

Klausur 7: Hilfe bei der Beihilfe

(Nationales und europäisches Beihilfenrecht, Handlungsformen der Verwaltung, Verwaltungsverfahrenrecht, Rückabwicklung gemeinschaftsrechtswidrigen Verwaltungshandelns, gemeinschaftsrechtliches Effektivitätsprinzip, Anfechtungsklage, einstweiliger Rechtsschutz)

von *Matthias Rossi*

Sachverhalt

Die K-AG ist ein deutsches Unternehmen mit Sitz in Leipzig, das ursprünglich im Volkseigentum der DDR stand und nach der Wiedervereinigung in den Verantwortungsbereich der Treuhandanstalt fiel. Um die K-AG so schnell wie möglich zu privatisieren, vereinbarten die Treuhandanstalt und die K-AG im Jahre 1993 mit Zustimmung der Europäischen Kommission in einem privatrechtlichen Vertrag, dass die K-AG umfassende Umstrukturierungen vorzunehmen habe, die die Treuhandanstalt mit einer Beihilfe in Höhe von insgesamt 1246,9 Mio. DM (637,5 Mio. EUR) unterstützen werde. In ihrem Genehmigungsschreiben wies die Europäische Kommission seinerzeit ausdrücklich darauf hin, dass die K-AG die Beihilfe nur für die erforderlichen Umstrukturierungsmaßnahmen erhalten dürfe.

Nachdem die Beihilfe seit dem 1.3.1995 sukzessive ausgezahlt und die Umstrukturierung der K-AG abgeschlossen worden war, stellte die Europäische Kommission in einem anschließenden Prüfverfahren fest, dass die K-AG 262 Mio. EUR Betriebsbeihilfen als Verlustausgleich erhalten habe, obwohl sich die tatsächlichen Verluste nur auf 206,613 Mio. EUR (404,101 Mio. DM) beliefen, so dass die K-AG 55,423 Mio. EUR zuviel als Verlustausgleich erhalten habe. Da andererseits eine für Umstrukturierungszwecke bewilligte Betriebsbeihilfe in Höhe von 42,1 Mio. EUR (82,4 Mio. DM) nicht ausgezahlt worden sei, ergebe sich eine Rückforderungssumme in Höhe von 13,293 Mio. EUR. Weil die staatliche Beihilfenmaßnahme Deutschlands in Höhe dieser Rückforderungssumme mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sei, forderte die Europäische Kommission die Bundesrepublik Deutschland mit Entscheidung vom 20.10.2006 auf, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die rechtswidrig zur Verfügung gestellte Beihilfe zurückzufordern. Die Bundesanstalt für vereinigungsbedingtes Sondervermögen (BvS), die

ehemalige Treuhandanstalt, leitet eine Kopie der Entscheidung unverzüglich an die K-AG weiter und gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit Bescheid vom 11.5.2007, dessen sofortige Vollziehung angeordnet wird, fordert die BvS, von der K-AG die Rückzahlung der staatlichen Beihilfe in Höhe von 13,293 Mio. EUR nebst Zinsen. Zur Begründung führt die BvS aus: Die Rückforderung beruhe auf Art. 88 II, 87 EGV und der Entscheidung der Kommission vom 20.10.2006. Als nationale Behörde habe sie diese Kommissionsentscheidung durchzuführen, ohne über Ermessen zu verfügen. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung beruhe auf § 80 II Nr. 4 VwGO i.V.m. Art. 242 EGV. Das besondere Interesse ergebe sich aus der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, alle nach ihrer Rechtsordnung verfügbaren rechtlichen Schritte zu unternehmen, um die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Entscheidung zu ermöglichen. Diese Verpflichtung folge auch aus Art. 14 III der Verordnung Nr. 659/1999 des Rates (i.F. Beihilfenverfahrensverordnung – BVVO).

Nachdem ihr Widerspruch gegen den Rückforderungsbescheid am 20.5.2007 als unbegründet zurückgewiesen wurde, wendet sich die K-AG wenige Tagespäter an eine Rechtsanwaltskanzlei. Sie zweifelt nicht an der Richtigkeit der Kommissionsentscheidung, möchte aber wissen, ob die BvS die zu viel gezahlte Beihilfe durch sofort vollziehbaren Verwaltungsakt zurückverlangen und wie die sofortige Rückzahlung verhindert werden könne.

Aufgabe:

Sie sind innerhalb der Rechtsanwaltskanzlei für die Betreuung der K-AG zuständig. Erteilen Sie ihr die erbetenen Rechtsauskünfte!

Bearbeitervermerk:

Art. 14 BVVO lautet:

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

(2) Die aufgrund einer Rückforderungsentscheidung 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 Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 185 des Vertrags erfolgt die Rückforderung unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats, sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglicht wird. Zu diesem Zweck unternehmen die betreffenden Mitgliedstaaten im Fall eines Verfahrens vor nationalen Gerichten unbeschadet des Gemeinschaftsrechts alle in ihren jeweiligen Rechtsordnungen verfügbaren erforderlichen Schritte einschließlich vorläufiger Maßnahmen.

Lösung*

A. Sach- und Rechtsziele

Das Hauptziel der K-AG ist nicht ganz einfach auszumachen. Denn mit der Äußerung, sie zweifele nicht an der Richtigkeit der Kommissionsentscheidung, bringt sie zugleich zum Ausdruck, dass sie unter Umständen bereit ist, die zuviel erhaltene Beihilfe zurückzuzahlen. Wenn sie jedoch gleichzeitig wissen möchte, ob die BvS die Rückzahlung durch sofort vollziehbaren Verwaltungsakt verlangen könne, und sich zudem nach prozessualen Rechtsschutzmöglichkeiten erkundigt, wird deutlich, dass sie in jedem Fall gegen die Art der Rückforderung vorgehen möchte und vor allem auch bis zur Klärung deren Rechtmäßigkeit die Beihilfe nicht zurückzahlen will.

In rechtliche Ziele übersetzt, lässt sich aus diesem Vorbringen der K-AG zunächst einmal festhalten, dass sie **nicht gegen die Kommissionsentscheidung** vorgehen möchte, obwohl sie dies unter den Voraussetzungen des Art. 2 EGV mit einer an das Europäische Gericht (EuG) gerichteten Nichtigkeitsklage unter Umständen durchaus könnte. Gegenstand ihres Rechtsschutzinteresses ist vielmehr ausschließlich der an sie gerichtete **Rückzahlungsbescheid** der BvS. Diesbezüglich begehrt sie mit der Frage, ob die BvS die zuviel gezahlte Beihilfe durch sofort vollziehbaren Verwaltungsakt zurückverlangen könne, zunächst eine **Prüfung seiner Rechtmäßigkeit**. Zugleich lässt sich hinter diesem Wunsch auch der Wille erkennen, im Falle der Rechtswidrigkeit des Rückzahlungsbescheids

gerichtlich gegen diesen vorzugehen. In Betracht käme insofern die Erhebung einer **Anfechtungsklage**, die im Falle der Rechtswidrigkeit des Rückzahlungsbescheids zu dessen Aufhebung durch das Gericht führt. Ihr ausdrücklich formuliertes Ziel, bis zu einer gerichtlichen Klärung der Rechtmäßigkeit des Rückzahlungsbescheids nichts zahlen zu müssen, erreicht die K-AG, wenn die sofortige Vollziehung des Rückforderungsbescheids aufgehoben und seine aufschiebende Wirkung wiederhergestellt wird. Insofern ist die K-AG auf den **einstweiligen Rechtsschutz** zu verwiesen, der sich – vorbehaltlich einer genauen Prüfung – wohl nach § 80 VwGO bestimmt, da der Sachverhalt durch eine typische Anfechtungskonstellation gekennzeichnet ist.

B. Gutachten

In Bezug auf die geforderte Rückzahlung der Beihilfen stellt sich zunächst die Frage, ob der Rückzahlungsbescheid rechtmäßig ist.

I. Rechtmäßigkeit des Rückzahlungsbescheids

Der Rückzahlungsbescheid ist rechtmäßig, wenn er entsprechend dem Vorbehalt des Gesetzes auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht (1) sowie gemäß dem Vorrang des Gesetzes in formeller wie in materieller Hinsicht mit der Rechtsordnung in Einklang steht (2).

