

EUROPARECHT IN FÄLLEN

Fall 4
(Sachverhalt)

Im Mitgliedstaat A gibt es private und öffentlich-rechtliche Fernsehveranstalter. Alle finanzieren sich über Werbung. Die öffentlich-rechtlichen erhalten darüber hinaus besondere finanzielle Mittel vom Staat oder von regionalen Gebietskörperschaften zur Erfüllung eines gesetzlichen "Auftrags zur öffentlichen Grundversorgung im Medienbereich". Sie zeigen deswegen weniger Werbung. Dies führt zu höheren Einschaltquoten, und zwar über Kabel und Satellit auch in anderen Mitgliedstaaten, wo sich mehr und mehr Zuschauer von den werbeverseuchten privaten Sendern abwenden.

Die europaweit tätige private Fernsehgesellschaft "Easy-TV" mit Sitz im Mitgliedstaat B möchte gegen die Wettbewerbsvorteile der öffentlich-rechtlichen Konkurrenz vorgehen. Sie sieht in den staatlichen Unterstützungsleistungen unzulässige Beihilfen, welche den Wettbewerb verfälschen und den wirtschaftlichen Austausch zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Der Mitgliedstaat A hatte dies nicht so gesehen und die Leistungen deswegen nicht bei der Kommission angemeldet. Im Juli 2006 erhebt "Easy TV" eine Beschwerde bei der Kommission und beantragt, festzustellen, dass die Unterstützung der öffentlich-rechtlichen Fernsehveranstalter im Mitgliedstaat A nach Art. 87 EGV^I mit dem Gemeinsamen Markt (heute: dem Binnenmarkt) unvereinbar sei.

Die Kommission bestätigt zwar den Eingang der Beschwerde, bleibt aber in den folgenden Jahren untätig. Sie trifft keine Entscheidung über die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens, wie es in der Beihilfeverordnung (VO 659/1999) vorgesehen ist. Sie befürchtet, dass ein Einschreiten gegen die staatliche Förderung der öffentlich-rechtlichen Fernsehsender sich negativ auf die Ratifizierung des Vertrages von Lissabon auswirken oder die Mitgliedstaaten dazu bewegen könnte, bei einer späteren Reform den gesamten Bereich der Fernseh- und Kulturförderung von den Beschränkungen des EU-Binnenmarktrechts auszunehmen. Ende August 2009 fordert "Easy TV" sie schließlich auf, binnen zwei Monaten auf ihre Beschwerde zu antworten und über die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens zu entscheiden. "Easy TV" droht auch gerichtliche Schritte an. Die Kommission äußert sich jedoch weiterhin nicht.

Sie sind seit kurzem in einer großen internationalen Anwaltskanzlei im Mitgliedstaat B tätig. Im Dezember 2009 wendet sich deren wichtigster Mandant, "Easy TV" an Sie und möchte wissen, ob eine Klage vor einem europäischen Gericht erfolgreich wäre. Was werden Sie (richtigerweise) antworten?

^I Heute (nachdem der Vertrag von Lissabon in Kraft getreten ist) Art. 107 AEUV.

EUROPARECHT IN FÄLLEN

Fall 4

(Besprechung)

THEMA: Untätigkeitsklage; Grenzen der Auslegung auch im **Recht der Europäischen Union**; Beihilfenaufsicht der Kommission; Besonderheiten des rechtsanwaltlichen Gutachtens

LÖSUNGSSKIZZE:

Ich werde (richtigerweise) antworten, dass eine Klage vor einem europäischen Gericht erfolgreich wäre, wenn sie zulässig und begründet wäre. Da "Easy TV" ein Einschreiten der Europäischen Kommission verlangt, die Kommission aber nicht tätig geworden ist, kommt hier eine Untätigkeitsklage nach **Art. 265 AEUV**² in Betracht.

A. Zulässigkeit einer Untätigkeitsklage

I. Zuständigkeit des europäischen Gerichts: (+)

Der Rechtsweg zur Unionsgerichtsbarkeit wird hier durch Art. **265** UA 1, 3 **AEUV** eröffnet (es geht um eine "Verletzung **der Verträge**" durch das Untätigbleiben der Kommission). Innerhalb der Unionsgerichtsbarkeit ist gemäß Art. **256** I **AEUV** nicht der Gerichtshof sondern das **Gericht [früher: Gericht erster Instanz]** zuständig; eine abdrängende Spezialzuweisung an den EuGH nach Art. **256** I UA 1 in Verbindung mit Art. 51 der Satzung des Gerichtshof besteht bei Klagen von Privatpersonen nicht. Die Klage ist also gegebenenfalls vor dem **Gericht** zu erheben.

II. Beteiligtenfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit aller Beteiligten ist im Verfahren der Untätigkeitsklage gegeben. Die Beteiligtenfähigkeit der "Easy TV" als potentieller Untätigkeitsklägerin ergibt sich aus Art. **265** UA 3, die der Kommission als potentieller Beklager aus Art. **265** UA 1 **AEUV**.

III. Zulässiger Klagegegenstand

Es müsste sich bei dem Vorwurf an die Kommission, rechtswidrig untätig zu bleiben, um einen zulässigen Klagegegenstand handeln. Bei einer Untätigkeitsklage eines Mitgliedstaates oder eines **Unionsorganes** ist dies der Vorwurf, durch Unterlassen eines Beschlusses das **Unionsrecht** (Primärrecht oder Sekundärrecht) verletzt zu haben. Hier wird die Untätigkeitsklage jedoch gegebenenfalls von einer Privatperson erhoben. In diesem Falle muss sich der Vorwurf gemäß Art. **265** UA 3 **AEUV** darauf beziehen, durch das Unterlassen eines rechtsverbindlichen, an bestimmte Adressaten gerichteten Rechtsaktes das **Unionsrecht** verletzt zu haben. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, denn die "Easy TV" fordert eine *Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens*, wie sie in der Beihilfeverordnung (VO 659/1999) zum Abschluss einer ersten, vorläufigen Prüfung von angemeldeten - und nicht angemeldeten - Beihilfen vorgesehen ist. Diese richtet sich individuell an den Mitgliedstaat, der die Beihilfe plant bzw. vorgenommen hat. Sollte die Entscheidung positiv ausfallen, kann das anschließende förmliche Prüfverfahren dann zur Feststellung der Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem **Binnenmarkt** gemäß Art. **107** II **AEUV** führen.

² Früher Art. 232 EGV.

IV. Klagebefugnis

Ferner müsste die für die Untätigkeitsklage vorausgesetzte Klagebefugnis gegeben sein. Bei Untätigkeitsklagen von Mitgliedstaaten **oder der Unionsorgane bestehen** dafür keine besonderen Voraussetzungen; die Überzeugung, dass die beanstandete Untätigkeit des Klagegegners **Unionsrecht** verletzt, ist ausreichend. Für Untätigkeitsklagen von natürlichen oder juristischen Personen setzt Art. 265 UA 3 **AEUV** jedoch die Beschwerde darüber voraus, dass ein **Organ, eine Einrichtung oder sonstige Stelle der Union** es rechtswidrig unterlassen habe, einen Rechtsakt "*an sie zu richten*"³. Die Fernsehgesellschaft "Easy TV" fordert indessen keine Entscheidung, die an **sie** zu richten wäre, sondern an den Mitgliedstaat A, der die umstrittenen Fördermaßnahmen vornimmt, also an einen Dritten. Damit stellt sich das Problem, ob Art. 265 UA 3 **AEUV** auch Untätigkeitsklagen natürlicher oder juristischer Personen auf Einschreiten gegen Dritte zulässt. Dies ist umstritten.⁴ Das Problem betrifft vor allem die *positive Konkurrentenklage* (Klage auf Vorgehen unmittelbar gegen einen Konkurrenten), stellt sich aber auch bei der Klage gegen rechtswidrige Beihilfen von Mitgliedstaaten für Konkurrenten.

1) Klagebefugnis bei Zugrundelegung des weiten Verständnisses der Untätigkeitsklage in Teilen der Literatur und in der Rechtsprechung

Ein Teil der Literatur hält die Untätigkeitsklage auch in diesen Fällen für zulässig, *wenn* die an den Dritten zu richtende *Entscheidung den Kläger unmittelbar und individuell betrifft*. Zur Begründung werden Gesichtspunkte einer angeblichen "teleologischen Auslegung" angeführt. Zwar wird eingeräumt, dass der Wortlaut des Art. 265 diese Lösung nicht erlaube. Doch die Ausdehnung "über den Wortlaut des Art. 232 EGV [heute 265 AEUV] hinaus"⁵ sei erforderlich, um Rechtsschutzdefizite zu vermeiden. Außerdem spreche die Parallele der Untätigkeitsklage zur Nichtigkeitsklage dafür (daraus erklärt sich die Übernahme der Voraussetzungen der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit von Art. 263 UA 4 **AEUV**). Der Europäische Gerichtshof schien zunächst eine andere Auffassung zu vertreten,⁶ hat sich dieser Position jedoch später angeschlossen.⁷ Die Möglichkeit für den Einzelnen, seine Rechte geltend zu machen, dürfe nicht davon abhängen, ob das betreffende **Organ** tätig geworden oder untätig geblieben sei.⁸ Das Gericht [erster Instanz] hat die Merkmale "unmittelbar" und "individuell" in Beihilfeangelegenheiten mittlerweile dahingehend konkretisiert, dass sie jedenfalls dann erfüllt sind, wenn die Beihilfe, gegen welche die Kommission einschreiten soll, bereits gewährt worden ist und den Kläger als konkurrierendes Unternehmen des Beihilfempfängers betrifft.⁹

