

(Referendar-)Examensklausur: Kommando zurück!

Von Dipl.-Jur. **David Preblein**, München/New Haven*

Die Klausur bewegt sich an der Schnittstelle zwischen allgemeinem Verwaltungsrecht und Europarecht. Prozessual stellt sie sich ungewohnt dar, da es um einen Rechtsbehelf der Behörde und nicht des Bürgers geht. Die Rückabwicklung unionsrechtswidriger Beihilfen zählt mittlerweile zu den Klassikern im öffentlichen Recht, hier geht es allerdings um eine Rückabwicklung eines Vertrages, nicht um die Rücknahme/ den Widerruf eines Subventionsbescheids. Die zu bearbeitenden Probleme sind zwar im Sachverhalt angesprochen, zeichnen sich teilweise aber durch einen erhöhten Schwierigkeitsgrad aus, sodass jede Auseinandersetzung damit honoriert werden sollte.

Sachverhalt

Die A-UG ist ein mittelständisches Unternehmen aus der kreisangehörigen Gemeinde K in Oberfranken. Sie hat sich auf das Verlegen von Schienenteilen spezialisiert und da sich die Bahnstrecken in Oberfranken in einem desolaten Zustand befinden, gehen bei dem Unternehmen auch reichlich Arbeitsaufträge ein. Deswegen möchte die A-UG expandieren. Dazu hofft sie auf finanzielle Unterstützung durch die öffentliche Hand, in concreto den Landkreis Bayreuth. Dieser hat nämlich ein Förderprogramm für Unternehmen aus der Region ins Leben gerufen, das insbesondere Unternehmen in der Expansionsphase mit beträchtlichen Summen bis zu 1 Mio. € unterstützen soll. Dafür wird mit dem jeweiligen Unternehmen ein schriftlicher Vertrag geschlossen, in dem die Bewilligung der Beihilfe vereinbart wird. Dieser sieht vor, dass ein Förderbetrag in einer bestimmten Höhe zur Unterstützung lokaler Unternehmen im Interesse des Landkreises Bayreuth ohne Rückzahlungsverpflichtung ausgezahlt wird.

Die A-UG bewirbt sich nun darum und erhält tatsächlich auch eine Zusage für ein Vertragsangebot. Es kommt zum Vertragsschluss zwischen der A-UG und dem Landkreis Bayreuth über die Auszahlung der Fördersumme von 1 Mio. €. Die A-UG erhält die vereinbarte Summe am 20.8.2021 ausbezahlt. Eine Woche später stellt der zuständige Sachbearbeiter für den Landkreis Bayreuth fest, dass man in der Eile vergessen hat, die Europäische Kommission (im Folgenden: Kommission) zu informieren, obwohl die Beihilfe die de-minimis-Grenze (= Unerheblichkeitsschwelle für Beihilfen nach europäischem Beihilfenrecht) überschreitet. Gleichwohl lässt er aber Fünfe gerade sein und leitet die Nachricht nicht an die Kommission weiter. Zwei Wochen später erfährt die Kommission aber doch von den Beihilfen und leitet das Prüfverfahren ein. Sie kommt zu dem (als richtig zu unterstellenden) Ergebnis, dass die Beihilfe mit dem Unionsrecht, namentlich Art. 107 Abs. 1 AEUV, nicht vereinbar ist. Dies teilt sie dem Landkreis Bayreuth auch per Beschluss nach Art. 288 Abs. 4 AEUV mit und trägt ihm auf, das Geld zurückzufor-

dern. Andernfalls sehe man sich dazu gezwungen, die Bundesrepublik Deutschland zu verklagen. Der entsprechende Bescheid wird bestandskräftig.

Die A-UG erhält daraufhin ein Schreiben des Landkreises Bayreuth, in dem er um Rückzahlung bittet und auf das Schreiben der Kommission verweist. Geschäftsführer G hält davon aber nichts: Er habe darauf doch vertrauen dürfen, dass der Landkreis Bayreuth seine Beihilfepolitik „auf die Reihe bekomme“. Und was die Kommission mit einer Klage mache, das gehe ihn nichts an. Deswegen habe er auch von einer Klage vor dem EuGH abgesehen. Er werde jedenfalls nichts unternehmen, Verträge müsse man schon einhalten.

Da also von dieser Seite nichts zu erreichen ist, schlägt der Landkreis Bayreuth einen anderen Weg ein. Er erhebt form- und fristgerecht Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht Bayreuth mit dem Antrag, die A-UG zur Rückzahlung zu verurteilen. Der Beihilfevertrag sei unter diesen Umständen doch keineswegs rechtens, die A-UG könne sich darauf nicht berufen. Der G erwidert daraufhin per Brief, dass er überhaupt nicht verstehen könne, wieso seine UG jetzt verklagt werde – der Landkreis Bayreuth könne doch sicher einfach einen Bescheid erlassen, das geht schneller.

Da gleichzeitig aber die Kommission weiter Druck macht, kann es dem Landkreis Bayreuth nicht schnell genug gehen: Der Sachbearbeiter fragt Sie nun, was man denn noch tun könne, „um die Klage zu beschleunigen“ und ob das erfolgreich sein werde.

Bearbeitungsvermerk

Erstellen Sie das Gutachten für den Sachbearbeiter.

Europäisches Beihilfenrecht ist nicht zu prüfen, von der Unionsrechtswidrigkeit der Beihilfe ist auszugehen.

Hingewiesen sei hiermit auf Art. 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Zudem sei auf Art. 16 VO (EU) 2015/1589 hingewiesen, der lautet:

Art. 16 Rückforderung von Beihilfen

(1) In Negativbeschlüssen hinsichtlich rechtswidriger Beihilfen entscheidet die Kommission, dass der betreffende Mitgliedstaat alle notwendigen Maßnahmen ergreift, um die Beihilfe vom Empfänger zurückzufordern (im Folgenden „Rückforderungsbeschluss“). Die Kommission verlangt nicht die Rückforderung der Beihilfe, wenn dies gegen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verstoßen würde.

(2) Die aufgrund eines Rückforderungsbeschlusses zurückzufordernde Beihilfe umfasst Zinsen, die nach einem von der Kommission festgelegten angemessenen Satz berechnet werden. Die Zinsen sind von dem Zeitpunkt, ab dem die rechtswidrige Beihilfe dem Empfänger zur Verfügung stand, bis zu ihrer tatsächlichen Rückzahlung zahlbar.

