

Skript Verwaltungsrecht AT 2

Wüstenbecker / Sommer

16. Auflage 2019
ISBN 978-3-86752-688-3
Alpmann Schmidt

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Bestimmte Beihilfen, die kraft Verordnung mit dem Binnenmarkt vereinbar sind (Art. 109 AEUV), sind von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt.¹⁵¹ Entsprechendes gilt für geringfügige Beihilfen (sog. De-minimis-Beihilfen).¹⁵²

Da das **Durchführungsverbot** nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes Recht ist, macht allein der formelle Verstoß gegen die Anmeldepflicht die Beihilfe innerstaatlich rechtswidrig.¹⁵³ Die nationalen Gerichte müssen diese (formelle) Rechtswidrigkeit unabhängig von Aufsichtsmaßnahmen der Kommission berücksichtigen. Konkurrenten des Beihilfeempfängers können sich auf den Verstoß berufen und ggf. die Einstellung bzw. Rückforderung der staatlichen Förderung verlangen.¹⁵⁴ Der (formelle) Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV wird auch nicht dadurch geheilt, dass die Kommission die Beihilfe im Nachhinein (materiell) als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt.¹⁵⁵ Denn maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot vorliegt, ist der Zeitpunkt der Beihilfegewährung. Dies ist der Zeitpunkt, in dem der Beihilfeempfänger nach dem geltenden nationalen Recht einen Rechtsanspruch auf die Beihilfe erwirbt.¹⁵⁶

141

Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV ist außerdem Verbotsgebot i.S.d. § 134 BGB, dessen Verletzung zur Nichtigkeit eines zur Gewährung der Beihilfe abgeschlossenen Vertrages führt.¹⁵⁷

Einzelheiten des **Beihilfeaufsichtsverfahrens** regelt die VO (EU) 2015/1589 (Beihilfenaufsichtsverfahrensverordnung – BVVO):¹⁵⁸

■ Nach Anmeldung der Beihilfe durch den Mitgliedstaat (Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV, Art. 2 BVVO) erfolgt zunächst eine **vorläufige Prüfung** durch die Kommission (Art. 4 BVVO).

142

- Stellt sich heraus, dass die angemeldete Maßnahme **keine Beihilfe** i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, stellt die Kommission dies durch Beschluss fest (Art. 4 Abs. 2 BVVO).
- Stellt die Kommission nach der vorläufigen Prüfung fest, dass die angemeldete Maßnahme keinen Anlass zu Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gibt (Art. 107 Abs. 2 oder Abs. 3 AEUV), beschließt sie, dass die Maßnahme **mit dem Binnenmarkt vereinbar** ist (Beschluss, keine Einwände zu erheben), Art. 4 Abs. 3 BVVO.
- Stellt die Kommission nach der vorläufigen Prüfung fest, dass die angemeldete Maßnahme **Anlass zu Bedenken** gibt, beschließt sie, das Verfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV zu eröffnen (Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens), Art. 4 Abs. 4 BVVO.

■ Im **förmlichen Prüfverfahren** (Art. 108 Abs. 2 AEUV) werden Stellungnahmen der Beteiligten eingeholt (Art. 6 BVVO) und Dritte um Auskunft ersucht (Art. 7 BVVO).

143

- Stellt sich danach heraus, dass die angemeldete Maßnahme **keine Beihilfe** i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, stellt die Kommission dies durch Beschluss fest (Art. 9 Abs. 2 BVVO).

¹⁵¹ Vgl die allgemeine GruppenfreistellungsVO (EU) 651/2014; dazu Soltész EuZW 2015, 277, 278.

¹⁵² Vgl. die De-minimis-VO (EU) 1407/2013.

¹⁵³ EuGH NVwZ 2016, 600, 602; BGH EuZW 2017, 312; BVerwG RÜ 2017, 243, 245; Maurer/Waldhoff § 11 Rn. 58; Oldiges NVwZ 2001, 626, 633; Finck/Gurlit Jura 2011, 87, 91.

¹⁵⁴ BVerwG RÜ 2017, 243, 245; BGH EuZW 2017, 312; BVerwG NVwZ 2011, 1016, 1017; Heinrich/Arnold DVBl. 2011, 557, 558.

¹⁵⁵ EuGH NVwZ 2007, 64, 65; BVerwG RÜ 2017, 243, 249; Korte Jura 2017, 656, 660.

¹⁵⁶ EuGH, Urt. v. 21.03.2013 – C-129/12, BeckRS 2013, 80631; VGH BW, Urt. v. 10.04.2019 – 9 S 75/15, BeckRS 2019, 8455.

¹⁵⁷ BVerwG RÜ 2017, 243, 245; Ebeling/Tellenbröker JuS 2014, 217, 223; Hesse/Sacher JuS 2017, 1015, 1016; abweichend Finck/Gurlit Jura 2011, 87, 90; Ehlers/Scholz JZ 2011, 585, 587: schwebende Unwirksamkeit.

¹⁵⁸ Abgedruckt im Sartorius II 173.

- Stellt die Kommission fest, dass – ggf. nach Änderung durch den betreffenden Mitgliedstaat – die Bedenken ausgeräumt sind, beschließt sie, dass die Beihilfe nach Art. 107 Abs. 2 oder Abs. 3 AEUV **mit dem Binnenmarkt vereinbar** ist (**Positivbeschluss**), Art. 9 Abs. 3 BVVO. Der Positivbeschluss kann erforderlichenfalls mit Bedingungen und Auflagen versehen werden (Art. 9 Abs. 4 BVVO).
- Gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass die angemeldete Beihilfe **mit dem Binnenmarkt unvereinbar** ist (Art. 107 Abs. 1 AEUV), beschließt sie, dass diese Beihilfe nicht eingeführt werden darf (**Negativbeschluss**), Art. 9 Abs. 5 BVVO.

■ Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen

144

- Bei einem **Verstoß gegen das Durchführungsverbot** (Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV) kann die Kommission dem Mitgliedstaat nach Art. 13 Abs. 1 BVVO aufgeben, die Beihilfe so lange auszusetzen, bis die Kommission ihre endgültige Entscheidung getroffen hat (**Aussetzungsanordnung**). Nach Art. 13 Abs. 2 BVVO kann die Kommission außerdem die vorläufige Rückforderung anordnen, wenn hinsichtlich des Beihilfearakters keinerlei Zweifel bestehen, ein Tätigwerden dringend geboten und ein erheblicher und nicht wiedergutzumachender Schaden für einen Konkurrenten ernsthaft zu befürchten ist (**Rückforderungsanordnung**).

Kommt der betroffene Mitgliedstaat einer Aussetzungs- oder Rückforderungsanordnung nicht nach, kann die Kommission den Gerichtshof der Europäischen Union anrufen (Art. 14 BVVO).

