Nebenbestimmungen im Eigenverwaltungsrecht der Europäischen Union

---

Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades an der Fakultät Rechtswissenschaft der Universität Hamburg

vorgelegt von Miriam Häfele, LL.M.
Hamburg, 2014

Datum der mündlichen Prüfung: 30. April 2014

Erstgutachter: Prof. Dr. Armin Hatje

Zweitgutachter: Prof. Dr. Markus Kotzur

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS III
LITERATURVERZEICHNIS VIII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS XXI
EINLEITUNG 1
§ 1 PROBLEMSTELLUNG 1
§ 2 GANG DER UNTERSUCHUNG 3
TEIL 1 DAS EIGENVERWALTUNGSRECHT DER EUROPÄISCHEN UNION 4
§ 1 DER VOLLZUG VON UNIONSRECHT IM EIGENVERWALTUNGSRECHT 4
§ 2 VERWALTUNGSENTSCHEIDUNGEN IM EIGENVERWALTUNGSRECHT 6
A. DIE HANDLUNGSFORMEN DES ART. 288 AEUV 6
B. DIE HANDLUNGSFORM DES BESCHLUSSES 8
I. Der adressatengerichtete Beschluss 8
1. An Privatpersonen gerichtete Beschlüsse 9
2. An Mitgliedstaaten gerichtete Beschlüsse 9
II. Der allgemeine Beschluss 10
III. Als Verordnung oder Stellungnahme ergangene Beschlüsse 10
C. DER ÖFFENTLICH-RECHTLICHE VERWALTUNGSVERTRAG 11
D. SONDERFALL: VERPFLICHTUNGSZUSAGEN IM WETTBEWERBSRECHT 14
TEIL 2 BEGRIFF, FORMEN UND FUNKTIONEN VON NEBENBESTIMMUNGEN 14
§ 1 BEGRIFF, FORMEN UND FUNKTIONEN VON NEBENBESTIMMUNGEN IM DEUTSCHEN VERWALTUNGSRECHT 15
A. FORMEN VON NEBENBESTIMMUNGEN IM DEUTSCHEN VERWALTUNGSRECHT 15
I. Unselbstständige Nebenbestimmungen 16
1. Die Befristung 16
2. Die Bedingung 17
3. Der Widerrufsvorbehalt 17
II. Selbstständige Nebenbestimmungen 18
1. Die Auflage 18
a. Begriff und Funktion der Auflage 18
b. Abgrenzung zur aufschiebenden Bedingung 19
2. Der Auflagenvorbehalt 21
B. DER BEGRIFF DER NEBENBESTIMMUNG IM DEUTSCHEN VERWALTUNGSRECHT 21
I. Ergänzender oder modifizierender Zusatz zur Hauptregelung 21
II. Abgrenzungsfragen 22
1. Abgrenzung zur Inhaltsbestimmung 22
2. Abgrenzung zu Hinweisen 23
C. FUNKTIONEN DER NEBENBESTIMMUNG IM DEUTSCHEN VERWALTUNGSRECHT 24
I. Flexibilisierung und Feinsteuerung 24
II. Gewährleistung der Erlassvoraussetzungen 25
III. Bewältigung von Unklarheiten tatsächlicher Art 27

IV. Vereinfachung und Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens ... 28
V. Einschränkung der Hauptregelung ... 28
VI. Begrenzung der Bestandskraft ... 29
VII. Verhaltenssteuerung ... 29
VIII. Sicherstellung der Rechte Dritter ... 30
IX. Sicherung einer Gegenleistung ... 30
X. Betonung des konsensualen Elements ... 30

§ 2 BEGRIFF UND FORMEN VON NEBENBESTIMMUNGEN IN ANDEREN MITGLIEDSTAATEN DER EU ... 33

A. NEBENBESTIMMUNGEN IN FRANKREICH ... 33
B. NEBENBESTIMMUNGEN IN ITALIEN ... 34
C. NEBENBESTIMMUNGEN IN ÖSTERREICH ... 35
D. SCHLUSSFOLGERUNGEN ... 36

§ 3 BEGRIFF, FORMEN UND FUNKTIONEN VON NEBENBESTIMMUNGEN IM UNIONSRECHT ... 36

A. FORMEN VON NEBENBESTIMMUNGEN IM UNIONSRECHT ... 36
B. DER BEGRIFF DER NEBENBESTIMMUNG IM UNIONSRECHT ... 37
I. Übertragung der Begrifflichkeit ... 37
II. Abgrenzungsfragen ... 39
1. Abgrenzung zu Inhaltsbestimmungen und Hinweisen ... 39
2. Abgrenzung zu Nebenabreden ... 40
C. FUNKTIONEN VON NEBENBESTIMMUNGEN IM UNIONSRECHT ... 40

TEIL 3 RECHTSGRUNDLAGEN VON NEBENBESTIMMUNGEN IM UNIONSRECHT ... 41

§ 1 RECHTSGRUNDLAGEN IM PRIMÄRRECHT ... 41

A. NEBENBESTIMMUNGEN IN DEN EUROPÄISCHEN VERTRÄGEN ... 41
B. BESTEHEN EINES ALLGEMEINEN RECHTSGRUNDSATZES ÜBER DIE ZULÄSSIGKEIT VON NEBENBESTIMMUNGEN ... 42

§ 2 RECHTSGRUNDLAGEN IM SEKUNDÄRRECHT ... 44

A. KARTELLRECHT ... 44
I. Fusionskontrolle ... 44
1. Der Ablauf des Fusionskontrollverfahrens ... 45
2. Nebenbestimmungen im Fusionskontrollrecht ... 45
a. Nebenbestimmungen im Hauptprüfverfahren ... 45
b. Nebenbestimmungen im Vorprüfverfahren ... 47
c. Nebenbestimmungen in Freistellungen von der Verpflichtung zum Vollzugsaufschub ... 49
d. Die Differenzierung zwischen Bedingung und Auflage ... 49
II. Kartellaufsicht ... 50
1. Nebenbestimmungen in der Kartellverordnung Nr. 17 ... 50
2. Verpflichtungszusagen in der Kartellverfahrensverordnung ... 51
B. PRODUKTZULASSUNGSRECHT ... 53
I. Chemikalien/REACh ... 53
II. Arzneimittel ... 54
1. Schnellzulassung gemäß Art. 14 Abs. 7 Arzneimittelagentur-VO ... 55
2. Ausnahmsweise erteilte Zulassung gemäß Art. 14 Abs. 8 Arzneimittelagentur-VO ... 56
3. Sonstige Zulassungen unter Nebenbestimmungen ... 57

III. Lebensmittel ... 58
1. Genehmigung neuartiger Lebensmittel ... 58
2. Genehmigung gentechnisch veränderter Lebensmittel ... 59
C. Beihilfenaufsichtsrecht ... 60
I. Der Ablauf des Beihilfenaufsichtsverfahrens ... 60
II. Nebenbestimmungen im Beihilfenaufsichtsrecht ... 61
1. Nebenbestimmungen im Hauptprüfverfahren ... 61
2. Das Deggendorf-Prinzip ... 64
3. Die Differenzierung zwischen Bedingung und Auflage ... 64
D. Recht der Finanzhilfen ... 66
I. Förderung über Struktur- und Agrarfonds ... 67
II. Direkte Finanzhilfen ... 69
1. Förderprogramme der Union ... 69
2. Finanzhilfen für Mitgliedstaaten ... 71
a. Finanzhilfen für überschuldete Mitgliedstaaten im Zuge der Euro-Krise ... 71
b. Finanzhilfen zur Stützung der Zahlungsbilanzen ... 76
E. Zusammenfassung ... 76

TEIL 4 DIE RECHTMÄSSIGKEIT VON NEBENBESTIMMUNGEN ... 77

§ 1 DIE KOMPETENZ DER UNIONSORGANE ZUM ERLASS EINER NEBENBESTIMMUNG ... 77

A. Bedeutung und Reichweite des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung ... 78
B. Die Anwendung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung auf den Erlass von Nebenbestimmungen ... 78
I. Die allgemeine Kompetenz zum Erlass von Nebenbestimmungen („ob“) ... 79
1. Der Erlass von Nebenbestimmungen als Teil einer Ermessensentscheidung ... 79
2. Der Erlass von Nebenbestimmungen als Teil einer gebundenen Entscheidung ... 80
II. Die Kompetenz zum Erlass einer konkreten Nebenbestimmung („wie“) ... 81

§ 2 DAS ERFORDERNIS EINER ERMÄCHTIGUNGSGRUNDLAGE NACH DEM GRUNDSATZ VOM VORBEHALT DES GESETZES ... 82

A. Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes auf staatlicher Ebene ... 82
B. Die Geltung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes im Unionsrecht ... 83
I. Kein Ersatz der Vorbehalts des Gesetzes durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ... 83
II. Übertragung des Vorbehalts des Gesetzes auf das Unionsrecht ... 86
1. Übertragbarkeit der rechtsstaatlichen Komponente ... 86
2. Übertragbarkeit der demokratischen Komponente ... 87
C. Die Anwendung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes auf eine Begünstigung mit Nebenbestimmung ... 88
I. Die Anwendung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes auf die Gesamtregelung ... 88
II. Die Anwendung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes auf die Nebenbestimmung selbst ... 89
1. Die Ausgangslage ... 89
2. Die Befugnis zur Versagung der Begünstigung als Voraussetzung eines Erst-recht-Schlusses ... 90
III. Die rein belastende Wirkung einer nachträglich angeordneten Nebenbestimmung ... 91
D. Schlussfolgerungen ... 91

§ 3 FORMELLE RECHTMÄSSIGKEIT 91

A. ANHÖRUNG 92
I. Herleitung und Umfang des allgemeinen Anspruchs auf rechtliches Gehör 92
II. Anhörung zu Nebenbestimmungen 93
1. Anhörungspflichten im Sekundärrecht 93
a. Sekundärrechtliche Anhörungspflichten speziell zu Nebenbestimmungen 93
b. Generelle sekundärrechtliche Anhörungspflichten 95
c. Fehlende sekundärrechtliche Anhörungspflichten 95
2. Die Anwendung des allgemeinen Anspruchs auf rechtliches Gehör auf Nebenbestimmungen 96
a. Belastende Wirkung der Nebenbestimmung 97
b. Keine erhebliche Belastung bei Ausräumen eines Versagungsgrundes 98
c. Sonderfall: Mitgliedstaat und Beihilfenempfänger im Beihilfenaufsichtsrecht 99
B. AKTENEINSICHT 100
I. Herleitung und Umfang des allgemeinen Rechts auf Akteneinsicht 100
II. Akteneinsicht und Nebenbestimmungen 102
C. BEGRÜNDUNG 102
I. Herleitung und Umfang der allgemeinen Begründungspflicht 102
II. Die Begründung von Nebenbestimmungen 104

§ 4 MATERIELLE RECHTMÄSSIGKEIT 105

A. VOM BESTEHEN EINER ERMÄCHTIGUNGSGRUNDLAGE ABHÄNGIGE VORAUSSETZUNGEN 106
B. ALLGEMEINGÜLTIGE VORAUSSETZUNGEN 107
I. Anforderungen an die Hauptregelung 107
1. Rechtmäßigkeit der Hauptregelung 107
2. Keine nebenbestimmungsfeindliche Hauptregelung 107
II. Kein Verstoß gegen höherrangiges Recht 108
III. Hinreichende Bestimmtheit 110
IV. Keine Unmöglichkeit 111
1. Tatsächliche Unmöglichkeit 111
2. Rechtliche Unmöglichkeit 114
a. Rechtliche Unmöglichkeit in der Beihilfenaufsicht 114
b. Rechtliche Unmöglichkeit durch fehlende Mitwirkung Dritter 115
3. Sonderfall: drittbelastende Nebenbestimmungen 118

§ 5 ERMESSENSAUSÜBUNG 119

A. ERMESSENSSPIELRAUM UND ERMESSENSREDUZIERUNG BEIM ERLASS VON NEBENBESTIMMUNGEN 119
B. ERMESSENSFEHLER 121
I. Fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung und -würdigung 121
II. Ermessensmissbrauch 122
III. Ermessensgrenzen 123
1. Sachzusammenhang bzw. Kopplungsverbot 123
2. Kompetenzzusammenhang 125
a. Der Kompetenzzusammenhang bei Nebenbestimmungen im Allgemeinen 125
b. Der Kompetenzzusammenhang bei Nebenbestimmungen im Bereich der Finanzhilfen für überschuldete Eurostaaten 126
3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 127

a. Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit 127
b. Die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auf Nebenbestimmungen .. 129

§ 6 ZUSAMMENFASSUNG 132

TEIL 5 RECHTSFOLGEN DER NICHTBEACHTUNG EINER NEBENBESTIMMUNG... 133

§ 1 RECHTSFOLGEN DER NICHTBEACHTUNG EINER POTESTATIVBEDINGUNG 133

A. RECHTSFOLGEN DER NICHTBEACHTUNG EINER POTESTATIVBEDINGUNG IM SEKUNDÄRRECHT 133
I. Entfallen der Wirksamkeit 133
II. Verhängung einer Geldbuße und Widerruf der Begünstigung 134
III. Die atypischen Rechtsfolgen im Bereich der Finanzhilfen 135
IV. Die weiteren Folgen der Unwirksamkeit im Fusionskontrollrecht und in der Beihilfenaufsicht 136
1. Die weiteren Folgen der Unwirksamkeit im Fusionskontrollrecht 136
2. Die weiteren Folgen der Unwirksamkeit in der Beihilfenaufsicht 136
B. SCHLUSSFOLGERUNGEN 138

§ 2 RECHTSFOLGEN DER NICHTBEACHTUNG EINER AUFLAGE 138

A. RECHTSFOLGEN DER NICHTBEACHTUNG EINER AUFLAGE IM SEKUNDÄRRECHT 138
I. Zwangsweise Durchsetzung der Auflage 138
II. Verhängung von Geldbußen 139
III. Widerruf der Begünstigung 140
IV. Die speziellen Rechtsfolgen im Beihilfenaufsichtsrecht 141
B. SCHLUSSFOLGERUNGEN 142

TEIL 6 RECHTSSCHUTZ GEGEN NEBENBESTIMMUNGEN 143

§ 1 DIE TEILAUFHEBUNG VON RECHTSAKTEN 145

§ 2 DIE ISOLIERTE AUFHEBUNG VON NEBENBESTIMMUNGEN 147

A. DIE ISOLIERTE AUFHEBUNG VON EINEM BESCHLUSS BEIGEFÜGTEN NEBENBESTIMMUNGEN . 147
I. Darstellung und Bewertung der wichtigsten Rechtssachen 147
1. Die Rechtssache Transocean Marine Paint 147
2. Die Rechtssache Deggendorf 148
3. Die Rechtssache Frankreich u.a./Kommission 149
II. Gegenüberstellung der Rechtssachen Transocean Marine Paint und Frankreich u.a./Kommission 151
1. Diskrepanz im Hinblick auf die Prüfung der Abtrennbarkeit 151
2. Mögliche Gründe für die Diskrepanz 151
a. Differenzierung zwischen Bedingungen und Auflagen 151
b. Abweichende Interessenlage 152
B. DIE ISOLIERTE AUFHEBUNG NACHTRÄGLICH ERLASSENER NEBENBESTIMMUNGEN 154
C. DIE ANFECHTBARKEIT VON AUF ZUSAGEN BERUHENDEN NEBENBESTIMMUNGEN 154
D. ZUSAMMENFASSUNG 157

TEIL 7 AUSBLICK UND THESEN 158

§ 1 AUSBLICK 158

§ 2 THESEN 159

LITERATURVERZEICHNIS

Adamovich, Ludwig: Österreichisches Staatsrecht, Band 4: Allgemeine Lehren des Verwaltunsgrechts, 1. Aufl. Wien 2009.

Antoniolli, Walter / Koja, Friedrich: Allgemeines Verwaltungsrecht: Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, 3. Aufl. Wien 1996.

Arhold, Christoph: Die neuen Kommissionsmitteilungen zur Fusionskontrollverordnung und die geplante Revision der europäischen Fusionskontrolle, EWS 2001, S. 573 ff.

Axer, Peter: Nebenbestimmungen im Verwaltungsrecht, Jura 2001, S. 748 ff.

Bader, Johann / Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.): BeckOnline-Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, Stand 1. April 2014.

Bal, Aleksandra: Europäische Strukturfonds in behördlicher Praxis, KommJur 2011, S. 241 ff.

Bartosch, Andreas: EU-Beihilfenrecht, 1. Aufl. München 2009.

Bast, Jürgen: Grundbegriffe der Handlungsformen der EU: entwickelt am Beschluss als praxisgenerierter Handlungsform des Unions- und Gemeinschaftsrechts, Berlin 2006.

Bauer, Ralf: Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Frankfurt (Main) 2001.

Baumgartner, Gerhard: Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I, 7. Aufl. Wien 2010.

Béchillon, Denys de / Moderne, Franck (Hrsg.): Du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits: mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Paris 2004.

Bechtold, Rainer: Die Stellung der Kommission und der Unternehmen im EWG-Kartellverfahren, EuR 1992, S. 41 ff.

Bechtold, Rainer: Zwischenbilanz zum EG-Fusionskontrollrecht, EuZW 1994, S. 653 ff.

Bechtold, Rainer / Bosch, Wolfgang / *Brinker, Ingo* / *Hirsbrunner Simon* (Hrsg.): EG-Kartellrecht, 2. Aufl. München 2009.

Becker, Thomas: Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, Köln 2008.

Berg, Werner: Zusagen in der Europäischen Fusionskontrolle, EuZW 2003, S. 362 ff.

Bleckmann, Albert: Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, VerwArch 1972, S. 404 ff.

Bleckmann, Albert: Die Beihilfenkompetenz der Europäischen Gemeinschaften: Ein Beitrag zum Prinzip der begrenzten Ermächtigung, DÖV 1977, S. 615 ff.

Bleckmann, Albert: Die öffentlich-rechtlichen Verträge der EWG, NJW 1978, S. 464 ff.

Bleckmann, Albert: Der Verwaltungsvertrag als Handlungsmittel der Europäischen Gemeinschaften, DVBl. 1981, S. 889 ff.

Bleckmann, Albert: Zum Ermessensgebrauch im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *Grewe, Wilhelm / Rupp, Hans / Schneider, Hans* (Hrsg.): Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher, Baden-Baden 1981, S. 25 ff.

Bleckmann, Albert: Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Aufl. Köln 1997.

Bleckmann, Albert: Zur Auflage im europäischen Beihilfenrecht, NVwZ 2004, S. 11 ff.

Bockey, Andrea: Die Entscheidung der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt (Main) 1998.

Bogdandy, Armin / Bast, Jürgen: Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. Berlin 2009.

Borchardt, Klaus-Dieter: Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union: eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, 5. Aufl. Wien 2012.

Bos, P.V.F. / Stuyck, Julien / Wytinck, Peter: Concentration control in the European Economic Community, Norwell 1992.

Braun, Christian / Rieske, Ulrich: Nebenbestimmungen einer kartellrechtlichen Minsterialerlaubnis, WM 2009, S. 1265 ff.

Brenner, Michael: Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, Tübingen 1996.

Brenner, Michael: Der Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen, JuS 1996, S. 281 ff.

Brüning, Christoph: Ist die Rechtsprechung zur isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen wieder vorhersehbar?, NVwZ 2002, S. 1081 ff.

Bueren, Eckart: Grenzen der Durchführungsrechtsetzung im Unionsrecht – Neuerungen nach Lissabon?, EuZW 2012, S. 167 ff.

Bühler, Margit: Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, Berlin 2005.

Bull, Hans Peter / Mehde, Veith: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl. Heidelberg 2009.

Bultmann, Peter Friedrich: Beihilfenrecht und Vergaberecht: Beihilfen und öffentliche Aufträge als funktional äquivalente Instrumente der Wirtschaftslenkung – ein Leistungsvergleich, Tübingen 2004.

Busse, Monika / Leopold, Anders: Entscheidungen über Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO (EG) Nr. 1/2003, WuW 2005, S. 146 ff.

Calliess, Christian / Ruffert, Matthias: EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl. München 2011.

Calliess, Christian: Der Kampf um den Euro: Eine „Angelegenheit der Europäischen Union" zwischen Regierung, Parlament und Volk, NVwZ 2012, S. 1 ff.

Chieppa, Roberto / Giovagnoli, Roberto: Manuale di diritto amministrativo, Mailand 2011.

Classen, Kai-Dieter: Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union: eine Untersuchung zu Herkunft, Entstehung und Bedeutung des Art. 41 Abs. 1 und 2 der Europäischen Grundrechtecharta, Berlin 2008.

Consales, Biancamaria / *Laperuta, Lilla*: Compendio di diritto amministrativo, 4. Aufl. 2011.

Craig, Paul: EU Adminsitrative Law, Oxford 2006.

Crome, Sölter: Conditional decisions and EC State aid law: The MobilCom Case, Competition Policy Newsletter 3/2004, S. 55 ff.

Czettritz, Peter von / Meier, Alexander: Auflagen im arzneimittelrechtlichen Zulassungsbescheid – Rechtsmittel, Rechtsfolgen und Konsequenzen, PharmR 2006, S. 101 ff.

Danwitz, Thomas von: Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, Tübingen 1995.

Danwitz, Thomas von: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht, EWS 2003, S. 393 ff.

Danwitz, Thomas von: Europäisches Verwaltungsrecht, 1. Aufl. Berlin 2008.

Dauses, Manfred (Hrsg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts Bd. 1 und 2, 35. Ergänzungslieferung, München 2014.

Dieners, Peter / Reese, Ulrich (Hrsg.): Handbuch des Pharmarechts: Grundlagen und Praxis, 1. Aufl. München 2010.

Drauz, Götz: Vorstellungen der EU-Kommission zur Reform der europäischen Fusionskontrolle in: *Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts: Regelungstechniken, Kontrollverfahren und Sanktionen, 1. Aufl. Baden-Baden 2002, S. 47 ff.

Eberhard, Harald: Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Ein Beitrag zur Handlungsformenlehre, 1. Aufl. Wien 2005.

Ehricke, Ulrich: Auflagen, Bedingungen und Zusagen in Beihilfeentscheidungen der Europäischen Kommission, EWS 2006, S. 241 ff.

Elster, Theodor: Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, Göttingen 1979.

Erichsen, Hans-Uwe: Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, Jura 1990, S. 214 ff.

Erichsen, Hans-Uwe; Ehlers, Dirk (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. Berlin 2010.

Fehling, Michael / Kastner, Berthold / Störmer, Rainer (Hrsg.): Verwaltungsrecht: VwVfG, VwGO, Nebengesetze: Handkommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2013.

Frenz, Walter: Handbuch Europarecht: Band 2 – Europäisches Kartellrecht, 1. Aufl. Berlin 2006.

Frenz, Walter: Handbuch Europarecht: Band 3 – Beihilfe- und Vergaberecht, 1. Aufl. Berlin 2006.

Fuchs, Andreas: Widerruf der Genehmigung und nachträgliche Untersagungsmöglichkeit nach der Fusionskontroll-Verordnung, EuZW 1996, S. 263 ff.

Fuchs, Andreas: Zusagen, Auflagen und Bedingungen in der europäischen Fusionskontrolle, WuW 1996, S. 269 ff.

Führ, Martin (Hrsg.): Praxishandbuch REACH, 1. Aufl. Köln 2011.

Funke, Astrid M.: Grundprobleme der Zulassung besonders gefährlicher Stoffe in der REACH-Verordnung, 1. Aufl. Baden-Baden 2008.

Gärditz, Klaus Ferdinand: Die Verwaltungsdimension des Lissabon-Vertrages, DÖV 2010, S. 453 ff.

Geiger, Rudolf / Khan, Daniel-Erasmus / Kotzur, Markus: EUV/AEUV : Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union: Kommentar, 5. Aufl. München 2010.

Gern, Alfons / Wachenheim, Otmar: Nebenbestimmungen in Verwaltungsakten, JuS 1980, S. 276 ff.

Gleiss, Alfred / Hirsch, Martin (Hrsg.): Kommentar zu EG-Kartellrecht, Band 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnungen, 4. Aufl. Heidelberg 1993.

Gornig, Gilbert / Trüe, Christiane: Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen allgemeinen Verwaltungsrecht: Teil 1, JZ 1993, S. 884 ff.

Gornig, Gilbert / Trüe, Christiane: Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum Europäischen Verwaltungsrecht: Teil 1, JZ 2000, S. 395 ff.

Grabbe, Hartwig: Nebenabreden in der Europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden 2010.

Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard / Nettesheim, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, München 1999-2009.

Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard / Nettesheim, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung, München 2014.

Groß, Detlef: Die Produktzulassung von Novel Food: Das Inverkehrbringen von neuartigen Lebensmitteln und Lebensmittelzutaten nach der Verordnung (EG) Nr. 258/97 im Spannungsfeld von Europa-, Lebensmittel- und Umweltrecht, Berlin 2001.

Groß, Thomas: Der Europäische Forschungsrat – ein neuer Akteur im europäischen Forschungsraum, EuR 2010, S. 299 ff.

Grunwald, Jürgen: Die nicht-völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1984, S. 228 ff.

Hahn, Heinrich: Der italienische Verwaltungsakt im Lichte des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 7. August 1990 (Nr. 241/90): Eine rechtsvergleichende Darstellung, Frankfurt (Main) 1998.

Hammer-Strnad, Eva: Das Bestimmtheitsgebot als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Hamburg 1999.

Hanf, Christian: Rechtsschutz gegen Inhalts- und Nebenbestimmungen, Frankfurt (Main) 2003.

Hansmeyer, Sandra: Die Mitwirkung des Deutschen Bundestages an der europäischen Rechtsetzung, Berlin 2001.

Haratsch, Andreas / König, Christian / Pechstein, Matthias: Europarecht, 8. Aufl. Tübingen 2012.

Harmjanz, Jan Dietrich: Auflagen und Bedingungen: Eine vergleichende Darstellung des EG-Fusionskontrollrechts und des US-amerikanischen Antitrustrechts zu consent decrees, Baden-Baden 1999.

Hatje, Armin: Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung: Grundlagen, Erscheinungsformen, verfassungsrechtliche Grenzen am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1998.

Hatje, Armin: Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung, EuR 1998, Beiheft 1, S. 7 ff.

Hatje, Armin: Deutschland in der Europäischen Union: Innovationen durch Europäisches Verwaltungsrecht in: *Müller-Graff, Peter-Christian / Schmahl, Stefanie / Skouris, Vassilios* (Hrsg.): Festschrift für Dieter H. Scheuing: Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel, Baden-Baden 2011, S. 323 ff.

Hegels, Susanne: EG-Eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht: Europäisches Verwaltungsrecht für den direkten und den indirekten Gemeinschaftsrechtsvollzug, Baden-Baden 2001.

Heidenhain, Martin: Zusagenpraxis in der EG-Fusionskontrolle, EuZW 1994, S. 135 ff.

Heidenhain, Martin (Hrsg.): European State Aid Law, 1. Aufl. München 2010.

Heidenreich, Jan Peter: Anhörungsrechte im EG-Kartell- und Fusionskontrollverfahren. Zugleich ein Beitrag zu Aufgaben und Kompetenzen des Anhörungsbeauftragten der Europäischen Kommission, 1. Aufl. Baden-Baden 2004.

Heithecker, Jan: Wettbewerbssicherung in der europäischen Fusionskontrolle durch Zusagen, Jena 2002.

Heitsch, Christian: Neben- und Inhaltsbestimmungen bei begünstigenden Verwaltungsakten: Kriterien für die Auswahl des passenden Regelungsinstruments, DÖV 2003, S. 367 ff.

Herfarth, Christoph: Nebenbestimmungen zu fusionsrechtlichen Freigabeentscheidungen in der Praxis des Bundeskartellamts, WuW 2004, S. 584 ff.

Herrmann, Christoph / Kruis, Tobias: Die Rückforderung vertraglich gewährter gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen unter Beachtung des Gesetzesvorbehalts, EuR 2007, S. 141 ff.

Hilf, Meinhard / Classen, Kai-Dieter: Der Vorbehalt des Gesetzes im Recht der Europäischen Union, in: *Osterloh, Lerke / Schmidt, Karsten / Weber, Hermann* (Hrsg.): Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 71 ff.

Hill, Herrmann / Pitschas, Rainer (Hrsg.): Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht: Beiträge der 70. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 20. bis 22. März 2002 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1. Aufl. Berlin 2004.

Hirsbrunner, Simon / Rhomberg, Lukas: Verpflichtungszusagen im EG-Kartellrechtsverfahren – Erste praktische Erfahrungen mit der Neuregelung der Kartellverfahrensverordnung 1/2003, EWS 2005, 61 ff.

Hirsch, Günter / Montag, Frank / Säcker, Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar: Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007.

Hirsch, Günter (Hrsg.): Münchener Kommentar: Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) Band 3: Beihilfen- und Vergaberecht, München 2011.

Hix, Jan-Peter: Das Recht auf Akteneinsicht im europäischen Wirtschaftsverwaltungsrecht – Dargestellt am Beispiel des Kartell- und Antidumpingverfahrens der EG, Baden-Baden 1992.

Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl. München 2012.

Hofmann, Rainer / Marko, Joseph / Merli, Franz / Wiederin, Ewald (Hrsg.): Rechtsstaatlichkeit in Europa, Heidelberg 1996.

Hönig, Wolfgang: Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, München 1968.

Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.): Wettbewerbsrecht: Band 1: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl. München 2012.

Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.): Wettbewerbsrecht: Band 2: GWB, Kommentar zum deutschen Kartellrecht, 4. Aufl. München 2007.

Ingerowski, Jan Boris: Die REACh-Verordnung: Eine Bestandsaufnahme und Bewertung der Instrumente und Strategien des neuen europäischen Chemikalienrechts unter dem Aspekt des wirksamen Schutzes von Umwelt und Gesundheit vor chemischen Risiken, 1. Aufl. Baden-Baden 2010.

Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 1996.

Junker, Carolin: Der Verwaltungsakt im deutschen und französischen Recht und die Entscheidung im Recht der Europäischen Gemeinschaften, Münster 1990.

Kahlenberg, Harald / Neuhaus, Kai: Erste praktische Erfahrungen mit Zusagenentscheidungen nach Artikel 9 Verordnung (EG) Nr. 1/2003, EuZW 2005, S. 620 ff.

Karl, Dieter: Der Rechtsschutz gegenüber rechtswidrigen Nebenbestimmungen begünstigender Verwaltungssakte, Würzburg 1973.

Kern, Katharina: Rechtliche Regulierung der Umweltrisiken von Human- und Tierarzneimitteln, Berlin 2010.

Kienle, Stefan: Die EU-Strukturpolitik nach 2006, Hamburg 2009.

Kilian, Wolfgang: Europäisches Wirtschaftsrecht: ein Studienbuch, 4. Aufl. München 2010.

Kischel, Uwe: Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichshof, EuR 2000, S. 380 ff.

Klees, Andreas: Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren, Köln 2005.

Kling, Michael / Thomas, Stefan: Kartellrecht, 1. Aufl. München 2007.

Kment, Martin: Das Eigenverwaltungsrecht der Europäischen Union, JuS 2011, S. 211 ff.

Knack, Hans-Joachim / Henneke, Hans-Günter (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG): Kommentar, 9. Aufl. Köln 2010.

Koch, Hans-Joachim / Rubel, Rüdiger / Heselhaus, F. Sebastian M: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. München 2003.

Koch, Oliver: Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften, Berlin 2003.

Kohnen, Dominic: Die Zukunft des Gesetzesvorbehalts in der Europäischen Union: Zur Rolle des Bundestages in den Angelegenheiten der Europäischen Union, Baden-Baden 1998.

Köller, Fabienne: Die Reform des europäischen Chemikalienrechts REACH im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Vorsorgeprinzips. Zugleich eine Abhandlung der wesentlichen rechtlichen Problemstellungen der REACH-Verordnung nach dem Kommissionsvorschlag vom 29. Oktober 2003, Frankfurt (Main) 2006.

Kopp, Ferdinand O. / Ramsauer, Ulrich: Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 14. Aufl. München 2013

Kopp, Ferdinand O. / Schenke, Wolf-Rüdiger: Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 20. Aufl. München 2014.

Korth, Silke: Verfahrensrechte in der europäischen Fusionskontrolle, Frankfurt (Main) 2003.

Kraußer, Hans-Peter: Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, Berlin 1991.

Krimphove, Dieter: Europäische Fusionskontrolle, Berlin 1992.

Kube, Hanno: Rechtsfragen der völkervertraglichen Euro-Rettung, WM 2012, S. 245 ff.

Kuhn, Andrea: REACH – Das neue europäische Regulierungssystem für Chemikalien, Berlin 2010.

Kwizda, Richard: Zulassungsverfahren für Humanarzneimittel in der Europäischen Union, Wien 1988.

Langen, Eugen / Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.): Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 11. Aufl. Neuwied 2011.

Laubinger, Hans-Werner: Das System der Nebenbestimmungen, WuV 1982, S. 117 ff.

Lecheler, Helmut: Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundätze, Berlin 1971.

Lehr, Katja: Staatliche Lenkung durch Handlungsformen, Frankfurt (Main) 2010.

Leibenath, Christoph: Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden 2000.

Lenz, Carl Otto / Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.): EU-Verträge: Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, 6. Aufl. Köln 2012.

Loewenheim, Ulrich / Meessen Karl M. / Riesenkampff, Alexander (Hrsg): Kartellrecht: Kommentar, 2. Aufl. München 2009.

Lorenz, Martin: Das gemeinschaftliche Arzneimittelzulassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Reform 2004/2005, Baden-Baden 2006.

Mager, Ute: Die staatengerichtete Entscheidung als supranationale Handlungsform, EuR 2001, S. 661 ff.

Martin-Ehlers, Andrés: Die Rückforderung von Zuwendungen wegen der Nichteinhaltung von vergaberechtlichen Auflagen, NVwZ 2007, S. 289 ff.

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. München 2011.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht Band I, 1. Aufl. München 1895.

Mestmäcker, Ernst-Joachim / Bremer, Eckhard: Die koordinierte Sperre im deutschen und europäischen Recht der öffentlichen Aufträge, BB 1995 Beilage zu Heft Nr. 50.

Meyer, Jürgen: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Baden-Baden 2011.

Milhat, Cédric: L'acte administratif. Entre processus et procédures, Montreuil 2007.

Möllers, Christoph (Hrsg.): Internationales Verwaltungsrecht: Eine Analyse anhand von Referenzgebieten, Tübingen 2007.

Möllers, Christoph / Achenbach, Jelena von: Die Mitwirkung des Europäischen Parlaments an der abgeleiteten Rechtssetzung der Europäischen Kommission nach dem Lissaboner Vertrag, EuR 2011, S. 39 ff.

Montag, Frank / Leibenath, Christoph: Aktuelle Probleme in der Europäischen Fusionskontrolle, WuW 2000, S. 852 ff.

Mülbert, Peter: Zusagen im deutschen und europäischen Fusionskontrollrecht, ZIP 1995, S. 699 ff.

Müller-Graff, Peter-Christian / Schmahl, Stefanie / Skouris, Vassilios (Hrsg.): Festschrift für Dieter H. Scheuing: Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel, Baden-Baden 2011.

Müller-Ibold, Till: Die Begründungspflicht im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main 1990.

Mutschler, Ulrich: Nebenbestimmungen zur Atomanlagengenehmigung und die Zulässigkeit ihrer Verwendung zur Ausräumung von Versagungsgründen, Köln 1974.

Nettesheim, Martin: Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, S. 738 ff.

Niedobitek, Matthias: Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge. Bund, Länder und Gemeinden als Träger grenzüberschreitender Zusammenarbeit, Tübingen 2001.

Obermayer, Klaus (Hrsg.): Kommentar zu Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl. Neuwied 2014.

Ohler, Christoph: Anmerkung zu EuGH, C-66/04, Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland/Parlament und Rat, JZ 2006, S. 358 ff.

Oppermann, Thomas von / Classen, Claus Dieter / Nettesheim, Martin: Europarecht: Ein Studienbuch, 6. Aufl. München 2014.

Pabel, Hermann: Rechtscharakter und Anwendung der Entscheidung im Vertrag zur Gründung der EWG, Bonn 1969.

Pache, Eckhard: Die Kontrolldichte in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, DVBl. 1998, S. 380 ff.

Peine, Franz-Joseph: Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. Heidelberg 2011.

Puigpelat, Oriol Mir: Die Kodifikation des Verwaltungsverfahrens im Europäischen Verwaltungsverbund, Die Verwaltung 2009, Beiheft 8, S. 177 ff.

Raschauer, Bernhard: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Wien 2009.

Rathke, Hannes: Von der Stabilitäts- zur Stabilisierungsunion: Der neue Art. 136 Abs. 3 AEUV, DÖV 2011, S. 753 ff.

Rengeling, Hans-Werner / Middeke, Andreas / Gellermann, Martin (Hrsg.): Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. München 2014.

Rieckhoff, Henning: Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Tübingen 2007.

Riegger, Michael: Die Freigabe von Unternehmenszusammenschlüssen unter Auflagen und Bedingungen im System der Europäischen Fusionskontrolle, Konstanz 1998.

Ritzer, Christoph: Europäische Kompetenzordnung. Reform der Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten durch den Vertrag über eine Verfassung für Europa, Baden-Baden 2006.

Röder, Sonja: Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, Köln 2007.

Rosenthal, Michael / Thomas, Stefan: European Merger Control: A Practitioner's Guide, 1. Aufl. München 2010.

Rumpel, Erwin: Nebenbestimmungen zu atomrechtlichen Teilentscheidungen unter besonderer Berücksichtigung der inhaltlichen Beschränkung nach § 17 Abs. 1 S. 2 des Atomgesetzes, Würzburg 1984.

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Allgemeiner Teil, 6. Aufl. München 2012.

Savigny von, Friedrich: System des heutigen römischen Rechts, Band 3, 1840.

Schachel, Jens: Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, Berlin 1977.

Schachel, Jens: Geldleistungsauflagen, DVBl. 1980, S. 1038 ff.

Schachel, Jens: Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, Jura 1981, S. 449 ff.

Schermers, Henry G. / Waelbroeck, Denis F.: Judicial protection in the European Union, 6. Aufl. Den Haag 2001.

Schmehl, Arndt: Die Abgrenzung zwischen echter Auflage und Inhaltsbestimmung der Genehmigung, UPR 1998, S. 334 ff.

Schmidt, Karsten: Umdenken im Kartellverfahrensrecht! Gedanken zur Europäischen VO Nr. 1/2003, BB 2003, S. 1237 ff.

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. Berlin 2006.

Schmidt-Aßmann, Eberhard / Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.): Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1. Aufl. Baden-Baden 1999.

Schmidt-Aßmann, Eberhard / Schöndorf-Haubold, Bettina (Hrsg.): Der Europäische Verwaltungsverbund, Tübingen 2005.

Schmidt-Aßmann, Ulrike: Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 1993, S. 924 ff.

Schneider, Hans-Josef: Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozess, Berlin 1981.

Schneider, Jens-Peter (Hrsg.): Verwaltungsrecht in Europa, Göttingen 2009.

Schneiders, Bendikt: Die Grundrechte der EU und die EMRK: das Verhältnis zwischen ungeschriebenen Grundrechten, Grundrechtscharta und Europäischer Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 2010.

Schönberger, Christoph: Normenkontrollen im EG-Förderalismus – Die Logik gegenläufiger Hierachisierungen im Gemeinschaftsrecht, EuR 2003, S. 600 ff.

Schöndorf-Haubold, Bettina: Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft. Rechtsformen und Verfahren europäischer Verbundverwaltung, München 2005.

Schröter, Helmuth / Jakob, Thinam / Mederer, Wolfgang: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 1. Aufl. Baden-Baden 2003.

Schulze, Reiner / Zuleeg, Manfred / Kadelbach, Stefan (Hrsg.): Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Aufl. Baden-Baden 2010.

Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1. Aufl. Baden-Baden 1996.

Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung, 1. Aufl. Baden-Baden 1983.

Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts: Regelungstechniken, Kontrollverfahren und Sanktionen, 1. Aufl. Baden-Baden 2002.

Schwarze, Jürgen: Rechtsstaatliche Grundsätze für das Verwaltungshandeln in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: Colneric, Ninon (Hrsg.): Une communauté de droit : Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Berlin 2003, S. 147 ff.

Schwarze, Jürgen: Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl. Baden-Baden 2005.

Schwarze, Jürgen (Hrsg.): Verfahren und Rechtsschutz im Europäischen Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 2010.

Schwarze, Jürgen (Hrsg.): EU-Kommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2012.

Schwarze, Jürgen / Weitbrecht, Andreas: Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts: Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003, 1. Aufl. Baden-Baden 2004.

Schweitzer, Michael (Hrsg.): Europäisches Verwaltungsrecht, Wien 1991.

Soria, José Martínez: Die Kodizes für gute Verwaltungspraxis – ein Beitrag zur Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts der EG, EuR 2001, S. 682 ff.

Stelkens, Paul: Das Problem Auflage, NVwZ 1985, S. 469 ff.

Stelkens, Ulrich: Europäische Rechtsakte als „Fundgruben“ für allgemeine Grundsätze des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts, ZEuS 2004, S. 129 ff.

Stelkens, Ulrich: Die "Europäische Entscheidung" als Handlungsform des direkten Unionsvollzugs nach dem Vertrag über eine Verfassung für Europa, ZEuS 2005, S. 61 ff.

Stelkens, Ulrich: Probleme des Europäischen Verwaltungsvertrages nach dem Vertrag zur Gründung einer Europäischen Gemeinschaft und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuZW 2005, S. 299 ff.

Stelkens, Paul / Bonk, Heinz Joachim/ Sachs, Michael (Hrsg.): Kommtar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. München 2014.

Streinz, Rudolf (Hrsg.): Neuartige Lebensmittel. Problemaufriss und Lösungsansätze, Bayreuth 1999.

Streinz, Rudolf (Hrsg.): Europarecht, 9. Aufl. Heidelberg 2012.

Streinz, Rudolf (Hrsg.): Kommentar zu EUV und AEUV, 2. Aufl. München 2012.

Temple Lang, John: Commitment decisions under Regulation 1/2003 – legal aspects of a new kind of competition decision, ECLR 2003, S. 347 ff.

Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.): Verwaltungsrecht der Europäischen Union: Zur Ausdifferenzierung und Globalisierung der europäischen Verwaltungsrechtsordnung, 1. Aufl. Baden-Baden 2011.

Théron, Sophie / Mazères, Jean-Arnaud: La notion de condition : Contribution à l'étude de l'acte administratif, Paris 2002.

Thym, Daniel: Euro-Rettungsschirm: zwischenstaatliche Rechtskonstruktion und verfassungsgerichtliche Kontrolle, EuZW 2011, S. 167 ff.

Triantafyllou, Dimitris: Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt. Beitrag zum positiven Rechtmässigkeitsprinzip in der EG, Baden-Baden 1996.

Triantafyllou, Dimitris: Rechtsschutzmöglichkeiten im europäischen Beihilfewesen, EuR 2003, S. 480 ff.

Trute, Hans-Heinrich /Groß, Thomas /Röhl, Hans Christian /Möllers, Christoph (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 1. Aufl. Tübingen 2008.

Uhlig, Torsten: Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren: Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Recht, Göttingen 1996.

Ullrich, Meike: Die Wahl der Rechtsgrundlage als Rechtsproblem des Gemeinschaftsrechts, ZEuS 2000, S. 243 ff.

Vieweg, Klaus (Hrsg.): Risiko – Recht – Verantwortung: Erlanger Symposium am 9./10. Juli 2004, Köln 2006.

Vogt, Matthias: Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2005.

Völcker, Sven: Das beschleunigte Verfahren in EU-Wettbewerbssachen: Effektiver Rechtsschutz in der Fusionskontrolle?, WuW 2003, S. 6 ff.

Von der Groeben, Hans / *Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl. Baden-Baden 2003.

Wahl, Rainer: Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht in: *Hill, Herrmann / Pitschas, Rainer* (Hrsg.): Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht: Beiträge der 70. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 20. bis 22. März 2002 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1. Aufl. Berlin 2004, S. 357 ff.

Weber, Albrecht: Die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion in der Finanzkrise, EuZW 2011, S. 935 ff.

Weyreuther, Felix: Über „Baubedingungen", DVBl. 1969, S. 232 ff. und 295 ff.

Wiedemann, Gerhard (Hrsg.): Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. München 2008.

Wieland, Joachim: Der Rettungsschirm für Irland, NVwZ 2011, S. 340 ff.

Winter, Gerd: Kompetenzverteilung und Legitimation in der Europäischen Mehrebenenverwaltung, EuR 2005, S. 255 ff.

Wolff, Hans J. / Bachof, Otto / Stober, Rolf / Kluth, Winfried: Verwaltungsrecht I: Ein Studienbuch, 12. Aufl. München 2007.

Wolnicki, Boris: Zum Akzessorietätsprinzip bei der Systemfeststellung nach § 6 III VerpackV – zugleich zur Nebenbestimmungsfeindlichkeit von rechtsgestaltenden Verwaltungsakten, NVwZ 1994, S. 872 ff.

Ziekow, Jan: Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. Stuttgart 2013.

Zimmer, Daniel / Blaschczok, Martin: Die Banken-Beihilfenkontrolle der Europäischen Kommission: Wettbewerbsschutz oder Marktdesign?, WuW 2010, S. 142 ff.

Zipfel, Walther / Rathke, Kurt-Dietrich (Hrsg.): Lebensmittelrecht: Loseblatt-Kommentar aller wesentlichen Vorschriften für das Herstellen und Inverkehrbringen von Futtermitteln, kosmetischen Mitteln, sonstigen Bedarfsgegenständen sowie Tabakerzeugnissen, 156. Ergänzungslieferung, München 2014.

Zottl, Pia-Maria: Finanzmarktstabilisierung und Wettbewerbsschutz im Lichte jüngster Entwicklungen des Europäischen Beihilfenrechts – Die Genehmigungspraxis der Kommission zu staatlichen Beihilfen für Banken in der Krise, Wien 2010.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet
Aufl.	Auflage
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AtomG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge
BT	Bundestag
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise

ders.	derselbe
dies.	dieselbe
d.h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Drs.	Drucksache
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. L 133 vom 30.04.2004, S. 1, zuletzt geändert durch Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1269/2013 der Kommission vom 5. Dezember 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. L 336 vom 14.12.2013, S. 1.
ECLR	European Competition Law Review (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
EFSF	Europäische Finanzstabilitätsfazilität
EFSM	Europäischer Finanzstabilisierungsmechanismus
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags über die Europäische Union
endg.	endgültig
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)

Euratom	Europäische Atomgemeinschaft
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende Seite
ff.	fortfolgende Seiten
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontroll-verordnung“), ABl. Nr. L 24 vom 29.01.2004, S. 1-22
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GastG	Gaststättengesetz
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HandwO	Gesetz zur Ordnung des Handwerks
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)

JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KOM	Europäische Kommission (so zitiert in ihren Dokumenten)
Kommjur.	Kommunaljurist (Zeitschrift)
lit.	Buchstabe
LS	Leitsatz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
PharmR	Pharma Recht (Zeitschrift)
REACh	Registration, Evaluation and Authorisation of Chemicals (Registrierung, Bewertung und Zulassung von Chemikalien)
Rs.	Rechtssache
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Slg.	Sammlung des Gerichtshofes der Europäischen Union
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
StVO	Straßenverkehrsordnung
u.a.	unter anderem
Unterabs.	Unterabsatz
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche

VO	Verordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes
WaffG	Waffengesetz
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuV	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert

EINLEITUNG

§ 1 PROBLEMSTELLUNG

Nebenbestimmungen stellen auf nationaler Ebene wie auch im Unionsrecht ein wichtiges Gestaltungsmittel der Verwaltung dar. Ihre Funktionen sind zahlreich und machen sie für die Verwaltung unverzichtbar. Insbesondere ermöglichen Nebenbestimmungen die Feinsteuerung der Verwaltungstätigkeit und erlauben es damit der Behörde, der faktischen Vielfalt an Einzelfällen angemessen zu begegnen. Die Verwaltung kann auf diese Weise nicht nur die zeitliche, örtliche oder inhaltliche Begrenzung einer Begünstigung erreichen, sondern auch gänzlich andere Ziele verfolgen wie die Bewältigung von tatsächlichen Unklarheiten, die Sicherung einer Gegenleistung oder die Wahrung der Rechte Dritter.[1] Diese Bandbreite an Funktionen macht den praktischen Stellenwert von Nebenbestimmungen für die Verwaltung deutlich.

Im Eigenverwaltungsrecht der Europäischen Union (EU) finden sich dementsprechend etliche Beispiele für den Erlass von Nebenbestimmungen. Besonders zahlreich und ausführlich wissenschaftlich beleuchtet[2] sind Nebenbestimmungen im Fusionskontrollrecht. Dort dienen sie dazu, die Vereinbarkeit einer Fusion mit dem Gemeinsamen Markt herzustellen. Dies geschieht vor allem in Form von Veräußerungs- und Entflechtungszusagen der Unternehmen. Auch im Produktzulassungsrecht spielen Nebenbestimmungen eine wichtige Rolle. So sieht zum Beispiel das Arzneimittelrecht vor, dass der Zulassungsinhaber mittels spezifischer Auflagen dazu verpflichtet werden kann, Studien abzuschließen oder einzuleiten.

Im Bereich der Beihilfenaufsicht[3] erlässt die Europäische Kommission Nebenbestimmungen gegenüber den Mitgliedstaaten. Diese können beispielsweise Einschränkungen hinsichtlich der Art, der Höhe oder des Zwecks der Beihilfe vorsehen. Im Zuge der Finanzkrise ab dem Jahr 2007 prüfte die Kommission zahlreiche Beihilfen zur Rettung angeschlagener Banken auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt hin. Diese wurde in aller Regel durch Nebenbestimmungen sichergestellt, die die Vorlage und Umsetzung eines Umstrukturierungsplans oder Ausgleichsmaßnahmen wie die Verpflichtung zur Veräußerung von Vermögenswerten vorsahen. Zudem wurde dem betroffenen Mitgliedstaat regelmäßig eine Pflicht zur Berichterstattung über den Fortgang der Umsetzung der Nebenbestimmungen auferlegt.

---

1 Zu den Funktionen der Nebenbestimmungen vgl. Teil 2 § 1 C, S. 23.

2 Vgl. nur *Arhold*, EWS 2001, 573 ff.; *Berg*, EuZW 2003, 362 ff.; *Fuchs*, WuW 1996, 269 ff.; *Heidenhain*, EuZW 1994, 135 ff.; *Heithecker*, Wettbewerbssicherung in der Europäischen Fusionskontrolle durch Zusagen; *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle; *Mülbert*, ZIP 1995, 699 ff.; *Riegger*, Die Freigabe von Unternehmenszusammenschlüssen unter Auflagen und Bedingungen im System der Europäischen Fusionskontrolle; *Uhlig*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren.

3 Vgl. dazu *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht; *Bleckmann*, NVwZ 2004, 11 ff.; *Ehricke*, EWS 2006, 241 ff.

Ebenso finden sich die Begriffe der Bedingung und der Auflage bei der Gewährung direkter Finanzhilfen durch die Union. Auch wenn Finanzhilfen zugunsten von Mitgliedstaaten erst im Zuge der Eurokrise große öffentliche Aufmerksamkeit erfahren haben, war bereits zuvor die Gewährung finanziellen Beistands zur Stützung der Zahlungsbilanzen möglich. Die Bewilligung eines Darlehens wird dabei an sogenannte wirtschaftspolitische Bedingungen geknüpft, die zur Wiederherstellung einer tragbaren Zahlungsbilanzsituation dienen. Ähnlich gestaltete sich die Gewährung von Finanzhilfen für überschuldete Euro-Länder im Zuge des sogenannten Rettungsschirms. Als Reaktion auf die Griechenlandkrise führte die Union im Jahre 2010 den Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM) ein. Der hiernach gewährte finanzielle Beistand wurde ebenfalls von allgemeinen wirtschaftspolitischen Bedingungen abhängig gemacht. Mit Art. 136 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) schuf die Union darüber hinaus eine neue primärrechtliche Rechtsgrundlage, auf deren Basis der Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM) verabschiedet wurde. Diese Norm besagt, dass die Gewährung von Finanzhilfen unter „strengen Auflagen“ zu erfolgen hat.

Die Europäischen Verträge enthalten keine allgemeine Regelung zur Zulässigkeit von Nebenbestimmungen im Unionsrecht. Da das Eigenverwaltungsrecht der EU jedoch notwendigerweise ein Pendant zu wichtigen, aus dem Verwaltungsverfahrensrecht der Mitgliedstaaten bekannten Instrumenten entwickeln muss,[4] um sich nicht dem Vorwurf der Rechtsverweigerung auszusetzen,[5] kann es auch auf allgemeine Regeln zum Gestaltungsmittel der Nebenbestimmung nicht verzichten. Dabei kommt zum einen eine Orientierung an den Konzepten der Mitgliedstaaten in Betracht, soweit diese ihrer Natur nach auf das Unionsrecht übertragbar sind. Solche Anleihen aus dem Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten sind zahlreich und bilden gewissermaßen die Grundlage für die Herausbildung eines Europäischen Verwaltungsrechts.[6] Neben den Konzepten der Mitgliedstaaten steht das bereits vorhandene unionsrechtliche Sekundärrecht zur Verfügung. Auch dieses kann zur Konzeptionierung allgemeiner Regeln einen wichtigen Beitrag leisten, sofern Gemeinsamkeiten aufgedeckt und hieraus allgemeine Schlüsse gezogen werden können. Etwaige Lücken können darüber hinaus durch die Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze geschlossen werden.

Ein solches allgemeines Regime der Nebenbestimmung im Eigenverwaltungsrecht der EU beinhaltet zunächst die Frage nach der Kompetenz der Unionsorgane zu ihrem Erlass. Dabei gilt es zu untersuchen, wie sich das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung auf Nebenbestimmungen auswirkt. Darüber hinaus ist zu klären, ob und wenn ja wann eine Ermächtigungsgrundlage im Sinne eines unionsrechtlichen Gesetzesvorbehalts erforderlich ist. Neben die in einer etwaigen Ermächtigungsnorm genannten Anforderungen an die Rechtmäßigkeit treten sodann allgemeine formelle und materielle Aspekte, die die Nebenbestimmung erfüllen muss. In formeller Hinsicht ist die Anwendung von Anhörungs-, Akteneinsichts- und Begründungspflichten auf Nebenbestimmungen zu untersuchen.

---

4 *Wahl* in: Hill/Pitschas, Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, S. 369.

5 So zum Widerruf von Verwaltungsakten EuGH, verb. Rs. 7/56 und 3 bis 7/57, *Algera u.a./Gemeinsame Versammlung*, Slg. 1957, 85, 118.

6 *Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 245 m.w.N.

Grundlegende Fragen des materiellen Rechts stellen sich zum Beispiel im Hinblick auf die Einhaltung höherrangigen Rechts, die hinreichende Bestimmtheit und das Nichtvorliegen von Unmöglichkeit. Ist eine Nebenbestimmung bereits erlassen, tritt die weitere Frage nach den Rechtsfolgen ihrer Nichtbeachtung auf. Daneben wirft auch der Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen Probleme auf, die aus dem deutschen Verwaltungsrecht bekannt sind, sich im Unionsrecht aber infolge des Systems der Klagearten in abgewandelter Form stellen.

Die vorliegende Arbeit versteht sich zugleich als Beitrag zur wissenschaftlichen Diskussion rund um die Kodifikation des europäischen Verwaltungsverfahrensrechts. Die Schaffung eines Verwaltungsverfahrenskodex der Union wird in der Literatur seit den neunziger Jahren ausgiebig diskutiert.[7] Bereits im Jahre 2009 wurde die Auffassung vertreten, das Stadium der „Präkodifikation" sei erreicht.[8] Die aktuelle Entwicklung gibt dieser Feststellung recht. Im Januar 2013 wurde eine Entschließung des Europäischen Parlaments angenommen, die von der Kommission die Vorlage eines Verordnungsvorschlags über das Verwaltungsverfahren der Union fordert.[9] Die Verordnung soll einen einheitlichen Mindeststandard an Verfahrensregeln im Bereich der direkten EU-Verwaltung garantieren. Zu diesen Verfahrensregeln könnte auch eine allgemeine Norm hinsichtlich der Zulässigkeit und der Grenzen von Nebenbestimmungen gehören, obgleich dies in der Entschließung bislang nicht vorgesehen ist.

§ 2 GANG DER UNTERSUCHUNG

Die Untersuchung gliedert sich in sechs Teile. Zunächst sollen die Grundzüge des Eigenverwaltungsrechts der Union dargestellt werden (Teil 1). Dabei ist insbesondere die im Zusammenhang mit dem Erlass von Nebenbestimmungen relevante Handlungsform des Beschlusses zu untersuchen. Sodann werden ausgehend von der deutschen Regelung der Nebenbestimmungen Formen, Begriff und Funktionen der Nebenbestimmung geklärt (Teil 2). Hieran schließt sich ein Überblick über die Rechtsgrundlagen von Nebenbestimmungen im Unionsrecht an, wobei bestehende Grundlagen zu untersuchen sind und gleichzeitig auf fehlende oder lückenhafte Ermächtigungen hinzuweisen ist (Teil 3). Die Frage nach den allgemeinen Voraussetzungen und den Grenzen der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen (Teil 4) kann erst mit diesem Hintergrundwissen beantwortet werden. Zum Abschluss soll des Weiteren auf die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung von Nebenbestimmungen (Teil 5) sowie den Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen (Teil 6) eingegangen werden.

---

7 *Hatje*, EuR 1998, Beiheft 1, S. 7, 24 ff.; *Ladenburger*, Evolution oder Kodifikation eines allgemeinen Verwaltungsrechts in der EU in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, S. 107 ff.; *Puigpelat*, Die Verwaltung 2009, Beiheft 8, S. 177 ff.; *Schwarze*, Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts in: ders., Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S. 844 ff.; *ders.*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 1397 ff.; *Soria*, EuR 2001, 682 ff.; *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 41 GRCh Rn. 21; *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 447, 466.

8 *Puigpelat*, Die Verwaltung 2009, Beiheft 8, S. 177, 206, 178.

9 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. Januar 2013 mit Empfehlungen an die Kommission zu einem Verwaltungsverfahrensrecht der Europäischen Union (2012/2024(INI)).

TEIL 1 DAS EIGENVERWALTUNGSRECHT DER EUROPÄISCHEN UNION

§ 1 DER VOLLZUG VON UNIONSRECHT IM EIGENVERWALTUNGSRECHT

Der Vollzug des Unionsrechts umfasst alle Vorgänge, die das abstrakt-generelle Unionsrecht in seinem Anwendungsbereich konkretisieren und individualisieren.[10] Er weicht insofern vom Vollzug nationalen Rechts innerhalb der Mitgliedstaaten ab, als die für die zweiseitige Beziehung zwischen Staat und Bürger entwickelten nationalen Regeln nicht bedingungslos auf das Mehrebenensystem zwischen der Europäischen Union, den Mitgliedstaaten und dem Bürger übertragen werden können.[11] Als Verwaltungsgemeinschaft[12] vollzieht die Union ihr Recht nicht ausschließlich durch eigene Organe, sondern auch und insbesondere durch die Organe der Mitgliedstaaten. Hieraus resultiert die grundlegende Unterscheidung zwischen dem direkten Vollzug des Unionsrechts durch die Union selbst und seinem indirekten Vollzug durch die Mitgliedstaaten.[13] Dem entsprechen weitgehend die häufig verwendeten Kategorien des Eigenverwaltungsrechts und des Unionsverwaltungsrechts.[14] Dieses sogenannte Trennungsprinzip wird jedoch durch das Kooperationsprinzip notwendigerweise ergänzt.[15] So existiert eine sogenannte Kooperations- oder Verbundsverwaltung, die vielfältige Kooperations- und Mischformen umfasst, in die sowohl nationale Behörden als auch Unionsorgane eingebunden sind.[16] Die Übergänge zwischen den verschiedenen Verwaltungsformen sind dabei fließend, da auch in klassischen Bereichen des direkten Vollzugs, wie dem Wettbewerbsrecht, eine enge Kooperation mit den nationalen Behörden stattfindet.[17] Darüber hinaus können nationale Behörden zu einem Teil der Unionsverwaltung

---

10 *Gärditz*, DÖV 2010, 453, 453.

11 So *Classen* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 197 AEUV Rn. 3; *Schmidt-Aßmann* in: ders./Schöndorf-Haubold, Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 1, 9.

12 Vgl. *Kment*, JuS 2011, 211, 211; *Schmidt-Aßmann* in: ders./Schöndorf-Haubold, Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 1, 2.

13 Vgl. *Hatje*, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, S. 43 f.; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 25 ff.; *Kment*, JuS 2011, 211, 211; *Wahl* in: Hill/Pitschas, Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, S. 374; *Gornig/Trüe*, JZ 1993, 884, 884; *Gundel* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 3 Rn. 91; *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 47 f.

14 Begriffsprägend wohl *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1993, 924, 925 ff.; *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 49 f.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 385 ff.; ausführlich dazu *Hegels*, EG-Eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht.

15 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 383; *ders.* in: ders. /Hoffmann-Riem, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, S. 9, 19.

16 *Augsberg* in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 6 Rn. 15, 50 ff.; *Hatje*, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, S. 47; *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 340 ff., 609 ff.

17 Vgl. dazu *Hatje*, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, S. 43 m.w.N.

werden, wie dies bei den Referenzgebieten der Strukturpolitik, der Arzneimittelzulassung und der Zulassung gentechnisch veränderter Lebensmittel der Fall ist.[18]

Für die Zwecke dieser Arbeit interessiert ausschließlich das Eigenverwaltungsrecht der Union, welches in Art. 298 Abs. 1 AEUV eine eher knappe Regelung erfahren hat. Demnach stützen sich die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union zur Ausübung ihrer Aufgaben auf eine offene, effiziente und unabhängige europäische Verwaltung. In welchen konkreten Fällen das Eigenverwaltungsrecht zum Zuge kommt, regelt der AEUV allerdings nicht explizit. Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist der Grundsatz der institutionellen und verfahrensmäßigen Autonomie der Mitgliedstaaten, wonach die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten solange gegeben ist, als das Unionsrecht nicht ausdrücklich etwas anderes vorsieht.[19] Hierin liegt eine Ausformung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 und 2 des Vertrages über die Europäische Union (EUV). Daher setzt auch die Befugnis der Union zum administrativen Tätigwerden stets eine ausdrückliche Bestimmung im Vertragsrecht voraus, die den direkten Vollzug entweder unmittelbar selbst vorsieht oder zum Erlass einer entsprechenden sekundärrechtlichen Norm ermächtigt.[20] Das Primärrecht sieht nur einige wenige Vollzugsbefugnisse der Union selbst vor.[21] Daneben treten die auf Basis der Art. 291 Abs. 2 und Art. 352 AEUV sekundärrechtlich zugewiesenen Verwaltungsaufgaben.[22] Die auf diese Weise niedergelegten Kompetenzen sind stets auf bestimmte Bereiche begrenzt; eine sachgebietsübergreifende Kompetenzgrundlage für den Vollzug durch die Unionsorgane ist nicht vorhanden.[23] Eine Eigenverwaltungsbefugnis gegenüber den Unionsbürgern besteht insbesondere im Wettbewerbsrecht sowie im Produktzulassungsrecht.[24]

Sobald eine Eigenverwaltungsbefugnis vorliegt, handeln die Unionsorgane auf deren Basis. Die Organe vollziehen mithin ausschließlich Normen ihrer eigenen Rechtsordnung und sorgen für deren ordnungsgemäße Anwendung.[25] Auch für den Fall, dass das Verwaltungsverfahrensrecht der Union keine ausdrückliche Regelung enthält, ist ein Rückgriff auf das Recht eines Mitgliedstaates ausgeschlossen.[26]

---

[18] *Hatje* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 298 AEUV Rn. 15.

[19] *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 308; *Winter*, EuR 2005, 255, 260 m.w.N.

[20] *Augsberg* in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 6 Rn. 31; *Kment*, JuS 2011, 211, 211.

[21] Vgl. für das Kartellrecht Art. 106 Abs. 3 AEUV und für das Beihilfenaufsichtsrecht Art. 108 AEUV.

[22] So beispielsweise im Lebensmittelrecht, vgl. *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 304; *Kment*, JuS 2011, 211, 212.

[23] *Augsberg* in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 6 Rn. 12; *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 305, 467 f.

[24] *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 327 f.

[25] *Gornig/Trüe*, JZ 1993, 884, 885.

[26] *Gundel* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 3 Rn. 98 und 175; in Ermangelung einer gemeinschaftsrechtlichen Normierung greift der EuGH hingegen auf eine rechtsvergleichende Betrachtung aller mitgliedstaatlichen Regelungen zurück, EuGH, verb. Rs. 7/56 und 3 bis 7/57, *Algera u.a./Gemeinsame Versammlung*, Slg. 1957, 85, 118 f.

Die Ausübung der Verwaltungstätigkeit im Rahmen des Eigenverwaltungsrechts ist nicht auf bestimmte Unionsorgane beschränkt. Verwaltungsträger sind vielmehr alle sieben in Art. 13 EUV aufgezählten Unionsorgane sowie weitere Ausschüsse und Ämter.[27] Das mit Abstand wichtigste Exekutivorgan ist jedoch die Europäische Kommission.[28] Sie nimmt gemäß Art. 17 Abs. 1 S. 5 EUV nach Maßgabe der Verträge Koordinierungs-, Exekutiv- und Verwaltungsaufgaben wahr.[29] Häufig werden jedoch auch verselbstständigte Rechtsträger tätig, die unter dem Begriff der Agenturen zusammengefasst werden.[30]

§ 2 VERWALTUNGSENTSCHEIDUNGEN IM EIGENVERWALTUNGSRECHT

Grundsätzlich stehen den Unionsorganen im Bereich der Eigenverwaltung sämtliche dem Unionsrecht bekannten einseitigen Handlungsformen zur Verfügung. Die Zuordnung einer bestimmten Handlungsform zur Verwaltungstätigkeit der Kommission sucht man vergebens. Sobald es jedoch um den Vollzug des Unionsrechts im Einzelfall geht, kommen nur solche Handlungsformen in Betracht, die die Konkretisierung und Individualisierung abstrakt-genereller Normen ermöglichen und bezwecken. Im Folgenden sollen daher diese für Verwaltungsentscheidungen tauglichen Handlungsformen herausgefiltert werden. Darüber hinaus soll den konsensualen Handlungsformen, die im Rahmen der Ermittlung der Funktionen von Nebenbestimmungen[31] eine wichtige Rolle spielen, ein Abschnitt gewidmet werden.

A. Die Handlungsformen des Art. 288 AEUV

Art. 288 AEUV enthält eine Aufzählung der förmlichen Rechtsakte, die von den Organen der Europäischen Union erlassen werden können. Dabei kategorisiert er die Rechtsakte nach deren rechtlichen Wirkungen[32] und behält das sogenannte „Quintett der Römischen Verträge“[33] bei. Hierzu zählen nunmehr Verordnungen und Richtlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen sowie Beschlüsse. Verordnungen eignen sich nicht als Instrument der

---

[27] *Augsberg* in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 6 Rn. 37 m.w.N.

[28] *Gundel* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 3 Rn. 11; *Hatje* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 298 AEUV Rn. 8; *Kment*, JuS 2011, 211, 212; *Kugelmann* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 17 EUV Rn. 31; *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 EUV Rn. 13; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 397; *Streinz*, Europarecht, Rn. 576.

[29] In Abgrenzung hierzu werden der Rat und das Europäische Parlament in Art. 14 Abs. 1 S. 1 und 16 Abs. 1 S. 1 EUV als Gesetzgeber bezeichnet.

[30] *Gundel* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 3 Rn. 25 ff.; *Hatje* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 13 EUV Rn. 41; *Kment*, JuS 2011, 211, 212; *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 298 AEUV Rn. 3 ff.

[31] Vgl. dazu Teil 2 § 1 C, S. 24.

[32] *Bast* in: Von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 545.

[33] *Kotzur* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 4; *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 4.

Verwaltung für den Vollzug von Unionsrecht im Einzelfall.[34] Sie haben gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV allgemeine Geltung und können ihre Wirkung für den Einzelnen im Regelfall erst infolge des Vollzugs durch andere Rechtsakte entfalten.[35]

Am abstrakt-generellen Charakter der Richtlinie bestehen auf den ersten Blick aus zwei Gründen Zweifel: Zum einen richtet sie sich an die Mitgliedstaaten und verfügt damit über individuelle Adressaten.[36] Zum anderen hat das in Art. 288 Abs. 3 AEUV beschriebene zweistufige Verfahren zur Folge, dass Richtlinien grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung entfalten.[37] Allerdings kann eine Richtlinie jedenfalls dann die Wirkung eines Gesetzes innehaben, wenn ihre Bestimmungen unmittelbar anwendbar sind,[38] was nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs unter bestimmten Voraussetzungen der Fall ist.[39] Ebenfalls für den abstrakt-generellen Charakter der Richtlinie spricht ihre Funktion als Auslegungsmaßstab des nationalen Umsetzungsaktes.[40] Nach dem Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung[41] hat ein mitgliedstaatliches Gericht „das nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen“.[42] Folglich handelt es sich auch bei der Handlungsform der Richtlinie nicht um eine konkret-individuelle Regelung, die mit Nebenbestimmungen verbunden werden kann.

Empfehlungen und Stellungnahmen sind zwar an bestimmte Adressaten gerichtet, wobei es sich sowohl um Mitgliedstaaten als auch um Individuen handeln kann.[43] Dementsprechend weisen sie den konkret-individuellen Charakter einer Verwaltungsentscheidung auf. Allerdings legen sie dem Adressaten ein bestimmtes Verhalten lediglich nahe und begründen keine unmittelbare rechtliche Verpflichtung.[44] Folglich handelt es sich mangels

---

[34] So auch *Gundel* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 3 Rn. 66; *Szczekalla* in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 5 Rn. 28; *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 19.

[35] *Gornig/Trüe*, JZ 1993, 884, 885.

[36] *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 24; *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 72.

[37] *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 28.

[38] *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, S. 71.

[39] St. Rspr.; vgl. EuGH, Rs. 71/74, *Van Duyn*, Slg. 1974, 1337 Rn. 2; EuGH, Rs. 148/78, *Ratti*, Slg. 1979, 1629 Rn. 18 ff.; EuGH, Rs. 8/81, *Becker*, Slg. 1982, 53 Rn. 25: Richtlinienbestimmungen können unmittelbare Wirkung entfalten, wenn ein Umsetzungsdefizit vorliegt und die entsprechende Bestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend genau ist. Vgl. ausführlich zu den Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 51 ff.; *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 29.

[40] *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, S. 72.

[41] Vgl. ausführlich zur richtlinienkonformen Auslegung: *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 77 ff.; *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 125 ff.

[42] Vgl. beispielsweise EuGH, Rs. 14/83, *von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, 1891 Rn. 26.

[43] *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 410.

[44] *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 410; *Hetmeier* in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 288 AEUV Rn. 32.

Verbindlichkeit auch nicht um eine Verwaltungsentscheidung, mit der eine Nebenbestimmung verbunden werden könnte.

B. Die Handlungsform des Beschlusses

Anstelle der Entscheidung, wie sie noch in Art. 249 EGV vorgesehen war, definiert Art. 288 AEUV nunmehr den Begriff des Beschlusses. Die Umbenennung alleine zieht zunächst keinerlei rechtliche Konsequenzen mit sich. Dies wird besonders deutlich, wenn man die anderen Sprachfassungen der Norm betrachtet. In einer Vielzahl von Fassungen hat nämlich gar keine Umbenennung der Entscheidung stattgefunden.[45] Die Umbenennung in der deutschen Fassung bezeichnet *Stelkens* daher zutreffend als „Fehlübersetzung".[46] Dennoch erscheint sie vor dem Hintergrund einer völlig neuen Definition in Art. 288 Abs. 4 AEUV nicht sinnlos. Aus dem Wortlaut folgt, dass zwischen zwei verschiedenen Arten von Beschlüssen zu unterscheiden ist[47]: solche die an einen Adressaten gerichtet sind und solche, bei denen dies nicht der Fall ist. Sie werden im Folgenden als adressatengerichtete und als allgemeine Beschlüsse tituliert.

I. Der adressatengerichtete Beschluss

Der adressatengerichtete Beschluss wird in Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV als ein an einen oder mehrere Adressaten gerichteter, verbindlicher Rechtsakt definiert. Er stellt nunmehr den verbindlichen Rechtsakt des Unionsrechts für Einzelfälle[48] und die eigentliche Nachfolgerechtsform der Entscheidung dar.[49] Damit umfasst die neue Handlungsform des Beschlusses die vormalige Handlungsform der Entscheidung.[50] Hieraus folgt zugleich, dass die bislang zur Entscheidung entwickelten Grundsätze auf diese Form des Beschlusses übertragen werden können.[51] Adressaten des adressatengerichteten Beschlusses können ebenso natürliche oder juristische Personen wie Mitgliedstaaten sein.[52]

---

45 Vgl. zum Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE) *Stelkens*, ZEuS 2005, 61, 63.

46 So zum VVE, der den Begriff des Beschlusses erstmals enthielt, *Stelkens*, ZEuS 2005, 61, 65.

47 Daneben bestehen nach *Stelkens*, der von der „Dreifaltigkeit" des Beschlusses ausgeht, Beschlüsse mit Regierungs- und Verfassungscharakter, vgl. *Stelkens*, ZEuS 2005, 61, 85, 92.

48 *Gundel* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 3 Rn. 71; *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 86; *Streinz*, Europarecht, Rn. 588.

49 *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 90; *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 136.

50 *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 32; *Kotzur* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 21; *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, § 5 Rn. 530.

51 *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, § 5 Rn. 530 Fn. 500.

52 *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 33; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 402; *Kotzur* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 21.

1. An Privatpersonen gerichtete Beschlüsse

Die an Privatpersonen gerichteten Beschlüsse stellen ein typisches Verwaltungsinstrument dar und bilden die „zentrale Kategorie für den Erlass von Einzelfallregelungen“[53]. Folglich sind sie zumindest im Ansatz mit den Verwaltungsakten des nationalen Rechts vergleichbar.[54] So mancher Versuch der Definition erinnert denn auch stark an die Regelung des Verwaltungsaktes in § 35 Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes (VwVfG). *Bockey* beispielsweise definiert die Entscheidung als „einseitige Maßnahme, welche ein Gemeinschaftsorgan zur Regelung eines oder mehrerer Einzelfälle gegenüber einem feststehenden Personenkreis auf dem Gebiet des Gemeinschaftsrechts trifft, und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.“[55] Auch *Szczekalla* benennt als Strukturmerkmale des Beschlusses dessen Regelungscharakter sowie dessen Einzelfallbezug.[56] Ob eine Außenwirkung erforderlich ist, ist hingegen umstritten.[57] Unabhängig hiervon werden in jedem Fall ähnliche Kriterien wie beim Verwaltungsakt herangezogen. Dies erklärt, warum die Entscheidung sowohl durch die Literatur[58] als auch durch den Gerichtshof[59] bereits als „Europäischer Verwaltungsakt“ bezeichnet wurde. Auch wenn keine völlige Übereinstimmung mit dem deutschen Verwaltungsakt besteht,[60] lässt sich im Ergebnis feststellen, dass der adressatengerichtete Beschluss das unionsrechtliche Gegenstück desselben bildet. Beide stellen das typische Vollzugsinstrument der Verwaltung dar, mit dem auch Nebenbestimmungen verbunden werden können.

2. An Mitgliedstaaten gerichtete Beschlüsse

Auf den ersten Blick unterscheidet sich der staatengerichtete Beschluss hiervon beträchtlich. Ein Vergleich zum Verwaltungsakt oder einer anderen nationalen Handlungsform drängt sich zunächst nicht auf.[61] Allerdings gibt es auch unter den staatengerichteten Beschlüssen solche, deren Zweck – ebenso wie derjenige von privatgerichteten Beschlüssen – in der Anwendung

---

53 So zur Entscheidung *Gundel* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 3 Rn. 71.

54 *Gundel* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 3 Rn. 71; *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 91; *Szczekalla* in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 5 Rn. 28 m.w.N.; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 349, 357; *Streinz*, Europarecht, Rn. 588.

55 *Bockey*, Die Entscheidung der Europäischen Gemeinschaft, S. 31.

56 *Szczekalla* in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 5 Rn. 32 ff.; ähnlich auch *Junker*, Der Verwaltungsakt im deutschen und europäischen Recht und die Entscheidung im Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 165 ff.

57 *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 243 m.w.N.; verneinend *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 360.

58 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 929 ff.; *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 82; kritisch *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 363.

59 EuGH, verb. Rs. 7/56 und 3 bis 7/57, *Algera u.a./Gemeinsame Versammlung*, Slg. 1957, 85, 118 f.; EuGH, Rs. 15/85, *Consorzio Cooperative/Kommission*, Slg. 1987, 1005, 1033f.

60 Zu den Unterschieden siehe *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 358 ff.*; ders.*, ZEuS 2005, 61, 68 ff.

61 So auch *Mager*, EuR 2001, 661, 662; *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 137.

materieller Bestimmungen auf den Einzelfall besteht.[62] Die Mitgliedstaaten können der Union nämlich – wie *Vogt* sehr treffend formuliert[63] – nicht nur „in ihrer Eigenschaft als innerhalb eines supranationalen Verwaltungsbundes eingeschaltete gegenüber dem Bürger tätig werdende Stellen, sondern selbst als Rechtsunterworfene" gegenüberstehen. Die Stellung des Mitgliedstaates als Rechtsunterworfener zeigt sich beispielsweise in der Beihilfenaufsicht ganz deutlich an den im Regelfall bestehenden Interessenlagen. Die involvierten Hoheitsträger auf der Ebene der Union und der Mitgliedstaaten verfolgen in der Regel sehr unterschiedliche Interessen, wobei mitunter sogar von einem „kollusiven Zusammenwirken" zwischen den begünstigten Unternehmen und dem subventionierenden Mitgliedstaat die Rede ist.[64] In einer solchen Konstellation erscheint dann auch das Beifügen von Nebenbestimmungen zu einem Beschluss, der an einen Mitgliedstaat adressiert ist, naheliegend.

