



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
GIOVANNI PITRUZZELLA
vom 13. Juli 2023¹

Verbundene Rechtssachen C-693/21 P und C-698/21 P

EDP España, SA,
gegen
Naturgy Energy Group, SA, vormals Gas Natural SDG, SA,
Europäische Kommission (C-693/21 P)
und
Naturgy Energy Group, SA, vormals Gas Natural SDG, SA,
gegen
Europäische Kommission (C-698/21 P)

„Rechtsmittel – Staatliche Beihilfe – Umweltschutzanreizmaßnahme Spaniens für Kohlekraftwerke – Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens – Begründungspflicht – Nichtigkeitsklage“

1. Im Rahmen zweier verbundener Rechtsmittel beantragen EDP España (Rechtssache C-693/21 P) und Naturgy Energy Group (Rechtssache C-698/21 P) (im Folgenden: Rechtsmittelführerinnen) die Aufhebung des Urteils des Gerichts der Europäischen Union vom 8. September 2021, Naturgy Energy Group/Kommission² (im Folgenden: angefochtenes Urteil), mit dem das Gericht den Antrag auf Nichtigerklärung des Beschlusses der Kommission C(2017) 7733 final vom 27. November 2017 über die staatliche Beihilfe SA.47912 (2017/NN) – Anreiz zu umweltschützenden Investitionen, den das Königreich Spanien Kohlekraftwerken gewährt (im Folgenden: angefochtener Beschluss), abgewiesen hat.

I. Rechtlicher Rahmen

2. Art. 4 Abs. 4 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union³ sieht vor:

„Stellt die Kommission nach einer vorläufigen Prüfung fest, dass die angemeldete Maßnahme Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gibt, so beschließt

¹ Originalsprache: Italienisch.

² Siehe Urteil vom 8. September 2021, Naturgy Energy Group/Kommission (T-328/18, nicht veröffentlicht, EU:T:2021:548).

³ (ABl. 2015, L 248, S. 9).

sie, das Verfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV zu eröffnen“ (im Folgenden: Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens).

3. Art. 6 Abs. 1 dieser Verordnung lautet:

„Der Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens enthält eine Zusammenfassung der wesentlichen Sach- und Rechtsfragen, eine vorläufige Würdigung des Beihilfecharakters der geplanten Maßnahme durch die Kommission und Ausführungen über ihre Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt. Der betreffende Mitgliedstaat und die anderen Beteiligten werden in diesem Beschluss zu einer Stellungnahme innerhalb einer Frist von normalerweise höchstens einem Monat aufgefordert. In ordnungsgemäß begründeten Fällen kann die Kommission diese Frist verlängern.“

4. Art. 9 Abs. 1 und 2 dieser Verordnung hat folgenden Wortlaut:

„(1) Das förmliche Prüfverfahren wird unbeschadet des Artikels 10 durch einen Beschluss nach den Absätzen 2 bis 5 des vorliegenden Artikels abgeschlossen.

(2) Gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass die angemeldete Maßnahme, gegebenenfalls nach entsprechenden Änderungen durch den betreffenden Mitgliedstaat, keine Beihilfe darstellt, so stellt sie dies durch Beschluss fest.“

II. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

5. Zwischen 1998 und 2007 hatte jede Stromerzeugungsanlage in Spanien unabhängig von der verwendeten Technologie Anspruch auf eine als „Leistungsgarantie“ bezeichnete Vergütung, die dazu diente, die Einrichtung und Erhaltung der Erzeugungskapazität im Elektrizitätssystem zu fördern und eine zuverlässige Versorgung zu gewährleisten. Anlagen für erneuerbare Energien konnten diese Förderung jedoch nicht in Anspruch nehmen und erhielten eine speziell ausgestaltete Prämie.

6. 2007 ermächtigte der spanische Gesetzgeber das Ministerium für Industrie, Tourismus und Handel, die Leistungsgarantie durch eine als „Kapazitätsabgabe“ bekannte neue Abgabe zu ersetzen.

7. Diese Entscheidung wurde mit dem Real Decreto 871/2007⁴ (Königliches Dekret 871/2007) umgesetzt, mit dem die Stromtarife mit Wirkung vom 1. Juli 2007 angepasst wurden. In diesem am 29. Juni 2007⁵ erlassenen Dekret wurde angeordnet, dass die Kapazitätsabgabe mit Wirkung vom 1. Oktober 2007 in Kraft treten würde.

8. Die Regelung der Stromtarife ist im Orden ITC/2794/2007⁶ (Verordnung ITC/2794/2007) enthalten, der am 27. September 2007⁷ erlassen wurde und am 1. Oktober 2007 in Kraft trat (im Folgenden: ITC/2794/2007).

⁴ Real Decreto 871/2007 por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007 (Königliches Dekret 871/2007 zur Anpassung der Stromtarife zum 1. Juli 2007).

⁵ BOE Nr. 156 vom 30. Juni 2007, S. 28324.

⁶ Orden ITC/2794/2007, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007 (Verordnung ITC/2794/2007 zur Anpassung der Stromtarife zum 1. Oktober 2007).

⁷ BOE Nr. 234 vom 29. September 2007, S. 39690.

9. Diese Verordnung nennt die verschiedenen Maßnahmen, mit denen die Kapazität vergütet werden soll und in denen ein Anreiz zur Gewährleistung der Verfügbarkeit der Anlagen und ein Anreiz zur Förderung von Investitionen in die Produktion enthalten sind.

10. Der Verfügbarkeitsanreiz soll die Produktionsanlagen mit einer Mindestleistungskapazität von 50 Megawatt (MW) fördern, für die die allgemeine Regelung des Peninsularsystems gilt. Erfasst wurden Anlagen, die nach dem 1. Januar 1998 in Betrieb genommen und nicht mehr als 10 Jahre betrieblich genutzt wurden. Mit diesem Anreiz soll die Errichtung und Inbetriebnahme neuer Anlagen dadurch erreicht werden, dass Zahlungen vorgesehen sind, die einen Beitrag zum Ausgleich der Investitionskosten leisten sollen. Als Vergütung wurde eine Zahlung von 20 000 Euro je MW pro Jahr festgelegt.

11. Im Anhang III der ITC/2794/2007 sind die Investitionsanreize aufgeführt: In Nr. 10 ist bestimmt, dass das Ministerium für Industrie, Tourismus und Handel befugt ist, Maßnahmen für Investitionen in Produktionsanlagen zu genehmigen, für die die allgemeine Regelung des Peninsularsystems gilt und die eine Mindestleistungskapazität von 50 MW haben. Diese Anreize können für Investitionen größeren Umfangs, die zur Erweiterung oder wesentlichen Umgestaltung von bereits bestehenden Anlagen erforderlich sind, oder für Investitionen in neue Anlagen in prioritären Technologiezweigen gewährt werden, um die Ziele der Energiepolitik und der Versorgungssicherheit zu erreichen.

12. Die Anwendung der in dieser Verordnung aufgeführten Maßnahme diene dazu, die Betreiber von Kohlekraftwerken zu „Umweltinvestitionen“ in Entschwefelungsanlagen zu veranlassen. Die Voraussetzungen für die Gewährung dieser Maßnahme waren im Orden ITC/3860/2007⁸ (Verordnung ITC/3860/2007) (im Folgenden: angefochtene Maßnahme) vom 28. Dezember 2007⁹ geregelt, in dem die Stromtarife mit Wirkung vom 1. Januar 2008 geändert wurden.

13. Diesen Anreiz können nur Kohlekraftwerke in Anspruch nehmen, die von dem mit Rechtsakt des spanischen Ministerrats vom 7. Dezember 2007 genehmigten Plan Nacional de Reducción de Emisiones de las Grandes Instalaciones de Combustión Existentes (Nationaler Plan zum Abbau von Emissionen bestehender Großfeuerungsanlagen) (im Folgenden: PNRE-GIC) erfasst sind und die zudem in der im PNRE-GIC geregelten sogenannten „Emissionsblase“ enthalten sind, mit der die zulässige Emissionsmenge pro Unternehmen festgelegt wird.

14. Ferner müssen die Investitionen vor dem Inkrafttreten des ITC/2794/2007 am 1. Oktober 2007 getätigt worden sein, oder der Antrag auf Genehmigung muss mindestens drei Monate vor diesem Datum gestellt worden sein.

15. Im Jahr 2011 wurde die Anspruchsberechtigung auf die angefochtene Maßnahme auf die Kohlekraftwerke erweitert, die nicht nur Investitionen in Entschwefelungsanlagen, sondern auch andere „Umweltinvestitionen“ zum Abbau von Schwefeloxidemissionen getätigt hatten, sofern diese Investitionen vor dem 1. Januar 2008 getätigt worden waren.

⁸ Orden ITC/3860/2007, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 (Verordnung ITC/3860/2007 zur Anpassung der Stromtarife zum 1. Januar 2008).

