

GUSTAV OLLINGER

Nachvollziehende
Verfahrenskontrolle
im EU-Beihilferecht

Beiträge zum Verwaltungsrecht

9

Mohr Siebeck

Beiträge zum Verwaltungsrecht

herausgegeben von

Wolfgang Kahl, Jens-Peter Schneider
und Ferdinand Wollenschläger

9



Gustav Ollinger

Nachvollziehende Verfahrenskontrolle im EU-Beihilferecht

Zur unionsgerichtlichen Überprüfung
komplexer wirtschaftlicher Bewertungen
der EU-Beihilfeaufsicht

Mohr Siebeck

Gustav Ollinger, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg i. Br. und Glasgow; Referendariat in Freiburg i. Br. mit Stationen in Düsseldorf und Brüssel, u. a. bei der Europäischen Kommission; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europäisches Informations- und Infrastrukturrecht der Universität Freiburg i. Br. von Prof. Dr. Jens-Peter Schneider; seit 2017 Rechtsanwalt in Berlin.
orcid.org/0000-0001-6659-0232

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg und der Wissenschaftlichen Gesellschaft in Freiburg im Breisgau

ISBN 978-3-16-156046-0 / eISBN 978-3-16-156047-7
DOI 10.1628/978-3-16-156047-7

ISSN 2509-9272 / eISSN 2569-3859 (Beiträge zum Verwaltungsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von eplne aus der Times New Roman gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Die Untersuchung entstand während meiner Tätigkeit als akademischer Mitarbeiter am dortigen Institut für Medien- und Informationsrecht, Abt. II: Öffentliches Recht, Europäisches Informations- und Infrastrukturrecht. Der Text und die Nachweise befinden sich auf dem Stand Januar 2018.

Besonderer Dank gilt dem Betreuer und Erstgutachter der Arbeit *Herrn Prof. Dr. Jens-Peter Schneider* für die hervorragende und umsichtige Betreuung des Promotionsvorhabens einschließlich wichtiger inhaltlicher Impulse sowie für die lehrreiche Zeit als akademischer Mitarbeiter am seinem Lehrstuhl. Ebenso bedanken möchte ich mich bei *Herrn Prof. Dr. Rainer Wahl* für die engagierte Auseinandersetzung mit der Arbeit und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Maßgeblichen Anteil am Gelingen der Arbeit hatte das anregende Umfeld des Lehrstuhls. Aus dem Kreis der Lehrstuhlkollegen danke ich für eine Vielzahl an Gedankenanstößen insbesondere *Herrn PD Dr. Nikolaus Marsch, DIAP (ENA)*, der mir während der Erstellung der Arbeit stets unterstützend zur Seite stand. Ebenso dankbar bin ich auch *Herrn Dr. Timo Rademacher, MJur (Oxon)* für wertvolle Anregungen. Großer Dank gebührt ebenso den weiteren Lehrstuhlkolleginnen und -kollegen sowie meinen Freunden, deren konstruktive Ratschläge die Arbeit vorangebracht haben, darunter: *Dr. Lena-Sophie Deißler, Johannes Breckwoldt, Ruth Weber, Maria von Bonin, Dr. Enrico Gätsch* und *Dr. Wendelin Mayer LL.M.* Danken möchte ich auch der Wissenschaftlichen Gesellschaft Freiburg sowie der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, welche die Veröffentlichung mit einem Druckkostenzuschuss unterstützt haben.

Von Herzen bedanken möchte ich mich bei meiner Mutter für die stetige Unterstützung nicht erst seit dem Promotionsvorhaben. Ich widme die Arbeit ihr, meinem Bruder Thorsten sowie meinem verstorbenen Vater.

Berlin im Januar 2019

Gustav Ollinger

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Erster Teil: Einleitung	1
§ 1 Problemaufriss und Ziele der Untersuchung	1
§ 2 Gang der Untersuchung	9
Zweiter Teil: Überblick über das Beihilfeverbot und dessen Vollzug	13
§ 3 Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 1 AEUV	13
§ 4 Vollzug durch Kommission und Unionsgerichte	18
Dritter Teil: Grundlagen der gerichtlichen Prüfungsintensität im Beihilferecht	25
§ 5 Anforderungen an die gerichtliche Prüfungsintensität nach primärrechtlichen Grundprinzipien	25
§ 6 Prozessrechtliche Vorgaben für die gerichtliche Prüfungsintensität ..	60
§ 7 Behördliche Entscheidungsspielräume und beschränkte gerichtliche Prüfungsintensität im EU-Eigenverwaltungsrecht	98
Vierter Teil: Voraussetzungen und Rechtfertigung der beschränkten gerichtlichen Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen beim Beihilfeverbot	125
§ 8 Grundsätzlich umfassende gerichtliche Überprüfung der behördlichen Anwendung des Beihilfeverbots	126
§ 9 Ausnahmsweise beschränkte gerichtliche Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen	139

§ 10 Keine Beschränkung der mitgliedstaatlichen Gerichte bei der inzidenten Prüfung der Beihilfemerkmale	194
Fünfter Teil: Konzept der nachvollziehenden Verfahrenskontrolle für komplexe wirtschaftliche Bewertungen	201
§ 11 Spezifischer Kontrollmaßstab	201
§ 12 Kontrollpraxis	232
§ 13 Folgerungen aus der Kontrollpraxis für das Verfahrenskontrollkonzept	274
Sechster Teil: Anforderungen an die Beweisführung	307
§ 14 Beweismaß, -anforderungen und -erleichterungen	308
§ 15 Verwirklichung behördlicher Entscheidungsspielräume bei komplexen wirtschaftlichen Bewertungen durch die Beweislastverteilung	329
Siebter Teil: Funktionale Zusammenhänge der Verfahrensanforderungen mit der beschränkten gerichtlichen Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen	363
§ 16 Überblick über funktionale Zusammenhänge zwischen EU-Verwaltungsverfahren und unionsgerichtlichem Verfahren	364
§ 17 Funktionaler Zusammenhang der behördlichen Amtsermittlungspflicht und der Beteiligungsrechte mit der gerichtlichen Prüfungsintensität	370
§ 18 Funktionaler Zusammenhang der Begründungspflicht mit der gerichtlichen Prüfungsintensität	395
Achter Teil: Schlussbetrachtung	417
§ 19 Zusammenfassung in Thesen	417
§ 20 Fazit und Ausblick	432
Literaturverzeichnis	447
Sachregister	467

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Erster Teil: Einleitung	1
§ 1 <i>Problemaufriss und Ziele der Untersuchung</i>	1
A. Gerichtliche Prüfungsintensität und behördliche Entscheidungsspielräume	3
B. Umgang der Unionsgerichte mit fachspezifischen ökonomischen Bewertungen	7
§ 2 <i>Gang der Untersuchung</i>	9
Zweiter Teil: Überblick über das Beihilfeverbot und dessen Vollzug	13
§ 3 <i>Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 1 AEUV</i>	13
A. Zentrale Bedeutung für die Reichweite der Beihilfeaufsicht	13
B. Hohe Konkretisierungsbedürftigkeit der Beihilfemerkmale	15
§ 4 <i>Vollzug durch Kommission und Unionsgerichte</i>	18
A. Prüfungsmonopol der Kommission	18
B. Nichtigkeitsklage als wesentliche Klageart gegen beihilfeaufsichtsrechtliche Beschlüsse	21
Dritter Teil: Grundlagen der gerichtlichen Prüfungsintensität im Beihilferecht	25
§ 5 <i>Anforderungen an die gerichtliche Prüfungsintensität nach primärrechtlichen Grundprinzipien</i>	25
A. Direktivwirkung primärrechtlicher Grundprinzipien	26
B. Kontrollauftrag an die Unionsgerichte nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EUV	28
I. Unionsgerichte als Rechts- und Tatsachengerichte	28

II.	Nachträgliche Kontrolle der primären Rechtskonkretisierung	29
III.	Beschränkung auf Rechtmäßigkeitskontrolle	29
C.	Mindestanforderungen nach dem Gebot effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes	34
I.	Art. 47 EUGRCh als zentrale Garantie effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes	35
II.	Eröffnung des Anwendungsbereichs im Recht der Beihilfenaufsicht	38
1.	Art. 107 Abs. 1 AEUV als individualrechtsschützende Vorschrift im Sinne des Art. 47 EUGRCh	38
2.	Schutz für private und öffentliche Unternehmen sowie Mitgliedstaaten	41
III.	Mindestmaß an gerichtlicher Prüfungsintensität nach Art. 47 EUGRCh	44
1.	Grundsätzlich umfassende Überprüfung von Rechts- und Tatfragen	44
2.	Effektivität der Verfahrenskontrolle für die Überprüfung komplexer fachlicher Bewertungen	44
IV.	Gleichlauf mit den Anforderungen nach Art. 6 Abs. 1, 13 EMRK	47
V.	Fazit	50
D.	Materielle Grundrechte und grundrechtsähnliche Rechte als die Prüfungsintensität verschärfende Parameter?	52
I.	Materielle Grundrechte und grundrechtsähnliche Rechte im Recht der Beihilfenaufsicht	52
1.	Vertrauensschutzgrundsatz	52
2.	Unternehmerische Freiheit nach Art. 16 EUGRCh	53
3.	Schutz der Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten nach Art. 345 AEUV?	55
II.	Keine Verschärfung der gerichtlichen Prüfungsintensität	56
III.	Fazit und Parallele zu Art. 41 EUGRCh	59
§ 6	<i>Prozessrechtliche Vorgaben für die gerichtliche Prüfungsintensität</i>	60
A.	Spezifika der Nichtigkeitsklage im Beihilferecht mit Bezug zur gerichtlichen Prüfungsintensität	61
I.	Klagegegenstände als Bezugspunkte der Rechtmäßigkeitskontrolle	61
1.	Verfahrensabschließende Beschlüsse	62
2.	Das Vorverfahren abschließende Beschlüsse	62
3.	Weitere angreifbare Handlungen	64
II.	Systematischer Zusammenhang zwischen Klageberechtigung und gerichtlicher Prüfungsintensität?	65
1.	Beschränkte Klageberechtigung Dritter im Beihilferecht	65
a.	Beihilfeempfänger	66
b.	Wettbewerber	69
aa.	Unmittelbare Betroffenheit	69

