

Lösung Fall 5: Bitte keine Werbung...

Das **Vertragsverletzungsverfahren** der Kommission hat Aussicht auf Erfolg, soweit es **zulässig** (A) und soweit es **begründet** (B) ist.

A. Zulässigkeit

I. Beteiligtenfähigkeit

Aktiv beteiligtenfähig ist im Verfahren des Art. 258 AEU allein die Kommission.

Passiv beteiligtenfähig sind **ausschließlich die einzelnen Mitgliedstaaten**. Schweden als Mitgliedsstaat ist damit beteiligtenfähig; organschaftlich wird Schweden durch dessen Regierung vertreten.

II. Klagegegenstand

Zulässiger Klagegegenstand ist im Rahmen des Art. 258 AEU ein möglicher **Verstoß gegen eine Verpflichtung aus dem EU- bzw. AEU-Vertrag**. Anders als diese Formulierung nahe legt, ist die Rügemöglichkeit der Kommission dabei nicht auf die Verletzung des geschriebenen **Primärrechts** begrenzt. Umfasst sind vielmehr auch Verstöße gegen das **Sekundärrecht** der Union sowie Verletzungen der **allgemeinen Rechtsgrundsätze**.¹ Im vorliegenden Fall rügt die Kommission eine Verletzung der europäischen Grundfreiheiten durch das schwedische Werbeverbotsgesetz. Die Grundfreiheiten sind Bestandteil des Primärrechts und damit ein tauglicher Klagegegenstand.

III. Klageberechtigung

Das Vertragsverletzungsverfahren dient der objektiven Kontrolle der Einhaltung des Unionsrechts. Die Kommission als die „Hüterin des Unionsrechts“ braucht also nicht nachzuweisen, dass der gerügte Verstoß etwa in ihre Rechte ein-greift. Allerdings muss die Kommission von dem Verstoß sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht **überzeugt** sein; **bloße Zweifel genügen also nicht**.² Laut Sachverhalt hält die Kommission das Gesetz für einen „klaren Verstoß“ gegen Unionsrecht. Daraus lässt sich folgern, dass sie von der Vertragsverletzung überzeugt ist. Sie ist damit auch klagebefugt.

¹ *Schwarze*, in: ders. Art. 226 EG Rn 6. Dies folgt letztlich ohnehin aus der Überlegung, dass jeder Verstoß gegen Sekundärrecht gleichzeitig einen Verstoß gegen Art. 288 AEU iVm Art. 4 Abs. 3 EU und damit des Primärrechts dar-stellt.

² *Burgi*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, § 6 Rn 9.

IV. Vorverfahren

Vor Klageerhebung ist zunächst erforderlich, dass die Kommission das **außergerichtliche Vorverfahren** ordnungsgemäß durchgeführt hat, Art. 258 I AEU.

1. Mahnschreiben

Erforderlich ist zunächst, dass die Kommission den betreffenden Mitgliedstaat durch ein **Mahnschreiben** über die Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens unterrichtet, um diesem **die Möglichkeit zu einer Stellungnahme** (innerhalb einer bestimmten Frist) zu ermöglichen. Ein solches Mahnschreiben hat die Kommission hier laut Sachverhalt an Schweden gerichtet. Dass sich die schwedische Regierung tatsächlich zu den Vorwürfen nicht geäußert hat, schadet nicht. Erforderlich ist allein die Einräumung einer Äußerungsmöglichkeit; ob diese wahrgenommen wird oder nicht, ist hingegen unerheblich.³

2. Begründete Stellungnahme

Sofern der Mitgliedstaat Gelegenheit zur Stellungnahme hatte und der Vertragsverstoß auch noch nach einer angemessenen Frist weiter andauert, muss die Kommission eine **begründete Stellungnahme** abgeben, wo die einzelnen **Vorwürfe** noch einmal **formalisiert aufgelistet** werden. Auch dies ist laut Sachverhalt erfolgt. Fraglich ist allein, ob die Kommission zuvor eine angemessene Frist hat verstreichen lassen. Regelmäßig angemessen ist dabei eine Frist von **zwei Monaten**.⁴ Da die Kommission hier eine Frist von drei Monaten gesetzt hat und auch erst nach insgesamt vier Monaten die begründete Stellungnahme erlässt, ist somit von einer angemessenen Frist auszugehen.

Auch in der **begründeten Stellungnahme** muss noch einmal eine letzte Frist zur Beseitigung des Verstoßes gesetzt werden. Auch wenn die Literatur die Einsetzung einer Monatsfrist für ausreichend erachtet, hat sich in der Praxis eine Fristgewährung von zwei Monaten eingebürgert.

Die begründete Stellungnahme erfüllt auch diese Voraussetzung.

³ *Burgi*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, § 6 Rn 12.

⁴ Siehe *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Art. 258 AEUV Rn 12.

3. Zwischenergebnis

Das Vorverfahren wurde ordnungsgemäß durchgeführt.

V. Frist

Eine Klagefrist ist in den Verträgen nicht vorgesehen.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Sofern das Vorverfahren eingehalten wurde und die Vertragsverletzung fortbesteht, besteht grds. auch ein **allgemeines Rechtsschutzbedürfnis**. Fraglich ist jedoch hier, wie es sich auswirkt, dass die Kommission laut Sachverhalt „unverzüglich“ Klage erheben will. Grds. kann sie erst dann klagen, wenn die in der begründeten Stellungnahme eingeräumte Frist erfolglos verstrichen ist. Zu beachten ist jedoch, dass die schwedische Regierung deutlich gemacht hat, dass sie nicht willens ist, den „Verstoß“ bis dahin abzustellen. **Es steht damit bereits jetzt fest, dass die Frist erfolglos verstreichen wird.** Ein Abwarten des Fristablaufs von der Kommission zu verlangen erscheint unter diesem Gesichtspunkt wenig sinnvoll. Es besteht daher auch ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis.

VII. Ergebnis

Das Vertragsverletzungsverfahren der Kommission **ist zulässig.**

B. Begründetheit

Das Vertragsverletzungsverfahren ist auch begründet, wenn **tatsächlich** ein der schwedischen Regierung zurechenbarer **Verstoß gegen das Unionsrecht** vorliegt. In Betracht kommt hier eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit durch den Erlass des vollständigen Werbeverbots.⁵

I. Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit

Das vollständige Werbeverbot stellt möglicherweise einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit dar. Dies wäre der Fall, wenn ein **Eingriff** (2) in den **Schutzbereich** der Warenverkehrsfreiheit (1) vorliegt, der nicht **gerechtfertigt** werden kann (3).

⁵ Zur grds. Prüfung der Grundfreiheiten *Thiele*, JA 2005, 621 sowie *Cremer*, Jura 2015, 39. Ausführlich zu den Grundfreiheiten *Frenz*, Handbuch Europarecht Bd. 1; *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage 2014; *Detterbeck*, Öffentliches Recht, § 34.

1. Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit

Die **Warenverkehrsfreiheit** ist in den **Art. 34 ff. AEU** geregelt. Der Schutzbereich verlangt zunächst, dass es bei dem zu betrachtenden Sachverhalt um **Waren iSd Art. 34 AEU** geht. Dieser Begriff ist unionsrechtlich zu bestimmen. Da-nach fallen darunter **alle Erzeugnisse, die einen Geldwert haben und daher Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.**⁶ Das Werbeverbot verbietet die Werbung für alkoholische Getränke. Zwar ist das Werbeverbot selbst keine Ware, entscheidend ist jedoch, dass es sich bei den von diesem erfassten Getränken um Erzeugnisse handelt, die Gegenstand von Handelsgeschäften sein können (und auch sind). Insofern handelt sich folglich um Waren iSd. Art. 34 AEU.

Erforderlich ist für die Eröffnung des Schutzbereiches zudem grds. ein sog. **grenzüberschreitendes Element**. Sämtliche Grundfreiheiten sind folglich nur dann einschlägig, wenn es um Sachverhalte geht, bei denen in irgendeiner Form innerunionale Grenzen in relevanter Weise überschritten werden.⁷ Rein nationale Sachverhalte hingegen können nicht am Maßstab der Grundfreiheiten überprüft werden.⁸ In diesem Fall betrifft das Werbeverbot jedoch nicht allein inländische Produzenten. Auch ausländische Erzeuger, die ihre Waren nach Schweden exportieren wollen, können nach dieser Regelung für diese nicht werben. Das erforderliche grenzüberschreitende Element liegt somit vor.

2. Eingriff

In den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit müsste ferner durch eine **staatliche Maßnahme eingegriffen** worden sein. Bei dem Gesetz handelt es sich um eine staatliche Maßnahme. Fraglich ist jedoch, ob dieses Gesetz auch einen Eingriff darstellt.

a) *Dassonville*-Formel

Ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit liegt zum einen bei mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen vor. Eine solche ist hier jedoch nicht gegeben. Möglich ist ein Eingriff jedoch auch bei Maßnahmen gleicher Wirkungen wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen. Der Gerichtshof versteht dieses Merkmal seit der *Dassonville*-Entscheidung⁹ äußerst weit. Danach erfüllt **jede Handelsregelung, die geeignet ist, den**

⁶ *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht Rn 26.

⁷ *Thiele*, Europarecht, § 12; *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht Rn 22; *Cremer*, Jura 2015, 39 (43). A.A. *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 163.

⁸ Der Grund hierfür liegt letztlich in der zweistufigen Binnenmarktkonzeption, die zwischen den Grundfreiheiten auf der einen und der förmlichen Rechts-harmonisierung auf der anderen Seite differenziert. Siehe nur *Thiele* Europa-recht § 12.

⁹ EuGH Rs. 8/74, Slg. 1974, 837.

Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, dieses Tatbestandsmerkmal. Auf eine möglicherweise diskriminierende Wirkung kommt es also nicht an; der EuGH versteht die Warenverkehrsfreiheit als umfassendes Beschränkungsverbot. Eine solche Beschränkung liegt daher letztlich bereits dann vor, wenn die Ausübung der Freiheit **in irgendeiner Weise behindert oder weniger attraktiv gemacht** wird.¹⁰ Das hier vorliegende Alkoholverbot kann jedenfalls potenziell dazu führen, dass der innerunionale Absatz eingeführter Alkoholika zurückgeht. Dadurch wird die Einfuhr für ausländische Unternehmer nach Schweden offensichtlich weniger attraktiv. Damit stellt die schwedische Regelung grds. eine Maßnahme gleicher Wirkung dar.

b) Einschränkung durch die Keck-Formel

Die *Dassonville*-Formel ist äußerst weit. Letztlich lässt sich kaum eine innerstaatliche Regelung denken, die sich nicht zumindest potenziell beschränkend auf den innerunionalen Handel auswirkt. Aus diesem Grund hat der EuGH die weite *Dassonville*-Formel in seinem Urteil zur Rechtssache *Keck*¹¹ teilweise wieder eingeschränkt. Danach fallen die Regelungen von **Verkaufsmodalitäten** dann nicht unter den Tatbestand des Art. 34 AEU, wenn diese nichtdiskriminierend ausgestaltet sind und sich rechtlich wie tatsächlich auf inländische und ausländische Waren gleichermaßen auswirken. Die Abgrenzung von solchen Verkaufsmodalitäten zu den weiterhin unter Art. 34 AEU fallenden produktbezogenen Regelungen ist dabei nicht immer ganz einfach. Grds. lässt sich aber festhalten, dass **Verkaufsmodalitäten diejenigen Regelungen sind, die festlegen, wann verkauft werden darf und wo und wie dies zu geschehen hat**. Klassische Beispiele sind etwa Ladenöffnungszeiten oder bestimmte Preisregelungen. Da in diesen Fällen das Produkt selbst ungehindert auf dem jeweiligen nationalen Markt Zugang findet und lediglich bestimmte Ausgestaltungen des nationalen Marktes hinzunehmen sind, geht der EuGH zu Recht davon aus, dass solche Bestimmungen nicht unter den Tatbestand des Art. 34 AEU fallen, der allein den störungsfreien Zugang zum Markt, nicht jedoch völlige Marktgleichheit erzielen will.¹²

Bei dem hier vorliegenden Werbeverbot könnte es sich um eine solche Verkaufsmodalität handeln. Tatsächlich regelt das Werbeverbot nicht etwa die Aufmachung oder die Zusammensetzung des Produktes selbst und hindert formal betrachtet auch nicht den

¹⁰ Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn 72.

¹¹ EuGH verb. Rs. C-267/91 und 268/91, Slg. 1993, I-6097.

¹² Siehe Thiele, Europarecht, § 12 sowie Cremer, Jura 2015, 39 (49 ff.).

Zugang ausländischer Produkte zum nationalen Markt. Diese können dort ja ungehindert verkauft werden. Lediglich die Werbung für diese Produkte wird – für alle Marktteilnehmer – untersagt. **Es handelt sich hier also tatsächlich um eine Verkaufsmodalität.** Allerdings reicht diese Feststellung allein nicht aus, um einen Eingriff in Art. 34 AEU auszuschließen.

Erforderlich ist weiterhin, dass das Werbeverbot nichtdiskriminierend ausgestaltet ist und sich auch tatsächlich auf ausländische wie inländische Produkte gleichermaßen auswirkt.

Eine diskriminierende Ausgestaltung liegt hier nicht vor, denn das Verbot gilt sowohl für inländische als auch für ausländische Produkte. Fraglich ist indes, ob sich die Regelung auch auf inländische und ausländische Unternehmer in gleicher Weise auswirkt. Hier ist zu berücksichtigen, dass das Werbeverbot den Herstellern quasi jede Form von direkt an den Verbraucher gerichteter Werbung untersagt. Da gerade bei Genussmitteln wie dem Alkohol die herkömmlichen gesellschaftlichen Gebräuche bei der Auswahl der Getränke eine entscheidende Rolle zukommt,¹³ sind von dem totalen Werbeverbot **ausländische Hersteller in besonderer Weise betroffen**, wenn sie auf dem schwedischen Markt Fuß fassen wollen. Inländische bekannte Hersteller hingegen sind durch das vollständige Werbeverbot weniger betroffen, da sie bereits bei den einzelnen Konsumenten bekannt sind. Das Werbeverbot bewirkt dadurch in gewisser Weise eine **Abschottung des nationalen Marktes** und macht es ausländischen Herstellern fast unmöglich mit neuen Produkten auf den Markt zu stoßen.

Angesichts dieser Wirkungen fällt das Werbeverbot daher nicht aus dem Anwendungsbereich des Art. 34 AEU heraus – obwohl es sich um eine Verkaufsmodalität handelt.

c) Zwischenergebnis

Es liegt damit ein **Eingriff** in die Warenverkehrsfreiheit **vor**.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch **gerechtfertigt** sein. Im Rahmen des Art. 34 AEU sind dabei sowohl geschriebene als auch – wie mittlerweile bei allen Grundfreiheiten – ungeschriebene Rechtfertigungsgründe zu unterscheiden.

¹³ *Epiney*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 8 Rn 46.

a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe für die Warenverkehrsfreiheit finden sich **in Art. 36 AEU**. Art. 36 AEU gestattet Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit unter anderem zum **Schutze der Gesundheit des Lebens von Menschen Tieren oder Pflanzen**. Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen die jeweiligen mitgliedstaatlichen Regelungen den Schutz der genannten Rechtsgüter als solchen zum Gegenstand haben;¹⁴ erfasst werden also nur **unmittelbar auf den Schutz der Gesundheit etc. abzielende Regelungen**.¹⁵ Mittelbar die Gesundheit etc. schützende Regelungen (etwa Umweltschutz, Verbraucherschutz) können hingegen allein als „zwingende Erfordernisse“ im Bereich der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe angebracht werden. Hier geht es der schwedischen Regierung nach den Angaben im Sachverhalt unmittelbar um den Bereich des Gesundheitsschutzes. Das Verbot soll zum Kampfe gegen den Alkoholismus beitragen. Grds. kommt demnach eine Rechtfertigung nach Art. 36 AEU in Betracht.

Allerdings gilt für alle Rechtfertigungsgründe der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dazu müsste das Verbot zunächst **geeignet** sein, den Gesundheitsschutz zu fördern. Es erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass vor allem Jugendliche durch das Werbeverbot weniger mit dem Thema Alkohol konfrontiert werden und dadurch auch weniger Alkohol konsumieren.

Das Verbot müsste zudem auch **erforderlich** sein. Ein gleich wirksames aber weniger eingriffsintensives Mittel ist an dieser Stelle jedoch nicht ersichtlich. Ein Werbeverbot etwa allein in für Kinder und Jugendliche interessanter Presse, wäre weniger wirksam, da zum einen Kinder und Jugendliche auch andere Zeitschriften (etwa Autozeitschriften etc.) lesen und zum anderen auch Erwachsene durch ein vollständiges Werbeverbot zumindest teilweise vom Alkoholkonsum abgehalten werden. Angesichts der hohen Bedeutung des Gesundheitsschutzes erscheint das Werbeverbot letztlich auch als **angemessen**.

b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Weitere ungeschriebene Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

¹⁴ EuGH Rs. C-169/89, Slg. 1990, I-2143 Rn 3 f.

¹⁵ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 34-36 AEUV Rn 200.

c) Ergebnis

Das Werbeverbot **ist** aus Gründen des Gesundheitsschutzes **gerechtfertigt**.

4. Ergebnis

Ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit liegt nicht vor.

II. Sonstige Verstöße

Sonstige Verstöße gegen Unionsrecht sind nicht ersichtlich.

C. Gesamtergebnis

Das Vertragsverletzungsverfahren der Kommission **hat keine Aussicht auf Erfolg**.

Lösung Fall 6: EGMR versus BVerfG...

Die **Verfassungsbeschwerde**¹⁶ des B hat Aussicht auf Erfolg, soweit sie zulässig (A) und begründet (B) ist.

A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

I. Beschwerdeberechtigung

B müsste zunächst beschwerdeberechtigt sein. Beschwerdeberechtigt ist gemäß § 90 BVerfGG grds. „**jedermann**“, also jedenfalls jede natürliche Person. B ist als **natürliche Person** damit beschwerdeberechtigt.

II. Beschwerdegegenstand

B müsste sich gegen **einen tauglichen Beschwerdegegenstand** wenden. Tauglicher Beschwerdegegenstand ist gemäß § 90 I BVerfGG **jeder Akt der öffentlichen Gewalt**. Der Begriff der öffentlichen Gewalt umfasst dabei anders als in Art. 19 IV GG **alle drei Gewalten**, um so einen umfassenden Grundrechtsschutz im Sinne des Art. 1 III GG zu gewährleisten.¹⁷

Im vorliegenden Fall wendet sich A gegen das letztinstanzliche Urteil, welches die Schadensersatzpflicht und Unterlassungspflicht endgültig verneint. Ein solches Urteil ist ein **Akt der Judikative** und stellt damit einen tauglichen Beschwerdegegenstand dar.

III. Beschwerdebefugnis

B müsste zudem beschwerdebefugt sein. Dies ist der Fall, wenn B geltend machen kann, durch das Urteil **möglicherweise (1) selbst, gegenwärtig und unmittelbar (2)** in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Eine **Grundrechtsverletzung** müsste zunächst als **möglich erscheinen**.

Eine solche Möglichkeit besteht dann, wenn der Grundrechtsverstoß nicht offensichtlich von vornherein ausgeschlossen ist.¹⁸

¹⁶ Zur Verfassungsbeschwerde *Reffken/Thiele*, Standardfälle Staatsrecht II, S. 8 ff.

¹⁷ *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht Rn 132.

¹⁸ BVerfGE 38, 139 (146); *Epping*, Grundrechte Rn 168.