⁹ BOE Nr. 312 vom 29. Dezember 2007, S. 53781.

16. Am 29. April 2015 leitete die Europäische Kommission sektorielle Untersuchungen in elf Mitgliedstaaten ein, zu denen auch Spanien gehörte. Nach Abschluss dieser Untersuchung setzte die Kommission am 4. April 2017 die spanischen Behörden von ihrer Untersuchung der fraglichen Maßnahme in Kenntnis und beschloss am 27. November 2017, in Bezug auf diese Maßnahme ein förmliches Prüfverfahren im Sinne von Art. 108 Abs. 2 AEUV einzuleiten.

17. In diesem Beschluss führt die Kommission aus, dass sie zu der vorläufigen Schlussfolgerung gelangt sei, dass die angefochtene Maßnahme eine staatliche Beihilfe darstelle, und sie äußert Zweifel hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt. Insbesondere stelle die angefochtene Maßnahme eine Beihilfe für Investitionen dar, die getätigt würden, um eine Vereinbarkeit der Kohlekraftwerke mit der Richtlinie 2001/80/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2001 zur Begrenzung von Schadstoffemissionen von Großfeuerungsanlagen in die Luft (ABl. 2001, L 309, S. 1) zu erreichen.

III. Verfahren vor dem Gericht und angefochtenes Urteil

18. Am 28. Mai 2018 reichte die Naturgy Energy Group, vormals die Gas Natural SDG, eine spanische Gesellschaft, die im Energiesektor im Bereich der Erzeugung von Strom aus Kohle tätig ist, bei der Kanzlei des Gerichts eine Klage ein. Diese Klage war auf die Nichtigkeitserklärung des Beschlusses gerichtet, der von der Gesellschaft angefochten worden war.

19. In jenem Verfahren sind EDP España und Viesgo Producción dem Rechtsstreit zur Unterstützung der Klägerin im ersten Rechtszug beigetreten.

20. Im angefochtenen Urteil hat das Gericht die Nichtigkeitsanträge mit der Begründung zurückgewiesen, dass der erste Klagegrund betreffend die Verpflichtung zur Begründung der Selektivität der fraglichen Maßnahme unbegründet sei.

21. Das Gericht hat in Rn. 60 des angefochtenen Urteils darauf hingewiesen, dass gemäß der Verordnung 2015/1589 das förmliche Prüfverfahren dadurch eingeleitet werden könne, dass die tatsächlichen und rechtlichen Aspekte der staatlichen Maßnahme und eine vorläufige Würdigung des Beihilfecharakters der fraglichen Maßnahme zusammengefasst dargestellt und Ausführungen zu den Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gemacht würden.

22. In Rn. 61 des angefochtenen Urteils hat das Gericht ferner ausgeführt, dass die Kommission zur Einleitung dieses Verfahrens verpflichtet sei, wenn es ihr im Rahmen einer ersten Prüfung nicht möglich sei, alle Probleme zu lösen, die mit der Frage zusammenhingen, ob die streitige Maßnahme eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV sei.

23. In Rn. 62 des angefochtenen Urteils hat das Gericht darauf hingewiesen, dass der Zweck des Einleitungsbeschlusses darin bestehe, die Betroffenen in die Lage zu versetzen, sich in wirksamer Weise am förmlichen Prüfverfahren zu beteiligen. Desgleichen hat das Gericht klargestellt, dass der Beschluss vorläufige Beurteilungen enthalte und die Kommission nicht dazu verpflichtet sei, alle möglichen ungelösten Fragen in dieser Anfangsphase zu klären.

24. In Rn. 63 des angefochtenen Beschlusses hat das Gericht ausgeführt, dass zu beachten sei, dass die Einstufung einer staatlichen Maßnahme als solche in einem derartigen Beschluss nur vorläufig sei. Das werde von Art. 9 Abs. 2 der Verordnung 2015/1589 bestätigt, wonach die

Kommission nach Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens feststellen könne, dass die fragliche Maßnahme tatsächlich keine Beihilfe darstelle. Deshalb könne die Einstufung einer Maßnahme als staatliche Beihilfe geändert werden und sei somit nicht notwendigerweise von Dauer.

25. Das Gericht hat in den Rn. 64 und 65 des angefochtenen Urteils das zwei frühere Rechtssachen¹⁰ betreffende Vorbringen der Klägerin zurückgewiesen. Das Gericht hat dieses Vorbringen für nicht stichhaltig befunden, da der erste Fall einen Beschluss über den Abschluss eines förmlichen Prüfverfahrens betroffen habe und es in der zweiten Rechtssache nicht um die Kontrolle der Beachtung der Begründungspflicht gegangen sei.

26. In Rn. 73 des angefochtenen Urteils ist das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin aufgrund der Natur des angefochtenen Beschlusses, seines Wortlauts, seines Inhalts, seines Kontexts und der für ihn maßgeblichen Rechtsvorschriften in der Lage gewesen sei, die Gründe zu verstehen, die der vorläufigen Beurteilung zugrunde gelegen hätten, dass die Maßnahme als selektiv erscheine.

27. Rn. 74 des angefochtenen Urteils betrifft das Argument der Klägerin, dass die Kommission nicht geprüft habe, ob die angefochtene Maßnahme bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gegenüber anderen begünstige, die sich im Hinblick auf das mit der Maßnahme verfolgte Ziel in einer vergleichbaren Lage befänden. Das Gericht hat dieses Argument allerdings mit der Begründung zurückgewiesen, dass in der Phase der vorläufigen Prüfung des förmlichen Prüfverfahrens ein solcher Vergleich verfrüht sein könne, und es hat hervorgehoben, dass eine auf der Vergleichbarkeit beruhende Argumentation die in diesem Verfahren zu ziehenden Schlüsse vorwegnehmen könne.

28. In Rn. 75 des angefochtenen Urteils hat das Gericht ausgeführt, dass die Selektivität der Maßnahme betreffende Argument die Klägerin nicht daran gehindert habe, im Rahmen ihres zweiten Klagegrundes umfassende Erwägungen zur Vergleichbarkeit der genannten Situationen vorzulegen.

29. In Rn. 76 des angefochtenen Urteils hat das Gericht befunden, dass es nicht daran gehindert sei, die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses zu überprüfen.

30. Infolgedessen hat das Gericht in Rn. 81 des angefochtenen Urteils den ersten Klagegrund als unbegründet zurückgewiesen.

31. Als Zweites hat das Gericht den zweiten Klagegrund, mit dem ein Verstoß gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV in Bezug auf die Selektivität der fraglichen Maßnahme gerügt wurde, als unbegründet zurückgewiesen.

32. Vorab ist festzustellen, dass in den Rn. 98 und 99 des angefochtenen Urteils klargestellt worden ist, dass dann, wenn gegen einen Beschluss der Kommission über die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens betreffend die Einstufung einer Maßnahme als staatliche Beihilfe Klage erhoben werde, die Kontrolle durch den Unionsrichter sich auf die Prüfung der Frage beschränke, ob der Kommission offensichtliche Begründungsfehler dadurch unterlaufen seien, dass sie angenommen habe, dass sie im Rahmen einer vorläufigen Prüfung der Maßnahme nicht alle Hindernisse habe überwinden können.

¹⁰ Urteile vom 20. Dezember 2017, Comunidad Autónoma de Galicia und Retegal/Kommission (C-70/16 P, EU:C:2017:1002), und vom 21. Dezember 2016, Kommission/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971).

33. Im angefochtenen Urteil hat das Gericht insbesondere in den Rn. 102 bis 116 das Vorbringen der Klägerin, dass die angefochtene Maßnahme nur darauf abgezielt habe, nach 1998 getätigte relevante Investitionen ohne Berücksichtigung der verwendeten besonderen Technologie oder der Art der betreffenden Anlagen gleichzustellen, eingehend geprüft und schließlich zurückgewiesen.

34. Desgleichen hat das Gericht in den Rn. 117 bis 125 des angefochtenen Urteils das Vorbringen der Klägerin, dass Kohlekraftwerke nicht mit Kraftwerken vergleichbar seien, die eine andere Technologie verwendeten, geprüft und zurückgewiesen.

35. In Rn. 126 des angefochtenen Urteils hat das Gericht daher befunden, dass der Klägerin nicht der Nachweis gelungen sei, dass der Kommission bei der Vergleichbarkeitsanalyse ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen sei.

36. In den Rn. 128 bis 130 des angefochtenen Urteils hat das Gericht das auf das Urteil Comunidad Autónoma de Galicia und Retegal/Kommission¹¹ gestützte Vorbringen von Naturgy Energy Group und EDP España mit der Begründung zurückgewiesen, dass jenes Urteil die nach Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens erlassenen Beschlüsse der Kommission betroffen habe.

