Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MELCHIOR WATHELET
vom 1. Juli 2015 [1]

Rechtssache C-357/14 P

Electrabel SA,
Dunamenti Erőmű Zrt.
gegen

Europäische Kommission

„Rechtsmittel — Beihilfen der ungarischen Behörden zugunsten bestimmter Stromerzeuger — Strombezugsverträge zwischen dem staatlichen Unternehmen ‚MVM' und bestimmten Stromerzeugern — Bedingungen, die diese Erzeuger in eine günstige wirtschaftliche Lage versetzen — Entscheidung, mit der die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar erklärt wird"

I – **Einführung**

1. Electrabel SA (im Folgenden: Electrabel) und Dunamenti Erőmű Zrt. (im Folgenden: Dunamenti Erőmű) haben das vorliegende Rechtsmittel gegen das Urteil Dunamenti Erőmű/Kommission (T-179/09, EU:T:2014:236, im Folgenden: angefochtenes Urteil) eingelegt, soweit mit ihm die Nichtigkeitsklage von Dunamenti Erőmű gegen die Entscheidung 2009/609/EG der Kommission vom 4. Juni 2008 über die staatliche Beihilfe C 41/05 Ungarns mittels langfristiger Strombezugsverträge (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) [2] abgewiesen wurde.

2. Die vorliegende Rechtssache ist von großer Bedeutung, weil sie drei schwierige Fragen aufwirft. Erstens wird der Gerichtshof klären können, ob im Fall einer Maßnahme, die eine Beilhilfe darstellen kann und vor dem Beitritt des betreffenden Mitgliedstaats zur Europäischen Union eingeführt wurde, der Tag, an dem die Maßnahme gewährt wurde, oder der Tag, an dem der Mitgliedstaat der Union beigetreten ist, der maßgebliche Stichtag für die Prüfung ist, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt. Zweitens wird der Gerichtshof die Frage zu entscheiden haben, ob für den Fall, dass der Tag des Beitritts als Stichtag angesehen wird, alle vor diesem Zeitpunkt liegenden Tatsachen bei der Untersuchung, ob eine staatliche Beihilfe vorliegt, unberücksichtigt bleiben müssen. Drittens gibt die Rechtssache dem Gerichtshof Gelegenheit, die Grenze zwischen seinen Urteilen Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) und Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) zu verdeutlichen.

1 — Originalsprache: Französisch.
2 — ABl. L 225, S. 53.

II – **Sachverhalt und gegenwärtiger Kontext des Rechtsstreits**

3. Dunamenti Erőmű ist ein Stromerzeuger auf dem ungarischen Strommarkt und betreibt ein Kraftwerk etwa 30 km südlich von Budapest (Ungarn). Es handelt sich um ein ehemals staatliches Unternehmen, das im Dezember 1995 privatisiert wurde. Zur maßgeblichen Zeit gehörte es zu 74,82 % Electrabel – gegenwärtig Teil eines Konzerns, dessen Muttergesellschaft die GDF Suez SA ist – und zu etwa 25 % Magyar Villamos Művek Zrt (im Folgenden: MVM), einem staatlichen ungarischen Unternehmen, dessen Tätigkeiten nicht nur Stromerzeugung, sondern auch Großhandel, Übertragung und Weiterverkauf von Strom auf dem ungarischen Markt sind.

4. Im März und Juni 2014 verkaufte der GDF-Suez-Konzern seine Beteiligung an Dunamenti Erőmű, die heute dem MET-Konzern gehört.

5. Mitte der Neunziger Jahre waren die dringlichsten Zielsetzungen Ungarns im Energiebereich die Gewährleistung der Versorgungssicherheit zu den niedrigsten Preisen, die Modernisierung der Stromerzeugungsinfrastruktur unter besonderer Beachtung der geltenden Umweltschutzvorschriften sowie die notwendige Umstrukturierung des Stromversorgungssektors. Da die Kraftwerke im Wesentlichen alte sowjetische Kraftwerke waren, war jedoch klar, dass diese Ziele nicht ohne die Hilfe ausländischer Investoren erreicht werden konnten.

6. Demgemäß wurden ausländischen Investoren, die sich dazu verpflichteten, in den Bau und die Modernisierung der ungarischen Kraftwerke zu investieren, langfristige Strombezugsverträge (Power Purchase Agreement, im Folgenden: PPA) angeboten, wobei der Strom von MVM abgenommen wurde.

7. Aufgrund der PPA konnte MVM ein ausgeglichenes Erzeugungsportfolio erstellen und damit seiner Verpflichtung zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit nachkommen. Im Rahmen der PPA konnte MVM sowohl die Grundlastnachfrage (mit Kohlekraftwerken und Atomkraftwerk) als auch die Spitzenlastnachfrage (mit Gaskraftwerken) befriedigen.

8. Nach den PPA sind die Stromerzeuger für die Wartung und den Betrieb der Erzeugungsanlagen verantwortlich. In den PPA wird die Gesamtheit oder der größte Teil der Erzeugungskapazität der Kraftwerke (MW) für MVM gebucht. Die gebuchte Kapazität ist unabhängig von der effektiven Auslastung des Kraftwerks. MVM muss – über die gebuchte Kapazität hinaus – von jedem im Rahmen der PPA tätigen Kraftwerk eine bestimmte Mindestmenge an elektrischer Energie (MWh) kaufen (feste Abnahmemenge).

9. Die PPA wurden im Rahmen der Vorbereitungen für die Privatisierung der Kraftwerke geschlossen und folgten einem Vertragsmuster, das die ungarische Regierung von einer internationalen Rechtsanwaltskanzlei hatte erstellen lassen. Im Gegensatz zur Privatisierung der Kraftwerke wurden die PPA nicht im Rahmen einer Ausschreibung unterfertigt, doch ist unstreitig, dass die vor der Privatisierung unterfertigten PPA Bestandteil der Verträge über die Privatisierung waren.

10. Am 10. Oktober 1995 schloss Dunamenti Erőmű unmittelbar vor ihrer Privatisierung ein PPA mit MVM, das die Einheiten „Blöcke F“ und „Block G2“ ihres Kraftwerks betraf. Dieser Vertrag, der 1996 in Kraft trat, sah für die mit Gas betriebenen „Blöcke F“ eine Laufzeit bis 2010 und für den mit einer Kombizyklus-Gasturbine ausgerüsteten „Block G2“ eine Laufzeit bis 2015 vor.

11. Zwei Monate nach Abschluss des PPA, d. h. im Dezember 1995, kaufte Electrabel das Unternehmen Dunamenti Erőmű vom ungarischen Staat im Rahmen einer wettbewerblichen Ausschreibung.

12. Zu beachten ist, dass bei Unterzeichnung der PPA der ungarische Elektrizitätsbinnenmarkt noch nicht liberalisiert war und auf einem einzigen Versorgungsgroßhändler, d. h. MVM, aufbaute. Die Stromerzeuger konnten nämlich den Strom nur unmittelbar an MVM verkaufen, und allein MVM war berechtigt, die regionalen Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit Strom zu versorgen. Dieses System galt vom 31. Dezember 1991 bis zum 31. Dezember 2002.

13. Zum Zeitpunkt des Beitritts Ungarns zur Europäischen Union am 1. Mai 2004 bestand der ungarische Elektrizitätsbinnenmarkt aus einem öffentlichen Sektor, der etwa 70 % der Stromerzeugung entsprach, und einem Wettbewerbssektor, der etwa 30 % der Erzeugung entsprach. Im öffentlichen Sektor war MVM der einzige Großhändler, während im Wettbewerbssektor andere Händler tätig waren und MVM dort nur tätig wurde, um Überkapazitäten freizusetzen, die im Rahmen der PPA gekauft und zur Versorgung des öffentlichen Sektors nicht benötigt wurden. Diese Regelung war am 1. Januar 2003 in Kraft getreten und wurde durch das Gesetz LXXXVI von 2007 zum 1. Januar 2008 aufgehoben.

14. Am 4. Mai 2005 legte die Kommission von Amts wegen die Beihilfeakte NN 49/2005 in der Sache PPA gemäß der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel [108 AEUV] [3] an.

15. Am 4. Juni 2008 erließ die Kommission die angefochtene Entscheidung, wobei sie den Tag des Beitritts Ungarns zur Union, d. h. den 1. Mai 2004, als Stichtag für die Prüfung nahm, ob die PPA eine staatliche Beihilfe darstellten.

16. In Art. 1 der angefochtenen Entscheidung stufte die Kommission die in den PPA festgelegten Abnahmeverpflichtungen als staatliche Beihilfe zugunsten der Stromerzeuger im Sinne von Art. 107 AEUV ein, erklärte sie für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt und gab Ungarn auf, diese Beihilfe innerhalb von sechs Monaten einzustellen. Art. 2 verpflichtete Ungarn, die Beihilfen von den Begünstigten zurückzufordern, die diese seit dem 1. Mai 2004 erhalten hatten.

17. Am 10. November 2008 verabschiedete das ungarische Parlament das Gesetz Nr. LXX von 2008, durch das die PPA mit Wirkung vom 31. Dezember 2008 aufgehoben wurden.

18. Was die Berechnung der Höhe der von den Begünstigten zurückzufordernden Beihilfen angeht, beschloss die ungarische Regierung, für drei der durch die PPA Begünstigten, darunter Dunamenti Erőmű, eine Regelung zum Ausgleich der verlorenen Kosten gemäß der Mitteilung der Kommission über die Methode für die Analyse staatlicher Beihilfen in Verbindung mit verlorenen Kosten (im Folgenden: Mitteilung) [4] einzuführen.

3 — ABl. L 83, S. 1.

4 — Der Wortlaut der Mitteilung ist abrufbar auf der Internetseite der Kommission unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_de.pdf. Die Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl. L 27, S. 20) stellte die Grundsätze der Öffnung des europäischen Elektrizitätssektors für den Wettbewerb auf. In Art. 24 Abs. 1 bestimmte sie, dass „Mitgliedstaaten, in denen aufgrund der Bestimmungen dieser Richtlinie vor Inkrafttreten dieser Richtlinie auferlegte Verpflichtungen oder erteilte Betriebsgarantien möglicherweise nicht erfüllt werden, … eine Übergangsregelung beantragen [können]“. Nach den Ausführungen der Kommission werden „[d]ie genannten Verpflichtungen oder Betriebsgarantien … gewöhnlich als verlorene Kosten [„stranded costs“] bezeichnet. Diese Verpflichtungen oder Betriebsgarantien können in der Praxis in unterschiedlicher Form auftreten: langfristige Kaufverträge, Investitionen mit einer impliziten oder expliziten Absatzgarantie, Investitionen, die über den normalen Geschäftsverlauf hinausgehen usw.“ (vgl. Mitteilung, S. 3). Eine von einem Mitgliedstaat eingeführte und mit Hilfe eines Fonds verwaltete Abgabenregelung zwecks Ausgleichs der verlorenen Kosten kann jedoch eine staatliche Beihilfe darstellen und muss daher den von der Kommission in der genannten Mitteilung angeführten Kriterien entsprechen sowie vor ihrer Einführung mitgeteilt und von der Kommission genehmigt worden sein.

19. Nach dieser Regelung, die der Kommission mitgeteilt und von ihr genehmigt wurde [5], bestehen die verlorenen Kosten in der Differenz zwischen den Investitionskosten des jeweils Begünstigten und dessen (vom Inkrafttreten des PPA bis zu dessen vorzeitiger Beendigung) erzielten und (von der vorzeitigen Beendigung bis zu dem nach dem PPA vorgesehenen Beendigungszeitpunkt) erwarteten Unternehmensgewinnen [6].

20. Mit dieser Regelung wurde ein zweistufiger Ausgleich eingeführt [7]. Auf der ersten Stufe wurden die verlorenen Kosten des jeweils Begünstigten von dem Betrag der Beihilfe abgezogen, der an den ungarischen Staat zurückzuzahlen war. War die Differenz zwischen der zu erstattenden Beilhilfe und den verlorenen Kosten positiv, musste der Begünstigte diese Differenz an den Staat zahlen. War sie negativ, brauchte der ungarische Staat die Differenz nicht an den Begünstigten zu zahlen [8].

21. Die zweite Stufe begann mit dem Zeitpunkt des Ablaufs des PPA des jeweils Begünstigten (im Fall von Dunamenti Erőmű am 31. Dezember 2015), zu dem die ungarischen Behörden die verlorenen Kosten auf der Grundlage der aktuellen Kosten und Einnahmen erneut berechnen sollten. Sind die real verlorenen Kosten niedriger als der zu erstattende Beihilfebetrag, muss der Begünstigte die Differenz an den ungarischen Staat zahlen. Sind sie höher, braucht der ungarische Staat den überschießenden Betrag der endgültig verlorenen Kosten nicht an den durch das PPA Begünstigten zu zahlen.

22. Die verlorenen Kosten von Dunamenti Erőmű werden gegenwärtig auf 22 171 991 000 ungarische Forint (HUF) (ungefähr 73 Mio. Euro) geschätzt.

23. Am 13. Juni 2007 leitete Electrabel vor dem Internationalen Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) gegen Ungarn ein Schiedsverfahren ein, dem die Kommission als *amicus curiae* beitrat. Electrabel machte u. a. geltend, Ungarn habe durch die Beendigung der PPA ohne vollständigen Ausgleich für die verlorenen Kosten gegen die Garantien für eine faire und gerechte Behandlung der Investitionen verstoßen, die in Art. 10 des Vertrags über die Energiecharta vom 17. Dezember 1994 enthalten seien, dem das Königreich Belgien, Ungarn und die Union beigetreten seien [9].

