

Thomas Henze  
Johannes Möller  
Bevollmächtigte der Regierung  
der Bundesrepublik Deutschland

Im Beistand von Rechtsanwälten  
Prof. Dr. Thomas Lübbig und  
Dr. Max Klasse

Berlin, den 18. Februar 2015

**Zustellungsanschrift:**

**Thomas Henze  
Bundesministerium für Wirtschaft  
und Energie  
Scharnhorststraße 34 - 37  
D - 10115 Berlin  
Fax-Nr. 0049 / 30 / 2014 - 5334**

**Zustellungen per eCuria**

Gerichtshof der Europäischen Union  
- Kanzlei -  
L-2925 Luxemburg

**Per eCuria**

**Erwiderung**

gemäß Art. 175 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs

In der Rechtssache C-446/14 P

Bundesrepublik Deutschland

Anderer Verfahrensbeteiligter  
Europäische Kommission

bedankt sich die Rechtsmittelführerin für die Möglichkeit zur Erwiderung und erwidert auf die Rechtsmittelbeantwortung der Kommission vom 9. Dezember 2014 wie folgt:

**I. Einleitung**

- 1 Die Kommission rügt in der Rechtsmittelbeantwortung (nachfolgend auch „RB“) umfänglich eine angebliche Unzulässigkeit des zweiten Rechtsmittelgrundes sowie teilweise des dritten Rechtsmittelgrundes. Soweit die Rechtsmittelgründe danach nicht schon als solche unzulässig seien, macht die Kommission geltend, dass jedenfalls eine Vielzahl der von der Rechtsmittelführerin vorgetragene einzelnen Rügen „offensichtlich“ unzulässig sei, weil sie die Tatsachenbewertung durch das Gericht angreifen oder lediglich den erstinstanzlichen Vortrag wiederholen würden. Jedenfalls aber seien die Rechtsmittelgründe und Einzelrügen allesamt unbegründet.
- 2 Für den Fall, dass die Kommission mit dieser Argumentation nicht durchdringt, fordert sie den Gerichtshof gleich an mehreren Stellen der Rechtsmittelbeantwortung (hilfsweise) auf,

die Begründung des Gerichts im angefochtenen Urteil auszutauschen und den Tenor mit anderer Begründung aufrecht zu erhalten.

- 3 Mit dieser Vielzahl von zum Teil diffusen Rügen, verbunden mit der „Schriftsatztechnik“ der Vertreter der Kommission, nahezu jedes Argument als unzulässig, hilfsweise unbegründet, jedenfalls aber nach Austausch der Begründung für unbegründet zu erklären versucht die Kommission die (Bedeutungs-)Schwerpunkte des Rechtsmittels zu verschieben. In der Rechtsmittelbeantwortung werden so die aus Sicht der Rechtsmittelführerin besonders wesentlichen Aspekte und insbesondere der erste Rechtsmittelgrund erst am Ende behandelt.
- 4 Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich vor diesem Hintergrund auf die wichtigsten Entgegnungen in der Rechtsmittelbeantwortung. Mit Rücksicht auf Seitenzahlbegrenzung und Verfahrensökonomie kann die Rechtsmittelführerin nicht auf jedes Vorbringen der Kommission im Detail eingehen. Ein Anerkenntnis der Rechtsmeinung der Kommission ist hiermit nicht verbunden. Vielmehr hält die Rechtsmittelführerin alle ihre **Rechtsmittelgründe und Rechtsmittelanträge in Gänze aufrecht**.
- 5 Die Rechtsmittelführerin wird hierzu im Folgenden darlegen, dass die Unzulässigkeitseinreden der Kommission jeder Grundlage entbehren und in Wahrheit allein darauf abzielen, Nachprüfung und gerichtlichen Rechtsschutz durch den Gerichtshof in unzulässiger Weise zum Nachteil der Rechtsmittelführerin zu verkürzen. Die Rechtsmittelführerin beanstandet nicht Tatsachenfeststellungen, sondern eine fehlerhafte Anwendung und Auslegung des Unionsrechts durch das Gericht, darunter den Standpunkt, den das Gericht bei der Würdigung des Unionsrechts auf den vorliegenden Sachverhalt eingenommen hat.
- 6 Darüber hinaus wird die Rechtsmittelführerin zeigen, dass der von der Kommission angeordnete (hilfsweise) Austausch der Begründung, verbunden mit der Aufforderung, bestimmte Feststellungen des Gerichts als „rechtsfehlerhaft zu verwerfen“ (z.B. Tz. 93 RB), prozessual unzulässig ist. Die entsprechende Aufforderung an den Gerichtshof geht über den prozessualen Streitgegenstand, der durch die Rechtsmittelanträge eingegrenzt wird, hinaus. Der Sache nach handelt es sich bei diesen Begehren deshalb um Anschlussrechtsmittel, die als solches allerdings nicht der Form des Art. 176 Abs. 2 der Verfahrensordnung genügen und im Übrigen zwischenzeitlich verfristet wären (vgl. Art. 176 Abs. 1 der Verfahrensordnung). Die Rechtsmittelführerin **beantragt**, dass die entsprechenden Begehren der Kommission vom Gerichtshof förmlich als unzulässig zurückgewiesen werden. Sie beantragt weiter, der Kommission auch für den Fall, dass die Rechtsmittelführerin mit ihrem Rechtsmittel unterliegt, gemäß Art. 139 der Verfahrensordnung die Kosten aufzuerlegen, die mit diesen Begehren verbunden sind.

