

Referendarexamensklausur: Die ungebetene Werbetafel*

Von Wiss. Mitarbeiter **Vincent Weber**, Wiss. Mitarbeiter **Rudi Lang**, Dipl.-Verwaltungswirt (FH), Bayreuth**

Die Klausur von gehobenem Schwierigkeitsgrad behandelt in Teil 1 die Einwirkung des EU-Rechts auf eine auf das nationale Baurecht gestützte Baubeseitigungsanordnung im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes. Dabei beinhaltet sie auch eine Rechtmäßigkeitsprüfung einer EU-Verordnung. In Teil 2 werden die staatshaftungsrechtlichen Folgen einer rechtswidrigen EU-Verordnung mit Blick auf das unionale und nationale Staatshaftungsrecht thematisiert.

Sachverhalt (Fiktiv)

Teil 1

Die All Delicious Whiskey Limited (A) mit Sitz in Irland möchte ihre Präsenz in Bayern verstärken und hat sich überlegt, in der kreisangehörigen oberbayerischen Gemeinde Markt Garmisch-Partenkirchen (G) eine Niederlassung zu errichten. Deren Zweck besteht darin, durch ein Whiskey-Museum die lokale Bevölkerung und die zahlreichen Touristen von ihrem Whiskey zu überzeugen, damit dieser anstatt des lokalen Bieres beim abendlichen Zusammenkommen getrunken wird. Angrenzend an das Museum befindet sich auch ein Shop, in dem verschiedene Whiskeys der A – welche stilecht in Irland destilliert werden – zum Verkauf angeboten werden. Die Niederlassung liegt an der Bundesstraße 2 in einem vom rechtswirksamen Bebauungsplan als Gewerbegebiet ausgewiesenen Grundstück, umgeben von vielen anderen, vergleichbaren Läden. Damit mehr Gäste – insbesondere die anreisenden Touristen – das Museum und den Shop finden, plant die A, eine 9 m² große Werbetafel aufzustellen. Auf der Tafel soll für den bekanntesten Whiskey der A geworben werden. Zwar soll die Tafel von der Bundesstraße 2 zu sehen sein, doch ist sie nicht geeignet, die vorbeifahrenden Autofahrer abzulenken. Wie geplant stellen Mitarbeiter der A die Tafel zu Beginn der Wintersaison im November 2019 auf und freuen sich unmittelbar über mehr Besucher und steigende Umsätze in ihrem Shop.

Doch die Freude währt nur kurz. Schon am 15.1.2020 erhält die A nach vorheriger Anhörung – bei welcher ausdrücklich auf die Dringlichkeit der Anordnung hingewiesen wurde – einen Brief der Gemeinde G. In diesem wird ihr aufgegeben, die Werbetafel umgehend zu beseitigen. Die Behörde ordnete dabei die Zustellung mittels Postzustellungsurkunde an und gab den – mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehenen – Bescheid am 10.1. zur Post.

* Die Klausur wurde im Examenklausurenkurs der Universität Bayreuth im WS 2020/2021 zur Bearbeitung ausgegeben. Dabei wurde ein Durchschnitt von 6,15 Punkten erzielt.

** Der Autor *Weber* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht VII (Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff) an der Universität Bayreuth und Rechtsreferendar im OLG-Bezirk Bamberg. Der Autor *Lang* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht II (Prof. Dr. Markus Möstl) an der Universität Bayreuth.

Der Postbote legte den Bescheid in den Briefkasten des Shops der A, nachdem er niemanden persönlich vor Ort getroffen hatte.

Der Bescheid ist damit begründet, dass die A schon keine gültige Baugenehmigung für die Tafel hätte. Dies sei umso beachtlicher, da ein dahingehender Antrag der A schon im Oktober abgelehnt worden sei. Durch die Ablehnung stehe die Baurechtswidrigkeit der Werbetafel schon fest. Zudem könnte eine solche auch jetzt nicht erteilt werden, da die Tafel gegen die (fiktive) „Verordnung zum Verbot von Werbung für alkoholische Getränke (Verordnung (EU) 2018/1234)“ (VO 2018/1234) verstoße. Die VO 2018/1234 wurde formell ordnungsgemäß vom Rat nach der ersten Lesung gebilligt und erlassen und ist zum 1.1.2019 in Kraft getreten.

Art. 2 der VO 2018/1234 (fiktiv) lautet:

Art. 2 Verbot von Werbung für alkoholische Getränke im öffentlichen Raum

(1) Es ist verboten, durch Werbeanlagen im öffentlichen Raum für alkoholische Getränke mit einem Volumenprozent von über 12 % zu werben.

(2) Ausgenommen von diesem Verbot ist die Werbung für Produkte, die lokal hergestellt und vertrieben werden.

(3) Die Mitgliedstaaten dürfen von dieser Regelung nicht abweichen.

Begründet wurde die Verordnung im Normsetzungsverfahren vor allem damit, dass den europaweiten Trends des „Koma-saufens“ von Jugendlichen entgegengewirkt werden soll, aber auch generell die Bevölkerung vor übermäßigem Alkoholkonsum geschützt werden müsse. Die Ausnahme des Absatzes 2 dient dazu, die lokalen Gewohnheiten und Delikatessen, wie z.B. den Weinkonsum in Deutschland, Frankreich oder Italien weiterhin zu ermöglichen, da durch die Werbung ein ausreichender Gewinn für die dortigen – häufig kleinen – Produzenten sichergestellt werden soll. Des Weiteren sei die Verordnung aber auch notwendig, um den Binnenmarkt weiter zu harmonisieren. Die verschiedenen Regelungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Werbung für alkoholische Getränke hindern den grenzüberschreitenden Handel und müssten daher aneinander angepasst werden. Konkrete Belege für eine Beeinträchtigung des innerunionalen Handels werden nicht angeführt.

Die A ist empört, kann aber aufgrund des großen Kundenandrangs im Januar erst am 17.2.2020 – einem Montag – Klage beim Verwaltungsgericht München gegen den Bescheid erheben. Im Rahmen des Bekanntwerdens der Klage fällt dem zuständigen Sachbearbeiter der G auf, dass vergessen wurde, die sofortige Vollziehung der Beseitigungsanordnung für die Werbetafel anzuordnen. Dies holt er sofort nach, vergisst aber, die A anzuhören. In dem Brief, in dem die sofortige Vollziehung des Bescheids angeordnet wird, weist die G nur darauf hin, dass die Anordnung notwendig sei, um den Pflichten aus der Verordnung nachzukommen und so der

effektiven Durchsetzung des Europarechts Rechnung zu tragen. Nachdem die A den Brief erhalten hat, strengt sie ein Verfahren im Eilrechtsschutz gegen den Bescheid an. In der Begründung für den Eilrechtsschutz trägt sie vor, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung schon aus formellen Gründen rechtswidrig sei, da sie nicht angehört wurde, und auch die Begründung doch viel zu pauschal sei.

In Bezug auf die Beseitigungsanordnung sei die Gemeinde schon gar nicht zuständig gewesen, da man bei einer schnellen Internetrecherche zum deutschen Recht herausgefunden habe, dass die Bauaufsicht eine Staatsaufgabe sei und vom Landratsamt als Staatsbehörde durchzuführen sei. Materiell spricht gegen die Beseitigungsanordnung, dass die Werbetafel überhaupt keiner Baugenehmigung bedürfe, sodass auch die ablehnende Entscheidung keine Aussage über die Rechtmäßigkeit des Vorhabens enthalte. Weiter sei es fraglich, ob sich die Anlage überhaupt an der BayBO messen lassen muss.

Ganz besonders aufgebracht ist die A aber hinsichtlich der Begründung, die Anlage verstoße gegen Art. 2 der VO 2018/1234. Zwar ist die Werbetafel tatbestandlich von Art. 2 der VO 2018/1234 erfasst, doch sei diese offensichtlich rechtswidrig und damit unwirksam. So sei es schon fraglich, aus welcher Norm sich eine Kompetenz der EU zur Regelung ergeben soll. Zwar enthalte Art. 168 AEUV Kompetenzen im Bereich des Gesundheitsschutzes, doch zeige Art. 168 Abs. 5 AEUV, dass eine Regelung wie Art. 2 der VO 2018/1234 hiervon nicht mehr getragen sei. Aber auch Art. 114 AEUV sei keine hinreichende Kompetenznorm, da es doch vorrangig um Gesundheitsschutz und nicht die Harmonisierung der Wirtschaft ginge. Die vorgebrachten angeblichen Wettbewerbsunterschiede stützten sich auf bloße Vermutungen. Zudem stehe das Subsidiaritätsgebot, das im EUV geregelt sei, auch der Auffangkompetenz aus Art. 352 AEUV entgegen. Selbst wenn man eine Kompetenz der EU annehme, verstieße die Verordnung jedenfalls eindeutig gegen die Warenverkehrsfreiheit. So sei die Prozentgrenze willkürlich und verfolge keinerlei Konzept. So gebe es z.B. Wein mit 11 % und solchen mit 14 %, doch nur für einen der beiden dürfe geworben werden. Zudem werde der innerunionale Handel gerade dadurch erheblich beeinträchtigt, dass für lokale Getränke, wie z.B. Qualitätskorn in Ostfriesland (ca. 32 %) oder Whiskey (in der Regel ab 40 %) in Irland geworben werden dürfe, aber jeweils der Eintritt in andere Märkte durch das Werbeverbot verhindert werde.

