Voraussetzung hierfür ist, dass der Rechtsakt für objektiv bestimmte Situationen gilt und Rechtswirkungen gegenüber allgemein und abstrakt umschriebenen Personengruppen entfaltet.⁷⁰ Während der EuGH im Bereich der staatlichen Beihilfen in Bezug auf Art. 263 Abs. 4 Variante 2 AUEV bereits wiederholt entschieden hat, dass Beschlüsse der Kommission, die eine nationale Regelung genehmigen oder untersagen, allgemeine Geltung entfalten,⁷¹ überträgt er diese Rechtsprechung nun auch auf Art. 263 Abs. 4 Variante 3 AEUV.⁷² Im Einklang mit der Argumentation des GA stellt der Gerichtshof klar, dass es sich bei der allgemeinen Geltung eines Rechtsaktes um eine objektive Eigenschaft dieses Rechtsaktes handle. Die Antwort auf die Frage nach der allgemeinen Geltung eines Rechtsaktes könne somit nicht in Abhängigkeit von der Anwendung der einzelnen Varianten von Art. 263 Abs. 4 AEUV unterschiedlich ausfallen.⁷³

Bezüglich der Entscheidung der Kommission, auf die Anordnung einer Rückforderung zu verzichten, finden sich ebenfalls klare Aussagen des EuGH.⁷⁴ Schon bisher geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Anordnung der Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe durch die Kommission die Empfänger dieser Begünstigung individuell betrifft. Sie sind dann nämlich dem Risiko der Wiedereinziehung ausgesetzt und gehören insoweit einem beschränkten Personenkreis an.⁷⁵ Dieser Umstand schließe aber die allgemeine Geltung insoweit nicht aus, als dass der Beschluss für „objektiv bestimmte Situationen“ Gültigkeit hat und damit über den Kreis der Beihilfenempfänger hinaus Rechtswirkungen erzeugt.⁷⁶ Ebenso verhalte es sich vorliegend, da zwar eine rechtswidrige Maßnahme von der Kommission angenommen, aber gerade keine Rückforderung angeordnet worden war. Dadurch wurde die wettbewerbsverzerrende Wirkung der Beihilfe „perpetuiert“, und zwar mit Rechtswirkungen gegenüber „allgemein und abstrakt umschriebenen Personengruppen“,⁷⁷ also gegenüber allen potentiellen Wettbewerbern der ursprünglich Begünstigten. Damit habe auch dieser Teil des angefochtenen Beschlusses allgemeine Geltung.

70 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 29 m.w.N.

71 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 31 m.w.N.

72 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 32.

73 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 32.

74 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 34 ff.

75 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 34 m.w.N. Vgl. Art. 16 VerfVO (Fn. 20); dazu Th. Köster, in: Säcker (Fn. 8), Rn. 10 ff. Vgl. zur im Wesentlichen inhaltsgleichen Vorgängernorm *M. Bungenberg*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Art. 14 VO (EG) 659/1999, Rn. 467 ff.

76 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 36.

77 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 38.

2. Unmittelbare Betroffenheit der Kläger?

Hier ist herauszustellen, dass der EuGH⁷⁸ dem EuG⁷⁹ insoweit nicht in seiner Argumentation folgt, und auch differenzierter als der GA (vgl. oben V. 2.) argumentiert. Ein potentielles Wettbewerbsverhältnis zwischen den durch die angefochtene Maßnahme Begünstigten und den Klägern wurde dort jeweils als ausreichend angesehen. Dem folgt der EuGH, unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen, ausdrücklich nicht.⁸⁰ Vielmehr müsse der Kläger „stichhaltig“ die Eignung des Kommissionsbeschlusses darlegen, ihn in eine nachteilige Wettbewerbssituation zu versetzen.⁸¹ Diese Wirkung hatten die Kläger vorliegend allerdings nach Auffassung des EuGH hinreichend dargelegt, indem sie das spezielle Wettbewerbsverhältnis zu den potentiell Begünstigten unter Beweis gestellt hatten: ähnliche Tätigkeit, selber Dienstleistungs- und räumlicher Markt. Damit war die Gefahr gegeben, dass sie einer Wettbewerbsverfälschung ausgesetzt und damit in ihrer durch das Unionsrecht geschützten Rechtsstellung beeinträchtigt würden.⁸²

Entgegen der Auffassung der Kommission sei hier zudem eine Abgrenzung zu den Entscheidungen zu bestimmten Agrarmarktregeln⁸³ vorzunehmen. Diese könnten zwar auch diejenigen, die nicht von ihnen begünstigt würden, in eine nachteilige Wettbewerbssituation bringen. Allerdings handele es sich bei jenen Vorschriften nicht um solche, die explizit dem Schutz des Wettbewerbs dienen. Diese Rechtsprechung sei deshalb jedenfalls auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.⁸⁴ Da auch die notwendige automatische Beeinträchtigung, nämlich allein durch die Anwendung der angefochtenen Unionsregelung, hier gegeben sei, wurde die unmittelbare Betroffenheit im Ergebnis (zutreffend) bejaht.⁸⁵

78 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 42 ff.