II. Der allgemeine Beschluss

Die Norm des Art. 288 Abs. 4 AEUV erlaubt darüber hinaus aber auch Beschlüsse, die nicht an einen Adressaten gerichtet sind, sondern an einen unbestimmten Adressatenkreis ergehen.[65] Insbesondere die bislang nicht geregelte, „heimlich entstandene" Handlungsform des Beschlusses[66] wurde auf diese Weise integriert.[67]

Über den allgemeinen Beschluss sagt der Text des AEUV selbst jedoch nicht besonders viel aus. Art. 288 Abs. 4 S. 1 AEUV bestimmt lediglich, dass er in allen seinen Teilen verbindlich ist. Dies lässt zum einen eine klare Abgrenzung zu den unverbindlichen Instrumenten der Empfehlung und der Stellungnahme zu. Zum anderen kann hieraus abgeleitet werden, dass allgemeine Beschlüsse in allgemeine Verbindlichkeit erwachsen.[68] Er weist damit einen normativen Charakter auf,[69] so dass die Beifügung von Nebenbestimmungen ausscheidet.

III. Als Verordnung oder Stellungnahme ergangene Beschlüsse

Des Weiteren existieren Rechtsakte, die der Form nach als Verordnung oder auch als auch Stellungnahme erlassen werden und dennoch eine Regelung mit Einzelfallbezug enthalten. Da

---

62 *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform, S. 93.

63 *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform, S. 93.

64 *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform, S. 55.

65 Kritisch hierzu *Stelkens*, ZEuS 2005, 61, 66 ff.; *ders.* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 353; *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 337 ff.

66 Zur Dogmatik des Beschlusses: *Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU, S. 109 ff.

67 *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 32; *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 87; *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 Rn. 133; *Streinz*, Europarecht, Rn. 515.

68 *Kotzur* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 21.

69 *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 133.

die Einordnung sich grundsätzlich primär an materiellen Kriterien orientiert,[70] stellen sie adressatengerichtete Beschlüsse dar.[71]

Bei Verordnungen ist dies der Fall, wenn an die Stelle einer generellen Regelung eine Gesamtheit an Einzelfällen tritt.[72] Eine solche Situation liegt vor, sobald der Adressatenkreis des Rechtsaktes begrenzt ist und von vorneherein feststeht, welche Personen betroffen sein werden. Der Gerichtshof der Union bezeichnete einen solchen Rechtsakt als „ein Bündel individueller Entscheidungen“[73] oder auch als „Sammelentscheidung“[74] und ordnete ihn als Entscheidung ein. Mit Entstehen der Rechtsform des allgemeinen Beschlusses ist diese Abgrenzung allerdings schwieriger geworden.[75]

Auch Rechtsakte, die als Stellungnahmen ergangen sind, können ihrer Rechtsnatur nach als Beschlüsse einzuordnen sein.[76] Dies ist immer dann der Fall, wenn die Stellungnahme entgegen ihrer Rechtsnatur nicht unverbindlich ergeht, sondern Verpflichtungen für den einzelnen begründet oder in die Rechtstellung des Adressaten eingreift. Hierzu hat der Gerichtshof ausgeführt, dass das Begründen verbindlicher Rechtswirkungen zu einer Einordnung als Entscheidung führt.[77]

Angesichts ihrer wahren Rechtsnatur als adressatengerichteter Beschluss können auch solche Rechtsakte theoretisch mit einer Nebenbestimmung versehen werden. Dies ist jedoch in der Praxis schon deshalb nicht der Fall, da die erlassenden Organe gerade davon ausgehen, dass die Voraussetzungen der Handlungsform, in der der Rechtsakt formell erlassen wird, auch in materieller Hinsicht vorliegen. Geht ein Organ aber davon aus, dass es eine Verordnung oder eine Stellungnahme erlässt, fügt es dieser keine Nebenbestimmung bei.

C. Der öffentlich-rechtliche Verwaltungsvertrag

Im Primärrecht der Union findet sich trotz der praktischen Bedeutung nach wie vor keine ausdrückliche Regelung des Verwaltungsvertrages.[78] Es gibt daher auch keine Auskunft über

---

70 *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 17, 34.

71 Vgl. hierzu *Gornig/Trüe*, JZ 1993, 884, 885.

72 Vgl. zur Abgrenzung zwischen Entscheidung und Verordnung *Junker*, Der Verwaltungsakt im deutschen und europäischen Recht und die Entscheidung im Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 180 ff.; *Pabel*, Rechtscharakter und Anwendung der Entscheidung im Vertrag zur Gründung der EWG, S. 80 ff.

73 EuGH, verb. Rs. 41 bis 44/70, *International Fruit Company*, Slg. 1971, 411, 420 ff.

74 EuGH, Rs. 113/77, *NTN Toyo Bearing (Kugellager)*, Slg. 1979, 1185, 1203 ff.; EuGH, Rs. 118/77, *I.S.O. (Kugellager)*, Slg. 1979, 1277, 1291 ff.

75 *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 12; *Kotzur* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 24.

76 Vgl. hierzu *Gornig/Trüe*, JZ 1993, 884, 885; *Junker*, Der Verwaltungsakt im deutschen und europäischen Recht und die Entscheidung im Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 201 f.; *Pabel*, Rechtscharakter und Anwendung der Entscheidung im Vertrag zur Gründung der EWG, S. 107 ff.

77 EuGH, verb. Rs. 8 bis 11/66, *Cimenteries C.B.R. Cementbedrijven*, Slg. 1967, 100, 122.

78 So schon zum EWGV *Grunwald*, EUR 1984, 227, 232.

die Voraussetzungen der Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit solcher Verträge.[79] Dennoch dürfen sich die Organe der Union grundsätzlich dieser konsensualen Handlungsform bedienen.[80] So war unter der Geltung des EGV unbestritten, dass die Organe der Europäischen Gemeinschaft ihre Aufgaben auch durch den Abschluss von Verwaltungsverträgen erfüllen konnten.[81] Dies hing insbesondere damit zusammen, dass der Handlungsformenkatalog des Art. 249 EGV einhellig als nicht abschließend angesehen wurde[82] und der Verwaltungsvertrag somit problemlos unter die Kategorie der unbenannten Rechtsakte subsumiert werden konnte.[83] Dagegen wird Art. 288 AEUV nun zumindest von Teilen der Literatur als abschließende Norm angesehen.[84] Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie die Handlungsform des Verwaltungsvertrages ausschließt, indem sie diese nicht benennt. Art. 288 AEUV steht der Zulässigkeit von Verwaltungsverträgen im Ergebnis nicht entgegen, wie die folgenden Ausführungen zeigen.

Um die Zulässigkeit von Verwaltungsverträgen zu unterstreichen, wird mitunter zunächst auf Art. 335 AEUV hingewiesen, welcher der Union die Rechts- und Geschäftsfähigkeit zuerkennt.[85] Die Geschäftsfähigkeit der Union alleine lässt jedoch noch keine Rückschlüsse auf die Zulässigkeit von Verwaltungsverträgen zu. Dagegen kann der Hinweis auf Art. 272 und 340 AEUV überzeugen. Beide Normen setzen die Möglichkeit vertraglichen Verwaltungshandelns durch die Unionsorgane voraus.[86] Dies wird insbesondere aus der parallelen Erwähnung der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Verträge gefolgert, die vermuten lässt, dass in erster Linie Verträge mit Privatpersonen sowie mit nationalen unterstaatlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts gemeint sind.[87]

Zudem stünde die Annahme, Art. 288 AEUV verbiete es den Unionsorganen implizit Verwaltungsverträge abzuschließen, in Widerspruch zur ständigen Verwaltungspraxis und damit zum Kontinuitätsgrundsatz.[88] Schließlich fordern auch rechtsstaatliche und demokratische Prinzipien die grundsätzliche Möglichkeit Verwaltungsverträge zu schließen. Diese verlangen, der schönen Formulierung von *Bleckmann* zufolge, dass „der Staat von seinem hoheitlichen Podest herabsteigen kann, sich auf die Ebene der Gleichordnung zum

---

79 *Stettner* in: Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts Bd. 1, B III Rn. 22.

80 *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 253, 375.

81 *Stelkens*, EuZW 2005, 299, 299.

82 Hierzu eingehend *Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU, S. 43 ff.

83 *Stelkens*, EuZW 2005, 299, 299 m.w.N.

84 *Hetmeier* in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 288 AEUV Rn. 1 und 3; *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 4; a.A. *Bast* in: Von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 545; *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 12; *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 EUV Rn. 2; *Szczekalla* in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 5 Rn. 29 .

85 Vgl. zu den Vorgängernormen des E(W)G: *Grunwald*, EuR 1984, 227, 232; *Niedobitek*, Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge, S. 293.

86 Vgl. zu den Vorgängernormen des E(W)G *Bleckmann*, NJW 1978, 464, 465; *ders*., DVBl. 1981, 889, 892 f.; *Stelkens*, ZEuS 2004, 129, 148.

87 *Bleckmann*, NJW 1978, 464, 465.

88 Vgl. für den VVE: *Stelkens*, EuZW 2005, 299, 303.

Bürger begibt und dem Bürger durch die Verwendung der Vertragsform ein stärkeres Mitspracherecht verleiht".[89] Aus alledem folgt, dass Art. 288 AEUV – auch sofern er als abschließend betrachtet wird – nur die einseitigen Handlungsformen betreffen kann und damit ein konsensuales Handeln nicht ausschließt.[90] Der Verwaltungsvertrag fällt mithin nicht unter den Begriff der Rechtsakte im Sinne des Art. 288 AEUV.[91]

Der Verwaltungsvertrag wird im Unionsrecht als ein Vertrag definiert, den die Europäische Union mit einer Behörde, einer unterstaatlichen juristischen Person des öffentlichen Rechts der Mitgliedstaaten oder mit Verbänden oder Individuen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts abschließt.[92] Ein solcher Vertrag ist im Dienstrecht der Union[93] bereits seit langem anerkannt.[94] So hat der Gerichtshof die Anstellungsverträge der Union schon früh als öffentlich-rechtliche Verwaltungsverträge qualifiziert.[95] Er stellte hierbei – der eben genannten Definition entsprechend – sowohl auf die Beteiligung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als Vertragspartei als auch auf den Gegenstand des Vertrages ab: die Anstellungsverträge wurden mit der Kommission geschlossen und regelten die Tätigkeit im Sprachendienst.

In der heutigen Praxis der Union schließen die Unionsorgane auf zahlreichen Gebieten[96] und in beträchtlichem Umfang Verwaltungsverträge, unter anderem zur Sicherstellung und Erleichterung der Unionsaufgaben, zur Überbrückung im Falle von Stagnationen der Rechtssetzung, oder um spezialisierten Sachverstand zu erschließen.[97] Der Verwaltungsvertrag kann dabei in einem unterschiedlichen Verhältnis zu den einseitigen Handlungsformen stehen: er kann an ihre Stelle treten, oder aber ihrer Durchführung und Sicherung dienen.[98] Mit einem weiteren Bedeutungsgewinn des Vertragswesens ist zu rechnen, was vor allem mit der Einrichtung von Regulierungs- und Exekutivagenturen zusammenhängt.[99]

---

89 *Bleckmann*, DVBl. 1981, 889, 893.

90 *Hetmeier* in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 288 AEUV Rn. 2.

91 Vgl. für den VVE *Stelkens*, EuZW 2005, 299, 303 f.; *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 4.

92 *Bleckmann*, DVBl. 1981, 889, 889.

93 Vgl. allgemein zum Dienstrecht der Union *Hatje* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 336 AEUV Rn. 3 f.

94 *Bauer* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 36 Rn. 24 f.; *Niedobitek*, Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge, S. 300 ff. m.w.N.

95 EuGH, verb. Rs. 43/59, 45/59 und 48/59, *Eva von Lachmüller u.a./Kommission*, Slg. 1960, 965, 986 f.; EuGH, Rs. 44/59, *Rudolf Pieter Marie Fiddelaar/ Kommission*, Slg. 1960, 1115, 1133 f.

96 *Stelkens*, EuZW 2005, 299, 299; *Grunwald*, EuR 1984, 227, 242 ff., der als Beispiele öffentliche Aufträge, Studienverträge, Personalverträge, Forschungsverträge, Lizenzverträge, Subventionsverträge, Anleihe- und Darlehensverträge, Beleihungsverträge, Verträge auf dem Gebiet der Entwicklungshilfe, Verträge der Euratom-Versorgungsagentur sowie Verträge der Europäischen Investitionsbank anführt.

97 *Bauer* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 36 Rn. 25 m.w.N.

98 *Bleckmann*, DVBl. 1981, 889, 891.

99 *Bauer* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 36 Rn. 28.

D. Sonderfall: Verpflichtungszusagen im Wettbewerbsrecht

Das Instrument der Zusagen stellt eine Besonderheit des Wettbewerbsrechts dar. Im Unionsrecht findet es sich insbesondere im Kartellrecht[100] sowie im Beihilfenaufsichtsrecht[101] wieder. Trotz der Unterschiede zwischen den beiden Rechtsgebieten, auf die an späterer Stelle noch ausführlich einzugehen ist,[102] stimmen die Grundsätze des Verfahrens überein: um eine positive Entscheidung der Kommission herbeizuführen, machen die betroffenen Unternehmen oder Mitgliedstaaten bestimmte Zugeständnisse in Form von Verpflichtungszusagen. Da eine solche Zusage von sich aus keinen rechtlich verbindlichen Charakter aufweist, muss ihre Verbindlichkeit im zweiten Schritt von der Kommission herbeigeführt werden, wenn sie sich entschließt, die Zusage anzunehmen. Dies geschieht beispielsweise durch die Erklärung der Verbindlichkeit der Zusage in Form eines gesonderten Beschlusses oder in Form einer Nebenbestimmung.

Damit besteht nicht nur ein enger Zusammenhang mit dem Thema der Nebenbestimmungen.[103] Es existiert auch eine gewisse Nähe zur Figur des soeben behandelten Verwaltungsvertrages, da es im Ergebnis zu einer Einigung der Beteiligten, nämlich einem Angebot und einer Annahme kommt. Zusagen stellen daher ein „Element konsensualen Verwaltungshandelns“ dar.[104] Rein funktional betrachtet entspricht der Erlass einer solchen „ausgehandelten Entscheidung“ damit dem Abschluss eines Vertrages.[105]

TEIL 2 BEGRIFF, FORMEN UND FUNKTIONEN VON NEBENBESTIMMUNGEN

Der Begriff der Nebenbestimmung wird weder im Primär- noch im Sekundärrecht der Europäischen Union verwendet. Vielmehr kennt das Unionsrecht einzelne Arten von Nebenbestimmungen, ohne für diese ein einheitliches Regime zur Verfügung zu stellen. Diese

---

[100] Art. 6 Abs. 2 Unterabs. 2 und Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"), ABl. Nr. L 24 vom 29.01.2004, S. 1 und Art. 9 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1 vom 04.01.2003, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1419/2006 des Rates vom 25. September 2006 zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 4056/86 über die Einzelheiten der Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrags auf den Seeverkehr und zur Ausweitung des Anwendungsbereichs der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf Kabotage und internationale Trampdienste, ABl. L 269 vom 28.09.2006, S. 1.

101 Art. 7 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. L 83 vom 27.03.1999, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 734/2013 des Rates vom 22. Juli 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. Nr. L 204 vom 31.07.2013, S. 15.

[102] Vgl. dazu Teil 3 § 2 C I 1, S. 60.

[103] Vgl. dazu Teil 3 § 2 A I 2 a, S. 44.

[104] *Sura* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, VO Nr. 1/2003, Art. 9 Rn. 2.

[105] *Stelkens*, ZEuS 2004, 129, 148.

Arbeit orientiert sich daher zunächst am deutschen Konzept der Nebenbestimmungen, das vergleichsweise früh entwickelt wurde und sich heute als sehr ausführlich darstellt. Auch wenn dies nicht unmittelbar Thema der Arbeit ist und keinesfalls ihren Schwerpunkt bilden soll, ist eine Betrachtung unumgänglich, um deren Ergebnisse später in die Überlegungen zum Unionsrecht mit einbeziehen zu können.

§ 1 BEGRIFF, FORMEN UND FUNKTIONEN VON NEBENBESTIMMUNGEN IM DEUTSCHEN VERWALTUNGSRECHT

Bevor *Otto Mayer* in seinem Werk „Deutsches Verwaltungsrecht" aus dem Jahre 1895 den Begriff der Nebenbestimmung verwandte,[106] tauchte dieser nur vereinzelt in den Urteilen ordentlicher Gerichte auf.[107] Seit dem Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (VwVfG) vom 25. Mai 1976[108], findet sich der Begriff der Nebenbestimmung in § 36 VwVfG und den entsprechenden wortgleichen Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder wieder. Daneben bestehen zahlreiche spezielle Regelungen des Fachrechts zur Zulässigkeit von Nebenbestimmungen.[109]

Die allgemeine Norm des § 36 VwVfG knüpft den Erlass einer Nebenbestimmung an bestimmte Voraussetzungen, wobei sie zwischen gebundenen Entscheidungen und Ermessensentscheidungen differenziert. Gemäß § 36 Abs. 1 VwVfG darf ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, mit einer Nebenbestimmung nur versehen werden, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden. Absatz 2 der Norm ergänzt, dass ein Verwaltungsakt nach pflichtgemäßem Ermessen mit verschiedenen Arten von Nebenbestimmungen erlassen oder verbunden werden kann.

A. Formen von Nebenbestimmungen im deutschen Verwaltungsrecht

In § 36 Abs. 2 VwVfG werden zudem mögliche Formen von Nebenbestimmungen aufgezählt: Bedingung, Befristung und Widerrufsvorbehalt sowie Auflage und Auflagenvorbehalt. Diese Aufzählung ist jedoch nach fast einhelliger Ansicht nicht abschließend.[110] Obwohl es somit keinen Numerus clausus der Nebenbestimmungen gibt,

---

[106] *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 248.

[107] Vgl. dazu *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Einschränkungen und Auflagen, S. 27.

[108] In Kraft getreten am 1. Januar 1977.

[109] Vgl. beispielsweise §§ 12 Abs. 2, 23 Abs. 2 S. 4, 61 Abs. 1 S. 2 AufenthG; §§ 5, 12 Abs. 3 GastG; §§ 33 a Abs. 1 S. 3, 33 c Abs. 1 S. 3, 33 d Abs. 1 S. 2, 33 i Abs. 1 S. 2, 34 Abs. 1 S. 2, 34 a Abs. 1 S. 2, 34 b Abs. 3, 34 c Abs. 1 S. 2 GewO; § 8 Abs. 2 HandwO; § 12 BImSchG; § 17 Abs. 1 S. 2 AtomG.

[110] *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 13; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 47 Rn. 3; *Ziekow*, VwVfG, § 36 Rn. 5.

lassen sich die in der Praxis gewählten Nebenbestimmungen regelmäßig den in § 36 Abs. 2 VwVfG aufgezählten Typen zuordnen.[111]

Maßgeblich für die Zuordnung im Einzelfall ist nicht die – von der Behörde möglicherweise fehlerhaft gewählte – Bezeichnung der Nebenbestimmung, sondern stets ihr materieller Gehalt nach den Umständen des Einzelfalls bei verständiger Würdigung nach Treu und Glauben.[112] Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist entscheidend, wie der Empfänger die Regelung unter Berücksichtigung der ihm erkennbaren Umstände bei objektiver Würdigung verstehen muss.[113] Dabei gehen Unklarheiten zulasten der Verwaltung, denn „der Bürger als Empfänger einer nach ihrem objektiven Erklärungsgehalt missverständlichen Willensäußerung der Verwaltung darf durch etwaige Unklarheiten nicht benachteiligt werden".[114]

Die Darstellung der einzelnen Nebenbestimmungsformen soll sich an der Reihenfolge des § 36 Abs. 2 VwVfG orientieren. Wie sich unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm ergibt,[115] unterscheidet sie zwischen zwei Gruppen von Nebenbestimmungen, die als unselbstständige und selbstständige Nebenbestimmungen bezeichnet werden. Darüber hinaus müssen Nebenbestimmungen von anderen, ähnlichen Rechtsinstituten abgegrenzt werden.

I. Unselbstständige Nebenbestimmungen

Zur Gruppe der unselbstständigen Nebenbestimmungen zählen die Befristung, die Bedingung und der Widerrufsvorbehalt. Alle drei Nebenbestimmungsformen verändern unmittelbar die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung und bilden mit ihr ein untrennbares Ganzes.[116]

1. Die Befristung

§ 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG definiert die Befristung als eine Bestimmung, nach der eine Vergünstigung oder Belastung zu einem Zeitpunkt beginnt, endet, oder für einen bestimmten Zeitraum gilt. Dies macht deutlich, dass die Befristung die innere Wirksamkeit des Verwaltungsaktes in zeitlicher Hinsicht gestaltet; Anfangstermin, Endtermin oder Zeitraum können mit ihr fixiert werden.[117] Die Rechtswirkungen des Verwaltungsaktes hängen vom Eintritt eines zukünftigen und gewissen Ereignisses ab. In der Regel wird das Ereignis durch Angabe eines kalendarischen Datums fixiert, dies ist jedoch nicht zwingend erforderlich. Das

---

[111] *Brenner*, JuS 1996, 281, 282; *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 7; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 13; vgl. aber *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 65 mit Hinweis auf Bedingungs- und Befristungsvorbehalt und den Vorbehalt endgültiger Nachprüfung.

[112] *Brenner*, JuS 1996, 281, 282; *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 7.

[113] BVerwGE 78, 3, 4 m.w.N.

[114] BVerwGE 78, 3, 4 m.w.N.

[115] Siehe Formulierungen „erlassen werden mit…" und „verbunden werden mit…".

[116] *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 7; *Ruffert* in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 4.

[117] *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 15; *Tiedemann* in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 36 Rn. 33.

Ereignis kann auch anderweitig festgelegt werden, sofern hinreichend sicher ist, dass es eintreten wird.[118] Dagegen muss nicht bereits feststehen, wann es eintreten wird.[119]

Die Befristung kann in zwei Varianten auftreten: als aufschiebende Befristung, bei der die Rechtswirksamkeit des Verwaltungsaktes erst mit dem Eintritt des zukünftigen gewissen Ereignisses beginnt oder als auflösende Befristung, bei der die Rechtswirksamkeit zu dieser Zeit endet. Während die aufschiebende Befristung dazu dient, von vornherein Planungssicherheit zu garantieren, begrenzt die auflösende Befristung den Bestandsschutz des Verwaltungsaktes.[120]

2. Die Bedingung

Die Bedingung wird in § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG als eine Bestimmung definiert, die den Eintritt einer Vergünstigung oder Belastung von dem Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses abhängig macht. Diese Ungewissheit des Ereigniseintritts, von dem die Rechtswirkungen des Verwaltungsaktes abhängig gemacht werden, unterscheidet sie von der Befristung. Auch die Bedingung kann in aufschiebender und auflösender Form auftreten. Darüber hinaus ist zwischen Potestativbedingungen und kasuellen Bedingungen zu unterscheiden. Dabei ist entscheidend, ob der Eintritt des Ereignisses, an das die Bedingung anknüpft, vom Willen des Adressaten oder vom Zufall abhängig ist.[121]

Die Bedingung ermöglicht es den Beteiligten, sich auf eine bestehende Ungewissheit einzustellen, da der Verwaltungsakt sowohl für den Fall des Eintritts als auch für denjenigen des Nichteintritts des Ereignisses eine Rechtsfolge vorsieht. Damit trägt die Bedingung der Unvorhersehbarkeit einer zukünftigen Entwicklung Rechnung. Sie ermöglicht es der Verwaltung, Rechtssicherheit auch im Falle einer tatsächlichen Unsicherheit zu schaffen und die Unsicherheit auf diese Weise zu beherrschen. Außerdem kann die Bedingung dazu dienen, den Adressaten zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen oder den begünstigenden Verwaltungsakt von einer „Gegenleistung“ abhängig zu machen.[122]

3. Der Widerrufsvorbehalt

Eine Definition des Widerrufsvorbehalts findet sich nicht in § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Wie sich jedoch bereits aus der Begrifflichkeit selbst ergibt, räumt er der Behörde die Befugnis ein, den Verwaltungsakt nach § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG oder anderen entsprechenden Vorschriften für die Zukunft ganz oder teilweise zu widerrufen und dadurch seine Wirksamkeit zu beenden. Somit verschiebt er „das Verhältnis zwischen Beständigkeit und

---

[118] *Tiedemann* in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 36 Rn. 34.

[119] *Gern/Wachenhein*, JuS 1980, 276, 276; *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 367; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 15.

[120] *Koch/Rubel/Heselhaus*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 46.

[121] *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 49; *Erichsen*, Jura 1990, 214, 215; *Schachel*, Jura 1981, 449, 449; *ders*., Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, S. 22 ff.

[122] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 140.

Änderbarkeit zu Lasten der Beständigkeit“[123] und verhindert gleichzeitig die Bildung von Vertrauensschutz auf den Bestand des Verwaltungsaktes.[124] Dementsprechend ist gemäß § 49 Abs. 6 VwVfG eine Entschädigungspflicht ausgeschlossen, wenn der Widerruf auf der Grundlage des Vorbehalts erfolgt.

Der Widerrufsvorbehalt wird durch einen weiteren Verwaltungsakt, den Widerruf umgesetzt. Hieraus wird teilweise gefolgert, der Widerrufsvorbehalt unterscheide sich vom Instrument der auflösenden Bedingung, die bei Ereigniseintritt zum automatischen Entfallen der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes führt.[125] Häufig wird der Widerrufsvorbehalt aber auch als besonderer Fall der auflösenden Bedingung bezeichnet.[126] Dies erscheint logisch, wenn man sich vor Augen führt, dass das ungewisse Ereignis, bei dessen Eintritt die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes entfällt, im Widerruf durch die Behörde besteht.

Der Widerrufsvorbehalt ist allgemein, das heißt ohne die Benennung einzelner Widerrufsgründe, zulässig. Die einzige Bindung, der die Behörde unterliegt, ist daher die fehlerfreie Ausübung des Widerrufsermessens.[127] Dies setzt voraus, dass die Behörde von ihrem Ermessen in einer der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch macht.[128] Insbesondere muss der Widerruf zur Wahrung der durch die Ermächtigung geschützten Belange erforderlich sein.[129]

II. Selbstständige Nebenbestimmungen

Auflage und Auflagenvorbehalt stellen selbstständige Nebenbestimmungen dar. Sie sind zwar mit der Hauptregelung eng verbunden, treten aber dennoch selbstständig zum Verwaltungsakt hinzu und sind für dessen Wirksamkeit ohne unmittelbare Bedeutung. Damit bilden sie im Gegensatz zu den unselbstständigen Nebenbestimmungen keinen integrierten Bestandteil des Verwaltungsaktes.

1. Die Auflage

a. Begriff und Funktion der Auflage

Durch die Auflage wird dem Adressaten des Verwaltungsaktes ein Tun, Dulden oder Unterlassen auferlegt, wie es § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG vorsieht. Aus dem Wortlaut dieser

---

[123] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 141.

[124] *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 527; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 78; *Tiedemann* in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 36 Rn. 50.

[125] *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 368; *Koch/Rubel/Heselhaus*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 48; *Schachel*, Jura 1981, 449, 450.

[126] *Axer*, Jura 2001, 748, 749; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 7; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 525.

[127] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 141.

[128] Vgl. VGH BW, NVwZ 1990, 482, 482.

[129] *Brenner*, JuS 1996, 281, 284.

Norm ergibt sich ebenfalls, dass die Auflage nur begünstigenden Verwaltungsakten beigefügt werden kann. Die Auflage enthält somit ein Gebot oder Verbot, welches an den Adressaten der begünstigenden Hauptregelung gerichtet ist. Sie wird gemeinhin als selbstständig erzwingbare, hoheitliche Anordnung bezeichnet.[130]

Ob die mit dem Verwaltungsakt gemeinsam erlassene Auflage selbst Verwaltungsaktqualität aufweist, ist umstritten. Dies wird teilweise mit dem Hinweis auf ihre Akzessorietät verneint,[131] von der herrschenden Ansicht jedoch mit dem Argument bejaht, dass sämtliche Merkmale eines Verwaltungsaktes gegeben sind.[132] Allerdings ist der Meinungsstreit zur Rechtsnatur der Auflage ohne jede praktische Bedeutung, da Einigkeit darüber besteht, dass jedenfalls die Bestimmungen über den Verwaltungsakt Anwendung finden.[133]

Die Funktionen der Auflage kommen denen der Bedingung nahe. Auch die Auflage weist eine – „wenn auch etwas versteckte – Anreizstruktur" auf und kann dazu dienen, eine Gegenleistung für den Verwaltungsakt abzusichern.[134] Im Unterschied zur Bedingung stehen der Behörde jedoch im Falle des Verstoßes verschiedene Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Sie kann die Auflage entweder vollstrecken, oder aber den Verwaltungsakt gemäß § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG widerrufen. Damit bildet die Auflage ein „vorzügliches Instrument zur Verhaltenssteuerung".[135] Sie stellt aus diesem Grunde die praktisch wichtigste Nebenbestimmungsart dar.[136]

b. Abgrenzung zur aufschiebenden Bedingung

Die Auflage und die aufschiebende Potestativbedingung treten in Konkurrenz zueinander, wenn das Ereignis, an das die aufschiebende Bedingung anknüpfen würde, in einem bestimmten Verhalten des Adressaten besteht, also ein Tun, Dulden oder Unterlassen darstellt.

Das theoretische Kriterium zur Unterscheidung zwischen den beiden Nebenbestimmungsarten ist so einfach wie bekannt: Während die aufschiebende Bedingung die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes hinausschiebt, wird der Verwaltungsakt, der mit einer Auflage versehen ist, unmittelbar wirksam. Allerdings ist die Auflage im Gegensatz zur Bedingung verpflichtend und daher zwangsweise durchsetzbar. Gerne wird hierfür auf die berühmte Formulierung von

---

[130] *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 40; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 29; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 83; *Ziekow*, VwVfG, § 36 Rn. 12.

[131] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 142.

[132] *Axer*, Jura 2001, 748, 749; *Brenner*, JuS 1996, 281, 284; *Gern/Wachenhein*, JuS 1980, 276, 277; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 31; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 9; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 83; *P. Stelkens*, NVwZ 1985, 469, 470.

[133] *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 41; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 83 Fn. 230.

[134] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 142.

[135] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 142.

[136] *Ruffert* in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 9.

Carl Friedrich von Savigny zurückgegriffen: „Die Bedingung (…) suspendiert aber zwingt nicht, der Modus zwingt, aber suspendiert nicht."[137]

Ob im Einzelfall eine aufschiebende Bedingung oder eine Auflage vorliegt, kann dennoch schwierig zu ermitteln sein. Dies ist grundsätzlich anhand allgemeiner Auslegungsgrundsätze nach dem objektiven Erklärungsinhalt der Nebenbestimmung zu beurteilen.[138] Als erstes Indiz ist auf die jeweilige Bezeichnung der einzelnen Nebenbestimmung abzustellen. Sofern die Behörde eine ausdrückliche Bezeichnung der Nebenbestimmung vorgenommen hat, lässt es sich jedoch kaum mehr rechtfertigen, eine Einordnung entgegen der Bezeichnung vorzunehmen. Dies gilt insbesondere dann, wenn in dem Verwaltungsakt eindeutig zwischen beiden Nebenbestimmungsformen unterschieden wird.[139] Die Behörde hat ihren Willen auf diese Weise unmissverständlich zum Ausdruck gebracht.[140] Hat sich die Behörde dagegen offensichtlich ungenau ausgedrückt, ist aus weiteren Indizien der mutmaßliche Wille der Behörde in seinem objektiven Erklärungsgehalt, mithin der mit der Nebenbestimmung verfolgte Zweck zu ermitteln.[141] Um eine Bedingung handelt es sich in der Regel dann, wenn das dort eingeforderte Verhalten von solcher Bedeutung ist, dass die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes davon abhängen soll.[142] Dagegen ist von einer Auflage auszugehen, sofern die Herbeiführung des fraglichen Ereignisses die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes voraussetzt.

Bleiben unter Anwendung dieser Auslegungsinstrumente Zweifel an der Rechtsnatur der Nebenbestimmung, ist zunächst von der rechtlich zulässigen Nebenbestimmung auszugehen, da nicht anzunehmen ist, dass die Behörde rechtswidrig handeln wollte.[143] Schließlich wird von der herrschenden Meinung angenommen, es sei im Zweifelsfalle der Auflage der Vorzug zu geben, da diese den Begünstigten weniger belaste.[144] Nach dieser Ansicht muss die Behörde eindeutig zum Ausdruck bringen, dass sie die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes zur Disposition stellen will.[145]

---

[137] *Von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 3. Bd., S. 231. Der Begriff „Modus" steht hierbei für die Auflage.

[138] *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 529; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 87.

[139] *Stuhlfauth* in: Obermayer, VwVfG, § 36 Rn. 22; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 87.

[140] *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 43.

[141] *Stuhlfauth* in: Obermayer, VwVfG, § 36 Rn. 23; *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 43.

[142] *Axer*, Jura 2001, 748, 749; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 17.

[143] *Axer*, Jura 2001, 748, 749.

[144] *Brenner*, JuS 1996, 281, 285; *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 43; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 14 und 34; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 17; *Ruffert* in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 9; *Tiedemann* in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 36 Rn. 64; *Ziekow*, VwVfG, § 36 Rn. 14.

[145] *Erichsen*, Jura 1990, 214, 215.

2. Der Auflagenvorbehalt

Der Auflagenvorbehalt ermächtigt gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG zur nachträglichen Aufnahme, Änderung oder Ergänzung einer Auflage. Der Anwendungsbereich dieser Nebenbestimmung ist wiederum auf begünstigende Verwaltungsakte beschränkt. Wie der Widerrufsvorbehalt ist auch der Auflagenvorbehalt in allgemeiner Form zulässig, so dass es keiner näheren Präzisierung der auf seiner Grundlage möglicherweise ergehenden Auflagen bedarf.[146]

Der Auflagenvorbehalt mindert den Vertrauensschutz damit in ähnlicher Weise wie der Widerrufsvorbehalt.[147] Er eröffnet der Behörde eine nachträgliche Korrekturmöglichkeit[148] und ermöglicht so die Anpassung der getroffenen Regelung an veränderte Gegebenheiten.[149]

B. Der Begriff der Nebenbestimmung im deutschen Verwaltungsrecht

Trotz der soeben dargestellten formalen und inhaltlichen Unterschiede in der rechtlichen Ausgestaltung ist allen Nebenbestimmungen ein „gemeinsames Substrat“ eigen.[150] Die Verschiedenheit hindert damit auch nicht das Aufstellen allgemeiner Regeln über den Begriff der Nebenbestimmung.[151]

I. Ergänzender oder modifizierender Zusatz zur Hauptregelung

Vom Begriff der Nebenbestimmung ausgehend ist zunächst festzustellen, dass diese „neben“ die eigentliche Hauptregelung tritt.[152] Diese Formulierung ist zwar nicht ganz präzise, da sich nicht alle Nebenbestimmungen von der Hauptregelung trennen lassen. Die unselbstständigen Nebenbestimmungen bilden vielmehr – wie oben aufgezeigt – einen integralen Bestandteil der Hauptregelung. Dennoch ist es zutreffend, dass Nebenbestimmungen nur in Zusammenhang mit einer Hauptregelung überhaupt existieren können. Sie ergeben für sich genommen keinen Sinn und sind deshalb logisch zwingend auf eine solche angewiesen.[153]

---

[146] *Hanf*, Rechtsschutz gegen Inhalts- und Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, S. 55; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 38; *Störmer* in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, VwVfG, § 36 Rn. 36.

[147] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 14; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 532; *Tiedemann* in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 36 Rn. 68.

[148] *Ziekow*, VwVfG, § 36 Rn. 15.

[149] *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 46; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 531; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 14.

[150] *Gern/Wachenhein*, JuS 1980, 276, 276.

[151] *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 120.

[152] *Ruffert* in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 1.

[153] *Tiedemann* in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 36 Rn. 1.

Das bedeutet, dass sie mit der Hauptregelung stehen und fallen, sich zu dieser mithin streng akzessorisch verhalten.[154]

Die Nebenbestimmung bewirkt, dass die Hauptregelung modifiziert oder ergänzt wird.[155] Diese Unterscheidung in der Formulierung geht wiederum auf die Einteilung in selbstständige und unselbstständige Nebenbestimmungen zurück. Regelmäßig werden Nebenbestimmungen begünstigenden Hauptregelungen beigefügt,[156] wobei die Begünstigung des Adressaten unter Umständen eine belastende Drittwirkung mit sich bringen kann.[157] Die durch die Begünstigung gewährten Rechte oder rechtlich erheblichen Vorteile werden sodann durch die Nebenbestimmung reduziert, indem sie deren Inanspruchnahme bestimmten Restriktionen unterwirft; dementsprechend weist die Nebenbestimmung selbst regelmäßig einen belastenden Charakter auf.[158]

Für den Adressaten bedeutet dies im Normalfall, dass die getroffene Regelung hinter der begehrten Begünstigung zurückbleibt.[159] Allerdings impliziert die Beifügung einer Nebenbestimmung keineswegs stets eine Teilablehnung des Antrags. Das ist beispielsweise dann nicht der Fall, wenn die Nebenbestimmung einem Verwaltungsakt beigefügt wird, der von Amts wegen erlassen wird oder wenn der Betroffene selbst die Beifügung einer Nebenbestimmung beantragt hat.[160] Beides kommt in der Praxis aber eher selten vor.

II. Abgrenzungsfragen

Um den Begriff der Nebenbestimmung umfassend zu klären, sind Regeln zur Abgrenzung von anderen – auf den ersten Blick ähnlichen – Rechtsinstituten erforderlich. Abgrenzungsproblematiken bestehen insbesondere im Hinblick auf Inhaltsbestimmungen eines Verwaltungsaktes und bloße Hinweise auf die Rechtslage.

1. Abgrenzung zur Inhaltsbestimmung

Die Abgrenzung zwischen Inhalts- und Nebenbestimmungen zielt auf die Frage nach dem Verhältnis der Hauptregelung des Verwaltungsaktes zu dessen weiteren Bestimmungen ab. Im Gegensatz zur Nebenbestimmung, die einem hinreichend bestimmten Verwaltungsakt eine Regelung hinzufügt, legt die Inhaltsbestimmung den Gegenstand eines Verwaltungsaktes und

---

[154] Vgl. *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 135; *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 7; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 4; *Tiedemann* in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 36 Rn. 1; *Ziekow*, VwVfG, § 36 Rn. 2.

[155] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 1; *Tiedemann* in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 36 Rn. 1.

[156] *Brenner*, JuS 1996, 281, 282.

[157] *Schachel*, Jura 1981, 449, 456.

[158] *Brenner*, JuS 1996, 281, 282.

[159] *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 5.

[160] *Laubinger*, WuV 1982, 117, 131.

dessen Grenzen fest.[161] Die Inhaltsbestimmung füllt die Genehmigung letztlich erst aus.[162] Dies geschieht durch Bestimmungen, die das genehmigte Verhalten festlegen und konkretisieren, indem sie es – abweichend vom Antrag – räumlich und inhaltlich eingrenzen.[163] Im Einzelfall kann die Einordnung einer Bestimmung als Inhalts- oder Nebenbestimmung allerdings schwierig werden.[164]

In diesen Zusammenhang gehört der Begriff der sogenannten modifizierenden Auflage[165], die vorliegen soll, wenn durch sie keine zusätzliche Leistungspflicht begründet, sondern der eigentliche Inhalt des Verwaltungsaktes geändert wird.[166] Der Ausdruck der modifizierenden Auflage verunklart jedoch den Sachverhalt, da es sich richtigerweise um eine modifizierende, vom Antrag abweichende Genehmigung handelt, und gerade nicht um eine Auflage.[167] Sie ist damit nach heute wohl einhelliger Ansicht im Schrifttum selbst Inhaltsbestimmung und kein Aliud hierzu.[168] Auch die Rechtsprechung vermeidet in jüngerer Zeit die Verwendung des Begriffs[169] und bezeichnet ihn gar als „irreführend".[170] Damit ist eine Unterscheidung zwischen echter und modifizierender Auflage als überholt anzusehen.

2. Abgrenzung zu Hinweisen

Ebenfalls keine Nebenbestimmung im Sinne des deutschen Verwaltungsrechts stellen mangels unmittelbarer Rechtserheblichkeit bloße Hinweise auf die bestehende Rechtslage dar.[171] Wenn das Gesetz selbst beispielsweise die zeitliche Beschränkung der Geltung[172] oder

---

[161] *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 9; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 5; *Ziekow*, VwVfG, § 36 Rn. 2.

[162] *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 368; *Schmehl*, UPR 1998, 334, 335; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 93.

[163] *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 368; S*telkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 93.

[164] So herrscht beispielsweise Unklarheit darüber, ob die Festsetzung von Emissionsgrenzwerten in Anlagegenehmigungen und von „Maßgaben" bei Aufenthaltserlaubnissen in die eine oder die andere Kategorie gehören, vgl. *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 108, 110.

[165] Begriffsprägend: *Weyreuther*, DVBl. 1969, 295 ff.

[166] *Stuhlfauth* in: Obermayer, VwVfG, § 36 Rn. 26; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 16.

[167] *Stuhlfauth* in: Obermayer, VwVfG, § 36 Rn. 26; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 16; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 536; *Tiedemann* in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 36 Rn. 63.

[168] Sehr ausführlich *Tegethoff*, Nebenbestimmungen in umweltrechtlichen Zulassungsentscheidungen, S. 66f.; *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 369; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 35; *Ruffert* in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 10; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 96; *Ziekow*, VwVfG, § 36 Rn. 3.

[169] *Stuhlfauth* in: Obermayer, VwVfG, § 36 Rn. 26; *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 47; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 16; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 536.

[170] BVerwG, NVwZ-RR 1992, 529, 530.

[171] *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 11; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 7, 20; *Ziekow*, VwVfG, § 36 Rn. 4.

[172] Vgl. beispielsweise § 8 GaststG, wonach eine Gaststättenerlaubnis erlischt, wenn von ihr innerhalb eines Jahres kein Gebrauch gemacht wird.

die Widerruflichkeit[173] eines Verwaltungsaktes vorsieht, wirkt eine Aufnahme der kraft Gesetzes beigefügten Nebenbestimmungen in den Verwaltungsakt rein deklaratorisch.[174] Sie bleibt bloße Wiederholung des Norminhalts im Text des Verwaltungsaktes und ist somit nicht als Nebenbestimmung zu qualifizieren.

C. Funktionen der Nebenbestimmung im deutschen Verwaltungsrecht

Für die Verwaltung stellt die Nebenbestimmung ein „äußerst sinnvolles Regelungsinstrument" und „unentbehrliches Hilfsmittel"[175] im Zusammenhang mit dem Erlass von Verwaltungsakten dar. Diese enorme praktische Bedeutung ist auf die verschiedenen Funktionen der Nebenbestimmung zurückzuführen.

I. Flexibilisierung und Feinsteuerung

Die wichtigste Funktion der Nebenbestimmung wird deutlich, wenn man sich die Individualisierungs- und Klarstellungsfunktion[176] des Verwaltungsaktes vor Augen führt. Der Verwaltungsakt gestaltet die Rechtslage im Einzelfall; durch ihn wird die abstrakt-generelle Regelung des Gesetzgebers in eine konkret-individuelle Regelung der Verwaltung transformiert. Hierfür ist naturgemäß ein hohes Maß an Flexibilität erforderlich, das zunächst durch die unterschiedlichen Erscheinungsformen des Verwaltungsaktes sichergestellt wird.

Allerdings steht der Verwaltung zur Bewältigung ihrer Aufgaben nicht nur der Einsatz des Instruments Verwaltungsakt zur Verfügung.[177] Vielmehr bedarf es weiterer flexibler Regelungsinstrumente zur Anpassung der jeweiligen Erscheinungsform des Verwaltungsaktes an die faktische Vielfalt.[178] An dieser Stelle kommt die Nebenbestimmung ins Spiel. Sie dient in erster Linie der Anpassung der mit dem Hauptverwaltungsakt beabsichtigten Regelung an die besonderen Gegebenheiten des Einzelfalls, indem sie zusätzliche Handlungsspielräume für die Behörde eröffnet.[179] Sie ermöglicht mithin eine weitere Feinsteuerung der

---

[173] Vgl. beispielsweise § 18 Abs. 1WHG, wonach die Erlaubnis nur die widerrufliche Befugnis zur Gewässernutzung gewährt.

[174] *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn.10; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 7 a; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 33.

[175] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 5; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 47 Rn. 2.

[176] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 40; *Ruffert* in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21 Rn. 8; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 45 Rn. 8.

[177] *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 32.

[178] So auch *Ruffert* in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 1.

[179] Vgl. *Tegethoff*, Nebenbestimmungen in umweltrechtlichen Zulassungsentscheidungen, S. 50 f.

Verwaltungstätigkeit[180] und sorgt dafür, dass der Verwaltungsakt „verfeinert, abgerundet oder ergänzt“[181] wird.

Die Flexibilisierung wird darüber hinaus insoweit vereinfacht, als Nebenbestimmungen typische Regelungsinhalte mit ihren Rechtsfolgen „baukastenartig“ bereithalten[182] und diese in einem dogmatischen Konzept speichern.[183] Sie ermöglichen der Behörde auf diese Weise eine Entscheidung, die zugleich einfach und zweckmäßig ist und dem Einzelfall gerecht wird.[184] Die Beifügung von Nebenbestimmungen entspricht damit im Idealfall dem Gedanken einer „eleganten, optionalen und effektiven Verwaltung“ und realisiert das Gebot der Einzelfallgerechtigkeit.[185]

Allerdings wird das Ziel der Flexibilisierung nicht selten durch AGB-ähnliche Nebenbestimmungskataloge zurückgedrängt, die gerade nicht auf die Besonderheiten des Einzelfalls Rücksicht nehmen.[186] Diese Musternebenbestimmungen finden beispielsweise im Bereich der Subventionsvergabe Anwendung[187] und dienen der Vereinfachung sowie der Effizienzsteigerung der Verwaltungstätigkeit, aber auch der Gleichbehandlung der Adressaten. Dieser Praxis sind durch das Gebot der fehlerfreien Ermessensausübung und durch den Bestimmtheitsgrundsatz aber klare Grenzen gesetzt.[188]

II. Gewährleistung der Erlassvoraussetzungen

Grundsätzlich stehen der Behörde zwei Möglichkeiten der Bescheidung eines Antrags zur Verfügung. Sie kann den beantragten Verwaltungsakt erlassen oder dessen Erlass ablehnen. Liegen im konkreten Fall alle Voraussetzungen vor, die das Gesetz aufstellt, erlässt die Behörde die Begünstigung. Der gegenteilige Fall liegt vor, wenn keine einzige der nach dem Gesetz erforderlichen Anforderungen gegeben ist. Zwischen diesen beiden Extrembeispielen liegt jedoch eine ganze Bandbreite von Fällen, in denen die Voraussetzungen lediglich teilweise erfüllt sind, wobei das Ausmaß der Divergenz sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht variieren kann.[189] Vor allem in Fällen weitgehender Übereinstimmung kann es sich daher anbieten, die nicht erfüllten Merkmale zum Gegenstand einer Nebenbestimmung zu machen.[190] Ohne diese Möglichkeit wäre die Verwaltung gezwungen,

---

[180] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 5; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 47 Rn. 1; *Ziekow*, § 36 Rn. 2.

[181] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 125.

[182] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 5 m.w.N.

[183] *Ruffert* in: Erichsen/Ehrlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 2.

[184] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 5; *Brenner*, JuS 1996, 281, 281.

[185] *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 47 Rn. 2.

[186] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 5.

[187] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 29.

[188] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 31.

[189] Vgl. *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Einschränkungen und Auflagen, S. 55.

[190] *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Einschränkungen und Auflagen, S. 55; *Rumpel*, Nebenbestimmungen zu atomrechtlichen Teilentscheidungen, S. 61.

bereits im Falle der Nichterfüllung einer einzigen, und unter Umständen leicht zu erfüllenden Anforderung, die Begünstigung zu versagen.[191] Nebenbestimmungen stellen mithin gerade in dieser Situation eine zweckmäßige Alternative zur Versagung von Verwaltungsakten dar,[192] da sie einen Mittelweg zwischen Ablehnung und Erteilung der Genehmigung eröffnen.[193] Sie erteilen eine Absage an das starre „Alles oder Nichts-Prinzip“,[194] indem sie der Verwaltung die Möglichkeit geben, an die Stelle eines „Nein“ ein „Ja, aber“ zu setzen.[195]

Die Nebenbestimmung stellt dann sicher, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zum Erlass des betreffenden Verwaltungsaktes erfüllt[196] bzw. rechtliche oder tatsächliche Hindernisse beseitigt[197] werden. Der Verwaltungsakt kann so überhaupt erst rechtmäßig ergehen.[198] Damit entstammt die Nebenbestimmung in dieser Funktion nicht nur dem im Einzelfall gebildeten Willen der Erlassbehörde, sondern insbesondere auch dem abstrakten Willen des Gesetzgebers. Ohne die Erfüllung der Erlassvoraussetzungen durch Nebenbestimmung sicherzustellen, dürfte die Behörde die Hauptregelung gar nicht erlassen. Der Handlungsspielraum der Behörde besteht mithin nur in eingeschränkter Form. Sofern die Behörde die Begünstigung trotz Nichterfüllung der gesetzlichen Mindestanforderungen erlassen will bzw. dies nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter Umständen sogar tun muss, schreibt ihr der Gesetzgeber den Erlass der Nebenbestimmung vor. Somit tritt die Nebenbestimmung zur Gewährleistung der Erlassvoraussetzungen in eine unmittelbare Beziehung zum Legalitätsgrundsatz. Sie stellt einerseits die Legalität sicher, schränkt die Anforderungen hieran aber gleichzeitig ein, indem sie den Erlass einer Hauptregelung ermöglicht, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen in diesem Zeitpunkt nicht vollständig vorliegen.

Dies kann insbesondere durch eine aufschiebende Bedingung erreicht werden. Problematisch ist in diesem Zusammenhang dagegen der Erlass einer Auflage. Sie kann die Erfüllung der Voraussetzungen jedenfalls noch nicht im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Begünstigung gewährleisten. Der Verwaltungsakt wäre vielmehr im Zeitpunkt seiner Wirksamkeit rechtswidrig, da die offene Erlassvoraussetzung erst mit Beachtung der Auflage erfüllt wird.[199] Insofern vermag eine Auflage nicht zur Ausräumung von Versagungsgründen zu

---

[191] So auch *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Einschränkungen und Auflagen, S. 55.

[192] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 2; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 47 Rn. 2; *Tegethoff*, Nebenbestimmungen in umweltrechtlichen Zulassungsentscheidungen, S. 52.

[193] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 126.

[194] *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 47 Rn. 2.

[195] *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 18 Rn. 719; *Koch/Rubel/Heselhaus*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 44; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 2.

[196] *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 369; *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 126.

[197] *Koch/Rubel/Heselhaus*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 44; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 12 Rn. 2; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 503.

[198] *Brenner*, JuS 1996, 281, 281.

[199] So auch *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 373, der darauf hinweist, dass auch die Möglichkeit des Widerrufs hieran nichts zu ändern vermag.

führen.[200] Auch *Hönigs* Vorschlag, die Auflage so zu fassen, dass sie das Hindernis unmittelbar beseitigt,[201] überzeugt im Ergebnis nicht. Keine denkbare Formulierung der Auflage kann deren Befolgung oder Durchsetzung ersetzen. Insbesondere erscheint kein Fall denkbar, in dem für die Ausräumung des Versagungsgrundes die Verpflichtung des Adressaten zu einem bestimmten Verhalten ausreicht.[202] Der Erlass einer Auflage zur Herstellung der Erlassvoraussetzungen ist daher im Hinblick auf das Erfordernis der Gesetzmäßigkeit grundsätzlich abzulehnen. Geeignet ist die Auflage nur dann, wenn das Fachrecht es genügen lässt, dass die Erlassvoraussetzungen noch nicht bei Erlass der Begünstigung gegeben sind.[203]

Daneben kann eine Nebenbestimmung auch dazu dienen, sicherzustellen, dass die Voraussetzungen einer Begünstigung erfüllt bleiben.[204] Dies erschließt sich im Falle von Prognoseentscheidungen, die auf einer Einschätzung von Wahrscheinlichkeiten beruhen. Die Behörde erhält durch das Beifügen einer Nebenbestimmung die Möglichkeit, auf die künftige unsichere Entwicklung hinsichtlich des Vorliegens der Erlassvoraussetzungen Einfluss zu nehmen.[205] Besonders eignet sich hierzu das Instrument der auflösenden Bedingung. Eine Auflage kommt hingegen aus den soeben erwähnten Gründen grundsätzlich nicht in Betracht.[206]

III. Bewältigung von Unklarheiten tatsächlicher Art

Der Erlass einer Nebenbestimmung bietet sich nicht nur an, wenn die Behörde sicher weiß, dass nicht alle Voraussetzungen gegeben sind, sondern auch wenn diese zwar vorliegen könnten, jedoch noch nicht vollständig nachgewiesen sind.[207] In diesem Fall kann die Behörde dem Adressaten beispielsweise aufgeben, den entsprechenden Nachweis nach Erlass der Genehmigung noch zu erbringen.

Allerdings steht zu bedenken, dass diese Möglichkeit unter Umständen zum Unterlassen der Durchführung gebotener Sachprüfung durch die Behörde führen kann.[208] Ein solches Verhalten wird treffend als „Flucht in Nebenbestimmungen“[209] bezeichnet, worin eine sachwidrige Nutzung des Instruments der Nebenbestimmung liegen kann. Hiervon ist

---

[200] Vgl. hierzu *Mutschler*, Nebenbestimmungen zur Atomanlagengenehmigung und die Zulässigkeit ihrer Verwendung zur Ausräumung von Versagungsgründen, S. 71 ff. m.w.N.

[201] *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 134 und 135.

[202] So zum deutschen Recht *Mutschler*, Nebenbestimmungen zur Atomanlagengenehmigung und die Zulässigkeit ihrer Verwendung zur Ausräumung von Versagungsgründen, S. 76.

[203] *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 374 mit Beispielen hierzu.

[204] *Erichsen*, Jura 1990, 214, 216.

[205] Vgl. zur Verordnung Nr. 17: *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Art. 85 (3) EWG Rn. 1964.

[206] *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 374.

[207] *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 370.

[208] *Rumpel*, Nebenbestimmungen zu atomrechtlichen Teilentscheidungen, S. 64.

[209] *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 370.

auszugehen, wenn die Behörde eine Nebenbestimmung ausschließlich zu dem Zweck erlässt, die nötige Sachverhaltsermittlung nicht durchführen zu müssen.[210] Daher ist der zugrunde liegende Sachverhalt zumindest insoweit auszuermitteln, dass die Behörde hinsichtlich des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen „hinreichend konkrete Aussagen" machen kann.[211] Es müssen mithin hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die noch möglichen Ermittlungsansätze zum Erfolg führen können.[212] Insgesamt lässt sich daraus folgern, dass Nebenbestimmungen immer dann zur Ausräumung tatsächlicher Unklarheiten geeignet sind, je geringer der noch erforderliche Ermittlungsaufwand ist und je weniger Bedeutung der noch zu erfüllenden Erlassvoraussetzung nach dem Fachrecht zukommt.[213]

Zu diesem Zweck eignet sich wiederum besonders gut die aufschiebende Bedingung, während bei der Auflage die bereits erwähnten Probleme im Hinblick auf die Gesetzmäßigkeit entstehen.[214]

IV. Vereinfachung und Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens

Daneben führen Nebenbestimmungen zur Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens,[215] indem sie es im Sinne der Verfahrensökonomie erleichtern und beschleunigen.[216] So bleibt es einerseits dem Bürger erspart, ein erneutes Verwaltungsverfahren anzustreben, sobald die Erlassvoraussetzungen vollständig vorliegen bzw. nachgewiesen sind; andererseits muss die Behörde nicht sämtliche Überlegungen zu den Voraussetzungen des Verwaltungsaktes nochmals anstellen.[217] Gleiches gilt im Falle von Prognoseentscheidungen, wenn sich die Umstände anders entwickeln sollten, als von der Behörde zunächst angenommen. All dies wirkt sich im Ergebnis regelmäßig positiv auf das Verhältnis zwischen Bürger und Verwaltung aus.[218]

V. Einschränkung der Hauptregelung

Weiterhin bewirkt das Beifügen einer Nebenbestimmung die Einschränkung der durch die Hauptregelung gewährten Begünstigung. So begrenzen Nebenbestimmungen die Begünstigung insbesondere in zeitlicher Hinsicht. Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt werden als vom Gesetzgeber geregelte Arten der zeitlichen

---

[210] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 5.

[211] *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 370.

[212] *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 373.

[213] *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 373.

[214] Vgl. dazu C. II., S. 25.

[215] *Rumpel*, Nebenbestimmungen zu atomrechtlichen Teilentscheidungen, S. 62.

[216] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 126; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 47 Rn. 2.

[217] *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Einschränkungen und Auflagen, S. 57; *Schachel*, Jura 1981, 449, 454.

[218] *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 505.

Einschränkung angesehen.[219] Ebenso können der räumliche und der inhaltliche Geltungsbereich eines Verwaltungsaktes durch Nebenbestimmung begrenzt werden.[220] Teilweise sind solche Einschränkungen aber auch bereits von Gesetzes wegen angeordnet.[221]

Klarstellend sei jedoch angemerkt, dass hieraus nicht der Schluss gezogen werden kann, dass es sich bei sämtlichen Einschränkungen des Verwaltungsaktes um Nebenbestimmungen handelt. Ganz im Gegenteil: es wird sich dabei häufig um Inhaltsbestimmungen oder andere rechtliche Konstruktionen handeln. Dennoch kann die Einschränkung der Hauptregelung zumindest auch durch die Beifügung einer Nebenbestimmung erreicht werden.

VI. Begrenzung der Bestandskraft

Neben der Einschränkung der Hauptregelung im Hinblick auf ihren Regelungsinhalt kann eine Nebenbestimmung auch zur Einschränkung der Bindungswirkung des Verwaltungsaktes führen.[222] Sie ermöglicht es, dessen Bestandskraft zu begrenzen und gleichzeitig den Gestaltungsspielraum der Verwaltung zu vergrößern.[223] Zwar wird auch auf diese Weise zunächst eine größere Flexibilität gewährleistet, doch geht es hier konkreter darum, Vorsorge für künftige Entwicklungen zu treffen.[224] Diesem Ziel tragen insbesondere der Widerrufsvorbehalt und der Auflagenvorbehalt Rechnung. Beide Arten der Nebenbestimmung ermöglichen die spätere Anpassung des Verwaltungsaktes an neue Gegebenheiten, sei es durch Widerruf oder das Hinzufügen einer Auflage.[225]

VII. Verhaltenssteuerung

Darüber hinaus kann das Beifügen einer Nebenbestimmung der Steuerung des Verhaltens des Adressaten dienen. Insbesondere Auflagen und Potestativbedingungen sind geeignet, das Verhalten des Adressaten zu beeinflussen und seine Rechte und Pflichten festzulegen.[226] Sie werden dementsprechend zutreffend als „gängiges Instrument der Verhaltensbildung“[227] oder auch als „Mittel positiver Einwirkung“[228] bezeichnet. Der Inhalt der Nebenbestimmung kann

---

[219] *Laubinger*, WuV 1982, 117, 132.

[220] *Laubinger*, WuV 1982, 117, 132 ff.

[221] Vgl. § 10 Abs. 4 S. 3 WaffenG, der vorsieht dass der Geltungsbereich des Waffenscheins auf bestimmte Gebiete zu beschränken ist (räumliche Beschränkung); § 8 Abs. 2 HandwO, der vorsieht, dass die Ausnahmebewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeiten beschränkt werden kann, die zu einem Handwerk gehören (inhaltliche Beschränkung); zahlreiche weitere Beispiele finden sich bei *Laubinger* WuV 1982, 117, 133.

[222] Für eine strikte Differenzierung beider Einschränkungsarten *Rumpel*, Nebenbestimmungen zu atomrechtlichen Teilentscheidungen, S. 90.

[223] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 127.

[224] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 127.

[225] Vgl. hierzu *Tegethoff*, Nebenbestimmungen in umweltrechtlichen Zulassungsentscheidungen, S. 50 f.

[226] *Tegethoff*, Nebenbestimmungen in umweltrechtlichen Zulassungsentscheidungen, S. 50.

[227] So *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 247.

[228] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 145.

dabei von einer eher zurückhaltenden Einflussnahme auf den Adressaten bis hin zu einer starken Verhaltensbindung reichen.[229] Dieser Zweck der Nebenbestimmung ist insbesondere im Beihilfenrecht von herausragender Bedeutung, da das Beifügen einer Nebenbestimmung zum Subventionsbescheid sicherzustellen vermag, dass die gewährten Beihilfen tatsächlich im Sinne des Subventionszwecks verwendet werden.[230] Aus diesem Grunde werden Subventionsbescheide in aller Regel mit Nebenbestimmungen verbunden, die den Förderzweck konkretisieren.[231]

VIII. Sicherstellung der Rechte Dritter

Das Versehen eines Verwaltungsaktes mit Nebenbestimmungen gestattet es der Behörde des Weiteren, betroffene Interessen Dritter zu berücksichtigen, die unter Umständen grundrechtlich geschützt sind.[232] So können beispielsweise bei der Erteilung einer Baugenehmigung die Rechte des Nachbarn durch die Beifügung einer Nebenbestimmung gewahrt werden. Die Verwaltung wird auf diese Weise in die Lage versetzt, die unterschiedlichen Interessen der Beteiligten in Einklang zu bringen und damit letztlich den Rechtsfrieden zu fördern.[233]

IX. Sicherung einer Gegenleistung

Darüber hinaus kann eine Nebenbestimmung dazu dienen, den Erlass des begünstigenden Verwaltungsaktes von einer Gegenleistung abhängig zu machen, die im Rahmen der behördlichen Ermessensausübung zulässig ist.[234] Gegenstand einer Auflage oder Bedingung kann beispielsweise die Zahlung einer Geldsumme oder die Übertragung sonstiger Vermögenswerte sein.[235] *Bumke* sieht daher „das Moment flexiblen und situationsangemessenen Regelns (…) um den Gedanken des Vorteilsausgleichs ergänzt".[236]

X. Betonung des konsensualen Elements

Denkt man diesen Gedanken weiter, so erscheint es naheliegend, dass der durch eine Nebenbestimmung herbeigeführte Vorteilsausgleich eine gewisse Gegenseitigkeit hervorbringt, die wiederum in eine Verständigung zwischen Behörde und Adressat münden kann. Dementsprechend können Nebenbestimmungen – obwohl sie als Teil eines Verwaltungsaktes ergehen – ein konsensuales Element enthalten, das sie in die Nähe des

---

[229] *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 247.

[230] Vgl. *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 145.

[231] Vgl. *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, S. 173, 187.

[232] *Brenner*, JuS 1996, 281, 281.

[233] *Brenner*, JuS 1996, 281, 281.

[234] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 128.

[235] *Schneider*, Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozess, S. 77.

[236] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 128.

Verwaltungsvertrages rückt. Diese Annäherung kann auf die oben beschriebene Feinsteuerungsfunktion der Nebenbestimmung zurückgeführt werden,[237] die auch dem öffentlich-rechtlichen Vertrag innewohnt. Er soll die Flexibilität der Verwaltung vor allem auch in atypischen Fällen gewährleisten.[238] Die Nähe zum Verwaltungsvertrag zeigt sich zudem im Gesetz selbst, wo der Gesetzgeber das Kopplungsverbot des § 36 Abs. 3 VwVfG in § 56 Abs. 1 VwVfG wieder aufgegriffen hat.[239] In der Literatur ist denn auch von einer „materiell-rechtlichen Affinität“[240] oder gar von einer Funktionsgleichheit[241] von öffentlich-rechtlichem Vertrag und Nebenbestimmung die Rede. So können Klauseln eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, in welchem sich die Behörde zum Erlass eines Zuwendungsbescheides verpflichtet hat, Nebenbestimmungen dieses zukünftigen Bescheids darstellen. Das Bundesverwaltungsgericht[242] sah diese rahmenvertraglichen Klauseln als „vor die Klammer“ gezogene Bestimmungen an, die Nebenbestimmungen i.S.d. § 36 VwVfG „gleichstehen“,[243] auch ohne selbst in den Verwaltungsakt aufgenommen zu werden.[244]

Das der Nebenbestimmung innewohnende konsensuale Element wird besonders beim Instrument der Zusagen im Wettbewerbsrecht deutlich.[245] Dies zeigt deren Entwicklung im deutschen Fusionskontrollrecht. Dort existierte bis zum Inkrafttreten der 6. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Jahre 1999 keine Rechtsgrundlage für den Erlass von Nebenbestimmungen im Zuge der Freigabe einer Fusion. Daher behalf sich das Bundeskartellamt bereits ab dem Jahre 1975 damit, Zusagen der Unternehmen entgegenzunehmen und durch den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ihre Verbindlichkeit herbeizuführen.[246]

Ausgangspunkt der Betrachtung bleibt dennoch die grundsätzliche Gegensätzlichkeit von Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt. Während der Verwaltungsvertrag zwei übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien voraussetzt, ergehen Verwaltungsakte ob mit oder ohne Nebenbestimmung zunächst einmal einseitig. Dementsprechend handelt es

---

[237] So auch *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 34.

[238] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rn. 24; *Bauer* in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 36 Rn. 77.

[239] *Schneider*, Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozess, S. 77.

[240] *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 25.

[241] *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 33; *Bauer* in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 36 Rn. 75.

[242] BVerwG NVwZ-RR 2004, 413 ff.

[243] BVerwG NVwZ-RR 2004, 413, 414.

[244] Vgl. *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 35.

[245] Zusagen spielen auch im Unionsrecht in den Bereichen des Fusionskontrollrechts und des Beihilfenaufsichtsrechts eine sehr wichtige Rolle. Die Zusage des Adressaten wird durch die Annahme der Kommission verbindlich, die normalerweise durch den Erlass einer gesonderten Entscheidung, oder das Beifügen einer Nebenbestimmung erfolgt. Allerdings kann auch hier der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages an die Stelle dieser Instrumente treten. Dementsprechend erwog auch die Kommission angesichts der fehlenden Regelung zur Entgegennahme von Zusagen im Vorprüfverfahren der Fusionskontrolle zwischenzeitlich den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages als Alternative hierzu; vgl. *Fuchs*, WuW 1996, 269, 281; *Mülbert*, ZIP 1996, 699, 706 f.

[246] *Herfarth*, WuW 2004, 584, 584.

sich, wie die Formulierung von *Bauer* treffend zum Ausdruck bringt, um „völlig gegensätzliche Ordnungsideen und diametrale Verwaltungskulturen: hier das Sich-Einigen, dort der Befehl!“.[247] Allerdings wird dieses „Befehlselement“ des Verwaltungsaktes sowohl durch die rechtliche Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens als unter Umständen auch durch das tatsächliche Vorgehen der Behörde abgeschwächt. Das Verwaltungsverfahren wird durch die Rechte des Adressaten geprägt, die sich insbesondere in Anhörungs-, Beratungs-, Auskunfts-, und Begründungspflichten der Behörde[248] widerspiegeln. Darüber hinaus existieren zahlreiche Sonderformen des Verwaltungsaktes, die eine gewisse Abstimmung zwischen Behörde und Adressat erfordern. Hierzu zählt neben Instrumenten wie dem „mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt“, dem „zweiseitigen Verwaltungsakt“ und dem „konsentierten Verwaltungsakt“ auch der Verwaltungsakt mit Nebenbestimmung, die eine Leistung des Adressaten beinhaltet.[249] Dementsprechend ist es durchaus nicht unüblich, dass die Behörde einen Verwaltungsakt erst nach ausführlichen Beratungen und Verhandlungen mit dem Adressaten erlässt.[250] Dem formell einseitigen Erlass steht damit ein faktisches Aushandeln gegenüber.[251] Auch Nebenbestimmungen werden teilweise in Zusammenarbeit mit dem Adressaten erarbeitet und eingesetzt.[252] Die Grenzen der Kooperation sind nach rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen zu ziehen.[253]

Die Möglichkeiten der Einflussnahme durch den Adressaten beschränken sich jedoch nicht auf den Zeitpunkt des Erlasses der Begünstigung mit Nebenbestimmung. Im Falle einer Potestativbedingung kann er zudem durch sein Verhalten nachträglich Einfluss auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes nehmen. Er gibt auf diese Weise zwar keine Willenserklärung im Sinne der Annahme eines Angebots der Behörde ab, bringt aber seinen eigenen Willen dadurch zum Ausdruck, dass er das Ereignis, an das die Bedingung anknüpft, herbeiführt oder dies unterlässt. Die Wirksamkeit des mit einer Potestativbedingung versehenen Verwaltungsaktes hängt damit letztendlich ebenso vom Willen des Begünstigten ab, wie diejenige eines Vertrages. Während der Vertrag jedoch ohne die Annahme des Angebots gar nicht erst zustande kommt, ist der Verwaltungsakt, der mit einer aufschiebenden Potestativbedingung versehen wurde, vor deren Eintritt existent, aber schwebend unwirksam. Vom Willen des Adressaten ist hier also nicht die eigentliche Entstehung oder die Existenz des Rechtsaktes, sondern lediglich der Eintritt von dessen Rechtsfolgen abhängig. Ohne sein Hinzutun bleibt der Rechtsakt jedoch in beiden Fällen ohne Konsequenzen. Im Vergleich hierzu verfügt der Adressat eines Verwaltungsaktes, der mit einer Auflage versehen wurde, über keinen Einfluss auf dessen Wirksamkeit, da der Verwaltungsakt zunächst auch bei deren Nichterfüllung wirksam bleibt. Darüber hinaus kann die Auflage gegen seinen Willen

---

[247] *Bauer* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 36 Rn. 74.

[248] Vgl. §§ 25, 28, 39 VwVfG.

[249] *Bauer* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 36 Rn. 73 ff.

[250] *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 35.

[251] *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S. 314 f. m.w.N.; vgl. zur Zulässigkeit von umweltrechtlichen Absprachen *Tegethoff*, Nebenbestimmungen in umweltrechtlichen Zulassungen, S. 171 ff.

[252] *Ruffert* in: Erichsen/Ehlers, § 23 Rn. 2.

[253] *Ruffert* in: Erichsen/Ehlers, § 23 Rn. 2.

vollstreckt werden. Nur wenn sich die Behörde gegen die Vollstreckung und für den Widerruf wegen Nichterfüllung der Auflage entscheidet, wirkt sich das Verhalten des Adressaten mittelbar auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes aus. Das liegt jedoch nicht in der Hand des Adressaten.

§ 2 BEGRIFF UND FORMEN VON NEBENBESTIMMUNGEN IN ANDEREN MITGLIEDSTAATEN DER EU

Auch andere Mitgliedstaaten der Union kennen ein Pendant zum Oberbegriff der Nebenbestimmung oder zumindest zu ihren Erscheinungsformen. Obwohl sie in der Regel nicht über eine allgemeine Ermächtigungsgrundlage entsprechend der Vorschrift des § 36 VwVfG verfügen, hat sich doch häufig ein allgemeines Regime der Nebenbestimmungen herausgebildet. Hier soll exemplarisch in aller Kürze auf die Situation in Frankreich, Italien und Österreich eingegangen werden.

A. Nebenbestimmungen in Frankreich

In Frankreich existiert keine Kodifizierung des Verwaltungsverfahrensrechts[254] und damit auch keine Normierung der Handlungsform des Verwaltungsaktes, geschweige denn des Instruments der Nebenbestimmung. Während dem Verwaltungsakt (*acte administratif*) als Handlungsform generell eine große Bedeutung zukommt und entsprechende Aufmerksamkeit zuteil wird, scheint das Thema der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen (*modalités de la décision*) kaum thematisiert zu werden.[255] Trotz ihrer Bedeutung im Verwaltungsrecht werden Nebenbestimmungen fast ausschließlich im Zivilrecht diskutiert.[256] Der Code Civil enthält nicht nur Definitionen der Bedingung (*condition*)[257] und der Befristung (*terme*)[258], sondern widmet beiden Instrumenten je einen gesamten Abschnitt.[259] Beide existieren in aufschiebender und auflösender (*suspensive et résolutoire*) Form.

Im Verwaltungsrecht besteht neben diesen beiden Nebenbestimmungsformen auch die Auflage (*charge*), wobei die Definition weitgehend mit dem deutschen Verwaltungsrecht übereinstimmt.[260] Darüber hinaus weist das französische Verwaltungsrecht mehrere

---

254 *Marsch* in: Schneider, Verwaltungsrecht in Europa Bd. 2, S. 99.

255 So zum Begriff der Bedingung (condition) *Théron*, La notion de condition – contribution à l'étude de l'acte administratif, S. 23.

256 *Théron*, La notion de condition – contribution à l'étude de l'acte administratif, S. 29.

257 Art. 1168 Code Civil bestimmt: « L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas. »

258 Art. 1185 Code Civil bestimmt : « Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution. »

259 Art. 1168 bis Art. 1184 Code Civil : « Des obligations conditionnelles »; Art. 1185 bis Art. 1188 Code Civil : « Des obligations à terme ».

260 Vgl. die Definitionen bei *Milhat*, L'acte administratif, S. 180 und bei *Théron*, La notion de condition – contribution à l'étude de l'acte administratif, S. 343 ff.

Instrumente auf, die die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes unter bestimmten Voraussetzungen für die Zukunft entfallen lassen. In diesem Zusammenhang wird der Oberbegriff der *caducité*[261] verwendet, unter den sowohl die *condition extinctive* als auch die *péremption* fällt.[262] Die *condition extinctive* stellt ebenso wie die *condition résolutoire* eine Form der auflösenden Bedingung dar. Beide lassen die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes entfallen, wirken jedoch in zeitlicher Hinsicht unterschiedlich. Während erstere die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes nur für die Zukunft antastet, lässt letztere die Wirksamkeit rückwirkend entfallen und entfaltet damit eine ex tunc-Wirkung.[263] Von einer *péremption* ist dagegen die Rede, wenn die Begünstigung nur fortbesteht, soweit von ihr innerhalb einer bestimmten Frist auch Gebrauch gemacht wird.[264]

Die Regeln über die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen erinnern stark an § 36 VwVfG. Ihr Erlass wird im Fall der gebundenen Verwaltung als grundsätzlich unzulässig erachtet, im Rahmen der Ermessensausübung der Verwaltung dagegen als grundsätzlich zulässig.[265]

B. Nebenbestimmungen in Italien

In Italien werden Nebenbestimmungen mit dem Begriff *elementi accidentali*, also als unwesentliche Elemente bezeichnet.[266] Alternativ werden sie auch *clausole accessorie* genannt.[267] Zudem unterscheidet das italienische Recht zwischen den verschiedenen Nebenbestimmungsarten Bedingung (*condizione*), Befristung (*termine*), Auflage (*onere*) und Vorbehalt (*riserve*).[268] Im Hinblick auf die Definitionen von Bedingung, Befristung und Auflage bestehen weitgehende Parallelen zum deutschen Recht.[269] Dagegen unterscheidet das italienische Recht bei den Vorbehalten zwischen dem Widerrufsvorbehalt, der nur deklaratorischer Natur ist, und dem sogenannten Rückkaufsvorbehalt, einem speziellen Fall des Widerrufsvorbehalts bei der Vergabe von Konzessionen.[270]

---

[261] Unwirksamkeit/Hinfälligkeit.

[262] *Théron*, La notion de condition – contribution à l'étude de l'acte administratif, S. 473 ff.

[263] *Milhat*, L'acte administratif, S. 180 ; *Théron*, La notion de condition – contribution à l'étude de l'acte administratif, S. 476.

[264] *Théron*, La notion de condition – contribution à l'étude de l'acte administratif, S. 476 f.

[265] *Théron*, La notion de condition – contribution à l'étude de l'acte administratif, S. 379 f. m.w.N.

[266] Vgl. *Hahn*, Der Italienische Verwaltungsakt im Lichte des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 7. August 1990, S. 92.

[267] *Chieppa/Giovagnoli*, Manuale di diritto amministrativo, S. 456.

[268] *Chieppa/Giovagnoli*, Manuale di diritto amministrativo, S. 456 f.; *Consales/Laperuta*, Compendio di diritto amministrativo, S. 230.

[269] *Hahn*, Der Italienische Verwaltungsakt im Lichte des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 7. August 1990, S. 93; vgl. auch die Definitionen bei *Chieppa/Giovagnoli*, Manuale di diritto amministrativo, S. 456 f.; *Consales/Laperuta*, Compendio di diritto amministrativo, S. 230.

[270] *Hahn*, Der Italienische Verwaltungsakt im Lichte des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 7. August 1990, S. 94 ff., 98.

Auch im italienischen Recht existiert keine allgemeine Ermächtigungsgrundlage, die die Zulässigkeit dieser „unwesentlichen Elemente“ regelt. Stattdessen haben Rechtsprechung und Literatur eine allgemeine Konzeption zur Zulässigkeit von Nebenbestimmungen herausgearbeitet. Demnach sind Nebenbestimmungen nur dann unzulässig, wenn diese gesetzlich verboten oder mit der Natur oder Eigenart des Verwaltungsaktes (*atto amministrativo*) nicht vereinbar sind.[271] Die Literatur geht davon aus, dass dies grundsätzlich beim Erlass eines gebundenen Verwaltungsaktes der Fall ist.[272] Dagegen ist das Beifügen von Nebenbestimmungen auch ohne Ermächtigungsgrundlage zulässig, sobald der Erlass der Begünstigung im Ermessen der Behörde steht.[273] Insoweit besteht auch hier Übereinstimmung zu § 36 VwVfG.

C. Nebenbestimmungen in Österreich

Das österreichische Verwaltungsrecht kennt den Begriff der Nebenbestimmung, die in einen begünstigenden Gestaltungsbescheid aufgenommen werden darf[274] und als unselbstständige Willensäußerung der Behörde definiert wird.[275] Die bekannten Nebenbestimmungsarten erinnern stark an das deutsche Verwaltungsrecht. So stimmen die Definitionen der Bedingung, der Befristung und der Auflage weitgehend mit den im deutschen Recht gültigen Definitionen überein.[276] Allerdings unterscheidet auch der österreichische Gesetzgeber nicht immer stringent zwischen Bedingungen und Auflagen.[277] Darüber hinaus existieren Widerrufs- und Einschränkungsvorbehalte.[278]

Der Begriff der Nebenbestimmung findet im Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) von 1991 keine Erwähnung. Nach der österreichischen Rechtsprechung ist der Erlass von Nebenbestimmungen immer nur dann zulässig, wenn er gesetzlich gestattet ist.[279] Dies gilt insbesondere für gebundene Verwaltungsakte, im Grunde genommen jedoch auch für Ermessensakte.[280] Folglich muss in Ermangelung einer allgemeinen Ermächtigungsnorm die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen grundsätzlich in Spezialgesetzen vorgesehen sein. In neueren Gesetzen des besonderen Verwaltungsrechts finden sich daher standardmäßig

---

271 *Chieppa/Giovagnoli*, Manuale di diritto amministrativo, S. 456.