Folgt man dieser Auffassung, ist hier die Klagebefugnis der "Easy TV" gegeben.

2) Klagebefugnis bei Lösung nach den anerkannten Regeln der juristischen Methodenlehre

Die Erweiterung der Untätigkeitsklage natürlicher und juristischer Personen auf Fälle der Unterlassung von Rechtsakten, welche nicht an den Kläger gerichtet wären, diesen aber unmittelbar und individuell betreffen würden, ist rechtspolitisch wünschenswert. Die *Rechtsschutzlücke*, die durch die Worte "an sie zu richten" in Art. 265 **AEUV** geschaffen wird, ist rechtsstaatlich bedenklich. *Doch der Jurist darf sich nicht mit rechtspolitischen Erwägungen über die geltende Rechtslage hinwegsetzen*. Die Rechtsschutzlücke entspricht offenbar dem Willen der Mitgliedstaaten als der "Herren der Verträge", die die Regelung in Art. 265 UA 3 **AEUV** geschaffen haben. Dies ergibt sich schon aus der *systematischen Auslegung*: Indem sie die Voraussetzungen für Klagen natürlicher oder juristischer Personen restriktiver formuliert haben als bei der Nichtigkeitsklage, haben die Mitgliedstaaten klargestellt, dass sie keine Parallele zwischen diesen Klage-

³ Französische Vertragsfassung: "manqué de *lui adresser*"; englische Vertragsfassung: "failed to *address to that person*".

⁴ Siehe zum Streitstand *Ehricke*, in: Streinz (Herausgeber), EUV/EGV, 2003, Art. 232 Randnummer [= Rdnr.] 19 mit weiteren Nachweisen; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Herausgeber), EUV/EGV, 2. Auflage 2002, Art. 232 Rdnr. 7 mit weiteren Nachweisen (auch zu ablehnenden Schlussanträgen von Generalanwälten).

⁵ So *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 8. Auflage 2009, § 9 Rdnr. 57.

⁶ Vgl. EuGH, Rs. 246/91, Lord Bethell, Nr. 16.

⁷ EuGH, Rs. C-68/95, T-Port, Nr. 59. Die Position des Gerichts erster Instanz war zuvor nicht eindeutig, siehe die Nachweise bei *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Herausgeber), EUV/EGV, 2. Auflage 2002, Art. 232 Rdnr. 7. Es hat dann aber - speziell im Kontext der Beihilfenaufsicht durch die Kommission - diese Position übernommen, vgl. EuG, Rs. T-95/96, Gestelevision Telecinco, Nr. 59.

⁸ EuGH, Rs. C-68/95, T-Port, Nr. 59; ebenso *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 6. Auflage 2009, Rdnr. 476.

⁹ Vgl. EuG, Rs. T-95/96, Gestelevision Telecinco, Leitsatz 2.

arten haben wollen und dass die Klagebefugnis bei der Untätigkeitsklage trotz der rechtspolitischen Bedenken enger gezogen werden soll. Um dies sicherzustellen, haben sie einen *eindeutigen*, keine Interpretation zulassenden *Wortlaut* gewählt. Die Wörter "an sie zu richten" bilden eine Einschränkung, die ein Verständnis im Sinne von "an Dritte zu richten" gezielt ausschließt.¹⁰ Diese rechtspolitische Entscheidung muss - auch wenn sie falsch ist - bis zu ihrer Korrektur durch eine Neuformulierung des Art. 265 UA 3 bei einer zukünftigen Vertragsänderung von den Rechtsanwendern hingenommen werden. *Diese Korrektur ist indessen auch mit dem Vertrag von Lissabon ausgeblieben, obwohl das Problem bekannt war. Dies belegt, dass sich die Mitgliedstaaten als die "Herren der Verträge" erneut gegen die Idee einer positiven Konkurrenzklage entschieden haben.*