Problematisch in diesem Zusammenhang ist nun allerdings, dass der Anspruch auf Schadensersatz **zivilrechtlicher Natur** ist. Die beanstandete letztinstanzliche Entscheidung betraf also nicht ein Staat-Bürger-Verhältnis, sondern ausschließlich die Rechtsbeziehung zwischen der B und der Zeitung, also zwischen **zwei Privatrechtssubjekten**. Adressat der Grundrechte sind dem Wortlaut des Art. 1 III GG zufolge jedoch nicht die Staatsbürger, sondern die drei Staatsgewalten. Die Grundrechte entfalten also ihre Rechtswirkung zunächst einmal nur im (vertikalen) Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern. Es stellt sich daher die Frage, ob Grundrechte überhaupt durch ein Urteil verletzt sein können, welches ausschließlich die Rechtsbeziehungen zwischen zwei Privatrechtssubjekten betrifft.

Dies wäre allerdings dann möglich, wenn die Grundrechte nicht nur im Staat-Bürger-Verhältnis, sondern zusätzlich auch noch im (horizontalen) Verhältnis der Staatsbürger untereinander Wirkung entfalten können und anwendbar sind. Es stellt sich daher das Problem der sogenannten **Drittwirkung der Grundrechte**.¹⁹

Nach allgemeiner Ansicht entfaltet zumindest der Art. 9 III 2 GG, der im Bereich des Arbeitslebens Koalitionsfreiheit gewährt, eine unmittelbare Wirkung zwischen den Staatsbürgern untereinander.²⁰ Dem Art. 9 III 2 GG kommt insofern eine **unmittelbare Drittwirkung** zu. Dementsprechend könnte erwogen werden, auch den anderen Grundrechten eine unmittelbare Drittwirkung zukommen zu lassen.

Hiergegen spricht jedoch zunächst die klassische Funktion der Grundrechte als subjektive Abwehrrechte gegen den Staat, ferner der Wortlaut des Art. 1 III GG und zudem der Ausnahmecharakter des Art. 9 III 2 GG, dessen Inhalt nicht verallgemeinerungsfähig ist.²¹ Schließlich würde eine unmittelbare Drittwirkung permanente Grundrechtskollisionen zur Folge haben und die Privatautonomie sehr stark beschränken.²² **Mit Ausnahme des Art. 9 III 2 GG entfalten die Grundrechte daher keine unmittelbare Drittwirkung.**

Schon früh hat das Bundesverfassungsgericht jedoch erkannt, dass die Grundrechte nicht allein subjektive Abwehrrechte gegen Maßnahmen des Staates darstellen, sondern auch eine **objektive Wertordnung** beinhalten, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung in alle Rechtsbereiche und somit auch in die Bereiche des Privatrechts hineinwirkt.²³ Insbesondere

¹⁹ Eine gute Darstellung dieses Problems finden Sie bei *Epping*, Grundrechte Rn 299 ff.

²⁰ *Jarass/Pieroth*, Art. 9 GG Rn 34 mit weiteren Nachweisen.

²¹ *Frotscher/Kramer*, JuS 2002, 862, 864.

²² *Frotscher/Kramer*, JuS 2002, 862, 864.

²³ BVerfGE 7, 198 ff. (*Lüth*).

über die zivilrechtlichen Generalklauseln wie z.B. § 138 BGB oder § 242 BGB können die Grundrechte daher eine Ausstrahlungswirkung auch in das Privatrecht hinein entfalten.²⁴ Den Grundrechten kommt daher zwar keine unmittelbare, aber zumindest eine **mittelbare Drittwirkung** zu.

Aufgrund dieser mittelbaren Drittwirkung können Grundrechte daher auch dann verletzt sein, wenn ein Gericht, das über einen privatrechtlichen Streit entscheidet, bei der Auslegung des einfachen Rechts **grundrechtliche Wertvorgaben** nicht hinreichend beachtet hat.²⁵ Die Zivilgerichte müssen daher bei der Auslegung und Anwendung der zivilrechtlichen Normen Bedeutung und Tragweite der von der Entscheidung berührten Grundrechte ausreichend berücksichtigen.²⁶

Im vorliegenden Fall war das Gericht somit verpflichtet, bei der Auslegung des § 23 KUG **das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I iVm 1 I GG) des B** zu berücksichtigen. Es erscheint dabei in diesem Fall jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass das Gericht diese grundrechtliche Wertung nicht in ausreichendem Maße berücksichtigt hat. Zu beachten ist dabei hier zudem die Besonderheit, dass der **EGMR** bereits die generelle Tauglichkeit der deutschen Kriterien zum Schutze der Persönlichkeit berühmter Persönlichkeiten anzweifelt. Da die **EMRK** auch Geltung in Deutschland besitzt, ist es jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, dass auch deutsche Gerichte Entscheidungen des EGMR zumindest bei ihrer Tätigkeit berücksichtigen müssen. Da dies im vorliegenden Fall nicht geschehen ist, kann eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des B somit nicht ausgeschlossen werden und erscheint daher zumindest als möglich.

2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar

B ist durch das Urteil auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.

3. Zwischenergebnis

B ist beschwerdebefugt.

²⁴ Die zivilrechtlichen Generalklauseln werden in diesem Zusammenhang auch als *Einbruchstellen* der Grundrechte in das Zivilrecht bezeichnet, vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Rn 181.

²⁵ BVerfGE 7, 198 (204 ff.) (*Lüth*).

²⁶ BVerfGE 7, 198 (205 ff.); 97, 125 (144 ff.).

IV. Rechtwegerschöpfung und Subsidiarität

B hat laut Sachverhalt (wie von § 90 II BVerfGG gefordert) den **Rechtsweg ausgeschöpft**. Auch sonstige Möglichkeiten, den möglichen Grundrechtsverstoß zunächst durch die Fachgerichtsbarkeit überprüfen zu lassen, (**Subsidiarität**) sind nicht ersichtlich.

V. Form und Frist

B muss die Verfassungsbeschwerde **schriftlich** einreichen und **begründen** (§ 23 I BVerfGG). Zudem muss sie innerhalb eines Monats nach Zustellung des angegriffenen Urteils eingelegt werden (§ 93 I 2 BVerfGG).

VI. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist bei fristgemäßer Einreichung zulässig.

B. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde des B ist auch begründet, soweit dieser durch das letztinstanzliche Urteil tatsächlich in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I iVm Art. 1 I GG verletzt wurde.

I. Prüfungsmaßstab

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass das BVerfG **keine „Superrevisionsinstanz“** ist. Der Prüfungsumfang ist auf die Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“ begrenzt. Ob die letztinstanzliche Entscheidung im Widerspruch zum einfachen Recht steht, wird hingegen von Seiten des BVerfG grundsätzlich nicht geprüft. **„Spezifisches Verfassungsrecht“** ist verletzt, wenn das Urteil des Zivilgerichts auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage beruht, wenn der Richter bei der Auslegung des einfachen Rechts grundrechtliche Wertungen nicht beachtet hat, das Urteil objektiv unhaltbar und damit willkürlich erscheint oder im Laufe des Verfahrens gegen Verfahrensgrundrechte verstoßen worden ist.

II. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

In diesem Fall erscheint es denkbar, dass das Gericht bei seiner Entscheidung Wertungen des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts des B** aus **Art. 2 I GG iVm Art. 1 I GG** nicht hinreichend berücksichtigt hat.

1. Schutzbereich des Art. 2 I iVm Art. 1 I GG

Das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** ist im GG nicht ausdrücklich erwähnt. Das BVerfG, das die normative Grundlage dieses Rechts in Art. 2 I GG iVm Art. 1 I GG sieht,²⁷ geht davon aus, dass dem Einzelnen durch dieses Recht **ein autonomer Bereich privater Lebensgestaltung gesichert wird, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann.**²⁸ Die Rechtsprechung hat dabei im Laufe der Zeit den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Herausarbeitung einzelner Rechte weiter aufgefächert.²⁹ Zu nennen sind etwa das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Recht am eigenen Wort, das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung sowie das Recht am eigenen Bild. Dieses letztgenannte Recht gestattet es dem Einzelnen, die bildliche Darstellung der eigenen Person anderen gegenüber grds. selbst zu bestimmen.³⁰ Durch die erfolgte Veröffentlichung des Fotos in einer öffentlichen Zeitung ist der sachliche Schutzbereich somit grds. eröffnet. Da es sich beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch **nicht um ein „Deutschengrundrecht“** handelt, ist B auch unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit vom persönlichen Schutzbereich umfasst.

2. Eingriff

Durch das Urteil müsste zudem in den Schutzbereich eingegriffen worden sein. In diesem Fall wird durch das letztinstanzliche Urteil endgültig bestätigt, dass die Veröffentlichung des Fotos **auch ohne die Einwilligung des B rechtmäßig war**. Damit wird es dem B – jedenfalls für diesen Fall – unmöglich gemacht, die weitere Veröffentlichung des Fotos zu untersagen oder zumindest Schadensersatz für die bereits erfolgte Veröffentlichung zu verlangen. Damit wird ein grds. geschütztes Verhalten für den B unmöglich gemacht, so dass hier auch **ein Eingriff vorliegt**.

²⁷ BVerfGE 75, 369 (380); *Jarass/Piero*, Art. 2 GG Rn 29.

²⁸ BVerfGE 79, 256 (268).

²⁹ Eine Aufzählung mit entsprechenden Nachweisen auch bei *Sachs*, Verfassungsrecht II, B 2 Rn 53 sowie ausführlich bei *Dreier*, in: ders., GG-Kommentar Bd. 1, Art. 2 I GG Rn 68 ff.

³⁰ BVerfGE 101, 361 (381); 97, 228 (268 f.).