37. In den Rn. 131 bis 133 des angefochtenen Urteils hat das Gericht auch das Vorbringen der Klägerin betreffend die Notwendigkeit der streitigen Maßnahme für die Sicherung der Versorgung mit dem Befund zurückgewiesen, dass dieses Vorbringen die Beurteilung der Vergleichbarkeit der Beihilfe und nicht deren Einstufung betreffe und dass nach gefestigter Rechtsprechung Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht nach den Gründen oder Zielen der staatlichen Maßnahmen unterscheide, sondern diese nach ihren Wirkungen definiere.

38. In Rn. 134 des angefochtenen Urteils hat das Gericht den zweiten Klagegrund daher als unbegründet zurückgewiesen und infolgedessen die Klage insgesamt abgewiesen.

39. Schließlich hat das Gericht die Klägerin dazu verurteilt, ihre eigenen Kosten und die Kosten der Kommission zu tragen, und es hat Viesgo Producción und EDP España dazu verurteilt, ihre eigenen Kosten zu tragen.

IV. Anträge der Parteien

40. Mit ihrem Rechtsmittel beantragen die Naturgy Energy Group (Klägerin im ersten Rechtszug) und EDP España die Aufhebung des angefochtenen Urteils, die Nichtigerklärung des angefochtenen Beschlusses und die Verurteilung der Kommission zur Tragung der Kosten des Verfahrens.

41. In ihrer Rechtsmittelbeantwortung beantragt die Kommission, das Rechtsmittel zurückzuweisen und den Rechtsmittelführerinnen die Kosten aufzuerlegen.

42. Generaciones Eléctricas Andalucía, ehemals Viesgo Producción und Streithelferin im ersten Rechtszug, beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils.

¹¹ Urteil vom 20. Dezember 2017, Comunidad Autónoma de Galicia und Retegal/Kommission (C-70/16 P, EU:C:2017:1002).

43. Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 31. Mai 2022 ist Endesa Generación als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Rechtsmittelführerinnen zugelassen worden, und sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Verurteilung der Kommission zur Tragung der Kosten des vorliegenden Verfahrens.

V. Würdigung des Rechtsmittels

A. Vorbemerkungen

44. Auch wenn es sich um zwei verschiedene Rechtsmittelgründe handelt, stehen sie eindeutig miteinander in Verbindung: Mit dem ersten Rechtsmittelgrund wird beanstandet, dass das Gericht in Bezug auf den Begriff der Selektivität die Begründungspflicht fehlerhaft ausgelegt und angewandt habe, und mit dem zweiten Rechtsmittelgrund wird gerügt, dass das Gericht in Bezug auf den Begriff der Selektivität Art. 107 Abs. 1 AEUV fehlerhaft ausgelegt und angewandt habe.

45. Art. 107 und Art. 108 AEUV regeln staatliche Beihilfen auf primärrechtlicher Ebene, wobei der erstgenannte Artikel die allgemeinen Kriterien definiert, anhand deren eine Beihilfe als mit dem Binnenmarkt vereinbar beurteilt werden kann, und der zweitgenannte Artikel das Verfahren regelt, nach dem die Kommission die Beurteilung der Frage der Vereinbarkeit der Beihilfen mit dem Binnenmarkt vorzunehmen hat. Die Verordnung 2015/1589 enthält die Modalitäten der Anwendung von Art. 108 AEUV und beschreibt insbesondere in den Art. 4 bis 9 das Verfahren zur Beurteilung von Beihilfen: vorläufige Prüfung (Art. 4), Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens (Art. 6), Beschluss über den Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens (Art. 9).

46. Im Wesentlichen rügen die Rechtsmittelführerinnen und die Streithelferinnen, dass in dem angefochtenen Urteil der Beschluss der Kommission als fehlerfrei beurteilt worden sei, obwohl dieser Beschluss auf einer unzureichenden Begründung beruht habe. Insbesondere sei in dem Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens die Begründung in Bezug auf die Selektivität der erlassenen Maßnahme unangemessen gewesen, da die Vergleichbarkeit der Situationen der durch die Anreizmaßnahme begünstigten Personen und der übrigen Unternehmen nicht geprüft worden sei. Hilfsweise wird mit dem zweiten Rechtsmittelgrund beanstandet, dass in dem angefochtenen Urteil die Einstufung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt als fehlerfrei beurteilt worden sei (da insoweit kein Beurteilungsfehler vorgelegen habe).

47. Die Rechtsfrage, um die es in der vorliegenden Rechtssache geht, betrifft zusammengefasst den Umfang der Begründungspflicht der Kommission bei einem Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens und, hilfsweise, folgerichtig die Frage, ob die streitige Maßnahme zutreffend als eine nicht mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfe eingestuft werden kann. Zur Beurteilung der Frage, ob das angefochtene Urteil die von den Rechtsmittelführerinnen und den Streithelferinnen geltend gemachten Rechtsfehler aufweist, sind folgende Gesichtspunkte zu prüfen: a) die Anwendung der allgemeinen Grundsätze hinsichtlich der Begründung eines Beschlusses über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens; b) die Unterschiede, die hinsichtlich Zweck und Inhalt zwischen dem Beschluss über die Eröffnung und dem Beschluss über den Abschluss des Verfahrens bestehen, insbesondere in Bezug auf die Anforderungen an den vorläufigen und summarischen Charakter des Eröffnungsbeschlusses; c) die Notwendigkeit,

in diesem Eröffnungsbeschluss zu beurteilen, ob die Situation der von der Anreizmaßnahme Begünstigten mit der Situation der übrigen Unternehmen vergleichbar ist; d) die Verteilung der Beweislast zwischen der Kommission und den Parteien, die den Beschluss anfechten.

48. Im Wesentlichen ist erstens zu prüfen, ob das Gericht bei der Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Beschlusses über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens die allgemeinen Grundsätze hinsichtlich der Begründung der Beschlüsse der Unionsorgane und insbesondere bestimmte der im Bereich der staatlichen Beihilfe entwickelten Grundsätze richtig angewandt hat, zweitens, ob es dabei diese Grundsätze auf einen Beschluss wie den streitigen richtig angewandt hat, in dem die Kommission bei der (wenn auch vorläufigen) Würdigung der Selektivität einer Maßnahme keine Analyse der Vergleichbarkeit der Situation der von der Anreizmaßnahme Begünstigten mit der Situation der übrigen Unternehmen vorgenommen hat, und drittens, ob den betroffenen Parteien es dadurch konkret ermöglicht worden ist, ihre Verteidigungsrechte unter Einhaltung der im vorliegenden Fall anzuwendenden Regeln über die Beweislastverteilung auszuüben.

B. Zum ersten Rechtsmittelgrund: Verstoß gegen die Begründungspflicht

1. Vorbringen der Parteien

49. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund beanstanden die Rechtsmittelführerinnen eine vom Gericht fehlerhaft vorgenommene Auslegung der Anwendung der Begründungspflicht in Bezug auf das Selektivitätskriterium.

50. Die Streithelferinnen tragen vor, dass der erste Rechtsmittelgrund begründet sei, und dazu stützen sie sich auf ähnliche Argumente, wie sie von den Rechtsmittelführerinnen vorgetragen werden.

51. Die Rechtsmittelführerinnen rügen, dass Rn. 28 des angefochtenen Beschlusses keine ausreichende Begründung für die Bejahung der Selektivität der streitigen Maßnahme enthalte, und zwar insbesondere deshalb, weil der Eröffnungsbeschluss erhebliche rechtliche Auswirkungen wie die Aussetzung oder Rückforderung der auf dieser Grundlage gezahlten Beträge haben könne.

52. Generaciones Eléctricas Andalucía trägt ferner vor, dass jener Beschluss nicht nur zur Aussetzung der Zahlungen der angeblichen Beihilfe führen könne, sondern auch den nationalen Gerichten die Befugnis übertrage, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Personen zur Verantwortung zu ziehen, die gegen die Pflicht zur Aussetzung der Durchführung der Maßnahme verstießen (Urteil vom 21. November 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755).

53. Im Übrigen vertreten sowohl die Rechtsmittelführerinnen als auch die Streithelferinnen die Ansicht, dass der angefochtene Beschluss, auch wenn es sich dabei nur um einen Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens handle, eine Analyse der Vergleichbarkeit der betroffenen Gesellschaften beinhalten und gemäß Art. 296 AEUV angeben müsse, weshalb das anzuwendende Recht zwischen den verschiedenen Technologien unterscheide und inwiefern Kohlekraftwerke sich in einer rechtlichen und tatsächlichen Situation befänden, die mit der Situation der Kraftwerke vergleichbar sei, die andere Technologien verwendeten.

54. Sie tragen vor, dass das Gericht in den Rn. 64 und 65 des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler dadurch begangen habe, dass es das auf die Urteile vom 21. Dezember 2016, Kommission/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), und vom 20. Dezember 2017, Comunidad Autónoma de Galicia und Retegal/Kommission (C-70/16 P, EU:C:2017:1002), gestützte Vorbringen zurückgewiesen habe.