Nach den allgemein anerkannten Gesetzen der juristischen Methodenlehre bildet der *Wortlaut* nicht nur ein Kriterium sondern die *Grenze der juristischen Auslegung*. Ist er so eindeutig, dass er eine bestimmte Deutung nicht zulässt, kann dies nicht durch Rückgriff auf andere Auslegungsgesichtspunkte neutralisiert werden. Eine Interpretation, welche diese Grenze missachtet, ist keine Auslegung mehr sondern Willkür. Deswegen ist eine "Auslegung" des Art. 265 UA 3 dahingehend, dass er Untätigkeitsklagen auch zulasse, wenn die unterlassenen Rechtsakte zwar an Dritte gerichtet sind aber den Kläger unmittelbar und individuell betreffen, nicht nur falsch sondern *unvertretbar*. Sie missachtet die *Grenze zwischen der Vertragsauslegung und der Vertrags-erweiterung*, auf welche verschiedene mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte, *zuletzt das deutsche Bundesverfassungsgericht in seinem Lissabon-Urteil*, zu Recht nachdrücklich hingewiesen haben.¹¹ Diese Grenze gilt auch für das *Gericht* und den *Europäischen Gerichtshof*, die wie alle anderen Gerichte *Organe der Rechtsprechung und nicht der Rechtsetzung* bilden. Indem sie Art. 265 UA 3 über den Wortlaut hinaus ausgelegt haben,¹² haben sie sich darüber hinweggesetzt.

Auch andere methodische Wege als die der Auslegung scheiden hier aus. Sie sind zwar nicht unvertretbar, begegnen aber durchgreifenden wissenschaftlichen Einwänden. So ist eine Rechtsfortbildung (etwa durch richterrechtliche Einführung neuer Klagearten) hier nicht möglich, weil es sich um eine - unzulässige - *Rechtsfortbildung contra legem* handeln würde. Die Formulierung "an sie zu richten" in Art. 265 UA 3 AEUV zielt gerade darauf ab, den Rechtsschutz gegen Untätigkeit der *Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union* einzuschränken, nicht zu erweitern. Aus gleichem Grund kommt auch eine *analoge Anwendung* des Art. 265 UA 3 nicht in Betracht: Es besteht zwar eine *Regelungslücke*. Diese ist aber *nicht*, wie für die Analogie vorausgesetzt, von den Mitgliedstaaten als der primärrechtsetzenden Instanz in der Union *ungewollt*. Die gegenwärtige, rechtspolitisch unbefriedigende Regelungslage lässt sich also auf dem Wege einer seriösen Rechtsanwendung nach den Regeln der juristischen Methodik nicht überwinden.

Damit bleibt festzuhalten, dass bei richtiger Anwendung des Art. 265 UA 3 AEUV die erforderliche Klagebefugnis der Fernsehgesellschaft "Easy TV" nicht gegeben ist und eine etwaige Klage daher nicht erfolgreich sein dürfte.

- 3) Klagebefugnis nach der Lösung, die in einem anwaltschaftlichen Gutachten zugrundegelegt ist
Fraglich ist jedoch, ob diese Antwort das anwaltschaftliche Gutachten bestimmen sollte. Zwar muss ein Rechtsanwalt bei der Beratung seiner Mandanten auf die tatsächliche Rechtslage hinweisen und auf Fehler in der Rechtsprechungspraxis der Gerichte aufmerksam machen. Es ist nämlich möglich, dass die Gerichte in zukünftigen Prozessen ihre früheren Fehler erkennen und korrigieren.

¹⁰ Irreführend ist es daher, wenn *Epping/Lenz*, Fallrepetitorium Europarecht, 2005, S. 12 von einer "strengen Wortlautauslegung" sprechen: Der Wortlaut ist so eindeutig, dass es einer "strengen" Wortlautauslegung nicht bedarf.

¹¹ Vgl. BVerfGE 89, 155 [Maastricht-Urteil] (Leitsatz 6 und S. 209); BVerfG, Urteil vom 30.06.2009, 2 BvE 2/08 und andere [Lissabon-Urteil], www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, Rdnr. 238 ff.; ähnlich 2005 das polnische Verfassungsgericht in seiner Entscheidung (Nr. K18/04) zum EU-Beitrittsvertrag (dt. und engl. Übersetzung unter www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/wstep_gb.htm). Die Entscheidungen betreffen *zumeist* konkret die Grenze zwischen Vertragsauslegung und -erweiterung bei der Anwendung der Kompetenzvorschriften; die Argumentation lässt sich aber auf die Problematik bei der Anwendung anderer Vertragsvorschriften übertragen.