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Das letztinstanzliche Urteil wäre indes verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn es (a) auf einer **verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage** beruht und von dieser auch (b) in **verfassungsmäßiger Weise Gebrauch** gemacht wurde.

a) Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage

Laut Bearbeitervermerk ist von der Verfassungsmäßigkeit des KUG auszugehen. Eine Prüfung ist an dieser Stelle damit entbehrlich.

b) Verfassungsmäßige Anwendung

Fraglich ist indes, ob das Gericht im konkreten Fall auch in **verfassungsmäßiger Weise** von der Rechtsgrundlage **Gebrauch** gemacht hat.

aa) Grundsatz

Dabei ist zunächst zu beachten, dass das BVerfG für die generelle Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf der einen und der Pressefreiheit auf der anderen Seite in gefestigter Rechtsprechung bereits Kriterien aufgestellt hat, die für diese Bewertung maßgeblich sind. Danach ist zunächst zu klären, ob es sich um eine **absolute oder relative Person der Zeitgeschichte** handelt. Solche Personen müssen die Veröffentlichung von Bildern aufgrund des gesteigerten Medieninteresses grds. auch ohne Einwilligung hinnehmen, sofern sie sich in der Öffentlichkeit aufhalten. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sie sich in örtlicher Abgeschlossenheit befinden und dies nach außen auch erkennbar ist. Für eine verfassungsmäßige Anwendung ist im vorliegenden Fall damit allein entscheidend, ob das Gericht berechtigterweise davon ausgehen konnte, dass es sich bei B um eine solche Person handelt und dass sich B zudem zum Zeitpunkt der Aufnahme in der Öffentlichkeit aufhielt. Unter diesem Gesichtspunkt ergeben sich jedoch im vorliegenden Fall keine Bedenken. Bei B handelt es sich um einen bekannten und populären Sportler und damit um eine absolute Person der Zeitgeschichte, die sich zudem in einem Beach-Club, und damit in der Öffentlichkeit bewegte. **Grds. lässt sich damit eine fehlerhafte Rechtsanwendung im vorliegenden Fall nicht feststellen.**

bb) Wirkung des entgegenstehenden EGMR-Urteils

Fraglich ist indes, ob sich im vorliegenden Fall eine andere Bewertung ergibt, da der **EGMR** in einer jüngeren Entscheidung in der pauschalen Differenzierung des BVerfG zwischen absoluten Personen der Zeitgeschichte und sonstigen Personen einen Verstoß gegen Art. 8 der EMRK sieht.³¹

Nach Auffassung des EGMR ist es für die Abwägung zwischen dem Schutz des Privatlebens und der Freiheit der Meinungsäußerung entscheidend, ob Fotoaufnahmen und Presseartikel zu einer öffentlichen Diskussion über eine Frage allgemeinen Interesses beitragen und Personen des politischen Lebens betreffen. Nur in diesen Fällen spielt die Presse ihre wesentliche Rolle als „Wachhund“. In Fällen wie dem vorliegenden hingegen, bei dem allein eine Person gezeigt wird, die zwar bekannt ist, indes keinerlei öffentliches Amt bekleidet und allein in ihrem Alltagsleben abgelichtet ist, wird lediglich die Neugier eines bestimmten Publikums befriedigt. In solchen Konstellationen überwiegt folglich der Schutz der Privatsphäre. Der EGMR käme damit hier zu einer anderen Bewertung.

Fraglich ist insoweit, ob und wie das nationale Gericht verpflichtet war, diese Auffassung des EGMR bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Bei der Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu beachten, dass der EMRK im deutschen Recht der Rang eines einfachen Gesetzes zukommt.

Sie genießt folglich **keinen Verfassungsrang** (vgl. Art. 59 II GG). Ein unmittelbarer Einfluss der EMRK auf die Auslegung der deutschen Grundrechte ist damit abzulehnen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass sich die Bundesrepublik durch die Ratifikation der EMRK völkerrechtlich verpflichtet hat, die Gewährleistungen der EMRK und die Entscheidungen des EGMR zu berücksichtigen und auch umzusetzen.

Aus diesen Überlegungen folgt zunächst, dass Verwaltungsbehörden und auch Gerichte sich nicht unter Berufung auf Entscheidungen des EGMR von der rechtsstaatlichen Kompetenzordnung und der Bindung an Gesetz und Recht entziehen können (Art. 20 III GG).³² Selbst eindeutig der EMRK entgegenstehendes nationales Recht bleibt demnach auch

³¹ Vgl. EGMR NJW 2004, 2647 ff.

³² BVerfG NJW 2004, 3407 (3410).

für den deutschen Richter weiterhin verbindlich, selbst wenn hierin zwangsläufig ein Völkerrechtsverstoß zu sehen ist.

Andererseits folgt aus der **Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und aus der Bindung an Gesetz und Recht** gleichzeitig, dass die Gewährleistungen der EMRK und die Entscheidungen des EGMR im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung von den nationalen Gerichten beachtet werden müssen. Diese durch das deutsche Zustimmungsgesetz ausgelöste Pflicht erfordert damit zumindest, dass die entsprechenden Texte und Judikate zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenen Gerichts einfließen. Im Rahmen dieser Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofes haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen.

Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um ein in seinen Rechtsfolgen **ausbalanciertes Teilsystem** des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will. In diesem Rahmen ist es die Aufgabe der nationalen Gerichte, eine Entscheidung des EGMR in dem betroffenen Teilrechtsbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen. Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte dabei die Pflicht, der konventionsmäßigen Auslegung den Vorrang zu geben.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen die Grundrechte verstößt. „Berücksichtigen“ bedeutet folglich, die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auch auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen Verfassungsrecht verstößt. **Damit verstoßen sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Gerichtshofes als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische „Vollstreckung“ gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip.**³³

Im vorliegenden Fall waren sämtliche Richter der Auffassung, dass die Entscheidung des EGMR für die Auslegung im konkreten Sachverhalt keinerlei Rolle spielt. Sie sind damit auf diese **Entscheidung überhaupt nicht eingegangen** und haben sie folglich nicht, wie an sich

³³ BVerfG NJW 2004, 3407 (3410).

erforderlich, bei ihrer Entscheidungsfindung „berücksichtigt“. Es fehlt folglich an der notwendigen gebührenden Auseinandersetzung mit der Auffassung des EGMR. In diesem Verhalten liegt damit ein Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip.

Das Gericht hat folglich hier keine verfassungsmäßige Anwendung der Rechtsgrundlage vorgenommen.

4. Zwischenergebnis

Aufgrund der fehlenden Auseinandersetzung mit der Entscheidung des EGMR **verletzt das Urteil den B** in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip.

III. Ergebnis zu Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde des B **ist begründet.**

C. Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde des B ist sowohl **zulässig als auch begründet.**

Lösung Fall 7: Alkoholgenuss mit Folgen

Die Klage des A hat Aussicht auf Erfolg, soweit sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage müsste zulässig sein. Dies ist der Fall, wenn alle Sachentscheidungs-voraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet werden. Eine aufdrängende Spezialzuweisung ist nicht ersichtlich.

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges richtet sich daher nach den Voraussetzungen der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO. Danach müsste zunächst eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Streitgegenstand ist vorliegend die Rechtmäßigkeit des Widerrufsbescheids vom 5.9.2015. Streitentscheidende Normen sind solche des Waffengesetzes, insbesondere §§ 5, 45 WaffG. Diese verpflichten bzw. berechtigen einseitig einen Träger öffentlicher Gewalt in seiner Funktion als Hoheitsträger und sind damit nach Maßgabe der modifizierten Subjektstheorie öffentlich-rechtlicher Natur. Es handelt sich somit um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Die Streitigkeit müsste auch nichtverfassungsrechtlicher Art sein. Hier streiten weder zwei Verfassungsorgane noch betrifft der Streitgegenstand unmittelbar Verfassungsrecht. Mangels doppelter Verfassungs-unmittelbarkeit liegt damit eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vor. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ebenfalls nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist folglich über die Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO eröffnet.

Hinweis: Das Waffenrecht stellt besonderes Gefahrenabwehrrecht dar und gehört zum Kernbereich des öffentlichen Rechts. Die Ausführungen können daher hier entsprechend knapp erfolgen.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich gem. § 88 VwGO nach dem Begehren des Klägers. A möchte sich vorliegend gegen den Widerruf seiner Waffenbesitzerlaubnis wehren, damit er seine Waffe weiterhin besitzen darf. Statthafte Klageart könnte daher die Anfechtungsklage gem. § 42 I, 1. Alt. VwGO sein, sofern es sich bei dem Widerrufsbescheid um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG handelt. Hier spricht bereits die äußere Form (das Schreiben wird als Bescheid bezeichnet) für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes. Zudem

stellt der Bescheid eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Außenwirkung dar und weist damit alle Merkmale eines Verwaltungsakts auf. Da A die Aufhebung dieses Verwaltungsaktes begehrt, ist hier die Anfechtungsklage die statthafte Klageart. Diese erfüllt auch das Rechtsschutzbegehren des A in vollem Umfang. Durch die Aufhebung des Widerrufs lebt die ursprüngliche Erlaubnis wieder auf und der A darf seine Waffe weiterhin besitzen.

Hinweis: Hier sind verschiedene Lösungsvarianten denkbar. Entweder können die Bearbeiter auf die äußere Form (Bescheid) abstellen, die hier zu einem sog. Form-VA führt. Es ist aber auch vertretbar die Merkmale des § 35 VwVfG kurz anzusprechen. Keineswegs sollten hier aber zu lange Ausführungen erfolgen. Die Rechtsnatur des Bescheides und die Anfechtungsklage als statthafte Klageart sind völlig unproblematisch. Schließlich ist es auch möglich den Widerruf als *actus contrarius* der erteilen Erlaubnis anzusehen, weswegen er die Rechtsnatur der ursprünglichen Erlaubnis teilt und somit auch einen VA darstellt.

III. Klagebefugnis (§ 42 II VwGO)

A müsste nach § 42 II VwGO klagebefugt sein. Dies ist der Fall, wenn er durch den Bescheid möglicherweise in seinen subjektiven Rechten verletzt ist (Möglichkeitstheorie). Vorliegend kann es zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass A durch die Aufhebung seiner Erlaubnis in seinen Rechten aus der ursprünglichen Erlaubnis verletzt wird. In jedem Fall kann A aber, da der Bescheid eine Begünstigung aufhebt und somit für ihn belastend wirkt, nach dem Adressatengedanken eine mögliche Verletzung von Art. 2 I GG geltend machen. Er ist demnach nach § 42 II VwGO klagebefugt.