145

- In **Negativbeschlüssen** entscheidet die Kommission, dass der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die rechtswidrige Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern (**Rückforderungsbeschluss**), Art. 16 Abs. 1 S. 1 BVVO. Die Rückforderung der Beihilfe unterbleibt, wenn dies gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verstößen würde (Art. 16 Abs. 1 S. 2 BVVO), z.B. bei Unverhältnismäßigkeit. Die Rückforderung umfasst auch Zinsen (Art. 16 Abs. 2 BVVO).

146

- Die **Beschlüsse der Kommission** (Art. 288 Abs. 4 AEUV) entfalten solange Rechtswirkungen, bis sie zurückgenommen, im Rahmen einer Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV) für nichtig oder infolge einer Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) für ungültig erklärt werden. Hieraus folgt – ähnlich wie für Verwaltungsakte im nationalen Recht nach §§ 43 Abs. 1, 44 Abs. 1 VwVfG – der **Grundsatz der Rechtswirksamkeit von Unionsakten**, auch wenn diese fehlerhaft sein sollten.

Bei bloß vorläufigen Beschlüssen nach Art. 4 BVVO besteht indes keine Bindungswirkung der nationalen Gerichte. Diese haben bei der Anwendung des Durchführungsverbots nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV das Vorliegen einer anmeldpflichtigen Beihilfe eigenständig und umfassend zu prüfen. Allerdings muss das nationale Gericht den Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) anrufen, wenn es den Beihilfebegriff anders auslegen will als von der Kommission angenommen.¹⁵⁹

147

- Die Beschlüsse der Kommission im Beihilfeaufsichtsverfahren richten sich an die Mitgliedstaaten (vgl. Art. 108 Abs. 2 AEUV). Für die **Umsetzung der Kommissionsbeschlüsse** gegenüber dem Beihilfeempfänger sind die nationalen Behörden zuständig.

¹⁵⁹ BGH EuZW 2017, 312; BVerwG RÜ 2017, 243, 245; für einen generellen Anwendungsvorhang von vorläufigen Beschlüssen dagegen Oppen/Schmeichel NVwZ 2017, 974 f.

Unionsrechtliche Vorgaben für Beihilfen**Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV**

- **Grds. unzulässig** bei (drohender) Verfälschung des Wettbewerbs, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt
- **Generell zulässig** gemäß Art. 107 Abs. 2 AEUV
- **Im Einzelfall zulässig** gemäß Art. 107 Abs. 3 AEUV

Beihilfeaufsicht nach Art. 108, 109 AEUV i.V.m. BVVO

- **Notifizierung** neuer Beihilfen (Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV, Art. 2 BVVO)
- **Durchführungsverbot** (Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV, Art. 3 BVVO)

Vorläufige Prüfung durch EU-Kommission (Art. 4 BVVO)

- Feststellung, dass keine Beihilfe vorliegt (Art. 4 Abs. 2 BVVO)
- Beschluss, keine Einwände zu erheben (Art. 4 Abs. 3 BVVO)
- Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens (Art. 4 Abs. 4 BVVO)

Förmliches Prüfverfahren (Art. 108 Abs. 2 AEUV, Art. 6 BVVO)

- Feststellung, dass keine Beihilfe vorliegt (Art. 9 Abs. 2 BVVO)
- Positivbeschluss, wenn Beihilfe zulässig (Art. 107 Abs. 2 u. 3 AEUV, Art. 9 Abs. 3 u. 4 BVVO)
- Negativbeschluss, wenn Beihilfe unzulässig (Art. 107 Abs. 1, Art. 108 Abs. 2 AEUV, Art. 9 Abs. 5 BVVO)

Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen

- Bei Verstoß gegen das Durchführungsverbot Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV:
Anordnung der Aussetzung und ggf. der vorläufigen Rückforderung (Art. 13 BVVO)
- Bei Negativbeschluss:
grds. Rückforderung mit Zinsen (Art. 16 BVVO), Verjährung: 10 Jahre (Art. 17 BVVO)

Fall 4: Europarechtswidrige Subventionen

Mit Bescheid vom 19.05.2016 wurde dem K von der zuständigen Behörde B aus Landesmitteln eine Subvention für eine geplante Betriebserweiterung i.H.v. 125.000 Euro gewährt und ausgezahlt. Obwohl es sich um eine Beihilfe i.S.d. Art. 107, 108 AEUV handelte, unterblieb eine Anmeldung bei der EU-Kommission. Als die Kommission von der Förderung Kenntnis erlangte, leitete sie im Herbst 2017 ein Beihilfeaufsichtsverfahren ein und stellte mit Negativbeschluss vom 22.02.2018 fest, dass die Subvention mit dem Binnenmarkt unvereinbar sei und nicht eingeführt werden dürfe. Gleichzeitig forderte die Kommission die Bundesrepublik Deutschland auf, die Subvention binnen sechs Monaten von K zurückzufordern. Die Behörde B übersandte K eine Kopie des Beschlusses und wies ihn darauf hin, dass er dagegen vor dem EuG klagen könne. Klage wurde nicht erhoben. Daraufhin nahm B mit Bescheid vom 20.06. 2019 den Bewilligungsbescheid vom 19.05.2016 formell ordnungsgemäß zurück und forderte Rückzahlung der gewährten 125.000 Euro. K hat (nach erfolglosem Vorverfahren) gegen den Rücknahme- und Rückforderungsbescheid form- und fristgerecht Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben. Er macht geltend, dass er im Vertrauen auf die Bestandskraft des Bescheides die gewährten Leistungen bereits im Jahre 2016 vollständig verbraucht habe. Außerdem sei die Rücknahme verspätet erfolgt und B habe das ihr zustehende Ermessen nicht ausgeübt. Wie ist über die zulässige Anfechtungsklage des K zu entscheiden?

Die **zulässige Anfechtungsklage** des K ist begründet, soweit der Bescheid vom 20.06. 2019 rechtswidrig und K dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

A. Rechtmäßigkeit des Rücknahmebescheids

- 148 I.** **Rechtsgrundlage** für den Rücknahmebescheid könnte § 48 VwVfG sein. Vorrangige Rücknahmeverordnungen nach dem EU-Recht bestehen i.d.R. nicht.

Für den Agrarbereich gibt es Spezialregelungen für Rücknahme, Widerruf und Erstattung in § 10 MOG (Gesetz zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisation).¹⁶⁰ Diese gelten z.B. für landwirtschaftliche Betriebspromen oder Ausgleichszahlungen.

Daher ist anerkannt, dass § 48 VwVfG sogar dann anwendbar ist, wenn es um die Gewährung von **nationalen Beihilfen** auf EU-rechtlicher Grundlage geht.¹⁶¹ Erst recht gilt dies für Beihilfen, die nach Maßgabe deutschen Rechts und aus nationalen Mitteln gewährt werden.¹⁶² § 48 VwVfG ist daher Rechtsgrundlage für die Rücknahme europarechtswidriger Beihilfebescheide.