272 *Chieppa/Giovagnoli*, Manuale di diritto amministrativo, S. 456.

273 *Hahn*, Der Italienische Verwaltungsakt im Lichte des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 7. August 1990, S. 93.

274 *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 315, 320.

275 *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 551.

276 Vgl. die Definitionen bei *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 554 ff.; *Baumgartner*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I, S. 259; *Kwizda*, Zulassungsverfahren für Humanarzneimittel in der Europäischen Union, S. 96; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 320 ff.

277 *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 552.

278 *Adamovich*, Österreichisches Staatsrecht Bd. 4: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts, S. 143.

279 *Adamovich*, Österreichisches Staatsrecht Bd. 4: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts, S. 143; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 320, 322.

280 *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 552.

entsprechende Ermächtigungsgrundlagen.[281] Ermächtigt eine solche Vorschrift nur zum Erlass bestimmter Arten von Nebenbestimmungen, bedeutet dies gleichzeitig, dass andere Formen unzulässig sind.[282] Ohne ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage ist eine Nebenbestimmung jedoch immer dann zulässig, wenn sie dem Antrag des Adressaten entspricht.[283] Darüber hinaus kann eine Nebenbestimmung auch von der Ermächtigung zum Erlass einer Begünstigung gedeckt sein, sofern sie mit Sinn und Zweck der Begünstigung in einem untrennbaren Zusammenhang steht.[284] Dies wird von der Literatur beispielsweise bejaht, wenn die Behörde durch die Erteilung von Bewilligungen bestimmte öffentliche Interessen zu wahren hat.[285]

D. Schlussfolgerungen

Diese Beispiele machen deutlich, dass Nebenbestimmungen auch in anderen Mitgliedstaaten einen selbstverständlichen und wichtigen Teil von Verwaltungsentscheidungen darstellen. Die Arten der Nebenbestimmungen kommen den in § 36 Abs. 2 VwVfG geregelten dabei sehr nahe. Insbesondere die Formen der Befristung, der Bedingung und der Auflage sind bekannt und stimmen in ihren Definitionen weitgehend mit dem Verständnis des VwVfG überein. Aber auch verschiedene Arten von Vorbehalten existieren. Gleichzeitig offenbart sich ein Mangel an allgemeinen rechtlichen Grundlagen, was dazu führt, dass meist die Rechtsprechung über deren Zulässigkeitsvoraussetzungen zu befinden hat. Eine Entsprechungsnorm zu § 36 VwVfG besteht in keinem der untersuchten Mitgliedstaaten. Dennoch erinnern die Voraussetzungen stark an die deutsche Regelung, wobei stets eine Unterscheidung zwischen gebundenen Verwaltungsakten und solchen, die im Ermessen der Verwaltung stehen, vorgenommen wird. Im Rahmen der Ermessensausübung ist der Erlass von Nebenbestimmungen in aller Regel auch ohne ausdrückliche Ermächtigung erlaubt. Österreich stellt diesbezüglich jedoch strengere Voraussetzungen auf als andere Mitgliedstaaten.

§ 3 BEGRIFF, FORMEN UND FUNKTIONEN VON NEBENBESTIMMUNGEN IM UNIONSRECHT

A. Formen von Nebenbestimmungen im Unionsrecht

Die im Unionsrecht verwendeten Nebenbestimmungsarten unterscheiden sich im Ergebnis nicht von denen, die aus dem deutschen Verwaltungsrecht und zahlreichen anderen Mitgliedstaaten bekannt sind. So sind Befristung, Bedingung und Auflage im Sekundärrecht

---

[281] *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 552; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 322.

[282] *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 322 mit zahlreichen Beispielen wie § 17 Abs. 3, § 18 Abs. 3 WaffenG, wo von „Befristungen und Auflagen“ die Rede ist und damit „Bedingungen“ ausgeschlossen sind.

[283] *Adamovich*, Österreichisches Staatsrecht Bd. 4: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts, S. 143.

[284] *Adamovich*, Österreichisches Staatsrecht Bd. 4: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts, S. 143 m.w.N.

[285] *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 322.

weithin verbreitet.[286] Bedingung und Befristung können wiederum sowohl in aufschiebender als auch in auflösender Form auftreten.[287] Auch wenn Widerrufs- und Auflagenvorbehalt im Sekundärrecht, soweit ersichtlich, nicht ausdrücklich benannt werden, bedeutet dies nicht, dass sie im Unionsrecht nicht existierten. Denn zum einen soll das Sekundärrecht im Hinblick auf die möglichen Formen von Nebenbestimmungen keinesfalls begrenzend wirken. Zum anderen kommen Vorbehalte in der Praxis zum Tragen. So finden die Vorbehalte beispielsweise schon sehr früh in der Praxis der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) Erwähnung. Generalanwalt *Lagrange* betonte in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Algera*[288] bereits 1957, dass „die Entscheidung keinerlei Vorbehalte und keinerlei Bestimmungen enthalte, aus denen auf ihre vorübergehende Natur zu schließen wäre".[289] Ebenso spricht der Gerichtshof der Union in seinen Urteilen von Vorbehalten.[290] Dementsprechend hält auch *Schwarze* den Widerrufsvorbehalt für ein Instrument des Europäischen Verwaltungsrechts, obwohl die Voraussetzungen seiner Rechtmäßigkeit offen bleiben.[291] Ebenso fällt der Typus des Auflagenvorbehalts unter den allgemeinen Begriff der Vorbehalte.

B. Der Begriff der Nebenbestimmung im Unionsrecht

I. Übertragung der Begrifflichkeit

Deutsche Autoren verwenden den Oberbegriff der Nebenbestimmung im Zusammenhang mit dem Unionsrecht ebenso selbstverständlich wie im deutschen Verwaltungsrecht.[292] Allerdings findet er an sich keinen Niederschlag im Primär- und Sekundärrecht, wo lediglich die verschiedenen Nebenbestimmungsarten Bedingung, Befristung und Auflage Regelungen erfahren haben. Der Terminus der Nebenbestimmung selbst taucht vereinzelt im Bereich der Rechtsprechung der Unionsgerichte auf, wobei er jedoch höchst selten im Sinne der hiesigen Definition verwendet wird. So wird die Bezeichnung der Nebenbestimmung insbesondere in den Schlussanträgen der Generalanwälte mit ganz unterschiedlichen Bedeutungen versehen. Sie soll beispielsweise das Verhältnis einer Norm zu einer anderen Norm,[293] die Bedeutung

---

[286] Vgl. dazu die Ausführungen zum Sekundärrecht unter Teil 3 § 2, S. 43; *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 383 m.w.N.

[287] Zur Bedingung *Weber* in: Schweitzer, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 63; zur Befristung *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 383 mit Beispielen.

[288] Schlussanträge des GA Lagrange, verb. Rs. 7/56 und 3 bis 7/57, *Algera*, Slg. 1957, 85 ff.

[289] Schlussanträge des GA Lagrange, verb. Rs. 7/56 und 3 bis 7/57, *Algera*, Slg. 1957, 85, 160.

[290] So z.B. in EuGH, Rs. 259/87, *Griechenland/Kommission*, Slg. 1990, I-2845 LS 1.

[291] *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 981.

[292] *Frenz*, Handbuch Europarecht 2, Rn. 1926; *Harmjanz*, Auflagen und Bedingungen, S. 38 f.; *Hetmeier* in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 288 AEUV Rn. 18; *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 249 EGV Rn. 204; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 151; *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 141.

[293] Vgl. Schlussanträge der GA Sharpston, Rs. C-529/07, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG/Franz Hauswirth GmbH*, Slg. 2009, I-4893 Rn. 48; Schlussanträge des GA Mischo, Rs. C-365/98, *Brinkmann Tabakfabriken GmbH/Hauptzollamt Bielefeld*, Slg. 2000, I-4619 Rn. 18.

einer Norm im gesamten Normengefüge[294] oder auch die Bedeutung einer Vertragsklausel im Hinblick auf den Gesamtvertrag[295] beschreiben, wobei der Gerichtshof den Begriff im letzteren Sinne ebenfalls gebraucht[296]. Wird der Ausdruck dann ausnahmsweise im hier relevanten Sinne angewandt, geschieht dies in denjenigen Verfahren, in denen es um Nebenbestimmungen geht, die von deutschen Behörden nach deutschem Recht erlassen wurden.[297] Alleine aus der Rechtssache *Der Grüne Punkt*[298] lässt sich folgern, dass der Ausdruck auch im Zusammenhang mit Unionsrecht Verwendung finden kann. In diesem Urteil zur Rechtmäßigkeit von Auflagen einer Freistellungserklärung nach der Verordnung Nr. 17 verwandte das Gericht der Union die Bezeichnung der Nebenbestimmung als Oberbegriff für Bedingungen und Auflagen der Freistellungserklärung.[299] Dass die Erwähnung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Wiedergabe des Vorbringens der deutschen Klägerin erfolgte, soll aber nicht verschwiegen werden. Interessant und durchaus verwirrend ist dann auch die Übersetzung der Begriffe der Nebenbestimmung und der Auflage in den verschiedenen Sprachfassungen des Urteils.[300] Im Englischen wird der Terminus der Nebenbestimmung einmal mit *obligation* und einmal mit *duty* übersetzt, während die Auflage ebenfalls als *obligation* bezeichnet wird.[301] Entsprechendes gilt für die französische Fassung, in der die Nebenbestimmung zunächst *charge*, später aber *obligation* genannt wird und die Auflage ebenfalls *charge* heißt. In beiden Versionen kommt zumindest nicht eindeutig zum Ausdruck, dass es sich bei der Nebenbestimmung um einen Oberbegriff handelt.

Aus alledem kann gefolgert werden, dass der Begriff der Nebenbestimmung dem Unionsrecht nicht völlig fremd ist, aber seine Bedeutung variieren kann und seine Übersetzung schwerfällt. Für die Zwecke dieser Arbeit soll der Begriff jedoch stets modifizierende oder ergänzende Zusätze zu einer begünstigenden Hauptregelung[302] bezeichnen, wie dies im

---

[294] Vgl. Schlussanträge des GA Jacobs, Rs. C-27/02, *Petra Engler/Janus Versand GmbH*, Slg. 2005, I-481 Rn. 55; Schlussanträge des GA Jacobs, Rs. C-29/99, *Kommission/Rat*, Slg. 2002, I-11221 Rn. 168.

[295] Vgl. Schlussanträge des GA Geelhoed, Rs. C-73/04, *Brigitte und Marcus Klein/Rhodos Management Ltd*., Slg. 2005, I-8667 Rn. 38.

[296] EuGH, Rs. C-8/98, *Dansommer A/S/Andreas Götz*, Slg. 2000, I-393 Rn. 34 und 38; vgl. zum Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Republik Indien EuGH, Rs. C-68/94, *Portugiesische Republik/Rat*, Slg. 1996 S. I-6177 Rn. 33, 49, 52 und 77.

[297] Vgl. zu Nebenbestimmungen bei Aufenthaltstiteln Schlussanträge des GA Léger, Rs. C-210/97, *Haydar Akman/Oberkreisdirektor des Rheinisch-Bergischen-Kreises*, Slg. 1998, I-7519 Rn. 9; Schlussanträge des GA La Pergola, Rs. C-262/96, *Sema Sürül/Bundesanstalt für Arbeit*, Slg. 1999, I-2685 Rn. 13; Schlussanträge des GA Elmer, Rs. C-98/96, *Kasim Ertanir/Land Hessen*, Slg. 1997, I-5179 Rn. 6, 9 und 34; vgl. zu Nebenbestimmungen bei Bewilligungen der Einfuhr von Futtermitteln EuGH, Rs. 251/78, *Denkavit Futtermittel GmbH/Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1979, 3369.

[298] EuG, Rs. T-289/01, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Kommission*, Slg. 2007, II-1691.

[299] EuG, Rs. T-289/01, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Kommission*, Slg. 2007, II-1691 Rn. 136 und 152.

[300] Die Bedingung wird hingegen in der englischen und französischen Fassung des Urteils konsequent mit „condition“ übersetzt.

[301] EuG, Rs. T-289/01, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Kommission*, Slg. 2007, II-1691 Rn. 136 und 152.

[302] In diese Richtung auch *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 384 m.w.N.

deutschen Recht der Fall ist. Eine entsprechende Unterscheidung zwischen begünstigenden und belastenden Regelungen kennt auch das Unionsrecht.[303] Zudem sind ihm die verschiedenen Nebenbestimmungsarten wohlbekannt, so dass der Übertragung der Begrifflichkeit keine Bedenken begegnen.

II. Abgrenzungsfragen

Hieraus ergeben sich – wie im deutschen Verwaltungsrecht – Abgrenzungsfragen, wobei die Abgrenzung zum unionsrechtlichen Begriff der Nebenabrede hinzukommt.

1. Abgrenzung zu Inhaltsbestimmungen und Hinweisen

Auch wenn die Abgrenzung zwischen Nebenbestimmungen und Inhaltsbestimmungen bislang weder von der Kommission, noch von den Unionsgerichten vorgenommen wurde, so bedeutet dies nicht, dass sie im Unionsrecht keine Rolle spielt.[304] Vielmehr ist diese Trennung grundlegend für die Definition des Begriffs der Nebenbestimmung. Die Notwendigkeit einer Grenzziehung zwischen Bestimmungen, die noch als Teil der Hauptregelung anzusehen sind, und solchen, die zu dieser hinzutreten, ist in der Existenz eines eigenen Regimes für Nebenbestimmungen impliziert. Erst infolge dieser Unterscheidung können Aussagen über die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit, die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung sowie die Zulässigkeit einer isolierten Anfechtung getroffen werden. Dies gilt für das Unionsrecht ebenso wie für das deutsche Recht. Auch im Unionsrecht kann die inhaltliche oder räumliche Beschränkung als regelmäßiger Teil eines begünstigenden Beschlusses ergehen. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn eine Beihilfe in der Höhe begrenzt wird.[305] Weicht die Beihilfenhöhe vom Antrag ab, so stellt dies eine Einschränkung dar, die regelmäßig nicht in Form einer Nebenbestimmung erfolgt. Im Einzelfall kann eine Abgrenzung jedoch wie auch im deutschen Recht sehr komplex werden.

Auch bloße Hinweise auf die bestehende Rechtslage stellen keine Nebenbestimmungen dar. Dies ist im deutschen Recht generell anerkannt,[306] gilt aber ebenso im Unionsrecht. In diesen Fällen wiederholt der Beschluss lediglich den Inhalt der zugrunde liegenden Norm – meist einer Verordnung –, so dass keine Einzelfallentscheidung eines Unionsorgans vorliegt. Die erneute Nennung der bereits kraft der Verordnung beigefügten Nebenbestimmungen kann daher nur deklaratorisch wirken. Verordnungen schreiben insbesondere Befristungen vor, die zwingend in den Beschluss einzufügen sind. So ist beispielsweise die Zulassung von Humanarzneimitteln bereits nach der Verordnung auf fünf Jahre befristet, die bedingte

---

[303] EuGH, verb. Rs. 42 und 49/59, *SNUPAT/Hohe Behörde*, Slg. 1961, 111, 161; EuGH, Rs. 159/82, *VerliWallce/Kommission*, Slg. 1983, 2711 Rn. 8; *Junker*, Der Verwaltungsakt im deutschen und europäischen Recht und die Entscheidung im Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 176.

[304] So auch *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilferecht, S. 87.

[305] In diese Richtung auch *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilferecht, S. 88.

[306] Vgl. dazu Teil 2 § 1 B II 1, S. 23.

Zulassung sogar nur auf ein Jahr.[307] Wird die Befristung im Beschluss noch einmal aufgegriffen, handelt es sich um einen deklaratorischen Hinweis und nicht um eine Nebenbestimmung.

2. Abgrenzung zu Nebenabreden

Der Begriff der Nebenabrede kommt – im Gegensatz zu den bislang dargestellten Abgrenzungskategorien – aus dem Unionsrecht. Trotz der terminologischen Ähnlichkeit zum Begriff der Nebenbestimmung sind beide Instrumente inhaltlich sehr deutlich zu unterscheiden.[308]

Der Begriff der Nebenabrede entstammt dem Fusionskontrollrecht der Union. Die Fusionskontrollverordnung[309] (FKVO) sieht vor, dass sich die Entscheidung, mit der die Europäische Kommission einen Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar erklärt, auch auf die mit seiner Durchführung unmittelbar verbundenen und für sie notwendigen Einschränkungen erstreckt. Diese Einschränkungen werden als Nebenabreden bezeichnet. Im Unterschied zu Nebenbestimmungen werden sie zwischen den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen vereinbart und beeinflussen die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Fusionsvorhabens grundsätzlich nicht.[310]

C. Funktionen von Nebenbestimmungen im Unionsrecht

Als logische Konsequenz der möglichen Übertragung des Oberbegriffs der Nebenbestimmung sowie der übereinstimmenden Nebenbestimmungsarten kann auch für die Funktionen von Nebenbestimmungen im Unionsrecht auf die Ausführungen zum deutschen Recht verwiesen werden. Sie erfüllen beim Vollzug des Eigenverwaltungsrechts der Union weitgehend dieselben Funktionen wie im nationalen Recht, obgleich die Bedeutung der jeweiligen Funktion sich zum Teil verschieben mag. Auch im Unionsrecht spielen die Aspekte der Flexibilisierung und Feinsteuerung eine große Rolle.[311] Dank der Möglichkeit zum Erlass von Nebenbestimmungen besteht ein abgestuftes System der Zulassungen und Freigaben.[312]

---

[307] Art. 14 Abs. 1 und 7 Verordnung (EG) Nr. 726/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur; ABl. Nr. L 136 vom 30.04.2004, S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 1027/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012; ABl. Nr. L 316 vom 14.11.2012, S. 38.

[308] *Grabbe*, Nebenabreden in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 23.

[309] Art. 6 Abs. 1 lit. b) Unterabs. 2 und Art. 8 Abs. 2 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"), ABl. Nr. L 24 vom 29.01.2004, S. 1-22.

[310] Zur weiteren Unterscheidung vgl. *Grabbe*, Nebenabreden in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 23-24; *Adt* in: Von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die EU und zur Gründung der EG, FKVO Rn. 320.

[311] So zu Zusagen im Fusionskontrollrecht *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 7.

[312] So zur Fusionskontrolle *Schwarze* in: ders., Instrumente zur Durchsetzung des Europäischen Wettbewerbsrechts, S. 75, 84.

Gerade im Wettbewerbsrecht der Union ergehen Nebenbestimmungen aber insbesondere zur Herstellung der Vereinbarkeit einer Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt und damit zur Erfüllung der an den Erlass einer Genehmigung gestellten Anforderungen.[313] Von herausragender Bedeutung ist im Unionsrecht zudem das der Nebenbestimmung innewohnende konsensuale Element. Dies kommt besonders deutlich beim Instrument der Verpflichtungszusagen im Wettbewerbsrecht zum Ausdruck, die teilweise sogar zwingende Voraussetzung für den Erlass einer Bedingung oder einer Auflage sind.[314]

TEIL 3 RECHTSGRUNDLAGEN VON NEBENBESTIMMUNGEN IM UNIONSRECHT

Rechtsgrundlagen von Nebenbestimmungen bestehen im Unionsrecht auf verschiedenen Ebenen und in ganz unterschiedlichen Bereichen. Im Folgenden soll ein Überblick über die wichtigsten Normierungen im Primär- und Sekundärrecht gegeben werden. Gleichzeitig wird jedoch deutlich werden, dass entsprechende Regelungen teilweise gar nicht oder nur mit unzureichendem Inhalt vorhanden sind.

§ 1 RECHTSGRUNDLAGEN IM PRIMÄRRECHT

A. Nebenbestimmungen in den Europäischen Verträgen

Weder im EUV noch im AEUV findet sich der Begriff der Nebenbestimmung. Allerdings spricht letzterer vereinzelt von Bedingungen und Auflagen. Die Auflage wird zunächst in Art. 153 Abs. 3 lit. b) AEUV erwähnt. Hierbei handelt es sich jedoch um Auflagen, die durch die nationalen Behörden und nicht durch die Unionsorgane erlassen werden. Daneben verwendet Art. 122 Abs. 2 AEUV, auf den Teile des Rettungsschirms zugunsten überschuldeter Euro-Länder gestützt wurden,[315] den Begriff der Bedingung. Gemäß dieser Vorschrift kann der Rat in verschiedenen Extremsituationen und auf Vorschlag der Kommission beschließen, einem Mitgliedstaat unter bestimmten Bedingungen einen finanziellen Beistand der Union zu gewähren. Der Terminus der Bedingung meint hier nicht etwa die Erlassvoraussetzungen der Finanzhilfe; die Situationen, in denen finanzieller Beistand geleistet werden kann, zählt die Norm bereits zuvor auf. Es ist daher naheliegend, dass es sich bei den erwähnten Bedingungen um Nebenbestimmungen handelt.[316] Neben Art. 122 Abs. 2 AEUV tritt der neue Art. 136 Abs. 3 AEUV, der als Rechtsgrundlage für den dauerhaften Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) geschaffen wurde.[317] Dort heißt es wie folgt:

---

[313] *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 384 m.w.N.

[314] Vgl. dazu Teil 3 § 2 I 2 a, S. 44.

[315] Vgl. dazu Teil 3 § 2 D II 2 a i, S. 68.

[316] Vgl. dazu Teil 4 § 5 B III 2, S. 123.

[317] Dazu ausführlich *Kube*, WM 2012, 245, 245 f.; *Rathke*, DÖV 2011, 753, 755 f.; *Calliess*, NVwZ 2012, 1, 3.

„Die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, können einen Stabilitätsmechanismus einrichten, der aktiviert wird, wenn dies unabdingbar ist, um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt zu wahren. Die Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen im Rahmen des Mechanismus wird strengen Auflagen unterliegen."

Allerdings regeln weder Art. 122 Abs. 2 noch Art. 136 Abs. 3 AEUV nähere Zulässigkeitsvoraussetzungen. Insgesamt lässt sich daher festhalten, dass das Primärrecht zwar von der Existenz von Bedingungen und Auflagen ausgeht, aber dennoch keine ausdrückliche Regelung dazu trifft, die zur Herausbildung eines allgemeinen Regimes behilflich sein könnte.

Ähnlich verhielt es sich in der Vergangenheit mit dem Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKSV). Dieser enthielt einige Bestimmungen, die den Erlass von Nebenbestimmungen vorsahen. So erlaubte Art. 65 § 2c Abs. 3 EGKSV die Genehmigung von Unternehmensvereinbarungen „unter bestimmten Bedingungen und für eine begrenzte Zeit". Die Genehmigung eines Unternehmenszusammenschlusses konnte die Kommission gemäß Art. 66 § 2 Abs. 3 EGKSV „an jede ihr im Sinne dieses Paragrafen geeignet erscheinende Bedingung knüpfen". Ebenso gestattete es Art. 70 Abs. 4 EGKSV der Kommission, die Anwendung von Ausnahmetarifen im Binnenverkehr „befristet oder bedingt" zu genehmigen. Dennoch schwieg auch der EGKSV zu etwaigen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen von Nebenbestimmungen.

Die Europäischen Verträge beinhalten demzufolge nach wie vor keine allgemeine Ermächtigung zur Verbindung einer Entscheidung mit Nebenbestimmungen,[318] obwohl die Verträge durchaus verwaltungsverfahrensrechtlich relevante Regelungen aufweisen. Hierzu gehören insbesondere die Regelungen im AEUV über die formellen Anforderungen beim direkten Unionsrechtsvollzug. So sieht Art. 296 Abs. 2 AEUV eine Begründungspflicht für bestimmte Rechtsakte vor sowie Art. 297 Abs. 1 und 3 AEUV deren Bekanntgabe. In diesem Zusammenhang wäre es durchaus naheliegend gewesen, auch die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen zu regeln, wie auch die Nähe der deutschen Regelung zu den Nebenbestimmungen in § 36 VwVfG zu den Regelungen der Begründungspflicht und der Bekanntgabe von Verwaltungsakten in §§ 39 und 41 VwVfG zeigt. Dies ist dennoch nicht geschehen, so dass den Vorschriften des AEUV keine Vorgaben für die Zulässigkeit und die Grenzen von Nebenbestimmungen zu entnehmen sind.

B. Bestehen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes über die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen

Die Konzeption der Nebenbestimmungen im Unionsrecht muss mangels allgemeiner Regelungen zunächst den existierenden speziellen Regelungen des Primär- und Sekundärrechts entnommen werden. Dennoch ist die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen nicht auf diejenigen Rechtsbereiche zu beschränken, in denen sie ausdrücklich geregelt ist. Ein abschließender Charakter kommt den entsprechenden primär- und sekundärrechtlichen

[318] *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 249 EGV Rn. 204.

Regelungen nicht zu. Dies ergibt sich bereits aus Sinn und Zweck der Normen, die die Erlassvoraussetzungen einer Nebenbestimmung für das jeweilige Rechtsgebiet konkretisieren sollen. Dagegen wollen sie keinerlei begrenzenden Einfluss auf andere Rechtsmaterien ausüben. Im Gegenteil: Die Literatur geht davon aus, dass diese Bestimmungen Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes sind.[319]

Das Bestehen eines solchen allgemeinen Rechtsgrundsatzes, wonach Nebenbestimmungen grundsätzlich zulässig sind, wurde zwar vom Gerichtshof der Union bislang nicht ausdrücklich anerkannt. Dies hindert aber nicht seine Existenz, da die Grundsätze von der Rechtsprechung bekanntlich *ge*funden und gerade nicht *er*funden werden.[320] Der Gerichtshof selbst begründet die Notwendigkeit der Findung allgemeiner Rechtsgrundsätze mit der Wahrung des bestehenden Rechts, auch wenn diese zugleich einen rechtsschöpfenden Charakter aufweist.[321]

Insofern stellt sich die Frage, ob die Voraussetzungen, die der Gerichtshof an die Findung allgemeiner Rechtsgrundsätze gemeinhin knüpft, vorliegen. Hierfür muss zunächst eine wesentliche Lücke im gesetzten Unionsrecht bestehen, die dazu führt, dass dieses in seiner Anwendbarkeit ohne den Rückgriff auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz empfindlich gestört würde. Darüber hinaus muss in den nationalen Rechtsordnungen ein solcher Grundsatz bestehen.[322]

Eine entsprechende Regelungslücke ist zu bejahen, da das Primärrecht der Union vereinzelte Regelungen zum Verwaltungsverfahrensrecht enthält, wohingegen eine Bestimmung über Nebenbestimmungen fehlt. Allerdings würde die prinzipielle Unzulässigkeit von Nebenbestimmungen im Hinblick auf deren überragende praktische Bedeutung zu einer empfindlichen Störung der Verwaltungstätigkeit im Rahmen des Eigenverwaltungsrechts der Union führen. Dies erschließt sich insbesondere, wenn man sich die grundlegende Notwendigkeit vor Augen hält, in einem verwaltungsrechtlichen System auf Einzelfälle adäquat reagieren zu können. Darüber hinaus ist das Instrument der Nebenbestimmungen in den Mitgliedstaaten bekannt. Wie bereits gesehen, kennen die Rechtsordnungen zumindest verschiedene Formen von Nebenbestimmungen, einige auch ein dahinterstehendes geschlossenes Konzept. Dementsprechend geht die Literatur zutreffend davon aus, dass Nebenbestimmungen auch im Unionsrecht grundsätzlich zulässig sind.[323]

---

[319] *Bleckmann*, NVwZ 2004, 11, 12; *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 384; in diese Richtung auch *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 10a; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 151; *Hetmeier* in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 288 AEUV Rn. 18; *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 141.

[320] Von einem „Akt richterlicher Primärrechtsfindung" spricht in diesem Zusammenhang *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 169.

[321] *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 65, 1392.

[322] *Oppermann*, Europarecht, § 9 Rn. 34 f.

[323] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 151; *Lehr*, Staatliche Lenkung durch Handlungsformen, S. 96.

§ 2 RECHTSGRUNDLAGEN IM SEKUNDÄRRECHT

Im Sekundärrecht der Union finden sich im Gegensatz zum Primärrecht zahlreiche Vorschriften, die die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen regeln. Es handelt sich hierbei um Verordnungen, die Nebenbestimmungen in den jeweiligen betroffenen Rechtsgebieten erlauben. Auf solche Referenzgebiete baut *Terhechte* seine zentrale These zum Europäischen Verwaltungsrecht auf: Er konstatiert, dass „das europäische Verwaltungsrecht in seiner Entwicklung und ggf. in seiner Konsolidierung ebenso durch seine Referenzgebiete geprägt wird, wie das mitgliedstaatliche Verwaltungsrecht“[324] und räumt der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft, die zwischen allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht unterscheidet, eine Vorreiterrolle ein.[325] Dementsprechend soll hier zum Thema der Nebenbestimmungen ein Blick auf solche Referenzgebiete geworfen werden. Hierauf aufbauend erfolgt die Entwicklung eines allgemeines Regimes der Nebenbestimmungen.

A. Kartellrecht

I. Fusionskontrolle

Die Fusionskontrolle beinhaltet die wettbewerbsrechtliche Prüfung des Zusammenschlusses von Unternehmen. Sie stellt nach den Worten von *Kilian* den Versuch dar, „die Freiheit der Unternehmen, sich zusammenzuschließen, mit der volkswirtschaftlichen Erkenntnis rechtlich in Einklang zu bringen, dass marktstarke Unternehmen den Wettbewerb beschränken können“.[326]Auf dem Gebiet des Fusionskontrollrechts hat das Thema der Nebenbestimmungen große Aufmerksamkeit erfahren. Eine vergleichbar ausführliche und tiefgehende Auseinandersetzung mit diesem Thema fand bislang auf keinem anderen Rechtsgebiet des Unionsrechts statt. Auslöser für die Debatte war insbesondere die bereits in der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen von 1989[327] enthaltene Regelung zu Nebenbestimmungen im Hauptprüfverfahren und das Fehlen einer entsprechenden Norm für das Vorprüfverfahren. Eine auf das Vorprüfverfahren bezogene Regelung wurde mit dem Inkrafttreten der aktuellen Fusionskontrollverordnung[328] (FKVO) am 1. Mai 2004 geschaffen.

---

[324] *Terhechte* in: ders., Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 1 Rn. 62; ähnlich zum Internationalen Verwaltungsrecht auch *Ladeur* in: Möllers, Internationales Verwaltungsrecht, S. 373, 378 ff.

[325] *Terhechte* in: ders., Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 1 Rn. 62.

[326] *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 460.

[327] Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. L 395 vom 30.12.1989, S. 1.

[328] Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"), ABl. Nr. L 24 vom 29.01.2004, S. 1.

1. Der Ablauf des Fusionskontrollverfahrens

Nach der Anmeldung eines geplanten Zusammenschlusses durch die betroffenen Unternehmen nimmt die Kommission zunächst eine summarische Prüfung im Rahmen eines Vorprüfverfahrens vor. Dessen Funktion besteht darin, den Vollzug von Zusammenschlüssen, die keinen Anlass zu ernsthaften Wettbewerbsbedenken geben, im Sinne von Beschleunigungsgrundsatz und Verfahrensökonomie zügig zu ermöglichen und die wirklich problematischen Fälle für eine gründlichere Prüfung im Rahmen des Hauptverfahrens herauszufiltern.[329] Von der Möglichkeit des Abschlusses im Vorverfahren wird in der Praxis dementsprechend häufig Gebrauch gemacht.[330]

Die Alternativen der Kommission zum Abschluss des Vorprüfverfahrens regelt Art. 6 Abs. 1 FKVO. Demnach kann die Kommission die Nichtanwendbarkeit der Verordnung feststellen,[331] den Zusammenschluss freigeben, falls es keinen Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt[332] oder das Hauptprüfverfahren einleiten, falls ein solcher Anlass besteht[333]. Wird das Hauptprüfverfahren eingeleitet, so hat die Kommission gemäß Art. 8 FKVO grundsätzlich nur noch die Möglichkeit den Zusammenschluss freizugeben[334] oder zu untersagen[335], je nachdem ob sie den Zusammenschluss gemäß Art. 2 Abs. 2 FKVO für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar oder unvereinbar hält.

2. Nebenbestimmungen im Fusionskontrollrecht

a. Nebenbestimmungen im Hauptprüfverfahren

Eine für den Erlass von Nebenbestimmungen entscheidende Rolle spielt Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 1 FKVO. Nach dieser Norm muss die Kommission den Zusammenschluss auch dann für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklären, wenn sie feststellt, dass er infolge von bestimmten Änderungen den Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 2 FKVO entsprechen würde. Dahinter steht die Annahme, dass der ursprünglich anvisierte und zu untersagende Zusammenschluss infolge von Änderungen doch noch für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden kann.[336] In dieser Situation kommt sodann Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 FKVO zur Anwendung, der Folgendes bestimmt:

---

[329] *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 2.

[330] So wurden zwischen dem Inkrafttreten der FKVO am 21.09.1990 und dem 30.06.2011 ca. 96 % aller 4711 im Vorprüfverfahren entschieden, vgl. *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 3.

[331] Art. 6 Abs. 1 lit. a) FKVO.

[332] Art. 6 Abs. 1 lit. b) FKVO.

[333] Art. 6 Abs. 1 lit. c) FKVO.

[334] Art. 8 Abs. 1 FKVO.

[335] Art. 8 Abs. 3 FKVO.

[336] *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, S. 38.

„Die Kommission kann ihre Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind."

Die Regelung gibt der Kommission die Möglichkeit an die Hand, die Freigabe unter gewissen Voraussetzungen mit Auflagen und Bedingungen zu verbinden. Diese Ermächtigung zum Erlass von Nebenbestimmungen ist in der Praxis der Kommission von erheblicher Bedeutung und die Anzahl der mit Bedingungen und Auflagen versehenen Freigaben steigt stetig[337].

Die Verpflichtungen, von denen in Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 FKVO die Rede ist, werden im deutschen Sprachgebrauch auch als „Zusagen"[338] und an anderer Stelle in der Fusionskontrollverordnung als „Verpflichtungszusagen"[339] bezeichnet. Die Kommission verwendet in ihren Mitteilungen zudem die Bezeichnung „Abhilfemaßnahmen"[340].[341] All diese Begriffe meinen nach der Definition von *Fuchs* „die Erklärung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, in denen sie sich gegenüber der Europäischen Kommission zu bestimmten Maßnahmen verpflichten, die verhindern sollen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird".[342] Neben strukturellen Maßnahmen wie im Falle von Veräußerungs- oder Entflechtungszusagen, denen grundsätzliche Priorität zukommt,[343] wurden in einigen Fällen auch verhaltensbezogene Zusagen von der Kommission akzeptiert[344].

Von Interesse ist hier insbesondere das Zusammenspiel solcher Verpflichtungszusagen mit Nebenbestimmungen. Dieses wird in der inhaltlichen Verkettung der beiden Unterabsätze des Art. 8 Abs. 2 FKVO deutlich.[345] Voraussetzung des Erlasses einer Bedingung oder einer Auflage ist nach dem Wortlaut der Norm die vorherige Verpflichtungszusage durch die

---

[337] *Arhold*, EWS 2001, 573, 574.

[338] *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 35 und Art. 8 Rn. 97.

[339] Vgl. Art. 19 Abs. 1 FKVO.

[340] Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. Nr. C 267 vom 22.10.2008, S. 1-27.

[341] Wobei der Begriff der „Abhilfemaßnahmen" im Unterschied zum Begriff der „Verpflichtungszusagen" zum Ausdruck bringen soll, dass die Kommission in Zukunft regelmäßig strukturelle Änderungen verlangen und sich nur ganz ausnahmsweise bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände mit Verhaltensverpflichtungen zufrieden geben wird, vgl. *Arhold*, EWS 2001, 573, 574.

[342] *Fuchs*, WuW 1996, 269, 270.

[343] Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. Nr. C 267 vom 22.10.2008, S. 1-27 Rn. 15; *Arhold*, EWS 2001, 573, 575; *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 11.

[344] Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. Nr. C 267 vom 22.10.2008, S. 1-27 Rn. 15; *Adt* in: Von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die EU und zur Gründung der EG, FKVO Rn. 310 ff.; *Montag/Kacholt* in: Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts Bd. 2, H. I § 4 Rn. 146 m.w.N.; zur Frage der Zulässigkeitsvoraussetzungen verhaltensbezogener Zusagen: *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 44; *Harmjanz*, Auflagen und Bedingungen, S. 121 f.

[345] *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, S. 39.

betroffenen Unternehmen. Diesen alleine obliegt es grundsätzlich, Vorschläge zur Änderung des Zusammenschlussvorhabens vorzubringen und darzulegen, inwieweit diese geeignet sind, die Wettbewerbsbedenken der Kommission zu beseitigen.[346] Ihnen steht mithin das Initiativrecht zu, wohingegen die Kommission nicht befugt ist, eine Freigabeentscheidung von sich aus mit Bedingungen oder Auflagen zu verbinden.[347] Folglich bestimmt sich der Inhalt der Nebenbestimmungen nach den von den Parteien abgegebenen Zusagen und kann über diese nicht hinausgehen.[348] Anders ausgedrückt stellen Bedingungen und Auflagen das Spiegelbild der von den Betroffenen während des Verfahrens abgegebenen Zusagen dar.[349] Dank dieses „Umgießens" des Zusageninhalts in die juristischen Formen der Bedingung oder der Auflage wird die Kommission in die Lage versetzt, die Zusagen der Parteien fusionskontrollrechtlich durchzusetzen.[350] Weitere Erlassvoraussetzungen von Nebenbestimmungen im Hauptverfahren sind in der Fusionskontrollverordnung zumindest nicht ausdrücklich geregelt.

Das Verfahren erweist sich in der Praxis als deutlich flexibler als die beschriebene Vorgehensweise es vermuten lässt. Auch wenn die Kommission grundsätzlich keine Verpflichtungserklärungen vorgibt, werden Inhalt und Reichweite der Änderungen faktisch regelrecht ausgehandelt, wobei es durchaus vorkommt, dass die Kommission die betroffenen Unternehmen zur Abgabe einer bestimmten Verpflichtungserklärung auffordert.[351] Dieses Aushandeln als Ausdruck eines „kooperativen Vollzugs" kann sowohl formelle als auch informelle Wege nehmen[352] und zeigt die Bedeutung des konsensualen Elements.

b. Nebenbestimmungen im Vorprüfverfahren

Der Erlass von Nebenbestimmungen im Vorprüfverfahren war unter Geltung der Verordnung (EG) Nr. 4064/89 lange Zeit nicht geregelt. Dennoch akzeptierte die Kommission in ständiger Praxis Zusagen bereits im Vorverfahren, wenn sie der Auffassung war, die angebotenen Abhilfemaßnahmen seien dazu geeignet, die ernsthaften wettbewerblichen Bedenken auszuräumen.[353] Die Literatur erkannte zwar das praktische Bedürfnis eines

---

[346] *Arhold*, EWS 2001, 573, 575; *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 8; *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 17.

[347] *Heidenhain*, EuZW 1994, 135, 135; *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 8.

[348] *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, S. 39.

[349] *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 9.

[350] *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, S. 40.

[351] *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, Art. 8 FKVO Rn. 6; *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 8.

[352] Vgl. hierzu ausführlich *Harmjanz*, Auflagen und Bedingungen, S. 84 ff.

[353] Entscheidungen vom 02.12.1992, *TNT/Canada Post* Rn. 48 ff., ABl. Nr. C 322 vom 13.12.1991, S. 19; vom 04.09.1992, *Elf Aquitaine-Thyssen/Minol* Rn. 12, ABl. Nr. C 232 vom 10.09.1992, S. 14; vom 05.10.1992, *Air France/Sabena* Rn. 32, 36 ff., 43 ff., 50, 55 ff., ABl. Nr. C 272 vom 21.10.1992, S. 5; vom 20.07.1995, *Swissair/Sabena* Rn. 46 ff., ABl. Nr. C 200 vom 04.08.1995, S. 10; vom 11.03.1997, *Bank Austria/*

solchen Vorgehens an, bewertete die Praxis der Kommission im Hinblick auf die rechtliche Ausgangslage jedoch eher kritisch.[354] Viele Autoren folgerten aus der fehlenden Regelung, dass Nebenbestimmungen im Vorprüfverfahren nicht zulässig seien.[355]

Anlässlich der Novellierung der Verordnung (EG) Nr. 4064/89 ist die Praxis zunächst in Art. 6 Abs. 1 lit. a) kodifiziert und später in Art. 6 Abs. 2 FKVO übernommen worden.[356] Unterabsatz 1 bestimmt zunächst, dass die Kommission den angemeldeten Zusammenschluss auch dann für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt, falls sie feststellt, dass dieser nach Änderungen durch die beteiligten Unternehmen keinen Anlass mehr zu ernsthaften Bedenken gibt. Unterabsatz 2 ergänzt, dass die Kommission ihre Entscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden kann, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen ihren eingegangenen Verpflichtungen nachkommen.

Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 FKVO unterscheidet sich augenscheinlich kaum von Art. 8 Abs. 2 FKVO. Die Unterabsätze 1 der jeweiligen Vorschriften weichen alleine im Hinblick auf den Prüfungsmaßstab, an dem sich die Kommission zu orientieren hat, voneinander ab. Während im Vorverfahren eine Prüfung auf das Bestehen ernsthafter Bedenken hin stattfindet, entscheidet die Kommission im Hauptverfahren über die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 2 Abs. 2 FKVO. Die Unterabsätze 2 hingegen unterscheiden sich nicht. Allerdings sind trotz des identischen Wortlauts die Besonderheiten des Vorprüfverfahrens zu beachten, die in der Formulierung des Unterabsatzes 1 deutlich werden. Dementsprechend sieht Erwägungsgrund Nr. 30 der Fusionskontrollverordnung vor, dass Zusagen im Vorprüfverfahren nur dann zweckmäßig sind, wenn das Wettbewerbsproblem klar umrissen ist und leicht gelöst werden kann, ohne dass umfangreiche weitere Untersuchungen erforderlich sind. Die Kommission betrachtet dies als eine veritable Zulässigkeitsvoraussetzung,[357] akzeptiert tatsächlich aber auch komplexere Zusagen in der ersten Prüfungsphase[358].

Creditanstalt Rn. 64 ff., 104 ff., ABl. Nr. C 160 vom 27.05.1997, S. 4; *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 38; *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, FKVO, Art. 6 Rn. 12 m.w.N.

354 Vgl. nur *Fuchs*, WuW 1996, 269, 280 f.; *Heidenhain*, EuZW 1994, 135, 136 f.; *Mülbert*, ZIP 1995, 699, 706 f.; *Harmjanz*, Auflagen und Bedingungen, S. 99 ff.

355 *Bechtold*, EuZW 1994, 653, 658 f.; *Bos/Stuyck/Wytinck*, Concentration control in the European Economic Community, S. 263; *Heidenhain*, EuZW 1994, 135, 136 f.; *Uhlig*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren, S. 245 ff., 266; a.A. *Jones/Gonzales-Diàz*, Merger Regulation, S. 230 f.; mit Einschränkungen *Fuchs*, WuW 1996, 269, 282 ff.

356 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, Art. 8 FKVO Rn. 5; *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 2.

357 Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. Nr. C 267 vom 22.10.2008, S. 1-27 Rn. 81; *Montag/Kacholt* in: Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts Bd. 2, H.I § 4 Rn. 146; offen gelassen in EuG, Rs. T-158/00, „*ARD/Kommission*“, Slg. 2003, II-3825 Rn. 181.

358 *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 28.

c. Nebenbestimmungen in Freistellungen von der Verpflichtung zum Vollzugsaufschub

Eine weitere Regelung zu Nebenbestimmungen findet sich in Art. 7 FKVO. Grundsätzlich verbietet Art. 7 Abs. 1 FKVO den vorzeitigen Vollzug von anmeldepflichtigen Zusammenschlussvorhaben. Von diesem Vollzugsverbot kann jedoch nach Art. 7 Abs. 3 FKVO auf Antrag eine Befreiung durch die Kommission erteilt werden. Hinsichtlich dieser Entscheidung über eine Befreiung steht der Kommission ein weiter Ermessensspielraum zu.[359] Art. 7 Abs. 3 S. 4 FKVO sieht zudem vor, dass die Freistellung mit Bedingungen und Auflagen versehen werden kann, um die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb zu sichern. Weitere Voraussetzungen zum Erlass der Nebenbestimmungen sind aber auch hier nicht normiert.

d. Die Differenzierung zwischen Bedingung und Auflage

Die erwähnten Vorschriften des Fusionskontrollrechts enthalten die Begriffe der Bedingung und der Auflage, ohne diese jedoch näher zu definieren. Die Kommission bemühte sich in ihren Entscheidungen lange Zeit nicht um eine Differenzierung zwischen beiden. So war insbesondere in älteren Entscheidungen häufig nur von „Auflagen" die Rede[360]; später sprach die Kommission meist formelhaft von „Bedingungen und Auflagen"[361]. Auch Formulierungen wie „Verpflichtungen"[362] oder „Bedingungen und Verpflichtungen"[363] finden sich in der Kommissionspraxis. Dementsprechend wurde zu Recht von einer „gewissen Konzeptionslosigkeit"[364] der Kommission gesprochen. Die Unterscheidung zwischen Bedingungen und Auflagen schien für die Kommission nicht weiter von Bedeutung zu sein.

Dieser Annahme ist jedoch schon im Hinblick auf die in der Fusionskontrollverordnung vorgesehene Differenzierung bezüglich der Rechtsfolgen[365] entgegenzutreten. Für den Fall der Nichterfüllung einer Auflage sieht die Fusionskontrollverordnung drei Handlungsmöglichkeiten der Kommission vor: sie kann die Freigabe widerrufen[366] sowie Geldbußen[367] oder Zwangsgelder[368] festsetzen. Im Unterschied hierzu sind die Rechtsfolgen

---

[359] *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, Art. 7 FKVO Rn. 3.

[360] Vgl. Entscheidungen vom 12.04.1991, *Alcatel/Telettra*, ABl. L 122, S. 48, 54; vom 29.05.1991, *Magneti Marelli*, ABl. L 222, S. 38, 41; vom 28.04.1992, *ACCOR/Wagons-Lits*, ABl. L 204, S. 1, 12.

[361] Vgl. Entscheidungen vom 22.07.1992, *Nestlé/Perrier*, ABl. L 356, S. 1, 31; vom 14.12.1993, *Kali +Salz/MdK/Treuhand*, ABl. L 186, S. 38, 53; vgl. allgemein *Fuchs*, WuW 1996, 269, 279; auch *Heidenhain*, EuZW 1994, 135, 136.

[362] Vgl. Entscheidungen vom 20.09.1995, *Orkla/Volvo*, ABl. L 66, S. 17, 35; vom 14.05.1997, *BT/MCI (II)*, ABl. L 336, 1, 15.

[363] Vgl. Entscheidungen vom 16.01.1996, *Kimberley-Clark/Scott*, ABl. L 183, S. 1, 39; vom 17.07.1996, *RTL/Veronica/Endemol*, ABl. L 294, S. 14, 16.

[364] *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, S. 41.

[365] Vgl. zu den Rechtsfolgen der Nichtbeachtung einer Nebenbestimmung im Fusionskontrollrecht TEIL 5.

[366] Art. 8 Abs. 6 lit. b) FKVO.

[367] Art. 14 Abs. 2 lit. d) FKVO.

[368] Art. 15 Abs. 1 lit. c) FKVO.

bei Nichteintritt der Bedingung nicht explizit in der Fusionskontrollverordnung geregelt, sondern ergeben sich aus ihrer Rechtsnatur selbst. Die Bedingung ist grundsätzlich „self executing", so dass der Nichteintritt einer aufschiebenden oder der Eintritt einer auflösenden Bedingung die Unwirksamkeit der Freigabe zur Folge hat. Angesichts dieser Unterschiede, die eindeutig in der Fusionskontrollverordnung angelegt sind, ist eine klare Unterscheidung zwischen Bedingungen und Auflagen aus Gründen der Rechtssicherheit dringend erforderlich.[369]

Auch die Kommission scheint der Differenzierung inzwischen durchaus Bedeutung beizumessen; zumindest stellt sie bereits seit 2001 im Entscheidungstenor ausdrücklich fest, ob es sich um eine Auflage oder um eine Bedingung handelt.[370] In ihrer „Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen"[371] hob sie die Unterscheidung zwischen Bedingungen und Auflagen im Fusionskontrollrecht gesondert hervor. Darüber hinaus traf sie eine materielle Unterscheidung zwischen den beiden Nebenbestimmungsformen. Demnach liegt im Falle einer Änderung der Marktstruktur, wie der Veräußerung eines Geschäfts, eine Bedingung vor. Hingegen sind die hierfür erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen, z. B. die Bestellung eines Treuhänders mit dem unwiderruflichen Mandat, das Geschäft zu veräußern, in der Regel Gegenstand von Auflagen.[372] Dennoch ist im Ergebnis nicht festgelegt, in welchen Fällen eine Bedingung oder eine Auflage zu wählen ist; der Kommission verbleibt bei der Ausgestaltung ein gewisser Ermessensspielraum.[373]

II. Kartellaufsicht

1. Nebenbestimmungen in der Kartellverordnung Nr. 17

Die wohl älteste Regelung zu Nebenbestimmungen fand sich in der ersten Kartellverordnung von 1962, die gemeinhin als Verordnung Nr. 17[374] bezeichnet wird. Die Verordnung Nr. 17 (VO Nr. 17) regelte bis zum Inkrafttreten der aktuellen Kartellverfahrensverordnung[375] (VO Nr. 1/2003) am 1. Mai 2004 die grundlegenden Verfahrensbestimmungen im Bereich des

---

369 So auch *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, S. 43.

370 *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 97.

371 Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. Nr. C 267 vom 22.10.2008, S. 1-27.

372 Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. Nr. C 267 vom 22.10.2008, S. 1 Rn. 19.

373 *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 27.

374 Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. Nr. 13 vom 21.02.1962, S. 204-211.

375 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1 vom 04.01.2003, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1419/2006 des Rates vom 25. September 2006 zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 4056/86 über die Einzelheiten der Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrags auf den Seeverkehr und zur Ausweitung des Anwendungsbereichs der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf Kabotage und internationale Trampdienste, ABl. Nr. L 269 vom 28.09.2006, S. 1.

Kartellrechts. Zum besseren Verständnis der dortigen Regelungen soll an dieser Stelle kurz auf das ihr zugrunde liegende Primärrecht eingegangen werden.

Die Verordnung Nr. 17 basierte auf den primärrechtlichen Regelungen der Art. 81 und 82 EGV. Gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV konnte die Kommission das Kartellverbot des Absatzes 1 unter bestimmten Voraussetzungen für nicht anwendbar erklären. Zum Erlass ebensolcher Freistellungsentscheidungen ermächtigte Art. 8 Abs. 1 VO Nr. 17 die Kommission, indem er bestimmte:

„Die Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages ist für eine bestimmte Zeit abzugeben; sie kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden."

Dementsprechend hatte die Kommission im System der Verordnung Nr. 17 grundsätzlich zwei Möglichkeiten, ein Verfahren zum Abschluss zu bringen, wenn sie die Maßnahme für mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar erachtete. Falls die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV vorlagen und eine Gruppenfreistellung nicht einschlägig war, erließ die Kommission eine Einzelfreistellungsentscheidung. Ansonsten untersagte sie die Durchführung und verhängte gegebenenfalls ein Bußgeld. Darüber hinaus war es der Kommission – gewissermaßen als Zwischenlösung – aber möglich, eine Freistellung mit Nebenbestimmungen zu erteilen, die den angemeldeten Zusammenschluss erst freistellungsfähig machten. Die Bedingungen und Auflagen konnten auch auf Zusagen der Unternehmen beruhen; eine besondere Vorschrift über Verpflichtungszusagen fand sich in der Verordnung Nr. 17 jedoch nicht.[376] Dementsprechend war die vorherige Zusage durch die betroffenen Unternehmen – im Gegensatz zur Fusionskontrolle – keine notwendige Voraussetzung für den Erlass einer Nebenbestimmung. Auch anderweitige Voraussetzungen benannte die Verordnung Nr. 17 nicht.

2. Verpflichtungszusagen in der Kartellverfahrensverordnung

In der Kartellverfahrensverordnung kann nunmehr die umgekehrte Situation festgestellt werden: In Art. 9 Abs. 1 VO Nr. 1/2003 ist das Instrument der Verpflichtungszusagen geregelt, während sich die Begriffe der Bedingungen und Auflagen nicht mehr im Text der Verordnung finden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass mit dem Inkrafttreten der Kartellverfahrensverordnung ein vollständig neues System etabliert wurde, nach dem eine Anmeldung der Absprachen bei der Kommission nicht mehr erforderlich ist und folglich auch keine Einzelfreistellung durch die Kommission mehr ergeht.[377] Stattdessen gilt Art. 81 Abs. 3 EGV bzw. 101 Abs. 3 AEUV unmittelbar[378] mit der Folge, dass Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen, die zwar vom Verbot des Absatzes 1 erfasst sind, aber

[376] *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, VO (EG) 1/2003, Art. 9 Rn. 1.

[377] Ausführlich zum Systemwechsel: *Frenz*, Handbuch Europarecht 2, Rn. 306 ff.; *Schmidt*, BB 2003, 1237 ff.; *Brinker* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 101 AEUV Rn. 79.

[378] *Brinker* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 101 AEUV Rn. 79.

die Voraussetzungen des Absatzes 3 erfüllen, erlaubt sind, ohne dass dies einer Entscheidung durch die Kommission bedarf.[379]

Art. 10 VO Nr. 1/2003 sieht die Möglichkeit der Kommission vor, von Amts wegen förmlich festzustellen, dass Art. 101 AEUV keine Anwendung findet. Damit tritt die Norm unter anderem an die Stelle der früheren Freistellungsentscheidungen nach Art. 8 VO Nr. 17.[380] Da sich dieser Beschluss allerdings darauf beschränkt, die bestehende Rechtslage festzustellen, spielen Nebenbestimmungen hierbei keine Rolle mehr. Die so entstandene Lücke füllt Art. 9 VO Nr. 1/2003, indem er es Unternehmen gestattet, zur Abwendung einer Verbotsentscheidung Verpflichtungszusagen zu unterbreiten. Diese kann die Kommission sodann annehmen und durch Beschluss für bindend erklären.[381] Hierbei handelt es sich um einen förmlichen Beschluss im Sinne des Art. 288 AEUV.[382] Mit diesem Zusagenbeschluss wurde ein neues Instrument in das Europäische Kartellverfahrensrecht eingeführt.[383] Eine gewisse Nähe zur Erklärung der Verbindlichkeit durch den Erlass von Auflagen und Bedingungen ist dabei nicht zu leugnen.[384] Die für bindend erklärte Zusage kann, wie *Karsten Schmidt*[385] festgestellt hat, „wie eine Auflage durch Zwangs- oder Bußgelder durchgesetzt werden[386] und wie eine Bedingung lässt sie den mit dem Nichteinschreiten verbundenen Rechtsvorteil entfallen, wenn die Verpflichtung nicht eingehalten wird“[387].

Die Kartellverfahrensverordnung sieht darüber hinaus vor, dass der Zusagenbeschluss befristet werden kann.[388] Eine solche Befristung des Beschlusses kommt insbesondere in Betracht, wenn von einer nachträglichen Änderung der Umstände, die zu seinem Erlass geführt haben, auszugehen ist, oder wenn die Verpflichtungszusagen der Unternehmen ihrerseits nur befristet abgegeben wurden.[389] Zumindest im Falle der Befristung ergehen also Nebenbestimmungen im Rahmen des Kartellaufsichtsrechts.

---

379 Vgl. Art. 1 Abs. 2 VO Nr. 1/2003.

380 *Anweiler* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, VerfVO, Art. 10 Rn. 1; *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, VO (EG) 1/2003, Art. 10 Rn. 1.

381 Vgl. zum „Zusagenbeschluss“ *Ritter* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, VO (EG) 1/2003, Art. 9 Rn. 19; *Kahlenberg/Neuhaus*, EuZW 2005, 620, 624.

382 *Niggemann* in: Streinz, EUV/AEUV, KartVO nach Art. 103 AEUV Rn. 29.

383 *Sura* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, VO Nr. 1/2003, Art. 9 Rn. 1.

384 *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 151 bezeichnet Beschlüsse auf Basis des Art. 9 VO Nr. 1/2003 sogar (unzutreffend) als Nebenbestimmungen.

385 *Schmidt*, BB 2003, 1237, 1242.

386 Vgl. Art. 23 Abs. 2 lit. c) und Art. 24 Abs. 1 lit. c) VO Nr. 1/2003.

387 Vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. b) VO Nr. 1/2003.

388 Vgl. Art. 9 Abs. 1 S. 2 VO Nr. 1/2003.

389 *Klees*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, S. 173; *Temple Lang*, ECLR 2003, 347, 351.

B. Produktzulassungsrecht

I. Chemikalien/REACh[390]

Die REACh-Verordnung[391] (REACh-VO) regelt die Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung von Chemikalien. Im Regelfall sind Chemikalien lediglich zu registrieren. Besonders besorgniserregende Stoffe unterliegen nach den Artikeln 55 ff. REACh-VO aber einem Zulassungserfordernis. Dabei muss der Antrag bei der Europäischen Chemikalienagentur (ECHA) eingereicht werden, die Zulassung wird letztlich aber durch die Kommission erteilt[392] und kann mit Nebenbestimmungen verbunden werden.

Art. 60 Abs. 8 REACh-VO regelt diesbezüglich Folgendes:

„Unbeschadet einer Entscheidung über einen künftigen Überprüfungszeitraum unterliegen Zulassungen einer befristeten Überprüfung und sind in der Regel an Auflagen, einschließlich einer Überwachung, geknüpft."

Anhand dieser Formulierung ist zunächst zu klären, was unter einer befristeten Überprüfung zu verstehen ist. Gemäß Art. 61 Abs. 1 REACh-VO werden Zulassungen so lange als gültig angesehen, bis die Kommission beschließt, sie im Rahmen einer Überprüfung zu ändern oder zu widerrufen. Diese Entscheidung basiert auf Art. 61 Abs. 3 REACh-VO, der die Änderung und den Widerruf unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt. Da die Unwirksamkeit also durch den Widerruf der Kommission auf Basis der Überprüfungsergebnisse herbeigeführt wird,[393] liegt keine auflösende Befristung, sondern ein in der Verordnung selbst normierter Widerrufsvorbehalt vor. Wird er in die Zulassung mit aufgenommen, handelt es sich um einen bloßen Hinweis auf die bestehende Rechtslage. Die Zulassung selbst legt darüber hinaus jedoch den spätesten Zeitpunkt der nächsten Überprüfung fest. Diese Vorgabe führt zusammen mit der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit des Widerrufs zu einer

---

390 Registration, Evaluation and Authorisation of Chemicals.

391 Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, zur Änderung der Richtlinie 1999/45/EG und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 793/93 des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 1488/94 der Kommission, der Richtlinie 76/769/EWG des Rates sowie der Richtlinien 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/EG und 2000/21/EG der Kommission, ABl. Nr. L 396 vom 30.12.2006, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 517/2013 des Rates vom 13. Mai 2013 zur Anpassung einiger Verordnungen und Beschlüsse in den Bereichen freier Warenverkehr, Freizügigkeit, Gesellschaftsrecht, Wettbewerbspolitik, Landwirtschaft, Lebensmittelsicherheit, Tier- und Pflanzengesundheit, Verkehrspolitik, Energie, Steuern, Statistik, transeuropäische Netze, Justiz und Grundrechte, Recht, Freiheit und Sicherheit, Umwelt, Zollunion, Außenbeziehungen, Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik und Organe aufgrund des Beitritts der Republik Kroatien, ABl. Nr. L 158 vom 10.06.2013, S. 1.

392 Vgl. zu den Zuständigkeiten der verschiedenen beteiligten Behörden ausführlich *Schmolke* in: Führ, Praxishandbuch REACH, S. 522 ff.

393 *Hermann/Ingerowski* in: Führ, Praxishandbuch REACH, S. 285; *Kuhn*, REACH- Das neue europäische Regulierungssystem für Chemikalien, S. 170.

„Temporalisierung der Risikoentscheidung“[394]. Eine generelle Befristung der Zulassungen ist hingegen nicht vorgesehen.[395]

Darüber hinaus ist in Art. 60 Abs. 8 REACh-VO von Auflagen die Rede. Obschon der Begriff der Auflage noch an einigen weiteren Stellen der Verordnung Erwähnung findet,[396] trifft sie keine nähere Aussage dazu, unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Inhalt diese ergehen können. Der Formulierung in Art. 60 Abs. 8 REACh-VO lässt sich lediglich entnehmen, dass eine Auflage jedenfalls der Überwachung dienen darf. Gleichzeitig wird anhand des Wortlauts[397] aber deutlich, dass auch andere Inhalte zulässig sind. Es ist zudem nicht fernliegend, den Begriff der Auflage in diesem Zusammenhang im weiteren Sinne zu verstehen, so dass auch Bedingungen darunter fallen, zumal die englische und die französische Version von *conditions* sprechen. Hierfür spricht auch die große Bedeutung von Nebenbestimmungen im Rahmen der Zulassung von Chemikalien. Diese wird in Erwägungsgrund Nr. 72 der REACh-VO deutlich, der darauf hinweist, dass besorgniserregende Stoffe soweit möglich durch geeignete alternative Stoffe oder Technologien ersetzt werden sollen. Ihre Zulassung ist aus diesem Grunde nur unter zeitlichen und in aller Regel auch inhaltlichen Beschränkungen möglich, welche durch Nebenbestimmungen realisiert werden können.

II. Arzneimittel

Die Arzneimittelagentur-Verordnung[398] (Arzneimittelagentur-VO) soll die Genehmigung, Überwachung und Pharmakovigilanz[399] im Bereich bestimmter Human- und Tierarzneimittel[400] sicherstellen. Sie sieht vor, dass das Inverkehrbringen dieser Human- und Tierarzneimittel einer Genehmigung im zentralisierten Verfahren[401] bedarf. Dabei muss der

---

394 *Köck/Kern*, Öffentlich-rechtliche Kontrolle von Umweltrisiken, insbesondere Probleme und Perspektiven der europäischen Chemikalienkontrolle in: Vieweg, Risiko-Recht-Verantwortung, S. 279, 287.

395 So auch *Ingerowski*, Die REACh-Verordnung, S. 269; vgl. zur ehemaligen Regelung der grundsätzlichen Befristung in Art. 59 Abs. 6 VO-Entwurf KOM (2003) 644 endg. *Funke*, Grundprobleme der Zulassung besonders gefährlicher Stoffe in der REACH-Verordnung, S. 61 f.; *Köller*, Die Reform des europäischen Chemikalienrechts REACH im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Vorsorgeprinzips, S. 158.

396 In Art. 60 Abs. 9 lit. d) findet sich der Hinweis, dass in der Zulassung sämtliche damit verbundene Auflagen anzugeben sind; Art. 60 Abs. 10 erwähnt die Auflagen ebenfalls.

397 „einschließlich einer Überwachung“.

398 Verordnung (EG) Nr. 726/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur, ABl. Nr. L 136 vom 30.04.2004, S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 1027/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 726/2004 hinsichtlich der Pharmakovigilanz; ABl. Nr. L 316 vom 14.11.2012, S. 38.

399 Laufende und systematische Überwachung der Sicherheit eines Fertigarzneimittels für Mensch oder Tier.

400 Unter die Verordnung fallen u.a. Arzneimittel für neuartige Therapien und monoklonale Antikörper sowie Humanarzneimittel mit neuen Wirkstoffen zur Behandlung von Aids, Diabetes mellitus, Krebs, neurodegenerative Erkrankungen, Autoimmunerkrankungen und andere Immunschwächen und Viruserkrankungen.

401 Zum Anwendungsbereich von zentralisiertem und dezentralisiertem Verfahren vgl. *Lorenz*, Das gemeinschaftliche Arzneimittelzulassungsrecht, S. 146 ff.

Antrag bei der Europäischen Arzneimittelagentur (EMEA) eingereicht werden, die Genehmigung wird jedoch auch hier letztlich durch die Kommission unter Beteiligung von Vertretern der Mitgliedstaaten erteilt.[402] Bei der Erteilung der Genehmigung spielen Nebenbestimmungen wiederum eine wichtige Rolle.[403]

1. Schnellzulassung gemäß Art. 14 Abs. 7 Arzneimittelagentur-VO

Gemäß Art. 14 Abs. 7 Arzneimittelagentur-VO kann eine Genehmigung für Humanarzneimittel vorbehaltlich besonderer Bedingungen erteilt werden, die jährlich neu zu beurteilen sind.[404] Diese Form der Genehmigung hat in der Verordnung über die bedingte Zulassung von Humanarzneimitteln[405] (Schnellzulassungs-VO) eine ausführliche Regelung erfahren. Sie dient der Schließung medizinischer Versorgungslücken, indem sie es erlaubt, bei bestimmten Arzneimittelkategorien Zulassungen auf der Grundlage weniger umfangreicher Daten zu erteilen und sie im Gegenzug an bestimmte Verpflichtungen zu knüpfen.[406]

Art. 1 Schnellzulassungs-VO definiert die „bedingte Zulassung" als „eine mit bestimmten Auflagen verbundene Zulassung". Die Definition erschöpft sich mithin darin, den Terminus der Bedingung durch den Begriff der Auflage zu ersetzen. Ein weiteres Mal wird hier deutlich, dass die Unterscheidung zwischen Bedingung und Auflage nicht stringent angewandt wird. Hinzu kommt, dass in der englischen und französischen Fassung bereits in Art. 14 Abs. 7 Arzneimittelagentur-VO jeweils von *obligation* die Rede ist, während die deutsche Fassung dort von Bedingungen spricht. Die Sprachfassungen der Schnellzulassungs-VO stimmen dann aber überein.[407] Trotz dieser Sprachwirrungen bleibt letztlich festzuhalten, dass es sich richtigerweise um Auflagen handelt, da die bedingte Zulassung entgegen ihrer Bezeichnung unbedingt ein Jahr lang wirksam sein soll.[408]

Gemäß Art. 5 Schnellzulassungs-VO ist der Inhaber einer bedingten Zulassung mittels spezifischer Auflagen dazu zu verpflichten, laufende Studien abzuschließen oder neue Studien einzuleiten, um das positive Nutzen-Risiko-Verhältnis zu bestätigen und zusätzliche Daten

---

[402] *Knipschild* in: Schmidt-Aßmann/ Schöndorf-Haubold, Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 87, 95.

[403] Vgl. zu deren Bedeutung im deutschen Arzneimittelzulassungsverfahren *Von Czettritz/Meier*, Auflagen im arzneimittelrechtlichen Zulassungsbescheid – Rechtsmittel, Rechtsfolgen und Konsequenzen, PharmR 2006, 101 ff.

[404] Vgl. zu den Voraussetzungen der bedingten Zulassung *Friese* in: Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 5 Rn. 125 ff.; *Lorenz*, Das gemeinschaftliche Arzneimittelzulassungsrecht, S. 322.

[405] Verordnung (EG) Nr. 507/2006 der Kommission vom 29. März 2006 über die bedingte Zulassung von Humanarzneimitteln, die unter den Geltungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 726/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates fallen, ABl. Nr. L 92 vom 30.03.2006, S. 6.

[406] Vgl. Erwägungsgrund Nr. 2 Schnellzulassungs-VO; vgl. zum dahinter stehenden Zweck des Schutzes der öffentlichen Gesundheit *Kern*, Rechtliche Regulierung der Umweltrisiken von Human- und Tierarzneimitteln, S. 110 f.

[407] Die bedingte Zulassung wird mit "conditional marketing authorisation" und "autorisation de mise sur le marché conditionnelle" übersetzt.

[408] Von Auflagen spricht auch *Kern*, Rechtliche Regulierung der Umweltrisiken von Human- und Tierarzneimitteln, S. 110 f.; in diesem Sinne zur Vorgängervorschrift Art. 13 Abs. 2 VO (EWG) 2309/93 *Kwizda*, Zulassungsverfahren für Humanarzneimittel in der Europäischen Union, S. 97.

vorzulegen. Ferner können spezifische Auflagen für die Erhebung der Pharmakovigilanzdaten aufgestellt werden. Diese „starken“[409] Auflagen sollen die weitere Durchführung von Studien zur Erhebung von Daten sicherstellen. Antragsteller dürfen sich nicht auf Dauer mit einer unvollständigen Datenerhebung begnügen, sondern müssen diese nachholen. Ziel ist die Erfüllung aller Voraussetzungen, die für eine vollständige Genehmigung im Sinne der Arzneimittelagentur-Verordnung erforderlich sind.

Diesem Ziel entsprechend bestimmt Art. 6 Abs. 1 Schnellzulassungs-VO, dass die bedingte Zulassung grundsätzlich nur eine einjährige Geltungsdauer aufweist, die jedoch auf Antrag jährlich solange verlängert werden kann, bis die fehlenden Daten vorgelegt werden. Die Norm sieht in diesem Zusammenhang auch vor, dass bei der Bescheidung des Verlängerungsantrags ein Gutachten darüber zu erstellen ist, inwieweit die vorhandenen Auflagen erfüllt wurden und ob sie bestehen bleiben oder geändert werden sollen.[410] Sobald alle Daten vorgelegt und somit alle Auflagen erfüllt sind, wird durch die Kommission eine vollständige Zulassung mit fünfjähriger Geltungsdauer erteilt.[411]

Eine weitere Besonderheit besteht hier darin, dass nach Art. 3 Abs. 1 Schnellzulassungs-VO bereits der Antrag auf eine bedingte Genehmigung gerichtet sein kann. Sollte diesem Antrag entsprochen werden, stellt die Nebenbestimmung entgegen ihrer sonst üblichen Wirkungsweise keine Einschränkung der beantragten Begünstigung dar und entfaltet daher auch keine belastende Wirkung.

2. Ausnahmsweise erteilte Zulassung gemäß Art. 14 Abs. 8 Arzneimittelagentur-VO

Von der bedingten Zulassung ist die ausnahmsweise erteile Zulassung im Sinne des Art. 14 Abs. 8 Arzneimittelagentur-VO zu unterscheiden.[412] Während im Falle einer bedingten Zulassung die erforderlichen Daten zwar noch nicht komplett vorliegen, aber in Zukunft nachgereicht werden sollen, ist die Vorlage vollständiger Unterlagen bei einer ausnahmsweise erteilten Genehmigung gar nicht erst zu erwarten.[413] Art. 14 Abs. 8 S. 1 Arzneimittelagentur-VO erlaubt es, auch in dieser Situation, „eine Genehmigung unter bestimmten Bedingungen zu erteilen“. Auf diese Weise sollen unter anderem die Sicherheit des Arzneimittels und die Information der zuständigen Organe über alle Zwischenfälle im Zusammenhang mit seiner Verwendung sichergestellt werden. Zudem kann dem Adressaten die Ergreifung bestimmter Maßnahmen auferlegt werden. Dies macht deutlich, dass auch hier

---

[409] *Kern*, Rechtliche Regulierung der Umweltrisiken von Human- und Tierarzneimitteln, S. 110.

[410] Art. 6 Abs. 3 Schnellzulassungs-VO.

[411] Art. 7 Schnellzulassungs-VO; vgl. dazu *Friese* in: Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 5 Rn. 127.

[412] Eine Art. 14 Abs. 8 entsprechende Normierung befindet sich in Art. 39 Abs. 7 Arzneimittelagentur-VO hinsichtlich der Genehmigung von Tierarzneimitteln.

[413] *Friese* in: Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 5 Rn. 128; *Kern*, Rechtliche Regulierung der Umweltrisiken von Human- und Tierarzneimitteln, S. 105.

in erster Linie Auflagen gemeint sind. Ziel ist es, die Risiken, die sich aus den eher „dünnen" Nachweisen der Unbedenklichkeit und Wirksamkeit ergeben, zu minimieren.[414]

Art. 14 Abs. 8 S. 2 Arzneimittelagentur-VO sieht vor, dass die ausnahmsweise erteilte Genehmigung auf einem der in Anhang I des Gemeinschaftskodex[415] genannten Gründe beruhen muss.[416] Dort werden auch mögliche Verpflichtungen des Adressaten geregelt,[417] die ausdrücklich als Auflagen bezeichnet werden. Demnach können Auflagen vorsehen, dass der Antragsteller ein Versuchsprogramm zur Neubeurteilung des Nutzen-/Risikoprofils durchführt, dass das Arzneimittel nur auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden darf oder dass in der Packungsbeilage und in der für Ärzte bestimmten Information auf die unzureichenden Angaben hingewiesen wird.[418] Die ausnahmsweise erteilte Genehmigung hat nach Art. 14 Abs. 8 Arzneimittelagentur-VO grundsätzlich eine Geltungsdauer von fünf Jahren. Ihre Aufrechterhaltung ist jedoch vom Ergebnis der jährlichen Neubeurteilung der ihr beigefügten Auflagen abhängig.[419]

3. Sonstige Zulassungen unter Nebenbestimmungen

Im Übrigen geht die Arzneimittelagentur-Verordnung von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Bedingungen und Auflagen aus, ohne jedoch entsprechende Ermächtigungsgrundlagen vorzusehen. Gemäß Art. 9 Abs. 4 lit. b) Arzneimittelagentur-VO sind dem positiven Gutachten der Agentur die Einzelheiten etwaiger Bedingungen oder Einschränkungen beizufügen, die für die Lieferung oder Verwendung des betreffenden Arzneimittels gelten sollten, einschließlich der Bedingungen, unter denen das Arzneimittel Patienten zugänglich gemacht werden darf. Darüber hinaus sieht lit. c) vor, dass Einzelheiten etwaiger empfohlener Bedingungen oder Einschränkungen hinsichtlich der sicheren und wirksamen Anwendung des Arzneimittels beizufügen sind.

Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von Nebenbestimmungen außerhalb der oben beschriebenen Ausnahmefälle enthält die Arzneimittelagentur-Verordnung dennoch nicht. Dies unterscheidet das zentrale Verfahren nach der Verordnung vom dezentralen Verfahren nach dem Gemeinschaftskodex, wo Auflagen außerdem aus Umweltschutzgründen gemäß Art. 8 Abs. 3 lit. ca) zulässig sind. Diese Norm sieht zunächst vor, dass dem Antrag auf Zulassung eine Bewertung der möglichen Umweltrisiken des Arzneimittels beizufügen ist. In

---

414 *Lorenz*, Das gemeinschaftliche Arzneimittelzulassungsrecht, S. 321.

415 Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, ABl. Nr. L 311 vom 28.11.2001, S. 67.

416 Dies ist gemäß Anhang I Teil 4 G der Fall, wenn die Indikationen, für die das betreffende Arzneimittel bestimmt ist, so selten vorkommen, dass dem Antragsteller billigerweise nicht zugemutet werden kann, die vollständigen Angaben vorzulegen, beim jeweiligen Stand der Wissenschaft es nicht möglich ist, vollständige Auskünfte zu erteilen, oder die allgemein anerkannten Grundsätze des ärztlichen Berufsethos es nicht gestatten, diese Angaben zu beschaffen.

417 Teil 4 G.

418 Vgl. zu weiteren möglichen Auflagen *Kern*, Rechtliche Regulierung der Umweltrisiken von Human- und Tierarzneimitteln, S. 106.

419 Vgl. *Friese* in: Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 5 Rn. 129.

diesem Zusammenhang vermutet man zunächst keinerlei Regelung hinsichtlich etwaiger Nebenbestimmungen der Zulassung. Im Anschluss heißt es jedoch: „Im Einzelfall sind Sonderbestimmungen zu ihrer Begrenzung vorzusehen." Diese versteckte Regelung wurde zu Recht als „rechtstechnisch und rechtssystematisch unglücklich platziert"[420] bezeichnet, da sie mit den Anforderungen an den einzureichenden Zulassungsantrag in keinem Zusammenhang steht, sondern eine Eingriffsnorm zugunsten der Verwaltung darstellt. Genauer stellt dies eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Auflagen und Bedingungen dar.[421] Eine Konkretisierung hinsichtlich der Gestaltung von Nebenbestimmungen enthält der Gemeinschaftskodex dennoch nicht. *Kern* vertritt die Ansicht, dass hier lediglich schwache Auflagen, die nicht das Wesen der Zulassung betreffen, in Betracht kommen, da nachteilige Umweltauswirkungen kein Kriterium für die Ablehnung der Genehmigung darstellen.[422]

Eine analoge Anwendung des Art. 8 Abs. 3 lit. ca) Gemeinschaftskodex im Rahmen des zentralisierten Verfahrens erscheint durchaus naheliegend. Hierfür spricht, dass die Möglichkeit zum Erlass von Auflagen und Bedingungen von der Arzneimittelagentur-Verordnung vorausgesetzt wird und beide Verfahren an die identischen materiellen Kriterien anknüpfen, so dass eine Abweichung nur in Bezug auf Umweltauflagen keinen Sinn ergäbe.[423]

III. Lebensmittel

1. Genehmigung neuartiger Lebensmittel

Die Novel-Food-Verordnung[424] (Novel-Food-VO) führte im Lebensmittelrecht erstmals ein auf dem Verbotsprinzip basierendes Genehmigungsverfahren für Lebensmittel ein.[425] Das Verfahren wird auf der ersten Stufe von nationalen Behörden gesteuert, auf der zweiten Stufe übernimmt sodann die Kommission als „maßgebliche Genehmigungsinstanz"[426]. Für den Fall, dass das zu genehmigende Lebensmittel einer ergänzenden Prüfung bedarf[427] oder ein

---

[420] *Kern*, Rechtliche Regulierung der Umweltrisiken von Human- und Tierarzneimitteln, S. 104.

[421] So auch *Kern*, Rechtliche Regulierung der Umweltrisiken von Human- und Tierarzneimitteln, S. 104.

[422] *Kern*, Rechtliche Regulierung der Umweltrisiken von Human- und Tierarzneimitteln, S. 105.