Die zuständige Kammer am Verwaltungsgericht teilt die Bedenken der A bezüglich der Rechtmäßigkeit der VO 2018/1234 und legt daher dem EuGH die Frage der Vereinbarkeit der Verordnung mit höherrangigen EU-Recht nach Art. 267 AEUV vor. Jedoch sieht sie sich, solange der EuGH nicht entschieden habe, an die Verordnung gebunden.

Die A dagegen ist der Ansicht, dass der Richter die Verordnung im Eilrechtsschutz nicht beachten müsse. Zwar sei ein vorübergehender Abbau der Werbetafel mit mittelstarken, aber keineswegs existenzbedrohenden oder nicht wiedergutmachenden Einnahmerückgängen verbunden, doch kenne auch das EU-Recht die Möglichkeit vorläufigen Rechtsschutzes, sodass das Gericht die Verordnung bereits jetzt nicht an-

wenden müsse. Die G wiederum zweifelt schon an der Zulässigkeit des Antrags, da dieser verfristet sei.

Teil 2

Nachdem das Gericht im einstweiligen Rechtsschutz den Antrag der A abgelehnt hat, baute die A ihr Werbeschild am 3.2.2020 gezwungenermaßen wieder ab. In der Folgezeit entschied der EuGH das Vorabentscheidungsverfahren bezüglich der Rechtmäßigkeit der Verordnung dahingehend, dass diese tatsächlich gegen höherrangiges EU-Recht verstößt und damit unwirksam ist. Daraufhin gab das Verwaltungsgericht der Klage der A gegen die Beseitigungsanordnung in der Hauptsache am 3.8.2020 statt. Über diesen gerichtlichen Erfolg und den Sieg der Gerechtigkeit erfreut, evaluiert die A, die ihr durch den erfolgten Abbau und dem damit einhergehenden Umsatzeinbruch entstandenen Schaden. Dabei stellt sie zutreffend fest, dass durch den Abbau des Schildes die Besucherzahlen um 20 % zurückgegangen sind und dies zu einem Schaden von 20.000 € geführt hat. Diesen Schaden möchte sie nun ersetzt bekommen und kommt daher in Ihre Anwaltskanzlei mit der Frage, ob sie die den Schaden von der EU und/oder von der Gemeinde G zurückerhalten könne.

Aufgabenstellung zu Teil 1

Hat der Antrag der A im einstweiligen Rechtsschutz gegen die Beseitigungsanordnung Aussicht auf Erfolg?

Aufgabenstellung zu Teil 2

Hat die A Ansprüche auf Ersatz des entstandenen Schadens gegen die EU oder die Gemeinde G? Dabei ist davon auszugehen, dass die Behörde das Einschreiten *nur* auf einen Verstoß gegen die Verordnung (EU) 2018/1234 gestützt hat.

Bearbeitungsvermerk

Bearbeiten Sie die aufgeworfenen Fragen in der angegebenen Reihenfolge. Dabei ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen erforderlichenfalls im Hilfsgutachten einzugehen. Auf Art. 49, 56 AEUV, Grundrechte des Grundgesetzes, Grundrechte der europäischen Grundrechtecharta und Vorschriften der StVO ist nicht einzugehen. Es ist davon auszugehen, dass die A eine rechtsfähige juristische Person des Privatrechts ist und ordnungsgemäß vertreten wird.

Lösungsvorschlag

Teil 1

Der Antrag der A wird Erfolg haben, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und er begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen müssten vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

In der Hauptsache müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein, vgl. §§ 80 Abs. 5, 123 Abs. 2 S. 1 VwGO. Dies richtet sich mangels aufdrängender Sonderzuweisung nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Demnach müsste eine

öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind, was nach der modifizierten Subjektstheorie der Fall ist, wenn diese einen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen berechtigen oder verpflichten.¹ Die streitentscheidenden Normen sind insbesondere solche der BayBO (Art. 76 S. 1 BayBO²), mithin Normen, die Träger hoheitlicher Gewalt als solche berechtigen und verpflichten. Somit liegt nach der modifizierten Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vor.

Weder A noch die Gemeinde G sind Verfassungsorgane und es wird auch nicht über Rechte und Pflichten aus der Verfassung gestritten, sodass keine verfassungsrechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegt.³

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragsstellers, vgl. §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO.

A hat einen Antrag im einstweiligen Rechtsschutz gegen den Beseitigungsbescheid der G eingelegt. Die Verwaltungsgerichtsordnung kennt mit §§ 47 Abs. 6, 123 Abs. 1, 80 Abs. 5/80a VwGO drei verschiedene Arten des Eilrechtsschutzes. § 47 Abs. 6 VwGO scheidet mangels Vorliegens einer Norm i.S.d. § 47 Abs. 1 VwGO von vornherein aus.

Die Abgrenzung zwischen einem Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO und den §§ 80 Abs. 5/80a VwGO richtet sich nach § 123 Abs. 5 VwGO. Nach diesem gehen die Anträge der §§ 80 Abs. 5/80 a VwGO denen des § 123 Abs. 1 VwGO vor.

Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage i.S.d. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO statthaft ist und deren grundsätzlich bestehende aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 1 S. 1 VwGO) nach § 80 Abs. 2 S. 1 VwGO ausnahmsweise entfallen ist.

A wendet sich gegen eine Beseitigungsanordnung i.S.d. Art. 76 S. 1 BayBO. Diese stellt einen belastenden Verwaltungsakt i.S.d. Art. 35 S. 1 BayVwVfG⁴ dar, deren aufschiebende Wirkung aufgrund der Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die G gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO entfallen ist.

Auch hat sich die Beseitigungsanordnung noch nicht erledigt, sodass in der Hauptsache eine Anfechtungsklage gem.

¹ Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 226.

² Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 82 Abs. 1 S. 1 BauO NRW 2018, § 65 Abs. 1 S. 1 LBO BW, § 82 Abs. 1 S. 1 HBO, § 80 S. 1 SächsBO, § 79 Abs. 1 NBauO, § 80 Abs. 1 S. 1 BBgBO.

³ Zu dieser Abgrenzung und den Gegenansichten E. Reimer, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, 58. Ed., Stand: 1.4.2021, § 40 Rn. 90 ff.

⁴ Nach a.A. ist stattdessen auf § 35 S. 1 VwVfG abzustellen. Zum Streit Rusteberg, ZJS 2012, 449 ff.

§ 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO und damit im einstweiligen Rechtsschutz ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO statthaft ist.

III. Antragsbefugnis

Da der Eilrechtsschutz nicht weiter gehen darf als die Hauptsache, bedarf es auch beim Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO einer Antragsbefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog.⁵ Diese ist gegeben, wenn der Antragssteller die Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch den belastenden Verwaltungsakt geltend machen kann, was der Fall ist, wenn eine solche nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann.⁶

A ist Adressatin eines belastenden Verwaltungsaktes in Form der Beseitigungsanordnung, womit grundsätzlich eine Beeinträchtigung zumindest in Art. 2 Abs. 1 GG möglich erscheint.⁷ Als juristische Person des Privatrechts kann sich A aber nur nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG auf Grundrechte berufen. Problematisch ist, dass sich nach dieser Norm grundsätzlich nur inländische juristische Personen auf Grundrechte berufen können, was sich nach dem Sitz der Gesellschaft bestimmt,⁸ und A ihren Sitz in Irland hat. Allerdings ist der Begriff „inländisch“ wegen des Diskriminierungsverbotes des Art. 18 AEUV weit auszulegen, sodass auch juristische Personen erfasst sind, die ihren Sitz in einem EU-Mitgliedstaat haben (sog. Anwendungserweiterung).⁹ Demnach erscheint es hier nach der Adressatentheorie nicht von vornherein ausgeschlossen, dass A in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG verletzt ist, sodass die Antragsbefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO analog gegeben ist.

IV. Zuständiges Gericht

Das zuständige Gericht richtet sich gem. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO nach dem Gericht der Hauptsache. Dies ist gem. § 45 VwGO sachlich das Verwaltungsgericht und gem. § 52 Nr. 1 VwGO¹⁰ örtlich das Verwaltungsgericht München.

V. Partei- und Prozessfähigkeit

A ist als juristische Person des Privatrechts nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig. Sie ist als juristische Person zwar nicht prozessfähig, doch ist sie laut Bearbeitungsvermerk ordnungsgemäß nach § 62 Abs. 3 VwGO vertreten.

