

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 Abweichungsverbot	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/Strohmayr*, 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*, lexion 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.

A. Einleitung

Wenn eine materielle Bindung des mitgliedstaatlichen Gerichts an die rechtliche Einordnung als Beihilfe seitens der Kommission nicht dogmatisch herzuleiten ist, könnte sich dennoch aus dem Grundsatz loyaler Zusammenarbeit eine Berücksichtigungspflicht, i.S. eines Abweichungsverbots ergeben. Indem der EuGH in seiner aktuellen Rechtsprechung den Grundsatz loyaler Zusammenarbeit für das Verhältnis mitgliedstaatlicher Gerichte und Kommission anwendet und daraus konkrete Berücksichtigungspflichten herleitet, könnte darin eine Stärkung des Kooperationsprinzips liegen, die die Dichotomie von direktem und indirektem Vollzug in Frage stellt.

Diese Fragestellung erfordert sowohl eine Systematisierung der Rechtsdurchsetzungsmodelle als auch eine Klärung der Rolle der privaten Rechtsdurchsetzung im europäischen Mehrebenensystem. Zum einen ist das Verhältnis der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung zu bestimmen, zum anderen das Verhältnis von nationalem und europäischem Recht beim Vollzug beziehungsweise der Durchsetzung des Unionsrechts. Ziel der Arbeit ist die dogmatische Klärung des Verhältnisses der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht und die Analyse des sich wandelnden Verständnisses des Vollzugs des Unionsrechts im europäischen Mehrebenensystem – vom indirekten Vollzug hin zum Kooperationsprinzip.

II. Forschungsstand

Trotz der Bedeutung des *Effet Utile* in der Rechtsprechung des EuGH ist die Untersuchung der effektiven Rechtsdurchsetzung im deutschen Verwaltungsrecht lange vernachlässigt worden.¹⁴ Die Beschäftigung mit der Durchsetzung des Rechts ist aus verfassungsrechtlicher Sicht jedoch geboten, so sind „Effizienz und Durchsetzung des Rechts [...] eine ständige Forderung des Rechtsstaates“¹⁵. Mit bedingt durch die Debatten um Steuerung und Governance ist der Vollzug des Rechts mehr in den Fokus der

14 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Kapitel, Rn. 27 ff.

15 *Mörtl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, S. 65, 66.

Wissenschaft gerückt.¹⁶ Mittlerweile existiert ein großer Diskurs über den Vollzug des Unionsrechts und die Art und Weise, wie dem Unionsrecht bei Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts zur Geltung verholfen werden kann.¹⁷ Daneben ist der Literatur eine umfangreiche Befassung mit dem europäischen Beihilfenrecht im Allgemeinen und vereinzelt auch hinsichtlich privater Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht zu entnehmen.¹⁸ Das aus dem US-amerikanischen Recht stammende Modell des *private enforcement* erfährt insbesondere in der zivilrechtlichen Lite-

-
- 16 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1. Kapitel, Rn. 33 ff.; *Weiß*, Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 21; *Trute/Kühlers/Pilniok*, in: Schuppert/Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 173 (173 ff.).
- 17 *Pühs*, Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht, S. 73 ff.; *Classen*, Die Verwaltung 31 (1998), 307 (307 ff.); *Fastenrath*, Die Verwaltung 31 (1998), 277 (278 ff.); *Magiera*, DÖV 1998, 173 (174 ff.); *von Danwitz*, DVBl. 1998, 421 (421 ff.); *Harding*, Maastricht Journal 1997, 5 (5 ff.); *Koenig*, DVBl. 1997, 581 (581 ff.); *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht, S. 101 ff.; *Rodriguez Iglesias*, EuGRZ 1997, 289 (289 ff.); *Suviranta*, VerwArch. 88 (1997), 439 (439 ff.); *Kahl*, Die Verwaltung 29 (1996), 341 (341 ff.); *Schmidt-Aßmann*, EuR 1996, 270 (270 ff.); *Bieber*, in: Schweitzer (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht, 85 (85 ff.); *Schreiber*, Verwaltungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft, S. 20 ff.; *Klösters*, Kompetenzen der EG-Kommission, S. 8 ff.; *Schwarze/Becker/Pollack*, Implementation von Gemeinschaftsrecht, S. 30 ff.; *Everling*, DVBl. 1983, 649 (650 ff.); *Everling*, NJW 1967, 465 (471 ff.); *Pescatore*, EuR 1970, 307 (307 ff.); *Weber*, Rechtsfragen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik, S. 45 ff.; *Weiß*, Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 20 ff.
- 18 *Arhold*, EWS 2011, 209 (209 ff.); *Bartosch*, RIW 2011, 577 (577 ff.); *Becker*, EuZW 2012, 725 (726 ff.); *Brandtner/Beranger/Lessenich*, EStAL 2010, 23 (23 ff., 26); *Flynn*, in: Biondi/Eeckhout/Flynn (Hrsg.), The Law of State Aid in the European Union, 323 (323 ff.); *Slot*, in: Hancher/Ottervanger/Slot (Hrsg.), EU State Aids, 26-021 f.; *Köhler*, EStAL 2012, 369 (369 ff.); *Jaeger*, Journal of European Competition Law & Practice 2010, 319 (319 ff.); *Koenig/Hellstern*, GRUR Int. 2012, 14 (15 ff.); *Martin-Ehlers*, EuZW 2011, 583 (583 ff.); *Martin-Ehlers*, EuZW 2008, 745 (745 ff.); *Martin-Ehlers/Strohmayr*, EuZW 2008, 745 (745 ff.); *Merola/Cappelletti*, Journal of European Competition Law & Practice 2011, 465 (465 ff.); *Nicolaidis*, World Competition 2003, 263 (263 ff.); *Rennert*, EuZW 2011, 576 (576 ff.); *Piernas Lopéz*, The Concept of State Aid under EU Law, S. 80 ff., 252 f.; *Ross*, in: Biondi/Eeckhout/Flynn (Hrsg.), The Law of State Aid in the European Union, 85 (85 ff.); *Schuhmacher*, KommJur. 2012, 179 (179 ff.); *Soltész*, EuR 2012, 60 (60 ff.); *Soltész*, EStAL 2013, 643 (643 ff.); *Vadja/Stuart*, EStAL 2010, 629 (629 ff.).