24. Electrabel und Ungarn einigten sich auf eine Aufspaltung („bifurcation“) des Verfahrens in die Abschnitte „Zuständigkeit und Haftung“ und Feststellung des Betrags („quantum“).

25. Da der endgültige Betrag der verlorenen Kosten von Dunamenti Erőmű und Electrabel erst nach dem 31. Dezember 2015 berechnet werden kann, beschloss das Schiedsgericht, seine Entscheidung über die Frage, ob die von Ungarn eingeführte Regelung zum Ausgleich verlorener Kosten gegen Art. 10 des Vertrags über die Energiecharta verstößt, in den Verfahrensabschnitt zu verlegen, in dem über den Betrag zu entscheiden ist [10]. Das Schiedsgericht brachte gleichwohl zum Ausdruck, dass es nach seiner „gegenwärtigen, einstweiligen und vorläufigen Einschätzung … nicht zwangsläufig gegen

5 — Vgl. Schreiben C(2010) 2532 final des Vizepräsidenten der Kommission, Almunia, an das ungarische Außenministerium vom 27. April 2010, abrufbar nur in englischer Sprache auf der Internetseite der Kommission (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234326/234326_1114108_42_1.pdf).

6 — Ebd. (Rn. 8).

7 — Wegen einer ausführlichen Darstellung vgl. ebd. (Rn. 10 bis 24).

8 — Vgl. Art. 5 Abs. 1 und 3 des Gesetzes Nr. LXX von 2008.

9 — Zu beachten ist, dass aufgrund der Entscheidung von Electrabel, dieses Schiedsverfahren nur gegen Ungarn und nur in Bezug auf dessen Handlungen und Unterlassungen einzuleiten, die Vereinbarkeit der angefochtenen Entscheidung mit dem Vertrag über die Energiecharta nicht Gegenstand des Schiedsverfahrens geworden ist. Vgl. *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19), Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, Rn. 3.21, 4.11 und 6.76 (abrufbar auf der Internetseite von Investment Treaty Arbitration http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf). Im Übrigen hat Dunamenti Erőmű in ihrer Nichtigkeitsklage beim Gericht die Gültigkeit der angefochtenen Entscheidung im Hinblick auf den genannten Vertrag nicht in Frage gestellt. Das bedeutet, dass aufgrund dieser Entscheidungen von Electrabel und Dunamenti Erőmű die angefochtene Entscheidung überhaupt nicht einer Rechtmäßigkeitskontrolle im Hinblick auf den genannten Vertrag unterzogen worden ist.

10 — Ebd. (Rn. 6.118).

die Anforderungen [einer fairen und gerechten Behandlung] verstoßen würde, wenn die gesetzliche Regelung Ungarns darauf hinausliefe, dass ein Betrag von [22 171 991 000] HUF oder weniger nicht gezahlt würde, dass dies aber wahrscheinlich der Fall sein könnte, wenn ein deutlich höherer Betrag der verlorenen Kosten nicht (in bar oder auf andere Weise) gezahlt würde“ [11].

26. Dies ist offensichtlich nicht die Auffassung des Schiedsgerichts gewesen, das mit dem von Electricité de France (EDF), der Aktionärin von Budapesti Erőmű, wegen der Aufhebung der PPA eingeleiteten Schiedsverfahren befasst war und Ungarn zur Zahlung von 107 Mio. Euro an EDF verurteilte [12].

27. Unabhängig von der von Dunamenti Erőmű und Electrabel gegen die angefochtene Entscheidung eingereichten Nichtigkeitsklage (gegen deren Abweisung durch das Gericht das vorliegende Rechtsmittel eingelegt worden ist) reichten Dunamenti Erőmű und Electrabel beim Gericht am 10. Januar 2014 Klage nach Art. 340 Abs. 2 AEUV auf Ersatz des Schadens ein, der ihnen durch die angefochtene Entscheidung entstanden sein soll.

28. Am 13. November 2014 wies das Gericht diese Schadensersatzklage wegen eingetretener Verjährung ab [13]. Gegen den Beschluss des Gerichts wurde Rechtsmittel vor dem Gerichtshof eingelegt [14].

III – **Klage vor dem Gericht und angefochtenes Urteil**

29. Gegen die streitige Entscheidung sind mehrere Nichtigkeitsklagen von einzelnen durch die PPA Begünstigten vor dem Gericht erhoben worden [15].

30. Mit ihrer Klage vor dem Gericht beantragte Dunamenti Erőmű die Nichtigerklärung der streitigen Entscheidung.

31. Mit ihrem ersten Klagegrund, mit dem sie eine Verkennung des Begriffs der staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV rügte, und mit dem zweiten Klagegrund, mit dem sie geltend machte, die Kommission hätte die betreffenden Maßnahmen als „bestehende Beihilfe“ im Sinne von Art. 108 Abs. 1 AEUV einstufen müssen, wandte sich Dunamenti Erőmű gegen die Feststellung der Kommission, dass eine staatliche Beihilfe vorliege, gegen die Einstufung dieser Beihilfe als neue Beihilfe sowie gegen den Zeitpunkt, der für die Beurteilung der in den fraglichen PPA enthaltenen Beihilfen als maßgeblich zugrunde gelegt wurde. Dunamenti Erőmű beanstandete die Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden privaten Wirtschaftsteilnehmers und bestritt die Stellung von MVM als Akteur auf dem Markt zum Zeitpunkt des Beitritts Ungarns. Sie machte auch geltend, dass die Kommission gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes und den der Rechtssicherheit verstoßen habe und dass sie die Besonderheiten des fraglichen PPA unzutreffend beurteilt habe.

11 — Ebd. (von mir frei übersetzt): „It is therefore best, in all the circumstances, for the Tribunal to say little more here, save to express the Tribunal's current, provisional and tentative view that the non-payment of HUF 22,171,991[,000] or a lesser sum at the end of Hungary's legislative scheme does not strike the Tribunal as necessarily amounting to a breach of the FET standard; but that non-payment (in cash or otherwise) of a significantly higher sum for Net Stranded Costs most probably could.“

12 — Der Schiedsspruch ergeht nicht öffentlich. Vgl. Pressebericht von Thomson, D., „EDF wins claim against Hungary“, veröffentlicht am 11. Dezember 2014 auf der Internetseite der Global Arbitration Review (http://globalarbitrationreview.com/news/article/33251/edf-wins-claim-against-hungary/).

13 — Vgl. Beschluss Electrabel und Dunamenti Erőmű/Kommission (T-40/14, EU:T:2014:1004).

14 — Vgl. Rechtssache Electrabel und Dunamenti Erőmű/Kommission (C-32/15 P), noch beim Gerichtshof anhängig.

15 — Vgl. Beschluss Alpiq Csepel/Kommission (T-370/08, EU:T:2011:116), Urteil Budapesti Erőmű/Kommission (T-80/06 und T-182/09, EU:T:2012:65), Beschluss Pannon Hőerőmű/Kommission (T-352/08, EU:T:2013:379), Urteile Tisza Erőmű/Kommission (T-468/08, EU:T:2014:235) sowie Dunamenti Erőmű/Kommission (T-179/09, EU:T:2014:236).

32. Mit dem dritten Klagegrund machte Dunamenti Erőmű geltend, die Kommission habe die in dem fraglichen PPA enthaltene Beihilfe zu Unrecht als Betriebsbeihilfe und nicht als Investitionszulage angesehen, und beanstandete die von den ungarischen Behörden eingeführte Regelung zum Ausgleich verlorener Kosten.

33. Mit dem vierten Klagegrund stellte Dunamenti Erőmű die Rechtmäßigkeit der Anordnung der Rückforderung der Beihilfe in Frage.

34. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht die Klage in vollem Umfang abgewiesen [16].

IV – **Verfahren vor dem Gerichtshof**

35. Mit ihrem am 21. Juli 2014 beim Gerichtshof eingelegten Rechtsmittel beantragen Electrabel und Dunamenti Erőmű, das angefochtene Urteil aufzuheben, den Rechtsstreit endgültig zu entscheiden und die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären, hilfsweise, die Rechtssache an das Gericht zurückzuverweisen, sowie der Kommission die Kosten der Verfahren vor dem Gericht und dem Gerichtshof aufzuerlegen.

36. Mit ihrer am 4. September 2014 eingereichten Rechtsmittelbeantwortung beantragt die Kommission, das Rechtsmittel für unzulässig zu erklären, soweit es von Electrabel eingelegt wurde, das Rechtsmittel zurückzuweisen, soweit es von Dunamenti Erőmű eingelegt wurde, und dieser die Kosten aufzuerlegen.

37. Electrabel und Dunamenti Erőmű haben am 20. November 2014 ihre Erwiderung eingereicht, auf die die Kommission mit ihrer am 25. November 2014 eingereichten Gegenerwiderung geantwortet hat.

38. Am 26. März 2015 hat der Gerichtshof die Parteien gemäß Art. 61 Abs. 2 seiner Verfahrensordnung aufgefordert, sich in der mündlichen Verhandlung auf den zweiten und den dritten Rechtsmittelgrund zu konzentrieren, und den Parteien gemäß Art. 62 Abs. 2 der Verfahrensordnung zwei Fragen zur Beantwortung in der mündlichen Verhandlung gestellt.

39. Die mündliche Verhandlung hat am 20. April 2015 stattgefunden, in der Electrabel, Dunamenti Erőmű und die Kommission mündlich verhandelt haben.

V – **Rechtsmittel**

40. Ich werde meine Untersuchung mit der Einrede der Kommission beginnen, dass das Rechtsmittel unzulässig sei, soweit es von Electrabel eingelegt worden sei. Sodann werde ich mich mit dem vierten, dem fünften und dem ersten Rechtsmittelgrund befassen, die meines Erachtens ohne besondere Schwierigkeiten zurückgewiesen werden können. Schließlich werde ich mich auf den zweiten und den dritten Rechtsmittelgrund konzentrieren, die meiner Meinung nach den Gerichtshof veranlassen könnten, das angefochtene Urteil aufzuheben.

16 — Die Nichtigkeitsklagen der anderen Begünstigten wurden ebenfalls abgewiesen. Vgl. Urteile des Gerichts Budapesti Erőmű/Kommission (T-80/06 und T-182/09, EU:T:2012:65) und Tisza Erőmű/Kommission (T-468/08, EU:T:2014:235). Nur gegen das Urteil Dunamenti Erőmű/Kommission (T-179/09, EU:T:2014:236) wurde Rechtsmittel eingelegt.

A – *Zur Zulässigkeit des Rechtsmittels, soweit es von Electrabel eingelegt worden ist*

41. In ihrer Rechtsmittelbeantwortung macht die Kommission die Unzulässigkeit des Rechtsmittels geltend, soweit es von Electrabel eingelegt worden ist, da nur Dunamenti Erőmű im ersten Rechtszug Nichtigkeitsklage erhoben habe.

42. In ihrer Erwiderung treten Electrabel und Dunamenti Erőmű dieser Einrede mit der Begründung entgegen, dass sie im Zeitpunkt der Erhebung der Nichtigkeitsklage derselben Unternehmensgruppe angehört hätten und ihr wirtschaftliches und rechtliches Interesse von einer von ihnen beiden habe wahrgenommen werden können. Nach dem Verkauf ihrer Beteiligung an Dunamenti Erőmű müsse Electrabel zum Rechtsmittelverfahren vor dem Gerichtshof zugelassen werden, um ihre eigenen Interessen wahrnehmen zu können.

43. Das Rechtsmittel, soweit es von Electrabel eingelegt worden ist, ist meines Erachtens für unzulässig zu erklären.

44. Erstens sieht, wie die Kommission ausführt, Art. 56 Abs. 2 der Satzung des Gerichtshofs vor, dass das Rechtsmittel gegen ein Urteil des Gerichts „von einer Partei eingelegt werden [kann], die mit ihren Anträgen ganz oder teilweise unterlegen ist“, was bei Electrabel, die am Verfahren vor dem Gericht nicht beteiligt war, nicht der Fall ist.

45. Zweitens gehört Electrabel auch nicht zu den Personen, die nach Art. 56 Abs. 3 der Satzung ein Rechtsmittel gegen ein Urteil des Gerichts einlegen können, ohne dass sie dem Rechtsstreit vor dem Gericht beigetreten waren. Die genannte Bestimmung beschränkt dieses Privileg nämlich auf die „Mitgliedstaaten und [die Unionsorgane]“, zu denen Electrabel nicht gehört.

46. Das vorliegende Rechtsmittel ist daher so zu prüfen, als wäre es nur von Dunamenti Erőmű eingelegt worden.

B – *Zum vierten Rechtsmittelgrund, wonach das Gericht einen Rechtsfehler begangen habe, indem es, ohne ein strukturelles Risiko nachgewiesen zu haben, in der Mindestabnahmepflicht von MVM einen Vorteil gesehen habe*

47. Mit ihrem vierten Rechtsmittelgrund macht Dunamenti Erőmű geltend, das Gericht habe, indem es, ohne das tatsächliche Vorliegen eines strukturellen Risikos nachgewiesen zu haben, in der Mindestabnahmepflicht von MVM einen Vorteil gesehen habe, einen Rechtsfehler begangen und seine gerichtliche Prüfungspflicht verletzt, da es in Rn. 112 des angefochtenen Urteils anerkannt habe, dass MVM regelmäßig größere Mengen gekauft habe, als sie nach der genannten Verpflichtung hätte abnehmen müssen.

1. Zur Zulässigkeit

48. Die Kommission ist der Auffassung, dieser Rechtsmittelgrund sei unzulässig, da Dunamenti Erőmű nicht den Teil des angefochtenen Urteils bezeichnet habe, der rechtsfehlerhaft sei.