Subventionen, die von der Kommission selbst unter Verstoß gegen das Unionsrecht gewährt worden sind, können von der Kommission dagegen nach allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätzen zurückgefordert werden.¹⁶³ Teilweise bestehen auch hier Spezialregelungen in EU-Verordnungen.¹⁶⁴

- 149 II.** Da formelle Bedenken nicht bestehen, kommt es allein auf die **materielle Rechtmäßigkeit** des Rücknahmebescheides an.

¹⁶⁰ Vgl. dazu BVerwG NJOZ 2015, 632; VGH BW RÜ 2009, 453, 454; OVG Lüneburg DÖV 2014, 170; Beschl. v. 30.06.2016 – 10 ME 35/16, BeckRS 2016, 48243.

¹⁶¹ VGH BW RÜ 2009, 453, 454.

¹⁶² EuGH DVBl. 2003, 319, 320; BVerwG NJW 1998, 3728, 3729; Ehlers/Kallerhoff Jura 2009, 823, 831; Korte Jura 2017, 656, 662.

¹⁶³ EuG, Urt. v. 15.04.2011 – T-297/05, BeckRS 2011, 80471 Rn. 117 f.

¹⁶⁴ Vgl. z.B. BVerwG NVwZ 2016, 1572; VGH BW NVwZ-RR 2014, 806.

1. Voraussetzung des § 48 VwVfG ist zunächst, dass der aufzuhebende Bescheid (hier der Bewilligungsbescheid vom 19.05.2016) **rechtswidrig** ist.

- a) Die Rechtswidrigkeit könnte sich aus dem **Verstoß gegen Art. 107, 108 AEUV** ergeben. Aufgrund des Rechtsanwendungsbefehls der Zustimmungsgesetze zu den Verträgen über die Europäische Union (EUV und AEUV) folgt gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG (als lex specialis zu Art. 59 Abs. 2 GG)¹⁶⁵ die **unmittelbare Geltung des Unionsrechts** für die Bundesrepublik Deutschland und damit ein **Anwendungsvorrang** gegenüber dem nationalen Recht.¹⁶⁶ Die Subvention hätte nach den (vorrangigen) Vorschriften der Art. 107, 108 AEUV nicht gewährt werden dürfen. Insoweit ist der **Negativbeschluss** der Kommission (Art. 108 Abs. 2 AEUV) gemäß Art. 288 Abs. 4 AEUV bindend.¹⁶⁷
- b) Dies gilt auch gegenüber dem **Subventionsempfänger**, da er nach Art. 263 Abs. 4 AEUV gegen den Beschluss der Kommission Nichtigkeitsklage erheben kann. Nach Ablauf der Klagefrist (Art. 263 Abs. 6 AEUV: zwei Monate) kann auch er die Richtigkeit der Kommissionsentscheidung nicht mehr infrage stellen. Der Beschluss der Kommission entfaltet daher **dieselben Rechtswirkungen wie ein VA** nach Eintritt der Bestandskraft¹⁶⁸ und bindet auch die nationalen Gerichte.¹⁶⁹ Der **Bewilligungsbescheid** war damit **rechtswidrig**.

Die nationalen Gerichte sind nicht befugt, über die materielle Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit dem Binnenmarkt zu befinden. Denn hierfür ist gemäß Art. 108 Abs. 2 AEUV ausschließlich die Kommission zuständig, die hierbei allein der Kontrolle des EuG und des EuGH unterliegt. Zwar können die nationalen Gerichte die Gültigkeit von Rechtsakten der Union prüfen,¹⁷⁰ sie sind aber nicht befugt, selbst deren Ungültigkeit festzustellen.¹⁷¹

2. Ein begünstigender VA, der – wie der vorliegende Subventionsbescheid – eine Geldleistung gewährt, kann nach § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG insoweit **nicht zurückgenommen werden, als der Begünstigte auf den Bestand des VA vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Letzteres ist nach § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG **in der Regel** der Fall, wenn der Begünstigte – wie hier – die gewährten Leistungen verbraucht hat.**

- a) Allerdings wird § 48 VwVfG **durch das EU-Recht überlagert**. Auch wenn sich die Rückforderung europarechtswidriger VAe nach nationalem Recht richtet, darf die Anwendung des nationalen Rechts die Tragweite und die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigen. § 48 VwVfG ist daher so anzuwenden, dass die nach Unionsrecht verlangte Rückforderung nicht praktisch unmöglich und das Unionsinteresse voll berücksichtigt wird. Dies folgt aus dem Grundsatz der **loyalen Zusammenarbeit** (Art. 4 Abs. 3 EUV) und dem Grundsatz der **praktischen Wirksamkeit** („effet utile“), die verbunden mit dem **An-**

¹⁶⁵ BVerfG NJW 2009, 2267, 2281 Rn. 312.

¹⁶⁶ Zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts AS-Skript Europarecht (2018), Rn. 325 ff.

¹⁶⁷ EuGH NVwZ 2008, 985, 986; vgl. auch Hesse/Sacher JuS 2017, 1015, 1016.

¹⁶⁸ EuGH NVwZ 2018, 1288; EuZW 2017, 389, 391 m. Anm. Streinz JuS 2018, 397; DVBl. 2007, 1167, 1168; BVerwG NJW 1998, 3728, 3730; v. Welser JA 2002, 240, 245.

¹⁶⁹ EuGH DVBl. 2007, 1167, 1168; NJW 2001, 1265, 1266; BFH NVwZ 2001, 715, 717.

¹⁷⁰ BGH EuZW 2017, 312; BVerwG RÜ 2017, 243, 245.

¹⁷¹ EuGH DVBl. 2007, 1167, 1168; Gundel JA 2008, 158, 159; Goldmann Jura 2008, 275, 275 m.w.N.



wendungsvorrang des Unionsrechts bewirken, dass entgegenstehendes nationales Recht zurückzutreten hat bzw. entsprechend zu modifizieren ist.¹⁷²