(3) Unbeschadet einer Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union nach Artikel 278 AEUV erfolgt die Rückforderung unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats, sofern hierdurch die sofortige und tat-

* Der Autor war Wiss. Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München. Er dankt Ass. iur. *Lisa Buziek* und Dipl.-Jur. *Hao-Hao Wu* für wertvolle Anmerkungen und Hinweise.

sächliche Vollstreckung des Beschlusses der Kommission ermöglicht wird. Zu diesem Zweck unternehmen die betreffenden Mitgliedstaaten im Fall eines Verfahrens vor nationalen Gerichten unbeschadet des Unionsrechts alle in ihren jeweiligen Rechtsordnungen verfügbaren erforderlichen Schritte einschließlich vorläufiger Maßnahmen.

Lösungsvorschlag

A. Ermittlung des Rechtsschutzziels

Fraglich ist zunächst, welches Mittel dem Landkreis Bayreuth noch zur Verfügung steht, um eine möglichst schnelle Rückzahlung des Geldbetrags zu erreichen und „die Klage zu beschleunigen“. Dazu bedarf es einer Auslegung des Begehrens des Landkreises Bayreuth. Da hier zusätzlich zu der bereits erhobenen Klage noch kein (weiterer) Rechtsbehelf eingelegt wurde, handelt es sich nicht um ein den §§ 88, 86 Abs. 3 VwGO, gegebenenfalls i.V.m. §§ 122 Abs. 1, 123 Abs. 4 VwGO, unterfallendes Begehren. Ob zur Bestimmung des Rechtsschutzziels des Landkreises Bayreuth insoweit die §§ 88, 86 Abs. 3 VwGO analog oder aber die §§ 133, 157 BGB analog herangezogen werden müssen, kann hier allerdings dahinstehen, denn eine Auslegung nach beiden Maßstäben führt zum selben Ergebnis: Dem Landkreis Bayreuth geht es um eine möglichst schnelle Abwicklung der Rückzahlung.

Diesem Begehren könnte auf verschiedene Arten Rechnung getragen werden: Entweder mit dem Erlass eines entsprechenden Verwaltungsakts oder mit einer einstweiligen Anordnung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes.

Zunächst ist an einen Verwaltungsakt zu denken, der die Rückforderung der gezahlten Summe zum Gegenstand hat. Hierfür spricht der Vorrang der Selbsttitulierung: Nach dem Grundsatz der Selbsttitulierung kann sich eine Behörde durch Erlass eines Verwaltungsakts nach Art. 35 S. 1 BayVwVfG einen eigenen Vollstreckungstitel verschaffen, den sie dann nach dem Grundsatz der Selbstvollstreckung auch selbst vollstrecken kann (hier nach dem VwZVG).¹ Wenn also der Landkreis Bayreuth schlicht einen Verwaltungsakt erlassen könnte, der die A-UG zur Rückzahlung verpflichtet, dann hätte er bereits einen Vollstreckungstitel, er bräuchte nicht erst ein Gerichtsurteil.²

Es ist also fraglich, ob es dem Landkreis Bayreuth hier konkret möglich ist, einen Verwaltungsakt zu erlassen. Wegen des mit der Rückforderung verbundenen Grundrechtseingriffs bedarf es hierfür nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG einer Rechtsgrundlage.³ Nur wenn eine solche existiert, kann ein entsprechender Verwaltungsakt erlassen werden, der dann als Vollstreckungstitel fungieren würde. Hier kämen verschiedene Möglichkeiten in Betracht:

(1) Das deutsche Verwaltungsrecht kennt keine Rechtsgrundlage für die Rückforderung vertraglich gewährter Bei-

hilfen, §§ 48, 49 VwVfG bzw. Art. 48, 49 BayVwVfG sind nicht, auch nicht entsprechend, anwendbar.⁴

(2) Doch auch unionsrechtliche Grundlagen scheiden aus: Die Rückforderungsentscheidung der Kommission kann nicht herangezogen werden, weil nur die Bundesrepublik Deutschland oder gegebenenfalls der Landkreis Bayreuth selbst Adressaten des Beschlusses waren und der Beschluss damit nur für sie verbindlich ist, Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV. Ein Stützen direkt auf Art. 108 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV scheidet aus, da dieser nicht unmittelbar anwendbar ist. Teil des dortigen Verfahrens ist nämlich noch die Entscheidung der Kommission als konkretisierender Umsetzungsakt.⁵ Denken ließe sich schließlich noch an Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV: Schließlich wurde die Kommission nicht rechtzeitig über die Beihilfe und deren Auszahlung informiert. Gleichwohl regelt Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV nur die Notifikationspflicht im Interesse der Durchführung des Prüfverfahrens durch die Kommission. Sollte sich aus ihm eine Grundlage für eine Rückforderung ergeben, so dürfte diese allenfalls temporär sein, da sich die Beihilfe im Verfahren auch noch als unionsrechtskonform darstellen könnte.⁶ Für eine hier gewollte endgültige Rückforderung reicht Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV daher auch nicht aus. Mangels tauglicher Rechtsgrundlage kann der Landkreis Bayreuth keinen Rückforderungsverwaltungsakt erlassen.

(3) Es ließe sich allenfalls erwägen, ob sich aus den Vorgaben des europäischen Unionsrechts ergibt, dass im Einzelfall ein Verwaltungsakt auch ohne Rechtsgrundlage ergehen darf.⁷ So spricht Art. 16 Abs. 3 S. 1 der VO (EU) 2015/1589 davon, dass die Rückforderung unverzüglich und faktisch effektiv sein muss. Verbunden mit dem oben erwähnten unionsrechtlichen Effektivitätsgebot könnte dies dazu führen, dass für die Rückforderung auch vertraglich gewährleisteteter Beihilfen ein Verwaltungsakt zu wählen ist. Denn dessen Vollstreckung läuft regelmäßig schneller ab als eine Klage vor dem Verwaltungsgericht und wäre damit effizienter.⁸

Gleichwohl ist der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, zu dem auch der Vorbehalt des Gesetzes gehört, genauso im Unionsrecht anerkannt.⁹ Der Erlass eines Verwaltungsakts ohne jegliche Rechtsgrundlage wäre damit auch mit Unionsrecht nur schwer vereinbar. Dem Erfordernis nach einer möglichst schnellen und effizienten Rückforderung kann, wie Art. 16 Abs. 3 S. 2 der VO (EU) 2015/1589 selbst anordnet,

⁴ Vgl. allgemein *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2015, 687 (689) und speziell für den Fall unionsrechtlich determinierter Sachverhalte *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398.