⁵ Zur Antragsbefugnis Decker, in: Wolff/Decker (Hrsg.), VwGO/VwVfG, Studienkommentar, 4. Aufl. 2020, VwGO § 80 Rn. 53.

⁶ Wolff, in: Wolff/Decker (Fn. 5), VwGO § 42 Rn. 78a ff.

⁷ Zur dieser sog. Adressatentheorie Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 14 Rn. 60.

⁸ H.M. (Sitztheorie), vgl. nur Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 19 III Rn. 79; Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 54.

⁹ Enders, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 47. Ed., Stand: 15.5.2021, Art. 19 Rn. 37; Sachs (Fn. 8), Art. 19 Rn. 55.

¹⁰ I.V.m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 AGVwGO (für Bayern).

Die G ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO i.V.m. Art. 1 BayGO parteifähig. Sie wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. Art. 38 Abs. 1 S. 1 BayGO¹¹ von ihrem Bürgermeister vertreten.

Hinweis: Vertretbar ist es, bereits an dieser Stelle – und nicht erst in der Begründetheit (siehe unten B. I.) unter einem eigenen Prüfungspunkt „Prozessführungsbefugnis“ zu prüfen, ob G hier auch richtige Beklagte analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist.¹² Dies entspricht dem üblichen Prüfungsaufbau in den meisten Bundesländern. Da § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO in Bayern jedoch als Regelung der Passivlegitimation angesehen und dementsprechend erst in der Begründetheit geprüft wird, folgt dem auch die hiesige Lösungsskizze, der ein bayerischer Sachverhalt zugrunde liegt.

VI. Ordnungsgemäßer Antrag

Von einer ordnungsgemäßen Antragsstellung (§§ 81 ff. VwGO analog) ist auszugehen.

VII. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis ist grundsätzlich nur nicht gegeben, wenn ein einfacherer, schnellerer, effektiverer oder günstigerer Weg zur Erlangung von Rechtsschutz zur Verfügung steht.¹³ Jedoch sind beim Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO Besonderheiten zu beachten.

1. Vorheriger Antrag bei der Behörde

Zwar bedarf es – wie der Umkehrschluss zu § 80 Abs. 6 VwGO zeigt – keines vorherigen Antrages bei der Behörde und auch die Erhebung der Hauptsacheklage ist nicht zwingend notwendig, vgl. § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO.¹⁴

2. Keine offensichtliche Erfolglosigkeit der Hauptsache

Jedoch darf die Hauptsache nicht offensichtlich erfolglos sein, was insbesondere der Fall ist, wenn diese verfristet ist und der Verwaltungsakt damit bestandskräftig geworden ist.¹⁵

Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO dagegen ist entgegen der Ansicht der G nicht fristengebunden.¹⁶ Es kommt nur darauf an, ob die Hauptsacheklage am 17.2.2020 fristgemäß erhoben wurde.

Die Klagefrist beträgt – das Vorverfahren in Bayern ist gem. § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 AGVwGO entbehrlich – gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO einen Monat nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes. Die

¹¹ Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 63 Abs. 1 S. 1 GO NRW, § 42 Abs. 1 S. 2 GemO BW, § 51 Abs. 1 S. 2 SächsGemO.

¹² Zum Streit *RozeK*, JuS 2007, 601 ff.

¹³ *Hufen* (Fn. 7), § 23 Rn. 10 f.

¹⁴ So die wohl h.M. Dazu und zur Gegenansicht *Gersdorf*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, 58. Ed., Stand: 1.7.2021, § 80 Rn. 164.

¹⁵ *Hufen* (Fn. 7), § 32 Rn. 35.

¹⁶ *Hufen* (Fn. 7), § 32 Rn. 35.

Bekanntgabe richtet sich – da die Zustellung behördlich angeordnet wurde – nach Art. 41 Abs. 5 BayVwVfG i.V.m. Art. 1 Abs. 5 Alt. 2 VwZVG.

Der Bescheid wurde am 15.1.2020 in den Briefkasten der A eingelegt. Dies ist nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 VwZVG i.V.m. § 180 S. 1 ZPO nur zulässig, wenn eine Zustellung nach § 178 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 ZPO nicht durchführbar ist. Es wäre nur § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO denkbar, jedoch traf der Postbote niemanden an, sodass die Zustellung mit Einlegen in den Briefkasten am 15.1.2020 ordnungsgemäß erfolgte, § 180 S. 2 ZPO.

Demnach begann die Frist gem. § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1 BGB am 16.1.2020 um 0.00 Uhr und endete grundsätzlich gem. § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB am 15.2.2020 um 24.00 Uhr, sodass die Klage nicht fristgemäß erhoben worden wäre. Der 15.2.2020 war aber ein Samstag, sodass sich der Fristablauf gem. § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 222 Abs. 2 ZPO auf Montag, den 17.2.2020 um 24.00 Uhr verschiebt und die Klageerhebung somit fristgemäß erfolgte.

Dass der Antrag im Eilrechtsschutz danach erfolgte, ist unerheblich. Das Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben.

VIII. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen des Antrages der A sind gegeben.

B. Begründetheit

Der Antrag der A ist begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog) und die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist und/oder das private Suspensivinteresse der A das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt.¹⁷

I. Passivlegitimation

Richtiger Antragsgegner ist nach dem Rechtsträgerprinzip des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog der Rechtsträger der Behörde, die den angegriffenen Verwaltungsakt erlassen hat. Dies war hier die Gemeinde G, die ihr eigener Rechtsträger und damit analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO passivlegitimiert ist.

Hinweis: § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog kann bereits auf Ebene der Sachentscheidungsvoraussetzungen unter dem Prüfungspunkt „Prozessführungsbefugnis“ angesprochen werden (siehe dazu bereits den Hinweis oben).

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO müsste formell rechtmäßig sein.

¹⁷ Vgl. etwa *Erbguth/Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2020, § 21 Rn. 15; *Decker* (Fn. 5), VwGO § 80 Rn. 69 ff.

1. *Zuständigkeit*

Zuständig ist gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den angegriffenen Verwaltungsakt erlassen hat, also die Gemeinde G, welche auch die sofortige Vollziehung anordnete.

2. *Anhörung*

A wurde vor Erlass der Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht angehört. Fraglich ist, ob dies bei der Anordnung gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO erforderlich gewesen wäre. Dies wird jedenfalls überwiegend abgelehnt, wenn die Anordnung zusammen mit dem Verwaltungsakt ergeht.¹⁸ Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei kein Verwaltungsakt i.S.d. Art. 35 BayVwVfG und so Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG nicht direkt anwendbar. Als bloßer verfahrensrechtlicher Annex fehle es ihr an einer eigenen Regelungswirkung.¹⁹ Eine analoge Anwendung scheitert nach h.M. daran, dass das Verfahren für die Anordnung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO in § 80 Abs. 3 VwGO abschließend geregelt ist und es so an einer Regelungslücke fehlt.²⁰

Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn die Anordnung i.S.d. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO erst nach dem Erlass des Verwaltungsaktes erfolgt.

Für eine Anhörungspflicht in einer derartigen Konstellation spricht, dass das Rechtstaatsprinzip es verbietet, überraschende Entscheidungen zulasten des Betroffenen zu treffen und die nachträgliche Anordnung gerade eine solche sein könnte.²¹ Doch übersieht dieser Einwand, dass A schon bei der Anhörung zur Beseitigungsanordnung auf deren Dringlichkeit hingewiesen wurde, sodass es sich um keine überraschende Entscheidung handelte, sondern A vielmehr damit rechnen musste, dass die Behörde die Anordnung der sofortigen Vollziehung vergessen hatte. Zudem könnte die Behörde ansonsten selbst steuern, wann eine Anhörung erforderlich ist und wann nicht, obwohl eine einheitliche Handhabung angezeigt ist.²² Weiter ist der Regelungsinhalt der Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht davon abhängig, ob sie isoliert steht oder nicht.

Im Ergebnis ist also ein Anhörungserfordernis der A abzulehnen. Das Verfahren war ordnungsgemäß.

3. *Begründung*

Die Anordnung des sofortigen Vollzuges müsste den Anforderungen des § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO genügen, wonach die Anordnung schriftlich erfolgen muss und das besondere Inte-

resse an der sofortigen Vollziehung zu begründen ist. Die Begründung darf dabei nicht bloß formelhaft und/oder schematisch sein oder sich auf die Wiederholung des Gesetzestextes beschränken.²³

Die Schriftform ist laut Sachverhalt gewahrt. Fraglich ist jedoch, ob auch das besondere Interesse hinreichend begründet wurde.

