

Schriften zum Europäischen Recht

Band 218

**Die gerichtliche Kontrollrechte
auf dem Gebiet des Europäischen
Beihilfenrechts**

Von

Miriam Muth



Duncker & Humblot · Berlin

MIRIAM MUTH

Die gerichtliche Kontrolldichte auf dem Gebiet
des Europäischen Beihilfenrechts

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

Siegfried Magiera · Detlef Merten
Matthias Niedobitek · Karl-Peter Sommermann

Band 218

Die gerichtliche Kontrolldichte auf dem Gebiet des Europäischen Beihilfenrechts

Von

Miriam Muth



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
hat diese Arbeit im Jahr 2018/2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0937-6305

ISBN 978-3-428-19012-6 (Print)

ISBN 978-3-428-59012-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde inhaltlich im Dezember 2018 abgeschlossen und im Wintersemester 2018/2019 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurden Rechtsprechung und Literatur, soweit möglich, bis Juni 2023 berücksichtigt.

Ich bedanke mich ganz herzlich bei allen, die mich in der Zeit der Anfertigung dieser Arbeit unterstützt haben. Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Suerbaum, an dessen Lehrstuhl ich während der Erstellung der Arbeit tätig war. Herrn Prof. Dr. Pache danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Prof. Dr. Reinbacher danke ich für die Übernahme des Prüfungsausschussvorsitzes. Den Herren Professoren Dr. Magiera, Dr. Dr. Merten, Dr. Niedobitek und Dr. Dr. h. c. Sommermann danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die „Schriften zum Europäischen Recht“.

Herzlichst bedanke ich mich auch bei meiner Familie für die Unterstützung bei der Verwirklichung meiner Ziele. Dabei danke ich insbesondere meinen Eltern, denen diese Arbeit gewidmet ist und ohne deren Unterstützung und Förderung ich nicht dort stünde, wo ich heute stehe. Auch bedanke ich mich bei meinem Ehemann, der mir stets mit Wort und Tat zur Seite stand und mir in stressigen Phasen stets ein Anker war, und bei meiner Tochter, die mir durch die unkomplizierte Schwangerschaft eine zügige Aktualisierung der Arbeit ermöglichte. Zudem bedanke ich mich bei meinen Geschwistern für ihren Zuspruch und ihren Einsatz; auch sie haben mich stets mental unterstützt. Dank gilt auch meiner Patentante und meinem Großvater. Außerdem gedenke ich meiner Großmutter, die die Veröffentlichung dieser Arbeit leider nicht mehr erleben konnte.

Kaufungen, im November 2023

Miriam Muth

Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung	19
§ 2 Gegenstand der Untersuchung	23
A. Erläuterung der kontextgegenständlichen Termini	23
B. Gang der Untersuchung	27
§ 3 Rechtsschutzsystem auf dem Gebiet des Beihilfenrechts	29
A. Die Dichotomie des Rechtsschutzes	29
B. Unionsrechtliche Rechtsbehelfe	31
I. Nichtigkeitsklage	31
II. Untätigkeitsklage	32
III. Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 108 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV	32
IV. Vorabentscheidungsverfahren	33
C. Nationale Rechtsbehelfe	34
§ 4 Kontrolldichte der Unionsgerichte	38
A. Unionale Kontrolldichte im Allgemeinen im Kontrast zur nationalgerichtlichen Kontrolldichte	38
I. Abweichung vom nationalen Paradigma der Differenzierung zwischen Spielräumen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenreihe	38
II. Dogmatische Begründung von Ermessen	42
III. Reichweite unionsgerichtlicher Kontrolle bei Ermessensentscheidungen ...	44
IV. Notwendigkeit der Untersuchung des jeweiligen Referenzgebietes	48
B. Kontrolldichte im Europäischen Beihilfenrecht	48
I. Unionsgerichtliche Überprüfbarkeit der Subsumtion unter den Beihilfen- begriff	49
II. Binnenmarktvereinbarkeit nach Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV	122
III. Bewertungsspielräume der Kommission im Rahmen des Beihilfeverfahrens	152
IV. Überblick über beihilferechtliche Regelungen des Sekundär- und Tertiärrechts der Kommission	192