Hinweis: Auch hier sind wieder verschiedene Lösungsvarianten denkbar. Zum einen kann auf den öffentlich-rechtlichen Besitzstand aus der ursprünglichen Erlaubnis abgestellt werden, die Berufung auf Art. 2 I GG ist aber genauso möglich. Mit entsprechender Begründung wäre auch eine mögliche Verletzung von Art. 12 und Art. 14 GG vertretbar, wobei dafür dargelegt werden müsste, dass die Tätigkeit des A als Jäger vorliegend möglicherweise unter den Schutz des Art. 12 GG fällt oder der Entzug der Waffenbesitzerlaubnis möglicherweise eine von Art. 14 GG geschützte Eigentumsposition beeinträchtigt.

IV. Vorverfahren (§ 68 VwGO)

Nach § 68 I S.1 VwGO müsste vor der Erhebung der Anfechtungsklage grundsätzlich ein behördliches Vorverfahren stattgefunden haben. § 68 I S. 2, 1 Alt. VwGO i.V.m. § 80 I NJG bestimmt jedoch, dass ein Vorverfahren in Abweichung vom Grundsatz des § 68 I 1 VwGO hier nicht erforderlich ist.

V. Klagefrist (§ 74 I VwGO)

Der A müsste die Klage auch fristgemäß erhoben haben, also gemäß § 74 I 2 VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts. Der Bescheid erging vorliegend am 5.9.2015, woraufhin der A umgehend Klage erhebt, so dass die Monatsfrist des § 74 I VwGO unabhängig vom exakten Datum der Bekanntgabe auf jeden Fall gewahrt ist.

Hinweis: Hier ist auch vertretbar wegen einer fehlenden Rechtsbehelfsbelehrung gem. § 58 II VwGO auf eine Jahresfrist abzustellen. Der Sachverhalt enthält keine Angaben zur Rechtsbehelfsbelehrung, so dass beide Ansichten vertretbar sind. Die Klagefrist ist in jedem Fall durch die umgehende Klageerhebung gewahrt worden.

VI. Klagegegner (§ 78 VwGO)

Die Klage ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den Rechtsträger der handelnden Behörde zu richten. Vorliegend hat der Oberbürgermeister der Stadt Göttingen als zuständige Waffenbehörde den Bescheid erlassen. Somit ist die Klage gegen die Stadt Göttingen zu richten.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist als natürliche Person gemäß § 61 Nr. 1, 1. Alt. VwGO beteiligten- und nach § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Stadt Göttingen ist gem. § 61 Nr. 1, 2. Alt. VwGO beteiligten- und nach § 62 III VwGO prozessfähig.

VIII. Ergebnis der Zulässigkeitsprüfung

Die Klage des A vor dem Verwaltungsgericht ist zulässig.

Hinweis: Die Zulässigkeitsprüfung enthält keine Probleme und sollte entsprechend kurz behandelt werden.

B. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 I S. 1 VwGO begründet, *soweit* der angefochtene Verwaltungsakt, also der Widerrufsbescheid, *rechtswidrig* und der A dadurch in *seinen Rechten* verletzt ist.

I. Rechtmäßigkeit des Widerrufsbescheids

Der Bescheid ist rechtmäßig, wenn er sich auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage stützen lässt und von dieser formell und materiell rechtmäßig Gebrauch gemacht wurde.

1. Ermächtigungsgrundlage

Wegen des Prinzips des Vorbehalts des Gesetzes – es handelt sich um einen belastenden VA – müsste die Behörde ihr Handeln zunächst auf eine taugliche Ermächtigungsgrundlage stützen können. Nach § 45 II 1 WaffG ist eine waffenrechtliche Erlaubnis zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die zur Versagung der Erlaubnis hätten führen müssen. Somit bildet § 45 II 1 WaffG hier die taugliche Ermächtigungsgrundlage für den Widerruf.

Hinweis: Die richtige Ermächtigungsgrundlage ist im Sachverhalt ausdrücklich erwähnt und sollte daher problemlos gefunden werden. Falsch wäre es hier, wenn auf eine Rücknahme nach § 45 I WaffG abgestellt wird. Auch ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 48, 49 VwVfG kommt nicht in Betracht.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Der VA müsste formell rechtmäßig erlassen worden sein (Zuständigkeit, Verfahren, Form).

a) Zuständigkeit

Laut Sachverhalt hat die in jeder Hinsicht zuständige Waffenbehörde gehandelt.

b) Verfahren

Der Bescheid müsste verfahrensfehlerfrei erlassen worden sein.

aa) Anhörung gem. § 28 VwVfG

Ein Verfahrensfehler könnte sich vorliegend daraus ergeben, dass A vor Erlass des Bescheides als einem in seine Rechte eingreifenden Verwaltungsakt entgegen der Anordnung in § 28 I VwVfG nicht angehört wurde. Eine Anhörung war auch nicht gem. § 28 II, III VwVfG entbehrlich, da keiner der dort genannten Ausnahmetatbestände eingreift. Mithin hätte A vor Erlass des Widerrufsbescheids angehört werden müssen. Der VA leidet somit aufgrund der unterbliebenen Anhörung unter einem Verfahrensfehler.

bb) Rechtsfolge der unterbliebenen Anhörung (Heilung)

Ein VA, der verfahrensfehlerhaft zustande gekommen ist, ist rechtswidrig und grundsätzlich nach § 113 I 1 VwGO aufzuheben. Allerdings sind nach § 45 VwVfG bestimmte Verfahrensfehler unbeachtlich, wenn die unterlassene Maßnahme rechtzeitig nachgeholt wird. Nach § 45 I Nr. 3, II VwVfG kann die Anhörung eines Beteiligten noch bis zur letzten Tatsacheninstanz des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. Allein die

unterbliebene Anhörung führt daher vorliegend nicht zur Rechtswidrigkeit des Widerrufsbescheids.

Hinweis: Die fehlende Anhörung stellt das einzige formelle Problem der Klausur dar und sollte daher entsprechend ausführlich behandelt werden. Insbesondere sollte sich die Struktur des Gesetzes in der Prüfungsreihenfolge widerspiegeln. Danach ist die Anhörung grds. erforderlich, in Ausnahmefällen entbehrlich und kann schließlich noch nachgeholt werden. Sollten Bearbeiter ausführen, dass die Durchführung einer ordnungsgemäßen Anhörung unterstellt werden kann, zeigt dies mangelndes Problembewusstsein und kann entsprechend negativ bewertet werden. Vertretbar ist es aber, wenn die Bearbeiter die ordnungsgemäße Durchführung einer Anhörung dahinstehen lassen, weil in jedem Fall noch eine Heilungsmöglichkeit besteht.

c) Form

Der Bescheid wurde auch formgerecht erlassen. Insbesondere wurde der Widerruf mit der nicht mehr bestehenden Zuverlässigkeit des A aufgrund der Alkoholfahrt ausreichend begründet (vgl. § 39 VwVfG).

d) Zwischenergebnis

Der Verbotsbescheid ist somit – eine nachgeholte Anhörung unterstellt – formell rechtmäßig ergangen.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Bescheid müsste weiterhin materiell rechtmäßig sein. Ein VA ist grds. dann rechtmäßig, wenn auf der Tatbestandsseite die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen und die Behörde auf der Rechtsfolgenseite eine zulässige Maßnahme ergriffen hat.

a) Tatbestand

Nach § 45 II 1 WaffG ist eine Erlaubnis nach dem Waffengesetz zu widerrufen, wenn nachträglich (d.h. nach Erteilung der Erlaubnis) Tatsachen eintreten, die zur Versagung der Erlaubnis hätten führen müssen. Eine Voraussetzung für die Erteilung einer waffenrechtlichen Erlaubnis ist gem. § 4 I Nr. 2 WaffG, dass der Antragsteller die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. Nach § 5 I Nr. 2 lit. b) WaffG besitzen die erforderliche Zuverlässigkeit für die Erteilung der Erlaubnis Personen nicht, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie mit Waffen oder Munition nicht vorsichtig oder sachgemäß umgehen oder diese Gegenstände nicht sorgfältig verwahren werden.

Die Behörde geht davon aus, dass die Tatsache, dass der A Alkohol konsumiert habe, obwohl er eine Schusswaffe bei sich geführt habe, und die Tatsache, dass er alkoholisiert am Straßenverkehr teilgenommen habe, die entsprechende Prognose der Unzuverlässigkeit rechtfertigen. Zuverlässigkeit stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Dieser kann wegen Art. 19 IV GG aber voll gerichtlich überprüft werden. Ein Beurteilungsspielraum der Behörde hinsichtlich dieser Tatbestandsvoraussetzung bräuchte eine besondere sachliche Rechtfertigung, die nicht gegeben ist. Insofern ist das Verwaltungsgericht in keiner Weise an die Einschätzung der Behörde gebunden, sondern kann eigenständig prüfen, ob die vorgebrachten Tatsachen eine entsprechende Prognose der Unzuverlässigkeit rechtfertigen.

Hinweis: Es ist außerordentlich positiv zu bewerten, wenn die Bearbeiter die volle gerichtliche Überprüfbarkeit der in der Norm verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe feststellen. Für eine vollständige Bearbeitung der Klausur ist das aber nicht erforderlich.