G verwies lediglich auf die Anforderungen des Europarechts, was grundsätzlich zu pauschal sein dürfte. Doch sind hier tatsächlich die Vorgaben des Europarechts und insbesondere des effet utile zu berücksichtigen. Dieser fordert, dass das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht die Durchsetzung des EU-Rechts nicht behindern darf²⁴, was jedoch geschehen würde, wenn die Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung hätte.²⁵ Denn in diesem Fall würde die VO 2018/1234 nicht vollzogen werden. Somit ist mit Blick auf die europarechtlichen Anforderungen den Vorgaben des § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO durch die G genügt worden.

4. *Zwischenergebnis*

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ist formell ordnungsgemäß ergangen.

III. *Interessenabwägung*

Das private Aussetzungsinteresse müsste das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegen. Dies bestimmt das Gericht anhand einer originären Interessenabwägung.²⁶ Bei dieser ist die summarische Prüfung der Hauptsache das maßgebliche Indiz. Ist die Hauptsache offensichtlich erfolgreich, überwiegt das private Aussetzungsinteresse, da an dem Vollzug eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsaktes kein öffentliches Interesse besteht (vgl. § 80 Abs. 4 S. 3 VwGO).²⁷

1. *Sachentscheidungs Voraussetzungen der Anfechtungsklage*

Die Sachentscheidungs Voraussetzungen der Anfechtungsklage decken sich weitgehend mit den bereits geprüften Voraussetzungen der Zulässigkeit des § 80 Abs. 5 VwGO. Insbesondere wurde die Klagefrist des § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO beachtet.

2. *Begründetheit der Anfechtungsklage*

Die Anfechtungsklage in der Hauptsache ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Klagegegner richtet (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) und soweit der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Betroffenen in seinen subjektiven Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.²⁸

¹⁸ Zum Meinungsstand *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 21 Rn. 6.

¹⁹ BVerwGE 24, 92 (94); *Gersdorf* (Fn. 14), § 80 Rn. 71; *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 164.

²⁰ OVG Koblenz NVwZ 1988, 748 (749); *Gersdorf* (Fn. 14), § 80 Rn. 81; *Schmaltz*, DVBl. 1992, 230 (232); *Schoch*, in: *Schoch/Schneider* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Kommentar, 22. Lfg., Stand: September 2011, § 80 Rn. 258.

²¹ *Schoch* (Fn. 20), § 80 Rn. 218.

²² *Lang*, ZJS 2020, 234 (238).

²³ Zum Problem der fehlerhaften Begründung *Schoch* (Fn. 20), § 80 Rn. 442.

²⁴ Zum Effektivitäts- und Äquivalenzgebot *Oppermann/Clas- sen/Nettesheim*, *Europarecht*, 8. Aufl. 2018, § 12 Rn. 35 ff.

²⁵ *Schoch* (Fn. 20), § 80 Rn. 22, 218 ff.; 231 ff. m.w.N.

²⁶ *Schenke*, in: *Kopp/Schenke* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichts- ordnung*, Kommentar, 26. Aufl. 2020, § 80 Rn. 146.

²⁷ *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 21 Rn. 15.

²⁸ *Engelbrecht*, JA 2006, 789 (790).

a) *Passivlegitimation*

Entsprechend der obigen Ausführungen ist auch in der Hauptsache die Gemeinde G nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO passivlegitimiert.

b) *Eingriffsgrundlage*

Aufgrund des aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 BV) abgeleiteten Vorbehalt des Gesetzes bedarf die Beseitigungsanordnung als ein den Adressaten belastender Verwaltungsakt einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage.²⁹

In Betracht kommt Art. 76 S. 1 BayBO³⁰. Dieser ist einschlägig, wenn es sich bei dem Werbeschild um eine Anlage i.S.d. der BayBO handelt.

Vorliegend geht es um den Abriss einer Werbetafel, die für den Whiskey der A wirbt. Diese ist eine ortsfeste Anlage der Wirtschaftswerbung und so eine bauliche Anlage i.S.d. Art. 2 Abs. 1 S. 2 BayBO und demnach auch eine Anlage i.S.d. Art. 2 Abs. 1 S. 4 BayBO. Dementsprechend ist der Anwendungsbereich des Art. 76 S. 1 BayBO eröffnet.

Hieran ändert sich wegen Art. 55 Abs. 2 BayBO auch nichts, wenn die Werbetafel entsprechend dem Vorbringen der A tatsächlich verfahrensfrei ist.

c) *Formelle Rechtmäßigkeit*

aa) *Zuständigkeit*

Nach Art. 76 S. 1 BayBO ist die Bauaufsichtsbehörde (verbands-)zuständig. Die Bauaufsichtsbehörde ist nach Art. 53 Abs. 1 Hs. 1 BayBO grundsätzlich das Landratsamt als untere Staatsbehörde. Allerdings ergibt sich aus Art. 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BayBO, dass durch Verordnung alle Aufgaben der unteren Bauaufsichtsbehörde auf kreisangehörige Gemeinden übertragen werden können. Nach § 5 Abs. 1 ZustVBau wurden die Aufgaben der unteren Bauaufsichtsbehörde unter anderem auch auf den Markt Garmisch-Partenkirchen (G) übertragen, sodass die G verbandszuständig ist. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG.

bb) *Verfahren*

Das Verfahren wurde ordnungsgemäß durchgeführt, insbesondere wurde A durch die G vor Erlass der Beseitigungsanordnung ordnungsgemäß i.S.d. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG angehört.

cc) *Form*

Ein Verwaltungsakt kann nach Art. 37 Abs. 2 S. 1 BayVwVfG formfrei erlassen werden, jedoch muss er nach Art. 39 Abs. 1 S. 1 BayVwVfG begründet werden, wenn er schrift-

lich erlassen wurde. Diesen Anforderungen wurde hier genügt.

d) *Materielle Rechtmäßigkeit*

Aufgrund des aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 BV) abgeleiteten Vorrang des Gesetzes müsste die Beseitigungsanordnung auch materiell rechtmäßig sein. Dies erfordert, dass sie vom Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist und eine zulässige Rechtsfolge gesetzt hat.

aa) *Tatbestand*

Der Tatbestand des Art. 76 S. 1 BayBO verlangt, dass eine Anlage in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet wurde.

Bei der Werbetafel handelt es sich um eine Anlage i.S.d. BayBO (vgl. oben).

(1) *Baurechtswidrigkeit bestandskräftig festgestellt*

Fraglich ist, ob der Widerspruch zum materiellen Baurecht deshalb feststeht, weil die G den Antrag der A auf Erlass der Baugenehmigung bestandskräftig abgelehnt hat.

Dies wäre nur der Fall, wenn mit der Entscheidung der G festgestellt wurde, dass die Anlage tatsächlich baurechtswidrig ist. Dies ist eine Frage der Regelungswirkung (in Form der sog. Feststellungswirkung) der ablehnenden Entscheidung.³¹ Man kann die Ablehnung so verstehen, dass damit nur der Antrag abgelehnt wird, aber keine Aussage zu der Frage getroffen wird, ob das Vorhaben mit materiellem Baurecht vereinbar war oder nicht.³² Oder man versteht die Entscheidung so, dass darin auch die verbindliche Feststellung getroffen wird, dass das Vorhaben nicht mit materiellem Baurecht, das im bauaufsichtlichen Verfahren zu prüfen ist (vgl. Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BayBO), übereinstimmt.³³

Die Rechtsprechung und wohl h.L. vertritt eine differenzierende Ansicht, je nachdem, ob die Verwaltungsgerichte die ablehnende Entscheidung überprüft haben. Liegt nur eine behördliche Entscheidung vor, wird dieser keine Regelungswirkung für die Frage der Vereinbarkeit mit materiellem Baurecht entnommen. Haben die Verwaltungsgerichte die Ablehnung in Form der Abweisung der Genehmigungsklage bestätigt, soll die Baurechtswidrigkeit mit Rechtskraft entschieden sein.³⁴ Begründet wird dies damit, dass der Inhalt der ablehnenden Entscheidung anders sei als beim gerichtlichen Verfahren. So sei die Funktion des verwaltungsgerichtlichen Ver-

³¹ Ausführlich dazu *Struzina/Lindner*, VerwArch 2017, 266 (269 ff.).

³² So etwa *Ortloff*, NJW 1987, 1665 (1670).

³³ So etwa BayVGH BeckRS 2015, 56362 Rn. 6. Zu weiteren Auslegungsmöglichkeiten *Struzina/Lindner*, VerwArch 2017, 266 (275 f.).

³⁴ BVerwGE 48, 271 = NJW 1976, 340; *Greim-Diroll*, in: Spannowsky/Manssen (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Bauordnungsrecht Bayern, 18. Ed., Stand: 1.4.2021, Art. 68 Rn. 21; *Lechner*, in: Busse/Kraus (Hrsg.), Bayerische Bauordnung, Kommentar, 99. Lfg., Stand: Dezember 2009, Art. 68 Rn. 125 ff.

²⁹ *Huber/Wollenschläger/Wollenschläger*, Landesrecht Bayern, 2019, § 4 Rn. 32.