ratur in den letzten Jahren eine gesteigerte Aufmerksamkeit.¹⁹ Dabei stehen rechtsökonomische Aspekte im Hinblick auf eine Steigerung von Normbefolgungsanreizen durch die Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung im Vordergrund.

Keine hinreichende Aufarbeitung in der Literatur hat jedoch bisher die Besonderheit der Verortung der privaten Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht in der Schnittmenge der Problemkreise des Vollzugs von Unionsrecht auf mehreren Ebenen sowie der privaten und administrativen Rechtsdurchsetzung erfahren. Eine Einordnung der privaten Rechtsdurchsetzung mittels Konkurrentenklagen in die Systematik des Vollzugs bzw. der Durchsetzung des Unionsrechts und eine dogmatische Untersuchung der rechtlichen Möglichkeiten einer Bindung des einen Rechtsdurchsetzungsweges an den anderen ist bisher nicht vorhanden. Es findet sich keine Analyse des rechtlichen Verhältnisses der Rechtsdurchsetzungswege im Beihilfenrecht zueinander im Allgemeinen bzw. der Möglichkeiten einer Verzahnung der Rechtsdurchsetzungswege im Speziellen.²⁰ Die Gründe dafür können einerseits aus einer zu mitgliedstaatlich geprägten Sicht auf diese Problematik resultieren, andererseits bietet die Rechtsprechung des EuGH wenig Anhaltspunkte für eine dogmatische Klärung. Auch das OLG Schleswig untersucht nicht, ob eine Bindungswirkung der Eröffnungsentscheidung rechtlich herleitbar ist, sondern nur wie die Urteile des EuGH sowie die Entscheidungen der Kommission zu deuten sind.²¹ In den zahlreichen Nichtigkeitsklagen gegen Eröffnungsent-

19 Z.B.: *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht; *Stürner*, in: Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrsg.): *Zugang zum Recht: Europäische und US-amerikanische Wege der privaten Rechtsdurchsetzung*, 113 (115 ff.); *Hay/Shleifer*, AER 1998, 398 (398 ff.); *Cortese*, in: Cortese (Hrsg.), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, 257 (257 ff.); *Lianos/Davis/Nebbia*, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*; *van Gerven*, in: Basedow (Hrsg.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, 19 (19 ff.); *Landes/Posner*, *Journal of Legal Studies* 1975, 1 (1 ff.); *Greve*, *Tulane Law Review* 1990, 339 (342 ff.); *Wils*, *World Competition Law and Economics Review* 2003, 473 (473 ff.); *Wils*, *Principles of European Antitrust Enforcement*, S. 111 ff.; *Sykes*, *The Journal of Legal Studies* 2005, 631 (631 ff.).

20 Vgl. nur: *Reußow*, *Die Kompetenz nationaler Gerichte im Anwendungsbereich des EG-Beihilfenrechts*, S. 195 ff.; zur Komplexität dieses Rechtsgebietes aufgrund des auf verschiedene Ebenen verlagerten Rechtsschutzes: *Weiß*, ZHR 2016, 80 (81 ff.).