bb. Individuelle Betroffenheit	69
(1) Verfahrensabschließende Beschlüsse	70
(2) Das Vorverfahren abschließende Beschlüsse	72
c. Mitgliedstaatliche Untergliederungen und sonstige Dritte . .	73
2. Kein systematisches Wechselwirkungsverhältnis zur gerichtlichen Prüfungsintensität	74
III. Auswirkungen der Beschränkungen des Prüfungsumfangs auf die Prüfungsintensität	78
1. Erlass des Kommissionsbeschlusses als maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt	78
2. Beschränkung des sachlichen Prüfungsumfangs auf die geltend gemachten und <i>ex officio</i> überprüfbaren Klagegründe .	79
a. Materielle Klagegründe	80
aa. Prüfung nur auf Rüge einer Partei	80
bb. Konsequenz für gerichtliche Prüfungsintensität: Hohe Bedeutung des Parteivortrags	84
b. Formelle Klagegründe	85
aa. Obligatorische Amtsprüfung formeller Begründungsmängel	85
bb. Fakultative Amtsprüfung der Verletzung von Anhörungs- und Beteiligungsrechten	86
cc. Konsequenz für gerichtliche Prüfungsintensität: Komplementärverhältnis zwischen Ergebnis- und Verfahrenskontrolle	89
IV. Beschränkte Entscheidungsbefugnis als Indiz für beschränkte Überprüfungsbefugnis	90
B. Verantwortung der Parteien für die Sachverhaltsermittlung	93
I. Neigung zum Beibringungsgrundsatz	94
1. Gerichtliche Befugnisse zur Sachverhaltsermittlung	94
2. Nutzung der Befugnisse im Ermessen des Gerichts	96
II. Bewertung	98
§ 7 <i>Behördliche Entscheidungsspielräume und beschränkte gerichtliche Prüfungsintensität im EU-Eigenverwaltungsrecht</i>	98
A. Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen umfassender und beschränkter Überprüfung	102
B. Unterscheidung zwischen <i>Beurteilungsspielraum</i> und <i>Ermessen</i> ?	105
C. Politisches und technisches Ermessen	109
I. Keine Kongruenz mit legislativem und administrativem Ermessen	111
II. Politisches Ermessen: Abwägung unterschiedlicher Ziele und Interessen	112
1. Begriff und Fallgruppen	112
2. Ermittlung und Rechtfertigung	114
III. „Technisches“ Ermessen: Komplexe fachliche Bewertungen	116

1. Begriff und Fallgruppen	116
2. Ermittlung und Rechtfertigung	121
IV. Fazit	122
Vierter Teil: Voraussetzungen und Rechtfertigung der beschränkten gerichtlichen Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen beim Beihilfeverbot	125
§ 8 Grundsätzlich umfassende gerichtliche Überprüfung der behördlichen Anwendung des Beihilfeverbots	126
A. Formale Normstruktur als Indiz	127
B. „Objektiver“ Charakter des Beihilfebegriffs in Abgrenzung zu „subjektiven“ wirtschaftspolitischen Bewertungen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV	129
C. Weitere Gründe für die grundsätzlich umfassende Überprüfung	132
I. Systematischer Gleichlauf mit den Verbotsvorschriften aus dem EU-Wettbewerbsrecht?	132
II. Weite und „Kompetenzrelevanz“ des Beihilfebegriffs?	133
III. Sicherung der Vollzugsgleichheit zwischen Kommission und mitgliedstaatlichen Gerichten	136
§ 9 Ausnahmsweise beschränkte gerichtliche Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen	139
A. Dogmatische Verankerung der Erforderlichkeit (komplexer) wirtschaftlicher Bewertungen: Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten	141
I. Überblick und Grundlagen	141
II. Keine Anwendbarkeit auf hoheitliche Tätigkeiten	145
III. Verhältnis zum Beihilfemerkmale der Begünstigung	146
IV. Hypothetischer marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter als Vergleichsmaßstab	148
B. Dogmatische und methodische Rahmenvorgaben für (komplexe) wirtschaftliche Bewertungen bei der Anwendung des Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten	152
I. Allgemeine Methodik nach der Kommissions-Bekanntmachung	152
II. Kapitalzuführungen	154
III. Staat als Verkäufer	157
1. Grundstücksverkäufe	157
2. Privatisierungen	158
IV. Staat als Einkäufer	160
V. Staat als Gläubiger	160
VI. Weitere Ausprägungen	161

C. Komplexität wirtschaftlicher Bewertungen als Voraussetzung der beschränkten gerichtlichen Überprüfung	163
I. Stand der Rechtsprechung	163
1. Komplexität der wirtschaftlichen Bewertungen als vom Einzelfall abhängige Sachgesetzlichkeit	163
2. Keine verallgemeinerungsfähigen Anhaltspunkte zur Bestimmung der Komplexität	165
3. Kritik	166
II. Anhaltspunkte und Kriterien zur Bestimmung der Komplexität wirtschaftlicher Bewertungen	168
1. Geringe materielle Steuerungskraft und Rezeptionsoffenheit des Kriteriums als notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzungen	169
2. Erkenntnisdefizite infolge des Prognosecharakters?	172
3. Erkenntnisdefizite bei aufwändigen ökonomischen Bewertungen	175
a. Ökonomische Einzelfallanalysen	176
b. Umfangreiche Abwägungen tatsächlicher Umstände	178
4. Eignung der Verfahrenskontrolle für die effektive gerichtliche Überprüfung	178
5. Beschränkter Erkenntnismehrwert durch neue Sachverständigengutachten	180
6. Verbleibender Spielraum der Unionsgerichte	183
III. Fazit	184
D. Rechtfertigung der beschränkten gerichtlichen Überprüfung	186
I. Erfordernis einer normativen Rechtfertigung	187
II. Keine „normative Ermächtigung“ in Art. 107 Abs. 1 AEUV	188
III. Funktionsadäquate Aufgabenverteilung im System institutionellen Gleichgewichts	189
1. Prinzip des institutionellen Gleichgewichts	189
2. Konkretisierung für den Vollzug des Beihilfeverbots	191
§ 10 Keine Beschränkung der mitgliedstaatlichen Gerichte bei der inzidenten Prüfung der Beihilfemerkmale	194
A. Mitgliedstaatliche Gerichte als Vollzugsorgan	195
B. Befugnis zur umfassenden Sachverhaltsermittlung	197
Fünfter Teil: Konzept der nachvollziehenden Verfahrenskontrolle für komplexe wirtschaftliche Bewertungen	201
§ 11 Spezifischer Kontrollmaßstab	201
A. Überblick über die Kontrollvorgaben und -formeln der Rechtsprechung	202
I. Keine ersetzende Kontrolle der Tatsachenwürdigung	203

II. „Remia“-Formel (Rs. <i>Belgien/Kommission</i>) (1985/1996)	204
III. „TU München“-Formel (Rs. <i>Lenzing</i>) (1991/2007)	206
IV. „Tetra-Laval“-Formel (Rs. <i>Lenzing</i>) (2005/2007)	208
B. Ebenen gerichtlicher Kontrolle im Unionsrecht	209
I. Auslegung und rechtliche Qualifikation des Sachverhalts (Subsumtion) als Rechtsfragen, Tatsachenfeststellung und -würdigung als Tatfragen	210
II. Abgrenzung im Einzelnen	212
1. Tatsachenfeststellung	212
2. Tatsachenwürdigung	213
3. Rechtliche Qualifikation der Tatsachenfeststellung und -würdigung (Subsumtion)	215
4. Verhältnis der Tatsachenwürdigung zur Beweiswürdigung	218
III. Besonderheiten bei wirtschaftlichen Bewertungen im EU-Wettbewerbs- und Beihilferecht	220
IV. Fazit	222
C. Verortung der Bestandteile des Kontrollmaßstabs auf den Kontrollebenen	224
I. Gerichtliche Letztentscheidungskompetenz hinsichtlich Auslegung und rechtlicher Qualifikation (Subsumtion)	224
II. Nachvollziehende Verfahrenskontrolle der behördlichen Tatsachenfeststellung und -würdigung	226
1. „TU München“- und „Tetra Laval“-Formel als behördlicher Handlungs- und gerichtlicher Kontrollmaßstab	227
2. Gerichtlich überprüfbare Anforderungen an die behördliche Entscheidungsfindung nach den Kontrollvorgaben und -formeln	229
3. Offene Fragen	230
§ 12 <i>Kontrollpraxis</i>	232
A. Vorbemerkungen	232
I. Zusammenhang zwischen dem Umfang der gerichtlichen Entscheidungsbegründung und der tatsächlichen Prüfungsintensität?	232
II. Parameter zur Identifikation der tatsächlichen gerichtlichen Prüfungsintensität	234
B. Kontinuierliche Steigerung der tatsächlichen Prüfungsintensität	238
I. Ausgangspunkt: Vereinzelt ersetzende Kontrolle trotz beschränkten Kontrollmaßstabs	239
1. Rs. <i>Cofaz</i> (1990)	239
2. Fazit	240
II. Geringe tatsächliche Prüfungsintensität unter der „Remia“-Formel	242
1. Rs. <i>Belgien/Kommission</i> (1996)	242
2. Weitere Entscheidungen	243

III. Gesteigerte tatsächliche Prüfungsintensität und Verschiebung zur Verfahrenskontrolle unter der „Remia“-Formel	246
1. Rs. <i>Alitalia</i> (2000)	246
2. Weitere Entscheidungen	249
IV. Hohe tatsächliche Prüfungsintensität im Rahmen einer Verfahrenskontrolle unter „Remia“-, „TU München“- und „Tetra Laval“-Formel	251
1. Rs. <i>Lenzing</i> (2004/2007)	251
a. Urteil des EuG	251
b. Rechtsmittelentscheidung des EuGH	253
2. Rs. <i>Scott</i> (2007/2010)	254
a. Urteil des EuG	255
b. Rechtsmittelentscheidung des EuGH	256
3. Rs. <i>Frucona Košice</i> (2010/2013)	258
a. Urteil des EuG	259
b. Rechtsmittelentscheidung des EuGH	259
4. Weitere aktuelle Entscheidungen und Fazit	261
V. Zusammenfassung	262
VI. Bewertung	264
1. Vereinbarkeit mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes	264
2. Vereinbarkeit mit der funktionsadäquaten Aufgabenverteilung im System institutionellen Gleichgewichts	265
C. Gründe für die Steigerung der tatsächlichen Prüfungsintensität	267
I. Klarstellung der prinzipiell umfassenden Überprüfbarkeit des Beihilfeverbots	268
II. Einführung des EuG	268
III. Allgemeine Fortentwicklung der Unionsrechtsordnung	270
1. Stärkung des Individualrechtsschutzes	271
2. Konsolidierter Binnenmarkt	273
3. Verbesserung der Legitimation	273
<i>§ 13 Folgerungen aus der Kontrollpraxis für das Verfahrenskontrollkonzept</i>	<i>274</i>
A. Unschärfe und Bedeutungswandel des offensichtlichen Beurteilungsfehlers	274
I. Sammelbegriff für potentiell ergebnisrelevante Mängel in der behördlichen Amtsermittlung	275
II. Unterschiedliche Typen des offensichtlichen Beurteilungsfehlers	278
1. Ermittlungsdefizite	278
2. Verstoß gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze: Unlogische, inkohärente und unangemessene Schlussfolgerungen	281
3. Unzureichende Beweisführung	285
III. Fazit	285

