

Europäisches Wirtschaftsrecht

Jenny Katharina Dorn

Private und administrative Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht

Vom indirekten Vollzug zum Kooperationsprinzip

Nomos | C.H. Beck

Europäisches Wirtschaftsrecht

Begründet von

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow

Prof. em. Dr. Dr. Dr. h.c. Klaus Hopt

Prof. em. Dr. Wulf-Henning Roth

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M.

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M.

Prof. Dr. Patrick C. Leyens, LL.M.

Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, LL.M.

Band 60

Jenny Katharina Dorn

Private und administrative
Rechtsdurchsetzung im
europäischen Beihilfenrecht

Vom indirekten Vollzug zum Kooperationsprinzip



Nomos



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl: HU Berlin, Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4214-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-8517-7 (ePDF)

Die Bände 1–40 sind beim Verlag C. H. Beck, München, erschienen.

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Kurz nach Abgabe und Annahme dieser Arbeit als Dissertation im Oktober 2016 durch die Juristische Fakultät der Humboldt Universität zu Berlin überschlugen sich die Ereignisse. Bereits am 26. Oktober 2016 urteilte das BVerwG über einen ähnlich gelagerten Fall. In der mündlichen Verhandlung vor dem BGH am 3. November 2016 konnte ich erleben, wie die von mir zwei Jahre lang erforschten Fragen zur Bindungswirkung der Eröffnungsentscheidung im Konkurrentenrechtsstreit zwischen Ryanair und Airberlin ihren Weg von der Theorie in die Praxis fanden. Eine Woche vor dem Disputationstermin am 16. Februar 2017 bestätigte der BGH mit Urteil vom 9. Februar 2017 die in dieser Dissertation vertretene These eines bloßen Abweichungsverbots im Gegensatz zu einer Bindungswirkung.

Die Untersuchung geht über die aktuelle Rechtsprechung des BGH hinaus und beschäftigt sich mit dem Verhältnis der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht. Von dem anfänglichen Störgefühl zur EuGH-Rechtsprechung in der Rs. Lufthansa entwickelte sich die Arbeit zu einer Analyse des Verhältnisses von mitgliedstaatlichen Gerichten zur Kommission im Speziellen und zur Einbettung der Gerichte in den Vollzug des Unionsrechts im europäischen Mehrebenensystem im Allgemeinen. Zentral und schwierig war dabei die Untersuchung der Rechtsnatur der Eröffnungsentscheidung als Dreh- und Angelpunkt der Abgrenzung zwischen einem Abweichungsverbot und einer Bindungswirkung. Leider haben die aktuellen Urteile der obersten Bundesgerichte diesen Aspekt ausgespart.

Mein größter und herzlichster Dank gebührt meinem Doktorvater Herrn Professor Christian Waldhoff, der sich von Anfang an von dieser speziellen Thematik begeistern ließ und mir meine wissenschaftliche Freiheit gewährte. Er öffnete mir dabei immer wieder die Augen für die übergeordneten Zusammenhänge und ermutigte mich zu Zuspitzung und Klarheit. Ich durfte während der zweijährigen Forschungszeit über das Maß hinaus viel von seiner wertvollen Zeit in Anspruch nehmen und habe insbesondere zur sprachlichen Pointierung viel von ihm lernen dürfen. Ohne den regen Austausch mit ihm wäre die Arbeit in dieser Form nicht möglich gewesen. Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei meinem Zweitkorrektor Herrn Professor Matthias Ruffert für die ungewöhnlich schnelle Er-

stellung des Zweitgutachtens. Beiden Korrektoren möchte ich an dieser Stelle auch nochmals für ihre Sensibilität mit Blick auf die Aktualität der Thematik danken. Für die freundliche Übernahme des Vorsitzes der Disputationsprüfung danke ich Herrn Professor Georg Nolte, dem es gelang meine bisherigen Ausbildungsstationen zu verbinden.

