



EUROPÄISCHE KOMMISSION

Juristischer Dienst

Brüssel, den 29. Februar 2012
SJ.C(2012) 138314

Oberlandesgericht Koblenz

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht
9. Zivilsenat

Stresemannstrasse 1
56068 Koblenz

Betr.: Ihr Schreiben vom 4.1.2012, Aktenzeichen 9 U 759/07

1. Mit dem o.a. Schreiben haben Sie die Kommission gebeten, auf Grundlage der Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte¹ eine Stellungnahme zu Fragen über die Anwendung der Beihilfenvorschriften abzugeben.
2. Der vor Ihrem Senat anhängige Rechtsstreit weist die Besonderheit auf, dass die Kommission parallel ein förmliches Beihilfeprüfverfahren gemäß Artikel 108 AEUV und Artikel 4 Abs. 4 und Artikel 6 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags² durchführt.³
3. In Ihrem Schreiben bitten Sie die Kommission zunächst um eine Stellungnahme zu der Frage, ob die aufgrund des "Vertrags über den Aufbau der ersten deutschen Basis" zwischen der Flughafen Hahn GmbH und der Fluglinie Ryanair Ltd. aus dem Jahre 2001/2002 (im Folgenden: der Vertrag aus dem Jahre 2001/2002) geleistete

¹ ABl. C 85 vom 9.4.2009, S. 1.

² ABl. L 83 vom 27.3.1999, S. 1.

³ Entscheidung der Kommission vom 17.6.2008, ABl. C 12 vom 17.1.2009, S. 6 (im weiteren: die Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008).

Marketingförderung (hierzu sogleich unter 1) sowie die aufgrund der Entgeltordnung der Flughafen Hahn GmbH aus dem Jahre 2006 an Ryanair Ltd. erbrachten Leistungen (hierzu sodann unter 2) jeweils eine Beihilfe darstellen. Dabei werfen Sie insbesondere zwei Fragen auf, nämlich die Stimmrechtsverteilung im Aufsichtsrat der Flughafen Hahn GmbH und die Frage der Selektivität.

4. Außerdem bitten Sie die Kommission um Stellungnahme darum, wann mit einer abschließenden Entscheidung der Kommission zu rechnen ist. Diese Frage stellen Sie insbesondere im Hinblick darauf, dass Sie, dem Hinweis des Bundesgerichtshofs folgend, widersprüchliche Entscheidungen vermeiden wollen (hierzu abschließend unter 3).
5. Ihr Senat hat der Kommission mit Schreiben vom 19.1.2012 die Prozessakten zur Verfügung gestellt. Die Kommission dankt hierfür und hat diese mit Schreiben vom heutigen Tag wieder an Ihren Senat zurückgesandt.

1. BEIHLIFERECHTLICHE BEURTEILUNG DES VERTRAGES AUS DEM JAHRE 2001/2002

6. Der Vertrag aus dem Jahre 2001/2002 ist in Rdnr. 126 bis 144 der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008 ausführlich beschrieben. Da die Tatsachen insoweit unstreitig sind, verzichtet die Kommission hier auf eine Sachverhaltsdarstellung.
7. Die Kommission hat in den Rdnr. 277 bis 287 (mit Rückverweisungen auf die Rdnr. 210f., 224 und 268 ff.) ihrer Entscheidung aus dem Jahre 2008 auch eine ausführliche beihilferechtliche Würdigung dieses Vertrages vorgenommen. Deshalb werden sich die Dienststellen der Kommission hier darauf beschränken, zunächst kurz diese Würdigung darzustellen (1.1), und dann auf die von Ihnen gestellte Frage hinsichtlich der Stimmrechte im Aufsichtsrat der Flughafen Hahn GmbH eingehen (1.2).

1.1. Zusammenfassung der Würdigung in der Entscheidung aus dem Jahre 2008

8. In ihrer Entscheidung aus dem Jahre 2008 stellt die Kommission zunächst fest, dass die der Flughafen Hahn GmbH durch den Vertrag aus dem Jahre 2001/2002 entstehenden Verluste durch die Flughafen Hahn GmbH selber und die Fraport AG

gedeckt werden. Da diese beiden Unternehmen mehrheitlich der öffentlichen Hand gehören, handelt es sich um eine Finanzierung aus staatlichen Mitteln (siehe Rdnr. 277 und 278 der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008 mit Rückverweis auf Rdnr. 210f.). Somit ist der erste Teil des Tatbestandsmerkmals "staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt" des Artikels 107 Abs. 1 AEUV erfüllt.⁴ Dessen zweiter Teil, nämlich die Frage der Zurechenbarkeit des Einsatzes der staatlichen Mittel, wird ausführlich in Abschnitt 1.2 behandelt werden.