55. Des Weiteren habe das Gericht in Rn. 66 des angefochtenen Urteils die in den Urteilen vom 10. März 2016, HeidelbergCement/Kommission (C-247/14 P, EU:C:2016:149), und vom 21. Juli 2011, Alcoa Trasformazioni/Kommission (C-194/09 P, EU:C:2011:497), aufgestellten Grundsätze falsch ausgelegt und angewendet.

56. Es sei daher notwendig, eine eingehende und ordnungsgemäß dokumentierte Beurteilung der Selektivität einer Maßnahme auf der Grundlage einer gefestigten Rechtsprechung vorzunehmen. Diese Beurteilung müsse hinreichend detailliert sein, damit ein Gericht eine umfassende Prüfung vornehmen könne, insbesondere in Bezug auf die Beurteilung der Frage, ob die Situation der von der Maßnahme Begünstigten mit der Situation der nicht von der Maßnahme Begünstigten vergleichbar sei. Diese Beurteilungen müssten „ausreichend begründet“ sein, um eine umfassende gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten (Urteil vom 21. Dezember 2016, Kommission/World Duty Free Group SA u. a., C-20/15 P und C-21/15 P, EU:C:2016:981).

57. Nach Ansicht der Rechtsmittelführerinnen hat das Gericht in Rn. 74 des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler begangen, indem es befunden habe, dass es die Vornahme einer vorläufigen Vergleichbarkeitsanalyse im förmlichen Prüfverfahren schwierig mache, zwischen der Ausgangsentscheidung und der endgültigen Entscheidung am Ende des Verfahrens zu unterscheiden.

58. Ferner macht Generaciones Eléctricas Andalucía geltend, das Gericht habe auch die Natur der Befugnis der Kommission, die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens zu beschließen, missverstanden, bei der es sich nicht um eine Ermessensbefugnis, sondern um eine gebundene Befugnis handle.

59. Sie fügt hinzu, ein „einfacher Hinweis“ sei im Kontext von Art. 6 der Verordnung 2015/1589 unzureichend, da diese Vorschrift der Kommission aufgabe, eine objektive Beurteilung der potenziellen staatlichen Beihilfe vorzunehmen. Die Kommission müsse vor der Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens nachweisen, dass eine Maßnahme als staatliche Beihilfe eingestuft werden könne.

60. Daher hätte die Kommission die Schwierigkeiten angeben müssen, aufgrund deren eine eingehendere Prüfung erforderlich sei.

61. Nach Ansicht von EDP España hat das Gericht in Rn. 73 des angefochtenen Urteils den „*summarischen*“ Charakter der Argumentation der Kommission zur Selektivität der fraglichen Maßnahme anerkannt. Es habe in Rn. 66 aber versucht, diesen „*summarischen*“ Charakter dadurch zu überwinden, dass es befunden habe, dass die fragliche Maßnahme „*in einem der Klägerin aufgrund der Art ihrer Tätigkeiten bekannten Kontext*“ erlassen worden sei und dass sie, „*wie sich aus der Klage ergibt*“, von allen anwendbaren Vorschriften Kenntnis gehabt habe.

62. Schließlich habe das Gericht in den Rn. 68 bis 73 des angefochtenen Urteils irrigerweise versucht, diesen Begründungsfehler dadurch zu überwinden, dass es auf der Grundlage mehrerer Punkte des angefochtenen Beschlusses eine Begründung rekonstruiert habe.

63. Daher habe das Gericht irrigerweise befunden, dass die Kommission ihre Begründungspflicht nicht verletzt habe.

64. Die Kommission meint, dass der erste Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen sei. Ihrer Ansicht nach hat das Gericht im angefochtenen Urteil die Begründungspflicht richtig analysiert.

65. Die Kommission trägt vor, dass die Ausführungen des Gerichts in den Rn. 63 und 64 des angefochtenen Urteils, dass das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen und der Streithelferinnen ins Leere gehe, rechtsfehlerfrei seien. Die Entscheidung des Gerichts lasse sich auf das Urteil vom 21. Dezember 2016, Kommission/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), stützen, in dem der Gerichtshof nicht auf die Begründungspflicht eingegangen sei, sondern sein Augenmerk auf die Prüfung in der Sache gelegt habe. Im Urteil vom 20. Dezember 2017, Comunidad Autónoma de Galicia und Retegal/Kommission (C-70/16 P, EU:C:2017:1002), habe der Gerichtshof befunden, dass die Begründungspflicht verletzt worden sei, da die Selektivität der Maßnahme nur auf einen Tätigkeitsbereich angewendet worden sei. Im vorliegenden Fall sei jedoch festzustellen, dass der angefochtene Beschluss eine vorläufige Analyse enthalten habe und die Kommission nicht befunden habe, dass die Maßnahme einen Sektor begünstige.

66. Die Kommission erwidert auf die von den Rechtsmittelführerinnen gerügte fehlende Vergleichbarkeitsanalyse mit dem Hinweis auf Art. 6 Abs. 1 der Verordnung 2015/1589, wonach der Beschluss eine Zusammenfassung der wesentlichen Sach- und Rechtsfragen einschließlich einer vorläufigen Würdigung enthalten müsse. Daher sei in dem Fall, dass der Beschluss den in den Rn. 73 und 76 des angefochtenen Urteils angeführten Kriterien entspreche, die bloße Kürze einer Würdigung keine ausreichende Grundlage für eine Verletzung der Begründungspflicht.

67. Die Kommission meint, dass das Gericht zutreffend festgestellt habe, dass die Rechtsmittelführerinnen die Gründe verstanden hätten, weshalb die streitige Maßnahme als selektiv eingestuft worden sei, wie in Rn. 75 des angefochtenen Urteils ausgeführt worden sei.

68. Sie trägt vor, dass die rechtlichen Folgen der Eröffnung des genannten förmlichen Prüfverfahrens im vorliegenden Fall rein hypothetischer Natur seien und einer vorläufigen und summarischen Begründung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Verordnung 2015/1589 nicht entgegenstünden.

69. In seiner Prüfung des angefochtenen Beschlusses habe das Gericht zur Stützung seiner eigenen Würdigung auch andere Gesichtspunkte der Begründung des angefochtenen Beschlusses berücksichtigt. Der Gerichtshof habe auch anerkannt, dass bei den Beschlüssen der Kommission keine bestimmte Struktur beachtet werden müsse und bei der Beurteilung der Beachtung der Begründungspflicht der gesamte Inhalt des Beschlusses zu prüfen sei (Urteil vom 25. Juli 2018, Kommission/Spanien u. a., C-128/16 P, EU:C:2018:591, Rn. 93).

2. Würdigung

70. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass das Gericht bei der Kontrolle der Begründung des angefochtenen Beschlusses einen Rechtsfehler in Bezug auf die Selektivität der streitigen Maßnahme begangen habe.

71. In Bezug auf die dem ersten Rechtsmittelgrund zugrunde liegende Frage führt das Gericht im angefochtenen Urteil im Wesentlichen aus, dass ein Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens darauf beschränkt werden dürfe, die maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte wiederzugeben, und dass dieser vorläufige Würdigungen enthalte, die in diesem Verfahren einer eingehenden Prüfung unterzogen würden.

72. Diese Ausführungen sind zutreffend und vertretbar. Das Gericht zieht aber aus ihnen – wahrscheinlich in der Annahme, dass sich der Beschluss über die Eröffnung des Verfahrens und der Beschluss über dessen Abschluss hinsichtlich Funktion und Inhalt (auch hinsichtlich der Begründung) grundlegend unterschieden – Schlussfolgerungen, die meines Erachtens irrig sind und die rechtliche Begründung ungültig machen.

73. Das Gericht führt nämlich aus, dass erstens einige frühere Urteile des Gerichtshofs nicht auf den vorliegenden Fall anwendbar seien, da sie einen Beschluss über den Abschluss des Verfahrens¹² oder Situationen betrafen, in denen der spezifische Aspekt der Begründungspflicht nicht geprüft worden sei¹³, dass zweitens der Beschluss der Kommission trotz seines summarischen Charakters angemessen begründet worden sei, da, wie sich in den nachfolgenden Verteidigungsvorbringen erwiesen habe, die Parteien in der Lage gewesen seien, die diesem Beschluss zugrunde liegenden Gründe zu verstehen, und dieser Beschluss in einem den Parteien wohlbekannten Kontext erlassen worden sei, und dass drittens eine zum Nachweis der Selektivität der Maßnahme vorgenommene Analyse der Vergleichbarkeit der verschiedenen Unternehmen in einem Eröffnungsbeschluss verfrüht gewesen wäre, da sie die nach Abschluss des Verfahrens zu ziehenden Schlussfolgerungen hätte vorwegnehmen können.