49. Dieses Argument ist meines Erachtens zurückzuweisen. Da nämlich das Argument von Dunamenti Erőmű in der Rüge besteht, das Gericht habe kein strukturelles Risiko nachgewiesen, kann Dunamenti Erőmű nicht vorgeworfen werden, nicht spezielle Teile des angefochtenen Urteils, in denen der Rechtsfehler enthalten sein soll, bezeichnet zu haben.

2. Zur Begründetheit

50. Die Kommission ist der Auffassung, das Gericht habe in den Rn. 112, 113 und 114 des angefochtenen Urteils für die Zurückweisung des Vorbringens, dem zufolge der Umstand, dass MVM seit 2004 regelmäßig mehr Strom von Dunamenti Erőmű abgenommen habe, als ihrer Verpflichtung entsprochen habe, ein Beleg dafür sei, dass Dunamenti Erőmű aus dieser Verpflichtung keine Vorteile habe ziehen können, jeweils eine selbständige Begründung gegeben.

51. Da Dunamenti Erőmű die Rn. 113 und 114 des angefochtenen Urteils nicht beanstande, stelle sie auch die Feststellung in eben dieser Rn. 112 nicht in Frage, dass die Mindestabnahmepflicht über die gewöhnlichen Geschäftspraktiken auf den europäischen Strommärkten hinausgehe, was die Grundlage für die Schlussfolgerung gewesen sei, dass das PPA ihr einen Vorteil verschafft habe.

52. Weder in ihrer Erwiderung noch in der mündlichen Verhandlung hat Dunamenti Erőmű die Analyse der Kommission, die ich für begründet halte, in Frage gestellt.

53. Somit ist der vierte Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

C – *Zum fünften Rechtsmittelgrund, wonach das Gericht einen Rechtsfehler begangen habe, indem es die von der Kommission zur Berechnung der Höhe der Beihilfe angewandte Methode bestätigt habe*

54. Mit ihrem fünften Rechtsmittelgrund, der die Methode zur Berechnung der Höhe der Beihilfe betrifft, macht Dunamenti Erőmű geltend, dass die Prüfung ihrer Einnahmen statt ihrer Gewinne in den Rn. 185 bis 192 des angefochtenen Urteils kein genaues Bild von dem sich angeblich aus dem PPA ergebenden Vorteil vermitteln könne, da die Einnahmen zur Deckung der zusätzlichen Brennstoffkosten als ein Vorteil angesehen würden, der zurückgezahlt werden müsse.

55. Somit ist zu prüfen, ob das Gericht den Ansatz der Kommission, der darin bestand, den zurückzufordernden Beihilfebetrag aufgrund der Einnahmen und nicht aufgrund der Gewinne zu berechnen, zu Recht bestätigt hat.

56. Dieser Rechtsmittelgrund ist meines Erachtens aus den vom Gericht in den Rn. 187 und 188 des angefochtenen Urteils dargelegten Gründen zurückzuweisen. Dunamenti Erőmű stellt nicht in Abrede, dass die Rückforderung der Beihilfe den Zweck verfolgt, dem Begünstigten den Vorteil zu entziehen, den er auf dem Markt gegenüber seinen Mitbewerbern besessen hat[17]. Der zurückzufordernde Vorteil ist somit anhand der Beträge zu berechnen, die an den Begünstigten geleistet wurden. Das Gericht hat daher, wie die Kommission ausführt, zu Recht einen Ansatz gewählt, der sich daran orientiert, was von MVM an Dunamenti Erőmű gezahlt wurde (d. h. an den Einnahmen des Unternehmens), nicht aber an den von ihr erzielten Gewinnen.

57. Jedenfalls brächte, wie die Kommission dargelegt hat, eine auf die Gewinne gestützte Rückforderungsmethode, anders als eine auf die Einnahmen gestützte Methode, absurde Ergebnisse hervor, die der Regelung über staatliche Beihilfen die praktische Wirksamkeit nehmen würden. In letzter Konsequenz würde die Auffassung von Dunamenti Erőmű dazu führen, dass immer dann, wenn ein Unternehmen seine Erzeugnisse oder seine Dienstleistungen aufgrund staatlicher Zuschüsse zu einem unschlagbaren Preis verkauft, keine staatliche Beihilfe vorläge, weil das Unternehmen nur seine Einnahmen, nicht aber seine Gewinne erhöht hätte. Die Vorschriften für staatliche Beihilfen dienen aber gerade der Kontrolle dieser Art von Wettbewerbsverfälschung.

17 — Vgl. z. B. Urteil Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, Rn. 113).

58. Ebenfalls zurückzuweisen ist das auf das Urteil Ferring (C-53/00, EU:C:2001:627) gestützte Argument von Dunamenti Erőmű, dass der Gerichtshof in den Rn. 30 bis 33 dieses Urteils den Grundsatz aufgestellt habe, dass in Fällen, in denen die Beihilfemaßnahme sowohl zu zusätzlichen Gewinnen als auch zu Mehrkosten führe, die Differenz zwischen diesen zusätzlichen Gewinnen und den Mehrkosten zurückzufordern sei.

59. In diesem Urteil, das den Vorteil betraf, den die Großhändler daraus zogen, dass sie der Abgabe auf den Direktverkauf von Arzneimitteln nicht unterlagen, und der die zusätzlichen Kosten überstieg, die ihnen für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstanden, hat der Gerichtshof Folgendes festgestellt:

„32 Wenn sich somit erweist, dass die Großhändler daraus, dass sie der Abgabe auf den Direktverkauf von Arzneimitteln nicht unterliegen, einen Vorteil ziehen, der die zusätzlichen Kosten übersteigt, die ihnen für die Erfüllung der ihnen durch die nationale Regelung auferlegten gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehen, so kann dieser Vorteil, soweit er diese zusätzlichen Kosten übersteigt, jedenfalls nicht als notwendig betrachtet werden, damit diese Marktbeteiligten ihre besondere Aufgabe erfüllen können.

33 Daher ist zu antworten, dass Artikel [106] Absatz 2 [AEUV] so auszulegen ist, dass er eine Abgabenvergünstigung für Unternehmen, die mit einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe betraut sind, wie das im Ausgangsverfahren klagende Unternehmen, nicht deckt, soweit diese Vergünstigung die sich aus der [gemeinwirtschaftlichen] Aufgabe ergebenden zusätzlichen Kosten übersteigt."

60. Wenn die Höhe der staatlichen Vergünstigung, die die sich aus der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe ergebenden zusätzlichen Kosten übersteigt, eine mit Art. 107 AEUV unvereinbare Beihilfe darstellt, die zurückzufordern ist, ist also klar, dass dieser Grundsatz nur in dem Fall gilt, in dem der Begünstigte in den Anwendungsbereich von Art. 106 Abs. 2 AEUV fällt, d. h. wenn er mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist oder den Charakter eines Finanzmonopols hat, was bei Dunamenti Erőmű nicht der Fall ist.

61. Aus diesen Gründen ist der fünfte Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

D – *Zum ersten Rechtsmittelgrund, wonach das Gericht einen Rechtsfehler begangen habe, indem es das in Rede stehende PPA als neue Beihilfe qualifiziert habe, ohne zuvor festgestellt zu haben, ob dieses PPA eine staatliche Beihilfe sei*

62. Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund macht Dunamenti Erőmű geltend, das Gericht habe in Rn. 60 des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler begangen, indem es das in Rede stehende PPA als neue staatliche Beihilfe im Sinne von Anhang IV der Akte über den Beitritt Ungarns qualifiziert habe, ohne zuvor geprüft zu haben, ob die vier Voraussetzungen für eine staatliche Beihilfe erfüllt gewesen seien. Insoweit wirft Dunamenti Erőmű dem Gericht vor, seine Begründung sei unzureichend und stelle einen Zirkelschluss dar.

63. Meines Erachtens kann der erste Rechtsmittelgrund nicht durchgreifen.

64. Wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, „steht es dem Gericht frei, seine Argumentation so zu strukturieren und zu entwickeln, wie es das zur Würdigung der ihm unterbreiteten Klagegründe für erforderlich hält. Die Art und Weise, wie das Gericht seine Würdigung strukturiert und entwickelt, können daher im Rahmen eines Rechtsmittels nicht durch ein Vorbringen in Frage gestellt werden, mit dem dargetan werden soll, dass das Gericht seine Argumentation nach den Erwartungen eines

Klägers hätte ausrichten müssen“ [18].

65. Auch wenn sich das Gericht im vorliegenden Fall tatsächlich zunächst mit der Frage befasste, ob es sich um eine bestehende oder eine neue Beihilfe handelte (Rn. 49 bis 60 des angefochtenen Urteils), und erst dann prüfte, ob das PPA eine staatliche Beihilfe war (Rn. 74 bis 98 und 110 bis 121 des angefochtenen Urteils), bin ich nicht der Auffassung, dass dieser Aufbau der Begründung die Argumentation des Gerichts beeinflusst hat.

66. Jedenfalls hat das Gericht, wie die Kommission ausgeführt hat, sämtliche Argumente, die Dunamenti Erőmű im Rahmen des ersten und des zweiten Klagegrundes vorgebracht hat, geprüft und verworfen.

67. Ich stimme auch der Kommission zu, dass die Schlussfolgerung des Gerichts, das fragliche PPA sei eine staatliche Beihilfe, nicht von seiner vorhergehenden Feststellung abhing, dass es sich bei der in Rede stehenden Beihilfe um eine neue Beihilfe handele. Somit enthält die Argumentation des Gerichts keinen Zirkelschluss.

68. Der erste Rechtsmittelgrund ist daher zurückzuweisen.

E – *Zum zweiten Rechtsmittelgrund, wonach das Gericht einen Rechtsfehler begangen habe, indem es davon ausgegangen sei, dass die vier Kriterien, anhand deren eine Maßnahme als staatliche Beihilfe qualifiziert werden könne, in Bezug auf den Zeitpunkt zu prüfen seien, zu dem Ungarn der Union beigetreten sei*

69. Mit dem zweiten Rechtsmittelgrund wirft Dunamenti Erőmű dem Gericht vor, es habe einen Rechtsfehler begangen, indem es den Tag des Beitritts Ungarns zur Union, d. h. den 1. Mai 2004, als Stichtag für die Prüfung genommen habe, ob das fragliche PPA, wie die Kommission in den Erwägungsgründen 156 bis 173 der angefochtenen Entscheidung behauptet habe, eine staatliche Beihilfe darstelle.

70. Mit dem ersten Teil dieses Rechtsmittelgrundes macht Dunamenti Erőmű geltend, das Gericht habe in den Rn. 55 und 65 des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler begangen, weil entgegen den Ausführungen in diesen Randnummern keiner Bestimmung des Anhangs IV der Beitrittsakte – sei es unmittelbar oder mittelbar durch Schlussfolgerung – der für die Beurteilung einer staatlichen Maßnahme als staatliche Beihilfe maßgebliche Stichtag entnommen werden könne.

71. Mit dem zweiten Teil des Rechtsmittelgrundes macht Dunamenti Erőmű geltend, die Erwägungen des Gerichts zur Begründung seiner Wahl des Stichtags, der für die Feststellung einer staatlichen Beihilfe (und insbesondere eines Vorteils für den Begünstigten nach dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers) maßgeblich sei, widersprächen der „Rechtspraxis“, d. h. den Leitlinien und der Entscheidungspraxis der Kommission sowie der Rechtsprechung der Unionsgerichte.

1. Zum ersten Teil

72. Wie das Gericht in Rn. 50 des Urteils Budapesti Erőmű/Kommission (T-80/06 und T-182/09, EU:T:2012:65) ausgeführt hat, unterliegen „die staatlichen Maßnahmen, die vor dem Beitritt eingeführt wurden, jedoch auch nach diesem Tag noch anzuwenden sind und am Tag des Beitritts die vier Kriterien des Artikels [107] Absatz 1 [AEUV] kumulativ erfüllen, … den in Anhang IV der

18 — Urteil British Telecommunications/Kommission (C-620/13 P, EU:C:2014:2309, Rn. 29).

Beitrittsakte niedergelegten spezifischen Vorschriften entweder als bestehende Beihilfen im Sinne von Artikel [108] Absatz 1 [AEUV], wenn sie unter eine der drei im genannten Anhang genannten Kategorien fallen, oder als neue Beihilfen im Sinne von Artikel [108] Absatz 3 [AEUV], wenn sie nicht unter eine diese drei Kategorien fallen".

73. In Kapitel 3 („Wettbewerbspolitik") Nr. 1 des Anhangs IV der Beitrittsakte heißt es:

„1. Die folgenden Beihilferegelungen und Einzelbeihilfen, die in einem neuen Mitgliedstaat vor dem Tag des Beitritts eingeführt worden und auch nach diesem Tag noch anzuwenden sind, gelten als zum Tag des Beitritts bestehende Beihilfen im Sinne von Artikel [108] Absatz 1 [AEUV]:

a) Beihilfemaßnahmen, die vor dem 10. Dezember 1994 eingeführt worden sind;

b) Beihilfemaßnahmen, die in der Anlage zu diesem Anhang aufgeführt sind;

c) Beihilfemaßnahmen, die vor dem Tag des Beitritts von der Kontrollbehörde für staatliche Beihilfen des neuen Mitgliedstaats überprüft und als mit dem Besitzstand vereinbar beurteilt wurden und gegen die die Kommission keine Einwände aufgrund schwerwiegender Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt gemäß dem in Nummer 2 vorgesehenen Verfahren erhoben hat.