¹² Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung zur Rs. C-68/95, Nr. 59 ausdrücklich davon gesprochen, dass Artikel 175 UA 3 EGV (heute 265 UA 3 AEUV) "dahin *auszulegen* ist, daß der einzelne Untätigkeitsklage gegen ein Organ erheben kann, das es unterlassen hat, einen Rechtsakt zu erlassen, der ihn in gleicher Weise betreffen hätte". Dies hat das Gericht erster Instanz in seiner Entscheidung Rs. T-95/96, *Gestelevision Telecinco*, Nr. 59, übernommen.

Insbesondere könnte die große Resonanz des Aufrufs von ROMAN HERZOG und LÜDER GERKEN "Stoppt den Europäischen Gerichtshof" von 2008¹³, die sich unter anderem im Lissabon-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts niedergeschlagen hat, den Europäischen Gerichtshof dazu bewegen, zu einer methodisch rechtsstaatlicheren, deutlicher zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung unterscheidenden Rechtsprechungspraxis überzugehen. Doch solange es in der konkreten Fragestellung keine darauf hindeutenden Anhaltspunkte gibt, kann und muss der Rechtsanwalt davon ausgehen, dass es bei der bisherigen Haltung der Gerichte bleiben wird. Dies gilt insbesondere für die Rechtsprechung der europäischen Gerichte, die gemeinhin weniger wechselhaft als die staatlicher Gerichte ist. Hier ist außerdem zu berücksichtigen, dass die unvertretbare Auslegung des Art. 265 UA 3 AEUV dazu dient, rechtsstaatlich bedenkliche Rechtsschutzlücken im Interesse des Bürgers zu schließen, und infolgedessen in weiten Teilen der Literatur begrüßt wird. Zudem wird dadurch außer den europäischen Gerichten selbst, die mit einer höheren Arbeitsbelastung rechnen müssen, niemand in bedenklicher Weise belastet (die rechtswidrig untätigen Stellen der Union, die dadurch einem höheren Risiko von Klagen ausgesetzt werden, sind nicht schützenswert).

Der Rechtsanwalt muss daher im Ergebnis davon ausgehen, dass das Gericht Untätigkeitsklagen juristischer Personen wie der "Easy TV" auf Einschreiten gegen Dritte für zulässig erachten wird, wenn sie von der Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen wären - und dass Letzteres in Fällen, in denen ein Einschreiten gegen bereits gewährte Beihilfen an Konkurrenten des Klägers gefordert wird, angenommen wird.

Für die Zwecke dieses Gutachtens ist die Klagebefugnis der "Easy TV" daher zu bejahen.

V. Ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens

Eine Untätigkeitsklage ist nur nach ordnungsgemäßer Durchführung des Vorverfahrens gemäß Art. 265 UA 3 AEUV zulässig. Hier hat "Easy TV", nachdem sie drei Jahre gewartet hatte, die Kommission im August 2009 aufgefordert, binnen zwei Monaten auf ihre Beschwerde zu antworten und über die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens zu entscheiden. Sie hat damit die ihrer Ansicht nach verletzte Handlungspflicht spezifiziert. Sie hat auch, wie im Vorverfahren erforderlich, gerichtliche Schritte für den Fall des weiteren Untätigbleibens angedroht. Die Kommission hat innerhalb von zwei Monaten keine Maßnahmen getroffen und auch keine Stellungnahme abgegeben. Damit war das Vorverfahren im Oktober 2009 abgeschlossen.

VI. Richtiger Klagegegner

Die Klage wäre gegen die Kommission zu richten, welche die geforderte Entscheidung über die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens treffen soll (und nicht etwa gegen den Mitgliedstaat A).

VII. Wahrung der Klagefrist

Die zweimonatige Klagefrist des Art. 265 UA 2 S. 2 AEUV müsste gewahrt sein. Dies ist im Dezember 2009 der Fall, denn die Klagefrist begann erst mit dem Abschluss des Vorverfahrens Ende Oktober 2009. Erst zu diesem Zeitpunkt war die Klage gegen die Kommission überhaupt möglich, nachdem "Easy TV" Ende August 2009 ihr Mahnschreiben an die Kommission gerichtet hatte und diese, wie in Art. 265 UA 2 S. 2 vorausgesetzt, nicht binnen zwei Monaten Stellung genommen hatte. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung ist also ebenfalls erfüllt.

Damit bleibt als Ergebnis festzuhalten: Eine Klage der "Easy TV" wäre (bei Annahme der Klagebefugnis der "Easy TV") zulässig.