79 S. EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 44.

80 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 46. Zur „potentiellen“ Wettbewerbsverfälschung als Tatbestandsmerkmal des Art. 107 Abs. 1 AEUV vgl. U. Soltész, in: Säcker (Fn. 8), Art. 107 AEUV, Rn. 578, 582 ff.

81 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 47. Vgl. dazu etwa auch EuG, Rs. T-221/10 (Iberdrola SA/Kommission), ECLI:EU:T:2012:112 = EuZW 2012, S. 555, Rn. 33 ff.; EuG, Rs. T-354/15 (Allergopharma/Kommission), ECLI:EU:T:2018:201, Rn. 38 ff.; EuG, Rs. T-79/16 (Vereniging Gelijkberechtigting Grondbezitters), ECLI:EU:T:2018:680, Rn. 48 ff.

82 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 50. Vgl. zu dieser Fragestellung auch O. Mader, Erleichterter Rechtsschutz bei Grundrechtsverletzungen?, Zur Entwicklung einer prozessualen Grundrechtssystematik anhand des zulässigen Gegenstands einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV, EuR 2018, S. 339. Vgl. auch EuG, T-813/16 (Abes/Kommission), ECLI:EU:T:2018:189, Rn. 48 ff.; EuG, Rs. T-818/16 (Netflix/Kommission), ECLI:EU:T:2018:274, Rn. 60 ff.; EuG, Rs. T-101/17 (Apple/Kommission), ECLI:EU:T:2018:505, Rn. 31 ff. Auf Angleichungstendenzen zwischen Mitgliedstaaten und Union bezgl. des Erfordernisses der individuellen Betroffenheit beim Zugang zu Gericht weist hin M. Ludwigs, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, NVwZ 2018, S. 1417, 1421 f. (unter III.3.).

83 Vgl. die Nachw. bei EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 51.

84 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 52.

85 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 54.

3. Keine Durchführungsmaßnahmen?

Der EuGH nimmt zunächst eine ausführliche Klarstellung dahingehend vor, dass es für dieses Tatbestandsmerkmal gleichgültig ist, ob Durchführungsmaßnahmen von der Union oder von einem Mitgliedstaat erlassen werden oder zu erlassen sind.⁸⁶ Zur Begründung wird auch hier zunächst auf die Entstehungsgeschichte des Art. 263 Abs. 4 AEUV in seiner jetzigen Fassung Bezug genommen⁸⁷ und so dann auf das gestufte Rechtsschutzsystem abgestellt, das sowohl den Unionsgerichten wie denen der Mitgliedstaaten eigenständige Verantwortlichkeiten zuweist.⁸⁸ Weiter erfolgt eine Bestätigung dahingehend, dass zur Beantwortung der Frage, ob ein Rechtsakt mit Verordnungscharakter Durchführungsmaßnahmen nach sich zieht, auf den jeweiligen Kläger und den konkreten Klagegegenstand abzustellen ist.⁸⁹ Maßnahmen gegenüber anderen Personen oder einen anderen Sachverhalt betreffend sind demnach nicht ausreichend; insofern wird der Anwendungsbereich des Art. 263 Abs. 4 AEUV sinnvoll beschränkt, sog. Popularklagen bleiben ausgeschlossen. Dies schließt nahtlos an das auch sonst vorgenommene Abstellen auf die individuelle Betroffenheit an.

Unklar ist allerdings auf den ersten Blick die Differenzierung zu dem Teil des angefochtenen Beschlusses, mit dem die Kommission einen Teil der italienischen Maßnahmen als beihilfenfrei eingestuft hatte. Zunächst stellt der EuGH fest, dass solche nationalen Maßnahmen als Durchführungsvorschriften einzustufen sind, mit denen ein Kommissionsbeschluss zur Genehmigung einer nationalen Beihilfenregelung (in der deutschen Verwaltungspraxis meist einer sog. Förderrichtlinie) umgesetzt wird. Hier werden die Regelung selbst und darauf beruhende Verwaltungsakte, namentlich Steuerbescheide, genannt.⁹⁰ Zu ergänzen sind auch einzelne Zuwendungsbescheide oder vertragliche Fördervereinbarungen aufgrund der jeweiligen Regelung. Gleiches soll für solche Akte gelten, die auf einer von der Kommission nicht genehmigten Regelung erlassen worden und dann rückgängig zu machen sein werden.⁹¹ Im Streitfall lag zwar – jedenfalls teilweise – nach Auffassung der Kommission keine Beihilfe vor. Allerdings waren die Kläger dieser Verfahren, wie erwähnt,⁹² gerade von einer Förderung nach dieser Maßnahme ausgeschlossen. Entsprechend des soeben erwähnten notwendigen Abstellens auf ihre persönliche Situation hätte die Klagebefugnis prima facie verneint werden müssen.