³⁰ Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 82 Abs. 1 S. 1 BauO NRW 2018, § 65 Abs. 1 S. 1 LBO BW, § 82 Abs. 1 S. 1 HBO, § 80 S. 1 SächsBO, § 79 Abs. 1 NBauO, § 80 Abs. 1 S. 1 BBgBO.

fahrens mit der der Entscheidung zukommenden materiellen Rechtskraft über Streitigkeiten endgültig zu entscheiden und so für Rechtssicherheit zu sorgen. Verwaltungsverfahren dagegen „werden typischerweise durch Elemente der ‚Gestaltung‘, der Zweckmäßigkeitserwägung, der nicht eigentlich streitentscheidenden Gewährung oder Vorenthaltung geprägt.“³⁵

Demzufolge führt die ablehnende Behördenentscheidung nicht dazu, dass die Werbeanlage als baurechtswidrig i.S.d. Art. 76 S. 1 BayBO anzusehen ist.

(2) Verstoß gegen Art. 55 Abs. 1 BayBO³⁶/Formelle Baurechtswidrigkeit

Die Errichtung der Werbetafel könnte jedoch gegen Art. 55 Abs. 1 BayBO verstoßen. Nach Art. 55 Abs. 1 BayBO bedarf die Errichtung von Anlagen einer Baugenehmigung, soweit in Art. 56–58, 72 und 73 nichts anderes bestimmt ist.

Die Anlage könnte gem. Art. 57 Abs. 1 Nr. 12 lit. g BayBO verfahrensfrei sein. Nach dieser Vorschrift ist die Errichtung von Werbeanlagen in durch Bebauungsplan festgesetzten Gewerbegebieten an der Stätte der Leistung, soweit sie nicht in die freie Landschaft wirken, mit einer freien Höhe bis zu 10 m, verfahrensfrei.

Die Tafel, bei der es sich um eine Werbeanlage i.S.d. Art. 2 Abs. 1 S. 2 BayBO handelt, liegt in einem vom Bebauungsplan als Gewerbegebiet ausgezeichneten Gebiet (§ 8 Bau-NVO). Sie steht direkt an dem Shop der A und hat lediglich eine Fläche von 9 m², sodass bei lebensnaher Betrachtung nicht von einer Höhe über 10 m auszugehen ist. Auch ist nicht ersichtlich, dass sie in die freie Landschaft hineinwirkt, sodass im Ergebnis von der Verfahrensfreiheit nach Art. 57 Abs. 1 Nr. 12 lit. g BayBO auszugehen ist und eine formelle Baurechtswidrigkeit gem. Art. 55 Abs. 1 BayBO ausscheidet.

(3) Verstoß gegen Artikel 2 der VO 2018/123/Materielle Baurechtswidrigkeit

Jedoch könnte die Tafel gegen Art. 2 der VO 2018/1234 als öffentlich-rechtliche Vorschrift i.S.d. Art. 76 S. 1 BayBO verstoßen.

Nach Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234, welcher gem. Art. 288 UAbs. 2 AEUV unmittelbar in Deutschland gilt, ist es im öffentlichen Raum verboten, für alkoholische Produkte mit mehr als zwölf Volumenprozent zu werben. A wirbt aber für ihren bekanntesten Whiskey, der 40 Volumenprozent hat. Dementsprechend liegt ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 vor. Insbesondere ist dieser Whiskey auch kein lokal hergestelltes und vertriebenes Produkt, sodass auch die Ausnahme des Art. 2 Abs. 2 der VO 2018/1234 nicht greift. Es liegt ein Verstoß gegen eine öffentlich-rechtliche Vorschrift i.S.d. Art 76 S. 1 BayBO vor.

Jedoch müsste Art. 2 der VO 2018/1234 überhaupt wirksam sein, damit er als öffentlich-rechtliche Vorschrift i.S.d. Art. 76 S. 1 BayBO angesehen werden kann.

³⁵ BVerwG NJW 1976, 340 (341).

³⁶ Siehe für andere Bundesländer beispielhaft: § 60 Abs. 1 BauO NRW 2018, § 49 LBO BW, § 62 Abs. 1 HBO, § 59 SächsBO, § 59 Abs. 1 NBauO, § 59 Abs. 1 BbgBO.

(a) Kompetenz der EU

Die EU müsste die Kompetenz zum Erlass des Art. 2 der VO 2018/1234 gehabt haben.

Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 EUV darf die EU nur innerhalb ihrer Zuständigkeiten tätig werden. Dementsprechend bedarf es für die Begründung der Kompetenz der Union einer Grundlage in den Verträgen.³⁷

(aa) Art. 168 Abs. 5 AEUV

Nach Art. 168 Abs. 5 AEUV kann die EU Fördermaßnahmen zum Schutz der menschlichen Gesundheit erlassen, wobei Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit vor Alkoholmissbrauch ausdrücklich genannt werden. Gerade diesem Schutz soll Art. 2 der VO 2018/1234 dienen. Doch übersieht dies, dass die Maßnahmen gem. Art. 168 Abs. 5 AEUV nur unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung erlassen werden dürfen. Die Verordnung ist vollharmonisierend, wie sich aus Art. 2 Abs. 3 der VO 2018/1234 ergibt, somit scheidet Art. 168 Abs. 5 AEUV als Kompetenznorm aus.

(bb) Art. 114 AEUV

Jedoch könnte die Verordnung auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden. Art. 114 Abs. 1 AEUV wird aber nicht als allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes verstanden, da sonst der Unionsgesetzgeber – entgegen dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung – immer tätig werden könnte, sobald die Mitgliedstaaten unterschiedliche Rechtssätze hätten.³⁸

Eine auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützte Regelung muss tatsächlich den Zweck haben, den Binnenmarkt zu verbessern, da ansonsten nur über die abstrakten Unterschiede der mitgliedstaatlichen Regelungen die Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage durch den EuGH unterlaufen würde.³⁹

Es erscheint schon fraglich, wie durch ein komplettes Werbeverbot im öffentlichen Raum der Handel im Binnenmarkt verbessert werden soll. Vielmehr verhindert die Verordnung gerade, dass für überregionale Produkte geworben werden kann, sodass es für diese nur schwerer wird, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen.

Jedoch beschränkt sich die Befugnis des Art. 114 Abs. 1 AEUV nicht bloß auf eine Verbesserung des Freihandels, sondern ermöglicht auch den Eingriff zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen.⁴⁰

Man könnte argumentieren, dass die in den Mitgliedstaaten unterschiedlich zulässige Werbung für alkoholische Produkte dazu führt, dass es Alkoholproduzenten aus liberaleren Ländern – aufgrund des stärkeren Heimatmarktes – leichter

³⁷ *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 24), § 11 Rn. 3; *Streinz*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 3. Aufl. 2018, *EUV Art. 5 Rn. 8*.

³⁸ EuGH, *Urt. v. 5.10.2000 – C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, Rn. 83* (Tabakwerbung) zu Art. 100a EGV a.F.

³⁹ EuGH, *Urt. v. 5.10.2000 – C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, Rn. 84* (Tabakwerbung).

⁴⁰ *M. Schröder*, in: *Streinz* (Fn. 37), *AEUV Art. 114 Rn. 27*.

fällt, EU-weit zu expandieren, als solchen Produzenten, die schon auf Ihrem Heimatmarkt starken Werberegulierungen unterworfen sind, sodass die sich hieraus ergebenden Wettbewerbsverfälschungen ausgeglichen werden müssen, was auch durch eine restriktive Regelung wie die des Art. 2 VO 2018/1234 geschehen könnte.

Allerdings bedürfte es dafür einer „Spürbarkeit“ dieser Wettbewerbsverzerrungen.⁴¹

Vorliegend wird nur pauschal auf die unterschiedlichen Regelungen verwiesen, ohne spezifisch aufgetretene Verzerrungen anhand konkreter Belege aufzuzeigen. Dieser Grund erscheint nur vorgeschoben, um die Verordnung auf ein zweites Standbein zu stellen, wenn der Gesundheitsschutz nicht ausreicht, wie es im Ergebnis der Fall ist. Ein solcher pauschaler Hinweis kann jedoch nicht genügen, da ansonsten das Prinzip der Einzelermächtigung Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 EUV und das ausgefeilte System der Kompetenznormen durch den Rückgriff auf Art. 114 Abs. 1 S. 1 AEUV unterlaufen werden könnte.

Somit stellt auch Art. 114 Abs. 1 S. 1 AEUV keine hinreichende Kompetenznorm dar.

(cc) Art. 352 AEUV

Unter Umständen könnte Art. 2 der VO 2018/1234 jedoch auf Art. 352 Abs. 1 S. 1 AEUV gestützt werden. Dies ist der Fall, wenn mit der Regelung Ziele der Verträge erreicht werden sollen und eine erforderliche Befugnis fehlt.