9. Das zweite Tatbestandsmerkmal des Artikels 107 Abs. 1 AEUV ist das Vorliegen einer selektiven Begünstigung. Da der Vertrag aus dem Jahre 2001/2002 nur mit Ryanair abgeschlossen wurde, besteht hinsichtlich seiner Selektivität kein Zweifel (siehe auch Rdnr. 285 der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008).
10. Hinsichtlich des Vorliegens eines Vorteils hatte sich Deutschland⁵ im bei der Kommission anhängigen Verfahren darauf berufen, dass der Vertrag aus dem Jahre 2001/2002 dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Marktteilnehmers entspreche, und eine diesbezügliche Studie der Firma PriceWaterhouseCoopers vorgelegt. Die Kommission hat in dieser Studie aber drei fundamentale Mängel identifiziert: die Zahl der Fluggäste je Flug war zu hoch angesetzt (Rdnr. 281 der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008); die Studie geht davon aus, dass der marktwirtschaftlich handelnde Marktteilnehmer nur eine Deckung seiner zusätzlich durch den Vertrag verursachten Kosten anstrebe, aber auf einen angemessenen Deckungsbeitrag zu seinen allgemeinen Infrastrukturkosten verzichte (Rdnr. 282 der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008 mit Rückverweis auf die Rdnr. 268 bis 272); der Vertrag sah, trotz einer Laufzeit von 15 Jahren, einen weitgehenden Verzicht auf eine Indexierung und keinerlei Vertragsstrafen bei Nichterfüllung der versprochenen Passagier- und Flugzeugzahlen vor (Rdnr. 283 und 284 der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008).

⁴ Siehe hierzu grundlegend Urteil des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002 in der Rechtssache C-482/99, Französische Republik gegen Kommission ("Stardust Marine"), Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 32 bis 43.

⁵ Im Beihilfverfahren vor der Kommission ist nur der Mitgliedsstaat Partei. Allen anderen Beteiligten, hier also insbesondere dem Flughafen Hahn GmbH, der Fraport AG, Ryanair Ltd. und der Deutschen Lufthansa AG, kommt die Stellung von Beteiligten gemäß Artikel 1 Buchstabe h und Artikel 20 EU-Beihilfe-VO zu.

11. Der Vertrag aus dem Jahre 2001/2002 entspricht somit nicht dem Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden Marktteilnehmers, und verschafft Ryanair Ltd. eine Begünstigung (oft in der Rechtsprechung und der Literatur auch als Vorteil bezeichnet) im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV.
12. Da der Markt für Luftfahrtdienstleistungen in der EU seit 1993 vollständig liberalisiert ist, droht diese selektive Begünstigung auch, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Rdnr 286 der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008, mit Rückverweis auf Rdnr. 224). Auch das dritte und vierte Tatbestandsmerkmal des Artikel 107 Abs. 1 AEUV sind somit erfüllt.

1.2. Stimmrechte im Aufsichtsrat der Flughafen Hahn GmbH und Zurechenbarkeit

13. Auf Seite 3 Ihres Schreibens werfen Sie die Frage auf, ob die Feststellung in Rdnr. 279 der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008 auch dann gilt, wenn die von staatlichen Stellen entsandten Mitglieder aufgrund eines gesellschaftsrechtlich vereinbarten Mehrfachstimmrechts der anderen Aufsichtsratsmitglieder nicht die Stimmenmehrheit in dem Gremium inne hatten.
14. Nach Lektüre der Gerichtsakten versteht die Kommission diese Frage so, dass es um die von der Fraport AG benannten Mitglieder des Aufsichtsrats der Frankfurt Hahn GmbH geht. Diese waren ausweislich der Tabelle 2 in der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008 tatsächlich numerisch in der Minderheit, und die Entscheidung erwähnt das gesellschaftsrechtlich vereinbarte Mehrfachstimmrecht der von der Fraport AG benannten Mitglieder nicht. Vielmehr stellt die Kommission in Rdnr. 279 ihrer Entscheidung aus dem Jahre 2008 fest, dass der Aufsichtsrat von Mitgliedern dominiert wird, die von staatlichen Stellen benannt sind, und stützt die Zurechenbarkeit im Sinne des Urteils *Stardust Marine*⁶ auf diese Tatsache.
15. Die Tatsache, dass die von der Fraport AG entsandten Mitglieder ein gesellschaftsrechtlich vereinbartes Mehrfachstimmrecht haben, führt aber nicht automatisch zum gegenteiligen Schluss, dh zur Nicht-Zurechenbarkeit. Vielmehr

⁶ Urteil des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002 in der Rechtssache C-482/99, Französische Republik gegen Kommission ("*Stardust Marine*"), Slg. 2002, I-4397.

wäre die Zurechenbarkeit nur besonders deutlich gewesen, wenn die von den staatlichen Stellen entsandten Mitglieder auch die Mehrheit der Stimmen im Aufsichtsrat der Flughafen Hahn GmbH gehabt hätten.