⁵ *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398 (400 ff.); siehe zu den Kriterien für die unmittelbare Anwendbarkeit EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (van Gend en Loos).

⁶ *Koenig/Ghazarian*, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 108 Rn. 44–48.

⁷ Zur Diskussion etwa *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398 (399 ff.).

⁸ So die Erwägung bei *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398 (399 f.).

⁹ EuGH, Urt. v. 25.9.1984 – C-117/83 (Könnecke) = Slg. 1984, 3291 Rn. 11; dazu *Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 726.

¹ *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2016, 698; *Deusch/Burr*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar VwVG, Stand: 1.7.2022, § 3 Rn. 4.

² *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2016, 698 (699).

³ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 44 Rn. 46 ff.

auch durch einstweiligen Rechtsschutz hinreichend Rechnung getragen werden.¹⁰ Demnach ist es unionsrechtlich nicht geboten, dass eine Rückforderung per Verwaltungsakt in Form eines Leistungsbescheids durchgeführt wird. Der Vorrang der Selbsttitulierung scheidet damit aus, denn der Landkreis Bayreuth kann sich auf keinem Wege einen einfacheren Vollstreckungstitel beschaffen.¹¹

Demnach bleibt dem Landkreis Bayreuth nach obigen Erwägungen nur der Antrag im einstweiligen Rechtsschutz. Hierzu ist dem Landkreis Bayreuth zu raten, wenn dieser erfolgreich wäre. Dies ist der Fall, wenn er zulässig und begründet ist.

Hinweis: Es wäre auch vertretbar, an dieser Stelle sogleich auf den Antrag im einstweiligen Rechtsschutz abzustellen. Dann müssten die folgenden Erwägungen unter dem Prüfungspunkt „Rechtsschutzbedürfnis“ thematisiert werden. Ein Antrag im einstweiligen Rechtsschutz wäre nämlich dann nicht notwendig, wenn das Ziel durch den Erlass eines entsprechenden Verwaltungsakts genauso oder sogar noch effektiver erreicht werden kann.

B. Zulässigkeit

Hierzu müssten zunächst die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Dazu müsste zunächst einmal der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies ist der Fall, wenn in der Hauptsache der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.¹²

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Es müsste demnach eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art vorliegen. Eine Streitigkeit ist dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn die streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtlich sind, also einen Hoheitsträger als solchen zumindest einseitig berechtigen und/oder verpflichten.¹³

Vorliegend geht es dem Landkreis Bayreuth um die Rückabwicklung eines Vertrages mit der A-UG. Hierfür stünden zwei verschiedene Rechtsregime zur Verfügung: Sollte es sich um einen rein privatrechtlichen Vertrag handeln, so wä-

ren die §§ 812 ff. BGB, insbesondere die *condictio indebiti* aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, einschlägig, und die streitentscheidenden Normen nicht öffentlich-rechtlich. Sollte es sich dagegen um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag nach den Art. 54 ff. BayVwVfG handeln, so käme der gewohnheitsrechtliche öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch in Betracht.¹⁴ Es ist damit fraglich, ob es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt oder nicht.

Maßgeblich ist hierfür, ob der Vertragsgegenstand öffentlich-rechtlicher Natur ist. Bei verschiedenen Komponenten wird dabei auf den Schwerpunkt des Vertrags abgestellt, sollte sich ein solcher nicht ermitteln lassen, so werden die Komponenten getrennt betrachtet.¹⁵ Gegenstand des Vertrags ist hier die Zahlung einer Beihilfe an die A-UG. Die entsprechenden Regelungen über die Auszahlung und Förderziele und -konditionen können sowohl zivilrechtlich als auch öffentlich-rechtlich gestaltet sein. Es erscheint daher sinnvoll, dem Gedanken der sog. Zwei-Stufen-Theorie folgend,¹⁶ darauf abzustellen, ob der Vertrag die Gewährung selbst (das „Ob“) oder nur die Abwicklung (das „Wie“) regelt. In ersterem Fall wäre er öffentlich-rechtlich, in zweiterem Fall könnte er auch privatrechtlich ausgestaltet sein.

Der Vertrag regelt hier bereits die Entscheidung über die Gewährung der Beihilfe an sich. Wegen der öffentlichen Bedeutung der Entscheidung über die staatliche Mittelverwendung ist er demnach seinem Schwerpunkt nach öffentlich-rechtlich. Für seine Rückabwicklung muss ergo nach dem *actus-contrarius*-Gedanken dasselbe gelten.¹⁷ Im Übrigen stellt sich die Auszahlung mangels Rückzahlungsverpflichtung letztlich als sogenannter „verlorener Zuschuss“ dar, welcher nur in einem einstufigen Verfahren ausgezahlt wird, ohne dass es auf die Einordnung nach der Zwei-Stufen-Theorie zwingend ankäme.¹⁸ Die Streitigkeit ist damit in jedem Fall öffentlich-rechtlicher Natur. Mangels doppelter Verfassungsvermittelbarkeit (Normen und Beteiligte)¹⁹ ist sie auch nicht-

¹⁴ *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 523 ff.

¹⁵ Statt aller BVerwG, Urt. v. 26.5.2010 – 6 A 5/98, Rn. 5. Verwiesen sei hier auf diverse Gegenmeinungen, welche die Natur des Vertrages nach den Vertragsparteien (etwa *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider [Hrsg.], Verwaltungsrecht, Kommentar, 41. Lfg., Stand: 2021, VwGO § 40 Rn. 241 ff.), nach der Wahl der Behörde (etwa *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 14 Rn. 11) oder nach dem Willen der Vertragspartner (etwa *Bonk/Neumann/Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Fn. 3], § 54 Rn. 55) beurteilen wollen. Diese begegnen überwiegend Zweifeln, kämen aber jeweils zum selben Ergebnis.