1. Ermächtigungsgrundlage

In diesem Fall bestehen insbesondere Zweifel am Vorliegen einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage, denn es stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, ob die im Wege eines **privatrechtlichen Vertrags** gewährte Subvention (wenn auch nur teilweise) durch einen **Verwaltungsakt** zurückgefordert werden darf, ob also die BvS Fehler in einem kooperationsrechtlichen Rechtsverhältnis durch subordinationsrechtliche Instrumente geltend machen kann. Denn die Rückforderung von Beihilfen muss als **actus contrarius** grundsätzlich in derselben Rechtsform erfolgen wie die Bewilligung von Beihilfen. Werden Beihilfen also – wie im vorliegenden Fall – im Rahmen eines Privatrechtsverhältnisses gewährleistet, muss ihre Rückabwicklung nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte

* Der Fall orientiert sich an der Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2006, 104 ff. und ihrer kontroversen Besprechung in der Literatur, vgl. insb. *Hildebrandt/Castillon*, NVwZ 2006, 298 ff.; *Hoffmann*, EuZW 2006, 398 ff.; *Soltész*, EuZW 2006, 641 f.; vgl. auch die Vorentscheidung des VG Berlin, EuZW 12005, 659 ff. m. Anm. *Heidenhain*.

Bereicherung (§§ 812 ff. BGB), ausnahmsweise nach § 823 II BGB i.V.m. Art. 87, 88 EGV, stets aber nach Maßgabe des Zivilrechts erfolgen.¹

Fraglich ist insoweit, ob sich abweichend von diesem Grundsatz im nationalen Recht oder im Gemeinschaftsrecht eine Ermächtigungsgrundlage für die Rückforderung der Beihilfen durch Verwaltungsakt finden lässt.

a) § 49a I 2 VwVfG

Als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage im nationalen Recht kommt mangels Spezialregelung nur § 49a I 2 VwVfG in Betracht. Nach dieser Bestimmung sind **Leistungen**, die **aufgrund eines** später zurückgenommenen oder widerrufenen **Verwaltungsakts** erbracht wurden, durch schriftlichen Verwaltungsakt zurückzufordern. Im vorliegenden Fall wurde die Beihilfe an die K-AG aber gerade nicht durch Verwaltungsakt, sondern durch privatrechtlichen Vertrag, gewährt. § 49a I 2 VwVfG ist daher nicht anwendbar.

b) Kommissionsentscheidung

Möglicherweise lässt sich der Rückforderungsbescheid aber auf eine gemeinschaftsrechtliche Ermächtigungsgrundlage stützen. In Betracht kommt zunächst die Kommissionsentscheidung selbst, mit der Deutschland aufgefordert wird, die Beihilfe in der genannten Höhe zurückzufordern.

Gem. Art. 249 EGV sind Entscheidungen in allen ihren Teilen für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnen. Damit kommt ihnen unmittelbare Geltung zu. Ihre Wirkungen beschränken sich allerdings grundsätzlich auf ihren Adressaten. **Unmittelbare Wirkungen für Dritte** können (staatengerichtete) Entscheidungen nur hervorrufen, wenn sie inhaltlich geeignet sind, Rechtsbeziehungen zwischen dem Adressaten und Dritten zu begründen und wenn die den Mitgliedstaaten für die Befolgung der Entscheidung gesetzten Frist abgelaufen ist.² Vor allem aber entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass unmittelbar wirkende Entscheidungen **keine rechtlichen Verpflichtungen Privater** begründen können.³ Es gelten insofern

¹ VG Frankfurt a.M., NVwZ-RR 2003, 69; VG Berlin, EuZW 2005, 659 (aufgehoben durch OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2006, 104); *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 456 ff.; *Jestaedt/Loest*, in: Heidenhein (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 52 Rn. 45; *Stober*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13. Aufl. 2004, § 55 VIII 6; *Kahl/Diederichsen*, in: Schmidt/Vollmöller (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2004, S. 233; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, Rn. 623.

² EuGH, Rs. 9/70, Slg. 1970, 825 Rn. 5 ff. (Grad/Finanzamt Traunstein); vgl. weitere Nachweise bei *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 249 EGV Rn. 125.

³ Vgl. EuGH, Rs. 30/75, Slg. 1975, 1419 (UNIL-IT./Staatliche Finanzverwaltung); näher

dieselben Grundsätze wie für die unmittelbare Wirkungen von Richtlinien.⁴ Schon deshalb kann eine an einen Mitgliedstaat gerichtete Entscheidung selbst dann, wenn sie die Voraussetzungen für eine unmittelbare Wirkung erfüllt, nicht automatisch als Ermächtigungsgrundlage verstanden werden, auf deren Grundlage belastende Maßnahmen gegenüber Privaten ergriffen werden.

Eine **andere Meinung** vertritt nur das OVG Berlin-Brandenburg, das (bislang nur im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes) über eben diese Frage zu entscheiden hatte. Nach seiner Auffassung gestaltet die an Deutschland gerichtete Entscheidung auch das Rückforderungsverhältnis zum Beihilfeempfänger unmittelbar.⁵ Wenn das OVG diesbezüglich aber darauf abstellt, dass eine solche Kommissionsentscheidung das jeweilige Wirtschaftsunternehmen deshalb unmittelbar und selbst betreffe, weil dem Mitgliedstaat bei seinem Ausführungsakt kein Ermessensspielraum bleibe,⁶ dann wendet es der Sache nach die sog. Plaumann-Formel an, die aber gerade nicht zur Begründung von unmittelbaren belastenden Wirkungen von Entscheidungen gegenüber Privaten, sondern umgekehrt zur Ausweitung ihres Rechtsschutzes gegen Entscheidungen entwickelt wurde.

Die an die Bundesrepublik Deutschland gerichtete Entscheidung, von der K-AG die Beihilfe in der bezifferten Höhe zurückzuerlangen, ist im Ergebnis deshalb keine taugliche Ermächtigungsgrundlage für einen an die K-AG gerichteten Rückzahlungsbescheid.

Erforderlich ist vielmehr eine **Ermächtigungsgrundlage im nationalen Recht**. Dies ergibt sich nicht zuletzt auch aus Art. 14 III BVVO, der für die Rückforderungen von gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen ausdrücklich auf die nationalen Verfahrensvorschriften verweist.⁷

c) Art. 14 III BVVO

Allerdings könnte eben Art. 14 III BVVO möglicherweise eine **ausreichende Ermächtigungsgrundlage** für einen die Beihilfe rückfordernden Verwaltungsakt sein. Nach dieser Vorschrift muss die Rückforderung einer gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfe durch den Mitgliedstaat unverzüglich und nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats erfolgen, sofern hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglicht wird.

⁴ Vgl. statt vieler *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 249 EGV Rn. 125.

⁵ OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2006, 104.

⁶ OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2006, 104.

⁷ So auch *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398 (400);

Dem **Wortlaut** des Art. 14 III BVVO lässt sich zwar keine ausdrückliche Befugnis des Mitgliedstaates zur Festsetzung der Rückzahlung durch Verwaltungsakt entnehmen. Vielmehr verweist die Vorschrift sogar explizit auf die Bestimmungen des nationalen Rechts. Art. 14 III BVVO geht somit grundsätzlich davon aus, dass das nationale Recht eine dem Gesetzesvorbehalt genügende Ermächtigungsgrundlage für die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen bereit hält, wenn dies nach nationalem Recht im Einzelfall denn erforderlich ist.