74. Nach gefestigter Rechtsprechung muss die in Art. 296 AEUV vorgeschriebene Begründung der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein und die Überlegungen des Organs, das den Rechtsakt erlassen hat, so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und der Gerichtshof seine Kontrolle durchführen kann. Das Begründungserfordernis ist anhand aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, insbesondere des Inhalts des Rechtsakts, der Art der angeführten Gründe und des Interesses, das die Adressaten des Rechtsakts oder andere unmittelbar und individuell von ihm betroffene Personen an Erläuterungen haben können. In der Begründung brauchen nicht alle tatsächlich und rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden, da die Frage, ob die Begründung eines Rechtsakts den Erfordernissen des Art. 296 AEUV genügt, nicht nur anhand seines Wortlauts zu beurteilen ist, sondern auch anhand seines Kontexts sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet (Urteil vom 10. März 2016, HeidelbergCement/Kommission, C-247/14 P, EU:C:2016:149, Rn. 16).

75. Im Rahmen der Anwendung dieses Grundsatzes auf die Beschlüsse der Kommission im Bereich der staatlichen Beihilfe ist festzustellen, dass der Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens keine Maßnahme ist, bei der die Begründungspflicht keine große Bedeutung hat oder oberflächlich ist.

76. Eine aufmerksame Lektüre der Art. 4, 6 und 7 der Verordnung 2015/1589 zeigt nämlich, dass der Beschluss über die Eröffnung des Verfahrens in zeitlicher und logischer Hinsicht eine vorläufige Prüfung erfordert: Die Kommission führt mit dem betroffenen Staat eine Untersuchung durch, in der die Gesichtspunkte geprüft werden, anhand deren eine bestimmte Maßnahme als Beihilfe eingestuft und der – wenn auch vorläufige – Schluss gezogen werden

¹² Urteil vom 20. Dezember 2017, Comunidad Autónoma de Galicia und Retegal/Kommission (C-70/16 P, EU:C:2017:1002).

¹³ Urteil vom 21. Dezember 2016, Kommission/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971).

kann, dass Zweifel bestehen, ob die geprüfte Maßnahme mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Kommt die Kommission nicht zu diesem Schluss, schließt sie das Verfahren mit dem Beschluss ab, dass sie keine Einwände erhebt.

77. Der Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens ist somit nicht der erste Rechtsakt, infolge dessen alle Gesichtspunkte geprüft werden, anhand deren eine bestimmte Maßnahme als verbotene Beihilfe eingestuft werden kann, sondern die nächste Stufe, auf der die Kommission, nachdem sie bereits eine vorläufige Prüfung vorgenommen hat, zu dem – wenn auch vorläufigen – „Schluss“ gekommen ist, dass Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Maßnahme mit dem Binnenmarkt bestehen. Das auf den Eröffnungsbeschluss folgende Verfahren dient dazu, alle Beteiligten in die Lage zu versetzen, ihre Verteidigungsrechte auszuüben, indem sie Argumente zur Widerlegung der Rechtsauffassung der Kommission vortragen, nach der eine bestimmte Maßnahme (wenn auch vorläufig) als nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar einzustufen ist.

78. Daraus folgt, dass die Kommission unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles bereits im Eröffnungsbeschluss alle Argumente und Rechtsauffassungen vortragen muss, aufgrund deren sie die Maßnahme für mit dem Binnenmarkt unvereinbar hält, und dass sie ihre Analyse nicht auf einen späteren Zeitpunkt verschieben kann.

79. Die Vorläufigkeit der Würdigung darf weder dahin verstanden werden, dass es sich dabei um eine oberflächliche Beurteilung handelt, noch darf sie dazu führen, dass Analysen, Tests und Vergleiche unterlassen werden, die bereits bei der Verfahrenseröffnung erfolgen können.

80. Nur dann, wenn es insbesondere in bestimmten, technisch komplexen Fällen nicht möglich ist, eine bestimmte Analyse vorzunehmen, da diese nur auf der Grundlage bestimmter tatsächlicher Faktoren erfolgen kann, die erst in dem der Eröffnung folgenden Verfahren verfügbar sind, darf die Kommission unter Angabe des Grundes die Analyse, den Test oder die Beurteilung auf den Zeitpunkt des endgültigen Beschlusses verschieben.

81. Der Eröffnungsbeschluss hat deshalb, wie von den Rechtsmittelführerinnen und Streithelferinnen wiederholt vorgebracht wurde, bereits als solcher eine eigenständige Bedeutung und kann auf die wirtschaftlichen Interessen der Parteien konkrete und relevante Auswirkungen haben. Wird ein förmliches Verfahren zur Prüfung von staatlichen Beihilfen eröffnet, müssen die Zahlungen der mutmaßlichen Beihilfe ausgesetzt werden und werden die nationalen Gerichte ermächtigt, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Konsequenzen aus der Verletzung der Pflicht zur Aussetzung der angefochtenen Maßnahme zu ziehen¹⁴.

82. Aus denselben Gründen muss die Frage, ob die in der zu Beihilfen ergangenen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze anwendbar sind, sorgfältig geprüft werden, ohne dass bestimmte Grundsätze, die in den Fällen aufgestellt worden sind, in denen Beschlüsse über den Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens zu prüfen waren, als unanwendbar verworfen werden können.

¹⁴ Vgl. Beschluss vom 13. November 2019, mit dem der Gerichtshof die Streithilfe von EDP España zugelassen hat, da sie ein unmittelbares und gegenwärtiges Interesse am Rechtsstreit dargetan hatte.

83. Die in den Art. 6 und 9 der Verordnung 2015/1589 vorgesehenen Beschlüsse über die Eröffnung und den Abschluss des Verfahrens unterscheiden sich zweifellos voneinander und dienen unterschiedlichen Zwecken. Aus den oben dargestellten Gründen ist es jedoch nicht möglich, von einer Würdigung der vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätze nur deshalb abzusehen, weil sie sich auf ein Abschlussverfahren beziehen.

84. Der Zweck des auf die Eröffnung folgenden Verfahrens besteht nämlich darin, es den Parteien zu ermöglichen, die Kommission davon zu überzeugen, die bei der Eröffnung vertretene ursprüngliche Ansicht zu ändern, dass eine bestimmte Maßnahme eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe darstelle.

85. Im Urteil Comunidad Autónoma hat der Gerichtshof eine Verletzung der Begründungspflicht in Bezug auf den Selektivitätsgrundsatz festgestellt und ausgeführt, dass eine Maßnahme, die nur einem Produktionszweig oder einem Teil der Unternehmen dieses Produktionszweigs zugutekommt, nicht zwangsläufig selektiv ist, und dass sie es nur dann ist, wenn sie im Rahmen einer bestimmten rechtlichen Regelung bewirkt, dass bestimmte Unternehmen gegenüber anderen begünstigt werden, die einem anderen oder demselben Wirtschaftszweig angehören und sich im Hinblick auf das mit dieser Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden¹⁵.

86. Auch wenn das Urteil Comunidad Autónoma einen Beschluss der Kommission betrifft, der zum Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens erlassen wurde, ist zu beachten, dass der Gerichtshof sich auf im Urteil Lübeck¹⁶ aufgestellte Grundsätze stützt, das einen Beschluss über die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens betraf.

87. Daraus folgt auch, dass die Kommission eine Analyse der Vergleichbarkeit der verschiedenen Unternehmen des Sektors hätte vornehmen können und sogar müssen. Daher sind die Ausführungen des Gerichts unzutreffend, dass, „wenn in der Phase der vorläufigen Analyse in einem Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens eine Begründung im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Situationen in jedem Fall verlangt würde, eine solche Begründung vorzeitig sein und die Schlussfolgerungen vorwegnehmen könnte, die zum Abschluss dieses Verfahrens zu ziehen sind“, und dadurch die Gefahr bestünde, dass es „zu einer Aufweichung der Grenzen zwischen dem Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens und dem Beschluss über den Abschluss dieses Verfahrens“ kommen könnte¹⁷.

88. Ich vertrete die Ansicht, dass die Kommission – auch in der Phase der Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens – die Gründe angeben muss, weshalb aufgrund des Umstands, dass eine Maßnahme nur bestimmte Unternehmen eines Sektors begünstigt, angenommen werden kann, dass sie *a priori* als selektiv einzustufen ist, und dass sie in einem solchen Kontext noch nicht einmal von einer vorläufigen Prüfung der Vergleichbarkeit der von der Maßnahme begünstigten Unternehmen mit den im selben Sektor tätigen Unternehmen, die nicht begünstigt werden, absehen kann.

¹⁵ Urteil vom 20. Dezember 2017, Comunidad Autónoma de Galicia und Retegal/Kommission (C-70/16 P, EU:C:2017:1002), Rn. 61.