¹⁶ Zur Zwei-Stufen-Theorie etwa *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 3), § 35 Rn. 106 ff.

¹⁷ Zum *actus contrarius* etwa exemplarisch *Thess*, Jura 2018, 1168 (1170) oder *Haltern/Manthey*, JuS 2016, 344 (345).

¹⁸ Dazu BVerwG NJW 1969, 809; BGHZ 57, 130 (133, 135); *Ehlers/Schneider* (Fn. 15), VwGO § 40 Rn. 260.

¹⁹ Hierzu statt aller BVerfG NVwZ 1988, 817; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 11 Rn. 49 ff.

¹⁰ *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398 (401 f.).

¹¹ Dafür spricht auch folgende Erwägung: Wenn sich der Landkreis Bayreuth durch Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags auf die Ebene der Gleichrangigkeit mit der A-UG begeben hat, soll er dies nicht durch einseitig-hoheitliche Maßnahme wieder rückgängig machen können. Im Übrigen kann mangels Rechtsgrundlage auch offenbleiben, ob die Behörde überhaupt eine Verwaltungsaktsbefugnis in solchen Fällen innehat. Diese wird für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Vertrag ganz herrschend abgelehnt, statt aller *Kämmerer*, in: Bader/Ronellenfisch (Fn. 1), § 61 Rn. 3.

¹² *Kuhla*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwGO, Stand: 1.7.2022, § 123 Rn. 2 m.w.N.

¹³ *Reimer*, in: Posser/Wolff (Fn. 12), § 40 Rn. 45, 45.4.

verfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Der Verwaltungsrechtsweg ist damit in der Hauptsache eröffnet.

II. Statthafte Antragsart, §§ 88, 86 Abs. 3, 122 Abs. 1, 123 Abs. 4 VwGO

Fraglich ist nun, welche Antragsart statthaft ist.

Diese richtet sich nach dem (gegebenenfalls auszulegen- den) Begehren des Antragstellers sowie der Schalthorm des § 123 Abs. 5 VwGO. Da das Begehren des Landkreises Bayreuth über die Klage in der Hauptsache hinaus bislang noch nicht dem Gericht vorliegt, können die §§ 88, 86 Abs. 3, 122 Abs. 1, 123 Abs. 4 VwGO zu dessen Auslegung nur entsprechend herangezogen werden.²⁰ Der Landkreis Bayreuth begehrt hier nach obigen Erwägungen einstweiligen Rechtsschutz. Dieser wird in der VwGO in den §§ 47 Abs. 6, 80, 80a und 123 VwGO gewährt, wobei Anträge nach den §§ 47 und 80a VwGO ausscheiden. Statthaft könnte ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO sein. Dieser ist aber nach § 123 Abs. 5 VwGO gegenüber einem Antrag aus § 80 Abs. 5 VwGO subsidiär. Es dürfte also kein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft sein.

1. Hauptsacherechtsbehelf

Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO wäre statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage i.S.d. § 42 Abs. 1 VwGO statthaft wäre. Fraglich ist deshalb, welcher der statthafte Rechtsbehelf in der Hauptsache ist.

Der Landkreis Bayreuth strebt ersichtlich keine Anfechtungsklage an – weder gibt es einen Verwaltungsakt, den er anfechten könnte, noch wäre dies bei verständiger Würdigung des Falles auch ein sinnvolles Klageziel. Zudem geht es ihm allein um die Rückzahlung von Geld, also einen Realakt. Statthaft ist damit in der Hauptsache eine allgemeine Leistungsklage, die in der VwGO zwar nicht explizit geregelt ist, in den §§ 43 Abs. 2, 111 S. 1, 113 Abs. 4 VwGO aber vorausgesetzt wird.²¹ Mangels Statthafteit des § 80 Abs. 5 VwGO greift § 123 Abs. 5 VwGO damit nicht ein und ergo ist der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO nicht subsidiär.

2. Sicherungs-/Regelungsanordnung

Fraglich ist nun, welche Art von Anordnung der Landkreis Bayreuth beantragen muss.

§ 123 Abs. 1 VwGO unterscheidet in seinen Sätzen 1 und 2 zwischen der Sicherungs- und der Regelungsanordnung. Mit ersterer will der Antragsteller erreichen, dass der status quo bis zur Entscheidung in der Hauptsache gewahrt bleibt, damit ihm keine Nachteile drohen. Mit letzterer hingegen will er eine Erweiterung seines Rechtskreises über den status quo hinaus erreichen, damit ihm bis zur Hauptsacheentscheidung keine unwiderruflichen Nachteile drohen.²²

²⁰ Vgl. dazu oben unter A.

²¹ Siehe etwa *Pietzcher/Marsch*, in: Schoch/Schneider (Fn. 15), VwGO § 42 Abs. 1 Rn. 150 f.

²² OVG Münster BeckRS 2009, 42136; VGH Mannheim

Vorliegend geht es dem Landkreis Bayreuth um eine möglichst schnelle Rückzahlung des Geldes. Dies geht über den aktuellen status quo (das Geld befindet sich im Vermögen der A-UG) hinaus und erfordert ein weitergehendes Tätigwerden. Damit liegt hier ein Fall der Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO vor.

3. Zwischenergebnis

Somit ist ein Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung im einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO statthaft.

III. Antragsbefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO analog

Der Landkreis Bayreuth müsste auch antragsbefugt sein, § 42 Abs. 2 VwGO analog.

Nach der Möglichkeitstheorie müsste er dazu geltend machen können, in seinen Rechten verletzt zu sein. Dies ist der Fall, wenn ihm ein Anspruch auf Rückzahlung der 1 Mio. € zusteht.²³ Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes muss der Antragsteller einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund geltend machen, deren Vorliegen darf also nicht von vornherein ausgeschlossen sein.²⁴

1. Geltendmachung eines Anordnungsanspruchs

Der Landkreis Bayreuth müsste zunächst also einen Anordnungsanspruch geltend machen können.