Allerdings steht dieser Verweis unter dem Vorbehalt, dass „hierdurch die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglicht wird“, und zudem unter der Erläuterung, dass die Mitgliedstaaten „im Fall eines Verfahrens vor nationalen Gerichten unbeschadet des Gemeinschaftsrechts alle in ihren jeweiligen Rechtsordnungen verfügbaren erforderlichen Schritte einschließlich vorläufiger Maßnahme vornehmen“. Mit diesen Formulierungen greift die BVVO das vom EuGH entwickelte **Effektivitätsprinzip** auf, das bei der Anwendung von mitgliedstaatlichem Verfahrensrecht auf gemeinschaftsrechtliches materielles Recht stets verlangt, dass die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert wird.⁸ Fraglich könnte deshalb sein, ob sich unter Berufung auf dieses – durch Art. 14 III 2 BVVO konkretisierte – Effektivitätsprinzip unter Umständen die Auffassung vertreten ließe, dass Art. 14 III BVVO wenn auch keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage, so doch zumindest das Gebot enthalte, Beihilfen stets durch sofort vollziehbaren Verwaltungsakt zurückzufordern und von einer ausdrücklichen nationalen gesetzlichen Grundlage ausnahmsweise abzusehen. Für diese Möglichkeit spricht, dass von einer „sofortigen und tatsächlichen Vollstreckung“ der Kommissionsentscheidung schwerlich die Rede sein kann, wenn der Mitgliedstaat sich nicht durch den Erlass eines sofort vollziehbaren Verwaltungsakts selbst einen vollstreckbaren Titel erstellt, sondern sich im Wege einer zivil- oder verwaltungsgerichtlichen Leistungsklage, also durch Zwischenschaltung eines unter Umständen langwierigen gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, erst einen vollstreckbaren Titel beschaffen muss, um erst dann mit der Vollstreckung der Kommissionsentscheidung beginnen zu können. Es ließe sich insofern argumentieren, dass nur durch Erlass eines sofort vollziehbaren Verwaltungsaktes gewährleistet werden könne, dass der durch die Beihilfe eingetretene ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteil unverzüglich beseitigt und damit dem Gemeinschaftsinteresse in vollem Umfang Rechnung getragen wird.⁹

⁸ Vgl. bspw. EuGH, Urt. v. 16.5.2000, Rs. C-78/98, Slg. 2000, I-3201 Rn. 31 (Preston).

⁹ OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2006, 104 (105); vgl. auch *Soltész*, EuZW 2006, 641.

Diese Überlegung verkennt aber zum einen, dass das im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde **Gebot des Gesetzesvorbehalts** keineswegs ein dem Gemeinschaftsrecht gegenläufiges Prinzip ist, sondern vielmehr umgekehrt **als allgemeiner Rechtsgrundsatz** dessen Teil ist und somit auch im Gemeinschaftsrecht gilt. Der EuGH hat ausdrücklich festgestellt, dass „Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung jeder – natürlichen oder juristischen – Person einer Rechtsgrundlage“ bedürfen.¹⁰ Zum anderen überschätzt eine solche Auffassung die Reichweite des Effektivitätsprinzips. Wenn das Effektivitätsprinzip auch die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten sichern soll und zu diesem Zweck auch verschiedene Modifizierungen des nationalen Rechts bedingt, so bleibt es doch erstens ein bloßes Korrektiv zur grundsätzlichen Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, das zweitens vor allem nicht diejenigen allgemeinen Rechtsgrundsätze zu durchbrechen vermag, die selbst für das Gemeinschaftsrecht gelten. Insofern verpflichtet Art. 14 III BVVO die Mitgliedstaaten weder, für jedwede Rückforderung von gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen eine Ermächtigungsgrundlage zu schaffen, noch dazu, zur effektiven Rückforderung solcher Beihilfen ausnahmsweise auf eine Ermächtigungsgrundlage zu verzichten. Vielmehr belässt Art. 14 III BVVO es insoweit bei der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten und beschränkt seine Verpflichtung, „alle in ihren jeweiligen Rechtsordnungen verfügbaren erforderlichen Schritte einschließlich vorläufiger Maßnahmen“ zu unternehmen, auf die nach nationalem Recht zu bestimmenden konkreten Verfahren. Nur wenn eine Beihilfe durch Verwaltungsakt bewilligt wurde, dann kann sich aus dieser Formulierung tatsächlich die Verpflichtung ergeben, einen entsprechenden Rückforderungsbescheid in Anwendung des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO tatsächlich für sofort vollziehbar zu erklären. Wenn hingegen – wie in diesem Fall – eine Beihilfe durch privatrechtlichen Vertrag gewährt wurde, dann muss eine entsprechende Rückforderung vor den Zivilgerichten durchgesetzt werden. Die Bedeutung des Art. 14 III BVVO beschränkt sich in diesen Fällen auf die Verpflichtung, sich gegebenenfalls **zivilprozessualer Eilverfahren** zu bedienen, um eine schnelle Umsetzung der Kommissionsentscheidung zu gewährleisten.¹¹ Und sofern dem von Art. 14 III BVVO konkretisierten Effektivitätsprinzip vor allem daran gelegen ist, durch eine sofortige Rückforderung der Beihilfe den Wettbewerbsvorteil des Beihilfeempfängers möglichst rasch zu beseitigen, so lässt sich dies bei einer zivilrechtlichen Rückabwicklung durch eine entsprechende **Verzinsung** bewerkstelligen. Einen Wechsel vom kooperationsrechtlich geprägten Zivilrecht ins subordinationsrechtlich geprägte öffentliche Recht verlangt Art. 14

¹⁰ EuGH, Verb. Rs. 46/87, Slg. 1989, 2859, Rn. 19.

III BVVO ebenso wenig wie es ihn gebietet. Die Vorschrift kann deshalb weder selbst als Ermächtigungsgrundlage des Mitgliedstaates zu belastenden Maßnahmen gegenüber Dritten interpretiert werden noch von dem Erfordernis einer solchen befreien. Der an die K-AG gerichtete Rückzahlungsbescheid kann somit nicht auf Art. 14 III BVVO gestützt werden.

d) Art. 88 II UAbs. 1 EGV

Wenn das Sekundärrecht keine Ermächtigungsgrundlage bereit hält, könnte doch schließlich die primärrechtliche Vorschrift des Art. 88 II UAbs. 1 EGV als Ermächtigungsgrundlage für den Rückforderungsbescheid verstanden werden. Nach dieser Vorschrift entscheidet die Kommission bei gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen, dass der betreffende Staat die Beihilfe binnen einer von ihr bestimmten Frist aufzuheben oder umzugestalten hat.

Gegen eine solche Überlegung spricht allerdings schon der Wortlaut der Vorschrift, nach dem lediglich die Kommission, nicht jedoch ein Mitgliedstaat ermächtigt wird. Darüber hinaus müsste die Bestimmung, um im Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten / Privaten als Ermächtigungsgrundlage für einen belastenden Verwaltungsakt dienen zu können, **unmittelbar anwendbar** sein, da sie nur dann im mitgliedstaatlichen Rechtssystem unmittelbar Rechtswirkungen entfalten kann. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die Norm „rechtlich vollkommen“ ist, d.h. insbesondere zu ihrer Umsetzung keines weiteren Aktes mehr bedarf.¹² Art. 88 II UAbs. 1 EGV sieht allerdings vor, dass die Pflicht des Mitgliedstaates, eine Beihilfe zurückzufordern, erst durch eine Entscheidung der Kommission zur Rückforderung ausgelöst wird. Somit ist stets noch ein weiterer Akt erforderlich, damit die Vorschrift überhaupt Rechtswirkungen entfalten kann. Die Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendbarkeit liegen daher nicht vor, so dass Art. 88 II UAbs. 1 EG keine taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Rückforderung darstellt.¹³

e) Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich trotz rechtsstaatlich bedingter Notwendigkeit keine Rechtsgrundlage für die Rückforderung der Beihilfe mittels Verwaltungsaktes finden. Der Rückforderungsbescheid ist daher rechtswidrig.

¹¹ Ebenso *Hildebrandt/Castillon*, NVwZ 2006, 298 (302).

¹² *Streinz*, Europarecht, Rn. 407.

¹³ *Hoffmann/Bollmann*, EuZW 2006, 398 (401).

2. Formelle und materielle Rechtmäßigkeit

Mit der Ermächtigungsgrundlage fehlt auch der Maßstab für die Beurteilung der materiellen Rechtmäßigkeit des Rückforderungsbescheids. Formelle Aspekte der Zuständigkeit, des Verfahrens und der Form des Rückforderungsbescheids sind im Sachvortrag nicht thematisiert. Eine Prüfung der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit ist deshalb entbehrlich. Der Rückforderungsbescheid ist schon mangels Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig.