Besonders hervorheben möchte ich die Unterstützung von Herrn Dr. Ulrich Karpenstein, für die ich mich hier erneut bedanken möchte. Er erkannte den Forschungsbedarf und durch ihn erhielt ich nicht nur den Anstoß zu dieser Dissertation, sondern er begleitete den Prozess der Arbeit und garantierte für mich die Rückbindung dieser Untersuchung an die Praxis. Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Professor Stefan Grundmann, der mich zu einem Forschungsaufenthalt an das European University Institute (EUI) in Fiesole im Frühjahr 2016 einlud. Der Austausch mit ihm über die Arbeit und seine Sicht ermöglichten es mir, nicht nur eine öffentlich-rechtliche Arbeit zu schreiben, sondern die Schnittstelle von Privatrecht und öffentlichem Recht zu untersuchen. Für die Gelegenheit des persönlichen Austausches über meine Arbeit möchte ich mich auch bei Herrn Professor Schuppert, Herrn Professor Kühling, Herrn Professor Germelmann, Herrn Professor Monti, Herrn Professor König, Herrn Dr. Soltész, Herrn Maxian Rusche und Herrn Dr. Martin-Ehlers bedanken. Frau Professor Dauner-Lieb und Frau Professor Sanders möchte ich gerne dafür danken, dass sie in der frühen Phase der bloßen Gedankensammlung mich in meinem Projekt bestärkten und mich über das gesellschaftswissenschaftliche Kolleg der Studienstiftung hinaus förderten.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes verdanke ich nicht nur die Förderung meines gesamten Studiums der Staatswissenschaften und der Rechtswissenschaft, sondern auch die großzügige finanzielle und ideelle Förderung der Promotion. Insbesondere die Doktorandenforen haben mich sehr vorangebracht. Der Konrad Redeker-Stiftung danke ich sehr herzlich für den überaus großzügigen Druckkostenzuschuss, der die Veröffentlichung dieser Arbeit in dieser Form ermöglicht hat. Herrn Professor Ackermann, Herrn Professor Heinze, Herrn Professor Leyens, Herrn Professor Podszun und Herrn Professor Wurmnest danke ich für die freundliche Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe „Europäisches Wirtschaftsrecht“ beim Nomos-Verlag.

Ohne die vielseitige und belebende Unterstützung meiner Freunde und Weggefährten wäre dieses Projekt nicht in der Kürze der Zeit zu vollenden gewesen. Allen voran Raoul Moritz Nissen, der meinen Blick immer wieder darauf richtete, dass die einzelnen Gedanken bereits ausgereift waren

und niedergeschrieben werden konnten. Laura Wolf, Marie Weissbach, Katharina Schmidt, Frederik Schulze-Hamann, Liesa Plappert, Charlotte Heppner und Herrn Dr. Florian Meinel danke ich für ihre wertvollen Anregungen und ihre Mühe bei der Korrektur dieser Arbeit. Meinen Eltern danke ich für ihr Vertrauen und ihre bedingungslose Unterstützung, ihnen ist diese Arbeit als Zeichen meiner Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	23
A. Einleitung	25
I. Fragestellung	29
II. Forschungsstand	30
III. Gang der Untersuchung	34
B. Modelle der Rechtsdurchsetzung	39
I. Begriffsbestimmung	39
II. Systematisierung der Rechtsdurchsetzungsmodelle	49
III. Öffentliche Rechtsdurchsetzung	51
IV. Private Rechtsdurchsetzung	55
V. Mehrspurigkeit der Rechtsdurchsetzung	63
VI. Instrumentalisierung Privater zur Durchsetzung des Rechts	67
VII. Fazit	74
C. Vollzug und Durchsetzung des Unionsrechts im Europäischen Verwaltungsverbund	75
I. Direkter Vollzug	76
II. Indirekter Vollzug	78
III. Kooperative Elemente im direkten und indirekten Vollzug	90
IV. Fazit	115
D. Verhältnis der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht im Vergleich zum europäischen Kartellrecht	117
I. Einordnung des Beihilfenrechts in die Vollzugssystematik des Unionsrechts	117
II. Mehrspurigkeit der Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die Kommission und die mitgliedstaatlichen Gerichte	124

Inhaltsübersicht

III. Erweiterung des direkten und indirekten Vollzugs im europäischen Beihilfenrecht um kooperative Elemente	142
IV. Verzahnungsmöglichkeiten der privaten und administrativen Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht aus deutscher Sicht	148
V. Reichweite der privaten Rechtsdurchsetzung durch beihilfenrechtliche Konkurrentenklagen im deutschen Recht	150
VI. Vergleich mit der kodifizierten Verzahnung der Rechtsdurchsetzungswege im europäischen Kartellrecht	162
VII. Fazit	192
E. Entwicklungen des Verhältnisses der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung im Beihilfenrecht	195
I. Hintergrund und Analyse der rechtlichen Veränderungen durch das Urteil in der Rs. Lufthansa	195
II. Rechtliche Bewertung	212
III. Fazit	365
F. Fazit	369
I. Erkenntnisse zum Verhältnis der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht	369
II. Auswirkungen auf das Verständnis des direkten und indirekten Vollzugs bzw. des Kooperationsprinzips	379
G. Literaturverzeichnis	387

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
A. Einleitung	25
I. Fragestellung	29
II. Forschungsstand	30
III. Gang der Untersuchung	34
B. Modelle der Rechtsdurchsetzung	39
I. Begriffsbestimmung	39
II. Systematisierung der Rechtsdurchsetzungsmodelle	49
III. Öffentliche Rechtsdurchsetzung	51
1. Eigenständige administrative Rechtsdurchsetzung	53
2. Administrative Rechtsdurchsetzung mittels verwaltungsgerichtlicher Klagen	54
IV. Private Rechtsdurchsetzung	55
1. Vollständig private Rechtsdurchsetzung mittels Notwehr bzw. Selbsthilfe	56
2. Private Rechtsdurchsetzung mittels Klagen vor staatlichen Gerichten	57
a) Private Rechtsdurchsetzung mittels zivilgerichtlicher Klagen	58
b) Private Rechtsdurchsetzung mittels verwaltungsgerichtlicher Klagen	61
V. Mehrspurigkeit der Rechtsdurchsetzung	63
1. Verhältnis der privaten zur öffentlichen Rechtsdurchsetzung im Wirtschaftsrecht	65
2. Methodik zur Untersuchung der Mehrspurigkeit der Rechtsdurchsetzung	66
VI. Instrumentalisierung Privater zur Durchsetzung des Rechts	67
VII. Fazit	74