## **II. Zum Ersten Rechtsmittelgrund und zum ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes: Fehlerhafte Verneinung einer DAWI und Begründungsmangel**

### **1. Offensichtlicher Fehler des Gerichts im Hinblick auf die Feststellung, die Kommission habe den richtigen Prüfungsmaßstab angewendet**

- 7 Die Rechtsmittelführerin hatte gerügt, dass das Gericht einen Rechtsfehler beging, indem es im angefochtenen Urteil feststellte (Tz. 55 des angefochtenen Urteils), die Kommission habe im angefochtenen Beschluss einen „offensichtlichen Beurteilungsfehler“ der deutschen Behörden geprüft und deshalb keinen Fehler bezüglich des Beurteilungskriteriums begangen (Tz. 19 ff. der Rechtsmittelschrift, nachfolgend auch „RM“). Die Kommission schließt sich in der Rechtsmittelbeantwortung der Auffassung des Gerichts an. Sie meint, das Gericht habe zu Recht festgestellt, dass die Kommission in Tz. 160-175 des angefochtenen Beschlusses einen „offensichtlichen Beurteilungsfehler“ geprüft habe. Sie macht das, wie das Gericht, an Tz. 159 des angefochtenen Beschlusses fest, der den Obersatz für die nachfolgende Prüfung enthalte.
- 8 Tz. 159 ist nun in der Tat die einzige Passage des angefochtenen Beschlusses, in der die Kommission auf den „großen Ermessensspielraum [bei der DAWI-Definition verweist], es sei denn, es handelt sich um Sektoren, für die es diesbezüglich spezielle Unionsvorschriften gibt“. Die Kommission meint, sie habe gemäß dieses Obersatzes zuerst selbständig einen „offensichtlichen Beurteilungsfehler“ geprüft (Tz. 63, 64 RB). Tz. 176 des angefochtenen Beschlusses, in dem die Kommission die speziellen Unionsvorschriften erläutert, die nach Auffassung der Kommission die angebliche (nach hier vertretener Auffassung: zu Recht vom Gericht verworfene) Harmonisierung des Bereichs begründen, stelle nur eine nicht-tragende Begründung des Beschlusses dar (Tz. 63, 64 RB).
- 9 Die Rechtsmittelführerin stellt zunächst fest, dass unstreitig der Prüfungsmaßstab des „offensichtlichen Beurteilungsfehlers“ im angefochtenen Beschluss nicht genannt wird und auch der Begriff des Ermessens oder sonst ein Begriff, der auf eine Ermessensprüfung durch die Kommission hindeuten würde, in den Tz. 160-175 des angefochtenen Beschlusses, die nach dem angefochtenen Urteil die Prüfung des „offensichtlichen Beurteilungsfehlers“ enthalten sollen, nicht verwendet wird.
- 10 Die angebliche Zweistufigkeit der Prüfung – erst Prüfung eines „offensichtlichen Beurteilungsfehlers“, dann Ermessensreduktion aufgrund Harmonisierung – entbehrt aber schon rechtstechnisch jeglicher Logik und stellt offensichtlich eine reine Schutzbehauptung dar. Wie die Rechtsmittelführerin bereits dargelegt hat (Tz. 22 RM), taucht dieser Argumentationsstrang erstmals im Urteil des Gerichts auf. Weder im schriftlichen Verfahren vor dem Gericht noch in der mündlichen Verhandlung hat die Kommission behauptet, der angefochtene Beschluss prüfe in den ihn tragenden Erwägungen ausschließlich einen „offensichtlichen