¹³ Herzog/Gerken, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, Die Kompetenzen der Mitgliedstaaten werden ausgehöhlt. Die immer fragwürdigeren Urteile aus Luxemburg verlangen nach einer gerichtlichen Kontrollinstanz, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 08.09.2008, S. 8, www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Pressemappe/CEP_in_den_Medien/Herzog-EuGH-Webseite.pdf [englische Fassung im EU Observer vom 10.09.2008, <http://euobserver.com/9/26714/?rk=1>].

B. Begründetheit einer Untätigkeitsklage

Eine Untätigkeitsklage der "Easy TV" gegen die Kommission wäre begründet, wenn die Kommission durch die Unterlassung der begehrten Maßnahme, das heißt hier der *Entscheidung über die Frage der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens*, Unionsrecht verletzt hat. Dies ist dann der Fall, wenn sie zum Zeitpunkt der Aufforderung gemäß Art. 265 UA 3 AEUV, also im August 2009, eine entsprechende Verpflichtung traf. Besondere Anhaltspunkte, aus denen sich eine solche Verpflichtung gerade in diesem Fall (im Gegensatz zu anderen Fällen) ergeben könnte, bestehen hier nicht. Damit kommt es entscheidend darauf an, ob aus Art. 108 AEUV¹⁴, der die Kommission umfassend mit der Überprüfung der Vereinbarkeit der mitgliedstaatlichen Beihilfen betraut, eine *allgemeine Prüfungspflicht* folgt, die im Rahmen der durch die Beihilfeverordnung vorgegebenen Verfahrensstruktur (Vorprüfung und förmliches Prüfverfahren) dazu verpflichtet, die Vorprüfung im Einzelfall abzuschließen und über die Frage der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens zu entscheiden. Ebenso kommt es darauf an, ob die Kommission im Einzelfall an einen *zeitlichen Rahmen* gebunden ist und ob dieser hier im August 2009 überschritten war.

I. Allgemeine Beihilfenüberprüfungspflicht der Kommission

Zieht man den Wortlaut des Art. 108 AEUV heran, ergibt sich hinsichtlich einer allgemeinen Prüfungspflicht der Kommission keine eindeutige Aussage. Der Wortlaut steht der Annahme einer solchen Pflicht nicht entgegen, stützt sie aber auch nicht.

Eine deutliche Aussage ergibt sich indessen aus einer teleologischen Auslegung des Art. 108 AEUV im Gesamtzusammenhang *der Verträge*: Die Kommission ist nach der Kompetenzverteilung im AEUV *allein* für die Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem *Binnenmarkt* *zuständig*. Sie allein ist die Instanz, die dafür sorgt, dass das Funktionieren des *Binnenmarktes* nicht durch nach Art. 107 AEUV verbotene Beihilfen, welche den Wettbewerb verfälschen, gefährdet wird. Wäre sie nicht im Gegenzug verpflichtet, dieser Aufgabe umfassend nachzukommen, wäre die einheitliche Anwendung der Beihilfavorschriften in allen Mitgliedstaaten nicht gesichert und das Funktionieren des Marktes nicht gewährleistet. Dies könnte die Idee *des Binnenmarktes ernsthaft* in Frage stellen. Zudem hat die Kommission nach Art. 17 I S. 2 und 3 EUV allgemein die Aufgabe eines "Hüters *der Verträge*" und ist damit allgemein zur Sicherstellung der korrekten Anwendung der Vertragsbestimmungen in den Mitgliedstaaten *verpflichtet*. Dies alles spricht für eine *allgemeine Prüfungs- und Einschreitverpflichtung* und gegen ein politisches Ermessen der Kommission bei der Beihilfeaufsicht.

Hat sich ein Dritter bei der Kommission gegen dieser nicht gemeldete staatliche Fördermaßnahmen an Konkurrenten beschwert, bedeutet dies: Die Kommission ist verpflichtet, diese Beschwerde in einer Vorprüfungsphase im Interesse einer ordnungsgemäßen Anwendung der Beihilfavorschriften im AEUV sorgfältig und unvoreingenommen zu prüfen. Nach Abschluss dieser Vorprüfung muss sie dem Mitgliedstaat gegenüber eine der folgenden Entscheidungen treffen: dass die fragliche Maßnahme keine Beihilfe im Sinne von Art. 107 I AEUV darstelle oder zwar eine Beihilfe darstelle aber nach Art. 107 II AEUV mit dem *Binnenmarkt* vereinbar sei (und deswegen kein förmliches Prüfverfahren eingeleitet werde), oder dass das förmliche Prüfverfahren (im Sinne des Art. 108 II AEUV) eingeleitet werde.¹⁵