C. Vollzug und Durchsetzung des Unionsrechts im Europäischen Verwaltungsverbund	75
I. Direkter Vollzug	76
II. Indirekter Vollzug	78
1. Durchsetzung des Unionsrechts seitens der mitgliedstaatlichen Gerichte	79
2. Einflussnahmemöglichkeiten der Kommission auf den indirekten Vollzug	85
3. Zwischenfazit	90
III. Kooperative Elemente im direkten und indirekten Vollzug	90
1. Kooperation und ihr Verhältnis zum direkten und indirekten Vollzug	91
2. Begriffsbestimmung	96
3. Rechtliche Grundlagen des Kooperationsprinzips	98
4. Erscheinungsformen der Kooperation und Entstehung eines Verwaltungsverbundes	105
5. Rechtliche Herausforderungen bei verstärkter Kooperation	109
6. Kooperation im Verhältnis mitgliedstaatlicher Gerichte und der Kommission	111
IV. Fazit	115
D. Verhältnis der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht im Vergleich zum europäischen Kartellrecht	117
I. Einordnung des Beihilfenrechts in die Vollzugssystematik des Unionsrechts	117
1. Direkter Vollzug hinsichtlich der Beihilfenaufsicht	117
2. Indirekter Vollzug durch die Mitgliedstaaten	119
a) Gestufter indirekter Vollzug hinsichtlich der Rückforderung von Beihilfen	120
b) Konkurrentenklagen wegen Verletzung des Durchführungsverbots als indirekter Vollzug	121
II. Mehrspurigkeit der Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die Kommission und die mitgliedstaatlichen Gerichte	124
1. Kompetenzen der Kommission und der mitgliedstaatlichen Gerichte	124

2. Rechtsanwendungskonkurrenz von Kommission und mitgliedstaatlichen Gerichten	129
3. Aufgabenteilung zwischen Kommission und mitgliedstaatlichen Gerichten	131
a) Aufgabenteilung hinsichtlich formeller und materieller Unionsrechtswidrigkeit	131
b) Aufgabenteilung hinsichtlich vorläufiger und endgültiger Rückforderung bzw. Aussetzungsanordnung	132
c) Aufgabenteilung hinsichtlich des Schutzzwecks	133
d) Zwischenfazit	134
4. Rolle der mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Durchsetzung des europäischen Beihilfenrechts	135
5. Pflichten der mitgliedstaatlichen Gerichte	138
6. Zwischenfazit	141
III. Erweiterung des direkten und indirekten Vollzugs im europäischen Beihilfenrecht um kooperative Elemente	142
1. Direkter Vollzug bei fehlenden direkten Durchgriffsmöglichkeiten auf den Beihilfenempfänger	142
2. Unterschiede im indirekten Vollzug des Beihilfenrechts	144
3. Kooperation zwischen mitgliedstaatlichen Gerichten und der Kommission in der Beihilfenkontrolle	145
4. Zwischenfazit	147
IV. Verzahnungsmöglichkeiten der privaten und administrativen Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht aus deutscher Sicht	148
V. Reichweite der privaten Rechtsdurchsetzung durch beihilfenrechtliche Konkurrentenklagen im deutschen Recht	150
1. Vorgaben des Unionsrechts	151
2. Entwicklung der zivilgerichtlichen Rechtsprechung zu § 1004 i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV	152
a) Einordnung des Durchführungsverbots als unmittelbar anwendbar sowie als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB	152

b) Effektive Durchsetzbarkeit des Durchführungsverbots durch Teilnahme am Kommissionsverfahren oder Mehrspurigkeit der Rechtsdurchsetzung	155
c) Verhältnis der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung	157
3. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche wegen Verletzung des Durchführungsverbots	158
4. Entwicklung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zu § 42 Abs. 2 VwGO i.V.m. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV	159
a) Klagebefugnis des Konkurrenten bei einem Verstoß gegen das Durchführungsverbot	159
b) Zum Verhältnis der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung	160
VI. Vergleich mit der kodifizierten Verzahnung der Rechtsdurchsetzungswege im europäischen Kartellrecht	162
1. Private Rechtsdurchsetzung im europäischen Kartellrecht vor Einführung der VO 1/2003	163
2. Private Rechtsdurchsetzung und ihr Verhältnis zur administrativen Rechtsdurchsetzung im System der VO 1/2003	168
a) Dezentralisierung und Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung	168
b) Verzahnung der privaten mit der administrativen Rechtsdurchsetzung	170
aa) Bindung an bevorstehende Kommissionsentscheidungen	171
bb) Bindung an bereits ergangene Kommissionsentscheidungen	173
(1) Das Urteil Masterfoods/HB	173
(2) Bindungswirkung oder Abweichungsverbot für die mitgliedstaatlichen Gerichte	175
(3) Verstoß gegen die Gewaltenteilung bzw. die Unabhängigkeit des Richters	179
(4) Verhältnis eines Vorabentscheidungsverfahrens zu einer parallel anhängigen Nichtigkeitsklage	181