II. Rechtsschutz

Das Rechtsschutzinteresse der K-AG gilt ausdrücklich nur der Frage, wie die sofortige Rückzahlung verhindert werden kann, und bezieht sich insoweit auf den **einstweiligen Rechtsschutz**. Da sich dieser aber nach dem **Verfahren in der Hauptsache** bestimmt und zudem angenommen werden kann, dass die K-AG die Rechtswidrigkeit des Rückforderungsbescheids nicht nur durch eine Prüfung der Rechtsanwaltskanzlei, sondern gegebenenfalls durch ein Gericht festgestellt wissen möchte, ist zunächst zu prüfen, ob und wie die K-AG Rechtsschutz gegen den Rückzahlungsbescheid erlangen kann. In Betracht kommt eine Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht, ergänzt um einen Antrag im einstweiligen Rechtsschutz.

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Für eine solche Klage müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies ist nach § 40 I VwGO der Fall, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art handelt und keine Sonderzuweisung vorliegt.

Fraglich ist dabei in diesem Fall allein, ob überhaupt eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** vorliegt. Denn das Subventionsverhältnis zwischen der K-AG und der BvS ist ausschließlich zivilrechtlich ausgestaltet, weshalb die BvS gerade nicht befugt ist, mit den Mitteln des Verwaltungsrechts einen etwaigen Rückforderungsanspruch festzusetzen. Hat sie dies allerdings gleichwohl (rechtswidrigerweise) getan und den Rückforderungsbescheid in Form eines Verwaltungsakts erlassen, so ist die Streitigkeit über die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme öffentlich-rechtlicher Natur, da es für diese Beurteilung nicht darauf ankommt, wie die Behörde hätte handeln müssen, sondern wie sie tatsächlich gehandelt hat.

Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist **nicht** die **Bewilligung** der

Subvention, **sondern** deren Rückabwicklung, also der **Rückforderungsbescheid**. Da die BvS diesen als Verwaltungsakt erlassen hat, ist die Streitigkeit über ihn öffentlich-rechtlicher Natur. Da sie zudem nicht verfassungsrechtlicher Art ist und auch keine Sonderzuweisung gegeben ist, ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I VwGO eröffnet.

2. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren. Bei verständiger Interpretation ihres Auftrags begehrt die K-AG die Aufhebung des Rückforderungsbescheids. Da dieser in der Form eines Verwaltungsakts ergangen ist, ist statthafte Klageart die **Anfechtungsklage** gem. § 42 I VwGO.

3. Klagebefugnis

Als **Adressatin** des belastenden Rückforderungsbescheids ist die K-AG möglicherweise jedenfalls in ihrem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt, so dass sie gemäß § 42 II VwGO klagebefugt ist.

4. Vorverfahren

Die K-AG hat **ohne Erfolg Widerspruch** gegen den Rückforderungsbescheid bei der BvS eingelegt und somit dem Erfordernis des § 68 I 1 VwGO Genüge getan.

5. Klagegegner

Die Klage ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den **Bund** zu richten.

6. Frist

Da der Widerspruchsbescheid vom 20.5.2007 stammt, ist die **Monatsfrist** nach § 70 I VwGO – unabhängig vom exakten Datum der Zustellung – wenige Tage noch nicht abgelaufen ist, so dass die Klage fristgerecht erhoben werden kann.

7. Ergebnis

Eine Anfechtungsklage gegen den Bescheid wäre zulässig.

III. Einstweiliger Rechtsschutz

Da die sofortige Vollziehung des Bescheids angeordnet ist, entbindet allein die Erhebung einer Anfechtungsklage allerdings nicht von der Pflicht zur Rückzahlung. Es ist deshalb geboten, neben der Anfechtungsklage einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz zu stellen, sofern dieser zulässig ist.

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I VwGO auch für einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz eröffnet.

2. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers. Die K-AG will unabhängig von einer Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Rückzahlungsbescheids im Hauptsacheverfahren zunächst einmal die sofortige Rückzahlung der zuviel erhaltenen Beihilfen verhindern. Sie begehrt also einstweiligen Rechtsschutz. Dieser richtet sich **grundsätzlich nach § 123 I VwGO**, sofern nicht – wie § 123 V VwGO klarstellt – ein Fall des § 80 V VwGO vorliegt. § 80 V VwGO kommt wiederum zur Anwendung, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage gem. § 42 I VwGO statthafte Klageart ist. Da die K-AG ihr Rechtsschutzziel in der Hauptsache mit einer **Anfechtungsklage** verfolgen müsste, richtet sich das einstweilige Rechtsschutzverfahren in diesem Fall somit nach **§ 80 V VwGO**.

3. Antragsbefugnis

Die K-AG müsste auch gem. § 42 II VwGO analog antragsbefugt sein. Als **Adressatin** des belastenden Rückforderungsbescheids besteht die Möglichkeit, dass die K-AG durch den Rückforderungsbescheid jedenfalls in ihrem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt ist.

4. Antragsgegner

Der Antrag ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO analog gegen den Bund zu richten.

5. Frist

Der Antrag nach § 80 V VwGO unterliegt zwar keiner Frist. Gleichwohl fehlt ihm das Rechtsschutzbedürfnis, wenn die Anfechtungsklage in der Hauptsache noch nicht erhoben worden ist und nicht mehr fristwährend erhoben werden kann. Hier allerdings ist die Frist für die Anfechtungsklage noch nicht abgelaufen, so dass einem Antrag nach § 80 V noch nicht das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

6. Ergebnis

Ein Antrag gem. § 80 V VwGO ist damit zulässig.

C. Handlungsoptionen

Die Prüfung der materiellen Rechtslage hat ergeben, dass die Rückforderung der zu viel ausgezahlten Beihilfe durch Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Insofern ist der K-AG zu empfehlen, gegen den Verwaltungsakt **Anfechtungsklage** zu erheben sowie zugleich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu beantragen, die **aufschiebende Wirkung** der Anfechtungsklage **wiederherzustellen**.

Ihr Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird dabei mehr Erfolg haben, wenn zugleich auch die Kommissionsentscheidung gerichtlich angegriffen wird. Die K-AG hat zwar geäußert, dass sie an der Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung nicht zweifelt, doch kann es aus zwei Gründen ratsam sein, diese Kommissionsentscheidung gleichwohl vor dem Europäischen Gericht mit der **Nichtigkeitsklage** nach Art. 230 EGV anzugreifen.

Zum einen ist die Negativentscheidung der Kommission nur dann eine tragfähige Grundlage für den Rückforderungsbescheid der BvS, wenn sie ihrerseits in formeller und materieller Hinsicht rechtmäßig ist. Maßstab für diese Prüfung ist zum einen die Beihilfenverfahrensverordnung, zum anderen aber auch das primäre Gemeinschaftsrecht mit seinen Spezialregelungen zum europäischen Beihilfenregime in Art. 87 ff. EGV sowie mit seinen grundrechtlichen Gewährleistungen, die sich gemäß Art. 6 II EGV aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie aus der EMRK (und künftig auch aus der Grundrechte-Charta) ergeben. Zum anderen ist die Aussetzung des Vollzugs der mitgliedstaatlichen Rückforderungsentscheidung eher möglich, wenn der Beihilfeempfänger

die Rückforderungsentscheidung der Kommission mit der Nichtigkeitsklage angegriffen hat und diese noch anhängig ist.¹⁴

Als prozessuale Möglichkeit, die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der Negativentscheidung überprüfen zu lassen, kommt für die K-AG die Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EGV in Betracht. Der durch die an den Mitgliedstaat gerichtete Rückforderungsentscheidung belastete Beihilfeempfänger ist regelmäßig unmittelbar und individuell betroffen und deshalb klagebefugt.¹⁵

Im Übrigen ist die K-AG darauf aufmerksam zu machen, dass sie sich auch in dem Fall, in dem das Verwaltungsgericht den Rückforderungsbescheid aufhebt, **auf die Rückzahlung der Beihilfe einstellen** muss. Freilich ist die BvS in diesem Fall darauf angewiesen, **zivilrechtliche Ansprüche** geltend zu machen und gegebenenfalls in einem zivilprozessualen Verfahren durchzusetzen. Für die K-AG bedeutet dies, dass sie sich unter Umständen gemäß § 818 III BGB auf **Entreicherung** berufen kann. Freilich ist sie in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass diese Möglichkeit durch die Regelung des § 819 BGB stark eingeschränkt wird. Ihr kann deshalb nicht ohne Weiteres empfohlen werden, die noch verfügbaren Beihilfen so schnell wie möglich auszugeben.