Beurteilungsfehler“. Das Gegenteil ist der Fall: Die Kommission beharrte während des ganzen Verfahrens immer auf dem Standpunkt, dass es sich um einen harmonisierten Bereich handele, für den ein Ermessen (und schon gar ein weites Ermessen) nicht bestehe. Sie hält diesen Rechtsstandpunkt auch in Ansehung des Urteils aufrecht und fordert den Gerichtshof auf, die insoweit gegenteilige Auffassung des Gerichts zu korrigieren. Lediglich hilfsweise hat sie geltend gemacht, dass der Beschluss auch dem Maßstab des offensichtlichen Beurteilungsfehlers genüge. Die Rechtsmittelführerin verweist zum Standpunkt der Kommission im Verfahren vor dem Gericht exemplarisch auf Tz. 101 der Gegenerwiderung, in der es heißt:

„Hinzu kommt, dass – wie in Randnr. 161 bis 167 der Klagebeantwortung dargestellt – der angefochtene Beschluss rechtsfehlerfrei feststellt, dass die Finanzierung der Tierkörperbeseitigung in jedem Falle durch das Recht der Union geregelt ist und daher der anwendbare Prüfmaßstab der des einfachen Fehlers ist.“

- 11 Entsprechende Aussagen finden sich auch schon in der Klagebeantwortung.<sup>1</sup> Die vom Gericht ausgemachte Zweiteilung der Begründung und Deutung der Tz. 160-175 als Kontrolle des weiten Ermessens der deutschen Behörden war damit offenkundig von der Kommission nicht intendiert. Es wäre nun aber nicht Sache des Gerichts gewesen, den Ausführungen im angefochtenen Beschluss eine Bedeutung zuzumessen, die sie nach Auffassung der Kommission zum Zeitpunkt der Entscheidung offensichtlich nicht hatten. Nach Auffassung der Rechtsmittelführerin ist damit vielmehr belegt, dass die Feststellung des Gerichts, die Kommission habe im angefochtenen Beschluss den richtigen Prüfungsmaßstab angewendet, fehlerhaft ist.
- 12 Der zu erwartenden Rüge der Kommission, hierbei handele es sich um Tatsachenwürdigungen, die im Rechtsmittelverfahren nicht angegriffen werden können, sei entgegnet, dass die Rechtsmittelführerin hiermit die Anwendung des Maßstabs des „offensichtlichen Beurteilungsfehlers“ durch das Gericht rügt und damit eine Rechtsfrage. Im Übrigen wären die Widersprüche der tatsächlichen Feststellungen des Gerichts zu den Einlassungen der Kommission so offenkundig und eine Verdrehung von Tatsachen (s. insbesondere Tz. 21, 22 RM), dass diese auch in Anbetracht des strengen Maßstabs der Rechtsprechung im Rechtsmittelverfahren gerügt werden können.