cc) Rechtliche Wirkungen weiterer Kommissionsakte	183
3. Verhältnis der administrativen zur privaten Rechtsdurchsetzung	186
a) Ziele der privaten Rechtsdurchsetzung und Wechselwirkungen zur administrativen Rechts- durchsetzung	187
b) Schutz der administrativen vor der privaten Rechtsdurchsetzung durch die RL 2014/104/EU	190
4. Zwischenfazit	192
VII. Fazit	192
E. Entwicklungen des Verhältnisses der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung im Beihilfenrecht	195
I. Hintergrund und Analyse der rechtlichen Veränderungen durch das Urteil in der Rs. Lufthansa	195
1. Sachverhalt und Entscheidung	195
2. Rezeption des Urteils	199
3. Berücksichtigung aktueller Rechtsprechung der europäischen Gerichte	205
a) Pflicht der mitgliedstaatlichen Gerichte zur Anordnung der Rückforderung gegenüber dem Beihilfegeber	205
b) Aufgabenteilung und Bindungswirkung der Eröffnungsentscheidung	209
4. Zwischenfazit	211
II. Rechtliche Bewertung	212
1. Deutungsansätze	213
2. Bindungswirkung der Eröffnungsentscheidung als Beschluss gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV	217
a) Einordnung anhand der Bezeichnung in der Rechtsgrundlage	224
b) Einordnung anhand sonstiger formeller Kriterien	228
c) Einordnung anhand materieller Kriterien	234
aa) Problematik der Definition anhand der Rechtsfolge	235

bb) Rechtsprechung zur Einordnung als Beschluss bzw. als anfechtbare Handlung i.S.d. Art. 263 AEUV	238
cc) Analyse der Eröffnungsentscheidung	240
dd) Eindeutige Rechtswirkungen der Eröffnungsentscheidung	241
(1) Eindeutige Auferlegung von Pflichten bzw. Gewährung von Rechten durch verfügende Anordnungen	242
(2) Bestimmung der Rechtswirkungen der Eröffnungsentscheidung jenseits einer verfügenden Anordnung	246
(a) Durchführungsverbot als Rechtswirkung der Eröffnungsentscheidung bei streitiger Einordnung als neue oder bestehende Beihilfe	247
(b) Rechtsprechung des EuGH zur streitigen Einordnung als Beihilfe oder Nicht-Beihilfe	250
(c) Übertragung der Rechtsprechung zu bestehenden oder neuen Beihilfen auf die streitige Einordnung als Beihilfe oder Nicht-Beihilfe	253
(d) Bedeutung der Rechtssachen Tirrenia II und Deutsche Post AG	258
(3) Bedeutung der Rechtsprechungsentwicklung für die Bindung des mitgliedstaatlichen Richters	260
(4) Zwischenfazit	267
ee) Kategorisierung von Eröffnungsentscheidungen	271
ff) Unterscheidung von mitgliedstaatlichen Gerichten und mitgliedstaatlicher Verwaltung	280
gg) Bindung des mitgliedstaatlichen Richters an die Eröffnungsentscheidung	281
hh) Anfechtbarkeit der Eröffnungsentscheidung	284
d) Zwischenfazit	288
3. Erweiterte Auslegung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV	290
a) Anknüpfungspunkte für eine erweiterte Auslegung des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV	291

b)	Bewertung der erweiterten Anwendung des Durchführungsverbots	292
aa)	Anwendbarkeit des Durchführungsverbots ohne Notifizierung	293
bb)	„Aktivierung“ des Durchführungsverbots durch die Eröffnungsentscheidung	295
cc)	Beschränkung der Auslegungskompetenz zur Wahrung der effektiven Wirksamkeit des Durchführungsverbots	298
c)	Zwischenfazit	306
4.	Anwendung des Grundsatzes loyaler Zusammenarbeit	306
a)	Übertragung der kartellrechtlichen Rechtsprechung	307
b)	Abweichungsverbot der mitgliedstaatlichen Gerichte	311
aa)	Pflichten aus dem Grundsatz loyaler Zusammenarbeit	313
bb)	Anwendbarkeit des Grundsatzes loyaler Zusammenarbeit im Beihilfenrecht	316
cc)	Verhältnis der mitgliedstaatlichen Gerichte zur Kommission	317
dd)	Rechtsfolgen aus der Anwendbarkeit des Grundsatzes loyaler Zusammenarbeit	321
(1)	Pflichten des mitgliedstaatlichen Gerichts bei fehlender Aussetzungsmöglichkeit der Hauptsache bis zur endgültigen Entscheidung der Kommission	323
(2)	Abweichungsverbot vs. Bindungswirkung	324
(3)	Konkrete Ausgestaltung des Abweichungsverbots	331
ee)	Pflichten der mitgliedstaatlichen Gerichte im einstweiligen Rechtsschutz	335
(1)	Aussetzung der Hauptsache und zwischenzeitlicher einstweiliger Rechtsschutz	335
(2)	Abweichungsverbot des mitgliedstaatlichen Gerichts im einstweiligen Rechtsschutz	337
(a)	Anwendbarkeit des Abweichungsverbots im einstweiligen Rechtsschutz	338