Fraglich ist nun also, ob der geschilderte Sachverhalt die Annahme rechtfertigt, dass der A mit Waffen nicht vorsichtig oder sachgemäß umgeht oder diese nicht sorgfältig verwahrt. Problematisch ist hier zunächst, dass der A sein Gewehr über mehrere Stunden hinweg unbeobachtet im Auto gelassen hat. Hinzu kommt noch, dass der A in dieser Zeit erhebliche Mengen an alkoholischen Getränken konsumiert hat, obwohl er wusste, dass er seine Waffe mit sich führte. Ob der A in seinem alkoholisierten Zustand noch in der Lage war, die Sachherrschaft über die Waffe ordnungsgemäß auszuüben, erscheint fraglich. Dieses Verhalten lässt darauf schließen, dass der A sich der großen Gefahren, die von Schusswaffen ausgehen können, wenn sie in unbefugte Hände gelangen, und der damit verbundenen besonderen Verantwortung der Waffenbesitzer nicht in ausreichendem Maße bewusst ist. Dass der A spontan auf die Geburtstagsfeier der Wirtin der Gaststätte eingeladen worden ist, ändert an dieser Bewertung nichts. Der A hätte die Waffe nach Hause bringen oder anderweitig sicher verwahren müssen, bevor er sich auf die Geburtstagsfeier begab.

Erschwerend kommt hinzu, dass der A mit der Waffe anschließend noch nach Hause gefahren ist, obwohl er stark alkoholisiert war. Dass der A die Jagd alkoholisiert nicht mehr aufgenommen hat, stellt eine pure Selbstverständlichkeit dar und kann daher – anders als der A meint – keinen besonders sorgfältigen Umgang mit Waffen beweisen. Vielmehr spricht es für besonders wenig Verantwortungsbewusstsein, wenn man alkoholisiert am Straßenverkehr teilnimmt. Völlig unabhängig von der Strafbarkeit gem. § 316 StGB beweist dieses Verhalten auch einen unvorsichtigen Umgang mit Waffen. Der A hätte in seinem Zustand leicht einen Verkehrsunfall verursachen können, woraufhin er möglicherweise bewusstlos geworden wäre.

In diesem Zustand hätte er keine sachgemäße Kontrolle über die Waffe mehr ausüben können und diese wäre für jedermann zugänglich gewesen.

Somit rechtfertigt das Verhalten des A die Annahme, dass er mit Waffen auch in der Zukunft nicht vorsichtig und sorgfältig umgehen wird. Dieser Annahme steht nicht entgegen, dass der Gesetzgeber in § 5 I Nr. 1 WaffG Unzuverlässigkeit erst ab einer rechtskräftigen Verurteilung zu einem Jahr Freiheitsstrafe annimmt. Die Geldstrafe des A wegen der Alkoholfahrt liegt zwar deutlich unter dieser Grenze. Entscheidend sind hier aber nicht das konkrete Strafmaß, sondern vielmehr die Umstände der Tat. Die Wertung des Gesetzgebers in § 5 I Nr. 1 WaffG ist dahingehend auszulegen, dass ab einer Verurteilung von einem Jahr Freiheitsstrafe das Unrecht der Tat so schwer wiegt, dass – völlig unabhängig von einem etwaigen Waffenbezug – keine Zuverlässigkeit mehr gegeben ist. Hier liegt aber eine Unzuverlässigkeit nach § 5 I Nr. 2 WaffG vor, die völlig unabhängig vom Vorliegen einer Straftat gegeben sein kann. Die fehlende Zuverlässigkeit des A hätte zur Versagung der Erlaubnis führen müssen, so dass die Tatbestandsvoraussetzungen für den Widerruf vorliegen.

Hinweis: Die Prüfung der Unzuverlässigkeit stellt den Schwerpunkt des Falles dar und sollte daher ausführlich erfolgen. Hier sind nur einige Gesichtspunkte erwähnt. Positiv ist es zu bewerten, wenn die Bearbeiter erkennen, dass die Norm eine Prognose über die Unzuverlässigkeit in der Zukunft erfordert und dass das vergangene Verhalten nur einen Anhaltspunkt für das Verhalten in der Zukunft darstellt. Ausführungen zum Verhältnis von § 5 I Nr. 1 und Nr. 2 WaffG sind für eine vollständige Lösung nicht erforderlich, aber in jedem Fall positiv zu bewerten. Positiv ist es auch zu bewerten, wenn die Bearbeiter zwischen den verschiedenen Verhaltensweisen des A differenzieren (Alkoholkonsum in der Kneipe und anschließende Fahrt mit dem Auto). Mit entsprechender Begründung ist auch die Gegenauffassung vertretbar. Auch hierfür enthält der Sachverhalt Anhaltspunkte. Insofern könnte man z.B. auf den Charakter des Vorfalls als einmaligem Ausrutscher abstellen. Auch die lange Zeit des beanstandungsfreien Waffenbesitzes könnte hier dafür sprechen, dass dies ein einmaliger Vorfall war, der sich nicht wiederholen wird. Dann muss aber auch entsprechend weitergeprüft werden (VA rechtswidrig, subjektive Rechtsverletzung gegeben, Klage begründet).

b) Rechtsfolge

Es handelt sich um eine gebundene Entscheidung. Die Erlaubnis ist nach § 45 II WaffG zu widerrufen. Die Behörde hat somit auch die richtige Rechtsfolge gewählt.

Hinweis: Die Norm räumt kein Ermessen ein. Falsch wäre hier daher die Prüfung von Ermessensfehlern.

c) Zwischenergebnis

Der Bescheid ist materiell rechtmäßig.

4. Zwischenergebnis

Der Widerrufsbescheid ist – eine nachgeholte Anhörung unterstellt – rechtmäßig.

II. Zwischenergebnis

Die Klage ist unbegründet.

C. Gesamtergebnis

Die Klage ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

Fall 8: „Raus mit der Kohle...“

Die Klage der Firma FRG hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.³⁴

A. Zulässigkeit der Klage

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 I 1 VwGO)

Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Es kommt damit allein auf die Voraussetzungen des Art. 40 I 1 VwGO an. Dann müsste es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handeln.

Der Charakter einer Streitigkeit richtet sich dabei nach der **wahren Natur des behaupteten Anspruchs**. Streitgegenstand ist hier die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Aufhebung der vom Bundeswirtschaftsministerium bewilligten Subvention. Diese gehört dem öffentlichen Recht an, wenn auch die Bewilligung dem öffentlichen Recht angehörte (**actus contrarius**). Hier erfolgte die Bewilligung in Form eines verlorenen Zuschusses. Dabei wird die Höhe der Subvention durch VA festgesetzt und ausgezahlt. Die hier zu beurteilende Frage betrifft damit letztlich die Rechtmäßigkeit dieses VA und stellt damit eine öffentlich rechtliche Streitigkeit dar.³⁵ Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da keine obersten Verfassungsorgane über spezifisches Verfassungsrecht streiten. Auch eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Damit ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

Hinweis: Hier können Sie auch wie gewohnt über die streitentscheidenden Normen (§§ 48, 49 VwVfG) gehen.

II. Statthafte Klageart

Die Firma FRG wendet sich hier gegen den Aufhebungsbescheid des Bundeswirtschaftsministeriums und die Rückforderung des ausgezahlten Betrages. Sowohl bei der Rücknahme als auch bei der Rückforderung handelt es sich dabei um **eigenständige Regelungen**.

³⁴ An dieser Stelle bitte keinen Konjunktiv...!

³⁵ Bei einem verlorenen Zuschuss hilft insoweit die Zwei-Stufen-Theorie nicht weiter, da es nur eine Stufe gibt. Siehe dazu auch *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht Rn 54.

Für beide Streitgegenstände könnte jeweils die **Anfechtungsklage** gemäß § 42 I 1. Alt. VwGO die statthafte Klageart darstellen. Der **Bewilligungsbescheid** bildet zunächst den Rechtsgrund für die Firma FRG, um den ausgezahlten Betrag behalten zu können.

Da die Bewilligung selbst einen VA iSd § 35 VwVfG, also eine Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts darstellt, gilt dies nach Maßgabe der **Kehrseitentheorie**³⁶ auch für deren Aufhebung durch den Aufhebungsbescheid. Durch eine Kassation dieses Bescheids würde damit die ursprüngliche Bewilligung wieder aufleben. Damit ist hier die Anfechtungsklage statthaft. Insbesondere würde es einer Verpflichtungsklage am Rechtsschutzbedürfnis fehlen, da die Firma FRG ihr Ziel bei einer erfolgreichen Anfechtungsklage automatisch erreichen würde.³⁷

Auch die **Rückforderung** selbst erfüllt die Voraussetzungen des § 35 VwVfG und stellt einen (belastenden) VA dar, (vgl. § 49a I 2 VwVfG), bei dem die **Anfechtungsklage** die statthafte Klageart ist.

III. Klagebefugnis

Die Firma FRG müsste auch **klagebefugt** im Sinne des § 42 II VwGO sein. Hier kann die Firma FRG geltend machen, durch den **Rücknahmebescheid** eventuell in ihren Rechten aus dem ursprünglichen Bewilligungsbescheid verletzt zu sein (**sog. öffentlich-rechtlicher Besitzstand**).³⁸ Ferner ist sie als Adressat eines belastenden VA nach Maßgabe des Adressatengedankens möglicherweise in ihren Rechten aus Art. 12, 14 und 2 I GG verletzt.

Auch für den Rückforderungsbescheid folgt die Klagebefugnis aus dem Adressatengedanken. Die Firma FRG ist damit klagebefugt.

IV. Vorverfahren

Laut Sachverhalt hat die Firma FRG ein Vorverfahren nicht durchgeführt. Ein solches ist grds. erforderlich, vgl. § 68 VwGO. Hier hat indes eine **oberste Bundesbehörde** gehandelt, so dass ein Vorverfahren gemäß § 68 I 2 Nr. 1 VwGO entbehrlich ist.

V. Frist

³⁶ Schütz/Dibelius, Jura 1998, 427.

³⁷ Es handelt sich bei der Anfechtungsklage im Gegensatz zur Verpflichtungsklage um eine Gestaltungsklage. Es ist bei einem Erfolg der Klage also kein weiteres Handeln der verklagten Behörde mehr notwendig.

³⁸ Schütz/Dibelius, Jura 1998, 427.