¹⁶ Urteil vom 21. Dezember 2016, Kommission/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), Rn. 58: „[Eine] Maßnahme, die nur einem Produktionszweig oder einem Teil der Unternehmen dieses Produktionszweigs zugutekommt, [ist] nicht zwangsläufig selektiv. [Sie ist] es nämlich nur dann, wenn sie im Rahmen einer bestimmten rechtlichen Regelung bewirkt, dass bestimmte Unternehmen gegenüber anderen begünstigt werden, die einem anderen oder demselben Wirtschaftszweig angehören und sich im Hinblick auf das mit dieser Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden“.

¹⁷ Angefochtenes Urteil, Rn. 74.

89. Was die Ausführung des Gerichts anbelangt, die Parteien hätten den Kontext sehr wohl gekannt und in ihren Verteidigungsvorbringen auch zur Vergleichbarkeit mit anderen Unternehmen Stellung genommen, vertrete ich die Ansicht, dass dem Gericht insoweit ein Rechtsfehler unterlaufen ist, der sich auf die Beweislastverteilung negativ ausgewirkt hat und auch den zweiten Rechtsmittelgrund berührt¹⁸.

90. Die Kommission muss im Eröffnungsbeschluss alle Analysen vornehmen, die geeignet sind, den Parteien den Versuch zu ermöglichen, die rechtlichen Argumente zu widerlegen, aufgrund deren die vom Mitgliedstaat erlassene Maßnahme (vorläufig) als eine staatliche Beihilfe einzustufen ist, die mit dem Binnenmarkt unvereinbar sein könnte.

91. Es würde der normalen Beweislastverteilung zuwiderlaufen, würde man den Parteien die Pflicht auferlegen, die Rechtsauffassung der Kommission indirekt oder durch Induktion zu rekonstruieren, um sie zu widerlegen.

92. Die Kommission hätte deshalb die Vergleichbarkeit der jeweiligen Situation der auf dem Markt präsenten Wirtschaftsteilnehmer analysieren und dabei alle Argumente vortragen müssen, auf die die Einstufung einer staatlichen Beihilfe als nicht mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfe gestützt werden kann, auch wenn es sich um eine vorläufige Analyse handelt, die im Lauf des förmlichen Prüfverfahrens geändert werden kann.

93. Im Urteil Deutsche Post/Kommission¹⁹, das einen Beschluss über die Ausweitung eines wegen eines Begründungsmangels für fehlerhaft beurteilten förmlichen Verfahrens betrifft, wurde klargestellt, dass die Kommission nach Abschluss der vorläufigen Würdigung der Maßnahme ihren Beschluss begründen muss, wenn sie beschließt, ein förmliches Prüfverfahren zu eröffnen²⁰.

94. Im Übrigen muss nach dem genannten Urteil des Gerichts „jeder Beschluss, den die Kommission nach Abschluss der Vorprüfungsphase erlässt, eine vorläufige Würdigung des Beihilfecharakters der fraglichen staatlichen Maßnahme ... enthalten“²¹.

95. Die Vergleichbarkeitsanalyse darf daher nie dem förmlichen Prüfverfahren überlassen werden, da Schlussfolgerungen – wenn auch vorläufige – jederzeit möglich sind.

96. Zwar hat die Kommission zutreffend vorgetragen, dass bei der Beurteilung der Begründung eines Beschlusses dessen gesamter Inhalt zu prüfen ist²², doch ist festzustellen, dass in dem in Rede stehenden Beschluss eine Vergleichbarkeitsanalyse völlig fehlt.

97. Im Licht dieser Erwägungen stelle ich fest, dass dem ersten Rechtsmittelgrund stattgegeben werden kann.

¹⁸ Siehe unten.

¹⁹ Urteil vom 10. April 2019, Deutsche Post/Kommission (T-388/11, EU:T:2019:237).

²⁰ „[Jeder] Beschluss, den die Kommission nach Abschluss der Vorprüfungsphase erlässt, [muss] eine vorläufige Würdigung des Beihilfecharakters der fraglichen staatlichen Maßnahme und – wenn sie die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens beschließt – Ausführungen über die Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt enthalten, denn anderenfalls würde die Begründungspflicht nach Art. 296 Abs. 2 AEUV ausgehöhlt“.

²¹ Urteil vom 10. April 2019, Deutsche Post/Kommission (T-388/11, EU:T:2019:237), Rn. 72.

²² Urteil vom 25. Juli 2018, Kommission/Spanien u. a. (C-128/16 P, EU:C:2018:591), Rn. 93.

C. Zum zweiten Rechtsmittelgrund: Verstoß gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV in Bezug auf das Selektivitätskriterium

1. Vorbringen der Parteien

98. Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführerinnen einen Verstoß gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV in Bezug auf das Selektivitätskriterium geltend.

99. Die Streithelferinnen stützen ihr Vorbringen, dass der zweite Rechtsmittelgrund begründet sei, auf ähnliche Argumente wie die der Rechtsmittelführerinnen.

100. Naturgy Energy Group beanstandet die Ausführungen des Gerichts in Rn. 82 des angefochtenen Urteils und hebt hervor, dass nach ihrem Vorbringen die Kommission bei der Würdigung der Selektivität der fraglichen Maßnahme einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen habe.

101. Die Rechtsmittelführerinnen und die Streithelferinnen argumentieren, dass das Gericht eine eingehende Prüfung der von der Kommission vorgenommenen Analyse der Selektivität der fraglichen Maßnahme hätte vornehmen müssen (Naturgy führt das Urteil vom 22. Dezember 2008, *British Aggregates/Kommission*, C-487/06 P, EU:C:2008:757, Rn. 111, an). Insoweit verweisen die Rechtsmittelführerinnen auf die Würdigung des Gerichtshofs im Urteil vom 21. Dezember 2016, *Kommission/Hansestadt Lübeck*, (C-524/14 P, EU:C:2016:971), in dem der Gerichtshof festgestellt habe, dass in Bezug auf die Selektivität einer Maßnahme, die schon Gegenstand eines Beschlusses über die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens gewesen sei, ein Rechtsfehler und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler vorliege.

102. Naturgy Energy Group führt aus, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, indem es die Investitionen, die vor 1998 getätigt worden seien, mit jenen verglichen habe, die nach 1998 vorgenommen worden seien, anstatt zu prüfen, ob Nr. 10 Abs. 2 des Anhangs III des ITC/2794/2007 eine selektive Maßnahme darstelle. Diese Bestimmung gestatte es der Regierung, alle Kraftwerke, unabhängig von ihrer Technologie, bei Investitionen größeren Umfangs zu unterstützen.

103. Zur Vergleichbarkeit der Situation der Kohlekraftwerke mit jener von Kraftwerken, die nicht Kohle als Hauptbrennstoff verwenden, führen die Rechtsmittelführerinnen und die Streithelferinnen aus, dass das Gericht nicht nur bei der Prüfung des offensichtlichen Fehlers einen Rechtsfehler begangen habe, sondern auch in den Rn. 102 bis 126 des angefochtenen Urteils die Beweislast dadurch umgekehrt habe, dass es befunden habe, dass die Klägerin hätte nachweisen müssen, dass gegenüber Kraftwerken, die nicht Kohle als Hauptbrennstoff verwendeten, keine Diskrimination vorliege (Urteil vom 8. September 2011, *Kommission/Niederlande*, C-279/08 P, EU:C:2011:551, Rn. 62).

104. Die Kommission hätte die Diskriminierungsfälle ermitteln müssen, und zwar auch im Rahmen einer vorläufigen Würdigung. Wie vom Gericht festgestellt worden sei, hätten dabei auch die Fälle ermittelt werden müssen, die den in den Rn. 121 und 124 des angefochtenen Urteils genannten Fällen entsprochen hätten.

105. EDP España weist insbesondere darauf hin, dass das Gericht anerkannt habe, dass die Würdigung der Angemessenheit der Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens nicht auf die Suche nach offensichtlichen Beurteilungsfehler beschränkt werden könne, sondern darüber hinaus gehen müsse (Urteil vom 8. September 2021, Achema und Achema Gas Trade/Kommission, T-193/19, nicht veröffentlicht, EU:T:2021:558, Rn. 43 und 44).

106. Wenn das Gericht daher eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit gemäß der Rechtsprechung der Unionsgerichte vorgenommen hätte, so hätte es im angefochtenen Urteil zu derselben Schlussfolgerung gelangen müssen.

107. Endesa Generación trägt sodann vor, dass das Gericht dann, wenn das Kriterium zur Beurteilung des Vorliegens einer Beihilfe auf einem offensichtlichen Beurteilungsfehler beruht hätte, hätte feststellen müssen, dass der Kommission bei der Prüfung der Frage, ob die angefochtene Maßnahme selektiv gewesen sei, ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen sei. Diese Auffassung werde durch die in Rn. 28 des angefochtenen Beschlusses enthaltene Erläuterung bestätigt.