---

<sup>1</sup> In Tz. 135 der Klagebeantwortung hat die Kommission hierzu ausgeführt: „Wie im folgenden Abschnitt 5.3 zu zeigen sein wird, gibt es für die Frage der Finanzierung der Tierkörperbeseitigung spezielle Unionsvorschriften. Selbst wenn – wie von der Klägerin behauptet – diese Vorschriften nicht so weitreichend sein sollten, dass der Mitgliedstaat sein weites Ermessen verliert (*quod non*), so hat die Kommission jedenfalls einen offensichtlichen Fehler nachgewiesen.“

## **2. Zu den weiteren Argumenten der Kommission zum ersten Rechtsmittelgrund**

- 13 Die Rechtsmittelführerin hat in der Rechtsmittelschrift eine Reihe von Argumenten dazu vorgetragen, warum das Gericht einen Rechtsfehler beging, als es im Rahmen der eigenen Prüfung zu dem Ergebnis gelangte, dass die deutschen Behörden hinsichtlich des Vorliegens einer DAWI einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hätten (Tz. 24 ff. RM). Diese betrafen u.a. die Auslegung des GEMO-Urteils, die Interpretation des Verursacherprinzips und das Kriterium der spezifischen Merkmale einer DAWI. Die Kommission rügt, diese Angriffsmittel seien allesamt unzulässig, weil sie im Rahmen der DAWI-Beurteilung Tatsachenfragen betreffen würden (Tz. 70 RB). Im Übrigen bleibe die Rechtsmittelführerin auch jede inhaltliche Begründung für ihre abweichende Auffassung schuldig (Tz. 73 RB). Das ist unzutreffend.
- 14 Die Rechtsmittelführerin hat durch eine Reihe von Argumenten dargelegt, warum ein offensichtlicher Verstoß mit der Argumentation des Gerichts (und der Kommission) nicht begründet werden kann, nämlich insbesondere, weil:
- das GEMO-Urteil einen anderen Sachverhalt betraf, nämlich die gebührenfreie Bereitstellung konkreter Dienstleistungen, so dass Gericht und Kommission hieraus für die vorliegende Konstellation nichts für einen offensichtlichen Beurteilungsfehler ableiten können (Tz. 25-26 RM);
  - das Verursacherprinzip nicht den Gehalt hat, den das Gericht ihm zumisst (Tz. 27-29RM), und
  - das Kriterium der spezifischen Merkmale der DAWI nicht die hohen Anforderungen hat, wie das Gericht meint; ferner, dass das Gericht die Abweichung von der Rechtsprechung des Gerichtshofs z.B. in der Rs. *Sydhavnens Sten & Grus* nicht begründen kann (Tz. 30-34RM).
- 15 Diese Rügen betreffen in ihrem zentralen Gehalt die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts durch das Gericht und nicht Tatsachenfeststellungen wie die Auslegung nationalen Rechts. Die Rechtsmittelführerin beanstandet gerade den Standpunkt des Gerichts zu diesen Fragen des Unionsrechts, den das Gericht bei der Würdigung der Voraussetzungen einer DAWI und des Maßstabs des offenkundigen Beurteilungsfehlers auf den vorliegenden Sachverhalt eingenommen hat. Die gegenteiligen Behauptungen der Kommission sind nur darauf gerichtet, eine effektive Prüfung durch den Gerichtshof zu verhindern und würden, wenn sie Erfolg hätten, dem Rechtsmittelverfahren einen Teil seiner Bedeutung zu nehmen.
- 16 Entgegen der Auffassung der Kommission stellt es keinen Angriff auf die Tatsachenfeststellungen des Gerichts dar, wenn die Rechtsmittelführerin rügt, dass sich aus dem Urteil in der Rs. *GEMO* nicht ableiten lässt, dass die Tierseuchenreserve nicht als DAWI qualifiziert werden kann. Die anderslautenden Behauptungen der Kommission in Tz. 73 RB sind konstruiert. Sie verkennen, dass die Rechtsmittelführerin nicht den Zusammenhang zwischen Tier-

haltung und der Gefahr von Tierseuchen in Frage stellt. Die Rechtsmittelführerin greift aber die rechtliche Feststellung des Gerichts an, dass deshalb eine DAWI „offensichtlich“ ausgeschlossen sei.