Der Gesundheitsschutz ist ein Ziel der Verträge, wie sich aus Art. 6 lit. a AEUV und auch aus Art. 168 Abs. 1 AEUV ergibt, sodass diese Voraussetzung gegeben wäre. Jedoch ist Art. 352 Abs. 3 AEUV zu beachten, wonach auf Art. 352 AEUV beruhende Maßnahmen zu keiner Harmonisierung führen dürfen, wenn die Verträge eine solche ausschließen. Dies ist jedoch im Bereich des Gesundheitsschutzes der Fall, wie Art. 168 Abs. 5 AEUV zeigt.⁴² Somit ist auch Art. 352 AEUV keine taugliche Ermächtigungsgrundlage.

(dd) Zwischenergebnis

Mangels Kompetenzgrundlage ist Art. 2 der VO 2018/1234 rechtswidrig.

Hinweis: Ausführungen in dieser Tiefe – die didaktisch als „Musterlösung“ konzipiert sind – können in einer Klausurlösung nicht erwartet werden. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Rechtsprechung zu Art. 114 Abs. 1 AEUV.

(b) Formelle Voraussetzungen

Die Verordnung wurde laut Sachverhalt formell ordnungsgemäß erlassen.⁴³

⁴¹ M. Schröder, in: Streinz (Fn. 37), AEUV Art. 114 Rn. 28.

⁴² Vgl. M. Schröder, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 352 Rn. 45.

⁴³ Zum Rechtssetzungsverfahren der EU allgemein Schroeder, Grundkurs Europarecht, 6. Aufl. 2019, § 7.

(c) Materielle Voraussetzungen

Die Verordnung könnte überdies materiell rechtswidrig sein. In Betracht kommt ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 AEUV.

Dafür müssten die EU-Organe überhaupt an die Grundfreiheiten gebunden sein.

Teilweise wird behauptet, eine Bindung an die Grundfreiheiten bestehe nicht, da die Grundfreiheiten als transnationale Integrationsnormen dienen und primär als Schutz vor Gefährdungen der geschützten Bereiche durch mitgliedstaatliche Regelungen dienen. Die EU baue Zugangshindernisse zu Märkten aber eher ab und diskriminiert Ausländer nicht gegenüber Inländern.⁴⁴

Dies widerspricht aber Art. 5 Abs. 2 EUV und Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV sowie Art. 2 Abs. 6 AEUV, aus denen sich ergibt, dass auch die EU an die Verträge und so auch an die Grundfreiheiten gebunden ist.⁴⁵ Der EuGH erkennt diese Bindung daher seit jeher zu Recht an.⁴⁶

Die Verordnung ist an den Grundfreiheiten zu messen.

(aa) Art. 34 AEUV

Art. 2 der VO 2018/1234 könnte zunächst gegen Art. 34 AEUV verstoßen.

(a) Anwendungsbereich

Zunächst müsste der Anwendungsbereich eröffnet sein.

Dies setzt die abstrakte Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Sachverhalts voraus.⁴⁷ Ein solcher ist gegeben, wenn die Ware über verschiedene Landesgrenzen gehandelt wird.⁴⁸ Hier geht es gerade darum, dass für alkoholische Produkte nach Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 nur geworben werden darf, die entweder unter 12 Volumenprozent aufweisen oder lokal hergestellt und vermarktet werden. Letzteres führt dazu, dass die Werbung für alkoholische Produkte mit über zwölf Volumenprozent für inländisch produzierte und vertriebene Produkte zulässig ist, nicht aber für solche die aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführt und vertrieben werden sollen. Art. 2 Abs. 1 der VO/1234 erfasst damit auch grenzüberschreitende Sachverhalte.

⁴⁴ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 36 Rn. 110. Gegen die Bindung der Union an die Grundfreiheiten auch Cremer, Jura 2015, 39 (40).

⁴⁵ W. Schroeder, in: Streinz (Fn. 37), AEUV Art. 34 Rn. 29; ausführlich und eine Bindung im Ergebnis bejahend auch Rosenfeldt/Würdemann, EuR 2016, 453 ff.

⁴⁶ Siehe nur EuGH, Urt. v. 17.5.1984 – 15/83, ECLI:EU:C:1984:183, Rn. 15, 17 (Denkavit Nederland); EuGH, Urt. v. 9.8.1994 – C-51/93, ECLI:EU:C:1994:312, Rn. 11 ff. (Meyhui); EuGH, Urt. v. 25.6.1997 – C-114/96, ECLI:EU:C:1997:316, Rn. 29 ff. (Kieffer und Thill).

⁴⁷ Da hier ein abstrakt-genereller Rechtssatz (Art. 2 VO 2018/1234) geprüft wird, muss ein grenzüberschreitender Sachverhalt nicht im Einzelfall nachgewiesen sein.

⁴⁸ Schroeder (Fn. 43), § 14 Rn. 8.

Alkoholische Produkte besitzen auch einen Geldwert und können Gegenstand von Handelsbeziehungen sein, womit es sich um Waren i.S.d. Art. 34 AEUV handeln.⁴⁹

Auch müsste das Werben für alkoholische Produkte mit über zwölf Volumenprozent ein von Art. 34 AEUV geschütztes Verhalten sein. Von Art. 34 AEUV ist das Recht geschützt, Waren „zu erwerben, anzubieten, auszustellen oder feilzuhalten, zu besitzen, herzustellen, zu befördern, zu verkaufen, entgeltlich oder unentgeltlich abzugeben, einzuführen oder zu verwenden.“⁵⁰ Das Werben fällt unter das Verhalten des Anbietens und ist somit ein geschütztes Verhalten i.S.d. Art. 34 AEUV.

Persönlich werden von der Verordnung gerade auch EU-Bürger betroffen, sodass der persönliche Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV eröffnet ist.

(β) Beschränkung

Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 müsste die Warenverkehrsfreiheit i.S.d. Art. 34 AEUV beschränken. Nach Art. 34 AEUV liegt eine Beschränkung vor, wenn entweder die mengenmäßige Einfuhr beschränkt wird oder eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegt. Letzteres ist nach der *Dassonville*-Formel der Fall, bei jeder Maßnahme, die geeignet ist, den innerunionalen Handel zu beschränken unabhängig davon, ob dies unmittelbar oder mittelbar und tatsächlich oder potenziell der Fall ist.⁵¹

Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 erschwert es Unternehmen, ihren Absatz in einem anderen Mitgliedstaat zu vergrößern, indem es ihnen verboten wird, für ihre Produkte zu werben. Entsprechend ist Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 geeignet, den innerunionalen Handel zu beeinträchtigen.

Jedoch sind Bestimmungen für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten, „die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, [...] nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *Dassonville* unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Wirtschaftstätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“.⁵² Dies gilt jedoch wiederum nicht für solche Regelungen, die produktbezogen sind, d.h. die an das Produkt bestimmte „ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihren Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung“ bezogene Vorgaben machen.⁵³

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 10.12.1968 – 7/68, ECLI:EU:C:1968:51 (Kommission/Italien).

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 27.6.1996 – C-293/94, ECLI:EU:C:1996:254, Rn. 6 (Brandma).

⁵¹ EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – 8/74, ECLI:EU:C:1974:82, Rn. 5 (*Dassonville*).

⁵² EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 14 ff. (Keck und Mithouard).

⁵³ EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905, Rn. 14 ff. (Keck und Mithouard); *W. Schroeder*, in: Streinz (Fn. 37), AEUV Art. 34 Rn. 42.

Vorliegend handelt es sich schon nicht um eine nationale Regelung, doch kann es dahinstehen, ob die *Keck*-Rechtsprechung auf Regelungen der EU anzuwenden ist, wenn auch nach deren Kriterien Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 eine Beschränkung i.S.d. Art. 34 AEUV darstellt.

Hier berührt das Werbeverbot des Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 bereits in- und ausländische Erzeugnisse unterschiedlich und ist damit diskriminierend. Somit kann die *Keck*-Rechtsprechung schon mangels unterschiedsloser Geltung nicht angewendet werden. Damit kann dahinstehen, ob es sich bei dem Werbeverbot um eine bloße Verkaufsmodalität oder eine Marktzutrittsbeschränkung handelt.⁵⁴

Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 ist in jedem Fall als Beschränkung i.S.d. Art. 34 AEUV anzusehen und es kann dahinstehen, ob die *Keck*-Rechtsprechung auf Regelungen der EU überhaupt anzuwenden ist.

(γ) Rechtfertigung

Diese Beschränkung könnte jedoch gerechtfertigt sein. In Betracht kommen die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV und gegebenenfalls ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.⁵⁵

Nach Art. 36 S. 1 AEUV sind Maßnahmen zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen zulässig. Zudem sind Beschränkungen nach der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung des EuGH zulässig, wenn sie den zwingenden Erfordernissen des Gemeinwohls dienen.⁵⁶

Ungeachtet der konkreten Einordnung muss jede Maßnahme geeignet und erforderlich sein, wobei sie nach Art. 36 S. 2 AEUV weder willkürlich diskriminierend noch eine verschleierte Beschränkung darstellen darf.