C. Parallelen der beihilfenrechtlichen Kontrolldichte zu der Kontrolldichte auf dem Referenzgebiet des Kartellrechts	203
D. Exkurs: Subventionsgewährung durch die Union	208
I. Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln bei der Vergabe von Unionsbeihilfen	209
II. Auswirkung der Praxis bei der Gewährung von Unionsbeihilfen auf das Kommissionsermessen im Rahmen des Art. 107 AEUV?	211
III. Abschließende Anmerkungen zur Kontrolldichte im Kontext mit Unionsbeihilfen	212
E. Gesamtbewertung der unionsgerichtlichen Kontrolldichte auf dem Gebiet des Beihilfenrechts	213
§ 5 Kontrolldichte der Unionsgerichte auf dem Gebiet des Beihilfenrechts im Kontext allgemeiner unionaler Anforderungen an den Rechtsschutz	214
A. Unionaler Grundsatz effektiven Rechtsschutzes	214
B. Unionale Kontrolldichte im Spiegel des institutionellen Gleichgewichts	219
§ 6 Exkurs: Unionale Einflüsse auf die nationalgerichtliche Kontrolle der nationalen Verwaltung beim indirekten Vollzug von Unionsrecht	222
A. Mechanismen der Europäisierung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte ..	222
B. Unionale Einflüsse auf die nationalgerichtliche Kontrolldichte	225
I. Europäisierung der nationalen Kontrolldichte durch Unionsrecht im Allgemeinen	225
II. Beeinflussung der nationalen Kontrolldichte durch Unionsrecht speziell im Beihilfenrecht	231
§ 7 Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	233
A. Allgemeine unionsrechtliche Kontrolldichtedirektiven, die sich aus der unionsgerichtlichen Rechtsprechung im Beihilfenrecht ergeben	233
B. Unionsgerichtliche Überprüfbarkeit der Subsumtion unter den Beihilfenbegriff ..	233
C. Ermessensspielräume der Kommission im Rahmen der Ausnahmetatbestände nach Art. 107 Abs. 2, Abs. 3 AEUV	234
D. Ermessensspielräume der Kommission im Rahmen des Beihilfverfahrens	234
I. Verfahren bei angemeldeten Beihilfen	235
II. Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen	236
III. Verfahren bei missbräuchlich angewendeten Beihilfen	236
IV. Verfahren bei bestehenden Beihilferegelungen	237

Inhaltsübersicht	11
E. Selbstbindung der Kommission durch Softlaw	237
F. Unionsgerichtliche Kontrolldichte auf dem Gebiet des Beihilfenrechts und unionale Rechtsschutzgebote	237
Literaturverzeichnis	239
Sachwortverzeichnis	261

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	19
§ 2 Gegenstand der Untersuchung	23
A. Erläuterung der kontextgegenständlichen Termini	23
B. Gang der Untersuchung	27
§ 3 Rechtsschutzsystem auf dem Gebiet des Beihilfenrechts	29
A. Die Dichotomie des Rechtsschutzes	29
B. Unionsrechtliche Rechtsbehelfe	31
I. Nichtigkeitsklage	31
II. Untätigkeitsklage	32
III. Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 108 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV	32
IV. Vorabentscheidungsverfahren	33
C. Nationale Rechtsbehelfe	34
§ 4 Kontrolldichte der Unionsgerichte	38
A. Unionale Kontrolldichte im Allgemeinen im Kontrast zur nationalgerichtlichen Kontrolldichte	38
I. Abweichung vom nationalen Paradigma der Differenzierung zwischen Spiel- räumen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite	38
II. Dogmatische Begründung von Ermessen	42
1. Normativer Ausgangspunkt	42
2. Stark divergierende Kontrolldichte in den verschiedenen Sachmaterien ..	43
III. Reichweite unionsgerichtlicher Kontrolle bei Ermessensentscheidungen ...	44
IV. Notwendigkeit der Untersuchung des jeweiligen Referenzgebietes	48
B. Kontrolldichte im Europäischen Beihilfenrecht	48
I. Unionsgerichtliche Überprüfbarkeit der Subsumtion unter den Beihilfen- begriff	49
1. Begünstigung	51
a) Anwendbarkeit des Private Investor Tests	54
b) Kontrolldichte hinsichtlich des Private Investor Tests	56