86 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 58 ff. Vgl. insoweit auch *M. Pechstein/N. Görlitz*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Fn. 4), Art. 263 AEUV, Rn. 100, 148; *H. P. Nehl*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Fn. 4), Rn. 36.

87 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 58 f.

88 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 60. Zum Neben- und Miteinander der Gerichtsbarkeiten vgl. auch *H. P. Nehl*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Fn. 4), Rn. 2 ff.; *M. Pechstein/P. Kubicki*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Fn. 4), Rn. 57. Vgl. schon *H. A. Petzold*, Individualrechtsschutz (Fn. 1), S. 33 ff. m.w.N.

89 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 61 f. So auch EuG, Rs. T-818/16 (Fn. 82), Rn. 27 ff.

90 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 63 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

91 EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 63.

92 Vgl. oben I.

Allerdings sind nach dem wohl immanenten Verständnis des EuGH auch solche Verwaltungsakte als Durchführungsbestimmungen anzusehen, mit denen die Bewilligung einer Förderung mangels Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen abgelehnt wird. Dies findet in dem Urteil zwar keine ausdrückliche Erwähnung. Jedoch stellt der EuGH hier wieder auf das Zumutbarkeitskriterium ab.⁹³ In Übereinstimmung mit GA *Wathelet*⁹⁴ hält er es für „abwegig“, von einem Wettbewerber zu verlangen, dass er zunächst einen sachlich aussichtslosen Antrag stellt, um anschließend die Ablehnung anzufechten und in diesem Verfahren inzident die Rechtmäßigkeit der zugrunde liegenden nationalen Maßnahme oder des auf sie bezogenen Beschlusses der Kommission überprüfen zu lassen.⁹⁵ Damit könnte in einer Konstellation wie der vorliegenden auf den konkret erlassenen Durchführungsakt verzichtet werden, es erscheint ausreichend, wenn ein solcher ergehen könnte, dieser Verfahrensschritt aus Sicht des Klägers aber als unzumutbar und schlicht als sog. „unnötige Förmerei“ erscheinen müsste.

VII. Stellungnahme und Praxisfolgen

Das hier vorgestellte Urteil ist nicht revolutionär, es bestätigt vieles, was aus vorangegangenen Entscheidungen bekannt ist, und enthält einige Klarstellungen. Gleichzeitig wirft es aber neue Fragen und Stoff für weiteres Nachdenken auf. Deutlich unterstrichen wird, dass Beschlüsse der Kommission zum Beihilfenrecht Rechtsakte mit Verordnungscharakter sind. Eine weitere Klarstellung erfolgt insoweit, dass dies sowohl gilt, wenn nationale Beihilfemaßnahmen genehmigt werden, als auch bei deren Untersagung oder den folgenden Rückforderungsanordnungen. Die Betroffenheit des Klägers ist jeweils im Einzelfall zu ermitteln, eine Generalisierung wird nicht vorgenommen und ist auch nicht möglich. Der jeweilige Rechtsakt muss allerdings dem Schutz des Wettbewerbs dienen. Wenn andere Zwecke verfolgt werden, wie in den von der Kommission angeführten Fallkonstellationen,⁹⁶ aber gerade nicht auf die Einhaltung des unbeeinflussten Wettbewerbs abgezielt wird, kann demnach keine Betroffenheit eines Wettbewerbers vorliegen.⁹⁷ Offen bleibt, ob diese Argumentation auch auf den wettbewerbsrechtlichen Bereich der Kartell- und Fusionskontrolle (Art. 101 ff. AEUV) übertragen werden kann. Hierfür spricht Einiges, jedenfalls insoweit besteht eine strukturelle Vergleichbarkeit mit dem Beihilfenrecht, bei allen sonstigen grundlegenden Unterschieden dieser Materien.

⁹³ Vgl. oben V.3.

⁹⁴ GA *Wathelet*, Schlussanträge (Fn. 35), Rn. 71.

⁹⁵ EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 66.

⁹⁶ EuGH, verb. Rs. C-622/16 P bis C-624/16 P (Fn. 5), Rn. 40, 51 f.

⁹⁷ Ähnlich wie beim baurechtlichen Nachbarschutz im deutschen Verwaltungsrecht, vgl. *B. Stürer*, Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Aufl. 2015, Rn. 5259 f.