- 155 b) Es wird daher vertreten, dass Vertrauensschutz nach § 48 Abs. 2 VwVfG durch Unionsrecht jedenfalls in den Fällen **generell** ausgeschlossen werde, in denen die **Rückforderungsentscheidung der Kommission bestandskräftig** geworden ist. Der Beihilfeempfänger könne Schutz seines Vertrauens unmittelbar durch Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV gegenüber der Kommissionsentscheidung geltend machen. Werde diese bestandskräftig, sei für § 48 Abs. 2 VwVfG kein Raum.¹⁷³
- 156 c) Die Rspr. hält dagegen § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG auch bei europarechtswidrigen Beihilfen grds. für **anwendbar**. Die Geltung nationaler Vertrauensschutzregelungen werde vom EuGH ausdrücklich anerkannt. § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG sei daher grds. anwendbar, etwaigen europarechtlichen Besonderheiten könne durch eine großzügige Auslegung der Ausschlusstatbestände des § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG Rechnung getragen werden.¹⁷⁴ Danach stünde das Vertrauen des K nach § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG „**in der Regel**“ einer Rücknahme entgegen.
3. Der Begünstigte kann sich jedoch auch nach dieser Auffassung **nicht auf Vertrauen berufen**, wenn einer der Fälle des § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG vorliegt. Nach Nr. 3 ist Vertrauensschutz insbes. ausgeschlossen, wenn der Adressat die Rechtswidrigkeit des VA kannte oder infolge **grober Fahrlässigkeit** nicht kannte.
- 157 a) Dieser Ausschlusstatbestand wird im Hinblick auf das EU-Recht zum Teil **extensiv interpretiert**. Grobe Fahrlässigkeit wird bereits bejaht, wenn der Begünstigte sich nicht vergewissert hat, ob die Beihilfe unter Beachtung des nach Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgeschriebenen Verfahrens gewährt wurde. Jedem Wirtschaftsunternehmen, das Vergünstigungen erhalte, bei denen die Anwendbarkeit der Art. 107, 108 AEUV nicht offensichtlich ausgeschlossen ist, sei es zumutbar und auch möglich, in Erfahrung zu bringen, ob das Verfahren nach Art. 108 Abs. 3 AEUV eingehalten wurde.¹⁷⁵
- 158 b) Nach Auffassung des BVerwG reicht dieser Umstand allein jedoch nicht aus, um einen besonders schweren Sorgfaltspflichtverstoß im Sinne einer groben Fahrlässigkeit anzunehmen. Vielmehr habe eine **Abwägung im Einzelfall** nach § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG zu erfolgen.¹⁷⁶ Dabei trete das Vertrauensschutzinteresse des Begünstigten **in der Regel** jedoch schon dann zurück, wenn die staatliche Beihilfe ohne Beachtung des in Art. 108 Abs. 3 AEUV zwingend vorgeschriebenen Verfahrens, also ohne Kontrolle der Kommission, gewährt wurde. Einem sorgfältigen Wirtschaftsunternehmen sei es regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, ob diese Voraussetzung erfüllt ist. Ist das Überwachungsverfahren nicht durchgeführt worden, sei das Vertrauen des Beihilfeempfängers **nur ausnahmsweise schutzwürdig**.¹⁷⁷

172 Vgl. EuGH NJW 1998, 45, 46; BGH RÜ 2017, 243, 247; Sydow JuS 2005, 97, 101; Ludwigs Jura 2007, 612, 613.

173 Sydow JuS 2005, 97, 101; Ehlers Jura 2011, 187, 193.

174 Grundlegend BVerwG DVBl. 1993, 727, 728; NJW 1998, 3728, 3730.

175 OVG NRW NVwZ 1993, 79, 80; Oldiges NVwZ 2001, 626, 631; Ehlers/Kallerhoff Jura 2009, 823, 831.

176 BVerwG NJW 1998, 3728, 3730; Bader/Ronellenfitsch VwVfG § 48 Rn. 138 f.; Rennert DVBl. 2007, 400, 403 m.w.N.



§ 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG erfährt daher eine Einschränkung im Wege einer **europarechtskonformen Auslegung**. Bei der Abwägung sind neben dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) und dem fiskalischen Interesse des Staates die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Wahrung des Unionsrechts und das Interesse an der Einhaltung der unionsrechtlichen Wettbewerbsordnung zu berücksichtigen. Angesichts der Gewichtigkeit der Unionsinteressen ist das Vertrauen des Bürgers **nur ausnahmsweise schutzwürdig**, wenn dafür **außergewöhnliche Umstände** sprechen. Folge der europarechtskonformen Auslegung des § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG ist damit praktisch eine Umkehr des Regelfalls, d.h. in aller Regel besteht **kein Vertrauenschutz**.¹⁷⁸

159

Alle Auffassungen gelangen damit hier zum selben Ergebnis, sodass es einer Streitentscheidung nicht bedarf: Entweder ist § 48 Abs. 2 VwVfG schon gar nicht anwendbar (Rn. 155) oder das Vertrauen des K ist zwingend nach § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG (Rn. 157) oder aufgrund einer Abwägung nach § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG (Rn. 158) nicht schutzwürdig.

Etwas anderes gilt für die Rückforderung von Beihilfen, die aus **EU-Mitteln** gewährt wurden. Hier ist anders als im Rahmen des Art. 108 Abs. 3 AEUV dem nationalen Verwaltungsverfahren kein unionsrechtliches Verfahren vorgeschaltet. Daher kann sich der Subventionsempfänger grds. auf § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG berufen.¹⁷⁹ Allerdings bestehen hier zunehmend Spezialregelungen im Unionsrecht, die die Regelungen in § 48 Abs. 2 VwVfG verdrängen.¹⁸⁰

160

4. Die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte muss grds. innerhalb der **Jahresfrist** des § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG erfolgen. Dabei ist anerkannt, dass diese Frist auch bei Rechtsanwendungsfehlern gilt (vgl. oben Rn. 120 ff.).

161

a) Die frühere Rspr. hat deshalb § 48 Abs. 4 VwVfG **generell** auch bei der Rücknahme eines europarechtswidrigen VA angewendet. Da zu den die Rücknahme rechtfertigenden Tatsachen auch die Feststellung der EU-Kommission über die Europarechtswidrigkeit der Beihilfe zählt, beginne die Frist frühestens mit der Bestandskraft dieser Entscheidung zu laufen.¹⁸¹

162

b) Richtig ist zwar, dass nationale Fristregelungen das unionsrechtliche Effizienzgebot nicht per se infrage stellen.¹⁸² Deshalb ist **§ 48 Abs. 4 VwVfG grundätzlich** auch auf die Rücknahme eines gegen Unionsrecht verstößenden VA **anwendbar**.¹⁸³ Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Rechtswidrigkeit des nationalen Beihilfebescheides durch **bestandskräftigen Negativbeschluss der Kommission** festgestellt worden ist (Art. 108 Abs. 2 AEUV). Diesen muss der Beihilfeempfänger gegen sich gelten lassen, wenn er den Beschluss nicht im Wege der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV angefochten hat. Ein Ausschluss der Rücknehmbarkeit nach Fristablauf würde die unionsrechtliche Entscheidung nachhaltig relativieren und ihr damit jede praktische Wirksamkeit nehmen.¹⁸⁴

¹⁷⁷ BVerwG NJW 1998, 3728, 3730; DVBl. 1993, 727, 728; Maurer/Waldhoff § 11 Rn. 54; Voßkuhle/Kaufhold JuS 2011, 794, 796; Faßbender JuS 2016, 538, 546; Korte Jura 2017, 656, 662.

¹⁷⁸ Vgl. BVerwG NJW 1998, 3728, 3730; DVBl. 1993, 727, 728; BGH EuZW 2009, 28, 31; NVwZ 2004, 636, 637.

¹⁷⁹ Ehlers/Kallerhoff Jura 2009, 823, 831.