aa) Bedeutung der Rechtssache <i>Ladbroke</i> für den Private Investor Test	56
bb) Komplexität als Kriterium für eine geringere Kontrolldichte	60
(1) Bezugspunkt des Komplexitätskriteriums	61
(2) Begründungsansatz für eine geringe Kontrolldichte bei Komplexität	63
(3) Art. 33 Abs. 1 S. 2 EGKSV als Ursprung der Kontrolldichte-einschränkung bei komplexen Sachverhalten	65
(4) Vergleich mit nationalem Recht	68
(5) Reichweite der gerichtlichen Kontrolle bei komplexen Wertungsentscheidungen	75
(6) Bewertung	77
cc) Beihilfenbegriff als objektiver Begriff	78
dd) Die beschränkte Justiziabilität des Private Investor Tests	80
(1) Untersuchung des Normtextes	80
(2) Die Justiziabilität des Private Investor Tests im Spiegel der unionsgerichtlichen Rechtsprechung und Bezugspunkte kommissionellen Ermessens	83
ee) Relativierung der mangelnden Vollkontrolle durch Verfahrens- und Begründungsanforderungen sowie hohe Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung	84
(1) Analyse der These anhand der unionsgerichtlichen Rechtsprechung	86
(2) Keine Auswirkungen auf die beschränkte Justiziabilität des Private Investor Tests	88
(3) Konkrete Ausgestaltung einer Kompensation	90
(4) Die dienende Funktion des nationalen Verwaltungsverfahrens im Kontrast zum Stellenwert des Verfahrensrechts im Unionsrecht	95
(5) Der ReNEUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht	98
(6) Zusammenfassende Bewertung	100
c) Weitere Untergruppen des Market Economy Operator Tests	102
d) Gesamtbewertung der Kontrolldichte hinsichtlich des Begünstigungsmerkmals	103
2. Staatlichkeit	105
3. Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige	107
a) Beihilfeempfänger	108
aa) Vorliegen eines Unternehmens oder Produktionszweiges und Justiziabilität	108