[423] *Kern*, Rechtliche Regulierung der Umweltrisiken von Human- und Tierarzneimitteln, S. 112.

[424] Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten, ABl. Nr. L 43 vom 14.02.1997, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 596/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 zur Anpassung einiger Rechtsakte, für die das Verfahren des Artikels 251 des Vertrags gilt, an den Beschluss 1999/468/EG des Rates in Bezug auf das Regelungsverfahren mit Kontrolle, ABl. Nr. L 188, vom 18.7.2009, S. 14.

[425] Nach dem traditionellen System des Missbrauchsprinzips durften Lebensmittel in der Regel ohne Genehmigung in Verkehr gebracht werden, *Hagenmeyer/Teufer* in Dauses: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts Bd. 1, C. IV Rn. 274; vgl. ausführlich zum „Systemwechsel" *Groß*, Die Produktzulassung von Novel Food, S. 261 ff.

[426] *Groß*, Die Produktzulassung von Novel Food, S. 269.

[427] Art. 6 Abs.3 i.V.m. Art. 4 Abs. 4 Novel-Food-VO.

Mitgliedstaat Einwände dagegen erhebt[428], greift das Verfahren des Art. 7 Novel-Food-VO, dessen Absatz 2 bestimmt, dass die Genehmigung ihren Geltungsbereich vorschreibt. Der Geltungsbereich kann dabei grundsätzlich in sachlicher und zeitlicher Hinsicht eingeschränkt werden, während eine räumliche Begrenzung nur schwer denkbar ist.[429] Eine sachliche Einschränkung wie der Einsatz des Lebensmittels nur für bestimmte Zwecke kann als Bedingung oder als Auflage ausgestaltet sein. Dagegen handelt es sich bei der zeitlichen Begrenzung in aller Regel um eine Befristung.

Art. 7 Abs. 2 Novel-Food-VO erlaubt darüber hinaus das Beifügen bestimmter Arten von Verpflichtungen. Die erste Alternative sieht Bedingungen für die Verwendung des Lebensmittels oder der Lebensmittelzutat vor. Diese Einschränkung betrifft nicht den Antragsteller selbst, da dieser das neuartige Lebensmittel in den Verkehr bringt, es jedoch nicht selbst verwendet.[430] Hieraus folgt, dass etwaige Einschränkungen der Genehmigung auch nachgeordnete Unternehmen und Personen, wie den weiterverarbeitenden Betrieb oder den Verbraucher, binden.[431] Daneben kann gemäß der zweiten Alternative in der Genehmigung festgelegt werden, dass die Bezeichnung durch weitere Merkmale des Lebensmittels oder der Lebensmittelzutat zu ergänzen ist. Dies gilt beispielsweise für Hinweise auf einen Gehalt an gentechnisch veränderten Organismen.[432] Die dritte Alternative bezieht sich auf Etikettierungspflichten.[433] Alle drei Alternativen regeln somit nichts anderes als Bedingungen oder Auflagen, mit denen die Genehmigung versehen werden kann, auch wenn der Begriff nicht ausdrücklich genannt wird.[434] So regelt die Novel-Food-Verordnung auch keinerlei Anforderungen an Nebenbestimmungen.

2. Genehmigung gentechnisch veränderter Lebensmittel

Ebenso wie neuartige Lebensmittel unterliegen auch gentechnisch veränderte Lebensmittel dem Verbotsprinzip und bedürfen einer Genehmigung.[435] Die Gen-Nahrungsmittel-Verordnung[436] (Gen-Nahrungsmittel-VO) sieht dementsprechend vor, dass Lebens- und Futtermittel, die aus genetisch veränderten Organismen bestehen, einer Zulassung durch die

---

[428] Art. 6 Abs. 4 Novel-Food-VO.

[429] *Schroeter* in: Streinz, Neuartige Lebensmittel, S. 123.

[430] *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht Bd. III, C 150, Art. 7 Rn. 6.

[431] *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht Bd. III, C 150, Art. 7 Rn. 6.

[432] *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht Bd. III, C 150, Art. 7 Rn. 7.

[433] Vgl. dazu *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht Bd. III, C 150, Art. 7 Rn. 8.

[434] So auch *Groß*, Die Produktzulassung von Novel Food, S. 300, 305; *Zipfel/Rathke*, Lebensmittelrecht Bd. III, C 150, Art. 7 Rn. 5 und 6.

[435] *Hagenmeyer/Teufer* in Dauses: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts Bd. 1, C. IV Rn. 278.

[436] Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. September 2003 über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel, ABl. Nr. L 268 vom 18.10.2003, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 298/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1829/2003 über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel im Hinblick auf die der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. Nr. L 97 vom 09.04.2008, S. 64.

Kommission bedürfen. Dabei kann die Genehmigung entweder für die Organismen selbst oder für die betroffenen Nahrungsmittel erteilt werden. Eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für Nebenbestimmungen besteht in diesem Zusammenhang nicht. Allerdings werden mehrfach „Bedingungen und Einschränkungen" erwähnt.

So bestimmt zunächst Art. 6 Abs. 5 lit. e) Gen-Nahrungsmittel-VO, dass die Stellungnahme einer nationalen Behörde, mit der sie eine Zulassung eines Lebensmittels befürwortet, alle Bedingungen oder Einschränkungen enthält, die unter anderem das Inverkehrbringen, die Verwendung und Handhabung betreffen. Eine wortgleiche Regelung befindet sich in Art. 18 Abs. 5 lit. e) in Bezug auf Futtermittel. Zudem stellen Art. 9 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 Gen-Nahrungsmittel-VO klar, dass die Zulassungsinhaber alle Bedingungen oder Einschränkungen zu erfüllen haben, die ihnen in der Zulassung auferlegt werden. Diese Vorschriften gehen also von der Zulässigkeit solcher Bedingungen und Einschränkungen aus, ohne dass die Befugnis zu deren Erlass ausdrücklich geregelt wurde. Die Kommission erlässt im Bereich der gentechnisch veränderten Nahrungsmittel ganz selbstverständlich Genehmigungen mit Nebenbestimmungen. So hat sie zum Beispiel das Inverkehrbringen von Mais unter der Beifügung zahlreicher Bedingungen genehmigt.[437]

C. Beihilfenaufsichtsrecht

Das Beihilfenverbot verbietet es den Mitgliedstaaten, „durch geldwerte Vergünstigungen bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige zu begünstigen und dadurch den Wettbewerb zumindest potenziell zu verfälschen oder den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen".[438] Die Kommission prüft daher gemäß Art. 107 bis 109 AEUV, ob eine Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist. Zum besseren Verständnis soll im Folgenden zunächst der Ablauf des Beihilfenaufsichtsverfahrens kurz dargestellt werden. Auf dieser Basis erfolgt sodann die Darstellung der Nebenbestimmungsproblematik in diesem Rechtsbereich.

I. Der Ablauf des Beihilfenaufsichtsverfahrens

Von den drei möglichen Kontrollarten im Beihilfenrecht[439] ist vorliegend nur die präventive Beihilfenaufsicht, die ihre primärrechtliche Grundlage in Art. 108 Abs. 3 AEUV findet, von Belang. Nur in dieser Konstellation wird eine Beihilfe angemeldet und zur Überprüfung

[437] Vgl. Art. 3 der Entscheidung der Kommission vom 3. November 2005 über das Inverkehrbringen eines genetisch veränderten, gegen bestimmte Lepidopteren resistenten und gegenüber dem Herbizid Glufosinat-Ammonium toleranten Maisprodukts (Zea mays L., Linie 1507) gemäß der Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

[438] *Frenz*, Handbuch Europarecht 3, Rn. 1.

[439] Art. 108 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 AEUV regelt die fortlaufende Kontrolle bestehender nationaler Beihilferegelungen durch die Kommission, Art. 108 Abs. 3 AEUV regelt die präventive Kontrolle neuer Beihilfen und der EuGH erlaubt zudem eine Überprüfung nicht angemeldeter Beihilfen zur Sicherung des Durchführungsverbots des Art. 107 Abs. 3 S. 3, vgl. EuGH, Rs. C-301/87, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1990, I-307.

gestellt, so dass ein begünstigender Beschluss der Kommission ergehen und dieser wiederum mit Nebenbestimmungen verbunden werden kann.

Hierbei kommt es gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV und Art. 2 ff. der Beihilfenverfahrensverordnung[440] (VO Nr. 659/1999) zunächst zu einem Vorprüfverfahren, das – ähnlich dem Verfahren in der Fusionskontrolle – eine vorläufige Prüfung der in Frage stehenden Beihilfe durch die Kommission ermöglicht. Der Kommission stehen in diesem Stadium vier Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Sie kann entscheiden, dass keine Beihilfe im unionsrechtlichen Sinne vorliegt,[441] sie kann die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären[442] oder sich jeglicher Reaktion enthalten, was nach Ablauf bestimmter Fristen die Fiktion der Genehmigungserteilung mit sich zieht.[443] Schließlich kann die Kommission im Falle von Zweifeln an der Vereinbarkeit das förmliche Verfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV und Art. 6 ff. VO Nr. 659/1999 eröffnen.[444]

Zum Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens bleiben dann grundsätzlich nur die beiden Möglichkeiten, die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar oder unvereinbar zu erklären. Als „Zwischenlösung" macht die Kommission jedoch verstärkt von der Möglichkeit Gebrauch, die Genehmigung einer Beihilfe mit Auflagen oder Bedingungen zu verbinden und auf diese Weise Kompatibilität zwischen dem durch die Beihilfe verursachten staatlichen Eingriff in den Wettbewerb und den Wettbewerbszielen des AEUV herzustellen.[445]

II. Nebenbestimmungen im Beihilfenaufsichtsrecht

1. Nebenbestimmungen im Hauptprüfverfahren

In Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 659/1999 wurde die Praxis der Kommission, die Genehmigung einer Beihilfe mit Nebenbestimmungen zu versehen, kodifiziert. Bereits zuvor hatte es das Gericht der Union hingenommen, dass die Kommission ihren Entscheidungen auch ohne rechtliche Grundlage Nebenbestimmungen beifügte.[446] Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 659/1999 bestimmt:

„Die Kommission kann eine Positiventscheidung mit Bedingungen und Auflagen verbinden, die ihr ermöglichen, die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären bzw.

---

[440] Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. Nr. L 83 vom 27.03.1999, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 734/2013 des Rates vom 22. Juli 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. Nr. L 204 vom 31.07.2013, S. 15.

[441] Art. 4 Abs. 2 VO Nr. 659/1999.

[442] Art. 4 Abs. 3 VO Nr. 659/1999.

[443] Art. 4 Abs. 6 VO Nr. 659/1999.

[444] Art. 4 Abs. 4 VO Nr. 659/1999.

[445] So *Ehricke*, EWS 2006, 241, 241.

[446] Vgl. EuG, verb. Rs. T-244/93 und T-486/93, *Textilwerke Deggendorf/Kommission*, Slg. 1995, II-2265 Rn. 55; EuG, Rs. T-371/94 u.a., *British Airways/Kommission*, Slg. 1998, I-2405 Rn. 288; EuG, Rs. T-140/95, *Ryanair/Kommission*, Slg. 1998, II-3327 Rn. 84 ff.

die Befolgung ihrer Entscheidung zu überwachen (nachstehend „mit Bedingungen und Auflagen verbundene Entscheidung“ genannt).“

Hieraus ergibt sich zunächst, dass die Kommission eine an den Mitgliedstaat gerichtete Genehmigung der Beihilfe mit einer Nebenbestimmung versehen kann. Diese ist streng von der Bewilligung der Beihilfe, deren Adressat der Beihilfeempfänger ist und die ebenfalls Nebenbestimmungen enthalten kann, zu unterscheiden.[447] In dem hier zu prüfenden Zusammenhang ist allein die Genehmigung der Beihilfe relevant.

Die Ermächtigung des Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 659/1999 gilt ausschließlich für das Hauptprüfverfahren. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 659/1999, der ausdrücklich auf das förmliche Verfahren abstellt. Anders als im Fusionskontrollrecht existiert daneben keine weitere Norm, die den Erlass von Nebenbestimmungen bereits bei Abschluss des Vorprüfverfahrens erlaubt. Dies macht insofern Sinn, als das Hauptprüfverfahren immer dann einzuleiten ist, wenn Bedenken an der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt bestehen. In der Regel ist von solchen Bedenken auszugehen, sofern die Kommission den Erlass einer Nebenbestimmung erwägt. Mithin kann die Kommission eine Genehmigung im Vorprüfverfahren nicht mit Bedingungen oder Auflagen versehen.[448] Allerdings schließt dies nicht gleichzeitig die Möglichkeit der Mitgliedstaaten aus, während des vorläufigen Prüfverfahrens freiwillig bestimmte Verpflichtungszusagen zu machen. Diese werden als Teil der Anmeldung gewertet und schon bei der Vereinbarkeitsprüfung mitberücksichtigt.[449] Hingegen ist die Kommission bei Erlass von Nebenbestimmungen im Hauptprüfverfahren nicht auf Zusagen angewiesen. Zwar ist es auch in der Beihilfenkontrolle durchaus üblich, dass Bedingungen und Auflagen den durch den Mitgliedstaat im Laufe des Verfahrens gemachten Zusagen entsprechen; dies ist jedoch keinesfalls erforderlich.[450] Vielmehr kann die Kommission auch eine solche Nebenbestimmung erlassen, die der Mitgliedstaat ausdrücklich abgelehnt hat.[451]

Bei einem kursorischen Blick auf die entsprechende Praxis der Kommission fällt auf, dass Nebenbestimmungen hauptsächlich im Bereich der Umstrukturierungs-, Forschungs-, und Umweltbeihilfen zur Anwendung gelangen.[452] Dabei weisen sie ganz unterschiedliche Inhalte auf und können beispielsweise Einschränkungen hinsichtlich der Art, der Höhe, der berechtigten Empfänger, des Zwecks oder der Dauer der Beihilfe vorsehen.[453] Die häufigste

---

[447] *Ehricke*, EWS 2006, 241, 242.

[448] *Ehricke*, EWS 2006, 241, 243; *Sinnaeve* in: Heidenhain, European State Aid Law, § 31 Rn. 38 mit Hinweis auf die teilweise abweichende und juristische fragwürdige Praxis der Kommission vor Erlass der VO Nr. 659/1999.

[449] *Sinnaeve* in: Heidenhain, European State Aid Law, § 31 Rn. 38.

[450] *Köster* in: Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht, Art. 7 VerfVO Rn. 9; *Ehricke*, EWS 2006, 241, 241.

[451] Entscheidung vom 14.07.2004, *MobilCom AG*, ABl. Nr. L 116 vom 04.05.2005, S. 55; vgl. dazu *Crome/Sölter*, Conditional decisions and EC State aid law: the MobilCom case, Competition Policy Newsletter 3/2004, S. 55 ff.

[452] *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 42.

[453] *Köster* in: Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht, Art. 7 VerfVO Rn. 7.

Erscheinungsform stellt die Verpflichtung zur Berichterstattung über den weiteren Verlauf der Beihilfeentwicklung dar.[454]

Interessant sind in diesem Zusammenhang die Entscheidungen und Beschlüsse der Kommission zu den nationalen Bankenrettungen im Zuge der Finanzkrise ab dem Jahr 2007. Darin stellt die Kommission zunächst fest, dass die Rettungsmaßnahmen zugunsten der Banken staatliche Beihilfen darstellen.[455] Genauer gesagt handelt es sich um Umstrukturierungsbeihilfen, die dazu dienen, die langfristige Rentabilität eines in Schwierigkeiten geratenen Unternehmens wiederherzustellen.[456]

Auf die Feststellung des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe folgt in der Regel der Zusatz, dass diese im Falle der Beachtung bestimmter Nebenbestimmungen mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind. Hierbei unterscheiden sich die Entscheidungen und Beschlüsse jedoch deutlich im Hinblick auf das verwendete Vokabular. Während teilweise von „Bedingungen und Verpflichtungen“[457] oder von „Bedingungen und Auflagen“[458] die Rede ist, findet sich häufig auch nur der Begriff der „Zusagen“[459] wieder, ohne deren Rechtsnatur genauer zu spezifizieren.[460]

Inhaltlich sind sich die Nebenbestimmungen jedoch durchaus ähnlich. Kernvoraussetzung der Vereinbarkeit einer Umstrukturierungsbeihilfe mit dem Gemeinsamen Markt ist die Vorlage und Umsetzung eines Umstrukturierungsplans[461].[462] Daneben treten Ausgleichsmaßnahmen wie die Verpflichtung zur Veräußerung von Vermögenswerten und Beteilungen[463] sowie

---

[454] *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform, S. 99 mit Verweis auf Art. 4 der Entscheidung vom 21.10.2003, 2004/170/EG, *ITP*, ABl. Nr. L 61 vom 27.02.2004, S. 87.

[455] Art. 1 der Entscheidungen vom 04.06.2008, 2009/341/EG, *Sachsen LB*, ABl. Nr. L 104 vom 24.04.2009, S. 34; vom 21.10.2008, 2009/775/EG, *IKB Deutsche Industriebank AG*, ABl. Nr. L 278 vom 23.10.2009, S. 32; Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 des Beschlusses vom 15.12.2009, 2010/395/EU, *LBBW*, ABl. Nr. L 188 vom 21.07.2010, S. 1; Art. 1 Abs. 1 der Beschlüsse vom 20.09.2011, 2012/477/EU, *HSH Nordbank AG*, ABl. Nr. L 225 vom 21.08.2012, S. 1; vom 20.12.2011, 2013/245/EU, *WestLB*, ABl. Nr. L 148 vom 01.06.2013, S. 1.

[456] Vgl. dazu *Zottl*, Finanzmarktstabilisierung und Wettbewerbsschutz im Lichte jüngster Entwicklungen des Europäischen Beihilfenrechts, S. 80.

[457] Art. 1 der Entscheidung vom 04.06.2008, 2009/341/EG, *Sachsen LB*, ABl. Nr. L 104 vom 24.04.2009, S. 34; Art. 1 Abs. 2 des Beschlusses vom 20.09.2011, 2012/477/EU, *HSH Nordbank AG*, ABl. Nr. L 225 vom 21.08.2012, S. 1.

[458] Art. 1 der Entscheidung vom 21.10.2008, 2009/775/EG, *IKB Deutsche Industriebank AG*, ABl. Nr. L 278 vom 23.10.2009, S. 32.

[459] Art. 2 Abs. 2 des Beschlusses vom 15.12.2009, 2010/395/EU, *LBBW*, ABl. Nr. L 188 vom 21.07.2010, S. 1; Art. 1 Abs. 2 der Beschlüsse vom 20.09.2011, 2012/477/EU, *HSH Nordbank AG*, ABl. Nr. L 225 vom 21.08.2012, S. 1; vom 20.12.2011, 2013/245/EU, *WestLB*, ABl. Nr. L 148 vom 01.06.2013, S. 1.

[460] Vgl. zur Differenzierung von Bedingungen und Auflagen Teil 3 § 2 C II 3, S. 63.

[461] Art. 2 Abs. 1 der Entscheidungen vom 04.06.2008, 2009/341/EG, *Sachsen LB*, ABl. Nr. L 104 vom 24.04.2009, S. 34; vom 21.10.2008, 2009/775/EG, *IKB Deutsche Industriebank AG*, ABl. Nr. L 278 vom 23.10.2009, S. 32.

[462] So *Zottl*, Finanzmarktstabilisierung und Wettbewerbsschutz im Lichte jüngster Entwicklungen des Europäischen Beihilfenrechts, S. 81.

[463] Art. 2 Abs. 2 der Entscheidungen vom 04.06.2008, 2009/341/EG, *Sachsen LB*, ABl. Nr. L 104 vom 24.04.2009, S. 34; vom 21.10.2008, 2009/775/EG, *IKB Deutsche Industriebank AG*, ABl. Nr. L 278 vom 23.10.2009, S. 32.

bestimmte Verhaltenszusagen[464].[465] Zudem wird dem betroffenen Mitgliedstaat regelmäßig eine Pflicht zur Berichterstattung über den Fortgang der Umsetzung der Nebenbestimmungen auferlegt.[466]

2. Das Deggendorf-Prinzip

Viel diskutiert wurde im Bereich der Beihilfenaufsicht zudem das sogenannte „Deggendorf-Prinzip". In der angegriffenen Entscheidung[467] hatte die Kommission die Auszahlung einer genehmigten Beihilfe von der Rückzahlung zuvor erlangter rechtswidriger Beihilfen abhängig gemacht. Das Gericht der Union billigte in der berühmten Rechtssache *Deggendorf*[468] diese – inzwischen gängige[469] – Praxis der Kommission. Es befand, die Entscheidung der Kommission sei dahin gehend auszulegen, dass die Kommission die neuen Beihilfen für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ansah, solange die alten Beihilfen nicht zurückgezahlt worden seien. Da die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt somit erst mit der Rückzahlung entstünde, seien die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 659/1999 erfüllt. Auch der Gerichtshof hielt diese Auslegung unter Hinweis auf den weiten Ermessensspielraum der Kommission bei der Beurteilung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt für zulässig.[470] An diesem Ergebnis bestehen jedoch Zweifel, die insbesondere auf das Kopplungsverbot zurückzuführen sind.[471]

3. Die Differenzierung zwischen Bedingung und Auflage

Wie die anderen bislang betrachteten Verordnungen, enthält auch die Beihilfenverfahrensverordnung keine Definition der Begriffe Bedingung und Auflage. Daher erscheint es zunächst naheliegend, sich bei der Auslegung dieser Begriffe an der hierzu im Fusionskontrollrecht entwickelten Praxis der Kommission zu orientieren.[472] Allerdings

---

[464] Art. 2 Abs. 3 der Entscheidung vom 04.06.2008, 2009/341/EG, *Sachsen LB*, ABl. Nr. L 104 vom 24.04.2009, S. 34.

[465] Dazu ausführlich *Zottl*, Finanzmarktstabilisierung und Wettbewerbsschutz im Lichte jüngster Entwicklungen des Europäischen Beihilfenrechts, S. 83 ff.

[466] Art. 2 Abs. 4 der Entscheidung vom 04.06.2008, 2009/341/EG, *Sachsen LB*, ABl. Nr. L 104 vom 24.04.2009, S. 34; Art. 2 Abs. 5 der Entscheidung vom 21.10.2008, 2009/775/EG, *IKB Deutsche Industriebank AG*, ABl. Nr. L 278 vom 23.10.2009, S. 32; Art. 2 des Beschlusses vom 20.12.2011, 2013/245/EU, *WestLB*, ABl. Nr. L 148 vom 01.06.2013, S. 1.

[467] Art. 2 der Entscheidung vom 18.12.1991, 92/330/EWG, *Textilwerke Deggendorf III*, ABl. Nr L 183 vom 03.07.1992, S. 36.

[468] EuG, verb. Rs. T-244/93 und T-486/93, *Textilwerke Deggendorf/Kommission*, Slg. 1995, II-2265 Rn. 51.

[469] Vgl. nur Art. 2 Abs. 2 der Entscheidung der Kommission vom 01.12.2004, 2005/941/EG, *Bull*, ABl. Nr. L 342 vom 24.12.2005, S. 81; Art. 2 der Entscheidung der Kommission vom 08.11.2006, 2006/941/EG, *AEM Torino*, ABl. Nr. L 366 vom 21.12.2006, S. 62.

[470] EuGH, Rs. 355/95, *Textilwerke Deggendorf/Kommission*, Slg. 1997, I-2549 Rn. 25 f.

[471] Vgl. dazu Teil 4 § 5 B III 1, S. 121.

[472] *Köster* in: Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht, Art. 7 VerfVO Rn. 7; Bezugnahmen auf das Fusionskontrollrecht finden sich auch bei *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht,

bestehen an dieser Übertragung der Begrifflichkeiten aufgrund der Unterschiede zwischen Beihilfenrecht und Fusionskontrolle begründete Zweifel.

Während die Fusionskontrollverordnung ein Sanktionsregime für den Fall der Nichteinhaltung der Nebenbestimmungen vorsieht, fehlt ein solches in der Beihilfenverfahrensverordnung gänzlich. Sie regelt insbesondere weder die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung, noch die des Widerrufs einer Auflage.[473] Darüber hinaus scheint ein Vergleich mit anderen Sprachfassungen die Übereinstimmung der Begrifflichkeiten zu widerlegen.[474] Sowohl die englische[475] als auch die französische[476] Version ordnen die Bezeichnungen „condition" und „obligation" jeweils einer bestimmten Zielsetzung zu.[477] Während die Bedingung es demnach ermöglichen soll, die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären, bezweckt die Auflage die Überwachung der Entscheidungsbefolgung. Dementsprechend geht auch die deutsche Literatur davon aus, dass eine Nebenbestimmung, die die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt herstellen soll, als Bedingung zu qualifizieren ist, wohingegen eine Auflage der Überwachung oder der Sicherstellung der ordnungsgemäßen Umsetzung der Entscheidung dient.[478] Dies erscheint zweckmäßig, da eine Auflage die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Genehmigung nicht zu gewährleisten vermag.

Die Kommissionspraxis ist im Beihilfenrecht jedoch ähnlich unübersichtlich wie im Fusionskontrollrecht.[479] Auch hier finden sich häufig Entscheidungen, die keine Zuordnung treffen bzw. von „Bedingungen und Auflagen"[480], „Pflichten und Bedingungen"[481], oder „Bedingungen und Verpflichtungen"[482] sprechen oder einfach die Bezeichnung

---

S. 61 ff.; *Zottl*, Finanzmarktstabilisierung und Wettbewerbsschutz im Lichte jüngster Entwicklungen des Europäischen Beihilfenrechts, S. 88.

473 Vgl. zu den Rechtsfolgen der Nichtbeachtung einer Nebenbestimmung im Beihilfenrecht, Teil 5 § 1 A IV, S. 135 und Teil 5 § 2 A IV, S. 140.

474 Hierzu ausführlich *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 64 ff.

475 "The Commission may attach to a positive decision conditions subject to which an aid may be considered compatible with the common market and may lay down obligations to enable compliance with the decision to be monitored (hereinafter referred to as a 'conditional decision')."

476 "La Commission peut assortir sa décision positive de conditions lui permettant de reconnaître la compatibilité avec le marché commun et d'obligations lui permettant de contrôler le respect de sa décision (ci-après dénommée «décision conditionnelle»)."

477 So auch *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 65.

478 *Ehricke*, EWS 2006, 241, 242; *Köster* in: Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht, Art. 7 VerfVO Rn. 7.

479 So auch *Ehricke*, EWS 2006, 241, 242.

480 Vgl. Entscheidung vom 13.12.2000, 2001/798/EG, *SKET*, ABl. Nr. L 301 vom 17.11.2001, S. 37, 46; Art. 1 der Entscheidung vom 21.10.2008, 2009/775/EG, *IKB Deutsche Industriebank AG*, ABl. Nr. L 278 vom 23.10.2009, S. 32.

481 Vgl. Entscheidung vom 20.12.2006, 2007/509/EG, *Fabryka Samochodow Osobowych SA*, ABl. Nr. L 187 vom 19.07.2007, S. 30, 45.

482 Art. 1 der Entscheidung vom 04.06.2008, 2009/341/EG, *Sachsen LB*, ABl. Nr. L 104 vom 24.04.2009, S. 34; Art. 1 Abs. 2 der Beschlüsse vom 20.09.2011, 2012/477/EU, *HSH Nordbank AG*, ABl. Nr. L 225 vom 21.08.2012, S. 1.

„Verpflichtung“[483] verwenden. Zudem wird die genannte Zuordnung von Bedingungen und Auflagen durch die Kommission nicht stringent eingehalten. So werden Bedingungen und Auflagen sowohl im Bereich der Berichtspflichten[484] als auch zur Begrenzung der Beihilfenhöhe[485] verwendet. Darüber hinaus bestehen in den einzelnen Entscheidungen Unterschiede zwischen den verschiedenen Sprachfassungen.[486] Eine klare Trennung zwischen Bedingungen und Auflagen kann in der Praxis daher nicht nachvollzogen werden.

D. Recht der Finanzhilfen

In Abgrenzung zum Recht der Beihilfenaufsicht geht es im Rahmen des Rechts der Finanzhilfen um die Gewährung finanziellen Beistands durch die Union selbst und nicht um die Genehmigung von Beihilfen durch die Mitgliedstaaten. Die Union leistet Finanzhilfen auf den unterschiedlichsten Gebieten[487] der internen Politiken, teilweise direkt an juristische und ausnahmsweise auch an natürliche Personen,[488] teilweise an die Mitgliedstaaten zur Weiterleitung. Art. 108 Abs. 1 Haushaltsordnung[489] (HO) definiert den Begriff der Finanzhilfen und sieht vor, dass diese entweder Gegenstand einer schriftlichen Vereinbarung oder einer an den erfolgreichen Bieter gerichteten Entscheidung der Kommission sind.

Während es sich bei der Finanzhilfevereinbarung[490] um ein konsensuales Handlungsinstrument handelt, stellt die Finanzhilfeentscheidung eine einseitige Handlung dar, die grundsätzlich mit Nebenbestimmungen versehen werden kann. Allerdings enthält die

---

[483] Vgl. Entscheidung vom 12.10.1994, 1994/1073/EWG, *Bull*, ABl. Nr L 386 vom 31.12.1994, S. 1, 12.

[484] Zu Bedingungen vgl. Entscheidungen vom 25.04.2001, 2002/345/EG, *Instituto Poligrafico*, ABl. Nr. L 126 vom 13.05.2002, S. 1, 13; vom 15.07.1997, 97/789/EG, *Alitalia*, ABl. Nr. L 322 vom 25.11.1997, S. 44, 61; zu Auflagen vgl. Entscheidungen vom 21.01.2003, 2003/433/EG, *Stempelsteuerbefreiung*, ABl. Nr. L 149 vom 17.06.2003, S. 18, 28; vom 13.11.2002, 2003/599/EG, *Liquiditätsvorschuss zugunsten von Bull*, ABl. Nr. L 209 vom 19.08.2003, S. 1, 11.

[485] Zu Bedingungen vgl. Entscheidung vom 21.10.2003, 2004/170/EG, *Industria de Turbo Propilsores*, ABl. Nr. L 61 vom 27.02.2004, S. 87, 103; zu Auflagen vgl. Entscheidung vom 21.01.2003, 2003/433/EG, *Stempelsteuerbefreiung*, ABl. Nr. L 149 vom 17.06.2003, S. 18, 28.

[486] *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 73 m.w.N.

[487] Z.B. Forschung und Entwicklung, Bildung, Umweltschutz, Verbraucherschutz, Informationsgesellschaft, Energie und Verkehr sowie Maßnahmen der EU-Außenhilfe.

[488] Vgl. Art. 114 Abs. 1 HO.

[489] Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates vom 25. Juni 2002 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften, ABl. Nr. L 248 S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU, Euratom) Nr. 1081/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Änderung der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften in Bezug auf den Europäischen Auswärtigen Dienst, ABl. Nr. L 311 vom 26.11.2010, S. 9.

[490] Zu deren Inhalt vgl. Art. 164 Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2342/2002 der Kommission vom 23. Dezember 2002 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften, ABl. Nr. L 357 vom 31.12.2002, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG, Euratom) Nr. 478/2007 der Kommission vom 23. April 2007 zur Änderung der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2342/2002 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften, ABl. Nr. L 111 vom 28.04.2007, S. 13.

.

Haushaltsordnung keine allgemeine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Nebenbestimmungen. Sie sieht lediglich in Art. 118 HO vor, dass der zuständige Anweisungsbefugte unter bestimmten Voraussetzungen vom Empfänger eine Sicherheitsleistung verlangen kann. Hierbei handelt es sich um die Ermächtigung zum Erlass einer speziellen Auflage. Darüber hinaus geht die Kommission auch im Allgemeinen davon aus, dass Finanzhilfebeschlüsse mit Auflagen versehen werden dürfen. So heißt es in Erwägungsgrund Nr. 23 des Vorschlags der Kommission über die neue Haushaltsordnung[491], die für die Förderperiode ab dem Jahre 2014 Anwendung finden soll, ganz allgemein im Hinblick auf Finanzhilfen der Union:

„Um den operativen Anforderungen Rechnung zu tragen und den potenziellen Empfängern und Durchführungspartnern die Mittelbewirtschaftung zu erleichtern, sollten die Auflagen in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Maßnahme verbundenen besonderen Risiken und zu ihrem Kontrollumfeld stehen."

Demnach ist auf der Suche nach entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen ein Blick in die speziellen Regelungen der verschiedenen Arten von Finanzhilfe zu werfen.

I. Förderung über Struktur- und Agrarfonds

Ein Großteil der Unionsfinanzhilfen wird über sogenannte Fonds verwaltet. Hierzu zählen die beiden Strukturfonds[492] und der Kohäsionsfonds[493] sowie weitere Fonds in den Bereichen der Landwirtschaft und der Fischerei.[494] All diesen Fonds ist gemein, dass die jeweiligen Finanzhilfen einem „indirekten Subventionsmodell" folgen.[495] Die Kommission verteilt die Mittel zunächst an die Mitgliedstaaten, die sodann in engem Zusammenwirken mit der

---

[491] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Haushaltsordnung für den Jahreshaushaltsplan der Europäischen Union, KOM/2010/815 endg.

[492] Dazu zählen der Europäische Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) und der Europäische Sozialfonds (ESF) geregelt in Verordnung (EG) Nr. 1080/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1783/1999, ABl. Nr. L 210 vom 31.07.2006, S.1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 437/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1080/2006 über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung in Bezug auf Wohnungsbauvorhaben für marginalisierte Bevölkerungsgruppen, ABl. Nr. L 132 vom 29.05.2010, S. 1 sowie Verordnung (EG) Nr. 1081/2006 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 5. Juli 2006 über den Europäischen Sozialfonds und zur Aufhebung der Verordnung 1784/1999, ABl. Nr. L 210 vom 31.07.2006 S. 12, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 396/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1081/2006 über den Europäischen Sozialfonds zwecks Aufnahme weiterer Kosten, die für eine Beteiligung des ESF in Betracht kommen, ABl. Nr. L 126 vom 21.05.2009, S. 1.

[493] Geregelt in Verordnung (EG) Nr. 1084/2006 des Rates vom 11. Juli 2006 zur Errichtung des Kohäsionsfonds und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1164/94.

[494] Hierzu zählen die beiden Agrarfonds (Garantiefonds für die Landwirtschaft (EGFL) und Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER)) sowie der Fischereifonds (EFF). Der ELER ist geregelt in Verordnung (EG) Nr. 1698/2005 des Rates vom 20. September 2005 über die Förderung der Entwicklung des ländlichen Raums durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER), ABl. Nr. L 277 vom 21.10.2005, S. 1.

[495] *Schöndorf-Haubold*, Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft, S. 127 f.

Kommission über deren Vergabe entscheiden und die Mittel an den Begünstigten weiterleiten.[496] Dementsprechend ergeht im Rahmen der Förderung über die Fonds gerade kein Finanzhilfebeschluss der Kommission an den Begünstigten, welcher mit Nebenbestimmungen versehen sein könnte.

Auch dem Beschluss der Kommission über die grundsätzliche Aufteilung der Mittel zwischen den Mitgliedstaaten werden keine Nebenbestimmungen beigefügt, da er noch nichts über deren konkrete Verwendung besagt. Im nächsten Schritt genehmigt die Kommission bei den Struktur- und Kohäsionsfonds die von den Mitgliedstaaten vorgelegten operationellen Programme.[497] Dem entspricht die Genehmigung von Entwicklungsprogrammen für den ländlichen Raum im Rahmen des ELER.[498] Die Genehmigungsentscheidungen stellen zwar begünstigende und bindende Beschlüsse dar,[499] beinhalten jedoch ebenfalls keinerlei Nebenbestimmungen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die zu genehmigenden Programme zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission ausgehandelt werden.[500] Die Programmierung erfolgt nach dem Prinzip der Partnerschaft unter intensiver Beteiligung aller regionalen und lokalen Akteure.[501] Gelangt die Kommission zu der Auffassung, dass ein Programm nicht ihren Anforderungen genügt, so fordert sie den Mitgliedstaat auf, das vorgeschlagene Programm entsprechend zu überarbeiten.[502] Aufgrund dieses – der Genehmigung vorgeschalteten – Verfahrens besteht kein Bedürfnis mehr für Nebenbestimmungen in der Genehmigung. Auch sämtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, Aufsicht und Kontrolle über die Verwendung der Mittel zu führen, sind entweder bereits im Sekundärrecht geregelt oder werden konsensual vereinbart.[503]

---

[496] *Kingreen* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 162 AEUV Rn. 33; *Schöndorf-Haubold*, Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft, S. 127 f.; *dies.* in: Schmidt-Aßmann/dies., Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 25, 42; *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 106.

[497] Art. 32 Abs. 5 Verordnung (EG) Nr. 1083/2006; vgl. dazu *Schöndorf-Haubold* in: Schmidt-Aßmann/dies., Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 25, 38 f.

[498] Art. 18 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1698/2005.

[499] *Schöndorf-Haubold* in: Schmidt-Aßmann/dies., Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 25, 50; *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 111.

[500] Vgl. dazu ausführlich *Schöndorf-Haubold*, Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft, S. 228 f.; *dies.* in: Schmidt-Aßmann/dies., Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 25, 38 f.; *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 111.

[501] *Kienle*, Die EU-Strukturpolitik nach 2006, S. 50; *Schöndorf-Haubold* in: Schmidt-Aßmann/dies., Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 25, 50 f.; *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 111.

[502] Art. 18 Abs. 23 Unterabs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1698/2005; Art. 32 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1083/2006.

[503] *Schöndorf-Haubold*, Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft, S. 301 ff.

II. Direkte Finanzhilfen

1. Förderprogramme der Union

Zu den direkten Finanzhilfen der Union gehört insbesondere die Unterstützung durch eines der zahlreichen Förderprogramme, die von der Kommission selbst oder einer ihrer Exekutivagenturen verwaltet werden. Im Förderzeitraum von 2007 bis 2013 waren hierfür Finanzmittel in Höhe von 975 Mrd. EUR vorgesehen.[504] Für jede Art der Förderung ist einzeln zu ermitteln, ob sie Gegenstand einer Vereinbarung[505] ist oder per Beschluss gewährt werden kann. Die Zuordnung folgt dabei keiner von außen erkennbaren Logik. Es können mithin an dieser Stelle nur einige Beispiele angeführt werden.

Während beispielsweise im Bereich der Forschungsförderung ausschließlich Finanzhilfevereinbarungen zwischen der Union und den Teilnehmern geschlossen werden,[506] sieht der Programmleitfaden zur Kulturförderung[507] sowohl den Abschluss von Finanzhilfevereinbarungen als auch den Erlass von Beschlüssen vor.[508] Darüber hinaus regelt der Leitfaden, in welchen Fällen welche Form der Finanzhilfe anzuwenden ist. So heißt es unter Ziffer III.4.2:

„Mit der Ersetzung der Finanzhilfevereinbarung durch eine Entscheidung wird das Verfahren vereinfacht. Anders als bei der Finanzhilfevereinbarung muss der Empfänger die Entscheidung nicht unterzeichnen und kann unmittelbar nach Erhalt der Entscheidung mit der Maßnahme beginnen. Die Entscheidung trägt somit zur Beschleunigung des Verwaltungsprozesses bei. Finanzhilfeentscheidungen werden für folgenden Aktionsbereich eingesetzt: – literarische Übersetzungsprojekte (Aktionsbereich 1.2.2).“

Damit sind auf dem speziellen Gebiet der literarischen Übersetzungsprojekte Beschlüsse zu erlassen. Diese ergehen allerdings – ebenso wie Finanzhilfevereinbarungen – auf der Basis von Mustern.[509] Entsprechende Muster bestehen nicht nur auf dem Gebiet der

---

[504] So *Bungenberg* in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, § 21 Rn. 17.

[505] Zu Finanzierungsvereinbarungen allgemein vgl. *Schenk* in: Schmidt-Aßmann/ Schöndorf-Haubold, Der Europäische Verwaltungsverbund, S. 265, 278 ff.; *Craig, Paul*, EU Adminsitrative Law, S. 52 f.

[506] Art. 18 Nr. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1906/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2006 zur Festlegung der Regeln für die Beteiligung von Unternehmen, Forschungszentren und Hochschulen an Maßnahmen des Siebten Rahmenprogramms sowie für die Verbreitung der Forschungsergebnisses (2007-2013), ABl. Nr. L 391 vom 30.12.2006, S. 1-18.

[507] http://eacea.ec.europa.eu/culture/programme/documents/2010/may/DE.pdf. zum Beschluss Nr. 1855/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über das Programm Kultur (2007-2013), ABl. Nr. L 372 vom 27.12.2006, S. 1-11 (zuletzt abgerufen am 12.11.2013).

[508] Ziffer III. 4. des Programmleitfadens bestimmt: „Die Förderung der Europäischen Union für erfolgreiche Vorschläge erfolgt in Form einer Finanzhilfevereinbarung oder einer Finanzhilfeentscheidung zwischen der Exekutivagentur und dem Empfänger.“

[509] Vgl. Ziffer IV.3.2 des Programmleitfadens zur Kulturförderung, der auf die Muster auf der Website der Exekutivagentur verweist.

Kulturförderung,[510] sondern auch in anderen Bereichen, wie zum Beispiel im Rahmen des Programms „Europa für Bürgerinnen und Bürger“[511]. Sie beinhalten in ihrer Anlage 1 „allgemeine Bedingungen“, die die Pflichten des Begünstigten im Einzelnen regeln. Hierzu heißt es jeweils in Art. 1 des deutschen Musterbeschlusses:

„Die Finanzhilfe wird gewährt (…) nach Maßgabe der in diesem Beschluss und seinen Anhängen festgelegten Bedingungen (einschließlich der Allgemeinen Bedingungen, die der Empfänger – wie in seinem Antrag erklärt – kennt und akzeptiert).“

Hierunter können zumindest auch Nebenbestimmungen fallen. Die Tatsache, dass die Bestimmungen vorformulierter Teil eines Musterbeschlusses sind, stellt diese Einordnung nicht in Frage.[512] Die Vorformulierung führt insbesondere nicht dazu, dass die Bestimmungen bloße Hinweise auf die Rechtslage darstellen. Denn Musterbeschlüsse stellen keine dem Beschluss zugrunde liegende abstrakte Norm dar, sondern werden von der Kommission zu Zwecken der Arbeitserleichterung und der Vorhersehbarkeit der Entscheidung erstellt. Sie binden die Kommission zwar im Rahmen des Gleichheitssatzes, aber nicht darüber hinaus. Manche Musterbeschlüsse sehen dementsprechend ausdrücklich verschiedene Optionen des Erlassorgans im Hinblick auf den Erlass und den Inhalt der Nebenbestimmungen vor, so beispielsweise das Förderbeschlussmuster[513] im Programm für das transeuropäische Verkehrsnetz (TEN)[514].

Die Bedeutung von Nebenbestimmungen im Rahmen der direkten Finanzhilfen dürfte in Zukunft eher wachsen, da eine Tendenz weg von der Finanzhilfevereinbarung und hin zum Finanzhilfebeschluss erkennbar ist.[515] Dies ist insbesondere den Zielen der Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung geschuldet.

---

[510] http://eacea.ec.europa.eu/culture/funding/2012/documents/strand_122/draft_grant_decision.pdf (zuletzt abgerufen am 12.11.2013).

[511] http://eacea.ec.europa.eu/citizenship/funding/2010/documents/call_action1_2/decision1_2_en.pdf (zuletzt abgerufen am 12.11.2013).

http://eacea.ec.europa.eu/citizenship/funding/2009/documents/call_action1_11_lastphase_2009/decision11_de.pdf (zuletzt abgerufen am 12.11.2013).

[512] So zu den vorformulierten „Allgemeinen Nebenbestimmungen“ im Vergaberecht *Martin-Ehlers*, NVwZ 2007, 289, 289.

[513] Vgl. die „standard model decision“ unter http://tentea.ec.europa.eu/en/apply_for_funding/follow_the_funding_process/annual_call_2011.htm (zuletzt abgerufen am 12.11.2013).

[514] In Annex I unter Art. I.4. („Optional clauses“) ist sowohl die Möglichkeit der Beifügung von Umweltauflagen als auch die mögliche Erklärung der Verbindlichkeit der Ernennung eines Koordinators vorgesehen. Beides kann demnach Gegenstand einer Nebenbestimmung sein.

[515] Vgl. Nr. 10 KOM/2011/0786 endg., Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Kreatives Europa – Ein neues Rahmenprogramm für die Kultur- und Kreativbranche (2014-2020).

2. Finanzhilfen für Mitgliedstaaten

a. Finanzhilfen für überschuldete Mitgliedstaaten im Zuge der Euro-Krise

In jüngerer Zeit hat die Union ein Paket an finanziellen Hilfsmaßnahmen für überschuldete Euro-Staaten verabschiedet, um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets sicherzustellen. Diese Hilfsmaßnahmen sind stets an strenge „Bedingungen und Auflagen" geknüpft,[516] was nahelegt, dass Nebenbestimmungen in diesem Bereich eine herausragende Stellung einnehmen. Welche Rolle Nebenbestimmungen im Rahmen der einzelnen Instrumente des sogenannten „Rettungsschirms" spielen, soll im Folgenden untersucht werden.

i. Die Komponenten des „Rettungsschirms"

Das Paket finanzieller Hilfsmaßnahmen setzt sich zusammen aus dem ersten Unterstützungspaket für Griechenland, der „Europäischen Finanzstabilitätsfazilität" (EFSF), dem „Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus" (EFSM) sowie dem ständigen „Europäischen Stabilitätsmechanismus" (ESM).[517]

Das erste Unterstützungspaket für Griechenland im Jahr 2010 bestand aus bilateralen Krediten der anderen Euro-Staaten, da der Union zu dieser Zeit noch kein institutionalisiertes Rettungsinstrument zur Verfügung stand.[518] Die Euro-Staaten bevollmächtigten die Kommission, eine Vereinbarung über eine Darlehensfazilität zu schließen, in der Griechenland im Gegenzug für das Darlehen bestimmte Verpflichtungen auferlegt wurden.[519] Diese sind zunächst als Vertragsbestimmungen des Darlehensvertrages ausgestaltet. Zudem verweist Erwägungsgrund Nr. 6 der Vereinbarung darauf, dass die Fixierung wirtschaftspolitischer Maßnahmen für Griechenland in einem „Memorandum of Understanding" sowie einem Ratsbeschluss nach Art. 126 Abs. 9 und 136 AEUV erfolgt.[520] Auf diese Weise werden vertragliche und einseitige Instrumente kombiniert. Der entsprechende Beschluss an Griechenland[521] enthält in Art. 2 zahlreiche wirtschaftspolitische Maßnahmen. Diese können allerdings nicht als Nebenbestimmungen qualifiziert werden, da es an einer begünstigenden Hauptregelung fehlt. Der Beschluss erging im Rahmen des Defizitverfahrens, so dass die Maßnahmen zur Beendigung eines übermäßigen Defizits die

---

[516] *Bandilla* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 125 AEUV Rn. 3.

[517] *Bandilla* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 125 AEUV Rn. 15 f., der die EFSF allerdings als Teil des EFSM ansieht. Richtigerweise sind EFSF und EFSM zwei Komponenten eines europäischen Stabilisierungsmechanismus, vgl. BVerfG NJW 2011, 2946, 2947.

[518] *Wieland*, NVwZ 2011, 340, 340; *Kempen* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 122 Rn. 13.

[519] Vgl. z.B. Informationspflichten gem. Art. 9 und Pflichten in Bezug auf Untersuchungen gem. Art. 10 der Vereinbarung über eine Darlehensfazilität vom 8. Mai 2010.

[520] Weitere Bezugnahmen auf einen solchen Ratsbeschluss finden sich in Erwägungsgrund Nr. 8 und Art. 3 Abs. 5 lit. c) der Vereinbarung über eine Darlehensfazilität vom 8. Mai 2010.

[521] Beschluss 2010/320/EU des Rates vom 8. Juni 2010 gerichtet an Griechenland zwecks Ausweitung und Intensivierung der haushaltspolitischen Überwachung und zur Inverzugsetzung Griechenlands mit der Maßgabe, die zur Beendigung des übermäßigen Defizits als notwendig erachteten Maßnahmen zu treffen, ABl. Nr. L 145 vom 11.06.2010, S. 6-11.

belastende Hauptregelung selbst ausmachten. Die wirtschaftspolitischen Maßnahmen sind somit als Vertragsbedingung und als belastender Beschluss zu qualifizieren, jedoch nicht als Nebenbestimmung.

Als Reaktion auf die Griechenlandkrise erließ die Union die Verordnung zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus[522] (EFSM-VO).[523] Gemäß Art. 3 Abs. 2 EFSM-VO wird der finanzielle Beistand der Union durch Beschluss gewährt, den der Rat auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit fasst. Dieser muss unter anderem allgemeine „wirtschaftspolitische Bedingungen" enthalten, wie Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 lit. b) EFSM-VO klarstellen. Deren Bedeutung wird gleich zu Anfang der EFSM-VO deutlich, wo Erwägungsgrund Nr. 7 bestimmt:

„Bei Aktivierung dieses Mechanismus sollten mit Blick auf die Wahrung der langfristigen Tragfähigkeit der öffentlichen Finanzen des betreffenden Mitgliedstaates und der Wiederherstellung seiner Fähigkeit, sich selbst auf den Finanzmärkten zu finanzieren, strenge wirtschaftspolitische Bedingungen festgelegt werden."

Diese „wirtschaftspolitischen Bedingungen" sind wie bereits beim ersten Rettungspaket für Griechenland zugleich Gegenstand des zwischen dem Mitgliedstaat und der Kommission geschlossenen „Memorandum of Understanding"[524] und Teil des einseitig erlassenen Beschlusses[525]. Der Unterschied liegt jedoch darin begründet, dass es sich hier um einen begünstigenden Beschluss handelt, da dieser die Finanzhilfe gewährt. Er kann somit auch mit Nebenbestimmungen verbunden werden. Die im „Memorandum of Understanding" festgehaltenen Details werden zudem ebenfalls Teil des Beschlusses, soweit er auf dessen Inhalt verweist.[526] Einseitige und konsensuale Instrumente greifen auf diese Weise ein weiteres Mal ineinander, was der möglichen Qualifikation der „wirtschaftspolitischen Bedingungen" als Nebenbestimmungen des begünstigenden Beschlusses jedoch keinen Abbruch tut. Der Erlass von Nebenbestimmungen im Rahmen des EFSM soll im Weiteren noch ausführlicher untersucht werden.[527]

Als Ergänzung des EFSM wurde kurz darauf die EFSF geschaffen, eine zivilrechtliche Zweckgesellschaft, die auf einer völkerrechtlich zu beurteilenden Vereinbarung der Euro-Staaten beruht.[528] Der ursprünglich am 7. Juni 2010 zwischen der EFSF und den Euro-Staaten

---

[522] Verordnung (EU) Nr. 407/2010 des Rates vom 11. Mai 2010 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus, ABl. Nr. L 118 vom 12.05.2010, S. 1-4.

[523] Vgl. zu den Fragen der unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des EFSM *Wieland*, NVwZ 2011, 340, 341 ff.

[524] Vgl. Art. 3 Abs. 5 EFSM-VO.

[525] Vgl. Art. 3 Abs. 2 EFSM-VO.

[526] Erwägungsgrund Nr. 8, Art. 2 Abs. 2 Durchführungsbeschluss 2011/77/EU des Rates vom 7. Dezember 2010 über einen finanziellen Beistand der Union für Irland, ABl. Nr. L 030 vom 04.02.2011, S. 34-39; Erwägungsgrund Nr. 8, Art. 2 Abs. 2 Durchführungsbeschluss 2011/344/EU des Rates vom 30. Mai 2011 über einen finanziellen Beistand der Union für Portugal, ABl. Nr. L 159 vom 17.06.2011, S. 88-92.

[527] Vgl. dazu Teil 3 § 2 D II 2 a ii, S. 71.

[528] *Bandilla* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 122 AEUV Rn. 31; *Wieland*, NVwZ 2011, 340, 340 f.

geschlossene Rahmenvertrag (EFSFV I) erfuhr durch Beschluss der Euro-Staaten vom 21. Juli 2011 (EFSFV II) einige Änderungen, die eine Flexibilisierung der Instrumente mit sich zogen.[529] Beide Verträge sehen jedoch gleichermaßen den Abschluss von Finanzhilfevereinbarungen vor. Daneben wird auch hier ein „Memorandum of Understanding" unterzeichnet, das „Auflagen und wirtschaftspolitische Leitlinien" beinhaltet.[530]

Parallel zu diesem konsensual ausgestalteten Verfahren kann ein einseitiger Ratsbeschluss ergehen. In Art. 3 Abs. 1 und 2 EFSFV I und II ist im Zusammenhang mit Verpflichtungen, die vom begünstigten Mitgliedstaat zu erfüllen sind, ausdrücklich von einem „(ggfls. erlassenen) diesbezüglichen Ratsbeschluss" die Rede. Ein solcher Ratsbeschluss erging beispielsweise im Falle von Griechenland,[531] dessen zweites Rettungspaket von der EFSF finanziert wurde. Der Beschluss wurde wiederum im Zuge des Defizitverfahrens gemäß Art. 126 Abs. 9 und 136 AEUV erlassen. Demnach stellt sich die Rechtslage aber wie im Fall der bilateralen Hilfskredite dar: „Wirtschaftspolitische Auflagen" werden dem begünstigten Mitgliedstaat zum einen durch vertragliche Regelungen und zum anderen durch einen belastenden Beschluss aufgegeben. Auch hier werden mithin keine Nebenbestimmungen erlassen.

Unter Beibehaltung der beiden vorläufigen Instrumente EFSM und EFSF bis Juni 2013 ist im September 2012 der ständige „Europäische Stabilitätsmechanismus" (ESM) in Kraft getreten, dem alle Mitgliedstaaten außer Großbritannien und Tschechien beigetreten sind. Er beruht auf dem neuen Art. 136 Abs. 3 AEUV, weist jedoch – ebenso wie die EFSF – die Rechtsnatur einer zwischenstaatlichen Organisation nach dem Völkerrecht auf.[532] Der ESM-Vertrag (ESMV) erlaubt Finanz- und Stabilitätshilfen, die im Verfahren gemäß Art. 13 und 14 ESMV gewährt werden. Nach dem jeweiligen Absatz 2 erlässt der Gouverneursrat zunächst einen Beschluss darüber, dass einem Mitgliedstaat grundsätzlich Hilfe geleistet werden soll. Nebenbestimmungen sieht der ESMV in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich vor. Da der Beschluss des Gouverneursrates lediglich dazu dient, die grundsätzliche Zusage über die Gewährung einer Finanzhilfe zu erteilen, erscheint die Festschreibung „wirtschaftspolitischer Auflagen" zu diesem Zeitpunkt verfrüht. Der Beschluss dient lediglich als Grundlage für das weitere Verfahren, in dessen Verlauf eine Finanzhilfevereinbarung abgeschlossen und ein „Memorandum of Understanding" ausgehandelt werden.[533] Dort werden auch die mit der

---

[529] Während die Finanzhilfe ursprünglich ausschließlich in Form von Vereinbarungen über eine Darlehensfazilität erfolgte, können nunmehr ganz allgemein Vereinbarungen über eine Finanzhilfefazilität abgeschlossen werden, vgl. Erwägungsgrund Nr. 2 und Art. 2 Abs. 1 EFSFV I sowie Erwägungsgrund Nr. 2 und Art. 2 Abs. 1 lit. a) EFSFV II.

[530] Erwägungsgrund Nr. 2 EFSFV II.

[531] Beschluss 2011/734/EU des Rates vom 12. Juli 2011 gerichtet an Griechenland zwecks Ausweitung und Intensivierung der haushaltspolitischen Überwachung und zur Inverzugsetzung Griechenlands mit der Maßgabe, die zur Beendigung des übermäßigen Defizits als notwendig erachteten Maßnahmen zu treffen, ABl. Nr. L 296 vom 15.11.2011, S. 38-52.

[532] Ausführlich zur ambivalenten Konstruktion zwischen Völkerrecht und Unionsrecht *Kube*, WM 2012, 245, 245 f.; *Calliess*, NVwZ 2012, 1, 3.

[533] Art. 13 und 14 Abs. 3 ESMV.

Finanzhilfe verbundenen „wirtschaftspolitischen Auflagen“ im Einzelnen ausgeführt. Mithin stellen diese – einmal mehr – reine Vertragsbedingungen dar.

Nach alledem ist festzuhalten, dass konsensuale Instrumente im Rahmen des Rettungsschirms Priorität genießen. Der Erlass von Nebenbestimmungen muss zwar nicht stets einseitig von statten gehen, sondern lässt infolge seiner Funktionen zur Sicherstellung einer Gegenleistung sowie zur Betonung des konsensualen Elements Abstimmungen und Verhandlungen mit dem Adressaten zu.[534] Das Ineinandergreifen einseitiger und konsensualer Elemente ist der Nebenbestimmung häufig immanent. Allerdings ist ihre Existenz dort ausgeschlossen, wo ausschließlich vertragliche Elemente verwendet werden. Auf Basis dieser Überlegungen ergibt sich, dass alleine bei Finanzhilfen aus dem EFSM überhaupt Nebenbestimmungen in Betracht kommen. Obwohl auch im Zusammenhang mit den anderen Instrumenten des Rettungsschirms von „Bedingungen und Auflagen“ die Rede ist, ergehen diese nicht als solche im Sinne der hiesigen Definition, sondern stellen Vertragsbedingungen dar. Wie sich die Rechtslage im Rahmen des EFSM gestaltet, soll im Folgenden näher untersucht werden.

ii. Nebenbestimmungen im Rahmen des Europäischen Finanzstabilisierungs-mechanismus (EFSM)

Auf Basis der EFSM-Verordnung ergingen bislang begünstigende Durchführungsbeschlüsse des Rates an Irland[535] und an Portugal[536]. Die Gewährung des finanziellen Beistands wurde dort von einer Vielzahl „wirtschaftspolitischer Auflagen“ abhängig gemacht. Beispielhaft soll hier der Beschluss an Irland herangezogen werden, wo in Art. 3 Abs. 5 bis 9 Maßnahmen aufgeführt sind, die Irland im Gegenzug für die Finanzhilfe aus dem EFSM auferlegt wurden. Die Maßnahmen lassen sich in drei Bereiche gliedern, die die Strategie für den Finanzsektor, die Haushaltskonsolidierungsstrategie und Strukturreformen enthalten.[537] Die Strategie für den Finanzsektor umfasst beispielsweise die Sicherstellung der Rekapitalisierung irischer Banken, die Veräußerung von Bankbeteiligungen durch Irland sowie das Ausarbeiten bestimmter Gesetzesentwürfe im Finanzbereich. Die Haushaltskonsolidierungsstrategie beinhaltet insbesondere die Annahme von Haushaltsplänen, die bestimmte Einsparungen vorsehen, aber auch Gehaltskürzungen im öffentlichen Dienst. Zu den Strukturreformen gehören schließlich der Erlass von Rechtsvorschriften über die Erhöhung des Rentenalters und zur Reformierung des Mindestlohns sowie die Reform des Arbeitslosenunterstützungssystems. Die „wirtschaftspolitischen Auflagen“, die an Portugal

[534] Vgl. dazu die Funktionen der Nebenbestimmung in Teil 2 § 1 C IX und X, S. 29.

[535] Durchführungsbeschluss 2011/77/EU des Rates vom 7. Dezember 2010 über einen finanziellen Beistand der Union für Irland , ABl. Nr. L 030 vom 04.02.2011, S. 34-39.

[536] Durchführungsbeschluss 2011/344/EU des Rates vom 30. Mai 2011 über einen finanziellen Beistand der Union für Portugal, ABl. Nr. L 159 vom 17.06.2011, S. 88-92.

[537] Vgl. Erwägungsgrund Nr. 3 des Durchführungsbeschlusses 2011/77/EU .

ergingen, unterscheiden sich zwar teilweise deutlich von denen Irlands[538], es sind jedoch die gleichen drei Bereiche betroffen.[539]

Versucht man sich an einer rechtlichen Einordnung der „wirtschaftspolitischen Auflagen" im Sinne der EFSM-Durchführungsbeschlüsse, fällt zunächst die uneinheitliche deutsche Terminologie auf. Während die EFSM-Verordnung von „wirtschaftspolitischen Bedingungen" spricht,[540] verwenden die Beschlüsse den Terminus der „wirtschaftspolitischen Auflagen"[541]. Dagegen sprechen die englischen Fassungen durchgehend von „economic policy conditions", die französischen von „conditions de politique économique". Sowohl diese beiden Sprachfassungen als auch der deutsche Wortlaut der zugrunde liegenden Verordnung sprechen mithin gegen das Vorliegen von Auflagen. Die entscheidende Überlegung folgt jedoch aus der gewollten Rechtsfolge für den Fall der Nichtbeachtung. Während das Bestehen einer Auflage deren selbstständige Vollstreckbarkeit voraussetzt, betreffen die „wirtschaftspolitischen Auflagen" Bereiche, die grundsätzlich der nationalen Souveränität unterfallen. So kann die Union keinen umfassenden Einfluss auf den Finanzsektor, den Haushalt oder nationale Strukturreformen nehmen und entsprechende Maßnahmen auch nicht vollstrecken. Auch eine Widerrufsmöglichkeit des begünstigenden Beschlusses ist für den Fall der Nichtbeachtung nicht vorgesehen. Art. 1 Abs. 4 des Beschlusses an Irland führt hinsichtlich der Rechtsfolge der Nichtbeachtung aus:

„Die erste Rate wird vorbehaltlich des Inkrafttretens der Darlehensvereinbarung und des Memorandum of Understanding freigegeben. Jede weitere Darlehensfreigabe hängt von einer positiven vierteljährlichen Bewertung der Einhaltung der in diesem Beschluss und dem Memorandum of Understanding festgelegten allgemeinen wirtschaftspolitischen Auflagen durch Irland seitens der Kommission in Absprache mit der EZB ab."[542]

Hier wurden gleich zwei verschiedene Bedingungen normiert. Zum einen ist das Inkrafttreten der Darlehensvereinbarung und des „Memorandum of Understanding" insofern selbst als unbestimmtes Ereignis im Sinne einer Bedingung ausgestaltet, als die Auszahlung der ersten Rate hiervon abhängig gemacht wird. Die Freigabe jeder weiteren Rate ist sodann bedingt durch die positive Bewertung der Einhaltung der allgemeinen „wirtschaftspolitischen Auflagen" durch die Kommission. In beiden Fällen wird damit die Freigabe einer Rate bedingt, nicht aber die Wirksamkeit des begünstigenden Beschlusses. Insofern liegt eine für eine Bedingung atypische Rechtsfolge vor.[543]

---

[538] Vgl. Art. 3 Abs. 5 bis 8 des Durchführungsbeschlusses 2011/344/EU.

[539] Vgl. Erwägungsgrund Nr. 3 des Durchführungsbeschlusses 2011/344/EU.

[540] Vgl. Art. 4 und 5 Abs. 3 EFSM-VO.

[541] Vgl. z.B. die jeweiligen Erwägungsgründe Nr. 8.

[542] In Art. 1 Abs. 4 des Beschlusses an Portugal heißt es ähnlich: „Die erste Tranche wird vorbehaltlich des Inkrafttretens der Darlehensvereinbarung und des Memorandum of Understanding freigegeben. Alle weiteren Auszahlungen hängen davon ab, ob die Kommission in Konsultation mit der EZB bei ihrer Überprüfung zu der Einschätzung gelangt, dass Portugal die in diesem Beschluss und im Memorandum of Understanding festgelegten allgemeinen wirtschaftspolitischen Auflagen erfüllt."

[543] Vgl. zu dieser „atypischen" Rechtsfolge Teil 5 § 1 III, S. 133.

b. Finanzhilfen zur Stützung der Zahlungsbilanzen

Auch wenn Finanzhilfen zugunsten von Mitgliedstaaten der Union erst im Zuge der Eurokrise große öffentliche Aufmerksamkeit erfahren haben, ermöglichte bereits zuvor eine Verordnung aus dem Jahre 2002 die Gewährung mittelfristigen finanziellen Beistands zur Stützung der Zahlungsbilanzen der Mitgliedstaaten[544] (Finanzhilfe-VO). Gemäß Art. 3 Abs. 3 lit. a) und b) Finanzhilfe-VO entscheidet der Rat über die Gewährung des Darlehens sowie über „die wirtschaftspolitischen Bedingungen, an die der mittelfristige finanzielle Beistand geknüpft ist, um eine tragbare Zahlungsbilanzsituation wiederherzustellen oder zu gewährleisten".[545] Die Auszahlung der Finanzhilfe erfolgt in mehreren Tranchen, wobei die Freigabe der einzelnen Tranchen von den Ergebnissen abhängt, die bei der Durchführung des Programms erreicht wurden.[546] Die Kommission überprüft daher in regelmäßigen Abständen, ob die Wirtschaftspolitik des Mitgliedstaates den festgelegten Bedingungen entspricht.[547]

Auf Basis dieser Verordnung ergingen Finanzhilfebeschlüsse an Ungarn[548] und an Rumänien[549]. Beide enthalten wirtschaftspolitische Verpflichtungen, die dort wiederum als „Auflagen" bezeichnet werden.[550] Die in den Beschlüssen enthaltene Auflistung dieser „Auflagen"[551] ist nicht abschließend, wie der Wortlaut („dazu gehören unter anderem") deutlich macht. Sämtliche „Auflagen" kommen somit als Nebenbestimmungen in Betracht. Hinsichtlich ihrer rechtlichen Einordnung kann auf die Ausführungen zu den Finanzhilfen für überschuldete Euro-Staaten verwiesen werden.[552]

E. Zusammenfassung

Nebenbestimmungen spielen in ganz verschiedenen Bereichen des Sekundärrechts eine wichtige Rolle. Die zumeist lückenhaften Regelungen werden dieser Bedeutung nicht gerecht. Teilweise gehen die Verordnungen von der Möglichkeit des Erlasses von Bedingungen oder

---

[544] Verordnung (EG) Nr. 332/2002 des Rates vom 18. Februar 2002 zur Einführung einer Fazilität des mittelfristigen finanziellen Beistands zur Stützung der Zahlungsbilanzen der Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 53 vom 23.02.2002, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 431/2009 des Rates vom 18. Mai 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 332/2002 zur Einführung einer Fazilität des mittelfristigen finanziellen Beistands zur Stützung der Zahlungsbilanzen der Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 128 vom 27.05.2009, S. 1.802

[545] In Erwägungsgrund Nr. 3 ist von „wirtschaftspolitischen Maßnahmen" die Rede.

[546] Art. 3 Abs. 2 lit. c) und 5 Abs. 1 Finanzhilfe-VO.

[547] Art. 5 Abs. 1 Finanzhilfe-VO.

[548] Entscheidung des Rates 2009/102/EG vom 4. November 2008 über einen mittelfristigen finanziellen Beistand der Gemeinschaft für Ungarn, ABl. Nr. L 37 vom 06.02.2009, S. 5 -6.

[549] Entscheidung des Rates 2009/459/EG vom 6. Mai 2009 über einen mittelfristigen finanziellen Beistand der Gemeinschaft für Rumänien, ABl. Nr. L 150 vom 13.06.2009, S. 8-10.

[550] Vgl. jeweils Erwägungsgründe Nr. 4 und 5.

[551] Vgl. Art. 3 Abs. 4 des Beschlusses an Ungarn und Art. 3 Abs. 5 des Beschlusses an Rumänien.

[552] Vgl. Teil 3 § 2 D II 2 a.

Auflagen aus, ohne eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage vorzusehen. Sofern eine Ermächtigungsgrundlage besteht, fehlt es häufig an der Normierung von Zulässigkeitsvoraussetzungen. Zudem werden die Begrifflichkeiten nicht sauber verwendet, so dass teilweise Nebenbestimmungen gemeint sind, obwohl beispielsweise von Einschränkungen, Sonderbestimmungen oder Maßnahmen die Rede ist. Hingegen bedeutet die Verwendung von Begriffen wie Bedingung und Auflage noch nicht, dass es sich dabei auch tatsächlich um Nebenbestimmungen handelt. Ist dies der Fall, so erfolgt die Bezeichnung als Bedingung oder Auflage noch immer recht beliebig, was auch auf die uneinheitliche Übersetzung zurückzuführen ist.

Von dieser Feststellung der lückenhaften Regelung weicht vor allem das Fusionskontrollrecht ab, wo gleich drei Ermächtigungsgrundlagen bestehen, die den Zweck der zulässigen Bedingungen und Auflagen genau bestimmen. Auch die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung sind dort geregelt. Es eignet sich daher besonders gut für das Ableiten allgemeiner Grundsätze.

TEIL 4 DIE RECHTMÄSSIGKEIT VON NEBENBESTIMMUNGEN

Die Frage nach den Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit einer Nebenbestimmung umfasst zunächst diejenige nach der Kompetenz der Union zum Erlass von Nebenbestimmungen und dem Erfordernis einer speziellen Ermächtigungsgrundlage. Zudem kann zwischen den formellen und den materiellen Anforderungen an die Nebenbestimmung unterschieden werden.

§ 1 DIE KOMPETENZ DER UNIONSORGANE ZUM ERLASS EINER NEBENBESTIMMUNG

Die Unionsorgane müssen – wie für jeden Rechtsakt, den sie erlassen – zum Erlass der Nebenbestimmung gegenüber den Mitgliedstaaten befugt sein. Dabei sind die Verbandskompetenz der Union und die Organkompetenz des jeweils handelnden Organs zu untersuchen. Während die Verbandskompetenz das vertikale Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und der Union anbelangt, betrifft die Organkompetenz das horizontale Verhältnis zwischen den verschiedenen Unionsorganen.[553] Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung findet für beide Kompetenzfragen gleichermaßen Anwendung.[554]

[553] *Ritzer*, Europäische Kompetenzordnung, S. 62, der auch auf die entsprechende begriffliche Unterscheidung im Französischen hinweist („compétences et pouvoirs“).

[554] *Ullrich*, ZEuS 2000, 243, 245; *Kraußer*, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, S. 21 f.; *Ritzer*, Europäische Kompetenzordnung, S. 62 f.

A. Bedeutung und Reichweite des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hat seinen Niederschlag in Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV gefunden und findet darüber hinaus in Art. 7 AEUV Erwähnung. Es handelt sich dabei um eine „Kompetenzverteilungsregel“[555] zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, die besagt, dass die Union nur solche Materien regeln darf, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Im Umkehrschluss verbleiben alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten. Da der Union keine sogenannte Kompetenz-Kompetenz[556] zukommt, bleiben die Mitgliedstaaten die „Herren der Verträge“.[557] Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung dient in erster Linie der Abgrenzung der Kompetenzen, besagt aber zugleich, dass jeder Rechtsakt der Union zum Zeitpunkt seines Erlasses einer Kompetenznorm bedarf, die sich entweder unmittelbar aus den Unionsverträgen ergibt oder auf sie zurückführen lässt.[558]

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gilt grundsätzlich für alle Rechtsakte der Union, unabhängig davon, ob legislatives oder exekutives Handeln vorliegt.[559] Es findet insbesondere auch im Rahmen der Wahrnehmung von Verwaltungskompetenzen, also beim Vollzug von Unionsrecht im Einzelfall Anwendung.[560] Auch die belastende oder begünstigende Wirkung des Rechtsaktes ist für die Geltung des Grundsatzes nicht von Relevanz,[561] da zur umfassenden Aufgabenwahrnehmung durch die Union auf einem bestimmten Kompetenzgebiet Eingriffs- und Leistungsverwaltung gleichermaßen gehören.[562]

B. Die Anwendung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung auf den Erlass von Nebenbestimmungen

Bei der Anwendung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung auf den Erlass einer Nebenbestimmung stellt sich zum einen die Frage, ob die generelle Vollzugskompetenz der

---

555 *König* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 2 Rn. 6.

556 *Hatje* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 4 EUV Rn. 2; *Lienbacher* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 5 EUV Rn. 9; *Streinz* in: ders., EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 5.

557 *Calliess* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 6; *Lienbacher* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 5 EUV Rn. 9; *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 308 f.

558 *Bast* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 5 EUV Rn. 13; *Lienbacher* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 5 EUV Rn. 9.

559 *Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 248; zu bestehenden Einschränkungen bei unverbindlichen und internen Akten der Union vgl. ausführlich *Kraußer*, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, S. 88 ff.

560 Auch Art. 211 1. Spiegelstrich EGV, der weitgehend in Art. 17 Abs. 1 S. 2 EUV übernommen wurde, enthielt keine pauschale Übertragung von Vollzugskompetenzen, vgl. *Hatje*, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, S. 101 f.

561 Vgl. EuGH, verb. Rs. 7/56 und 3-7/57, *Algera u.a./ Gemeinsame Versammlung der EGKS*, Slg. 1957, 85, 115; EuGH, Rs. 111/63, *Lemmerz-Werke/Hohe Behörde*, Slg. 1965, 894, 911; EuGH, Rs. 236/86, *Dillinger Hüttenwerke/Kommission*, Slg. 1988, 3761 Rn. 32.

562 *Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 248.

Unionsorgane den Erlass von Nebenbestimmungen im Allgemeinen mit umfasst. Diese Frage nach dem „ob“ ist vom konkreten Inhalt der Nebenbestimmung unabhängig. Zum anderen kann die Kompetenz der Unionsorgane aber auf bestimmte Formen oder Inhalte einer Nebenbestimmung begrenzt sein. Die Problematik der systematischen Einordnung dieser Frage nach dem „wie“ soll daher bereits an dieser Stelle kurz angerissen werden.

I. Die allgemeine Kompetenz zum Erlass von Nebenbestimmungen („ob“)

Zum direkten Vollzug des Unionsrechts im Einzelfall gehört zunächst der Erlass von begünstigenden oder belastenden adressatengerichteten Beschlüssen. Beantragt der Adressat eine Begünstigung, so kann diese durch die Unionsorgane grundsätzlich gewährt oder abgelehnt werden. Die zwischen diesen beiden Varianten angesiedelte Einschränkung der Begünstigung durch eine Nebenbestimmung kann daher ebenfalls unter die Vollzugskompetenz fallen. Entscheidend hierfür ist jedoch, ob dem Unionsorgan bei der Entscheidung insoweit Ermessen eingeräumt wurde, oder ob es sich um einen seltenen Fall der gebunden Entscheidung handelt.

1. Der Erlass von Nebenbestimmungen als Teil einer Ermessensentscheidung

Der Begriff des Ermessens ist im Europäischen Verwaltungsrecht weiter gefasst als im deutschen Recht. Das Unionsrecht unterscheidet nicht zwischen Beurteilungsspielraum auf der Seite des Tatbestands und Ermessensspielraum auf Rechtsfolgenseite.[563] Vielmehr wird jede Art von Entscheidungs-, Beurteilungs- oder Gestaltungsspielraum der Verwaltung als Ermessensspielraum im Sinne einer administrativen Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit angesehen.[564] Dieser Spielraum muss aus der Ermächtigungsnorm ableitbar sein, was sich entweder aus ihrem Wortlaut oder aus ihrer Systematik ergeben kann.[565] Es bedarf demnach entweder einer ausdrücklichen oder aber zumindest einer impliziten Einräumung der „letztverantwortlichen Beurteilung und Wahl der rechtlichen Folgen eines Sachverhalts“.[566] Der Gerichtshof hat die implizite Ermessenseinräumung bejaht, wenn die spezifische Natur der Verwaltungsaufgabe eine Begrenzung der richterlichen Nachprüfbarkeit verlangt.[567] Dies nimmt er in der Regel[568] bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten an.[569] In den

---

563 *Bleckmann* in: FS für Kutscher, S. 26; *Dervisopoulos* in: Rengeling/Midekke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union, § 7 Rn. 117; *Pache*, DVBl. 1998, 380, 384; *Kotzur* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 263 AEUV Rn. 39; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 280 f.; *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 361 m.w.N.

564 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 281; *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 362 m.w.N.

565 EuGH, Rs. 281/82, *SARL Unifrex*, Slg. 1984, 1969, Rn. 20; EuG, Rs. T-300/03, *Moser Baer India*, Slg. 2006, II-3911 Rn. 29.

566 *Hatje* in: Schwarze, Verfahren und Rechtsschutz im europäischen Wirtschaftsrecht, S. 125.

567 So auch *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 363.

568 Vgl. zur detaillierten Nachprüfung komplexer wirtschaftlicher Fragen des Kartellrechts *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 347 ff., 363.

wichtigen Referenzgebieten des Kartellverfahrensrechts, der Fusionskontrolle und des Beihilfenrechts bestehen daher Ermessensspielräume der Verwaltung, die mit einer eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfbarkeit einhergehen.[570]

Im Rahmen dieses Ermessensspielraums dürfen Unionsorgane auch Nebenbestimmungen erlassen.[571] Gerade bei der Ermessensausübung kann und muss die Kommission den ihr zur Verfügung stehenden Spielraum nutzen, um eine auf den Einzelfall zugeschnittene Entscheidung zu treffen. Das Element der Flexibilisierung wohnt der Ermessensentscheidung inne, so dass die Kompetenz zur Ermessensausübung auf Unionsebene diejenige zum Erlass einer Nebenbestimmung mit umfasst, ohne dass eine separate Kompetenzgrundlage hierfür erforderlich wäre. Dies bekräftigte das Gericht der Union in der Rechtssache *British Airways/Kommission*[572], wo es befand:

„Nach Ansicht des Gerichts liegt diese Grundsatzentscheidung im Rahmen des Ermessens, über das die Kommission auf diesem Gebiet verfügt. (…) Die Kommission [ist] grundsätzlich befugt, eine Entscheidung, durch die eine Beihilfe (…) genehmigt wird, an Bedingungen zu knüpfen, durch die sichergestellt werden soll, dass die genehmigte Beihilfe die Handelsbedingungen nicht in einer dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufenden Weise verändert.“[573]

Diese Formulierung macht den Zusammenhang zwischen dem Bestehen eines Ermessensspielraums zugunsten des Unionsorgans und der Kompetenz zum Erlass von Nebenbestimmungen deutlich. Da ein solcher in allen wichtigen Bereichen des Eigenverwaltungsrechts besteht, haben die Unionsorgane dort auch die Kompetenz, Nebenbestimmungen zu erlassen.