¹⁸⁰ Vgl. VGH BW RÜ 2009, 453, 456; VGH BW NVwZ-RR 2014, 806.

¹⁸¹ Vgl. z.B. VGH BW NVwZ 1998, 87, 89; OVG Koblenz JZ 1992, 1084, 1086.

¹⁸² Vgl. EuGH NJW 1999, 169; Epiney NVwZ 2001, 524, 527 m.w.N.

¹⁸³ Ruffert in: Ehlers/Pünder § 24 Rn. 24.

Aufhebung des VA durch die Behörde

- (falls zweifelhaft): Liegt überhaupt eine (vollständige, teilweise) Aufhebung eines VA vor?

Abgrenzung:

- Berichtigung gemäß § 42 VwVfG
- Neuregelung bzgl. eines geänderten, vom ergangenen VA noch nicht erfassten Sachverhalts

Rechtsgrundlagen

- Spezialvorschriften, z.B. § 3 StVG, § 15 Abs. 2 GaststG, § 14 BBG, § 12 BeamtStG
- §§ 48, 49 VwVfG

Aufhebung nach §§ 48, 49 VwVfG

RÜCKNAHME gemäß § 48 VwVfG

Aufzuhebender VA rechtswidrig

VA belastend § 48 I 1 VwVfG

- Ermessen
- Geld-/Sachleistungs-VA nicht rücknehmbar bei schutzwürdigem Vertrauen, § 48 II
- Bei sonstigen VAen Bestandsvertrauen nur im Ermessen (str.); auf Antrag Entschädigung
- Frist, § 48 IV
- Ermessen

WIDERRUF gemäß § 49 VwVfG

Aufzuhebender VA rechtmäßig

VA belastend § 49 I VwVfG

- Ermessen
- Grenzen
 - Gebundener VA
 - Art. 3 I GG
- Widerruf **ex nunc** aus den in § 49 II abschl. genannten Gründen
- Widerruf **ex tunc** aus den in § 49 III genannten Gründen
- Frist, §§ 49 II 2, 49 III 2 i.V.m. § 48 IV
- Ermessen

Wiederaufgreifen des Verfahrens gemäß § 51 VwVfG

Pflicht zum Wiederaufgreifen § 51 I–III VwVfG

Entscheidung über das Wiederaufgreifen

- Zulässigkeit** des Antrags
 - Grund schlüssig dargelegt
 - Kein grob schuldhaftes Versäumnis, § 51 II
 - Antragsfrist, § 51 III: drei Monate
- Begründetheit** des Antrags, wenn Grund i.S.d. § 51 I tatsächlich vorliegt

Ermessen gemäß §§ 51 V, 48, 49 VwVfG

Entscheidung über das Wiederaufgreifen

- Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (Wiederaufgreifen i.w.S.)
- Gebundener Anspruch nur bei Ermessensreduzierung

(neue) Entscheidung in der Sache

- Sachentscheidung richtet sich nach materiellem Recht (str. a.A. §§ 48, 49 VwVfG)

(neue) Entscheidung in der Sache

- Aufhebung nach §§ 48, 49 VwVfG
- Änderung nach materiellem Recht
- Bestätigung durch Zweitbescheid



- **Vollstreckungsvoraussetzung** im gestreckten Verfahren ist das Vorliegen eines **Grund-VA**, der auf die Vornahme einer Handlung, auf Duldung oder auf Unterlassung gerichtet ist (§ 6 Abs. 1 VwVG), sog. HDU-Verfügung.

223

Beispiele: Beseitigungs-/Abrissverfügung im Baurecht, Schließungsanordnung im Gewerberecht (z.B. nach § 15 Abs. 2 GewO), Gebots- und Verbotszeichen i.S.d. § 41 Abs. 1 StVO als Allgemeinverfügungen (§ 35 S. 2 Fall 3 VwVfG), Duldung des Betretens eines Grundstücks (z.B. nach § 17 Abs. 2 HandwO), nicht dagegen Leistungsbescheide auf Geld, deren Vollstreckung (Beitreibung) sich nach §§ 1 ff. VwVG bzw. entsprechendem Landesrecht richtet (s.o. Rn. 208).

18	291	61	2711	1111	111	681	791 SOG	641 NPOG	551	611	1311	191	531 SOG	2281 LVwG	43,44

- Damit der GrundVA zwangsweise durchgesetzt werden darf, muss er **vollstreckbar** sein. Vollstreckbar ist der GrundVA, wenn er unanfechtbar ist oder Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung entfalten (§ 6 Abs. 1 VwVG).

224

2	191	61	3	1112	3 III	2,69	801 SOG	641 NPOG	551	2	181	2	531 SOG	2291 LVwG	19

- **Unanfechtbar** ist der VA nach Ablauf der Widerspruchs- oder Klagefrist (§§ 70, 74 VwGO) oder mit Rechtskraft der letztinstanzlichen gerichtlichen Entscheidung.
- Rechtsmittel haben **keine aufschiebende Wirkung** in den Fällen des § 80 Abs. 2 VwGO, also z.B. bei unaufschiebbaren Anordnungen von Polizeivollzugsbeamten (Nr. 2), in anderen gesetzlich geregelten Fällen (Nr. 3) oder bei behördlicher Anordnung der sofortigen Vollziehung (Nr. 4).

In diesen Fällen kann die Behörde den VA daher schon vor Bestandskraft vollstrecken. Allerdings kann die Behörde (§ 80 Abs. 4 VwGO) oder das Verwaltungsgericht (§ 80 Abs. 5 VwGO) die Vollziehung aussetzen. Ist dies geschehen, muss die Vollstreckung eingestellt werden.²⁸⁵ Dies gilt so lange, bis die aufschiebende Wirkung nach § 80 b Abs. 1 VwGO endet.

- Abweichungen gelten für die **Androhung**, die nach § 13 Abs. 2 VwVG mit dem GrundVA verbunden werden darf. Nach § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG „soll“ die Androhung mit dem GrundVA verbunden werden, wenn die sofortige Vollziehung angeordnet ist oder Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben. Daraus folgt, dass die Androhung auch in den übrigen Fällen nach § 13 Abs. 2 S. 1 VwVG mit dem GrundVA verbunden werden „kann“.²⁸⁶ Mit anderen Worten: Wird die Androhung mit dem GrundVA verbunden, muss der GrundVA bei Erlass der Androhung **noch nicht vollstreckbar** sein.²⁸⁷ Die Vollstreckbarkeit muss aber zumindest in dem Zeitpunkt vorliegen, für den die Vollstreckung angedroht wird. Ist dies nicht der Fall, wird die Androhung rechtswidrig.²⁸⁸

225

²⁸⁵ Horn Jura 2004, 447, 449; Bausch NVwZ 2006, 158, 159.

²⁸⁶ Engelhardt/App/Schlatmann VwVG § 13 Rn. 2 u. 10.