Nach dem Tag des Beitritts weiterhin anzuwendende Maßnahmen, die staatliche Beihilfen darstellen und nicht die vorstehend genannten Voraussetzungen erfüllen, sind … zum Tag des Beitritts für die Zwecke der Anwendung von Artikel [108] Absatz 3 [AEUV] als neue Beihilfe anzusehen.

…"

74. Dunamenti Erőmű ist der Auffassung, diese Bestimmung nenne nicht den Zeitpunkt, in Bezug auf den eine staatliche Maßnahme im Licht der Vorschriften über staatliche Beihilfen zu prüfen sei. Sie betreffe nur die Frage, ob eine im Zeitpunkt des Beitritts noch anwendbare Beihilfe (die zu diesem Zeitpunkt nach dem allgemeinen Wortsinn „besteht") als eine bestehende oder als eine neue Beihilfe im Hinblick auf die Beitrittsakte zu betrachten sei. Eine Maßnahme, die im Zeitpunkt ihres Erlasses keine Beihilfe dargestellt habe, falle daher nicht in den Anwendungsbereich der genannten Bestimmung. Folglich hätte das Gericht als Stichtag den Tag des Zustandekommens des PPA im Dezember 1995 nehmen müssen.

75. Ich teile nicht diese Auffassung, die meines Erachtens die in der Beitrittsakte enthaltene Definition des Wortes „bestehend" mit dem gewöhnlichen Sinn dieses Wortes verwechselt. Eine Beihilfe, die im letztgenannten Sinne „besteht" – wie das PPA, das bereits geschlossen war, als die Kommission es prüfte –, kann eine neue Beihilfe im Sinne der Beitrittsakte allein aufgrund der Tatsache darstellen, dass sie nicht unter die Definition der Beitrittsakte einer „bestehenden Beihilfe" fällt.

76. Ich verweise auf die Rn. 60 bis 64 des Urteils OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185), das die Anwendung derselben Bestimmung der Beitrittsakte auf eine Garantie betraf, die der ungarische Staat 2001 gewährt hatte, d. h. drei Jahre vor Ungarns Beitritt zur Union. Da die betreffende Garantie keine der drei in Anhang IV Kapitel 3 aufgeführten Voraussetzungen erfüllte, entschied der Gerichtshof, dass sie „daher gegebenenfalls als neue Beihilfe anzusehen [ist]" [19].

19 — Urteil OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185, Rn. 64). In diesem Zusammenhang ist auf die Schlussfolgerung des Schiedsgerichts zu verweisen, das die Auffassung vertrat, dass Electrabel nicht die erforderlichen Nachweise für ihre Behauptung beigebracht habe, dass Ungarn seine Verpflichtungen aus Art. 10 des Vertrags über die Energiecharta dadurch verletzt habe, dass es nicht das zur Aufnahme der PPA in die Definition der bestehenden Beihilfe im Sinne von Anhang IV Erforderliche unternommen habe. Vgl. in diesem Sinne *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19), Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, Rn. 6.66.

77. Auch gehört im vorliegenden Fall das fragliche PPA, wie das Gericht in Rn. 59 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, zu keiner der drei Kategorien von Beihilfen, die in Kapitel 3 Nr. 1 Abs. 1 des Anhangs IV der Beitrittsakte als bestehend angesehen werden. Das PPA wurde nicht vor dem 10. Dezember 1994 umgesetzt und war nicht in der Anlage zu dem betreffenden Anhang aufgeführt. Es wurde vor dem Tag des Beitritts von der ungarischen Kontrollbehörde für staatliche Beihilfen nicht überprüft und wurde ohne Einwände der Kommission als mit dem Besitzstand vereinbar beurteilt.

78. Wollte man einen früheren Zeitpunkt berücksichtigen, wie den Zeitpunkt des Abschlusses des betreffenden PPA, so würde man sich überdies dem Willen der Verfasser der Beitrittsakte widersetzen, die sich, wie das Gericht in Rn. 60 des angefochtenen Urteils festgestellt hat[20], von der früheren Rechtsprechung der Unionsgerichte absetzen wollten, wonach „bestehende Beihilfen solche [sind], die vor dem Inkrafttreten des Vertrages oder dem Beitritt des betreffenden Mitgliedstaats zu[r Union] eingeführt wurden“[21].

79. Jedenfalls lässt sich, wie das Gericht in Rn. 65 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, „dem Wortlaut von Anhang IV der Beitrittsakte … eindeutig entnehmen, dass eine Maßnahme, die bei ihrer Einführung nicht als staatliche Beihilfe angesehen wurde, im Nachhinein zu einer solchen werden kann“[22].

80. Wie die Kommission im 165. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung ausführte, können sich nämlich „die PPA, die überwiegend (und das erkennen auch die Beteiligten an) unter bedeutend abweichenden Marktverhältnissen vor dem Beitritt zu dem liberalisierten Energiebinnenmarkt abgeschlossen worden sind, in dem [sich aus dem Beitritt zur Union ergebenden] neuen wirtschaftlichen und rechtlichen Umfeld in staatliche Beihilfen umwandeln“.

81. Wie das Gericht in Rn. 58 seines Urteils Budapesti Erőmű/Kommission (T-80/06 und T-182/09, EU:T:2012:65) feststellte, „[änderte Ungarn] nach Inkrafttreten des PPA … zunächst von sich aus, dann durch Umsetzung der für den Elektrizitätsbinnenmarkt geltenden Rechtsvorschriften der Union den rechtlichen Rahmen, in dem die Stromerzeuger ihre Tätigkeit ausübten, in erheblichem Maße“.

82. Die Kommission und dann im Rahmen der Nichtigkeitsklage das Gericht hatten also zu prüfen, ob die PPA am Tag des Beitritts Ungarns zur Union im Rahmen eines liberalisierten Elektrizitätsmarkts eine staatliche Beihilfe darstellten, und gegebenenfalls, ob es sich um eine neue oder eine bestehende Beihilfe im Sinne von Anhang IV der Beitrittsakte handelte.

83. Soweit das PPA eine Beihilfe ist, steht daher außer Zweifel, dass es eine neue Beihilfe im Sinne der Beitrittsakte darstellt.

2. Zum zweiten Teil

84. Was die Ausführungen von Dunamenti Erőmű zur „Rechtspraxis“ der Kommission und der Unionsgerichte betrifft, so weise ich darauf hin, dass sich der Gerichtshof, wie die Kommission ausgeführt hat, bereits für den Tag des Beitritts als Stichtag ausgesprochen hat.

85. Wie nämlich der Gerichtshof zu der Bestimmung des Anhangs V der Akte über den Beitritt Bulgariens (die Kapitel 3 Nr. 1 des Anhangs IV der Akte über den Beitritt Ungarns entspricht) bereits festgestellt hat, „werden Maßnahmen, die vor dem Beitritt durchgeführt wurden, aber zum einen nach dem Beitritt immer noch anwendbar sind und zum anderen *zum Zeitpunkt des Beitritts* die

20 — Vgl. auch in diesem Sinne Urteil Budapesti Erőmű/Kommission (T-80/06 und T-182/09, EU:T:2012:65, Rn. 60).

21 — Urteil Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, Rn. 19). Vgl. auch in diesem Sinne Urteile Piaggio (C-295/97, EU:C:1999:313, Rn. 48) und Alzetta u. a./Kommission (T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 bis T-607/97, T-1/98, T-3/98 bis T-6/98 und T-23/98, EU:T:2000:151, Rn. 142).

22 — Vgl. auch in diesem Sinne Urteil Budapesti Erőmű/Kommission (T-80/06 und T-182/09, EU:T:2012:65, Rn. 54).

kumulativen Kriterien des Art. [107] Abs. 1 [AEUV] erfüllen, den in Anhang V der Beitrittsakte aufgestellten besonderen Regeln unterstellt, sei es als bestehende Beihilfen im Sinne des Art. [108] Abs. 1 [AEUV], wenn sie unter eine der drei in diesem Anhang genannten Kategorien fallen, oder als zum Tag des Beitritts für die Zwecke der Anwendung von Art. [108] Abs. 3 [AEUV] neue Beihilfen, wenn sie nicht unter eine dieser drei Kategorien fallen“ [23].

86. Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass die Kommission und das Gericht im vorliegenden Fall die im Anhang der Akte über den Beitritt Ungarns zur Union angeführten Vorschriften zutreffend angewandt haben.

87. Wie die Kommission hervorhebt, betrifft jedenfalls keines der von Dunamenti Erőmű angeführten Urteile des Gerichts oder des Gerichtshofs [24] Maßnahmen, die ein Mitgliedstaat vor seinem Beitritt zur Union erlassen hat und die nach diesem Beitritt weiterhin anwendbar sind. Da sich die Frage, ob die zeitlichen Grenzen der Befugnisse der Union beachtet wurden, in diesen Rechtssachen nicht stellte, überrascht es nicht, dass die Unionsgerichte feststellten, dass das Vorliegen der Beihilfe zum Zeitpunkt ihrer Gewährung beurteilt werden muss.

88. Was die Praxis der Kommission betrifft, die darin bestand [25], eine vor dem Beitritt eines Mitgliedstaats gewährte Beihilfemaßnahme unter Berücksichtigung auch von zeitlich vor dem Beitritt liegenden Umständen zu prüfen, so weise ich darauf hin, dass die von Dunamenti Erőmű angeführten Kommissionsentscheidungen [26] die von dem Unternehmen vertretene Auffassung, dass der Stichtag der Tag der Gewährung der betreffenden Beihilfe sein müsse, nicht stützen.

89. Was zunächst die Entscheidung 2008/214 der Kommission in der Sache GE Capital Bank angeht, so bestand die betreffende Beihilfemaßnahme in Garantien, Sicherheiten und Entschädigungszusagen sowie in einer Verkaufsoption, die der tschechische Staat im Rahmen der Umstrukturierung und Privatisierung der AGB-Bank gewährt hatte.

90. Auch wenn diese Maßnahmen vor dem Beitritt der Tschechischen Republik zur Union gewährt worden waren, blieben sie doch „nach dem Beitritt anwendbar“ [27] in dem Sinne, dass die Empfänger aus ihnen noch nach dem Beitritt Nutzen ziehen konnten. Der von der Kommission gewählte Stichtag war somit der Tag des Beitritts.

91. Die Beihilfemaßnahme, um die es in der Entscheidung 2009/174 in der Sache Postabank ging, bestand in einem Ausgleich für unbekannte Forderungen, den der ungarische Staat im Rahmen der Umstrukturierung und Privatisierung der Postabank zugunsten der übernehmenden Erste Bank gewährt hatte.

92. Wie die Kommission im 47. Erwägungsgrund ihrer Entscheidung feststellte, handelte es sich um eine noch nach dem Beitritt anwendbare Maßnahme, die, wie im vorliegenden Fall, als neue Beihilfe im Sinne derselben Beitrittsakte anzusehen war.

23 — Vgl. Urteil Kremikovtzi (C-262/11, EU:C:2012:760, Rn. 52), Hervorhebung nur hier. Vgl. auch in diesem Sinne Urteil Rousse Industry/Kommission (T-489/11, EU:T:2013:144, Rn. 61 bis 64, 66 und 67).

24 — Vgl. Urteile Frankreich/Kommission (C-482/99, EU:C:2002:294, Rn. 71 und 76 bis 83), Kommission/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, Rn. 104), Cityflyer Express/Kommission (T-16/96, EU:T:1998:78, Rn. 76), Westdeutsche Landesbank Girozentrale und Land Nordrhein-Westfalen/Kommission (T-228/99 und T-233/99, EU:T:2003:57, Rn. 246) sowie Niederlande/Kommission (T-29/10 und T-33/10, EU:T:2012:98, Rn. 78).

25 — Was ein wenig paradox ist angesichts des Standpunkts der Kommission in der vorliegenden Rechtssache (vgl. meine Würdigung des dritten Teils des dritten Rechtsmittelgrundes in den Nrn. 125 bis 127 dieser Schlussanträge).

26 — Es handelt sich um die Entscheidungen 2008/214/EG vom 18. Juli 2007 über die staatliche Beihilfe C 27/2004, die die Tschechische Republik zugunsten der Unternehmen GE Capital Bank a.s. und GE Capital International Holdings Corporation, USA, gewährt hat (ABl. L 67, S. 3), 2009/174/EG vom 21. Oktober 2008 über die staatliche Beihilfe C 35/04 der Republik Ungarn zugunsten der Postabank és Takarékpénztár Rt./Erste Bank Hungary Nyrt (ABl. L 62, S. 14) und den Beschluss 2010/690/EU vom 4. August 2010 über die staatliche Beihilfe C 40/08 (ex N 163/08), die Polen zugunsten von PZL Hydral S.A. gewährt hat (ABl. L 298, S. 51).

27 — Entscheidung 2008/214, 58. Erwägungsgrund.

93. Dasselbe gilt für den Beschluss 2010/690 der Kommission in der Sache PZL Hydral, der im Rahmen eines Plans zur Rettung des genannten Unternehmens neben anderen Beihilfemaßnahmen die Nichtbeitreibung von Forderungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger von PZL Hydral für den Zeitraum 1998 bis 2007 betraf.

94. Obwohl die nicht beigetriebenen Forderungen vor dem Beitritt der Republik Polen zur Union fällig geworden waren und dies auch nach dem Beitritt noch waren, gehörte diese Maßnahme zu einem Rettungsplan, der 2007 aufgestellt wurde, d. h. drei Jahre nach dem Beitritt. Hieraus ergibt sich, dass der Stichtag in dieser Sache ebenfalls der Beitritt der Republik Polen zur Union war und nicht der Tag der Gewährung der betreffenden Beihilfe.