bb) Abgrenzung des Begünstigtenkreises: der Begriff der wirtschaftlichen Einheit	109
b) Selektivität	110
aa) Nichtvorliegen einer Universalbegünstigung	110
bb) Auswirkungen mitgliedstaatlicher Ermessensspielräume auf den Selektivitätstatbestand	111
cc) Kontrolldichte	113
c) Rechtfertigung	113
4. Interstaatliche Handelsbeeinträchtigung	115
5. Wettbewerbsverfälschung	120
II. Binnenmarktvereinbarkeit nach Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV	122
1. Legalausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV	123
a) Tatbestandsermessen der Kommission im Rahmen des Art. 107 Abs. 2 lit. a) AEUV	127
b) Tatbestandsermessen der Kommission im Rahmen des Art. 107 Abs. 2 lit. b) AEUV	130
c) Tatbestandsermessen der Kommission im Rahmen des Art. 107 Abs. 2 lit. c) AEUV	134
d) Gesamtbewertung zum kommissionellen Tatbestandsermessen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV	137
2. Entscheidungsspielräume der Kommission bei der Anwendung von Art. 107 Abs. 3 lit. a)–lit. d) AEUV	138
a) Rechtsfolgeermessen	139
b) Tatbestandsermessen	139
c) Die am „more economic approach“ orientierte Abwägungsprüfung der Kommission	145
d) Ermessensgrenzen	148
3. Art. 107 Abs. 2 AEUV und Art. 107 Abs. 3 AEUV im Vergleich	149
4. Bewertung	151
III. Bewertungsspielräume der Kommission im Rahmen des Beihilfeverfahrens	152
1. Differenzierung zwischen bestehenden Beihilferegulungen und neuen Beihilfen	152
a) Erläuterung der Termini	152
b) Justiziabilität	154
2. Unterteilung der Beihilfen in angemeldete, rechtswidrige, missbräuchlich angewendete Beihilfen und bestehende Beihilferegulungen und Ausrichtung des Beihilfeverfahrens nach dieser Differenzierung	157
3. Kommissionelle Ermessensspielräume bei der Überprüfung von neuen Beihilfen	157
a) Verfahren bei angemeldeten Beihilfen, Art. 2 ff. VO (EU) 2015/1589	157

aa) Das Vorprüfungsverfahren	157
(1) Zweimonatsfrist für den Erlass eines Beschlusses – Justiziabilität des Begriffs der vollständigen Anmeldung	158
(2) Beschluss „keine Beihilfe“ und „Beschluss, keine Einwände zu erheben“ – Ermessen der Kommission	160
(a) Auswahlmessen auf Rechtsfolgenebene – Kommissionspraktik der mangelnden Festlegung bei beihilfebegünstigendem Beschlusstenor	161
(b) Kommissionelles Ermessen im Übrigen	162
(3) „Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens“ – Rechtsfolgeermessen	163
(4) „Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens“ – Tatbestandsermessen	163
bb) Das Hauptprüfungsverfahren	167
(1) Ermessen der Kommission: Beschluss „keine Beihilfe“	169
(2) Ermessen der Kommission: „Positivbeschluss“	169
(3) Kommissionspraktik der mangelnden Festlegung bei beihilfebegünstigendem Beschlusstenor	169
(4) Ermessen der Kommission: „mit Bedingungen und Auflagen verbundener Beschluss“	170
(5) Kommissionelles Ermessen: „Negativbeschluss“	171
(6) Existenz weiterer kommissioneller Beschlussmöglichkeiten?	171
cc) Beschluss über die Rückforderung bereits gewährter Beihilfen	172
dd) Das erleichterte Vertragsverletzungsverfahren	173
(1) Ermessen der Kommission in Bezug auf die Anrufung des Gerichtshofs nach Art. 108 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV	173
(2) Exkurs: Zulässigkeit einer auf Anrufung des Gerichtshofs durch die Kommission gerichteten Klage	177
(3) Zwischenergebnis und Stellungnahme	181
ee) Schaubild: Verfahren bei angemeldeten Beihilfen	182
b) Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen, Art. 12 ff. VO (EU) 2015/1589	183
aa) Prüfung des Vorliegens rechtswidriger Beihilfen	183
bb) Erlass von Aussetzungs- und Rückforderungsanordnung	183
cc) Anrufung des Gerichtshofs bei Nichtbefolgung von Aussetzungs- oder Rückforderungsanordnung	185
dd) Erlass eines Beschlusses nach Art. 15 VO (EU) 2015/1589	186
ee) Erlass eines Rückforderungsbeschlusses	186
c) Verfahren bei missbräuchlich angewendeten Beihilfen, Art. 20 VO (EU) 2015/1589	187
4. Kommissionelle Ermessensspielräume bei der Überprüfung von bestehenden Beihilferegungen	188