- 17 Sie hat hierfür im Verfahren vor dem Gericht geltend gemacht, dass es Seuchenszenarien gibt, in denen Viehzüchter auch nicht abstrakt zur Seuchengefahr beigetragen haben, so dass sich die zuständigen Behörden zu Recht die Frage stellen dürfen und müssen, ob sie pauschal Vorhaltekosten der Seuchenreserve den Viehzüchtern auferlegen können (Tz. 27, 28 RM). Aus dem Urteil *GEMO*, das die kostenfreie Inanspruchnahme von Dienstleistungen betraf, lässt sich für die vorliegende Konstellation nichts gegen eine DAWI ableiten (s.a. Tz. 25 f. RM). Wenn das Gericht dieses Urteil ungeachtet der von ihm erkannten Unterschiede gleichwohl auf den vorliegenden Fall überträgt und daran die Offensichtlichkeit des Fehlers festmacht, begeht das Gericht einen Rechtsfehler bei der Würdigung des Maßstabs des offenkundigen Beurteilungsfehlers auf den vorliegenden Sachverhalt. Die Rechtsmittelführerin hat die gerügte Passage des Urteils in der Rechtsmittelschrift auch genau bezeichnet, so dass die Unzulässigkeitsrüge der Kommission ins Leere läuft.
- 18 Entsprechendes gilt auch für die Rüge betreffend die Auslegung des Verursacherprinzips im angefochtenen Urteil und die Frage des spezifischen Interesses an einer DAWI. Zu letztgenanntem Punkt vermag auch die Kommission in Tz. 87 der Rechtsmittelbeantwortung wiederum nicht überzeugend zu erklären, worin der entscheidende Unterschied zu der Entsorgung von Bauschutt bestehen soll, für den der Gerichtshof in der Rs. *Sydhavnens Sten & Grus* die DAWI-Fähigkeit bejaht hatte. Was das Argument der Kommission anbetrifft, Tierkörperbeseitigung erfolge – anders als Bauschuttbeseitigung – nur im Rahmen kommerzieller Tätigkeiten, so ist dieses Argument, wie die Rechtsmittelführerin dargelegt hat, schlicht falsch. Im Übrigen kann die Kommission keinen Beleg dafür anführen, dass dieser Unterschied – wenn er denn in der Sache bestünde (*quod non*) – für den Gerichtshof im Fall *Sydhavnens Sten & Grus* auch ein entscheidungserhebliches Kriterium war. Denn es findet sich im Urteil *Sydhavnens Sten & Grus* kein Argument dieser Art.<sup>2</sup>
- 19 Die Rechtsmittelführerin möchte noch einmal betonen, dass sie die Rechtsmeinung der Kommission – wenn sie sie auch für in erster Linie prozesstaktisch motiviert und falsch hält – so doch nachvollziehen kann und nicht der Auffassung ist, dass diese völlig unvertretbar wäre. Sie nimmt aber in Anspruch, dass ihre Argumentation zum ersten Klagegrund hinreichende Zweifel auslösen muss, ob der Standpunkt des Gerichts, unterstützt von der Kommission, die *einzig* richtige Auffassung ist. Dies genügt aber, um deutlich zu machen, dass der rechtliche Standpunkt des Gerichts, wonach die deutschen Behörden einen „offensichtli-

---

<sup>2</sup> Vgl. Urteil vom 23. Mai 2000, C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*, Slg. 2000, I-3743, Rn. 75-83.

chen Beurteilungsfehler“ begingen, nicht haltbar ist und einen entscheidenden Rechtsfehler des Urteils darstellt.