Geeignet ist eine Maßnahme, wenn sie den angestrebten Zweck in irgendeiner Weise fördert.

Das Werbeverbot schützt zwar davor, dass für alkoholische Produkte mit mehr als zwölf Volumenprozent nicht mehr geworben werden darf. Dies dürfte dazu führen, dass diese Produkte seltener gekauft und somit die gesundheitlichen Schäden durch diese Produkte und den damit verbundenen Alkoholkonsum verhindert werden.

Jedoch kann an der Eignung schon deswegen gezweifelt werden, da weiterhin für regionale Produkte geworben werden darf und diese den weitaus größeren Marktanteil haben dürften. Zudem darf auch für Produkte mit weniger als zwölf Volumenprozent weiterhin geworben werden. Jedoch ist Alkoholkonsum in jeder Menge gesundheitsschädlich und das gesetzgeberische Ziel des Gesundheitsschutzes wird entsprechend konterkariert, wenn die Konsumenten nun nur noch

⁵⁴ Hier dürfte wohl Letzteres der Fall sein, da gerade für den Markteintritt weitreichende Werbung erforderlich ist, um Kunden auf das neue Produkt aufmerksam zu machen, vgl. *Herdegen*, Europarecht, 22. Aufl. 2020, § 15 Rn. 10 f.; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. Lfg., Stand: August 2020, AEUV Art. 34 Rn. 76 ff.

⁵⁵ Zu Letzteren *Schroeder* (Fn. 43), § 14 Rn. 48 ff.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – 120/78, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 8 (*Cassis de Dijon*).

Alkohol mit weniger als zwölf Volumenprozent konsumieren. Das Werbeverbot ist damit schon ungeeignet.

Überdies verlangt der EuGH an verschiedenen Stellen (insbesondere im Glücksspielrecht), dass die Regelungen in sich kohärent sein müssen, was insbesondere innere Stimmigkeit verlangt.⁵⁷ Der EuGH stellt dabei zwar auf mitgliedstaatliche Regelungen ab, doch dürfte dieses Gebot, dass dem EU-Recht allgemein bekannt ist (vgl. Art. 7 AEUV), auch für Regelungen durch die EU gelten.⁵⁸

Entsprechend ist der dem Kohärenzgebot zugrundeliegende Gedanke zu verallgemeinern, sodass auch Regelungen der EU stringent, insbesondere nicht in sich widersprüchlich sein dürfen. Die Verordnung macht jedoch eine Ausnahme vom Werbeverbot für lokale Produkte und zwar unabhängig davon, wie viel Volumenproduzent die lokalen Produkte haben. Dies widerspricht der Intention, einen hohen Gesundheitsschutz zu erzielen, wobei dieses Ziel umso mehr dadurch unterlaufen wird, dass lokale Getränke ohnehin den größten Anteil des Konsums in der Gesellschaft ausmachen dürften. Auch, dass das Verbot nur für Produkte mit mehr als zwölf Volumenprozent gilt, erscheint als eine nicht näher begründete und zu rechtfertigende willkürliche Grenze.

Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 verstößt daher auch gegen das Kohärenzgebot, sofern man ein solches auf das Handeln der Union selbst erstreckt.

Im Übrigen bestehen auch Zweifel an der Erforderlichkeit. Denn die Prävention vor den Gefahren des Alkoholkonsums könnte etwa durch eine stärkere Aufklärung sogar besser erreicht werden.

Überdies müsste das Werbeverbot in Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 angemessen sein. Ausländischen Alkoholproduzenten, die Produkte mit mehr als zwölf Volumenprozent produzieren, wird durch Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 verboten, Werbung zu machen. Damit wird deren Markteintritt wesentlich erschwert, unter Umständen sogar verunmöglicht, was eine schwere Belastung der betroffenen Produzenten bedeutet, der keine legitimen Ziele von besonderem Gewicht gegenüberstehen.

Die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit kann nicht gerechtfertigt werden, sodass das Verhältnis zwischen Art. 36 AEUV und den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen nicht geklärt werden muss und Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 materiell rechtswidrig ist.

Hinweis: Ausführungen in dieser Tiefe sind auch nicht von einer herausragenden Klausurbearbeitung zu erwarten und sollten nur im Sinne einer „idealen“ Lösung verstanden werden.

⁵⁷ Vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 8.9.2010 – C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07, C-410/07, ECLI:EU:C:2010:504, Rn. 88 f. (Stoß); EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – C-243/01, ECLI:EU:C:2003:597, Rn. 67 f. (Gambelli).

⁵⁸ Nach *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 54), AEUV Art. 7 Rn. 11 beruht die Kohärenzprüfung jeweils auf „demselben integrationstheoretischen Hintergrund“.

(bb) *Zwischenergebnis*

Die Verordnung ist wegen des Verstoßes gegen Art. 34 AEUV materiell rechtswidrig.

(d) *Folgen der Rechtswidrigkeit des Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234*

Fraglich ist, was die festgestellte Rechtswidrigkeit des Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 für die Entscheidung des Gerichts bedeutet. Grundsätzlich müsste das Gericht das Verfahren aussetzen und die Verordnung dem EuGH nach Art. 267 AEUV im Vorabentscheidungsverfahren vorlegen.⁵⁹ Denn für Rechtsakte der Union gilt grundsätzlich die Vermutung der Gültigkeit, solange sie nicht aufgehoben oder zurückgenommen wurden.⁶⁰ Sie bleiben grundsätzlich wirksam. Ein Vorabentscheidungsverfahren nimmt jedoch einige Zeit in Anspruch, was mit dem Gedanken des Eilrechtsschutzes konfligiert. Der EuGH erkennt dieses Dilemma und gestattet es den mitgliedstaatlichen Gerichten unter engen Voraussetzungen, eine EU-rechtliche Norm, die es für unwirksam erachtet, im Eilrechtsschutz nicht anzuwenden. Voraussetzungen hierfür sind: (I.) Die Vorlage der Norm zum EuGH gem. Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV in der Hauptsache, (II.) Ernstliche Zweifel an der Wirksamkeit der Norm, (III.) Das Gericht muss das Interesse der Union hinreichend berücksichtigen, (IV.) Die Anwendung der Norm hat für den Betroffenen schwerwiegende, nicht wiedergutzumachende Nachteile.⁶¹

Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 wurde dem EuGH nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV vorgelegt. Auch hat das Gericht ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Norm und die Bedeutung des EU-Rechts hinreichend berücksichtigt. Jedoch trägt A selbst vor, dass der Vollzug der Norm im Rahmen der Abrissverfügung der Werbetafel zwar zu schweren, aber nicht zu nicht wiedergutzumachenden Schäden führen würde. Es fehlt mithin an einer Voraussetzung der Nichtanwendung des Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234, sodass die Norm vom Gericht i.R.d. Art. 76 S. 1 BayBO zu berücksichtigen ist und die Tafel insgesamt im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften i.S.d. Art. 76 S. 1 BayBO errichtet wurde.

(4) *Zwischenergebnis*

Der Tatbestand des Art. 76 S. 1 BayBO ist erfüllt.

⁵⁹ *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 44), AEUV Art. 267 Rn. 29.

⁶⁰ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 44), AEUV Art. 288 Rn. 14; *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 42), AEUV Art. 288 Rn. 31. Ein ausnahmsweise zur Nichtigkeit führender schwerer Fehler, der mit dem rechtsstaatlichen Anspruch der Union unvereinbar wäre, liegt hier nicht vor, vgl. dazu *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 54), AEUV Art. 288 Rn. 220.

⁶¹ EuGH, Urt. v. 21.2.1991 – C-143/88, C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65, Rn. 33 (*Zuckerfabrik Süderdithmarschen*); *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 21 Rn. 16.

bb) Rechtsfolge

Als Rechtsfolge sieht Art. 76 S. 1 BayBO ein gerichtlich nur auf Ermessensfehler und nicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen überprüfbares (§ 114 S. 1 VwGO, Art. 40 BayVwVfG) Entschließungs- und Auswahlermessen vor. Solche Ermessensfehler sind nicht ersichtlich, sodass die Behörde eine zulässige Rechtsfolge gewählt hat.

e) Zwischenergebnis

Nach einer summarischen Prüfung ist die Beseitigungsanordnung wegen des Verstoßes von Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 gegen Art. 34 AEUV zwar rechtswidrig. Es fehlt jedoch an den unionsrechtlichen Voraussetzungen der Nichtanwendung der Verordnung im einstweiligen Rechtsschutz, sodass Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 prozessual als geltendes Recht zu unterstellen ist. Mithin ist Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 als rechtmäßig anzusehen, sodass die Hauptsache nicht offensichtlich erfolgreich ist und das private Aussetzungsinteresse das öffentliche Vollzugsinteresse nicht überwiegt.