95. In all diesen Entscheidungen berücksichtigte die Kommission zeitlich vor dem Beitritt liegende Umstände, was sie im Fall von Dunamenti Erőmű, so deren Vorwurf, nicht getan habe. Jedoch geht es hierbei um die Frage, ob die Kommission in einem Fall wie dem vorliegenden bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers vor dem Beitritt liegende Umstände wie die Privatisierung und ihre Ziele sowie den inneren Zusammenhang zwischen der Privatisierung und dem PPA berücksichtigen muss. Diese Frage (auf die ich im Zusammenhang mit dem dritten Rechtsmittelgrund zurückkommen werde) unterscheidet sich von der Frage, welcher Tag der Stichtag für die Entscheidung ist, ob eine staatliche Maßnahme als staatliche Beihilfe zu qualifizieren ist.

96. Daher ist der zweite Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

F – *Zum dritten Rechtsmittelgrund, wonach das Gericht rechtsfehlerhaft davon ausgegangen sei, dass das fragliche PPA Dunamenti Erőmű einen Vorteil im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV verschafft habe*

97. Mit dem dritten Rechtsmittelgrund wirft Dunamenti Erőmű dem Gericht vor, es habe in den Rn. 67 bis 70 des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler begangen, als es bei der Prüfung, ob eine Beihilfe vorliege, die Privatisierung von Dunamenti Erőmű außer Betracht gelassen habe, weil es sich für den 1. Mai 2004 als Stichtag entschieden habe. Die Untersuchung, aufgrund deren festgestellt werden könne, ob das fragliche PPA eine Beihilfe darstelle, könne rechtmäßig nur unter Berücksichtigung der Privatisierung und ihres Kontextes vorgenommen werden, da das PPA eine Maßnahme sei, die der Privatisierung vorausgegangen sei, und daher Teil der gesamten Privatisierungsmaßnahmen sei.

98. In den Rn. 49 bis 66 der Rechtsmittelschrift führt Dunamenti Erőmű sodann drei Gründe zum Nachweis dafür an, dass das Gericht, hätte es die Umstände der Privatisierung berücksichtigt, festgestellt hätte, dass das PPA keinen Vorteil dargestellt habe oder der Vorteil jedenfalls nicht bei Dunamenti Erőmű verblieben sei.

99. Erstens habe MVM als privater Kapitalgeber gehandelt, der den Gewinn, der durch den Verkauf von Dunamenti Erőmű entstanden sei, habe maximieren wollen (Rn. 49 bis 54 der Rechtsmittelschrift).

100. Zweitens hätte, selbst wenn das PPA einen Vorteil mit sich gebracht hätte, der Erwerb von Dunamenti Erőmű durch Electrabel, der nach Abschluss des Ausschreibungsverfahrens stattgefunden habe, den angeblichen Vorteil ausgeglichen (Rn. 55 bis 62 der Rechtsmittelschrift).

101. Drittens habe der Beitritt Ungarns keine Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen dem PPA und der Privatisierung von Dunamenti Erőmű gehabt und nichts daran geändert, dass das PPA Dunamenti Erőmű keinen Vorteil verschafft habe (Rn. 63 bis 67 in Verbindung mit den Rn. 41 bis 62 der Rechtsmittelschrift).

1. Zur Zulässigkeit

102. Die Kommission ist der Auffassung, der dritte Rechtsmittelgrund betreffe eine Tatsachenfrage und sei daher unzulässig. Da das Gericht zutreffend den Tag des Beitritts Ungarns zur Union als Stichtag für die Beurteilung, ob eine Beihilfe vorliege, angesehen habe, habe es in den Rn. 68 bis 70 des angefochtenen Urteils zu Recht festgestellt, dass sich die Prüfung, ob Dunamenti Erőmű durch das PPA einen Vorteil erhalten habe, nur auf diesen Tag und die an diesem Tag vorhersehbare Entwicklung der Situation beziehen dürfe.

103. Ich teile diese Auffassung der Kommission nicht, die meines Erachtens auf einem fehlerhaften Verständnis der Rechtsmittelschrift beruht. Der genannte Rechtsmittelgrund betrifft nämlich nicht die Frage, welche Umstände dem am 1. Mai 2004 beginnenden Zeitraum zugerechnet werden können, sondern die Frage, ob das Gericht, auch wenn der 1. Mai 2004 der Stichtag war, bestimmte Umstände, insbesondere den engen Zusammenhang zwischen der Privatisierung und dem fraglichen PPA, zu Recht nur deswegen ausklammern durfte, weil sie vor diesem Zeitpunkt lagen.

2. Zur Begründetheit

a) Zum dritten Teil, der die Weigerung des Gerichts betrifft, bei der Prüfung der angefochtenen Entscheidung im Hinblick auf die Frage, ob eine Beihilfe vorliegt, die Umstände der Privatisierung von Dunamenti Erőmű zu berücksichtigen, weil sie vor dem Tag des Beitritts lagen

104. Mit seinem dritten Rechtsmittelgrund macht Dunamenti Erőmű geltend, das Gericht habe in den Rn. 68 bis 70 des angefochtenen Urteils zu Unrecht entschieden, ihre in Rn. 67 des angefochtenen Urteils angeführten Argumente, „die im Wesentlichen auf die Umstände der Mitte der Neunziger Jahre durchgeführten Privatisierung gestützt werden, … im Hinblick auf den für die Beurteilung der PPA relevanten Zeitraum, der am 1. Mai 2004 beginnt, zurückzuweisen“ [28].

105. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass weder die Kommission noch das Gericht den engen Zusammenhang zwischen dem Abschluss des PPA mit Dunamenti Erőmű und deren Privatisierung in Frage gestellt haben. Die Kommission hat nämlich im 174. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung eingeräumt, dass „die meisten Beteiligten … anerkannt hätten, dass sie ohne die Garantien, die ihnen im Rahmen der PPA zugesichert worden sind, in diese Kraftwerke nicht investiert hätten“, und dass einer dieser Beteiligten dargelegt habe, dass „die … PPA für die Banken einen wesentlichen Faktor hinsichtlich der Bereitschaft zur Finanzierung der Investition und der kontinuierlichen Vorfinanzierung der Betriebskosten darstellen“.

106. Im 186. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung führt die Kommission aus, dass „die Grundvoraussetzung dazu, dass sich die notwendigen Investitionen unter den Marktverhältnissen der Neunziger Jahre in Ungarn verwirklichen, die PPA und somit die garantierte Kapitalrendite darstellten“.

107. Wie ich in den Nrn. 5 bis 11 dieser Schlussanträge ausgeführt habe, waren der Abschluss des PPA mit den Kraftwerken und die Privatisierung klar Teile desselben Vorgangs und können nicht losgelöst voneinander geprüft werden.

28 — Rn. 68.

108. Dunamenti Erőmű wirft dem Gericht also vor, es habe den Ansatz der Kommission gebilligt, dem zufolge einerseits anerkannt werde, dass das PPA im Kontext der Privatisierung eine „Grundvoraussetzung" für den gewinnbringenden Verkauf von Dunamenti Erőmű oder für deren Verkauf „zu Marktbedingungen" gewesen sei, andererseits diese „Grundvoraussetzung" bei der Beurteilung des PPA anhand der Vorschriften über die staatlichen Beihilfen vollständig außer Acht gelassen worden sei. Damit habe das Gericht das Kriterium des privaten Kapitalgebers falsch angewandt.

109. Nach Ansicht der Kommission ist dieses Vorbringen zurückzuweisen, wenn das Gericht zu Recht festgestellt habe, dass der maßgebliche Stichtag der Tag des Beitritts Ungarns zur Union gewesen sei, da es in diesem Fall keinen Sinn habe, Vorgänge zu berücksichtigen, die fast zehn Jahre vor diesem Tag stattgefunden hätten.

110. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission ausgeführt, dass das, „[w]as in dem Mitgliedstaat in der Zeit vor seinem Beitritt zur Union geschieht, … im Hinblick auf die staatlichen Beihilfen, um es ganz direkt zu sagen, gleichgültig [ist], es sei denn, es wirkt sich nach dem Beitritt auf den Binnenmarkt aus"[29]. Der Ausschluss aller Tatsachen, die vor dem Tag des Beitritts lägen, insbesondere wenn sie Ziele beträfen, die MVM bei der Privatisierung von 1995 verfolgt habe, beruhe auf einer Entscheidung, die durch die Beitrittsakte und den Willen ihrer Verfasser vorgegeben sei, die beachtet werden müssten.

111. Ich teile diese Auffassung der Kommission nicht.

112. Meines Erachtens liegt die Bedeutung, den der Tag des Beitritts als Stichtag hat, zunächst darin, den Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem zu prüfen ist, ob die Maßnahme, die eine staatliche Beihilfe sein kann, noch anwendbar ist. Ist sie es nicht, kann sie die Kommission nicht mehr anhand der Vorschriften über die staatlichen Beihilfen prüfen[30].

113. Ist die betreffende Maßnahme, wie im vorliegenden Fall, noch am Tag des Beitritts anwendbar, ist der Stichtag auch maßgebend für die Bestimmung des Zeitpunkts, zu dem zu prüfen ist, ob sie eine staatliche Beihilfe darstellt, wohl wissend, dass eine Maßnahme, die im Augenblick ihrer Gewährung keine staatliche Beihilfe ist, später bei veränderten Strukturen des betreffenden Markts eine werden kann[31].

114. Dagegen schließt, wie das Gericht in den Rn. 68 bis 70 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, die Zugrundelegung des Tags des Beitritts als Stichtag an und für sich nicht schon automatisch die Berücksichtigung von zeitlich vor diesem Tag liegenden Umständen aus, die für die korrekte Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers relevant sind.

115. Überdies hat der Gerichtshof, wenn auch außerhalb des spezifischen Rahmens eines Beitritts, die Bedeutung einer Gesamtwürdigung aller erheblichen Anhaltspunkte bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers betont. So hat er in Rn. 86 des Urteils Kommission/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318) festgestellt, dass die Kommission „eine *Gesamtwürdigung* vorzunehmen [hat] und dabei neben den vom betroffenen Mitgliedstaat vorgelegten Nachweisen auch jeden anderen im betreffenden Fall erheblichen Anhaltspunkt zu berücksichtigen [hat], der es ihr ermöglicht, festzustellen, ob dieser Mitgliedstaat die in Rede stehende Maßnahme in seiner Eigenschaft als

29 — Von mir frei übersetzt („It is a matter of indifference, to be quite brutal, as to what happens in the acceding Member State in the period prior to accession from the point of view of the State aid discipline, unless it spills over into the internal market after the accession has taken place").

30 — Vgl. im Umkehrschluss, Entscheidungen 2008/214, 2009/174 und 2010/690.

31 — Vgl. Nrn. 79 bis 82 dieser Schlussanträge.

Anteilseigner oder in der als Träger öffentlicher Gewalt getroffen hat. [*Hierbei] können* … insbesondere die Natur und der Gegenstand dieser Maßnahme, *der Kontext, in den sie eingebettet ist, sowie das verfolgte Ziel* und die Regeln, denen diese Maßnahme unterworfen ist, *von Bedeutung sein*“ [32].

116. Der Gerichtshof hat in den Rn. 104 und 105 sodann hinzugefügt, dass die Kommission „sich nur dann weigern [kann], solche Informationen zu prüfen, wenn die vorgelegten Beweise aus der Zeit *nach* Erlass der Entscheidung über die Vornahme der betreffenden Kapitalanlage stammen“, und dass „für die Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers nur die im Zeitpunkt der Entscheidung über die Vornahme der Kapitalanlage verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen relevant sind[*, selbst] wenn die Kommission wie im vorliegenden Fall das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage prüft, die ihr nicht mitgeteilt und vom betreffenden Mitgliedstaat bereits getätigt worden war, als sie ihre Prüfung durchführte*“ [33].

117. In Rn. 41 des Urteils Italien und SIM 2 Multimedia/Kommission (C-328/99 und C-399/00, EU:C:2003:252) berücksichtigte der Gerichtshof bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers auf den Fall einer Kapitalerneuerung im Jahr 1994 das Nettoergebnis für das Geschäftsjahr 1993 und den Umstand, dass „dieses Ergebnis im Zusammenhang mit einer Wirtschaftsrezession [stand], die zu langsamerem Wachstum, stärkerer Konkurrenz und einem erheblichen Preiseinbruch im europäischen Sektor der Verbrauchselektronik, dessen Entwicklung seit 1992 rückläufig war, geführt hatte“, und gelangte zu dem Schluss, dass ein privater Kapitalgeber die betreffenden Kapitalzuführungen nicht vorgenommen hätte.

118. Ebenfalls außerhalb des Zusammenhangs mit einem Beitritt hat der Gerichtshof eine Entscheidung der Kommission u. a. deshalb für nichtig erklärt, weil „die Kommission das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers fehlerhaft angewandt hat, da sie die Stardust gewährten Darlehen und Bürgschaften nicht im Kontext der Zeit, in der sie gewährt wurden, geprüft hat“ [34].

119. Diese Erwägungen gelten auch in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die in Rede stehende Maßnahme vor dem Beitritt des betreffenden Mitgliedstaats zur Union erlassen wurde. Die Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers durch die Kommission, die das Gericht gebilligt hat, und die daraus resultierende Beurteilung des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe drohen wirklichkeitsfremd zu werden, wenn erhebliche Umstände, wie in den Rn. 68 und 70 des angefochtenen Urteils geschehen, nur deswegen ausgeschlossen wurden, weil sie in die Zeit vor dem Beitritt fallen.