### **III. Zu den weiteren Zulässigkeitsrügen**

#### **1. Angebliche Unzulässigkeit der Rügen betreffend das dritte Altmark-Kriterium**

- 20 Die Rechtsmittelführerin hatte im Rahmen des zweiten Rechtsmittelgrundes u.a. gerügt, dass das Gericht davon ausgegangen ist, dass mit der Vorhaltung von Reservekapazitäten für den Seuchenfall keine Nettomehrkosten verbunden seien (Tz. 40 ff. RM). Sie hat insoweit beanstandet, dass das Gericht die Argumentation der Kommission übernommen hat, wonach die Seuchenreserve aus den betriebsbedingt vorhandenen Leerkapazitäten abgedeckt werden könne, ohne dass hiermit zusätzliche Kosten verbunden seien. Nach Auffassung der Rechtsmittelführerin liegt hierin ein Eingriff in das mitgliedstaatliche Ermessen bei der Ausgestaltung der Seuchenreserve als „physische Seuchenreserve“. Die Kommission meint, diese Rüge sei unzulässig, weil sie Tatsachenfeststellungen des Gerichts betreffe, nämlich die Feststellung nationalen Rechts und Frage der Betrauung mit einer „physische Seuchenreserve“ (Tz. 11 ff., 14 RB). Das ist unzutreffend.
- 21 Wie das Gericht im Ausgangspunkt zu Recht festgestellt hat, ist die Kommission bei der Kontrolle des Ausgleichs auf „offenkundige Fehler“ beschränkt. Diese Feststellung hat die Rechtsmittelführerin ausdrücklich nicht angegriffen. Die Rechtsmittelführerin hatte hierzu ausführlich vorgetragen, dass die zuständigen Behörden im Rahmen ihres weiten Ermessens entschieden hatten, die Seuchenreserve separat vorzuhalten, womit zwangsläufig zusätzliche Kosten verbunden waren. Dieses Verständnis lag der Organisation der Seuchenreserve in Rheinland-Pfalz von Anfang an zugrunde. Es lag auch den Gutachten zugrunde, die zur Dimensionierung der Seuchenreserve eingeholt wurden. Das Gericht nimmt dies auch zur Kenntnis, zieht daraus aber nicht die notwendigen Konsequenzen. Wie die Rechtsmittelführerin dargelegt hat, muss die Kommission, wenn es Anhaltspunkte für Nettomehrkosten im Zusammenhang mit einer DAWI gibt, diese Nettomehrkosten prüfen (Tz. 45 RM mit Nachweisen), was die Kommission unstreitig nicht getan hat. Erst dann kann die Kommission ggf. eine Beihilferückforderungsentscheidung erlassen.
- 22 Die Kommission und das Gericht kommen demgegenüber in Verkehrung der Ermessensspielräume und Beweislastanforderungen zu dem Schluss, dass es der Rechtsmittelführerin „nicht gelungen ist, den Beweis zu erbringen, dass die Kommission bei der Beurteilung dieser Gutachten einen offensichtlichen Fehler begangen hat“ (Tz. 10 RB; Hervorhebung diesseits). Die Kommission übersieht, wie das Gericht, dass es in Anbetracht der Vielzahl der vorgetragenen Gründe und vielfach unstreitigen Tatsachen an ihr gewesen wäre einen offenkundigen Beurteilungsfehler darzulegen, anstatt ihn nur zu behaupten. Es stellt aber ei-

nen Rechtsfehler dar, wenn das Gericht meint, der Mitgliedstaat müsse trotz seines weiten Ermessens, das nur auf offensichtliche Fehler überprüft werden kann, der Kommission bei der Kontrolle des mitgliedstaatlichen Ermessens seinerseits einen offensichtlichen Fehler nachweisen. Tatsächlich unterzieht das Gericht die Kontrolle der Kommission damit nur einer sog. „Light Review“ und gestattet es der Kommission rechtsfehlerhaft, ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens des Mitgliedstaats zu stellen.<sup>3</sup> Das Urteil des Gerichts ist deshalb mit dem gleichen Rechtsfehler behaftet wie schon der Beschluss der Kommission.

- 23 Die Unzulässigkeitsrüge geht deshalb ins Leere. Im Übrigen ist der Rechtsmittelgrund auch begründet, wofür aus Platzgründen auf die Ausführungen in der Rechtsmittelschrift verwiesen werden muss (dort insbesondere Tz. 24 ff.).