16. Um Ihre Frage zu beantworten, ist daher eine eingehende Analyse des Sachverhalts auf Grundlage der in *Stardust Marine* entwickelten Kriterien erforderlich. Die Grundphilosophie dieses Urteils fasst der Gerichtshof wie folgt zusammen:⁷

[...] Ein öffentliches Unternehmen kann je nach dem Maß an Selbständigkeit, das ihm der Staat belässt, mehr oder weniger unabhängig handeln. [...] Die bloße Tatsache, dass ein öffentliches Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht, genügt daher nicht, um Maßnahmen dieses Unternehmens [...] dem Staat zuzurechnen. Es muss außerdem geprüft werden, ob davon auszugehen ist, dass die Behörden in irgendeiner Weise am Erlass dieser Maßnahmen beteiligt waren.

Insoweit kann nicht verlangt werden, dass auf der Grundlage einer genauen Anweisung nachgewiesen wird, dass die Behörden das öffentliche Unternehmen konkret veranlasst haben, die fraglichen Beihilfemaßnahmen zu treffen. Zum einen besteht angesichts der engen Beziehungen zwischen dem Staat und den öffentlichen Unternehmen die tatsächliche Gefahr, dass staatliche Beihilfen über diese Unternehmen in wenig transparenter Weise und unter Verstoß gegen die im Vertrag vorgesehene Regelung über staatliche Beihilfen gewährt werden.

Zum anderen wird es im Allgemeinen gerade wegen der privilegierten Beziehungen zwischen dem Staat und einem öffentlichen Unternehmen für einen Dritten sehr schwierig sein, in einem konkreten Fall nachzuweisen, dass Beihilfemaßnahmen eines solchen Unternehmens tatsächlich auf Anweisung der Behörden erlassen wurden.

Aus diesen Gründen ist festzustellen, dass die Zurechenbarkeit einer Beihilfemaßnahme eines öffentlichen Unternehmens an den Staat aus einem Komplex von Indizien abgeleitet werden kann, die sich aus den Umständen des konkreten Falles und aus dem Kontext ergeben, in dem diese Maßnahme ergangen ist. [...]

17. Für den vorliegenden Fall sind aus Sicht der Dienststellen der Kommission vier Aspekte von besonderer Bedeutung. Zum ersten waren zum Zeitpunkt des Aufsichtsratsbeschlusses insgesamt 9 Mitglieder (von insgesamt 15) des Aufsichtsrates von staatlichen Stellen entsandt. Auch wenn diese aufgrund des gesellschaftsrechtlich vereinbarten Mehrfachstimmrechts der Vertreter der Fraport

⁷ Urteil des Gerichtshofs vom 16. Mai 2002 in der Rechtssache C-482/99, Französische Republik gegen Kommission ("*Stardust Marine*"), Slg. 2002, I-4397, Rdnr. 52 bis 55.

AG keine Stimmenmehrheit hatten, so konnten sie doch im Wege der Diskussion auf die Beschlussfassung einwirken.

18. Zum zweiten handelt es sich bei der Fraport AG um ein öffentliches Unternehmen im Sinne der Richtlinie 2006/111/EG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (im Weiteren: Transparenz-Richtlinie).⁸ Mitglieder des Aufsichtsrats einer Tochter, die von einem solchen Unternehmen entsandt werden, sind grundsätzlich dem Staat näher als völlig unabhängige Dritte oder aber Mitgliedern, die von einem Mutterunternehmen entsandt werden, das in privatem Eigentum steht.
19. Zum dritten erfolgte der Abschluss des Vertrages aus dem Jahre 2001/2002 in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Neuverhandlung des Gewinn- und Verlustabführungsvertrages zwischen Fraport AG und Flughafen Hahn GmbH sowie einer Kapitalerhöhung zum Ausbau der Infrastruktur, die Fraport teilweise finanzierte. Beide Maßnahmen sind ausführlich in der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008 beschrieben (siehe Rdnr. 58 bis 60 und 71 für den Gewinn- und Verlustabführungsvertrag und Rdnr. 72 bis 83 für die Kapitalerhöhung). Beide Maßnahmen sind Teil einer umfassenden Investment-Strategie für Frankfurt Hahn GmbH (siehe dazu insbesondere Rdnr. 76 bis 79), in der die Anziehung von Billigfluglinien wie Ryanair Ltd. eine wichtige Rolle spielte. Der Gewinn- und Verlustabführungsvertrag wurde von der Fraport-Hauptversammlung beschlossen. Zu diesem Zeitpunkt waren nach den der Kommission vorliegenden Informationen alle Aktien in der Hand öffentlicher Eigentümer. In jedem Falle hatten öffentlichen Aktionäre aber eine Mehrheit (siehe Rdnr. 217). Die Kapitalerhöhung wurde durch den Aufsichtsrat der Fraport AG genehmigt; in diesem waren die Mitglieder, abgesehen von den Arbeitnehmervertretern, in ihrer Mehrheit von der öffentlichen Hand bestimmt (siehe Rdnr. 232).
20. Der Abschluss des Vertrages aus dem Jahre 2001/2002 ist die logische Fortsetzung der neuen Strategie der Fraport AG. Diese Strategie aber war von den öffentlichen