120. Die Wirklichkeitsfremdheit läge darin, bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers zu fragen, „ob ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer unter den Umständen, die zum Zeitpunkt des Beitritts Ungarns zur Europäischen Union herrschten, den Stromerzeugern ähnliche Garantien gewährt hätte, wie sie in den PPA verankert sind“ [35], ohne dabei einen hypothetischen Wirtschaftsteilnehmer zu berücksichtigen, der, wie der ungarische Staat 1995, ein Kraftwerk verkaufen wollte, dessen materielle und finanzielle Situation derart war, dass ein Kapitalgeber keine hinreichenden Garantien für eine Fortsetzung seiner Tätigkeiten und keine Langzeitperspektive für seine Investitionen haben konnte, dabei aber weiterhin die in Nr. 5 der vorliegenden Schlussanträge angeführten Ziele der Privatisierung verfolgte.

32 — Hervorhebung nur hier. Vgl. auch in diesem Sinne Urteil Italien und SIM 2 Multimedia/Kommission (C-328/99 und C-399/00, EU:C:2003:252, Rn. 41).

33 — Hervorhebung nur hier.

34 — Urteil Frankreich/Kommission (C-482/99, EU:C:2002:294, Rn. 81).

35 — 177. Erwägungsgrund der angefochtenen Entscheidung.

121. Wenn aber bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers die Frage zu stellen ist, ob im Zeitpunkt des Beitritts ein hypothetischer Wirtschaftsteilnehmer wie der Staat gehandelt hätte, können erhebliche tatsächliche Umstände, die die Gewährung der betreffenden Beihilfemaßnahme erforderlich machten, nicht allein deswegen ausgeschlossen werden, weil sie zeitlich vor dem Beitrittstag liegen, denn dann würden für den Staat und für den hypothetischen Wirtschaftsteilnehmer jeweils Situationen gelten, die nicht miteinander vergleichbar sind, was jeden von ihnen zwangsläufig zu unterschiedlichen Entscheidungen veranlassen könnte.

122. Dies bedeutet, dass sich bei einer korrekten Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers die Frage stellt, was ein hypothetischer Wirtschaftsteilnehmer unter den wirtschaftlichen Bedingungen von 1995 auf einem Markt, der gerade liberalisiert wurde[36], am 1. Mai 2004 unternommen hätte, um Dunamenti Erőmű zum bestmöglichen Preis zu verkaufen, dabei aber dieselben wirtschaftlichen und handelspolitischen Ziele wie der ungarische Staat im Jahr 1995 verfolgte, d. h. die Gewährleistung der Versorgungssicherheit zu den niedrigsten Preisen, die Modernisierung der Stromerzeugungsinfrastruktur unter besonderer Beachtung der jeweiligen Umweltschutzvorschriften sowie die Umstrukturierung des Stromversorgungssektors.

123. Entgegen der Auffassung, die die Kommission in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, bin ich nicht der Meinung, dass diese Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers im Widerspruch zu der Beitrittsakte oder dem Willen ihrer Verfasser steht. Wenn nämlich das PPA als eine neue Beihilfe im Sinne dieser Beitrittsakte anzusehen ist, d. h. als eine Beihilfe, die erstmals am 1. Mai 2004 gewährt wurde, ist die Kommission durch nichts in der Beitrittsakte gehindert, bei der Anwendung des genannten Kriteriums die wirtschaftlichen und handelspolitischen Ziele zu berücksichtigen, die MVM mit dem Abschluss des PPA verfolgte.

124. Folglich können erhebliche Umstände, die vor dem Beitritt liegen, bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers zum Zeitpunkt des Beitritts berücksichtigt werden.

125. Paradoxerweise entspricht diese Auffassung, wie bereits von mir[37] und von Dunamenti Erőmű im Rahmen des zweiten Rechtsmittelgrundes dargelegt, der Praxis der Kommission, wie sie insbesondere in ihren Entscheidungen GE Capital Bank, Postabank und PZL Hydral zum Ausdruck kommt, wo die Kommission bei der Beurteilung, ob eine Beihilfe vorliegt, grundsätzlich tatsächliche Umstände berücksichtigte, die vor dem Stichtag lagen[38], d. h. dem Tag des Beitritts der betreffenden Mitgliedstaaten.

126. Ich beziehe mich insbesondere auf die Entscheidung 2009/174 in der Sache Postabank, die ebenfalls eine Beihilfemaßnahme betraf, die Ungarn vor seinem Beitritt eingeführt hatte. In den Erwägungsgründen 55 und 56 ihrer Entscheidung vertrat die Kommission meines Erachtens zu Recht die Auffassung, dass „[h]insichtlich der Bewertung des Verhaltens der ungarischen Behörden im Jahr 2003 nach dem Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers … bemerkt werden [muss], dass die Kommission das Privatisierungsverfahren der [Postabank] nicht in Frage stellt und anerkennt, dass die [Postabank] in einem offenen Ausschreibungsverfahren an den Höchstbietenden verkauft wurde“, und dass „[d]iese Tatsache … aber keine genügende Bedingung dafür [ist], dass das Bestehen eines Vorteils im vorliegenden Fall ausgeschlossen werden könnte“[39].

36 — Der Prozess der Liberalisierung des europäischen Elektrizitätsmarkts begann mit der Richtlinie 96/92, die den Elektrizitätsmarkt für den Wettbewerb öffnen sollte. Der zeitliche Rahmen für die Liberalisierung des Elektrizitätsmarkts wurde durch die Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG (ABl. L 176, S. 37) festgesetzt, die für Nicht-Haushalts-Kunden spätestens am 1. Juli 2004 und für Privathaushalte am 1. Juli 2007 umgesetzt sein sollte. Am Stichtag wurde der ungarische Elektrizitätsmarkt somit gerade liberalisiert.

37 — Vgl. Nrn. 89 bis 94 dieser Schlussanträge.

38 — Vgl. u. a. Erwägungsgründe 81 und 82 der Entscheidung 2008/214, Erwägungsgrund 57 der Entscheidung 2009/174 und die Erwägungsgründe 169 ff. der Entscheidung 2010/690.

39 — Ich kann nicht erkennen, warum die Entscheidung der Kommission in der Sache Postabank, wie das Gericht meint, in diesem Zusammenhang ohne Belang sein soll, nur weil sie einen spezifischen Fall betreffe und zu der angefochtenen Entscheidung keinen Bezug habe (Urteil Tisza Erőmű/Kommission, T-468/08, EU:T:2014:235, Rn. 89).

127. Diese Ausführungen geben meines Erachtens die Auffassung wieder, die richtig ist, dass nämlich in einem Fall wie dem vorliegenden die erheblichen Umstände, die vor dem Beitritt liegen, bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers berücksichtigt werden müssen, ohne dass dies für sich allein ausreicht, um das Bestehen eines Vorteils auszuschließen.

128. Nach alledem hat das Gericht dadurch, dass es das Vorbringen von Dunamenti Erőmű, wonach die Kommission den engen Zusammenhang zwischen dem PPA und der Privatisierung bei der Prüfung der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers nicht berücksichtigt habe, allein deshalb zurückgewiesen hat, weil dieser Umstand vor dem Tag des Beitritts Ungarns lag, einen Rechtsfehler begangen, und das Urteil ist daher insoweit aufzuheben.

b) Zum ersten Teil, der den Vorteil für Dunamenti Erőmű als eine Folge des PPA betrifft, das zwischen ihr und MVM geschlossen wurde, die hierbei wie ein privater Kapitalgeber gehandelt habe, der den aus dem Verkauf von Dunamenti Erőmű resultierenden Gewinn habe maximieren wollen

129. Dunamenti Erőmű macht geltend, sie selbst und Electrabel hätten keinerlei Vorteile aus dem PPA gezogen, da MVM durch den Abschluss des PPA mit Dunamenti Erőmű am 10. Oktober 1995 lediglich versucht habe, wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer den Ertrag aus dem Verkauf von Dunamenti Erőmű zu maximieren.

130. Dieses Vorbringen kann nicht durchgreifen, da der Umstand, dass Dunamenti Erőmű im Wege eines offenen wettbewerblichen Ausschreibungsverfahrens privatisiert wurde und das höchste Gebot (d. h. das von Electrabel) den Zuschlag erhielt, jeweils nur dann von Bedeutung sein kann, wenn die als mögliche staatliche Beihilfe in Betracht gezogene Maßnahme der Verkauf von Dunamenti Erőmű selbst gewesen wäre. Dies ist aber nicht der Fall, weil die betreffende Maßnahme das PPA war, das MVM mit Dunamenti Erőmű geschlossen hatte.

131. Wie die Kommission ausgeführt hat, verwechselt Dunamenti Erőmű überdies einen möglichen Vorteil für Electrabel als Erwerberin von Dunamenti Erőmű mit einem Vorteil für sich selbst. Dass Electrabel keinen Vorteil gehabt hat, schließt nämlich nicht aus, dass Dunamenti Erőmű einen Vorteil hatte.

132. Meiner Meinung nach ändern die Argumente, die Dunamenti Erőmű aus dem Urteil AceaElectrabel/Kommission (T-303/05, EU:T:2009:312) herleitet, um zu belegen, dass Electrabel und Dunamenti Erőmű eine wirtschaftliche Einheit bildeten, nichts an der vorstehenden Analyse. Selbst wenn nämlich Electrabel und Dunamenti Erőmű als wirtschaftliche Einheit angesehen würden, würde dies einen Vorteil für diese Einheit, die in den Genuss des PPA gelangt war, nicht ausschließen.

133. Das Gericht beging daher keinen Rechtsfehler, als es das Vorbringen von Dunamenti Erőmű zurückwies, dass MVM durch den Abschluss des fraglichen PPA mit Dunamenti Erőmű wie ein privater Kapitalgeber gehandelt habe, der den aus dem Verkauf von Dunamenti Erőmű resultierenden Gewinn habe maximieren wollen.

c) Zum zweiten Teil, der die Frage betrifft, ob die Beihilfe von dem verkauften Unternehmen oder vom Verkäufer zurückzufordern ist, wenn der Wert der Beihilfe im Privatisierungspreis enthalten ist

i) Vorbringen der Parteien

134. Nach Ansicht von Dunamenti Erőmű wäre selbst dann, wenn ihr vor ihrer Privatisierung ein Vorteil gewährt worden wäre, dieser Vorteil von ihrem Erwerber an den ungarischen Staat zurückgezahlt worden, da das PPA im Preis enthalten gewesen sei, den der Erwerber bei der Privatisierung von Dunamenti Erőmű im Wege eines Ausschreibungsverfahrens an den Staat gezahlt habe.

135. Dunamenti Erőmű stützt sich auf Rn. 78 des Urteils Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), wo der Gerichtshof Folgendes festgestellt hat: „Wenn ein Unternehmen, das eine Beihilfe erhalten hat, zum Marktpreis verkauft wurde, spiegelt der Kaufpreis … grundsätzlich die Auswirkungen der zuvor gewährten Beihilfe wider, und der Verkäufer dieses Unternehmens bleibt Nutznießer der Beihilfe. In diesem Fall muss in erster Linie durch die Rückerstattung der Beihilfe seitens des Verkäufers für die Wiederherstellung der früheren Situation gesorgt werden."

136. Ausgehend hiervon gelangt Dunamenti Erőmű zu dem Schluss, dass der ungarische Staat, da das PPA in die Berechnung des an ihn gezahlten Privatisierungspreises eingegangen sei, den Vorteil behalten habe und sie daher nicht als Empfängerin eines aus staatlichen Mitteln stammenden Vorteils im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV angesehen werden könne.

137. Die Kommission ist dagegen der Ansicht, Dunamenti Erőmű verwechsle erneut die einem erworbenen Unternehmen gewährte Beihilfe (Beihilfeempfänger) mit der dem Erwerber dieses Unternehmens gewährten Beihilfe.

138. Die Kommission wertet Rn. 78 des Urteils Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) als *obiter dictum* und stützt sich stattdessen auf Rn. 81 des Urteils Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238), wo der Gerichtshof zunächst feststellte: „Im vorliegenden Fall behält das Unternehmen, dem rechtswidrige staatliche Beihilfen gewährt wurden, seine Rechtspersönlichkeit und übt weiterhin für eigene Rechnung die mit den staatlichen Beihilfen subventionierten Tätigkeiten aus." Danach fuhr er fort: „Normalerweise verbleibt der mit den fraglichen Beihilfen verbundene Wettbewerbsvorteil bei diesem Unternehmen, so dass ihm die Verpflichtung obliegt, einen Betrag in Höhe dieser Beihilfen zurückzuzahlen. Vom Erwerber kann daher die Rückzahlung solcher Beihilfen nicht verlangt werden."

139. Nach Auffassung der Kommission hat sich der Gerichtshof in seinem Urteil Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) deutlich von dem Urteil Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) abgegrenzt.

ii) Würdigung

– Vorbemerkungen

140. Vorab ist festzustellen, dass die Urteile Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) und Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) beide die Frage betreffen, von wem die Beihilfe zurückzufordern ist, nicht aber die Frage, ob eine Beihilfe vorliegt.

141. Auch wenn Dunamenti Erőmű ihre Argumente im Rahmen des dritten Rechtsmittelgrundes vorträgt, der das Vorliegen einer Beihilfe betrifft, stellen sie in Wirklichkeit einen selbständigen Rechtsmittelgrund dar, den der Gerichtshof auch dann prüfen muss, wenn er entgegen meinem Vorschlag in Nr. 128 dieser Schlussanträge zu dem Ergebnis gelangt, dass das Gericht den Einwand, dass der enge Zusammenhang zwischen dem PPA und der Privatisierung von Dunamenti Erőmű bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers nicht berücksichtigt worden sei, zu Recht zurückgewiesen hat.