(b)	Abweichungsverbot im einstweiligen Rechtsschutz in der Zwischenphase nach Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens	340
(c)	Abweichungsverbot im einstweiligen Rechtsschutz vor Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens in der Hauptsache	344
(d)	Erforderlichkeit der Geltendmachung eines Verfügungsgrundes bzw. Verfügungsanspruchs auf mitgliedstaatlicher Ebene	345
(3)	Zwischenfazit	346
5.	Folgewirkungen eines Abweichungsverbots	347
a)	Wahrung der Rechte des Beihilfenempfängers	347
aa)	Rechte des Beihilfenempfängers	348
bb)	Verletzung der Rechte des Beihilfenempfängers durch eine Bindungswirkung bzw. ein Abwei- chungsverbot	352
b)	Übertragbarkeit des Abweichungsverbots auf die Situation der Nicht-Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens	357
c)	Rückstellungen seitens des Beihilfenempfängers	359
6.	Rechtskraftdurchbrechung von mitgliedstaatlichen Gerichtsurteilen als Alternative	361
III.	Fazit	365
F.	Fazit	369
I.	Erkenntnisse zum Verhältnis der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht	369
1.	Zusammenfassung der rechtlichen Bewertung des Verhältnisses der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung	370
a)	Rechtsnatur der Eröffnungsentscheidung als Grundlage einer Bindungswirkung	371
b)	Abweichungsverbot aus dem Grundsatz loyaler Zusammenarbeit	376

2. Vergleich mit dem Kartellrecht	377
3. Einbettung der privaten Rechtsdurchsetzung in die Vollzugssituation des Unionsrechts	378
II. Auswirkungen auf das Verständnis des direkten und indirekten Vollzugs bzw. des Kooperationsprinzips	379
1. Zwischen Dezentralisierung und direktem Vollzug: Kooperation als Kompromiss	379
2. Kooperationsprinzip als Prinzip des Vollzugs des Unionsrechts	381
a) Stärkung des Kooperationsprinzips durch die aktuelle Rechtsprechung des EuGH	381
b) Stärkung des Kooperationsprinzips in der reformierten Beihilfenverfahrensverordnung	382
3. Unterschiede der Entwicklung im Kartellrecht	383
4. Ergänzung der Kategorien des direkten und indirekten Vollzugs um kooperative Elemente	384
G Literaturverzeichnis	387

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AER	American Economic Review
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater Zeitschrift für Recht, Steuern und Wirtschaft
CMLR	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
CMRL	Common Market Law Review
EEG	Erneuerbare Energiengesetz
ELJ	European Law Journal
ELRev.	European Law Review
EPRL	European Review of Public Law
ERA-Forum	Journal of the Academy of European Law
ERPL	European Review of Private Law
EStAL	European State Aid Law Quarterly
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GewArch.	Gewerbearchiv
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MPlfG	Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht

Abkürzungsverzeichnis

RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rs	Rechtssache
RW	Rechtswissenschaft
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZaöRV	Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A. Einleitung