IV. Zwischenergebnis

Der Antrag der A ist unbegründet.

C. Ergebnis

Der Antrag ist zulässig, aber unbegründet und wird erfolglos bleiben.

Teil 2

A. Ansprüche gegen die EU

I. Art. 340 Abs. 2 AEUV

A könnte einen Anspruch auf Ersatz der 20.000 € gegen die EU aus Art. 340 Abs. 2 AEUV haben.

1. Handeln eines Organs/Bediensteten der EU

Zunächst müsste ein Organ oder ein Bediensteter der EU gehandelt haben. Hier hat der Rat als Organ i.S.d. Art. 13 Abs. 1 EUV eine rechtswidrige Verordnung erlassen. Dies genügt als Handeln i.S.d. Art. 340 Abs. 2 AEUV, welcher auch die normsetzende Tätigkeit der EU erfasst.⁶²

2. Verstoß gegen eine Rechtsnorm

Zudem müsste der Rat gegen eine Rechtsnorm verstoßen haben, die gerade A schützen sollte und dieser Verstoß müsste hinreichend qualifiziert gewesen sein.⁶³

Eine Rechtsnorm, die auch die A schützt, liegt nach dem Gedanken der Schutznormtheorie vor, wenn sie nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit, sondern zumindest auch dem Schutz eines individuellen Interesses dient.⁶⁴

Die Verordnung verstieß unter anderem gegen Art. 34 AEUV. Dieser dient nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit,

sondern gerade auch dem Schutz von Produzenten wie der A, sodass ein Verstoß gegen eine Rechtsnorm vorliegt, die gerade auch A schützen sollte.

Ein hinreichend qualifizierter Verstoß ist gegeben, wenn das Unionsorgan die Ermessensgrenzen offenkundig und erheblich überschritten hat, was bei einem Verstoß gegen höher-rangige Normen anzunehmen ist, wenn ein schwerwiegender Verstoß gegen eine Norm besonderer Bedeutung vorliegt.⁶⁵ Hier verstieß die Verordnung insbesondere gegen die Grundfreiheit des Art. 34 AEUV, welcher als primärrechtliche Regelung von besonderer Bedeutung ist.⁶⁶ Die Verordnung verstieß dabei gegen das Kohärenzgebot und diskriminierte nicht lokal produzierende und vertreibende Produzenten, sodass auch ein schwerwiegender Verstoß vorlag.

Im Ergebnis ist also ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen eine individualschützende Norm anzunehmen, wobei es auf ein Verschulden des Organs nicht ankommt.⁶⁷

3. Adäquater Schaden

A müsste ein adäquater Schaden entstanden sein. Ein Schaden ist jede unfreiwillige Vermögenseinbuße. Vorliegend hatte A einen Vermögensausfall i.H.v. 20.000 €, da nach dem Abbau der Tafel weniger Kundschaft in ihren Laden gekommen ist. Ein Schaden ist ihr daher in dieser Höhe entstanden.

Dieser müsste adäquat kausal auf das rechtswidrige Handeln der EU zurückzuführen sein, wobei entscheidend ist, dass die schadensverursachende rechtswidrige Handlung durch ein Organ der EU erfolgt ist, was auch der Fall ist, wenn den Mitgliedstaaten kein eigener Handlungsspielraum mehr bleibt.⁶⁸

Der Schaden ist hier zwar unmittelbar auf die Beseitigungsanordnung durch die G i.S.d. Art. 76 S. 1 BayBO zurückzuführen, sodass es an der Adäquanz fehlen könnte. Doch war die G zur Anwendung der Verordnung verpflichtet, somit ist der Schaden auf die rechtswidrige Verordnung zurückzuführen und der Rat als Unionsorgan hat die schadensverursachende Handlung gesetzt. Ein adäquater Schaden ist damit zu bejahen.

4. Ergebnis

A hat einen Anspruch auf Ersatz der 20.000 € gegen die EU aus Art. 340 Abs. 2 AEUV.

II. Sonstige Anspruchsgrundlagen

Sonstige Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich.

B. Ansprüche gegen die Gemeinde G

I. § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG

A könnte zudem ein Anspruch auf Ersatz der 20.000 € gegen die Gemeinde G aus § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG zustehen.

⁶² *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 38 Rn. 5.

⁶³ EuGH, Urt. v. 4.7.2000 – C-352/98 P, ECLI:EU:C:2000:361, Rn. 42 (Bergaderm).

⁶⁴ *Gellermann*, in: Streinz (Fn. 37), AEUV Art. 340 Rn. 20.

⁶⁵ *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 38 Rn. 6.

⁶⁶ *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 38 Rn. 6.

⁶⁷ *Gellermann* (Fn. 64), AEUV Art. 340 Rn. 29.

⁶⁸ *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 17), § 38 Rn. 7.

I. Handlung in Ausübung eines öffentlichen Amtes

Der zuständige Sachbearbeiter müsste in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt haben.⁶⁹ Die Anordnung einer Beseitigungsanordnung gem. Art. 76 S. 1 BayBO ist eine Handlung, die nur im Rahmen der Ausübung eines öffentlichen Amtes getätigt werden kann, sodass der Sachbearbeiter in Ausübung eines solchen i.S.d. § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG gehandelt hat, als er sie gegenüber A erließ.

2. Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht

Des Weiteren müsste der Sachbearbeiter einer drittgerichtete Amtspflicht i.S.d. § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG verletzt haben.⁷⁰

Unter Amtspflichten versteht man alle Pflichten des Amtswalters im Verhältnis zu seinem Dienstherrn, wobei die wichtigste Pflicht die Pflicht zum rechtmäßigen Verhalten ist.⁷¹

Der Sachbearbeiter hat zwar tatsächlich diese Pflicht zum rechtmäßigen Verhalten verletzt, indem er eine nicht wirksame Norm – den Art. 2 Abs. 1 der VO 2018/1234 – angewendet hat. Jedoch ist fraglich, ob dies mit Blick darauf, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung der EuGH die Unwirksamkeit noch nicht festgestellt hatte, etwas anderes ergibt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein rechtswidriges Verhalten des Amtswalters nicht als Amtspflichtverletzung einzustufen, wenn sich die Rechtswidrigkeit aus dem Vollzug eines rechtswidrigen Rechtsaktes ergibt – was auch für den Vollzug von EU-Recht gilt.⁷² Dies wird zutreffend damit begründet, dass die Fehlerhaftigkeit einer Verordnung allein den EU-Organen zugerechnet wird und nicht auf den hieran grundsätzlich gebundenen Amtswalter zurückzuführen ist.⁷³

Nach diesem Grundsatz scheidet also eine Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht i.S.d. § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG aus.

3. Ergebnis

A hat keinen Anspruch auf Ersatz der 20.000 € gegen die Gemeinde G aus § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG.

II. Enteignungsgleicher Eingriff⁷⁴

Um keinen Wertungswiderspruch zu § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG zu erzielen, muss beim enteignungsgleichen Anspruch Entsprechendes gelten, sodass die Fehlerhaftigkeit der Verordnung nur dem EU-Gesetzgeber zuzurechnen ist. Daher dürfen die mitgliedstaatlichen Behörden, die diese vollziehen, nicht zusätzlich haften, sodass in wertender Betrachtung die Behörde nicht rechtswidrig gehandelt hat.

III. Enteignender Eingriff⁷⁵

Ungeachtet der Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen müsste ein etwaiger Eingriff in das Eigentum der A rechtmäßig gewesen sein. Es stellt sich das Problem, dass die G grundsätzlich rechtswidrig gehandelt hat, was ihr aber aus wertungsmäßigen Gesichtspunkten nicht zugerechnet werden kann, da der Fehler nicht ihr, sondern der Europäischen Union zuzurechnen ist. Jedoch wird daraus, dass ihr ein rechtswidriges Verhalten nicht zugerechnet werden kann, kein rechtmäßiges i.S.d. enteignenden Eingriffs, sodass auch dieser Anspruch ausscheidet.⁷⁶

⁶⁹ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 26 Rn. 12 ff.

⁷⁰ Erbguth/Guckelberger (Fn. 17), § 37 Rn. 8.

⁷¹ Maurer/Waldhoff (Fn. 69), § 26 Rn. 16 ff.

⁷² BGH NJW 2013, 168 (172); BGH NJW 1994, 858.

⁷³ BGH NJW 2013, 168 (172); BGH NJW 1994, 858.

⁷⁴ Dazu ausführlich Maurer/Waldhoff (Fn. 69), § 27 Rn. 88 ff.

⁷⁵ Dazu ausführlich Maurer/Waldhoff (Fn. 69), § 27 Rn. 107 ff.

⁷⁶ Enteignungsgleicher und enteignender Eingriff werden in diesem Kontext soweit ersichtlich nicht diskutiert, sodass entsprechend andere Ansichten gut vertretbar sind.