Vorrangige europarechtliche Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich, vielmehr gilt nach Art. 291 Abs. 1 AEUV der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten beim Vollzug von Unionsrecht.²⁵ Damit richtet sich der Anspruch eben nicht nach Unionsrecht, sondern nach nationalem Recht. Insoweit könnte er sich aus dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ergeben. Dessen Herleitung ist umstritten: Manche sehen in ihm eine Fortsetzung des Grundrechtsschutzes, andere verstehen ihn als Gewohnheitsrecht. Wieder andere wollen in ihm eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG erkennen, und eine letzte Ansicht zieht eine Analogie zu den §§ 812 ff. BGB. Regelmäßig kann der Streit jedoch offenbleiben, da der Anspruch an sich gewohnheits- und richterrechtlich anerkannt sowie in seiner Existenz und seinen Voraussetzungen unumstritten ist.²⁶

Hier allerdings ist der Landkreis Bayreuth als Anspruchsteller eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, Art. 1 Bay-LKrO. Eine Herleitung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch aus den Grundrechten scheidet daher in diesem Fall wegen der fehlenden Grundrechtsberechtigung von Hoheitsträgern aufgrund des Art. 19 Abs. 3 GG und des Konfusionsarguments²⁷ aus. Gleichwohl wird der Anspruch sodann meist

VBl. BW 1992, 179; *Kuhla* (Fn. 12), § 123 Rn. 54–57.

²³ *Schmidt-Kötters*, in: Posser/Wolff (Fn. 12), § 42 Rn. 177.

²⁴ *Schmidt-Kötters* (Fn. 23), § 42 Rn. 172, 175.

²⁵ *Streinz* (Fn. 9), Rn. 609.

²⁶ Siehe dazu umfassend *Wienhues* (Fn. 14), Rn. 525 f.

²⁷ Hierzu ausführlich BVerfGE 143, 246; 21, 362 (369); *Goldhammer*, JuS 2014, 891 (892 f.); kritisch *Merten*, DÖV 2019,

aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet und bleibt in seinen Voraussetzungen, seinem Umfang und seinen Grenzen identisch.²⁸

Wäre der Beihilfenvertrag tatsächlich unwirksam, etwa wegen eines Verstoßes gegen EU-Beihilfenrecht, so wäre die Auszahlung an die A-UG rechtsgrundlos erfolgt. In diesem Fall hätte der Landkreis Bayreuth einen Anspruch auf Rückzahlung der 1 Mio. €. Da dies nicht von vornherein ausgeschlossen ist, kann der Landkreis Bayreuth einen Anordnungsanspruch geltend machen.

2. Geltendmachung eines Anordnungsgrunds

Er müsste auch einen Anordnungsgrund geltend machen.

Dies ist jeder Grund für die besondere Dringlichkeit und Eilbedürftigkeit der Angelegenheit.²⁹ Der Landkreis Bayreuth verweist hier auf den Brief der Kommission und die darin enthaltene Androhung einer Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland. Eine Rückforderungsentscheidung der Kommission und ein solches mögliches Vertragsverletzungsverfahren in Form der Aufsichtsklage, Art. 258 AEUV, stellen bei hinreichender Wahrscheinlichkeit Gründe für ein besonderes Eilbedürfnis und damit einen Anordnungsgrund dar.³⁰

Somit kann auch ein solcher geltend gemacht werden.

IV. Zuständiges Gericht, §§ 123 Abs. 2 S. 1, 45, 52 Nr. 5 VwGO

Zuständig ist das Bayerische Verwaltungsgericht Bayreuth als Gericht der Hauptsache, §§ 123 Abs. 2 S. 1, 45, 52 Nr. 5 VwGO i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 3 BayAGVwGO.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

Der Landkreis Bayreuth ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO, Art. 1 S. 1 BayLKrO beteiligtenfähig und wird nach § 62 Abs. 3 VwGO, Art. 35 Abs. 1 S. 1 BayLKrO durch den Landrat vertreten.

Die A-UG als Unterform der GmbH ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO, §§ 5a Abs. 1, 13 Abs. 1 GmbHG beteiligtenfähig und wird durch G als Geschäftsführer nach § 62 Abs. 3 VwGO, §§ 5a Abs. 1, 35 Abs. 1 GmbHG vertreten.

VI. Form, §§ 81 f. VwGO analog

Die Formerfordernisse analog der §§ 81 f. VwGO sind gewahrt.

VII. Rechtsschutzbedürfnis

Es müsste auch das Rechtsschutzbedürfnis vorliegen.

41; allgemein zu Art. 19 Abs. 3 GG *Becker*, Jura 2019, 496.

²⁸ *Kemmler*, JA 2005, 659 (660).

²⁹ VGH München BeckRS 2018, 12878; AGH Hamm NJOZ 2015, 1388.

³⁰ Vgl. auch Art. 16 Abs. 2 S. 1 VO (EU) 2015/1589, der unter anderem anordnet, dass die sofortige Vollstreckung der Kommissionsentscheidung zu ermöglichen ist. Art. 16 Abs. 3 S. 2 der VO verweist dafür insbesondere auf vorläufige Maßnahmen, was die Notwendigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes zeigt.

1. Vorherige Kontaktaufnahme

Der Landkreis Bayreuth hat die A-UG vorher schriftlich kontaktiert, jedoch erfolglos.

2. Hauptsacherechtsbehelf

Die Einlegung eines Hauptsacherechtsbehelfs ist ausweislich § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO nicht zwingend erforderlich. Ein Hauptsacherechtsbehelf ist aber ohnehin bereits eingelegt.

3. Zwischenergebnis

Somit besteht das Rechtsschutzbedürfnis.

Hinweis: Wie oben bereits angemerkt, wäre es vertretbar, die Ausführungen zum Vorrang der Selbsttitulierung auch erst an dieser Stelle zu machen.

VIII. Zwischenergebnis

Der Antrag im einstweiligen Rechtsschutz ist damit zulässig.

C. Begründetheit

Der Antrag ist auch begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog), der Landkreis Bayreuth einen Anordnungsanspruch sowie einen Anordnungsgrund glaubhaft macht (§ 123 Abs. 3 VwGO, §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO) und keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache vorliegt.

I. Passivlegitimation, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog

Passivlegitimiert ist die A-UG.

II. Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs, § 123 Abs. 3 VwGO, §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO

Der Landkreis Bayreuth müsste einen Anordnungsanspruch glaubhaft machen können, § 123 Abs. 3 VwGO, §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO. Dieser könnte sich aus dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ergeben.³¹

1. Anspruchsgrundlage/Herleitung

Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist gewohnheitsrechtlich anerkannt (zu seiner Herleitung siehe oben unter B. III. 1).