142. Folgt der Gerichtshof meinem Vorschlag nicht, liegt nämlich zwingend eine Beihilfe vor, die Ungarn aufheben und zurückfordern muss. Folgt dagegen der Gerichtshof meinem Vorschlag, ist keineswegs ausgeschlossen, dass eine korrekte Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers zu der Feststellung führt, dass eine Beihilfe in entweder derselben oder einer anderen Höhe vorliegt.

143. Somit ist in beiden Fällen zu entscheiden, ob die in Rede stehende Beihilfe von dem verkauften Unternehmen – was der Position der Kommission entspricht – oder vom Verkäufer zurückzufordern ist – was der Position von Dunamenti Erőmű entspricht –, da „[v]om Erwerber … die Rückzahlung solcher Beihilfen nicht verlangt werden [kann]“ [40], wenn das Unternehmen, das die Beihilfe empfangen hat, gemäß den Marktbedingungen verkauft wurde.

– Die Pflicht zur Rückerstattung der Beihilfe trifft denjenigen, bei dem der Vorteil verbleibt, den die Beihilfe bewirkt hat

144. Die Urteile Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) und Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) vertreten offenbar entgegengesetzte Auffassungen. Der einzige Punkt, in dem sie übereinstimmen, ist der, dass der Käufer nicht Schuldner des Anspruchs auf Rückerstattung der Beihilfe sein kann [41].

145. Obgleich das Urteil Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) nach dem Urteil Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) erging, wurde es von einer Kammer mit fünf Richtern, nämlich der Sechsten Kammer, verkündet, während das Urteil Banks von einer mit elf Richtern besetzten Kammer (der damaligen „Großen Kammer“) verkündet und seither mehrfach zitiert wurde [42].

146. Wie Generalanwalt Tizzano in Nr. 82 seiner Schlussanträge in der Rechtssache Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2003:354) ausgeführt hat, „bewegt sich der Gerichtshof … zwischen zwei Positionen: zum einen der Auffassung, dass die Beihilfen stets vom begünstigten Unternehmen zurückzuzahlen sind, und zum anderen dem Standpunkt, dass die Beihilfen, wenn die Anteile zu einem Preis veräußert wurden, der den Marktpreis der begünstigten Gesellschaft nach Gewährung der Beihilfen widerspiegelt, vom Verkäufer zu erstatten sind“.

147. Auch nach seinem Urteil Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) hat sich der Gerichtshof übrigens weiterhin zwischen diesen beiden Positionen bewegt. In Rn. 58 seines Urteils Kommission/Frankreich (C-214/07, EU:C:2008:619) stellte er zunächst fest: „[Wenn der Begünstigte seine Tätigkeit eingestellt und seine Vermögenswerte veräußert hat und dabei] das Beihilfeelement zum Marktpreis bewertet und in den Kaufpreis einbezogen [wurde, kann] der Käufer nicht als Nutznießer eines Vorteils gegenüber den übrigen Marktteilnehmern angesehen werden … (Urteil Deutschland/Kommission, Rn. 80).“ In Rn. 83 des Urteils Kommission/Frankreich (C-37/14, EU:C:2015:90) erklärte er dann, dass der Verkauf des Empfängers der Beihilfe zu Marktbedingungen „– seine Vornahme unterstellt – für sich genommen nicht die Pflicht zur Rückforderung berührt, da

40 — Urteil Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238, Rn. 81). Vgl. auch Urteil Kommission/Frankreich (C-214/07, EU:C:2008:619, Rn. 16).

41 — Vgl. Urteile Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, Rn. 77) und Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238, Rn. 80).

42 — Vgl. Urteile Falck und Acciaierie di Bolzano/Kommission (C-74/00 P und C-75/00 P, EU:C:2002:524, Rn. 180), Italien und SIM 2 Multimedia/Kommission (C-328/99 und C-399/00, EU:C:2003:252, Rn. 83) sowie Kommission/Frankreich (C-37/14, EU:C:2015:90, Rn. 83).

der betreffende Mitgliedstaat weiterhin verpflichtet bleibt, die Beihilfe, *je nach Lage des Falles*, von dem verkauften Unternehmen (Urteil Deutschland/Kommission, C-277/00, EU:C:2004:238, Rn. 81) oder vom Verkäufer (Urteile Banks, C-390/98, EU:C:2001:456, Rn. 78, sowie Falck und Acciaierie di Bolzano/Kommission C-74/00 P und C-75/00 P, EU:C:2002:524, Rn. 180) zurückzufordern“ [43], womit er erneut die Möglichkeit offenließ, die Beihilfe entweder vom Verkäufer oder von dem verkauften Unternehmen zurückzufordern, ohne das Unterscheidungskriterium zu nennen, das der Ausdruck „je nach Lage des Falles“ impliziert.

148. Um die Dinge noch komplizierter zu machen: Der Umstand, dass das Urteil Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) zwei Beihilfen betraf, von denen die eine einer Gesellschaft, deren Anteile verkauft worden waren („share deal“), und die andere einer Gesellschaft, deren Vermögenswerte verkauft worden waren („asset deal“), gewährt worden war [44], ließ den Eindruck entstehen, es müsse zwischen diesen beiden Arten von Verkauf unterschieden werden.

149. Demgemäß versuchte Generalanwältin Sharpston in Nr. 57 ihrer Schlussanträge in der Rechtssache Kommission/Frankreich (C-214/07, EU:C:2008:343) die Unterschiede zwischen den Urteilen Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) und Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) dadurch zu erklären, dass „[es im Fall Banks] um die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen [ging]. Der vorliegende Fall betrifft hingegen Aktiva, auf die sachgerechterweise die im Urteil Deutschland/Kommission genannten Voraussetzungen anzuwenden sind. Der Gerichtshof hat dort den im Urteil Banks entwickelten Grundsatz übernommen, diesen dann den sich aus der Veräußerung von Aktiva anstatt Gesellschaftsanteilen ergebenden Besonderheiten angepasst und den modifizierten Grundsatz auf die Veräußerung von Vermögenswerten angewandt. Ich sehe keinen Grund, von dem im Urteil Deutschland/Kommission dargestellten Grundsatz abzuweichen.“

150. Die Unsicherheit wird noch größer, wenn man die unterschiedlichen und sogar widersprüchlichen Positionen untersucht, die die Kommission in diesen einzelnen Rechtssachen bezog.

151. So hielt es die Kommission in Rn. 38 ihrer Erwiderung in der Rechtssache, die zum Urteil Kommission/Frankreich (C-214/07, EU:C:2008:619) führte, „für sinnvoll, daran zu erinnern, dass bei der Übertragung von Vermögenswerten (asset deal), anders als bei der Übertragung von Anteilen (share deal), eine Überprüfung der finanziellen Bedingungen dieser Transaktion erforderlich ist. Beim Verkauf von Vermögenswerten zu normalen Marktbedingungen geht der Gerichtshof davon aus, dass das Beihilfeelement zum Marktpreis ermittelt wurde und in den Kaufpreis einging, so dass der Käufer der Aktiva grundsätzlich nicht als Nutznießer eines Vorteils angesehen werden kann, da der Nutzen der Beihilfe dem Veräußerer verbleibt“.

152. In den Rn. 87 bis 89 ihrer Klageschrift in der Rechtssache Kommission/Frankreich (C-37/14, EU:C:2015:90) führte die Kommission in Bezug auf den Verkauf „aller oder eines Teils der Anteile an einer durch Beihilfe begünstigten Gesellschaft“ [45] aus, dass „nach dem Verkauf eines durch eine Beihilfe begünstigten Unternehmens zum Marktpreis zu prüfen ist, wer der tatsächliche Empfänger der Beihilfe ist, der diese zurückzuzahlen hat. Nach den Umständen des vorliegenden Falles kann es entweder der Verkäufer oder das verkaufte Unternehmen sein. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs muss die Beihilfe grundsätzlich beim verkauften Unternehmen eingezogen werden … *Der Gerichtshof hat jedoch die Auffassung vertreten, dass der Betrag der Beihilfe vom Verkäufer zurückgezahlt werden muss*, wenn der durch die Beihilfe gewährte Vorteil, der in den Verkaufspreis einging, bei ihm verbleibt. *Dies ist insbesondere der Fall, wenn mit Sicherheit nachgewiesen worden ist, dass der Verkaufspreis die rechtswidrige Beihilfe berücksichtigt, die potenziell einer*

43 — Hervorhebung nur hier.

44 — Vgl. Rn. 78 und 84 des Urteils.

45 — Vgl. Rn. 85.

Rückerstattungspflicht unterliegt, oder der Vertrag über den Verkauf des durch die Beihilfe begünstigten Unternehmens ausdrücklich vorsieht, dass der Verkäufer die vom verkauften Unternehmen bezogenen Beihilfen zurückzahlen muss, wenn sie für rechtswidrig und unvereinbar erklärt werden“ [46].

153. Die Kommission fügte hinzu, dass „ohne eine solche Klausel … die meisten Kaufverträge vor[sehen], dass der Verkäufer für die Verbindlichkeiten des verkauften Unternehmens haftet. In diesem Fall hat das Unternehmen die rechtswidrige Beihilfe zurückzuzahlen, und die Garantieklausel für die Verbindlichkeiten gibt dem Käufer die Möglichkeit, beim Verkäufer Rückgriff zu nehmen. Diese Frage hängt daher von den geltenden Vertragsbestimmungen ab und fällt genau genommen nicht unter das … Rückforderungsverfahren.“

154. In der vorliegenden Rechtssache macht die Kommission geltend [47], dass das Urteil Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) den in Rn. 78 des Urteils Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) angeführten Grundsatz insoweit geändert habe, als die Beihilfe vom Empfänger zurückgefordert werden müsse, selbst wenn dieser zu Marktbedingungen verkauft worden sei und der Wert der Beihilfe in den Verkaufspreis einbezogen worden sei.

155. Die vorliegende Rechtssache sollte meines Erachtens dazu genutzt werden, die für die Rückforderung einer Beihilfe geltenden Grundsätze eindeutig festzulegen, wenn, wie im vorliegenden Fall ebenso wie in den Rechtssachen, die zu den Urteilen Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), Italien und SIM 2 Multimedia/Kommission (C-328/99 und C-399/00, EU:C:2003:252), Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) und Kommission/Frankreich (C-37/14, EU:C:2015:90) führten, das Unternehmen, das die Beihilfe empfangen hat, zu den Marktbedingungen verkauft wurde und der Wert der Beihilfe in den Verkaufspreis einbezogen wurde.

156. Wie der Gerichtshof in Rn. 81 des Urteils Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) festgestellt hat, obliegt meines Erachtens dem Unternehmen, bei dem „der mit [der Beihilfe] verbundene Wettbewerbsvorteil [verbleibt], … die Verpflichtung …, einen Betrag in Höhe dieser [Beihilfe] zurückzuzahlen“. Die Rückforderung der Beihilfe muss somit dem Vorteil in dem Sinne folgen, dass das Unternehmen, das den Vorteil erhalten hat oder noch erhält, die Beihilfe zurückzahlen muss, ob es sich nun um den Verkauf von Vermögenswerten oder um den von Anteilen handelt, und zwar aus folgenden Gründen.

157. Erstens beweisen die Umstände der vorliegenden Rechtssache, d. h. die Privatisierung eines Unternehmens unmittelbar nach Gewährung einer Beihilfe, dass der in Rn. 78 des Urteils Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) angeführte Grundsatz, wonach die Beihilfe von dem Verkäufer zurückgefordert werden kann, den Weg für einen straflosen Missbrauch des Rechts der staatlichen Beihilfen ebnet, soweit er den Mitgliedstaaten die Möglichkeit bietet, den staatlichen Unternehmen Beihilfen zu gewähren in dem Wissen, dass die Unternehmen, selbst wenn die Beihilfe eventuell für die Zukunft abgeschafft werden sollte, den historischen Vorteil, den sie bis zum Zeitpunkt seiner Abschaffung erhalten haben, dank der Privatisierung behalten können.

158. Zweitens kann, „[w]enn … das Unternehmen, das eine Beihilfe erhalten hat, nicht aufgelöst wurde und auf dem Markt tätig bleibt, … die durch die Beihilfe entstandene Wettbewerbsverfälschung nur dadurch beseitigt (oder zumindest verringert) werden, dass die Rückzahlungspflicht diesem Unternehmen auferlegt wird – denn nur so ‚verliert … der Empfänger den Vorteil, den er auf dem Markt gegenüber seinen Mitbewerbern besaß, und [wird] die Lage vor der Zahlung der Beihilfe … wiederhergestellt‘ [Urteil Kommission/Italien, C-348/93, EU:C:1995:95, Rn. 27. Im gleichen Sinne auch Urteil Spanien/Kommission, C-480/98, EU:C:2000:559, Rn. 35]“ [48].

46 — Hervorhebung nur hier.

47 — Vgl. Nrn. 137 bis 139 dieser Schlussanträge.

48 — Vgl. Nr. 83 der Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano in der Rechtssache Deutschland/Kommission (C-227/00, EU:C:2003:354).

159. Drittens: „Wenn es … auch zutrifft, dass [dem Verkäufer], der die Anteile an dem begünstigten Unternehmen zu einem Preis verkauft, der deren Marktwert nach Erhalt der Beihilfen widerspiegelt, die Werterhöhung dieses Unternehmens zugutekommt, so liegt doch ebenfalls auf der Hand, dass dieser Vorteil nicht denjenigen mindert, den das begünstigte Unternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern erlangt hat. Und eben dieser Vorteil ist maßgebend für die Wettbewerbsverzerrung und daher durch die Rückforderung der Beihilfen zu beseitigen, während der finanzielle Vorteil aus dem Verkauf der Anteile einen funktionierenden Wettbewerb auf den Märkten nicht zu beeinflussen braucht, da doch der Verkäufer nicht unbedingt ein Wirtschaftsteilnehmer sein muss“ [49].