Recht muss durchgesetzt werden. Die Durchsetzung von Unionsrecht sieht sich dabei besonderen Problemen gegenüber. Insbesondere das Verhältnis der Rechtsdurchsetzung durch Unionsorgane selbst zur Rechtsdurchsetzung durch mitgliedstaatliche Organe erweist sich als Dauerthema der europarechtlichen Diskussion. Eine spezifische Mehrspurigkeit der Rechtsdurchsetzung ist in mehreren Rechtsgebieten des europäischen Mehrebenensystems zu verzeichnen. Das Verhältnis der verschiedenen Rechtsdurchsetzungswege wirft grundlegende Fragen im Spannungsfeld von richterlicher Unabhängigkeit und dem Grundsatz loyaler Zusammenarbeit zwischen Union und Mitgliedstaaten auf. Der EuGH scheint am 21. November 2013 ein Grundsatzurteil über das Verhältnis der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht gefällt zu haben. Im Konkreten bleibt jedoch unklar, welche Wirkung die Eröffnungsentscheidung der Kommission als Teil der administrativen Rechtsdurchsetzung für private Rechtsdurchsetzungsverfahren von Konkurrenten vor mitgliedstaatlichen Gerichten hat. Mittlerweile ist der BGH in der Revisionsinstanz mit der Frage befasst, ob das mitgliedstaatliche Gericht an die Eröffnungsentscheidung gebunden ist und hat sich der hier vertretenen These eines bloßen Abweichungsverbots angeschlossen.¹ Auch das BVerwG musste sich in seinem Urteil vom 26. Oktober 2016 mit einer ähnlichen Problematik – der Wirkung von Vereinbarkeitsentscheidungen für das mitgliedstaatliche Gerichtsverfahren – auseinandersetzen.² Aus Sicht des mitgliedstaatlichen Richters ist die Bestimmung der Wirkungen der förmlichen Eröffnung des administrativen Rechtsdurchsetzungsverfahrens für die private Rechtsdurchsetzung vor dem mitgliedstaatlichen Gericht essentiell. Wird eine Bindungswirkung der Eröffnungsentscheidung hinsichtlich des Vorliegens einer Beihilfe angenommen, sind die mitgliedstaatlichen Gerichte zur Anordnung der Rückforderung bzw. Unterlassung der weiteren Auszahlung aufgrund eines dadurch feststehenden Verstoßes gegen das beihilfenrechtliche Durchführungsverbot verpflichtet. Besteht

1 BGH, Urteil vom 09.02.2017 – I ZR 91/15; Vorinstanz: OLG Schleswig, Urteil vom 08.04.2015 – 6 U 54/06.

2 BVerwG, Urteil vom 26.10.2016 – 10 C 3.15.

nur ein Abweichungsverbot können die mitgliedstaatlichen Gerichte weiterhin den Beihilfetatbestand prüfen und bei Zweifeln an der Einschätzung der Kommission in der Eröffnungsentscheidung dem EuGH eine Frage zur Auslegung des Primärrechts vorlegen.

Jenseits dieser aktuellen Problematik hat das europäische Beihilfenrecht in der Finanzkrise ein regulatorisches Vakuum als Steuerungsmechanismus ausgefüllt. Es ist gekennzeichnet durch überaus komplexe Rechtsschutzkonstellationen auf verschiedenen Ebenen.³ In Zusammenschau mit der Rechtsprechungsentwicklung zum Beihilfetatbestand sowie zur Durchsetzung des Beihilfenrechts bietet dies Anlass, über grundlegende Aspekte der Rechtsdurchsetzung im europäischen Mehrebenensystem nachzudenken. Die Analyse der privaten Rechtsdurchsetzung ist durch ihre Verortung in der Schnittmenge mehrerer Problemkreise von besonderer Bedeutung. Neben dem auch auf nationaler Ebene bekannten Verhältnis der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung kommt durch die Verankerung der Materie im Mehrebenensystem die Dimension des Vollzugs bzw. der Durchsetzung des Unionsrechts hinzu. Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind durch die unmittelbare Anwendbarkeit unionsrechtlicher Normen an der Durchsetzung des Unionsrechts beteiligt. Es kommt zu einer Verschränkung judikativer und exekutiver Aufgaben der mitgliedstaatlichen Gerichte bei der Durchsetzung des Unionsrechts im Mehrebenensystem. Dies wirft grundlegende Fragen auf zur Unabhängigkeit des mitgliedstaatlichen Richters im Mehrebenensystem sowie zur Anwendbarkeit des Grundsatzes loyaler Zusammenarbeit im Verhältnis von mitgliedstaatlichen Gerichten zur europäischen Kommission. Die private Rechtsdurchsetzung in ihrem Verhältnis zur administrativen Rechtsdurchsetzung auf ihre rechtlichen Rahmenbedingungen hin genauer zu untersuchen, ist gerade in einer Zeit geboten, in der die Kommission mit ihrem förmlichen Prüfverfahren zum Erneuerbaren-Energien-Gesetz (EEG) gezeigt hat, dass sie ihren Prüfungsanspruch auszuweiten gedenkt.⁴ Neben

3 *Weiß*, ZHR 2016, 80 (82 f.).

4 Kommission, Staatliche Beihilfe SA. 33995 (2013/C)- Deutschland Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen, Brüssel, den 18.12.2013, C (2013) 4424 final; vgl. dazu: *Nettesheim*, NJW 2014, 1847 (1847 ff.).

der Ausweitung des Beihilfenbegriffs⁵ durch die Entscheidungspraxis der Kommission ist eine stärkere Beeinträchtigung der nationalen Gerichtsverfahren durch Kommissionsentscheidungen auch durch eine Rechtskraftdurchbrechung von mitgliedstaatlichen Gerichtsurteilen zu verzeichnen.⁶

Berührungspunkte von privater und administrativer Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht entstehen nur dann, wenn eine private Rechtsdurchsetzung auf mitgliedstaatlicher Ebene existiert. In Deutschland war die beihilfenrechtliche Konkurrentenklage lange Zeit erheblichen Hindernissen der zivil- und verwaltungsgerichtlichen Judikatur ausgesetzt.⁷ Die unterinstanzlichen Gerichte zogen dabei die vom EuGH statuierte unmittelbare Anwendbarkeit des Durchführungsverbots in Zweifel.⁸

5 Vgl. hierzu: *Burgi/Wolff*, EuZW 2014, 647 (650 ff.); *Schroeder*, EuZW 2015, 207 (207 ff.); *Soltész*, EuZW 2015, 127 (127 ff.); *Nettesheim*, NJW 2014, 1847 (1847 ff.).