²⁸⁷ OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2010, 748, 749; ThürOVG NVwZ-RR 2001, 507, 511; Engelhardt/App/Schlatmann VwVG § 13 Rn. 2.

²⁸⁸ OVG NRW OGEG 38, 90, 93; OVG Bln-Bbg NVwZ-RR 2010, 748, 749; Horn Jura 2004, 597, 597; ebenso OVG NRW NVwZ-RR 2013, 172, 173 für die Festsetzung; einschränkend BayVGH NVwZ 2002, 608, 609: Vollstreckungsvoraussetzungen müssen bereits während der zumutbaren Erfüllungsfrist vorliegen; ebenso Weber DVBl. 2012, 1130, 1131.

■ **Immissionen** durch hoheitlich betriebene Einrichtungen⁶⁸⁹

Beispiele: Sport- und Spielplätze, Kindergarten, Wertstoffsammelanlage, Grillplatz, Feueralarmsirene, Kirchturmuh, Glockengeläut, Straßenlaterne.

3. Dogmatische Herleitung

- 514 Die **dogmatische Herleitung** des öffentlich-rechtlichen Abwehr- und Unterlassungsanspruchs ist – ähnlich wie beim FBA – umstritten. Überwiegend wird auf die **Abwehrfunktion der Grundrechte** abgestellt. Diese umfasst nicht nur die Verpflichtung des Staates, rechtswidrige Folgen von Amtshandlungen wieder zu beseitigen, sondern schließt auch ein, rechtswidrige Eingriffe in subjektive Rechte von vornherein zu unterlassen.⁶⁹¹ Allerdings ist der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch seiner Grundstruktur nach dem zivilrechtlichen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch ähnlich, sodass teilweise (auch) auf eine **analoge Anwendung des § 1004 BGB** zurückgegriffen wird.⁶⁹²
- 515 Beide Begründungen schließen sich nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig. Je- denfalls ist heute **gewohnheitsrechtlich** anerkannt, dass der Staat rechtswidrige hoheitliche Eingriffe in subjektive Rechte unterlassen muss.⁶⁹³

4. Unterschied zum Folgenbeseitigungsanspruch

a) Abwehr des Eingriffs

- 516 Anders als beim Folgenbeseitigungsanspruch geht es beim Abwehr- und Unterlassungsanspruch **nicht um die Beseitigung der Folgen des Eingriffs**, sondern um die **Abwehr bzw. Verhinderung des Eingriffs** selbst. Durchgesetzt wird der Anspruch mittels der allgemeinen Leistungsklage, zumeist in Form der Unterlassungsklage.
- 517 Begrifflich lassen sich je nach dem **Zeitpunkt** des hoheitlichen Handelns unterscheiden:
- der **vorbeugende Unterlassungsanspruch**, wenn **künftiges** Verwaltungshandeln abgewehrt werden soll (z.B. Unterlassen künftiger VAe oder ehrbeeinträchtigender Äußerungen),
 - der (**schlichte**) **Abwehr- und Unterlassungsanspruch**, wenn es um die Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung geht (z.B. Unterlassen des Betriebs einer emittierenden Anlage).

689 OVG NRW RÜ 2017, 122; OVG NRW NWVBI 2015, 195; VG Düsseldorf NWVBI 2015, 201 (DÜGIDA); VG München MMR 2016, 71 (BAGIDA); vgl. auch BVerfG NVwZ-RR 2016, 241; Gärdsitz NWVBI. 2015, 165.

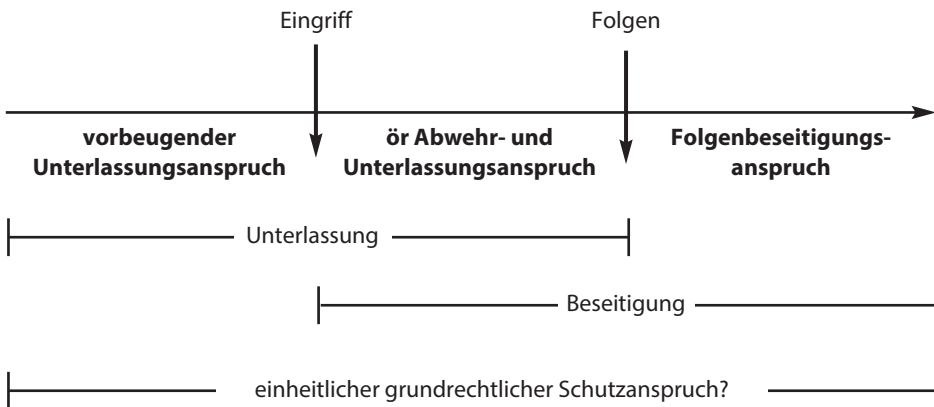
690 Vgl. z.B. VGH BW NVwZ-RR 2017, 653 (Grillplatz); VGH BW NVwZ-RR 2017, 566 (Brunnen); VGH BW RÜ 2014, 603, 605 (Bolzplatz); BayVGH ZUR 2015, 691, 692; OVG RP DVBl. 2012, 1052; HessVGH RÜ 2011, 810, 813 (Kinderspielplatz); OVG Saar NVwZ-RR 2018, 484 (Laubbläser), und unten Fall 14.

691 BVerwG NVwZ 2016, 541; NVwZ-RR 2015, 425, 425; OVG NRW NVwZ 2015, 304; OVG Hamburg DVBl. 2014, 1069, 1070; VGH BW DVBl. 2013, 1063, 1064; Remmert Jura 2007, 736, 742.

692 OVG NRW, Urt. v. 07.08.2018 – 5 A 1698/15, BeckRS 2018, 20806; BayVGH, Beschl. v. 30.06.2014 – 5 ZB 14.1118, BeckRS 2014, 53488; Laubinger VerwArch 1989, 261, 291 m.w.N.

693 BVerwG NVwZ 2016, 541; OVG NRW NVwZ-RR 2000, 599, 600; Kühlung/Klar JuS 2012, 1111, 1113; Ferreau JuS 2017, 758, 761; Kranz NVwZ 2018, 864.





In Rspr. und Lit. wird überwiegend von einem **einheitlichen** öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch gesprochen, ohne materiell zwischen dem schlichten und dem vorbeugenden Unterlassungsanspruch zu unterscheiden. Lediglich prozessual ergeben sich Unterschiede beim **Rechtsschutzbedürfnis**.

518

Beispiel: Richtet sich der vorbeugende Unterlassungsanspruch gegen **schlichtes Verwaltungshandeln**, so muss eine Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr bestehen (Rechtsgedanke des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB). Geht es um die Abwehr **künftiger Verwaltungsakte**, ist eine vorbeugende Unterlassungsklage nur zulässig, wenn die Verweisung auf den nach Erlass des VA möglichen Rechtsschutz **unzumutbar** ist (z.B. bei Eintritt irreparabler Nachteile).⁶⁹⁴

b) Abgrenzung Eingriff und Folgen

Da die Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des FBA einerseits und des öffentlich-rechtlichen Abwehr- und Unterlassungsanspruchs andererseits gesetzlich nicht geregelt sind, werden in Lit. und Rspr. **unterschiedliche Auffassungen** für die Abgrenzung der beiden Ansprüche vertreten.