21 OLG Schleswig, Urteil vom 08.04.2015 – 6 U 54/06; mittlerweile aufgehoben durch: BGH, Urteil vom 09.02.2017 – I ZR 91/15.

scheidungen des förmlichen Prüfverfahrens werden die Rechtswirkungen der administrativen Rechtsdurchsetzung aus der Rechtsdurchsetzungsperspektive betrachtet. Für eine dogmatische Klärung bedarf es jedoch einer Bestimmung der Rechtsgrundlagen, nicht der Rechtswirkungen. Im Vorabentscheidungsverfahren in der Rs. *Lufthansa* wäre, anders als bei den vorherigen Nichtigkeitsklagen gegen die Eröffnungsentscheidungen, für eine Bestimmung der Rechtsgrundlagen Raum gewesen. Diesen Raum hat der EuGH nicht hinreichend genutzt. Dementsprechend divergierend sind die aus diesem Urteil gezogenen rechtlichen Bewertungen in der Literatur.²²

Vorliegende Arbeit leistet einen Beitrag dazu, die rechtlichen Interpretationsmöglichkeiten der anzuwendenden Rechtsgrundlagen und die sonstigen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Verhältnisses der verschiedenen Rechtsdurchsetzungswege zu bewerten. Damit soll die beschriebene Schnittmenge mehrerer Problemkreise erläutert werden. Zur Verzahnung der Rechtsdurchsetzungsmodelle im europäischen Beihilfenrecht existiert bisher nur eine Analyse, die sich auf die Betrachtung aus der Perspektive der zentralen bzw. dezentralen Beihilfenkontrolle beschränkt.²³ Diese aus dem Jahr 2005 stammende Schrift differenziert jedoch nicht zwischen administrativer und privater Rechtsdurchsetzung, nimmt keine Einordnung in die Vollzugssystematik des Unionsrechts vor und ist auf die Rechtslage nach der Rs. *SFEI* bezogen. Durch die aktuelle Rechtsprechung des EuGH insbesondere in der Rs. *Lufthansa*²⁴ bedarf das Verhältnis der Rechtsdurchsetzungswege einer dogmatisch grundlegenden Aufarbeitung.

22 *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.); *Weiß*, ZWeR 2015, 364 (364 ff.).

23 *Reußow*, Die Kompetenzen nationaler Gerichte im Anwendungsbereich des EG-Beihilfenrechts, S. 195 ff.

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

III. Gang der Untersuchung

Das skizzierte Projekt soll in fünf Schritten verwirklicht werden. Zur Klärung der rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der privaten Rechtsdurchsetzung ist der Rahmen der geltenden Rechtsnormen abzustecken. Um die private Rechtsdurchsetzung untersuchen zu können, sind Modelle der Rechtsdurchsetzung zu entwickeln (B); die private Rechtsdurchsetzung ist sowohl in diese Modelle als auch in die Systematik des Vollzugs bzw. der Rechtsdurchsetzung des Unionsrechts im Europäischen Verwaltungsverbund einzuordnen (C). Aus der Betrachtung des öffentlichen und privaten Rechts als gegenseitige Auffangordnungen²⁵ ergeben sich Ansatzpunkte für eine Mehrspurigkeit der Rechtsdurchsetzung. Zentraler Bestandteil der privaten Rechtsdurchsetzung ist die Instrumentalisierung des Privatrechts bzw. Privater zur Durchsetzung des Rechts. Die Entwicklung dieser Instrumentalisierung wird daher historisch nachgezeichnet und als Grundlage der Mehrspurigkeit der Rechtsdurchsetzung analysiert.

Um das Verhältnis von privater und administrativer Rechtsdurchsetzung zu beleuchten, werden die Einflussnahmemöglichkeiten der Kommission auf den indirekten Vollzug des Unionsrechts erarbeitet. Die Beteiligung der mitgliedstaatlichen Gerichte an der Durchsetzung des Rechts in Form des indirekten Vollzugs bedingt die Entstehung mehrerer Problemkreise. Indem sich bei der privaten Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht die Problematik des Vollzugs des Unionsrechts sowie das Verhältnis von privater und administrativer Rechtsdurchsetzung überschneiden, ist die Analyse der Beteiligung der mitgliedstaatlichen Gerichte an der Durchsetzung des Unionsrechts im indirekten Vollzug zentral. Bei der Untersuchung des Vollzugs des Unionsrechts sind die entstandenen Kooperationsstrukturen zu berücksichtigen. Die überkommene Dichotomie von direktem und indirektem Vollzug ist möglicherweise durch das Kooperationsprinzip zu ergänzen. Die sich aus der zunehmenden Ver-

25 *Hoffmann-Riem*, DVBl. 1994, 1381 (1386 f.); *Hoffmann-Riem*, AöR 119 (1994), 590 (609 ff.); *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 261 (290 f.); *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 9 (55 f.; 58 f.); *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 407 (418 ff.).

flechtung des Vollzugs ergebenden rechtlichen Herausforderungen sind daher zu erläutern.