108. Sie trägt vor, dass das angefochtene Urteil jedenfalls insoweit einen Rechtsfehler aufweise, als das Gericht befunden habe, dass der Kommission im angefochtenen Beschluss kein solcher Fehler unterlaufen sei, als sie die – vorläufige – Schlussfolgerung gezogen habe, dass die streitige Maßnahme allein deshalb selektiv sei, da sie für bestimmte Unternehmen gelte, ohne dabei die Vergleichbarkeitsanalyse vorzunehmen, die von der Rechtsprechung zur Ermittlung des selektiven Charakters der Maßnahme verlangt werde.

109. Schließlich vertritt Generaciones Eléctricas Andalucía die Ansicht, dass sich das Gericht irrig allein auf das Erfordernis eines offensichtlichen Beurteilungsfehlers konzentriert habe, da die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahren erhebliche Auswirkungen habe. Sie trägt vor, dass die Kommission nicht befugt sei, die Eröffnung dieses Verfahrens zu beschließen, und dass sie vielmehr feststellen müsse, dass die geprüften Situationen das Kriterium der Selektivität erfüllen.

110. Sie weist ein weiteres Mal darauf hin, dass das Gericht im angefochtenen Urteil die Vorläufigkeit der Würdigung im Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens mit dem Bestehen einer Ermessensbefugnis der Kommission verwechselt habe.

111. Nach Ansicht der Kommission ist der zweite Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

112. Sie trägt vor, dass das spanische Recht, das differenzierte Zahlungen an Stromerzeuger erlaube, keinen Einfluss auf den selektiven Charakter der Maßnahme habe. Selbst wenn es bei den nach einem bestimmten Zeitpunkt errichteten Kraftwerken zu einem Investitionsertrag kommen könne, werde durch die Maßnahme doch ein selektiver Vorteil in Höhe eines variablen Betrags gewährt (Urteil vom 22. Juni 2006 in den verbundenen Rechtssachen C-182/03 und C-217/03, Belgien und Forum 187/Kommission, EU:C:2006:416, Rn. 112 und 120). Im Übrigen könnten nur die im PNRE-GIC aufgeführten kohlebefeuernten Anlagen von dieser Maßnahme begünstigt werden.

113. Sie macht geltend, dass nach gefestigter Rechtsprechung die Rechtmäßigkeitskontrolle eines Beschlusses über die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens auf die Kontrolle eines offensichtlichen Beurteilungsfehlers beschränkt sei (Urteil vom 21. Dezember 2016, Kommission/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, Rn. 78).

114. Im Übrigen macht sie geltend, dass ein die Nichtigerklärung des Beschlusses rechtfertigender offensichtlicher Fehler der Kommission bei der Würdigung eines komplexen Sachverhalts nur festgestellt werden könne, wenn die von den Rechtsmittelführerinnen vorgebrachten Beweise ausreichten, um die in dem Rechtsakt enthaltene Sachverhaltswürdigung als nicht plausibel erscheinen zu lassen, und dass das Gericht – vorbehaltlich dieser Plausibilitätsprüfung – nicht seine Beurteilung komplexer Umstände an die Stelle derjenigen des Verfassers dieses Beschlusses setzen dürfe (Urteil vom 15. Oktober 2009, *Enviro Tech [Europe]*, C-425/08, EU:C:2009:635, Rn. 47).

115. Folglich kann nach Ansicht der Kommission auch nicht argumentiert werden, dass das Gericht bei seiner Würdigung der Selektivität einen Rechtsfehler begangen habe, da keine Beweise vorgelegt worden seien, die die Plausibilität der im angefochtenen Beschluss enthaltenen Beurteilungen widerlegten. Diese Beweispflicht sei wesensmäßiger Bestandteil einer jeden Würdigung eines offensichtlichen Fehlers und habe nichts damit zu tun, dass es Sache der Kommission sei, den – vorläufigen – Nachweis zu erbringen, dass die Maßnahme selektiv sei.

116. Die Würdigung des Gerichts in den Rn. 102 bis 126 des Urteils erfülle daher uneingeschränkt die Anforderungen der von der Rechtsprechung geforderten Rechtmäßigkeitskontrolle. Das Gericht habe die sachliche Richtigkeit aller angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz geprüft, um sicherzustellen, dass bei der Beurteilung der komplexen Situation alle relevanten Daten berücksichtigt würden (Urteil vom 22. November 2007, *Spanien/Lenzing*, C-525/04 P, EU:C:2007:698, Rn. 57, und vom 6. November 2008, *Niederlande/Kommission*, C-405/07 P, EU:C:2008:613).

117. Die Rüge, dass das Gericht die Frage, ob Anhang III Nr. 10 Abs. 2 des Beschlusses ITC/2794/2007 eine selektive Maßnahme darstelle, nicht zutreffend beurteilt habe, sei unbegründet. Denn die Beihilfe sei auf der Grundlage einer nachfolgenden Verordnung (Verordnung ITC/3860/2007) gewährt worden, was im vierten Erwägungsgrund des angefochtenen Beschlusses bestätigt und vom Gericht in Rn. 109 des angefochtenen Urteils anerkannt werde.

118. Naturgy Energy Group habe ihre Rüge, dass die Würdigungen des Gerichts, insbesondere jene in den Rn. 102 und 105 des angefochtenen Urteils, fehlerhaft seien, nicht begründet. Nach Ansicht der Kommission hat das Gericht eine eingehende Würdigung des nationalen Rechts vorgenommen und festgestellt, dass keine Beweise für die Annahme vorlägen, dass die in Rede stehende Regelung dazu bestimmt gewesen sei, nur nach 1998 getätigte Großinvestitionen zu begünstigen.

119. Die Kommission hat vorgetragen, dass die vorgebrachten Argumente nicht nur unbegründet seien, sondern auch ins Leere gingen. Denn Art. 107 Abs. 1 des Vertrags unterscheide, wie nach gefestigter Rechtsprechung bestätigt werde, Maßnahmen des Staates nicht nach deren Gründen oder Zwecken, sondern bewerte sie vielmehr anhand von deren Wirkungen. Daher sei der Begriff der Beihilfe objektiv zu verstehen, so dass es bei ihm in erster Linie darauf ankomme, ob eine staatliche Maßnahme einem oder mehreren Unternehmen einen Vorteil gewähre. Wenn das Vorliegen einer Beihilfe festgestellt worden sei, müsse die Kommission prüfen, ob die Beihilfe so strukturiert sei, dass sie gewährleiste, dass ihre positiven Auswirkungen, die sich aus Verfolgung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels ergäben, größer seien als ihre negativen Folgen für den Handel und den Wettbewerb.

120. Im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Kohlekraftwerke mit den Kraftwerken, die keine Kohle als Brennstoff verwendeten, und das Vorbringen, das im Wesentlichen dahin geht, dass das Gericht den angefochtenen Beschluss für nichtig hätte erklären müssen, da er keine detaillierte Analyse der Vergleichbarkeit dieser zwei Gruppen von Unternehmen enthalte, erinnert die Kommission daran, dass sie nach den Erläuterungen im angefochtenen Beschluss die streitige Maßnahme als selektiv ansehe, da nur die im PNRE-GIC aufgeführten Kohlekraftwerke begünstigt würden, im Unterschied zu anderen Kohlekraftwerken oder Kraftwerken, die eine andere Technologie verwendeten. Sie kommt zu dem Schluss, dass das Gericht in den Rn. 117 bis 126 des angefochtenen Urteils auf der Grundlage des Vorbringens der Rechtsmittelführerinnen und der Streithelferinnen zutreffend geprüft habe, ob der Kommission ein offensichtlicher Beurteilungsfehler unterlaufen sei, da Kohlekraftwerke sich nicht in einer tatsächlichen und rechtlichen Situation befänden, die mit jener der Kraftwerke, die andere Technologietypen benutzten, vergleichbar sei, und dass das Gericht zutreffend befunden habe, dass in den Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen und der Streithelferinnen diese Schlussfolgerung nicht in Frage gestellt werde.

121. Die Kommission trägt vor, dass die Beweislast daher zu keiner Zeit umgekehrt worden sei; das Gericht habe geprüft, ob die von der Kommission in dem angefochtenen Beschluss vorgenommene Beurteilung begründet sei und ob das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen diese Beurteilung unplausibel mache. Somit hätten die Rechtsmittelführerinnen nicht dargetan und noch nicht einmal vorgetragen, dass das Gericht den Sachverhalt, auf den es seine Schlussfolgerungen gestützt habe, verfälscht habe.

2. Würdigung

122. Der zweite Rechtsmittelgrund wird hilfsweise für den Fall geltend gemacht, dass der Gerichtshof dem ersten Rechtsmittelgrund nicht stattgeben sollte. Da ich dem Gerichtshof vorschlage, dem ersten Rechtsmittelgrund stattzugeben, beschränke ich mich auf einige kurze Ausführungen zum zweiten Grund, und zwar auch deshalb, weil, wie oben dargestellt, die beiden Rechtsmittelgründe eng miteinander zusammenhängen.