2. Anspruchsvoraussetzungen

a) Vermögensverschiebung

Die Zahlung von 1 Mio. € stellt, unabhängig von ihrer (im Sachverhalt nicht näher benannten) konkreten Einordnung als Barzahlung oder Überweisung, eine relevante Vermögensverschiebung dar.

³¹ Zur Prüfung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs sowie eines öffentlich-rechtlichen Vertrags instruktiv *Laude/Jürgensen*, Jura 2019, 409.

b) Im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung

Diese müsste auch im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung erfolgt sein. Wie oben bereits festgehalten, erfolgte die Auszahlung im Rahmen der Abwicklung des Beihilfevertrags zwischen der A-UG und dem Landkreis Bayreuth. Bei diesem handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (siehe oben unter B. I.). Die Vermögensverschiebung erfolgte mithin im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung.

c) Ohne Rechtsgrund

Sie müsste aber auch ohne Rechtsgrund erfolgt sein.

Ein möglicher Rechtsgrund könnte im Vertrag zwischen der A-UG und dem Landkreis Bayreuth liegen, der einen öffentlich-rechtlichen Vertrag i.S.d. Art. 54 ff. BayVwVfG darstellt. Sollte dieser jedoch unwirksam sein, so würde er als Rechtsgrund wegfallen und die Zahlung wäre ohne Rechtsgrund erfolgt. Fraglich ist also, ob der Beihilfevertrag wirksam war.

aa) Kein Vertragsformverbot

Ein Vertragsformverbot existiert weder explizit noch lässt es sich implizit aus dem Wesen der Sachmaterie ableiten.³²

bb) Wirksame Einigung, Art. 62 S. 2 BayVwVfG, §§ 145, 147 BGB

Eine wirksame Einigung liegt vor, von der ordnungsgemäßen Vertretung beider Vertragsparteien nach Art. 35 Abs. 1 S. 1 BayLKR0 bzw. §§ 5a Abs. 1, 35 Abs. 1 GmbHG ist mangels entgegenstehender Hinweise im Sachverhalt auszugehen.

cc) Formelle Rechtmäßigkeit

Der Vertrag müsste auch formell rechtmäßig sein.

(1) Zuständigkeit

Als Träger der eigenen Förderinitiative ist der Landkreis Bayreuth sachlich und örtlich zuständig.

(2) Verfahren, Art. 58 BayVwVfG

Auch das Verfahren müsste aber ordnungsgemäß durchgeführt worden sein. In Betracht käme hier ein Verstoß gegen das Zustimmungserfordernis des Art. 58 Abs. 2 BayVwVfG. Dies wäre der Fall, wenn eine notwendig zu beteiligende Behörde nicht informiert wurde und dementsprechend nicht zugestimmt hat.

Es ließe sich hier an die Kommission denken, die über das Notifizierungserfordernis bei Beihilfen aus Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV eine zentrale Stellung im Bewilligungs- und Auszahlungsverfahren innehat. Hierfür spräche, dass eine Einbeziehung der Kommission dazu beitragen würde, die Umsetzung des Unionsrechts samt seiner Vorgaben zu effektivieren.³³

³² Ein Beispielsfall hierfür wäre etwa das Prüfungswesen, dazu *Rozek*, in: Schoch/Schneider (Fn. 15), VwVfG § 54 Rn. 66 mit weiteren Beispielen.

³³ So *Tegethoff*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar,

Allerdings handelt es sich bei der Kommission nicht um eine „andere Behörde“ i.S.d. Art. 54 Abs. 2 BayVwVfG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und 2 BayVwVfG, denn der Anwendungsbereich der Vorschriften wird nach Art. 1 Abs. 1 BayVwVfG auf den Freistaat Bayern beschränkt. Aus diesem Grund kann die Kommission nicht unter Art. 58 Abs. 2 BayVwVfG fallen. Eine Erstreckung der Norm auch auf die Kommission würde dagegen dogmatischen Bedenken begegnen.³⁴ Da somit Art. 58 Abs. 2 BayVwVfG nicht verletzt ist, war das Verfahren ordnungsgemäß.

(3) Form, Art. 57 BayVwVfG

Das Schriftformerfordernis wurde laut Sachverhalt gewahrt.

(4) Zwischenergebnis

Der Beihilfevertrag ist formell rechtmäßig.

dd) Materielle Rechtmäßigkeit

Er müsste aber auch materiell rechtmäßig sein. Insbesondere dürfte kein Nichtigkeitsgrund i.S.d. Art. 59 BayVwVfG vorliegen.

(1) Besondere Nichtigkeitsgründe, Art. 59 Abs. 2 BayVwVfG

Besondere Nichtigkeitsgründe sind hier nicht ersichtlich.

(2) Allgemeiner Nichtigkeitsgrund, Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB

Somit kommt nur der allgemeine Nichtigkeitsgrund nach Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB in Betracht. Der Vertrag müsste also seinem Inhalt nach gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Um die besonderen Gründe in Art. 59 Abs. 2 BayVwVfG aber nicht zu konterkarieren, kann dieser Nichtigkeitsgrund nur in Fällen evidenter und schwerwiegender, sogenannter qualifizierter Rechtsverstöße, angenommen werden.³⁵ Dafür bedarf es einer Verletzung einer zwingenden Rechtsnorm, die einen bestimmten Rechtserfolg nach Wortlaut, Sinn und Zweck unbedingt verhindern will. Hinzukommen muss außerdem, dass durch den Vertrag öffentliche Belange oder gewichtige Interessen beeinträchtigt werden.³⁶

Ein gesetzliches Verbot i.S.d. Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB kann unterschiedlichen Ursprungs sein. So kann es sich auch aus dem Unionsrecht ergeben, sofern dieses unmittelbar anwendbar ist.³⁷ In Betracht kommt hier Art. 107 Abs. 1 AEUV, der als Norm des Unionsprimärrecht unmit-

23. Aufl. 2022, § 58 Rn. 16a; *Finke/Gurlit*, Jura 2011, 87 (93).

³⁴ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 14 Rn. 53; *Gellermann*, DVBl 2003, 481 (484); *Ehlers*, GewArch 1999, 305 (318); relativierend *Oldiges*, NVwZ 2001, 626 (635).