519

So wird z.B. bei öffentlich-rechtlichen Immissionen zwischen Beseitigung der Störungsquelle (dann FBA) und Abwehr bzw. Unterlassung der Immissionen (dann ör Unterlassungsanspruch) unterschieden. „Auf den Folgenbeseitigungsanspruch und nicht auf den öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch ist immer dann abzustellen, wenn das Unterbinden der unmittelbaren Beeinträchtigung wegen der tatsächlichen Untrennbarkeit von Störungsquelle und Störungsfolgen eine Beseitigung auch der Störungsquelle erfordert.“⁶⁹⁵ Bedeutung hat dies vor allem für die Geltung der Ausschlussgründe (rechtliche und tatsächliche Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit), die nur beim FBA, nicht aber beim ör Unterlassungsanspruch eingreifen, s.u. Rn. 528.

Teilweise wird in der Lit. auf eine **Unterscheidung** zwischen dem Folgenbeseitigungsanspruch und dem öffentlich-rechtlichen (Abwehr- und) Unterlassungsanspruch ganz verzichtet. Sieht man den FBA wie den Unterlassungsanspruch als Ausprägung der Abwehrfunktion der Grundrechte, zielen beide auf die (Wieder-)Herstellung eines rechtmäßigen Zustandes. Danach handelt es sich beim FBA und beim Unterlassungsanspruch nur um verschiedene Ausprägungen eines **einheitlichen Abwehr- und Beseitigungsanspruchs**. Er ist primär ein Unterlassungsanspruch gegen den Staat und wandelt sich in einen (Folgen-)Beseitigungsanspruch, wenn der Eingriff erfolgt.⁶⁹⁶

520

694 Ehlers Jura 2007, 179, 188; Kopp/Scherke VwGO Vorb § 40 Rn. 33 m.w.N. (prozessuale Lösung); a.A. Sproll JuS 1990, 313, 314: kein prozessuales, sondern materielles Problem; vgl. auch AS-Skript VwGO (2019), Rn. 394 ff.

695 OVG NRW DÖV 1983, 1020; vgl. auch Frank JuS 2018, 56, 58.

521 Zwar hängen beide Ansprüche eng miteinander zusammen, sie unterscheiden sich aber gleichwohl. Während der FBA auf die Beseitigung der **Folgen eines Eingriffs** gerichtet ist, geht es beim öffentlich-rechtlichen Abwehr- und Unterlassungsanspruch darum, den **rechtswidrigen Eingriff** abzuwehren bzw. von vornherein zu verhindern. Der Abwehr- und Unterlassungsanspruch knüpft deshalb an die **Rechtswidrigkeit des Eingriffs** an, während beim FBA die **Rechtswidrigkeit des geschaffenen Zustandes** maßgebend ist (s.o. Rn. 429 ff.). Gleichwohl lassen sich FBA und Unterlassungsanspruch nicht immer eindeutig voneinander abgrenzen, insbes. bei der Abwehr hoheitlicher Immissionen.

Beispiel: Der Kläger wendet sich gegen die Nutzung des an sein Grundstück grenzenden öffentlichen Spielplatzes. Sieht man das hoheitliche Handeln in der Errichtung des Spielplatzes, so sind die Immissionen „Folgen“ des Verwaltungshandels, die mit dem FBA abzuwehren sind. Sieht man den Schwerpunkt dagegen mit der Rspr. im Betrieb der Einrichtung, dann wehrt sich der Betroffene gegen den gegenwärtigen hoheitlichen Eingriff mit einem öffentlich-rechtlichen Abwehr- und Unterlassungsanspruch.⁶⁹⁷

522 Damit ergibt sich folgende **Anspruchssystematik**:

- **ör Abwehr-/Unterlassungsanspruch:** Verhinderung eines rechtswidrigen hoheitlichen Eingriffs,
- **Folgenbeseitigungsanspruch:** Beseitigung der rechtswidrigen Folgen eines hoheitlichen Eingriffs,
- **Entschädigungsansprüche** wegen enteignungsgleichen Eingriffs (bei rechtswidrigen Eingriffen in das Eigentum, Art. 14 Abs. 1 GG) oder aus **Aufopferung** (bei Eingriffen in die Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 GG),⁶⁹⁸
- **Schadensersatzansprüche** bei Verschulden, insbes. Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG).⁶⁹⁹

II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des ör Abwehr- und Unterlassungsanspruchs

1. Anspruchsvoraussetzungen

523 Voraussetzung des allgemeinen ör Abwehr- und Unterlassungsanspruchs ist ein **rechtswidriger hoheitlicher Eingriff in ein subjektives Recht** des Betroffenen, wobei der **Eingriff andauert oder bevorsteht**.⁷⁰⁰ Ist der Eingriff abgeschlossen bzw. beendet, kommen nur Folgenbeseitigungs-, Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche in Betracht.

⁶⁹⁶ Ossenbühl/Cornils, S. 351 ff. sprechen von einem einheitlichen „grundrechtlichen Schutzanspruch auf Unterlassung, Beseitigung und Herstellung“; ähnlich Schoch Jura 1993, 478, 481; „übergreifender grundrechtlicher Integritätsanspruch“; Spörl JuS 1996, 313, 318 ff.: „allgemeiner Anspruch auf Bewältigung hoheitlicher Unrechtslasten“. Auch die Rspr. geht zuweilen von einem einheitlichen Anspruch aus, vgl. z.B. VGH BW NJW 1997, 754, 755; OVG RP, Urt. v. 30.08.2018 – 1 A 11843/17.OVG, BeckRS 2018, 23029.

⁶⁹⁷ So z.B. OVG NRW NWVBI. 2004, 480, 481; zur Abgrenzung vgl. Laubinger VerwArch 80 (1989), 261, 298 ff.; Maurer/Waldhoff § 30 Rn. 12; Spörl JuS 1996, 313, 314 m.w.N.

⁶⁹⁸ Vgl. unten Rn. 793 ff. (enteignungsgleicher Eingriff) und Rn. 830 ff. (Aufopferung).

⁶⁹⁹ Zur Amtshaftung unten Rn. 681 ff.

⁷⁰⁰ Vgl. z.B. BVerwG DVBI. 2008, 1242; NJW 2006, 1303; OVG NRW NWVBI. 2004, 151.