In Abschnitt D wird das Verhältnis der privaten zur administrativen Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilfenrecht analysiert. Dafür sind zunächst die einzelnen Bereiche des Beihilfenrechts in die Vollzugskategorien des direkten und indirekten Vollzugs einzuordnen. Ferner ist die sich aus der Rechtsprechung des EuGH und den Mitteilungen der Kommission ergebende Mehrspurigkeit der Rechtsdurchsetzung und Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Gerichten im europäischen Beihilfenrecht darzustellen. Die theoretische Möglichkeit einer Verzahnung der Rechtsdurchsetzungswege wird durch die Herleitung der Rechtsanwendungskonkurrenz von mitgliedstaatlichen Gerichten und der Kommission gezeigt. Warum die Dichotomie von direktem und indirektem Vollzug funktionell die Vollzugsrealität nicht mehr abbildet, soll anhand des Beihilfenrechts mit Blick auf die vorhandenen Kooperationspflichten zwischen Kommission und mitgliedstaatlichen Gerichten erörtert werden. Diese Ausführungen werden die Grundlage für die These bilden, dass sich aus der neuesten Rechtsprechung im Beihilfenrecht eine Stärkung des Kooperationsprinzips ergibt. Ansatzpunkt für eine Verzahnung der privaten mit der administrativen Rechtsdurchsetzung ist aus deutscher Sicht Art. 20 Abs. 3 GG. Mangels unionsrechtlicher Harmonisierung der Konkurrentenklage ist ein Einblick in die Rechtsprechungsentwicklung zur Konkurrentenklage in Deutschland zu gewähren, um das Verhältnis von privater und administrativer Rechtsdurchsetzung analysieren zu können. Zum Teil wird in der Literatur eine Übertragung der kartellrechtlichen Rechtsprechung des EuGH auf das Beihilfenrecht befürwortet.²⁶ Ein kurzer Überblick zur relevanten Rechtsprechung des EuGH und den einschlägigen Sekundärrechtsakten erlaubt eine Bewertung dieser Ansicht und soll weitere Erkenntnisse für das Beihilfenrecht liefern.

Dieser theoretische Rahmen wird als Instrument des vertieften Verständnisses des Urteils in der Rs. *Lufthansa*²⁷ dienen und eine Verortung der in der Literatur bereits erörterten Aspekte sowie eine neue Bewertung ermöglichen (E). Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH ist hinsichtlich

26 *Martin-Ehlers*, EuZW 2011, 583 (588); *Martin-Ehlers*, EuZW 2014, 247 (251); im Endeffekt auch: *Sonder*, ZEuS 2014, 361 (370); dagegen: *Bartosch*, EuZW 2013, 208 (210); *Bartosch*, RIW 2011, 577 (582 f.); *Arhold*, EWS 2011, 209 (215 Fußnote 62).