IV. Überblick über beihilferechtliche Regelungen des Sekundär- und Tertiärrechts der Kommission	192
1. Bindende Rechtsakte	194
2. Selbstbindung der Kommission durch Softlaw	196
C. Parallelen der beihilfenrechtlichen Kontrolldichte zu der Kontrolldichte auf dem Referenzgebiet des Kartellrechts	203
D. Exkurs: Subventionsgewährung durch die Union	208
I. Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln bei der Vergabe von Unionsbeihilfen	209
II. Auswirkung der Praxis bei der Gewährung von Unionsbeihilfen auf das Kommissionsermessen im Rahmen des Art. 107 AEUV?	211
III. Abschließende Anmerkungen zur Kontrolldichte im Kontext mit Unionsbeihilfen	212
E. Gesamtbewertung der unionsgerichtlichen Kontrolldichte auf dem Gebiet des Beihilfenrechts	213
§ 5 Kontrolldichte der Unionsgerichte auf dem Gebiet des Beihilfenrechts im Kontext allgemeiner unionaler Anforderungen an den Rechtsschutz	214
A. Unionaler Grundsatz effektiven Rechtsschutzes	214
B. Unionale Kontrolldichte im Spiegel des institutionellen Gleichgewichts	219
§ 6 Exkurs: Unionale Einflüsse auf die nationalgerichtliche Kontrolle der nationalen Verwaltung beim indirekten Vollzug von Unionsrecht	222
A. Mechanismen der Europäisierung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte ..	222
B. Unionale Einflüsse auf die nationalgerichtliche Kontrolldichte	225
I. Europäisierung der nationalen Kontrolldichte durch Unionsrecht im Allgemeinen	225
II. Beeinflussung der nationalen Kontrolldichte durch Unionsrecht speziell im Beihilfenrecht	231
§ 7 Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	233
A. Allgemeine unionsrechtliche Kontrolldichtedirektiven, die sich aus der unionsgerichtlichen Rechtsprechung im Beihilfenrecht ergeben	233
B. Unionsgerichtliche Überprüfbarkeit der Subsumtion unter den Beihilfenbegriff ..	233
C. Ermessensspielräume der Kommission im Rahmen der Ausnahmetatbestände nach Art. 107 Abs. 2, Abs. 3 AEUV	234
D. Ermessensspielräume der Kommission im Rahmen des Beihilfeprozessverfahrens	234
I. Verfahren bei angemeldeten Beihilfen	235
II. Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen	236

III. Verfahren bei missbräuchlich angewendeten Beihilfen	236
IV. Verfahren bei bestehenden Beihilferegelungen	237
E. Selbstbindung der Kommission durch Softlaw	237
F. Unionsgerichtliche Kontrolldichte auf dem Gebiet des Beihilfenrechts und uni- onale Rechtsschutzgebote	237
Literaturverzeichnis	239
Sachwortverzeichnis	261

§ 1 Einführung

Auf dem Gebiet des Beihilfenrechts existieren diverse Letztentscheidungs-
befugnisse der Verwaltung. Auf rein nationaler Ebene wäre die alleinige Existenz
von bindenden Rechtsnormen im Beihilfenrecht undenkbar; in Bezug auf die Ge-
währung von Beihilfen muss der Verwaltung vielmehr die Möglichkeit offen blei-
ben, flexibel auf Veränderungen zu reagieren und die Gewährung von Beihilfen
an die aktuelle Marktsituation anzupassen, um weiterhin die durch die Beihilfen-
gewährung zu erzielenden gewünschten Verhaltensweisen zu fördern. Zwar gibt
es auch gebundene Normen, welche bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen
Ansprüche des Einzelnen auf Gewährung der Subvention begründen.¹ In der Re-
gel steht die Gewährung von Beihilfen jedoch im Ermessen der Verwaltung. Die
Subventionsgewährung basiert dann häufig auf der Ausweisung der finanziellen
Mittel im Haushaltsplan in Kombination mit Verwaltungsvorschriften.² Eine
Bindung der Verwaltung kommt in den Fällen, in denen ein Ermessensspielraum
der Verwaltung vorliegt, lediglich bei Vorliegen einer Ermessensreduzierung auf
Null in Betracht, also wenn der Verwaltung praktisch nur noch eine rechtmäßige
Handlungsmöglichkeit verbleibt,³ etwa auf Grundlage der Selbstbindung der Ver-
waltung nach Art. 3 Abs. 1 GG.⁴ Auch auf der Ebene des Unionsrechts existiert
ein Regelungsregime betreffend der Vergabe von Beihilfen: Die Art. 107 ff. AEUV
enthalten einen Mechanismus zur Verhinderung der Gewährung respektive zur
Rückgängigmachung mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen. Bestehende
Beihilferegulungen werden von der Kommission repressiv auf ihre Binnenmarkt-
vereinbarkeit überprüft, und im Hinblick auf neue Beihilfen findet eine präventive
Überprüfung statt, indem dem Mitgliedstaat eine Notifizierungspflicht auferlegt