2. Der Erlass von Nebenbestimmungen als Teil einer gebundenen Entscheidung

Im Rahmen der gebundenen Verwaltung darf eine Begünstigung durch die Verwaltung nur erlassen werden, wenn ihre Erlassvoraussetzungen gegeben sind. Daher fällt es zunächst schwer, Nebenbestimmungen in diesem Zusammenhang einzuordnen. Es bleibt jedoch ein denkbarer Anwendungsfall: Fehlt es an einer Erlassvoraussetzung, kann eine Nebenbestimmung für ihre Erfüllung sorgen.

Indem die Verwaltung eine solche Nebenbestimmung beifügt, führt sie zum einen den in der Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Hauptregelung enthaltenen Willen des

---

569 EuGH, Rs. 40/72, *Schröder*, Slg. 1973, 125 Rn. 14; EuGH, Rs. 29/77, *Roquette Frères*, Slg. 1977, 1835 Rn. 19 f.; EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission,* Slg. 1998, I-1375 Rn. 223; EuGH, Rs. C-269/90, *TU München*, Slg. 1991, I-5495 Rn. 13; EuGH, Rs. C-41/03 P, *Rica Foods/Kommission*, Slg. 2005, I-6875 Rn. 32; EuG, Rs. T-300/03, *Moser Baer India*, Slg. 2006, II-3911 Rn. 94.

570 *Hatje* in: Schwarze, Verfahren und Rechtsschutz im europäischen Wirtschaftsrecht, S. 125.

571 *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 141.

572 EuG, Rs. T-371/94 u.a., *British Airways/Kommission*, Slg. 1998, I-2405.

573 EuG, Rs. T-371/94 u.a., *British Airways/Kommission*, Slg. 1998, I-2405 Rn. 288.

Unionsgesetzgebers aus. Die Kompetenz zum Erlass einer Nebenbestimmung könnte im Hinblick darauf stets zu bejahen sein. Gleichzeitig schränkt die Verwaltung den gesetzgeberischen Willen jedoch dahin gehend ein, dass die im zugrunde liegenden Rechtsakt vorgeschriebene Voraussetzung nicht bereits im Zeitpunkt des Erlasses der Begünstigung vorliegt. Um dies zu kompensieren, kann die Nebenbestimmung sicherstellen, dass das Erlangen der vollen Wirksamkeit der Hauptregelung von der Erfüllung der Erlassvoraussetzungen abhängt. Dies kann jedoch ausschließlich durch eine aufschiebende Bedingung erreicht werden. Während der Erlass einer auflösenden Bedingung ausgeschlossen ist, erscheint derjenige einer Auflage in diesem Zusammenhang höchst problematisch. Sie kann die Erfüllung der Voraussetzungen jedenfalls noch nicht im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Begünstigung gewährleisten. Insofern vermag eine Auflage die rechtzeitige Ausräumung von Versagungsgründen nicht zu gewährleisten.[574] Auch *Hönigs* Vorschlag, die Auflage so zu fassen, dass sie das Hindernis unmittelbar beseitigt,[575] überzeugt im Ergebnis nicht. Keine denkbare Formulierung der Auflage vermag deren Befolgung oder Durchsetzung zu ersetzen. Insbesondere erscheint kein Fall denkbar, in dem für die Ausräumung des Versagungsgrundes die Verpflichtung des Adressaten zu einem bestimmten Verhalten ausreicht.[576] Ebenso scheidet eine Differenzierung nach wesentlichen und unwesentlichen Erlassvoraussetzungen, die durch die Auflage sichergestellt werden sollen, aus. Zum einen dürfte eine solche Unterscheidung nicht immer klar zu treffen sein. Zum anderen kann die Unwesentlichkeit der fehlenden Voraussetzung aber auch dazu führen, dass ein Widerruf der Auflage unverhältnismäßig wäre.[577] Um ein solches Szenario zu verhindern, bedürfen Auflagen in der gebundenen Verwaltung stets einer speziellen Kompetenzgrundlage, aufschiebende Bedingungen hingegen nicht.

II. Die Kompetenz zum Erlass einer konkreten Nebenbestimmung („wie“)

Über die Kompetenz eines Unionsorgans zum Erlass einer konkreten Nebenbestimmung mit einem bestimmten Inhalt ist damit noch keine Aussage getroffen. Eine solche ist nur gegeben, wenn das Organ die durch die Kompetenznorm gesetzten Grenzen beachtet. Der Anwendungsbereich einer Kompetenznorm darf durch den Erlass von Nebenbestimmungen weder in sachlicher noch in räumlicher Hinsicht ausgedehnt werden.[578] Die Frage der Nichteinhaltung der durch die Kompetenznorm gesetzten Grenzen stellt allerdings keine klassische Kompetenzfrage, sondern eine solche der Ermessensausübung dar.

---

[574] Vgl. hierzu *Mutschler*, Nebenbestimmungen zur Atomanlagengenehmigung und die Zulässigkeit ihrer Verwendung zur Ausräumung von Versagungsgründen, S. 71 ff. m.w.N.

[575] *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 134 und 135.

[576] So zum deutschen Recht *Mutschler*, Nebenbestimmungen zur Atomanlagengenehmigung und die Zulässigkeit ihrer Verwendung zur Ausräumung von Versagungsgründen, S. 76.

[577] So zum deutschen Recht *Heitsch*, DÖV 2003, 367, 373; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 128.

[578] So zur Verordnung Nr. 17 *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Art. 85 (3) EWG Rn. 1967.

Dieser Zusammenhang zwischen Zuständigkeits- und Ermessensfragen wird auch im Urteil *Transocean Marine Paint*[579] deutlich, wo der Gerichtshof in Bezug auf eine Auflage zu einer Freistellungserklärung nach der Verordnung Nr. 17 ausführte:

„Infolgedessen steht ihr [der Kommission] im Hinblick auf die Modalitäten der Freistellungserklärung ein weiter Ermessensspielraum zu, was sie indessen nicht von der Verpflichtung entbindet, die ihrer Zuständigkeit in Artikel 85 gesetzten Schranken zu beachten.“[580]

Da die Nichtbeachtung der durch die jeweilige Kompetenznorm gesetzten Grenzen demnach zur Überschreitung von Ermessensgrenzen führt, soll diese Problematik an späterer Stelle ausführlicher behandelt werden.[581]

§ 2 DAS ERFORDERNIS EINER ERMÄCHTIGUNGSGRUNDLAGE NACH DEM GRUNDSATZ VOM VORBEHALT DES GESETZES

Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes verlangt in seiner ursprünglichen Bedeutung eine gesetzliche Grundlage für die Verwaltungstätigkeit innerhalb eines Staates. Seine Wurzeln liegen daher eindeutig im Verfassungs- und Verwaltungsrecht einzelner Staaten, so dass eine Übertragung ins Unionsrecht näher zu untersuchen ist.

A. Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes auf staatlicher Ebene

Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes lässt sich generell als verfassungsrechtliches Kompetenzproblem beschreiben, nämlich als Problem der Abgrenzung der Wirkungsbereiche von Gesetzgebung und Verwaltung und damit als Zentralfrage der Gewaltenteilung.[582] Ungeachtet dieser Verankerung im Gewaltenteilungsprinzip,[583] hebt das Bundesverfassungsgericht zu seiner Herleitung im Wesentlichen auf das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip ab.[584]

Das Rechtsstaatsprinzip knüpft dabei an die historischen Wurzeln des Gesetzesvorbehalts an: Der Bürger sollte vor willkürlichen Eingriffen in Freiheit und Eigentum durch die Machtbegrenzung des Monarchen zugunsten eines Parlaments geschützt werden.[585] Um Willkür auszuschließen, verlangt das Rechtsstaatsprinzip, dass Akte der Exekutive für den Bürger vorhersehbar und berechenbar sein müssen.[586] Das Demokratieprinzip zeigt sich

---

[579] EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint*, Slg. 1974, 1063 ff.

[580] EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint*, Slg. 1974, 1063 ff. Rn. 16.

[581] Vgl. dazu Teil 4 § 5 A III 2, S. 123.

[582] *Hilf/Classen* in: FS für Selmer, S. 71, 72; *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts Bd. III, § 62 Rn. 7; *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, S. 3.

[583] *Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 242.

[584] So ausdrücklich BVerfGE 45, 400, 417; BVerfGE 83, 130, 142 m.w.N.

[585] Vgl. dazu ausführlich *Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 239 f.

[586] Vgl. *Herrmann/Kruis*, EUR 2007, 141, 147.

insbesondere im Parlamentsvorbehalt, wonach der Gesetzgeber in den grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss[587] und diese nicht durch eine pauschale gesetzliche Ermächtigung auf die Exekutive delegieren darf.[588]

Ein solches oder zumindest vergleichbares[589] Konzept des Vorbehalts des Gesetzes ist auch in den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten fest verankert und stellt insofern „gemeineuropäisches verfassungsrechtliches Allgemeingut" dar.[590] Daher liegt eine Übertragung in das Unionsrecht alles andere als fern.

B. Die Geltung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes im Unionsrecht

Die Frage nach der Geltung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes im Unionsrecht umfasst zwei Überlegungen. Zum einen besteht eine gewisse Nähe zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das – wie der Vorbehalt des Gesetzes – das Beruhen eines Rechtsaktes auf einer Ermächtigungsgrundlage verlangt. Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes nicht im Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aufgeht. Sollte dies nicht der Fall sein, ist unter Berücksichtigung der Unterschiede zwischen den verfassungsrechtlichen Systemen in den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union als supranationale Einheit die Übertragbarkeit des Grundsatzes ins Unionsrecht zu prüfen.

I. Kein Ersatz der Vorbehalts des Gesetzes durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Teile der Literatur gehen davon aus, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ersetze auf Unionsebene den Vorbehalt des Gesetzes.[591] Insbesondere in Fällen des vertragsunmittelbaren Vollzugs, wenn eine primärrechtliche Ermächtigungsgrundlage unmittelbar durch Einzelakt vollzogen wird, erscheint eine solche Gleichsetzung durchaus naheliegend.[592] Allerdings stellen die Fälle des vertragsunmittelbaren Vollzugs inzwischen

---

[587] Vgl. beispielsweise BVerfGE 33, 125, 158 ff.; BVerfGE 34, 165, 192 f.; BVerfGE 41, 251, 259 f.; BVerfGE 45, 400, 417 f.; BVerfGE 47, 46, 78 ff.; BVerfGE 48, 210, 221 ff.; BVerfGE 58, 257, 268f.

[588] Vgl. beispielsweise BVerfGE 49, 89, 126f.; BVerfGE 57, 295, 327; BVerfGE 83, 130, 142.

[589] Vgl. zu den nichtsdestotrotz bestehenden deutlichen Unterschieden *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 198 ff.

[590] *Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 245.

[591] Vgl. *Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 251; *Kraußer*, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, S. 27 f.; *Lecheler*, Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, S. 56 ff.; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 238; *Weber* in: Schweitzer, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 67, 74; weitere Nachweise und Kritik bei *Triantofyllou*, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 19 ff. und bei *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, S. 129.

[592] So auch *Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 251; *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, S. 130; *Triantofyllou*, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 21.

einen absoluten Ausnahmefall[593] dar. Im Regelfall erlässt der Unionsgesetzgeber zunächst abstrakt-generelles Sekundärrecht, auf dessen Basis dann der Einzelakt ergehen kann.[594] In diesen Fällen werden die Unterschiede zwischen den beiden Prinzipien deutlich.

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und der Vorbehalt des Gesetzes unterscheiden sich zunächst im Hinblick auf ihren Sinn und Zweck. Während der eigentliche Zweck des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung in der Abgrenzung von Kompetenzen zwischen der Union und den Mitgliedstaaten liegt, ist es Aufgabe des Vorbehalts des Gesetzes, den Einzelnen gegenüber Eingriffen der Verwaltung in Freiheit und Eigentum zu schützen.[595] Dementsprechend wird in der Literatur vertreten, die Gleichsetzung berücksichtige nicht hinreichend, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in erster Linie dem Schutz der Interessen der Mitgliedstaaten und nicht dem der Grundrechte des Einzelnen dient.[596] *Schwarze* konstatiert in etwas abgeschwächter Form, dass durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zumindest „nicht primär die Individualsphäre gegenüber hoheitlicher Machtentfaltung geschützt" werde.[597]

Fest steht dabei, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zumindest einen gewissen faktischen Schutz der Unionsbürger mit sich bringt.[598] Fehlt es an einer Kompetenz der Union gegenüber den Mitgliedstaaten, so führt dies zugleich dazu, dass der Union keine Befugnis zum Erlass einer belastenden Maßnahme gegen den Einzelnen zusteht. Damit schützt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung „das abstrakte Interesse des Einzelnen, dass nur auf rechtmäßige Weise (das heißt hier: kompetenzgemäß) in seine Rechtsstellung eingegriffen werden möge", wie *Bast* treffend herausstellt.[599] Hierin erschöpft sich jedoch die freiheitsschützende Funktion des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung. Dem unmittelbaren Schutz des Einzelnen dient es damit gerade nicht.

Dementsprechend weisen beide Prinzipien einen unterschiedlichen Anwendungsbereich auf. Während das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung für sämtliches Handeln der Union Geltung erfährt, stellt der Vorbehalt des Gesetzes in den Mitgliedstaaten lediglich ein Instrument der Verwaltungssteuerung dar und gilt mithin nur für Akte der Exekutive.[600] Zudem gilt der Vorbehalt des Gesetzes verstärkt im Rahmen der Eingriffsverwaltung,

---

[593] So z.B. Art. 122 Abs. 2 AEUV, auf dessen Basis Notfallmaßnahmen grundsätzlich als Einzelfallbeschlüsse des Rates ergehen; vgl. *Häde* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 122 AEUV Rn. 15; *Kempen* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 122 AEUV Rn. 10.

[594] *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, S. 130; *Triantofyllou*, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 21 ff.

[595] Vgl. *Hegels*, EG-Eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht, S. 73.

[596] *Röder*, Der Gesetzesvorbehalt der Charta der Grundrechte der Union im Lichte einer europäischen Wesentlichkeitstheorie, S. 33.

[597] *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 238.

[598] So auch *Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 247; in diese Richtung auch *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 13.

[599] *Bast* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 5 EUV Rn. 15.

[600] Vgl. *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtscharta, S. 75; *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, S. 130; *Triantofyllou*, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 21.

während die belastende Wirkung des Rechtsaktes gegenüber dem Adressaten für das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung – wie bereits erörtert – keine Rolle spielt. Darüber hinaus betreffen die beiden Prinzipien nicht gleichermaßen Verbands- und Organkompetenz der Union. Während der Vertragsvorbehalt auch die Kompetenz der Union im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten regelt, betrifft der Gesetzesvorbehalt ausschließlich die Organkompetenz zum Erlass von Sekundärrecht innerhalb der Union.[601]

Aus den genannten Unterschieden im Hinblick auf den Anwendungsbereich könnte noch gefolgert werden, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verfüge insgesamt über einen weiteren Anwendungsbereich und umfasse daher den Vorbehalt des Gesetzes. Allerdings ziehen Vertrags- und Gesetzesvorbehalt auch verschiedene Rechtsfolgen nach sich. So erfordert das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung stets die Rückführbarkeit auf eine Ermächtigungsgrundlage in den Verträgen, während der Vorbehalt des Gesetzes sekundärrechtliche Normen genügen lässt.[602] Im Gegenzug müssen die sekundärrechtlichen Ermächtigungsnormen sodann jedoch dem Charakter eines „Gesetzes" entsprechen. In dieser Hinsicht geht der Vorbehalt des Gesetzes in seinen Anforderungen über das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hinaus. Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung lediglich die rechtstaatliche Komponente des Vorbehalts des Gesetzes umfassen kann, nicht aber die demokratische Komponente.[603] Während das grundsätzliche Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage auch nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung besteht, gilt dies nicht für die gewaltenteilende Bedeutung und Sicherstellung des Repräsentationszusammenhangs. Zwar bringt auch die Rückführbarkeit einer Norm auf die Verträge ein gewisses Maß an demokratischer Legitimation mit sich. Diese führt jedoch ausschließlich über die Parlamente der Mitgliedstaaten und deren Zustimmungsgesetze[604] und nicht über die Unionsorgane selbst.[605]

Daher ist die Annahme, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ersetze auf Unionsebene den Vorbehalt des Gesetzes, abzulehnen.[606] Dies bedeutet jedoch nicht, dass der mitgliedstaatliche Vorbehalt des Gesetzes unbesehen auf das Unionsrecht übertragen werden kann. Vielmehr stellt sich nun die Frage, ob die Unionsstrukturen eine Übertragung des Vorbehalts des Gesetzes erlauben und wie dieser sich auf der Ebene der Union gestaltet.

---

601 *Hilf/Classen* in: FS für Selmer, S. 71, 76; hierzu grundlegend *Triantofyllou,* Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 21 ff.

602 *Bühler,* Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtscharta, S. 76.

603 *Hegels,* EG-Eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht, S. 74.

604 Vgl. dazu *Brenne*r, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 272 f.

605 Vgl. zum verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt im Rahmen europäischer Rechtssetzung *Kohnen,* Die Zukunft des Gesetzesvorbehalts in der Europäischen Union*; Hansmeyer,* Die Mitwirkung des Bundestags an der europäischen Rechtssetzung.

606 So *Bühler,* Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtscharta, S. 76; *Hammer-Strnad,* Das Bestimmtheitsgebot als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 30 f.; *Hilf/Classen* in: FS Selmer, S. 71, 76; *Ohler,* JZ 2006, 359 360 f.; *Rieckhoff,* Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, S. 130; *Triantofyllou,* Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 21 ff. und 166, der in besonders gelagerten Fällen ausnahmsweise eine Identität annimmt.

II. Übertragung des Vorbehalts des Gesetzes auf das Unionsrecht

Bei der Übertragung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes auf das Unionsrecht ist wiederum zwischen dessen rechtsstaatlicher und demokratischer Komponente zu unterscheiden.

1. Übertragbarkeit der rechtsstaatlichen Komponente

Die Übertragung der rechtsstaatlichen Komponente des Vorbehalts des Gesetzes ist schon deshalb naheliegend, da das Rechtsstaatsprinzip im Unionsrecht uneingeschränkte Anwendung findet. Dies ergibt sich aus der Präambel sowie aus Art. 2 EUV, der die grundlegenden Werte benennt, auf die die Union gegründet ist. Bereits lange bevor das Rechtsstaatsprinzip in die Verträge Einzug hielt, hat der Gerichtshof der Union einen allgemeinen Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit anerkannt.[607] Konkretisierungen des Rechtsstaatsprinzips hat der Gerichtshof allerdings nicht vorgenommen.[608] Insbesondere hat er keine Verbindung zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und dem Vorbehalt des Gesetzes bzw. dem Erfordernis einer Ermächtigungsnorm hergestellt. Gleichwohl hat er sich im Zusammenhang mit der Einschränkung von Grundrechten mit der Frage des Gesetzesvorbehalts auseinandergesetzt. So verlangte er in der Rechtssache *Hoechst* eine Rechtsgrundlage für Grundrechtseinschränkungen und begründete dies wie folgt:

„Indessen bedürfen in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung jeder – natürlichen oder juristischen – Person einer Rechtsgrundlage und müssen aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt sein; diese Rechtsordnungen sehen daher, wenn auch in unterschiedlicher Ausgestaltung, einen Schutz gegen willkürliche oder unverhältnismäßige Eingriffe vor. Das Erfordernis eines solchen Schutzes ist folglich als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzuerkennen.“[609]

Unabhängig davon, ob hierin die Anerkennung des Vorbehalts des Gesetzes als allgemeines Prinzip des Unionsrechts zu sehen ist,[610] ist aus dieser Formulierung jedenfalls das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage im Rahmen der Eingriffsverwaltung herauszulesen,[611] was der rechtsstaatlichen Komponente des Vorbehalts des Gesetzes entspricht.

---

607 EuGH, Rs. 101/78, *Granaria*, Slg. 1979, 623 Rn. 5; EuGH, Rs. 63/87, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1988, 2875 Rn. 10.

608 *Hofmann*, in: ders., Rechtsstaatlichkeit in Europa, S. 324.

609 EuGH, verb. Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst*, Slg. 1989, 2859 Rn. 19; vgl. auch EuGH, Rs. 97-99/8, *Dow Chemical Ibérica*, Slg. 1989, 3165 Rn. 16.

610 So *Scheuing* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 6 Rn. 36; *Schwarze* in: Une communauté de droit, FS für Iglesias, 2003, 147, 148.

611 So *Bühler*, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtscharta, S. 76; *Herrmann/Kruis*, EUR 2007, 141, 150; *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, S. 152 und *Triantafyllou*, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 169.

2. Übertragbarkeit der demokratischen Komponente

Es stellt sich daran anknüpfend die Frage, ob auch dessen demokratische Komponente im Unionsrecht existiert. Das Demokratieprinzip findet im Unionsrecht grundsätzlich Anwendung, wenn auch im Hinblick auf die Konstruktion der Union in etwas abgewandelter Form. So bestimmt Art. 10 Abs. 1 EUV, dass die Union auf dem Prinzip der repräsentativen Demokratie beruht. Absatz 2 erläutert sodann die Besonderheit der dualen Legitimation, wonach einerseits die unionsunmittelbare Legitimation über das Europäische Parlament und andererseits die mitgliedstaatliche Legitimation über die Rückkoppelung der im Europäischen Rat bzw. im Rat vertretenen Regierungsmitglieder an die nationalen Parlamente gewährleistet wird.[612]

Auch eine klassische Verwirklichung der Gewaltenteilung ist in der Europäischen Union schon aufgrund des fehlenden Staatscharakters nicht vorhanden. Legislativ- und Exekutivfunktionen können nicht einem bestimmten Organ zugeordnet werden. Dennoch ist seit dem Inkrafttreten des AEUV eine Unterscheidung zwischen Legislativ- und Exekutivakten möglich.[613] Diese hängt nicht primär vom Erlassorgan, sondern vom Verfahren ab, in dem der Rechtsakt zustande kommt. Art. 289 Abs. 3 AEUV bestimmt, dass Gesetzgebungsakte solche Rechtsakte sind, die in einem Gesetzgebungsverfahren angenommen wurden. Es ist daher naheliegend und konsequent, diese Definition auch auf den Gesetzesvorbehalt anzuwenden. Dementsprechend ist dem Gesetzesvorbehalt Genüge getan, wenn ein Eingriff auf einen Rechtsakt zurückgeht, der in einem Gesetzgebungsverfahren angenommen wurde.[614]

Zugunsten des Europäischen Gesetzgebers in diesem Sinne gilt dann die unionsrechtliche Wesentlichkeitsdoktrin.[615] Der ständigen Rechtsprechung der Unionsgerichte entsprechend, ist der Unionsgesetzgeber verpflichtet, wesentliche Elemente bereits im Basisrechtsakt selbst zu regeln.[616] Diese Voraussetzung hat der Gerichtshof bislang sehr großzügig ausgelegt und so die Anforderungen an den Basisrechtsakt gering gehalten.[617] Gleichwohl zeigt sowohl die Entwicklung der Rechtsprechung als auch das nunmehr in Art. 290 Abs. 1 AEUV konstitutionalisierte Delegationsverbot,[618] dass die unionsrechtliche Wesentlichkeitsdoktrin

---

612 Vgl. *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 10 EUV Rn. 22*; Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 10 EUV Rn. 6 f.; *Möllers/von Achenbach*, EuR 2011, 39, 47; *Ohler*, JZ 2006, 359, 361; *Huber* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 10 EUV Rn. 25.

613 Vgl. zur Frage nach der Übertragbarkeit der demokratischen Komponente vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon *Hilf/Classen* in: FS für Selmer, S. 71, 77 ff.

614 *Kingreen* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 52 GRCh Rn. 61; Schneiders, Grundrechte der EU, S. 197 f.; *Borowsky* in: Meyer, Charta der Grundrechte, Art. 52 Rn. 20a; a.A. *Streinz/Michl* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 52 GR-Charta Rn. 25.

615 Vgl. *Gärditz*, DÖV 2010, 453, 456; *Ohler*, JZ 2006, 359, 361 f.

616 EuGH, Rs. 25/70, *Einfuhrstelle/Köster*, Slg. 1970, 1161 Rn. 6; EuGH, Rs. C-240/90, *Deutschland/Kommission*, Slg. 1992, I-5383 Rn. 36 f.; EuG, verb. Rs. T-64/01 und T-65/01, *Afrikanische Frucht-Compagnie*, Slg. 2004, II-521 Rn. 119.

617 Schlussanträge der GA Kokott, Rs. C-66/04, *Raucharomen*, Slg 2005, I-10553 Rn. 52 ff.; *Möllers/von Achenbach*, EuR 2011, 39, 49; *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, S. 178.

618 *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 290 AEUV Rn. 10.

konkretisiert und erweitert wird.[619] Auch wenn eine entsprechende Regelung in Art. 291 AEUV in Bezug auf Durchführungsakte fehlt, kann zu seiner Auslegung ein Erst-recht-Schluss aus Art. 290 Abs. 1 AEUV herangezogen werden.[620] Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten, dass auch die demokratische Komponente des Vorbehalts des Gesetzes insoweit im Unionsrecht existiert, als Ermächtigungsgrundlagen in Form von Gesetzgebungsakten erforderlich sind, die alle wesentlichen Elemente selbst vorgeben müssen. Der Lissabonvertrag setzt mithin nunmehr den „Brückenschlag zum Demokratieprinzip" in die Tat um und schafft einen „demokratischen Vorbehalt der Gesetzgebung".[621]

C. Die Anwendung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes auf eine Begünstigung mit Nebenbestimmung

Inwieweit der unionsrechtliche Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes auf Begünstigungen, die mit einer belastenden Nebenbestimmung versehen wurden, Anwendung findet, muss unter zweierlei Aspekten untersucht werden. Zunächst stellt sich diese Frage hinsichtlich der gesamten Regelung, dann aber auch alleine in Bezug auf die Nebenbestimmung.

I. Die Anwendung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes auf die Gesamtregelung

Die Geltung des Gesetzesvorbehalts ist zunächst hinsichtlich der Maßnahme insgesamt zu untersuchen. Während die Hauptregelung in Form einer Genehmigung oder Erlaubnis für den Adressaten begünstigend wirkt, haben Nebenbestimmungen durchweg einen belastenden Charakter. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Nebenbestimmung auf einer Verpflichtungszusage des Adressaten beruht. Denn auch die Erklärung der Verbindlichkeit der Verpflichtungszusage hat für den Adressaten belastende Wirkung.[622]

Da das belastende Element erst durch das Beifügen einer Nebenbestimmung entsteht, kann dieses die Geltung des Gesetzesvorbehalts hinsichtlich der Gesamtregelung auslösen.[623] Die gegenteilige Auffassung, die den Gesetzesvorbehalt unter Hinweis auf die begünstigende Wirkung der Hauptregelung nicht zur Anwendung kommen lässt,[624] erscheint angesichts der eindeutig belastenden Wirkung der Nebenbestimmung und der oben aufgezeigten Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzesvorbehalt als mit dem Demokratie- und

---

619 In der Rechtssache *„Raucharomen"* unterzog der Gerichtshof die Basisnorm erstmals einer ausführlichen Prüfung im Hinblick auf ihre Regelungsdichte, EuGH, Rs. C-66/04, *Vereinigtes Königreich und Nordirland/ Parlament und Rat*, Slg 2005, I-10553 Rn. 48 f.; vgl. hierzu *Ohler*, JZ 2006, 359, 361; *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, S. 182 ff.

620 Vgl. dazu *Bueren*, EuZW 2012, 167, 170.

621 *Gärditz*, DÖV 2010, 453, 456.

622 Vgl. zum Kartellrecht *Frenz*, Handbuch Europarecht 2, Rn. 1543.

623 *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, S. 167; *Karl*, Rechtsschutz gegenüber rechtswidrigen Nebenbestimmungen, S. 34.

624 So z.B. für die Auflage *Bleckmann*, VerwArch 1972, 404, 435.

Rechtsstaatsprinzip unvereinbar. Sie dürfte inzwischen eindeutig überholt sein[625] und wird – soweit ersichtlich – nicht mehr vertreten. Der Erlass einer Nebenbestimmung ist mithin nicht gänzlich ohne normative Ermächtigung möglich.[626] Diese Feststellung trifft aber noch keine Aussage darüber, ob die Nebenbestimmung selbst ebenfalls eines Gesetzgebungsaktes als Rechtsgrundlage bedarf.

II. Die Anwendung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes auf die Nebenbestimmung selbst

1. Die Ausgangslage

Ob der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes im Hinblick auf Nebenbestimmungen dazu führt, dass eine Nebenbestimmung einer eigenständigen Ermächtigungsgrundlage bedarf, die über die Ermächtigung zum Erlass der Hauptregelung hinausgeht, wurde im deutschen Verwaltungsrecht lange diskutiert und ist auch heute noch nicht abschließend geklärt. So wird § 36 VwVfG teilweise als ebendiese Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Nebenbestimmungen angesehen, teilweise wird ihm eine lediglich klarstellende Funktion zugewiesen.[627] Die wohl herrschende Ansicht in der Literatur ist der Auffassung, dass es einer gesonderten Ermächtigung nicht bedarf.[628] Dementsprechend hielt man bereits vor Inkrafttreten des VwVfG das Beifügen von Nebenbestimmungen grundsätzlich für zulässig.[629] Dieser Streit ist heute rein akademischer Natur, da die Voraussetzungen des § 36 VwVfG unabhängig von dessen Rechtsnatur in jedem Falle erfüllt sein müssen.

Dieselbe Frage ist im Rahmen des Unionsrechts jedoch von Bedeutung, da keine Norm existiert, die – wie § 36 VwVfG – die Voraussetzungen zum Erlass einer Nebenbestimmung generell vorschreibt. So bestehen zwar in einigen Rechtsbereichen, – von denen die wichtigsten näher beschrieben wurden – Gesetzgebungsakte, die den Erlass von Nebenbestimmungen ausdrücklich vorsehen. Was jedoch außerhalb dieser Normen zu gelten hat, ist unklar. Bedeutet die Existenz der speziellen Normen, dass entsprechende Ermächtigungen auch ansonsten im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes nötig sind oder haben sie rein deklaratorische Bedeutung?[630] Hierüber geben auch die Erwägungen zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung keinen Aufschluss, da das Bestehen einer Kompetenz der

---

[625] So schon *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, S. 168 m.w.N.

[626] *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 384.

[627] Vgl. *Tiedemann* in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 36 Rn. 7; *Stuhlfauth* in: Obermayer, VwVfG, § 36 Rn. 1.

[628] *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 35 Rn. 146; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG § 36 Rn. 39; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 1; *Tiedemann* in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 36 Rn. 7; a.A *Störmer* in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, VwVfG, § 36 Rn. 3.

[629] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 1 m.w.N.

[630] So *Ehricke*, EWS 2006, 241, 242 in Bezug auf Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 659/1999.

Union gegenüber den Mitgliedstaaten noch nicht besagt, dass sie auch gegenüber den jeweiligen Adressaten zum Erlass befugt ist.

Für das Erfordernis einer separaten Rechtsgrundlage und damit für den konstitutiven Charakter der sekundärrechtlichen Ermächtigungsnormen spricht auf den ersten Blick die belastende Wirkung der Nebenbestimmung. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Belastung durch die Nebenbestimmung bereits die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes hinsichtlich der Gesamtregelung auslöst. Sie würde demnach doppelt Berücksichtigung finden: im Hinblick auf die Ermächtigungsgrundlage der Gesamtregelung und der Nebenbestimmung selbst. Diese pauschale Annahme erscheint jedoch zu weit gegriffen, da der Adressat einen solchen doppelten Schutz nach dem Vorbehalt des Gesetzes in vielen Fällen gar nicht benötigt.

2. Die Befugnis zur Versagung der Begünstigung als Voraussetzung eines Erst-recht-Schlusses

Für den Adressaten kann die Nebenbestimmung nicht nur eine Belastung, sondern zugleich eine relative Besserstellung bedeuten. Dies ist der Fall, wenn die Verwaltung die Begünstigung alternativ auch vollständig versagen könnte. Die Befugnis zur Ablehnung umfasst in diesen Fällen die Genehmigung unter Nebenbestimmungen als Minus. Die Nebenbestimmung stellt ein milderes Mittel im Vergleich zur Versagung der Begünstigung dar. Es wird mithin von der Zulässigkeit einer stark belastenden Maßnahme auf diejenige einer weniger belastenden geschlossen.

Ist der Verwaltung ein Ermessenspielraum eingeräumt, ist diese Alternative gegeben, sofern die Ablehnung der Begünstigung ermessensfehlerfrei wäre. Dann steht dem Organ erst recht die Befugnis zu, die Begünstigung mit einer Nebenbestimmung zu erlassen.[631] Die Auslegung des bestehenden Rechts ergibt mithin, dass eine separate Ermächtigungsgrundlage nach dem Vorbehalt des Gesetzes nicht erforderlich ist.

Im Rahmen der gebundenen Verwaltung hat der Bürger einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung, sofern keine Versagungsgründe vorliegen. Da eine beigefügte Nebenbestimmung den Anspruch des Adressaten daher unzulässig einschränken würde, darf in dieser Situation keine Nebenbestimmung ohne ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage ergehen.[632] Dies ergibt sich ebenso aus der Überlegung, dass der Verwaltung in diesem Fall die Möglichkeit der Versagung der Genehmigung nicht zusteht und der oben beschriebene Erst-recht-Schluss nicht gezogen werden kann.[633] Wenn hingegen nicht alle Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüllt sind bzw. ein Versagungsgrund gegeben ist, muss

---

631 *Bockey*, Die Entscheidung der Europäischen Gemeinschaft, S. 77; *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 249 EGV Rn. 204.

632 Vgl. *Bockey*, Die Entscheidung der Europäischen Gemeinschaft, S. 77; zum deutschen Recht *Karl*, Rechtsschutz gegen rechtswidrige Nebenbestimmungen, S. 35 m.w.N., der dieses Ergebnis als "logisch zwingend und daher allgemein anerkannt" bezeichnet.

633 So auch zum deutschen Recht *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 133.

das Organ die Begünstigung grundsätzlich versagen. In diesem Fall greift der Erst-recht-Schluss wiederum ein: hier kann das Organ infolge des Fehlens bestimmter Voraussetzungen die Genehmigung ablehnen. Das Beifügen einer Nebenbestimmung ist auch in diesem Fall von der Ermächtigung zum Erlass der Ablehnung gedeckt. Allerdings müssen gleichzeitig die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage gewährleistet sein, da es der Verwaltung ansonsten verwehrt ist, die Begünstigung zu erlassen. Daher muss die Beifügung entsprechender Nebenbestimmungen zur Erfüllung der Voraussetzungen führen.[634]

III. Die rein belastende Wirkung einer nachträglich angeordneten Nebenbestimmung

Eine andere Ausgangssituation ergibt sich jedoch, wenn die Nebenbestimmung nicht von Anfang an mit der Hauptregelung verbunden wird, sondern die Verwaltung diese erst nachträglich anordnet. Dann ergeht zunächst eine uneingeschränkte Begünstigung zugunsten des Adressaten. Hierauf folgt deren Einschränkung durch die nachträgliche Nebenbestimmung. Die zeitliche Abfolge bringt es also mit sich, dass die Nebenbestimmung eine rein belastende Wirkung erhält. Die relativ begünstigende Wirkung im Vergleich zu einer Ablehnung der Begünstigung entfällt, da eine solche als Alternative zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr besteht. Vielmehr wurde die Begünstigung bereits erlassen. Die Ermächtigung zur Nebenbestimmung ist daher auch nicht von derjenigen zur Ablehnung der Begünstigung mit umfasst. Folglich ist eine ausdrückliche Ermächtigung zum Erlass einer Nebenbestimmung in dieser Konstellation unerlässlich. Etwas anderes gilt nur, wenn die Begünstigung selbst einen Auflagenvorbehalt enthält. Dann dient dieser als Grundlage der späteren Beifügung einer Auflage.

D. Schlussfolgerungen

Nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes, der auch im Unionsrecht Anwendung findet, muss die Gesamtregelung bestehend aus Hauptregelung und Nebenbestimmung auf einen Gesetzgebungsakt rückführbar sein. Dies folgt aus der belastenden Wirkung der Nebenbestimmung. Im Hinblick auf die Nebenbestimmung selbst ist ein Beruhen auf einem Gesetzgebungsakt nicht erforderlich, sofern die Verwaltung die Begünstigung auch hätte versagen können. Dann tritt der belastende Aspekt in den Hintergrund, da die Nebenbestimmung zugleich zu einer relativen Besserstellung führt. Dies ist der Fall beim Bestehen eines Ermessensspielraums oder wenn im Falle der gebundenen Verwaltung die Erlassvoraussetzungen nicht vollständig gegeben sind. Hingegen erfordert der rein belastende nachträgliche Erlass einer Nebenbestimmung stets eine ausdrückliche Ermächtigung.

§ 3 FORMELLE RECHTMÄSSIGKEIT

Unter die formellen Voraussetzungen fallen die Fragen des Verfahrens und der Form. Die Verfahrensrichtigkeit spielt generell eine wichtige Rolle im Europäischen

634 *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 249 EGV Rn. 204.

Verwaltungsrecht.[635] Damit ist insbesondere zu diskutieren, ob Nebenbestimmungen ein Anhörungsrecht des Adressaten auslösen und ob sie zu begründen sind.

A. Anhörung

Das Recht des Adressaten, vor dem Erlass einer Nebenbestimmung angehört zu werden, kann sich entweder aus dem allgemeinen Anspruch auf rechtliches Gehör oder aus existierenden sekundärrechtlichen Regelungen diesbezüglich ergeben.

I. Herleitung und Umfang des allgemeinen Anspruchs auf rechtliches Gehör

Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht an der Spitze der vom Gerichtshof der Union entwickelten allgemeinen Grundsätze zum Verfahrensrecht.[636] Er stellt eine der wichtigsten Ausprägungen des Rechts auf ein faires Verfahren dar.[637] Dies wird vor dem Hintergrund der Funktionen des Anhörungsrechts deutlich. Die Anhörung verschafft dem Bürger Einfluss auf die Wahrung seiner Rechte und die Möglichkeit, sich gegen eine nachteilige Maßnahme der Verwaltung frühzeitig zu verteidigen.[638] Aufgrund dessen wird das Anhörungsrecht vom Gerichtshof auch als Verteidigungsrecht[639] und fundamentaler Rechtsgrundsatz[640] bezeichnet. Der Anspruch auf rechtliches Gehör findet sich außerdem in Art. 41 GRCh wieder, wo das Recht jeder Person verbürgt ist, gehört zu werden, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige individuelle Maßnahme getroffen wird.[641] Nach ständiger Rechtsprechung[642] ist daher derjenige, dessen Rechte oder wesentliche Interessen von einer Entscheidung der Verwaltung berührt werden, zuvor anzuhören.[643] Die Intensität der Anhörungspflicht ist dabei von den Gegebenheiten des Einzelfalls, wie der Intensität des Eingriffs und der Weite des Ermessensspielraums abhängig.[644]

Bei fehlender Anhörung ging der Gerichtshof zunächst davon aus, dass hieraus ein Aufhebungsgrund folge und eine Nachholung der Anhörung im gerichtlichen Verfahren nicht

---

635 *Hatje* in: Müller-Graff /Schmahl/Skouris: Festschrift für Dieter H. Scheuing: Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel, S. 323, 334.

636 *Wahl* in: Hill/Pitschas, Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, S. 370.

637 *Ritgen* in: Knack/Henneke, VwVfG, § 28 Rn. 5.

638 *Voet van Vormizeele* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 41 GRC Rn. 8.

639 EuGH, Rs. 74/87, *Orkem*, Slg. 1989, 3283 Rn. 32 f.; EuGH, verb. Rs. C-48/90 und C-66/90, *Niederlande u.a./Kommission*, Slg. 1992, I-565 Rn. 44 ff.; vgl. auch *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 1201 ff.

640 EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461 Rn. 9.

641 Art. 41 Abs. 2 lit. a) GRCh.

642 Vgl. EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint*, Slg. 1974, 1063 Rn. 15 f.; EuGH, verb. Rs. 100 bis 103/80, *Musique Diffusion Française*, Slg. 1983, 1825 Rn. 10; EuGH, Rs. C-135/92, *Fiskano*, Slg. 1994, I-2885 Rn. 39; EuGH, Rs. C-315/99 P, *Isemri Europa*, Slg. 2001, I-5281 Rn. 28.

643 *Schwarze* in: Verfahren und Rechtsschutz im Europäischen Wirtschaftsrecht, S. 11; zum Anhörungsverfahren ausführlich *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 1312 ff.

644 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 1311 f.

zulässig sei.[645] Später führte er jedoch aus, dass ein Anhörungsmangel nicht notwendigerweise die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zur Folge hat, wenn er während des Verfahrens vor dem Gerichtshof geheilt worden ist.[646] Diese Rechtsprechung wurde scharf kritisiert und setzte sich letztendlich nicht durch.[647] So stellte das Gericht der Union klar, dass Mängel aus dem Verwaltungsverfahren im gerichtlichen Verfahren nicht mehr geheilt werden können, da dieses eine vollständige Aufklärung des Falles im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens nicht ersetzen kann.[648] Unbeachtlich bleibt der Anhörungsmangel allerdings, wenn sich dieser auf die Entscheidung nicht auswirken konnte.[649]

II. Anhörung zu Nebenbestimmungen

1. Anhörungspflichten im Sekundärrecht

Zur Beantwortung der Frage, inwieweit der Adressat oder betroffene Dritte zum Erlass einer Nebenbestimmung anzuhören sind, soll wiederum zunächst ein Blick in das entsprechende Sekundärrecht geworfen werden. Dabei ist festzustellen, dass kaum eine Regelung über ein Anhörungsrecht besteht, das sich speziell auf den Erlass von Nebenbestimmungen bezieht. Die meisten Verordnungen enthalten stattdessen generelle Anhörungsrechte, die keinen ausdrücklichen Bezug zu Nebenbestimmungen aufweisen. Wieder andere verzichten gänzlich auf eine Regelung.

a. Sekundärrechtliche Anhörungspflichten speziell zu Nebenbestimmungen

Die erste sekundärrechtliche Regelung über eine Anhörungspflicht beim Erlass von Nebenbestimmungen war in Art. 19 Abs. 1 VO Nr. 17 enthalten. Diese Norm sah vor, dass die Kommission vor dem Erlass verschiedener Arten von Entscheidungen den beteiligten Unternehmen Gelegenheit zu geben hatte, sich zu den von der Kommission in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten zu äußern. Zu den betroffenen Entscheidungen zählte explizit auch eine solche, die nach Art. 8 Abs. 1 VO Nr. 17 unter Bedingungen und Auflagen erging. Dritte konnten in denselben Fällen gemäß Art. 19 Abs. 2 VO Nr. 17 von Amts wegen angehört werden, soweit die Kommission oder die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten es für erforderlich hielten. Zudem war nach dieser Norm einem Antrag Dritter auf Anhörung stattzugeben, wenn sie ein ausreichendes Interesse glaubhaft machten.

---

645 EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint*, Slg. 1974, 1063 Rn. 21.

646 EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461 Rn. 15.

647 *Classen*, Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union, S. 299 m.w.N.

648 EuG, Rs. T-30/91, *Solvay*, Slg. 1995, II-1775 Rn. 98.

649 EuGH, Rs. 259/85, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1987, 4393 Rn. 12; EuGH, Rs. C-301/87, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1990, I -307 Rn. 31; *Bechtold*, EuR 1992, 41, 50; *Voet van Vormizeele* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 41 GRC Rn. 8; *Streinz* in: ders., EUV/AEUV, Art. 41 GR-Charta Rn. 9.

Vergleichbar hiermit ist die Regelung des Art. 18 Abs. 1 FKVO, die ein Anhörungsrecht zugunsten von Adressaten bestimmter Entscheidungen im Fusionskontrollrecht vorsieht. Dieses gilt ausdrücklich auch für Entscheidungen nach Art. 8 Abs. 2 FKVO, also für die Genehmigung des Zusammenschlusses unter Bedingungen und Auflagen im Hauptverfahren. Die Regelung wird durch Art. 18 Abs. 3 S. 1 und 2 FKVO ergänzt, wonach die Kommission ihre Entscheidungen nur auf die Einwände stützt, zu denen die Betroffenen Stellung nehmen konnten und das Recht der Betroffenen auf Verteidigung gewährleistet wird. Sämtliche Rechte beziehen sich auf die verschiedenen Entscheidungsformen des Absatzes 1 und somit auch auf die Genehmigung unter Bedingungen und Auflagen. Sie stehen dem Adressaten uneingeschränkt zur Verfügung, obwohl der Erlass von Bedingungen und Auflagen alleine der Erklärung der Verbindlichkeit seiner Verpflichtungszusagen dient. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die weitere Anhörung des Adressaten jedoch in aller Regel.[650] Gemäß Art. 18 Abs. 4 FKVO kann oder muss die Kommission auch betroffene Dritte anhören.

Diese Anhörungsrechte werden in der Durchführungsverordnung zur Fusionskontrollverordnung[651] (DVO) konkretisiert. Wesentliche Instrumente zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs stellen dabei das Recht zur schriftlichen Stellungnahme und das Recht zur mündlichen Anhörung dar. Gemäß Art. 13 Abs. 3 DVO fordert die Kommission vor dem Erlass einer Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 FKVO den Adressaten und die anderen Beteiligten zur schriftlichen Stellungnahme hinsichtlich der mitgeteilten Einwände auf. Im Rahmen dieser Stellungnahmen können der Anmelder und die anderen Beteiligten die förmliche mündliche Anhörung gemäß Art. 14 Abs. 1 und 2 DVO beantragen. Diese wird von einem Anhörungsbeauftragten durchgeführt.[652] Auch die Anhörung betroffener Dritter erfolgt zunächst durch schriftliche Stellungnahme und kann dann durch entsprechenden Antrag durch eine mündliche Anhörung ergänzt werden.[653]

Darüber hinaus sieht auch die Arzneimittelagentur-Verordnung eine Anhörungsverpflichtung der Kommission vor Erlass einer bedingten oder einer vorläufigen Zulassungsentscheidung nach Art. 14 Abs. 7 und 8 vor. Beide Normen bestimmen ausdrücklich, dass solche Zulassungsentscheidungen nicht ohne vorherige Konsultation des Antragstellers erlassen werden dürfen. Die Begriffe der Konsultation und der Anhörung sind dabei austauschbar. Mithin ergehen auch diese beiden Arten der mit Nebenbestimmungen versehenen Entscheidungen nur nach erfolgter Anhörung.

---

650 *Heidenreich*, Anhörungsrechte im EG-Kartell- und Fusionskontrollverfahren, S. 153; *Langeheine/Dittert* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 18 FKVO Rn. 8.

651 Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. L 133 vom 30.04.2004, S. 1, zuletzt geändert durch Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1269/2013 der Kommission vom 5. Dezember 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. L 336 vom 14.12.2013, S. 1.

652 Art. 15 Abs. 1 DVO.

653 Art. 16 Abs. 1 und 2 DVO.

b. Generelle sekundärrechtliche Anhörungspflichten

Während eine speziell auf Nebenbestimmungen zielende Anhörungspflicht damit nur im Ausnahmefall besteht, beinhalten zahlreiche Verordnungen allgemeinere Anhörungsregelungen.

Dies ist beispielsweise im Beihilfenaufsichtsrecht der Fall, wo Art. 6 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 VO Nr. 659/1999 bestimmt, dass dem Adressaten – also dem Mitgliedstaat – und anderen Beteiligten, wie dem Beihilfenempfänger, Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens zu geben ist.[654] Soweit die Kommission in diesem Verfahrensabschnitt bereits etwaige Auflagen und Bedingungen anvisiert, kann sich der Mitgliedstaat auch zu diesen äußern. Gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 3 VO Nr. 659/1999 bezieht sich das Äußerungsrecht des Mitgliedstaates darüber hinaus auf sämtliche der Kommission zugeleiteten Stellungnahmen von Beteiligten und Dritten. Soweit diese bereits Vorschläge zu Nebenbestimmungen enthalten, gilt das Äußerungsrecht wiederum auch diesbezüglich.[655] Eine weitere Anhörung zu einem späteren Zeitpunkt sieht die Verordnung Nr. 659/1999 jedoch nicht vor. Es bleibt daher zunächst offen, wie im Falle der späteren Beifügung einer Nebenbestimmung vorzugehen ist.

Die REACh-Verordnung beschränkt sich darauf, eine Anhörungsverpflichtung im Stadium der Stellungnahme durch die Europäische Chemikalienagentur vorzusehen. So bestimmt Art. 64 Abs. 5 Unterabs. 1 REACh-VO, dass sich der Antragsteller nach der Übermittlung des Entwurfs der Stellungnahme hierzu äußern kann. Gemäß Unterabsatz 3 hat er seine schriftlichen Ausführungen innerhalb von zwei Monaten nach Erhalt des Entwurfs der Stellungnahme an die Agentur zu übermitteln. Eine ähnliche Regelung findet sich in Art. 9 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 2 Arzneimittelagentur-VO, wonach der Antragsteller um Überprüfung des wissenschaftlichen Gutachtens des Ausschusses für Human- bzw. Tierarzneimittel ersuchen kann. Hierin ist eine spezielle Form des Anhörungsrechts zu sehen.[656] In beiden Fällen kann sich der Antragsteller auch zu Nebenbestimmungen äußern, sofern diese in den Stellungnahmen oder Gutachten der Agenturen bereits enthalten sind. Da die Kommission jedoch an Stellungnahmen und Gutachten der Agenturen nicht gebunden ist und mithin auch zulasten des Antragstellers davon abweichen kann, ist dieses Verfahrensrecht verhältnismäßig schwach.[657]

c. Fehlende sekundärrechtliche Anhörungspflichten

In einigen Bereichen des Sekundärrechts fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung der Anhörung, was aber nicht automatisch von einer Anhörungspflicht entbindet. So bleibt

---

[654] Weitere Anhörungsrechte zu bestimmten Entscheidungen finden sich in Art. 9, 17 Abs. 2 und 22 VO Nr. 659/1999.

[655] So auch *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilferecht, S. 97.

[656] Vgl. *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 283.

[657] Vgl. dazu ausführlich *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 284.

beispielsweise in Art. 18 FKVO unerwähnt, dass auch im Falle einer gemäß Art. 6 Abs. 2 FKVO im Vorverfahren erlassenen Genehmigung unter Bedingungen und Auflagen eine Anhörung zu erfolgen hat. Die heute ganz herrschende Meinung in der Literatur[658] sowie das Gericht der Union[659] bejahen dies dennoch. Diese Ansicht überzeugt im Hinblick auf die oben erwähnte Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach der Anspruch auf rechtliches Gehör einen fundamentalen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts bildet. Dies gilt umso mehr, als der Abschluss eines Fusionskontrollverfahrens im Vorverfahren den absoluten Regelfall darstellt.[660] Darüber hinaus wird diese Auslegung der Regelung in Art. 18 Abs. 3 S. 2 FKVO gerecht, die das Recht der Betroffenen auf Verteidigung während des Verfahrens in vollem Umfang gewährleistet. Gleiches gilt für die Anhörungsrechte Dritter aus Art. 18 Abs. 4 FKVO, die nach der herrschenden Ansicht in der Literatur bereits im Vorprüfungsverfahren bestehen.[661]

Auf dem Rechtsgebiet der direkten Finanzhilfen ist ebenfalls kein ausdrückliches Anhörungsrecht vorgesehen. Dies gilt sowohl für Beihilfen zugunsten von natürlichen und juristischen Personen als auch für Finanzhilfen zugunsten überschuldeter Euro-Staaten. Eine Anhörung kann allerdings im zweiten Fall unter Umständen in der Praxis entbehrlich sein, da entsprechend dem Verfahren nach Art. 3 EFSM-VO die wirtschaftspolitischen Bedingungen in einem komplexen Prozess festgelegt werden, an dem der Mitgliedstaat umfassend beteiligt wird. Im Laufe des Verfahrens sollte er daher in aller Regel bereits Gelegenheit gehabt haben, sich zu den anvisierten wirtschaftspolitischen Bedingungen umfassend zu äußern.

Schließlich enthalten auch die Novel-Food-Verordnung und die Gen-Nahrungsmittel-Verordnung keinen Hinweis auf etwaige Anhörungspflichten.

2. Die Anwendung des allgemeinen Anspruchs auf rechtliches Gehör auf Nebenbestimmungen

Nach alledem steht fest, dass die speziellen Vorschriften des Sekundärrechts für die Frage der Anhörung zu Nebenbestimmungen nur sehr begrenzt weiterhelfen. Meist sehen die Verfahrensverordnungen zwar ein Anhörungsrecht vor, dieses betrifft aber nicht den Fall des Erlasses einer begünstigenden Entscheidung mit einer Nebenbestimmung. In diesen Fällen stellt sich die Frage nach der Geltung des allgemeinen Anspruchs auf rechtliches Gehör. Da es sich bei den sekundärrechtlichen Anhörungsvorschriften um spezielle Ausprägungen des

---

658 Vgl. *Ablasser-Neuhuber* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, FKVO, Art. 18 Rn. 9; *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 18 Rn. 4; *Heidenreich*, Anhörungsrechte im EG-Kartell- und Fusionskontrollverfahren, S. 154 f; a.A. Harmjanz, Auflagen und Bedingungen, S. 95.

659 Zu Art. 6 Abs. 1 FKVO vgl. EuG, Rs. T-87/96, *Assicurazioni Generali*, Slg. 1999, II-203 Rn. 88; EuG, Rs. T-251/00, *Lagardère und Canal+*, Slg. 2002, I-4825 Rn. 93 ff.

660 *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 3 sprechen von 96 % aller Fälle.

661 *Ablasser-Neuhuber* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, FKVO, Art. 18 Rn.11; *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 18 Rn. 7; *Ohlhoff* in: Münchener Kommentar zum europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1, FKVO, Art. 18 Rn. 33.

Anspruchs auf rechtliches Gehör handelt,[662] kann in der Regel auf diesen außerhalb ihres Anwendungsbereichs zurückgegriffen werden.

a. Belastende Wirkung der Nebenbestimmung

Eine Anhörung zu Nebenbestimmungen muss immer dann erfolgen, wenn die Voraussetzungen des allgemeinen Anspruchs auf rechtliches Gehör erfüllt sind. Der Gerichtshof stellt für die Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes regelmäßig auf eine Belastung oder eine Beeinträchtigung des Adressaten ab.[663] Dazu führt der Gerichtshof aus, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör in allen Verfahren zu beachten ist, die zu einer den Betroffenen beschwerenden Maßnahme führen können, auch dann, wenn eine Regelung für das betreffende Verfahren fehlt.[664] Besonders deutlich geht dies aus der Formulierung in der Rechtssache *Windpark Groothusen*[665] hervor, wo es heißt:

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist die Gewährung rechtlichen Gehörs (…) nur dann erforderlich, wenn die Kommission beabsichtigt, eine Sanktion zu verhängen oder eine Maßnahme zu treffen, die die Rechtsstellung der Betroffenen beeinträchtigen kann.“[666]

Der Einzelne erhält auf diese Weise die Möglichkeit, sich zu äußern bevor eine Entscheidung ergeht, die für ihn von Nachteil wäre, wobei auch die Verweigerung einer Begünstigung als Nachteil anzusehen ist.[667] Auch Art. 41 Abs. 2 lit. a) GRCh sieht die Anhörung immer dann vor, wenn eine für den Betroffenen „nachteilige“ Maßnahme ergehen soll.

Es stellt sich mithin die Frage, ob das Beifügen einer belastenden Nebenbestimmung zu einem begünstigenden Beschluss diesen Anforderungen entspricht. Dabei ist entscheidend, ob man die gesamte Verwaltungsmaßnahme betrachtet und auf deren begünstigenden oder belastenden Gesamtcharakter abstellt, oder davon ausgeht, dass jede Nebenbestimmung Belastung genug zur Folge hat, so dass alleine ihre Existenz die Anhörungspflicht auslöst. Der Gerichtshof hat sich dazu in der Rechtssache *Transocean Marine Paint*[668] geäußert. Gegenstand des Verfahrens war eine unter Auflagen ergangene Freistellungsentscheidung nach der Verordnung Nr. 17. Die Klägerin wandte sich gegen die Auflage, wobei sie sich unter anderem auf die fehlende Anhörung diesbezüglich stützte. Die Kommission trug dagegen vor, die sekundärrechtlich geregelte Anhörungspflicht beziehe sich nicht auf etwaige Auflagen. Der Gerichtshof trat diesem Argument entgegen und führte aus, dass eine

---

662 So für das Kartellaufsichtsrecht EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint*, Slg. 1974, 1063 Rn. 15.

663 So z.B. in EuGH, Rs. C-32/95, *Lisrestal*, Slg. 1996, I-5373 Rn. 21.

664 EuGH, Rs. C-32/95, *Lisrestal*, Slg. 1996, I-5373 Rn. 21; EuGH, Rs. C-135/92, *Fiskano/Kommission*, Slg. 1994, I-2885 Rn. 39; EuGH, verb. Rs. C-48/90 und C-66/90, *Niederlande u. a./Kommission*, Slg. 1992, I-565 Rn. 44.

665 EuGH, Rs. C-48/69 P, *Windpark Groothusen*, Slg. 1998, I-2873.

666 EuGH, Rs. C-48/69 P, *Windpark Groothusen*, Slg. 1998, I-2873 Rn. 47.

667 EuGH, Rs. C-269/90, *TU München*, Slg. 1991, I-5469 Rn. 14 und 23 ff.; *Scheuing* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 6 Rn. 47.

668 EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint*, Slg. 1974, 1063.

Anhörung immer dann stattzufinden habe, wenn die Interessen des Adressaten durch eine Entscheidung „spürbar berührt“ würden. Dies gelte auch für Bedingungen, von denen die Kommission eine Freistellungserklärung abhängig mache und zwar insbesondere dann, „wenn es sich um Bedingungen handelt, die (…) nicht unerhebliche Belastungen mit sich bringen und von beträchtlicher Tragweite sind“.[669]

Der an dieser Stelle des Urteils auftretende Begriff der Bedingung ist nicht im eigentlichen Sinne zu verstehen. Der Gerichtshof spricht an zahlreichen anderen Stellen des Urteils von Auflagen.[670] Daher liegt die Annahme nahe, dass der Begriff der Bedingung hier als Oberbegriff verwendet werden sollte und sich auf alle Nebenbestimmungen gleichermaßen bezieht. Allerdings kann aus der Formulierung nicht abgeleitet werden, dass jede Nebenbestimmung eine Anhörungspflicht auslöst. Vielmehr macht die Entscheidung zweierlei deutlich: Zum einen stellt sie klar, dass grundsätzlich auch eine mit einer Nebenbestimmung versehene Begünstigung zu einer Belastung des Adressaten führen und daher die Anhörungspflicht auslösen kann. Gleichzeitig stellt der Gerichtshof aber gewisse Voraussetzungen hierfür auf, so dass nicht jede Nebenbestimmung eine Anhörungspflicht auslöst. Damit stellt der Gerichtshof auf die Erheblichkeit der belastenden Wirkung der Nebenbestimmung im konkreten Fall ab, wobei diese in der Regel zu bejahen sein dürfte.

b. Keine erhebliche Belastung bei Ausräumen eines Versagungsgrundes

Sofern die Nebenbestimmung aber dazu dient, bislang bestehende Versagungsgründe auszuräumen und damit den Erlass des begünstigenden Beschlusses erst ermöglicht, liegt eine Belastung des Adressaten ferner, als in anderen Fällen. Insofern scheint es naheliegend, die Frage zu stellen, ob in diesem Fall eine nicht unerhebliche Belastung vorliegen kann, wie sie der Gerichtshof fordert.

An dieser Stelle muss wieder auf die bereits bei der Frage nach dem Gesetzesvorbehalt[671] diskutierten Überlegungen zu den alternativen Maßnahmen zurückgegriffen werden. Das Erlassorgan hat hier die Wahl zwischen einer Negativentscheidung und einer Positiventscheidung unter einer Nebenbestimmung. Eine Genehmigung ohne Nebenbestimmung wäre dagegen von vornherein rechtswidrig. Hieraus folgt, dass die mit einer Nebenbestimmung versehene Begünstigung für den Adressaten „das kleinste Übel“ bzw. im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes „das mildeste Mittel“ darstellt. Auch wenn diese nicht frei von jeglicher Belastung ist, so überwiegen dennoch die für den Adressaten positiven Elemente. Aus diesen Erwägungen folgt, dass die durch die Nebenbestimmung eintretende Belastung gegenüber der erteilten Begünstigung in den Hintergrund tritt, sofern sie den Erlass eines rechtmäßigen Beschlusses erst möglich macht. Sie ist daher nicht als erheblich belastend einzustufen. Damit darf eine Nebenbestimmung auch ohne Anhörung erlassen werden, soweit sie zur Erfüllung der

[669] EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint*, Slg. 1974, 1063 Rn. 15.

[670] Rn. 1-10, 14, 17, 19, 20.

[671] Vgl. dazu Teil 4 § 2 C II 2, S. 89.

Tatbestandsvoraussetzungen dient.[672] Dies ist beispielsweise beim Erlass von Nebenbestimmungen nach Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 659/1999 der Fall, die die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt erst herbeiführen.

c. Sonderfall: Mitgliedstaat und Beihilfenempfänger im Beihilfenaufsichtsrecht

Etwas komplexer gestaltet sich die Situation im Beihilfenaufsichtsrecht, wenn die Kommission eine Nebenbestimmung erlässt, die nicht zur Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen dient und dies vor der Anhörung nach Art. 6 Abs. 1 und 2 VO Nr. 659/1999 nicht angedeutet hat.[673] Denn ein gesondertes Anhörungsrecht in Bezug auf eine Nebenbestimmung nach Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 659/1999 sieht die Verordnung nicht vor.[674] Ob auf das Anhörungsrecht des Art. 41 Abs. 2 lit. a) GRCh zugunsten der Mitgliedstaaten zurückgegriffen werden kann, erscheint zunächst fraglich, da die Mitgliedstaaten gemäß Art. 51 GRCh grundsätzlich Grundrechtsverpflichtete und nicht Grundrechtsträger sind.[675] Gegen die Annahme, dass Mitgliedstaaten auch Grundrechtsträger sein können, spricht zudem der Titel des Kapitels V („Bürgerrechte“).[676] Dennoch ist im Ergebnis die Anwendbarkeit des Rechts auf eine gute Verwaltung zugunsten jeder natürlichen und juristischen Person zu bejahen.[677] Dies überzeugt insbesondere mit Hinblick auf die unmittelbare Ableitung des Rechts auf eine gute Verwaltung aus dem Rechtsstaatsprinzip.[678] Zudem wird in Bezug auf Verfahrensgrundrechte auch im Übrigen eine Grundrechtsfähigkeit der Mitgliedstaaten überwiegend bejaht.[679] Es stellt sich dann aber die Frage nach der „nicht unerheblichen Belastung“ des Mitgliedstaates.

Auf den ersten Blick erscheint es schwer vorstellbar, inwiefern der Mitgliedstaat als Adressat der Genehmigung durch den Erlass einer Nebenbestimmung belastet sein soll, da er ja nicht Empfänger der in Frage stehenden Beihilfe ist, sondern diese gewährt. Die Literatur verweist zur Begründung der belastenden Wirkung für den Mitgliedstaat auf einen Eingriff in die mitgliedstaatliche Wirtschaftspolitik, der im Abweichen vom ursprünglichen Antrag zu sehen sein könnte.[680] Gleichwohl kommt *Becker* zu dem Ergebnis, eine die Anhörungspflicht

---

672 So zu § 36 VwVfG *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 25.

673 Vgl. *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 97.

674 *Ehricke*, EWS 2006, 241, 243.

675 *Hatje* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 51 GRCh Rn. 8; *Lienbacher* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 5 AEUV Rn. 5 m.w.N; *Magiera* in: Meyer, Charta der Grundrechte, Art. 41 Rn. 9; *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 41 GRCh Rn. 9; a.A. *Bauer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung, S. 142.

676 *Hatje* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 51 GRCh Rn. 7; *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 41 GRCh Rn. 6; *Bauer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 141; *Streinz* in: ders. EUV/AEUV, Art. 41 GRCh Rn. 13.

677 *Magiera* in: Meyer, Charta der Grundrechte, Art. 41 Rn. 8; *Streinz* in: ders. EUV/AEUV, Art. 41 GRCh Rn. 13; a.A. *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 41 GRCh Rn. 6; *Bauer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung, S. 141.

678 *Magiera* in: Meyer, Charta der Grundrechte, Art. 41 Rn. 8.

679 Vgl. *Classen*, Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union, S. 68 m.w.N.

680 *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 98 m.w.N.

begründende Belastung des Mitgliedstaates sei nicht gegeben. Er verweist insofern insbesondere darauf, dass die Beteiligung des Mitgliedstaates eher die Erschließung einer Informationsquelle zum Ziel hat, als dessen rechtsstaatliche Einbeziehung in das Verfahren und dass die in der Beihilfenverfahrensverordnung vorgesehenen Anhörungsrechte für diesen Zweck ausreichend seien.[681] Dies scheint in Anbetracht der Tatsache, dass der Mitgliedstaat – wenn überhaupt – einen Eingriff in seine Wirtschaftskompetenz erleidet, folgerichtig. Diesem Kompetenzverlust hat er durch den Beitritt zur Union zugestimmt. Ein Anspruch des Mitgliedstaates auf rechtliches Gehör kann jedoch im Einzelfall aus dem Gebot der loyalen Zusammenarbeit gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV folgen. Nach dieser Vorschrift unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben.

Auch eine über Art. 6 Abs. 1 VO Nr. 659/1999 hinausgehende Anhörung des Beihilfenempfängers kommt nur unter der Voraussetzung in Betracht, dass er durch das Beifügen einer Nebenbestimmung nicht unerheblich beschwert ist. Obschon der Beihilfenempfänger nicht Adressat der Maßnahme ist, kann die Nebenbestimmung in der Genehmigung durchaus in seine Rechte eingreifen.[682] Dies ist der Fall, sofern die Nebenbestimmung vom Mitgliedstaat an den Beihilfeempfänger direkt weiterzugeben ist, beispielsweise bei Überwachungsregeln, die sich unmittelbar auf den Empfänger beziehen.[683] In diesen Fällen kann der Mitgliedstaat eine Beihilfe nur unter der von der Kommission vorgegebenen Nebenbestimmung gewähren. Dementsprechend kann der Beihilfenempfänger durch eine Anhörung im staatlichen Verfahren zu einem späteren Zeitpunkt keinen Einfluss auf die Entscheidung mehr nehmen.[684] Sein Anhörungsrecht aus nationalem Recht ist diesbezüglich wertlos. Es erscheint damit unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten angebracht, die allgemeinen Regeln auch für den Beihilfeempfänger anzuwenden, damit diesem eine Anhörung gewährt wird, die eine reale Einflussmöglichkeit mit sich bringt.

B. Akteneinsicht

I. Herleitung und Umfang des allgemeinen Rechts auf Akteneinsicht

Der Anspruch auf Akteneinsicht ist eng mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör verknüpft. Er hat aber zunächst keinen Eingang in die Europäischen Verträge gefunden, sondern wurde von der Rechtsprechung anhand des bestehenden Sekundärrechts, insbesondere des Wettbewerbsrechts, entwickelt.[685] Zweck der Akteneinsicht in Wettbewerbssachen ist nach

---

[681] *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 98 f.; vgl. auch *Sinnaeve* in: Heidenhain, European State Aid Law, § 31 Rn. 52.

[682] *Sinnaeve* in: Heidenhain, European State Aid Law, § 31 Rn. 52 lehnt ein Anhörungserfordernis hingegen generell ab.

[683] *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 101 f.

[684] *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 101 f.

[685] Zu den Regelungen des Sekundärrechts vgl. Teil 4 § 3 B II, S. 100; zur Akteneinsicht im EWG-Kartellverfahren ausführlich *Hix*, Das Recht auf Akteneinsicht im europäischen Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 43 ff.

ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs insbesondere „es den Adressaten einer Mitteilung der Beschwerdepunkte zu ermöglichen, von den in den Akten der Kommission enthaltenen Beweismitteln Kenntnis zu nehmen, damit sie auf deren Grundlage zu den Schlussfolgerungen, zu denen die Kommission in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte gelangt ist, Stellung nehmen können“.[686] Damit ermöglicht die Akteneinsicht die sinnvolle Ausübung des Anhörungsrechts und stellt dessen notwendiges Korrelat dar.[687] Dieser Bedeutung entsprechend haben die Unionsgerichte einen allgemeinen Rechtsgrundsatz auf Akteneinsicht anerkannt.[688] Der Gerichtshof führte dazu in der Rechtssache *Aalborg Portland*[689] aus:

„Als Ausfluss des Grundsatzes der Wahrung der Verteidigungsrechte bedeutet das Recht auf Akteneinsicht, dass die Kommission dem betroffenen Unternehmen die Möglichkeit geben muss, alle Schriftstücke in der Ermittlungsakte zu prüfen, die möglicherweise für seine Verteidigung erheblich sind. Zu ihnen gehören sowohl belastende als auch entlastende Schriftstücke mit Ausnahme von Geschäftsgeheimnissen anderer Unternehmen, internen Schriftstücken der Kommission und anderen vertraulichen Informationen.“[690]

Das Recht auf Akteneinsicht ist darüber hinaus in Art. 41 Abs. 2 lit. b) GRCh verankert, wonach zum Recht auf gute Verwaltung auch das Recht einer jeden Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten unter Wahrung des legitimen Interesses der Vertraulichkeit und des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses gehört.

Ist nach diesen Grundsätzen vom Bestehen eines Akteneinsichtsrechts auszugehen, steht die unterbliebene Übermittlung eines Schriftstücks dennoch nicht immer einer Verletzung der Verteidigungsrechte gleich. Eine solche bejaht der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung nur dann, wenn das Unternehmen dartun kann, dass sich die Kommission zur Untermauerung ihres Vorwurfs auf dieses Schriftstück gestützt hat und dass dieser Vorwurf nur durch Heranziehung des fraglichen Schriftstücks belegt werden konnte.[691] Die Verweigerung der

---

[686] EuGH, verb. Rs. C-238/99 P u.a., *Limburgse Vinyl Maatschappij u. a./Kommission*, Slg. 2002, I-8375 Rn. 315; EuGH, Rs. C-51/92 P, *Hercules Chemicals/Kommission*, Slg. 1999, I-4235 Rn. 75; EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Slg. 1979, 461 Rn. 9 und 11; EuGH, Rs. C-310/93 P, *BPB Industries und British Gypsum/Kommission*, Slg. 1995, I-865 Rn. 21; EuGH, Rs. C-185/95 P, *Baustahlgewebe/Kommission*, Slg. 1998, I-8417 Rn. 89.

[687] *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 434; *Heidenreich*, Anhörungsrechte im EG-Kartell- und Fusionskontrollverfahren, S. 56 m.w.N.; *Hix*, Das Recht auf Akteneinsicht im europäischen Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 32 f.; *Voet van Vormizeele* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 41 GRC Rn. 9.

[688] EuGH, Rs. 53/85, *Akzo Nobel*, Slg. 1986, 1965 Rn. 28; EuG, verb. Rs. T-25/95, *Cimenteries CB u.a./Kommission*, Slg. 2000, II-491 Rn. 144; EuG, Rs. T-175/95, *BASF Coatings/Kommission*, Slg. 1999, II-1581 Rn. 45; EuG, Rs. T-23/99, *LR AF 1998/Kommission*, Slg. 2002, II-1705 Rn. 170; EuG, verb. Rs. T-236/01 u.a., *Tokai Carbon u.a./Kommission*, Slg. 2004, II-1, 181 Rn. 38.

[689] EuGH, verb. Rs. C-204/00 P u.a., *Aalborg Portland A/S u.a./Kommission*, Slg. 2004, I-123.

[690] EuGH, verb. Rs. C-204/00 P u.a., *Aalborg Portland A/S u.a./Kommission*, Slg. 2004, I-123 Rn. 68.

[691] EuGH, Rs. 322/81, *Michelin/Kommission*, Slg. 1983, 3461 Rn. 7 bis 9; EuGH, Rs. 107/82, *AEG/Kommission*, Slg. 1983, 3151 Rn. 24 bis 30; EuGH, Rs. C-308/2004, *SGL Carbon AG/Kommission*, Slg. 2006, I-5977 Rn. 97.

Akteneinsicht hat damit zur Folge, dass die Entscheidung nicht auf die betroffenen Dokumente gestützt werden kann.[692]

II. Akteneinsicht und Nebenbestimmungen

Das Recht auf Akteneinsicht ist vom belastenden Charakter der Entscheidung nicht abhängig. Es besteht im Laufe des Verfahrens völlig abgekoppelt von der Entscheidung, die an dessen Ende getroffen wird. Damit gilt das Akteneinsichtsrecht auch beim Erlass von Nebenbestimmungen. Soweit die Akteneinsicht sekundärrechtlich geregelt ist,[693] finden diese Vorschriften auch beim Erlass von Nebenbestimmungen Anwendung. Ansonsten ist auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz bzw. auf Art. 41 Abs. 2 lit. b) GRCh zurückzugreifen.

Voraussetzung eines Anspruchs auf Akteneinsicht ist jedoch stets ein „Betroffensein", das nicht nur beim späteren Adressaten der Entscheidung, sondern auch bei Dritten vorliegen kann. Im Fusionskontrollverfahren besteht nach der herrschenden Literaturmeinung im Normalfall aber kein Recht auf Akteneinsicht zugunsten Dritter.[694] Auch das Akteneinsichtsrecht des Beihilfenempfängers hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Technische Glaswerke Ilmenau*[695] verneint. Er führte dazu aus, dass auf der Basis der Beihilfenverfahrensverordnung eine allgemeine Vermutung dafür bestehe, dass die Gewährung von Akteneinsicht das System der Kontrolle staatlicher Beihilfen gefährde.[696]

C. Begründung

I. Herleitung und Umfang der allgemeinen Begründungspflicht

Die Pflicht der Verwaltung, Rechtsakte mit einer Begründung zu versehen, stellt ebenfalls einen vom Gerichtshof der Union entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsatz dar,[697] ist jedoch auch im geschriebenen Primärrecht ausdrücklich vorgesehen. Die in Art. 296 Abs. 2 AEUV

---

692 *Hix*, Das Recht auf Akteneinsicht im europäischen Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 121 ff.; *Streinz* in: ders., EUV/AEUV, Art. 41 GR-Charta Rn. 10.

693 Vgl. Art. 18 Abs. 3 S. 3 FKVO; Art. 17 VO (EG) 802/2004 (DVO); Art. 27 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 1/2003 (VO Nr. 1/2003); Art. 15 VO (EG) 773/2004 (Durchführungsverordnung VO Nr. 1/2003); *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 429 m.w.N.

694 *Ablasser-Neuhuber* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, FKVO, Art. 18 Rn. 22; *Langeheine/Dittert* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 18 Rn. 19; *Ohlhoff* in: Münchener Kommentar zum europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1, FKVO, Art. 18 Rn. 43 f.; a.A. *Heidenreich*, Anhörungsrechte im EG-Kartell- und Fusionskontrollverfahren, S. 192 ff.

695 EuGH, Rs. C-139/07 P, *Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau*, Slg. 2010, I-5885.

696 EuGH, Rs. C-139/07 P, *Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau*, Slg. 2010, I-5885 Rn. 55 ff.

697 EuGH, verb. Rs. 43/59, 45/59 und 48/59, *Lachmüller*, Slg. 1960, 967, 989 f.; EuGH, Rs. 222/86, *Heylens*, Slg. 1987, 4097 Rn. 15 f.; EuGH, Rs. C-269/90, *TU München*, Slg. 1991, I-5469 Rn. 14; EuG, Rs. T-183/97R, *Michelin*, Slg. 1997, II-123 Rn. 68 ff.; vgl. dazu auch *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, S. 42 ff.

normierte Begründungspflicht betrifft die Gesamtheit der Rechtsakte der Union,[698] während sich Art. 41 Abs. 2 lit. c) GRCh speziell auf Verwaltungsentscheidungen bezieht. In der neueren Rechtsprechung befand der Gerichtshof im Hinblick auf die Bedeutung der Begründungspflicht, dass diese einen „Gesichtspunkt zwingenden Rechts" darstelle und daher von den Unionsgerichten auch ohne Rüge von Amts wegen zu prüfen sei.[699]

Die Begründungspflicht soll dabei nach ständiger Rechtsprechung einen doppelten Zweck erfüllen: sie soll einerseits den Schutz des Betroffenen im Verwaltungsverfahren sicherstellen und es ihm ermöglichen, seine Rechte wahrzunehmen, und andererseits den Europäischen Gerichtshof in die Lage versetzen, die gerichtliche Nachprüfung der Rechtsakte in vollem Umfang durchzuführen.[700] Die Begründung muss daher insbesondere die wichtigsten tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen erkennen lassen, die das Organ seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat und die für das Verständnis der Urteilsbildung erforderlich sind.[701]

Eine generelle Beschränkung der Begründungspflicht auf belastende Maßnahmen – wie dies im Falle der Anhörung der Fall ist – formulieren die Normierungen und die Rechtsprechung im Hinblick auf die Funktionen der Begründungspflicht folgerichtig nicht.[702] Auch eine für den Adressaten begünstigende Maßnahme muss auf ihre Rechtmäßigkeit hin geprüft werden können, wenn sich zum Beispiel ein Dritter gegen sie wendet, oder wenn ein Mitgliedstaat von seinem privilegierten Klagerecht nach Art. 263 AEUV Gebrauch macht.[703]

Die Nichteinhaltung der Begründungspflicht stellt grundsätzlich einen wesentlichen Verfahrensmangel dar und führt damit zur Aufhebbarkeit des Rechtsaktes.[704] Eine nachträgliche Heilung wurde vom Gerichtshof einerseits mit dem Argument, erst die Begründung ermögliche dem Gerichtshof die Prüfung der Rechtmäßigkeit, abgelehnt.[705] Andererseits gab es zumindest vereinzelte Urteile, die an der Konsequenz dieses eigentlich

---

698 *Kotzur* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 2.

699 EuGH, Rs. C-89/08 P, *Kommission/Irland*, Slg. 2009, I-11245 Rn. 34 m.w.N.

700 EuGH, Rs. 18/57, *Nold*, Slg. 1958-59, 91, 114; EuGH, Rs. 24/62, *Deutschland/Kommission*, Slg. 1963, 143, 155; EuGH, verb. Rs. 33 und 75/79, *Kuhner*, Slg. 1980, 1677 Rn. 15; EuGH, Rs. 41/83, *British Telecom*, Slg. 1975, 873 Rn. 46; *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, S. 19 ff.; *Schoo* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 296 AEUV Rn. 9 m.w.N; *Kotzur* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 2.