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

einer möglichen Verflechtung der beiden Wege der Rechtsdurchsetzung oder einer sonstigen gewählten Konstruktion für das Verhältnis zu untersuchen. Die verschiedenen Deutungsmöglichkeiten sind auf ihre dogmatische Herleitbarkeit hin zu untersuchen. Ob es sich um eine materielle Bindung der mitgliedstaatlichen Gerichte an die Einordnung als Beihilfe handelt oder um eine Auslegung des Durchführungsverbots, das nun durch die neue Tatsache der Eröffnungsentscheidung „aktiviert“ wird, ist grundlegend zu klären. Denkbar erscheint auch ein bloßes Abweichungsverbot im Sinne einer Beschränkung des Subsumtionsprozesses unter den Tatbestand der Beihilfe aufgrund des Grundsatzes loyaler Zusammenarbeit. Mit einer solchen Konstruktion wäre eine Stärkung des Kooperationsprinzips verbunden. Die europarechtlichen Grundlagen einer materiellen Bindungswirkung der Eröffnungsentscheidung sind herauszuarbeiten, indem die Eröffnungsentscheidung auf ihre Rechtsnatur hin untersucht wird. Eines der Kernstücke der Arbeit ist die rechtliche Bewertung der Wirkung der Eröffnungsentscheidung. Ergibt sich aus dieser Analyse eine verbindliche Handlungsform mit entsprechendem Inhalt, lässt sich daraus eine Bindung der mitgliedstaatlichen Gerichte gem. Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 288 Abs. 4 AEUV schließen. Die grundlegende Frage der Vereinbarkeit einer Bindung des mitgliedstaatlichen Richters an das Vorliegen einer Beihilfe beziehungsweise einer „Aktivierung“ des Durchführungsverbots wird vor dem Hintergrund des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit im Detail zu beantworten sein. Prozessual erläuterungsbedürftig ist mitunter die Frage, ob die mitgliedstaatlichen Gerichte die Hauptsacheverfahren ruhen lassen können und nur einstweilige Sicherungsmaßnahmen erlassen oder ob eine Entscheidung in der Hauptsache erfolgen muss. Zu untersuchen ist, wie dem Grundsatz loyaler Zusammenarbeit auch im einstweiligen Rechtsschutz ohne Verletzung des Prinzips richterlicher Unabhängigkeit entsprochen werden kann. Hinter den technisch wirkenden Fragen der rechtlichen Einordnung der Eröffnungsentscheidung des förmlichen Prüfverfahrens stehen weitreichende Systemfragen, wie zum Beispiel die Auslegung der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG im europäischen Mehrebenensystem, das Prinzip der Gewaltenteilung im europäischen Mehrebenensystem sowie die Unabhängigkeit des mitgliedstaatlichen Richters. Die Folgewirkungen des Urteils des EuGH sind unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung der Unionsgerichte zu ermitteln. Aus Sicht der Beihilfenempfänger wird zu klären sein, ob eine Bindungswirkung bzw. ein hier vertretenes Abweichungsverbot mit den Rechten des Beihilfenempfängers vereinbar ist. Den

Abschluss dieses Kapitels bildet die Auseinandersetzung mit der Übertragbarkeit des Abweichungsverbots auf weitere Verfahrenssituationen sowie mit der Frage, ob Rückstellungen seitens des Beihilfenempfängers bereits bei Vorliegen einer Eröffnungsentscheidung zu bilden sind. Ferner ist die Rechtsprechung zur Rechtskraftdurchbrechung mit der hier behandelten Thematik in Bezug zu setzen.

Das letzte Kapitel (F) wird den Bogen zu den entwickelten Vollzugsmodellen spannen. Neben der Bewertung der dogmatisch herleitbaren Lösungen ist zu analysieren, welche grundsätzlichen Aussagen sich für das Verständnis des Vollzugs im europäischen Mehrebenensystem ergeben. Die hintergründige Frage in diesem Zusammenhang ist, ob die vom EuGH gewählte Konstruktion der Anwendung des Grundsatzes loyaler Zusammenarbeit zu einer Ergänzung des Vollzugsverständnisses von direktem und indirektem Vollzug um das Kooperationsprinzip führt. In diesem Zusammenhang werden einige Veränderungen durch die aktuelle Beihilfenverfahrensverordnung VO 2015/1589 im Hinblick auf eine Stärkung des Kooperationsprinzips untersucht. Die Ergebnisse zur Anwendbarkeit des Grundsatzes loyaler Zusammenarbeit im Verhältnis der mitgliedstaatlichen Gerichte zur europäischen Kommission werden in Bezug gesetzt zur Ergänzung des direkten und indirekten Vollzugs um kooperative Elemente.

B. Modelle der Rechtsdurchsetzung

Das Recht als Sollensordnung ist auf Durchsetzung und nicht nur auf abstrakte Geltung angelegt.¹ Die Formen, wie Recht durchgesetzt wird, variieren jedoch. Im Folgenden ist vor der Folie der deutschen Rechtsordnung eine für die Zwecke dieser Untersuchung zielführende Systematisierung zu entwickeln. Dafür bedarf es neben einer begrifflichen Vorklärung (I) eines an den Untersuchungszwecken dieser Arbeit orientierten Kriteriums der Systematisierung (II). Nachfolgende Absichtungen beruhen auf einer Perspektive, die den Akteur, der sein Recht verwirklichen möchte, als maßgeblichen Bezugspunkt behandelt. Diese Modellbildung dient dazu, die private Rechtsdurchsetzung in das System der Rechtsdurchsetzung einzuordnen und aufzuzeigen, was Mehrspurigkeit in diesem Kontext bedeutet. Das Verhältnis von öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung kann nur untersucht werden, wenn die Besonderheiten der jeweiligen Rechtsdurchsetzungsform zuvor erläutert worden sind.