¹ *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht – Besonderer Teil, 17. Aufl. 2019, Rn. 783; *Kühling*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 30 Rn. 10.

² *Seegmüller*, DVBl. 2018, 546, 546; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2023, Rn. 286; siehe auch *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 783 f.; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 55; *Kühling*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 30 Rn. 9 f. u. a.

³ Zur Ermessensreduzierung auf Null siehe etwa *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 23. Aufl. 2022, § 40 Rn. 61; *Ritgen*, in: Bauer/Heckmann/Ruge/Schallbruch/Schulz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government, 2. Aufl. 2014, § 40 VwVfG Rn. 45; *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 114 Rn. 128 ff.; *Kugele*, VwVfG, 2014, § 40 VwVfG Rn. 9; *Stuhlfauth*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 40 Rn. 51; *Ziekow*, VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 40 Rn. 36.

⁴ *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht – Besonderer Teil, 17. Aufl. 2019, Rn. 784; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 55.

wird. Auch hier bestehen Spielräume der unionalen Exekutive, namentlich der Kommission, bei der Beurteilung der Vereinbarkeit der Beihilfen mit dem Binnenmarkt und möglicherweise bereits bei der Beurteilung, ob eine Maßnahme überhaupt dem unionalen Beihilferegime unterworfen ist.

Die Frage, wann der Verwaltung solche Letztentscheidungsbefugnisse zustehen oder aber in welchen Fällen die Exekutiventscheidung voll justiziabel ist, ist nicht immer einfach zu beantworten. In manchen Fällen ist ausdrücklich dem jeweiligen Gesetz zu entnehmen, ob der Verwaltung eine Letztentscheidungsbefugnis zusteht. Dies ist der Fall, sofern die jeweilige Norm dies durch ihren Wortlaut, auf Rechtsfolgenreise insbesondere durch Nutzung des Wortes „kann“, verdeutlicht. Nach deutschem Verständnis ist dies unerlässlich für das Vorliegen eines Gestaltungsspielraums der Exekutive: Nach der normativen Ermächtigungslehre bedarf das Vorliegen eines Entscheidungsspielraums der Verwaltung stets einer – ausdrücklichen oder durch Auslegung zu ermittelnden – Ermächtigung durch die jeweilige Norm.⁵ Dies folgt aus dem Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 2 GG.⁶ Die normative Ermächtigungslehre beansprucht selbstverständlich nicht nur für die Rechtsfolgenreise, sondern auch auf Tatbestandsseite hinsichtlich der Frage des Vorliegens eines Beurteilungsspielraums Geltung.⁷ Häufig ist aber gerade auf Tatbestandsebene nicht eindeutig, ob der Exekutive bei Vorliegen unbestimmter Rechtsbegriffe ein