¹⁴ Vgl. EuG, Rs. T-181/02 R, Slg. 2002, II-5081 (Neue Erba Lautex GmbH).

¹⁵ Vgl. *Götz/Martínez Soria*, in: Dausen, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, H III Rn. 276 m. zahlr. N.

Klausur 8: Selbst Schuld! Gebührende Gebühren

(Rücknahme bestandskräftiger Verwaltungsakte; Gebührenrecht,
Verwaltungsverfahrenrecht, gemeinschaftsrechtliches Äquivalenzprinzip,
Verpflichtungsklage, Nichtigkeitsklage)

von *Matthias Rossi*

Sachverhalt

Die K-AG bietet Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit an. Die notwendigen Lizenzen wurden ihr von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) erteilt, die zugleich auch mit Bescheid vom 1.3.2003 die für die Lizenzerteilung in der Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung (TKLGebV) vorgesehenen Gebühren erhob. Obwohl der K-AG die Gebühren von mehr als 5 Mio. EUR recht hoch erschienen, zahlte sie, ohne gegen den Bescheid Rechtsbehelfe einzulegen. Zwei Jahre später erfuhr sie aus der Zeitung, dass das Bundesverwaltungsgericht die Bestimmung der TKLGebV, auf deren Grundlage die Gebühren festgesetzt wurden, auf die Klage eines anderen Telekommunikationsunternehmens von Anfang an für rechts- und verfassungswidrig qualifiziert und den an dieses Telekommunikationsunternehmen gerichteten Gebührenbescheid aufgehoben hatte. Das Urteil beruht maßgeblich auf der Überlegung, dass die von der TKLGebV vorgesehene Bestimmung der Gebührenhöhe auf dem prognostizierten Verwaltungsaufwand der nächsten 30 Jahre beruhe, was weder mit dem TKG noch mit verfassungsrechtlichen Gebührengrundsätzen zu vereinbaren sei. Das zuständige Ministerium hat die TKLGebV daraufhin neu gefasst; sie sieht nun für die Zukunft deutlich reduzierte Gebührensätze vor.

Die K-AG wandte sich daraufhin am 11.9.2006 mit der Bitte an die Bundesnetzagentur (BNetzA), die Nachfolgerin der RegTP, den an sie gerichteten Gebührenbescheid vom 1.3.2004 aufzuheben. Die RegTP kam dieser Bitte unter Verweis auf die Bestandskraft dieses Gebührenbescheids nicht nach. Die K-AG ist der Meinung, die Aufrechterhaltung des an sie gerichteten Gebührenbescheides sei weder mit nationalem Recht noch mit Gemeinschaftsrecht zu vereinbaren. Das Gemeinschaftsrecht erlaube den Mitgliedstaaten in Art. 11 der der Gebührenverordnung zugrunde liegenden Lizenzierungsrichtlinie zwar, Gebühren für die Erteilung von Telekommunikationslizenzen zu erheben. Sie könne eine nationale Regelung, nach der die Kosten des allgemeinen Verwaltungsaufwands über einen

Zeitraum von 30 Jahren in die Bestimmung der Gebührenhöhe eingingen, aber schon aus wettbewerblichen Gründen nicht zulassen.

Die K-AG möchte von der Rechtsanwaltskanzlei wissen, ob sie einen Anspruch auf Aufhebung des Gebührenbescheids hat. In jedem Fall will sie über die prozessualen Schritte informiert werden, mit denen ein solcher Anspruch gegebenenfalls umgesetzt werden könnte.

Sie sind innerhalb der Rechtsanwaltskanzlei für die Betreuung der K-AG zuständig. Erteilen Sie ihr die erbetenen Rechtsauskünfte!

Bearbeitervermerk:

Art. 11 I der RL 97/13/EG lautet:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass von dem Unternehmen im Rahmen der Genehmigungsverfahren nur die Gebühren erhoben werden, die die für die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen anfallenden Verwaltungskosten abdecken. Die Gebühren für eine Einzelgenehmigung müssen in Relation zu dem damit verbundenen Aufwand stehen und sind mit ausreichenden Einzelheiten in geeigneter Form zu veröffentlichen, damit die Kenntnisnahme ohne Schwierigkeiten möglich ist.“

Lösung*

A. Sach- und Rechtsziele

Der Sachverhalt ist durch eine typische **Verpflichtungskonstellation** gekennzeichnet. Ziel der K-AG ist es, die auf der Grundlage der rechts- und verfassungswidrigen TKLGebV gezahlten Gebühren in Höhe von mehr als 5 Mio. EUR zurück zu erhalten. Der tatsächlichen Rückzahlung durch die Bundesnetzagentur als Nachfolgebehörde der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post muss allerdings die rechtliche **Aufhebung des Gebührenbescheids** vorausgehen, der wiederum dessen Bestandskraft entgegen steht. Wird der Gebührenbescheid aufgehoben, steht der K-AG ein öffentlich-rechtlicher

* Der Fall orientiert sich an der Entscheidung des EuGH, JZ 2007, 404 ff. und der nachgehenden Entscheidung des BVerwG, NVwZ 2007, 709 ff., sowie an den Anmerkungen von *Ruffert*, JZ 2007, 407 ff.; und *Ludwigs*, NVwZ 2007, 549 ff.

Erstattungsanspruch in Höhe der seinerzeit gezahlten Gebühren zu, den sie im Wege der Leistungsklage durchsetzen könnte. Die K-AG erreicht ihr Ziel insofern, wenn der Gebührenbescheid aufgehoben wird. Da die BNetzA den Bescheid auf Antrag der K-AG aber nicht zurück genommen hat, bleibt der K-AG insofern nur, die BNetzA mit der Erhebung einer Verpflichtungsklage durch ein Gericht zur Aufhebung des Gebührenbescheids verpflichten zu lassen. Eine solche Verpflichtungsklage hat freilich nur Erfolg, wenn der K-AG überhaupt ein Anspruch auf Aufhebung des Gebührenbescheids zusteht, was die K-AG vor Erhebung einer Klage geklärt wissen möchte.

B. Gutachten

Im Vordergrund des Interesses der K-AG steht die Frage nach der materiellen Rechtslage – sie möchte wissen, ob sie einen Anspruch auf Aufhebung des Gebührenbescheids hat. Erst an zweiter Stelle ist sie an der prozessualen Durchsetzung des Anspruchs interessiert.

I. Anspruch auf Aufhebung des Gebührenbescheids?

1. Bestimmung der möglichen Anspruchsgrundlage

Da der an die K-AG gerichtete Gebührenbescheid bestandskräftig ist, ist eine Aufhebung durch die BNetzA mangels spezialgesetzlicher Bestimmungen nur auf der Grundlage der §§ 48, 49 VwVfG möglich. Ob dabei ein Anspruch auf Rücknahme nach § 48 VwVfG oder auf Widerruf nach § 49 VwVfG in Betracht kommt, bestimmt sich nach der Frage, ob der **Gebührenbescheid rechtswidrig** (dann § 48 VwVfG) **oder rechtmäßig** (dann § 49 VwVfG) ist. Die Rechtswidrigkeit des Gebührenbescheids kann sich dabei aus nationalem sowie aus europäischem Recht ergeben.

a) Nationales Recht als Maßstab

Ausweislich des Sachverhalts wurde die Rechtsverordnung, auf deren Grundlage der Gebührenbescheid erlassen wurde, wegen Verstoßes gegen das TKG und das Grundgesetz vom Bundesverwaltungsgericht für **rechts- und verfassungswidrig ex tunc** erklärt. Der Gebührenbescheid entbehrte also zum maßgeblichen Zeitpunkt seines Erlasses der erforderlichen Rechtsgrundlage, so dass er schon deshalb rechtswidrig ist. Als Anspruchsgrundlage für die Aufhebung des Gebührenbescheids kommt deshalb § 48 VwVfG in Betracht.

b) Gemeinschaftsrecht als Maßstab

Im Übrigen könnte der Gebührenbescheid auch wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht, namentlich wegen Verstoßes gegen Art. 11 I der Lizenzierungsrichtlinie, rechtswidrig sein. Allerdings spielt der etwaige Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht jedenfalls für die Bestimmung der Ermächtigungsgrundlage für die Rücknahme des Gebührenbescheids keine Rolle. Denn mangels gemeinschaftsrechtlicher Verfahrensvorschriften richtet sich die Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakte grundsätzlich nach dem nationalen Recht, so dass ein gegen Gemeinschaftsrecht verstoßender Verwaltungsakt grundsätzlich nach denselben Rechtsvorschriften zurück zu nehmen ist wie ein gegen nationales Recht verstoßender Verwaltungsakt. Die Frage, ob der Gebührenbescheid auch gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, **berührt** deshalb **nicht die einschlägige Ermächtigungsgrundlage**, sondern allenfalls die Modalitäten ihrer Ausübung.