I. Begriffsbestimmung

Der Begriff der Rechtsdurchsetzung wird in dieser Arbeit als Oberbegriff verwendet, dem die öffentliche und die private Rechtsdurchsetzung als

1 *Waldhoff*, Staat und Zwang, S. 13 f.; *Waldhoff*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, § 46 Rn. 1; *Brunner*, Die Lehre vom Verwaltungszwang, S. 13 ff.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (355 ff.); *Nehlsen-von Stryk*, AcP 193 (1993), 529 (529 f., 550 f.); für die EU-Ebene: *Pescatore*, ELRev 1983, 155 (177), der den Zusammenhang beschreibt als: „Effectiveness is the very soul of legal rules (...); zur Bedeutung des Vollzugs gegenüber einer reinen Gesetzgebungsgemeinschaft auf Unionsebene: *Weiß*, Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 20; zum Zusammenhang des Vollzugs und der Funktionsfähigkeit der EU als Rechtsunion: *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 4 EUV, Rn. 61; *Kahl*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 4 EUV, Rn. 35; *Nettesheim*, in: GS Grabitz, 447 (447 ff.); *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, § 2 Rn. 66; *Hirsch*, NJW 1996, 2457 (2458, 2463); *Wille*, Die Pflicht der Organe der Europäischen Gemeinschaft zur loyalen Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten, S. 40 f., 59, 73, 159; *Zuleeg*, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Union, S. 45.

Unterkategorien unterfallen. Die Begriffe des Vollzugs und der Vollstreckung sind zu definieren und eine begriffliche Klärung der Rechtsausübung, der Rechtsdurchführung und der Rechtsanwendung ist zur Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes erforderlich.

Wenn eine Gegenüberstellung von Privaten und dem Staat als Akteuren der Rechtsdurchsetzung gelingen soll, muss ein Oberbegriff i.S.e. *genus proximum* verwendet werden. Ein *genus proximum* ist der nächsthöhere Gattungsbegriff, der durch *differentia specifica* konkretisiert wird. Sowohl der Begriff der Rechtsverwirklichung als auch der Begriff der Rechtsdurchsetzung könnten die Funktion des *genus proximum* erfüllen. Die Begriffe der Rechtsdurchführung und des Vollzugs sind auf staatliche Maßnahmen beschränkt und können daher nicht als Oberbegriff fungieren. Der Begriff der Rechtsdurchsetzung ist primär- und sekundärrechtlich nicht vorgeprägt. Der Verwendung des Begriffs der Rechtsdurchsetzung als Oberbegriff könnte eine darin enthaltene Konnotation eines Zwangselements entgegenstehen, die nicht kennzeichnend für alle Unterkategorien der Gattung sein könnte. Diese Deutung würde den Begriff in die Nähe der Vollstreckung rücken, die im Verwaltungsvollstreckungsrecht sowie im Zwangsvollstreckungsrecht gegen den Willen des Betroffenen gerichtete Maßnahmen umfasst.² Bei beiden Unterkategorien der privaten Rechtsdurchsetzung in Form der vollständig privaten Rechtsdurchsetzung durch Selbsthilfe sowie der privaten Rechtsdurchsetzung mittels Klagen vor staatlichen Gerichten ist bei genauerer Analyse ein Zwangselement bzw. ein Element der Überwindung eines Widerstandes enthalten. Bei der Selbsthilfe ist ein Widerstand zur Durchsetzung des eigenen Rechts erforderlich. Eine gerichtliche Klage ist nur dann erforderlich, wenn die Berufung auf eine in Anspruch genommene Rechtsposition als solche nicht zu dem erstrebten Ergebnis führt, so dass eine gerichtliche Klärung in einem kontradiktorischen Verfahren indiziert ist.³ Der Unterkategorie der öffentlichen Rechtsdurchsetzung unterfällt der Erlass eines Verwaltungsaktes als

2 Bei der Zwangsvollstreckung wird der im Erkenntnisverfahren festgestellte materielle Anspruch im Wege staatlicher Gewalt auch gegen den Willen vollstreckt: *Götz*, in: MüKo, ZPO, § 704 ZPO, Rn. 1; vgl. rechtshistorisch: *von Holtendorff*, Rechtslexikon Bd. 3, „Verwaltungsexekution“ S. 1106; *von Holtendorff*, Rechtslexikon Bd. 3, „Zwangsvollstreckung“ S. 1489.

3 Vgl. *Waldhoff*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, § 46 Rn. 1, der auch von einer mehr oder weniger zwangsweisen Rechtsdurchsetzung ausgeht.