⁵ BVerfGE 103, 142, 156 f.; BVerwGE 134, 108, 111; BVerwGE 100, 221, 225 f.; BVerwGE 94, 307, 309 f.; BVerwGE 62, 86, 98; *Ludwigs*, NVwZ 2015, 1327, 1329; *Decker*, in: Posser/Wolff/Decker (Hrsg.), BeckOK VwGO, 65. Edition, Stand: 04/2023, § 114 Rn. 35; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 39; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 23. Aufl. 2022, § 40 Rn. 23; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 99. EL, Stand: 9/2022, Art. 19 Abs. 4, Rn. 186 ff.; *Remmert*, Jura 2014, 906, 914 f.; *Schübel-Pfister*, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 114 Rn. 51; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 118 f.; *Ziekow*, VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 40 Rn. 48; *Schulz*, RW 2012, 330, 334; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 34; *Eifert*, ZJS 2008, 336, 336; *Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 230; *Sendler*, in: Czajka/Hansmann/Rebentisch (Hrsg.), Immissionsschutzrecht in der Bewährung, FS Feldhaus, 1999, 479, 498; *Brenner*, Die Verwaltung 31 (1998), 1, 5; *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1997, 281, 283; *Schmidt-Aßmann*, in: Schwarz/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1992, 9, 29 f.; *Papier*, DÖV 1986, 621, 621; siehe bereits *Bachof*, JZ 1955, 97, 102; kritisch *Ossenbühl*, in: Bender/Breuer/Ossenbühl/Sendler (Hrsg.), FS Redeker, 1993, 55, 63 f.

⁶ *Ludwigs*, NVwZ 2015, 1327, 1329; Schröder schreibt, durch exekutive Entscheidungsspielräume werde „der ursprüngliche Volkswille [...] verdünnt“, *Schröder*, JA 2017, 809, 813; die etwaige großzügige Annahme von Ermessensspielräumen – etwa im europäischen Beihilfenrecht – ist daher aus dem Blickwinkel des Demokratieprinzips kritisch zu betrachten, siehe etwa *Ludwigs*, EuZW 2017, 41, 41 f.

⁷ Vgl. zur normativen Ermächtigungslehre hinsichtlich des Vorliegens eines Beurteilungsspielraums BVerfGE, DVBl. 2012, 230, 231; BVerwGE 94, 307, 309; *Aschke*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 59. Edition, Stand: 4/2023, § 40 VwVfG Rn. 103; *Ziekow*, VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 40 Rn. 48; *Bosch/Schmidt/Vondung*, Einführung in die Praxis des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, 10. Aufl. 2019, Rn. 997; *Schild*, AfP 2012, 526, 527; *Voßkuhle*, JuS 2008, 117, 118; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 38 ff.; *Herdegen*, JZ 1991, 747, 751.

Beurteilungsspielraum zukommt oder ob die Beurteilung des Tatbestandes durch die Exekutive einer gerichtlichen Vollkontrolle unterliegt. Hier bedarf es einer Auslegung der Norm unter Heranziehung allgemeiner Auslegungsmethoden.⁸ Im nationalen Verwaltungsrecht stellt das Vorliegen eines Beurteilungsspielraums eine Ausnahme⁹ vom Grundsatz der vollen Justiziabilität unbestimmter Rechtsbegriffe dar, was nicht zuletzt dem Gebot effektiven Rechtsschutzes geschuldet ist, Art. 19 Abs. 4 GG.¹⁰ Im Unionsrecht wird hinsichtlich des Vorliegens exekutiver Handlungsspielräume nicht zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgenseite differenziert.¹¹ Gleichwohl sind auch im Unionsrecht die Fälle weniger problematisch, in denen die jeweilige Norm dem Unionsorgan ein ausdrückliches Rechtsfolgeermessen einräumt, wie dies beispielsweise bei Art. 107 Abs. 3 AEUV der Fall ist. Auch im Unionsrecht schwieriger zu beurteilen ist die Reichweite der gerichtlichen Kontrolle im Hinblick auf die Subsumtion unter die Tatbestandsvoraussetzungen durch die Exekutive. Exemplarisch für die diffizile Beurteilung der Letztentscheidungs-

⁸ *Riese*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, 43. EL, Stand: 8/2022, Vorb. § 113, Rn. 22; siehe auch *Kugele*, VwVfG, 2014, § 40 VwVfG Rn. 18; *Stuhlfauth*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 40 Rn. 66.