2. Konkretisierung der Anspruchsgrundlage

Steht wegen der Rechtswidrigkeit des Gebührenbescheides fest, dass als Anspruchsgrundlage für die Aufhebung § 48 VwVfG in Betracht kommt, ist die genaue Anspruchsgrundlage innerhalb dieser Vorschrift weiter zu konkretisieren. § 48 VwVfG unterscheidet insofern zwischen der Rücknahme von belastenden (S. 1) und der Rücknahme von begünstigenden Verwaltungsakten (S. 2 und Abs. 2 u. 3). Bei dem Gebührenbescheid handelt es sich um einen **die K-AG belastenden Verwaltungsakt**, so dass als Anspruchsgrundlage insofern § 48 I 1 VwVfG in Betracht kommt.

3. Anspruch bei Ermessensreduzierung auf Null

Nach § 48 I 1 VwVfG kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder zum Teil mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurück genommen werden. Steht die Rücknahme des Gebührenbescheids somit im Ermessen der BNetzA, hat die K-AG zunächst nur einen **Anspruch auf ermessensfehlerfreie Ausübung** der Entscheidung über die Rücknahme. Dieser Anspruch wandelte sich nur im Fall einer Ermessensreduzierung auf Null in einen Anspruch auf Rücknahme, wenn sich also das Ermessen der Bundesnetzagentur derart verdichtet, dass **nur die Rücknahme** des Bescheides **ermessensfehlerfrei** wäre. Dabei ist grundsätzlich zu beachten, dass dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit prinzipiell kein größeres Gewicht

zukommt als dem Grundsatz der Rechtssicherheit.¹ Das Ermessen verdichtet sich deshalb nur ganz ausnahmsweise zu einer Verpflichtung zur Rücknahme, der ein entsprechender Anspruch korrespondiert.

a) Fallgruppen der Ermessensreduzierung auf Null

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts besteht mit Blick auf das Gebot der materiellen Gerechtigkeit ausnahmsweise dann ein Anspruch auf Rücknahme eines bestandskräftigen Verwaltungsakts, wenn dessen Aufrechterhaltung „**schlechthin unerträglich**“ ist, was von den Umständen des Einfalles und einer Gewichtung der einschlägigen Gesichtspunkte abhängt. Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts begründet für sich genommen noch keinen Anspruch auf Rücknahme, das der Rechtsverstoß lediglich Voraussetzung einer Ermessensentscheidung der Behörde ist. „Schlechthin unerträglich“ ist das Festhalten an einem rechtswidrigen Verwaltungsakt erst dann, wenn die Behörde durch unterschiedliche Ausübung der Rücknahmebefugnis in gleichen oder ähnlich gelagerten Fällen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt oder wenn Umstände gegeben sind, die die Berufung der Behörde auf die Unanfechtbarkeit als einen Verstoß gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben erscheinen lassen. Außerdem kann auch die offensichtliche Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts die Annahme rechtfertigen, seine Aufrechterhaltung sei schlechthin unerträglich.

b) Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz

Fraglich ist zunächst, ob die Aufrechterhaltung des Gebührenbescheides möglicherweise deshalb schlechthin unerträglich ist, weil dadurch insofern gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstoßen werden würde, als laut Sachverhalt der an ein anderes Telekommunikationsunternehmen gerichteter Gebührenbescheid seinerzeit vom Bundesverwaltungsgericht aufgehoben wurde.

Dieser Fall unterscheidet sich von dem der K-AG allerdings dadurch, das jenes Unternehmen den Gebührenbescheid mit den zur Verfügung stehenden **Rechtsbehelfen** angefochten hat, während die K-AG den an sie gerichteten Gebührenbescheid dadurch hat bestandskräftig werden lassen, dass sie von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat. Insofern fehlt es für einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz schon an einer tauglichen

¹ BVerwGE 121, 226 (229).

Vergleichsgruppe. Dieses Ergebnis entspricht auch der grundsätzlichen **inter-partes-Wirkung** von Gerichtsentscheidungen.

c) Offensichtlicher Verstoß gegen nationales Recht

Die Aufrechterhaltung des Gebührenbescheides könnte aber möglicherweise deshalb schlechthin unerträglich sein, weil er offensichtlich gegen nationales Recht verstößt.

Ein offensichtliche Rechtswidrigkeit – gemessen am nationalen Recht – ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anzunehmen, wenn an dem Verstoß der streitigen Maßnahme gegen formelles oder materielles Recht **vernünftigerweise kein Zweifel** besteht und sich deshalb die **Rechtswidrigkeit aufdrängt**.² Dabei ist es anders als bei der offensichtlichen Fehlerhaftigkeit, die nach § 44 I VwVfG zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts führt, nicht erforderlich, dass der Verwaltungsakt an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet. Im Übrigen ist **maßgeblicher Zeitpunkt** für die Beurteilung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit der Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts. Es fehlt deshalb an der die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts möglicherweise gebietenden Offensichtlichkeit, wenn die Evidenz des Rechtsfehlers erst später ersichtlich wird.³

Ob der an die K-AG gerichtete Gebührenbescheid sich vor diesem Maßstab tatsächlich als offensichtlich rechtswidrig darstellt, muss bezweifelt werden. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, dass die ihm zu Grunde liegende abstrakte Gebührenverordnung ihrerseits rechts- und verfassungswidrig ist, vermag die offensichtliche Rechtswidrigkeit des konkreten Gebührenbescheids schon deshalb nicht zu begründen, weil diese Entscheidung erst nach seinem Erlass ergangen ist. Insofern fragt sich allein, ob sich der damaligen RegTP die Rechtswidrigkeit des an die K-AG gerichteten Gebührenbescheides zum Zeitpunkt ihres Erlasses hätte aufdrängen müssen. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Rechtswidrigkeit des Gebührenbescheides nicht etwa unmittelbar aus dem Gebührenbescheid selbst ergibt, sondern sich als Folge der Rechtswidrigkeit seiner Ermächtigungsgrundlage darstellt. Zwar ist die RegTP wie jede andere Behörde auch grundsätzlich dazu aufgefordert, die Rechtmäßigkeit derjenigen Bestimmungen zu hinterfragen, auf deren Grundlage sie ihre Verwaltungsakte erlässt. Gleichwohl darf sie wegen des **Prinzips der Rechtmäßigkeit** der Verwaltung grundsätzlich darauf vertrauen, dass diejenigen Rechtsvorschriften, die sie in

² Die eigene Rechtsprechung zusammenfassend BVerwG, NVwZ 2007, 709 (710).

³ Vgl. BVerwG, NVwZ 2007, 709 (711).