Aufbauschema: Voraussetzungen des öR Unterlassungsanspruchs**■ hoheitlicher Eingriff in ein subjektives Recht**

- hoheitliche Maßnahme
- subjektives Recht aus einfach-gesetzlichen Vorschriften oder Grundrechten

■ Eingriff rechtswidrig

- keine Duldungspflicht
- Eingriff dauert an oder steht bevor

a) Hoheitlicher Eingriff in ein subjektives Recht

Für den hoheitlichen Eingriff in ein subjektives Recht gelten dieselben Grundsätze wie beim FBA. Subjektive Rechte können sich aus einfach-gesetzlichen Vorschriften und aus Grundrechten ergeben.

524

Beispiele: Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit als Teil der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) durch hoheitliche Produktwarnungen, Eingriff in das Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) und die Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG) durch Immissionen einer öffentlichen Einrichtung, Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) durch ehrbeeinträchtigende hoheitliche Äußerungen.

525

Wie beim FBA ergeben sich **Zurechnungsprobleme** vor allem dann, wenn die unmittelbaren Beeinträchtigungen durch **Dritte** hervorgerufen werden. Auch hier werden dem Staat im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität nur die **typischen Beeinträchtigungen** zugerechnet (s.u. Fall 14).

Beispiel: Beim Betrieb von Sport- und Spielplätzen werden dem Hoheitssträger die Auswirkungen der bestimmungsgemäßen Nutzung zugerechnet, nicht aber die missbräuchliche Nutzung.⁷⁰¹

b) Rechtswidrigkeit des Eingriffs

Rechtswidrig ist der Eingriff, wenn den Bürger **keine Duldungspflicht** trifft. Wie beim FBA können sich Duldungspflichten insbesondere aus Gesetz und aufgrund eines Verwaltungsakts ergeben (s.o. Rn. 429 ff.).

526

Beispiel: Bei hoheitlichen Immissionen kann sich eine Duldungspflicht aus §§ 22 Abs. 1, 3 Abs. 1 BlmSchG bzw. analog § 906 BGB ergeben (s.u. Rn. 591 ff.).

527

Anders als beim FBA wird beim Unterlassungsanspruch aber nicht auf das Erfolgsunrecht, sondern auf das **Handlungsunrecht** abgestellt.⁷⁰² Denn der Bürger wehrt sich nicht gegen die (rechtswidrigen) Folgen des Eingriffs, sondern gegen den **rechtswidrigen Eingriff** selbst.

⁷⁰¹ VGH BW NVwZ-RR 2017, 653, 654; NVwZ 2016, 1658, 1659; NVwZ 2012, 837, 839; OVG RP DVBl. 2012, 1052, 1053; HessVGH RÜ 2011, 810, 812; im Einzelnen unten Rn. 594 ff.

⁷⁰² Kemmler JA 2005, 908, 911.

cc) Unstreitig besteht ein öffentliches Interesse an der Erfüllung der Aufgabe durch den Privaten jedenfalls dann, wenn es sich – wie hier – um eine **Not-situation** handelt. Der Zustand der Katze ließ es nicht zu, mit der Entscheidung über die Einschläferung abzuwarten, sodass auch staatliches Ermessen nicht unterlaufen wurde.⁹¹⁴ Damit lagen analog § 679 BGB die Voraussetzungen einer berechtigten GoA vor.

630

3. **Rechtsfolge** ist, dass T analog §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB einen Anspruch auf Ersatz seiner **Aufwendungen** hat. Dazu gehören alle im sachlichen Zusammenhang mit der Geschäftsführung entstandenen Auslagen. Ausnahmsweise wird hiervon auch ein Ausgleich für die aufgewendete eigene Arbeitskraft umfasst, soweit die Tätigkeit wie hier zum Beruf oder Gewerbe des Geschäftsführers gehört (Rechtsgedanke des § 1835 Abs. 3 BGB).⁹¹⁵

631

Der Anspruch des T ist daher aus ör GoA in vollem Umfang **begründet**.

Der Aufwendungersatz umfasst im Übrigen auch sog. risikotypische Begleitschäden. Da die ör GoA ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet, kommen außerdem Ansprüche analog § 280 BGB in Betracht, die ggf. neben einem Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB, Art. 34 GG) treten. Bei unberechtigter GoA kann ein Schadensersatzanspruch analog § 678 BGB bestehen.⁹¹⁶

632

Der Geschäftsführer ist analog §§ 681 S. 2, 667 BGB verpflichtet, das aus der Geschäftsführung Erlangte herauszugeben. Teilweise bestehen hier allerdings spezialgesetzliche Ansprüche, z.B. der Anspruch des Dienstherrn gegen den Beamten auf Herausgabe von „Schmiergeldern“ gemäß § 71 Abs. 2 BBG, § 42 Abs. 2 BeamtStG.⁹¹⁷

öffentlich-rechtliche GoA

Abgrenzung zur privatrechtlichen GoA:

- Rechtsnatur des Handels des Geschäftsführers
- Rechtsnatur des fiktiven Handelns des Geschäftsherrn
- Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn

Hoheitsträger für Hoheitsträger	Hoheitsträger für Privatperson	Privatperson für Hoheitsträger	Privatperson für Privatperson
<ul style="list-style-type: none"> ■ grds. (–), Rechtsgeradenke Art. 104 a GG, Zuständigkeitsverteilung vorrangig ■ für GoA nur im Notfall (aber fremdes Geschäft [–], wenn eigene Eilfallkompetenz) 	<ul style="list-style-type: none"> ■ i.d.R. (–) ■ bei gesetzl. Ermächtigung nicht „ohne Auftrag“ ■ i.Ü. Spezialregeln vorrangig ■ Kostenfragen unterfallen Vorbehalt des Gesetzes 	<ul style="list-style-type: none"> ■ § 677 ff. BGB analog anwendbar, aber Einschränkungen: ■ keine spezifisch hoheitl. Befugnis ■ Ermessen nicht unterlaufen ■ Rechtsschutz vorrangig 	<ul style="list-style-type: none"> ■ keine ör GoA, da Rechtsverhältnis privatrechtlich, auch wenn ör Pflichten betroffen ■ daher nur privatrechtl. GoA

913 BVerwG RÜ 2018, 663, 670; NJW 1989, 922; BGH NVwZ 2004, 764, 765; OLG Koblenz, Urt. v. 16.06.2010 – 1 U 645/09, BeckRS 2011, 923; Schoch Jura 1994, 241, 246 m.w.N.

914 Vgl. BayVGH NJW 2016, 1606, 1607; OVG Lüneburg KommJur 2012, 338, 340; OVG MV RÜ 2011, 605, 608; einschränkend SächsOVG SächsVBI. 2013, 69, 70; a.A. HessVGH NJW 2018, 964, 966 für die Kastration sog. Streunerkatzen.

915 OVG Lüneburg KommJur 2012, 338, 341; allgemein AS-Skript Schuldrecht BT 3 (2019), Rn. 57.

916 Maurer/Waldhoff § 29 Rn. 21.

917 Vgl. BVerwG DVBI. 2002, 1218 f.; OVG NRW NWVBI. 2009, 25; Zetsche DÖD 2003, 225 ff.