B. Keine „verdeckte“ materielle Prüfung im Rahmen der Überprüfung auf formelle Begründungsmängel	287
I. Nähe des offensichtlichen Beurteilungsfehlers zum formellen Begründungsmangel	288
II. Systematische Relevanz der Unterscheidung	290
1. Unterschiedliche Regelungen zur Amtsprüfung im Rahmen des Art. 263 Abs. 2 AEUV	290
2. Verhinderung eines „Ping-Pong-Effekts“	292
III. Vorrang des offensichtlichen Beurteilungsfehlers vor dem formellen Begründungsmangel	293
1. Nichtberücksichtigung eines entscheidungserheblichen Umstands vs. quantitativ unzureichende Begründung	293
2. Unlogische, inkohärente und unangemessene Schlussfolgerungen vs. qualitativ unzureichende Begründung ..	295
IV. Fazit	296
C. Alternatives Kontrollkonzept	298
I. Verortung von Ergebnis- und Verfahrenskontrolle in unterschiedlichen Aufhebungs- und Klagegründen	299
1. Überprüfung auf offensichtliche Beurteilungsfehler als <i>Ergebniskontrolle</i> der Tatsachenwürdigung anhand eines Vertretbarkeitsmaßstabs	299
2. Überprüfung auf formelle Begründungsmängel als <i>Verfahrenskontrolle</i> der behördlichen Sachverhaltsermittlung ..	301
II. Bewertung	302
1. Gewinn an Rechtsklarheit und Stärkung der behördlichen Entscheidungsfreiräume	303
2. Systematische Verwerfungen mit Blick auf die Amtsprüfungsregelungen des Art. 263 Abs. 2 AEUV	303
3. Fazit	304
 Sechster Teil: Anforderungen an die Beweisführung	 307
§ 14 <i>Beweismaß, -anforderungen und -erleichterungen</i>	308
A. Grundbegriffe und -konzepte	309
I. Grundsatz der freien Beweiswürdigung	309
II. Beweismaß	310
1. Beweismaß als rechtliches Konzept im Unionsrecht	312
2. Regelbeweismaß im Bereich der hohen Wahrscheinlichkeit ..	314
III. Beweisanforderungen	316
IV. Beweiserleichterungen	319
B. Beweiserleichterungen beim Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten	320
I. Konkreter Eignungsnachweis bezogen auf die Entscheidungserheblichkeit	321

II.	Beweismaßsenkung hinsichtlich der gezogenen Schlussfolgerungen	322
1.	Beweismaßsenkung als Frage des materiellen Rechts	322
2.	Beweismaßmodifikation auf relativ größte Wahrscheinlichkeit	324
3.	Keine Identität mit überwiegender Wahrscheinlichkeit	327
§ 15	<i>Verwirklichung behördlicher Entscheidungsspielräume bei komplexen wirtschaftlichen Bewertungen durch die Beweislastverteilung</i>	329
A.	Grundbegriffe und -konzepte zur Beweislast	330
I.	Materielle Beweislast	330
II.	Abstrakte und konkrete formelle Beweislast	332
III.	Darlegungslast	334
IV.	Zur Beweislast im Verwaltungsverfahren	335
1.	Relevanz der materiellen Beweislast	335
2.	Keine Relevanz der formellen Beweislast und der Darlegungslast	336
B.	Beweislastverteilung für die tatsächlichen Voraussetzungen der Beihilfemerkmale	337
I.	Theorien und Kriterien zur Beweislastverteilung	338
1.	Verfahrensrechtliche Ansätze	339
a.	Parteirolle und Parteivortrag	339
b.	Verfahrens- und Klageart	341
2.	Gültigkeitsvermutung/Rechtmäßigkeitsvermutung?	343
3.	Günstigkeitsprinzip	344
4.	Auslegung der materiellen Rechtsnormen	346
5.	Fazit	347
II.	Beweisbelastung der Kommission bei Negativbeschlüssen	348
1.	Beihilfemerkmale im Allgemeinen	348
2.	Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten	351
III.	Beweisbelastung des Wettbewerbers bei Positivbeschlüssen	352
1.	Beihilfemerkmale im Allgemeinen	352
2.	Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten	354
C.	Verschiebung des Bezugspunkts der formellen Beweislast bei komplexen wirtschaftlichen Bewertungen	354
I.	Beweisbelastung des Klägers für offensichtliche Beurteilungsfehler	354
II.	Konsequenz: Prozessualer Entscheidungsspielraum der Kommission	357
1.	„Strategien“ im gerichtlichen Umgang mit Erkenntnisdefiziten	358
2.	Parallele Debatte um materielle und prozessuale Lehren des „Beurteilungsspielraums“ im deutschen Recht	358
III.	Fazit	360

Siebter Teil: Funktionale Zusammenhänge der Verfahrensanforderungen mit der beschränkten gerichtlichen Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen	363
§ 16 Überblick über funktionale Zusammenhänge zwischen <i>EU-Verwaltungsverfahren und unionsgerichtlichem Verfahren</i>	364
A. Trennungsprinzip und funktionale Zusammenhänge	364
B. Ausprägungen ohne unmittelbare Relevanz für die gerichtliche Prüfungsintensität	366
I. Eröffnung des <i>Kontrollzugangs</i> und Beteiligung am Verwaltungsverfahren	367
II. Begrenzung des <i>Prüfungsumfangs</i> durch den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt und Präklusionsregelungen	367
§ 17 Funktionaler Zusammenhang der behördlichen <i>Amtsermittlungspflicht und der Beteiligungsrechte mit der gerichtlichen Prüfungsintensität</i>	370
A. Funktionen der Verfahrensanforderungen i. e. S. im Verhältnis zum materiellen Recht	371
I. Instrumentelle Funktion	373
II. Produktive Funktion	376
III. Kompensierende Funktion	377
B. Nutzung der Funktionen für die gerichtliche Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen	379
I. Ermöglichung der inhaltlichen gerichtlichen Überprüfung (Nutzung der produktiven Funktion)	379
II. Korrespondenzverhältnis zwischen inhaltlicher gerichtlicher Prüfungsintensität und Verfahrenskontrolle (Nutzung der kompensierenden Funktion)	380
C. Sicherung der Funktionen durch strikte gerichtliche Sanktionierung . .	382
I. Strikte Sanktionierung von Ermittlungsdefiziten	383
II. Strikte Sanktionierung von Anhörungsmängeln	384
1. Fakultative <i>ex officio</i> -Prüfung	384
2. Keine Relativierung bei komplexen fachlichen Bewertungen . .	384
a. Keine tatbestandliche Einschränkung	385
b. Keine Nachholung nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens	386
c. Keine Unbeachtlichkeit	388
aa. „Geist“-Formel nicht auf Verfahrensvorschriften i. e. S. anwendbar	389
bb. Nachweis der konkreten Ergebnisrelevanz (<i>harmless error principle</i>) bei komplexen fachlichen Bewertungen entbehrlich	391
III. Fazit	394

§ 18 Funktionaler Zusammenhang der Begründungspflicht mit der gerichtlichen Prüfungsintensität	395
A. Funktionen und Rechtsnatur der Begründung	396
I. Instrument der externen Rechtmäßigkeitskontrolle und rationalitätssichernde Vorwirkungen auf die Entscheidungsherstellung	396
II. Formvorschrift i. e. S.	399
III. Inhaltsbestandteil des Rechtsakts	401
B. Nutzung der Kontrollfunktion für die gerichtliche Überprüfung	402
I. Ermöglichung der inhaltlichen gerichtlichen Überprüfung <i>und</i> der Verfahrenskontrolle	402
II. Proportionalitätsverhältnis zwischen Inhalt und Umfang der Begründung und gerichtlicher Prüfungsintensität?	403
C. Sicherung der Kontrollfunktion durch strikte gerichtliche Sanktionierung	406
I. Obligatorische <i>ex officio</i> -Prüfung	406
II. Keine Relativierung bei komplexen fachlichen Bewertungen	407
1. Keine Nachholung nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens	407
a. Nach Klageerhebung	407
b. Zwischen Abschluss Verwaltungsverfahren und Klageerhebung	411
c. Sonderdogmatik im Dienstrecht nicht übertragbar	412
d. Keine Unterscheidung zwischen „Nachholung der Begründung“ und „Nachschieben von Gründen“	413
2. Keine Unbeachtlichkeit bei komplexen fachlichen Bewertungen	414
III. Fazit	415
 Achter Teil: Schlussbetrachtung	 417
§ 19 Zusammenfassung in Thesen	417
A. Grundlagen der gerichtlichen Prüfungsintensität im Beihilferecht	417
B. Voraussetzungen und Rechtfertigung der beschränkten gerichtlichen Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen beim Beihilfeverbot	420
C. Konzept der nachvollziehenden Verfahrenskontrolle für komplexe wirtschaftliche Bewertungen	423
D. Anforderungen an die Beweisführung	427
E. Funktionale Zusammenhänge	429
§ 20 Fazit und Ausblick	432
A. Dogmatische Grundlinien behördlicher Entscheidungsspielräume im EU-Eigenverwaltungsrecht	432

I.	Nachvollziehende Verfahrenskontrolle als einheitliches Kontrollkonzept für komplexe fachliche Bewertungen im EU-Eigenverwaltungsrecht	433
II.	Der Beurteilungsspielraum als Typus eines behördlichen Entscheidungsspielraums im EU-Eigenverwaltungsrecht mit eigenständiger Kontrolldogmatik	436
1.	Verortung zwischen Auslegung und der Feststellung „einfacher“ Tatsachen	437
2.	Parallelen zur Kontrolldogmatik von Beurteilungsspielräumen im deutschen Verwaltungsrecht	439
B.	Nachvollziehende Verfahrenskontrolle als eigenständiges, funktionstüchtiges Kontrollkonzept	440
C.	Strukturreform EuG (2015) als Treiber einer weiteren Steigerung der Prüfungsintensität?	442
D.	Entwicklungspotential des Verwaltungsverfahrensrechts mit Blick auf die gerichtliche Überprüfung komplexer fachlicher Bewertungen	443
I.	Auslegung bestehender Verfahrensanforderungen im Lichte der funktionalen Zusammenhänge	444
II.	Verbesserungen im Verwaltungsverfahrensrecht <i>de lege ferenda</i> ..	445
	Literaturverzeichnis	447
	Sachregister	467

Erster Teil

Einleitung

§ 1 Problemaufriss und Ziele der Untersuchung

Der europäische Binnenmarkt ist das zentrale Projekt der EU. Das Recht der Beihilfeaufsicht¹ nach den Art. 107 ff. AEUV dient dem Schutz des Binnenmarktes vor Wettbewerbsverfälschungen, die durch staatliche Beihilfen zu Gunsten einzelner Unternehmen entstehen können.² Die Durchsetzung der materiellen Beihilfevorschriften erfolgt hauptsächlich durch die Europäische Kommission.³ Sie agiert im Recht der Beihilfeaufsicht als politisch-administrative Aufsichtsbehörde mit weitreichenden Untersuchungs- und direkten Vollzugsbefugnissen.