Vollzug eines Gesetzes, das eine Verwaltungsaktsbefugnis umfasst. Der Erlass eines Verwaltungsaktes könnte frei von jeder Überwindung eines Widerstandes sein und eher einer Gesetzesanwendung entsprechen. Im Vordergrund der Untersuchung steht jedoch die im Verwaltungsakt enthaltene Titelfunktion zur administrativen Vollstreckung, die damit wiederum ein Zwangselement umfasst.⁴ Der Begriff der Rechtsverwirklichung enthält ein solches Element grundsätzlich nicht, sondern deutet vielmehr an, dass jemand sein Recht ausübt und es zugleich zur Verwirklichung bringt, ohne sich dabei eines Widerstandes ausgesetzt zu sehen.⁵ Der Oberbegriff der Rechtsdurchsetzung ist mithin für die vorliegende Arbeit zielführend.

Hinsichtlich der Unterkategorie der privaten Rechtsdurchsetzung mittels gerichtlicher Klagen ist zu erwägen, ob die gerichtliche Geltendmachung eines subjektiven Rechts nur als Rechtsausübung nicht aber als Rechtsdurchsetzung verstanden werden kann. Die Rechtsdurchsetzung würde in diesem Fall begrifflich nicht den Gesamtvorgang der gerichtlichen Geltendmachung mit der Folge der gerichtlichen Vollstreckung des Urteils beschreiben. Die Rechtsdurchsetzung könnte mit Ausnahme der Selbsthilfe immer Aufgabe des Staates sein, während die Rechtsausübung in die Hand des Privaten gelegt ist.⁶ Mangels eigener Zwangsgewalt muss der Gläubiger in einem zivilgerichtlichen Verfahren staatliche Hilfe in Anspruch nehmen („*Nicht der Gläubiger, sondern der Staat vollstreckt*“⁷). Es stellt sich also die Frage, wie präzise der Begriff der privaten Rechtsdurchsetzung ist. Bei genauerer Betrachtung ist nur die Rechtsausübung „privat“, die Rechtsdurchsetzung erfolgt sowohl bei einer verwaltungsrechtlichen Klage aufgrund eines subjektiven öffentlichen Rechts als auch bei einer zivilrechtlichen Klage durch das Gericht bzw. die staatlichen Vollstreckungsorgane. Wird jedoch nur der Begriff der privaten Rechtsausübung verwendet, so rückt der private Anteil an der objektiven Durchsetzung des Rechts zu sehr in den Hintergrund. Eine begriffliche Veren-

4 Zur Begriffsverwendung: *Waldhoff*, in: FS Nehlsen, 332 (332); vgl. zur Verwendung des Begriffs des Vollzugs i.S.d. Art. 83 ff.: *Schwarze/Becker/Pollack*, Die Implementation von Gemeinschaftsrecht, S. 50 f.

5 Auch der Begriff der Verwirklichung kann ein gewisses Element des Zwangs enthalten, wenn zur Verwirklichung des Rechts eine Form von Durchsetzungskraft erforderlich ist. Dennoch ist es grundsätzlich der neutralere Begriff.

6 *Heyer*, Archiv für bürgerliches Recht 1901, 38 (57).

7 *Bley*, DR 1941, 389 (389).

gung auf den reinen Aspekt der Rechtsausübung, ohne den Gesamtvorgang der von Privaten angestoßenen Rechtsdurchsetzung zu betrachten, wäre für das zu untersuchende Thema verfehlt. Die private Rechtsdurchsetzung umfasst daher nicht nur die zwangsweise Rechtsdurchsetzung in Form der Selbsthilfe, bei der der Private unter engen Voraussetzungen selbst Zwang zur Rechtsdurchsetzung ausübt, sondern auch die bloße Geltendmachung subjektiver Rechte vor staatlichen Gerichten. Nicht unter die private Rechtsdurchsetzung fällt hingegen die Beschwerde eines Konkurrenten bei einer administrativen Stelle, die in der Literatur als „privately triggered public enforcement“⁸ bezeichnet wird.⁹ Obwohl der Private auch in diesem Fall sein subjektives Interesse verfolgt, ist das administrative Verfahren auf öffentliche Interessen gerichtet.

Die Berufung des Konkurrenten auf einen Verstoß gegen das beihilfenrechtliche Durchführungsverbot vor einem mitgliedstaatlichen Gericht ist rechtlich in das europäische Mehrebenensystem eingebettet. Das durch eine solche Konkurrentenklage verwirklichte Recht ist das objektive Recht des europäischen Beihilfenrechts. Für die effektive Wirksamkeit des Unionsrechts ist es grundsätzlich nicht relevant, wer das Recht mit Zwang durchsetzt, entscheidend ist, dass es verwirklicht wird.¹⁰ Die Begrifflichkeiten sind dementsprechend – wie stets bei terminologischen Fragen – an Zweckmäßigkeitserwägungen auszurichten. Der Begriff der Rechtsdurchsetzung kann, wie bereits angedeutet, in dieser Arbeit nicht auf den Zwang bzw. die Vollstreckung reduziert werden, der von einer Behörde bzw. einem Gericht ausgeht. Aufgrund der noch zu behandelnden Besonderheiten des indirekten Vollzugs des Unionsrechts sowie der Beteiligung der

8 *Kominos*, EC Private Antitrust Enforcement, S. 1; *Jacobs/Deisenhofer*, in: Ehlermann/Atanasiu (Hrsg.), European Competition Law Annual 2001, 187 (197).