Die Klagefrist beträgt gemäß § 74 I VwGO einen Monat. Dabei beginnt die Frist nach § 74 I 2 VwGO mit der Bekanntgabe. Die Berechnung richtet sich nach § 57 II VwGO, 222 I ZPO, 187 I BGB. Die Bekanntgabe erfolgte hier gemäß **41 II VwVfG** nicht bereits am 16.8.2009, sondern erst am 19.8.2009. Damit endete die Frist am 19.9.2009 um 24 Uhr. Die Klage wurde hier am 17.9.2009 und damit fristgerecht eingelegt.

VI. Klagegegner

Klagegegner ist gemäß § 78 I Nr.1 VwGO die Bundesrepublik Deutschland (Rechtsträgerprinzip).

VII. Ergebnis

Die Klagen vor dem VG sind zulässig.

B. Objektive Klagehäufung (§ 44 VwGO)

Es handelt sich um **zwei eigenständige Anfechtungsklagen**. Diese sind gegen denselben Klagegegner gerichtet und stehen in einem inneren Zusammenhang. Sie können damit im Wege der objektiven Klagehäufung gemäß § 44 VwGO verbunden werden.

C. Begründetheit

Die Klagen sind begründet, **soweit** die angegriffenen Bescheide rechtswidrig sind und die Firma FRG dadurch in ihren Rechten verletzt ist, § 113 I VwGO. Die Bescheide sind insoweit getrennt zu untersuchen.

I. Rechtmäßigkeit des Rücknahmebescheides

Der Rücknahmebescheid ist rechtswidrig, wenn er sich nicht auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage stützen lässt oder aus formellen oder materiellen Gründen rechtswidrig ist.

1. Ermächtigungsgrundlage

Eine Ermächtigungsgrundlage ist erforderlich, da durch die Rücknahme hier ein Eingriff in die Rechte der Firma FRG bewirkt wird (**Vorbehalt des Gesetzes**). Da insoweit unionsrechtliche Grundlagen nicht ersichtlich sind, richtet sich die Aufhebung nach **nationalem Recht**.³⁹ Mangels sondergesetzlicher Grundlagen sind damit die §§ 48, 49

³⁹ Scheuing, Die Verwaltung 2001, 107; EuGH EuZW 1997, 276.

VwVfG maßgeblich. Somit ist hier zunächst festzustellen, ob § 48 VwVfG (**Rücknahme**) oder § 49 VwVfG (**Widerruf**) einschlägig ist.

§ 48 VwVfG ist einschlägig, wenn der aufzuhebende Verwaltungsakt als rechtswidrig zu qualifizieren ist. Dabei kann sich die Rechtswidrigkeit sowohl aus nationalen Vorschriften als auch aus dem Unionsrecht selbst ergeben.

a) Nationales Recht

Ein Verstoß gegen nationales Recht kann im Bereich von Subventionen insbesondere aus einem Verstoß gegen den **Vorbehalt des Gesetzes** resultieren. Dieser verlangt jedenfalls für belastende VA eine gesetzliche Grundlage. Inwieweit dies auch für Subventionen notwendig ist, ist umstritten.

Nach der wohl überwiegenden Ansicht⁴⁰ genügt dabei als ausreichende Legitimationsgrundlage im Grundsatz eine bloß **haushaltsrechtliche Mittelbereitstellung im Haushaltsplan**. Mangels anderer Angaben im Sachverhalt ist insoweit davon auszugehen, dass dieses Erfordernis hier erfüllt ist.

b) Unionsrecht

In Betracht kommt hier jedoch ein Verstoß gegen die Art. 107 und 108 AEU. Danach wacht die Kommission darüber, dass keine mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe von den Mitgliedstaaten ausgezahlt wird. Insbesondere ist die Kommission zu diesem Zweck über jede beabsichtigte Beihilfe gemäß Art. 108 III AEU zu informieren (**Notifizierungsverfahren**).⁴¹ Da eine solche Anzeige hier laut Sachverhalt nicht stattgefunden hat, liegt jedenfalls eine formelle Unionsrechtswidrigkeit (und damit eine materielle nationale Rechtswidrigkeit) vor.

Auch materiell ist der Bewilligungsbescheid jedoch unionsrechtswidrig, wenn der bewilligte Zuschuss mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist. Bezüglich dieser Feststellung kommt der Kommission ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Hier hat die Kommission mit Bescheid vom 3.6.2008 festgestellt, dass die Beihilfe nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.

⁴⁰ BVerwGE 6, 282; 48, 305; 90, 112; Jarass, NVwZ 1984, 473.

⁴¹ Oppermann, Europarecht, 3. Auflage, § 16 Rn 43 ff.

Diese Feststellung ist dabei gemäß Art. 288 IV AEU sowohl für die Bundesrepublik als auch für die Firma FRG bindend. Diese Bindungswirkung hätte allein durch eine Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 IV AEU verhindert werden können. Da mittlerweile die Frist für eine solche Klage abgelaufen ist, ist die Feststellung der Kommission damit in Bestandskraft erwachsen (Art. 263 VI AEU). Ob damit tatsächlich eine wettbewerbsverfälschende Beihilfe vorliegt, die Kommissionsentscheidung also auch tatsächlich materiell rechtmäßig ergehen konnte, ist damit irrelevant. Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass der Bewilligungsbescheid sowohl formell als auch materiell unionsrechtswidrig ist.

c) Ergebnis

Der ursprüngliche Bescheid war damit (unions-) rechtswidrig. Richtige Ermächtigungsgrundlage für den **Rücknahmebescheid** ist damit § 48 VwVfG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Laut Sachverhalt erfolgte die Rücknahme formell ordnungsgemäß. Insbesondere erfolgte eine **Anhörung** gemäß § 28 VwVfG.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Bescheid ist materiell rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen des § 48 VwVfG vorlagen.

a) Rücknahmevoraussetzungen, § 48 I VwVfG

Dies erfordert zunächst einen rechtswidrigen Verwaltungsakt. Diese Voraussetzung ist hier gegeben, s.o. Es handelt sich um einen **begünstigenden VA**. Damit sind gemäß § 48 I 2 VwVfG zusätzlich die Voraussetzungen der Absätze 2-4 zu beachten.

b) Vertrauensschutz nach § 48 II VwVfG

Der Bewilligungsbescheid gewährt eine einmalige Geldleistung, so dass in diesem Fall § 48 II VwVfG zu beachten ist. Danach ist eine Rücknahme ausgeschlossen, soweit der Begünstigte (hier die Firma FRG) auf den Bestand des rechtswidrigen VAs **vertraut hat und dieses Vertrauen auch als schutzwürdig** einzustufen ist. Laut SV hat die Firma FRG auf den Bestand der Subvention vertraut. Fraglich ist indes, ob die Firma insoweit überhaupt vertrauen durfte. Das ist in den Fällen des § 48 II 3 VwVfG von vornherein ausgeschlossen

In Betracht kommt hier ein Ausschluss des Vertrauens gemäß § 48 II 3 Nr. 3 Alt. 2 VwVfG. Danach ist diese ausgeschlossen, soweit die Firma FRG die ursprüngliche Rechtswidrigkeit infolge **grober Fahrlässigkeit** nicht erkannte. Eine solche besonders grobe Sorgfaltspflichtverletzung könnte hier darin gesehen werden, dass die Firma FRG sich nicht hinreichend darüber informiert hat, ob das europarechtliche Notifizierungsverfahren vom Bundeswirtschaftsministerium eingehalten wurde. Indes kann eine Firma sich grds. auf eine Genehmigung eines Bundesministeriums verlassen.

Es erscheint nicht gerechtfertigt, ihr eine Nachforschungspflicht bezüglich aller rechtlichen, insbesondere europarechtlichen Voraussetzungen aufzuerlegen.

Dies gilt grds. auch für eine europaweit tätige Firma. Insbesondere würde auf diese Weise die Verantwortung des Ministeriums mit seinem spezialisierten Mitarbeiterstab auf den einzelnen Unternehmer abgewälzt. Selbst wenn man eine Nachforschungspflicht anerkennen wollte, so könnte im Ergebnis wohl **nicht von einer groben Fahrlässigkeit gesprochen** werden.

Damit kommt es darauf an, ob dieses Vertrauen auch schutzwürdig ist. Die Schutzwürdigkeit ist dabei grds. in einer **Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme festzustellen**, wobei § 48 II 2 VwVfG eine Regelvermutung für die Schutzwürdigkeit enthält, soweit der Begünstigte, wie hier die Firma FRG, nicht mehr verhältnismäßig rückgängig zu machende Vermögensdispositionen getroffen hat. Diese Regelvermutung kann indes durch ein **besonders hohes öffentliches Rücknahmeinteresse** außer Kraft gesetzt werden. Hier spielt das europäische Unionsrecht eine entscheidende Rolle. Da ein Verstoß gegen Unionsrecht vorliegt, wird das öffentliche Interesse an einer Rücknahme **unionsrechtlich aufgeladen**.⁴²

Es geht damit eben nicht mehr allein um fiskalische Interessen der Bundesrepublik, sondern um das Interesse an der Durchsetzung der unionsrechtlichen Wettbewerbsordnung. **Die unionsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung darf nicht praktisch unmöglich**⁴³ gemacht werden.⁴⁴ Insbesondere da es an einer Bösgläubigkeit iSd § 48 II 3 VwVfG regelmäßig fehlt, wäre das Unionsinteresse an der Wahrung der im AEU-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsordnung und an der Einhaltung der Notifizierungspflicht erheblich beeinträchtigt. Im Grundsatz gilt in solchen Fällen damit, dass sich im Ergebnis trotz der genannten Regelvermutung das öffentliche Rücknahmeinteresse durchsetzt, da es an

⁴² BVerwG NJW 1993, 2764; Kamann/Selmayr, JuS 1998, 148.

⁴³ Grundsatz des „effet utile“.