Im Zentrum der von der Kommission zu vollziehenden materiellen Beihilfevorschriften steht das Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 1 AEUV. Es bestimmt in Kombination mit der Aufgabenzuweisung in Art. 108 AEUV die Reichweite der Beihilfeaufsicht durch die Kommission. Eine effektive gerichtliche Überprüfung der behördlichen Anwendung des Beihilfeverbots durch die Unionsgerichte⁴ ist für Mitgliedstaaten, Beihilfeempfänger, Wettbewerber und gegebenenfalls sonstige Dritte von herausragender Bedeutung. Diese ist in den Verträgen auch abgesichert. Nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EUV ist es im institutionellen Gefüge der EU-Organe Aufgabe der Unionsgerichte, die Rechtmäßigkeit des Handelns der Kommission zu kontrollieren. Neben verwaltungs-verfahrensrechtlichen Garantien ist aus rechtsstaatlichen und individualrechtsschützenden Erwägungen nach Art. 2 Satz 1 EUV⁵ sowie nach Art. 47 EUGRCh eine wirksame gerichtliche Überprüfung erforderlich.

Nach ständiger Rechtsprechung der Unionsgerichte unterliegen jedoch sogenannte „komplexe wirtschaftliche Bewertungen“ nur einer „beschränkten

¹ Im Folgenden auch kurz: Beihilferecht.

² Aufgrund der fortschreitenden Verdichtung der Handelsbeziehungen sowie der Liberalisierung etwa im Post-, Telekommunikations- und Energiebereich hat das Beihilferecht zunehmend an Bedeutung gewonnen, s. C. Koenig/J. Paul/J. Kühling, in: Streinz, AEUV/EUV, 2. Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 2.

³ Im Folgenden: Kommission.

⁴ Soweit keine spezifische Bezeichnung des Gerichts erfolgt, bezieht sich im Folgenden der Begriff Unionsgerichte sowohl das Gericht der Europäischen Union (EuG) als auch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH).

⁵ C. Calliess, in: Calliess/Ruffert/Blanke, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 2 EUV Rn. 26.

gerichtlichen Überprüfung“ beziehungsweise es besteht ein „Ermessensspielraum“ der Kommission.⁶ Bei der Konkretisierung der weiten Beihilfemerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV treten solche komplexen wirtschaftlichen Bewertungen insbesondere bei der Anwendung des sogenannten *Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten* auf.⁷ Das Kriterium dient der Feststellung der „Marktkonformität“ einer mitgliedstaatlichen Maßnahme im Rahmen des Beihilfemerkmals der Begünstigung. Soweit die im Kern ökonomische Bewertung der Marktkonformität mitgliedstaatlichen Handelns nach Auffassung der Unionsgerichte „komplex“ ist, unterliegt sie einer beschränkten gerichtlichen Überprüfung nach einem durch die Unionsgerichte entwickelten spezifischen Kontrollmaßstab. Zentrale Bestandteile des Kontrollmaßstabs sind die Vorgaben, dass die behördliche Tatsachenwürdigung nur auf offensichtliche Beurteilungsfehler überprüfbar ist und dass der Überprüfung der Verfahrensanforderungen eine wesentliche Rolle zukommt.⁸

Es besteht in Teilen Unklarheit über die Funktionsweise und Intensität der gerichtlichen Kontrolle. Klärungsbedarf besteht erstens hinsichtlich des Begriffs der komplexen wirtschaftlichen Bewertung. Der Begriff lässt kaum Rückschlüsse über die Voraussetzungen, die Reichweite und die Ratio der nur beschränkten gerichtlichen Überprüfung zu.⁹ Zweitens wird aus den fragmentarischen Bestandteilen des durch die Rechtsprechung entwickelten Kontrollmaßstabs auch das gerichtliche Kontrollkonzept und die gebotene gerichtliche Prüfungsintensität bei der beschränkten gerichtlichen Nachprüfung nicht deutlich. Insbesondere liegt die Bedeutung des sogenannten offensichtlichen Beurteilungsfehlers ungeachtet der ständigen Inbezugnahme durch die Unionsgerichte im Dunkeln.¹⁰

Die Untersuchung soll die Voraussetzungen einer beschränkten gerichtlichen Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen beim Beihilfeverbot klä-

⁶ Siehe z. B. *EuGH*, Rs. C-525/04 P, ECLI:EU:C:2007:698 – Spanien/Lenzing, Rn. 57 f.; *EuGH*, Rs. C-290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480 – Kommission/Scott, Rn. 66; *EuG*, Rs. T-11/07, ECLI:EU:T:2010:498 – Frucona Košice/Kommission, Rn. 48.

⁷ Siehe z. B. *EuGH*, Rs. C-525/04 P, ECLI:EU:C:2007:698 – Spanien/Lenzing, Rn. 59; *EuGH*, Rs. C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32 – Frucona Košice/Kommission, Rn. 74. Ausführlich mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung § 9.

⁸ Siehe z. B. *EuGH*, Rs. C-525/04 P, ECLI:EU:C:2007:698 – Spanien/Lenzing, Rn. 58; *EuGH*, Rs. C-290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480 – Kommission/Scott, Rn. 66; *EuG*, Rs. T-11/07, ECLI:EU:T:2010:498 – Frucona Košice/Kommission, Rn. 48; *EuG*, Rs. T-209/11, ECLI:EU:T:2013:338 – MB System/Kommission, Rn. 39, 49, 91, 121. Ausführlich zu den Kontrollvorgaben und -formeln aus der Rechtsprechung S. 202 ff.

⁹ *M. Jaeger*, *JECL&Pract* 2011, S. 295 (309, 313); *H. Schweitzer*; in: Ehlermann/Marquis, *Evaluation of Evidence and Judicial Review*, 2011, S. 79 (140 ff.); *D. Geradin/N. Petit*, *Judicial Review*, 2010, S. 22; *H. Hofmann/G. C. Rowe/A. Türk*, *Administrative Law and Policy of the EU*, 2011, S. 495; *A. Kalintiri*, *C. M. L. R.* 2016, S. 1283 (1287, 1289 ff.).

¹⁰ *P. Craig*, *EU AdminLaw*, 2. Aufl. 2012, S. 436; *H. Schweitzer*, *Judicial Review in EU Competition Law*, 2012, S. 13; *T. Müller*, *Wettbewerb*, 2014, S. 236; *H. P. Nehl*, in: Hofmann/Micheau, *State Aid Law of the European Union*, 2016, S. 406 (437).

ren, die dafür erforderliche Rechtfertigung herausarbeiten sowie die Funktionsweise und Intensität der gerichtlichen Überprüfung präzise strukturieren.

Die aufgezeigten Probleme berühren in größerem Zusammenhang betrachtet zwei eng miteinander verknüpfte Themenkreise, die für ein System verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes eine elementare Rolle spielen: die Querschnittsmaterie der gerichtlichen Prüfungsintensität (gerichtliche Kontrolldichte) (dazu im Folgenden A.) sowie den gerichtlichen Umgang mit ökonomischen oder anderen fachspezifischen, außerjuridischen Bewertungen (dazu im Folgenden B.).

A. Gerichtliche Prüfungsintensität und behördliche Entscheidungsspielräume

Der Begriff der gerichtlichen Prüfungsintensität bezeichnet die Intensität beziehungsweise die „Tiefe“, mit der die Gerichte – im Rahmen eines bestimmten Kontrollprogramms wie etwa der Aufhebungs- und Klagegründe des Art. 263 Abs. 2 AEUV¹¹ – die behördliche Rechtskonkretisierung überprüfen.¹² Entsprechend den „Ebenen“ der behördlichen Rechtskonkretisierung, welche sich jedenfalls in abstrakt-generelle Auslegung eines Rechtsbegriffs, Feststellung des Sachverhalts sowie Subsumtion aufgliedern lässt, können unterschiedliche Formen an (gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren) behördlichen Entscheidungsspielräumen mehr oder minder präzise¹³ auf diesen Ebenen verortet werden. Denkbar sind behördliche Spielräume schon bei der abstrakt-generellen Auslegung von gegebenenfalls als „unbestimmt“ qualifizierten Rechtsbegriffen. Sie können aber auch bei der Würdigung bestimmter komplexer

¹¹ Im Gegensatz zu Prüfungsintensität, Kontrolldichte oder „Kontrolltiefe“ könnte man hinsichtlich des Kontrollprogramms auch vom Prüfungsumfang oder der „Kontrollbreite“ sprechen, siehe zur Unterscheidung zwischen Prüfungsumfang und -intensität beziehungsweise Kontrollbreite und -tiefe auch *GA M. Poiães Maduro*, Rs. C-141/02 P, ECLI:EU:C:2004:646 – Kommission/max.mobil, Rn. 77 f.; *T. v. Danwitz*, EuVwR, 2008, S. 367 f.; *R. Wahl*, in: Kluth/Rennert, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 2009, S. 53 (56 f.) sowie S. 78 ff.; abweichend *K.-U. Riese*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, EL 33 (Juni 2017), Vorb § 113 Rn. 16. Die Unionsgerichte zeigen hier wenig terminologische Präzision: Regelmäßig fassen sie Aspekte der gerichtlichen Prüfungsintensität unter den Oberbegriff des „Umfang[s] der gerichtlichen Kontrolle“, siehe z. B. *EuG*, Rs. T-85/09, ECLI:EU:T:2010:418 – Kadi/Kommission, Rn. 81; *EuG*, Rs. T-13/99, ECLI:EU:T:2002:209 – Pfizer Animal Health/Rat, Rn. 166.

¹² Ähnlich *M. Kottmann*, Introvertierte Rechtsgemeinschaft, 2014, S. 66, 96; vgl. auch *GA M. Poiães Maduro*, Rs. C-141/02 P, ECLI:EU:C:2004:646 – Kommission/max.mobil, Rn. 78. Soweit die Unionsgerichte *ausnahmsweise* unter den Voraussetzungen des Art. 261 AEUV auch zur Überprüfung behördlicher *Zweckmäßigkeitserwägungen* berufen sind, kann sich der Begriff der Prüfungsintensität ausnahmsweise nicht nur auf die Intensität der Überprüfung der Rechtskonkretisierung, sondern auch auf die Intensität der Überprüfung der behördlichen Zweckmäßigkeitserwägungen beziehen, vgl. *D. Boof*, in: GHN, Unionsrecht, 44. EL (Mai 2011), Art. 261 AEUV Rn. 1; *W. Cremer*, in: Calliess/Ruffert/Blanke, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 261 AEUV Rn. 4.

¹³ Siehe zu den Abgrenzungsschwierigkeiten ausführlich S. 212 ff.