## **2. Angebliche Unzulässigkeit der Rügen betreffend das erste, zweite und das vierte Altmark-Kriterium**

- 24 Die Kommission rügt weiter die Unzulässigkeit des Rechtsmittels, soweit es sich auf das erste und zweite Altmark-Kriterium bezieht. Die Kommission meint, dass hierdurch wiederum nur Tatsachenfeststellungen des Gerichts angegriffen würden (Tz. 26 u. 32 RB). Die Rügen zum zweiten und vierten Altmark-Kriterium seien zudem auch deshalb unzulässig, weil die Rechtsmittelführerin lediglich ihre Argumente aus dem Verfahren vor dem Gericht wiederhole (Tz. 31 u. 39 RB).
- 25 Hinsichtlich des Vorwurfs der Rüge von Tatsachenfeststellungen muss hier der Hinweis genügen, dass die Rechtsmittelführerin die Auslegung und Anwendung der Altmark-Kriterien durch das Gericht beanstandet. Das betrifft insbesondere eine zu enge Auslegung des mitgliedstaatlichen Ermessens durch das Gericht, obwohl das Gericht im Ausgangspunkt anerkennt, dass die Mitgliedstaaten über einen weiten Ermessensspielraum verfügen (eine Feststellung, die die Rechtsmittelführerin ausdrücklich nicht angreift). Sie hat die beanstandeten Passagen des Urteils auch in Bezug genommen (vgl. Tz. 47, 49 u. 51 RM).
- 26 Aus diesem Grund geht auch der Vorwurf der Wiederholung von Argumenten ins Leere. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs

„können im ersten Rechtszug geprüfte Rechtsfragen im Rechtsmittelverfahren erneut aufgeworfen werden, wenn der Rechtsmittelführer die Auslegung oder Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch das Gericht beanstandet. Könnte nämlich ein Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel nicht in dieser Weise auf bereits vor dem Gericht geltend

<sup>3</sup> Siehe hierzu Urteil des Gerichtshofs vom 22. November 2007, Rs. C 525/04 P, *Spanien/Lenzing*, Slg. 2007, I-9947, Rn. 56 f. und insbesondere Rn. 57 mit weiteren Nachweisen. Dort heißt es zum Kontrollumfang des Gerichts: „Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss der Gemeinschaftsrichter nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen“ (Rn. 57, Hervorhebung diesseits).



gemachte Klagegründe und Argumente stützen, würde dies dem Rechtsmittelverfahren einen Teil seiner Bedeutung nehmen.“<sup>4</sup>

- 27 Die Unzulässigkeitsrügen sind damit allesamt unbegründet und würden, wenn sie Erfolg hätten, den gerichtlichen Rechtsschutz in unzulässiger Weise verkürzen.

#### **IV. Zum Begehren der Kommission, die Begründung des Urteils auszutauschen**

- 28 Die Kommission fordert den Gerichtshof gleich an mehreren Stellen der Rechtsmittelbeantwortung auf, (hilfsweise) die Begründung des Gerichts im angefochtenen Urteil auszutauschen und den Tenor mit anderer Begründung aufrecht zu erhalten (so in Tz. 18 ff., 34, 45 u. insbesondere 89 ff. RB). In der Sache betrifft dies zum einen die Frage, ob die Kommission jeweils verpflichtet war, einen „offenkundigen“ Fehler der deutschen Behörden im Hinblick auf das Vorliegen des ersten, zweiten und dritten *Altmark*-Kriteriums nachzuweisen, wie das Gericht im angefochtenen Urteil entschieden hat. Zum anderen „beantragt“ (Tz. 89 RB) die Kommission den Austausch der Begründung, soweit das Gericht festgestellt hat, dass keine Harmonisierung des Sektors vorliege und damit hinsichtlich der DAWI der Maßstab des „offensichtlichen Beurteilungsfehlers“ gelte. Zum letztgenannten Punkt rügt die Kommission „drei Rechtsfehler“ des Gerichts (Tz. 90 RB), die sie im Anschluss erläutert. Sie zieht daraus den Schluss, dass die gegenteiligen Feststellungen des Gerichts „als rechtsfehlerhaft zu verwerfen“ seien (Tz. 93 RB).
- 29 Die Rechtsmittelführerin stellt die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach Rechtsfehler des Gerichts dann nicht zur Aufhebung eines Urteils führen, wenn der Tenor sich aus anderen Gründen als richtig darstellt, nicht in Zweifel. Die Rechtsmittelführerin ist allerdings der Auffassung, dass die von der Kommission vorliegend erhobenen, weitergehenden Rügen nur im Rahmen eines Anschlussrechtsmittels erhoben werden können. Die Rügen betreffen allesamt den Kern des Rechtsstreits vor dem Gericht, nämlich die Reichweite des verfassungsrechtlich (Art. 14 AEUV) verankerten Ermessens der Mitgliedstaaten bei der Definition und Ausgestaltung von DAWI. Das Gericht ist im Hinblick auf den hierbei zugrunde zulegenden Prüfungsmaßstabs – trotz heftigen Widerstands der Kommission im Verfahren vor dem Gericht – vollumfänglich der Argumentation der Rechtsmittelführerin gefolgt. Die entsprechenden Feststellungen des Gerichts hat die Rechtsmittelführerin deshalb ausdrücklich von ihrem Rechtsmittel ausgenommen.
- 30 Im Hinblick auf die Bestimmung des prozessualen Streitgegenstands durch das Rechtsmittel und die Bindung an die Anträge der Rechtsmittelführerin, kann die Kommission nun nicht „durch die Hintertür“ den Streitgegenstand verändern. Vielmehr hätte sie, um diese Feststel-