123. Mit dem zweiten Grund machen die Rechtsmittelführerinnen einen Rechtsfehler bei der Kontrolle der Anwendung von Art. 107 Abs. 1 AEUV in Bezug auf die Selektivität der fraglichen Maßnahme geltend.

124. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Einstufung einer Maßnahme als „staatliche Beihilfe“ durch einen Beschluss über die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens auf die Prüfung beschränkt, ob die Kommission keine offenkundigen Beurteilungsfehler begangen hat²³. Die Kommission muss ein förmliches Prüfverfahren durchführen, wenn sie über keine Nachweise verfügt, dass die angemeldete Maßnahme mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, oder wenn sie Zweifel hat, ob die Maßnahme als Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen ist²⁴.

125. Im selben Urteil stellte der Gerichtshof fest, dass die Kommission, wenn ein Mitgliedstaat im Rahmen ihrer vorläufigen Würdigung in Abrede stellt, dass seine Maßnahmen Beihilfen darstellen, auf der Grundlage der vom Mitgliedstaat übermittelten Informationen eine

²³ Urteil vom 21. Juli 2011, Alcoa Trasformazioni/Kommission (C-194/09 P, EU:C:2011:497), Rn. 61, und Urteil vom 21. Dezember 2016, Kommission/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), Rn. 78.

²⁴ Urteil vom 16. März 2021, Kommission/Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201), Rn. 50.

eingehende Prüfung der Frage vornehmen muss, auch wenn diese Prüfung nicht zu einer abschließenden Beurteilung führt. Ferner muss dann, wenn sich aus den zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens zur Verfügung stehenden Gesichtspunkten ergibt, dass die Maßnahme nicht als neue Beihilfe eingestuft werden kann, der Beschluss, das Verfahren in Bezug auf diese Maßnahme einzuleiten, für nichtig erklärt werden²⁵.

126. Zweitens hat das Gericht in Rn. 99 des angefochtenen Urteils ausgeführt, dass das Gericht nicht endgültig darüber zu befinden habe, ob die streitige Maßnahme offensichtlich selektiv oder nicht selektiv sei²⁶. Der Gerichtshof ist nämlich der Auffassung, dass sich der Unionsrichter einer abschließenden Entscheidung über von der Kommission nur vorläufig behandelte Fragen zu enthalten hat²⁷.

127. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung weist das Gericht im ersten Rechtszug den „Klagegrund“ eines Rechtsfehlers bei der Einstufung der streitigen Maßnahme als Beihilfe auf der Grundlage des Umstands zurück, dass den Rechtsmittelführerinnen und Streithelferinnen nicht der Nachweis gelungen sei, dass die Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen habe.

128. Der Kernpunkt dieser Argumentation liegt in dem mehrfach hervorgehobenen Zusammenhang zwischen den zwei Rechtsmittelgründen: Nach der Darstellung des Gerichts hat die Kommission im Rahmen des Eröffnungsbeschlusses im Wesentlichen eine in gewisser Weise beschränkte Beweispflicht, die sich auf eine summarische Wiedergabe des Sachverhalts und der rechtlichen Faktoren beschränkt, verbunden mit der Möglichkeit, hinsichtlich einer späteren umfassenden Würdigung auf das nachfolgende Eröffnungsverfahren zu verweisen, und zwar dort einschließend einer Analyse der Vergleichbarkeit der von der Maßnahme begünstigten Unternehmen mit den – im selben Sektor tätigen – Unternehmen, die davon nicht begünstigt werden.

129. Was sodann den Umfang der dem Gericht eingeräumten Prüfungsbefugnis und die sich daraus für die Parteien ergebende Beweislast anbelangt, wenn sie eine andere Ansicht als die Kommission vertreten (in dem Sinne, dass keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Einstufung der streitigen Maßnahme als eine mit nicht mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfe vorliegen), seien die Parteien verpflichtet, das Bestehen eines offensichtlichen Beurteilungsfehlers nachzuweisen, indem sie die unvollständige, weil im Laufe des Verfahrens zu vervollständigende Argumentation der Kommission mit einer Vielzahl von Rügen und Nachweisen widerlegten.

130. Diese Argumentation greift aber in die korrekte Beweislastverteilung ein.

131. Die Kommission ist verpflichtet, zusammen mit dem Mitgliedstaat eine vorläufige Prüfung vornehmen, die den Erlass eines Beschlusses über die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens aus dem Grund rechtfertigt, weil die streitige Maßnahme anhand der bekannten Faktoren als Beihilfe eingestuft werden kann und Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt bestehen.

²⁵ Urteil vom 16. März 2021, Kommission/Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201), Rn. 53.

²⁶ Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 21. Dezember 2016, Kommission/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), Rn. 73.

²⁷ Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 23. Oktober 2002, Diputación Foral de Guipúzcoa/Kommission (T-269/99, T-271/99 und T-272/99, EU:T:2002:258), Rn. 48, und Urteil vom 25. März 2009, Alcoa Trasformazioni/Kommission (T-332/06, nicht veröffentlicht, EU:T:2009:79), Rn. 61.

132. Der Eröffnungsbeschluss muss eine vorläufige, aber vollständige Analyse enthalten, die auf den bekannten Daten und Faktoren beruht, damit die Parteien von allen rechtlichen Erwägungsgründen Kenntnis erlangen können, die Grundlage der Einstufung der Maßnahme als eine nicht mit Binnenmarkt vereinbare Beihilfe sind. Diese Würdigung durch die Kommission ist vorläufig (aber, wie bereits ausgeführt, nicht unvollständig), da sie im Lauf des Verfahrens aufgrund des Vorbringens der Beteiligten geändert werden kann.

133. Den Verteidigungsrechten der Parteien wird daher in vollem Umfang Rechnung getragen, wenn diese in die Lage versetzt werden, bereits zum Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses von allen rechtlichen Faktoren und Auffassungen, die der – wenn auch vorläufigen – Einstufung durch die Kommission zugrunde liegen, Kenntnis zu erlangen. Nur in dem Fall, dass bestimmte Beurteilungen oder Tests wegen der besonderen technischen Komplexität die Ermittlung weiterer Faktoren erfordern, die die Kommission nur unter Einbeziehung anderer Beteiligter als dem Mitgliedstaat (mit dem im Rahmen der vorläufigen Prüfung bereits ein Austausch stattgefunden hat) prüfen kann, können diese Beurteilungen oder Tests unter Angabe entsprechender Gründe bis zum Verfahren aufgeschoben werden. Dies gilt auch für die Vergleichbarkeitsanalyse.

134. Wenn die wie oben beschriebene Beweislast beachtet wird, darf angenommen werden, dass das Gericht nur prüfen darf, ob die Kommission bei ihrer Würdigung einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, da der Richter die bereits erfolgten komplexen und eingehenden Beurteilungen keiner sachlichen Prüfung unterziehen darf. Andernfalls, also im Fall einer fehlenden und unvollständigen Begründung, birgt eine Beschränkung der Prüfungsbefugnis des Richters auf das Vorliegen eines offensichtlichen Fehlers in der Analyse der Kommission die Gefahr, dass es zu einer Umkehr der richtigen Beweislastverteilung zulasten der Beteiligten kommt, die eine der Auffassung der Kommission entgegenstehende Ansicht vertreten wollen.

135. Im vorliegenden Fall teile ich zwar die Ansicht der Kommission zu den Grenzen der Prüfungsbefugnis des Richters, wie sie in der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofs²⁸ zur Einstufung der streitigen Maßnahme als selektiv bestätigt worden sind, doch hindern mich die oben dargestellten Begründungsmängel an dem Schluss, dass der zweite Rechtsmittelgrund, der dem ersten Rechtsmittelgrund zu Recht untergeordnet ist, zurückzuweisen ist.

136. Sollte der Gerichtshof nicht zu dem Ergebnis kommen, dass dem ersten Rechtsmittelgrund stattzugeben ist, und sollte er somit die Auffassung vertreten, dass die Erwägungen des Gerichts, das einen Begründungsmangel im Beschluss der Kommission verneint hat, fehlerfrei sind, dann könnte wegen der sich aus den Akten ergebenden Gesichtspunkte, insbesondere dem Fehlen einer vergleichenden Analyse im Eröffnungsbeschluss, angenommen werden, dass der Beschluss der Kommission einen offensichtlichen Beurteilungsfehler aufweist.

VI. Ergebnis

137. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor:

- dem ersten Rechtsmittelgrund stattzugeben,
- das angefochtene Urteil aufzuheben und den Beschluss der Kommission für nichtig zu erklären.

²⁸ Urteil vom 16. März 2021, Kommission/Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201), Rn. 50 und 52.