Sachverhaltsfragen bestehen.¹⁴ Auf Sachverhaltsebene ist wesentlicher Parameter der gerichtlichen Prüfungsintensität das Ausmaß der gerichtlichen Aufklärung tatsächlicher Fragen einschließlich deren tatsächlichen Bewertung und das entsprechende „Aktivitätsniveau“ der Gerichte.¹⁵ Neben den genannten behördlichen Spielräumen im Zuge der Rechtskonkretisierung kann man ferner – jedenfalls als weitere analytische Kategorie – die Auswahl von Handlungsoptionen auf Rechtsfolgenseite der Norm benennen.¹⁶

Zentrale Fragestellungen der gerichtlichen Prüfungsintensität sind insbesondere die Ermittlung der Voraussetzungen, die Rechtfertigung sowie das Konzept der gerichtlichen Kontrolle für behördliche Entscheidungsspielräume. Im Allgemeinen sollen der gerichtlichen Kontrolle entzogene behördliche Entscheidungsfreiräume der Verwaltung ermöglichen, die ihr zugewiesenen Aufgaben effektiv und effizient auszuführen und die Umstände des Einzelfalls sowie die Besonderheiten und Veränderungen im betroffenen Realbereich zu berücksichtigen, die sich nicht immer auf abstrakt-genereller Ebene mit rechtlichen Maßstäben erfassen lassen.¹⁷ Das Phänomen ist nahezu jeder Verwaltungsrechtsordnung bekannt. Rechtfertigung sowie Inhalt und Umfang gerichtlich nicht überprüfbarer Entscheidungsspielräume der Verwaltung beruhen in einzelnen Rechtsordnungen dabei auf unterschiedlichen historischen Entwicklungen und deren Implikationen für das Verständnis von Verwaltung und gerichtlicher Verwaltungskontrolle, von Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung.¹⁸ Entsprechend haben sich auch in den Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten unterschiedliche Terminologien, Konzepte und gerichtliche Kontrolldogmatiken ausgebildet.¹⁹

¹⁴ Siehe dazu ausführlich S. 209 ff., 224 ff.

¹⁵ *R. Wahl*, in: Kluth/Rennert, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 2009, S. 53 (59). Zu den Parametern zur Identifikation der tatsächlichen Prüfungsintensität siehe S. 234 ff.

¹⁶ *P. Craig*, *EU AdminLaw*, 2. Aufl. 2012, S. 403 ff. Siehe dazu ausführlich S. 105 ff.

¹⁷ Vgl. *J. Schwarze*, in: Schwarze/Schmidt-Aßmann, *Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle*, 1992, S. 203 f.; *T. v. Danwitz*, *EuVwR*, 2008, S. 363; *H. Hofmann/G. C. Rowe/A. Türk*, *Administrative Law and Policy of the EU*, 2011, S. 491 mit Verweis auf *J. D. Huber/C. R. Shipan*, *Deliberate Discretion*, 2002. Vgl. auch BVerfGE 8, 274 (326) zu Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen im Wirtschaftsverwaltungsrecht: „Die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben lässt sich nicht immer in klar umrissenen Begriffen erfassen. [...] [Der Gesetzgeber] wird sich abstrakter und unbestimmter Formulierungen bedienen müssen, um die Verwaltungsbehörden in die Lage zu versetzen, ihren Aufgaben, den besonderen Umständen des einzelnen Falls und den schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden.“

¹⁸ Nach *R. Caranta*, in: Prechal/van Roermund, *EU Law*, 2008, S. 185 sind behördliche Entscheidungsfreiräume in einzelnen Rechtsordnungen als „historisches Produkt“ anzusehen.

¹⁹ Eine frühe rechtsvergleichende Untersuchung der unterschiedlichen Ausgestaltungen in den Gründerstaaten der Montanunion mit dem Ziel der Bestimmung des Begriffs des Ermessensmissbrauchs im Sinne des EGKS bei *GA M. Lagrange*, Rs. 3/54, ECLI:EU:C:1954:6, S. 151 (157 ff.). Aus der Literatur siehe die rechtsvergleichende Untersuchung in Frowein, Jochen A. (Hrsg.), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, 1993, sowie die Beiträge in Schwarze, Jürgen/Schmidt-Aßmann, Eberhard

Aufgrund dieser Unterschiede sind in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nur grobe einheitliche Grundlinien zu erkennen,²⁰ auf deren Basis sich ein allgemeines Konzept für von den Unionsgerichten nicht überprüfbare Entscheidungsspielräume der Kommission und anderer EU-Behörden im EU-Eigenverwaltungsrecht entwickeln ließe. Umso dringlicher ist daher – auch angesichts der weiten Verbreitung behördlicher Spielräume in den einzelnen Sachbereichen des EU-Eigenverwaltungsrechts – eine Verständigung über Rechtfertigung, Inhalt und Reichweite EU-behördlicher Entscheidungsspielräume sowie die Funktionsweise und Tiefe der unionsgerichtlichen Überprüfung. Im Zuge der Verständigung über behördliche Entscheidungsspielräume und die gerichtliche Prüfungsintensität können die aus den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen vorgeprägten Verständnisse von behördlichen Entscheidungsspielräumen im jeweiligen Gewaltengefüge hilfreich sein, sind aber keinesfalls pauschal auf das EU-Eigenverwaltungsrecht zu übertragen.²¹

Nachdem die gerichtliche Prüfungsintensität vor den Unionsgerichten und Entscheidungsspielräume der EU-Behörden Ende der 1980er und vor allem Anfang der 1990er Jahre erstmals vertieft in den Fokus der wissenschaftlichen Auseinandersetzung geriet²² und seitdem fortlaufend „im Zentrum der Diskussion“²³ steht, beziehen sich sachbereichsspezifische Untersuchungen bisher in erster Linie auf das Kartellverbot nach Art. 101 AEUV²⁴ und den Bereich der

(Hrsg.), Das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1992. S. ferner *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 246 ff.; *T. v. Danwitz*, EuVwR, 2008, S. 28 ff. (Deutschland), 45 ff. (Großbritannien), 65 ff. (Frankreich), 82 ff. (Italien), 99 ff. (Polen), 120 ff. (Spanien). Einen Überblick über die gerichtliche Prüfungsintensität und administrative Entscheidungsfreiräume in wichtigen EU-Mitgliedstaaten bieten ferner die Beiträge in *J.-P. Schneider* (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa: England und Wales, Spanien, Niederlande, 2007, von *G. Kleve/B. Schirmer*, S. 150 ff. (England und Wales); s. *Diez Sastre/K. Weyand*, S. 326 ff. (Spanien); *C. Holterhues*, S. 459 f. (Niederlande) sowie in *J.-P. Schneider* (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa (Bd. 2): Frankreich, Polen, und Tschechien, 2009 von *N. Marsch*, S. 190 ff. (Frankreich); *M. Leibrandt/N. Bulicz*, S. 349 f. (Polen); *H. Fridrichová*, S. 475 ff. (Tschechien). Konziser Überblick bei *R. Caranta*, in: *Pechal/van Roermund*, EU Law, 2008, S. 185 (187 ff.) zu Deutschland, Frankreich, Italien und dem Vereinigten Königreich.

²⁰ *U. Everling*, in: *Redeker/Bender*, Rechtsstaat, 1993, S. 293 (306); *A. Bleckmann*, Europa-recht, 6. Aufl. 1997, Rn. 864; *T. v. Danwitz*, EuVwR, 2008, S. 362; *H. Hofmann/G. C. Rowe/A. Türk*, Administrative Law and Policy of the EU, 2011, S. 493 m. Fn. 8.

²¹ Für eine eigenständiges, an Ziele, Werte und Struktur der Unionsrechtsordnung angepasstes Kontrollkonzept der Unionsgerichte etwa auch *H. P. Nehl*, in: *Pechstein/Nowak/Häde*, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2017, Art. 47 GRC Rn. 41.

²² *U. Everling*, WuW 1989, S. 877 ff.; *J. Schwarze*, in: *Schwarze/Schmidt-Aßmann*, Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle, 1992, S. 203 ff.; *W. A. Adam*, Kontrolldichte, 1993; *M. Herdegen/S. Richter*, in: *Frowein*, Kontrolldichte, 1993, S. 209 ff.; *R. Rausch*, Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und -würdigungen, 1994; *E. Pache*, DVBl 1998, S. 380 ff.

²³ *H. P. Nehl*, in: *Pechstein/Nowak/Häde*, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2017, Art. 47 GRC Rn. 41.

²⁴ *A. Fritzsche*, Ermessen, 2008; *F. Castillo de la Torre*, World Competition 32 (2009), S. 505 ff.; *W. Frenz/C. Ehlenz*, EuR 2010, S. 490 ff.; *H. Schweitzer*, Judicial Review in EU

Fusionskontrolle.²⁵ Demgegenüber hat die gerichtliche Prüfungsintensität im Recht der Beihilfeaufsicht und speziell bezogen auf das Beihilfeverbot vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit gefunden.²⁶ Dies ist insofern verwunderlich, als sich zur Untersuchung der gerichtlichen Prüfungsintensität auch das Recht der Beihilfeaufsicht als eines der klassischen Referenzgebiete des EU-Eigenverwaltungsrechts²⁷ mit enormer praktischer Bedeutung²⁸ und einer Vielzahl an Streitigkeiten vor den Unionsgerichten anbietet.²⁹

Eine weitergehende Klärung des gerichtlichen Kontrollkonzepts für komplexe wirtschaftlichen Bewertungen beim Beihilfeverbot schließt somit erstens eine Lücke in der sachbereichsspezifischen Analyse der gerichtlichen Prüfungsintensität und der behördlichen Entscheidungsspielräume im EU-Eigenverwaltungsrecht. Indem die wesentlichen Erkenntnisse aus den vergleichbaren Diskursen beim Kartellverbot und im Fusionskontrollrecht aufbereitet und in die Betrachtung einbezogen werden,³⁰ können zweitens Besonderheiten und Parallelen aufgezeigt werden. Die Untersuchung hat somit das Potential, auf mittlerer Abstraktionsebene einen weiteren Schritt hin zu einer allgemeineren dogmatischen Grundlegung für behördliche Entscheidungsspielräume im EU-Eigenverwaltungsrecht insgesamt zurückzulegen.³¹

Competition Law, 2012, S. 12 ff.; *dies.*, in: Ehlermann/Marquis, Evaluation of Evidence and Judicial Review, 2011, S. 79 (92 f., 97 ff.); J. Bornkamm, ZWeR 2010, S. 34 ff.; M. Jaeger, JECL&Pract 2011, S. 295 ff.; I. Vilsmeier, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht, 2013; siehe schon N. Nolte, Beurteilungsspielräume im Kartellrecht, 1997. Verstärkte Aufmerksamkeit hat die gerichtliche Prüfungsintensität von Bußgeldbeschlüssen der Kommission gefunden. Die Diskussion kreist um die im Beihilferecht nicht relevante Frage, wie intensiv die „unbeschränkte Ermessensnachprüfung“ im Sinne des Art. 261 AEUV i. V. m. Art. 31 VO (EG) Nr. 1/2003 vor dem Hintergrund des Gebots effektiven Rechtsschutzes angesichts der weitgehenden Kompetenzen der Kommission („investigative, prosecutorial and decision-making powers“) sein müssen.