In den Fällen, die den Entscheidungen Union de Pequeños Agricultores und Jégo-Quéré⁹⁸ zugrunde lagen, hätten die jeweiligen Kläger gegen sanktionsbewehrte Normen verstoßen müssen, um dann gegen den folgenden öffentlichen Akt – nach deutscher Terminologie: Bußgeldbescheid oder Strafklage – vorgehen und die Europarechtswidrigkeit der Grundnorm vortragen zu können. Dass dies nicht zumutbar ist, findet allgemein Anerkennung.⁹⁹ Praktisch bedeutsam, ebenso wie theoretisch wenig fundiert, erscheint aber die Ausdehnung dieses Grundsatzes, die der EuGH in der besprochenen Entscheidung vornimmt. Denn die Kläger in diesen verbundenen Verfahren hätten nicht gegen eine Norm verstoßen, also eine Ordnungswidrigkeit oder Straftat begehen, müssen. In ihren Fällen ging es vielmehr darum, einen Antrag auf eine Förderung zu stellen, die ihnen nach den Tatbestandsvoraussetzungen nicht zugestanden hätte.¹⁰⁰ Hierin liegt ein ganz erheblicher Unterschied, denn die Anforderung, einen offenbar aussichtslosen Antrag stellen zu müssen, bedeutet – lediglich – eine Unbequemlichkeit. Das Begehen eines Rechtsverstoßes wiegt vergleichsweise deutlich schwerer und ist zudem noch mit dem Risiko verbunden, rechtskräftig mit einer womöglich empfindlichen Sanktion belegt zu werden.

Zunächst ist dies, als bürgerfreundlich im Sinne einer schlanken Verwaltungstätigkeit, zu begrüßen. Allerdings sind nicht alle Förderregelungen so klar und eindeutig in ihrem Anwendungsbereich, wie es wohl hier die italienischen Gesetze waren. Daraus ergibt sich die Frage, ob möglichen Klägern hier tatsächlich eine Erleichterung gewährt wird. Denn die Feststellung, dass sie von einer Regelung *eindeutig* nicht begünstigt werden oder wurden, wird im Zweifel erst entschieden, nachdem sie die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV erhoben haben. Ähnlich wie in der Konstellation, dass ein Vorabentscheidungsersuchen nicht zulässig sein soll, wenn zuvor *ohne jeden Zweifel* eine solche Nichtigkeitsklage zulässig gewesen wäre,¹⁰¹ verbleibt beim Kläger ein erhebliches Risiko. Damit kann nur empfohlen werden, jedenfalls vorsorglich auch dann einen Antrag auf Förderung zu stellen, wenn dessen Erfolgsaussichten auf eine Beihilfe ex ante als gering oder nicht gegeben eingeschätzt werden. Denn anderenfalls droht die Unzulässigkeit der Nichtigkeitsklage mit der Begründung, es wäre eben doch ein Durchführungsrechtsakt erforderlich oder jedenfalls nicht entbehrlich gewesen. Dies kann in Fallkonstellationen wie solchen, die der besprochenen Entscheidung zugrunde liegen, dazu führen, dass Betroffene von vornherein zweigleisig fahren müssen. Denn einerseits dürfen sie nicht das Risiko eingehen, nach einer Antragstellung möglicherweise doch als Begünstigte der Förderregelung eingestuft zu werden – dann wäre die Nichtigkeitsklage unzulässig, weil eine Durchführungsmaßnahme, der jeweilige Bescheid, erforderlich war. Diese könnte dann vor dem

98 Fn. 60.

99 Vgl. die Nachweise in Fn. 61.

100 Oben VI.3. a. E.

101 Vgl. EuGH, Rs. C-135/16 (Fn. 19), Rn. 18.

nationalen Gericht angefochten werden, welches die Kommissionsentscheidung im Wege des Vorabentscheidungsersuchens überprüfen lassen kann. Allerdings legt nicht jedes nationale Gericht auch gern vor, und zudem droht hier die Unzulässigkeit, wenn der EuGH feststellt, der Kläger sei *ohne jeden Zweifel* nach Art. 263 Abs. 4 AEUV klagebefugt gewesen. Die gleichzeitig – ebenfalls vorsorglich zu erhebende – Nichtigkeitsklage könnte, wie dargestellt, aber auch unzulässig sein, was nicht von vornherein sicher abgeschätzt werden kann. Letztlich bleibt die Feststellung, dass der EuGH zwar im konkreten Fall den Klägern mit einer großzügigen Handhabung geholfen hat, dies aber für zukünftige vergleichbare Konstellation eher zu mehr und größerem Aufwand, und letztlich auch zu einem Kostenrisiko, führen kann. „Steine statt Brot“ wäre nicht die passende Bewertung, aber uneingeschränkte Begeisterung dürfte ebenso wenig angebracht sein.