⁹ Vgl. etwa *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2022, § 11 Rn. 12, 58; *Stuhlfauth*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 40 Rn. 63; *Eichberger*, NVwZ-Beilage 2013, 18, 19; *Waldhoff*, JuS 2010, 843, 843 (Besprechung des Urteils BVerwG, Az. 7 C 22/08); *Hufen*, ZJS 2010, 603, 606; *Bleckmann*, Ermessensfehlerlehre, 1997, S. 120 ff.

¹⁰ BVerfGE 129, 1, 1 = BVerfG, NVwZ 2011, 1062, 1062; BVerfGE 103, 142, 156; BVerfGE 84, 34, 49; BVerwGE 94, 307, 309 m. w. N.; *Classen*, in: Schenke/Suerbaum (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Europäischen Union, 2016, 11, 15 f.; *Rennert*, DVBl. 2015, 793, 794; *Ruffert*, in: Knack/Henneke, VwVfG, 11. Aufl. 2020, § 40 Rn. 96; *Eichberger*, NVwZ-Beilage 2013, 18, 19; *Waldhoff*, JuS 2010, 843, 843 (Besprechung des Urteils BVerwG, Az. 7 C 22/08); *Stuhlfauth*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 40 Rn. 63; *Brenner*, Die Verwaltung 31 (1998), 1, 23; *Laue*, in: Brandt/Domgörgen (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 5. Aufl. 2023, J. Rn. 27; *Bleckmann*, Ermessensfehlerlehre, 1997, S. 120 f.; zu Art. 19 Abs. 4 GG im Zusammenhang mit der Kontrolldichtediskussion *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1997, 281, 283; siehe auch *Schenke*, in: Baumeister/Roth/Ruthig (Hrsg.), FS Schenke, 2011, 305, 307, wonach der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach Art. 19 Abs. 4 GG im Zweifel die Letztentscheidungsbefugnis zukommt; *Classen*, NJW 1995, 2457, 2460 f.

¹¹ Siehe etwa EuGH, Urt. v. 10. 10. 1985, Rs. C-183/84 (Rheingold), Slg. 1985, 3351, Rn. 23, wonach es im Hinblick auf etwaige Spielräume – in der Rechtssache *Rheingold* ging es um Spielräume der Mitgliedstaaten – nicht auf die Bezeichnung als Ermessensspielraum oder als Beurteilungsspielraum ankommt; siehe auch *Schroeder/Sild*, EuZW 2014, 12, 13; *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 40 VwVfG Rn. 18; *Stuhlfauth*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 6. Aufl. 2021, § 40 Rn. 88; *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht, 5. Aufl. 2014, S. 157; *Börger*, Die gerichtliche Kontrolldichte bei der Überprüfung von Entscheidungen der Europäischen Kommission auf dem Gebiet der Fusionskontrolle, 2014, S. 161; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 5, 2010, Rn. 3543; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 3, 2. Aufl. 2021, Rn. 1488; *Ehlers*, DVBl. 2004, 1441, 1449; *Gehring*, Kompensation der europarechtlich bedingten Erweiterung der Initiativberechtigung durch die Senkung der gerichtlichen Kontrolldichte?, 2000, S. 205 f.; *Pache*, DVBl. 1998, 380, 384; *Varadinek*, Ermessen und gerichtliche Nachprüfbarkeit im französischen und deutschen Verwaltungsrecht und im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1993, S. 205 f.