⁸ ABl. L 318 vom 17.11.2006, S. 17.

Aktionären der Fraport AG und deren Aufsichtsrat gutgeheißen wurde, und somit dem Staat zurechenbar (siehe auch Rdnr. 212 bis 218 und Rdnr. 230 bis 232 der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008).

21. Zum vierten war der größte Anteilseigner der Fraport AG (zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages aus dem Jahr 2001/2002 knapp 32% der Anteile), nämlich das Land Hessen, auch mit einem Vertreter im Aufsichtsrat der Flughafen Hahn GmbH vertreten. Die Vertreter der Fraport AG im Aufsichtsrat der Flughafen Hahn GmbH hatten somit zwar die Stimmenmehrheit im Aufsichtsrat der Flughafen Hahn GmbH; zugleich war aber auch ihr größter Anteilseigner dort präsent und konnte ihr Verhalten überwachen und, falls notwendig, informell beeinflussen.
22. Führt man vor diesem Hintergrund eine Gesamtschau der Indizien durch, wie sie der Gerichtshof in *Stardust Marine* angeordnet hat, so kommen die Dienststellen der Kommission zu dem Schluss, dass der Abschluss des Vertrages aus dem Jahre 2001/2002 dem Staat zuzurechnen ist. Dies ergibt sich aus:
 - Der Präsenz von 9 Vertretern staatlicher Stellen im Aufsichtsrat;
 - Der Tatsache, dass die Fraport AG ein öffentliches Unternehmen im Sinne der Transparenz-Richtlinie ist;
 - Die Tatsache, dass sich der Vertrag aus dem Jahre 2001/2002 einfügt in eine Gesamtstrategie der Fraport AG für den Flughafen Hahn, welche von den öffentlichen Anteilseignern und dem Aufsichtsrat der Fraport AG gebilligt worden war;
 - Der Tatsache, dass der größte Anteilseigner der Fraport AG, das Land Hessen, auch mit einem Vertreter im Aufsichtsrat der Flughafen Hahn GmbH vertreten war, und somit eine gewisse Kontrolle über das Stimmverhalten der Vertreter der Fraport AG hatte.
23. Somit ist auf Ihre spezielle Frage hinsichtlich der Zurechenbarkeit zu antworten, dass der Vertrag aus dem Jahre 2001/2002 nach Ansicht der Dienststellen der Kommission dem Staat zurechenbar ist.

2. BEIHILFERECHTLICHE BEURTEILUNG DER ENTGELTORDNUNG AUS DEM JAHRE 2006

24. Die Entgeltordnung aus dem Jahre 2006 ist in Rdnr. 173 bis 185 der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008 ausführlich beschrieben. Da die Tatsachen

insoweit unstreitig sind, verzichtet die Kommission hier auf eine Sachverhaltsdarstellung.

25. Die Kommission hat in den Rdnr. 311 bis 326 (mit Rückverweisungen auf die Rdnr. 210f.) ihrer Entscheidung aus dem Jahre 2008 auch eine ausführliche beihilferechtliche Würdigung der Entgeltordnung vorgenommen. Deshalb werden die Dienststellen der Kommission sich hier darauf beschränken, zunächst kurz diese Würdigung darzustellen (2.1), und dann auf die von Ihnen gestellte Frage hinsichtlich der Selektivität eingehen (2.2).