<sup>4</sup> Urteile vom 14. Oktober 2010, Rs. C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Kommission*, Slg. 2010, I-9555, Rn. 25, und vom 16. Mai 2002, C-321/99 P, *ARAP/Kommission*, Slg. 2002, I-4287, Rn. 49.

lungen anzugreifen, ein Anschlussrechtsmittel erheben müssen. Die betreffenden Rügen können vorliegend aber nicht in ein Anschlussrechtsmittel umgedeutet werden, da sie nicht der Form des Art. 176 Abs. 2 der Verfahrensordnung genügen und ein Anschlussrechtsmittel im Übrigen zwischenzeitlich verfristet wäre (vgl. Art. 176 Abs. 1 der Verfahrensordnung). Die Rügen der Kommission sind deshalb aus prozessualen Gründen als unzulässig zu verwerfen.

- 31 Sollte das Gericht dem nicht folgen wollen, so wären die Rügen der Kommission jedenfalls unbegründet. Eine Harmonisierung setzt verbindliches Sekundärrecht voraus, welches in Form des von der Kommission in Bezug genommenen Gemeinschaftsrahmens oder der Rahmenregelung nicht vorliegt.<sup>5</sup> Im Übrigen weisen diese in anderen Belangen durchaus detaillierten Mitteilungen in Bezug auf Organisation und Finanzierung von Seuchenreserven überhaupt nicht die für eine Harmonisierung erforderliche Regelungsdichte auf. Das folgt schon daraus, dass Seuchenreserven in der Rahmenregelung überhaupt keine Erwähnung finden. Die Rechtsauffassung der Kommission liefe deshalb darauf hinaus, das keinerlei Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage einer Harmonisierung mehr bestünde. Die Kommission könnte jeweils darauf verweisen, ein bestimmtes Kommissionsdokument sei im Sinne des Prinzips „Alles, was nicht positiv geregelt ist, ist verboten“ als Harmonisierung zu verstehen, selbst wenn der betreffende Bereich in dem Dokument gerade keiner Regelung unterworfen wird.
- 32 Die Klägerin verweist aus Platzgründen nur vorsorglich auf ihren erstinstanzlichen Vortrag (insbesondere Tz. 35 ff. der Klageschrift und Tz. 16-23 der Erwiderung) sowie auf die von der Kommission angegriffenen Ausführungen des Gerichts (Tz. 49-52). Sollte der Gerichtshof erwägen, den Angriffen der Kommission zu folgen, bittet die Rechtsmittelführerin um einen gerichtlichen Hinweis und die Möglichkeit der Stellungnahme hierzu, die angesichts der Vielzahl der von der Kommission erhobenen Rügen und der Seitenzahlbeschränkung hier nur eingeschränkt erfolgen konnte.



Henze

---

<sup>5</sup> Das entspricht normalerweise auch der Rechtsauffassung der Kommission, wie sie etwa im DAWI-Rahmen der Kommission zum Ausdruck kommt. Darin heißt es, dass sich die Kontrolle der Qualifikation einer Dienstleistung als DAWI auf „die Prüfung der Frage [beschränkt], ob die Definition des Mitgliedstaats mit einem offensichtlichen Fehler behaftet ist, sofern in den EU-Rechtsvorschriften keine strengeren Bestimmungen vorgesehen sind.“ (Hervorhebung hinzugefügt), vgl. Mitteilung der Kommission über einen Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABl. C 8/15 v. 11. Januar 2012.