³⁵ *Brosius-Gersdorf*, in: Schoch/Schneider (Fn. 15), VwVfG § 59 Rn. 38 ff.

³⁶ BVerwG DVBl. 1990, 438 (439); OVG Münster NVwZ 1992, 989; *Spieth*, in: Bader/Ronellenfisch (Fn. 1), § 59 Rn. 10 ff.

³⁷ BVerwGE 70, 40; *Tegethoff* (Fn. 33), § 59 Rn. 9.

telbar anwendbar ist.³⁸ Dieser verbietet mit dem Binnenmarkt nicht zu vereinbarende staatliche Beihilfen und entfaltet insoweit eine strenge Bindungswirkung. Hinzukommt, dass die Kommission die Unionsrechtswidrigkeit der Beihilfe festgestellt hat und keine Ausnahme nach Art. 107 Abs. 2, Abs. 3 AEUV vorliegt. Mangels dagegen gerichteter Klage (etwa nach Art. 263 Abs. 4 AEUV) erwuchs diese Feststellung in Bestandskraft. Insoweit liegt ein Verstoß gegen das gesetzliche Verbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor.

Dieser Verstoß muss aber auch hinreichend qualifiziert sein, also öffentliche Belange besonders tangieren. Die ratio des Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt darin, dass er Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Beihilfen verhindern will. Diese Kontrollfunktion hat grundlegende Bedeutung für das Funktionieren des EU-Binnenmarkts und damit eines Eckpfeilers der Unionsrechtsordnung insgesamt.³⁹ Dann aber muss, um der ratio des Art. 107 Abs. 1 AEUV effektiv Rechnung zu tragen, ein Vertrag, der mit dem EU-Beihilfenrecht unvereinbare Leistungen gewährt, unwirksam sein. Dies ergibt sich auch und gerade aus den involvierten öffentlichen Interessen, die durch die unionsrechtswidrigen Beihilfen beeinträchtigt werden (freier Wettbewerb, Interessen der Konkurrenten etc.). Aus diesen Gründen ist daher auch eine besondere und evidente Schwere des Verstoßes anzunehmen. Damit aber verstößt der Vertrag gegen Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB i.V.m. Art. 107 Abs. 1 AEUV, sodass er materiell rechtswidrig und nichtig ist.⁴⁰

(3) Zwischenergebnis

Somit ist der Vertrag materiell rechtswidrig und damit unwirksam. Er stellt mithin keinen tauglichen Rechtsgrund für die Zahlung dar, sodass diese insgesamt rechtsgrundlos erfolgt ist.

d) Zwischenergebnis

Somit liegen die Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs vor.

3. Rechtsfolge

Somit hat die A-UG nach den Grundsätzen über den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch das Erlangte, also die gesamte Beihilfe i.H.v. 1 Mio. €, herauszugeben.

4. Anspruchsausschluss

Der Anspruch könnte aber ausgeschlossen sein.

a) Entreichung, § 818 Abs. 3 BGB analog

Für eine Entreichung der A-UG ist nichts ersichtlich, vielmehr befindet sich das Geld noch immer in ihrem Vermögen. Ungeachtet der Frage, ob § 818 Abs. 3 BGB hier überhaupt analog herangezogen werden kann,⁴¹ scheidet daher eine Berufung hierauf im konkreten Fall von vornherein aus.

b) Verwirkung, § 242 BGB analog

In Betracht könnte aber eine Verwirkung des Anspruchs kommen.

Dieses Institut ist eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben, der auch im Verwaltungsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt ist.⁴² Sie könnte hier in Betracht kommen, weil die private A-UG grundsätzlich ein schutzwürdiges Vertrauen darauf genießt, dass die Behörden rechtmäßig handeln. So wendet auch hier G ein, dass es kaum erkennbar war, dass der Landkreis Bayreuth das europäische Beihilfenrecht nicht bedacht hatte.

Allerdings ist in Anlehnung der vom EuGH in der Rechtsache Alcan⁴³ aufgestellten Grundsätze festzuhalten, dass solche Erwägungen wegen des unionsrechtlichen Effektivitätsgebots als Ausprägung des Art. 4 Abs. 3 EUV und des Grundsatzes des *effet utile* nur eingeschränkt und allenfalls ausnahmsweise eingreifen können. Heutzutage ist es auch für mittelständische Unternehmen nicht unzumutbar, sich über die Details der Beihilfengewährung zu informieren. Zudem bestand die Möglichkeit der Klage zum EuG nach Art. 263 Abs. 3 AEUV unmittelbar gegen die Kommissionsentscheidung. Dies genügt als Mittel zur Interessenwahrung. Mit Ablauf der Frist des Art. 263 Abs. 6 AEUV aber wird die Kommissionsentscheidung bestandskräftig und kann daher in einem Verfahren vor mitgliedstaatlichen Gerichten nicht mehr infrage gestellt werden.⁴⁴

Eine Verwirkung durch die Behörde scheidet damit aus.

c) Zwischenergebnis

Der Anspruch ist damit nicht ausgeschlossen.

5. Zwischenergebnis

Somit kann der Landkreis Bayreuth einen Anordnungsanspruch glaubhaft machen.

³⁸ Siehe zur unmittelbaren Anwendbarkeit bereits die Nachweise in Fn. 5.

³⁹ Ausführlich dazu *Kühling*, in: Streinz (Fn. 6), AEUV Art. 107 Rn. 1 ff.

⁴⁰ Ein Verstoß gegen die Notifizierungspflicht allein könnte dagegen die Nichtigkeit nicht begründen, da dieser nur eine temporäre Verlangsamung zur Wahrung des Prüfverfahrens bezweckt vgl. die Argumentation im Rahmen der Prüfung als Rechtsgrundlage für einen Rückforderungsverwaltungsakt.

⁴¹ Dazu *Wienhues* (Fn. 14), Rn. 542. Im Ergebnis wird dies überwiegend abgelehnt, wobei an die Stelle dieser Regelung allgemeine Vertrauensschutz-Aspekte treten sollen. Dies gilt im Übrigen unabhängig davon, ob der Anspruchsgegner ein Hoheitsträger oder ein Privater ist, dazu *Kemmler*, JA 2005, 659 (660). A.A. allerdings *Wienhues* (Fn. 14), Rn. 542 für den Fall eines Anspruchs gegen den Bürger.