701 EuGH, Rs. 14/61, *Hogoovens*, Slg. 1962, 513, 552; EuGH, Rs. 24/62, *Deutschland/Kommission*, Slg. 1963, 143, 155.

702 *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, S. 71 f.; eine solche Beschränkung befindet sich aber in Art. 25 Abs. 1 S. 2 Beamtenstatut.

703 So zum EGV *Classen*, Gute Verwaltung in der Europäischen Union, S. 330.

704 EuGH, Rs. 73/74, *Groupement des Fabricants des Papiers Peints de Belgique/Kommission*, Slg. 1975, 1491 Rn. 30/31; *Schoo* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 296 AEUV Rn. 17 m.w.N.; *Magiera* in: Meyer, Charta der Grundrechte, Art. 41 Rn. 15; *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, S. 112 ff.

705 EuGH, Rs. 195/80, *Michel*, Slg. 1981, 2861 Rn. 22.

klaren Verdikts zweifeln lassen, so dass eine Einheitlichkeit der Rechtsprechung derzeit nicht besteht.[706]

II. Die Begründung von Nebenbestimmungen

Sekundärrechtliche Vorschriften, die speziell die Begründung von Nebenbestimmungen regeln, existieren nicht. Das Sekundärrecht enthält allerdings einige Regelungen zu allgemeinen Begründungspflichten,[707] aus denen folgt, dass die Gesamtentscheidung zu begründen ist. Inwiefern dies auf die Nebenbestimmung zutrifft, bleibt dagegen offen.

Mangels einschlägiger sekundärrechtlicher Regelungen ist bei der Frage nach der Pflicht der Verwaltung zur Begründung von Nebenbestimmungen auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen. Da jeder Rechtsakt – unabhängig von seiner belastenden Wirkung[708] – dem Begründungserfordernis unterfällt, ist auch die Nebenbestimmung als Teil eines Beschlusses zu begründen. Grundsätzlich unterliegen Beschlüsse strengeren Begründungsanforderungen als andere Rechtsakte, da sie eine Darlegung der für den Einzelfall relevanten Erwägungen erfordern.[709] Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs müssen sie alle Tatsachen angeben, von denen die Rechtmäßigkeit des Beschlusses abhängt und jene Erwägungen anführen, die zu ihrem Erlass geführt haben.[710] Gleiches gilt auch für Nebenbestimmungen. Andererseits ist es nicht erforderlich, auf alle im Verwaltungsverfahren gemachten Sach- und Rechtsausführungen der Beteiligten einzugehen. Die genaue Reichweite der Begründungspflicht orientiert sich an den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls. Dabei existieren allerdings einige generelle Kriterien, die sich auch auf die Begründung einer Nebenbestimmung auswirken.

Zunächst ist davon auszugehen, dass der Begründungsaufwand höher ist, wenn das Erlassorgan von seiner bisherigen Entscheidungspraxis abweicht bzw. eine solche noch nicht existiert.[711] Während also die Entscheidung, die eine ständige Entscheidungspraxis fortsetzt, summarisch, insbesondere unter Bezugnahme auf diese Praxis begründet werden kann, muss das Erlassorgan seinen Gedankengang ausdrücklich darlegen, wenn seine Entscheidung erheblich über frühere Entscheidungen hinausgeht.[712] Darüber hinaus ist auch an dieser Stelle zwischen Ermessensentscheidungen und gebundenen Entscheidungen zu differenzieren. Grundsätzlich sind Ermessenserwägungen ausführlicher zu begründen, um die Entscheidung

---

[706] Dazu ausführlich *Classen*, Gute Verwaltung in der Europäischen Union, S. 331 f.; *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, S. 116 ff.

[707] Vgl. Art. 130 REACh-VO, Art. 81 Abs. 1 Arzneimittelagentur-VO, Art. 6 Abs. 1 S. 1 VO Nr. 659/1999.

[708] *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, S. 71 f.

[709] *Gellermann* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 11; *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, S. 89 ff.

[710] EuGH, Rs. 41/69, *Chemiefarma/Kommission*, Slg. 1970, 661 Rn. 76/78.

[711] *Gellermann* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 12; *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, S. 94 ff.

[712] EuGH, Rs. C-228/99, *Silos*, Slg. 2001, I-8401 Rn. 28; EuGH, Rs. C-350/88, *Delacre u. a./Kommission*, Slg. 1990, I-395 Rn. 15.

für den Adressaten nachvollziehbar zu machen und die Prüfung der Rechtmäßigkeit durch die Gerichte zu ermöglichen. Für die Prüfung der fehlerfreien Ermessensausübung sind die zugrunde liegenden Erwägungen entscheidend.[713] Je größer daher der Ermessensspielraum, desto detaillierter muss die Begründung ausfallen.[714]

Die Anforderungen an die Begründung sind dagegen geringer, wenn der Adressat in den Entstehungsprozess des Beschlusses inklusive Nebenbestimmung mit einbezogen war.[715] Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn er zur Nebenbestimmung gesondert angehört wurde oder infolge der Mitwirkung in einem wettbewerbsrechtlichen oder beihilferechtlichen Vorverfahren bereits über Kenntnisse in der Sache verfügt.[716] Gleiches muss erst recht gelten, wenn er an der Entstehung der Nebenbestimmung aktiv beteiligt war, wie dies zum Beispiel bei Verpflichtungszusagen in der Fusionskontrolle der Fall ist. Die Gründe für den Erlass der Nebenbestimmung sind dem Adressaten in diesen Fällen zum einen bekannt und wurden zum anderen für das Gericht bereits vor Erlass des Beschlusses ausreichend dokumentiert.

Wird die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen erst durch die Nebenbestimmungen herbeigeführt, so ist dies ebenfalls zu erläutern. Andernfalls kann der Adressat des Beschlusses nicht nachvollziehen, ob die Nebenbestimmung tatsächlich erforderlich war, um den Erlass der Genehmigung zu ermöglichen. Darüber hinaus könnte keine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme durch die Gerichte erfolgen. Denn für Fragen des Gesetzesvorbehalts, der Anhörung und der Verhältnismäßigkeit, ist es – wie im Laufe dieser Arbeit festgestellt wurde – von erheblicher Relevanz, welche Funktion die Nebenbestimmung erfüllt. Daraus folgt, dass die Kommission genau darlegen muss, warum die Voraussetzungen ohne die Nebenbestimmung nicht vorgelegen hätten und warum sie dank der Nebenbestimmung nun erfüllt sind.[717]

§ 4 MATERIELLE RECHTMÄSSIGKEIT

Die materiellen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit einer Nebenbestimmung lassen sich unterteilen in solche, die durch eine etwaige Ermächtigungsgrundlage bzw. durch deren Nichtbestehen vorgegeben sind und andere, die unabhängig hiervon Berücksichtigung finden müssen.

---

[713] EuGH, Rs. C-269/90, *TU München*, Slg. 1991, I-5469 Rn. 13 f.; *Calliess* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 7; *Classen*, Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union, S. 328.

[714] *Calliess* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 7 m.w.N.; *Classen*, Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union, S. 328; *Gellermann* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 14; *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, S. 99 ff.

[715] EuGH, Rs. C-304/01, *Spanien/Kommission*, Slg. 2004, I-7655 Rn. 50; EuGH, Rs. C-340/98, *Italien/Rat*, Slg. 2002, I-2263 Rn. 60 ff.; *Calliess* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 7 m.w.N.; *Gellermann* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 13.

[716] EuGH, Rs. C-75/97, *Belgien/Kommission*, Slg. 1999, I-3671 Rn. 83; EuG, Rs. T-46/92, *Scottish Football Association*, Slg. 1994, II-1039 Rn. 53; *Classen*, Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union, S. 327 f.

[717] Vgl. ausführlich zum Beihilfenrecht: *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 108.

A. Vom Bestehen einer Ermächtigungsgrundlage abhängige Voraussetzungen

Besteht eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer Nebenbestimmung, so müssen selbstverständlich zunächst die durch diese aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sein. Insofern kann an dieser Stelle exemplarisch auf die genannten Ermächtigungsgrundlagen über Nebenbestimmungen aus dem Sekundärrecht verwiesen werden.[718] Fehlt es hingegen an einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage, kann hieraus ebenfalls eine materielle Voraussetzung an die Nebenbestimmung folgen. Dies ist der Fall, wenn es sich um eine gebundene Entscheidung handelt. Wie gesehen[719], erlauben das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und der Gesetzesvorbehalt in dieser Situation lediglich den Erlass einer Nebenbestimmung, die dazu dient, die Tatbestandsvoraussetzungen der Genehmigung herbeizuführen. Es ist daher in zwei Schritten zu prüfen, ob die Genehmigung ohne die Nebenbestimmung zu versagen war und ob sie infolge der Nebenbestimmung zu erteilen ist.

Schließlich kann sich außerdem die Situation ergeben, dass zwar eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Nebenbestimmungen im betreffenden Rechtsbereich besteht, diese jedoch nur bestimmte Formen von Nebenbestimmungen vorsieht. Dann stellt sich die Frage, ob die jeweilige Ermächtigungsgrundlage abschließend ist, oder auch andere Formen von Nebenbestimmungen zulässig sein können. Dies kann nicht pauschal beantwortet werden, sondern setzt eine Auslegung der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage voraus, bei der insbesondere Sinn und Zweck sowie der Wille des Verordnungsgebers eine wichtige Rolle spielen.[720] Werden zum Beispiel nur Auflagen[721] oder nur Bedingungen[722] in der Ermächtigungsgrundlage genannt, stellt dies in der Regel keine abschließende Regelung dar, die die jeweils andere Form der Nebenbestimmung ausschließt. Ein solcher Wille wird der Regelung gemeinhin aufgrund des noch immer häufig inkohärenten Sprachgebrauchs nicht zu entnehmen sein.[723] Ebenso ist nicht davon auszugehen, dass Widerrufs- und Auflagenvorbehalt überall dort ausgeschlossen sein sollen, wo sie nicht ausdrücklich erwähnt werden. Vorbehalte spielen in den sekundärrechtlichen Regelungen so gut wie keine Rolle, da sich die Normierungen in aller Regel auf Bedingungen und Auflagen beschränken. Infolge der Lückenhaftigkeit des Sekundärrechts kann ein abschließender Charakter nur angenommen werden, wenn dieser vom Gesetzgeber zweifellos gewollt war.

---

[718] Vgl. dazu Teil 3 § 2, S. 43.

[719] Teil 4 § 1 und 2, S. 74 ff. und 79 ff.

[720] Vgl. *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 89, der zu dem Schluss gelangt, Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 659/1999 sei nicht abschließend.

[721] Vgl. nur Art. 60 Abs. 8 REACh-VO.

[722] Vgl. nur Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 lit. b) EFSM-VO.

[723] Vgl. dazu Teil 3 § 2, S. 43.

B. Allgemeingültige Voraussetzungen

I. Anforderungen an die Hauptregelung

1. Rechtmäßigkeit der Hauptregelung

Zunächst kann eine Nebenbestimmung überhaupt nur rechtmäßig ergehen, sofern sie einer rechtmäßigen Hauptregelung beigefügt wird. Ist die Hauptregelung an sich schon rechtswidrig, erübrigt sich eine isolierte Prüfung der Nebenbestimmung, da die Rechtswidrigkeit auf diese durchschlägt.[724] Dies leuchtet im Falle der unselbstständigen Nebenbestimmungen unmittelbar ein, da diese integrierende Teile der Hauptregelung darstellen. Aber auch selbstständige Nebenbestimmungen können aufgrund ihrer strengen Akzessorietät ohne eine rechtmäßige Hauptregelung selbst nicht rechtmäßig ergehen.[725] Dabei kann im Unionsrecht nichts anderes gelten als im deutschen Verwaltungsrecht, da sich Nebenbestimmungen auch dort durch ihren akzessorischen Charakter auszeichnen.

2. Keine nebenbestimmungsfeindliche Hauptregelung

Im deutschen Verwaltungsrecht werden bestimmte Verwaltungsakte als nebenbestimmungsfeindlich angesehen. Die Nebenbestimmungsfeindlichkeit kann sich dabei insbesondere aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und aus der Natur der Verwaltungsakte selbst ergeben.[726] Darunter fallen insbesondere rechtsgestaltende und statusbegründende bzw. statusändernde Verwaltungsakte,[727] wobei diese in erster Linie als bedingungsfeindlich angesehen werden.[728] Der Grund für die Bedingungsfeindlichkeit liegt darin begründet, dass der Adressat seinen Status zu jeder Zeit bestimmen können muss. Der durch eine Bedingung herbeigeführte Schwebezustand zwischen Erlass des Verwaltungsaktes und dem Eintritt seiner Rechtswirksamkeit ist daher mit dem Erfordernis der Rechtssicherheit nicht vereinbar.[729] Dieser Gedankengang kann grundsätzlich auf die meisten anderen Nebenbestimmungen übertragen werden. Die Auflage verunsichert, da sie bei Nichtbeachtung unter Umständen einen Widerruf ermöglicht.[730] Ein Widerruf kann aber ebenso auf der

---

[724] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 20.

[725] *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 7; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 20.

[726] *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 16; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 3b; *Störme*r in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, § 36 VwVfG Rn. 65.

[727] *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 16; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 508; *Ruffert* in: Erichsen/Ehlers, § 23 Rn. 13; *Störme*r in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, § 36 VwVfG Rn. 65.

[728] *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 12; *Störme*r in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, § 36 VwVfG Rn. 65.

[729] *Störme*r in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, § 36 VwVfG Rn. 65; *Wolnicki*, NVwZ 1994, 872, 874.

[730] Vgl. *Wolnicki*, NVwZ 1994, 872, 874.

Grundlage eines Widerrufsvorbehalts ergehen oder das Resultat eines Auflagenvorbehalts und der Nichtbeachtung der darauf basierenden Auflage sein.

Ob solche nebenbestimmungsfeindlichen Beschlüsse im Unionsrecht ebenfalls bestehen, wurde bislang weder durch die Rechtsprechung geklärt noch von der Literatur diskutiert. Dies erscheint indes prinzipiell naheliegend. Die Erwägungen zu statusändernden Verwaltungsakten lassen sich beispielsweise auf die Ernennung von Beamten der Union nach Art. 3 und 31 Beamtenstatut[731] übertragen. Auch für Unionsbeamte muss die Wirksamkeit ihrer Ernennung stets eindeutig bestimmbar sein. Dies geht bereits aus Art. 3 Beamtenstatut hervor, der regelt, dass der Beamte eine Ernennungsurkunde erhält, in der der genaue Zeitpunkt der Wirksamkeit der Ernennung festgelegt wird. Mithin sind Beamtenernennungen nach dem Beamtenstatut als grundsätzlich nebenbestimmungsfeindlich anzusehen.

II. Kein Verstoß gegen höherrangiges Recht

Eine Hierarchie der Normen wird zwar im geschriebenen Primärrecht der Union nicht ausdrücklich erwähnt, sie stellt aber ein ungeschriebenes Prinzip des Unionsrechts dar. Die Unionsgerichte sprechen in ihren Urteilen von „Normenhierarchie“[732] und „Rangordnung der Rechtsnormen“[733]. Während innerhalb des Primärrechts grundsätzlich keine normhierarchischen Abstufungen existieren,[734] geht dieses dem auf seiner Grundlage ergangenen Sekundärrecht stets vor.[735] Der Gerichtshof bezeichnet das Primärrecht daher als „Grundlage, Rahmen und Grenze“ für sämtliche abgeleiteten Rechtsakte des Sekundärrechts.[736]

Innerhalb des Sekundärrechts existiert hingegen kein durchgängiges Stufenverhältnis, weder nach dem Erlassorgan eines Rechtsaktes[737], noch nach dessen Handlungsform[738]. Allerdings schafft die in Art. 289 ff. AEUV enthaltene Differenzierung zwischen Gesetzgebungsakten,

---

731 Verordnung (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 des Rates vom 29. Februar 1968 zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften und der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten dieser Gemeinschaften sowie zur Einführung von Sondermaßnahmen, die vorübergehend auf die Beamten der Kommission anwendbar sind, ABl. Nr. L 56 vom 04.03.1968, S. 1-7.

732 EuG, Rs. T-2/93, *Air France*, Slg. 1994, S. II-323 Rn. 102; EuG, Rs. T-9/93, *Schöller/Kommission*, Slg. 1995, II-1611 Rn. 162; EuG, Rs. T-51/89, *Tetra Pak*, Slg. 1990, II-309 Rn. 25.

733 EuG, Urteil vom 14.12.1995, Rs. T-285/94, *Pfloeschner/Kommission*, Slg. 1995, II-3029 Rn. 51; EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und 415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission*, Slg. 2008, I-6351 Rn. 305.

734 Vgl. zum Grundsatz und den diskutierten Ausnahmen *Nettesheim*, EuR 2006, 737, 740 ff.; *Hofmann*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 80 ff.; *Von Danwitz*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 173 f.

735 *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 11; auf den geringen Grad der Hierarchisierung innerhalb des Gemeinschaftsrechts als „Korrelat der strikten Hierarchisierung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht“ weist jedoch *Schönberger* hin, EuR 2003, 600, 603 ff.

736 EuGH, Rs. 26/78, *Inami/Viola*, Slg. 1978, 1771 Rn. 9/14.

737 *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 12; *Streinz*, Europarecht, Rn. 466; *Schönberger*, EuR 2003, 600, 625.

738 *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 24; *Schönberger*, EuR 2003, 600, 624 m.w.N.

delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten erste Ansätze einer Hierarchisierung.[739] Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte bedürfen stets einer Rechtsgrundlage, wobei erstere auf einem Gesetzgebungsakt beruhen müssen.[740] Auch schon vor dem Vertrag von Lissabon befand der Gerichtshof, dass konkretisierende Rechtsakte im Einklang mit dem Rechtsakt stehen müssen, von dem sie abgeleitet sind.[741] Rechtsakte, die ihre Existenz von einer Ermächtigungsgrundlage ableiten und sich an dieser messen lassen müssen, sind dieser Grundlage daher prinzipiell untergeordnet.[742] Darüber hinaus formulierte das Gericht der Union den generellen Vorrang abstrakt-genereller Rechtsakte, in dem es feststellte, dass „die Kommission entsprechend der Normenhierarchie nicht berechtigt ist, durch eine Einzelfallentscheidung die Rechtswirkungen eines (…) normativen Aktes einzuschränken oder zu begrenzen, es sei denn, dieser enthielte dafür eine ausdrückliche Rechtsgrundlage“[743]. Folglich müssen individuelle Rechtsakte des Sekundärrechts im Einklang mit sämtlichen abstrakt-generellen Bestimmungen stehen.[744] Aus dieser Notwendigkeit folgt aber gleichzeitig eine Hierarchie zwischen den Akten.

Dieselben Anforderungen gelten auch für Nebenbestimmungen. Dies bedeutet zum einen, dass Nebenbestimmungen nicht gegen Primärrecht verstoßen dürfen. Das Primärrecht umfasst sowohl formelle als auch materielle Aspekte, deren Einhaltung zu gewährleisten ist. Während die formellen Anforderungen an eine Nebenbestimmung bereits erläutert wurden, sind an dieser Stelle die materiellen Vorgaben zu nennen, wozu insbesondere die Grundfreiheiten sowie die Grundrechte gemäß der Grundrechtscharta zählen. Darüber hinaus darf die Nebenbestimmung nicht gegen höherrangiges Sekundärrecht verstoßen. Ihre Flexibilität findet also eine Grenze in der Starrheit[745] von Gesetzgebungsakten, delegierten Rechtsakten und abstrakt-generellen Durchführungsakten.

---

739 *Bast* in: Von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 551 ff.; *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 12, 41.

740 Art. 290 Abs. 1 und Art. 291 Abs. 2 AEUV, vgl. zur Abgrenzung das Gutachten 8907/11 des Juristischen Dienstes des Rates vom 11. April 2011 sowie die Leitlinien der Kommission SEC (2011) 855 von Juni 2011, S. 12.

741 EuGH, Rs. 38/70, *Deutsche Tradax*, Slg. 1971, 145 Rn. 10; EuGH, Rs. C-179/97, *Spanien/Kommission*, Slg. 1999, I-1251 Rn. 20; EuGH, C-478/93, *Niederlande/Kommission*, Slg. 1995, I-3081, Rn. 30 und 31; EuGH, Rs. C-159/96, *Portugal/Kommission*, Slg. 1998, I-7379, Rn. 40 und 41.

742 *Hofmann*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 21; *Nettesheim*, EuR 2006, 737, 765; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 234.

743 EuG, Rs. T-9/93, *Schoeller*, Slg. 1995, II-1611.

744 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 234; *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 12.

745 Ähnlich zum deutschen Recht *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 167.

III. Hinreichende Bestimmtheit

Der Bestimmtheitsgrundsatz stellt ein allgemeines Prinzip der Rechtsstaatlichkeit dar,[746] das vom Gerichtshof in der Rechtssache *Gordrand Frères* anerkannt wurde.[747] Nach dieser Rechtsprechung muss eine belastende Regelung so klar und deutlich formuliert sein, dass der Betroffene seine Rechte und Pflichten unzweideutig erkennen und entsprechende Vorkehrungen treffen kann.[748] Dabei ist es unerheblich, dass der Gerichtshof die Pflicht zur klaren und deutlichen Formulierung nicht ausdrücklich auf den Bestimmtheitsgrundsatz, sondern auf den Grundsatz der Rechtssicherheit zurückführt. Der Bestimmtheitsgrundsatz stellt eine Ausprägung des Grundsatzes der Rechtssicherheit dar.[749] Er ist außerdem in der rechtlich nicht bindenden „Interinstitutionellen Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission vom 22. Dezember 1998“[750] ausdrücklich benannt. Gleich der erste Absatz stellt heraus, dass eine klare, einfache und genaue Abfassung der gemeinschaftlichen Rechtsakte für die Transparenz sowie für deren Verständlichkeit in der Öffentlichkeit und den Wirtschaftskreisen unerlässlich ist.

Diese Anforderungen finden auch und insbesondere auf Hauptregelungen und Nebenbestimmungen adressatengerichteter Beschlüsse Anwendung. Dies ergibt sich bereits aus deren jeweiligen Funktionen. Die Hauptregelung selbst schafft eine rechtlich verbindliche Einzelfallregelung, so dass sie ihre Wirkungen klar erkennen lassen muss.[751] Dies gilt umso mehr für die Nebenbestimmung, die einer begünstigenden Hauptregelung beigefügt wird. Sie geht über die Konkretisierungsfunktion der Hauptregelung noch hinaus und ermöglicht eine weitere Flexibilisierung und Feinsteuerung zur Anpassung an die Gegebenheiten des Einzelfalls.[752] Darüber hinaus bringt sie eine Belastung mit sich, deren Folgen für den Adressaten erkennbar sein müssen. Dies wird im Falle eines Widerrufs- oder eines Auflagenvorbehalts besonders deutlich, da die Verwaltung hier nachträglich in den Bestand einer Begünstigung eingreifen kann. Infolge dieser nachträglichen, unter Umständen erheblichen wirtschaftlichen Belastung verlangt das Rechtstaatsprinzip, dass die Vorbehalte so bestimmt wie möglich formuliert werden, um das künftige behördliche Eingreifen

---

[746] Schlussanträge des GA Geelhoed, Rs. 161/04, *Österreich/Parlament und Rat*, Slg. 2006, I-7183 Rn. 79; *Gaitanides* in: Von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 220 EG Rn. 23; *Geiger* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 2 EUV Rn. 3 und Art. 6 EUV Rn. 35 und 38; *Mayer* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, nach Art. 6 EUV: Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze Rn. 394.

[747] EuGH, Rs. 169/80, *Gondrand Frères*, Slg. 1981, 1931.

[748] EuGH, Rs. 169/80, *Gondrand Frères*, Slg. 1981, 1931 Rn. 17; EuGH, verb Rs. 92/87 und 93/87, *Kommission/Frankreich und Vereinigtes Königreich*, Slg. 1989, 405 Rn. 22; EuGH, *Ahlström*, Slg. 1993, I-307 Rn. 42; EuGH, C-143/93, *van Ems*, Slg. 1996, I-431 Rn. 27; EuGH, Rs. C-110/03, *Belgien/Kommission*, Slg. 2005, I-2801 Rn. 30.

[749] So auch Schlussanträge des GA Geelhoed, Rs. 161/04, *Österreich/Parlament und Rat*, Slg. 2006, I-7183 Rn. 79; *Scheuing* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 6 Rn. 39.

[750] Gemeinsame Leitlinien für die redaktionelle Qualität der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften, ABl. Nr. C 73 vom 17.03.1999, S. 1.

[751] Vgl. zum deutschen Recht *Elste*r, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, S. 248; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 18.

[752] Vgl. zu diesen Funktionen Teil 2 § 1 C I, S. 24.

möglichst vorhersehbar zu machen.[753] Ebenso darf beispielsweise die Bedingung den Adressaten nicht über den Eintritt des relevanten Ereignisses im Ungewissen lassen. Ohne die Gewissheit hierüber wüsste der Adressat weder ob, noch wie lange er von der Begünstigung profitiert.[754] Dies bringt es mit sich, dass bereits die Zusagen, auf denen die späteren Bedingungen und Auflagen basieren, ausreichend präzise formuliert sein müssen.[755]

Hieran schließt sich die Frage an, ob neben dem Inhalt auch die Form der Nebenbestimmung für den Adressaten eindeutig erkennbar sein muss. Dies hätte zur Folge, dass das Erlassorgan die Nebenbestimmung zum Beispiel ausdrücklich als Bedingung oder als Auflage bezeichnen müsste. Eine zutreffende Bezeichnung verschafft dem Adressaten Gewissheit über die Wirkungen der jeweiligen Nebenbestimmung, da gerade die Abgrenzung zwischen Bedingung und Auflage im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann. Andererseits kann sich jede Bezeichnung aber im Nachhinein als unzutreffend herausstellen, da die Qualifizierung der Nebenbestimmung letztlich vom objektiv erkennbaren Willen des Organs abhängt.[756] Dieser ergibt sich nicht alleine aus einer etwaigen Bezeichnung, sondern kann genauso gut aus der Formulierung oder anderen Umständen hervorgehen. Es tritt mithin keine Rechtswidrigkeit infolge einer unterlassenen oder inkorrekten Bezeichnung ein.[757] Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass eine korrekte Bezeichnung der Nebenbestimmung im Sinne des Bestimmtheitsgebots wünschenswert ist.

IV. Keine Unmöglichkeit

1. Tatsächliche Unmöglichkeit

Darüber hinaus muss eine Nebenbestimmung stets praktisch durchführbar sein. Ihre Beachtung darf folglich nicht in tatsächlicher Hinsicht unmöglich sein. Der Gerichtshof spricht diesbezüglich von einer „absoluten“[758] oder „völligen“[759] Unmöglichkeit, die der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme entgegensteht. Gleiches gilt auch für Nebenbestimmungen. Eine Nebenbestimmung, die tatsächlich nicht umgesetzt und durchgesetzt werden kann, ist auch nicht geeignet, die durch sie bezweckte Änderung der Ausgangslage zu erreichen.

---

[753] Vgl. zu deutschen Recht *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 193.

[754] Vgl. *Elste*r, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, S. 249.

[755] *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 15.

[756] Vgl. dazu Teil 2 § 1 A II 1 b, S. 19.

[757] Vgl. zum deutschen Recht *Elste*r, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, S. 249.

[758] EuGH, Rs. 52/84, *Kommission/Belgien*, Slg. 1986, 89 Rn. 16; EuGH, Rs. C-183/91, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1993, I-3131 Rn. 19; EuGH, Rs. C-75/97, *Belgien/Kommission*, Slg. 1999, I-3671 Rn. 86.

[759] EuGH, Rs. C-348/93, *Kommission/Italien*, Slg. 1995, I-673 Rn. 16; EuGH, Rs. C-280/95, *Kommission/Italien*, Slg. 1998, I-259 Rn. 12; EuGH, Rs. C-404/97, *Kommission/Portugal*, Slg. 2000, I-4897 Rn. 39.

Dass eine tatsächlich unmögliche Nebenbestimmung mangels Eignung rechtswidrig sein kann, ist insbesondere aus dem Fusionskontrollrecht bekannt.[760] Die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt kann keinesfalls durch eine nicht durchsetzbare Zusage hergestellt werden. Folgerichtig stellt die Realisierbarkeit von Zusagen bereits ein Kriterium eines wirksamen Zusagenangebots dar.[761]

Daneben wird die tatsächliche Unmöglichkeit vor allem im Rahmen der Beihilfenaufsicht diskutiert.[762] Dies erklärt sich vor dem Hintergrund der besonderen Konstellation zwischen den Beteiligten. Die Kommission kann Nebenbestimmungen erlassen, die zwar gegenüber dem Mitgliedstaat ergehen, jedoch an das Verhalten des Beihilfenempfängers anknüpfen. Tatsächliche Unmöglichkeit tritt mithin ein, wenn der Beihilfeempfänger die Nebenbestimmung aus tatsächlichen Gründen nicht erfüllen und der Mitgliedstaat diese daher nicht durchsetzen kann.[763]

Der Gerichtshof befasste sich mit Fragen tatsächlicher Unmöglichkeit insbesondere im Zusammenhang mit der Rückforderung von Beihilfen. In der Rechtssache *Belgien/Kommission*[764] führte er dazu aus:

„Dagegen wäre eine Entscheidung der Kommission ungültig, mit der sie dem Adressaten eine Verpflichtung auferlegte, deren Erfüllung von Anfang an objektiv und absolut unmöglich wäre. Der Klagegrund der belgischen Regierung könnte somit nur Erfolg haben, wenn die Rückforderung objektiv zu keiner Zeit möglich gewesen wäre.“[765]

Die Anforderungen an die Feststellung absoluter Unmöglichkeit der Rückforderung sind hoch. Administrative und praktische Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Rückforderungspflicht im mitgliedstaatlichen Recht genügen nicht.[766] Soweit ersichtlich, hat der Gerichtshof dementsprechend auch noch keinen Fall der absoluten Unmöglichkeit anerkannt.[767]

Zur tatsächlichen Unmöglichkeit der Erfüllung von Nebenbestimmungen im Beihilfenrecht hat sich der Gerichtshof bislang nicht geäußert. Dennoch dürfte es deutlich einfacher sein, eine solche nachzuweisen, da es sich nicht wie im Falle der Rückforderung um die

---

760 *Bechthold/Brinker/Bosch/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, FKVO, Art. 8 Rn.13.

761 *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 13.

762 Dazu ausführlich *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 236 ff.

763 *Ehricke*, EWS 2006, 241, 245; *ders*. in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, VO Nr. 659/1999 Rn. 91.

764 EuGH, Rs. C-75/97, *Belgien/Kommission*, Slg. 1999, I-3671.

765 EuGH, Rs. C-75/97, *Belgien/Kommission*, Slg. 1999, I-3671 Rn. 86; so auch EuGH, Rs. C-177/06, *Kommission/Spanien*, Slg. 2007, I-7689 Rn. 46 m.w.N; EuGH, Rs. C-214/07, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2008, I-8357; EuGH, Rs. C-177/06, *Kommission/Spanien*, Slg. 2007, I-7689 Rn. 46 m.w.N.

766 EuGH, Rs. C-75/97, *Belgien/Kommission*, Slg .1999, I-3671 Rn. 90; EuGH, Rs. C-404/97, *Kommission/Portugal*, Slg. 2000, I-4897 Rn. 52 f.; EuGH, Rs. C-42/93, *Spanien/Kommission*, Slg. 1994, I-4175 Rn. 32; EuGH, Rs. C-142/87, *Belgien/Kommission*, Slg. 1990, I-959 Rn. 63.

767 Vgl. *Beljin* in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 28 Rn. 216.

Aufhebung eines rechtswidrigen Zustands handelt, den der Mitgliedstaat zu beseitigen verpflichtet ist. Vielmehr kann eine Nebenbestimmung infolge ihrer Flexibilisierungsfunktion an eine Vielzahl von Ereignissen anknüpfen, so dass das Auftreten von tatsächlicher Unmöglichkeit kein absolutes Ausnahmephänomen darstellt. Zu einer solchen Situation kommt es beispielsweise, wenn die Nebenbestimmung auf falschen tatsächlichen Gegebenheiten basiert. *Ehricke* nennt hierzu exemplarisch die Verpflichtung zur Veräußerung von Unternehmensteilen, die tatsächlich nicht oder nicht mehr existieren.[768]

Im Hinblick auf die Folgen einer absoluten Unmöglichkeit ist zwischen einer von Anfang an bestehenden Unmöglichkeit und einem später eingetretenen Hindernis zu unterscheiden. Die logische Folge der von Anfang an bestehenden tatsächlichen Unmöglichkeit ist die Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung infolge ihrer Ungeeignetheit. Differenzierter ist jedoch die Situation zu betrachten, in der die Unmöglichkeit erst zu einem Zeitpunkt nach Erlass der Nebenbestimmung eintritt. Denn die nachträglich auftretende tatsächliche Unmöglichkeit lässt sich bei Erlass der Nebenbestimmung nur schwerlich ausschließen. Es liegt häufig gerade in der Natur der Nebenbestimmung begründet, dass sie einer ungewissen zukünftigen Entwicklung Rechnung tragen soll. So betreffen beispielsweise die im Fusionskontrollverfahren abgegebenen Verpflichtungszusagen grundsätzlich zukünftige Ereignisse, was zur Folge hat, dass sie „in Bezug auf das etwaige Ergebnis keine völlige Gewissheit versprechen können“[769]. Für die Wirksamkeit eines Zusagenangebots genügt daher zunächst eine hinreichende Sicherheit der Realisierbarkeit.[770] Auch die hierauf basierende Nebenbestimmung ergeht dann rechtmäßig und bleibt dies grundsätzlich unabhängig von der weiteren Entwicklung. Im Falle einer Bedingung ist dieses Ergebnis selbstredend, da diese ohnehin an ein ungewisses Ereignis anknüpft. Es entspricht gerade der Rechtsnatur der Bedingung, dass Ereignisse eintreten oder ausbleiben, wobei es irrelevant ist, ob das Ausbleiben auf die nachträglich eingetretene tatsächliche Unmöglichkeit zurückzuführen ist. Die Folgen bei Unmöglichkeit entsprechen denjenigen des endgültigen Ausfalls einer Bedingung.[771] Eine Auflage, die nicht mehr durchgesetzt werden kann, wird dagegen schlicht wirkungslos. Der Rechtsakt bleibt damit so bestehen, als wäre er ohne Auflage ergangen.

In der Beihilfenaufsicht stellt sich darüber hinaus die Frage nach der Auswirkung der fehlenden Durchsetzbarkeit einer Auflage auf die Beurteilung der Beihilfe.[772] Der Gerichtshof hat sich hierzu bereits in zahlreichen Urteilen geäußert, allerdings nie konkret zur Frage einer etwaigen Rechtswidrigkeit Stellung genommen. Dagegen führt er für diesen Fall lediglich

---

768 *Ehricke*, EWS 2006, 241, 245.

769 Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. Nr. C 267 vom 22.10.2008, S. 1-27 Rn. 8.

770 EuG, Rs. T-210/01, *General Electric*, Slg. 2005, II-5575 Rn. 555, 612; *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 13; *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 21.

771 Vgl. zum deutschen Recht *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, S. 250.

772 *Köster* in: Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht, Art. 7 VerfVO Rn. 15.

aus, dass die Kommission und der Mitgliedstaat gemeinsam eine Lösung erarbeiten müssen, um die Schwierigkeiten zu überwinden. Konkret verpflichtet er den Mitgliedstaat, der „bei der Durchführung einer Entscheidung der Kommission betreffend staatliche Beihilfen auf unvorhergesehene und unvorhersehbare Schwierigkeiten stößt (…), diese Probleme der Kommission zur Beurteilung vorzulegen und dabei geeignete Änderungen der fraglichen Entscheidung vorzuschlagen."[773] Kommission und Mitgliedstaat sollen sodann redlich zusammenwirken, um die Schwierigkeiten zu überwinden. Im Optimalfall einigen sich Mitgliedstaat und Kommission auf eine Alternativmaßnahme, die die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt sicherstellt.[774] Hierbei handelt es sich um eine Art Zwischenlösung, die die Kommission zu Zugeständnissen zwingt, ohne jedoch den Mitgliedstaat aus der Pflicht zu nehmen. Eine solche Sonderlösung kann stets in Fällen staatengerichteter Beschlüsse angedacht werden. Es erscheint beispielsweise naheliegend, sie auch im Falle der fehlenden Durchsetzbarkeit wirtschaftspolitischer Bedingungen im Rahmen der Finanzhilfe zugunsten überschuldeter Eurostaaten anzuwenden.

2. Rechtliche Unmöglichkeit

Unmöglichkeit kann nicht nur auf tatsächlichen Gründen, sondern auch auf rechtlichen Hindernissen beruhen. Das ist der Fall, wenn die Beachtung einer Nebenbestimmung mit gesetzlichen Pflichten in Konflikt gerät. Teilweise geht die Literatur generell von der Rechtswidrigkeit einer solchen Nebenbestimmung aus.[775] Eine gewisse Differenzierung erscheint aber gerade im Hinblick auf die Besonderheiten des Beihilfenaufsichtsrechts geboten.

a. Rechtliche Unmöglichkeit in der Beihilfenaufsicht

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Beihilfenrückforderung kann ein Mitgliedstaat zur Verteidigung gegen eine von der Kommission erhobene Vertragsverletzungsklage nur geltend machen, dass es absolut unmöglich gewesen sei, die Beihilfe zurückzufordern und so die Entscheidung ordnungsgemäß durchzuführen.[776] Dagegen können juristische Schwierigkeiten durch entgegenstehendes innerstaatliches Recht die Nicht-Durchführung der Beihilfeentscheidung gerade nicht rechtfertigen.[777] Fraglich ist, ob sich diese Überlegung auf rechtlich unmögliche Nebenbestimmungen in der Beihilfenaufsicht übertragen lässt. Das rechtliche Hindernis besteht jedenfalls in beiden Fällen in innerstaatlichen Vorschriften eines Mitgliedstaates. Die Nebenbestimmung kann also nur deshalb nicht durchgesetzt werden, weil

---

[773] EuGH, Rs. 52/84, *Kommission/Belgien*, Slg. 1986, 89 Rn. 16 ff.; EuGH, Rs. 94/87, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1989, 175 Rn. 9; EuGH, Rs. C-183/91, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1993, I-3131 Rn. 19; EuGH, Rs. C-75/97, *Belgien/Kommission*, Slg. 1999, I-3671 Rn. 88.

[774] *Köster* in: Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht, Art. 7 VerfVO Rn. 17.

[775] *Frenz*, Handbuch Europarecht 3, Rn. 1323.

[776] EuGH, Rs. C-214/07, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2008, I-8357; EuGH, Rs. C-177/06, *Kommission/Spanien*, Slg. 2007, I-7689 Rn. 46 m.w.N.

[777] *Triantafyllou*, EuR 2003, 480, 485; EuGH, Rs. C-404/97, *Kommission/Portugal*, Slg. 2000, I-4897 Rn. 51 f.

dies gegen nationales Recht verstieße. In Betracht kommen zum Beispiel spezialgesetzliche Verbote bestimmter Nebenbestimmungen im innerstaatlichen Recht oder vollstreckungsrechtliche Hürden.[778] Ob solche rechtlichen Hindernisse von der Kommission hinzunehmen sind und damit zur Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung führen, ist umstritten. Dafür spricht zunächst die von der Situation der Beihilfenrückforderung abweichende Ausgangslage. *Ehricke* weist darauf hin, dass der Mitgliedstaat im Fall einer Beihilfenrückforderung einen rechtswidrigen Zustand zu beseitigen habe, was eine besonders strenge Geltung des Effektivitätsgrundsatzes mit sich ziehe. Da die rechtliche Unmöglichkeit von Nebenbestimmungen keinen bereits bestehenden rechtswidrigen Zustand perpetuiere, könnten die Anforderungen gegenüber den Mitgliedstaaten hier weniger streng sein.[779]

Allerdings bedarf es solcher Effektivitätsüberlegungen nicht, wenn der Konflikt anhand der allgemeinen Kollisionsregeln systematisch aufgelöst werden kann. *Becker* führt überzeugend aus, dass es sich im Grunde um nichts anderes als eine Kollision von nationalem Recht und Unionsrecht handelt, die durch den Vorrang des Unionsrechts[780] zu lösen ist.[781] Ein Fall von rechtlicher Unmöglichkeit liegt daher genau genommen schon gar nicht vor. Vielmehr führt die Anwendung dieser Kollisionsregel dazu, dass die nationale Norm unangewendet bleibt.[782]

b. Rechtliche Unmöglichkeit durch fehlende Mitwirkung Dritter

Ein Fall rechtlicher Unmöglichkeit kann insbesondere dann eintreten, wenn die Beachtung der Nebenbestimmung von der Mitwirkung eines Dritten abhängt, dieser sich verweigert und zu dem erforderlichen Verhalten rechtlich nicht verpflichtet werden kann.[783] Hier verläuft die fließende Grenze zur tatsächlichen Unmöglichkeit, da es sich in der Regel um Fälle handelt, in denen die Mitwirkung faktisch nicht stattfindet und gleichzeitig rechtlich nicht erzwungen werden kann. Eine entsprechende Lage tritt beispielsweise in der Beihilfenaufsicht ein, wenn der Beihilfenempfänger oder andere Dritte endgültig die notwendige Mitwirkung ablehnen,[784] wie es beispielsweise bei der Verweigerung einer Satzungsänderung durch die Gesellschafterversammlung des Beihilfenempfängers der Fall ist.[785]

Mit der fehlenden Verbindlichkeit der Mitwirkung Dritter hatten sich die Kommission und die Unionsgerichte aber insbesondere im Fusionskontrollrecht auseinanderzusetzen. In dem

---

[778] Vgl. hierzu *Ehricke*, EWS 2006, 241, 245.

[779] *Ehricke*, EWS 2006, 241, 245 f.; *ders*. in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, VO Nr. 659/1999 Rn. 91.

[780] Vgl. dazu ausführlich *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 40 ff.

[781] *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 237 ff.

[782] Vgl. allgemein zum Vorrang des Unionsrechts *Bievert* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 6 ff.

[783] Vgl. die Beispiele bei *Berg*, EuZW 2003, 362, 366.

[784] *Köster* in: Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht, Art. 7 VerfVO Rn. 16.

[785] *Ehricke*, EWS 2006, 241, 245, der dies allerdings als tatsächliche Unmöglichkeit einstuft.

Fusionskontrollverfahren *Alcatel/Telettra*[786] machte die Kommission beispielsweise eine vertragliche Einigung zwischen den Unternehmen *Alcatel* und *Telefonica* zur Auflage. Angesichts der Notwendigkeit der freiwilligen Mitwirkung von *Telefonica* griff die Kommission zu einer sehr weichen Formulierung der Auflage, indem sie *Alcatel* aufgab, „nach besten Kräften geführte Verhandlungen (…) aufzunehmen".[787] Dies hat zwar den Vorteil, dass mit der Auflage kein rechtlich nicht durchsetzbarer Vertragsschluss verlangt wurde, jedoch wurde auch die angestrebte Herstellung der Erlassvoraussetzungen der Freigabe durch diese Auflage nicht erreicht.[788]

Einen anderen Ansatz wählte die Kommission in der Entscheidung *Kali+Salz.*[789] Dort beinhaltete die Zusage des Unternehmens *K+S* eine Umstrukturierung der mit dem Wettbewerber *SCPA* gemeinsam betriebenen Tochtergesellschaft *Potacan.* Die Umstrukturierung konnte folglich nur im Einvernehmen mit dem Wettbewerber geschehen. Im Hinblick darauf verzichtete die Kommission darauf, die Zusage überhaupt zum Gegenstand einer Nebenbestimmung zu machen und führte dazu aus:

„Die Kommission hat davon abgesehen, die Zusage hinsichtlich Potacan zum Gegenstand einer förmlichen Auflage zu machen. Sie hat diese Zusage zur Kenntnis genommen (…). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass EMC/SCPA in dem vorliegenden Fusionskontrollverfahren keine Partei ist."[790]

Mit dieser Vorgehensweise vermied es die Kommission, eine wie im Fall *Alcatel/Telettra* förmliche Auflage zu schaffen, die zwar ihrer Rechtsnatur nach zwingend, ihrem Inhalt wegen jedoch nicht durchsetzbar ist. Stattdessen nahm sie die Zusage lediglich zur Kenntnis. Dieses informelle Vorgehen konnte sie aber nicht auf eine Rechtsgrundlage stützen, so dass die Rechtsfolgen ungewiss blieben. Dies machte der Gerichtshof in der entsprechenden Rechtssache *Frankreich u.a./Kommission („Kali+Salz"*[791]*)* deutlich, wo er ausführlich prüfte, ob die Zusage verbindliche Rechtswirkungen entfalten konnte, ohne zum Gegenstand einer förmlichen Auflage gemacht worden zu sein.[792] Unter Betonung der „Mehrdeutigkeit" des Vorgehens der Kommission lehnte der Gerichtshof die Verbindlichkeit der Zusage mit dem Argument ab, das Einvernehmen durch *SCPA* könne nur auf freiwilliger Basis erzielt werden.[793] Das Vorgehen der Kommission wurde darüber hinaus in der Literatur[794] mit Blick auf mangelnde Transparenz und Durchsetzbarkeit zu Recht kritisiert.

---

[786] Entscheidung vom 12.04.1991, 91/251/EWG, *Alcatel/Telettra,* ABl. Nr. L 122 vom 17.05.1991, S. 48.

[787] Art. 1 lit. c) der Entscheidung vom 12.04.1991, 91/251/EWG, *Alcatel/Telettra,* ABl. Nr. L 122 vom 17.05.1991, S. 48.

[788] So auch *Leibenath,* Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 82.

[789] Entscheidung vom 14.12.1993, 94/449/EG, *Kali +Salz/MdK/Treuhand,* ABl. Nr. L 186 vom 21.07.1994, S. 38.

[790] Entscheidung vom 14.12.1993, 94/449/EG, *Kali +Salz/MdK/Treuhand,* ABl. Nr. L 186 vom 21.07.1994, S. 38 Rn. 66.

[791] EuGH , verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission,* Slg. 1998, I-1375.

[792] EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission,* Slg. 1998, I-1375 Rn. 60 ff.

[793] EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission,* Slg. 1998, I-1375 Rn. 67 ff.

Beide aufgezeigten Lösungsansätze der Kommission sind gleichermaßen abzulehnen. Sie bieten keine Gewähr dafür, dass die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt hergestellt und so die Erlassvoraussetzungen für die Freigabe geschaffen werden und sind damit ungeeignet, die ermittelten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen. Die Kommission darf solche Zusagen schon aus Gründen der fehlenden Geeignetheit nicht annehmen.[795] *Leibenath* betont zutreffend, dass die Wirksamkeit der Fusionskontrolle in Frage gestellt würde, wenn die Kommission Zusagen akzeptierte, die nur im Einvernehmen mit Dritten erzielt werden könnten. Mangels Durchsetzbarkeit der Zusagen bliebe es immer dann bei einem fusionskontrollrechtswidrigen Zustand, wenn dieses Einvernehmen nicht erzielt werden könne.[796]

Diesem Ergebnis entspricht auch die Rechtslage im Kartellverfahrensrecht. In Bezug auf dortige Verpflichtungszusagen stellt die „Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV“[797] klar:

„Verpflichtungszusagen müssen unmissverständlich und unmittelbar vollzugsfähig („self-executing“) sein. D. h., ihre Umsetzung darf nicht von dem Willen eines Dritten abhängen, für den die Verpflichtungen nicht bindend sind.“[798]

Damit lässt die Kommission im Kartellverfahrensrecht keine Verpflichtungszusagen mehr zu, die von der freiwilligen Mitwirkung Dritter abhängig sind. Etwas anderes kann auch nicht in anderen Bereichen gelten. Die fehlende rechtliche Durchsetzungsmöglichkeit gegenüber Dritten führt daher zur Rechtswidrigkeit einer Nebenbestimmung. Zusagen, die von der ungewissen Mitwirkung Dritter abhängen, muss die Kommission daher grundsätzlich zurückweisen[799] und sich damit begnügen, die Freigabe erst nach der erfolgten Mitwirkung zu erteilen. Als Ausweg kann jedoch die Annahme von Alternativzusagen dienen, die eingreifen, falls sich die an die freiwillige Mitwirkung von Dritten anknüpfende Nebenbestimmung als ungeeignet erweist.[800] Solche Zusagen werden in der „Mitteilung der Kommission über zulässige Abhilfemaßnahmen“ ausdrücklich als zulässiges, flexibles Handlungsinstrument

---

[794] *Fuchs*, WuW 1996, 269, 278; *Heithecker*, Wettbewerbssicherung in der europäischen Fusionskontrolle durch Zusagen, S. 58 ff., 213; *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 168; *Uhlig*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren, S. 195 ff.

[795] *Fuchs*, WuW 1996, 269, 278; *Heidenhain*, EuZW 1994, 135, 138; *Heithecker*, Wettbewerbssicherung in der europäischen Fusionskontrolle durch Zusagen, S. 213 f.; *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 167; *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 29.

[796] *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 80.

[797] Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, ABl. Nr. C 308 vom 20.10.2011, S. 6-32.

[798] Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, ABl. Nr. C 308 vom 20.10.2011, S. 6-32 Rn. 128 mit Fn.

[799] So auch *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 167.

[800] Vgl. *Berg*, EuZW 2003, 362, 364 und 366; *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 167; *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 14.

hervorgehoben.[801] Sie werden für den Fall des Scheiterns der ersten Zusage gültig und sichern auf diese Weise die Herstellung wirksamen Wettbewerbs.[802]

3. Sonderfall: drittbelastende Nebenbestimmungen

Mit der Problematik der rechtlichen Unmöglichkeit unmittelbar verbunden ist die Frage nach der Zulässigkeit von drittbelastenden Nebenbestimmungen. Auch diese Frage stellte sich bislang insbesondere im Zusammenhang mit Zusagen der Zusammenschlussbeteiligten im Fusionskontrollverfahren. Die abgegebenen Zusagen können die spezifischen Interessen Dritter, wie zum Beispiel anderer Unternehmen, der Mitgesellschafter oder der Beschäftigten beeinträchtigen.[803] Mittelbare Nachteile, wie zum Beispiel die Kündigung von Arbeitnehmern, die erst aufgrund der durch das Unternehmen vorgenommenen Umstrukturierungen entstehen, begründen jedoch nach der Rechtsprechung keine unmittelbare Betroffenheit.[804]

Ein Verbot drittbelastender Zusagen ist mit der herrschenden Ansicht in der Literatur abzulehnen. Dies wird im Fusionskontrollrecht im Hinblick auf die objektive wettbewerbliche Schutzrichtung der Fusionskontrolle begründet.[805] Das Fusionskontrollverfahren dient der Verhinderung der „Vermachtung der Märkte“ und nicht dem Schutz individueller ökonomischer Interessen.[806] Diese Orientierung an über den Individualschutz hinausgehenden Interessen ist indes keine Besonderheit des Fusionskontrollrechts, sondern sämtlichen Zulassungsverfahren im Unionsrecht gemeinsam. So dient beispielsweise auch die Zulassung von Produkten wie Arzneimitteln und Lebensmitteln dem Schutz aller Unionsbürger und orientiert sich nicht an den Interessen Einzelner. Die Beeinträchtigung von Interessen Dritter ist daher stets als reiner „Rechtsreflex“ anzusehen.[807]

Darüber hinaus erweist sich ein Verbot der Drittbelastung vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen zur rechtlichen Unmöglichkeit nicht als erforderlich. Sollte die Drittbelastung dazu führen, dass die Durchsetzung einer Nebenbestimmung am Nichtbestehen zivilrechtlicher Ansprüche gegen den Dritten scheitert, ist sie bereits wegen rechtlicher Unmöglichkeit unzulässig.[808] Demgegenüber kann jedes Verhalten, das Dritten gegenüber

---

[801] Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. Nr. C 267 vom 22.10.2008 S. 1-27 Rn. 23.

[802] *Berg*, EuZW 2003, 362, 364.

[803] *Fuchs*, WuW 1996, 269, 277; *Mülbert*, ZIP 1995, 699, 707.

[804] EuG, Rs. T-12/93, *CEE Vittel und CE Pierval/Kommission*, Slg. 1995, II-1247 Rn. 51 ff.

[805] *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 166; *Fuchs*, WuW 1996, 269, 277; *Mülbert*, ZIP 1995, 699, 707.

[806] *Mülbert*, ZIP 1995, 699, 707 f.

[807] So zur Fusionskontrolle *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 87.

[808] Vgl. dazu Teil 4 § 4 B IV 2 b, S. 113.

zivilrechtlich durchgesetzt werden kann, auch Gegenstand einer Nebenbestimmung sein.[809] Zum einen kann sich der Adressat wegen der rechtlichen Durchsetzbarkeit nicht auf Unmöglichkeit berufen. Zum anderen ist der Dritte in seiner Rechtsposition nicht schutzwürdig, da er sich im Rahmen des Zivilprozesses verteidigen kann und somit keines weiteren Schutzes bedarf.[810] Insofern stellt die Belastung eines Dritten kein Hindernis für den Erlass einer Nebenbestimmung dar. So kann beispielsweise trotz einer Belastung für Mitgesellschafter oder Vertragspartner die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen oder die Kündigung von Verträgen wie Lizenz-, Konsortial- oder Vertriebsverträgen in der Nebenbestimmung vorgesehen sein.[811] Hiergegen kann sich der Dritte dann zivilrechtlich zur Wehr setzten.

§ 5 ERMESSENSAUSÜBUNG

A. Ermessensspielraum und Ermessensreduzierung beim Erlass von Nebenbestimmungen

Während die Hauptregelung aufgrund einer gebundenen Entscheidung oder einer Ermessensentscheidung ergehen kann, ergibt sich aus der Natur der Nebenbestimmung als flexibles Regelungsinstrument im Einzelfall, dass deren Beifügung stets im Ermessen des Erlassorgans steht.[812] Dies gilt sowohl für das Entschließungs- als auch für das Auswahlermessen. Das Erlassorgan kann mithin grundsätzlich frei entscheiden, ob eine Nebenbestimmung anstelle einer Ablehnung erlassen werden soll, welche Art der Nebenbestimmung gewählt wird und welchen konkreten Inhalt diese aufweist.

Das Entschließungsermessen der Kommission kann jedoch zugunsten des Adressaten reduziert sein. Sobald eine Ermessensreduzierung auf null[813] vorliegt, steht dem Adressaten ein Anspruch auf den Erlass einer Begünstigung unter Beifügung einer Nebenbestimmung anstelle einer Versagung zu. Eine solche Ermessensreduzierung wird in der Literatur zum Beihilfenaufsichtsrecht und zur Fusionskontrolle weitgehend bejaht, sofern durch eine Bedingung oder eine Auflage die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt hergestellt werden kann.[814] Nach dieser Ansicht steht der Kommission lediglich ein Auswahlermessen

---

[809] So zur Fusionskontrolle *Heithecker*, Wettbewerbssicherung in der europäischen Fusionskontrolle durch Zusagen, S. 213 f.; *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 86.

[810] So zur Fusionskontrolle *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 166; *Fuchs*, WuW 1996, 269, 278; *Heithecker*, Wettbewerbssicherung in der europäischen Fusionskontrolle durch Zusagen, S. 214; *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 86 f.; *Mülbert*, ZIP 1995, 669, 708.

[811] *Fuchs*, WuW 1996, 269, 277 f.; *Mülbert*, ZIP 1995, 699, 708.

[812] *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 383.

[813] Eine solche ist auch dem Unionsrecht nicht unbekannt, vgl. *Schwarze*, EuR 1998, 53, 59 zu EuGH, Rs. C-265/95, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-6959 ff.

[814] *Ehricke*, EWS 2006, 241, 242 f.; *ders.* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, VO Nr. 659/1999 Rn. 85; *Frenz*, Handbuch Europarecht 3, Rn. 1318; *Fuchs*, WuW 1996, 269, 278; *Harmjanz*, Auflagen und Bedingungen, S. 38, 115; *Heidenhain*, EuZW 1994, 135, 136; *Heithecker*, Wettbewerbssicherung in der

hinsichtlich der Art der Nebenbestimmung zu.[815] Die Reduzierung des Entschließungsermessens kommt allerdings nur für den Fall in Betracht, dass die Kommission davon ausgeht, die Zusage sei überhaupt zur Herstellung der Wettbewerbskompatibilität geeignet. Da ihr diesbezüglich ein weiter Beurteilungsspielraum zugebilligt wird, verschiebt sich ihr Spielraum zu der Vorfrage der Geeignetheit hin.[816] Die von den Unionsgerichten vorzunehmende Kontrolle der Ermessensausübung erfolgt daher unter Berücksichtigung dieses Wertungsspielraums.[817]

Eine Ermessensreduzierung ist besonders naheliegend, wenn die betroffenen Unternehmen im Laufe des Fusionskontroll- oder des Beihilfenaufsichtsverfahrens bereits Zusagen abgegeben haben, die nach der Auffassung der Kommission die bestehenden Hindernisse aus dem Weg räumen. So wurde schon im Kartellverfahrensrecht unter Geltung der Verordnung Nr. 17 argumentiert, die Kommission müsse abgegebene Verpflichtungszusagen der Unternehmen akzeptieren, sofern diese zur Zulässigkeit des Vorhabens führen.[818] Liegt hingegen keine geeignete Zusage vor, ist die pauschale Annahme einer Reduzierung des Entschließungsermessens abzulehnen. Sie ist vielmehr anhand der Umstände des Einzelfalls und unter Zugrundelegung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu ermitteln.[819] Dem Adressaten steht daher grundsätzlich lediglich ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zu.[820] Von einer Ermessensreduzierung wegen Unverhältnismäßigkeit ist aber insbesondere dann auszugehen, wenn die Ablehnung der Begünstigung auf das Fehlen einer geringfügigen gesetzlichen Voraussetzung gestützt wird, die durch das Beifügen einer Nebenbestimmung leicht erfüllt werden könnte.[821] Hingegen rechtfertigt das Fehlen mehrerer Tatbestandsvoraussetzungen in der Regel eine Ablehnung der Positiventscheidung ebenso wie etwaige Risiken bei der Herbeiführung der Erlassvoraussetzungen durch eine Nebenbestimmung.

---

europäischen Fusionskontrolle durch Zusagen, S. 206; *von Koppenfels* in: Münchener Kommentar, Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 71; *Schwarze* in: ders., Instrumente zur Durchsetzung des Europäischen Wettbewerbsrechts, S. 75, 84; *Uhlig*, Zusagen, Auflagen, Bedingungen im Fusionskontrollverfahren, S. 185.

[815] *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 90; so zur Fusionskontrolle *Schwarze* in: ders., Instrumente zur Durchsetzung des Europäischen Wettbewerbsrechts, S. 75, 84.

[816] Vgl. *Ehricke*, EWS 2006, 241, 242 f.; *ders.* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, VO Nr. 659/1999 Rn. 85; *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 24.

[817] EuGH, Rs. C-202/06 P, *Cementbouw/Kommission*, Slg. 2007, I-12129 Rn. 53; EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u. a./Kommission*, Slg. 1998, I-1375 Rn. 223 und 224.

[818] *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Art. 85 (3) EWG Rn. 1966.

[819] So auch zum deutschen Recht *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 130 f.

[820] So auch zu Nebenbestimmungen einer kartellrechtlichen Ministererlaubnis nach § 42 Abs. 2 i.V.m. § 40 Abs. 3 GWB *Braun/Rieske*, WM 2009, 1265, 1267.

[821] So auch zum deutschen Recht *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 22; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 131.

B. Ermessensfehler

Die gerichtliche Nachprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen ist ihrer Natur nach beschränkt. Der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zufolge muss sich der Richter darauf beschränken, zu prüfen „ob der Behörde dabei kein offensichtlicher Irrtum oder Ermessensmissbrauch unterlaufen ist oder ob sie die Grenzen ihres Ermessensspielraums nicht offensichtlich überschritten hat“[822]. Der Gerichtshof untersucht die Entscheidung demnach auf „offensichtliche Fehler bei der Würdigung dieses Sachverhalts“.[823]

In bestimmten Fällen besteht jedoch eine Vermutung hinsichtlich einer fehlerfreien Ermessensausübung. Von einer solchen ist immer dann auszugehen, wenn zwischen Kommission und Adressat Einvernehmen über die Nebenbestimmung erzielt wurde, wie dies vor allem bei Verpflichtungszusagen der Fall ist.[824] Insbesondere wird dabei vermutet, dass ein Unternehmen die von ihm angebotenen Verpflichtungen auch erfüllen kann.[825] Das Unternehmen hat den Verpflichtungen schließlich zugestimmt. Da es sich vorliegend um eine widerlegbare Vermutung handelt, bedeutet dies allerdings nicht, dass eine Ermessensprüfung hinfällig wäre. Vielmehr gilt aufgrund der belastenden Wirkung der Erklärung der Verbindlichkeit einer Verpflichtungszusage auch weiterhin das Verhältnismäßigkeitsprinzip,[826] dessen Einhaltung es zu überprüfen gilt.

I. Fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung und -würdigung

Der Gerichtshof orientiert sich bei der Kontrolle des Sachverhalts an der aus dem französischen Verwaltungsrecht stammenden „qualification juridique des faits“.[827] Er unterscheidet dementsprechend streng zwischen der Tatsachenfeststellung einerseits und ihrer juristischer Bewertung und Würdigung andererseits.[828] Während der Gerichtshof die Tatsachengrundlage selbst einer vollständigen Prüfung unterzieht, unterliegt die Sachverhaltswürdigung einer eingeschränkten Kontrolle.[829] Dies gilt auch für die richterliche Nachprüfung von Nebenbestimmungen. Die der Nebenbestimmung zugrunde liegenden Tatsachen sind damit voll nachprüfbar. So führte der Gerichtshof zum Ermessen beim Erlass

---

[822] EuGH, Rs. 55/75, *Balkan Import Export*, Slg. 1976, 19 Rn. 8.

[823] EuGH, Rs. C-56/93, *Belgien/Kommission*, Slg. 1996, I-723 Rn. 11; EuGH, verb. Rs. C-328/99 und C-399/00, *Italienische Republik und SIM 2 Multimedia SpA*, Slg. 2003, I-4035 Rn. 39.

[824] *Ehricke*, EWS 2006, 241, 243; *Frenz*, Handbuch Europarecht 3, Rn. 1319.

[825] Vgl. zum Kartellrecht *Frenz*, Handbuch Europarecht 2, Rn. 1548.

[826] Vgl. zum Kartellrecht *Frenz*, Handbuch Europarecht 2, Rn. 1548.

[827] *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 299.

[828] EuGH, Rs. 42/84, *Remia u. a./Kommission*, Slg. 1985, 2545 Rn. 34; EuGH, verb. Rs. 142/84 und 156/84, *Reynolds/Kommission*, Slg. 1987, 4487 Rn. 62; EuGH, Rs. C-56/93, *Belgien/Kommission*, Slg. 1996, I-723 Rn. 11; EuGH, verb. Rs. C-328/99 und C-399/00, *Italienische Republik und SIM 2 Multimedia SpA*, Slg. 2003, I-4035 Rn. 39.

[829] Vgl. zum Dienstrecht *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 291 ff.; *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 299; *ders.*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, S. 184.

von Auflagen in einer kartellrechtlichen Freistellungserklärung bereits in der Rechtssache *Transocean Marine Paint*[830] aus:

„(…) Allerdings setzt die Ausübung dieser Ermessensbefugnis voraus, dass die Kommission sich zuvor umfassend über die Einwände unterrichtet, welche die Unternehmen erheben könnten."[831]

Dieses Zitat deutet zumindest an, dass sich die Kommission umfassende Kenntnis über die Tatsachengrundlagen einer Nebenbestimmung zu verschaffen hat und der Gerichtshof diese voll überprüft.

II. Ermessensmissbrauch

Der Begriff des Ermessensmissbrauchs ist in Art. 263 Abs. 2 AEUV als einer der vier Aufhebungsgründe, die zur Begründetheit einer Nichtigkeitsklage führen, genannt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Handlung nur dann ermessensmissbräuchlich, wenn „aufgrund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien anzunehmen ist, dass sie zumindest vorwiegend zu anderen als den angegebenen Zwecken oder zur Umgehung eines im Vertrag vorgesehenen Verfahrens erlassen wurde"[832]. *Schwarze* formuliert insofern zutreffend, dass der Ermessensmissbrauch sich nicht durch einen objektiven Rechtsverstoß, sondern das Vorliegen einer subjektiv-rechtswidrigen Intention der Erlassbehörde auszeichne.[833] Infolge dieses engen Verständnisses des Ermessensmissbrauchs führt eine entsprechende Rüge nur sehr selten zur Begründetheit der Nichtigkeitsklage.[834]

Auch ein Ermessensmissbrauch beim Erlass von Nebenbestimmungen ist grundsätzlich möglich. Er liegt vor, wenn die Kommission eine Nebenbestimmung erlässt, mit der andere als die in der zugrunde liegenden Norm angegebenen Zwecke verfolgt werden. Der Zweck kann sich hierbei sowohl aus Primärrecht als auch aus der sekundärrechtlichen Ermächtigungsnorm ergeben.[835] Gleichwohl dürfte die Annahme eines Ermessensmissbrauchs im Hinblick auf eine Nebenbestimmung ebenso selten sein, wie im Allgemeinen auch. Zudem besteht hier die Besonderheit, dass die Rechtsfigur des Ermessensmissbrauchs in Konkurrenz zu derjenigen des Kopplungsverbots tritt. Beide Rechtsinstrumente knüpfen an den Zweck der Maßnahme an, so dass Überschneidungen naheliegen.

---

830 EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint*, Slg. 1974, 1063.

831 EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint*, Slg. 1974, 1063 Rn. 16.

832 EuGH, Rs. 69/83, *Lux/EuRH*, Slg. 1984, 2447 Rn. 30; EuGH, Rs. C-331/88, *Fedesa u.a.*, Slg. 1990, I 4023 Rn. 24; EuGH, Rs. 105/75, *Giuffrida/Rat*, Slg. 1976, 1395 Rn. 10/11-18; EuGH, Rs. C-156/93, *Parlament/Kommission*, Slg. 1995, I-2019 Rn. 31; EuGH, Rs. C-48/96 P, *Windpark Groothusen/Kommission*, Slg. 1998, I-2873 Rn. 52; EuGH, Rs. C-110/97, *Niederlande/Rat*, Slg. 2001, I-8763 Rn. 137; EuGH, Rs. C-492/01, *The Queen/Secretary of State for Health*, Slg. 2002, I-11453 Rn. 189.

833 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 320.

834 *Cremer* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 263 AEUV Rn. 90; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 320; *ders.* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 264 AEUV Rn. 81; *Ehricke* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 263 AEUV Rn. 86.

835 Vgl. zum EGKSV *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 315.

III. Ermessensgrenzen

1. Sachzusammenhang bzw. Kopplungsverbot

Das Kopplungsverbot ist aus dem deutschen Verwaltungsrecht hinlänglich bekannt. Es wird entweder in § 36 Abs. 3 VwVfG verortet oder als allgemeiner Rechtsgrundsatz aus dem Rechtstaatsprinzip hergeleitet.[836] Es besagt, dass die Zwecke der Nebenbestimmung nicht nur im Zusammenhang mit den Zwecken der Hauptregelung, sondern insbesondere mit denen des ihr zugrunde liegenden Gesetzes stehen müssen.[837] Andernfalls liegt ein Ermessensfehler vor, da das Verbot in § 36 Abs. 3 VwVfG als besondere Ermessensgrenze angesehen wird.[838]

Ein solches Kopplungsverbot im Sinne des Erfordernisses eines Sachzusammenhangs existiert auch im Unionsrecht.[839] Dies ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass es sich dabei um ein in der Rechtsstaatsidee verankertes Verbot handelt.[840] Darüber hinaus ist das Erfordernis des Sachzusammenhangs auch eine logische Folge des Verzichts auf eine ausdrückliche Ermächtigungsrundlage zum Erlass einer Nebenbestimmung. Folgt man der Argumentation, dass die Ermächtigung zur Ablehnung einer Begünstigung diejenige zum Erlass einer Begünstigung mit Nebenbestimmung umfasst, so müssen sich die Grenzen dieser Ermächtigungsgrundlage auch in Bezug auf die Nebenbestimmung niederschlagen. Der erforderliche Sachzusammenhang setzt in gewisser Weise das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bzw. den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes fort. Die Freiheit der Verwaltung, Nebenbestimmungen zu erlassen, findet ihre Grenze mithin dort, wo der Zweck des zum Erlass der Hauptregelung ermächtigenden Gesetzes nicht mehr gewahrt wird.

Wann genau dies der Fall ist, ist anhand des Einzelfalls durch Auslegung der entsprechenden Norm zu ermitteln. Keine Zweifel am Sachzusammenhang dürften bestehen, solange sich die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage in irgendeiner Weise in der Nebenbestimmung widerspiegeln. Nebenbestimmungen, die darauf abzielen, die Erlassvoraussetzungen der Begünstigung herzustellen, dienen stets dem Zweck des Gesetzes. Gleiches gilt für solche Nebenbestimmungen, die es bezwecken, die Voraussetzungen des Wirksambleibens der Hauptregelung sicherzustellen. Letzteres ist beispielsweise der Fall, wenn der Subventionszweck durch einen Widerrufsvorbehalt für den Fall der zweckwidrigen Verwendung gesichert wird. Hingegen ist es nicht von Relevanz, ob der verfolgte Zweck an sich sinnvoll oder erstrebenswert erscheint, solange er nicht in einem Sachzusammenhang mit

---

836 *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 30.

837 *Bumke* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, § 36 Rn. 147; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 146.

838 *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 144.

839 *Bleckmann* NVwZ 2004, 11, 14 f.

840 *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 144; *Mestmäcker/Bremer*, BB 1995, Beilage zu Heft 50, S. 25 ff.

der Ermächtigungsgrundlage steht. Beispielsweise ist es unzulässig, in wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen sozialpolitische Ziele zu verfolgen.[841]

Das Kopplungsverbot wirft zudem die Frage nach der Zulässigkeit einer Gegenleistung für die gewährte Begünstigung auf. Auch hierfür ist letztlich entscheidend, ob der Zweck einer solchen Gegenleistung von der Ermächtigungsnorm gedeckt ist. Interessant erscheinen in diesem Zusammenhang erneut die *TWD*-Entscheidungen der Unionsgerichte. Obschon dort weder der Begriff des Kopplungsverbots noch der des Sachzusammenhangs verwendet wird, wurde dort die Frage aufgeworfen, ob die Gewährung einer Beihilfe von der Erfüllung einer Gegenforderung abhängig gemacht werden durfte. Die Kommission hatte die Beihilfe genehmigt, ihre Auszahlung aber bis zur Rückzahlung einer bereits zuvor rechtswidrig gewährten Beihilfe ausgesetzt. Diese Verknüpfung von Genehmigung und Rückzahlung wurde von der Klägerin ausdrücklich angegriffen.[842] Das Gericht der Union bestätigte allerdings die Praxis der Kommission, indem es feststellte, dass nach der Darstellung der Kommission erst die Rückzahlung der alten Beihilfe die Vereinbarkeit der neuen Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt herbeiführen würde.[843] Die Bedingung soll demnach der Herstellung der Erlassvoraussetzungen gedient haben, was – wie soeben beschrieben – stets einen zulässigen Zweck darstellt. Der Gerichtshof bestätigte diese Linie in seinem Urteil.[844] Er sah die Verknüpfung als von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt an und stellte fest, dass die Kommission ihr Ermessen nicht überschritten habe.[845] Eine Auseinandersetzung mit dem Problem des Kopplungsverbots nahm ausschließlich Generalanwalt *Tesauro* in seinen Schlussanträgen vor, der nicht die Auffassung des Gerichts teilte, die Praxis der Kommission diene zur Herstellung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt.[846] Er führte aus:

„Unter diesen Umständen glaube ich nicht, dass der Kommission gestattet werden kann, die Zahlung von Beihilfen, die sie selbst ausdrücklich für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt hat, von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig zu machen, die sich überdies auf Sachverhalte beziehen, die (jedenfalls rechtlich) verschieden sind.“[847]

Im Weiteren geht der Generalanwalt auf die Zwecke des Genehmigungserfordernisses von Beihilfen ein, die gemäß Art. 107 AEUV darin bestehen, eine Beeinträchtigung des Handels und eine Verfälschung des Wettbewerbs zu verhindern. Beide Zwecke wurden nach der Ansicht *Tesauros* von der Bedingung der Rückzahlung nicht verfolgt. Dieser Ansatz ist folgerichtig. Sofern hier nicht die Herstellung der Vereinbarkeit der neuen Beihilfe mit dem Gemeinamen Markt bezweckt gewesen sein sollte, sondern die Kommission die

841 *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Art. 85 (3) EWG Rn. 1967.

842 EuG, Rs. T-244/93, *TWD/Kommission*, Slg. 1995, II-2265 Rn. 23 ff.

843 EuG, Rs. T-244/93, *TWD/Kommission*, Slg. 1995, II-2265 Rn. 51 f.

844 EuGH, Rs. 355/95 P, *TWD/Kommission*, Slg. 1997, I-2549.

845 EuGH, Rs. 355/95 P, *TWD/Kommission*, Slg. 1997, I-2549 Rn. 26 ff.

846 Schlussanträge des GA Tesauro, Rs. 355/95 P, *TWD/Kommission*, Slg. 1997, I-2549 Rn. 15.

847 Schlussanträge des GA Tesauro, Rs. 355/95 P, *TWD/Kommission*, Slg. 1997, I-2549 Rn. 17.

Rückforderung erleichtern oder beschleunigen wollte,[848] fehlt es an dem in Art. 108 AEUV vorgegebenen Zweck.

Gleiches dürfte auch in anderen Fällen des Wettbewerbsrechts gelten, wo der einzig legitime Zweck die Schaffung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt darstellt. Die Verfolgung anderer Zwecke stellt hier stets einen Verstoß gegen das Kopplungsverbot dar, auch wenn sie noch so vernünftig und sinnvoll erscheinen mögen. Hierzu sei ein weiteres Mal Generalanwalt *Tesauro* zitiert:

„Nun gebe ich zu, dass ein derartiges Ziel an sich höchst vernünftig sein kann, auch angesichts der bekannten Schwierigkeiten, denen die Versuche der Kommission, für die Rückzahlung rechtswidriger und/oder für mit dem Gemeinsamen Mark unvereinbar erklärter Beihilfen zu sorgen, in der Praxis häufig begegnen. Es bleibt aber dabei, dass ein solches Ziel mit den geeigneten Mitteln verfolgt werden muss.“[849]

2. Kompetenzzusammenhang

a. Der Kompetenzzusammenhang bei Nebenbestimmungen im Allgemeinen

An die Fragen des Kopplungsverbots knüpft unmittelbar das Erfordernis des Kompetenzzusammenhangs an.[850] Zum soeben beschriebenen Sachzusammenhang muss die sachliche Befugnis des handelnden Organs hinzukommen, gerade die miteinander verbundenen Angelegenheiten regeln zu dürfen.[851] Die Verwaltung darf auch bei dem Erlass von Nebenbestimmungen die Grenzen ihres Aufgabenbereiches nicht überschreiten.[852] Auch hierüber gibt die Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Hauptregelung Aufschluss, indem sie nicht nur den Zweck der Nebenbestimmung bestimmt, sondern gleichzeitig den Kompetenzrahmen absteckt. Das Erlassorgan hat demgemäß die dort aufgezeigten Grenzen der materiellen Zuständigkeit zu beachten. An dieser Stelle sei nochmals an die Rechtssache *Transocean Marine Paint*[853] erinnert, wo der Gerichtshof klarstellte, dass der weite Ermessensspielraum der Kommission sie nicht von der Verpflichtung entbinde, die ihrer Zuständigkeit gesetzten Schranken zu beachten.[854]

---

[848] So Schlussanträge des GA Tesauro, Rs. 355/95 P, *TWD/Kommission*, Slg. 1997, I-2549 Rn. 19.

[849] Schlussanträge des GA Tesauro, Rs. 355/95 P, *TWD/Kommission*, Slg. 1997, I-2549 Rn. 20.

[850] *Mestmäcker/Bremer*, BB 1995, Beilage zu Heft 50, S. 25 ff. behandelt den Kompetenzzusammenhang als Unterfall des Kopplungsverbots.

[851] *Mestmäcker/Bremer*, BB 1995, Beilage zu Heft 50, S. 26; *Bleckmann* NVwZ 2004, 11, 13.

[852] Vgl. zum deutschen Recht *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 147 m.w.N.; *Schachel*, DVBl. 1980, 1038, 1040 zu Geldleistungsauflagen; *Störmer* in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, § 36 VwVfG Rn. 80; hinsichtlich § 56 VwVfG hat das BVerwG den Bezug von Leistung und Gegenleistung zum Aufgabenbereich der Behörde ausdrücklich geprüft, BVerwGE 84, 236, 238.

[853] EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint/Kommission*, Slg. 1974, 1063 ff.

[854] EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint/Kommission*, Slg. 1974, 1063 ff. Rn. 16; so auch EuG, Rs. T-289/01, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Kommission*, Slg. 2007, II-1691 Rn. 153.