II. Zeitlicher Rahmen für die Beihilfenüberprüfung im Einzelfall

Fraglich ist, ob die Kommission für ihre Vorprüfung einer bestimmten Frist unterliegt. Die Beihilfeverordnung (VO 659/1999) kennt eine solche Frist nur für die Fälle, in denen die Mitgliedstaaten eigene Beihilfen angemeldet haben (vgl. Art. 4 V VO 659/1999). Diese Frist dient dazu, den Mitgliedstaaten schnell Klarheit über die Rechtmäßigkeit der geplanten Fördermaßnahme zu verschaffen, und ist dementsprechend auf zwei Monate begrenzt. Im Gegenzug stellen die Mitgliedstaaten selbst die erforderlichen Informationen zur Verfügung und muss die Kommission daher nicht oder weniger selbst ermittelnd tätig werden. Diese Sachlage unterscheidet sich grundlegend von der in den Fällen, in denen die Kommission anderweitig von einer geplanten Beihilfe Kenntnis erlangt und zunächst umfassend selbst ermitteln muss. Daher kann die Zweimonatsfrist hier nicht (auch nicht über den Weg der Rechtsfortbildung oder Analogie) zugrundegelegt werden.

¹⁴ Früher Art. 88 II EGV.

¹⁵ Vgl. EuG, Rs. T-95/96, Gestelevision Telecinco, Leitsätze 1 f. und Nr. 53 ff.

Doch bei der Beihilfeaufsicht sind wie in allen Fällen mit Bezug zum Wettbewerb im Binnenmarkt auch die Interessen der Wettbewerber und die Gefahren für das Funktionieren des Binnenmarktes zu berücksichtigen. Deswegen entspricht es allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen des Unionsrechts, dass die Entscheidung hier jedenfalls *innerhalb eines angemessenen Zeitraumes* zu erfolgen hat. Die Kommission kann die Vorprüfung einer staatlichen Maßnahme, gegen die ein Dritter Beschwerde erhoben hat, nicht unbegrenzt hinauszögern. Der angemessene Zeitraum bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach dessen Kontext, der Komplexität der Angelegenheit und ihrer Bedeutung für die verschiedenen Beteiligten.¹⁶

III. Verletzung der Pflicht zur Überprüfung in angemessener Zeit im Falle der Förderung der öffentlich-rechtlichen Fernsehveranstalter im Mitgliedstaat A

Hier hat die beihilferechtliche Vorprüfung, die erst darüber entscheidet, ob überhaupt das eigentliche, förmliche Prüfverfahren eingeleitet wird, bis zum Mahnschreiben der "Easy TV" im August 2009 bereits mehr als drei Jahre gedauert. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass es der Kommission möglich war, innerhalb dieses langen Zeitraumes die erforderlichen Ermittlungen durchzuführen und die notwendigen Bewertungen und Subsumtionen vorzunehmen, um auf solider Grundlage zwar nicht über die Rechtmäßigkeit der Beihilfe aber jedenfalls über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens zu entscheiden. Außergewöhnliche Umstände, die eine besonders lange Vorprüfungsdauer rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Es sind hier vielmehr politische Gründe, welche die Kommission dazu bewogen haben, vorerst nicht tätig zu werden. Im Rahmen der Beihilfeaufsicht sind solche Gründe jedoch wegen der allgemeinen Beihilfenüberprüfungspflicht (siehe oben, B.I) nicht zulässig. Der angemessene Zeitraum für die gebotene Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens war demnach zum Zeitpunkt der Mahnung der "Easy TV" im August 2009 überschritten.

Die Kommission hat also durch die Unterlassung der begehrten Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens Art. 108 AEUV und damit Unionsrecht verletzt.

Ergebnis: Ich werde (richtigerweise) antworten, dass eine Klage der "Easy TV" vor dem Gericht nicht nur zulässig sondern auch begründet wäre und damit Aussicht auf Erfolg hätte. Die erfolgreiche Klage würde sich allerdings nicht auf die Feststellung der Unvereinbarkeit der Fernsehförderung im Mitgliedstaat A mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 I AEUV richten, sondern auf die Feststellung der Verletzung des Unionsrechts durch das Unterlassen einer Entscheidung über die Eröffnung eines darauf bezogenes förmlichen Prüfverfahrens.