²⁵ R. Eißler, Economic Evidence, 2010; T. P. Holterhus, Beweisführung, 2014; L. Börger, Kontrolldichte, 2014; siehe auch H. Kröninger, Kontrolldichte, 2001; B. Vesterdorf, in: Essays for Judge David Edward, 2003, S. 117 ff.; B. Vesterdorf, Europ. Comp. J. 2005, S. 3 ff.; D. Bailey, C. M. L. R. 2004, S. 1327 ff.

²⁶ Ausführlichere Auseinandersetzung soweit ersichtlich nur in W. Schroeder/J. Sild, EuZW 2014, S. 12 ff.; H. P. Nehl, in: Hofmann/Micheau, State Aid Law of the European Union, 2016, S. 406 (435 ff.). Knappe und weitgehend nur auf einzelne Judikate eingehende Ausführungen ferner in U. Soltész, in: Heidenhain, State Aid Law, 2010, § 43 Rn. 1 ff.; W. Frenz/C. Ehlenz, EuR 2010, S. 490 (497 ff., 503 ff.); P. Craig, EU AdminLaw, 2. Aufl. 2012, S. 427 ff.

²⁷ J. P. Terhechte, in: ders., EUVwR, 2011, § 1 Rn. 64.

²⁸ Siehe etwa S. Blazek/C. Wagner, NZBau 2016, S. 141 ff.; U. Soltész, EuZW 2018, S. 60 ff.

²⁹ Die Anzahl an beim EuG neu eingegangenen Rechtssachen im Beihilferecht übersteigt diejenige im EU-Wettbewerbsrecht in den Jahren 2011–2015 deutlich, siehe *EuGH*, Jahresbericht 2015 – Rechtsprechungsübersicht, S. 174, 176 (abrufbar unter http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/de/, zuletzt abgerufen am 20. 1. 2018).

³⁰ Siehe insbesondere S. 17, 45, 101, 113 f., 132 f., 168 f. m. Fn. 351, 169 m. Fn. 256, 170 f., 175, 278 m. Fn. 401 ff.

³¹ Siehe zu den Ergebnissen S. 432 ff., zur Entwicklung einer Kontrolldogmatik auf mittlerer Abstraktionsebene insbesondere S. 435 f.

Den aktuellen Bedarf an wissenschaftlicher Auseinandersetzung unterstreicht, dass speziell bezogen auf das Beihilfeverbot in Wissenschaft und Praxis fortlaufend um die erforderliche gerichtliche Prüfungsintensität bei der Bewertung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte gerungen wird. Während das Schrifttum in Teilen unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten für eine hohe gerichtliche Prüfungsintensität plädiert und die vermeintlich teilweise zu geringe Prüfungsintensität oder zumindest inkohärente Kontrollpraxis für bedenklich und rechtsunsicher hält,³² hat die Kommission in einigen jüngeren Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH konsequent darum gekämpft, dass das erstinstanzlich zuständige EuG durch eine (inzwischen) hohe Prüfungsintensität nicht zu weit in ihr mutmaßlich zustehende Entscheidungsspielräume bei ökonomischen Bewertungen eingreift.³³

B. Umgang der Unionsgerichte mit fachspezifischen ökonomischen Bewertungen

Die beschränkte gerichtliche Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen berührt ferner die eng mit der gerichtlichen Prüfungsintensität verknüpfte Frage, wie zur Rechtmäßigkeitskontrolle berufene Gerichte mit außerjuridischen, fachspezifischen Bewertungen aus der Ökonomie oder auch anderen Fachdisziplinen umgehen.³⁴ Während deutsche Gerichte mit ihrer im europäischen Rechtsvergleich herausragend hohen Prüfungsintensität³⁵ sich in der Regel gegenüber der Einholung von Gutachten unabhängiger Sachverständiger für streitige fachliche Aspekte offen zeigen,³⁶ stehen die Unionsgerichte hier in einer anderen Tradition: Ungeachtet des grundsätzlichen Bestehens entsprechender prozessrechtlicher Befugnisse (Art. 25 EuGH-Satzung; Art. 64 Abs. 2 lit. d, 70 EuGH-VerfO; Art. 91 lit. e, 96 EuG-VerfO) holen die Unionsgerichte

³² *W. Frenz/C. Ehlenz*, EuR 2010, S. 490 (504); *C. Leibenath*, in: Heidenhain, State Aid Law, 2010, § 6 Rn. 20; *W. Schroeder/J. Schild*, EuZW 2014, S. 12 (17); *U. Soltész*, in: Heidenhain, State Aid Law, 2010, § 43 Rn. 20; *ders.*, in: Hatje/Müller-Graff, EnzEuR-EuWirtOrdNR, 2015, § 15 Rn. 154.

³³ Vgl. *EuGH*, Rs. C-525/04 P, ECLI:EU:C:2007:698 – Spanien/Lenzing, Rn. 47 f.; *EuGH*, Rs. C-290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480 – Kommission/Scott, Rn. 48 ff. Auch in *EuGH*, Rs. C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32 – Frucona Košice/Kommission sowie in *EuGH*, Rs. C-486/15, ECLI:EU:C:2016:912 – Kommission/Frankreich und Orange, Rn. 85 ff. war die gerichtliche Prüfungsintensität einer der zentralen Streitpunkte.

³⁴ Instruktiv zur Einbeziehung ökonomischen Wissens in das Öffentliche Wirtschaftsrecht *J. Lüdemann*, in: Augsberg, Extrajuridisches Wissen, 2013, S. 121 ff.

³⁵ *T. v. Danwitz*, EuVwR, 2008, S. 30 f., 45 f., 65 f., 82, 101; *E. Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtsschutz, 2015, S. 19. Siehe schon *H. Sendler*, NJW 1994, S. 1518 (1519), der mit Bezug auf die rechtsvergleichende Untersuchungen in Frowein, Jochen A. (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, der gerichtlichen Prüfungsintensität in Deutschland „einsame Höhen“ attestiert.

³⁶ Vgl. etwa BVerfGE 84, 34 (53); 84, 59 (79).

in aller Regel selbst keine Sachverständigengutachten ein.³⁷ Welches (Selbst-)Verständnis der Rolle der Gerichte gegenüber der Verwaltung kommt dabei zum Ausdruck? Gelingt den Unionsgerichten dennoch eine effektive gerichtliche Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen und wenn ja, mit welchem Kontrollkonzept?

Die Herangehensweise der Unionsgerichte bei der Internalisierung fachspezifischer Expertise in den rechtlichen Konkretisierungs- und Überprüfungsvorgang bedarf der Auseinandersetzung mit den Anforderungen an die Beweisführung im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren. Angesichts der vielfach erforderlichen ökonomischen Bewertungen im Recht der Beihilfeaufsicht stehen regelmäßig nicht Auslegungsfragen, sondern vor allem die behördliche Sachverhaltsfeststellung und die entsprechende ökonomische Deutung des Sachverhalts im Zentrum der gerichtlichen Auseinandersetzung.³⁸ Insofern kommt dem Beweisrecht als dem „Regelungssystem zur Integration extrajuridischen Wissens“³⁹ entscheidende Bedeutung zu. In der Literatur haben die Anforderungen an die Beweisführung im EU-Eigenverwaltungsrecht im Allgemeinen schon Aufmerksamkeit erfahren.⁴⁰ Ohne nähere Beleuchtung blieb jedoch bisher der Zusammenhang der Anforderungen an die Beweisführung mit der beschränkten gerichtlichen Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen, den der frühere Präsident des EFTA-Gerichtshofes *Baudenbacher* und *Buschle* in Bezug auf komplexe wirtschaftliche Bewertungen beim Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten wie folgt auf den Punkt brachten:

„Die Kommission hat in einzelnen Fragen, wie der, ob eine Investition dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers genügt, [...] einen Beurteilungsspielraum, der sich im Wesentlichen bereits aus der Beweislastumkehr ergibt.“⁴¹

Auch bei anderen Autoren finden sich knappe und teilweise etwas kryptische Andeutungen zu einem solchen Zusammenhang.⁴² Vor diesem Hintergrund soll

³⁷ Siehe dazu S. 96 ff.

³⁸ Siehe für das EU-Wettbewerbsrecht etwa *D. Geradin/N. Petit*, *Judicial Review*, 2010, S. 20: „*Appraisal of the facts is critical in competition law matters as the vast majority of competition cases are won or lost on the facts rather than on abstract legal or economic theories.*“; siehe auch *I. Forrester*, in: Ehlermann/Marquis, *Evaluation of Evidence and Judicial Review*, 2011, S. 407 (410f.); *H. Schweitzer*, *Judicial Review in EU Competition Law*, 2012, S. 13 m. Fn. 60; *U. Ehrlicke*, in: Streinz, *AEUV/EUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 263 AEUV Rn. 85.

³⁹ *J. J. Nolte*, in: Augsberg, *Extrajuridisches Wissen*, 2013, S. 241 (252).

⁴⁰ *A. André*, *Beweisführung und Beweislast*, 1966; *A. Baumhof*, *Beweislast*, 1996; *A. Naumann*, *Beweislast*, 2006; *J. C. Dammann*, *Beweisrecht*, 2007; *T. P. Holterhus*, *Beweisführung*, 2014; *K. Zierke*, *Steuerungswirkung*, 2015.

⁴¹ *C. Baudenbacher/D. Buschle*, in: Hirsch/Montag/Säcker, *MüKoEuWettBR* (Bd. 1), 1. Aufl. 2007, *VerfahrensR*, Rn. 532.

⁴² Vgl. *J. Azizi*, in: Kanninen/Korjus/Rosas, *Essays in Honour of Virpi Tiili*, 2009, S. 307 (310); *P. Pohlmann*, in: FS Möschel, 2011, S. 471 (475); *W. Schroeder/J. Sild*, *EuZW* 2014,

diese Untersuchung auch die Anforderungen an die Beweisführung beim Beihilfeverbot einschließen und der Frage nachgehen, ob und inwieweit ein Konnex zwischen den Anforderungen an die Beweisführung und der Beschränkung der gerichtlichen Prüfungsintensität respektive behördlicher Entscheidungsspielräume besteht.

§ 2 Gang der Untersuchung

Um einen Beitrag zur Klärung der aufgeworfenen Fragen zu leisten, bedarf es – nach einem einführenden Überblick im *Zweiten Teil* über das Beihilfeverbot (§ 3) und dessen Vollzug (§ 4) – im *Dritten Teil* zunächst der Erarbeitung wesentlicher Grundlagen der Querschnittsmaterie der gerichtlichen Prüfungsintensität im Recht der Beihilfeaufsicht. Im Ausgangspunkt bestimmen primärrechtliche Grundprinzipien die gerichtliche Prüfungsintensität (§ 5.). Daher ist zunächst zu klären, welche Anforderungen die Aufgabenzuweisung an die Unionsgerichte nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EUV sowie das Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 47 EUGRCh und möglicherweise auch materielle Unionsgrundrechte an die gerichtliche Prüfungsintensität stellen. Verwirklichen kann sich die gebotene gerichtliche Prüfungsintensität zudem nur im Rahmen der prozessrechtlichen Regelungen (§ 6). Daher sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen, aber auch die Regelungen zum gerichtlichen Prüfungsumfang auf Begründetheitsebene der Nichtigkeitsklage sowie die gerichtliche Entscheidungsbefugnis auf ihre Auswirkungen auf die gerichtliche Prüfungsintensität zu untersuchen. Um die beschränkte gerichtliche Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen beim Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeitrags in systematischer Hinsicht präzise zu verorten, bedarf es zudem eines Überblicks über Erscheinungsformen und Rechtsnatur behördlicher Entscheidungsspielräume im EU-Eigenverwaltungsrecht (§ 7).