160. Schließlich schafft „[d]ie Gegenauffassung, wonach die Beihilfen unter besonderen Umständen vom Verkäufer zurückzufordern sind, … erhebliche Unsicherheit, denn häufig ist nur schwer feststellbar, ob der Kaufpreis den Marktwert des begünstigten Unternehmens nach Erhalt der Beihilfen voll widerspiegelt und nicht einen geringen Abschlag wegen des Risikos aufweist, dass das begünstigte Unternehmen die Beihilfen zumindest teilweise zu erstatten haben wird“ [50].

161. „[B]ehält das Unternehmen, dem rechtswidrige staatliche Beihilfen gewährt wurden, seine Rechtspersönlichkeit und übt weiterhin für eigene Rechnung die mit den staatlichen Beihilfen subventionierten Tätigkeiten aus[,] verbleibt daher [normalerweise] der mit den fraglichen Beihilfen verbundene Wettbewerbsvorteil bei diesem Unternehmen, so dass ihm die Verpflichtung obliegt, einen Betrag in Höhe dieser Beihilfen zurückzuzahlen“ [51].

162. Grundsätzlich gilt somit, dass die Beihilfe von dem verkauften Unternehmen, im vorliegenden Fall Dunamenti Erőmű, nicht aber vom Verkäufer, im vorliegenden Fall MVM bzw. dem ungarischen Staat, zurückgefordert werden muss.

163. Außerdem gilt, wie der Gerichtshof in den Rn. 84 bis 97 des Urteils Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) festgestellt hat, die Regel, wonach derjenige die Beihilfe zurückzahlen muss, bei dem der mit der Beihilfe verbundene Wettbewerbsvorteil verblieben ist, auch in dem Fall, dass dem Empfänger infolge eines Verkaufs von Aktiva oder einer anderen Transaktion sämtliche Aktiva mit dem Ziel oder der Konsequenz genommen wurden, dass die Rückforderung der Beihilfe unmöglich wird (was vorliegend nicht der Fall ist), die Tätigkeiten dieses Empfängers aber von einem anderen Unternehmen übernommen wurden, das infolgedessen, da der Wettbewerbsvorteil bei diesem Unternehmen verblieben ist, die Beihilfe zurückzahlen muss [52]. Anderenfalls, d. h. wenn der Empfänger seine Tätigkeiten einstellt, ohne dass ein anderes Unternehmen sie übernimmt, wäre die Rückforderung nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs absolut unmöglich [53].

164. Auch wenn der Gerichtshof in Rn. 81 des Urteils Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238) die Empfänger danach zu unterscheiden scheint, ob sie ihre Rechtspersönlichkeit behalten haben oder nicht [54], ist doch zu beachten, dass Art. 107 AEUV, ebenso wie die Vertragsbestimmungen über den Wettbewerb, von Unternehmen („undertakings“) spricht, nicht aber von Gesellschaften, die eine Rechtspersönlichkeit haben.

49 — Ebd. (Nr. 84).

50 — Ebd. (Nr. 85).

51 — Urteil Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238, Rn. 81).

52 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Deutschland/Kommission (C-277/00, EU:C:2004:238, Rn. 86 bis 97), Kommission/Frankreich (C-214/07, EU:C:2008:619, Rn. 58) sowie Kommission/Spanien (C-610/10, EU:C:2012:781, Rn. 104).

53 — Vgl. Urteile Kommission/Italien (C-454/09, EU:C:2011:650, Rn. 36) und Kommission/Spanien (C-610/10, EU:C:2012:781, Rn. 104).

54 — Diese Unterscheidung wird auch im Urteil Kommission/Frankreich (C-214/07, EU:C:2008:619, Rn. 48 und 55) übernommen.

165. In diesem Sinne kommt, wie der Gerichtshof in Rn. 43 des Urteils ETI u. a. (C-280/06, EU:C:2007:775) in Bezug auf die Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht festgestellt hat, „der Rechtsform der Einrichtung, die eine Zuwiderhandlung begangen hat, und der ihres Rechtsnachfolgers keine Bedeutung zu. Die Verhängung der Sanktion gegen den Rechtsnachfolger ist daher nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil dieser, wie in den Ausgangsverfahren, in einer anderen Rechtsform und nach anderen Modalitäten tätig ist als der Vorgänger."

166. Der Grundsatz, wonach die Pflicht zur Rückzahlung der Beihilfe das *Unternehmen* trifft, bei dem der mit der Beihilfe verbundene Wettbewerbsvorteil verbleibt, erlaubt daher die Rückforderung der Beihilfe von dem Unternehmen, das die staatlich subventionierten Tätigkeiten übernommen hat.

– Anwendung auf die vorliegende Rechtssache

167. Da im vorliegenden Fall der fragliche Vorteil im PPA liegt, ist es Dunamenti Erőmű, die den durch das PPA bewirkten Wettbewerbsvorteil, d. h. die langfristig garantierten Verkaufspreise für Strom, erlangte und bei der dieser Vorteil verblieb. Folglich hat Dunamenti Erőmű die staatliche Beihilfe zurückzuzahlen.

168. Es wäre im Übrigen widersinnig, einerseits anzunehmen, dass Dunamenti Erőmű den Vorteil in Händen hält, weil das PPA zu ihren Vermögenswerten gehört, andererseits aber davon auszugehen, dass dem Staat als Verkäufer die Beihilfe zugutegekommen ist. Es ist offensichtlich unmöglich, den Vorteil, den ein Unternehmen in Händen hält, zu beseitigen und zu meinen, dass der Wettbewerbsvorteil an anderer Stelle verbleibt, vor allem, da es im vorliegenden Fall das PPA war, das den Wettbewerb verfälschte und die Liberalisierung des ungarischen Strommarktes fast unmöglich machte, indem es die Markteintrittskosten für neue Teilnehmer erhöhte.

169. Zwar kann dieses Ergebnis dazu führen, dass Ungarn, wie bereits geschehen, das PPA aufheben muss, jedoch den vom Erwerber gezahlten Kaufpreis, der den Wert der Beihilfe einschließt, behält, während Dunamenti Erőmű den Wert dieser Beihilfe dem Staat erstatten muss.

170. Wie die Kommission in der Klageschrift in der Rechtssache, die zum Urteil Kommission/Frankreich (C-37/14, EU:C:2015:90) führte, dargelegt hat, hängt „[d]iese Frage … von den geltenden Vertragsbestimmungen ab und fällt … nicht unter das … Rückforderungsverfahren [für die Beihilfen]". Denn „die meisten Kaufverträge [sehen] vor, dass der Verkäufer für die Verbindlichkeiten des verkauften Unternehmens haftet. In diesem Fall hat das verkaufte Unternehmen die rechtswidrige Beihilfe zurückzuzahlen, und die Garantieklausel für die Verbindlichkeiten gibt dem Käufer die Möglichkeit, beim Verkäufer Rückgriff zu nehmen".

171. In vorliegenden Fall kommen Electrabel neben diesen vertraglichen Beziehungen mit dem ungarischen Staat auch die Garantien des Vertrags über die Energiecharta zugute, aufgrund deren sie, wie bereits geschehen, die *vollständige* Erstattung der verlorenen Kosten vor dem ICSID-Schiedsgericht geltend machen kann[55].

iii) Ergebnis

172. Indem das Gericht eine Prüfung des Vorbingens von Dunamenti Erőmű zur Rückforderung der eventuellen Beihilfe ablehnte, beging es einen Rechtsfehler.

55 — Vgl. Nrn. 23 bis 25 dieser Schlussanträge.

173. Wenn jedoch der Gerichtshof meinem Ergebnis bezüglich des zweiten Teils des dritten Rechtsmittelgrundes in der Sache folgt, wird festzustellen sein, dass durch die Entscheidung des Gerichts (und der Kommission) die Verpflichtung zur Rückzahlung der Beihilfe Dunamenti Erőmű auferlegt wird. Das angefochtene Urteil müsste daher in diesem Punkt nicht aufgehoben werden.

VI – **Wirkungen der Aufhebung**

174. Da ich in Nr. 128 dieser Schlussanträge zu dem Ergebnis gelangt bin, dass das Gericht einen Rechtsfehler begangen hat und das angefochtene Urteil aufzuheben ist, sind die Wirkungen dieser Aufhebung zu untersuchen.

175. Nach Art. 61 Abs. 1 seiner Satzung kann der Gerichtshof, wenn er die Entscheidung des Gerichts aufhebt, „den Rechtsstreit selbst endgültig entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist, oder die Sache zur Entscheidung an das Gericht zurückverweisen“. Es ist zu prüfen, ob der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist.

176. Ein Rechtsstreit ist zur Entscheidung reif, wenn der Gerichtshof über alle für die Entscheidung erforderlichen Informationen verfügt [56].

177. Wie in Nr. 122 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt, stellt sich bei einer korrekten Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers die Frage, was ein hypothetischer Wirtschaftsteilnehmer unter den wirtschaftlichen Bedingungen von 1995 auf einem Markt, der gerade liberalisiert wurde, am 1. Mai 2004 unternommen hätte, um Dunamenti Erőmű zum bestmöglichen Preis zu verkaufen, dabei aber dieselben wirtschaftlichen und handelspolitischen Ziele wie der ungarische Staat im Jahr 1995 verfolgte, nämlich die Gewährleistung der Versorgungssicherheit zu den niedrigsten Preisen, die Modernisierung der Stromerzeugungsinfrastruktur unter besonderer Beachtung der jeweiligen Umweltschutzvorschriften sowie die Umstrukturierung des Stromversorgungssektors.

178. Eine korrekte Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers setzt zweifellos eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung voraus. Nach ständiger Rechtsprechung erfordert, „wenn die Kommission die Frage prüft, ob eine bestimmte Maßnahme als staatliche Beihilfe qualifiziert werden kann, weil der Staat nicht wie ein gewöhnlicher Wirtschaftsteilnehmer gehandelt hat, dies eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung … Die Kommission verfügt beim Erlass eines Rechtsakts, der eine solche Beurteilung verlangt, über ein weites Ermessen, und die gerichtliche Kontrolle dieses Rechtsakts hat sich … auf die Prüfung der Fragen zu beschränken, ob die Verfahrens- und Begründungsvorschriften eingehalten worden sind, ob der Sachverhalt, der der getroffenen Ermessensentscheidung zugrunde gelegt wurde, zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung dieses Sachverhalts und kein Ermessensmissbrauch vorliegen. Insbesondere [dürfen die Unionsgerichte] nicht die wirtschaftliche Beurteilung seitens der Kommission durch [ihre] eigene Beurteilung ersetzen“ [57].

179. Da die korrekte Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers nicht in die Zuständigkeit des Gerichts fällt, führt die Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission, soweit sie Dunamenti Erőmű betrifft.

56 — Vgl. z. B. Urteile Chronopost und La Poste/UFEX u. a. (C-341/06 P und C-342/06 P, EU:C:2008:375, Rn. 134) und Spanien/Kommission (C-513/13 P, EU:C:2014:2412, Rn. 42).

57 — Vgl. Beschluss DSG/Kommission (C-323/00 P, EU:C:2002:260, Rn. 43). Vgl. auch in diesem Sinne Urteile Spanien/Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, Rn. 57), GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, Rn. 163), Kommission/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, Rn. 64 bis 66), Ryanair/Kommission (T-196/04, EU:T:2008:585, Rn. 41) sowie Budapesti Erőmű/Kommission (T-80/06 und T-182/09, EU:T:2012:65, Rn. 65 und 66).

180. Im vorliegenden Fall besteht der Rechtsfehler darin, dass die Kommission bei der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers die relevanten Faktoren nicht berücksichtigt hat, ein Versäumnis, das vom Gericht nicht beanstandet wurde.

181. Der dritte Teil des dritten Rechtsmittelgrundes ist somit begründet, was zur Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung führen muss, soweit sie Dunamenti Erőmű betrifft.

VII – **Kosten**

182. Nach Art. 184 Abs. 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs entscheidet der Gerichtshof über die Kosten, wenn das Rechtsmittel begründet ist und er den Rechtsstreit selbst endgültig entscheidet.

183. Nach Art. 138 Abs. 1 der Verfahrensordnung, der nach Art. 184 Abs. 1 der Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

184. Da die Kommission mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag der Rechtsmittelführerin außer ihren eigenen Kosten die gesamten Kosten der Rechtsmittelführerin sowohl im erstinstanzlichen Verfahren als auch im Rechtsmittelverfahren aufzuerlegen.

VIII – **Ergebnis**

185. Im Hinblick auf die vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

1. Das Urteil Dunamenti Erőmű/Kommission (T-179/09, EU:T:2014:236) wird aufgehoben, soweit das Gericht es abgelehnt hat, bei der Prüfung der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers den engen Zusammenhang zwischen den Strombezugsverträgen und der Privatisierung zu berücksichtigen, nur weil dieser Umstand vor dem Tag des Beitritts Ungarns lag.

2. Die Entscheidung 2009/609/EG der Kommission vom 4. Juni 2008 über die staatliche Beihilfe C 41/05 Ungarns mittels langfristiger Strombezugsverträge wird für nichtig erklärt, soweit sie Dunamenti Erőmű betrifft.

3. Die Europäische Kommission trägt die Kosten beider Rechtszüge.