Anwendung der Gesetzesbindung der Verwaltung zur Grundlage ihrer eigenen Entscheidungen macht, mit dem jeweils höheren Recht in Einklang stehen. Ihre Pflicht zum rechtmäßigen Handeln konzentriert sich insoweit in erster Linie auf die Vereinbarkeit ihres eigenen Handelns mit der unmittelbaren Ermächtigungsgrundlage und erstreckt sich weniger auf die Überprüfung dieser Ermächtigungsgrundlage mit höherrangigem Recht. Hinzu kommt, dass es sich beim Gebührenverwaltungsrecht um ein sehr **kompliziertes Rechtsgebiet** handelt, das zudem verfassungsrechtlich nur durch allgemeine und d.h. **unbestimmte Prinzipien** determiniert wird. Vor diesem Hintergrund wird man nicht davon ausgehen können, dass die RegTP zum Zeitpunkt des Erlasses des an die K-AG gerichteten Gebührenbescheides „vernünftiger Weise keinen Zweifel an der Rechtswidrigkeit“ der Gebührenverordnung hatte und sich ihr deren Rechtswidrigkeit aufdrängte. Dementsprechend bestand für sie auch kein Anlass, an der Rechtmäßigkeit des konkreten, an die K-AG gerichteten Gebührenbescheides zu zweifeln. Dieser Gebührenbescheid war zum Zeitpunkt seines Erlasses nicht offensichtlich rechtswidrig, so dass seine Aufrechterhaltung zum jetzigen Zeitpunkt nicht schlechthin unerträglich erscheint. Das Ermessen der BNetzA ist deshalb nicht auf Null reduziert, so dass der K-AG keinen Anspruch auf Rücknahme des Gebührenbescheids hat.

d) Offensichtlicher Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht

Fraglich bleibt, ob nicht möglicherweise ein offensichtlicher Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht vorliegt, der die Aufrechterhaltung des Gebührenbescheids als schlechthin unerträglich erscheinen lässt. Zwar verlangt das Gemeinschaftsrecht nach der Rechtsprechung des EuGH mit Blick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit nicht, dass eine Verwaltungsbehörde grundsätzlich verpflichtet ist, eine Verwaltungsentscheidung zurück zu nehmen, die nach Ablauf angemessener Fristen oder durch Erschöpfung des Rechtswegs bestandskräftig geworden ist.⁴ Allerdings kann sich die Gemeinschaftswidrigkeit des Gebührenbescheids unter Umständen auf die Ausübung der Ermächtigungsgrundlage auswirken kann, insbesondere dann, wenn sie die Rücknahme – wie im Falle des § 48 I 1 VwVfG – ins Ermessen der zuständigen Behörde stellt. Denn in solchen Fällen kann sich das Rücknahmeermessen nach der Rechtsprechung des EuGH wegen des **Vorrangs des Gemeinschaftsrechts** unter folgenden **vier Voraussetzungen** zu einer Rücknahmepflicht verdichten: „Erstens, die Behörde ist nach nationalem Recht befugt, die Entscheidung zurück

⁴ EuGH, Urt. v. 13.1.2004, Rs. C-453/00, Rn. 26 (Kühne & Heitz); JZ 2004, 619.

zu nehmen. Zweitens, die Entscheidung ist infolge eines Urteils eines in letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts bestandskräftig geworden. Drittens, das Urteil beruht, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des Gerichtshofs zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die erfolgt ist, ohne dass der Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht wurde, obwohl der Tatbestand des Art. 234 III EGV erfüllt war. Viertens, der Betroffene hat sich, unmittelbar nachdem er Kenntnis von der besagten Entscheidung des Gerichtshofs erlangt hat, an die Verwaltungsbehörde gewandt.“⁵

Der vorliegende Fall lässt sich freilich nicht unter diese Voraussetzungen subsumieren, sondern unterscheidet sich von ihnen vielmehr in zwei Punkten: Zum einen hat die K-AG gerade nicht sämtliche ihr zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe ausgeschöpft, so dass der Verwaltungsakt nicht infolge eines letztinstanzlichen Urteils, sondern schlicht infolge von Fristablauf bestandskräftig geworden ist. Damit zusammenhängend bestand zum anderen auch keine Möglichkeit, den Gerichtshof um eine Vorabentscheidung nach Art. 234 EGV zu ersuchen.

Gleichwohl bedarf die Frage, ob der an die K-AG gerichtete Gebührenbescheid (auch) gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, durchaus einer Prüfung und Antwort. Denn wenn die Verfahrensmodalitäten, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, mangels gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen auch grundsätzlich der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten überlassen sind, dürfen deren Regelungen doch nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln (**Äquivalenzprinzip**), und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen (**Effektivitätsprinzip**).⁶ Dies gilt nicht nur für das geschriebene, sondern auch für das von der Rechtsprechung entwickelte Recht. Im konkreten Fall gebietet das Äquivalenzprinzip deshalb, bei der Anwendung der vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Fallgruppen zur Ermessensreduzierung bei der Rücknahme bestandskräftiger Verwaltungsakte nicht danach zu unterscheiden, ob ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht oder gegen internes Recht gerügt wird. Ist die BNetzA im Rahmen ihrer Ermessensausübung also zur Prüfung verpflichtet, ob der Gebührenbescheid offensichtlich mit innerstaatlichem Recht unvereinbar ist, so muss im Falle offensichtlicher Unvereinbarkeit dieses Bescheids mit Gemeinschaftsrecht die gleiche Verpflichtung bestehen.⁷ Im Folgenden ist deshalb zu prüfen,

⁵ EuGH, Urt. v. 13.1.2004, Rs. C-453/00, Rn. 26 (Kühne & Heitz); JZ 2004, 619; m. Anm. *Ruffert*.

⁶ Vgl. jüngst EuGH, Urt. v. 19.9.2006, verb. Rs. C-392/04 u. C-422/04 (i-21/Arcor ./ Bundesrepublik Deutschland), JZ 2007, 404 (406).

⁷ EuGH, Urt. v. 19.9.2006, verb. Rs. C-392/04 u. C-422/04 (i-21/Arcor ./ Bundesrepublik Deutschland), JZ 2007, 404 (406 f.).

ob eine Gebührenfestsetzung, die bezüglich der Höhe den Verwaltungsaufwand der nächsten 30 Jahre berücksichtigt, offensichtlich gegen Art. 11 der Lizenzierungsrichtlinie verstößt.

Für eine solche Offensichtlichkeit mag sprechen, dass die Lizenzierungsrichtlinie den Zweck verfolgt, im Interesse der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes den Markteintritt neuer Wettbewerber zu erleichtern, wohingegen die Erhebung einer Gebühr, die in ihrer Höhe den Verwaltungsaufwand der nächsten 30 Jahre berücksichtigt, den **Wettbewerb** ernsthaft **beeinträchtigen** kann.

Gegen die Offensichtlichkeit des Gemeinschaftsrechtsverstoßes sprechen allerdings folgende Überlegungen: Zum einen ist Art. 11 der Lizenzierungsrichtlinie von seinem **Wortlaut offen** gefasst. Er spricht ganz allgemein von der zulässigen Erhebung von „Verwaltungskosten“, ohne nähere Angaben zu deren Berechnung zu machen. Eine **nähere Auslegung** müsste sich an den für die Gebührenbemessung maßgeblichen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung orientieren, die der EuGH selbst erstmals in seinem Urteil vom 18.9.2003 entwickelt hat.⁸ Von dieser Interpretation abgesehen, weist Art. 11 der Lizenzierungsrichtlinie **nicht** ein solches **Maß an Klarheit und Präzision** auf, dass sich der Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht von vorneherein aufdrängt. Insofern kann man davon ausgehen, dass schon die Komplexität der anzustellenden Erwägungen die Annahme verbietet, dass der streitige Gebührenbescheid zum Zeitpunkt seines Erlasses offensichtlich gemeinschaftsrechtswidrig war.⁹

4. Ergebnis

Es liegt keine der Fallgruppen vor, die die Aufrechterhaltung des an die K-AG gerichteten Gebührenbescheids als „schlechthin unerträglich“ erscheinen ließen, so dass das der BNetzA bei ihrer Entscheidung über die Rücknahme des Bescheids zustehende Ermessen nicht auf Null reduziert ist. Folglich hat die K-AG keinen Anspruch auf Rücknahme des Bescheids aus § 48 I 1 VwVfG.

II. Prozessuale Möglichkeiten

Soweit die K-AG gleichwohl versuchen möchte, ihren (nach hier vertretener Meinung nicht bestehenden) Anspruch auf Rücknahme des Gebührenbescheids durchzusetzen, um die

⁸ EuGH, Urt. v. 18.9.2003, Slg. 2003, I-9449 Rn. 25 (Albacom u. Infostrada).