9 *Milutinović*, The ‘Right to Damages’ under EU Competition Law: from *Courage v. Crehan* to the White Paper and Beyond, S. 14 f., bei dem sich folgende Definition der privaten Rechtsdurchsetzung im europäischen Kartellrecht findet: „the term ‘private enforcement’ refers to the application of the Articles 101 and 102 TFEU by individuals or undertakings, alone or in combination with other provisions of Union or national law, before the national courts of the Member States. In particular, it refers to contentious proceedings in view of obtaining a civil law remedy, such as nullity of a contractual obligation, an award of damages or an injunction; so auch: *Möschel*, WuW 2007, 483 (485 f.); *Kominos*, EC Private Antitrust Enforcement, S. 1, der ebenfalls eine auf zivilgerichtliche Verfahren begrenzte Definition für das Kartellrecht vorschlägt.

10 *Rudolf*, in: Merten (Hrsg.), Förderalismus und Europäische Gemeinschaften, 263 (266).

mitgliedstaatlichen Gerichte an der Durchsetzung des Unionsrechts, ist daher ein weiter Begriff der Rechtsdurchsetzung zu Grunde zu legen.¹¹ Eine Aufteilung in Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung und deren Zuordnung zu den jeweiligen Gewalten ist für die Zwecke dieser Arbeit wenig sinnvoll. Durch die europarechtliche Überlagerung kann der Durchsetzung des Rechts mehr als die bloße zwangsweise Vollstreckung dienen.¹²

Wenn für die gerichtliche Geltendmachung subjektiver Rechte nur der Begriff der Rechtsausübung und nicht derjenige der Rechtsdurchsetzung verwendet würde, hätte dies einen uneinheitlichen Begriffsgebrauch zur Folge. Die Beteiligung der mitgliedstaatlichen Gerichte wäre als Rechtsdurchsetzung des Unionsrechts zu bezeichnen, die Berufung des Privaten auf das Unionsrecht durch den Privaten als Rechtsausübung. Es geht nicht um die Frage, ob dem Privaten besser subjektive öffentliche Rechte eingeräumt werden sollen oder privatrechtliche Ansprüche. Vielmehr ist zu ermitteln, ob die Rechtsdurchsetzung effektiver auf der administrativen Ebene durch behördliche Rechtsdurchsetzung auf europäischer oder mitgliedstaatlicher Ebene oder durch Marktteilnehmer, denen Klagerechte öffentlicher oder privatrechtlicher Natur eingeräumt werden, erreicht werden kann. Diese Frage wird relevant, wenn es um die effektive Wirksamkeit des Durchführungsverbots im Beihilfenrecht geht. Die Instrumentalisierung des Privaten wird in der Literatur ebenfalls als Mittel zur Durchsetzung des Unionsrechts bezeichnet.¹³

Die private Rechtsdurchsetzung ist als Unterkategorie zur Rechtsdurchsetzung von der Zwangsvollstreckung im Zivilrecht abzugrenzen. Die Zwangsvollstreckung ist die zwangsweise Durchführung einer richterlichen Verfügung, insbesondere des Endurteils, aber auch sonstiger Titel gemäß § 794 Abs. 1 ZPO.¹⁴ Das Urteil gibt dem Gläubiger das Recht, vom Staat die Durchsetzung des im Urteil titulierten Anspruchs nach den Regeln der ZPO zu verlangen.¹⁵ Die private Rechtsdurchsetzung umfasst den

11 *Krönke*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, S. 246 ff.; *Pühs*, Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht, S. 96 ff; *Waldhoff*, Staat und Zwang, S. 34.

12 Vgl. hierzu: *Waldhoff*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, § 46 Rn. 1, 4.

13 *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, S. 50 ff.; kritisch: *Classen*, *VerwArch.* 88 (1997), 645 (656 f., 677).

14 *Kindl*, in: Saenger (Hrsg.), ZPO Kommentar, § 794 ZPO, Rn. 1 ff.

15 *Götz*, in: MüKo, ZPO, § 704 ZPO, Rn. 1.