6 EuGH, Rs. C-119/05, Slg. 2007, I-06199, Rn. 52, 59 ff. (*Lucchini*); zur Rechtskraftdurchbrechung von unanfechtbaren Gerichtsurteilen, die die Wirksamkeit eines Vertrages feststellen, dabei jedoch eine Beihilferrelevanz nicht geprüft haben: Vorabentscheidungsersuchen des LG Münster, Rs. C-505/14, AmtsBl. 2015/C 065/26; EuGH, Rs. C-505/14, Urteil vom 11.11.2015, EU:C:2015:742 Rn. 17 ff. (*Klausner Holz Niedersachsen GmbH/Land Nordrhein-Westfalen*); vgl. auch: *Kühling/Schwendinger*, EWS 2015, 1 (4); *Ruffert*, JuS 2016, 660 (661); *Streinz*, NVwZ 2016, 603; *Kühling/Rüchardt*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 108 AEUV, Rn. 69; kritisch: *Weiß*, EuZW 2016, 60 (60 f.).

7 Vgl. zur Problematik einer nur geringen Zahl der erhobenen Konkurrentenklagen: *Gundel*, EWS 2008, 161 (165); zur zivilrechtlichen Konkurrentenklage: *Arhold*, EWS 2011, 209 (209 ff.); *Bartosch*, RIW 2011, 577 (577 ff.); *Steindorff*, in: FS Mestmäcker, 497 (510); *König*, BB 2000, 573 (577); *Tilmann/Schreibauer*, GRUR 2002, 212 (221); *Schmidt-Kötters*, in: Heidenhain (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 58 Rn. 30; *Pütz*, Das Beihilfeverbot des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG-Vertrag, S. 227; *Blume*, Staatliche Beihilfen in der EG, S. 165; *Gundel*, EWS 2008, 161 (165); *von Brevern/Gießelmann*, EWS 2008, 470 (471); *Köhler*, EStAL 2012, 369 (369 ff.); *Martin-Ehlers/Strohmayer*, EuZW 2008, 745 (748); *Martin-Ehlers*, EuZW 2011, 583 (583 ff.); *Martin-Ehlers*, EStAL 2014, 71 (71 f.); zur verwaltungsrechtlichen Konkurrentenklage: kritisch: *Heinrich/Arnold*, DVBl. 2011, 557 (558 f.); *Arhold*, EWS 2011, 209 (211 f.).

8 OLG Schleswig, Urteil vom 20.05.2008 – 6 U 54/06, BeckRS 2009, 01231; das OLG Koblenz erkennt an, dass dem Durchführungsverbot zwar eine unmittelbare Wirkung zukommt, eine Anspruchsgrundlage sich jedoch aus dem nationalen Recht ergeben muss: OLG Koblenz, Urteil vom 25.02.2009 – 4 U 759/07, BeckRS 2009, 06411; das OLG Brandenburg lehnt die unmittelbare individuelle Betroffenheit und damit die Auslösung von Rechten Einzelner ab, Urteil vom 21.07.2009 – Kart U 1/07, NJOZ 2010, 208 (210).

Umstritten war lange Zeit auch die Anerkennung der Klagebefugnis im Rahmen des Verwaltungsrechtsweges sowie die Einordnung des Durchführungverbots gem. Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Mittlerweile sind diese zivilrechtliche Anspruchsgrundlage sowie die verwaltungsrechtliche Klagebefugnis für die private Rechtsdurchsetzung wegen der Verletzung des Durchführungsverbots im deutschen Recht anerkannt.⁹ Nunmehr stellt sich die Frage des Verhältnisses der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung.

Wie sich die Konkurrentenklagen vor den Gerichten in anderen Mitgliedstaaten zur Beihilfenaufsicht auf europäischer Ebene durch die Kommission verhält, war in Grundzügen bereits Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH seit den 1970er Jahren. Das im November 2013 ergangene Urteil des EuGH in der Rechtssache *Lufthansa*¹⁰ hat Dynamik in das Verhältnis mitgliedstaatlicher Gerichte zur administrativen Rechtsdurchsetzung der Kommission gebracht und damit eine hitzige Diskussion über die Rechtsanwendungskonkurrenz und die Verbindung der verschiedenen Wege der Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht entfacht.¹¹