Im Vierten Teil wendet sich die Untersuchung der Ermittlung und Rechtfertigung der beschränkten gerichtlichen Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen beim Beihilfeverbot zu. Nach der Begründung der grundsätzlich umfassenden Überprüfbarkeit der Beihilfemerkmale (§ 8) wird sich mit Begriff der komplexen wirtschaftlichen Bewertungen auseinandergesetzt, welcher die ausnahmsweise beschränkte gerichtliche Überprüfung auslöst (§ 9). Da komplexe wirtschaftliche Bewertungen nur im Zuge der Anwendung des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeitrags eine Rolle spielen, sind das Kriterium und die Grundsätze und Methoden zu dessen Anwendung zu erläutern. Ferner ist auf die Verwendung des Begriffs der komplexen wirt-

S. 12 (13); K. Zierke, *Steuerungswirkung*, 2015, S. 440 ff.; vgl. schon M. Herdegen/S. Richter, in: Frowein, *Kontrollrichte*, 1993, S. 885 f.

schaftlichen Bewertungen in der Rechtsprechung einzugehen sowie eine Annäherung an die Kriterien und Anhaltspunkte für das Vorliegen einer komplexen wirtschaftlichen Bewertung zu unternehmen. Der Vierte Teil schließt mit einer knappen Untersuchung zu der Frage, ob auch die ergänzend zur inzidenten Prüfung des Beihilfeverbots aufgerufenen mitgliedstaatlichen Gerichte nur beschränkt kontrollieren, soweit es um komplexe wirtschaftliche Bewertungen geht (§ 10).

Anschließend soll im Fünften Teil das gerichtliche Kontrollkonzept für komplexe wirtschaftliche Bewertungen bei dem Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten untersucht werden. Dazu sind sowohl der von den Unionsgerichten entwickelte spezifische Kontrollmaßstab einschließlich der im Unionsrecht möglichen Kontrollebenen (§ 11) als auch die Kontrollpraxis (§ 12) zu analysieren. Es bedarf der Erläuterung der im Unionsrecht anerkannten Kontrollebenen, da der Kontrollmaßstab zwischen Tatsachenfeststellung und -würdigung unterscheidet. Mit Blick auf die Kontrollpraxis sind deren Entwicklung und die Ursachen der Entwicklung zu beleuchten. Auf Grundlage der Analyse können Folgerungen für das gerichtliche Kontrollkonzept gezogen werden (§ 13). Im Zentrum steht hier eine nähere Bestimmung des offensichtlichen Beurteilungsfehlers sowie das Verhältnis der Überprüfung der formellen Begründungspflicht zu materiellen Klagegründen.

Im Sechsten Teil geht es um die Herausarbeitung der Anforderungen an die Beweisführung. Zu diesem Zwecke sind bezogen auf Beweismaß, -anforderungen und -erleichterungen zunächst die wesentlichen Grundbegriffe und -konzepte zusammenzuführen. Auf Basis der Grundbegriffe und -konzepte können die Beweiserleichterungen beim Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten identifiziert werden (§ 14). Darüber hinaus werden die Regelungen zur Beweislast im gerichtlichen Verfahren in den Blick genommen (§ 15). Auch hier bedarf es der Herausarbeitung wesentlicher Grundbegriffe und -konzepte, bevor die Beweislastverteilung im gerichtlichen Verfahren für Beihilfeverbot und Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten allgemein und für komplexe wirtschaftliche Bewertungen ausgelotet wird.

Der Siebte Teil untersucht auf der Grundlage des identifizierten Verfahrenskontrollkonzepts die funktionalen Zusammenhänge zwischen den Anforderungen an das Verwaltungsverfahren und der gerichtlichen Prüfungsintensität. Nach einem Überblick über den Topos des funktionalen Zusammenhangs (§ 16) werden die funktionalen Verknüpfungen den Verfahrensvorschriften i. e. S. (§ 17) und der Begründungspflicht (§ 18) mit der gerichtlichen Prüfungsintensität erläutert. Jeweils bedarf dazu neben einer Funktionsanalyse einer Herausarbeitung der Nutzung der Funktionen für die gerichtliche Überprüfung. Ferner ist jeweils die Sicherung der Funktionen mittels einer strikten gerichtlichen Sanktionierung von Verfahrensverstößen zu beleuchten.

Sachregister

- Abstraktionsebene, mittlere 6, 435 f., 440
- Abwägungskontrolle, *siehe* Kontrollkonzept
- Abwägungsvorgang, *siehe* Normanwendung
- Actori incumbit probatio, *siehe* Beweislast
- Agrarpolitik 106 f., 112 f., 114
- Akteneinsicht 380, 385 f.
- *siehe auch* Recht auf gute Aktenführung
- Allgemeine Rechtsgrundsätze 30, **35–38**, 53, **110 f.**, 271 f.
- Amtsermittlung, behördliche 209, **227–229**, **275–277**, **278–285**, 373–378
- *siehe auch* Verfahrensfunktionen
- Amtsprüfung
- Amtsprüfung, fakultative **86 f.**, 89 f., 384, 397
 - Amtsprüfung, obligatorische **85 f.**, 89 f., 135, 290–292, 406 f.
- Anhörung, *siehe* Beihilfeverfahren
- Anti-Dumpingrecht 110, 113, 115, 119 f., 205
- Beamtenrecht der EU, *siehe* Dienstrecht der EU
- Begründung
- Begründungsmangel, formeller **85 f.**, 288–290, 293–296, **403–406**
 - Gerichtliche Begründung 232–234
 - Vorwirkung 397 f., 400
 - Zweck 86, 396–402
- Beibringungsgrundsatz **93 f.**, 181, 223, **236**, 312, 334 f., 358, 438
- Beihilfeverbot
- Anwendungsbereich 38–43
 - Beihilfemerkmale 15–18
 - Bekanntmachung zum Beihilfebegriff 15, **142**, 146, 152, 226
 - Ermessensausnahmen 107 f., **113–115**, 118, 120 f., 127 f., **129–132**, 171
 - Prüfungsmonopol der Kommission **18–21**, 115
 - und Binnenmarkt 13–15
 - und mitgliedstaatliche Gerichte 20 f., 194–199
 - Wirkungsbezogenheit **16–18**, 131, 170 f.
- Beihilfeverfahren
- Beihilfeverfahrensverordnung 18 f.
 - Beteiligungsrechte **21–23**, 43, 71 f., **86–89**
 - bilaterales Verfahren 21 f., 65
 - Durchführungsverbot 18 f., 194 f., 197 f.
 - Eröffnungsbeschluss 63, 68
 - Frist zur Stellungnahme **22**, 369
 - Notifizierungspflicht 18, 143
 - Vorprüfung 19, 62–64
- Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, *siehe* Beihilfeverbot
- Beteiligungsrechte *siehe* Beihilfeverfahren
- Beurteilungsspielraum, *siehe* Behördlicher Entscheidungsspielraum
- Beurteilungszeitpunkt, maßgeblicher, *siehe* Präklusion
- Beweiserleichterungen 319
- Beweisführung, indirekte 213, 214, 219
- Beweislast
- actori incumbit probatio 339 f.
 - Darlegungslast 334 f.
 - formelle 332–334
 - Günstigkeitsprinzip 344 f.
 - im Verwaltungsverfahren 335–337
 - materielle 330 f.

- non liquet 311 f., 330 f.
- -umkehr 356, 357–360
- Beweismaß
 - Begriff 310 f.
 - Regelbeweismaß **314–316**, 325
 - relativ größte Wahrscheinlichkeit 324–326
- Beweiswürdigung
 - freie 309 f., 313
 - Verhältnis zur Tatsachenwürdigung 218–220
- Bewertungsgrundsätze, allgemeine, *siehe* Rationalitätsmaßstab, formeller
- Bewertungsspielraum, *siehe* Entscheidungsspielraum
- Bindungswirkung, *siehe* Steuerungswirkung

- Darlegungslast, *siehe* Beweislast
- Demokratische Legitimation, *siehe* Prinzip des institutionellen Gleichgewichts
- Dienstrecht der EU 387, 404 f., 412 f., 443
- Dispositionsgrundsatz 82 f.
- Drittbetroffenheit **341**, 348, **350**, 352 f.
- Durchführungsverbot 18–20, 136, 194 f.

- Eigenwert des Verwaltungsverfahrens, *siehe* Verwaltungsverfahren
- Einheitlicher Vollzug des Unionsrechts 136–139, 195 f.
- Entscheidungsbefugnis, *siehe* Nichtigkeitsklage
- Entscheidungserheblichkeit **229 f.**, 258–260, **276 f.**, 280, 282, **321 f.**
 - *siehe* auch harmless error principle
- Entscheidungsspielraum, behördlicher
 - Art. 33 Abs. 1 EGKS 103–105, 118
 - Beurteilungsspielraum **105–108**, 357–360, **436–440**
 - Ermessen **105–108**, 129–132
 - Ermessen, politisches 109–111, 112–114
 - Ermessen, technisches 105, 109–111, 116–121
 - Ermessensmissbrauch 80 f., 204
 - im EU-Eigenverwaltungsrecht 98–102
- Prozessualer Entscheidungsspielraum 359 f.
- Rechtsvergleich 4, 46, 48, 49 f., 99 f.
- Sachbereichsabhängigkeit 5 f., 48, 100–102
- Entscheidungsspielraum, unternehmerischer, *siehe* Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten
- Ergebniskontrolle, *siehe* Kontrollkonzepte
- Ermessen *siehe* Entscheidungsspielraum
- Ermessensmissbrauch, *siehe* Nichtigkeitsklage und Entscheidungsspielraum, behördlicher
- Ermittlungsdefizite, *siehe* Amtsermittlung
- Eröffnungsbeschluss 62 f., 68, 137–140
- EuG
 - Einführung 268–270
 - Mündliche Verhandlung 264 f.
 - Organisation 442 f.
- Ex officio-Prüfung, *siehe* Amtsprüfung

- Formvorschrift, wesentliche 80, 85–89
 - *siehe* auch Nichtigkeitsgründe
- Frist, *siehe* Beihilfeverfahren
- Funktionaler Zusammenhang
 - zwischen Klageberechtigung und Prüfungsintensität 74–78
 - zwischen Verfahrensanforderungen und gerichtlicher Prüfungsintensität 257 f., **364–366**, 379–382, 402–406
 - *siehe* auch Verfahrensfehlerfolgen
- Funktionen der Verfahrensanforderungen, *siehe* Verfahrensfunktionen
- Funktionsadäquate Aufgabenverteilung, *siehe* Prinzip des institutionellen Gleichgewichts
- Fusionskontrolle 6, 17, 52, 132