2.1. Zusammenfassung der Würdigung in der Entscheidung aus dem Jahre 2008

26. Hinsichtlich der Finanzierung aus staatlichen Mittel (siehe Rdnr. 311f. mit Rückverweis auf Rdnr. 210f. der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008) ergibt sich kein Unterschied zum Vertrag aus dem Jahre 2001/2002. Insoweit wird auf die Ausführungen oben in Rdnr. 8 verwiesen.
27. Wie in Rdnr. 313 der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008 dargelegt, ergibt sich die Zurechenbarkeit des Einsatzes der staatlichen Mittel dadurch, dass die Entgeltordnung der vorherigen Genehmigung durch das rheinland-pfälzische Wirtschaftsministerium bedurfte.
28. Die Analyse der Kommission in der Entscheidung aus dem Jahre 2008 hat ihren Schwerpunkt deshalb auf der Frage, ob ein marktwirtschaftlich handelnder Marktteilnehmer die Entgeltordnung mit der gleichen Struktur erlassen hätte, wie das die Flughafen Hahn GmbH getan hat. In Rdnr. 319 der Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2008 kommt die Kommission diesbezüglich zu dem Schluss, dass sie auf Grundlage der verfügbaren Informationen den Standpunkt der deutschen Behörden nicht teilt, dass sich FFHG wie ein marktwirtschaftlich handelnder Privatinvestor verhalten hat.
29. Zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung und der Handelsbeeinträchtigung wird auf das oben in Rdnr. 12 Gesagte verwiesen.

2.2. Zur Frage der Selektivität

30. Mit der Frage auf S. 3 Ihres Schreibens erinnern Sie zunächst an die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in seinem aufhebenden Urteil vom 10.2.2011, denen zufolge es an der für den Begriff der Beihilfe erforderlichen Selektivität der Maßnahme fehle, wenn alle auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen durch die Maßnahme begünstigt werden. Auf dieser Grundlage stellen Sie die Frage, ob ein Unternehmen, das in einer "vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation ist", nur ein Unternehmen ist, das Geschäftsbeziehungen mit dem Flughafenbetreiber aufnehmen will, oder ob die Selektivität der Maßnahme auch dann gegeben ist, wenn sie nur Luftfahrtunternehmen zugute kommt, die den Flughafen der Beklagten nutzen.

31. Die Kommission hat sich mit der Frage der Selektivität in Rdnr. 324 ihrer Entscheidung aus dem Jahre 2008 befasst. Dort heißt es:

Die Entgeltordnung von 2006 kommt nur Luftfahrtunternehmen zugute, die HHN nutzen. Daher handelt es sich um eine selektive und spezifische Maßnahme.

32. Nach Ansicht der Kommission ist Selektivität der Maßnahme folglich auch dann gegeben, wenn sie nur Luftfahrtunternehmen zugute kommt, die den Flughafen der Beklagten nutzen.

33. Die Kommission hat das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10.2.2011 eingehend analysiert und zur Kenntnis genommen. Sie muss Sie darauf hinweisen, dass dieses Urteil hinsichtlich der Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Selektivität", welche ausschließlich auf das deutschsprachige Schrifttum gestützt wird, in Widerspruch mit der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu stehen scheint. Der Gerichtshof hat nämlich wiederholt klargestellt, dass eine Maßnahme auch dann selektiv ist, wenn sie allen Unternehmen zu Gute kommt, die in einem bestimmten Sektor aktiv sind. Als Beispiel sei hierzu das Urteil in *Unicredito* zitiert:⁹

Eine Beihilfe kann selbst dann selektiv im Sinne dieser Bestimmung sein, wenn sie einen ganzen Wirtschaftssektor betrifft (vgl. insbesondere Urteil vom 17. Juni

⁹ Urteil des Gerichtshofs vom 15. Dezember 2005 in der Rechtssache C-148/04, *Unicredito*, Slg. 2005, I-11137, Rdnr. 45 bis 49; siehe zB auch Urteil des Gerichtshofs vom 3. März 2005 in der Rechtssache C-172/03, *Heiser*, Slg. 2005, I-1627, Rdnr. 42; Urteil des Gerichtshofs vom 17. Juni 1999 in der Rechtssache *Belgien/Kommission*, C-75/97, Slg. 1999, I-3671, Rdnr. 33.

1999 in der Rechtssache Belgien/Kommission, C-75/97, Slg. 1999, I-3671, Randnr. 33).

Im vorliegenden Fall gilt die Steuersenkung für den Bankensektor. Unternehmen anderer Wirtschaftssektoren kommt sie nicht zugute.

[...]

Ohne dass geprüft werden müsste, ob die Steuersenkung darüber hinaus, wie die Kommission in der Begründungserwägung 33 der streitigen Entscheidung geltend macht, große Unternehmen stärker begünstigt, ist somit festzustellen, dass diese Maßnahme im Verhältnis zu anderen Wirtschaftssektoren [...] selektiv ist.