Zur Verzahnung der öffentlichen und privaten Rechtsdurchsetzung ist im Kartellrecht kürzlich eine Richtlinie ergangen, die das Verhältnis der beiden Rechtsdurchsetzungswege regelt. Im Bereich des Beihilfenrechts ist die private Rechtsdurchsetzung nur auf die Rechtsprechung des EuGH zu den primärrechtlichen Grundlagen des Beihilfenrechts sowie auf die Einräumung von Klagerechten durch die nationalen Rechtsordnungen zurückzuführen. Eine Richtlinie zur Regelung des Verhältnisses zwischen administrativer und privater Rechtsdurchsetzung existiert nicht.¹² Das ge-

9 BVerwGE 138, 322 (324) (*Tierkörperbeseitigung*); BGHZ 188, 326 (332).

10 EuGH, Rs. 284/12, Urteil vom 21.11.2013, EU:C:2013:755 (*Lufthansa*).

11 *Berrisch*, EuZW 2014, 253 (253 ff.); *von Bonin/Wittenberg*, EuZW 2014, 68 (68 f.); *Fronczak*, EuZW 2014, 576 (587 ff.); *Fronczak*, RIW 2014, 67 (67 ff.); *Fronczak*, EuR 2014, 576 (576 ff.); *Ghazarian*, EStAL 2014, 108 (108 ff.); *Giesberts/Kleve*, NVwZ 2014, 641 (643 ff.); *Herrmann*, in: FS Müller-Graff, 616; *Kamann*, ZWeR 2014, 60 (71 ff.); *Koenig*, EWS 2014, 1 (1); *Martin-Ehlers*, EuZW 2014, 247 (249 ff.); *Nicolaidis*, lexxion state aid blog vom 06.12.2013, abrufbar unter: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/1663>; *Rennert*, DVBl. 2014, 669 (670 f.); *Soltész*, NJW 2013, 3773 (3773 f.); *Soltész*, EStAL 2013, 643 (643 ff.); *Soltész*, EuZW 2014, 89 (93); *Sonder*, ZEuS 2014, 361 (361 ff.); *Traupel/Jennert*, EWS 2014, 1 (1 ff.).

12 Aufgrund der Komplexität des Rechtsgebietes wird eine Kodifizierung gefordert von: *Weiß*, ZHR 2016, 80 (130).

nannte Urteil des EuGH statuiert eine Veränderung der bisherigen Rechtsprechung zum Verhältnis der Rechtsdurchsetzungswege im europäischen Beihilfenrecht. Es bietet Ansatzpunkte zur Annahme einer Verzahnung der privaten und administrativen Rechtsdurchsetzung. Eine besondere Brisanz erfährt diese Entwicklung durch die zum Urteil parallel ergangene Eröffnungsentscheidung des förmlichen Prüfverfahrens seitens der Kommission bzgl. des deutschen EEG 2012, welche in der Öffentlichkeit einen größtenteils negativen Widerhall gefunden hat.¹³ Im Fall einer materiellen Bindung der mitgliedstaatlichen Gerichte an die Eröffnungsentscheidung der Kommission ergäben sich weitreichende Konsequenzen für erhobene Konkurrentenklagen.

I. Fragestellung

Diese Arbeit untersucht, in welchem Verhältnis die administrative Rechtsdurchsetzung der Kommission im europäischen Beihilfenrecht zur privaten Rechtsdurchsetzung durch Konkurrentenklagen vor den mitgliedstaatlichen Gerichten steht. Diese Frage bezieht sich auf die Situation, in der die Kommission das förmliche Prüfverfahren eröffnet hat und ein mitgliedstaatliches Gericht mit einer Konkurrentenklage befasst wird, bevor eine endgültige Entscheidung der Kommission vorliegt. Dafür ist allgemein zu klären, was unter privater Rechtsdurchsetzung zu verstehen ist und inwiefern die private Rechtsdurchsetzung der Durchsetzung des Unionsrechts dient. Auf theoretischer Ebene und für die konkrete Situation des Beihilfenrechts sind die rechtlichen Rahmenbedingungen einer Einflussnahme der Kommission auf die private Rechtsdurchsetzung mittels Konkurrentenklagen als „indirekter Vollzug“ abzustecken. Im Konkreten ist zu analysieren, welche rechtlichen Wirkungen die Verfahrensentscheidung der Kommission, das förmliche Prüfverfahren über eine bestimmte mitgliedstaatliche Maßnahme zu eröffnen, für das mitgliedstaatliche Gericht hat, das mit einer Konkurrentenklage befasst ist. Ob und gegebenenfalls inwiefern in Folge der aktuellen Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Lufthansa* das mitgliedstaatliche Gericht im Rahmen einer Konkurrentenklage die Eröffnungsentscheidung zu berücksichtigen hat, wird zu bewerten sein.

13 Kommission, Staatliche Beihilfe SA. 33995 (2013/C)- Deutschland Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien und Begrenzung der EEG-Umlage für energieintensive Unternehmen, Brüssel, den 18.12.2013, C (2013) 4424 final.