- Gebot der institutionellen Rücksichtnahme **93**, **193**, 261, 266, **365**
 - *siehe* auch Prinzip des institutionellen Gleichgewichts
- Gebot effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes
 - Begründungspflicht 366
 - Beihilfeverbot 38–43, 264 f.
 - EGMR 35, 36–39, 47–50

- gerichtliche Prüfungsintensität 34, **44–50**, 77 f.
- öffentliche Unternehmen und Mitgliedsstaaten 42 f.
- Rechts- und Rechtserkenntnisquellen 35–38
- Rechtzeitigkeit 98
- Verfahrensrechte 379 f., 444 f.
- Wirksamkeitsgarantie 34, 48, 74, 77
- Zugangsgarantie 34, 48, 74
- Gefahrenabwehr 18, 116 f., 195
- *siehe auch* präventives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt
- Gewaltenteilung/-gliederung, *siehe* Prinzip des institutionellen Gleichgewichts
- Gleichheitssatz 110 f., 316,
- Grundrechte, förderale 43, 55
- Grundrechtsberechtigung 41 f.
- Grundrechtsschutz durch Verfahren 56, 59 f.
- Gültigkeitsvermutung 343 f.
- Günstigkeitsprinzip, *siehe* Beweislast

- Harmless error principle 391–393
- Heilung von Verfahrensfehlern, *siehe* Verfahrensfehlerfolgen

- Individualrechtsschutz 21, 38–41, 52–55, 60, 87, **271–273**
- Individuelle Betroffenheit, *siehe* Klagenberechtigung
- Institutionelles Gleichgewicht, *siehe* Prinzip des institutionellen Gleichgewichts
- Interessenabwägung, *siehe* Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

- Kartellverbot 5 f., 17, 20, 45, 87, 113, 120, 132 f.
- Klageberechtigung
 - Allgemeines 65 f., 367
 - Beschränkungen 66, 74–78
 - individuelle Betroffenheit 66–68, 69–73
 - unmittelbare Betroffenheit 66–69
- Klagegründe, *siehe* Nichtigkeitsklage
- Kompensationsgedanke 45–47, 51, 57 f., 207, **403–406**
- Komplexe fachliche Bewertungen 45, 49 f., 104 f., 116 f.,
- Komplexe wirtschaftliche Bewertungen 45, 104 f., 118 f., 147 f., **184 f.**
- Kontrollbreite, *siehe* Prüfungsumfang
- Kontrolldichte, gerichtliche, *siehe* Prüfungsintensität, gerichtliche
- Kontrollebenen 3 f., 28 f., 44, 82 f., **209–212**, **212–223**, 437 f.
- Kontrollformeln, *siehe* Kontrollmaßstab
- Kontrollkonzept
 - (Nachvollziehende) Verfahrenskontrolle 33, **44–47**, 110, 178–180, 226 f., **234 f.**, **432–436**, **440–442**
 - Abwägungskontrolle 47, 237 f.
 - Ergebniskontrolle 33, 47, 89 f., 234
 - Nacharbeitende Kontrolle 236 f.
 - objektive Legalitätskontrolle 21, 75 f., 87 f., 345, 347, 399
 - Willkürkontrolle 44, 49
- Kontrollmaßstab
 - keine ersetzende Kontrolle 29, 47, **90–93**, 97 f., 203 f.
 - Rechtmäßigkeitskontrolle **29–33**, 48 f., 51, 57 f., 91, 100
 - Remia-Formel 204–206, 242
 - Tetra Laval-Formel 208 f., 227–229, 278
 - TU München-Formel 45 f., **206–208**, **227–229**, 381, 402 f.
 - Verhältnis zum behördlichen Handlungsmaßstab 31, 227–229, 379
- Kontrollzugang, *siehe* Klageberechtigung
- Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten
 - Begriff 141–144
 - DAWI 92, 139
 - Unternehmerischer Entscheidungsspielraum 147 f., 151
 - Hoheitliches Handeln **145 f.**, 225
 - Beweislast 351 f., 354
 - Beweismaß 324–326

- Legalitätskontrolle, objektive, *siehe* Kontrollkonzept
- Legitimation, demokratische, *siehe* Prinzip des institutionellen Gleichgewichts

- Letztentscheidungskompetenz, gerichtliche 17, 224–226
- more economic approach 171
- Mündliche Verhandlung, *siehe* EuG
- Nacharbeitende Kontrolle, *siehe* Kontrollkonzept
- Nachholen der Begründung, *siehe* Nachschieben von Gründen
- Nachschieben von Gründen 369, 413–415
- Nachvollziehende Verfahrenskontrolle, *siehe* Kontrollkonzept
- Naturalistischer Fehlschluss 187
- Ne (eat iudex) ultra petita (partium), *siehe* Dispositionsgrundsatz
- Nichtigkeitsklage
- Entscheidungsbefugnis **90–93**, 102, 203 f.
 - im Beihilferecht 21–23, 60 f.
 - Klagegründe 3, **80–84**, **85–90**, 274
 - Nichtigkeitsgründe 3, 79 f.
- Normanwendung
- Abwägungsvorgang 170, 178
 - Subsumtionsmodell 31, 108, 127, 170, 237
- Normative Ermächtigung 192 f.
- Normenhierarchie 26 f., 58 f.
- Normstruktur 106–108, 127 f.
- Notifizierungspflicht 18, 143, 165, 257
- Offensichtlicher Beurteilungsfehler
- Begriff 2 f., 101 f., **275–278**, **285–287**, 435
 - Beweislast 354–356
- Öffentliches Dienstrecht der EU, *siehe* Dienstrecht der EU
- Ökonomische Einzelfallanalysen 152–154, 170 f., 176–178
- Politisches Ermessen, *siehe* behördlicher Entscheidungsspielraum
- Präklusion **78 f.**, **81**, 367–370, 414
- Präventives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt 135, **173**, 195, 342, **349**
- Prinzip des institutionellen Gleichgewichts 33, 47, 58, **90–93**, 98, 115 f., 122, 123, **189–194**, 273 f., 365, **441 f.**
- Private-Investor-Test, *siehe* Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten
- Prognose **172–174**, **214**, **219 f.**, 307 f., 322–324
- Prozeduralisierung, *siehe* Verfahrensfunktionen und funktionaler Zusammenhang
- Prozessökonomie 180–183, 388, 390
- Prüfungsintensität, gerichtliche
- Begriff 3, 5 f.
 - beschränkte 102–105, 105 f.
 - tatsächliche 232–238
 - Verhältnis zur Begründung 403–406
 - *siehe auch* Entscheidungsspielraum, behördlicher
- Prüfungsmonopol, *siehe* Beihilfeverbot
- Prüfungsumfang 3, 78–90, 202 f., 367–370
- Rationalitätsmaßstab, formeller 230, 235, **281–284**, 296, 378
- Recht auf gute Aktenführung 379 f., 446
- Recht auf gute Verwaltung 58, **59 f.**, 286, 331, **366**, **444 f.**
- Rechtliches Gehör, *siehe* Beihilfeverfahren
- Rechtmäßigkeitsvermutung, *siehe* Gültigkeitsvermutung
- Rechtsstaatsprinzip 27, 34, 43, 63, 58
- Rechtsvergleichung, *siehe* Entscheidungsspielraum, behördlicher
- ReNEUAL 33, 228 f., 286, 380, **445 f.**
- Richterliche Unabhängigkeit, *siehe* Unabhängigkeit, richterliche
- Sachverständigengutachten **7 f.**, **94**, **96 f.**, **180–183**, 234 f., 240, 245 f., 250
- Selbstbindung der Verwaltung 111
- Soft law 110 f., 114, 141 f., 145 f., 158 f., **226**
- Steuerungswirkung/-kraft, geringe **31–33**, 46, 100, **169–172**, 378, 381
- *siehe auch* Verfahrensfunktionen
- Subsumtion 80, **215–218**, 437 f.
- *siehe auch* Kontrollebenen

- System des institutionellen Gleichgewichts, *siehe* Prinzip des institutionellen Gleichgewichts
- Tat- und Rechtsfrage 44, 181, 202 f., **210–212, 216–218**, 236, 253, **284 f.**
- Tatsachenfeststellung 60 f., 80, 83, 85, **210–213**
- *siehe auch* Kontrollebenen
- Tatsachenwürdigung
- Abgrenzung von der Tatsachenfeststellung **211–215**, 437 f.
 - Überprüfung 60 f., 80, 83, 85, 103
 - Verhältnis zur Beweiswürdigung 218–220
 - *siehe auch* Kontrollebenen
- Technisches Ermessen, *siehe* behördlicher Entscheidungsspielraum
- Tetra Laval-Formel, *siehe* Kontrollmaßstab
- Trennungsprinzip, *siehe* funktionale Zusammenhänge
- TU München-Formel, *siehe* Kontrollmaßstab
- Umweltrecht 50, 76, 117, 206, 220, 269
- Unabhängigkeit, richterliche 47, 112, **116**, 123, 180, 185, 193, **441 f.**
- Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, *siehe* Verfahrensfehlerfolgen
- Unmittelbare Anwendbarkeit 19 f., 114, 133, 194 f., 197
- Unmittelbare Betroffenheit, *siehe* Klageberechtigung
- Unternehmerische Freiheit 40, 53–55
- Untersuchungsgrundsatz **93–98**, 236, 263, 332, 438
- Verfahrensfehlerfolgen
- Ermittlungsdefizite 383 f.
 - Heilung 384–387, 399, 407–414
 - Unbeachtlichkeit 78 f., 388–393, 414 f.
- Verfahrensfunktionen
- Instrumentelle 373–376
 - Kompensierende 377 f., 380–382
 - Produktive 376 f., 379 f.
- Verfahrenskontrolle, *siehe* Kontrollkonzepte
- Verfassungsrecht der EU **25–27**, 35–38
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 110, 112, 439
- Vertrauensschutzgrundsatz 40, 52 f., 111
- Verwaltungsverfahren
- Eigenwert und dienende Funktion 33, 90, **374–376**
 - Schutz durch Gerichte 364–366, 382, 406
 - Verbesserungsmöglichkeiten 443–446
 - *siehe auch* Verfahrensfehlerfolgen
 - *siehe auch* Verfahrensfunktionen
- Vorabentscheidungsverfahren **137 f.**, 196, 199, **211**, 217
- Vorwirkung der Begründung, *siehe* Begründung
- Wechselwirkungsverhältnis, *siehe* funktionaler Zusammenhang
- Wettbewerbsfreiheit, *siehe* unternehmerische Freiheit
- Wirtschaftliche Betätigung eines Mitgliedstaates 14 f., 40, 41, 55 f.
- Zweckmäßigkeitkontrolle, *siehe* Kontrollmaßstab