⁴⁴ BVerwGE NVwZ 1995, 703.

einer Einhaltung des Notifizierungsverfahrens mangelt. Die Firma FRG ist damit im Ergebnis nicht schutzwürdig.

c) Ermessensausübung

Die Entscheidung nach § 48 VwVfG steht grds. im **Ermessen** der Behörde. Hier ging das Ministerium jedoch davon aus, dass es verpflichtet sei, den Bescheid aufzuheben. Insoweit könnte ein **Ermessensfehler** in Form des **Ermessensausfalls** vorliegen. Es ist indes der bestandskräftige Beschluss der Kommission zu beachten. Aus diesem folgte für die Bundesrepublik eine unionsrechtliche Verpflichtung zur Rücknahme der unionswidrigen Beihilfe. Damit kommt es in solchen Fällen zu einer **Ermessensreduzierung auf Null**; die Behörde muss die Bewilligung zurücknehmen.

Die nationale Behörde ist in solchen Fällen nicht viel mehr als der „**verlängerte Arm**“ für die Kommissionsentscheidung. Damit lag hier ausnahmsweise tatsächlich eine Verpflichtung zur Rücknahme vor. Ein Ermessensfehler ist damit nicht gegeben.

d) Rücknahmefrist des § 48 IV VwVfG

Fraglich ist jedoch, ob § 48 IV VwVfG hier einer Rücknahme entgegensteht. Danach muss die Rücknahme **innerhalb eines Jahres erfolgen**, nachdem die Behörde von Tatsachen Kenntnis erlangt, welche die Rücknahme rechtfertigen. Dabei ist zunächst fraglich, ob diese Norm im Falle reiner Rechtsirrtümer überhaupt Anwendung finden kann. Hier ging die Behörde ja bei voller Kenntnis des Sachverhalts davon aus, rechtmäßig zu handeln. Dies wird teilweise mit dem Argument bestritten, dass der Begriff „Tatsachen“ nur den Fall erfasse, in welchem die Behörde nachträglich erfahre, dass ihre Entscheidung auf einen falschen Sachverhalt gestützt war.⁴⁵

Das BVerwG ist dem indes entgegengetreten.⁴⁶ Hierfür spricht insbesondere die Ratio des § 48 IV VwVfG, der für den Betroffenen nach einer gewissen Zeit Rechtssicherheit gewährleisten will. Fielen Rechtsirrtümer jedoch nicht unter § 48 IV VwVfG, wäre die Rücknahme in diesen Fällen praktisch völlig unbefristet auch noch nach Jahren möglich. Dies erscheint wenig sinnvoll. **Auch Rechtsirrtümer fallen damit unter § 48 IV VwVfG.** Fraglich ist jedoch ferner, wann die Frist beginnt, insbesondere ob eine Entscheidungs- oder

⁴⁵ OVG Koblenz NVwZ 1984, 735.

⁴⁶ BVerwG NJW 1985, 819.

eine Bearbeitungsfrist vorliegt. Im vorliegenden Fall ergibt sich jedoch im Ergebnis keinerlei Unterschied: Spätestens mit Bestandskraft der Kommissionsentscheidung hatte die Behörde alle notwendigen Informationen, um über die Rücknahme entscheiden zu können, denn ab diesem Zeitpunkt war sie unionsrechtlich zu einer Rücknahme verpflichtet.

Dies war am 3.6.2008 der Fall. Damit erfolgte die Rücknahme am 16.8.2009 nach rein innerstaatlichen Grundsätzen verfristet.

An dieser Stelle sind indes erneut die Einwirkungen des Unionsrechts zu beachten. So könnte in solchen Fällen etwa die Durchsetzung des Unionsrechts durch bewusstes Zusammenwirken von Behörde und Empfänger praktisch unmöglich gemacht werden. Die **praktische Wirksamkeit des Unionsrechts** wäre gefährdet. Der EuGH hat daher festgestellt, dass in Fällen, in denen das Notifizierungsverfahren nicht eingehalten wurde, § 48 IV VwVfG keine Anwendung finden kann.⁴⁷ § 48 IV VwVfG sei letztlich Ausdruck der Rechtssicherheit und stehe daher im Zusammenhang mit Vertrauens Gesichtspunkten. Und schutzwürdiges Vertrauen sei angesichts des Fehlens des Notifizierungsverfahrens nicht anzuerkennen.

Auch § 48 IV VwVfG bilde daher in den Fällen mit unionsrechtlichem Einspruch **keine Rücknahmeschranke**. Aufgrund des Kommissionsbeschlusses stand fest, dass die Bundesrepublik verpflichtet war, den Bescheid aufzuheben. Ab diesem Zeitpunkt bestand somit in keiner Weise mehr Rechtsunsicherheit für den Empfänger der Subvention. Vielmehr lag mit dem Kommissionsbeschluss eine Art „verbriefte Rechtssicherheit“ bezüglich der Rücknahme vor. Damit ist im Ergebnis die Frist des § 48 IV VwVfG in solchen Fällen nicht anwendbar.

e) Verstoß gegen Treu und Glauben

Fraglich ist, ob hier nicht der **Grundsatz von Treu und Glauben** einer Rücknahme entgegensteht. Dies könnte hier aufgrund der überwiegenden Verantwortlichkeit des Ministeriums für die Rechtswidrigkeit der Beihilfe der Fall sein. Auch insoweit muss jedoch die **Effektivität des Unionsrechts** berücksichtigt werden. Hier verlangt die bestandskräftige Kommissionsentscheidung eine Rücknahme. Wer für die Auszahlung letztlich verantwortlich ist, ist damit unerheblich.⁴⁸

⁴⁷ EuGH EuZW 1997, 276.

⁴⁸ Siehe auch BVerwG NVwZ 1995, 703; EuGH JZ 1997, 722.

4. Ergebnis

Der Rücknahmebescheid ist folglich rechtmäßig. Die Klage gegen diesen hat keine Aussicht auf Erfolg.

II. Rechtmäßigkeit der Rückforderung

Auch die Rückforderung bedarf einer Rechtsgrundlage, von der ordnungsgemäß Gebrauch gemacht worden sein muss.

1. Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage kommt hier **§ 49a VwVfG** in Betracht. Danach sind erbrachte Leistungen im Falle einer Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit zu erstatten. Die Höhe der Erstattung ist durch VA festzusetzen, § 49a I 2 VwVfG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Behörde, die die Subvention bewilligt hat, ist auch für deren Rücknahme zuständig. Darüber hinaus ist auch die Verbindung von Rücknahme und Rückforderung unproblematisch zulässig.⁴⁹ Sonstige Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Materiell darf eine Erstattungspflicht nur in der Höhe postuliert werden, in der auch der Bewilligungsbescheid aufgehoben wurde. Da dieser hier in voller Höhe zurückgenommen wurde, konnte somit auch eine Erstattung in voller Höhe erfolgen. Fraglich ist allein, ob die Firma sich hier **auf Entreichung gemäß § 49a II VwVfG iVm § 818 III BGB** berufen kann. Laut Sachverhalt hat die Firma FRG die Subvention vollständig verbraucht. Indes ist auch hier der **europarechtliche Einschlag** zu beachten.

Eine mögliche Berufung auf Entreichung würde hier erneut die einheitliche Geltung des Unionsrechts gefährden. Unabhängig von der Frage, ob tatsächlich eine Entreichung vorliegt, ist ein solcher Einwand jedenfalls in diesen Fällen ausgeschlossen.

4. Ergebnis

Auch der Rückforderungsbescheid ist rechtmäßig.

⁴⁹ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 49a Rn 35.

D. Gesamtergebnis

Beide Verwaltungsakte sind vollständig rechtmäßig. Eine Klage der Firma FRG ist daher zwar zulässig aber in vollem Umfang unbegründet.

Hinweis (examensrelevant!)

Eine interessante Variante dieses Falls stellt die Konstellation dar, in der die Beihilfe ihre Rechtsgrundlage nicht in einem Verwaltungsakt, sondern in einem **öffentlich-rechtlichen Vertrag** findet. Sofern auch dort das Notifizierungsverfahren nicht eingehalten wurde, stellt sich die Frage, auf welchem Wege die Behörde die Beihilfe nunmehr zurückverlangen kann.

Zu denken wäre zunächst ebenfalls an eine **Rückforderung durch Verwaltungsakt**. Allerdings ist zu beachten, dass der Erlass eines solchen Verwaltungsaktes einer gesetzlichen Rechtsgrundlage bedarf. Eine solche ist jedoch nicht ersichtlich. Sie folgt insbesondere nicht etwa bereits aus dem Kommissionsbeschluss iVm dem Rechtsstaatsprinzip. Eine solche Konstruktion verstieße gegen den **Vorbehalt des Gesetzes**. Aufgrund der durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag begründeten Gleichstellung zwischen Behörde und Beihilfenempfänger wird man daher sagen müssen, dass eine **VA-Befugnis der Behörde grds. nicht besteht**.

Will die Behörde die Beihilfe also zurückfordern ist sie – sofern der Beihilfeempfänger sich weigert – auf den Verwaltungsrechtsweg angewiesen. Sie muss also klagen. Eine solche Klage kann sich indes sehr lange hinziehen und bis zu diesem Zeitpunkt kann der Beihilfeempfänger die erhaltene Beihilfe grds. zunächst einmal behalten. Aus der Sicht des Unionsrechts ist dies eine sehr missliche Lage, da die Beihilfe ja eine Wettbewerbsverzerrung bewirkt. Damit stellt sich nunmehr die Frage, ob die Behörde eine Möglichkeit hat, schon für die Zeit des Prozesses die Beihilfe (vorläufig) zurückzuverlangen. Zu denken ist dabei an **den vorläufigen Rechtsschutz gemäß § 123 VwGO**, der auch für die Behörde gilt. Sie müsste also einen entsprechenden Antrag bei Gericht stellen. Angesichts des bestandskräftigen Beschlusses der Kommission liegt auch ein hinreichender Antragsanspruch und Antragsgrund vor, so dass für das Gericht wohl eine unionsrechtliche Verpflichtung zum Erlass einer solchen Anordnung besteht.