Dementsprechend ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob das in einer Nebenbestimmung geforderte Verhalten noch unter die Kompetenznorm subsumiert werden kann. Dies dürfte angesichts des durch den Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung angewandten Gebots des „effet utile" in der Regel der Fall sein. Gemäß dieser am Aspekt der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts orientierten Auslegung ist jede Norm so auszulegen, dass sie ihre volle Wirkung entfalten kann.[855] Sollte die praktische Wirksamkeit eine bereichsfremde Nebenbestimmung aber nicht erfordern, ist diese ermessensfehlerhaft ergangen. Der Verstoß gegen den Kompetenzzusammenhang begründet einen Ermessensfehler in Form einer Überschreitung der materiellrechtlichen Zuständigkeit.[856]

Das Vorliegen eines solchen Ermessensfehlers scheidet im Hinblick auf solche Nebenbestimmungen aus, deren Funktion sich darin erschöpft, die Begünstigung in ihrem Anwendungsbereich einzuschränken, wie dies zum Beispiel bei einer Befristung in zeitlicher Hinsicht der Fall ist. Die beschränkte Begünstigung stellt in diesen Fällen schlicht ein Minus im Vergleich zu ihrer unbeschränkten Gewährung dar und ist damit immer von der Kompetenz zum Erlass einer unbeschränkten Begünstigung umfasst. Wird die Hauptregelung dagegen durch eine Nebenbestimmung mit eigenem Regelungsinhalt ergänzt, so tritt diese zur Hauptregelung hinzu und kann damit gleichzeitig über den von der Kompetenznorm abgedeckten Bereich hinausgehen. So können insbesondere Auflage und Potestativbedingung grundsätzlich an jegliches Verhalten des Adressaten anknüpfen. Das Verhalten kann damit auch Gesichtspunkte betreffen, die außerhalb der jeweiligen Unions- und Kommissionskompetenzen liegen.

b. Der Kompetenzzusammenhang bei Nebenbestimmungen im Bereich der Finanzhilfen für überschuldete Eurostaaten

Problematisch erscheint der Kompetenzzusammenhang insbesondere im Bereich der Finanzhilfen für überschuldete Eurostaaten. Die an die Finanzhilfe gekoppelten wirtschaftspolitischen Bedingungen[857] knüpfen an das Verhalten des betroffenen Mitgliedstaates in internen Angelegenheiten an. Sie beziehen sich auf die Strategie für den Finanzsektor, die Haushaltskonsolidierungsstrategie sowie auf Strukturreformen und erfordern so den Erlass bestimmter Gesetze in Bereichen, in denen die Union grundsätzlich keine Kompetenz inne hat. Grundsätzlich obliegt ihr nicht die Kontrolle der Ressourcenverwendung in den Mitgliedstaaten.[858]

Die Kompetenz für den Erlass wirtschaftspolitischer Bedingungen im Rahmen des EFSM kann sich alleine aus Art. 122 Abs. 2 AEUV ergeben, auf den die EFSM-VO gestützt

---

[855] Vgl. EuGH, Rs. 34/62, *Deutschland/Kommission*, Slg. 1963, 287, 318; EuGH, Rs. 246/80, *Broekmeulen*, Slg. 1981, 2311, 2328; EuGH, Rs. 9/70, *Grad*, Slg. 1970, 825, 838; EuGH, Rs. 41/74, *Van Duyn*, Slg. 1974, 1337; EuGH, verb. Rs. C-143/88 u. C-92/89, *Süderdithmarschen*, Slg. 1991, I-415, 540 ff.

[856] Vgl. zu diesem Zusammenhang im deutschen Recht *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, S. 259.

[857] Vgl. dazu Teil 3 § 2 D II 2 a ii, S. 71.

[858] Vgl. *Zimmer/Blaschczok*, WuW 2010, 142, 144 m.w.N.

wurde.[859] Diese Norm erlaubt dem Rat auf Vorschlag der Kommission[860] die Gewährung finanziellen Beistands in Ausnahmesituationen und „unter bestimmten Bedingungen". In Ermangelung einer weiteren Konkretisierung ist die Norm hinsichtlich des zulässigen Inhalts der Bedingungen auszulegen, wobei stets die praktische Wirksamkeit der Regelung zugrunde zu legen ist. Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich, dass die Finanzhilfe die Überwindung einer bestimmten Krisensituation bezweckt. Da sie aus konkretem Anlass gewährt wird, kann sie grundsätzlich auch an Bedingungen hinsichtlich ihrer Verwendung geknüpft werden.[861] Es ist daher logisch, dass mit dem Beistand ebenso Maßnahmen verbunden sein können, die der betreffende Mitgliedstaat ergreifen soll, um die Krisensituation abzuwenden. Hierzu gehört auch die Korrektur seiner Wirtschaftspolitik, sofern die Krisensituation auf einer verfehlten Wirtschaftspolitik beruht.[862] Die Bedingungen müssen dann – wie die Finanzhilfe selbst – konsequenterweise den Zweck verfolgen, die Krise zu überwinden, was nur durch eine Veränderung der Wirtschaftspolitik möglich ist. Demnach sind wirtschaftspolitische Bedingungen und Auflagen nach dem Zweck der Norm abgedeckt[863] und die Kompetenz des Unionsgesetzgebers umfasst deren Erlass im Grundsatz. Diesem Eingriff in ursprünglich innerstaatliche Angelegenheiten haben die Mitgliedstaaten mit der Vertragsratifizierung zugestimmt. Allerdings sind stets die allgemeinen gesetzten Grenzen, wie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Dabei finden die nachfolgenden Ausführungen Anwendung.

3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

a. Bedeutung und Reichweite des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wurde bereits lange vor seiner Kodifizierung durch den Gerichtshof als allgemeiner Rechtsgrundsatz basierend auf den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten[864] anerkannt[865] und in zahllosen Entscheidungen angewandt[866]. Es findet heute in den verschiedensten Regelungen des Vertrages – insbesondere in Art. 5 Abs. 4

---

[859] Dies setzt voraus, dass die Euro-Krise ein außergewöhnliches Ereignis im Sinne des Art. 122 Abs. 2 AEUV darstellt. Dies für zumindest vertretbar halten *Bandilla* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 122 AEUV Rn. 27; *Weber*, EuZW 2011, 935, 937 m.w.N.; kritisch *Rathke*, DÖV 2011, 753, 754; *Thym*, EuZW 2011, 167, 169.

[860] Vgl. zur dominierenden Rolle des Europäischen Rates und der schwachen Beteiligung des Europäischen Parlaments im Sinne des institutionellen Gleichgewichts *Calliess*, NVwZ 2012, 1 ff.

[861] *Häde* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 122 AEUV Rn. 13; *Bandilla* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 122 AEUV Rn. 21; *Kempen* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 122 AEUV Rn. 11.

[862] *Häde* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 122 AEUV Rn. 13.

[863] *Bandilla* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 122 AEUV Rn. 21.

[864] Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten: *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 48 ff.; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 663 ff.; *ders.* in: ders., EU-Kommentar, Art. 5 EUV Rn. 35 ff.

[865] Die Anerkennung erfolgte spätestens mit der Entscheidung EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide-und Futtermittel*, Slg. 1970, 1125.

[866] *Von Danwitz*, EWS 2003, 393, 393 m.w.N.

EUV – seinen Ausdruck.[867] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird auch als Prüfungsmaßstab hinsichtlich des Verwaltungshandelns der Union herangezogen.[868] Seine Relevanz wird insbesondere im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Union deutlich, wo er als „übergreifendes Prinzip zur Begrenzung der Wirtschaftsverwaltung in der Gemeinschaft“[869] sowie als der „wichtigste allgemeine Rechtsgrundsatz im Bereich des Wirtschaftsrechts“[870] bezeichnet wurde.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entstammt dem deutschen Verwaltungsrecht.[871] Dementsprechend folgt der Gerichtshof grundsätzlich der in Deutschland geläufigen dreistufigen Verhältnismäßigkeitsprüfung, die sich aus den Elementen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit zusammensetzt.[872] Dennoch kann von einer vollständigen Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Verwaltungsrecht nicht die Rede sein. Die dreistufige Prüfung der Verhältnismäßigkeit wird durch die Unionsgerichte nicht auf allen Rechtsgebieten gleich stringent angewandt, sondern zumeist durch eine nur zweistufige oder gar einstufige Prüfung ersetzt.[873] Zuweilen – insbesondere auf dem Gebiet der Agrarpolitik[874] – beschränkte sich der Gerichtshof auf die Prüfung der Geeignetheit.[875]

An der Geeignetheit einer Maßnahme fehlt es nur dann, wenn die Maßnahme bei ihrem Erlass zur Erreichung des angestrebten Ziels offensichtlich ungeeignet ist.[876] Der Beurteilungsspielraum des erlassenden Organs ist dementsprechend weit, die Kontrollintensität durch den Gerichtshof gering.[877] Dies erschließt sich vor dem Hintergrund, dass komplexe wirtschaftliche Maßnahmen hinsichtlich ihrer Wirkungen in der Regel einen Unsicherheitsfaktor aufweisen.[878] Die Erforderlichkeit bejaht der Gerichtshof, wenn zwischen

---

867 Vgl. insbesondere auch Art. 36, 102 lit. a), 106 Abs. 3 AEUV.

868 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 838.

869 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 831.

870 *Gündisch*, Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs , in: Schwarze (Hrsg.), Das Wirtschaftsverwaltungsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung, S. 97, 108.

871 *Von Danwitz*, EWS 2003, 393, 394 und 401; *Schwarze* in: ders., Instrumente zur Durchsetzung des Europäischen Wettbewerbsrechts, S. 75, 83.

872 So beispielsweise EuGH, Rs. 265/87, *Schräder/Hauptzollamt Gronau*, Slg. 1989, 2269 Rn. 21; *Von Danwitz*, EWS 2003, 393, 395 m.w.N.

873 *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, S. 204.

874 Vgl. allgemein zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit in der Agrarpolitik *Craig*, EU Administrative Law, S. 593 ff.

875 So beispielsweise in EuGH, Rs. 138/78, *Stoelting/Hauptzollamt Hamburg*, Slg. 1979, 713 Rn. 7; EuGH, Rs. C-289/93, *Bananenmarktordnung*, Slg. 1994, I-4973, 5068 Rn. 90 f.

876 Vgl. EuGH, Rs. 40/72, *Schroeder/Deutschland*, Slg. 1973, 125 Rn. 14; EuGH, Rs. C-150/94, *Großbritannien/Rat*, Slg. 1998, I-7235 Rn. 83; EuGH, Rs. C-452/00, *Niederlande/Kommission*, Slg. 2005, I-6645 Rn. 102 ff.; *Kischel*, EuR 2000, 380, 386; *Von Danwitz*, EWS 2003, 393, 395 m.w.N.

877 *Calliess* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 52.

878 *Kischel*, EuR 2000, 380, 386 mit Hinweis auf EuGH Rs. 40/72, *Schröder/Bundesrepublik Deutschland*, Slg. 1973, 125 Rn. 14.

mehreren gleich geeigneten Maßnahmen die am wenigsten belastende gewählt wird.[879] Zuweilen dringt der Gerichtshof soweit in diese Prüfung vor, dass er im Einzelnen Möglichkeiten und Grenzen weniger einschneidender Alternativmaßnahmen beleuchtet.[880] Allerdings erfährt auch die Erforderlichkeit eine Einschränkung dadurch, dass der Verwaltung bei rechtssetzenden Maßnahmen auf dem Gebiet der Wirtschaftspolitik ein weiter Ermessensspielraum zuerkannt wird.[881] So zieht es der Gerichtshof oftmals vor, sich einer Auseinandersetzung mit Alternativmaßnahmen von vorneherein zu entziehen und seine Ausführungen auf die Feststellung zu beschränken, dass an der Erforderlichkeit der Maßnahmen angesichts des weiten Ermessenspielraums der Gemeinschaftsorgane jedenfalls im Ergebnis kein Zweifel bestehe.[882] Die Durchsicht der Rechtsprechung des Gerichtshofs zeigt außerdem, dass eine eigenständige Prüfung der Angemessenheit einer Maßnahme sich nach und nach als fester Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung etabliert.[883]

b. Die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auf Nebenbestimmungen

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss jede Nebenbestimmung zur Erreichung des von ihr angestrebten Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein. Auf jeder der drei Stufen ist daher das Zusammenspiel von Mittel und Zweck zu betrachten. Auf der Stufe der Geeignetheit stellt sich die Frage, ob die Nebenbestimmung den durch sie angestrebten Zweck überhaupt fördern kann. Die verschiedenen möglichen Zwecke einer Nebenbestimmung wurden bereits ausführlich erörtert.[884] An sie ist an dieser Stelle anzuknüpfen. Dient die Nebenbestimmung beispielsweise dem Zweck, die Erlassvoraussetzungen herbeizuführen bzw. einen Versagungsgrund auszuräumen, so muss sie dies auch tatsächlich tun.[885] Allerdings gilt auch hier nach der Rechtsprechung der Prüfungsmaßstab der offensichtlichen Ungeeignetheit.[886]

Darüber hinaus verlangt die Erforderlichkeit, dass die gewählte Nebenbestimmung das mildeste Mittel zur Zweckerreichung darstellt, wobei die Mittel gleich geeignet sein müssen. Hierfür sind folglich sämtliche Alternativen heranzuziehen, die zur Erreichung des Zwecks gleich gut geeignet sind. Unter ihnen ist sodann diejenige Alternative zu wählen, die am

---

879 So beispielsweise in EuGH, Rs. 265/87, *Schräder/Kommission*, Slg. 1989, 2269 Rn. 20; EuGH, Rs. C-8/89, *Zardi/Consorzio agrario provinciale di Ferrara*, Slg. 1990, I-2515 Rn. 10; EuGH, Rs. 295/94, 1996, *Hüpeden/Hauptzollamt Hamburg*, Slg. I-3375 Rn. 14.

880 *Kischel*, EuR 2000, 380, 387 m.w.N; *Von Danwitz*, EWS 2003, 393, 399 m.w.N.

881 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 835.

882 So beispielsweise in EuGH, Rs. C-280/93, *Deutschland/Rat*, Slg. 1994, I-5068 Rn. 94 f.; *Von Danwitz*, EWS 2003, 393, 399 m.w.N.

883 Vgl. EuGH, Rs. C-15/10, *Etimine SA*, Slg. 2011-0000 Rn. 124; EuGH, Rs. C-176/09, *Luxemburg/EP und Rat*, Slg. 2011, I-3727 Rn. 61 ; EuGH, Rs. C-343/09, *Afton Chemical Limited*, Slg. 2010, I-7027 Rn. 45; EuGH, Rs. C-33/08, *Agrana Zucker GmbH*, Slg. 2009, I-5035 Rn. 31.

884 Vgl. dazu Teil 2 § 1 C, S. 24.

885 Vgl. zum deutschen Recht *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, S. 257; *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 195.

886 EuG, Rs. T-371/94 u.a., *British Airways* u.a., Slg. 1998, II-2405 Rn. 293; EuG, Rs. T-123/97, *Salomon*, Slg. 1999, II-2925 Rn. 117.

wenigsten in die Rechtsposition des Adressaten eingreift. Die Versagung der Begünstigung stellt kein milderes Mittel im Vergleich zur Begünstigung mit Nebenbestimmung dar. Hingegen ist der Erlass einer Begünstigung ohne Nebenbestimmung zwar weniger belastend, ist aber nicht geeignet, den mit der Nebenbestimmung verfolgten Zweck zu erfüllen. Die Einschränkung der Begünstigung kann beispielsweise auch durch eine Teilgenehmigung erfolgen; diese stellt aber in aller Regel wiederum kein milderes Mittel dar, da sie gleichzeitig eine Teilversagung enthält.

Im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit muss des Weiteren die Art der Nebenbestimmung Berücksichtigung finden, da die verschiedenen Nebenbestimmungen einen unterschiedlichen Belastungsgrad aufweisen. Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob die Auflage im Verhältnis zur aufschiebenden Potestativbedingung ein milderes Mittel darstellt. Dies kann immer dann dahinstehen, wenn die Bedingung den Zweck verfolgt, die Erlassvoraussetzungen zu schaffen bzw. einen Versagungsgrund auszuräumen. In diesen Fällen ist die Auflage schon nicht gleich geeignet wie die Bedingung, da sie nicht garantieren kann, dass die Erlassvoraussetzungen bei Wirksamwerden der Begünstigung bereits geschaffen worden sind.[887] Allerdings können Auflage und Bedingung in anderen Fällen durchaus gleich geeignet sein. Dann stellt die Auflage nach einer verbreiteten Ansicht in der Literatur in der Regel ein milderes Mittel im Vergleich zur Bedingung dar, da sie die Wirksamkeit der Begünstigung unangetastet lässt und der Adressat somit umgehend von ihr profitiert.[888] Fraglich erscheint jedoch, ob diese Überlegung, die maßgeblich aus dem deutschen Recht stammt,[889] unbesehen auf das Unionsrecht übertragen werden kann. Dagegen spricht zunächst, dass Bedingungen und Auflagen nach dem Wortlaut der im Wettbewerbsrecht vorhandenen Normen teilweise unterschiedliche Zwecke verfolgen, wie Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 659/1999 zeigt.[890] Aber auch bei einheitlichem Wortlaut kann den beiden Nebenbestimmungsformen eine verschiedene Zielsetzung zukommen, wie dies im Fusionskontrollrecht der Fall ist.[891] Infolge der unterschiedlichen Zielsetzung dürften Bedingungen und Auflagen je nach verfolgtem Zweck auch in diesen Fällen unterschiedlich geeignet sein. Gegen eine Abstufung spricht darüber hinaus das Urteil des Gerichts der Union in der Rechtssache *Der Grüne Punkt*[892]. Dort wandte sich die Klägerin gegen eine Auflage, die im Rahmen einer Freistellungsentscheidung gemäß der Verordnung Nr. 17 ergangen war. Bemerkenswert ist hierbei zunächst, dass die Klägerin geltend machte, die Kommission hätte nur eine Nebenbestimmung in der Form einer Bedingung und nicht in der Form einer Auflage erlassen dürfen, da die mit einer Auflage verbundenen Rechtsfolgen schwerer wögen als die

---

887 Ähnlich auch *Heidenhain*, EuZW 1994, 135, 136; zum deutschen Fusionskontrollrecht *Herfarth*, WuW 2004, 584, 593; a. A. *Fuchs*, WuW 1996, 269, 279 unter Hinweis auf die erforderliche deklaratorische Feststellung.

888 Vgl. *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 45; ähnlich auch *Heidenhain*, EuZW 1994, 135, 136; *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 386; *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform, S. 86; a.A. *Weyreuther*, DVBl. 1969, 232, 237.

889 *Erichsen/Ehlers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 9; *Henneke* in: Knack/ders., VwVfG, § 36 Rn. 43; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 36 Rn. 34 m.w.N.

890 Vgl. dazu Teil 3 § 2 C 3, S. 62.

891 Vgl. dazu Teil 3 § 2 A 2 d, S. 47.

892 EuG, Rs. T-289/01, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Kommission*, Slg. 2007, II-1691.

einer Bedingung.[893] Zur Begründung führte die Klägerin an, die Kommission könne im Falle einer Zuwiderhandlung gegen eine Auflage ihre Entscheidung widerrufen oder ändern, den Beteiligten bestimmte Handlungen untersagen und eine Geldbuße verhängen. Dies ist umso bemerkenswerter, als der Rechtssache ein deutscher Fall zugrunde lag und die deutsche Literatur – wie soeben aufgezeigt – in weiten Teilen die gegenteilige Auffassung vertritt.

Das Gericht lehnte jedoch nicht nur die von der Klägerin angeführte, sondern ebenso die umgekehrte Rangfolge im Sinne der Erforderlichkeit zwischen Auflage und Potestativbedingung ab, indem es ausführte:

„Hervorzuheben ist jedoch, dass nach Art. 8 Abs. 1 der Verordnung Nr. 17 Freistellungsentscheidungen mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden dürfen, ohne dass dort klargestellt würde, nach welchen Kriterien die Kommission zwischen diesen beiden Möglichkeiten zu wählen hat. Da Art. 81 Abs. 3 EG zugunsten der Unternehmen eine Ausnahme von dem allgemeinen Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG darstellt, muss der Kommission außerdem im Hinblick auf die Modalitäten der Freistellungserklärung unbeschadet der Verpflichtung, die ihrer Zuständigkeit in Art. 81 EG gesetzten Schranken zu beachten, ein weiter Ermessensspielraum zustehen.“[894]

Hieraus folgt, dass ein Rangverhältnis jedenfalls dann nicht angenommen werden kann, wenn Bedingung und Auflage in einer Norm nebeneinander vorgesehen sind und ein weiter Ermessensspielraum der Kommission besteht. Dies dürfte zumindest für das gesamte Wettbewerbsrecht gelten. Außerhalb dieses Bereichs kann die Einstufung der Auflage als milderes Mittel jedoch ebenso angenommen werden, wie dies im deutschen Recht der Fall ist.

Im Verhältnis zur auflösenden Bedingung stellt regelmäßig der Widerrufsvorbehalt ein milderes Mittel dar. Dieser beseitigt die Wirksamkeit nicht automatisch, sondern macht eine weitere Entscheidung durch das Organ erforderlich.[895] Etwas anders fällt der Vergleich zwischen auflösender Befristung und Widerrufsvorbehalt aus. Einerseits ist die Befristung für den Adressaten insofern weniger belastend, als das Wirksamkeitsende für ihn bestimmbar ist. Der Widerruf durch das Organ kann hingegen völlig überraschend kommen. Andererseits bleibt es jedoch dabei, dass der Widerrufsvorbehalt eine weitere Entscheidung des Organs erfordert, während die Unwirksamkeit im Falle der Befristung automatisch eintritt. Welches Mittel das mildere ist, lässt sich daher pauschal nicht feststellen.[896]

Schließlich kann der Belastungsgrad auch innerhalb einer Kategorie von Nebenbestimmungen variieren, was jeweils vom konkreten Inhalt der Nebenbestimmung abhängig ist. Generalisierend lässt sich hierzu nur feststellen, dass eine Potestativbedingung in der Regel das mildere Mittel im Vergleich zur kasuellen Bedingung darstellen dürfte, da der Adressat

---

[893] EuG, Rs. T-289/01, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Kommission*, Slg. 2007, II-1691 Rn. 152.

[894] EuG, Rs. T-289/01, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Kommission*, Slg. 2007, II-1691 Rn. 153.

[895] So zum deutschen Recht *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 201.

[896] So zum deutschen Recht *Schneider*, Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozess, S. 68 f.

Einfluss auf den Eintritt des Ereignisses nehmen kann.[897] Im Kartellrecht ist weiterhin anerkannt, dass verhaltensbezogene Verpflichtungszusagen weniger belastend sind, als strukturbezogene.[898] Ebenso sind Widerrufs- und Auflagenvorbehalte, die an ein konkretes Ereignis anknüpfen, infolge der Vorhersehbarkeit des Ereigniseintritts als milderes Mittel im Vergleich zu denjenigen Vorbehalten einzustufen, die es dem Organ ermöglichen, jederzeit eine abändernde Entscheidung herbeizuführen.

Auf der dritten Stufe ist sodann die Frage der Angemessenheit zu stellen. Hierbei findet eine Abwägung statt, bei der Mittel und Zweck in Relation gestellt werden. Je schärfer das Mittel, desto höher muss der Zweck angesiedelt sein, um das Kriterium der Angemessenheit zu erfüllen. Auch im Falle von faktisch ausgehandelten Nebenbestimmungen und solchen, die auf einer Zusage beruhen, ist die Angemessenheit stets zu prüfen. Die damit einhergehende Zustimmung der Adressaten entbindet die Kommission nicht von der Einhaltung der Angemessenheit, da es sich letztlich dennoch um den einseitigen Gesetzesvollzug durch die Kommission handelt.[899]

§ 6 ZUSAMMENFASSUNG

Neben der Kompetenz der Union zum Erlass der Nebenbestimmung ist im Zuge der Rechtmäßigkeitsprüfung zunächst zu untersuchen, ob eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage in Form eines Gesetzgebungsaktes vorliegt. Dieses Erfordernis knüpft unmittelbar an die belastende Wirkung der Nebenbestimmung an. Kommt der Nebenbestimmung zugleich eine relativ begünstigende Wirkung im Vergleich zur ebenso möglichen Ablehnung zu, so ist eine Ermächtigungsgrundlage entbehrlich.

Die formellen Aspekte der Anhörung, der Begründung und der Akteneinsicht sind teilweise im Sekundärrecht geregelt. Sofern dies nicht der Fall ist, ist ein Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze oder Normierungen in den Verträgen erforderlich. Diese finden in Bezug auf Nebenbestimmungen ebenso Anwendung wie bei Hauptregelungen. Sonderregelungen bestehen jedoch insbesondere in der Fusionskontrolle und im Beihilfenaufsichtsrecht hinsichtlich der Verfahrensrechte Dritter.

Die Anforderungen an die materielle Rechtmäßigkeit einer Nebenbestimmung hängen zunächst davon ab, ob eine Ermächtigungsgrundlage besteht, die diese vorgibt oder nicht. Unabhängig hiervon gelten jedoch allgemeine Voraussetzungen, die sowohl an die Hauptregelung als auch an die Nebenbestimmung selbst anknüpfen. Die Hauptregelung muss nicht nur rechtmäßig sein, sondern darf Nebenbestimmungen auch nicht aus Gründen der Rechtssicherheit ausschließen. Zudem darf die Nebenbestimmung selbst nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Hierunter fallen auch sämtliche abstrakt-generellen Sekundärrechtsakte. Daneben können insbesondere Unbestimmtheit und Unmöglichkeit zur Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung führen. Die tatsächliche Unmöglichkeit einer

[897] Vgl. *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 201 f.

[898] *Frenz*, Handbuch Europarecht 2, Rn. 1548; *Hirsbrunner/Rhomberg*, EWS 2005, 61, 64.

[899] *Harmjanz*, Auflagen und Bedingungen, S. 122.

Nebenbestimmung lässt in der Regel zugleich deren Geeignetheit entfallen. Anders kann sich dies aber darstellen, wenn sie erst nachträglich auftritt. Rechtliche Unmöglichkeit tritt wiederum insbesondere bei der fehlenden und rechtlich nicht erzwingbaren Mitwirkung Dritter ein. Hingegen kann sie nicht durch kollidierende nationale Vorschriften entstehen. Diese treten nach allgemeinen Grundsätzen hinter das Unionsrecht zurück. Es ist zudem festzuhalten, dass drittbelastende Nebenbestimmungen sind grundsätzlich zulässig sind. Ermessensfehler entstehen nicht nur durch fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts oder Ermessensmissbrauch. Die Erlassbehörde hat darüber hinaus den Sachzusammenhang wie auch Kompetenzzusammenhang zu wahren. Besondere Bedeutung kommt daneben dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu.

TEIL 5 RECHTSFOLGEN DER NICHTBEACHTUNG EINER NEBENBESTIMMUNG

Die Frage nach den Folgen der Nichtbeachtung einer Nebenbestimmung stellt sich nur, wenn die Nebenbestimmung überhaupt an ein Verhalten des Adressaten anknüpft. Somit verbleiben die Auflage und die Potestativbedingung als Anwendungsfälle der Nichtbefolgung. Welche Konsequenzen sich aus einer Nichtbeachtung dieser beiden Nebenbestimmungen ergeben, ist zunächst anhand des entsprechenden Sekundärrechts der Union zu untersuchen. Ausgehend hiervon soll sodann der Versuch der Ableitung allgemeiner Grundsätze unternommen werden.

§ 1 RECHTSFOLGEN DER NICHTBEACHTUNG EINER POTESTATIVBEDINGUNG

A. Rechtsfolgen der Nichtbeachtung einer Potestativbedingung im Sekundärrecht

I. Entfallen der Wirksamkeit

Im Fusionskontrollrecht ist allgemein anerkannt, dass die Bedingung automatisch auf die Wirksamkeit der Freigabe einwirkt,[900] auch wenn dies nicht explizit in der Fusionskontrollverordnung geregelt ist. Die Kommission geht ganz selbstverständlich vom Entfallen der Wirksamkeit aus, wie sie es beispielsweise in der Entscheidung *Thomson/Reuters* erwähnt.[901] Kann eine aufschiebende Bedingung endgültig nicht mehr erfüllt werden, wird die Vereinbarkeitsentscheidung gar nicht erst wirksam; im Falle des Eintritts einer auflösenden Bedingung entfällt die Wirksamkeit.[902] Damit fällt die

[900] *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, S. 319; *Heidenhain*, EuZW 1994, 135, 136; *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 40 f.; *Rosenthal/Thomas*, European Merger Control, D Rn. 144, 147.

[901] Entscheidung vom 19.02.2008, COMP/M.4726, *Thomson Corporation/Reuters Group*, ABl. Rn. 518: "Where a condition is not fulfilled, the Commission decision declaring the merger to be compatible with the common market no longer stands."

[902] *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 331; *Rosenthal/Thomas*, European Merger Control, D Rn. 144.

Genehmigung der Fusion ohne eine weitere Entscheidung der Kommission weg.[903] Es steht der Kommission aber nichtsdestotrotz frei, die Unwirksamkeit des Freigabebeschlusses festzustellen. Diese Feststellung ist rein deklaratorischer Natur, kann aber gerade in Zweifelsfällen aus Gründen der Rechtssicherheit durchaus sinnvoll sein.[904]

Die Rechtsfolgen der Nichterfüllung einer Bedingung waren auch in der Verordnung Nr. 17 nicht ausdrücklich geregelt, sondern ergaben sich aus der Rechtsnatur der Bedingung selbst.[905] Gleiches gilt für alle anderen Bedingungen, die durch das Sekundärrecht zugelassen werden, sofern die Nichtbeachtung keine atypischen Wirkungen auslöst.[906]

II. Verhängung einer Geldbuße und Widerruf der Begünstigung

Als weitere Rechtsfolge der Nichtbeachtung einer Bedingung sieht Art. 14 Abs. 2 lit. d) FKVO die Festsetzung einer Geldbuße vor. Dies widerspricht der eigentlichen Rechtsnatur der Bedingung, bei der als einzige Folge der Nichtbeachtung die Unwirksamkeit der Begünstigung eintritt und weitere Sanktionen ausscheiden.[907] Dieser Konzeption war die Vorgängerverordnung gefolgt, die eine Geldbuße nur für den Fall der Zuwiderhandlung gegen eine Auflage vorsah.[908] Die Verordnung Nr. 17 sah eine Geldbuße hingegen generell nicht vor.[909] Allerdings spielt die Möglichkeit der Verhängung einer Geldbuße auch unter der Fusionskontrollverordnung in der Praxis kaum eine Rolle.[910] In anderen Verordnungen ist eine solche Rechtsfolge gar nicht erst vorgesehen.

Die Möglichkeit eines Widerrufs bei Nichtbeachtung einer Bedingung erscheint zunächst in Anbetracht des eindeutigen Wortlauts der Art. 6 Abs. 3 lit. b) und Art. 8 Abs. 6 lit. b) FKVO ausgeschlossen. Dennoch gehen zum Beispiel *Emberger/Peter* davon aus, dass die Kommission die Freigabe in diesem Fall zwar nicht widerrufen müsse, die Vorschriften über den Widerruf aber aus Gründen der Rechtssicherheit auf sämtliche Zusagen Anwendung fänden.[911] Dies erscheint nicht nur angesichts des Wortlauts bedenklich, sondern ist darüber hinaus in keiner Weise erforderlich, weil das automatische Entfallen der

---

[903] *Emberger/Peter* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 46; *Rosenthal/Thomas*, European Merger Control, D Rn. 147.

[904] Vgl. Art. 8 Abs. 7 lit. a-ii FKVO; *Fuchs*, WuW 1996, 269, 279; *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, S. 319; *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 73 und Art. 8 Rn. 187.

[905] *de Bronett* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, Verordnung Nr. 17, Art. 8 Rn. 4; *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Art. 85 (3) EWG Rn. 1965.

[906] Vgl. dazu Teil 5 § 1 A III, S. 133.

[907] So *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 332.

[908] Art. 14 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

[909] *de Bronett* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, Verordnung Nr. 17, Art. 8 Rn. 4 begründet dies interessanterweise mit der Unzulässigkeit von Potestativbedingungen, die zur Folge hat, dass eine Bedingung immer außerhalb der Einflusssphäre des Antragstellers liege.

[910] *Emberger/Peter* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 46.

[911] *Emberger/Peter* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 46 und 73.

Freigabeentscheidung einen Widerruf derselben überflüssig macht.[912] Die Kommission kann auch ohne Widerruf der Freigabe deklaratorisch feststellen, dass die Bedingung nicht beachtet wurde und die Freigabe dementsprechend hinfällig ist.[913] Eine deklaratorische Feststellung steht dem Widerruf in Sachen Rechtssicherheit um nichts nach.

III. Die atypischen Rechtsfolgen im Bereich der Finanzhilfen

Art. 4 und 5 Abs. 2 und 3 EFSM-VO sehen vor, dass die Kommission in regelmäßigen Abständen überprüft, ob die Wirtschaftspolitik des begünstigten Mitgliedstaates mit den festgelegten Bedingungen übereinstimmt. Aufgrund der Ergebnisse dieser Überprüfung entscheidet die Kommission sodann über die Freigabe der Raten und Mittel. Eine vergleichbare Regelung findet sich in Art. 3 Abs. 2 lit. c) und 5 Abs. 1 Finanzhilfe-VO. Auch nach dieser Norm erfolgt die Auszahlung der Finanzhilfe in mehreren Tranchen, wobei die Freigabe der einzelnen Tranchen von den Ergebnissen abhängt, die bei der Durchführung des Programms erreicht wurden.

Damit wird aber weder die Wirksamkeit der Positiventscheidung noch die Wirksamkeit der Freigabe bedingt. Während der begünstigende Beschluss unabhängig von der Erfüllung der Bedingung wirksam bleibt, ist der Erlass der Freigabeentscheidung selbst ungewiss. Dieser erfolgt nur bei Erfüllung der Bedingungen. Bedingt ist damit der Erlass der Freigabeentscheidung selbst, wobei die Freigabe jeder Rate an andere Bedingungen geknüpft sein kann. In Ermangelung von Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Begünstigung kann es sich bei dieser Konstruktion nur um eine Bedingung mit atypischer Rechtsfolge handeln. Dabei fällt auf, dass die Konstruktion an zivilrechtliche Bedingungen erinnert. Im Zivilrecht kann eine einzelne Pflicht unter eine Bedingung gestellt werden, wobei diese in der Regel aus dem Abschluss eines Vertrages resultiert[914] und nicht wie vorliegend aus einem begünstigenden Beschluss. Diese Ähnlichkeit hängt mit dem verfolgten Zweck der wirtschaftspolitischen Bedingungen zusammen. Sie sollen zunächst konsensuale Elemente stärken, indem sie das Mitspracherecht des Mitgliedstaates garantieren. Insbesondere aber dienen sie dazu, die durch den Mitgliedstaat zu erbringende Gegenleistung in Form von Strukturreformen sicherzustellen. Die Erstreckung der Begünstigung auf mehrere Raten soll zur Aufrechterhaltung des Reformdrucks führen und ermöglichen, dass der zukünftigen Entwicklung angemessen Rechnung getragen werden kann. Ein Rückgriff auf die klassischen Rechtsfolgen der Bedingung wäre ebenso möglich gewesen, jedoch um einiges aufwendiger zu realisieren. Dann hätte jede einzelne Rate durch separaten bedingten Beschluss genehmigt werden müssen.

---

912 So auch *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 91 und Art. 8 Rn. 187; *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, S. 319; *Rosenthal/Thomas*, European Merger Control, D Rn. 147; *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 10 m.w.N.

913 So auch *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, S. 319.

914 *Westermann* in: Münchener Kommentar zum BGB, § 158 Rn. 2.

IV. Die weiteren Folgen der Unwirksamkeit im Fusionskontrollrecht und in der Beihilfenaufsicht

Die bei Nichteintritt einer Bedingung eingetretene Rechtsfolge der Unwirksamkeit führt zu weiteren Handlungsoptionen der Kommission. Diese unterscheiden sich im Fusionskontrollrecht und in der Beihilfenaufsicht erheblich. Allgemeine Schlüsse können hieraus zwar nicht gezogen werden, die weiteren Folgen sollen hier aber zumindest beispielhaft angeführt werden.

1. Die weiteren Folgen der Unwirksamkeit im Fusionskontrollrecht

Die Unwirksamkeit der Freigabeentscheidung hat zunächst zur Folge, dass das Vollzugsverbot und die Untersagungsbefugnis wieder aufleben und die Fusion mithin einer erneuten Freigabe bedarf.[915] Ist die Bedingung erst im Hauptprüfverfahren ergangen, so muss die Kommission erneut ein solches eröffnen. Dagegen führt die Nichteinhaltung nicht dazu, dass der betreffende Zusammenschluss rechtswidrig würde; eine Untersagung der Fusion kann nämlich nur durch einen Beschluss nach Art. 8 Abs. 3 FKVO erfolgen.[916] Anders stellt sich die Situation nur dar, wenn bereits eine Untersagungsverfügung durch die Kommission vorliegt. Dies ist der Fall, wenn sie vorsorglich in ihrer Entscheidung festgestellt hat, dass der Zusammenschluss bei Nichteinhaltung der Bedingung unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt ist. Dann macht es ersichtlich keinen Sinn, eine zweite Untersagungsverfügung gemäß Art. 8 Abs. 3 FKVO zu erlassen. Vielmehr kann die Kommission nach Art. 8 Abs. 4 lit. b) FKVO unmittelbar die Entflechtung des Zusammenschlusses anordnen.[917] Erfolgt die Nichtbeachtung der Bedingung bereits im Vorverfahren, ist die Kommission nicht verpflichtet, erneut ein solches durchzuführen. Stattdessen kann direkt das vertiefte Prüfverfahren eingeleitet werden.

2. Die weiteren Folgen der Unwirksamkeit in der Beihilfenaufsicht

In Ermangelung einer wirksamen Genehmigung wird jede Beihilfe zu einer rechtswidrigen Beihilfe, von der vermutet wird, dass sie mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist.[918] Art. 23 Abs. 1 VO Nr. 659/1999 sieht für diesen Fall vor, dass der Kommission die Befugnis zusteht, den Gerichtshof nach Art. 108 Abs. 2 AEUV anzurufen und ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten. Hingegen hat der Gerichtshof es als nicht zulässig erachtet, dass die Kommission dem Mitgliedstaat unmittelbar eine Verpflichtung zur

---

915 *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 187.

916 *Emberger/Peter* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, FKVO, Art. 6 Rn. 46; *Fuchs*, WuW 1996, 269, 279 f.; a.A. *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 332 ff.; *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, S. 320 f.

917 *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 187.

918 EuG, Rs. T-140/95, *Ryanair/Kommission*, Slg. 1998, II-3327 Rn. 86 ff.; *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 172; *Sinnaeve* in: Heidenhain, European State Aid Law, § 31 Rn. 52; *Frenz*, Handbuch Europarecht 3, Rn. 1325.

Rückzahlung der nunmehr rechtswidrigen Beihilfe auferlegt.[919] Er befand, die Kommission müsse zunächst den Gerichtshof zur Überprüfung anrufen, wie es Art. 23 Abs. 1 VO Nr. 659/1999 vorsieht.[920] Daneben kann die Kommission jedoch auf andere Art und Weise auch selbst einschreiten, was sie in der Praxis regelmäßig tut.[921] Da die Beihilfe als rechtswidrig zu qualifizieren ist, kann sie erneut ein förmliches Prüfverfahren einleiten. Die beiden Optionen schließen sich gegenseitig keineswegs aus. Es steht vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission, ob sie zunächst ein Beihilfeverfahren eröffnet, direkt den Gerichtshof anruft, oder beides gleichzeitig tut.[922]

Schließlich steht es der Kommission ausnahmsweise frei, eine neue Entscheidung auch ohne Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens zu erlassen.[923] Das Gericht der Union hielt ein solches Vorgehen in der Rechtssache *Ryanair*[924] für zulässig, wenn nur relativ geringe Abweichungen von der ursprünglichen Nebenbestimmung bestehen und die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt daher nicht in Frage gestellt wird. Gleiches gilt, wenn die Nebenbestimmung infolge unvorhersehbarer Ereignisse im Nachhinein in einem anderen Licht erscheint und die Nichteinhaltung keine Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt weckt.[925]

Bei der Genehmigung von Beihilfen*regelungen* knüpften die Unionsgerichte abweichende Rechtsfolgen an die Nichterfüllung von Bedingungen. Sie schlossen aus der Nichteinhaltung einer Bedingung durch eine auf der Beihilfenregelung basierende Einzelbeihilfe nicht auf das Entfallen der Wirksamkeit der Genehmigung, sondern auf das Vorliegen einer neuen Beihilfe, die nicht von der Genehmigung gedeckt ist.[926] Dies erschließt sich vor dem Hintergrund, dass die Genehmigung der Beihilfenregelung ein Bündel von Individualbeihilfen erlaubt, die jeweils einzeln auf die Erfüllung der Bedingung hin zu überprüfen sind. Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Beihilfenregelung kommen mithin nur dann in Betracht, wenn eine Bedingung sich auf diese selbst und nicht auf die darauf basierenden Einzelbeihilfen bezieht.[927]

---

[919] EuGH, Rs. C-294/90, *British Aerospace*, Slg. 1992, I-493.

[920] EuGH, Rs. C-294/90, *British Aerospace*, Slg. 1992, I-493 Rn. 11 f.

[921] *Sinnaeve* in: Heidenhain, European State Aid Law, § 31 Rn. 52.

[922] *Köster* in: Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht, Art. 7 VerfVO Rn. 19.

[923] *Bartosch*, EU-Beilhilfenrecht, Art. 7 VO 659/1999 Rn. 2.

[924] EuG, Rs. T-140/95, *Ryanair/Kommission*, Slg. 1998, II-3327.

[925] EuG, Rs. T-140/95, *Ryanair/Kommission*, Slg. 1998, II-3327 Rn. 86 ff.

[926] EuGH, Rs. C-36/00, *Spanien/Kommission*, Slg. 2002, I-3243 Rn. 24, 31 und 32; in diese Richtung auch EuGH, Rs. 47/91, *Italien/Kommission*, Slg. 1994, I-4635 Rn. 24 ff; EuG, Rs. 20/03, *Kahla/Kommission*, Slg. 2008, II-2305.

[927] Vgl. dazu *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 175 f.

B. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Beachtung einer aufschiebenden Bedingung zur Wirksamkeit des begünstigenden Beschlusses führt, während die Weigerung des Adressaten, ihr nachzukommen, die endgültige Unwirksamkeit zur Folge hat. Im Falle der auflösenden Bedingung hingegen besteht die Wirksamkeit der Begünstigung schlichtweg fort, sofern der Adressat diese erfüllt. Sie entfällt jedoch rückwirkend, wenn der Adressat das Verhalten, an das die auflösende Bedingung anknüpft, nicht an den Tag legt.[928]

Diese Rechtsfolgen der Nichtbeachtung folgen bereits aus der Natur der Bedingung und erfordern mithin keine sekundärrechtliche Regelung. Sie stehen auch nicht zur Disposition der Verwaltung, da der Wegfall der Wirksamkeit automatisch erfolgt und keines weiteren Einschreitens bedarf. Sollte in der Praxis dennoch ein „Widerruf" durch die Verwaltung erfolgen, handelt es sich hierbei um einen rein deklaratorischen Akt, der aus Gründen der Klarstellung sinnvoll sein kann. An die Nichterfüllung der Bedingung ist keine darüber hinausgehende Rechtsfolge geknüpft. Sie kann insbesondere nicht zwangsweise durchgesetzt werden. Die in Art. 14 Abs. 2 lit. d) FKVO vorgesehene Möglichkeit der Verhängung einer Geldbuße bleibt die einzige ihrer Art und widerspricht der Rechtsnatur der Bedingung. Das durch das Organ erstrebte Verhalten des Adressaten ist folglich nicht in erster Linie als Verpflichtung gegenüber der Verwaltung, sondern als Verpflichtung des Adressaten gegenüber sich selbst anzusehen.[929] Sein Interesse am Wirksamwerden oder Wirksambleiben der Begünstigung dürfte regelmäßig dazu führen, dass er sich zumindest bemüht, das in der Bedingung geforderte Verhalten zu gewährleisten. Somit geht ein faktischer Druck von der Bedingung aus, der darüber hinaus über eine gewisse Dauer hinweg aufrechterhalten werden kann, wenn die Rechtsfolgen ihrer Nichteinhaltung so abgewandelt werden, wie dies beispielsweise bei Finanzhilfen der Fall ist. Dieses Modell ist an vertragliche Bedingungen angelehnt, deren Erfüllung erst die Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung mit sich bringt. Die Unwirksamkeit der Genehmigung zieht darüber hinaus weitere spezielle Rechtsfolgen mit sich, wie es beispielsweise in der Fusionskontrolle und in der Beihilfenaufsicht der Fall ist.

§ 2 RECHTSFOLGEN DER NICHTBEACHTUNG EINER AUFLAGE

A. Rechtsfolgen der Nichtbeachtung einer Auflage im Sekundärrecht

I. Zwangsweise Durchsetzung der Auflage

Die erste Reaktionsmöglichkeit der Kommission im Falle der Nichtbeachtung einer Auflage stellt deren zwangsweise Durchsetzung dar. Eine entsprechende Rechtsgrundlage findet sich im Fusionskontrollrecht, wo Art. 15 Abs. 1 lit. c) FKVO die Vollstreckung von Auflagen, die

[928] *Krimphove*, Europäische Fusionskotrolle, S. 320; *Uhlig*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskotrollverfahren, S. 203, 221.

[929] So zum deutschen Recht *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, S. 61 m.w.N.

in den verschiedenen Verfahrensstadien erlassen wurden, vorsieht. Die Kommission kann zu diesem Zweck ein Zwangsgeld androhen und festsetzen. Andere Mittel zur zwangsweisen Durchsetzung stehen der Kommission selbst dagegen nicht zur Verfügung. Daher muss die Kommission im Falle der Notwendigkeit des Einsatzes von unmittelbarem Zwang die Mitgliedstaaten um Amtshilfe ersuchen.[930]

Die Verordnung Nr. 17 sah keine Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung der Auflage vor. So enthielt Art. 16 VO Nr. 17, der die Festsetzung von Zwangsgeld in bestimmten Fällen erlaubte, keine Ermächtigung, ein solches auch im Fall der Nichterfüllung einer Auflage zu verhängen. Aus diesem Umstand wurde teilweise gefolgert, die Auflage in der Konzeption der Verordnung Nr. 17 zwinge den Adressaten nicht zur Vornahme einer Handlung oder Unterlassung, sondern stelle lediglich ein unverbindliches „Angebot" der Kommission dar.[931] Andere Autoren gingen jedoch davon aus, dass die Auflage trotz der lückenhaften Regelung durchaus Rechtspflichten auferlegte und verwiesen für ihre Durchsetzbarkeit auf die Möglichkeit der Bußgeldfestsetzung.[932]

Auch die meisten anderen Verordnungen, die den Erlass von Auflagen vorsehen, enthalten keine Regelungen zur Vollstreckung derselben. Dies ist allerdings zumeist auf die allgemeine Vollstreckungskompetenz der Mitgliedstaaten zurückzuführen. In den entsprechenden Verordnungen heißt es nahezu übereinstimmend:

„Die Mitgliedstaaten legen die Bestimmungen über Sanktionen für Verstöße gegen die Bestimmungen dieser Verordnung fest und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass sie durchgeführt werden. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein."[933]

Hierunter fällt auch die Vollstreckung von Auflagen, die demgemäß nach dem innerstaatlichen Recht des betroffenen Mitgliedstaates erfolgt.

II. Verhängung von Geldbußen

Neben der Verhängung eines Zwangsgeldes kann die Kommission im Fusionskontrollrecht eine Geldbuße nach Art. 14 Abs. 2 lit. d) FKVO festsetzen. Dies setzt ein schuldhaftes Nichtbeachten der Auflage voraus.[934] Zwangsgeld und Geldbuße können infolge der unterschiedlichen Zielsetzung problemlos nebeneinander treten.[935] Während das Zwangsgeld

---

930 *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 15 Rn. 1.

931 Vgl. *de Bronett* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, Verordnung Nr. 17, Art. 8 Rn. 3.

932 *Gleiss/Hirsch*, EG-Kartellrecht, Art. 85 (3) EWG Rn. 1965.

933 So ausdrücklich Art. 126 REACh-VO; Art. 84 Abs. 1 Arzneimittelagentur-VO; Art. 45 Gen-Nahrungsmittel-VO.

934 *Uhlig*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren, S. 225.

935 *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 15 Rn. 1; *Hecker* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, FKVO, Art. 15 Rn. 2; *Uhlig*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren, S. 226 m.w.N.

die Vollstreckung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen bezweckt, ist es Aufgabe der Geldbuße, vergangenes Unrecht zu sühnen und die Begehung künftigen Unrechts generalpräventiv zu verhindern.[936]

Wie bereits erwähnt, sah auch die Verordnung Nr. 17 die Möglichkeit der Verhängung von Geldbußen bei Zuwiderhandlung gegen eine Auflage vor, die in Art. 15 Abs. 2 lit. b) geregelt war. Eine vergleichbare Norm findet sich zudem in Art. 84 Abs. 3 Arzneimittelagentur-VO. Demnach hat die Kommission die Befugnis inne, Geldbußen gegen die Inhaber von Genehmigungen zu verhängen, die bestimmte im Rahmen dieser Genehmigungen festgelegte Verpflichtungen nicht einhalten. Da Auflagen bestimmte Verpflichtungen des Adressaten vorsehen, ist der Fall ihrer Nichteinhaltung hiervon erfasst.

III. Widerruf der Begünstigung

Schließlich kann bei Nichtbeachtung einer Auflage im Fusionskontrollrecht die Freigabe der Fusion nach Art. 6 Abs. 3 lit. b) und Art. 8 Abs. 6 lit. b) FKVO widerrufen werden. Dabei ist zu beachten, dass bereits die bloße Nichterfüllung der Auflage zum Widerruf führen kann und ein etwaiges aktives Zuwiderhandeln durch den Adressaten sowie dessen Verschulden unerheblich sind.[937] Allerdings muss die Kommission das ihr eingeräumte Widerrufsermessen fehlerfrei ausüben. Sie darf die Freigabe daher nur widerrufen, wenn zum einen die Erfüllung der Auflage weiterhin erforderlich ist und zum anderen die im Sinne der Verhältnismäßigkeit milderen Mittel nicht ebenso erfolgsversprechend sind.[938] Die Erforderlichkeit der Auflagenerfüllung kann insbesondere aufgrund nachträglicher Änderungen in den Marktverhältnissen entfallen, die dazu führen, dass der Zusammenschluss nunmehr genehmigungsfähig wäre.[939] Ist dies jedoch nicht der Fall, muss die Kommission auf die Nichterfüllung der Auflage reagieren, wobei sie über ein Auswahlermessen hinsichtlich der verschiedenen Mittel zur Durchsetzung verfügt.[940] Als mildere Mittel im Sinne der Verhältnismäßigkeit stehen ihr die Verhängung eines Zwangsgeldes und einer Geldbuße zur Verfügung.[941] Daneben kommen als weniger einschneidende Maßnahmen die Modifizierung, Verschärfung oder die Prolongierung von Auflagen in Betracht.[942] Diese Maßnahmen können auch in Ermangelung einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage als Folge eines *argumentum*

---

936 So zur VO Nr. 17 EuGH, Rs. 45/79, *Boehringer/Kommission*, Slg. 1970, 769 ff. Rn. 53; *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 15 Rn. 1; *Uhlig*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren, S. 224.

937 *Fuchs*, EuZW 1996, 263, 265; *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, S. 319; *Uhlig*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren, S. 221 f.

938 *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 326.

939 *Fuchs*, EuZW 1996, 263, 265; dann kann der Adressat zudem Aufhebung der Auflagen durch die Kommission verlangen, *Stoffregen* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 40.

940 *Fuchs*, EuZW 1996, 263, 265.

941 *Fuchs*, EuZW 1996, 263, 265; so auch zu Auflagen in einer kartellrechtlichen Ministererlaubnis nach § 42 Abs. 2 i.V.m. § 40 Abs. 3 GWB *Braun/Rieske*, WM 2009, 1265, 1268.

942 *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, S. 320.

maiore ad minus ergehen.[943] Nur wenn all diese Alternativen nicht die gleiche Eignung aufweisen, ist das Mittel des Widerrufs verhältnismäßig.

Die Rechtsfolgen eines erfolgten Widerrufs sind in der Fusionskontrollverordnung nicht ausdrücklich geregelt. Es widerspricht jedoch ihrer Systematik, den Widerruf einer unter Auflagen ergangenen Vereinbarkeitsentscheidung mit einer Untersagung des Zusammenschlusses gleichzusetzen.[944] *Fuchs* argumentiert diesbezüglich überzeugend, dass die bloße Aufhebung der Vereinbarkeitsentscheidung „nicht logisch zwingend die Feststellung des Gegenteils, der Unvereinbarkeit des Zusammenschlusses" beinhaltet.[945] Der Widerruf bewirkt vielmehr lediglich die Aufhebung der Freigabe, was dazu führt, dass der vor ihrem Erlass bestehende *status quo ante* wieder auflebt.[946]

Auch Art. 8 Abs. 3 lit. b) VO Nr. 17 ermächtigte die Kommission, die Freistellungserklärung bei Nichteinhaltung einer Auflage zu widerrufen.

Die Beihilfenverfahrensverordnung enthält zwar in Art. 9 VO Nr. 659/1999 eine Regelung zum Widerruf. Diese benennt jedoch als einzigen Widerrufsgrund das Beruhen der Genehmigung auf während des Verfahrens übermittelten unrichtigen Informationen. Die Nichtbeachtung von Auflagen ist hingegen gerade nicht aufgeführt. Hierbei liegt der Schluss nahe, dass der Unionsgesetzgeber diesen Widerrufsgrund bewusst nicht mit aufgenommen hat, zumal er bereits zuvor in der Verordnung Nr. 17 eine Regelung erfahren hatte.[947] Für den abschließenden Charakter von Art. 9 VO Nr. 659/1999 spricht zudem, dass die Beihilfenverfahrensverordnung insgesamt als Rechtsakt angesehen wird, in dem das Verfahren für staatliche Beihilfen abschließend geregelt ist[948] und die Norm infolge der zahlreichen Verweisungen[949] alle wesentlichen Fälle des Widerrufs umfasst.[950] Der Widerruf wegen Nichtbeachtung einer Auflage ist im Beihilfenrecht somit grundsätzlich ausgeschlossen.

IV. Die speziellen Rechtsfolgen im Beihilfenaufsichtsrecht

Hieran schließt sich die Frage an, wie sich die Nichteinhaltung von Auflagen in der Beihilfenaufsicht auf die Beihilfe selbst auswirkt. Während sich die Rechtsprechung dazu

---

943 *Uhlig*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren, S. 223.

944 *Bos/Stuyck/Wytinck*, Concentration Control in the European Economic Community, S. 277; *Fuchs*, EuZW 1996, 263, 266; *Uhlig*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren, S. 223 f.; ausführlich *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 327 ff.; a.A. *Krimphove*, Europäische Fusionskontrolle, S. 320.

945 *Fuchs*, EuZW 1996, 263, 266.

946 *Fuchs*, EuZW 1996, 263, 266; *Uhlig*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren, S. 223.

947 *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 80 und 183 m.w.N.

948 *Mederer* in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Vorbemerkung zu den Art. 87-89 EGV Rn. 4.

949 Verweisungen auf Art. 9 VO Nr. 659/1999 finden sich in Art. 13 Abs. 3, Art. 16 und Art. 19 Abs. 2 S. 2 VO Nr. 659/1999.

950 *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 80 und 183.

bislang nicht geäußert hat,[951] ist in der Literatur umstritten, ob die Beihilfe infolge des Verstoßes rechtswidrig wird[952] oder nicht[953]. Die fehlende Möglichkeit des Widerrufs legt eine solche „Ersatzrechtsfolge“ zunächst nahe. Die Rechtswidrigkeit der Beihilfe wird dabei nicht mit dem Wegfall der Genehmigung, sondern mit dem Entfallen ihrer materiellen Voraussetzungen begründet. Dies setzt jedoch die Grundannahme voraus, dass sich auch eine Auflage auf die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt auswirken kann. Nur dann lässt ein Verstoß die materiellen Erlassvoraussetzungen entfallen und beseitigt somit auch die Rechtmäßigkeit der Genehmigung.[954] Nach der hier vertretenen Auffassung, die sich an der in Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 659/1999 ausdrücklich vorgenommenen Differenzierung zwischen Bedingungen und Auflagen orientiert,[955] entfällt dieses Argument. Hält man Auflagen nur im Rahmen der Überwachung für zulässig, können diese die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt und damit die Rechtmäßigkeit der Beihilfe nicht berühren.[956]

Unabhängig von der Rechtswidrigkeit der Beihilfe kann die Kommission aber im Falle eines Verstoßes gegen eine Auflage nach Art. 23 Abs. 1 VO Nr. 659/1999, Art. 108 Abs. 2 Unterabs. 2 AEUV den Gerichtshof anrufen und ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten. Dies gilt immer dann, wenn der betreffende Mitgliedstaat mit Auflagen verbundenen Entscheidungen nicht nachkommt.

B. Schlussfolgerungen

Anders als im Falle der Bedingung kann die Nichterfüllung einer Auflage verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen. Diese treten nicht automatisch ein, sondern müssen von der Verwaltung herbeigeführt werden. Das Verwaltungshandeln muss dabei stets auf eine Rechtsgrundlage gestützt sein. Dies gilt zunächst im Rahmen der Vollstreckung der Auflage. Hierzu sind in der Regel die Mitgliedstaaten berufen. Die Vollstreckung erfolgt in Deutschland stets gemäß den Vorschriften der Verwaltungsvollstreckungsgesetze des Bundes und der Länder. Im Recht der Europäischen Union existiert dagegen kein allgemeines Gesetz, das die Vollstreckung regelt, so dass sie einer speziellen Rechtsgrundlage im Sekundärrecht bedarf. Die wenigen existierenden Sekundärrechtsnormen sehen die Möglichkeit der Verhängung eines Zwangsgeldes vor.

Unter Umständen kann die Nichterfüllung der Auflage zudem zum Widerruf der Begünstigung führen. Im Unionsrecht existiert jedoch keine Norm, die einen Widerruf wegen Nichterfüllung einer Auflage generell zulässt. Spezielle sekundärrechtliche Normen bestehen

---

951 Vgl. *Bartosch*, EU-Beilhilfenrecht, Art. 7 VO 659/1999 Rn. 2.

952 So *Köster* in: Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht, Art. 7 VerfVO Rn. 19.

953 So *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 180 ff.

954 Zu alledem *Köster* in: Münchener Kommentar, Beihilfen- und Vergaberecht, Art. 7 VerfVO Rn. 19.

955 Vgl. dazu Teil 3 § 2 C II 3, S. 62.

956 So *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 182.

nur ganz vereinzelt. Insofern liegt es nahe, die Frage nach einer ungeschriebenen Befugnis der Verwaltung zum Widerruf zu stellen.

Dabei kann zunächst auf die entsprechende Diskussion in Deutschland verwiesen werden, die vor Erlass des VwVfG stattfand. In der Gesetzesbegründung zu § 49 VwVfG heißt es hierauf Bezug nehmend: „Erfüllt der durch den Verwaltungsakt Begünstigte die Auflage nicht, so besteht in der Regel ein berechtigtes Interesse an dem Widerruf des Verwaltungsaktes. Deshalb ist allgemein anerkannt, dass bei Nichterfüllung einer Auflage der Verwaltungsakt widerrufen werden kann."[957] Diese Ausführungen gehen zurück auf die in der deutschen Literatur verbreitete „Lehre vom Widerrufsrecht wegen Nichterfüllung einer Auflage".[958] Gegen die pauschale Anerkennung eines solchen Widerrufsrechts spricht zunächst die belastende Wirkung des Widerrufs, die grundsätzlich das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage mit sich zieht. So wandte sich *Hönig* bereits früh gegen die Generalisierung dieser Lehre. Er betont, dass ein Widerruf im Sinne der Verhältnismäßigkeit nur dann erforderlich sei, wenn seine zwangsweise Durchsetzung unmöglich oder zumindest unzweckmäßig ist und plädiert für eine Gesamtabwägung anhand der Umstände des Einzelfalls.[959] *Elster* kommt zu dem ähnlichen Schluss, dass ein Widerruf infolge der Nichterfüllung einer wirksamen und durchsetzbaren Auflage nur dann ohne Rechtsgrundlage erfolgen darf, wenn die Auflage nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann und die Regelung ohne Auflage nicht hätte erlassen werden dürfen.[960] Dieser Ansatz überzeugt, da für den Fall der Unmöglichkeit der Vollstreckung einer Auflage, die der Herbeiführung der Erlassvoraussetzungen dient, eine „Ersatzrechtsfolge" in Form des Widerrufs unabdingbar ist, um den durch die Nichtbeachtung geschaffenen rechtswidrigen Zustand zu beenden. Die Widerrufsbefugnis folgt dann unmittelbar aus der Rechtsnatur der Auflage. Dies gilt ebenso im Unionsrecht. Allerdings ist der Widerruf dennoch ausgeschlossen, wenn das Sekundärrecht eine abschließende Regelung der Widerrufsgründe enthält und die Zuwiderhandlung gegen eine Auflage dabei nicht aufgeführt ist.[961] Diese bewusste Entscheidung des Gesetzgebers ist dann hinzunehmen.

TEIL 6 RECHTSSCHUTZ GEGEN NEBENBESTIMMUNGEN

Bei der Frage des Rechtsschutzes gegen eine Nebenbestimmung geht es im Grunde um eine solche der Gewaltenteilung. Es steht zur Debatte, ob es der Judikative zusteht, ein von der Exekutive erlassenes Gesamtkonstrukt nur in Teilen auf seine Rechtmäßigkeit hin zu prüfen und es im Falle der Rechtswidrigkeit ebenfalls nur in Teilen aufzuheben. Die Rechtsprechung würde die von der Verwaltung beabsichtigte Gesamtregelung auf diese Weise in mehrere

[957] Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drs. 7/910, § 45, S. 72.

[958] Hierzu ausführlich *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, S. 84 ff.; *Schachel*, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, S. 37 ff.; sehr knapp, aber m.w.N. *Karl*, Rechtschutz gegen rechtswidrige Nebenbestimmungen, S. 17.

[959] *Hönig*, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten, S. 71 ff.

[960] *Elster*, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, S. 101 ff.

[961] Vgl. Art. 9 VO Nr. 659/1999 und Art. 81 Abs. 2 Arzneimittelagentur-VO.

Einzelteile spalten und den abgespaltenen Teil entfernen. Nur wenn man von einer solchen dem Richter eingeräumten Befugnis ausgeht, dürfte er die Nebenbestimmung, die einen Beschluss ergänzt oder modifiziert, isoliert auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen und dementsprechend im Falle ihrer Rechtswidrigkeit auch isoliert aufheben.

Dies war im deutschen Verwaltungsrecht lange Zeit heftig umstritten und ist es teilweise heute noch.[962] Dabei geht es insbesondere um die Frage nach der statthaften Klageart, nämlich darum, ob eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines Verwaltungsaktes ohne Nebenbestimmung zu erheben ist oder die Nebenbestimmung isoliert angefochten werden kann. Nach einer weit verbreiteten Ansicht wurde die Erhebung einer Verpflichtungsklage als in der Regel unumgänglich angesehen. Die Vertreter dieser Auffassung stützten sich auch auf Argumente, die unmittelbar die Frage nach der Gewaltenteilung betrafen.[963] So wurde insbesondere vorgebracht, es stünde dem Gericht nicht zu, eine Ermessensentscheidung der Verwaltung gleichsam auseinanderzureißen und der Verwaltung in der Folge eine Teilregelung aufzudrängen, die sie in Ausübung ihrer einheitlichen Ermessensentscheidung nicht erlassen hätte.[964] Dieses Vorgehen erschöpfe sich nicht in der Teilkassation, sondern bewirke gleichzeitig eine Abänderung des Inhalts.[965] Eine solche „verwaltungsgerichtliche Reformationsbefugnis“ stehe dem Gericht im Rahmen der Anfechtungsklage jedoch gerade nicht zu.[966]

Die Frage nach der Statthaftigkeit einer isolierten Anfechtungsklage wurde inzwischen dennoch höchstrichterlich bejaht.[967] Voraussetzung hierfür ist, dass die Genehmigung ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann. Dies ist grundsätzlich eine Frage der Begründetheit des Anfechtungsbegehrens, sofern nicht ausnahmsweise eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet.[968] Entscheidendes Kriterium für die Anfechtbarkeit der Nebenbestimmung ist folglich die Teilbarkeit vom Hauptverwaltungsakt und damit dessen fortbestehende Rechtmäßigkeit.[969]

Eine Diskussion um den Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen lässt sich ebenfalls auf der Ebene des Unionsrechts führen, wobei sie sich insofern von der innerdeutschen Diskussion unterscheidet, als es hier nicht um die Abgrenzung verschiedener Klagearten, wie der

---

962 Vgl. statt vieler *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 54 ff.

963 Ausdrücklich von einem Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip spricht in diesem Zusammenhang *Hanf,* Rechtsschutz gegen Inhalts- und Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, S. 187; *Kopp/Schenke,* VwGO, § 42 Rn. 24.

964 *Brenner,* JuS 1996, 281, 287; *Brüning,* NVwZ 2002, 1081; *Bull/Mehde,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 18 Rn. 728.

965 *Hanf,* Rechtsschutz gegen Inhalts- und Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, S. 160 ff.; *Schneider*, Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozess, S. 150 ff.

966 So *Hanf,* Rechtsschutz gegen Inhalts- und Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, S. 165 ff.

967 BVerwGE 112, 221, 224; zur Entwicklung der Rechtsprechung ausführlich *Hanf,* Rechtsschutz gegen Inhalts- und Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, S. 70 ff.

968 BVerwGE 81, 185, 186; BVerwGE 100, 335, 338; BVerwGE 112, 221, 224.

969 Kritisch hierzu *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 56 ff., der auf die Maßgeblichkeit des materiellen Rechts hinweist.

Anfechtungs- und der Verpflichtungsklage geht. Eine Verpflichtungsklage kennt das Unionsrecht nicht.[970] Stattdessen kann gegen eine Nebenbestimmung alleine mit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV vorgegangen werden.[971] Um die sich anschließende Frage nach der Möglichkeit einer isolierten Nichtigerklärung der Nebenbestimmung beantworten zu können, ist zunächst ein Blick auf die Teilnichtigkeit von Rechtsakten im Allgemeinen zu werfen.

§ 1 DIE TEILAUFHEBUNG VON RECHTSAKTEN

Die lediglich teilweise Nichtigerklärung eines Rechtsaktes ist grundsätzlich unter bestimmten Voraussetzungen möglich.[972] Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, prüft der Gerichtshof in der Regel bereits im Rahmen der Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage.[973] Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Antrag auf teilweise Nichtigerklärung eines Unionsrechtsakts nur zulässig, soweit sich der Teil, dessen Nichtigerklärung beantragt wird, vom Rest des Rechtsaktes trennen lässt.[974] Dieser Grundsatz ist auf die aus dem deutschen Recht bekannte Frage nach der Abgrenzung von Kassations- und Reformationsbefugnis zurückzuführen. Hierzu äußerte sich das Gericht der Union in der Rechtssache *Società Italiana Vetro („Flachglas")*[975] wie folgt:

„Das Gericht ist demgemäß der Ansicht, dass zwar der Gemeinschaftsrichter im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung der Handlungen der Gemeinschaftsverwaltung eine Entscheidung der Kommission im Bereich des Wettbewerbs teilweise für nichtig erklären kann, dass dies jedoch nicht die Befugnis einschließt, die streitige Entscheidung abzuändern. Die Inanspruchnahme einer solchen Befugnis könnte zu einer Störung des im Vertrag vorgesehenen Gleichgewichts zwischen den Organen führen und die Gefahr einer Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte heraufbeschwören."[976]

---

970 Vgl. *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 152.

971 Hinsichtlich der individuellen und unmittelbaren Betroffenheit gelten die allgemeinen Grundsätze, vgl. dazu *Dervisopoulos* in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 7 Rn. 54 ff.

972 *Dörr* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Art. 264 AEUV Rn. 5; *Cremer* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 264 AEUV Rn. 1; *Ehricke* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 263 AEUV Rn. 1; *Kotzur* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 264 AEUV Rn. 5; *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 199 ff.; *Schermers/Waelboreck*, Judicial protection in the EU, § 696.

973 Vgl. EuGH, Rs. C-29/99, *Kommission/Rat*, Slg. 2002, I-11221 Rn. 45; EuGH, Rs. C-378/00, *Kommission/Parlament und Rat*, Slg. 2003, I-937 Rn. 29 und 30; EuGH, Rs. C-239/01, *Deutschland/Kommission*, Slg. 2003, I-10333 Rn. 33 bis 38.

974 EuGH, Rs. 37/71, *Jamet*, Slg. 1972, 483 Rn. 10/12; EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint/Kommission*, Slg. 1974, 1063 Rn. 21; EuGH, Rs. C-29/99, *Kommission/Rat*, Slg. 2002, I-11221 Rn. 45; EuGH, Rs. C-378/00, *Kommission/Parlament und Rat*, Slg. 2003, I-937 Rn. 29; EuGH, Rs. C-239/01, *Deutschland/Kommission*, Slg. 2003, I-10333 Rn. 33; EuGH, Rs. C-244/03, *Frankreich/Parlament und Rat*, Slg. 2005, I-4021 Rn. 12; EuGH, Rs. C-540/03, *Parlament/Rat*, Slg. 2006, I-5769 Rn. 27; EuGH, Rs. C-6/04, *Spanien/Rat*, Slg. 2006, I-2981 Rn. 9.

975 EuG, verb. Rs. T-68/89, T-77/89 und T -78/89, *Società Italiana Vetro/Kommission*, Slg. 1992, II-1403.

976 EuG, verb. Rs. T-68/89, T-77/89 und T-78/89, *Società Italiana Vetro/Kommission*, Slg. 1992, II-1403 Rn. 319.

Das Gericht verneinte so ausdrücklich das Bestehen einer Reformationsbefugnis der Unionsgerichte vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung. Es prüfte daher, ob sich die teilweise Nichtigerklärung im konkreten Fall im Rahmen der Kassationsbefugnis bewegte. Hierfür stellte es entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs darauf ab, ob die Wirkungen des angegriffenen Rechtsaktes begrenzt werden können, „ohne dass er dadurch in seinem Wesen verändert wird".[977] Anders ausgedrückt prüft der Gerichtshof, ob die teilweise Nichtigerklärung den Geist und die Substanz des Rechtsaktes verändert.[978] Ausschlaggebend dafür ist insbesondere, ob der Rechtsakt auch ohne den rechtswidrigen Teil noch Rechtswirkungen entfalten kann.[979] So besteht zum Beispiel im Wettbewerbsrecht kein untrennbarer Zusammenhang zwischen der Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit und einer Geldbuße, da die Feststellung auch ohne Geldbuße möglich und sinnvoll ist.[980] Eine isolierte Anfechtung ist mithin möglich, wenn die teilweise Nichtigerklärung den Wesensgehalt des gesamten Rechtsaktes nicht antastet.[981] Ist der Wesensgehalt angetastet, so hat das zur Folge, dass die Klage in der Regel als unzulässig abzuweisen ist.[982] Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein Hilfsantrag auf Aufhebung der gesamten Entscheidung gestellt wurde. In diesem Fall wird gemäß dem Hilfsantrag der gesamte Rechtsakt für nichtig erklärt. Ohne einen entsprechenden Antrag würde der Gerichtshof dagegen *ultra petita* entscheiden, wenn er den gesamten Rechtsakt aufhöbe,[983] da die Nichtigerklärung grundsätzlich nicht über den Antrag des Klägers hinausgehen darf.[984] Diese strikte Antragsbindung relativiert der Gerichtshof in seinem Urteil *Jamet* für den Fall, dass die öffentliche Ordnung eine Gesamtnichtigkeit erfordert.[985] Diese Formulierung hat der Gerichtshof allerdings in späteren Urteilen nicht wieder verwendet und eine Gesamtnichtigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung wurde soweit ersichtlich nie bejaht.

---

977 EuG, verb. Rs. T-68/89, T-77/89 und T-78/89, *Società Italiana Vetro/Kommission*, Slg. 1992, II-1403 Rn. 320.

978 EuGH, Rs. C-540/03, *Parlament/Rat*, Slg. 2006, I-5769 Rn. 29; *Schermers/Waelboreck*, Judicial protection in the EU, § 697.

979 EuGH Rs. 37/71, *Jamet*, Slg. 1972, 483 Rn. 10/12.

980 *Booß* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Art. 231 EGV Rn. 8.

981 EuGH, Rs. C-540/03, *Parlament/Rat*, Slg. 2006, I-5769 Rn. 28; EuGH, verb. Rs. C-68/94 u. C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission*, Slg. 1998, I-1375 Rn. 257; EuGH, Rs. C-29/99, *Kommission/Rat*, Slg. 2002, I-11221 Rn. 46; EuGH, Rs. C-239/01, *Deutschland/Kommission*, Slg. 2003, I-10333 Rn. 34; EuGH, Rs. C-244/03, *Frankreich/Parlament und Rat*, Slg. 2005, I-4021 Rn. 13; EuGH, Rs. C-36/04, *Spanien/Rat*, Slg. 2006, I-2981 Rn. 13.

982 EuGH, Rs. C-244/03, *Frankreich/Parlament und Rat*, Slg. 2005, I-4021 Rn. 21.

983 EuGH, Rs. 37/71, *Jamet*, Slg. 1972, 483 Rn. 10/12; EuGH, Rs. C-244/03, *Frankreich/Parlament und Rat*, Slg. 2005, I-4021 Rn. 21.

984 EuGH, Rs. C-310/97 P, *Kommission/AssiDomän Kraft Products u. a.*, Slg. 1999, I-5363 Rn. 52; EuGH, Rs. C-240/03 P, *Comunità montana della Valnerina*, Slg. 2006, I-731 Rn. 43.

985 Siehe EuGH, Rs. 37/71, *Jamet*, Slg. 1972, 483 Rn. 10/12.

§ 2 DIE ISOLIERTE AUFHEBUNG VON NEBENBESTIMMUNGEN

Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, ob die oben genannten Kriterien auf den Fall der isolierten Anfechtung einer Nebenbestimmung übertragen werden können. Dabei ist zwischen Nebenbestimmungen, die als Teil eines Beschlusses ergehen und solchen, die nachträglich isoliert erlassen werden, zu unterscheiden. Darüber hinaus stellt sich die Frage, welche Auswirkungen das Vorliegen von Zusagen auf die Anfechtbarkeit der entsprechenden Nebenbestimmung hat.

A. Die isolierte Aufhebung von einem Beschluss beigefügten Nebenbestimmungen

Im Normalfall ergeht eine Nebenbestimmung als Teil eines Beschlusses. Mit der isolierten Anfechtung der Nebenbestimmung in dieser Konstellation haben sich die Unionsgerichte bereits befasst. Die wichtigsten Rechtssachen sollen daher im Folgenden dargestellt und bewertet und anschließend gegenübergestellt werden.

I. Darstellung und Bewertung der wichtigsten Rechtssachen

1. Die Rechtssache *Transocean Marine Paint*

Hervorzuheben ist im Bereich des Kartellverfahrensrechts das Urteil *Transocean Marine Paint*[986], das noch unter der Geltung der Verordnung Nr. 17 erging. Gegenstand des Verfahrens war die isolierte Anfechtung einer Auflage, die der Verlängerung einer Freistellungsentscheidung beigefügt worden war und das begünstigte Unternehmen zur Unterrichtung der Kommission bei Änderung der bestehenden Beteiligungen oder personellen Verflechtungen verpflichtete. Der Gerichtshof befasste sich mit der Frage der Zulässigkeit einer isolierten Anfechtung der Auflage und stellte hierzu fest:

„So bedeutsam der Gegenstand dieses Teils der Entscheidung auch sein mag, lässt er sich nichtsdestoweniger vorläufig von den übrigen Bestimmungen abtrennen, eine Teilaufhebung ist mithin möglich und dadurch gerechtfertigt, dass die Entscheidung im Ganzen gesehen den Interessen der Betroffenen Unternehmen günstig ist. Sonach ist die angefochtene Bestimmung aufzuheben und die Rechtssache an die Kommission zurückzuverweisen.“[987]

Der Gerichtshof behandelte das Problem der Abtrennbarkeit hier nicht wie üblich in der Zulässigkeit der Klage vorab. Er prüfte vielmehr zunächst die Rechtswidrigkeit der Auflage, um sodann am Ende der Entscheidung kurz festzustellen, dass diese im Übrigen auch isoliert anfechtbar und aufhebbar sei. Dabei unterschied der Gerichtshof zwischen den beiden Aspekten der Möglichkeit und der Rechtfertigung der Teilaufhebung. Während er die Möglichkeit der Teilaufhebung auf die Teilbarkeit der Gesamtentscheidung zurückführte, deren Voraussetzungen jedoch nicht weiter definiert werden, betonte er zu ihrer

[986] EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint*, Slg. 1974, 1063 ff.

[987] EuGH, Rs. 17/74, *Transocean Marine Paint*, Slg. 1974, 1063 Rn. 21 und 22.

Rechtfertigung, dass die Gesamtentscheidung für den Adressaten günstig gewesen sei. Auf die Frage des Wesensgehalts und der Rechtswirkungen der Freistellung ohne die Auflage ging er dabei nicht weiter ein.[988] Teile der Literatur folgerten hieraus, dass eine Abtrennbarkeit im Falle der Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung immer zu bejahen sei.[989] Dieser Schluss ist folgerichtig, da es weder an einer rein faktischen Abtrennbarkeit der Nebenbestimmung noch an einer begünstigenden Wirkung des gesamten Beschlusses je fehlen dürfte.

Allerdings ist an dieser Stelle eine Kontrollüberlegung anzustellen, die letztlich dafür spricht, dass der Gerichtshof zumindest auch ergebnisbezogen argumentierte. Obschon der Gerichtshof die Auflage in Ermangelung einer diesbezüglichen Anhörung für rechtswidrig befand, wäre bei einer Ablehnung der Teilaufhebung nur die Klageabweisung geblieben und der Verfahrensfehler wäre mithin ohne Folge geblieben. Denn die Freistellungsentscheidung insgesamt durfte der Gerichtshof in Ermangelung eines entsprechenden Hilfsantrags nicht für nichtig erklären. Solche Hilfsanträge dürften bei der isolierten Anfechtung von Nebenbestimmungen durch den Adressaten generell nicht vorkommen, da der Adressat in der Regel keinerlei Interesse daran hat, die Begünstigung insgesamt zu beseitigen.