Da die Maßnahme nicht für alle Wirtschaftsteilnehmer gilt, kann sie nicht als allgemeine steuer- oder wirtschaftspolitische Maßnahme angesehen werden.

34. Der Gerichtshof hat dies auch in seinem Urteil in *Heiser*, auf welches Ihr Schreiben Bezug nimmt, so dargestellt. Dort heißt es:¹⁰

[...] nach ständiger Rechtsprechung [verlangt] Artikel 92 Absatz 1 EG die Feststellung [...], ob eine nationale Maßnahme im Rahmen einer bestimmten rechtlichen Regelung geeignet ist, „bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige“ gegenüber anderen Unternehmen oder Produktionszweigen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, zu begünstigen.

35. Begünstigt also eine Maßnahme, wie hier die Entgeltordnung von 2006, alle Luftfahrtunternehmen, welche den Flughafen Frankfurt Hahn anfliegen, so sind diese Unternehmen mit anderen Unternehmen oder Produktionszweigen zu vergleichen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden. Dies schließt sowohl alle anderen Luftfahrtunternehmen ein, die an anderen Flughäfen landen, als auch alle anderen Verkehrsunternehmen, welche für die Benutzung ihrer Infrastruktur Entgelte entrichten.
36. Der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass mit dem Test der "vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation" beabsichtigt wäre, nur solche Unternehmen zum Vergleich heranzuziehen, die auf dem gleichen Markt aktiv sind. Im Gegenteil: die in Rdnr. 32 angeführte Rechtsprechung zeigt, dass eine Maßnahme auch dann selektiv ist, wenn sie allen

¹⁰ Urteil des Gerichtshofs vom 3. März 2005 in der Rechtssache C-172/03, *Heiser*, Slg. 2005, I-1627, Rdnr. 40.

Unternehmen, die in einem bestimmten Sektor aktiv sind, zugute kommt. Daraus folgt *a fortiori*, dass eine Maßnahme selektiv ist, die allen Unternehmen zugute kommt, die auf einem bestimmten Markt oder, wie hier, auf einem bestimmten Flughafen tätig sind.

37. Angesichts der Tatsache, dass die Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs in einem Spannungsverhältnis zur ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu stehen scheint, erlaubt sich die Kommission abschließend, Sie auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Rheinmühlen* hinzuweisen, das sich mit den Auswirkungen eines solchen Konflikts für das Gericht befasst, an welches ein höchstes nationales Gericht den Rechtsstreit zurückverweist:¹¹

Die Befugnis des nationalen Richters, dem Gerichtshof von Amts wegen oder auf Anregung der Parteien in einem bei ihm anhängigen Verfahren Fragen nach der Auslegung oder der Gültigkeit gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen vorzulegen, ist sehr umfassend. Sie wird nicht durch eine innerstaatliche Rechtsnorm aufgehoben, die den Richter an die rechtliche Beurteilung des übergeordneten Gerichts bindet.

3. ABSCHLIESENDE ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION UND VERMEIDUNG WIDERSPRÜCHLICHER ENTSCHEIDUNGEN

38. Sie haben die Stellungnahme der Kommission insbesondere auch vor dem Hintergrund eingeholt, dass Sie widersprüchliche Entscheidungen vermeiden wollen (S.2), und bitten um Mitteilung, wann mit einer abschließenden Entscheidung der Kommission gerechnet werden kann (S.4). Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist eine Aussage zum voraussichtlichen Entscheidungsdatum leider nicht möglich (3.1); die Dienststellen der Kommission sind aber der Ansicht, dass die Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren einzuleiten, ausreicht, um widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden (3.2).

3.1. Zeitpunkt der abschließenden Entscheidung der Kommission

39. Die EU-Beihilfe-VO sieht keine verbindlichen Verfahrensfristen für den Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens vor (siehe insbesondere Artikel 7 Abs. 6 EU-Beihilfe-VO). Aus diesem Grunde kann Ihnen die Kommission leider keine

¹¹ Urteil des Gerichtshofs vom 16. Januar 1974 in der Rechtssache 166/73, Slg. 1974, 33, Leitsatz.

Auskunft dazu geben, wann genau eine abschließende Entscheidung angenommen werden wird.