⁹ So BVerwG, Urt. vom 17.1.2007, NVwZ 2007, S. 709 (711); ebenso *Ludwigs*, NVwZ 2007, 549 (551); a.A wohl *Ruffert*, JZ 2007, 407 (409).

gezahlten Gebühren zurück zu erhalten, kann sie dieses Ziel durch Klage vor dem Verwaltungsgericht verfolgen. Gegebenenfalls stehen ihr daneben auch noch Rechtsbehelfe vor den Europäischen Gerichten zur Verfügung.

1. Verpflichtungsklage vor dem Verwaltungsgericht

Eine Klage vor dem Verwaltungsgericht ist zulässig, wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist und die sonstigen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

a) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mit § 48 VwVfG ist die streitentscheidende Norm eine solche des Verwaltungsverfahrensrechts und damit des öffentlichen Rechts, so dass eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** vorliegt. Da diese auch nicht verfassungsrechtlicher Art ist und keine Sonderzuweisung besteht, ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I VwGO eröffnet.

b) Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem **Klagebegehren**. Hier begehrt die K-AG zunächst die Aufhebung eines Verwaltungsakts, nämlich des bestandskräftigen Gebührenbescheids. Diese Aufhebung soll jedoch nicht unmittelbar durch das Gericht erfolgen. Vielmehr soll die Verwaltung zur Rücknahme des Verwaltungsakts verpflichtet werden. Da die Rücknahme selbst einen Verwaltungsakt darstellt, begehrt die K-AG somit den Erlass eines abgelehnten Verwaltungsakts. Statthafte Klageart ist daher die **Verpflichtungsklage** gem. § 42 I Alt. 2 VwGO.

c) Klagebefugnis

Die K-AG müsste weiter gem. § 42 II VwGO klagebefugt sein. Sie muss also geltend machen können, durch die Ablehnung des beantragten Verwaltungsakts in ihren Rechten verletzt zu sein. Dies ist dann der Fall, wenn sie möglicherweise einen Anspruch auf den Erlasse des Verwaltungsakts hat. Hier ist es zumindest **nicht ausgeschlossen**, dass aus § 48 I 1 VwVfG ein **Anspruch** der K-AG auf Rücknahme des Gebührenbescheids folgt. Die K-AG ist somit klagebefugt.

d) Vorverfahren

Das gem. § 68 I 1 VwGO erforderliche Vorverfahren wurde erfolglos durchgeführt.

e) Klagegegner

Die Klage ist gemäß § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den Bund zu richten.

f) Frist

Die einmonatige Klagefrist, die mit Zustellung des Widerspruchsbescheids vom 22.5.2007 zu laufen beginnt, ist noch nicht abgelaufen, so dass eine fristwahrende Klageerhebung noch möglich ist.

g) Ergebnis

Eine Verpflichtungsklage auf Aufhebung des Gebührenbescheids wäre zulässig.

2. Allgemeine Leistungsklage vor dem Verwaltungsgericht

Da die K-AG nicht nur die Aufhebung des Gebührenbescheids, sondern vor allem auch die Rückzahlung der entrichteten Gebühren erreichen möchte, stellt sich die Frage, ob die K-AG bereits jetzt eine **Leistungsklage** auf Zahlung der Summe vor dem Verwaltungsgericht erheben kann. Dann müsste sie bereits jetzt einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch in dieser Höhe geltend machen können. Ein solcher Erstattungsanspruch entsteht jedoch erst, wenn der Gebührenbescheid als Rechtsgrund für die geleistete Zahlung endgültig entfällt, wenn also ein stattgebendes Verpflichtungsurteil rechtskräftig wird. Vorher fehlt der K-AG für eine Leistungsklage die Klagebefugnis, so dass die Klage zum jetzigen Zeitpunkt unzulässig wäre.¹⁰

3. Anregung eines Vorabentscheidungsverfahrens

¹⁰ Der Leistungsanspruch kann hier auch nicht im Wege der Stufenklage mit der Verpflichtungsklage gleichzeitig geltend gemacht werden, da die insofern einschlägige Spezialregelung des § 113 IV VwGO auf Verpflichtungsklagen nicht analog anwendbar ist, vgl. Wolff, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 2. Aufl. 2006, § 113 Rn. 392 m.w.N.

In Bezug auf die Frage, ob der an die K-AG gerichtete Gebührenbescheid möglicherweise deshalb rechtswidrig ist, weil die Berücksichtigung des Verwaltungsaufwands der nächsten 30 Jahre offensichtlich gegen Gemeinschaftsrecht, namentlich gegen Art. 11 der Lizenzierungsrichtlinie verstößt, stellt sich die Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht die gemeinschaftsrechtliche Prüfung selbst vornehmen darf oder ob es möglicherweise die europäischen Gerichte im Wege des **Vorabentscheidungsverfahrens** nach Art. 234 EGV befassen muss. Diese Frage ist nicht leicht zu beantworten. Auf der einen Seite hat jedes mitgliedstaatliche Gericht das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen und muss deshalb nationale Maßnahmen auch am Gemeinschaftsrecht messen. Auf der anderen Seite obliegen dem EuGH und dem EuG nach Art. 220 EGV die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Gemeinschaftsrechts. Letztverbindlich entscheiden deshalb die europäischen Gerichte über die Frage, wie das Gemeinschaftsrecht auszulegen ist. Dieser ambivalenten Situation trägt der EGV durch die Ausgestaltung des Vorabentscheidungsverfahrens in Art. 234 EGV Rechnung. Unter bestimmten Voraussetzungen kann, unter anderen Voraussetzungen muss ein nationales Gericht den EuGH anrufen.¹¹ Ob ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV erforderlich ist oder nicht, beurteilen die nationalen Gerichte.¹² Die Parteien des Ausgangsverfahrens können ein Vorabentscheidungsverfahren grundsätzlich nur vorschlagen, regelmäßig aber nicht erzwingen.¹³

C. Handlungsoptionen

Der Fall verlangt advokatorisches Fingerspitzengefühl. Denn die Prüfung der materiellen Rechtslage gelangt zu dem Ergebnis, dass der K-AG **kein Anspruch** auf Rücknahme des an sie gerichteten Gebührenbescheids zusteht. Dieses Ergebnis ist zwar nicht unbestritten,¹⁴ stützt sich aber auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts.¹⁵ Vor diesem Hintergrund ist der K-AG – trotz entgehender Anwaltsgebühren – davon **abzuraten, den Rechtsweg einzuschlagen**.

Unabhängig vom konkreten Fall gebietet es eine umfassende Rechtsberatung, die K-AG für ihr zukünftiges Handeln auf die besondere Bedeutung der **Bestandskraft von**

¹¹ Näher etwa *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 234 Rn. 19 ff.

¹² EuGH, JZ 2007, S. 404 (406).

¹³ Da der EuGH allerdings ein gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 I 2 GG ist, kann die Verletzung einer Vorlagepflicht nach Art. 234 III EGV theoretisch mit der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG vor dem Bundesverfassungsgericht geltend gemacht werden. Vgl. BVerfGE 73, 339 (366).

¹⁴ Vgl. *Ruffert*, JZ 2007, 407 (409).

¹⁵ BVerwG, NVwZ 2007, 709.

Verwaltungsakten hinzuweisen. Insofern ist ihr tendenziell zu empfehlen, jedenfalls gegen solche Verwaltungsakte, die wie der Gebührenbescheid über eine Höhe von mehr als 5 Mio. EUR erheblich in ihre Rechte eingreifen, **grundsätzlich** jedenfalls zunächst einmal **Widerspruch einzulegen** oder sich darüber jedenfalls mit einem Rechtsanwalt zu verständigen, um die Bestandskraft von Verwaltungsakten nicht eintreten zu lassen. Aus der gemeinschaftsrechtlichen Perspektive ist dies um so wichtiger, als die Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der Ausübung des Ermessens bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakte danach differenziert, ob die Bestandskraft durch letztinstanzliches Urteil oder durch unterlassenen Gebrauch von Rechtsmitteln eintritt: Im ersten Fall kann das Ermessen nach der Kühne & Heitz- Rechtsprechung erheblich reduziert sein, im zweiten Fall bleibt es nach der (diesem Fall zu Grunde liegenden) Arcor- Rechtsprechung bei einem recht weiten Ermessen der nationalen Behörde.