⁴² Siehe etwa *Maurer/Waldhoff* (Fn. 15), § 3 Rn. 36 ff., § 11 Rn. 30 ff.

⁴³ EuGH, Urt. v. 20.3.1997 – C-24/95, ECLI:EU:C1997:163 (Land Rheinland-Pfalz gegen Alcan Deutschland GmbH).

⁴⁴ *Streinz* (Fn. 9), Rn. 678; vgl. auch EuGH, Urt. v. 24.2.1987 – C-310/85 (Deufil/Kommission) = Slg. 1987, 901.

III. Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes

Er müsste auch einen Anordnungsgrund glaubhaft machen können.

Dieser liegt vor, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass die Interessen des Landkreises Bayreuth an der möglichst schnellen Rückzahlung das Interesse der A-UG am (vorläufigen) Erhalt des Geldes überwiegen.⁴⁵ Der Landkreis Bayreuth verweist, wie bereits oben behandelt, auf die Kommissionsentscheidung und ein drohendes Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, Art. 258 AEUV. Da die Kommission die Vorgabe gegeben hat, dass die Beihilfe unverzüglich zurückzufordern ist, würde jede Verzögerung, etwa durch Abwarten der Hauptsacheentscheidung, eine Vertragsverletzung darstellen. Demgegenüber ist der Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Beihilfe ohnehin durch den Beschluss der Kommission entfallen, sodass das Interesse der A-UG als nicht allzu hoch zu gewichten ist.

Es besteht demnach eine erhöhte Eilbedürftigkeit. Der Landkreis Bayreuth kann damit auch einen Anordnungsgrund glaubhaft machen.

IV. Keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache

Allerdings könnte eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache vorliegen.

Aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen an Beweismaß und Beweismittel zwischen den Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz und in der Hauptsache darf grundsätzlich keine Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergehen, die identisch wäre mit der in der Hauptsache oder die sogar darüber hinausginge.⁴⁶

Im konkreten Fall will der Landkreis Bayreuth schon im Rahmen einer einstweiligen Anordnung die vollständige und endgültige Rückzahlung der 1 Mio. € erreichen. Dies ergibt sich auch aus den Vorgaben der Kommission nach der dargestellten Interessenlage (siehe oben). Das aber wiederum wäre auch Inhalt einer (positiven) Hauptsacheentscheidung, was einen Verstoß gegen das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache zur Folge hätte. Eine Ausnahme mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG scheidet aus, da sich der Landkreis Bayreuth als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft hierauf nicht berufen kann, vgl. Art. 19 Abs. 3 GG und hierzu das bereits erwähnte Konfusionsargument.⁴⁷

Allerdings kann sich eine weitere Ausnahme aufgrund höherrangigen Rechts ergeben. Insbesondere kommt hier eine Durchbrechung aufgrund von Unionsrecht in Betracht.⁴⁸ Zwar gilt nach Art. 291 Abs. 1 AEUV der Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, sodass sich die Durchführung von Unionsrecht grundsätzlich nach nationalem Recht bestimmt. Gleichwohl ergeben sich aus dem Loyalitätsgebot

des Art. 4 Abs. 3 AEUV die Gebote der Äquivalenz und der Effektivität. Hiernach dürfen unionsrechtlich determinierte Sachverhalte nicht schlechter behandelt werden als rein innerstaatliche Sachverhalte (Äquivalenzgebot) und die Durchsetzung des Unionsrechts darf nicht übermäßig erschwert oder gar unmöglich gemacht werden (Effektivitätsgebot).⁴⁹ Die bestandskräftige Kommissionsentscheidung verpflichtet zur unverzüglichen Rückforderung und -erlangung der Beihilfe, vgl. auch Art. 288 Abs. 4 AEUV. Um ihr und damit den dahinterstehenden Interessen (Erhalt des EU-Binnenmarkts, Interessen der Konkurrenten etc.) hinreichend Geltung zu verschaffen, ist es daher notwendig, schnellstmöglich dafür zu sorgen, dass ein unionsrechtskonformer Zustand hergestellt wird. Dies kann unter Umständen nach Abwägung der widerstreitenden Interessen auch die Vorwegnahme der Hauptsache gebieten.⁵⁰

Bei der ausgezahlten Summe von 1 Mio. € handelt es sich um einen größeren Geldbetrag, der in eindeutigem Widerspruch zum Unionsrechts ausbezahlt wurde. Hieraus könnten Wettbewerbsverzerrungen gegenüber Mitkonkurrenten der A-UG entstehen, die gerade bei mittelständischen Unternehmen schwere Folgewirkungen erzielen können, was aber genau eine der Folgen ist, vor denen das europäische Beihilfenrecht schützen will, vgl. nur den Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Wegen des unionsrechtlichen Loyalitätsgebots aus Art. 4 Abs. 3 EUV sowie des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht⁵¹ ist daher in solchen Fällen eine Vorwegnahme der Hauptsache geboten.

Es liegt somit keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache vor.

V. Zwischenergebnis

Somit ist der Antrag nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO begründet.

C. Zwischenergebnis

Der Antrag ist damit zulässig und begründet. Er hat mithin Erfolg.

D. Gesamtergebnis

Somit ist dem Landkreis Bayreuth zu raten, einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO, gerichtet auf Erlass einer Regelungsanordnung zur Rückforderung der 1 Mio. €, zu stellen. Dieser wäre zulässig und begründet und hätte mithin Aussicht auf Erfolg.

⁴⁵ Vgl. allgemein zu den Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes *Puttler*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 123 Rn. 80 ff. und 87 ff.

⁴⁶ *Kuhla* (Fn. 12), § 123 Rn. 154–157.

⁴⁷ Dazu die Nachweise in Fn. 27.

⁴⁸ Hierzu auch *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398.

⁴⁹ Hierzu ausführlich *Streinz* (Fn. 9), Rn. 609 ff. mit umfassenden Nachweisen zur Rspr.

⁵⁰ Zustimmend *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398 (401 f.).

⁵¹ Dazu emblematisch EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – C-6-64 (Costa/E.N.E.L.) = Slg. 1964, 1151.