40. Die Kommission lädt Sie daher ein, das vor Ihrem Senat anhängige Verfahren nicht auszusetzen. Eine solche Aussetzung widerspräche auch der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs.¹²

3.2. Rechtliche Bedeutung der Entscheidung, das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen

41. Wie eingangs erwähnt, weist das vor Ihrem Senat anhängige Verfahren die Besonderheit auf, dass die Kommission parallel ein förmliches Prüfverfahren durchführt.
42. Die Kommission hat sowohl Ihrem Schreiben als auch dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10.2.2011 entnommen, dass Sie – und auch der Bundesgerichtshof – die Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen, als ein "Schreiben" der Kommission qualifizieren, das offenbar keine selbständige rechtliche Wirkung hat.
43. Die Kommission erlaubt sich, darauf hinzuweisen, dass sie diese rechtliche Qualifikation nicht teilt. Bei der Entscheidung, das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen, handelt es sich – wie bei allen in der EU-Beihilfe-VO vorgesehenen Entscheidungen – um Beschlüsse¹³ im Sinne des Artikels 288 AEUV.¹⁴ Diese sind in allen ihren Teilen verbindlich.
44. Im vorliegenden Fall betrifft die Entscheidung, das förmliche Prüfverfahren zu eröffnen, eine Beihilferegelung gemäß Artikel 1 Buchstabe d EU-Beihilfe-VO, die sich bereits in Durchführung befindet, also rechtswidrig im Sinne des Artikel 1 Buchstabe f EU-Beihilfe-VO ist. Der Gerichtshof hat sich in der Rechtssache

¹² Urteil des Gerichtshofs vom 11. März 2010 in der Rechtssache C-1/09, CELF, noch nicht in der amtlichen Slg. veröffentlicht, Rdnr. 23 bis 40.

¹³ Der AEUV hat die Terminologie von "Entscheidung", wie noch in Artikel 249 EG, in "Beschluss" geändert.

¹⁴ Siehe hierzu jüngst Urteil des Gerichtshofs vom 13. Oktober 2011 in den verbundenen Rechtssachen C-463/10 P und C-475/10 P, noch nicht in der amtlichen Slg. veröffentlicht, Rdnr. 43 und 44, für die Anordnung zur Auskunftserteilung.

Italien/Kommission ("Tirrenia") mit der rechtlichen Bedeutung einer Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren gegen eine solche rechtswidrige Beihilferegelung zu eröffnen, befasst. Er kommt zu folgendem Ergebnis:¹⁵

Es ist jedoch zu prüfen, ob die angefochtene Entscheidung trotz des Fehlens einer Aussetzungsanordnung nicht doch bedeutet, dass die italienischen Behörden die Durchführung der genannten Maßnahmen hätten aussetzen müssen, und ob die Entscheidung, das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG einzuleiten, nicht schon an sich Rechtswirkung erzeugt.

Wie der Gerichtshof in Randnummer 17 des genannten Urteils *Spanien/Kommission* und in Randnummer 25 des genannten Urteils *Italien/Kommission* ausgeführt hat, erzeugt die Entscheidung, die den Ausgangspunkt des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG bildet, unterschiedliche Wirkungen, je nachdem ob es sich bei der behandelten Beihilfe um eine neue oder eine bestehende Beihilfe handelt. Während der Mitgliedstaat im ersten Fall daran gehindert ist, das der Kommission unterbreitete Beihilfevorhaben durchzuführen, gilt ein solches Verbot bei einer bereits bestehenden Beihilfe nicht.

Wenn es sich um eine in der Durchführung begriffene Beihilfe handelt, deren Zahlung andauert und die nach Ansicht des Mitgliedstaats eine bestehende Beihilfe darstellt, so entfaltet die gegenteilige Einstufung als neue Beihilfe, die die Kommission - und sei es vorläufig - in ihrer Entscheidung, das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG über diese Beihilfe einzuleiten, vornimmt, eigenständige Rechtswirkung.

[...]

Eine solche Entscheidung, über eine in der Durchführung begriffene und als neue Beihilfe eingestufte Maßnahme das Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG einzuleiten, ändert insbesondere im Hinblick auf die Fortführung der fraglichen Maßnahme notwendigerweise ihre Rechtslage sowie die der beihilfebegünstigten Unternehmen. Während der Mitgliedstaat, die beihilfebegünstigten Unternehmen und die anderen Wirtschaftsbeteiligten bis zum Erlass einer solchen Entscheidung davon ausgehen können, dass die Maßnahme ordnungsgemäß als bestehende Beihilfe durchgeführt wird, bestehen nach dem Erlass zumindest erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme, die unbeschadet der