Ich werde indessen in Erfüllung meiner anwaltlichen Pflicht zur umfassenden Rechtsberatung darauf hinweisen, dass die Klage nur dann als zulässig anzusehen ist, wenn man hinsichtlich der Voraussetzungen der Klagebefugnis bei der Untätigkeitsklage einer von den europäischen Gerichten vertretenen aber nach den Regeln der juristischen Methodenlehre nicht vertretbaren Rechtsauffassung folgt. Ich muss auf das Risiko aufmerksam machen, dass nicht auszuschließen ist, dass die europäischen Gerichte ihre Rechtsprechung korrigieren werden, und dass in diesem Falle eine Klage der "Easy TV" nicht erfolgreich wäre.

ANMERKUNG UND VERTIEFUNGSHINWEIS:

Der Fall ist entfernt der Entscheidung EuG, Rs. T-95/96, Gestelevision Telecinco, nachgebildet. Siehe zu einem ähnlichen Fall *Epping/Lenz*, Fallrepetitorium Europarecht, 2005, S. 143 ff.

Die Frage der Klagebefugnis bei der Untätigkeitsklage war hier aus der *Perspektive der anwaltlichen Beratung* zu beantworten. Diese muss sich an der gerichtlichen Praxis orientieren, auch wenn diese aus wissenschaftlicher Sicht auf Bedenken stößt. Anders ist die Lage jedoch, wenn eine Antwort aus *gerichtlicher Perspektive* gefordert ist (etwa, wenn die Frage lautet: "Wie wird der Europäische Gerichtshof über eine Klage von 'Easy TV' [richtigerweise] entscheiden?"). In diesem Falle ist in der rechtswissenschaftlichen Fallbearbeitung davon auszugehen, dass sich der Gerichtshof von guten Argumenten überzeugen lässt und eine falsche frühere Rechtsprechung korrigieren wird. Dann müssen Sie bei der Prüfung der Klagebefugnis die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs erörtern, aber letztlich - gut begründet - Ihre eigene wissenschaftliche Auffassung zugrunde legen. Entsprechendes gilt, wenn neutral nach der Rechtslage gefragt wird (etwa:

¹⁶ Vgl. EuG, Rs. T-95/96, Gestelevision Telecinco, Leitsätze 3 und Nr. 73 ff.

"Wäre eine Klage der 'Easy TV' zulässig und begründet?"). Beachten Sie auch bei der europarechtlichen Fallbearbeitung, dass *Gerichtsurteile* in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition *nur Meinungsäußerungen und kein "case-law"* sind und die Bezugnahme auf Gerichtsurteile daher die eigene Entscheidung und Argumentation nicht ersetzen kann!

Weitere Informationen zur Veranstaltung finden Sie unter www.lanet.lv/~tschmit1. Für Fragen, Anregungen und Kritik bin ich außerhalb der Veranstaltungen unter der E-mail-Adresse tschmit1@gwdg.de erreichbar.

A. Zulässigkeit einer Untätigkeitsklage

I. Zuständigkeit des europäischen Gerichts

- 1) Zuständigkeit der Unionsgerichtsbarkeit: (+)
- 2) Zuständigkeit innerhalb der Unionsgerichtsbarkeit:
des **Gerichts** (Art. **256 I AEUV**)

II. Beteiligtenfähigkeit

- 1) der "Easy TV" als Klägerin: (+), Art. **265 UA 3**
- 2) der Kommission als Beklagter: (+), Art. **265 UA 1**

III. Zulässiger Klagegegenstand: (+)

- Vorwurf der **Unionsrechtsverletzung** durch Unterlassung rechtlich verbindlicher Feststellung nach Art. **108 II AEUV**

IV. Klagebefugnis

- 1) Bei Zugrundelegung des weiten Verständnisses der Untätigkeitsklage in Teilen der Lit. und in der Rechtsprechung
- 2) Bei Lösung der Streitfrage nach den anerkannten Regeln der juristischen Methodenlehre
- 3) Nach der Lösung, die in einem *anwaltlichen Gutachten* zugrundegelegt ist

V. Ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens

VI. Richtiger Klagegegner

VII. Wahrung der Klagefrist

B. Begründetheit einer Untätigkeitsklage

I. Allgemeine Beihilfenüberprüfungspflicht der Kommission

- 1) Nach Wortlautauslegung
- 2) Nach teleologischer Auslegung im Gesamtzusammenhang der **Verträge**

II. Zeitlicher Rahmen für die Beihilfenüberprüfung im Einzelfall

III. Verletzung der Pflicht zur Überprüfung in angemessener Zeit im Falle der Förderung der öffentlich-rechtlichen Fernsehveranstalter im Mitgliedstaat A