Die vom Gerichtshof angeordnete Rechtsfolge entspricht nicht der üblichen endgültigen Teilaufhebung, wie sie in anderen Fällen der Teilnichtigkeit vorgenommen wurde. Der Gerichtshof ordnete vielmehr eine bloß vorläufige Aufhebung bei gleichzeitiger Zurückverweisung an die Kommission an. Dieser Weg dürfte aus zwei Gründen gewählt worden sein: Zum einen wurde auf diese Weise eine übermäßige Begünstigung des Klägers vermieden bzw. das ausgewogene Verhältnis zwischen Begünstigung und Belastung gewährleistet.[990] Zum anderen stellte der Gerichtshof sicher, dass die Entscheidungsgewalt der Kommission, die die Möglichkeit erhält eine neue rechtmäßige Auflage mit der Freistellung zu verbinden, weiterhin gewährleistet ist.[991] Auf diese Weise bleibt der Kommission zumindest ein „Restermessen“ beim Erlass der neuen Auflage.[992] Diese Herangehensweise stellt einen Mittelweg dar, der sicherstellt, dass der Gerichtshof seine Kassationsbefugnis voll ausschöpfen kann, ohne in die Reformationsbefugnis der Kommission einzugreifen.

2. Die Rechtssache *Deggendorf*

Die Rechtssache *Deggendorf*[993] beschäftigte zunächst das Gericht der Union, welches die streitgegenständliche Nebenbestimmung als rechtmäßig ansah und mithin keine

[988] Vgl. hierzu die Ausführungen bei *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, S. 399 f.

[989] Vgl. *Becker*, Nebenbestimmungen im europäischen Beihilfenrecht, S. 188 m.w.N.

[990] So auch *Booß* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Art. 231 EGV Rn. 8.

[991] Vgl. hierzu die Ausführungen bei *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, S. 400.

[992] *Booß* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Art. 231 EGV Rn. 8.

[993] EuG, verb. Rs. T-244/93 und T-486/93, *Textilwerke Deggendorf/Kommission*, Slg. 1995, II-2265.

Ausführungen zur Abtrennbarkeit machte.[994] Der Gerichtshof[995] bestätigte das Urteil des Gerichts und befasste sich ebenfalls nicht weiter mit dieser Problematik. Allerdings sprach sich Generalanwalt *Tesauro,* der von der Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmungen ausging, ausdrücklich für eine Teilaufhebung aus.[996] Als einzige Alternative sah er die vollständige Aufhebung der Entscheidung ohne entsprechenden Antrag an, lehnte diese aber letztlich mit den folgenden Worten ab:

„Mir ist bewusst, dass eine solche Entscheidung zu einiger Überraschung führen kann, da die Nichtigerklärung nur der Artikel 2 [nur der Nebenbestimmungen] der streitigen Entscheidungen praktisch auf die Genehmigung der Auszahlung von Beihilfen an ein Unternehmen hinausläuft, das seiner (wenn auch mittelbar) durch die Kommission auferlegten Verpflichtung zur Rückzahlung anderer Beihilfen schuldhaft noch nicht nachgekommen ist. (…) Zum anderen haben jedenfalls die Anträge auf Nichtigerklärung, mit denen die Rechtsmittelführerin zunächst das Gericht und dann den Gerichtshof befasst hat, ausdrücklich und ausschließlich die streitigen Bestimmungen zum Gegenstand, so dass es dem Gerichtshof nicht gestattet ist, will er nicht ultra petita entscheiden, die Gültigkeit anderer, nicht angefochtener Bestimmungen in Frage zu stellen.“[997]

Eine nähere Begründung für die Abtrennbarkeit der Nebenbestimmung liefert der Generalanwalt nicht. Die Teilaufhebung ist vielmehr ergebnisorientiert, wie der Generalanwalt offen zugibt. Die Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Nebenbestimmung sowie die Aufhebung der gesamten Entscheidung über den Antrag hinaus stellen für ihn schlicht keine denkbare Alternative dar.

3. Die Rechtssache *Frankreich u.a./Kommission*

In der Rechtssache *Frankreich u.a./Kommission („Kali+Salz“)*[998] befasste sich der Gerichtshof mit der Anfechtung von Bedingungen einer fusionskontrollrechtlichen Freigabeerklärung durch ein drittes Unternehmen,[999] das durch die Zusagen der am Zusammenschluss Beteiligten unmittelbar betroffen war. In diesem Zusammenhang verwies der Gerichtshof zunächst darauf, dass die teilweise Nichtigerklärung einer Kommissionsentscheidung auf dem Gebiet der Fusionskontrolle zu den in

---

994 Wird die Vorfrage der Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmung bejaht, stellt sich die Frage der Abtrennbarkeit gar nicht. Dies verkennen *Gornig/Trüe*, JZ 2000, 395, 402.

995 EuGH, Rs. 355/95, *Textilwerke Deggendorf/Kommission*, Slg. 1997, I-2549.

996 Schlussanträge des GA Tesauro, Rs. 355/95, *Textilwerke Deggendorf/Kommission,* Slg. 1997, I-2549 Rn. 22.

997 Schlussanträge des GA Tesauro, Rs. C-355/95, *Textilwerke Deggendorf/Kommission*, Slg. 1997, I-2549 Rn. 22.

998 EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission*, Slg. 1998, I-1375.

999 Da Nebenbestimmungen im Fusionskontrollrecht auf Zusagen beruhen, werden sie fast ausschließlich von betroffenen Drittunternehmen angegriffen, vgl. dazu *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 16 Rn. 106.

Art. 10 Abs. 5 FKVO ausdrücklich geregelten Fällen gehört.[1000] Diese Norm besagt folgendes:

„Wird eine Entscheidung der Kommission, die einer in diesem Artikel festgesetzten Frist unterliegt, durch Urteil des Gerichtshofs ganz oder teilweise für nichtig erklärt, so wird der Zusammenschluss erneut von der Kommission geprüft; (…)."

Unter diese Norm fallen auch diejenigen Entscheidungen, die nach Art. 6 Abs. 2 oder Art. 8 Abs. 2 FKVO mit Auflagen und Bedingungen versehen wurden. Dies lässt den Schluss zu, dass Bedingungen und Auflagen grundsätzlich isoliert aufgehoben werden können. Allerdings regelt die Norm weder die generellen Voraussetzungen einer Teilnichtigkeit, noch die speziellen Erfordernisse zur isolierten Aufhebung von Nebenbestimmungen.[1001] Mit beiden Fragen befasste sich daher der Gerichtshof. Hierfür stellte er zunächst klar, dass die Problematik der Teilnichtigkeit erst im Rahmen der Begründetheit der Nichtigkeitsklage zu erörtern sei.[1002] In der Begründetheit verwies der Gerichtshof sodann auf die oben bereits diskutierten Urteile *Jamet* und *Transocean Marine Paint* und erweckte so den Eindruck, dass die dort entwickelten Grundsätze ebenso im Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung Anwendung fänden.[1003] Anschließend führte er aus:

„Jedoch ist eine Nichtigerklärung, die auf (…) Bedingungen und Zusagen (…) der streitigen Entscheidung beschränkt wäre, nicht möglich, ohne dass der Kern der Entscheidung verändert würde. In diesem Zusammenhang ergibt sich aus der Entscheidung und den Akten insgesamt, dass die erwähnten Bedingungen mit der im verfügenden Teil enthaltenen Vereinbarkeitserklärung eine untrennbare Einheit bilden. Denn die Bedingungen folgen aus einer negativen Beurteilung des Zusammenschlusses in der angemeldeten Form durch die Kommission und werden von der Kommission als unerlässlich dafür erachtet, dass der Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden kann."[1004]

Demnach stellt der Gerichtshof für die Frage der Abtrennbarkeit einer Nebenbestimmung in einer Fusionskontrollentscheidung darauf ab, ob der Kern der Entscheidung verändert würde. Dies bejahte er im konkreten Fall unter Hinweis darauf, dass die Bedingung von der Kommission als unerlässlich für die Freigabe erachtet wurde.[1005] Als Rechtsfolge ordnete der Gerichtshof folgerichtig die vollständige Aufhebung des verfügenden Teils an.

1000 EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission*, Slg. 1998, I-1375 Rn. 256.

1001 Vgl. *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, S. 397.

1002 EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission*, Slg. 1998, I-1375 Rn. 37 unter Bezugnahme auf Schlussanträge des GA Tesauro, ebenda, Rn. 26.

1003 EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission*, Slg. 1998, I-1375 Rn. 256.

1004 EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission*, Slg. 1998, I-1375 Rn. 257 und 258.

1005 EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission*, Slg. 1998, I-1375 Rn. 256 f.

II. Gegenüberstellung der Rechtssachen *Transocean Marine Paint* und *Frankreich u.a./Kommission*

1. Diskrepanz im Hinblick auf die Prüfung der Abtrennbarkeit

Die beiden dargestellten Urteile *Transocean Marine Paint* und *Frankreich u.a./Kommission* unterscheiden sich auf den ersten Blick deutlich. Der Gerichtshof nimmt zwar jeweils eine Prüfung der Abtrennbarkeit vor, allerdings weichen die angelegten Prüfungsmaßstäbe voneinander ab. Während der Gerichtshof die Abtrennbarkeit der Nebenbestimmung in der Rechtssache *Transocean Marine Paint* mit einem pauschalen Hinweis auf die begünstigende Wirkung der Freigabe bejahte, prüfte er diese in *Frankreich u.a./Kommission* nach den allgemein üblichen Kriterien und lehnte sie infolge einer drohenden Veränderung des Kerns der Entscheidung ab. Unter Zugrundelegung der Maßstäbe aus *Transocean Marine Paint* hätte der Gerichtshof aber auch hier zur Abtrennbarkeit der Nebenbestimmung kommen müssen, wie es Generalanwalt *Tesauro* gefordert hatte. Er führte in seinen Schlussanträgen[1006] aus:

„Schließlich wäre es in allen untersuchten Fällen möglich, die Auflagen aufzuheben, ohne der Entscheidung insgesamt ihren Kern zu nehmen. (…). Auch ist die teilweise Nichtigerklärung der Entscheidung nicht geeignet, deren Tragweite grundlegend zu ändern. Ich möchte noch hinzufügen, dass im vorliegenden Fall die angefochtene Entscheidung insgesamt für die betroffenen Unternehmen günstig ist, was nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ein maßgeblicher Umstand dafür ist, einer Klage auf teilweise Nichtigerklärung stattzugeben.“[1007]

Dies wäre nicht nur im Hinblick auf *Transocean Marine Paint* eine absolut konsequente Lösung gewesen, sondern hätte auch die Linie der Schlussanträge in der Rechtssache *Deggendorf* widergespiegelt.

2. Mögliche Gründe für die Diskrepanz

a. Differenzierung zwischen Bedingungen und Auflagen

Eine mögliche Erklärung der unterschiedlichen Beurteilung der Abtrennbarkeit könnte zunächst die Differenzierung zwischen Bedingungen und Auflagen sein. Nachdem der Gerichtshof in *Transocean Marine Paint* über eine Auflage geurteilt hatte, war in dem Urteil *Frankreich u.a./Kommission* von einer Bedingung die Rede. Dies könnte zu der Schlussfolgerung verleiten, dass eine Auflage ohne weiteres von einer Begünstigung abtrennbar ist, eine Bedingung jedoch nicht.[1008] Diese Ansicht scheint beispielsweise in der Formulierung des Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 659/1999 angelegt zu sein, wonach Bedingungen es

---

[1006] Schlussanträge des GA Tesauro, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission,* Slg. 1998, I-1375.

[1007] Schlussanträge des GA Tesauro, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission,* Slg. 1998, I-1375 Rn. 144.

[1008] *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 189 m.w.N.

ermöglichen, die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären und Auflagen zur Überwachung der Befolgung dienen.[1009] Eine Begünstigung unter einer Bedingung würde nach dieser Ansicht stets zu einer untrennbaren Einheit führen. Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen.

Zum einen dürfte es sich in der Rechtssache *Frankreich u.a./Kommission* – entgegen der Bezeichnung durch das Gericht – der Sache nach ebenfalls um eine Auflage gehandelt haben.[1010] Hierfür spricht zum einen, dass die Kommission selbst die Nebenbestimmung in der zugrunde liegenden Entscheidung als „Auflage" bezeichnete.[1011] Darüber hinaus unterscheidet der Gerichtshof selbst nicht sauber zwischen Bedingung und Auflage. So bezeichnet er die Nebenbestimmung zwar zunächst als Bedingung, führt aber zum Nachweis dafür, dass am Willen der Unternehmen zur Einhaltung der Zusagen kein Zweifel bestehe, die Möglichkeit des Widerrufs an.[1012] Die Widerrufsmöglichkeit des Art. 8 Abs. 6 FKVO bezieht sich jedoch ausschließlich auf Auflagen. Zudem verweist er ausdrücklich auf die Rechtsprechung in *Transocean Marine Paint* und grenzt gerade nicht davon ab. Demnach soll die Beurteilung der Abtrennbarkeit für Bedingungen und Auflagen gleichermaßen Anwendung finden.[1013]

Davon abgesehen spiegeln die Regelungen in der Fusionskontrolle die Unterscheidung zwischen Bedingungen und Auflagen nicht wider. So erlauben Art. 6 Abs. 2 und 8 Abs. 2 FKVO den Erlass von Bedingungen und Auflagen nur „um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind." Im Fusionskontrollrecht beziehen sich damit sowohl Bedingung als auch Auflage immer auf Zusagen, die für den Erlass der Freigabe unabdingbar sind.[1014] Es kann daher nicht zur Grundannahme gemacht werden, dass sich Bedingungen und Auflagen stets inhaltlich unterscheiden würden und nur die Bedingung für die Erlassvoraussetzungen von Bedeutung sein kann.

b. Abweichende Interessenlage

Die Diskrepanz zwischen den Urteilen dürfte wohl in erster Linie auf die abweichende Interessenlage und die Ergebnisorientierung des Gerichtshofs zurückzuführen sein. Die abweichende Interessenlage ergibt sich zunächst daraus, dass die Rechtswidrigkeit in *Transocean Marine Paint* aus einer fehlenden Anhörung und damit einem formellen Mangel resultierte, während der Gerichtshof in *Frankreich u.a./Kommission* die materielle

---

1009 Vgl. *Becker*, Nebenbestimmungen im Europäischen Beihilfenrecht, S. 189 f. m.w.N.

1010 *Fuchs*, WuW 1996, 269, 279; *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 88.

1011 *Vgl.* Begründungserwägung Nr. 64 der Entscheidung vom 14.12.1993, 94/449/EG, *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, ABl. Nr. L 186 vom 21.07.1994, S. 38.

1012 EuGH, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission*, Slg. 1998, I-1375 Rn. 51.

1013 *Von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 386 Fn. 462.

1014 So auch *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 89.

Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung feststellte. Folglich konnte sich der Gerichtshof in *Transocean Marine Paint* mit einer „Zwischenlösung" in Form der vorläufigen Aufhebung der Nebenbestimmung unter gleichzeitiger Rückverweisung an die Kommission behelfen. Die Bejahung der Abtrennbarkeit der Nebenbestimmung führte mithin nicht zu einer endgültigen Teilaufhebung und der damit verbundenen Problematik. Die nicht ordnungsgemäß erfolgte Anhörung kann – ebenso wie andere formelle Mängel – von der Kommission im Falle der Rückverweisung ohne größere Schwierigkeiten nachgeholt werden. Dies ist bei materiell-rechtlichen Mängeln nicht der Fall. In der Rechtssache *Frankreich u.a./Kommission* bot sich diese Option daher nicht.

Hier stand dem Gerichtshof jedoch eine andere Alternative zur endgültigen Teilaufhebung der Nebenbestimmung zur Verfügung. Im Unterschied zu *Transocean Marine Paint* lag der Rechtssache *Frankreich u.a./Kommission* eine Drittanfechtung zugrunde, so dass ein Hilfsantrag auf vollständige Aufhebung der Begünstigung existierte. Die vollständige Aufhebung läuft den Interessen des Dritten – im Unterschied zum Adressaten – gerade nicht zuwider.[1015] Der Gerichtshof musste sich also auch hier nicht zwischen einer Klageabweisung trotz rechtswidriger Nebenbestimmung und einer endgültigen Teilaufhebung der Nebenbestimmung entscheiden, sondern konnte bei Annahme der Unabtrennbarkeit die gesamte Entscheidung aufheben.

Zusammenfassend sprachen damit bei beiden Rechtssachen die Optionen des Gerichtshofs für die jeweilige Beurteilung der Abtrennbarkeit. In *Transocean Marine Paint* bestand im Falle der Bejahung der Abtrennbarkeit eine weitere Option, in der Rechtssache *Frankreich u.a./Kommission* hingegen bei deren Verneinung. Der Gerichtshof konnte damit bislang stets einen „dritten Weg" einschlagen, der es ermöglichte, die endgültige Teilaufhebung der Nebenbestimmung zu vermeiden. Diese Vermeidungsstrategie wird aber auf Dauer nicht zu halten sein. Sobald eine materiell rechtswidrige Nebenbestimmung vom Adressaten angegriffen wird, stehen dem Gerichtshof um der Beachtung des Grundsatzes *ultra petita* Willen nur noch zwei Optionen zur Verfügung: Er kann die Abtrennbarkeit bejahen und die Nebenbestimmung endgültig aufheben oder aber trotz der Rechtswidrigkeit auf Klageabweisung befinden. Welchen Maßstab an die Beurteilung der Abtrennbarkeit der Gerichtshof dann anlegt, scheint bislang offen zu sein. Die Feststellung, dass die Rechtsprechung „noch im Fluss"[1016] sei, trifft zweifelsohne zu.

Der Gerichtshof wird sich jedoch zukünftig zumindest an einer der beiden Rechtssachen orientieren müssen. Gegen die generelle Anwendung der Grundsätze aus *Transocean Marine Paint* spricht, dass dem Kriterium der Abtrennbarkeit quasi keine beschränkende Wirkung mehr zukommt. Da praktisch jede Nebenbestimmung als abtrennbar angesehen wird, besteht stets die grundsätzliche Möglichkeit einer isolierten Anfechtung. Zwar liegt in der grundsätzlichen Möglichkeit alleine kein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip zulasten der Kommission.[1017] Der Gerichtshof wird jedoch nicht umhin kommen, das Kriterium der

---

1015 Vgl. *Leibenath*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, S. 402 f.

1016 *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 152.

1017 Vgl. dazu auch Schlussanträge des GA Tesauro, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Frankreich u.a./Kommission*, Slg. 1998, I-1375 Rn. 142.

Abtrennbarkeit näher zu definieren. Der Hinweis auf die begünstigenden Wirkung alleine kann eine eingehende Prüfung der Abtrennbarkeit nach festgelegten Kriterien nicht ersetzen. Hier sollte auf das allgemein gültige Kriterium des Wesensgehalts zurückgegriffen werden.

Dieses Kriterium sollte jedoch nicht so streng ausgelegt werden, wie dies der Gerichtshof in *Frankreich u.a./Kommission* getan hat. Gegen eine generelle Anwendung der dort vorgenommenen Prüfung der Abtrennbarkeit spricht, dass dann eine isolierte Aufhebung von Nebenbestimmungen, die die Erlassvoraussetzungen sicherstellen, stets ausgeschlossen wäre. Hieraus würde beispielsweise für das Fusionskontrollrecht folgen, dass Bedingungen und Auflagen nie isoliert anfechtbar wären, da sie für den Erlass der Freigabe grundsätzlich unabdingbar sind.[1018] Dies würde aber einer Rechtsschutzverweigerung gleich kommen. Der Adressat könnte sich gegen die ihn belastende Nebenbestimmung nicht zur Wehr setzen, selbst wenn diese offensichtlich rechtswidrig wäre. Da das Unionsrecht – im Gegensatz zum deutschen Recht – eine Verpflichtungsklage nicht kennt, könnte er auch nicht auf Erteilung der Begünstigung ohne Nebenbestimmung klagen. Vielmehr müsste er seine eigene Begünstigung vollständig anfechten, um sodann eine neue zu beantragen. Dies kostet nicht nur viel Zeit, sondern birgt für den Adressaten das erhebliche Risiko, keine unbeschränkte Begünstigung zu erhalten, während er die durch die Nebenbestimmung eingeschränkte Begünstigung infolge der vollständigen Anfechtung selbst beseitigt hat. Der Gerichtshof wird sich daher nicht auf pauschale Feststellungen zu den Erlassvoraussetzungen beschränken können, sondern eine ausführliche und am Einzelfall orientierte Prüfung des Wesensgehalts vornehmen müssen.

B. Die isolierte Aufhebung nachträglich erlassener Nebenbestimmungen

Um einiges einfacher gestaltet sich die Situation, wenn nachträglich erlassene Nebenbestimmungen isoliert angefochten werden sollen. Der Akt der nachträglichen Beifügung einer Nebenbestimmung setzt einen eigenständigen Beschluss voraus, so dass die Anfechtbarkeit dieses Beschlusses nach allgemeinen Regeln gegeben ist.[1019]

C. Die Anfechtbarkeit von auf Zusagen beruhenden Nebenbestimmungen

Ein weiteres Problem der Anfechtbarkeit tritt auf, wenn Nebenbestimmungen auf Zusagen beruhen. Da die Zusagen durch das betroffene Unternehmen grundsätzlich freiwillig gemacht werden, stellt sich die Frage, ob es die Erklärung der Verbindlichkeit der eigenen Zusage durch Nebenbestimmung angreifen kann.[1020] Zweifel bestehen hieran insofern, als das

---

[1018] So auch *Vogt*, Die Entscheidung als Handlungsform des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 89; *Völcker*, WuW 2003, 6, 14.

[1019] So zum deutschen Recht *Axer*, Jura 2001, 748, 752; *Stelkens* in: ders./Bonk/Sachs, VwVfG, § 36 Rn. 38; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 47 Rn. 31.

[1020] Die parallele Frage, ob ein Mitgliedstaat eine Verordnung anfechten kann, der er zuvor im Rat zugestimmt hatte, bejahte der EuGH, Rs. C-166/78, *Italien/Rat*, Slg. 1979, 2575 Rn. 6.

Unternehmen eine Regelung angreift, die auf einem eigenen Vorschlag beruht.[1021] Die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV könnte zum einen bereits am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis scheitern und daher unzulässig sein. Es erscheint aber ebenso naheliegend, dem klagenden Unternehmen widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen und die Zulässigkeit der Klage am Grundsatz *venire contra factum proprium* scheitern zu lassen.[1022] Beide Ansätze schließen sich nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig. Der Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses wäre letztlich auf das widersprüchliche Verhalten des Klägers zurückzuführen.

Die herrschende Meinung in der Literatur zum Kartellverfahrensrecht nimmt auf Basis dieser Überlegungen an, dass eine Nichtigkeitsklage des durch die Zusage gebundenen Unternehmens in aller Regel ausscheidet.[1023] Allerdings bejahte der Gerichtshof in der Rechtssache *Ahlström*[1024] die Anfechtbarkeit einer auf einer Zusage beruhenden Nebenbestimmung nach der Verordnung Nr. 17 mit dem Argument, die Unternehmen hätten lediglich einer Entscheidung zugestimmt, zu deren einseitigem Erlass die Kommission ohnehin befugt gewesen wäre.[1025] Dieses Argument greift allerdings für das aktuelle Kartellverfahrensrecht nicht mehr, da eine Zusage nunmehr unabdingbare Voraussetzung für die Erklärung ihrer Verbindlichkeit darstellt. Die Rechtsprechung erscheint infolgedessen veraltet.

Auch im Beihilfenrecht wird vertreten, dass einem Mitgliedstaat das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn die angegriffene Nebenbestimmung auf seiner Zusage basiert.[1026] Zwar kann diese Formulierung alleine nicht überzeugen, da es sich bei den Mitgliedstaaten um privilegierte Kläger nach Art. 263 Abs. 2 AEUV handelt, so dass ein Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich gar nicht erforderlich ist.[1027] Allerdings führt auch in diesem Fall der Einwand des widersprüchlichen Verhaltens zur Unzulässigkeit der Klage.

1021 So wird im deutschen Recht eine Beschwer im Sinne des § 68 GWB nur dann bejaht, wenn der Wille des Klägers, sein ursprüngliches auf eine unbedingte Freigabe gerichtetes Verfahrensbegehren nicht mehr weiter verfolgen zu wollen, nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit hervortritt. Dies ist z.B. der Fall, wenn die Zusagen unter Vorbehalt ergehen, vgl. BGH NJW-RR 2006, 836 Rn. 14; dazu auch *Braun/Rieske*, WM 2009, 1265, 1267.

1022 So *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, S. 121; *Drauz* in: *Schwarze*, Instrumente zur Durchsetzung des Europäischen Wettbewerbsrechts, S. 72.

1023 *Anweiler* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, VerfVO, Art. 9 Rn. 39; *Sura* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, VO Nr. 1/2003, Art. 9 Rn. 21; *Temple Lang*, ECLR 2003, 347, 355; für die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage bei schwerer Irregularität des Verfahrens wie Täuschung und Drohung *Busse/Leopold*, WuW 2005, 146, 153; *Schwarze/Weitbrecht*, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, S. 121.

1024 EuGH, verb. Rs. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 und C-125/85 bis C-129/85, *Ahlström u.a./Kommission*, Slg. 1993, I-1307 ff.

1025 EuGH, verb. Rs. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 und C-125/85 bis C-129/85, *Ahlström u.a./Kommission*, Slg. 1993, I-1307 Rn. 181; vgl. dazu *Völcker*, WuW 2003, 13-14.

1026 *Ehricke*, EWS 2006, 241, 242; *Frenz*, Handbuch Europarecht 3, Rn. 1319.

1027 EuGH, Rs. 45/86, *Kommission/Rat*, Slg. 1987, 1493 Rn. 3; EuGH, Rs. 131/86, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Slg. 1988, 905, Rn. 6; EUGH, Rs. 41/83, Italien/Kommission, Slg. 1985, 873, Rn. 29 f.; *Cremer* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 263 AEUV Rn. 21; *Dervisopoulos* in: Rengeling/Middeke/Gellermann,

Anders gestaltet sich die Situation im Fusionskontrollrecht. Dort geht ein Großteil der Literatur von der Zulässigkeit einer Anfechtung aus, ohne das Rechtsschutzbedürfnis weiter zu begründen.[1028] *Sura* weist darauf hin, dass diesbezüglich eine wesentliche Diskrepanz zum Kartellverfahrensrecht bestehe: Im Fusionskontrollverfahren seien die Unternehmen infolge des erheblichen Zeitdrucks letztlich gezwungen, eine Zusage abzugeben, um die Freigabe der Fusion „zu erkaufen".[1029] Der Zeitdruck resultiert aus der Tatsache, dass sich die konkreten Markt- und Unternehmensgegebenheiten, von denen eine Fusion abhängt, sehr schnell ändern.[1030] Alternativ steht den Unternehmen nur die Möglichkeit der Klage gegen die Untersagung zur Verfügung, die bei einer durchschnittlichen Verfahrensdauer von ungefähr zwei Jahren pro Instanz[1031] viel zu viel Zeit in Anspruch nimmt.[1032] Infolge der wirtschaftlichen Aussichtslosigkeit eines solchen Vorgehens sind die Zusammenschlussbeteiligten in der Regel zur Abgabe weitgehender Zusagen bereit.[1033] Obschon sie rechtlich nicht zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung gezwungen werden können, besteht daher ein faktischer Zwang zu einem solchen Vorgehen. In diesem Kontext kann das Argument der Freiwilligkeit von Zusagen letztlich nicht mehr überzeugen,[1034] so dass die Zulässigkeit einer beschränkten Nichtigkeitsklage gegen die Erklärung der Verbindlichkeit der eigenen Zusage durch Nebenbestimmung zu bejahen ist.

Ob diese Überlegungen ebenso für Zusagen, die bereits im Vorprüfverfahren gemacht werden, Anwendung finden können, erscheint auf den ersten Blick fraglich. Der auf die Unternehmen ausgeübte Druck dürfte während dieser Phase noch nicht so stark sein, wie im Hauptprüfverfahren. Immerhin droht den Unternehmen noch keine Untersagung, sondern zunächst lediglich die Eröffnung des Hauptverfahrens.[1035] Dennoch haben die Zusammenschlussbeteiligten bereits zu diesem Zeitpunkt ein großes Interesse an der schnellen Beendigung des Verfahrens, so dass sie die Eröffnung des Hauptverfahrens um jeden Preis zu verhindern suchen werden. Ein Rechtsschutzbedürfnis ist daher auch in dieser Situation grundsätzlich zu bejahen.

Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, § 7 Rn. 50; *Stotz* in: Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts Bd. 2, P.I. Rn. 72.

1028 Vgl. *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 189 und Art. 16 Rn. 26; *Baron* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, FKVO, Art. 8 Rn. 28; *Langeheine/Dittert* in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 21 Rn. 4; *Wagemann* in: Wiedemann, Kartellrecht, § 17 Rn. 219, der von der fehlenden Klagebefugnis spricht; a.A. *Drauz* in: Schwarze, Instrumente zur Durchsetzung des Europäischen Wettbewerbsrechts, S. 72.

1029 *Sura* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, VO Nr. 1/2003, Art. 9 Rn. 21.

1030 *Frenz*, Handbuch Europarecht 2, Rn. 1952.

1031 *Frenz*, Handbuch Europarecht 2, Rn. 1952 m.w.N.

1032 *Sura* in: Langen/Bunte, Europäisches Kartellrecht, VO Nr. 1/2003, Art. 9 Rn. 21.

1033 So zum deutschen Recht *Bach* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, § 32 b Rn. 33.

1034 Vgl. zur schwachen Position der Zusammenschlussbeteiligten *Korth*, Verfahrensrechte in der Europäischen Fusionskontrolle, S. 138 f.

1035 So *Völcker*, WuW 2003, 6, 14, der jedoch im Ergebnis dennoch von der Anfechtbarkeit ausgeht.

Für dieses Ergebnis spricht auch das Urteil des Gerichts in der Rechtssache *Coca-Cola*.[1036] Teilweise wird sogar die Auffassung vertreten, mit diesem Urteil sei die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis des Adressaten für eine Anfechtung der auf seiner Zusage beruhenden fusionskontrollrechtlichen Entscheidung richterlich geklärt worden.[1037] Allerdings ist diese Feststellung dahin gehend einzuschränken, dass dem Urteil nicht die Situation einer isolierten Nichtigkeitsklage gegen eine Nebenbestimmung zugrunde lag. In dem Sachverhalt ging es um die Anfechtung von Zusagen, die von der Kommission nicht als bindende Nebenbestimmung in den Tenor aufgenommen, sondern lediglich „zur Kenntnis genommen" wurden. Die Kommission argumentierte dementsprechend, die Zusagen könnten bereits aus diesen Gründen nicht angefochten werden.[1038] Dieses pauschale Argument wies das Gericht zurück, untersuchte die verbindlichen Rechtswirkungen der Zusagen im konkreten Einzelfall und verneinte diese.[1039] Dazu stellte es fest:

„Die im Rahmen eines von der Kommission nach den Artikeln 85 und 86 EG Vertrag (jetzt Artikel 81 EG und 82 EG) eingeleiteten Verfahrens abgegebene Verpflichtungserklärung eines Unternehmens, bestimmte spezifische Verpflichtungen einzuhalten, kann Gegenstand einer Nichtigkeitsklage sein, wenn aus der Untersuchung ihres Sachgehalts hervorgeht, dass sie verbindliche Rechtswirkungen erzeugen soll. Daher ist die Ansicht zurückzuweisen, es sei nicht zulässig, dass die Klägerinnen die Rechtmäßigkeit der Verpflichtungserklärung in Frage stellten, da die Verpflichtungserklärung nicht mit einer förmlichen Bedingung im Sinne des Artikels 8 Absatz 2 der Verordnung Nr. 4064/89 verbunden sei."[1040]

Das Gericht geht also grundsätzlich von der Anfechtbarkeit derjenigen Verpflichtungszusagen aus, die Gegenstand einer förmlichen Nebenbestimmung sind. Es scheint diese sogar für so unproblematisch zu halten, dass es auf das möglicherweise fragliche Rechtsschutzbedürfnis gar nicht erst eingeht. Trotz der fehlenden Auseinandersetzung mit dieser Frage kann zumindest das klare Ergebnis des Gerichts herangezogen werden: die isolierte Nichtigkeitsklage gegen eine auf einer Verpflichtungszusage beruhende Nebenbestimmung im Fusionskontrollrecht ist grundsätzlich zulässig. Dies überzeugt insbesondere im Hinblick auf die tatsächliche Verhandlungsmacht der Kommission im Fusionskontrollverfahren.

D. Zusammenfassung

Die Frage nach der isolierten Anfechtbarkeit einer Nebenbestimmung wirft Fragen der Zulässigkeit und der Begründetheit einer Nichtigkeitsklage auf. Die Zulässigkeit kann am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis scheitern, sofern die Nebenbestimmung auf einer Zusage beruht. Voraussetzung hierfür ist jedoch stets, dass die Zusage freiwillig erfolgte und kein

---

1036 EuG, verb. Rs. T-125/97 und T-127/97, *Coca-Cola/Kommission*, Slg. 2000, II-1733 ff.

1037 *Montag/Leibenath*, WuW 2000, 852, 862 f.

1038 EuG, verb. Rs. T-125/97 und T-127/97, *Coca-Cola/Kommission*, Slg. 2000, II-1733 ff. Rn. 56.

1039 EuG, verb. Rs. T-125/97 und T-127/97, *Coca-Cola/Kommission*, Slg. 2000, II-1733 Rn. 106.

1040 EuG, verb. Rs. T-125/97 und T-127/97, *Coca-Cola/Kommission*, Slg. 2000, II-1733, 4. Leitsatz.

faktischer Zwang zu ihrer Abgabe bestand. Dies hängt insbesondere vom jeweiligen Rechtsgebiet und dem dort ausgeübten Druck auf den Adressaten ab.

Ausführungen zur isolierten Aufhebung von Nebenbestimmungen gehören sinnvollerweise zur Begründetheit, da sie deren Rechtswidrigkeit voraussetzen. Der Gerichtshof hat das Kriterium der Abtrennbarkeit bislang anhand verschiedener Maßstäbe geprüft, die beide nicht unbesehen auf andere Fälle der isolierten Anfechtung von Nebenbestimmungen übertragen werden können. Vielmehr wird der Gerichtshof nicht umhin kommen, den Wesensgehalt eines Rechtsaktes und damit die Abtrennbarkeit einer Nebenbestimmung tiefergehend zu untersuchen. Ein bloßer Hinweis auf die begünstigende Wirkung der Hauptregelung ist hierfür ebenso untauglich wie der pauschale Hinweis, die Nebenbestimmung erfülle erst die Erlassvoraussetzungen der Begünstigung. Während der erste Ansatz dazu führen würde, dass jede Nebenbestimmung anfechtbar wäre, drohte im zweiten Falle eine Rechtsschutzlücke zulasten des Adressaten. Nachträglich erlassene Nebenbestimmungen können stets unproblematisch isoliert angefochten werden.

TEIL 7 AUSBLICK UND THESEN

§ 1 AUSBLICK

Eine künftige Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts der Union erscheint sowohl möglich als auch erstrebenswert. Als Ermächtigungsgrundlage steht Art. 298 Abs. 2 EUV zur Verfügung.[1041] Wünschenswert ist die Normierung ganz generell, aber auch im Hinblick auf die Problematik der Nebenbestimmungen. Die bestehenden Regeln und Grundsätze der Union zum Verwaltungsverfahren gehen aus vielen verschiedenen Quellen hervor, so dass es schwer fällt, die Übersicht zu behalten. Neben das geschriebene Primärrecht treten die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gerichtshofs, zahlreiche Regelungen des Sekundärrechts sowie nicht zwingendes Recht in Form von Verhaltenskodizes. Indes sollte der Unionsbürger die Möglichkeit haben, sich über seine Rechte gegenüber der Unionsverwaltung Kenntnis zu verschaffen. Dies würde durch eine einheitliche Kodifikation erheblich erleichtert.

Auch innerhalb der einzelnen Ebenen von Rechtsquellen kann die Orientierung schwierig werden. Insbesondere die im Sekundärrecht vorherrschende Vielzahl von Rechtsakten macht eine Gesamtbetrachtung des Verwaltungsverfahrensrechts sehr schwierig. Hinzu kommt, dass die Zersplitterung nach Rechtsbereichen im Sekundärrecht zu sachlich nicht begründeten Regelungsunterschieden sowie zu Regelungslücken geführt hat.[1042] Hier könnte eine Kodifikation Abhilfe schaffen, indem sie für mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sorgt.

1041 *Kotzur* in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 298 AEUV Rn. 4; *Streinz*, Europarecht, Rn. 588; *Hetmeier i*n: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 298 AEUV Rn. 16; a.A. *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 298 AEUV Rn. 11.

1042 *Puigpelat*, Die Verwaltung 2009, Beiheft 8, S. 177, 198.

Dieses Potenzial einer einheitlichen allgemeinen Regelung deutet auch die Entschließung des Europäischen Parlaments über die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts an.[1043] Sie enthält einen Katalog der wesentlichen Prinzipien und Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, die für die Kodifizierung unverzichtbar sind. Hierzu gehören die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Nichtdiskriminierung sowie der Verhältnismäßigkeit. Darüber hinaus gibt die Entschließung Empfehlungen zur Fassung von Verwaltungsbeschlüssen ab, wozu unter anderem die Rechte auf Anhörung und Akteneinsicht, die Begründungspflicht sowie die Regeln über die Zustellung von Verwaltungsbeschlüssen gehören. Eine Regelung zu Nebenbestimmungen findet sich darin nicht.

Daran anknüpfend stellt sich die Frage, ob der Kodex nicht auch eine allgemeine Regelung zur Zulässigkeit von Nebenbestimmungen enthalten sollte. Diese würde zwar nicht zu den wichtigsten Grundsätzen zählen, könnte aber unter den Oberbegriff der Fassung von Beschlüssen fallen. Wenn dort Fragen wie die Anhörung, Begründung und Zustellung von Beschlüssen geregelt werden, ist es durchaus naheliegend auch eine Regelung zu Nebenbestimmungen mit aufzunehmen. Eine solche Norm könnte insbesondere die häufig unklaren und wechselnden Begrifflichkeiten, die im Zusammenhang mit Nebenbestimmungen bislang Verwendung finden, klarstellen. Außerdem könnte sie einen Rahmen für die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen schaffen, indem sie deren allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen benennt. Auf diese Weise könnten die Lücken des Sekundärrechts geschlossen und bestehende Unsicherheiten beseitigt werden. Dies erscheint insofern naheliegend, als es sich bei der Nebenbestimmung um ein bedeutendes und in der Praxis unverzichtbares Instrument der Verwaltung handelt. Es bleibt daher zu hoffen, dass der Unionsgesetzeber ihr im Rahmen der Kodifizierung noch eine gewisse Aufmerksamkeit zukommen lässt.

§ 2 THESEN

Aus der Untersuchung lassen sich die folgenden Thesen ableiten:

1) Der Vollzug von Rechtsakten im Eigenverwaltungsrecht ist weder auf bestimmte Organe noch auf bestimmte Formen von Rechtsakten begrenzt. Allerdings eignet sich zur verbindlichen Anwendung einer allgemeinen Regelung im Einzelfall nur die Rechtsform des adressatengerichteten Beschlusses nach Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV. Begünstigende adressatengerichtete Beschlüsse können grundsätzlich mit Nebenbestimmungen verbunden werden.

2) Alternativ kann sich die Verwaltung konsensualer Instrumente bedienen. Hierzu gehört zum einen der im Unionsrecht grundsätzlich zulässige öffentlich-rechtliche Vertrag. Zum anderen kennt das Unionsrecht im Wettbewerbsrecht das Instrument der Verpflichtungszusagen, die vom Adressaten abgegeben und durch die Kommission

[1043] Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. Januar 2013 mit Empfehlungen an die Kommission zu einem Verwaltungsverfahrensrecht der Europäischen Union (2012/2024(INI)).

verbindlich gemacht werden. Dies kann unter anderem durch Nebenbestimmungen geschehen.

3) Der Begriff der Nebenbestimmung stammt aus dem deutschen Recht und dort ursprünglich aus dem Zivilrecht. Er wurde in das Verwaltungsrecht übertragen und in § 36 VwVfG des Bundes und der Länder verwendet. Die Norm unterscheidet zwischen unselbstständigen und selbstständigen Nebenbestimmungen. Bedingung, Befristung und Widerrufsvorbehalt gehören zu den ersteren. Auflage und Auflagenvorbehalt stellen selbstständige Nebenbestimmungen dar. Die Auflage ist in der Theorie von der aufschiebenden Potestativbedingung dadurch abzugrenzen, dass sie keinerlei Einfluss auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes hat, im Gegenzug aber durchgesetzt werden kann. In der Praxis kann sich die Abgrenzung trotz zahlreicher Indizien wie der Bezeichnung und dem mutmaßlichen Willen der Behörde aber schwierig gestalten.

4) Die Nebenbestimmung kann als ein modifizierender oder ergänzender Zusatz zur Hauptregelung definiert werden, je nachdem, ob es sich um eine unselbstständige oder eine selbstständige Nebenbestimmung handelt. Sie schränkt die begünstigende Hauptregelung durch ihre belastende Wirkung ein, so dass die Begünstigung meist hinter dem Antrag des Adressaten zurückbleibt. In jedem Fall verhalten sich Nebenbestimmungen zur Hauptregelung streng akzessorisch.

5) Nebenbestimmungen sind von Inhaltsbestimmungen und bloßen Hinweisen auf die Rechtslage abzugrenzen. Inhaltsbestimmungen gehören zum regelmäßigen Inhalt des Verwaltungsaktes und sind deshalb Teil der Hauptregelung. Hinweise wiederholen den Inhalt einer allgemeinen Rechtsnorm im Text des Verwaltungsaktes und weisen daher keine Rechtserheblichkeit auf.

6) Nebenbestimmungen erfüllen zahlreiche wichtige Funktionen. Sie dienen der Flexibilisierung und der Feinsteuerung der Verwaltung und damit der Anpassung eines Verwaltungsaktes an die faktische Vielfalt von Einzelfällen. Außerdem können sie sicherstellen, dass die Erlassvoraussetzungen eines Verwaltungsaktes erfüllt werden und bleiben und bieten der Verwaltung auf diese Weise einen Mittelweg zwischen Erteilung und Ablehnung der Begünstigung. Gerade im Falle von Prognoseentscheidungen tragen sie der ungewissen zukünftigen Entwicklung Rechnung und erleichtern so das Verwaltungsverfahren. Die Verwaltung kann mithilfe von Nebenbestimmungen die begünstigende Wirkung der Hauptregelung sowie deren Bestandskraft begrenzen und Einfluss auf das Verhalten des Adressaten ausüben. Sie kann sich so eine Gegenleistung sichern, was das der Nebenbestimmung innewohnende konsensuale Element deutlich macht. Aber auch die Rechte Dritter können durch eine Nebenbestimmung sichergestellt werden.

7) In zahlreichen anderen Mitgliedstaaten sind Nebenbestimmungen selbstverständlicher Teil von Verwaltungsentscheidungen, obgleich allgemeine Ermächtigungsgrundlagen nicht existieren. So kennen Frankreich, Italien und Österreich weitgehend die gleichen Nebenbestimmungsformen wie das VwVfG. Auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen

ähneln sich stark, wobei stets eine Unterscheidung zwischen gebundenen Verwaltungsakten und solchen, die im Ermessen der Verwaltung stehen, vorgenommen wird.

8) Auch das Unionsrecht kennt verschiedene Arten von Nebenbestimmungen. Befristung, Bedingung und Auflage haben insbesondere im Sekundärrecht zahlreiche Regelungen erfahren. Aber auch Vorbehalte sind dem Unionsrecht nicht unbekannt, wie die Rechtsprechung zeigt.

9) Dem Unionsrecht ist zudem der Oberbegriff der Nebenbestimmung nicht gänzlich fremd, er taucht jedoch ausschließlich in der Rechtsprechung auf und zwar mit ganz verschiedenen Bedeutungen. Auch die Übersetzungen variieren, wobei insbesondere die Begriffe der Nebenbestimmung, der Bedingung und der Auflage recht wild durcheinander gehen. Im Sinne der hiesigen Definition wird der Begriff der Nebenbestimmung von Unionsgerichten ausschließlich in Urteilen mit Bezug zur deutschen Verwaltung gebraucht.

10) Nebenbestimmungen nehmen im Unionsrecht folglich auch die gleichen Funktionen wie im deutschen Recht wahr. Sie dienen im Wettbewerbsrecht insbesondere der Herstellung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt und damit der Schaffung der Erlassvoraussetzungen einer Begünstigung. Zudem spielen konsensuale Züge der Nebenbestimmungen im Unionsrecht eine große Rolle, wie die Existenz und Bedeutung von Verpflichtungszusagen im Wettbewerbsrecht deutlich macht.

11) Abgrenzungsfragen stellen sich daher letztlich in großen Teilen ebenfalls parallel zum deutschen Recht. Eine Abgrenzung zu Inhaltsbestimmungen wurde bislang im Unionsrecht nicht vorgenommen, ist aber unverzichtbar. Sie dient der grundlegenden Unterscheidung zwischen Hauptregelung und Nebenbestimmung. Gleiches gilt für die Abgrenzung zu bloßen Hinweisen auf die Rechtslage, da diese lediglich den Text einer allgemeinen Norm, meist einer Verordnung wiedergeben. Zudem kennt das Fusionskontrollrecht den Begriff der Nebenabrede, der demjenigen der Nebenbestimmung ähnlich ist. Inhaltlich unterscheiden sich die beiden Instrumente jedoch deutlich, da eine Nebenabrede zwischen den am Zusammenschluss Beteiligten vereinbart wird und keinen Einfluss auf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Fusion hat.

12) Das Primärrecht beinhaltet keine allgemeine Ermächtigung zur Verbindung einer Verwaltungsentscheidung mit Nebenbestimmungen. Es verwendet allerdings die Begriffe der Bedingung und der Auflage, wobei alleine Art. 122 Abs. 2 AEUV und der neu geschaffene Art. 136 Abs. 3 AEUV die Eigenverwaltung der Union betreffen. Beide Normen spielten bei den Finanzhilfen für überschuldete Eurostaaten eine wichtige Rolle. In der Vergangenheit enthielt darüber hinaus der EGKSV Normierungen dieser beiden Nebenbestimmungsformen.

13) Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz über die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen wurde bislang von den Unionsgerichten nicht gefunden. Seine Voraussetzungen sind jedoch

gegeben, da eine wesentliche Lücke im Unionsrecht besteht und die nationalen Rechtsordnungen die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen prinzipiell bejahen. Die grundsätzliche Unzulässigkeit von Nebenbestimmungen würde zu einer empfindlichen Störung der Verwaltungstätigkeit der Union führen, da diese nicht mehr adäquat auf Einzelfälle reagieren könnte.

14) In der Fusionskontrolle ergehen Nebenbestimmungen sowohl im Hauptprüfverfahren (Art. 8 Abs. 2 FKVO) als auch im Vorprüfverfahren (Art. 6 Abs. 2 FKVO) zur Herstellung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt. Sie basieren auf Verpflichtungszusagen, die in der Praxis zwischen der Kommission und den Unternehmen regelrecht ausgehandelt werden. Diese werden von der Kommission in verbindliche Nebenbestimmungen „umgegossen". Nebenbestimmungen im Vorprüfverfahren wurden bereits vor der Schaffung einer entsprechenden Ermächtigungsgrundlage von der Kommission erlassen, was in der Literatur auf breite Kritik stieß. Auch die Entscheidung über die Befreiung von der Verpflichtung zum Aufschub des Vollzugs kann unter Bedingungen und Auflagen erteilt werden (Art. 7 Abs. 3 S. 4 FKVO).

15) In der Vergangenheit unterschied die Kommission im Fusionskontrollrecht nicht immer sauber zwischen Bedingungen und Auflagen. Dies ist jedoch im Hinblick auf die dort vorgesehenen abweichenden Rechtsfolgen sowie aus Gründen der Rechtssicherheit dringend erforderlich. Auch die Kommission misst der Differenzierung inzwischen Bedeutung bei und trifft eine materielle Unterscheidung, wonach die Änderung der Marktstruktur durch Bedingungen und die hierfür erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen durch Auflagen erreicht werden sollen.

16) Die älteste Regelung zu Nebenbestimmungen enthielt die Verordnung Nr. 17. Die Kartellverfahrens-VO etablierte sodann ein vollständig neues System, indem sie die Notwendigkeit der Anmeldung von Absprachen abschaffte, so dass Einzelfreistellungen nicht mehr ergehen. An ihre Stelle tritt die mögliche Feststellung des Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 101 AEUV (Art. 10 Kartellverfahrens-VO). Zu diesem Zweck können die Unternehmen Verpflichtungszusagen abgeben. Verpflichtungszusagen werden jedoch nicht durch Nebenbestimmung, sondern durch einen eigenen Beschluss verbindlich gemacht. Dieser kann befristet werden (Art. 9 Abs. 1 S. 2 Kartellverfahrens-VO).

17) Im Produktzulassungsrecht enthält die REACh-VO eine Regelung zu Auflagen (Art. 60 Abs. 8). Hierunter fallen nach Sinn und Zweck auch Bedingungen. Zulässigkeitsvoraussetzungen sind nicht geregelt. Der Norm lässt sich nur entnehmen, dass jedenfalls eine Überwachung vorgesehen werden kann.

18) Die Arzneimittelagentur-VO sieht zunächst eine sogenannte bedingte Zulassung vor (Art. 14 Abs. 7), die in der entsprechenden Verordnung interessanterweise als „Zulassung unter Auflagen" definiert wird. Letztlich dürfte es sich bei den genannten Nebenbestimmungen tatsächlich um Auflagen handeln, da die Zulassung ein Jahr lang

unbedingt wirksam sein soll. Daneben ist eine ausnahmsweise erteilte Zulassung (Art. 14 Abs. 8) möglich, die vorbehaltlich der Verpflichtung ergeht, besondere Verfahren zu schaffen. Dies kann wiederum durch Auflagen geschehen. Auch im Übrigen scheint die Arzneimittelagentur-VO von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Bedingungen und Auflagen auszugehen, ohne jedoch eine allgemeine Ermächtigungsnorm zu enthalten. Hinsichtlich der Auflagen aus Umweltschutzgründen ist eine analoge Anwendung des Gemeinschaftskodex (Art. 8 Abs. 3 lit. ca)) naheliegend.

19) Im Lebensmittelrecht enthält die Novel-Food-VO keine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Nebenbestimmungen, obschon sie spezielle Fälle von Bedingungen und Auflagen zulässt (Art. 7 Abs. 2). Die Gen-VO geht wiederum eindeutig von deren genereller Zulässigkeit aus (Art. 9 Abs. 1), ohne diese näher zu regeln.

20) Im Beihilfenaufsichtsrecht sieht die Beihilfenverfahrens-VO vor, dass die Vereinbarkeitsentscheidung mit Bedingungen und Auflagen versehen werden kann (Art. 7 Abs. 4). Diese Norm gilt ausdrücklich nur für das Hauptprüfverfahren. Verpflichtungszusagen der Mitgliedstaaten sind dabei möglich, aber nicht unabdingbare Voraussetzung. Die Differenzierung zwischen Bedingung und Auflage ist im Wortlaut der Norm angelegt, wobei die Bedingung die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt herbeiführen und die Auflage der Überwachung und Sicherstellung dienen soll. Sie wurde von der Kommission dennoch lange vernachlässigt. Nach dem sogenannten „Deggendorf-Prinzip“ kann die Vereinbarkeit einer neuen Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt durch die Rückzahlung einer alten, rechtswidrigen Beihilfe hergestellt werden.

21) Im Recht der Finanzhilfen scheiden Nebenbestimmungen zunächst überall dort aus, wo Finanzhilfen qua Finanzhilfevereinbarung ergehen. Finanzhilfebeschlüsse können hingegen schon nach der neuen Haushaltsordnung grundsätzlich mit Auflagen versehen werden. Die Förderung über die Struktur- und Agrarfonds bedient sich jedoch keines direkten Beschlusses an den Begünstigten und bringt auch ansonsten keine begünstigenden Entscheidungen hervor, die mit Nebenbestimmungen verbunden werden könnten. Hingegen werden bei direkten Finanzhilfen teilweise Finanzhilfebeschlüsse erlassen, die auf der Basis von Mustern ergehen und Nebenbestimmungen enthalten können.

22) Im Zuge der Eurokrise wurden Finanzhilfen an überschuldete Euroländer geleistet. Während die meisten hierfür geschaffenen und eingesetzten Instrumente sich konsensualer Elemente wie eines Memorandum of Understanding oder einer Finanzhilfevereinbarung bedienen, werden im Rahmen des EFSM auch Finanzhilfebeschlüsse erlassen. Die EFSM-VO schreibt vor, dass dort wirtschaftspolitische Bedingungen (Art. 3 Abs. 3) festzulegen sind, was in den Beschlüssen an Irland und Portugal zum Tragen kam.

23) Daneben sind Finanzhilfen der Union zur Stützung der Zahlungsbilanzen möglich. Auch hier werden Finanzhilfebeschlüsse erlassen, die wirtschaftspolitische Bedingungen enthalten, wie dies in den Beschlüssen an Ungarn und Rumänien der Fall war.

24) Das Sekundärrecht enthält insgesamt lückenhafte Regelungen zu Nebenbestimmungen. Teils fehlen Ermächtigungsgrundlagen, obwohl die Verordnungen von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Bedingungen und Auflagen ausgehen. Teils existieren Ermächtigungen, die aber keine Zulässigkeitsvoraussetzungen benennen. Alleine das Fusionskontrollrecht enthält eine umfassende Regelung der Nebenbestimmungen. Daneben weisen das Beihilfenaufsichtsrecht, das Produktzulassungsrecht sowie die EFSM-VO Ermächtigungen auf, die zumindest das durch die Nebenbestimmung zu erreichende Ziel benennen.

25) Nebenbestimmungen können auch ohne ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage zulässig sein. Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist die prinzipielle Zulässigkeit von Nebenbestimmungen (Frage nach dem „ob“) zu bejahen, wenn diese als Teil einer Ermessensentscheidung ergehen. Hier kommt die Flexibilisierungs- und Feinsteuerungsfunktion der Nebenbestimmung voll zum Tragen, da diese auch dem Ermessensspielraum innewohnt. Im Falle einer gebundenen Entscheidung ist die Verwaltung hingegen gezwungen, die Begünstigung abzulehnen, wenn es an einer der Erlassvoraussetzungen fehlt. Lediglich im Falle einer Sicherstellung derselben durch Nebenbestimmung kommt eine Kompetenz zum Erlass einer Nebenbestimmung in Betracht. Dies gilt jedoch auch dann nur, wenn der Wille des Unionsgesetzebers hierdurch nicht umgangen wird. Insofern ist zumindest zu gewährleisten, dass die Wirksamkeit des Beschlusses erst bei Vorliegen seiner Voraussetzungen eintreten kann, was durch eine aufschiebende Bedingung geschieht. Auflagen stellen hingegen kein probates Mittel dar. Die Zulässigkeit einer bestimmten Nebenbestimmung (Frage nach dem „wie“) ist eine solche der materiellen Zuständigkeit und damit der fehlerfreien Ermessensausübung.

26) Vom Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu unterscheiden ist der Vorbehalt des Gesetzes. Die Unterschiede zeigen sich im Hinblick auf Anwendungsbereich und Rechtsfolge. Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes stellt auf die belastende Wirkung für den Adressaten ab und fordert im Ergebnis eine Rechtsgrundlage, die demokratisch legitimiert ist, also derjenigen eines Gesetzes entspricht. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verlangt hingegen, dass alle Rechtsakte der Union auf die Verträge rückführbar sind. Sinn und Zweck des Gesetzesvorbehalts bestehen nicht in der Abgrenzung von Hoheitskompetenzen, sondern im Schutz des Adressaten vor hoheitlichen Eingriffen. Nicht nur die rechtsstaatliche, sondern auch die demokratische Komponente des Gesetzesvorbehalts kann ins Unionsrecht übertragen werden. Dies liegt umso näher, als Art. 290 AEUV nunmehr Gesetzgebungsakte definiert. Auf einem solchen müssen belastende Verwaltungsentscheidungen daher grundsätzlich beruhen.

27) Die belastende Wirkung der Nebenbestimmung bewirkt mithin zunächst, dass die Gesamtregelung einer Ermächtigungsgrundlage in Form eines Gesetzgebungsaktes

bedarf. Die Nebenbestimmung selbst bedarf einer solchen nicht bei Bestehen eines Ermessensspielraums, aber grundsätzlich in der gebundenen Verwaltung. Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Nebenbestimmung die Erlassvoraussetzungen erst herstellt, da sie dann die kleinere Belastung verglichen mit der Ablehnung darstellt (Erst-recht-Schluss).

28) Nebenbestimmungen müssen darüber hinaus bestimmte formelle Voraussetzungen erfüllen. Es bestehen nur vereinzelte spezielle Anhörungspflichten, die sich unmittelbar auf Nebenbestimmungen beziehen (z.B. Art. 18 Abs. 1 FKVO, Art. 14 Abs. 7 und 8 Arzneimittelagentur-VO). Daneben treten generelle Anhörungspflichten beim Erlass von Rechtsakten (z.B. Art. 6 Abs. 1 S. 2 Beihilfenverfahrens-VO und Art. 65 Abs. 5 REACh-VO), wobei auch diese nicht flächendeckend geregelt sind.

29) Fehlt es an einem ausdrücklich geregelten Anhörungsrecht oder ist dieses auf bestimmte Situationen beschränkt, kann in der Regel auf den allgemeinen Grundsatz des rechtlichen Gehörs zurückgegriffen werden. Voraussetzung hierfür ist grundsätzlich, dass es sich um eine nachteilige Maßnahme handelt. Für den Fall der Anhörung zu Nebenbestimmungen hat der Gerichtshof jedoch entschieden, dass die Interessen des Adressaten darüber hinaus „spürbar berührt“ werden müssen. Hierunter fällt die Mehrzahl der Nebenbestimmungen, jedoch nicht eine solche, mit der erst die Erlassvoraussetzungen der Begünstigung geschaffen werden.

30) Das Recht auf Akteneinsicht gilt unabhängig vom belastenden Charakter der Entscheidung und damit auch stets bei der Beifügung von Nebenbestimmungen. Die einzige spezielle sekundärrechtliche Regelung diesbezüglich findet sich im Fusionskontrollrecht (Art. 18 Abs. 3 S. 3 FKVO). Im Übrigen ist auf den entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatz zurückzugreifen.

31) Spezielle Begründungspflichten für Nebenbestimmungen existieren nicht. Das Sekundärrecht enthält diesbezüglich aber einige allgemeine Normen (z.B. Art. 130 REACh-VO). Im Übrigen gilt auch hier der allgemeine Rechtsgrundsatz bzw. Art. 296 Abs. 2 AEUV unabhängig von der belastenden Wirkung. Die Anforderungen an die Begründung variieren je nach Art der Entscheidung. Je größer etwa der Ermessensspielraum desto höher sind die Anforderungen an die Begründung. Hat der Adressat hingegen etwa durch Verpflichtungszusagen Einfluss auf den Inhalt der Nebenbestimmung genommen, werden diese deutlich geringer.

32) In materieller Hinsicht müssen zunächst die Voraussetzungen der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage gegeben bzw., falls eine solche nicht existiert, die aus dieser Tatsache resultierenden Anforderungen erfüllt sein. Sieht eine Ermächtigung nur bestimmte Arten von Nebenbestimmungen vor, kann es sich dabei um eine abschließende Regelung handeln, was anhand von Sinn und Zweck der Norm sowie dem Willen des Verordnungsgebers zu ermitteln ist. Ist allerdings nur von Bedingungen oder Auflagen die Rede, kann angesichts des inkohärenten Sprachgebrauchs in aller Regel nicht davon

ausgegangen werden, dass die jeweils andere Form ausgeschlossen sein soll. Dies gilt auch für Vorbehalte, die im Sekundärrecht insgesamt vernachlässigt wurden.

33) Aufgrund der strengen Akzessorietät von Nebenbestimmungen muss zunächst die Hauptregelung rechtmäßig ergangen sein. Diese darf darüber hinaus keinen nebenbestimmungsfeindlichen Charakter aufweisen, wie das zum Beispiel bei Beamtenernennungen nach dem Beamtenstatut und anderen statusbegründenden Akten der Fall ist. Hier muss der Adressat seinen Status stets zweifelsfrei feststellen können.

34) Zudem darf kein Verstoß gegen höherrangiges Recht vorliegen. Die Existenz einer Normenhierarchie stellt ein allgemeines Prinzip des Unionsrechts dar. Dieses findet seine Ausprägung insbesondere im Vorrang des Primärrechts vor dem Sekundärrecht, aber auch in den Abstufungen innerhalb des Sekundärrechts. Durchführungsrechtsakte, die den Vollzug des Unionsrechts ermöglichen, müssen konform zum Primärrecht und zu generellen Sekundärrechtsnormen wie Gesetzgebungsakten und delegierten Rechtsakten ergehen. Gleiches muss daher für Nebenbestimmungen als Teil eines Durchführungsrechtsaktes gelten.

35) Rechtsakte der Union sind im Sinne des Bestimmtheitsgrundsatzes möglichst klar, einfach und genau abzufassen. Dies gilt umso mehr für adressatengerichtete Beschlüsse, da diese die Konkretisierung einer abstrakten Rechtsnorm im Einzelfall ermöglichen. Der Adressat muss seine konkreten Pflichten erkennen können. Diese Flexibilisierungs- und Feinsteuerungsfunktion tritt bei Nebenbestimmungen noch stärker in den Vordergrund, so dass die Anforderungen an die Bestimmtheit hoch sind. Der Adressat muss erkennen können, unter welchen Voraussetzungen die Begünstigung Wirkungen entfaltet und welche vollstreckbaren Pflichten ihm auferlegt werden. Bei Vorbehalten verlangt das Rechtsstaatsprinzip, die nachträglichen Eingriffe möglichst vorhersehbar zu machen.

36) Eine Pflicht zur eindeutigen Bezeichnung der Nebenbestimmungsart besteht hingegen nicht. Die fehlende oder falsche Bezeichnung ist vielmehr für die Rechtmäßigkeit der Nebenbestimmung unschädlich, da ihr keine konstitutive Bedeutung zukommt. Die Bezeichnung hat lediglich Indizwirkung für die Qualifikation der Form der Nebenbestimmung. Auch wenn die korrekte Bezeichnung durch das Erlassorgan zur Konkretisierung des Inhalts der Nebenbestimmung hilfreich und daher wünschenswert ist, kann eine Falschbezeichnung nicht stets ausgeschlossen werden. Dies lässt aber an der Bestimmtheit nicht zweifeln, solange der objektive Wille der Behörde aus anderen Umständen hervorgeht.

37) Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Nebenbestimmung nicht tatsächlich bzw. absolut unmöglich sein darf. Andernfalls ist sie bereits wegen fehlender Eignung zur Erreichung des angestrebten Zwecks rechtswidrig. Der Gerichtshof befasst sich im Rahmen der Rückforderung von Beihilfen zwar häufig mit dem Vortrag tatsächlicher Unmöglichkeit von Seiten des Mitgliedstaates, hat hieran jedoch sehr hohe Anforderungen gestellt und den Einwand daher noch nie anerkannt. Im Falle einer tatsächlich unmöglichen

Nebenbestimmung dürfte der Anforderungsgrad jedoch niedriger sein, da es nicht um die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes geht.

38) Die Rechtsfolge einer von Anfang an bestehenden tatsächlichen Unmöglichkeit ist die Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung. Ist die Unmöglichkeit jedoch nachträglich aufgetreten, handelt es sich gerade um einen Anwendungsfall einer Nebenbestimmung, die der ungewissen zukünftigen Entwicklung Rechnung trägt.

39) Rechtliche Unmöglichkeit einer Nebenbestimmung tritt auf, sobald der Adressat durch ihre Beachtung gegen Rechtsnormen verstieße. Grundsätzlich ist eine solche Nebenbestimmung ebenfalls rechtswidrig. Etwas anderes gilt jedoch in der Beihilfenaufsicht, wo sich der Mitgliedstaat bei entgegenstehendem nationalen Recht nicht auf dieses berufen kann. Hier ist vom Vorrang des Unionsrechts nach allgemeinen Regeln auszugehen.

40) Auch die fehlende Mitwirkung eines Dritten führt zum Vorliegen rechtlicher Unmöglichkeit, wenn er zu dem erforderlichen Verhalten nicht verpflichtet werden kann. Die Praxis der Kommission, ein auf Freiwilligkeit basierendes Verhalten Dritter mit in eine Nebenbestimmung aufzunehmen ist daher abzulehnen und mangels Eignung rechtswidrig. Auch eine unverbindliche Zusage führt hier nicht weiter, da sie ebenfalls keine Möglichkeit schafft, auf das Verhalten des Dritten Einfluss nehmen zu können. Das Erlassorgan ist daher gehalten, die Begünstigung ggf. unter Nebenbestimmungen erst nach der erfolgten Mitwirkung durch Dritte zu erlassen. Ebenso können Alternativzusagen angenommen werden, so dass die unter Umständen rechtlich unmögliche Zusage durch eine andere ersetzt werden kann.

41) Eine etwaige belastende Wirkung für Dritte führt nicht zur Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung, sofern sie rechtlich durchsetzbar wäre. Dies ist zum einen abzulehnen, weil ein Zulassungserfordernis dem Schutz von Allgemeininteressen – wie dem Schutz des Wettbewerbs oder der Gesundheit der Unionsbürger – dient und nicht dem Schutz individueller ökonomischer Interessen. Darüber hinaus ist der Dritte nicht schutzwürdig. Kann seine Belastung nicht rechtlich durchgesetzt werden, liegt ohnehin rechtliche Unmöglichkeit vor. Sofern die Belastung allerdings auch auf zivilrechtlichem Wege durchgesetzt werden könnte, bedarf er hiergegen keines weiteren Schutzes.

42) Unter den unionsrechtlichen Ermessensbegriff fällt jede Art von Entscheidungs-, Gestaltungs-, oder Beurteilungsspielraum der Verwaltung. Das Entschließungsermessen hinsichtlich des Erlasses einer Begünstigung mit Nebenbestimmung kann jedoch unter Umständen auf null reduziert sein. Dies ist im Fusionskontrollrecht und in der Beihilfenaufsicht der Fall, wenn eine Zusage abgegeben wurde, die die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt herbeiführen kann. Die Beurteilung dieser Vorfrage unterliegt jedoch einem weiten Spielraum. Hingegen kann eine Ermessensreduzierung in Abwesenheit einer geeigneten Zusage nicht pauschal angenommen werden. Sie ist anhand des Einzelfalls, insbesondere der Anzahl und Bedeutung der nicht erfüllten Erlassvoraussetzungen zu ermitteln.

43) Steht dem Organ Ermessen in diesem Sinne zu, so hat es dieses fehlerfrei auszuüben. Das bedeutet, dass der Sachverhalt zutreffend festgestellt und gewürdigt werden muss, dass kein Ermessensmissbrauch vorliegen darf und die sonstigen Ermessensgrenzen zu beachten sind. Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn das Erlassorgan mit der Nebenbestimmung andere als in der Ermächtigungsnorm vorgesehene Zwecke verfolgt. Es besteht daher ein enger Zusammenhang mit dem Kopplungsverbot.

44) Das unionsrechtliche Kopplungsverbot fordert einen Sachzusammenhang zwischen der Nebenbestimmung und dem der Hauptregelung zugrunde liegenden Rechtsakt. Beide müssen die gleichen Zwecke verfolgen. Dies ist stets zu bejahen, sofern die Nebenbestimmung zur Herbeiführung der Erlassvoraussetzungen dient oder deren Fortbestehen sichern soll. Dient die Nebenbestimmung hingegen der Sicherstellung einer Gegenleistung, bedarf es einer genauen Prüfung, ob die Gegenleistung den Zweck der Ermächtigungsgrundlage tatsächlich teilt. Hingegen ist es völlig irrelevant, ob der durch die Nebenbestimmung verfolgte Zweck an sich erstrebenswert erscheint.

45) Daneben besteht das Erfordernis des Kompetenzzusammenhangs, also der sachlichen Befugnis des Erlassorgans zum Erlass dieser konkreten Nebenbestimmung. Nebenbestimmungen, die ein bloßes Minus zur Begünstigung darstellen und keinen eigenen Regelungsgehalt aufweisen, wie das bei der Befristung der Fall ist, sind von der materiellen Kompetenz des Erlassorgans stets mit umfasst. Hingegen weisen Auflage und Potestativbedingung einen eigenen Regelungsinhalt auf, der sich selbst im Rahmen der Befugnis halten muss. Ob dies zutrifft, ist anhand der Auslegung der Befugnisnorm im Sinne ihrer praktischen Wirksamkeit zu beantworten.

46) Der Kompetenzzusammenhang ist auch im Hinblick auf die Finanzhilfen für überschuldete Eurostaaten im Rahmen des EFSM zu bejahen. Zweifel erweckt auf den ersten Blick die Einflussnahme der Union auf nationale Angelegenheiten, in denen die Union gerade keine Kompetenz inne hat. Allerdings erlaubt die Ermächtigungsgrundlage des Art. 122 Abs. 2 AEUV finanziellen Beistand nur unter bestimmten Bedingungen. Hiermit sind nicht die Erlassvoraussetzungen gemeint, die die Norm daneben klarstellt, sondern wirtschaftspolitische Bedingungen und Auflagen.

47) Eine wichtige Rolle in der Ermessensprüfung spielt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Geeignetheit einer Nebenbestimmung ist wie auch sonst nur zu verneinen, sofern sie zur Erreichung des erstrebten Zwecks offensichtlich ungeeignet ist. Als mildere Mittel im Sinne der Erforderlichkeit kommen insbesondere andere Formen von Nebenbestimmungen in Betracht. Sofern die Auflage überhaupt gleich geeignet ist wie die Bedingung, stellt sie zumindest nicht automatisch ein milderes Mittel dar. Dies ist beispielsweise zu verneinen, wenn Bedingung und Auflage von einer Norm nebeneinander vorgesehen sind und ein weiter Ermessensspielraum des Erlassorgans besteht, wie das im Wettbewerbsrecht der Fall ist. Aber auch eine umgekehrte Abstufung ist abzulehnen. Der Widerrufsvorbehalt stellt sich im Verhältnis zur auflösenden Bedingung als milder dar, aber nicht im Vergleich zur auflösenden Befristung. Zudem

wirken Potestativbedingungen milder als kasuelle Bedingungen und Vorbehalte, die an ein Ereignis anknüpfen, milder als generell formulierte.

48) Die bloße Existenz von Verpflichtungszusagen entbindet nicht von der Prüfung der Verhältnismäßigkeit, auch wenn eine Vermutung hinsichtlich der fehlerfreien Ermessensausübung besteht.

49) Bei den Rechtsfolgen der Nichtbeachtung von Nebenbestimmungen ist streng zwischen Potestativbedingungen und Auflagen zu trennen. Die Rechtsfolgen von Bedingungen sind im Sekundärrecht nicht geregelt, da sich ihr Einwirken auf die Wirksamkeit der Begünstigung aus ihrer Rechtsnatur ergibt. Daneben kann im Fusionskontrollrecht eine Geldbuße festgesetzt werden, was der eigentlichen Rechtsnatur der Bedingung diametral entgegensteht. Auch der Widerruf der Begünstigung ist weder zulässig noch erforderlich. Klarheit über die Wirksamkeit der Begünstigung kann ebenso gut eine deklaratorische Feststellung diesbezüglich schaffen.

50) Im Bereich der Finanzhilfen werden an die Nichterfüllung von Bedingungen atypische Rechtsfolgen geknüpft, da nicht die Wirksamkeit der Genehmigung, sondern die Auszahlung einer Rate hiervon abhängt. Diese Abhängigkeit der Leistung von einer Gegenleistung trägt zivilrechtliche Züge und ermöglicht die Aufrechterhaltung des Reformdrucks über den gesamten Auszahlungszeitraum hinweg.

51) In der Beihilfenaufsicht führt die Nichterfüllung einer Potestativbedingung dazu, dass eine Einzelbeihilfe rechtswidrig wird. Die Kommission kann daher direkt den Gerichtshof anrufen und ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten. Eine Beihilferegelung wird bei Nichteinhaltung einer Bedingung hingegen nicht unwirksam. Vielmehr handelt es sich bei der auf ihr basierenden Einzelbeihilfe, die die Bedingungen nicht erfüllt, um eine neue Beihilfe.

52) Für den Fall der Nichtbeachtung von Auflagen sieht das Fusionskontrollrecht die Möglichkeit der Vollstreckung durch die Festsetzung eines Zwangsgeldes sowie den Widerruf der Begünstigung vor. Daneben kann die Kommission eine Geldbuße verhängen, was auch in der Arzneimittelagenturverordnung vorgesehen ist. In den meisten anderen Rechtsbereichen sind diese Rechtsfolgen hingegen nicht geregelt, so dass es an einer Vollstreckungsmöglichkeit für die Unionsverwaltung fehlt und die Mitgliedstaaten diese übernehmen.

53) Die Widerrufsmöglichkeit setzt grundsätzlich eine Ermächtigungsgrundlage voraus. Die Ansicht, sie folge generell aus der Rechtsnatur der Auflage, ist abzulehnen. Dies ist jedoch ausnahmsweise anzunehmen, sofern die Auflage nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann und die Regelung ohne Auflage nicht hätte erlassen werden dürfen. Für diesen Fall ist eine „Ersatzrechtsfolge“ in Form des Widerrufs unabdingbar, um den durch die Nichtbeachtung geschaffenen rechtswidrigen Zustand zu beenden. Der Widerruf ist allerdings dennoch ausgeschlossen, wenn das Sekundärrecht eine abschließende Regelung der Widerrufsgründe beinhaltet.

54) In der Beihilfenaufsicht führt die Nichtbeachtung der Auflage zwar nicht zur Rechtswidrigkeit der Beihilfe. Dennoch kann die Kommission den Gerichtshof direkt anrufen und ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten.

55) Die Frage nach dem Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen betrifft die Gewaltenteilung, nämlich inwiefern ein Gericht in das Gesamtkonstrukt der Verwaltung eingreifen darf. Grundsätzlich kann ein Rechtsakt der Union teilweise aufgehoben werden, wenn der betroffene Teil vom Rest abtrennbar ist, d.h. wenn der Wesensgehalt des Rechtsaktes auch ohne den betroffenen Teil fortbesteht. Ist dies zu verneinen, ist die Klage auch im Falle der Rechtswidrigkeit dieses Teils abzuweisen, sofern eine Gesamtaufhebung nicht beantragt wurde. Andernfalls würde das Gericht *ultra petita* entscheiden.

56) Zur isolierten Aufhebung von Nebenbestimmungen hat der Gerichtshof zwei wegweisende Urteile erlassen. In der Rechtssache *Transocean Marine Paint* bejahte er die Anfechtbarkeit einer rechtswidrigen Nebenbestimmung aufgrund eines Anhörungsmangels und wies trotz ihrer Bedeutung pauschal auf deren Abtrennbarkeit und den begünstigenden Charakter der Hauptregelung hin. Als Rechtsfolge ordnete der Gerichtshof eine bloß vorläufige Aufhebung bei gleichzeitiger Rückverweisung an die Kommission an. In seinem Urteil in der Rechtssache *Frankreich u.a./Kommission* hingegen hielt der Gerichtshof die Nebenbestimmung für nicht abtrennbar, da sie die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt herstelle, hob dann aber dank des Hilfsantrags des klagenden Dritten die gesamte Regelung auf. Beide Urteile sind schwerlich in Einklang zu bringen. Zwar stellen sie beide auf das Kriterium der Abtrennbarkeit ab, jedoch wird diese nicht annähernd in gleicher Weise geprüft.

57) Die abweichende Prüfung der Abtrennbarkeit dürfte insbesondere auf die unterschiedliche Interessenlage und die Ergebnisorientierung des Gerichtshofs zurückzuführen sein. Während in *Transocean Marine Paint* die Annahme der Abtrennbarkeit aufgrund der formellen Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung einen „dritten Weg“ – nämlich den der Rückverweisung an die Kommission – eröffnete, galt entsprechendes in der Rechtssache *Frankreich u.a/Kommission* für den Fall der Verneinung der Abtrennbarkeit. Infolge der Drittanfechtung und des bestehenden Hilfsantrags war hier die Aufhebung des gesamten Rechtsaktes möglich. Der Gerichtshof wählte somit stets die Rechtsfolge, die weder in der endgültigen Teilaufhebung noch in der Klageabweisung trotz rechtswidriger Nebenbestimmung bestand.

58) Daher kann keine der beiden Rechtssachen unbesehen auf andere Fälle der isolierten Anfechtung von Nebenbestimmungen übertragen werden. Sobald eine materiell rechtswidrige Nebenbestimmung durch den Adressaten angefochten wird, existiert kein dritter Weg. Gegen die allgemeine Anwendung der Grundsätze aus *Frankreich u.a/Kommission* spricht, dass eine Rechtsschutzlücke droht, da Nebenbestimmungen, die zur Erfüllung der Erlassvoraussetzungen führen, nie als abtrennbar angesehen werden könnten. Das Risiko einer Gesamtanfechtung verbunden mit der Hoffnung auf eine Neuerteilung ohne Nebenbestimmung kann dem Adressaten nicht zugemutet werden. Die

entgegengesetzte Lösung aus *Transocean Marine Paint* würde es jedoch mit sich bringen, dass dem Kriterium der Abtrennbarkeit keinerlei begrenzende Wirkung mehr zukäme. Dies entspricht nicht den allgemeinen Grundsätzen der Teilaufhebung von Rechtsakten, wo der Gerichtshof auf deren Wesensgehalt abstellt. Es wird dem Gerichtshof daher obliegen, den Wesensgehalt eines Rechtsaktes im Einzelfall ausführlich zu prüfen.

59) Nachträglich erlassene Nebenbestimmungen können stets isoliert angegriffen und aufgehoben werden, da sie durch einen separaten Beschluss ergehen.

60) Nebenbestimmungen, die auf Zusagen beruhen, können nicht angefochten werden, sofern es wegen widersprüchlichen Verhaltens am Rechtsschutzinteresse des Adressaten mangelt. Das ist in der Regel anzunehmen, wenn er die entsprechende Zusage freiwillig getätigt hat. Nur bei besonders starkem faktischem Druck, der beispielsweise in der Fusionskontrolle anzunehmen ist, ist die Nebenbestimmung trotz der zugrunde liegenden Zusage anfechtbar.