¹⁵ Urteil des Gerichtshofs vom 9. Oktober 2001 in der Rechtssache C-400/99, Slg. 2001, I-7303, Rdnr. 55 bis 59 (Hervorhebung durch die Kommission). Die gleiche oder ähnliche Formulierungen finden sich in den Urteilen des Gerichts vom 23. Oktober 2002 in den verbundenen Rechtssachen T-269/99, T-271/99 und T-272/99, *Territorio Historico de Guipúzcoa u.a./Kommission*, Slg. 2002, II-4217, Rdnr. 36 bis 42, und in den verbundenen Rechtssachen T-346/99, T-347/99 und T-348/99, *Territorio Histórico de Álava u.a./Kommission*, Slg. 2002, II-4259, Rdnr. 32 bis 38, sowie im Urteil des Gerichts vom 30. April 2002 in den verbundenen Rechtssachen T-195/01 und T-207/01, *Government of Gibraltar u.a./Kommission*, Slg. 2002, II-2309, Rdnr. 80 bis 86. Ähnliche Begründungen finden sich auch in den Urteilen des Gerichtshofs vom 30. Juni 1992 in der Rechtssache C-47/91, *Italien/Kommission* ("Italgrani"), Slg. 1992, I-4145, Rdnr. 19 bis 31, und in der Rechtssache C-312/90, *Spanien/Kommission* ("Cenemesa"), Slg. 1992, I-4117, Rdnr. 11 bis 25.

Möglichkeit, beim zuständigen Richter einstweilige Anordnungen zu beantragen, den Mitgliedstaat veranlassen müssen, die Zahlung auszusetzen, da die Einleitung des Verfahrens nach Artikel 88 Absatz 2 EG es ausschließt, dass eine sofortige Entscheidung ergeht, mit der die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt würde und die es ermöglichen würde, die Durchführung der Maßnahme ordnungsgemäß fortzusetzen. Eine solche Entscheidung könnte auch vor einem nationalen Gericht geltend gemacht werden, das aufgerufen ist, alle Konsequenzen aus dem Verstoß gegen Artikel 88 Absatz 3 Satz 3 EG zu ziehen. Schließlich kann sie die von der Maßnahme begünstigten Unternehmen veranlassen, auf jeden Fall neue Zahlungen zurückzuweisen oder Rückstellungen vorzunehmen, die für eine etwaige spätere Rückzahlung erforderlich sind. Auch die Geschäftskreise werden in ihren Beziehungen zu den Beihilfeempfängern deren geschwächte Rechts- und Finanzlage berücksichtigen.

45. Deshalb ist es nach Ansicht der Kommission nicht notwendig, dass Ihr Senat eine selbständige beihilferechtliche Würdigung vornimmt. Vielmehr kann er sich unmittelbar auf die Entscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren einzuleiten, stützen, und auf dieser Rechtsgrundlage alle Konsequenzen aus dem Verstoß gegen Artikel 108 Absatz 3 Satz 3 AEUV ziehen.¹⁶
46. Nach Ansicht der Kommission ist dies ist der Weg, den der Gerichtshof vorgezeichnet hat, um der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen vorzubeugen. Sollte Ihr Senat Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Kommission haben und deshalb die Entscheidung der Kommission nicht anwenden wollen, so ist er verpflichtet, diese Zweifel dem Europäischen Gerichtshof im Rahmen einer Frage über die Gültigkeit einer Handlung der Organe gemäß Artikel 267 AEUV zur Vorabentscheidung vorzulegen.¹⁷
47. Die Kommission ist sich auch in dieser Hinsicht der Tatsache bewusst, dass die Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs in einem Spannungsverhältnis zur

¹⁶ Siehe hierzu auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Van Gerven* in der Rechtssache C-312/90, Spanien/Kommission ("Cenemesa"), Slg. 1992, I-4126, Rdnr 11 (Hervorhebung durch die Kommission): "Die Qualifikation der Beihilfe als neue Beihilfe führt nämlich dazu, daß die unmittelbare Wirkung, die das in Artikel 93 Absatz 3 enthaltene Durchführungsverbot nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes besitzt, bis zur abschließenden Entscheidung der Kommission bestehen bleibt. Infolgedessen sind die nationalen Gerichte — und zwar ungeachtet des abschließenden Urteils der Kommission über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit Artikel 92 EWG-Vertrag — dazu verpflichtet, schon vor der abschließenden Entscheidung der Kommission auf Antrag von Betroffenen die Beachtung des Durchführungsverbots in Artikel 93 Absatz 3 durch den betreffenden Mitgliedstaat sicherzustellen."

¹⁷ Urteil des Gerichtshofs vom 22. Oktober 1987 in der Rechtssache 314/85, Foto Frost, Slg. 1987, 4199, Rdnr. 11 bis 20.

ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu stehen scheint, und verweist diesbezüglich auf die in Rdnr. 36 angeführte Rechtsprechung.

Mit freundlichen Grüßen

